

# 6 MittBayNot

Begründet 1864

November/Dezember 2015 Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

## Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern  
Ottostraße 10  
80333 München

## Herausgeberbeirat:

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

Dr. Johann Frank,  
Notar in Amberg

Dr. Susanne Frank,  
Notarin in München

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

Prof. Dr. Dieter Mayer,  
Notar in München

Dr. Eckhard Wälzholz,  
Notar in Füssen

Dr. Dietmar Weidlich,  
Notar in Roth

## Schriftleitung:

Stefan Künkele,  
Notarassessor

Anja Schaller,  
Notarassessorin

ISSN 0941-4193

## Aufsätze

*Oberseider*: BayStMJ und Notariat 445

*Werndl*: Besetzung im BayStMJ hinsichtlich der für das  
Notarwesen maßgeblichen Personen 456

*Rachlitz*: Zweiwochenfrist und Grundstücksversteigerung 457

## Rechtsprechung

Zweckbestimmung mit Vereinbarungscharakter von  
Wohnungs- und Teileigentum

(OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 31.7.2014,  
20 W 111/14) 474

mit Anmerkung *Ott* 476

Grundbuchberichtigung nach Tod eines GbR-Gesellschafters  
(OLG München, Beschluss vom 24.10.2014, 34 Wx 176/14) 477

mit Anmerkung *Tomasic* 479

Löschung eines Nacherbenvermerks

(OLG Hamm, Beschluss vom 24.7.2014, I-15 W 300/14) 482  
mit Anmerkung *Reimann* 483

Gesellschafterbefugnisse bei unbeschränkter Testaments-  
vollstreckung hinsichtlich einer Gesellschaftsbeteiligung  
(BGH, Urteil vom 13.5.2014, II ZR 250/12) 491

mit Anmerkung *Everts* 495

Auskunftsanspruch eines Pflichtteilsberechtigten

(OLG Karlsruhe, Beschluss vom 9.12.2014, 8 U 187/13) 496  
mit Anmerkung *Braun* 497

Löschung eines Nacherbenvermerks

(OLG Hamm, Beschluss vom 22.5.2014, I-15 W 102/13) 499  
mit Anmerkung *Henn* 500

Nachweis der Vertretungsmacht für eine GmbH & Co. KG  
(KG, Beschluss vom 4.11.2014, 1 W 247-248/14) 505

mit Anmerkung *Kesseler* 505

Zugewinnausgleich bei griechischem Erbstatut

(BGH, Beschluss vom 13.5.2015, IV ZB 30/14) 507  
mit Anmerkung *Süß* 510

Freigebiges Zuwendungsrecht bei GmbH-Kapitalerhöhung

(BFH, Urteil vom 27.8.2014, II R 43/12) 523  
mit Anmerkung *Haag* 529

Zuwendung eines Wohnungsrechts an Familienwohnung  
(BFH, Urteil vom 3.6.2014, II R 45/12) 531

mit Anmerkung *Selbherr* 533

## Inhalt

### Aufsätze

*Oberseider*: Bayerisches Staatsministerium der Justiz und Notariat – „Wiederholter Versuch, die Forterhaltung des bayerischen Notariatsinstituts zu ermöglichen“ **445**

*Werndl*: Personelle Besetzung im Bayerischen Staatsministerium der Justiz hinsichtlich der für das Notarwesen maßgeblichen Personen **456**

*Rachlitz*: Zweiwochenfrist und Grundstücksversteigerung – zugleich Anmerkung zum Urteil des BGH vom 24.11.2014, NotSt (Brfg) 3/14 **457**

*Zintl/Schwabenbauer*: Die Ausbildung nach der novellierten ReNoPat-Ausbildungsverordnung **463**

### Buchbesprechungen

Meikel (Hrsg.): Grundbuchordnung (*Kreuzer*) **465**

Geimer/Schütze (Hrsg.): Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen, Erläuterungen zu der Verordnung (EU) Nr. 650/2012 – Europäische Erbrechtsverordnung (*Weber*) **466**

Nieder/Kössinger: Handbuch der Testamentsgestaltung – Grundlagen und Gestaltungsmittel für Verfügungen von Todes wegen und vorbereitende Erbfolgemaßnahmen (*Bernauer*) **467**

Spiegelberger/Schallmoser: Die Immobilie im Zivil- und Steuerrecht (*Wälzholz*) **468**

### Rechtsprechung

#### Bürgerliches Recht

##### Allgemeines

1. Abdingbarkeit des Kopfprinzips  
(BGH, Urteil vom 10.7.2015, V ZR 198/14) **470**
2. Beschlusskompetenz zur Bildung getrennter Instandhaltungsrücklagen in Mehrhausanlage  
(*nur Leitsatz*)  
(BGH, Urteil vom 17.4.2015, V ZR 12/14) **471**
3. 30-jährige Verjährung für Altansprüche an Grundstücken wegen Rechtsmängeln  
(BGH, Urteil vom 27.2.2015, V ZR 133/14) **471**
4. Zweckbestimmung mit Vereinbarungscharakter von Wohnungseigentum und Teileigentum  
(OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 31.7.2014, 20 W 111/14) **474**

mit Anmerkung *Ott* **476**

## Inhalt (Fortsetzung)

### Sachen- und Grundbuchrecht

5. Nachweisanforderungen gegenüber dem Grundbuchamt bei Berichtigung des Grundbuchs nach Tod eines GbR-Gesellschafters  
(OLG München, Beschluss vom 24.10.2014, 34 Wx 176/14) **477**  
mit Anmerkung *Tomasic* **479**
6. Zur Wirksamkeit einer Eintragungsbewilligung nach dem Tod des Bewilligenden  
(OLG München, Beschluss vom 28.7.2014, 34 Wx 240/14) **480**
7. Grundbuchverfahrensrechtliche Folgen der Löschung eines Nacherbenvermerks  
(OLG Hamm, Beschluss vom 24.7.2014, I-15 W 300/14) **482**  
mit Anmerkung *Reimann* **483**
8. Gerichtliches Genehmigungserfordernis bei ärztlichen Sicherungs- und Zwangsmaßnahmen  
(BVerfG, Beschluss vom 10.6.2015, 2 BvR 1967/12) **485**
9. Wirksame Grundstücksübertragung unter Ehegatten aus steuerlichen Gründen  
(BGH, Urteil vom 30.1.2015, V ZR 171/13) **487**
10. Zur Bestellung eines Ergänzungsbetreuers im Zusammenhang mit einer Erbaueinandersetzung  
(OLG München, Beschluss vom 17.7.2015, 34 Wx 179/15) **489**

### Erbrecht

11. Gesellschafterbefugnisse bei Anordnung unbeschränkter Testamentsvollstreckung hinsichtlich einer zum Nachlass gehörigen Gesellschaftsbeteiligung  
(BGH, Urteil vom 13.5.2014, II ZR 250/12) **491**  
mit Anmerkung *Everts* **495**
12. Zum Auskunftsanspruch nach § 2314 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 2325 BGB  
(OLG Karlsruhe, Beschluss vom 9.12.2014, 8 U 187/13) **496**  
mit Anmerkung *Braun* **497**
13. Löschung eines Nacherbenvermerks  
(OLG Hamm, Beschluss vom 22.5.2014, I-15 W 102/13) **499**  
mit Anmerkung *Henn* **500**

### Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

14. Bestellung eines weiteren Geschäftsführers nach Musterprotokollgründung; Wegfall der Befreiung des ersten Geschäftsführers von den Beschränkungen des § 181 BGB  
(OLG Nürnberg, Beschluss vom 15.7.2015, 12 W 1208/15) **502**
15. Zur Eintragung der Abberufung eines nicht voreingetragenen Geschäftsführers in das Handelsregister  
(OLG Köln, Beschluss vom 3.6.2015, 2 Wx 117/15) **504**
16. Zum Nachweis der gesetzlichen Vertretungsmacht einer GmbH & Co. KG vor ihrer Eintragung in das Handelsregister im Grundbuchverfahren  
(KG, Beschluss vom 4.11.2014, 1 W 247-248/14) **505**  
mit Anmerkung *Kessler* **505**

## Inhalt (Fortsetzung)

### Internationales Privatrecht

17. Pauschaler Zugewinnausgleich bei deutschem Güterrechts- und griechischem Erbstatut (BGH, Beschluss vom 13.5.2015, IV ZB 30/14) **507**  
mit Anmerkung *Siß* **510**

### Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

18. Grenzen der Mitwirkungspflicht nachrangig gesicherter Gläubiger –  
Aufgeben einer Zwangssicherungshypothek  
(BGH, Urteil vom 30.4.2015, IX ZR 301/13) **512**

### Beurkundungs- und Notarrecht

19. Amtspflichten des Notars bei Beurkundungen von Grundstückskaufverträgen  
mit Verbraucherbeteiligung  
(BGH, Urteil vom 24.11.2014, NotSt[Brfg] 3/14) **514**

### Kostenrecht

20. Geschäftswert für Beurkundung der Zustimmung zur Erbbaurechtsveräußerung  
(OLG Celle, Beschluss vom 27.1.2015, 2 W 20/15) **516**  
mit Anmerkung *Strauß* **518**

### Öffentliches Recht

21. Sozialrechtliche Behandlung von Zahlungen auf den Zugewinnausgleichanspruch  
(LSG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 13.5.2015, L 4 AS 168/15 NZB) **520**

### Steuerrecht

22. Keine Geschäftsveräußerung im Ganzen beim Verkauf einzelner Unternehmensteile  
durch mehrere Veräußerer an verschiedene Erwerber  
(BFH, Urteil vom 4.2.2015, XI R 14/14) **520**
23. Freigebiges Zuwendung an Neugesellschafter bei Kapitalerhöhung einer GmbH;  
Anwendbarkeit des § 13a ErbStG in einem solchen Fall  
(BFH, Urteil vom 27.8.2014, II R 43/12) **523**  
mit Anmerkung *Haag* **529**
24. Steuerbefreiung für letztwillige Zuwendung eines Wohnungsrechts an Familienwohnung  
an längerlebenden Ehegatten  
(BFH, Urteil vom 3.6.2014, II R 45/12) **531**  
mit Anmerkung *Selbherr* **533**

### Hinweise für die Praxis

*Volmer*: Zur Gehörgewährung durch das Grundbuchamt 535

*Gloser*: Vorsorgekunden für elektronische Zugangsberechtigungen 537

### Standesnachrichten 542

### Sonstiges III

# 6 | MittBayNot

Begründet 1864

Nov./Dez. 2015 | Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

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

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

Schriftleitung: Notarassessor Stefan Künkele,  
Notarassessorin Anja Schaller  
Herausgeber: Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10,  
80333 München

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

## AUFSÄTZE

### Bayerisches Staatsministerium der Justiz und Notariat

#### „Wiederholter Versuch, die Forterhaltung des bayerischen Notariatsinstituts zu ermöglichen“

Von Notar a. D. *Herbert Oberseider*, München

Manch ein Notarassessor, der sich für den Weg ins bayerische Notariat entschieden hat, mag sich gefragt haben, wieso er gleich zu Beginn zu einem persönlichen Gespräch im Bayerischen Staatsministerium der Justiz vorzusprechen hatte. Ein Blick in die Bundesnotarordnung zeigt, dass der Notarassessor von der Landesjustizverwaltung ernannt wird (§ 7 Abs. 3 BNotO). Notare werden als unabhängige Träger eines öffentlichen Amtes auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege bestellt (§ 1 BNotO). Ihnen sind damit Funktionen übertragen, die zum originären Aufgabenbereich des Staates gehören. Daher obliegt die Bestellung zum Notar der Landesjustizverwaltung (§ 12 BNotO), grundsätzlich also deren Spitze, dem Bayerischen Staatsminister der Justiz. Diese Befugnis der obersten Justizbehörde des Staates zuzuordnen erschien dem Gesetzgeber seinerzeit so wichtig, dass nach der ursprünglichen Fassung des § 112 BNotO die Zuständigkeit zur Bestellung des Notars und seiner Amtsenthebung nicht auf nachgeordnete Behörden übertragen werden konnte. Da der Staat aus der ihm obliegenden Justizgewährungspflicht über die sachgerechte Erfüllung der dem Notar übertragenen staatlichen Aufgaben zu wachen hat,<sup>1</sup> weist § 92 Abs. 3 BNotO die landesweite Aufsicht über sämtliche Notare und Notarassessoren des Landes dem Bayerischen Staatsministerium der Justiz zu. Die Beziehungen des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz zum Notariat beschränken sich nicht auf Ernennungen und Dienstaufsicht. In den folgenden Zeilen soll ein Blick auf die Maßnahmen und Entscheidungen des Ministeriums und der dabei maßgeblichen Personen geworfen werden, die das Erscheinungsbild des bayerischen Notariats bis heute geprägt haben. Nach Einführung des Notariats im rechtsrheinischen Bayern waren vor allem die Bemühungen um die Erhaltung des Notariats bei den Arbeiten zur Schaffung eines reichseinheitlichen Zivilrechts und sodann die weitere Ausgestaltung der Notariatsorganisation als Folge des Notariatsgesetzes von 1899 von entscheidender Bedeutung.<sup>2</sup>

#### I. Das Notariatsgesetz von 1861

Bis zur Neuordnung der Gerichtsverfassung im Jahr 1861 war im rechtsrheinischen Bayern das Beurkundungswesen den Untergerichten zugewiesen, die zugleich auch Verwaltungs-

behörde waren. Infolge der Diskussion über die Trennung von Justiz und Verwaltung und auch über die Notariatsfunktionen der Gerichte kündigte das Grundlagengesetz von 1848<sup>3</sup> ein gesondertes Notariat an. Das in Folge ergangene Gerichtsverfassungsgesetz von 1850<sup>4</sup> sah in Art. 59 die Aufstellung der erforderlichen Anzahl von Notaren vor, wobei aber die näheren Bestimmungen einem besonderen Gesetze vorbehalten blieben. Anfang 1851 legte der Bayerische Staatsminister der Justiz der Kammer der Abgeordneten den Entwurf eines Notariatsgesetzes vor, der nach eingehender Beratung von

<sup>1</sup> *Arndt/Lerch/Steinkühler*, BNotO, 2000, § 92 Rdnr. 3.

<sup>2</sup> Zur Geschichte des Notariats im rechtsrheinischen Bayern *Volkert* (Hrsg.), *Handbuch der bayerischen Ämter, Gemeinden und Gerichte 1799–1980*, 1983, S. 135 ff.; *Vollhardt*, *Das bayerische Notariat 1862 bis 1945*, in FS 125 Jahre Bayerisches Notariat, 1987, S. 14 ff.; *H.-G. Hermann*, *Zur Geschichte des Notariats im links- und rechtsrheinischen Bayern*, in *Schmoeckel/Schubert* (Hrsg.), *Handbuch zur Geschichte des deutschen Notariats seit der Reichsnotariatsordnung von 1512*, 2012, S. 287 ff.

<sup>3</sup> GBl 1848, 137, hier Art. 7 und 15.

<sup>4</sup> GBl 1850, 425.

den Abgeordneten angenommen wurde. Hinsichtlich der von der Kammer der Reichsräte erhobenen Einwendungen konnte jedoch keine Einigung erzielt werden, das Notariatsgesetz scheiterte.<sup>5</sup> Die Zuständigkeit für die nichtstreitige Rechtspflege verblieb weiter bei den Untergerichten,<sup>6</sup> wo nunmehr für die Notariatsgeschäfte besondere Gerichtsbeamte aufzustellen waren.<sup>7</sup> Das Gerichtsverfassungsgesetz vom 1.7.1856<sup>8</sup> bestätigte den Verbleib der nichtstreitigen Rechtspflege bei den Gerichten, wobei diese Aufgaben „durch Gerichtsbeamte als Einzelrichter selbständig“ zu besorgen waren.<sup>9</sup>

Im Zuge der 1861 geplanten grundlegenden Neuordnung der Gerichtsorganisation legte der Bayerische Staatsminister der Justiz *Karl v. Mulzer*<sup>10</sup> auch den Entwurf eines Notariatsgesetzes vor. Er war überzeugt, dass ohne Einführung des Notariats eine richtige Trennung der Gewalten, eine richtige und konsequente Ausscheidung des rein richterlichen Wirkungskreises nicht möglich ist.<sup>11</sup> Der Entwurf wurde im Ausschuss der Kammer der Abgeordneten vom 10. bis 29.7.1861 in zehn Sitzungen eingehend beraten, wobei der Minister jeweils persönlich anwesend war und sich an der Debatte zu einzelnen Punkten „eingehend beteiligte“.<sup>12</sup>

Die abschließende Beratung und Beschlussfassung über den Gesetzesentwurf im Plenum erfolgte im Anschluss an die Beschlussfassung über das Gerichtsverfassungsgesetz am 13.8.1861.<sup>13</sup> Zu Beginn der Debatte ergriff der Minister das Wort. Er betonte, dass der jetzt vorgelegte Entwurf in allen wesentlichen Bestimmungen dem von 1851 entspreche, im Ausschuss aber einige wesentliche Verbesserungen erhalten habe.

Vor Eintritt in die Beratung schickte der Referent der Kammer, Advokat *Paur*,<sup>14</sup> einige einleitende Bemerkungen voraus. Im Rahmen der Neuordnung der Gerichtsverfassung und im Hinblick auf die noch fehlende Regelung des Zivilprozesses betont er: „Das Notariat ist der vorletzte Stein im Gesetzgebungswerke, aber er ist ein Grundstein.“ Ausdrücklich hebt er hervor, dass der Minister diesen Gesetzesentwurf vorgelegt habe, ohne durch gesetzliche Vorgaben (wie seinerzeit durch das Grundlagengesetz) gedrängt zu sein, „lediglich auf dem Grund eigener offen ausgesprochener Überzeugung seines Wertes“ mit dem „Wunsche, es möge dem Vaterland Segen bringen“.<sup>15</sup> Bei der definitiven Abstimmung über das Gesetz

wurde es in namentlicher Abstimmung einstimmig von allen 133 anwesenden Mitgliedern der Kammer angenommen. Am 14.9.1861 stimmte auch die Kammer der Reichsräte, lediglich mit einer Gegenstimme, zu.<sup>16</sup>

Die Gesetze über die Gerichtsverfassung<sup>17</sup> und das Notariat<sup>18</sup> traten zum 1.7.1862 in Kraft.

Noch vor Inkrafttreten des Notariatsgesetzes erließ der Bayerische Staatsminister der Justiz v. *Mulzer* durch Bekanntmachung vom 1.6.1862 eine „Instruction zum Vollzuge des Notariatsgesetzes“,<sup>19</sup> die wohl wesentlich mit dazu beigetragen haben dürfte, dass sich das „von verschiedenen Seiten lebhaft bekämpfte Notariat glücklich durchgesetzt hat“.<sup>20</sup> Darin sind in elf Abschnitten mit 132 Paragraphen verschiedene Bereiche der notariellen Praxis geregelt, vor allem Fragen der Geschäftsordnung und des Beurkundungsverfahrens.

Die Einführung des Notariats erfolgte nicht reibungslos. Der Bayerische Staatsminister der Justiz reagierte auf den Vorwurf zu hoch angesetzter Gebühren sehr schnell mit einer deutlichen Vermehrung der Notariatsitze zum 1.5.1863<sup>21</sup> und Revision der Notariatsgebührenordnung<sup>22</sup>. Spannungen im Verhältnis zwischen Notaren und Behörden, vor allem dem Hypothekenamt, begegnete v. *Mulzer* mit zahlreichen Anordnungen zum Vollzug des Notariatsgesetzes und der Behandlung des Hypothekenwesens.<sup>23</sup> Um „Gerichten, Staatsanwälten, Notaren und Advokaten“ die vom Bayerischen Staatsministerium der Justiz „ausgehenden generellen Erlasse ... zur Kenntniß zu bringen“ wurde als amtliches Organ des Ministeriums ab 1.6.1863 das bis heute bestehende Justizministerialblatt eingerichtet.<sup>24</sup>

1864 folgte als Bayerischer Staatsminister der Justiz *Eduard v. Bomhard*.<sup>25</sup> Dieser hatte bereits als Oberstaatsanwalt noch vor deren Erlass einen Aufsatz über die Gesichtspunkte bei Festsetzung der Notariatsgebührenordnung veröffentlicht<sup>26</sup> und darin die Gründe für angemessene Notargebühren dargelegt.<sup>27</sup> 1862 gab er eine Handreichung unter dem Titel „Kleiner Leitfaden für die Notare“ als einen „bescheidenen Rath eines Juristen“ heraus, der über die ersten „Schwierigkeiten und Verlegenheiten“ der neuernannten Notare hinwegführen sollte. Er konnte dabei auf seine Erfahrungen mit dem Notariat in der Pfalz zurückgreifen, wo er, wie er im Vorwort der Schrift selbst sagt, „Jahre lang das Notariat in seiner regsten Thätigkeit beobachtet hat“. Auch nach seiner Zeit als Minister galt seine Aufmerksamkeit weiterhin dem Notariat. Als 1884 im Landtag Schritte zur Verstaatlichung des Notariats beschlossen wurden, setzte er sich bei der Debatte in der Kam-

<sup>5</sup> Hierzu *Vollhardt*, a. a. O. (Fn. 2), S. 15; *Hermann*, a. a. O. (Fn. 2), S. 311.

<sup>6</sup> Gemäß Art. 19 Gerichtsverfassungsgesetz 1850 (Fn. 4) Stadtbzw. LG (ä. O.); *Volkert*, a. a. O. (Fn. 2), S. 40 f. u. 122 f.

<sup>7</sup> GBl 1852, 713.

<sup>8</sup> GBl 1856, 339.

<sup>9</sup> Art. 18 des GerVerfG 1856, 339.

<sup>10</sup> *Karl Christoph Freiherr von Mulzer* (1805–1875), Staatsminister der Justiz 1859–1864; *Döbig*, Karl Christoph von Mulzer, in *Die Königlich Bayerischen Staatsminister der Justiz Teil II 1854–1918*, 1931, S. 647 ff.

<sup>11</sup> *Döbig*, a. a. O. (Fn. 10), S. 668.

<sup>12</sup> Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten des bayerischen Landtages 1859/61, Beilagen-Band VI, S. 179 ff.

<sup>13</sup> Verhandlungen 1859/61, a. a. O. (Fn. 12), Stenographische Berichte Bd. II, S. 370 ff.

<sup>14</sup> *Adolph Paur* (1802–1871) 1848 Mitglied der Frankfurter Nationalversammlung, 1849–1861 Abgeordneter im Bayerischen Landtag (1855/56 und 1859/1861 2. Präsident), 1.7.1862–1.5.1865 Notar in Augsburg; *Oberseider*, Kurzbiographien der 1862/63 ernannten ersten Notare in FS 150 Jahre Bayerisches Notariat, 2013, S. 129 f. u. 186.

<sup>15</sup> Verhandlungen, a. a. O. (Fn. 12), Stenogr. Ber. 1859/61 Bd. II S. 370 f.

<sup>16</sup> Verhandlungen der Kammer der Reichsräte des Königreiches Bayern 1861, Bd. 2, S. 481.

<sup>17</sup> Gesetz, die Gerichtsverfassung betreffend, vom 10.11.1861, GBl 1861, 209, hier Art. 18 u. 67.

<sup>18</sup> Gesetz, das Notariat betreffend, vom 10.11.1861, GBl 1861, 129.

<sup>19</sup> RegBl 1862, 961.

<sup>20</sup> So *Döbig*, a. a. O. (Fn. 10), S. 695 f.

<sup>21</sup> RegBl 1863, 345.

<sup>22</sup> RegBl 1863, 801.

<sup>23</sup> Hierzu *Vollhardt*, a. a. O. (Fn. 2), S. 32 ff.

<sup>24</sup> RegBl 1863, 724.

<sup>25</sup> *Eduard Ritter von Bomhard* (1809–1886), Staatsminister der Justiz 1864–1867; *Holzbauer*, Eduard von Bomhard in Staatsminister, a. a. O. (Fn. 10) S. 721 ff.

<sup>26</sup> Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege Band VIII, 1862, S. 528.

<sup>27</sup> *Vollhardt*, a. a. O. (Fn. 2), S. 26, insbesondere Fn. 36.

mer der Reichsräte, deren Mitglied er seit 1867 war, für den Fortbestand des selbständigen Notariats ein.<sup>28</sup>

## II. Das kommende Bürgerliche Gesetzbuch

Nach der Gründung des Deutschen Reichs von 1871 stand die Vorbereitung und Ausarbeitung der künftigen Reichsjustizgesetze im Mittelpunkt der Arbeit des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz.<sup>29</sup> Die bevorstehende reichsgesetzliche Gerichtsorganisation, das zu erwartende Bürgerliche Gesetzbuch und die noch offene Frage nach der Einführung und Form eines Grundbuchsystems waren Anlass, die seit Bestehen des Notariats immer wieder erhobene Forderung auf Wiedereinführung der gerichtlichen Beurkundung erneut zu stellen.<sup>30</sup> Bei der Beratung des Justizetats im Landtag am 20.12.1877 wurde unter Bezugnahme auf die bevorstehende Einführung der Reichsjustizgesetze (und Anführung einzelner Missstände) die Vereinigung des Notariats mit den Amtsgerichten gefordert.<sup>31</sup> Auf die Frage nach der Stellung der Staatsregierung hierzu antwortete der Bayerische Staatsminister der Justiz v. *Fäustle*<sup>32</sup> zum Ende der Debatte:<sup>33</sup>

„Trotz aller solcher möglichen Ausnahmen halte ich mich aber verpflichtet, dem Notariate an dieser Stelle das Zeugnis zu geben, dass dasselbe sich seit seinem Bestande auf durchaus soliden Grundlagen bestens entwickelt hat und dass über die vorzügliche Qualität der öffentlichen Urkunden in Bayern seit dem Bestande des Notariats in sachverständigen Kreisen innerhalb und außerhalb Bayerns nur eine Stimme herrscht.“

Am 15.2.1878 wurde im Landtag erneut der Antrag auf Verstaatlichung des Notariats gestellt.<sup>34</sup> Der Bayerische Staatsminister der Justiz begründete in der Debatte seine Ablehnung des Antrags eingehend und schloss:<sup>35</sup>

„Ich gestehe es offen zu, die Rückkehr von dem Notariat in die alten Zustände bei den bayerischen Gerichten würde ich als einen großen legislativen Rückschritt ansehen, den ich im Interesse des Landes nicht mitthun möchte.“

Die Vorarbeiten zum Bürgerlichen Gesetzbuch berührten das Notariat in der Tat unmittelbar. Der Sachenrechts-Teilentwurf von 1880 knüpfte den Übergang des Eigentums an Grundstücken an Auflassung und Eintragung im Grundbuch, wobei die Auflassung mündlich und gleichzeitig vor dem Grund-

buchamt abzugeben war.<sup>36</sup> Die Auflassung „vor dem offenen Buch“ und die darauf folgende Eintragung ins Grundbuch sollten im Regelfall in einem Zuge vorgenommen werden, wie es dann ins BGB übernommen wurde.<sup>37</sup> Der obligatorische Veräußerungsvertrag dagegen sollte entsprechend den bereits 1875 gefassten Beschlüssen der 1. BGB-Kommission nicht an eine Form gebunden sein, woran durch Beschluss vom 18.11.1881 festgehalten wurde.<sup>38</sup> In Bayern war dagegen seit dem Notariatsgesetz von 1861 der rechtsgeschäftliche Erwerb des Eigentums an Grundstücken nur aufgrund eines notariell beurkundeten Vertrages möglich.<sup>39</sup> Diese Bestimmung bildete somit eine der wichtigsten Grundlagen des Bayerischen Notariatssystems.<sup>40</sup>

Zur Begutachtung des aus Berlin vorgelegten Entwurfs bildete der Bayerische Staatsminister der Justiz v. *Fäustle* eine bayerische Kommission.<sup>41</sup> Diese beriet in zwei Sitzungen am 8. und 10.8.1882 über die vorgeschlagenen Bestimmungen zur Übertragung des Eigentums an Grundstücken.<sup>42</sup> Sie billigte dabei das vorgesehene Grundbuch- und Auflassungssystem, lehnte jedoch die Formfreiheit des obligatorischen Vertrages scharf ab. Der Bayerische Staatsminister der Justiz v. *Fäustle* betonte in der Diskussion, dass der Beurkundungszwang durch das Notariatsgesetz 1861 „zur Abstellung schreiender Missstände“ eingeführt worden sei und dass er sich in den 20 Jahren seiner Geltung „als eine segensreiche Einrichtung erwiesen“ habe.<sup>43</sup> Die Aufhebung halte er für einen „Fehlgriff“ und die Staatsregierung „erachte es für ihre Pflicht, mit aller Kraft dahin zu wirken, dass diese wohlthätige Einrichtung dem ganzen Reiche zu teil werde“.<sup>44</sup> Nach seiner Meinung sollte die Grundbuchumschreibung entsprechend der bisherigen bayerischen Regelung nur aufgrund eines beurkundeten Vertrages erfolgen. Die Mehrheit der Kommission befürwortete dagegen die Eigentumsumschreibung allein aufgrund dinglicher Einigung, bestand aber auf notarieller Beurkundung des obligatorischen Vertrages. Dabei sei es aber zu gestatten, dass mit dem Vertrag auch die Auflassungserklärung beurkundet werde. Die Verbindung der Beurkundung der Auflassung mit dem Abschluss des obligatorischen Vertrages bei Gericht oder Notar würde sodann zum Regelfall.<sup>45</sup> Der Bayerische Staatsminister der Justiz erklärte sich mit dem Vorschlag einverstanden, bemerkte hierzu aber, „dass die Trennung des dinglichen Vertrages von dem obligatorischen dem Volke unverständlich bleiben werde“.<sup>46</sup>

<sup>28</sup> Verhandlungen der Kammer der Reichsräte, a. a. O. (Fn. 16), 1883/1884, Protokollband II, S. 781 ff.; „Rede des Reichsrats von Bomhard über das Notariat“ im vollen Wortlaut zitiert in einer Eingabe der pfälzischen Notarkammern um Erhalt des selbständigen Notariats, abgedruckt in Bayerische Notariats-Zeitung 1896, 94.

<sup>29</sup> *Rumschöttel*, Das Bayerische Staatsministerium der Justiz 1799 bis 1966, in FS für *Karl Bengl*, 1984, S. 350; *Schubert*, Bayern und das Bürgerliche Gesetzbuch, Die Protokolle der bayerischen BGB-Kommission (1881–1884), 1980, S. 8 ff.

<sup>30</sup> *Vollhardt*, a. a. O. (Fn. 2), S. 41 f.

<sup>31</sup> Verhandlungen, a. a. O. (Fn. 12), Stenogr. Ber. 1877/78, Bd. I, S. 371 ff.

<sup>32</sup> Dr. *Johann Ritter v. Fäustle* (1826–1887), Staatsminister der Justiz 1871–1887; *Drescher*, Dr. Johann von Fäustle, in Staatsminister, a. a. O. (Fn. 10), S. 815 ff.; *Schubert*, a. a. O. (Fn. 29), S. 16.

<sup>33</sup> Verhandlungen, a. a. O. (Fn. 12), Stenogr. Ber. 1877/78, Bd. I, S. 376.

<sup>34</sup> Verhandlungen, a. a. O. (Fn. 12), Stenogr. Ber. 1877/78, Bd. II, S. 541 ff.

<sup>35</sup> Verhandlungen, a. a. O. (Fn. 12), Stenogr. Ber. 1877/78, Bd. II, S. 544.

<sup>36</sup> §§ 117, 118, abgedruckt bei *Schubert*, a. a. O. (Fn. 29), S. 112 Fn. 37.

<sup>37</sup> Staudingers Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 1928, § 925 B II 2 d) α).

<sup>38</sup> *Schubert*, a. a. O. (Fn. 29), S. 24; *Jakobs/Schubert*, Die Beratungen des Bürgerlichen Gesetzbuches, Schuldverhältnisse I, 1978, S. 405 (zu § 313 BGB).

<sup>39</sup> Art. 14 NotG 1861 lautet: Über alle Verträge, welche die Besitzveränderung oder das Eigentum unbeweglicher Sachen oder diesen gleichgeachteter Rechte, sowie über alle Verträge, welche dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen betreffen, sind bei Strafe der Nichtigkeit Notariatsurkunden zu errichten.

<sup>40</sup> *Hermann*, a. a. O. (Fn. 2), S. 319 f.

<sup>41</sup> Wie bei allen größeren Gesetzesvorhaben, *Schubert*, a. a. O. (Fn. 29), S. 19.

<sup>42</sup> Protokolle abgedruckt in *Schubert*, a. a. O. (Fn. 29), S. 111 ff.

<sup>43</sup> Protokoll vom 8.8.1882, in *Schubert*, a. a. O. (Fn. 29), S. 112.

<sup>44</sup> Protokoll vom 8.8.1882, in *Schubert*, a. a. O. (Fn. 29), S. 114.

<sup>45</sup> *Schubert*, a. a. O. (Fn. 29), S. 24; Protokoll vom 10.8.1882, in *Schubert*, a. a. O. (Fn. 29), S. 117.

<sup>46</sup> Protokoll vom 10.8.1882, in *Schubert*, a. a. O. (Fn. 29), S. 118.

Der von Bayern in die 1. BGB-Kommission entsandte Ministerialbeamte *Gottfried v. Schmitt*<sup>47</sup> brachte entsprechende Vorschläge in die BGB-Kommission ein. Diese verwarf jedoch alle Anträge *Schmitts* und ließ allein die Auflassung vor dem Grundbuchamt zu.<sup>48</sup> Das Erfordernis der Erklärung der Auflassung bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile ausschließlich vor dem Grundbuchamt wurde schließlich in § 925 Abs. 1 BGB Gesetz.<sup>49</sup> Am 20.5.1884 berichtete *v. Schmitt* aus Berlin dem Bayerischen Staatsminister der Justiz nach München von seinem „mit einer totalen Niederlage endigenden Vorgehen zugunsten des bayerischen Notariatsinstituts“ und stellte deprimiert fest:<sup>50</sup>

„Das Ergebnis der Beschlussfassung kann für Bayern in die zwei Sätze zusammengefasst werden:

- das bayerische Notariatsinstitut ist neben dem Kommissionsentwurf nicht zu halten;
- eine Änderung des jetzt Beschlossenen (...) ist seitens dieser Kommission nicht zu erwarten.“

Von den folgenden Verhandlungen über Rechte an Grundstücken kann *v. Schmitt* dem Bayerischen Staatsminister der Justiz Ende September 1884 berichten, dass mit Mehrheit beschlossen wurde, für die Bestellung von Dienstbarkeiten den Zwang zur Verlautbarung vor dem Grundbuchamt fallen zu lassen. Er sieht darin eine positive Wendung:<sup>51</sup>

„In Bayern würden also hierfür die Notare zuständig bleiben. Dies ist eine nicht zu unterschätzende Errungenschaft; sie wird seinerzeit Ausgangspunkt und Handhabe bieten, die bayerische Intentionen für das Notariat voll zu erreichen.“

Sein Bestreben ist nunmehr, auch für die Übertragung von Grundstücken eine alternative Beurkundungszuständigkeit von Gericht, Notar und Grundbuchamt mit dem Vorbehalt einer Beschränkbarkeit durch den Landesgesetzgeber zu erreichen.

Inzwischen war im Landtag erneut der Versuch auf Verstaatlichung des Notariats unternommen worden. Am 24.1.1884 wurde der Antrag auf einen Gesetzesentwurf gestellt, „durch welchen die Einziehung, und zwar vorerst der auf dem Lande in Erledigung kommenden Notarstellen und die Übertragung der Geschäfte der bezüglichen Amtssprengel an einen Einzelrichter ermöglicht werde.“<sup>52</sup> Begründet wurde die beabsichtigte Änderung des Notariatsgesetzes von 1861, dass rechtzeitig Maßnahmen zu bedenken seien, da mit Einführung des BGB „die hohe Wahrscheinlichkeit nahe liegt, dass damit das Grundbuchsystem zur Einführung gelangen wird, in Folge dessen das Notariat (...) in der bisherigen Gestalt nicht mehr fortbestehen kann.“<sup>53</sup> Die Debatte hierüber wurde im Landtag über zwei Sitzungen geführt, beide Seiten kamen ausführlich

zu Wort. Dass diese Frage die Abgeordneten außerordentlich bewegte, zeigt, dass bei antragsgemäßem Schluss der Debatte neben weiteren sieben Befürwortern des Antrags noch zehn Redner vorgemerkt waren, die den Antrag ablehnten.<sup>54</sup> Der Bayerische Staatsminister der Justiz, *v. Fäustle*, ergriff in der Debatte zweimal das Wort und wandte sich mit aller Entschiedenheit gegen den Antrag. Er stellte deutlich heraus, dass der Antrag zwar außerordentlich bescheiden klinge, konkret aber bedeute er: „die Aufhebung des Notariats!“<sup>55</sup> Er wies darauf hin, dass die von einigen Rednern angesprochenen Missstände nur gering seien, weiterhin, dass die anfallenden Notariatskosten geringer seien als der Staatsaufwand bei Einführung eines Gerichtsnotariats.<sup>56</sup> Dennoch wurde der Antrag auf einen entsprechenden Gesetzesentwurf zur Änderung des Notariatsgesetzes in der Kammer der Abgeordneten in namentlicher Abstimmung mit 80 gegen 60 Stimmen angenommen. In der Kammer der Reichsräte wurde dieser „Versuch eines Angriffes gegen den Grundsatz des Notariatsgesetzes, dass das Notariat vom Richteramt getrennt sein solle“<sup>57</sup> auf Antrag des Referenten abgelehnt, nachdem sich auch der ehemalige Bayerische Staatsminister der Justiz *v. Bomhard* für die Beibehaltung des Notariats ausgesprochen hatte.<sup>58</sup>

Die Notare wussten den Einsatz des Bayerischen Staatsministers der Justiz sehr wohl zu würdigen: „Se. Exzellenz der Herr Justizminister hat die Verteidigung des Notariats mit einer Wärme geführt, die nicht vergessen werden kann, solange in Bayern Notare leben.“<sup>59</sup> In der Sitzung des Vorstands des Deutschen Notariatsvereins beantragte der Vorsitzende Dr. *Friedrich Weber*, den Bayerischen Staatsminister der Justiz *v. Fäustle* „in Würdigung seiner vielfach glänzenden Verdienste um das Notariat in Bayern und damit in ganz Deutschland zum Ehrenmitglied des Notariatsvereins für Deutschland und Österreich zu ernennen“, was „begeistert“ angenommen wurde.<sup>60</sup>

Auch wenn der Bayerische Staatsminister der Justiz die Angriffe im Landtag mit dem Argument abgewehrt hat, dass die Zeit für eine Neuregelung des Notariats noch nicht reif sei und erst die endgültige Ausgestaltung der künftigen Reichsjustizgesetze abgewartet werden müsse, wird doch aus allem deutlich, dass sein Bestreben stets die Erhaltung des bestehenden Notariats war. Dies findet Bestätigung in den Ausführungen seines Nachfolgers in der Sitzung des Finanzausschusses vom 28.3.1898, dass Bayern von Anfang an bestrebt gewesen sei, die Entscheidungsfreiheit über die Frage der Beibehaltung des Notariats zu behalten.<sup>61</sup> Wie sehr der Bayerische Staatsminister der Justiz *v. Fäustle* auch den Rat von freiberuflichen Juristen schätzte, zeigt die Berufung von Notar *Bachmair*<sup>62</sup> in die erweiterte bayerische Kommission zur Beratung des Hypothekenrechts.<sup>63</sup>

<sup>47</sup> Zur Person: *Schubert*, a. a. O. (Fn. 29), S. 16 f.; Die Referenten des königlich Bayerischen Staatsministeriums der Justiz von 1818 bis 1918, in Staatsminister (Fn. 10) Nr. 60, S. 1108.

<sup>48</sup> *Schubert*, a. a. O. (Fn. 29), S.25.

<sup>49</sup> Im Wortlaut des § 925 wurde die alleinige Zuständigkeit des Grundbuchamts erst durch das Gesetz zur Wiederherstellung der Gesetzeseinheit auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts vom 5.3.1953 (BGBl I, S. 33) modifiziert unter Einbeziehung der VO über Auflassungen vom 11.5.1934 (RGBl I S. 378), die in Art. 1 § 1 bestimmte, dass Auflassungen im gesamten Reich auch vor dem Notar erklärt werden können.

<sup>50</sup> 100. Bericht vom 20.5.1884, S. 2, HStA München MJU 16110.

<sup>51</sup> Bericht vom 26.9.1884 (ohne Nr.), HStA München MJU 16110.

<sup>52</sup> Verhandlungen, a. a. O. (Fn. 12), Stenogr. Ber. 1884 II, S. 159.

<sup>53</sup> Verhandlungen, a. a. O. (Fn. 12), 1884, Beilagen-Band II, S. 229.

<sup>54</sup> Verhandlungen, a. a. O. (Fn. 12), Stenogr. Ber. 1884 II, S. 186.

<sup>55</sup> Verhandlungen, a. a. O. (Fn. 12), Stenogr. Ber. 1884 II, S. 163.

<sup>56</sup> Verhandlungen, a. a. O. (Fn. 12), Stenogr. Ber. 1884 II, S. 183.

<sup>57</sup> Verhandlungen der Kammer der Reichsräte 1883/1884, a. a. O. (Fn. 28), S. 767.

<sup>58</sup> Nachweis siehe oben Fn. 28.

<sup>59</sup> DNotZ 1884, 45.

<sup>60</sup> DNotZ 1884, 310, zitiert nach *Drescher*, a. a. O. (Fn. 32), S. 869.

<sup>61</sup> DNotZ 1898, 14-17; abgedruckt bei *Vollhardt*, a. a. O. (Fn. 2), S. 48 f.

<sup>62</sup> *Joseph Bachmair* (teilweise *Bachmaier*), Notar in Neumarkt a. d. Rott (heute St. Veit) vom 1.7.1862–31.7.1912; *Oberseider*, Kurzbiographien, a. a. O. (Fn. 14), S. 142.

<sup>63</sup> Sitzung vom 26.11.1884, Protokoll in *Schubert*, a. a. O. (Fn. 29), S. 189 ff.; Einladungsschreiben an *Bachmair* in HStA München MJU 16110.

Am 17.4.1887 verstarb v. *Fäustle*. Auch bei seinem Nachfolger *Leopold v. Leonrod*<sup>64</sup> stand zunächst die Vorbereitung, dann die Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches, die Mitarbeit an der Grundbuchordnung und die Formulierung einschlägiger Ausführungsgesetze im Mittelpunkt der ministeriellen Arbeit.<sup>65</sup> Dabei machte er ebenfalls deutlich, am Fortbestand des Notariats festhalten zu wollen.

Da in der 1. BGB-Kommission eine Änderung der Bestimmungen zur Auflassung nicht zu erreichen war, bemühte sich v. *Schmitt*, die Beurkundungspflicht des obligatorischen Vertrages durchzusetzen. Am 3.10.1887 stellte er erneut den Antrag auf Revision des Obligationenrechts und berichtet dem Bayerischen Staatsminister der Justiz:<sup>66</sup>

„Dieser Antrag enthält den trotz zweimaliger Ablehnung unter Ziffer 5 wiederholten Versuch, die Forterhaltung des bayerischen Notariatsinstituts zu ermöglichen.“

und begründet gegenüber dem Minister seine Antragstellung:

„Aus Ew. Exzellenz Äußerungen bei der mir gnädigst bewilligten Audienz vom 17. Juli d. J. glaubte ich entnehmen zu sollen, dass die k. b. Staatsregierung auch jetzt noch auf diesen Versuch Gewicht legt.“

Der Antrag auf Formbedürftigkeit wurde von der Kommission am 19.10.1887 angenommen, allerdings nur hinsichtlich der Verpflichtung zur Grundstücksübertragung.<sup>67</sup> Gleichzeitig aber wurde die Möglichkeit der Heilung bei Verstoß gegen die Formvorschrift eingefügt, die dann ins BGB Eingang fand als § 313 Satz 2 (nunmehr § 311b Abs. 1 Satz 2 BGB).<sup>68</sup> Damit ist laut v. *Schmitt* der erstrebte Zweck nicht vollständig erreicht, da die Parteien „in gegenseitigem Einverständnis die Form des obligatorischen Vertrages umgehen“ können. Dies hält er jedoch für nicht so bedeutsam, im Übrigen betrachtet er das Erreichte „nur als den Anfang einer Regelung im bayerischen Sinn“. Er stellt jedoch befriedigt fest:<sup>69</sup>

„Die Aufrechterhaltung des bay. Notariats ist nach dem Beschlusse zu § 348a nicht mehr unmöglich.“

Der Bayerische Staatsminister der Justiz v. *Leonrod* würdigt das Erreichte in einem Schreiben an v. *Schmitt*:<sup>70</sup>

„Es gereicht mir zu besonderem Vergnügen, Ew. Hochwohlgeboren für die Bemühungen, denen die Herbeiführung dieser für die Erhaltung des bayer. Notariats so wertvollen Beschlüsse zu danken ist, meine volle Anerkennung auszusprechen.“

Als 1888 der Entwurf zum BGB veröffentlicht wurde, sahen nun auch die Notare in der vorgesehenen Regelung „geradezu den Lebensnerv des bayerischen Notariats“ bedroht.<sup>71</sup> In den beiden unter der Schriftleitung von *Friedrich Weber* erscheinenden Notariats-Zeitungen war die Bekämpfung der Tren-

nung der Auflassung vom obligatorischen Vertrag durch Jahre hindurch Hauptthema der Erörterungen.<sup>72</sup>

Während das Bayerische Staatsministerium der Justiz stets mit Entschiedenheit für die Erhaltung des selbständigen Notariats eintrat, setzte sich 1898 auch im Landtag die Überzeugung durch, dass am selbständigen Notariat festzuhalten sei. Bei der Generaldebatte über den Justizetat am 26.4.1898 berichtete der Referent über die vorangegangene eingehende Beratung im Finanzausschuss, dass an erster Stelle die Frage stand, „ob mit der Einführung des BGB das heutige Notariat selbständig erhalten bleiben oder mit den Gerichten verbunden werden solle“. Die Debatte im Ausschuss hatte im Großen und Ganzen ergeben, dass „die Erhaltung des selbständigen Notariats dringend gewünscht wird“.<sup>73</sup> In der Debatte des Landtags stellte der Abgeordnete *Walter*, 1884 als Referent Verfechter der Aufhebung des selbständigen Notariats, resigniert fest:<sup>74</sup>

„Wenn ich irgend eine Möglichkeit erblicken würde, dasselbe zu beseitigen, so würde ich mit Freuden Alles dazu beitragen, um dieses Resultat herbeizuführen; aber leider gibt es dazu keine Möglichkeit.“

Bei Fortsetzung der Debatte am 28.4.1898 erklärte der Bayerische Staatsminister der Justiz v. *Leonrod* als Zusammenfassung seiner Ausführungen im Finanzausschuss:<sup>75</sup>

„Die k. Staatsregierung steht noch immer auf dem Standpunkte, dass das Notariatsinstitut sowohl im Interesse der Rechtspflege als auch im Interesse der Bevölkerung aufrecht erhalten werden muss und dass keine andere Organisation im Stande wäre, die Vortheile zu gewähren, die das Notariat der Bevölkerung bietet.“

Hinsichtlich der gerügten Mängel, die von ihm „keineswegs gelegnet“ werden, stellte er die Beseitigung in einem neuen Notariatsgesetz in Aussicht.

Der Berichterstatter beendete die Debatte am 29.4.1898 mit der Feststellung, dass „das hohe Haus wohl davon überzeugt“ sei, dass eine Abschaffung des Notariats nicht angängig sei und meinte, auf die Ankündigung des neuen Notariatsgesetzes durch den Minister Bezug nehmend:<sup>76</sup>

„Wenn die Mängel, die im Notariatsgesetze bestehen, abgeändert werden, wird die Sache vollkommen geregelt und das Vertrauen in das Notariat wird wieder ganz zurückkehren.“

In die endgültige Fassung des BGB fanden die bayerischen Vorstellungen schließlich keinen Eingang, sie konnten jedoch aufgrund entsprechender Vorbehalte durch Landesgesetze geregelt werden.<sup>77</sup> Die Erklärung der Auflassung, allerdings nur eines bayerischen Grundstücks, vor dem Notar ermöglichte Art. 81 AG BGB (entsprechend dem Vorbehalt in Art. 143 EG BGB). Gemäß dem Vorbehalt in § 98 GBO darf nach Art. 12

<sup>64</sup> *Leopold Freiherr von Leonrod* (1829–1905), Staatsminister der Justiz 1887–1902; *Dürig*, *Leopold Freiherr von Leonrod*, in Staatsminister, a. a. O. (Fn. 10), S. 899 ff.

<sup>65</sup> *Rumshöttel*, a. a. O. (Fn. 29), S. 350.

<sup>66</sup> 125. Bericht vom 6.10.1887, HStA München MJu 16110.

<sup>67</sup> *Schubert*, a. a. O. (Fn. 29), S. 26 f.

<sup>68</sup> Zunächst als § 348a, dann § 351 des Entwurfs; nunmehrige Fassung abgedruckt bei *Vollhardt*, a. a. O. (Fn. 2), S. 47.

<sup>69</sup> 126. Bericht vom 20.10.1887, HStA München MJu 16110.

<sup>70</sup> Antwort des Bayerischen Staatsministers der Justiz an v. *Schmitt* vom 8.11.1887, HStA München MJu 16110.

<sup>71</sup> *Wiesinger*, „Zum Abschied“, Rückblick zum Ende der Bayerischen Beilage zur DNotZ bei Inkrafttreten der RNotO, DNotZ 1937, Bayerische Beilage, S. 81 ff. (92).

<sup>72</sup> „Deutsche Notariats-Zeitung und Zeitschrift für das Hypothekenwesen, Organ des Notariatsvereins für Deutschland und Österreich“ und „Bayerische Notariats-Zeitung und Zeitschrift für die Freiwillige Rechtspflege der Gerichte in Bayern“; vgl. hierzu *Röll*, 125 Jahre Bayerische Notariatszeitschrift, MittBayNot 1989, Sonderheft, S. 14.

<sup>73</sup> Verhandlungen, a. a. O. (Fn. 12), Stenogr. Ber. 1897/98 XII, S. 254.

<sup>74</sup> Verhandlungen, a. a. O. (Fn. 12), Stenogr. Ber. 1897/98 XII, S. 277.

<sup>75</sup> Verhandlungen, a. a. O. (Fn. 12), Stenogr. Ber. 1897/98 XII, S. 282.

<sup>76</sup> Verhandlungen, a. a. O. (Fn. 12), Stenogr. Ber. 1897/98 XII, S. 325.

<sup>77</sup> Ausführlich hierzu *Vollhardt*, a. a. O. (Fn. 2), S. 48 f.

AG GBO die Erklärung der Auflassung vor dem Grundbuchamt nur bei Vorlage der nach § 313 BGB erforderlichen Urkunde entgegengenommen werden.<sup>78</sup> Die Vorschrift galt auch für den Notar, wenn die Auflassung nicht zusammen mit dem Vertrag beurkundet wurde. Mit der Änderung des Art. 15 Abs. 2 des AG GVG durch Art. 167 AG BGB wurde die Wahlmöglichkeit des Art. 141 EG BGB ergriffen und die Zuständigkeit für die Beurkundung des in § 313 Satz 1 BGB bezeichneten Vertrages ausschließlich dem Notar übertragen. Damit war dem bisherigen Rechtszustand des Art. 14 NotG 1861 Rechnung getragen und die bisherige Zuständigkeit der Notare für die Beurkundung der das Eigentum an Grundstücken betreffenden Rechtsgeschäfte wenigstens im Ergebnis gewahrt.<sup>79</sup>

### III. Das Notariatsgesetz von 1899

Zugleich mit dem BGB trat zum 1.1.1900 die Neufassung des Notariatsgesetzes vom 9.6.1899 in Kraft.<sup>80</sup> Eine der wesentlichen Neuerungen enthielt Art. 6 Abs. 2, in dem festgestellt wird: „Die Notariate sind staatliche Behörden.“ Zur Durchführung bedurfte es der Neuerrichtung der Notariate, nunmehr als staatliche Behörden. Dies erfolgte, verbunden mit einer großen Zahl von Versetzungen von Notaren, durch Verordnung vom 22.12.1899.<sup>81</sup> Durch die Organisation als Behörde wurde verstärkt hervorgehoben, dass der Notar in seiner Tätigkeit „nicht nur den Beteiligten, sondern in erster Linie dem Staate“ verantwortlich war und damit verstärkt dem Einfluss des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz unterstand.<sup>82</sup>

Einer der Missstände, deren Beseitigung der Bayerische Staatsminister der Justiz v. *Leonrod* angekündigt hatte, war die inzwischen eingetretene Überalterung des Notariats. Ende 1899 war ein knappes Viertel der Notare über 65 Jahre alt. Von diesen waren 39 Notare über 70, der älteste stand bereits im 79. Lebensjahr. Schon vor Inkrafttreten des Notariatsgesetzes forderte das Bayerische Staatsministerium der Justiz mit Entschließung vom 11.11.1899 die Oberstaatsanwälte bei den Oberlandesgerichten (als bisherige Aufsichtsbehörde) auf, über die Dienstfähigkeit aller älteren Notare zu berichten. Diese holten Gutachten der Landgerichtspräsidenten und der Staatsanwaltschaften ein, die zu den einzelnen, namentlich genannten Notaren Stellung nahmen. Zusammen mit einer zusammenfassenden Würdigung wurden diese Berichte Ende November 1899 dem Ministerium vorgelegt.<sup>83</sup> Dabei zeigte sich, dass mancher Notar zu einer persönlichen Amtsausübung kaum mehr in der Lage war. Eine Amtsenthebung konnte unter Geltung des bisherigen Notariatsgesetzes von 1861 nur durch straf- oder disziplinargerichtliches Urteil erfolgen, nicht aus Gründen mangelnder Amtsfähigkeit.<sup>84</sup> Das neue Gesetz eröffnete nunmehr als notwendige Folge der Gestaltung des Notariats als Behörde in Art. 88 Nr. 1 die zwangsweise Enthebung auch wegen Amtsunfähigkeit aus

körperlichen oder geistigen Gründen. Diese neue Bestimmung wurde auch in den Kreisen der Notare für notwendig erachtet. *Kaisenberg*<sup>85</sup> schreibt in seinem Kommentar zum Notariatsgesetz von 1899:<sup>86</sup>

„Wenn ein Notar ... dauernd unfähig ist, sein Amt auszuüben, so muss es ein Mittel geben, ihn auch gegen seinen Willen vom Amte zu entheben, da sonst das Amt und die Interessen der Bevölkerung darunter leiden.“

Die bisherige mangelnde Bereitschaft zur freiwilligen Amtsniederlegung beruhte vor allem auf einer fehlenden Versorgung der Notare im Ruhestand. Art. 127 des neuen Notariatsgesetzes stellte einen zu diesem Zweck zu gründenden Pensionsverein in Aussicht.

Aufgrund der vorliegenden Gutachten entschied das Bayerische Staatsministerium der Justiz in einer großen Zahl von Fällen, dass das Amtsenthebungsverfahren einzuleiten sei. Den betroffenen Notaren wurde dabei die Möglichkeit gegeben, sich mit der Enthebung einverstanden zu erklären, was durchweg erfolgte. Das in Aussicht genommene Zwangsenthebungsverfahren wurde sodann nach außen nicht erwähnt, laut Justizministerialblatt erfolgte die Entlassung „auf Ansuchen“. Im Rahmen dieser Maßnahmen wurden am 15.2.1900 18 Notare mit deren Zustimmung in den Ruhestand versetzt. Ende 1900 waren 44 Notare in den Ruhestand getreten, die Mehrzahl davon unter nachweislichem Hinweis auf das Verfahren nach Art. 88.<sup>87</sup> Der nach Art. 127 in Aussicht genommene Pensionsverein für die Notare kam erst zum 1.2.1902 zustande.<sup>88</sup> In der Zwischenzeit stellte der Staat bei Zustimmung zur Amtsenthebung eine auf Ansuchen nach Bedürftigkeit zu gewährende „Sustentation“ in Aussicht.<sup>89</sup>

Die Schaffung des neuen „Pensionsverein für die bayerischen Notare“ und die Neufassung der Satzung des seit 1867 bestehenden „Pensionsverein für die Witwen und Waisen der bayerischen Notare“<sup>90</sup> lassen das Eingreifen der Justizverwaltung erkennen.<sup>91</sup> Beide Pensionsvereine waren mit Zwangsbeitritt verbunden,<sup>92</sup> an Stelle unmittelbarer Beiträge durch die Vereinsmitglieder wies der Staat die bisher den Notaren zustehenden Tantiemen für die Einziehung von Staats- und Gemeindegebühren unmittelbar den Vereinen zu.<sup>93</sup>

Als Folge der Behördeneigenschaft nahm der Staat auch auf das Personal des Notars Einfluss. Art. 20 NotG 1899 gestattete dem Notar ausdrücklich, zu seiner Unterstützung Gehilfen aufzunehmen, in Art. 129 wurde dem Bayerischen Staatsministerium der Justiz aber das Recht eingeräumt, Vorschriften über die Entlohnung der nichtrechtskundigen Gehilfen zu

<sup>85</sup> *Heinrich Julius Kaisenberg* (1853–1905) 1890 Notar in Landsberg, 1895 in Augsburg, ab 1900 München X, Vorsitzender der Notariatskammer München, 1. Vorsitzender des Bayerischen Notariatsvereins ab 1902; *Oberseider*, 100 Jahre Bayerischer Notarverein, MittBayNot 2001, Sonderheft, S. 17.

<sup>86</sup> *Kaisenberg*, fortgeführt von *Denkler*, Kommentar zum Bayerischen Notariatsgesetz vom 9.6.1899, 1907, S. 256, Anm. 1 zu Art. 88.

<sup>87</sup> *Oberseider*, Die ersten Amtsinhaber, a. a. O. (Fn. 83), S. 124 f.

<sup>88</sup> GVBl 1902, 21 u. JMBl 1902, 253 (je mit Satzung).

<sup>89</sup> *Oberseider*, Die ersten Amtsinhaber, a. a. O. (Fn. 83), S. 125.

<sup>90</sup> JMBl 1902, 253, Satzung, S. 273.

<sup>91</sup> So auch *Dürig*, a. a. O. (Fn. 64), S. 912.

<sup>92</sup> „Wir bestimmen auf Grund des Art. 127 des Notariatsgesetzes, dass alle künftig zur Anstellung gelangenden Notare mit ihrer Ernennung Mitglieder dieser beiden Pensionsvereine werden.“ § 2 der VO vom 1.2.1902, GVBl, S. 21 u. JMBl, S. 253, Satzung, S. 256.

<sup>93</sup> § 3 der VO vom 1.2.1902 (wie vor), dazu § 5 bzw. § 7 der Satzungen.

<sup>78</sup> Auch diese Bestimmungen fanden als § 925a erst 1953 ins BGB Eingang, wiederum unter Aufnahme der Regelung der VO vom 11.5.1934, § 2 (wie Fn. 49).

<sup>79</sup> *Henle/Schneider*, Die bayerischen Ausführungs-Gesetze zum Bürgerlichen Gesetzbuche, 1900, Vorbem. zu Art. 81 AG.

<sup>80</sup> GVBl 1899 Nr. 28 Beilage, 137 ff.

<sup>81</sup> GVBl 1899, 1205 u. JMBl 1899, 733.

<sup>82</sup> So die Ausführungen des Referenten am 3.1.1908 im vereinigten I. u. II. Ausschuss der Kammer der Reichsräte, Kammer der Reichsräte 1907/08, Beilagen-Band I, S. 209; *Vollhardt*, a. a. O. (Fn. 2), S. 50 f.

<sup>83</sup> HStA München MJu 1014; vgl. hierzu *Oberseider*, Die ersten Amtsinhaber in FS 150 Jahre Bayerisches Notariat, 2013, S. 121 ff.

<sup>84</sup> Art. 1 Abs. 3 NotG 1861.

erlassen und insbesondere zu bestimmen, dass der Notar als Notariatsgehilfen nur solche verwenden darf, die einem entsprechenden Versorgungsverein angehören. Trotz der Unterstellung unter die staatliche Aufsicht blieben die Notariatsgehilfen aber im privatrechtlichen Dienstverhältnis zum Notar.<sup>94</sup>

Als ein solcher Versorgungsverein gemäß Art. 129 NotG wurde am 11.6.1900 der „Pensions- und Unterstützungs-Verein der nicht rechtskundigen Gehilfen bei den Königlich bayerischen Notariaten“ gegründet.<sup>95</sup> Ein entsprechender Versorgungsverein bestand seit 1887 in dem „Pensions- und Unterstützungs-Verein der Kanzlisten bei den Justizbehörden Bayerns“. Die Nähe zum Bayerischen Staatsministerium der Justiz gibt eine Stellungnahme des Staatsministeriums des Inneren wieder:<sup>96</sup>

„Nach der Satzung des Vereins kommt dem k. Staatsministerium der Justiz ein gewisser Einfluss und bestimmtes Aufsichtsrecht hinsichtlich dieses Vereins zu. Die Zugehörigkeit zu dem Verein untersteht der Kontrolle des Staatsministeriums der Justiz und gewährt die Möglichkeit der Einweisung in erhöhte staatliche Unterstützungen. Auch erhält der Verein staatliche Zuschüsse.“

Die Gründung des Versorgungsvereins für die Notariatsgehilfen wurde vom Bayerischen Staatsministerium der Justiz bereits in der Ausschusssitzung der Kammer der Abgeordneten am 6.5.1899 bei der Beratung des Notariatsgesetzes angekündigt. Der damalige Ministerialrat und künftige Bayerische Staatsminister der Justiz v. *Thelemann*<sup>97</sup> wies darauf hin, dass durch die Gründung des Vereins für die Gerichtskanzlisten es gelungen sei, deren Versorgung „zur allgemeinen Zufriedenheit“ zu regeln und fährt fort:<sup>98</sup>

„Genau nach dem Muster dieses Vereins will die Justizverwaltung auch die Fürsorge für das Kanzleipersonal der Notare regeln. Auch die Notariatsgehilfen sollen mit Zwang in einen Pensionsverein zusammengefasst werden.“

Die Satzung des Vereins der Notariatsgehilfen<sup>99</sup> entsprach wörtlich der Satzung des Vereins der Justizkanzlisten in der Fassung von 1891,<sup>100</sup> soweit nicht Anpassungen bezüglich Notariat und des inzwischen in Kraft getretenen BGB erforderlich waren. Auch für die Verwendung der Unterstützungsmittel wurden die 1891 festgelegten Grundsätze über die Unterstützungen an das Kanzleipersonal bei den Gerichten<sup>101</sup> bestimmt.<sup>102</sup> Gleichzeitig mit der Bekanntmachung über die Schaffung des Pensionsvereins der Notariatsgehilfen wurde vom Vorbehalt des Art. 129 NotG Gebrauch gemacht und das Verbot der Beschäftigung von Gehilfen, die nicht dem Verein angehören, ausgesprochen.<sup>103</sup> Beiden Versorgungsvereinen wurde mit EntschlieÙung vom 17.7.1902 die Eigenschaft eines Vereins des öffentlichen Rechts verliehen.<sup>104</sup>

<sup>94</sup> *Kaisenberg*, a. a. O. (Fn. 86), S. 335, Anm. 3 zu Art. 129.

<sup>95</sup> *Ring*, Entstehung und Geschichte der Notarkasse, in FS 125 Jahre Bayerisches Notariat, 1987, S. 97.

<sup>96</sup> Schreiben vom 3.4.1902, StA München Pol. Dir. München 1320.

<sup>97</sup> *Heinrich v. Thelemann* (1851–1923), Staatsminister der Justiz 1912–1918; *Kallenbach*, Heinrich von Thelemann in Staatsminister, a. a. O. (Fn. 10), S. 1005 ff.

<sup>98</sup> Verhandlungen, a. a. O. (Fn. 12), 1899, Beilagen-Band XX Abt. II, S. 723.

<sup>99</sup> JMBl 1900, 1091.

<sup>100</sup> JMBl 1891, 145.

<sup>101</sup> JMBl 1891, 133.

<sup>102</sup> JMBl 1900, 1115.

<sup>103</sup> JMBl 1900, 1086.

<sup>104</sup> JMBl 1902, 679.

Am 1.12.1902 wurde *Ferdinand v. Miltner*<sup>105</sup> neuer Bayerischer Staatsminister der Justiz. Zur Verbesserung der Stellung der Notariatsgehilfen wurde die bereits unter seinem Vorgänger erlassene Gehilfenordnung vom 1.5.1901<sup>106</sup> mehrfach überarbeitet<sup>107</sup> und schließlich 1909 neu gefasst.<sup>108</sup> Trotz Festlegung eines Mindestgehalts blieb vor allem die angemessene Besoldung der Notariatsgehilfen ein noch über Jahre fortdauerndes Problem.<sup>109</sup> Die von den Gehilfen geforderte vollständige Gleichstellung mit den Gerichtsschreibereibeamten erschien dem Bayerischen Staatsministerium der Justiz ein zu starker Eingriff in die Rechte der Notare als Arbeitgeber.

Der Versorgungsverein, aus dessen Kasse dienstunfähige und vorübergehend erkrankte Gehilfen und die Hinterbliebenen verstorbener Gehilfen Pensionen erhalten sollten, war nur als der Teil der Vorsorge gedacht, den die Gehilfen durch eigene Mitwirkung zu sichern hatten.<sup>110</sup> Daneben war im Justizhaushalt ein fester Betrag von zunächst jährlich 35.000 M zur Unterstützung bedürftiger Gehilfen ausgewiesen. 1899 glaubte man aufgrund eingeholter „versicherungstechnischer Gutachten“, dass es möglich sein würde, „mit einem nicht allzu hohen Staatszuschuss diesen Verein lebensfähig zu machen“.<sup>111</sup> Man war sich dabei bewusst, dass dieser Betrag später möglicherweise erhöht werden müsste, doch zeigte die Entwicklung bereits in den Jahren 1905 und 1906, dass die zusätzlich erforderlichen Mittel erheblich sein würden. Bei der Suche nach Lösungen machte das Bayerische Staatsministerium der Justiz deutlich, dass nicht „die ganze Last der Mehrung des Bedarf auf die Staatskasse genommen werde“.<sup>112</sup> Neben einer Erhöhung des Staatsbeitrags um 15.000 M erscheine es „möglich und billig, dass die Notare, denen die Vorteile der Arbeit ihrer Gehilfen unmittelbar zu gute kommen, auch für die Versorgung und Unterstützung zu Leistungen herangezogen werden“.<sup>113</sup>

Am 28.1.1908 erging das Mitte 1907 vom Bayerischen Staatsministerium der Justiz im Entwurf vorgelegte Gesetz zur Aufbringung der Mittel für die Unterstützung der Notariatsgehilfen, wonach monatlich nach der Zahl der ständigen Gehilfen eine feste Abgabe von zunächst 3 Mark erhoben wurde.<sup>114</sup> Diese Regelung wurde aber schon bei Verabschiedung nur als provisorische Maßnahme angesehen. In der Landtagsdebatte vom 25.11.1907 wurde betont, dass dieses Gesetz nach Erklärung des Bayerischen Staatsministers der Justiz im Ausschuss nur der erste Schritt sei, der Minister einer allgemeinen Umlage in Abstufung je nach den Erträgen des einzelnen Notariats prinzipiell nicht entgegenstehe, er aber diesen Ge-

<sup>105</sup> Dr. *Ferdinand v. Miltner* (1856–1912), Staatsminister der Justiz 1902–1912; *Preußner/Schüler*, Dr. Ferdinand Ritter von Miltner, in Staatsminister, a. a. O. (Fn. 10), S. 935 ff.

<sup>106</sup> JMBl 1901, 341.

<sup>107</sup> JMBl 1903, 79; 1906, 220, ferner 1905, 781 betr. die regelmäßige Beurteilung der Notariatsgehilfen.

<sup>108</sup> JMBl 1909, 411.

<sup>109</sup> *Vollhardt*, a. a. O. (Fn. 2), S. 56 f.

<sup>110</sup> Nach § 15 der Satzung 3 % des monatlichen Gehaltsbezuges, wovon die Hälfte allerdings vom Beschäftigungsnotar zu übernehmen war.

<sup>111</sup> Verhandlungen, a. a. O. (Fn. 12), 1899, Beilagen-Band XX Abt. II, S. 723.

<sup>112</sup> Begründung zum vorläufigen Entwurf des Gesetzes, HStA München MJu 11036.

<sup>113</sup> Schreiben an das Finanzministerium vom 18.7.1907, HStA München MJu 11089.

<sup>114</sup> GVBl 1908, 49 u. JMBl 1908, 1.

danken derzeit noch nicht verfolgen wolle.<sup>115</sup> In der Kammer der Reichsräte machte der Minister klar, dass die Bedeutung des Gesetzes nicht die Umlage von 3 Mark sei, sondern dass durch das Gesetz „das Prinzip zum Ausdruck komme, dass das Notariat als Ganzes mehr als bisher zur Tragung derjenigen Lasten herangezogen werden solle, die der Staat bisher auf eigene Schultern genommen habe.“<sup>116</sup>

Entsprechend den Vorstellungen des Bayerischen Staatsministers der Justiz v. *Miltner* vom Notariat als wirtschaftlich freier und unabhängiger Berufsstand sollten *alle* bisher vom Staat getragenen Lasten von der Gesamtheit der Notare übernommen werden. Dies war bereits am 3.1.1908 in der Kammer der Reichsräte als Überlegung des Ministers angesprochen worden. Ein so erheblicher Schritt, der die Notare empfindlich treffen werde, sei aber derzeit noch nicht ratsam, mit einem derart gründlichen Vorgehen müsse noch zugewartet werden. Minister v. *Miltner* ist an dieses heikle Problem mit großer Vorsicht und Zurückhaltung herangegangen, er wollte es nur im Einverständnis mit den Notariatskammern gelöst sehen.<sup>117</sup> Am 11.2.1909 richtete er daher ein Schreiben an alle fünf Notariatskammern in Bayern<sup>118</sup> und leitet dieses ein:<sup>119</sup>

„Die Organisation der Notariate beruht auf seiner wirtschaftlichen Selbständigkeit. Der Notar bezieht keinen Gehalt aus der Staatskasse, sondern Gebühren. Dafür hat er den gesamten Aufwand des Notariats zu bestreiten. Ebenso ist das Verhältnis bei den Lasten des ganzen Standes gedacht. Wie der einzelne Notar die Lasten seines Amtes, so soll grundsätzlich die Gesamtheit der Notare die Lasten ihres Standes tragen.“

Im Weiteren wird dargelegt, dass zu diesen Lasten nicht nur die Versorgung der Notare und ihrer Angehörigen, sondern auch die Versorgung der von den Notaren beschäftigten Gehilfen und deren Hinterbliebenen gehört, dass der Staat die bei der Neuordnung des Notariats zunächst übernommenen Lasten nicht weiterhin allein tragen könne und daher die Notwendigkeit bestehe, die Notare zur Tragung der Lasten heranzuziehen. Das Schreiben schließt:

„Das k. Staatsministerium der Justiz legt selbstverständlich größten Wert darauf, die Ansicht der Notare kennen zu lernen, und ersucht daher die Notariatskammern, sich bald, etwa bis zum 15. März, zu äußern. Als Wege zur Erreichung des Zieles könne die Einführung einer Abgabe vom Einkommen der Notare, sei es einer festen, sei es einer in steigenden Sätzen, und die Festsetzung einer Einkommensgrenze mit Einziehung des Überschusses in Betracht kommen. Es wären aber auch andere Vorschläge keineswegs ausgeschlossen.“

Gerade in diesem Teil des Schreibens bestätigen starke Korrekturen des ursprünglich wesentlich sachlicher gehaltenen Entwurfs das Bemühen des Ministers um die Geneigtheit der Notare.

Nachdem die Vorschläge des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz in einer Beratung des Bayerischen Notariatsvereins

am 28.2.1909 grundsätzlich Zustimmung fanden,<sup>120</sup> erklärten sich die einzelnen Notariatskammern grundsätzlich zur Übernahme aller bisher vom Staate getragenen Lasten für die Versorgungseinrichtungen des Notariats bereit, zum Teil ausdrücklich mit der Begründung, dass dadurch die von manchen Seiten angefeindete Selbständigkeit des Notariats aufrechterhalten und befestigt werde.<sup>121</sup> Alle Kammern befürworteten die Erhebung in prozentual und progressiv steigenden monatlichen Sätzen, eine Einkommensobergrenze und Ablieferung des Mehrerlöses an den Staat lehnten sie strikt ab. Alle Kammern sprachen sich aus sozialpolitischen Erwägungen dafür aus, dass geringe Einkommen von der Abgabe frei bleiben sollten. Dies erleichtere die Zustimmung des Standes.<sup>122</sup> Am 4.1.1910 trat das neue Gesetz, die Aufbringung der Mittel für die Versorgungseinrichtungen des Notariats betreffend, in Kraft.<sup>123</sup> Die Abgabe sah entsprechend den übereinstimmenden Vorschlägen in Art. 4 Abs. 1 eine prozentual steigende Abgabe für aufsteigende Stufen des Reineinkommens vor. Abs. 2 ermöglichte für den Fall, dass die erhobenen Mittel nicht ausreichen sollten, die Festsetzung von Nachschüssen durch das Ministerium. Diese Regelung der Verteilung der Lasten des Gesamtstandes nach Leistungsfähigkeit des einzelnen Notars wurde grundlegend für die künftige Organisation des bayerischen Notariats und ist auch heute noch Grundprinzip der Notarkasse.<sup>124</sup>

Auch das Gehilfenproblem wollte v. *Miltner* aus dem gleichen Grundgedanken heraus gelöst sehen, auch in diesem Punkte sollten die Notare frei und unabhängig sein. „Lebhaft begrüßte es“ der Bayerische Staatsminister der Justiz, dass der Notarverein 1911 mit den Gehilfen Verhandlungen über die Regelung ihrer Gehaltsverhältnisse einleitete. Dass sich diese zerschlugen, hat v. *Miltner* „auf das lebhafteste bedauert“.<sup>125</sup> Erst unter v. *Miltner*s Nachfolger, dem Bayerischen Staatsminister der Justiz v. *Thelemann*, kamen 1913 durch Beschlüsse der Kammern neue Vorschriften über die Entlohnung der Gehilfen zu Stande.<sup>126</sup> Die Aufgabe, die Notare von der bisherigen Unzulänglichkeit der Mindestgehälter zu überzeugen, war nicht leicht, „nur die guten Beziehungen, die Herr v. *Thelemann* seinerzeit als Notariatsreferent zu den Notaren unterhalten und die sein Notariatsreferent Ministerialrat *Hermann Schmitt* weiter vertieft und gefestigt hatte“, ermöglichte schließlich eine befriedigende Regelung.<sup>127</sup> Der Einsatz des Bayerischen Staatsministers der Justiz wird auch im Beschluss der Mitgliederversammlung des 1903 gegründeten Vereins der bayerischen Notariatsgehilfen vom 13.7.1913 in Bamberg gewürdigt, worin der Dank „in besonderem Maße“ dem Bayerischen Staatsminister der Justiz ausgesprochen wird, „auf dessen Einwirkung und Veranlassung die Beschlüsse der Notariatskammern in erster Linie zurückgeführt werden müssen“ und zugleich dem „Referenten im Kgl. Staatsministerium der Justiz, Herrn Ministerialrat *Schmitt*, der sich um die Verwirklichung der Intentionen des Herrn Ministers so außerordentlich viele Mühe gegeben und hiebei

<sup>115</sup> Verhandlungen, a. a. O. (Fn. 12), Stenogr. Ber. 1907, S. 935.

<sup>116</sup> Kammer der Reichsräte 1907/08, Beilagen-Band I, S. 211, Protokoll des vereinigten I. u. II. Ausschusses vom 3.1.1908; Abdruck auch in HStA München MJu 11089.

<sup>117</sup> So *Preußner/Schüler*, a. a. O. (Fn. 105), S. 991.

<sup>118</sup> Nach Art. 120 NotG i. Verb. mit VO v. 4.5.1900 (GVBl 435) in jedem OLG-Bezirk, also in Augsburg, Bamberg, München, Nürnberg und Zweibrücken.

<sup>119</sup> Entwurf mit Korrekturen in HStA München MJu 11037.

<sup>120</sup> Vorabbericht vom 1.3.1909 des Vorsitzenden der Notariatskammer München, *Peter Osenstätter* „privatim“ an *Hermann Schmitt* über die Beratung des Vereins, in HStA München MJu 11037.

<sup>121</sup> Zusammenfassung der Gutachten der Kammern zum Gesetzentwurf 1909 in HStA München MJu 11037.

<sup>122</sup> Einzelgutachten der einzelnen Kammern in HStA München MJu 11037.

<sup>123</sup> GVBl 1910, 1 u. JMBI 1910, 1.

<sup>124</sup> *Ring*, a. a. O. (Fn. 95), S. 99.

<sup>125</sup> *Preußner/Schüler*, a. a. O. (Fn. 105), S. 992.

<sup>126</sup> *Vollhardt*, a. a. O. (Fn. 2), S. 56 f.

<sup>127</sup> So *Kallenbach*, a. a. O. (Fn. 97), S. 1033.

größtes Wohlwollen für den Stand der Notariatsgehilfen gezeigt hat.“<sup>128</sup>

Der 1. Weltkrieg brachte durch den erheblichen Geschäftsrückgang, vor allem zu Beginn des Krieges, viele Notariate in große wirtschaftliche Schwierigkeiten. Sie hatten die Lasten, besonders die Gehilfengehälter, weiterhin ungeschmälert zu tragen, Kündigungen oder Gehaltsminderungen waren von der Justizverwaltung ausdrücklich untersagt.<sup>129</sup> Eine ganze Anzahl von Notaren, deren Reineinkommen die Bezüge eines Amtsrichters nicht mehr erreichten, erhoben Anspruch auf den vom Gesetz vorgesehenen Staatszuschuss.<sup>130</sup> Im Zusammenwirken der Justizverwaltung mit den Notaren wurden Entlastungsmaßnahmen vorbereitet und durchgeführt. Zahlreiche freigewordene Notariate wurden nicht neu besetzt, sondern Nachbarnotariate zur Verwesung (heute Verwaltung) zugewiesen oder auf Staatskosten weitergeführt. Beschäftigungslose Gehilfen konnten als Aushilfen bei Kommunalverbänden, Gerichten und anderen Behörden untergebracht werden.

Kriegsbedingte Teuerung, die finanzielle Schlechterstellung der Gehilfen gegenüber dem Gerichtspersonal, insbesondere zum Heeresdienst einberufener Gehilfen, führten erneut zur Forderung des Vereins der Notariatsgehilfen auf Gleichstellung mit dem Gerichtspersonal. Dabei wurde wieder einmal die Forderung auf Verstaatlichung in Aussicht gestellt. Der Bayerische Staatsminister der Justiz, v. *Thelemann*, machte bei einer Vorsprache des Vereinsvorsitzenden *Waitzhofer* am 29.5.1917 deutlich, dass eine Verstaatlichung des Notariats ganz ausgeschlossen sei. Eher läge eine Verbindung mit der Rechtsanwaltschaft nahe, was für die Stellung der Notariatsgehilfen mit Sicherheit ungünstiger sei. Für die Justizverwaltung bestehe jedoch keinerlei Grund, von der bisherigen Organisation des Notariats abzugehen.<sup>131</sup>

„Schon zweimal hat man sich mit dem Gedanken getragen, das Notariat mit der Rechtsanwaltschaft zu verbinden, wie dies im größeren Teil des dt. Reichs, namentlich in Preußen seit langer Zeit durchgeführt ist. Ich habe zweimal die Ausführung dieses Gedanken verhindert.“

Die Notare selbst trugen im Wege der Selbsthilfe zu einer wesentlichen Entlastung der notleidenden Notariate bei. Durch Satzungsänderung des Pensionsvereins der Notare in der Generalversammlung vom 8.11.1914 wurde mit Zustimmung des Ministeriums bedrängten Notaren die Möglichkeit gegeben, beim Pensionsverein Darlehen aufzunehmen. Jedoch bedurfte jede einzelne Darlehensgewährung der Genehmigung durch das Bayerische Staatsministerium der Justiz.<sup>132</sup> Weiterhin legten die Notariatskammern durch Beschluss vom 19.3.1917 fest, dass aller Aufwand für einberufene oder anderweitig verwendete Notariatsgehilfen aus der von den Notariatskammern bereits 1913 gegründeten „Zuschusskasse“ bestritten und durch eine Kriegsabgabe der Notare gedeckt werden solle, also vom Gesamtstand übernommen werde. Dem einzelnen Notar verblieb somit nur der Aufwand für die Gehilfen, die er tatsächlich beschäftigte.<sup>133</sup> Aus der Zuschusskasse und den von ihr wahrgenommenen Aufgaben

entwickelte sich in der Folgezeit die „Bayerische Notariatskasse“, die heutige „Notarkasse“.<sup>134</sup>

Die gemäß Art. 120 NotG 1899 für jeden OLG-Bezirk bestehenden Notariatskammern hatten ihre Aufgaben als selbständige und voneinander unabhängige Organe zu erfüllen.<sup>135</sup> Dies erschwerte die Verhandlungen des Ministeriums in Angelegenheiten, die das Notariat als Ganzes betrafen. Das Ministerium schuf daher durch Verordnung vom 1.3.1918 mit der Vereinigung der Notariatskammern einen gemeinsamen Ansprechpartner für alle Notare. Die einzelnen Kammern blieben weiterhin bestehen, bildeten aber ein gemeinsames Beschlussorgan, wie die Formulierung des § 1 der Verordnung deutlich macht:<sup>136</sup>

„Auf Veranlassung des Bayerischen Staatsministerium der Justiz vereinigen sich die Notariatskammern in Angelegenheiten, welche das Notariat oder dessen Standeseinrichtungen betreffen, zur gemeinschaftlichen Beratung und Beschlussfassung.“

#### IV. Referenten im Bayerischen Staatsministerium der Justiz

Nach dem Ende der Monarchie blieb die personelle Kontinuität im Bayerischen Staatsministerium der Justiz weitgehend gewahrt, auch wenn die Bayerischen Staatsminister der Justiz bis 1922 überaus häufig wechselten.<sup>137</sup> Über viele Jahre lag das Notariatswesen in Händen von *Hermann Schmitt*.<sup>138</sup>

Er war schon 1908 ins Bayerische Staatsministerium der Justiz berufen worden. Unter Vorsitz des Staatsrates v. *Henle* war er Sachbearbeiter in der Kommission zur Neufassung der Geschäftsordnung für die Notariate.<sup>139</sup> Der erste Entwurf wurde den Notariatskammern mit Entschließung vom 6.5.1911 zur gutachtlichen Äußerung übersandt. Nach Eingang der Gutachten ordnete Minister v. *Miltner* im Oktober 1911 eine vollständige Neufassung an. Die neue Geschäftsordnung wurde am 30.10.1913 bekannt gemacht und trat zum 1.1.1914 in Kraft.<sup>140</sup> Sie enthielt in zehn Abschnitten 344 Paragraphen.<sup>141</sup> *Schmitt*, seit 1912 Ministerialrat, widmete seine mit umfangreichen Anmerkungen „und Sachregister“ versehene Ausgabe der Geschäftsordnung „den Bayerischen Notaren“ mit dem Wunsch, dass das Buch „den Notariaten eine brauchbare Stütze werden möge.“<sup>142</sup> Ab 1913 in der Schriftleitung der Zeitschrift für das Notariat in Bayern gehörte er zu deren herausragenden Mitarbeitern, bis die Zeitschrift als Opfer der Inflation 1922 ihr Erscheinen einstellte.<sup>143</sup> Nach

<sup>134</sup> Hierzu *Ring*, a. a. O. (Fn. 95), S. 100 ff.

<sup>135</sup> Notariatskammerverordnung, VO v. 4.5.1900 (GVBl 435), dazu Dienstanweisung JMBl 1900, 844.

<sup>136</sup> GVBl 1918, 185 u. JMBl 1918, 25; dazu Dienstanweisung JMBl 1918, 226.

<sup>137</sup> Sieben verschiedene Bayerische Staatsminister der Justiz zwischen 1918 und 1922; *Rumschöttel*, a. a. O. (Fn. 29), S. 354, Personallisten, S. 376 ff.

<sup>138</sup> *Hermann Schmitt* (1863–1943) Staatsrat des Staatsministeriums der Justiz 1923–1931; Die Referenten des kgl. Bayer. Staatsministeriums der Justiz von 1818 bis 1918, in Staatsminister, a. a. O. (Fn. 10), Nr. 107, S. 1131; Würdigung anlässlich der Versetzung in den Ruhestand: MittBayNot 1932, 1.

<sup>139</sup> *Preußner/Schüler*, a. a. O. (Fn. 105), S. 973.

<sup>140</sup> JMBl 1913, 231.

<sup>141</sup> Besprechung *Keim*, MittBayNot 1984, 163.

<sup>142</sup> Erschienen in der C. H. Beck'schen Verlagsbuchhandlung München, 1913.

<sup>143</sup> *Wiesinger*, a. a. O. (Fn. 71), DNotZ BayBeil. 1937, S. 95 f.; *Röll*, a. a. O. (Fn. 72), MittBayNot 1989, Sonderheft, S. 20 f.

<sup>128</sup> HStA München MJu 11093.

<sup>129</sup> *Kallenbach*, a. a. O. (Fn. 97), S. 1035.

<sup>130</sup> Art. 48 Abs. 2 NotG 1899; eingehend *Völlhardt*, a. a. O. (Fn. 2), S. 58.

<sup>131</sup> Protokoll der Bespr. vom 29.5.1917, HStA München MJu 11093.

<sup>132</sup> JMBl 1914, 135.

<sup>133</sup> *Kallenbach*, a. a. O. (Fn. 97), S. 1036.

Wiedergründung der Zeitschrift trat *Schmitt* der Schriftleitung wegen Arbeitsüberlastung infolge seiner 1923 erfolgten Ernennung zum Staatsrat nicht mehr bei.

Im Geleitwort zur Schlussnummer des Jahrgangs 1918 der bayerischen Notarzeitschrift ging *Schmitt* kurz auf die revolutionären Ereignisse gegen Ende des Jahres ein, stellte aber für das Notariat eine günstige Entwicklung fest, so dass kein berechtigter Grund zur Klage gegeben sei.<sup>144</sup> Auf Vorhaltungen von Kollegen, ob er „nicht mehr den Mut gehabt hätte, auch in die Zukunft zu blicken und die Verhältnisse des Notariats in der neuen Zeit zu würdigen“, antwortete er in Heft 1 des Jahres 1919 mit einem eindringlichen Aufruf zur Solidarität und zu einem weiteren Ausbau der Standeseinrichtungen. Gegen Ende seiner Ausführungen geht er auch auf das künftige Verhältnis zwischen Justizverwaltung und Notaren ein und betont:<sup>145</sup>

„Die Justizverwaltung wird auch künftig das größte Gewicht darauf legen, das Vertrauen der Notare zu besitzen und sie wird es nicht daran fehlen lassen, den Notaren auch künftig Gelegenheit zur Äußerung und zur Mitwirkung zu geben.“

Er fährt fort, dass dies aber auch der Mitwirkung der Notare bedürfe. Der Notarverein müsse zum Hüter und Verfechter des freien Notariats werden. Gleichzeitig müssten die Rechte der Gehilfen zur vollen Geltung kommen, damit Ruhe und Sicherheit einkehre.

Als Referatsleiter im Ministerium verfolgte er diese Gedanken zielstrebig und schuf damit die Grundlagen des bis heute bestehenden Systems. Als *Schmitt* Ende 1931 in den Ruhestand tritt, würdigt die bayerische Notariatszeitschrift seine Tätigkeit:<sup>146</sup>

„Seiner Initiative ist die Schaffung der Vereinigten Notariatskammern und die Gründung der Notariatskasse zu danken, Einrichtungen, die dem bayerischen Notariat von heute sein charakteristisches Gepräge geben und ohne die das bayerische Notariat nicht mehr zu denken ist.“

Als das selbständige bayerische Notariat 1937 mit dem Inkrafttreten der RNotO endete, fasste *Wiesinger* in seinem Rückblick das Wirken *Schmitts* in dem Satz zusammen:<sup>147</sup>

„Das Bayerische Notariat trug damals das Gepräge *Hermann Schmitts*.“

Bis heute erinnert an *Hermann Schmitt* das „Richterheim“, heute Tagungshotel Aurachhof in Fischbachau, nach dem 1. Weltkrieg auf seine Initiative als Erholungsheim für Richter, Staatsanwälte und Notare gegründet. Träger waren der Bayerische Richterverein und der Bayerische Notarverein, seit 1933 die Stiftung „Staatsrat *Hermann Schmitt-Heime*“, die auf Vorschlag von *Schmitt* aus Sorge vor einem möglichen Zugriff des NS-Regimes gegründet wurde.

Zwei weitere eng mit dem Notariat verbundene Referenten jener Zeit sind hier kurz zu erwähnen.

*Wilhelm v. Henle*,<sup>148</sup> seit 1890 im Bayerischen Staatsministerium der Justiz, war schon als Amtsrichter seit 1882 Mitherausgeber

der bayerischen Notariatszeitschrift, zu deren eifrigsten Mitarbeitern er zählte.<sup>149</sup> Im Ministerium bearbeitete er die Entwürfe der Ausführungsgesetze zum BGB. Er war Herausgeber verschiedener für das Notariat bedeutsamer Kommentare, vor allem zum bayerischen AGBGB<sup>150</sup> und zum Grundbuchrecht.<sup>151</sup> Als er, noch im Dienst, Ende 1914 verstarb, würdigten die Notare seine Verdienste in der Notariatszeitschrift in einem Nachruf.<sup>152</sup>

*Gottfried Schmitt*<sup>153</sup>, von 1893 bis 1908 im Bayerischen Staatsministerium der Justiz, war Mitarbeiter unter dem damaligen Referenten und späteren Bayerischen Staatsminister der Justiz *v. Thelemann*, zu dieser Zeit Vorsitzender der Kommission zur Vorbereitung und Ausführung des BGB. In sein Aufgabengebiet fielen die zur Überleitung des Notariats in das neue Recht erforderlichen Arbeiten. Zunächst Hilfsreferent, dann Referent im Notariatsreferat wurde er 1908 ans Reichsgericht berufen. Bei seinem Tod 1919 wird im Nachruf in der bayerischen Notariatszeitschrift sein hervorragender Anteil am Notariatsgesetz von 1899 und den wichtigsten Ausführungsvorschriften gewürdigt und dabei betont:<sup>154</sup>

„Dabei sowohl wie während seiner ganzen Referatstätigkeit erwies er sich als ein warmer Freund des bayer. Notariats.“

Seine Verbundenheit zum Notariat zeigt auch, dass er von 1900 bis Ende 1912 Mitherausgeber der bayerischen Notariatszeitschrift<sup>155</sup> war und eine Reihe von Beiträgen beisteuerte.

## V. Folgejahre

Von 1922 an war *Franz Gürtner* Bayerischer Staatsminister der Justiz, bis er 1932 zum Reichsjustizminister ernannt wurde. Durch die „Standesvertretungen des Bayerischen Notariats“ wurde anlässlich seines Wechsels nach Berlin sein Wirken für das Notariat gewürdigt. Ihm seien dabei „Widerstände innerhalb der Regierung, in der Volksvertretung und anderwärts“ nicht erspart geblieben. „Unvergessen sei ihm seine überzeugende Ablehnung der Verstaatlichung des Notariats und aller dieses Ziel verkappt und mittelbar vorbereitenden Maßnahmen.“<sup>156</sup>

Mit dem Gesetz über den Neuaufbau des Reichs endete 1934 die Selbständigkeit der bayerischen Justizverwaltung. Das Bayerische Staatsministerium der Justiz wurde dem Reichsjustizministerium unterstellt, zum 1.1.1935 mit dem Übergang der Zuständigkeiten auf das Reich dann aufgelöst.<sup>157</sup> Mit Inkrafttreten der RNotO am 1.7.1937 endete die Behörden-eigenschaft des Notariats. Die Entwicklung zum freien Beruf

<sup>149</sup> 1882 „Deutsche Notariatszeitung“, ab 1887 „Bayerische Notariats-Zeitung und Zeitschrift für die freiwillige Rechtspflege der Gerichte in Bayern“, ab 1900 „Zeitschrift für das Notariat und für die freiwillige Rechtspflege der Gerichte in Bayern“; hierzu *Röll*, a. a. O. (Fn. 72), MittBayNot Sonderheft, S. 16.

<sup>150</sup> Die bayerischen Ausführungs-Gesetze zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Ausführungsgesetz und Überleitungsgesetz), 1900.

<sup>151</sup> Das Grundbuchwesen in Bayern, Handausgabe mit Erläuterungen, 1910.

<sup>152</sup> BayNotZ 1915, 41 mit Bild.

<sup>153</sup> *Gottfried Schmitt* (1865–1919); Die Referenten des kgl. Bayer. Staatsministeriums der Justiz von 1818 bis 1918, in Staatsminister (Fn. 10) Nr. 97, S. 1125 f.

<sup>154</sup> BayNotZ 1919, 129.

<sup>155</sup> „Zeitschrift für das Notariat und für die freiwillige Rechtspflege der Gerichte in Bayern“; *Röll* (Fn. 72), MittBayNot Sonderheft, S. 16.

<sup>156</sup> MittBayNot 1932, 261.

<sup>157</sup> *Rumschöttel*, a. a. O. (Fn. 29), S. 359 f.

<sup>144</sup> BayNotZ 1918, 319.

<sup>145</sup> *H. Schmitt*, Das Bayerische Notariat in der neuen Zeit, BayNotZ 1919 S. 1-17.

<sup>146</sup> MittBayNot 1932, 1.

<sup>147</sup> *Wiesinger*, a. a. O. (Fn. 71), DNotZ BayBeil. 1937, S. 96.

<sup>148</sup> *Wilhelm* (seit 1902: Ritter von) *Henle* (1846–1914), 1905 bis zu seinem Tod am 31.12.1914 Staatsrat im Staatsministerium der Justiz, 1906–1914 Ministerialdirektor; *Holzbauer*, Die Kgl. Bayer. Staatsräte im ordentlichen Dienst in Staatsminister, a. a. O. (Fn. 10) Nr. 18, S. 1075 f.

wurde, wie *Feyock* 1950 feststellt, von den bayerischen Notaren zwar „nicht angestrebt, aber doch im Grundsätzlichen bejaht, zumal die wichtigste Einrichtung des bayerischen Notariats, die Notarkasse, als Trägerin der Versorgungsansprüche der Notare und der Notariatsbeamten unangetastet blieb.“<sup>158</sup>

Nach dem Zusammenbruch durften Notare nur amtieren, wenn sie durch die amerikanische Besatzungsmacht wieder zugelassen waren. Inzwischen waren durch die Militärbehörden zahlreiche berufsfremde Juristen, vereinzelt sogar Nichtjuristen zu Notaren bestellt worden.<sup>159</sup> Erst im Laufe der Jahre konnten die Verhältnisse in Zusammenarbeit mit dem Bayerischen Staatsministerium der Justiz wieder konsolidiert werden. Erarbeitet wurde auch der Entwurf eines neuen bayerischen Notariatsgesetzes, der aber bei Inkrafttreten des Grundgesetzes durch Verlagerung der Zuständigkeit auf den Bund obsolet wurde.<sup>160</sup>

Bestrebungen in der ersten Nachkriegszeit, auch in Bayern das Anwaltsnotariat zuzulassen, wurden vom Bayerischen Staatsministerium der Justiz entschieden abgelehnt.<sup>161</sup> Als 1984 im Verfassungsausschuss des Landtags wieder einmal die Frage der Notariatsverfassung angeschnitten wurde, stellte der Bayerische Staatsminister der Justiz *August Lang* fest:<sup>162</sup>

„Das Nurnotariat in seiner spezifisch bayerischen Ausgestaltung ... gewährleistet die bestmögliche Betreuung auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege in Bayern.“

Dabei betonte er insbesondere „die für das ganze Bundesgebiet vorbildliche Einrichtung der Notarkasse“.

Als das BVerfG mit Beschluss vom 13.7.2004 die Organisationsstruktur und Rechtsetzungsbefugnis der Notarkasse als mit dem Grundgesetz nicht vereinbar erklärte,<sup>163</sup> wurde ein Entwurf zu Änderung des § 113 BNotO erarbeitet, der vom Bayerischen Staatsministerium der Justiz im Februar 2005 dem Bundesjustizministerium weitergeleitet wurde. Nach einigen rechtlichen Komplikationen wurde § 113 BNotO durch Gesetz von 15.7.2006 neu gefasst, nachdem die nach Art. 138 GG erforderliche Zustimmung der bayerischen Staatsregierung erteilt worden war.<sup>164</sup> Eine Änderung sei hier herausgegriffen. Entsprechend dem Entstehen und der historischen Entwicklung der Notarkasse und ihrer engen

Verknüpfung mit dem Bayerischen Staatsministerium der Justiz wurden bis 2006 das Präsidium als Exekutiv- und der Verwaltungsrat als Beschlussorgan vom Bayerischen Staatsministerium der Justiz ernannt. Dies erfolgte aufgrund einer „Vorschlagswahl“. Nunmehr bestimmt § 113 Abs. 10 BNotO, dass der Präsident unmittelbar von den im Bereich der Kasse tätigen Notaren zu wählen ist, die Verwaltungsratsmitglieder gemäß Abs. 12 von den Notaren im jeweiligen OLG-Bezirk.

## VI. Schluss

Gute Zusammenarbeit beruht auf dem vertrauensvollen Verhältnis der Beteiligten. Schon 1912 betonte der Bayerische Staatsminister der Justiz v. *Thelemann* in einem Anerkennungsschreiben zum 50-jährigen Bestehen des Notariats, dass die erfolgreiche Umsetzung der mit Einführung des BGB eingetretenen Änderungen, insbesondere auf dem Gebiet des Liegenschaftsrechts und der freiwilligen Gerichtsbarkeit „nicht zum geringsten Teile der Arbeit der Notare und ihrem verständnisvollem Zusammenwirken mit den übrigen Gliedern der Rechtspflege zu verdanken“ sei. Das Notariat sei ein wichtiges Organ der bayerischen Rechtspflege geworden. In seiner Ansprache beim Festbankett am 8.12.1912 brachte er seine persönliche Verbundenheit zum Notariat zum Ausdruck. Garantie für ein „stets frisches blühendes Notariat“ sei „das Gefühl der Kollegialität unter den Notaren, das sich noch immer bewährt hat“. Er baue für die Zukunft aber auch „auf das Vertrauensverhältnis, das bisher stets zwischen Justizverwaltung und Notariat bestanden hat“.<sup>165</sup>

Dieses gute Verhältnis zum Bayerischen Staatsministerium der Justiz hat sich bis in die heutigen Tage fortentwickelt. Beim Festakt zum 75-jährigen Bestehen der Notarkasse am 8.4.2000 dankte der Bayerische Staatsminister der Justiz Dr. *Manfred Weiß* allen Notarinnen und Notaren „für die geleistete Arbeit und ihren unermüdlichen Einsatz im Dienste der vorsorgenden Rechtspflege“, verbunden mit dem besonderen Dank an die Mitglieder der Standesorganisationen „für das vertrauensvolle, sachliche und stets angenehme Zusammenwirken“.<sup>166</sup> Auch er blickte vertrauensvoll in die Zukunft und schloss:

„Ich bin überzeugt, dass unsere gemeinsame Arbeit im Dienst der Rechtspflege auch in Zukunft ebenso erfreulich und fruchtbar verlaufen wird wie dies bisher der Fall war.“

Auch der Bayerische Staatsminister der Justiz Dr. *Winfried Bausback* betonte am Begrüßungsabend „Justiz im Gespräch“ des Bayerisch-Pfälzischen Notartags am 17.10.2014 in Landshut seine Überzeugung, dass die gute Zusammenarbeit weiterhin fortgeführt werde.

<sup>158</sup> *Feyock*, Die Entwicklung des Notariats in Bayern seit dem Inkrafttreten der Reichsnotarordnung, DNotZ 1950, 367.

<sup>159</sup> *Schippel*, Der Wiederaufbau des Notariats in Bayern, in FS 125 Jahre Bayerisches Notariat, 1987, S. 75 ff., 76.

<sup>160</sup> *Feyock*, a. a. O. (Fn. 158), S. 368.

<sup>161</sup> *Schippel*, a. a. O. (Fn. 159), S. 86.

<sup>162</sup> Zitiert nach *Schippel*, a. a. O. (Fn. 159), S. 87.

<sup>163</sup> DNotZ 2004, 942 mit Anm. *Hepp*.

<sup>164</sup> BGBl 2006 I, 1531.

<sup>165</sup> BayNotZ 1912, 503 f.

<sup>166</sup> 75 Jahre Notarkasse als Anstalt des öffentlichen Rechts, Festakt, 2000, S. 29.

# Personelle Besetzung im Bayerischen Staatsministerium der Justiz hinsichtlich der für das Notarwesen maßgeblichen Personen

Von Präsident des Oberlandesgerichts a. D. *Peter Werndl*, München

Die nachfolgende Übersicht berücksichtigt alle im Bayerischen Staatsministerium der Justiz für das Notarwesen zuständigen Minister, Staatssekretäre, Amtschefs, Personalabteilungsleiter und Referatsleiter seit Ende des Zweiten Weltkriegs von 1945 bis Herbst 2015.

<b>I.</b>		Alfons Goppel	1957 – 1958		
<b>Bayerische Staatsminister(innen) der Justiz Mai 1945 – Herbst 2015</b>		Josef Hartinger	1958 – 1966		
		Josef Bauer	1966 – 1974		
		Dr. Alfred Seidl	1974 – 1977		
		Franz Neubauer	1977 – 1978		
		Dr. Wilhelm Vorndran	1978 – 1986		
		Dr. Heinz Rosenbauer	1986 – 1990		
		Alfred Sauter	1990 – 1993		
		Dr. Gerhard Merkl	1993 – 1994		
		Bernd Kränzle <sup>8</sup>	1994 – 1998		
		<b>II.</b>		<b>III.</b>	
		<b>Justizstaatssekretäre ab September 1945 bis 1998</b>		<b>Amtschefs (Ministerialdirektoren) Dezember 1945 – Herbst 2015</b>	
				Dr. Anton Konrad <sup>9</sup>	1945 – 1949
				Hans Walther <sup>10</sup>	1950 – 1957
				Andreas Holzbauer <sup>11</sup>	1957 – 1963
				Claus Leusser	1963 – 1966
				Dr. Karl Bengl	1966 – 1983
				Dr. Wilhelm Knittel	1984 – 1987
				Wolfgang Held	1987 – 2003
				Hans-Werner Klotz	2003 – 2010
Dr. Walter Schön	2010 – 2014				
Prof. Dr. Frank Arloth	2014 – heute				
Dr. Hans Ehard	1945 – 1946			<b>IV.</b>	
Dr. Ludwig Hagenauer	1947			<b>Personalabteilungsleiter Dezember 1945 – Herbst 2015</b>	
Dr. Carljörg Lacherbauer	1947 – 1948				
Dr. Anton Konrad <sup>7</sup>	1949 – 1950				
Dr. Fritz Koch	1950 – 1954				
Kurt Eilles	1954 – 1957				
Dr. Anton Konrad <sup>12</sup>	1945 – 1949				
Hans Walther <sup>13</sup>	1950 – 1957				
Andreas Holzbauer <sup>14</sup>	1957 – 1963				

<sup>1</sup> Zugl. Ministerpräsident von September 1945 bis Dezember 1946, Stellv. Ministerpräsident von Dezember 1946 bis September 1947.

<sup>2</sup> Zugl. Stellv. Ministerpräsident von September 1947 bis Dezember 1950.

<sup>3</sup> Zugl. Stellv. Ministerpräsident von Februar 1972 bis November 1974

<sup>4</sup> Zugl. Stellv. Ministerpräsident ab Mai 1977.

<sup>5</sup> Zugl. Stellv. Ministerpräsidentin ab Oktober 1988.

<sup>6</sup> Zugl. Verbraucherschutzministerin ab Oktober 2008.

<sup>7</sup> War zuvor Amtschef (und Personalabteilungsleiter) im Justizministerium.

<sup>8</sup> Bisher letzter Justizstaatssekretär.

<sup>9</sup> War in seiner Funktion als Amtschef zugleich in Personalunion auch Personalabteilungsleiter (siehe auch Aufstellung „Personalabteilungsleiter“).

<sup>10</sup> Wie Nr. 9.

<sup>11</sup> Wie Nr. 9.

<sup>12</sup> War in seiner Funktion als Personalabteilungsleiter zugleich in Personalunion auch Amtschef (siehe auch Aufstellung „Amtschefs“).

<sup>13</sup> Wie Nr. 12.

<sup>14</sup> Wie Nr. 12.

Dr. Josef Bleier	1963 – 1970	Dr. Ludwig Rechenmacher	1951
Richard Hohler	1970 – 1983	Dr. Karl Hartmann	1952 – 1961
Dr. h.c. Wolfgang Schaffer	1983 – 1986	Prof. Dr. Engelbert Niebler	1961 – 1966
Peter Gummer	1987 – 1991	Dr. Hans Domcke	1966 – 1969
Michael Meisenberg	1991 – 2002	Dr. Kurt Reichwein	1969 – 1977
Peter Werndl	2002 – 2009	Dr. h.c. Wolfgang Schaffer	1977 – 1983
Peter Küspert	2010 – 2011	Peter Gummer	1983 – 1986
Franz Grünewald	2011 – 2014	Peter Werndl	1987 – 1999
Dr. Peter Frank	2014 – 2015	Dr. Thomas Dickert	1999 – 2006
Reinhard Röttle	2015 – heute	Andreas Zwerger	2006 – 2011
		Dr. Peter Frank	2011 – 2013
		Dr. Carsten Schulz	2013
		Veronika Witt	2013 – heute

**V.**

**Referatsleiter(in) Dezember 1945 – Herbst 2015**

Dr. Wilhelm Diess	1945 – 1946
Clemens Cammerer	1947 – 1950

## Zweiwochenfrist und Grundstücksversteigerung

– zugleich Anmerkung zum Urteil des BGH vom 24.11.2014, NotSt(BrfG) 3/14 –<sup>1</sup>

Von Notarassessor *Richard Rachlitz*, LL.M. (Stellenbosch), Berlin

Unter einer Versteigerung versteht man allgemein ein „besonderes Verfahren zur Erzielung des höchstmöglichen Preises“.<sup>2</sup> Eine Versteigerung kann zwangsweise ohne oder gegen den Willen des Eigentümers erfolgen oder freiwillig mit dessen Einverständnis. Die zwangsweise Versteigerung von Grundstücken erfolgt nach den besonderen Regeln des ZVG. Die freiwillige Versteigerung von Grundstücken erfolgt demgegenüber nach den allgemeinen Regeln insbesondere des BGB und des BeurkG. Der vorliegende Beitrag erläutert zunächst die zivil- (I.) und beurkundungsrechtlichen (II.) Grundlagen der freiwilligen Versteigerung und gibt sodann einen Überblick über die Entscheidung des BGH vom 24.11.2014 zur Geltung der Zweiwochenfrist des § 17 Abs. 2a BeurkG in Fällen der freiwilligen Versteigerung und mögliche allgemeine Ableitungen hieraus (III.).

### I. Zivilrechtliche Grundlagen des Vertragsschlusses

Zivilrechtlich betrachtet ist Ziel einer freiwilligen Versteigerung der Abschluss eines Kaufvertrags.<sup>3</sup> Hinsichtlich des Vertragsschlusses lassen sich zwei Arten der freiwilligen Versteigerung unterscheiden, die echte und die unechte Versteigerung. Ob es sich um eine echte oder eine unechte Versteigerung handelt, ergibt sich in der Regel aus den Versteigerungsbedingungen.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> BGH, Urteil vom 24.11.2014, NotSt (Brfg) 3/14, MittBayNot 2015, 514 (in diesem Heft)

<sup>2</sup> BGH, Urteil vom 24.4.1998, V ZR 197/97, NJW 1998, 2350.

<sup>3</sup> Es sei denn, die Versteigerung erfolgt ausnahmsweise nicht zum Zwecke der Veräußerung (insbesondere: Pachtversteigerung).

<sup>4</sup> DNotI-Report 2000, 181, 182. Vgl. auch BGH, Urteil vom 24.4.1998, V ZR 197/97, NJW 1998, 2350, wonach es für eine vom gesetzlichen Regelfall des § 156 BGB abweichende Vereinbarung besonderer tatsächlicher Anhaltspunkte bedarf, „im Zweifel“ also eine echte Versteigerung vorliegt.

### 1. Echte Versteigerung

Bei der sog. echten Versteigerung kommt der Kaufvertrag nach Maßgabe von § 156 BGB durch Gebot des Meistbietenden und Zuschlag durch den Auktionator zustande. Das Gebot ist rechtlich nichts anderes als eine besondere Art des Antrags und der Zuschlag nichts anderes als eine besondere Art der Annahme. Es gelten also die allgemeinen Regeln für Willenserklärungen.<sup>5</sup>

Auktionator kann entweder der Eigentümer des zu versteigernden Gegenstands oder ein Dritter – für Grundstücke gemäß § 20 Abs. 3 Satz 1 BNotO auch ein Notar<sup>6</sup> – sein. Wird

<sup>5</sup> Ausnahme: Der Zuschlag ist nicht zugangsbedürftig i. S. d. § 130 Abs. 1 BGB, arg. § 15 Satz 2 BeurkG.

<sup>6</sup> Eine Versteigerung beweglicher Sachen sollen Notare nach § 20 Abs. 3 Satz 2 BNotO nur vornehmen, wenn diese durch die Versteigerung unbeweglicher Sachen oder durch eine von dem Notar beurkundete oder vermittelte Vermögensauseinandersetzung veranlasst ist. Die Versteigerung beweglicher Sachen wird im Folgenden nicht weiter behandelt.

der Eigentümer selbst als Auktionator tätig, handelt er bei Erteilung des Zuschlags im eigenen Namen; andernfalls erteilt der Auktionator den Zuschlag im Namen des Eigentümers.<sup>7</sup>

Führt ein Notar die Versteigerung als Auktionator durch, wird die Rechtsbeziehung zwischen ihm und dem Eigentümer (Einlieferer) unmittelbar durch die BNotO geregelt. Eines gesonderten Einlieferungsvertrages bedarf es nicht; die Durchführung von freiwilligen Versteigerungen gehört zu den Urkundstätigkeiten im Sinne des § 10a Abs. 2 BNotO und erfolgt damit auf Grundlage eines besonderen öffentlichrechtlichen Rechtsverhältnisses.<sup>8</sup>

Wird eine sonstige Person als Auktionator tätig, erteilt der Eigentümer (Einlieferer) dem Auktionator die für die Versteigerung erforderliche Vollmacht üblicherweise im Einlieferungsvertrag, mit dem er den Auktionator mit der Versteigerung beauftragt (vgl. auch § 1 VerstV). Bezüglich des Einlieferungsvertrages und der Vollmacht sind die allgemeinen Formvorschriften zu beachten. Ist Gegenstand der Versteigerung ein Grundstück und verpflichtet sich der Eigentümer im Einlieferungsvertrag gegenüber dem Auktionator zur Übertragung des Grundstücks an den Meistbietenden, ist der Einlieferungsvertrag gemäß § 311b Abs. 1 BGB beurkundungsbedürftig.<sup>9</sup> Hinsichtlich der Vollmacht ist zumindest die Form des § 29 GBO zu wahren, bei Vorabbindung des Eigentümers sogar ebenfalls diejenige des § 311b Abs. 1 BGB.<sup>10</sup>

## 2. Unechte Versteigerung

Bei der unechten Versteigerung wirkt sich das besondere Käufer- und Preisfindungsverfahren der freiwilligen Versteigerung demgegenüber nicht unmittelbar auf die Art und Weise des Vertragsschlusses aus – die unechte Versteigerung ist keine Versteigerung nach und im Sinne des § 156 BGB –,<sup>11</sup> sondern ist dem eigentlichen Vertragsschluss als reines Käufer- und Preisfindungsverfahren lediglich vorgeschaltet. Der Kaufvertrag kommt bei der unechten Versteigerung nicht durch den (unechten) „Zuschlag“ durch den Auktionator zustande, sondern unter Abbedingung von § 156 BGB erst danach durch „normalen“ Antrag und „normale“ Annahmeerklärung.

<sup>7</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 24.4.1998, V ZR 197/97, NJW 1998, 2350; *Staudinger/Bork*, Neubearb. 2010, § 156 Rdnr. 6. Vgl. zum Handeln des Auktionators als mittelbarer Stellvertreter *Dietsch*, NotBZ 2000, 322, 324. Für den Notar als Auktionator a. A. *Arndt/Lerch/Sandkühler/Sandkühler*, BNotO, 7. Aufl. 2012, § 20 Rdnr. 75, wobei allerdings unklar bleibt, wie der Eigentümer bzw. Einlieferer zivilrechtlich verpflichtet werden soll, wenn der Notar im eigenen Namen handelt.

<sup>8</sup> Vgl. allgemein zur Rechtsnatur des Verhältnisses zwischen Notar und Beteiligten statt aller *Winkler*, BeurkG, 17. Aufl. 2013, Einl. Rdnr. 31. Speziell für die freiwillige Versteigerung *Dietsch*, NotBZ 2000, 322, 325. Der Notar ist folglich als Auktionator „Beamter“ i. S. sowohl des § 383 Abs. 3 Satz 1 BGB (vgl. *MünchKommBGB/Fetzer*, 6. Aufl. 2012, § 383 Rdnr. 6; *BeckOK-BGB/Dennhardt*, 34. Edition 2015, § 383 Rdnr. 3) als auch des § 34b Abs. 10 Nr. 2 GewO (vgl. *Landmann/Rohmer/Schönleiter*, GewO, 68. Ergänzungsflg. 2014, § 34b Rdnr. 45b; *BeckOK-GewO/Martini*, 29. Edition 2014, § 34b Rdnr. 63).

<sup>9</sup> Der Anspruch des Auktionators ist durch eine Auflassungsvormerkung sicherbar; vgl. *Palandt/Bassenge*, 74. Aufl. 2015, § 883 Rdnr. 11.

<sup>10</sup> *Winkler*, BeurkG, 17. Aufl. 2013, § 17 Rdnr. 65b; *Grziwotz/Heinemann/Heinemann*, BeurkG, 2. Aufl. 2015, § 15 Rdnr. 6.

<sup>11</sup> Nach *Schippell/Bracker/Reithmann*, BNotO, 9. Aufl. 2011, § 20 Rdnr. 74 soll deshalb bei einer unechten Versteigerung die Verwendung der Worte „Versteigerung“ oder „Auktion“ irreführend sein.

## II. Formvorschriften und Beurkundungsverfahren

### 1. Schuldrechtliches Rechtsgeschäft

Für beide Arten der freiwilligen Versteigerung gelten die allgemeinen Formvorschriften. Ist Gegenstand der Versteigerung ein Grundstück, bedarf der durch die oder nach der freiwilligen Versteigerung zustande kommende Grundstückskaufvertrag gemäß § 311b Abs. 1 BGB also der notariellen Beurkundung.<sup>12</sup>

Als Ausgangspunkt gelten für das Beurkundungsverfahren in beiden Fällen die Vorschriften über die Beurkundung von Willenserklärungen (§§ 6 ff. BeurkG).<sup>13</sup> Gleichwohl unterscheidet sich das Beurkundungsverfahren im Falle der echten Versteigerung erheblich von demjenigen bei einer unechten Versteigerung.

#### a) Echte Versteigerung

Im Falle der echten Versteigerung werden die für den Vertragsschluss maßgeblichen Willenserklärungen durch den Meistbietenden und den Auktionator abgegeben. Diese sind folglich auch formell (im Sinne des § 6 Abs. 2 BeurkG) Beteiligte des notariellen Verfahrens.<sup>14</sup> Führt der Notar die Versteigerung als Auktionator durch, darf und muss er in Ausnahme zu § 3 Abs. 1 Nr. 8 und § 6 Abs. 1 Nr. 1 BeurkG eine eigene Willenserklärung (seinen Zuschlag) beurkunden.<sup>15</sup> Meistbietender und Auktionator können sich im Rahmen der auf den Zuschlag folgenden Beurkundung (sog. Zuschlagsbeurkundung) nicht vertreten lassen, weil (und soweit) hier Erklärungen beurkundet werden, die sie (selbst) bereits abgegeben haben (Gebot, Zuschlag).<sup>16</sup>

Da die Abgabe der für den Abschluss des Kaufvertrages maßgeblichen Willenserklärungen unmittelbar im Versteigerungstermin erfolgt, muss der Notar im Versteigerungstermin zwingend anwesend sein, und zwar auch dann, wenn er nicht selbst als Auktionator tätig wird.<sup>17</sup> Bei der echten Versteigerung ist der Versteigerungstermin Teil des notariellen Verfahrens. Der Abschluss des Vertrags unmittelbar durch die im Rahmen der Versteigerung abgegebenen Erklärungen hat außerdem zur Folge, dass der Vertragsinhalt bereits bei Beginn der Versteigerung (mit Abgabe des ersten Gebots)

<sup>12</sup> BGH, Urteil vom 24.4.1998, V ZR 197/97, NJW 1998, 2350; vgl. zur ausschließlichen Zuständigkeit der Notare auch § 61 Abs. 1 Nr. 1 Hs. 2 BeurkG und *Armbrüster/Preuß/Renner/Piegsa*, BeurkG, 6. Aufl. 2013, § 61 Rdnr. 3.

<sup>13</sup> BGH, Urteil vom 24.4.1998, V ZR 197/97, NJW 1998, 2350. Vgl. zu den Details *Grziwotz/Heinemann/Heinemann*, BeurkG, 2. Aufl. 2015, § 15 Rdnr. 8; *Armbrüster/Preuß/Renner/Piegsa*, BeurkG, 6. Aufl. 2013, § 15 Rdnr. 19 ff.; *Winkler*, BeurkG, 17. Aufl. 2013, § 15 Rdnr. 9. In Hessen sind ergänzend zu den allgemeinen Regeln des BeurkG die Vorschriften der Art. 93 ff. Hess. FGG und in Niedersachsen die Vorschriften der Art. 28 ff. Nds. FGG zu beachten. Vgl. für Berlin und Schleswig-Holstein auch Art. 66 ff. Pr. FGG, die allerdings ausweislich des Wortlauts von Art. 66 Abs. 2 Pr. FGG („Der Richter soll ...“) für notarielle Versteigerungen nicht gelten; vgl. *Grziwotz/Heinemann/Heinemann*, BeurkG, 2. Aufl. 2015, § 15 Fn. 32 m. w. N.

<sup>14</sup> BGH, Urteil vom 24.4.1998, V ZR 197/97, NJW 1998, 2350. Vgl. auch § 15 Satz 1 BeurkG, wonach abweichend von § 6 Abs. 2 BeurkG nicht alle Bieter, sondern aus ihrem Kreis nur der Meistbietende als urkundsbeteiligt gilt.

<sup>15</sup> BGH, Urteil vom 24.4.1998, V ZR 197/97, NJW 1998, 2350, 2351.

<sup>16</sup> BGH, Urteil vom 24.4.1998, V ZR 197/97, NJW 1998, 2350, 2351.

<sup>17</sup> *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 7. Aufl. 2014, Rdnr. 72; DNotI-Report 2000, 181, 182.

feststehen muss.<sup>18</sup> Dies wird in der Praxis über entsprechende kaufvertragliche Festsetzungen in den Versteigerungsbedingungen gewährleistet.<sup>19</sup>

Damit müssen die Versteigerungsbedingungen mitbeurkundet werden. Dies kann jedenfalls so erfolgen, dass die Versteigerungsbedingungen im Rahmen der Zuschlagsbeurkundung mitverlesen werden. Alternativ wird es nach – soweit ersichtlich – einhelliger Auffassung für zulässig gehalten, die Versteigerungsbedingungen einschließlich der darin enthaltenen kaufvertraglichen Festsetzungen durch eine Verweisung nach § 13a BeurkG in die Zuschlagsbeurkundung einzubeziehen.<sup>20</sup> Dieses Vorgehen ist vor dem Hintergrund des grundsätzlichen Verbots der Auslagerung geschäftswesentlicher Vereinbarungen nicht unproblematisch.<sup>21</sup> Es dürfte bei der echten Versteigerung<sup>22</sup> aber nach dem Rechtsgedanken des § 15 Satz 2 BeurkG – der Meistbietende könnte der Zuschlagsbeurkundung sogar gänzlich fernbleiben (näher sogleich) – und durch die Tatsache, dass der Inhalt des Vertrags hier, wie gezeigt, bereits bei Beginn der Versteigerung (mit Abgabe des ersten Gebots) feststehen muss, ausnahmsweise gerechtfertigt sein. In jedem Fall wird der Notar aber darauf achten, auch bezüglich der Versteigerungsbedingungen seinen Belehrungspflichten aus § 17 BeurkG nachzukommen, und zwar ggf. bereits während des in seiner Anwesenheit stattfindenden Versteigerungsverfahrens.<sup>23</sup> Unabhängig davon ist zudem sicherzustellen, dass die Bieter die Möglichkeit haben, vom Inhalt der Versteigerungsbedingungen in zumutbarer Weise Kenntnis zu nehmen.<sup>24</sup>

Abschließend ist noch auf die bereits angesprochene Sondervorschrift des § 15 Satz 2 BeurkG hinzuweisen. Danach muss die Niederschrift über die Versteigerung und den damit zustande kommenden Kaufvertrag dem Meistbietenden in Ausnahme zu § 13 Abs. 1 BeurkG nicht vorgelesen, nicht von ihm genehmigt und nicht von ihm unterschrieben werden, wenn dieser sich vor dem Schluss der Verhandlung entfernt. An die Stelle der Unterschrift des Meistbietenden tritt die Feststel-

lung des Notars, dass sich der Meistbietende vor dem Schluss der Verhandlung entfernt hat. Im „Extremfall“ der durch den Notar durchgeführten echten Versteigerung, von der sich der Meistbietende vor dem Schluss der Verhandlung entfernt, wird die Niederschrift also allein vom Notar unterschrieben.<sup>25</sup> Umstritten ist allerdings, ob § 15 Satz 2 BeurkG nur dann gilt, wenn der Meistbietende sich „im Guten“ entfernt,<sup>26</sup> oder auch dann, wenn er seine Unterschrift unter ausdrücklicher Berufung darauf verweigert, dass er den Vertrag nicht gelten lassen will.<sup>27</sup> Für die zweitgenannte Auffassung lässt sich immerhin anführen, dass der Meistbietende seine für den Vertragsschluss maßgebliche Willenserklärung mit seinem Gebot bereits abgegeben hat. Indes dient die Vorschrift des § 15 Satz 2 BeurkG lediglich der Vereinfachung des Verfahrens. Sie hat insbesondere den Fall im Blick, dass sich der Meistbietende schlicht deshalb entfernt, weil er das Ende des möglicherweise noch zahlreiche weitere Objekte umfassenden Versteigerungstermins nicht abwarten möchte, bis es anschließend zur Zuschlagsbeurkundung kommt. Demgegenüber ist es nicht Zweck der Vorschrift – wie des notariellen Verfahrens überhaupt –, die Beurkundung eines Rechtsgeäfts gegen den Willen eines Beteiligten zu ermöglichen.

## b) Unechte Versteigerung

Die auf eine unechte Versteigerung folgende Beurkundung unterscheidet sich im Grundsatz nicht von jeder anderen Kaufvertragsbeurkundung. Urkundsbeteiligte sind grundsätzlich der Meistbietende und der veräußernde Eigentümer.<sup>28</sup> Auch braucht der Notar im Versteigerungstermin nicht anwesend zu sein, da die für den eigentlichen Kaufvertragsschluss maßgeblichen Erklärungen, wie dargelegt, gerade *außerhalb* der Versteigerung abgegeben werden. Versteigerungsverfahren und notarielles Verfahren sind voneinander getrennt. Der wesentliche Unterschied zu sonstigen Kaufvertragsbeurkundungen besteht darin, dass der Notar im Falle einer Kaufvertragsbeurkundung, der eine unechte Versteigerung vorausgegangen ist, nach § 17 Abs. 1 BeurkG gehalten sein kann, die Beteiligten über die rechtliche Bedeutung (insbesondere: Formunwirksamkeit) der im Rahmen der vorausgegangenen unechten Versteigerung abgegebenen Erklärungen zu belehren.<sup>29</sup> Die vertragsschluss- und verfahrensbezogenen Erleichterungen für echte Versteigerungen gelten für unechte Versteigerungen nicht.<sup>30</sup>

<sup>18</sup> Vgl. nur DNotI-Report 2000, 181, 182; *Armbrüster/Preuß/Renner/Piegsa*, BeurkG, 6. Aufl. 2013, § 15 Rdnr. 13.

<sup>19</sup> So auch die überwiegende Auffassung zu § 54 Abs. 3 WEG a. F., der dem Notar für Versteigerungen nach WEG a. F., bei der dem Zuschlag ebenfalls die Wirkungen des § 156 BGB zukam, ausdrücklich die Aufgabe zuwies, die „Versteigerungsbedingungen“ nach billigem Ermessen festzustellen, wozu insbesondere auch der durch den Zuschlag zustande kommende Kaufvertrag gehören sollte; vgl. *Röll*, MittBayNot 1981, 64, 65; *BeckOK-WEG/Hügel*, Stand 2002, § 54 Rdnr. 1; LG Köln, Beschluss vom 9.1.2004, 29 T 243/02, RNotZ 2004, 401; LG Freiburg, Beschluss vom 16.2.1989, 4 T 171/87 (juris; nur Orientierungssatz).

<sup>20</sup> Leitfaden der BNotK, DNotZ 2005, 161, 165 f.; DNotI-Report 2000, 181, 182 f.; *Armbrüster/Preuß/Renner/Piegsa*, BeurkG, 6. Aufl. 2013, § 15 Rdnr. 14, 41 f.; *Grzivotz/Heinemann/Heinemann*, BeurkG, 2. Aufl. 2015, § 15 Rdnr. 9; *Diehn/Kilian*, BNotO, 2015, § 20 Rdnr. 44 f.; *Eylmann/Vaasen/Limmer*, BeurkG/BNotO, 3. Aufl. 2011, § 20 BNotO Rdnr. 46; *Limmer* in Würzburger Notarhandbuch, 4. Aufl. 2015, Teil 1 Kap. 2 Rdnr. 210; *Becker*, notar 2014, 359, 364; grundlegend *Limmer* in FS *Bezenberger*, 2000, S. 509, 517 f.

<sup>21</sup> Vgl. dazu Abschn. II. 2. der Richtlinienempfehlungen der Bundesnotarkammer, DNotZ 1999, 258 und die entsprechenden Regelungen der Richtlinien der Notarkammern.

<sup>22</sup> Für die unechte Versteigerung verfangen die dargelegten Argumente demgegenüber nicht.

<sup>23</sup> Vgl. unten III. 2. b).

<sup>24</sup> In Anknüpfung an § 305 Abs. 2 BGB mit Unterschieden im Detail *Armbrüster/Preuß/Renner/Piegsa*, BeurkG, 6. Aufl. 2013, § 15 Rdnr. 43; *Winkler*, BeurkG, 17. Aufl. 2013, § 15 Rdnr. 9; *Bürger*, NotBZ 2011, 8, 11; vgl. im Übrigen § 13a BeurkG; vgl. zudem speziell zu § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG unten III. 2. b).

<sup>25</sup> Zutr. *Dietsch*, NotBZ 2000, 322, 327.

<sup>26</sup> H. M., etwa *Armbrüster/Preuß/Renner/Piegsa*, BeurkG, 6. Aufl. 2013, § 15 Rdnr. 29; *Winkler*, BeurkG, 17. Aufl. 2013, § 15 Rdnr. 11; *Eylmann/Vaasen/Limmer*, BeurkG/BNotO, 3. Aufl. 2011, § 15 BeurkG Rdnr. 4; *Becker*, notar 2014, 359, 365; *Bürger*, NotBZ 2011, 8, 13.

<sup>27</sup> So *Schippell/Bracker/Reithmann*, BNotO, § 20 Rdnr. 75; *Röll*, MittBayNot 1981, 64, 66. Nach *Grzivotz/Heinemann/Heinemann*, BeurkG, 2. Aufl. 2015, § 15 Rdnr. 24 soll sogar eine bloß *konkludente* Verweigerung ein Vorgehen nach § 15 Satz 2 BeurkG hindern. Dadurch würde die Vorschrift des § 15 Satz 2 BeurkG indes – jedenfalls hinsichtlich ihrer praktischen Handhabbarkeit – völlig entwertet.

<sup>28</sup> BGH, Urteil vom 24.4.1998, V ZR 197/97, NJW 1998, 2350 f. Der Veräußerer kann ggf. auch im Rahmen einer unechten Versteigerung dem „Auktionator“ Vollmacht zum auf die Versteigerung folgenden Vertragsschluss erteilen. Dann ist auch hier der „Auktionator“ formell Beteiligter des notariellen Verfahrens; diesbezüglich unklar *Armbrüster/Preuß/Renner/Renner*, BeurkG, 6. Aufl. 2013, § 15 Rdnr. 35 a. E.

<sup>29</sup> Vgl. *Becker*, notar 2014, 359, 361.

<sup>30</sup> Vgl. insbesondere zu § 17 Abs. 2a BeurkG unten III. 2. a).

## 2. Eigentumsübertragung

Die Eigentumsübertragung erfolgt in beiden Fällen der freiwilligen<sup>31</sup> Versteigerung getrennt vom Kaufvertrag und bedarf nach allgemeinen Regeln jeweils der Auflassung und Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch (§§ 873, 925 BGB, § 19 GBO). Dabei gelten wiederum die allgemeinen Formvorschriften (also: §§ 20, 29 GBO). Die Vorschrift des § 156 BGB gilt für die dinglichen und grundbuchrechtlichen Erklärungen demgegenüber ebenso wenig wie die des § 15 BeurkG.<sup>32</sup>

### III. Zweiwochenfrist des § 17 Abs. 2a BeurkG

Wie gezeigt, gelten für das Beurkundungsverfahren in beiden Fällen der freiwilligen Versteigerung die Vorschriften über die Beurkundung von Willenserklärungen. Hierzu gehört auch die Vorschrift des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG, wonach bei Verbraucherverträgen, die der Beurkundungspflicht nach § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB unterliegen, dem Verbraucher der beabsichtigte Text des Rechtsgeschäfts vom beurkundenden Notar im Regelfall zwei Wochen vor der Beurkundung zur Verfügung gestellt werden soll. Wie das Verfahren diesbezüglich zu gestalten ist bzw. ob in Fällen der freiwilligen Versteigerung eine Ausnahme von der Zweiwochenfrist in Betracht kommt, war bislang höchstrichterlich nicht geklärt. Mit Urteil vom 24.11.2014, NotSt(Brfg) 3/14, hat der BGH hierzu Stellung genommen.

#### 1. Konkretisierung der Anforderungen an das „Zurverfügungstellen des Textes des beabsichtigten Rechtsgeschäfts“

Zunächst untersucht das Gericht, ob es zur Wahrung des Schutzzwecks des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG in Fällen der unechten Versteigerung genügt, dass der Notar ein unvollständiges Muster des intendierten Kaufvertrags – notwendigerweise noch ohne Angabe einer Käuferpartei und eines Kaufpreises – zwei Wochen vor dem Versteigerungstermin auf seiner Homepage zum Abruf bereitstellt. Durch dieses Vorgehen sollte sichergestellt werden, dass der im Wege der unechten Versteigerung vermittelte Kaufvertrag auch bei Geltung der Zweiwochenfrist des § 17 Abs. 2a BeurkG im direkten Anschluss an den Versteigerungstermin beurkundet werden kann.

Das Gericht erteilt diesem Vorgehen eine Absage:

„Zum einen können, etwa im Hinblick auf den noch offenen Kaufpreis, [in dem Vertragsentwurf] nicht alle für den Vertrag wesentlichen Elemente berücksichtigt werden. Zum anderen kann der Notar nicht ohne weitere Schutzmechanismen überprüfen, (...) ob und wann der Ersteigerer und Käufer von der Möglichkeit des Zugriffs auf den – unvollständigen – Vertragsentwurf Gebrauch gemacht hat.“<sup>33</sup>

Zudem verweist der BGH auf die Beratungsfunktion des Notars, die bei diesem Vorgehen nicht effektiv gewährleistet werden könne.<sup>34</sup>

<sup>31</sup> Bei der Zwangsversteigerung wird der Ersteher gemäß § 90 Abs. 1 ZVG demgegenüber durch den Zuschlag Eigentümer. Seine Eintragung in das Grundbuch erfolgt im Wege der bloßen Grundbuchberichtigung.

<sup>32</sup> BGH, Urteil vom 24.4.1998, V ZR 197/97, NJW 1998, 2350, 2352; ausf. zur Nichtgeltung von § 15 Satz 2 BeurkG *Becker*, notar 2014, 359, 365.

<sup>33</sup> Abschn. II Ziff. 2. c).

<sup>34</sup> Abschn. II Ziff. 2. c).

Diese Ausführungen betreffen unmittelbar nur den verfahrensgegenständlichen Fall der freiwilligen unechten Versteigerung. Sie dürften aber auch darüber hinaus von Bedeutung sein, wenn und weil kein Grund dafür besteht, warum die Anforderungen, die an den „beabsichtigten Text des Rechtsgeschäfts“ und das „Zurverfügungstellen“ durch den Notar im Sinne des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG zu stellen sind, im Rahmen einer freiwilligen unechten Versteigerung höher sein sollten als sonst (bzw. umgekehrt im Allgemeinen niedriger sein sollten hier). Im Einzelnen kommen zwei allgemeine Ableitungen in Betracht.

#### a) Der „Text des beabsichtigten Rechtsgeschäfts“: alle wesentlichen Elemente

In der Literatur ist umstritten, ob der Lauf der Zweiwochenfrist des § 17 Abs. 2a BeurkG nur dann beginnt, wenn der Text, der dem Verbraucher vom Notar zur Verfügung gestellt wird, alle für den Vertrag wesentlichen Elemente berücksichtigt, also insbesondere konkrete Angaben zum Kaufobjekt, zum Kaufpreis und zu den Vertragsparteien enthält,<sup>35</sup> oder ob es genügt, dass dem Verbraucher ein Leerformular (ein abstraktes, nicht individualisiertes Vertragsmuster) überlassen wird, wenn ihm die fehlenden Angaben anderweitig – etwa über Verkaufsprospekte – zur Verfügung stehen.<sup>36</sup>

Die vorliegende Entscheidung deutet in die erstgenannte Richtung.<sup>37</sup> Der Forderung, wonach der Text, der dem Verbraucher vom Notar zur Verfügung gestellt wird, alle für den Vertrag wesentlichen Elemente berücksichtigen und insbesondere sämtliche *essentialia negotii* enthalten muss, liegen im Wesentlichen zwei Überlegungen zugrunde. Zum Ersten ist der Verbraucher nach dieser Anschauung nur bei Übermittlung eines individualisierten Vertragstextes in der Lage, die wirtschaftliche Tragweite des intendierten Vertrages in einer dem Zweck der Norm entsprechenden Weise überblicken und beurteilen zu können.<sup>38</sup> Und zum Zweiten ist nur unter der genannten Voraussetzung gewährleistet, dass der Notar in einer für den Verbraucher erkennbaren Weise die Verantwortung für den Entwurf trägt.

Gerade das letztgenannte Argument ist vor dem Hintergrund der jüngsten Reform des § 17 Abs. 2a BeurkG, deren Ziel es gerade war, dass der Verbraucher die zur Auseinandersetzung mit dem beabsichtigten Rechtsgeschäft maßgeblichen Informationen vom beurkundenden Notar oder dessen Sozium erhält und gerade nicht vom intendierten Vertragspartner (zum Beispiel vom Bauträger) oder einem Dritten (zum Beispiel vom Makler),<sup>39</sup> nicht von der Hand zu weisen.

<sup>35</sup> So etwa *Diehn/Seeger*, BNotO, 1. Aufl. 2015, § 14 Rdnr. 98; *Limmer/Hertel/Frenz/Mayer* (Hrsg.), Würzburger Notarhandbuch, 4. Aufl. 2015, Teil 1 Kap. 2 Rdnr. 156; *Grziwotz/Heinemann/Grziwotz*, BeurkG, 2. Aufl. 2015, § 17 Rdnr. 80 und öfter; *Junglas*, NJW 2012, 1121 und öfter.

<sup>36</sup> So, mit Unterschieden im Detail, etwa *Winkler*, BeurkG, 17. Aufl. 2013, § 17 Rdnr. 167; *Armbrüster/Preuß/Renner/Armbrüster*, BeurkG, 6. Aufl. 2013, § 17 Rdnr. 220; *Sorge*, DNotZ 2002, 593, 595; *Rieger*, MittBayNot 2002, 325, 333; *Eue*, MittBayNot 2004, 175, 176; *Heinze*, ZNotP 2013, 122, 127.

<sup>37</sup> Für eine dahingehende Verallgemeinerung *Heinemann* in seiner Urteilsanmerkung, ZfIR 2015, 345 f., und zwar explizit auch für Serienentwürfe i. S. d. Vorbemerkung 2.4.1. Abs. 5 KV-GNotKG.

<sup>38</sup> Die Gesetzesbegründung spricht von der vollen Ausnutzung des „Aufklärungspotentials des Beurkundungsverfahrens“; BT-Drucks. 14/9266, S. 50. Vgl. auch *Grziwotz/Heinemann/Grziwotz*, BeurkG, 2. Aufl. 2015, § 17 Rdnr. 80: „Für den Verbraucher ist es nämlich häufig nicht leicht, sich aus einem Leervertrag des Bauträgers und zahlreichen Unterlagen den fertigen Vertrag selbst zusammenzustellen“.

<sup>39</sup> Vgl. die RegBegr. zum Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im notariellen Beurkundungsverfahren, BT-Drucks. 17/12035, S. 6 ff.

## b) Das „Zurverfügungstellen“: Abruf über die Homepage des Notars

Zum Zweiten dürfte sich der Entscheidung entnehmen lassen, dass es dem Notar nicht grundsätzlich verwehrt ist, dem Verbraucher den beabsichtigten Text des Rechtsgeschäfts über seine Homepage zur Verfügung zu stellen. Allerdings dürfte dem Erfordernis des Zurverfügungstellens nicht jedes bloße Bereitstellen eines Download-Links genügen. Der BGH spricht insofern von „Schutzmechanismen“, die der Notar ergreifen müsse.

Die diesbezüglichen Anforderungen dürfen allerdings nicht überspannt werden. Insbesondere kann es nicht Aufgabe des Notars sein zu prüfen, ob der Verbraucher den Vertragsentwurf *tatsächlich* und *positiv* zur Kenntnis genommen hat. Eine solche Pflicht besteht auch bei der Übersendung des Entwurfs per Post nicht. Aufgabe des Notars kann es nur sein, sicherzustellen, dass die *Möglichkeit* des Zugriffs durch den Verbraucher im konkreten Einzelfall *tatsächlich* besteht. Hierfür genügt, dass der Verbraucher von der Abrufmöglichkeit überhaupt Kenntnis erlangen und von dieser in (auch: technisch) zumutbarer Weise *tatsächlich* Gebrauch machen kann. Davon dürfte insbesondere auszugehen sein, wenn der Verbraucher zu erkennen gegeben hat, dass er zum Download von Dokumenten in der Lage und willens ist.<sup>40</sup>

## 2. Ausnahme aufgrund der Besonderheiten der freiwilligen Versteigerung?

In einem zweiten Schritt untersucht der BGH, ob allein aufgrund der Tatsache, dass der Beurkundung des Grundstückskaufvertrages eine unechte Versteigerung vorausgeht, eine Ausnahme von der Zweiwochenfrist des § 17 Abs. 2a BeurkG in Betracht kommt.

Nach der Rechtsprechung des BGH kommt ein Abweichen von der Regelfrist des § 17 Abs. 2a BeurkG allgemein „nur dann in Betracht, wenn im Einzelfall nachvollziehbare Gründe – auch unter Berücksichtigung der Schutzinteressen des Verbrauchers – es rechtfertigen, die dem Verbraucher zugedachte Schutzfrist zu verkürzen. Voraussetzung für die Nichteinhaltung der Frist ist deshalb ein sachlicher Grund. Der Notar hat, so die Regelfrist von zwei Wochen nicht abgelaufen ist und die Zwecke dieser Wartefrist nicht anderweitig erfüllt sind, die Amtspflicht, eine Beurkundung auch dann abzulehnen, wenn diese von den Urkundsbeteiligten gewünscht wird“.<sup>41</sup> Dies ist, wie das Gericht jüngst klargestellt hat, allerdings nicht so zu verstehen, dass dann, „wenn der gesetzlich geforderte Übereilungsschutz in ausreichendem Maße anderweitig gewährleistet ist, zusätzlich (kumulativ) ein sachlicher Grund für die Abweichung vorliegen muss; bei Erfüllung des Gesetzeszwecks besteht kein Anlass für eine weitergehende Prüfung“.<sup>42</sup> Die anderweitige Erfüllung des Zwecks der Zweiwochenfrist trägt den sachlichen Grund für ihre Verkürzung vielmehr in sich, sie *ist* der sachliche Grund für eine Abweichung.

### a) Unechte Versteigerung

Für den Fall der unechten Versteigerung verneint das Gericht eine solche Ausnahme von der Zweiwochenfrist: „Weder der Übereilungs- und Überlegungsschutz noch die vom Gesetz-

geber auch angestrebte fachkundige und neutrale Beratung durch den Notar im Vorfeld der Beurkundung (BT-Drucks. 17/12035, S. 7 linke Spalte)“ würden im Rahmen des Verfahrens der unechten Versteigerung in ausreichender Weise gewährleistet.<sup>43</sup> Insbesondere sei der „von der gewerblichen Erlaubnis des Versteigerers gemäß § 34b GewO ausgehende Schutz (...) nicht mit den von § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG bezweckten Schutzwirkungen vergleichbar“.<sup>44</sup>

Die Auffassung des BGH ist – in der Regelungslogik des § 17 Abs. 2a BeurkG – überzeugend. Der Notar ist, wie gezeigt, am Verfahren der unechten Versteigerung gerade nicht beteiligt. Schon deshalb ist nicht ersichtlich, wie im Rahmen des unechten Versteigerungsverfahrens hinreichend dafür Sorge getragen sein sollte, dass die Zwecke der Zweiwochenfrist „anderweitig“ erfüllt werden. Außerdem ist es hier – rechtlich betrachtet – ohne Weiteres möglich, die Zweiwochenfrist einzuhalten, weil der Vertragsschluss eben nicht bereits *in* der Versteigerung, sondern erst *danach* (und sei es *zwei Wochen danach*) erfolgt. Ob sich der Sinn und Zweck der Zweiwochenfrist als echter Überlegungsfrist auch im *wirtschaftlichen* Ergebnis erreichen lässt, hängt freilich maßgeblich davon ab, dass sich der Verbraucher auch „faktisch“ ohne wesentliche negative Konsequenzen vom Ergebnis der Versteigerung lossagen kann. Daher dürfte zwingende Folge der Auffassung des BGH insbesondere sein, dass der Verbraucher wegen des – dann „erfolglosen“ – unechten Versteigerungsverfahrens in der Regel weder prohibitiven vertraglichen Primäransprüchen des Versteigerers noch prohibitiven Sekundäransprüchen aus *culpa in contrahendo* ausgesetzt sein kann.<sup>45</sup>

Aus Sicht des beurkundenden Notars dürfte jedenfalls grundsätzlich nichts anderes übrig bleiben, als den Versteigerungstermin abzuwarten, anschließend einen vollständigen Vertragsentwurf zu fertigen, diesen dem Meistbietenden zur Verfügung zu stellen und hiernach die Zweiwochenfrist verstreichen zu lassen. Besonders „versteigerungsfreundlich“ ist dieses Verfahren nicht, es dürfte nach der Entscheidung des BGH aber alternativlos sein. Insbesondere lässt sich nach dem Gesagten eine Beurkundung im direkten Anschluss an den Versteigerungstermin nicht dadurch erreichen, dass der Notar den Bietern den Vertragsentwurf zwei Wochen *vor* der Versteigerung zur Verfügung stellt. Dann steht nämlich notwendigerweise (unter anderem) der Kaufpreis noch nicht fest, den der BGH, wie gezeigt, gerade für den Fall der unechten Versteigerung als unverzichtbares „wesentliches Element“ des zu versendenden Entwurfs ansieht.

Die vorstehenden Ausführungen gelten unabhängig davon, ob der Veräußerer den Vertrag als Unternehmer schließt und der Meistbietende als Verbraucher oder umgekehrt; in beiden Fällen handelt es sich bei dem intendierten Kaufvertrag um einen Verbrauchervertrag im Sinne des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG. Etwas anderes gilt nur dann, wenn es sich bei dem Kaufvertrag nicht um einen Verbrauchervertrag handelt. Dann ist § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG nicht anwendbar und der Notar darf unmittelbar im Anschluss an das unechte Versteigerungsverfahren beurkunden. Ob es sich um einen Verbrauchervertrag handelt, wird in der Regel allerdings erst

<sup>43</sup> Abschn. II Ziff. 2. d)

<sup>44</sup> Abschn. II Ziff. 2. d); vgl. zum gewerblichen Versteigererrecht auch BVerwG, NVwZ-RR 1998, 425, wonach dieses nur den Schutz der Bieter vor Übervorteilung, nicht aber vor Übereilung bezweckt.

<sup>45</sup> Vgl. dazu allgemein etwa Palandt/Ellenberger, 74. Aufl. 2015, Einf. vor § 145 Rdnr. 18, wonach ein Abrücken von vorvertraglichen Festlegungen, wenn überhaupt, nur in Ausnahmefällen eine Haftung wegen c. i. c. zu begründen vermag.

<sup>40</sup> In diesem Sinne etwa Diehl/Seeger, BNotO, 1. Aufl. 2015, § 14 Rdnr. 95; Winkler, BeurkG, 17. Aufl. 2013, § 17 Rdnr. 162.

<sup>41</sup> Grundlegend BGH, Urteil vom 7.2.2013, III ZR 121/12, NJW 2013, 1451 (2. und 3. Leitsatz).

<sup>42</sup> BGH, Urteil vom 25.6.2015, III ZR 292/14, NJW 2015, 2646 (m. Anm. Weber).

nach Durchführung der Versteigerung feststehen. Anfängliche Sicherheit diesbezüglich ließe sich allenfalls dadurch herstellen, dass Verbraucher (wenn der Veräußerer als Unternehmer handelt) bzw. Unternehmer (wenn der Veräußerer als Verbraucher handelt) von vornherein von der Versteigerung ausgeschlossen werden – eine Überlegung, die zeigt, wie sich Verbraucherschutzrecht im Ergebnis faktisch als „Ausschlussrecht“ oder „Verbotsrecht“ zulasten (auch) von Verbrauchern auswirken kann.

## b) Echte Versteigerung

In einem *obiter dictum* nimmt der BGH auch zur echten Versteigerung Stellung. Das Gericht merkt an, hier könne eine „begründete Ausnahme vom Regelfall des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG in Betracht kommen“.<sup>46</sup> Zum einen stehe bei der echten Versteigerung notwendig erst im Moment des Vertragsschlusses (bei Erteilung des Zuschlags) fest, „wer den Zuschlag erhalte und ob es sich bei dem zu beurkundenden Rechtsgeschäft um einen Verbrauchervertrag handeln werde“.<sup>47</sup> Es ist hier also schlicht nicht möglich, die Zweiwochenfrist einzuhalten. Außerdem könne der Notar im Falle der echten Versteigerung auf eine „anderweitige“ Erfüllung der Zwecke der Zweiwochenfrist hinwirken, indem er seine Beratungs- und Belehrungspflichten bereits „während des in seiner Anwesenheit stattfindenden Versteigerungsverfahrens“ wahrnimmt.<sup>48</sup>

Das Gericht deutet also an, den Fall der echten Versteigerung anders beurteilen zu wollen als den der unechten Versteigerung. Auch insoweit ist dem BGH – aus den in der Entscheidung angeführten Gründen – zuzustimmen. Argumentativ ergänzen ließe sich allenfalls noch, dass sich eine gewisse „Privilegierung“ von echten Versteigerungen im Verbraucherschutzrecht – jedenfalls als Rechtsgedanke – auch der Regelung des § 474 Abs. 2 Satz 2 BGB<sup>49</sup> entnehmen lässt.<sup>50</sup> Die dargelegte Differenzierung entspricht im Übrigen der im Leitfaden der Bundesnotarkammer zur freiwilligen Grundstücksversteigerung vom 20.1.2005 geäußerten Rechtsauffassung.<sup>51</sup>

Wie genau der Notar vorzugehen hat, um im Falle der echten Versteigerung eine „anderweitige“ Erfüllung der Zwecke der Zweiwochenfrist zu erreichen, lässt sich der Entscheidung allerdings nicht entnehmen. Die Bundesnotarkammer schlägt in ihrem Leitfaden zur freiwilligen Grundstücksversteigerung – der allgemeinen Regelungslogik des § 17 Abs. 1, Abs. 2a BeurkG folgend – ein zweistufiges Vorgehen vor.

(1) In einem ersten Schritt könnten die Versteigerungsbedingungen einschließlich der darin enthaltenen kaufvertraglichen Festsetzungen sowie der Entwurf der „Zuschlagsurkunde“ (ausnahmsweise ohne Angabe der Käuferpartei und des Kaufpreises) zwei Wochen vor dem Versteigerungstermin – beispielsweise zusammen mit der Terminbestimmung nach §§ 2, 3 VerstV – öffentlich bekannt gegeben werden. Um dem Erfordernis des Zurverfügungstellens *durch den Notar* Rechnung zu tragen – eine Versendung an die Bieter wird in aller Regel ausscheiden, da diese noch nicht bekannt sind –, könne

der Notar dabei als die für den Vertrag verantwortliche Person und als Ansprechpartner für Rückfragen kenntlich gemacht werden.<sup>52</sup>

(2) In einem zweiten Schritt könne der Notar im eigentlichen Versteigerungstermin sämtlichen Bietern noch vor Abgabe des ersten Gebots die Versteigerungsbedingungen einschließlich der darin enthaltenen kaufvertraglichen Festsetzungen sowie den Inhalt der „Zuschlagsurkunde“ erläutern. Um die erforderliche Belehrung sämtlicher Teilnehmer einer Versteigerung zu gewährleisten, wird geraten, durch geeignete Maßnahmen – etwa Einlasskontrollen – auf einen geschlossenen Bieterkreis hinzuwirken.<sup>53</sup>

Die „erste Stufe“ dieses Vorgehens dient dabei einer möglichst regelfallnahen Verwirklichung der Schutzzwecke der Zweiwochenfrist des § 17 Abs. 2a BeurkG; das geschilderte Vorgehen liegt daher durchaus nicht fern. Der BGH scheint allerdings besonderes Augenmerk vor allem auf die „zweite Stufe“ zu legen, wenn er (ausschließlich) auf die Möglichkeit der Erfüllung der Beratungs- und Belehrungspflichten „während des in seiner Anwesenheit stattfindenden Versteigerungsverfahrens“ hinweist.

## IV. Zusammenfassung

Echte und unechte Versteigerung unterscheiden sich in vielerlei Hinsicht. Zivilrechtlich besteht der wesentliche Unterschied darin, dass der Vertrag nur bei der echten Versteigerung unmittelbar im Versteigerungsverfahren durch den Zuschlag durch den Auktionator zustande kommt, während er im Falle der unechten Versteigerung unter Abbedingung von § 156 BGB erst nach dem Versteigerungsverfahren durch gesonderte Willenserklärungen geschlossen wird. Daraus ergeben sich wesentliche Unterschiede für das notarielle Verfahren.

Hinsichtlich der Zweiwochenfrist des § 17 Abs. 2a BeurkG ist nach der Rechtsprechung des BGH wie folgt zu unterscheiden: Bei der echten Versteigerung kommt eine Ausnahme von der Zweiwochenfrist in Betracht. Der Notar darf die Beurkundung grundsätzlich unmittelbar im Anschluss an den Zuschlag durchführen, ist im Gegenzug aber gehalten, auf eine „anderweitige“ Erfüllung der Zwecke der Zweiwochenfrist hinzuwirken, insbesondere durch Beratung und Belehrung während des in seiner Anwesenheit stattfindenden Versteigerungsverfahrens.

Bei der unechten Versteigerung ist die Zweiwochenfrist demgegenüber grundsätzlich zu beachten. Insbesondere ist zu beachten, dass die Eröffnung der Möglichkeit des Downloads eines Musterkaufvertrags ohne Angabe eines Kaufpreises zwei Wochen vor dem Versteigerungstermin den Anforderungen des § 17 Abs. 2a BeurkG nach Auffassung des BGH nicht genügt. Aus Sicht des beurkundenden Notars dürfte daher regelmäßig grundsätzlich nichts anderes übrig bleiben, als den Versteigerungstermin abzuwarten, sodann einen vollständigen Vertragsentwurf zu fertigen, diesen dem Meistbietenden zur Verfügung zu stellen und hiernach die Zweiwochenfrist verstreichen zu lassen. Etwas anderes gilt nur dann, wenn es sich bei dem Kaufvertrag nicht um einen Verbrauchervertrag handelt. Dann ist § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG nicht anwendbar und der Notar darf unmittelbar im Anschluss an die Versteigerung beurkunden.

<sup>46</sup> Abschn. II Ziff. 2. d); vgl. auch die Begründung zur Beschlussempfehlung des BT-Rechtsausschusses zur Neuregelung des § 17 Abs. 2a BeurkG, BT-Drucks. 17/13137, S. 4.

<sup>47</sup> Abschn. II Ziff. 2. d).

<sup>48</sup> Abschn. II Ziff. 2. d).

<sup>49</sup> In der seit dem 13.6.2014 geltenden Fassung; entspricht § 474 Abs. 1 Satz 2 BGB a. F.

<sup>50</sup> In diese Richtung auch *Becker*, notar 2014, 359, 363.

<sup>51</sup> DNotZ 2005, 161.

<sup>52</sup> DNotZ 2005, 161, 168. Ebenso *Grziwotz/Heinemann/Heinemann*, BeurkG, 2. Aufl. 2015, § 15 Rdnr. 11.

<sup>53</sup> DNotZ 2005, 161, 167.

# Die Ausbildung nach der novellierten ReNoPat-Ausbildungsverordnung

Von Notar a. D. Dr. *Josef Zintl* und Notarassessor Dr. *Peter Schwabenbauer*, beide München

Die novellierte Verordnung über die Berufsausbildungen zum Rechtsanwaltsfachangestellten und zur Rechtsanwaltsfachangestellten, zum Notarfachangestellten und zur Notarfachangestellten, zum Rechtsanwalts- und Notarfachangestellten und zur Rechtsanwalts- und Notarfachangestellten, sowie zum Patentanwaltsfachangestellten und zur Patentanwaltsfachangestellten, kurz ReNoPat-Ausbildungsverordnung – ReNoPatAusV,<sup>1</sup> ist am 1.8.2015 in Kraft getreten. Der Beitrag gibt – mit Blick auf die Ausbildung der Notarfachangestellten sowie der Rechtsanwalts- und Notarfachangestellten – einen Überblick über die wesentlichen Neuerungen.

## I. Einführung

Am 1.8.1988, als die bisherige ReNoPat-Ausbildungsverordnung<sup>2</sup> in Kraft trat, waren die Rahmenbedingungen für die Ausbildung der Fachangestellten im Bereich der Rechtsanwälte, Notare und Patentanwälte – damals Gehilfen genannt – völlig andere als heute. Der europäische Integrationsprozess und die damit einhergehende Internationalisierung der Rechtspflege befanden sich in einem sehr frühen Stadium. Die elektronische Datenverarbeitung steckte noch in den Kinderschuhen, die elektronische Kommunikation mit Mandanten, Gerichten und Behörden war Zukunftsmusik. Auszubildende gab es in deutlich größerer Zahl als heute, Ausbildungsberufe konkurrierten nicht mit flächendeckend akademisierten Berufsbildern.

Daher war die gründliche Novellierung der Ausbildung der Rechtsanwaltsfachangestellten, Rechtsanwalts- und Notarfachangestellten, Notarfachangestellten und Patentanwaltsfachangestellten ein notwendiger Schritt. Auch der Rahmenlehrplan für die Berufsschulen wurde im Zuge der Novellierung überarbeitet.

## II. Die Neuerungen in der Ausbildungsverordnung

### 1. Struktur und Ausbildungsinhalte

Struktur und Inhalt der Ausbildungsverordnung wurden mit der Novellierung grundlegend verändert. Anstelle der bisherigen Gliederung in einen Gemeinsamen Teil der Ausbildungsberufsbilder (§ 4 ReNoPatAusV a. F.) sowie je einen Besonderen Teil des jeweiligen Ausbildungsberufs (§ 5 ReNoPatAusV a. F.) ist eine Aufteilung in „berufsübergreifende berufsprofilgebende Fertigkeiten, Kenntnisse und Fähigkeiten“ (§ 4 Abs. 1 Nr. 1 ReNoPatAusV n. F.), „weitere berufsprofilgebende Fertigkeiten, Kenntnisse und Fähigkeiten des jeweiligen Ausbildungsberufs“ (§ 4 Abs. 1 Nr. 2 ReNoPatAusV n. F.) und „berufsübergreifende integrative Fertigkeiten, Kenntnisse und Fähigkeiten“ (§ 4 Abs. 1 Nr. 3 ReNoPatAusV n. F.) getreten. Die Berufsausbildung soll damit die „berufliche Handlungsfähigkeit“ schaffen, § 3 Abs. 1 ReNoPatAusV n. F.

Berufsübergreifende berufsprofilgebende Fertigkeiten, Kenntnisse und Fähigkeiten sind solche, die in allen von der Ausbildungsverordnung erfassten Berufen beherrscht werden müssen, also Mandanten- oder Beteiligtenbetreuung, Rechnungswesen und -kontrolle, Büro- und Arbeitsorganisation sowie Grundlagen zu Gesetzen und Verordnungen in der

Rechtspflege. Angesichts der zunehmenden Internationalisierung in Anwaltschaft und Notariat sowie der weiter steigenden Bedeutung der Informationstechnik beinhaltet der berufsübergreifende Teil auch Inhalte im Bereich der fachbezogenen Anwendung der englischen Sprache und im Umgang mit Informations- und Kommunikationssystemen, dem elektronischen Rechtsverkehr und der Handhabung des Datenschutzes sowie im Europarecht. Die weiteren berufsprofilgebenden Fertigkeiten, Kenntnisse und Fähigkeiten des jeweiligen Ausbildungsberufs beinhalten die berufsspezifischen Lernziele des jeweiligen Ausbildungsberufs, insbesondere die Rechtsanwendung in den jeweils relevanten Rechtsgebieten, was für die Notarfachangestellten naturgemäß die weitestgehende Konzentration und Vertiefung mit sich bringt. Die berufsübergreifenden integrativen Fertigkeiten, Kenntnisse und Fähigkeiten beinhalten berufsspezifische Lernziele, insbesondere den Aufbau des Ausbildungsbetriebs und seine Einordnung in die Rechtspflege.

Insgesamt sind die Bemühungen erkennbar, für die vier weitestgehend selbständigen Ausbildungsberufe ein starkes gemeinsames Grundgerüst zu entwickeln und gleichzeitig die Notwendigkeit einer überwiegend berufs- und fachspezifischen Ausbildung nicht aus den Augen zu verlieren.<sup>3</sup>

Die Mindestausbildungsinhalte sind im Ausbildungsrahmenplan enthalten, § 3 ReNoPatAusV n. F. Der Plan teilt die verschiedenen Ausbildungsinhalte in zeitliche Richtwerte in Wochen ein. Für die praktische Ausbildung ergibt sich daraus kein starrer Zeitplan, sondern ein Anhalt für die Auszubildenden zum Setzen inhaltlicher Schwerpunkte.<sup>4</sup>

### 2. Prüfungen

Nach wie vor findet nach Ablauf des ersten Ausbildungsjahres zur Ermittlung des Ausbildungsstandes eine Zwischenprüfung statt (§ 6 ReNoPatAusV n. F.). Sie wird schriftlich über eine Gesamtprüfungszeit von 120 Minuten durchgeführt und beinhaltet nunmehr die Prüfungsbereiche Kommunikation und Büroorganisation sowie Rechtsanwendung.

Die Abschlussprüfung, §§ 7 ff. ReNoPatAusV n. F., hat eine grundlegende Neuregelung erfahren. Sie umfasst bei den Ausbildungsberufen der Notar- und der Rechtsanwalts- und Notarfachangestellten (§§ 8, 9 ReNoPatAusV n. F.) die Prüfungsbereiche Geschäfts- und Leistungsprozesse, Beteiligten- bzw. Mandanten- und Beteiligtenbetreuung, Rechtsanwen-

<sup>3</sup> Vgl. *Tauchert*, BRAK-Mitteilungen 2014, 298 (299).

<sup>4</sup> § 5 Abs. 2 ReNoPatAusV n. F. sieht vor, dass die Auszubildenden auf Grundlage des Ausbildungsrahmenplans einen Ausbildungsplan für die Auszubildenden erstellen. Umgekehrt haben nach § 5 Abs. 3 ReNoPatAusV n. F. die Auszubildenden einen schriftlichen Ausbildungsnachweis während der Ausbildungszeit zu führen, der regelmäßig von den Auszubildenden zu überprüfen ist.

<sup>1</sup> BGBl 2014 I, S. 1490.

<sup>2</sup> BGBl 1987 I, S. 2392.

dung im jeweiligen Fachbereich, Kosten bzw. Vergütung und Kosten sowie Wirtschafts- und Sozialkunde. Die fachbezogene Anwendung der englischen Sprache soll dabei sowohl im Bereich Beteiligten- bzw. Mandanten- und Beteiligtenbetreuung als auch im Bereich Rechtsanwendung Berücksichtigung finden. Die Prüfung ist verblockt und dauert insgesamt 375 Minuten. Davon entfallen 15 Minuten auf ein fallbezogenes Fachgespräch aus dem Bereich Beteiligten- bzw. Mandanten- und Beteiligtenbetreuung sowie 360 Minuten auf die schriftliche Bearbeitung von Aufgaben in den übrigen Prüfungsbereichen, wobei die Bearbeitungszeit bei den schriftlichen Aufgaben je nach Bereich unterschiedlich ist.

Die bislang reguläre 30-minütige mündliche Prüfung (§ 15 ReNoPatAusbV a. F.) ist entfallen; eine mündliche Prüfung im jeweiligen Prüfungsbereich findet nunmehr nur noch auf Antrag des Prüflings statt, wenn der Prüfungsbereich schlechter als mit „ausreichend“ bewertet worden ist *und* die mündliche Ergänzungsprüfung für das Bestehen der Abschlussprüfung den Ausschlag geben kann (§ 8 Abs. 10 ReNoPatAusbV n. F. für die Notarfachangestellten, § 9 Abs. 10 für die Rechtsanwalts- und Notarfachangestellten). Als gewisse Kompensation für den Wegfall der mündlichen Prüfung hat der Prüfungsausschuss für das fallbezogene Fachgespräch in der Themenwahl großen Spielraum und muss den Schwerpunkt des Gesprächs nicht auf Soft-Skills legen. Ferner ist die Gewichtung des Gesprächs in der Gesamtbewertung mit 15 Prozent angesichts der verhältnismäßig kurzen Prüfungszeit relativ hoch.

Das inhaltlich größte Gewicht in der Abschlussprüfung liegt nunmehr klar auf den Bereichen Rechtsanwendung und Kosten bzw. Vergütung und Kosten, die je 30 Prozent der Gesamtnote ausmachen.

Die Anforderungen für ein Bestehen der Prüfung hat die Novelle verschärft: Das Gesamtergebnis muss mindestens „ausreichend“ betragen, der Prüfungsbereich Rechtsanwendung muss mit mindestens „ausreichend“ bewertet worden sein, in mindestens drei der vier weiteren Prüfungsbereiche muss das Ergebnis mindestens „ausreichend“ sein und in keinem Prüfungsbereich darf das Ergebnis „ungenügend“ sein, § 8 Abs. 9 ReNoPatAusbV n. F. für die Notarfachangestellten, § 9 Abs. 9 für die Rechtsanwalts- und Notarfachangestellten.

### III. Der neue Rahmenlehrplan

Im Zuge der Novellierung der ReNoPat-Ausbildungsverordnung hat die Kultusministerkonferenz einen neuen Rahmenlehrplan<sup>5</sup> beschlossen, der von den Ländern unmittelbar übernommen werden kann, oder – unter Beachtung der Vorgaben des Lehrplans zur Abstimmung mit der Ausbildungsordnung – in eigene Lehrpläne umgesetzt werden kann. Bayern zum Beispiel hat mit den durch Verfügung vom 15.4.2015 für verbindlich erklärten Lehrplanrichtlinien<sup>6</sup> die Formulierungen der Lernziele und Lerninhalte aus dem Rahmenlehrplan weitestgehend unverändert übernommen, jedoch etwa bei der Aufteilung der Lerninhalte auf die einzelnen Jahrgangsstufen Anpassungen vorgenommen.

Der neue Rahmenlehrplan sieht eine gemeinsame Beschulung sämtlicher Ausbildungsberufe der ReNoPat-Ausbildungsverordnung im ersten Lehrjahr und teilweise im zweiten Lehrjahr vor. Dies soll der demografischen Entwicklung Rechnung tragen. Die bayerischen Lehrplanrichtlinien haben diese Vor-

gabe für das erste Lehrjahr aufgegriffen und bezeichnen insofern eine gemeinsame Beschulung als „möglich“. Für das zweite und dritte Lehrjahr soll hingegen grundsätzlich mittels der Einrichtung von Fachklassen eine zunehmende Differenzierung, durch die die jeweiligen berufsspezifischen Kompetenzen abgebildet werden, erfolgen.<sup>7</sup>

Mit dem neuen Rahmenlehrplan werden die klassischen Lerngebiete (Unterrichtsfächer) durch Lernfelder abgelöst.<sup>8</sup> Das Lernfeldkonzept sieht im Einklang mit § 3 ReNoPatAusbV n. F., siehe oben II. 1., einen handlungsorientierten Unterricht vor, der auf die Vermittlung von Handlungskompetenz abzielt, und sich vorrangig an handlungssystematischen Strukturen orientiert. Das stellt gegenüber vorrangig fachsystematischem Unterricht eine veränderte Perspektive dar.<sup>9</sup> Die Auszubildenden zur/zum Notarfachangestellten sollen zum Beispiel nicht mehr im „Familienrecht“ unterrichtet werden, sondern lernen, „Beurkundungen im Familienrecht vorzubereiten und abzuwickeln“. Ausgehend von lerntheoretischen und didaktischen Erkenntnissen soll dieser ganzheitliche Ansatz das Lernen auf dem Weg zur beruflichen Handlungsfähigkeit fördern.<sup>10</sup>

Der Umgang mit Informations- und Kommunikationssystemen ist angesichts seiner Bedeutung kein abgrenzbares Unterrichtsfach, sondern integrierter Bestandteil sämtlicher Lernfelder.<sup>11</sup>

### IV. Fazit

Die ReNoPat-Ausbildungsverordnung ist strukturell und inhaltlich deutlich modernisiert worden. Begrüßenswert ist ihre klare Zielsetzung, den Auszubildenden den Erwerb von Handlungskompetenzen im Beruf zu ermöglichen.

Hinsichtlich der Abschlussprüfung hat eine inhaltliche Aufwertung der Bereiche Rechtsanwendung und Kosten/Vergütung stattgefunden, ferner eine höhere Gewichtung der schriftlichen Arbeiten.

Der neue Rahmenlehrplan trägt mit seinen Vorgaben den Zielen der Verordnung Rechnung. Mit der Einführung des Lernfeldkonzepts wurde die Ausbildung auf den aktuellen Stand der Erziehungswissenschaft gebracht. Der Lehrplan erfordert für die Gestaltung des Berufsschulunterrichts die Berücksichtigung der neuen Lehr- und Lernperspektive.

Insgesamt sind damit wichtige Grundvoraussetzungen für eine zeitgemäße Ausbildung der Notarfachangestellten und der Rechtsanwalts- und Notarfachangestellten geschaffen. Ganz im Wesentlichen liegt es jedoch an jeder einzelnen Notarin und jedem einzelnen Notar, junge Menschen für eine Ausbildung im Notariat zu begeistern und durch persönlichen Einsatz als Auszubildende zu gewinnen. In Zeiten des demografischen Wandels steht unser Berufsstand, der auf qualifizierte Mitarbeiter besonders angewiesen ist, vor großen Herausforderungen. Es ist lohnenswert, sich diesen zu stellen!

<sup>7</sup> Bayerische Lehrplanrichtlinien, S. 15.

<sup>8</sup> Unter anderem in Bayern werden diese Lernfelder wiederum zu sog. Bündelungsfächern zusammengefasst, nicht zuletzt, um die Leistungsentwicklung der Auszubildenden während der gesamten Ausbildungszeit dokumentieren zu können, siehe etwa auch im vorläufigen Bildungsplan des Landes Nordrhein-Westfalen zur ReNoPatAusbV, S. 67, abrufbar unter [http://www.berufsbildung.schulministerium.nrw.de/cms/upload/\\_lehrplaene/a/renopat.pdf](http://www.berufsbildung.schulministerium.nrw.de/cms/upload/_lehrplaene/a/renopat.pdf).

<sup>9</sup> Siehe schon Rahmenlehrplan, S. 5; Bayerische Lehrplanrichtlinien, S. 6.

<sup>10</sup> Vgl. schon *Tauchert*, BRAK-Mitteilungen 2014, 298 (300).

<sup>11</sup> Rahmenlehrplan, S. 6.

<sup>5</sup> Abrufbar unter [http://www.kmk.org/fileadmin/pdf/Bildung/BeruflicheBildung/rlp/ReNoPat\\_14-06-27-E.pdf](http://www.kmk.org/fileadmin/pdf/Bildung/BeruflicheBildung/rlp/ReNoPat_14-06-27-E.pdf).

<sup>6</sup> Abrufbar unter [http://www.isb.bayern.de/download/16070/lpr\\_renopat\\_.pdf](http://www.isb.bayern.de/download/16070/lpr_renopat_.pdf).

## BUCHBESPRECHUNGEN

### Meikel (Hrsg.): Grundbuchordnung. 11. Aufl., C. Heymanns, 2014. 2820 S., 259 €

Der Kommentar Meikel (Hrsg.), GBO ist 2014 in der nun schon 11. Auflage erschienen und zwar wie die Voraufgabe in nur einem Band. Die 2820 Seiten oder fast 2,5 kg liegen nicht nur gut in der Hand, sondern sind für zusätzliche 51,80 € (oder über die Jurion Plus Card für 78 € p. a.) auch online aufrufbar und papieren und elektronisch gut und übersichtlich lesbar. Nicht zuletzt erfreut das Stichwortverzeichnis durch eine etwas größere und klare Schrift, Ausführlichkeit und Klarheit.

Die 11. Auflage folgt der Voraufgabe im Abstand von sechs Jahren und berücksichtigt die zahlreichen Rechtsentwicklungen förmlich etwa die Gesetze zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs (ERVGBG) und zur Einführung eines Datenbankgrundbuchs (DaBaGG). Daneben hat das materielle Recht erhebliche weitere Änderungen erfahren. Signifikant sind die 2005 (BGH, Beschluss vom 2.6.2005, V ZR 32/05, BGHZ 163, 154) und 2007 (BGBl 2007 I, S. 370) neu gewonnene Sicht auf die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer und ihr Verständnis als Verband. Die 2007er WEG-Novelle hat insbesondere für die Änderung der Gemeinschaftsordnung, die Begründung von Sondernutzungsrechten und die erleichterte Abschaffung der Veräußerungsbeschränkung große Grundbuchrelevanz. Gleiches gilt für die im Risikobegrenzungs-gesetz behandelten 2007/2008 massenhaft auftauchenden Kreditverkäufe und viele sonstige Bereiche der gefühlt immer spezifizierter werdenden Rechtsprechung. Sie alle finden sich universitär genau erfasst und vorbildlich von den erfahrenen Autoren, darunter eine Bundesrichterin, mehrere Notare und mehrere Rechtspfleger, alle in Praxis und Lehre tätig, kommentiert.

Seiner Tradition und seinem Anspruch entsprechend geht der Meikel über die Kommentierung der Grundbuchvorschriften weit hinaus und handelt aus grundbuchlicher Sicht die dort relevant werdenden Fragen des bürgerlichen und Verfahrensrechts in einer interessanten Mischung ab: Ein Viertel des Werks entfällt auf eine Einleitung, die nicht der Versuchung des Schwadronierens erliegt, sondern Schwerpunkte setzt auf die Bedeutung des Grundbuchs und seiner Eintragungen sowie auf Verfahren und einhergehende Pflichten des Grundbuchamts, der Notare und anderen Beteiligten. Wertvoll ist: Die Autoren binden regelmäßig ihre Erläuterungen zunächst in das System des Zivilrechts ein, um danach grundbuchamtlich wichtige Aspekte herauszustreichen; Beispiel *Morvilius* Einl. B Rdnr. 102: „Das Rechtsverhältnis der Miteigentümer untereinander richtet sich zunächst nach ... §§ 741 ff. BGB. Jedoch sind ...“ Das so aufgebaute Spannungsverhältnis zwischen Makro- und Mikrokosmos ermutigt den Leser, eigene Gedanken für die für ihn relevante Thematik zu entwickeln. Die Einleitung enthält auch einen Fundus an Antworten für seltenere Fragen der Praxis wie die Einbindung von Minderjährigen, die Böttcher (Einl. E Rdnr. 132 ff.) einfühlsam erläutert. Ebenso detailliert stellt Hertel den Einfluss ausländischen Güterrechts (Einl. G Rdnr. 181 ff.) dar.

Auch er lässt zwar die Frage der Rück- oder Weiterverweisung durch die ausländische Rechtsordnung etwas kurz kommen, stellt aber in seiner Auflistung ein Lebenswerk vor, das der Leser dankbar bewundert. Hertel liefert dasselbe zur Beteiligung ausländischer Gesellschaften (Einl. G Rdnr. 97 ff.), zum Einfluss ausländischen Erbrechts (Einl. G Rdnr. 243 ff.) und zur Verwendung ausländischer Urkunden (Einl. G Rdnr. 300 ff.).

Die Größe der Einleitung schmälert nicht die Bedeutung der einzelnen Kommentierungen. Sie sind ausnahmslos sauber und gut verständlich und erfassen immer den Stand von Gesetzgebung, Rechtsprechung und der Rechtslehre, beschränken sich aber nicht darauf. Bisweilen finden sich auch kritische Gedanken, etwa zu der Praxis der Grundbuchämter, nur sehr begrenzt Einblick in die Grundbücher zu geben, also den Begriff „berechtigtes Interesse“ eng auszulegen. Böttcher (§ 12 Rdnr. 6 ff.) begegnet dem überzeugend mit einem breiten Fächer von Beispielen und erweitert den Grundsatz darauf, dass sich das Einsichtsrecht auf alle Teile des Grundbuchs und der Grundakten beziehe (§ 12 Rdnr. 67 ff.). Dies vereinfacht dem Einsichtgebenden die Umsetzung, indem er einen kompletten Grundbuchausdruck liefern kann, und hat auch gute Gründe, die prima vista aus der Entscheidung folgen, dass das Nachrichtenmagazin Focus das Grundbuch des damaligen Bundespräsidenten Wulff ganz einsehen durfte (BGH, Urteil vom 17.8.2011, V ZB 47/11 Rdnr. 11, notar 2012, 139). Tatsächlich ließ der BGH die Thematik ausdrücklich offen (Rdnr. 12). Es ist auch nicht einzusehen, warum ein Nachbarstreit über zum Beispiel fehlende Abstandsflächen die Möglichkeit geben soll, Information zu Grundpfandgläubigern des Nachbarn zu erhalten. Vielmehr gibt die Entscheidung des Gesetzgebers zu einem „Mittelweg“ (Böttcher § 12 Rdnr. 6) den Ausschlag, die Einsichtshürde zwischen dem hohen „rechtlichen“ (§ 299 Abs. 2 ZPO) und dem niederen „jedes Interesse“ (§ 9 Abs. 1 HGB) zu setzen. Das Thema kann den Notar jederzeit über § 133a GBO konfrontieren. Er wird im Zweifel traditionell agieren und aus der Begründung des Einsichtsverlangens nicht nur über das „Ob“ der Berechtigung entscheiden, sondern auch den Umfang der Information konkretisieren. Sein Fingerspitzengefühl wird gefragt sein. Dressler (§ 133a Rdnr. 18, 20) konnte nur Böhlinger, DNotZ 2014, 16, nicht aber weitere Beiträge wie den von Mai in notar 2015, 98 würdigen. Er bezieht sich auf die Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 17/469, S. 20) und verweist auf den Ausweg, den Antragsteller ans Grundbuchamt zu verweisen, denn der Notar sei nur betreuend (§ 24 BNotO) tätig; anderenfalls droht gegen seine Verweigerung die Beschwerde (§ 15 Abs. 2 BNotO). Hier wie generell wird die weitere Rechtsentwicklung mal eine 12. Auflage erfordern. Heute freuen wir uns über eine gelungene 11.

Zusammenfassend erfordert der neue Meikel drei Voraussetzung: etwas Kaufpreis, sehr viel Zeit und mehr als eine Prise Selbstbewusstsein, um sich vor der geballten Stoffsammlung nicht zu klein zu fühlen.

Notar Dr. Heinrich Kreuzer, München

**Geimer/Schütze (Hrsg.): Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen, Erläuterungen zu der Verordnung (EU) Nr. 650/2012 – Europäische Erbrechtsverordnung 2012, Beck, 2015. 552 S.**

1. Die Europäische Erbrechtsverordnung (EuErbVO) ist seit dem 17.8.2015 anwendbar. Während der vergangenen drei Jahre seit ihrem Inkrafttreten hat sich das notarielle Schrifttum in zahlreichen Beiträgen intensiv mit der Verordnung auseinandergesetzt (vgl. etwa *Döbereiner*, MittBayNot 2013, 358 und MittBayNot 2013, 437; *Everts*, NotBZ 2014, 441 und NotBZ 2015, 3).

Die EuErbVO führt zu einem Paradigmenwechsel für die Testamentsgestaltung in grenzüberschreitenden Fällen und zu grundlegenden Veränderungen. Ihre ausdifferenzierten Anknüpfungsregeln tragen den Besonderheiten des internationalen Erbrechts in sachgerechter Weise Rechnung. Die Verordnung ist bis ins Letzte durchdacht und in ihrer Sprache und ihrem Aufbau verständlich – Dinge, die einem nicht zwangsläufig in den Sinn kommen, wenn man an Gesetzgebungsakte der Europäischen Union denkt. Dennoch zeichnen sich bereits schon jetzt diverse Detailprobleme ab, die die Praxis in den kommenden Jahren in Atem halten werden.

Erste Kommentierungen zur EuErbVO sind bereits auf dem Markt, eine von ihnen ist kürzlich im Gesamtwerk des „Internationalen Rechtsverkehrs in Zivil- und Handelssachen“ erschienen, dem von *Geimer* und *Schütze* herausgegebenen Klassiker des internationalen Privatrechts. Der erste erfreuliche Eindruck stellt sich gleich nach dem Blick auf das Autorenverzeichnis ein: Der Autorenkreis besteht ausschließlich aus Notaren und Notarassessoren – und dabei nicht irgendwelchen: Alle Kommentatoren sind ausnahmslos durch diverse Publikationen als Spezialisten auf dem Gebiet des internationalen Erbrechts ausgewiesen. Mit *Notar a. D. Kurt Lechner* ist ein besonders prominenter Mitautor an Bord. *Lechner* hat seinerzeit als zuständiger Berichterstatter im Europäischen Parlament wesentlich dazu beigetragen, dass die EuErbVO ein Glanzstück europäischer Gesetzgebung wurde. Die Kommentierung steht nicht nur für eine hohe wissenschaftliche Qualität, sondern auch für eine besondere Nähe zur kautelarjuristischen Praxis.

2. Kapitel I der EuErbVO über den Anwendungsbereich und die Begriffsbestimmungen wirft zum Teil sehr komplizierte Fragen auf, etwa im Zusammenhang mit dinglich wirkenden Vermächtnissen ausländischer Rechtsordnungen (sog. Vindikationslegaten). Nach Auffassung von *Schall* und *Simon* fallen diese nicht unter das Erbstatut, sondern unter das Sachenstatut, soweit unbewegliches Vermögen betroffen ist. Sie verweisen hierzu auf den Reserviervorbehalt in Art. 1 Abs. 1 lit. 1 EuErbVO (Art. 1 Rdnr. 76-77). Eine Auflassung wird also auch künftig bei in Deutschland belegenen Grundstücken erforderlich sein, wenn sie Gegenstand eines ausländischen Vindikationslegates sind.

Ein für die Praxis wichtiger Punkt ist die Frage, ob nationale Erbnachweise Entscheidungen im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. g EuErbVO oder öffentliche Urkunden im Sinne von Art. 59 EuErbVO sind. Die Kommentierung schließt sich mit überzeugenden Argumenten der Ansicht an, dass der nationale Erbnachweis weder eine Entscheidung noch eine öffentliche Urkunde im Sinne des EuErbVO ist (Art. 3 Rdnr. 26; siehe auch DNotf-Report 2015, 113, 115). Die deutschen Nachlassgerichte können daher weiterhin unabhängig von den Zuständigkeitsnormen der EuErbVO Erbscheine erteilen.

3. Zentrales Anknüpfungskriterium der EuErbVO ist der letzte gewöhnliche Aufenthalt. Er entscheidet nicht nur über

die internationale Zuständigkeit (Art. 4 EuErbVO), sondern auch über das anwendbare Recht (Art. 21 EuErbVO). Die Kommentierung von *Wall* arbeitet sehr präzise die Voraussetzungen des gewöhnlichen Aufenthalts heraus (Art. 4 Rdnr. 45-86). Zu Recht verweist *Wall* darauf, dass der Aufenthaltsbegriff ein subjektives Element aufweist, dabei aber nicht so streng wie das *domicile of choice* des anglo-amerikanischen Rechts auszulegen ist. Ein Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts setzt nicht den Willen des Erblassers voraus, nie mehr in den Ursprungsstaat zurückzukehren (*animus manendi et non revertendi*).

In einer Kommentierung zur EuErbVO darf natürlich ein Abschnitt zu den sog. Mallorca-Rentnern nicht fehlen (Art. 4 Rdnr. 79-80). Mit diesem geflügelten Wort ist die Frage verknüpft, wie der gewöhnliche Aufenthalt solcher Personen zu bestimmen ist, die im Alter ihren Wohnsitz teilweise oder ganz in einen anderen Staat verlegen. Dass ein Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts eine Integration des Erblassers in die Kultur des anderen Staates (Kenntnisse der Sprache und/oder familiärer Kontakte zur einheimischen Bevölkerung) voraussetzen soll (so wohl Art. 4 Rdnr. 80), kann dabei allerdings nicht so recht überzeugen. Hat ein deutscher Staatsangehöriger nur noch eine kleine Wohnung in München, in der er sich sechs Wochen im Jahr aufhält, und verbringt er den Rest des Jahres in seinem Haus in der Toskana, dürfte sein gewöhnlicher Aufenthalt in Italien liegen, zumindest dann, wenn sich dort auch sein wesentliches Vermögen befindet. Meines Erachtens steht dem nicht entgegen, dass der Erblasser nur ein paar Brocken Italienisch spricht und ausschließlich Kontakt zu in der Toskana lebenden Deutschen unterhält. Das Kriterium der kulturellen Integration ist als ergänzendes Kriterium wichtig. Primär muss es aber auf die Aufenthaltsdauer und den tatsächlichen Lebensmittelpunkt ankommen.

Einleuchtend sind die Ausführungen zu den Pflegeheimfällen: Hier verlagert sich der gewöhnliche Aufenthalt grundsätzlich nicht in den Staat der Pflegeeinrichtung (Art. 4 Rdnr. 82-86; hierzu auch *Wachter*, ZNotP 2014, 2, 4).

4. Die aus Sicht der notariellen Praxis wohl wichtigsten Fragen der EuErbVO liegen im Bereich des Erbkollisionsrechts.

a) Die Qualifikation gemeinschaftlicher Testamente ist wohl dasjenige Problem, das derzeit für die größte Unsicherheit sorgt. Die EuErbVO enthält in Art. 3 Abs. 1 lit. c eine eigene Definition des gemeinschaftlichen Testaments, wonach das gemeinschaftliche Testament ein von zwei oder mehr Personen in einer einzigen Urkunde errichtetes Testament ist (Art. 3 Abs. 1 lit. c EuErbVO). Ein Erbvertrag ist laut Art. 3 Abs. 1 lit. b EuErbVO eine „Vereinbarung, einschließlich einer Vereinbarung aufgrund gegenseitiger Testamente, die Rechte [...] am künftigen Nachlass [...] begründet“. Kann ein gemeinschaftliches Testament zugleich ein Erbvertrag sein? Diese Frage treibt derzeit die Gemüter um (vgl. *Hilbig-Lugani*, IPRax 2014, 480 ff.). *Frank* vertritt die überzeugende These, dass das gemeinschaftliche Testament unter die Erbvertragsdefinition fällt, wenn es zumindest für einen der beiden Ehegatten bindende Verfügungen enthält (Art. 24 Rdnr. 10). Diesen Standpunkt nimmt auch die Bearbeitung zu Art. 25 EuErbVO ein (*Döbereiner*, Art. 25 Rdnr. 27; siehe auch *Schall/Simon*, Art. 3 Rdnr. 13). Die Bearbeitung weist jedoch zu Recht darauf hin, dass sich die Praxis bis zu einer gerichtlichen Klärung der Frage hierauf nicht verlassen, sondern vorsichtshalber auf die Beurkundung von Erbverträgen ausweichen sollte (Art. 24 Rdnr. 11).

b) Nicht abschließend geklärt ist bislang das Verhältnis von sog. großer und kleiner Rechtswahl. Die EuErbVO gibt dem

Erblasser die Möglichkeit, das Recht seiner Staatsangehörigkeit zu wählen. Mit der großen Rechtswahl nach Art. 22 EuErbVO bestimmt er das anwendbare Erbrecht. Das auf die Zulässigkeit und materielle Wirksamkeit eines Testaments anwendbare Recht (sog. Errichtungsstatut) richtet sich gemäß Art. 24 Abs. 1 EuErbVO nach dem Recht, das anwendbar wäre, wenn der Erblasser im Zeitpunkt der Errichtung des Testaments verstorben wäre (Art. 24 Abs. 1 EuErbVO), somit also grundsätzlich nach dem Recht des gegenwärtigen gewöhnlichen Aufenthalts. Auch hinsichtlich des Errichtungsstatuts kann der Erblasser eine Rechtswahl zugunsten seiner Staatsangehörigkeit treffen (Art. 24 Abs. 2 EuErbVO, sog. kleine Rechtswahl). Wählt der Erblasser das anwendbare Erbrecht (große Rechtswahl), stellt sich die Frage, ob diese Rechtswahl auch auf das Errichtungsstatut durchschlägt. *Frank* hält dies nicht für zwangsläufig, meint aber, dass im Regelfall eine konkludente Rechtswahl vorliegt (Art. 24 Abs. 2 EuErbVO i. V. m. Art. 22 Abs. 2 EuErbVO). Nach ihrer Auffassung ist es demzufolge auch möglich, dass der Erblasser die Wahl des Rechts der Staatsangehörigkeit auf das Erbstatut beschränkt, es für das Errichtungsstatut aber beim gegenwärtigen gewöhnlichen Aufenthalt belässt (Art. 24 Rdnr. 25-26; a. A. jedoch *Heinig*, RNotZ 2014, 197, 209).

c) Sehr umfangreich und detailliert ist die vorzügliche Kommentierung von *Döbereiner* zu Art. 25 EuErbVO. Art. 25 EuErbVO regelt die Zulässigkeit, materielle Wirksamkeit und Bindungswirkung von Erbverträgen. Erbverträge sind nach dem Recht vieler Staaten unzulässig (vgl. die hilfreiche Übersicht bei Art. 25 Rdnr. 7). Die Qualifikation dieses Verbots bereitet Schwierigkeiten. Nach Ansicht von *Döbereiner* soll es darauf ankommen, welchen Zweck das Erbvertragsverbot nach dem jeweiligen Sachrecht erfüllt. Dient es dazu, die Beweisbarkeit letztwilliger Verfügungen zu gewährleisten, soll es als Formfrage einzuordnen sein (Art. 27 EuErbVO); dient es hingegen der Absicherung der Testierfreiheit, soll es sich um ein materiellrechtliches Verbot handeln, das unter das Erbvertragsstatut fällt (Art. 25 Rdnr. 39 f.).

Auch Erb- und Pflichtteilsverzichtverträge sind Erbverträge; sie fallen unter Art. 25 EuErbVO (Art. 25 Rdnr. 65). Ob ein Verzichtvertrag den Nachlass nur eines Erblassers betrifft (Art. 25 Abs. 1 EuErbVO) oder den Nachlass mehrerer Erblasser (Art. 25 Abs. 2 EuErbVO), ist mitunter schwierig zu ermitteln (Art. 25 Rdnr. 68 f.). Nach Auffassung von *Döbereiner* richtet sich die Verzichtswirkung nach dem Erbstatut. Dies soll dazu führen können, dass der Verzichtvertrag nachträglich ins Leere geht, wenn das nach einem Aufenthaltswechsel maßgebliche Erbstatut den Verzicht nicht kennt (Art. 25 Rdnr. 77; so auch *Odersky*, notar 2014, 139 ff.). Diese Ansicht ist mittlerweile stark umstritten (ablehnend *Everts*, NotBZ 2015, 3, 4; *Hertel* in Würzburger Notarhandbuch, 4. Aufl. 2015, Teil 7 Kap. 3 Rdnr. 142; *Weber*, ZEV 2015, 503, 506).

5. Mit großem Gewinn liest man die Kommentierung zum Europäischen Nachlasszeugnis von *Dorsel*. Nach seiner Ansicht kommt nur der beglaubigten Abschrift des Zeugnisses Gutgläubenswirkung gemäß Art. 69 Abs. 2 EuErbVO zu. Sind die Wirkungen des Zeugnisses ausgesetzt (Art. 73 EuErbVO), soll der Gutgläubenschutz entfallen (Art. 69 Rdnr. 41). Muss das Europäische Nachlasszeugnis verlängert werden, weil es abgelaufen ist (Art. 70 Abs. 3 Satz 3 EuErbVO), braucht der Erbe keinen vollständigen neuen Antrag zu stellen, wenn sich die tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse nicht geändert haben (Art. 70 Rdnr. 10 f.). Dass sich diese Auffassung durchsetzt, ist aus Sicht der Praxis zu hoffen.

6. Fazit: Die Kommentierung der EuErbVO im *Geimer/Schütze* ist von allererster Güte. Wer sich wissenschaftlich für das internationale Erbrecht interessiert, wird seine Freude an ihr haben. Aber auch demjenigen, der den Kommentar zur Hand nehmen will, um sich kurz über den Meinungsstand zu einer bestimmten Frage zu informieren, wird das Werk ein guter Ratgeber und Begleiter in der Praxis sein.

Notarassessor Dr. *Johannes Weber*, LL.M. (Cambridge),  
Würzburg

### **Nieder/Kössinger: Handbuch der Testamentgestaltung – Grundlagen und Gestaltungsmittel für Verfügungen von Todes wegen und vorbereitende Erbfolgebmaßnahmen. 5. Aufl., Beck, 2015. 1114 S., 119 €**

Welchen Nutzen kann die Besprechung eines Handbuchs wie des zur Testamentgestaltung von *Nieder/Kössinger* haben, dessen Vorzüge bereits häufig gepriesen wurden (wie die Auflistung der Rezensionen auf der Homepage des Beck-Verlags eindrucksvoll belegt), und das sich ohnehin bereits in der Bibliothek der meisten Notare findet? Jedenfalls bedarf es einer Rezension nicht zu dem Zweck, dem Fachpublikum Aufbau und Inhalt des Werks vorzustellen. Stattdessen gilt es zunächst darauf aufmerksam zu machen, dass nur vier Jahre nach dem Erscheinen der 4. Auflage eine Neuauflage herausgebracht wurde. Wer nicht bereits aufgrund dieser Information eine entsprechende Buchbestellung aufgibt, interessiert sich vermutlich dafür, ob sich die Anschaffung der Neuauflage lohnt. Dies ist, so viel sei vorweggenommen, angesichts der Vielzahl an Aktualisierungen uneingeschränkt zu bejahen.

Eine Änderung gibt es gegenüber der Voraufgabe zunächst in der Autorenschaft, insofern als der (zwischenzeitlich verstor-

bene) Begründer des Handbuchs *Dr. Heinrich Nieder* erstmals nicht an der Neubearbeitung beteiligt war. Obwohl damit nunmehr allein die Brüder *Dres. Reinhard* und *Winfried Kössinger*, die bereits seit der 3. Auflage an dem Handbuch beteiligt sind, für das Werk verantwortlich zeichnen, scheint gerade in Bereichen, in denen die Rechtsentwicklung eher wenige Neuerungen gebracht hat, noch die Handschrift des einstigen Alleinautors deutlich durch. Zu Recht wird daher auf die (Mit-)Urheberschaft *Nieders* in den Fußzeilen der §§ 2 bis 4 hingewiesen.

In vielen Abschnitten galt es jedoch, umfangreiche Rechtsänderungen einzuarbeiten. Am stärksten hiervon betroffen ist das Kapitel zu den Grundzügen des Internationalen Erbrechts (§ 5), das im Hinblick auf die EU-Erbrechtsverordnung grundlegend neu bearbeitet wurde. Entsprechend den Bedürfnissen der Zielgruppe, wird dabei ein Schwerpunkt auf die kautelarjuristisch bedeutsame Frage der Rechtswahl nach Art. 22 EU-ErbVO gelegt (§ 5 Rdnr. 20 ff.). Wie auch in anderen Kapiteln finden sich zahlreiche hilfreiche Empfehlungen für den Rechtsgestalter. Bedenkenswert erscheint beispielsweise der Hinweis, dass in letztwilligen Verfügungen, in denen (etwa aus Kostengründen) keine Rechtswahl aufgenommen wurde, der Weg zu einer konkludenten Rechtswahl

nicht durch eine diesbezügliche negative Äußerung („Eine Rechtswahl wird nicht gewünscht.“) versperrt werden sollte (§ 5 Rdnr. 31).

Das Internationale Erbrechtsverfahrensgesetz (IntErbRVG) sowie die weiteren damit zusammenhängenden Rechtsänderungen konnten indes nur auf der Grundlage des Regierungsentwurfs berücksichtigt werden. In der letztlich verkündeten Gesetzesfassung vom 29.6.2015 (BGBl I, S. 1042 ff.) hat sich die von *W. Kössinger* geäußerte Hoffnung (§ 5 Rdnr. 30) erfüllt, dass gesetzlich klargestellt wird, dass eine Rechtswahl erbvertraglich bindend getroffen werden kann (so nun ausdrücklich § 2278 Abs. 2, § 2270 Abs. 3 BGB). Durch die Rechtsentwicklung ein Stückweit überholt sind die Ausführungen zur internationalen Zuständigkeit in Erbsachen (§ 5 Rdnr. 36). So kann ein Erbschein (weiterhin) auch dann im Inland beantragt werden, wenn der Erblasser seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt zwar im räumlichen Anwendungsbereich der EU-ErbVO, aber nicht in Deutschland hatte (§§ 105, 343 FamFG). Damit wird zwar die theoretische Gefahr einander widersprechender Erbnachweise begründet, im Inland ansässigen Erben zugleich aber die Beantragung eines Erbnachweises erleichtert.

Auch jenseits des Internationalen Erbrechts galt es zahlreiche Neuerungen einzuarbeiten, auf die hier nicht umfassend eingegangen werden kann. Zu zahlreich sind die berücksichtigten Gesetzesänderungen und Gerichtsentscheidungen. Besonders erwähnt sei jedoch, dass sich in der Neuauflage erstmals ein kurzer Passus zum digitalen Nachlass findet (§ 1 Rdnr. 100). An den wenigen Zeilen zu diesem Thema lässt sich exemplarisch illustrieren, warum sich das hier rezensierte Handbuch zu Recht so großer Beliebtheit bei Erbrechtspraktikern erfreut: die tatsächliche und rechtliche Problematik wird dargestellt, ohne dass sich der Verfasser im Dickicht dogmatischer Streitigkeiten verliert. Darüber hinaus wird im Anschluss an die prägnante Darstellung eine praxisorientierte Empfehlung ausgesprochen. Zugleich wird dem interessierten Leser die Möglichkeit gegeben, sich anhand der in den

Fußnoten angegebenen Literaturstellen im Bedarfsfall eingehender mit der Thematik zu befassen. Damit erfüllt das Handbuch in vorbildlicher Weise die Bedürfnisse seiner Leserschaft.

Optimiert werden könnte in künftigen Auflagen indes die Auffindbarkeit einschlägiger Ausführungen. Obwohl das Inhaltsverzeichnis bereits sehr umfangreich ist und sich auch im laufenden Text häufig Querverweise finden, ist hier nach wie vor (siehe auch bereits *Odersky*, MittBayNot 2012, 204) Verbesserungspotential vorhanden. Exemplarisch sei darauf verwiesen, dass die Bedeutung der Gütergemeinschaft für die Erbrechtsgestaltung zwar an drei Stellen vertieft behandelt wird (§ 1 Rdnr. 58 ff.; § 14 Rdnr. 146 ff.; § 21 Rdnr. 139 ff.), diese Fundstellen aber für den Leser, der erstmals zu dem Werk greift, nicht auf Anhieb zu finden sind. Leichter fällt dies möglicherweise bei einer digitalen Recherchemöglichkeit. Hierzu ist jedoch zu bemerken, dass das Handbuch von *Nieder/Kössinger* bedauerlicherweise nicht Bestandteil des beck-online-Moduls Notarrecht PLUS (wohl aber des Moduls Erbrecht PLUS) ist.

Jedenfalls sollte sich jeder Notar die Möglichkeit verschaffen, schnell auf dieses Handbuch zugreifen zu können. Typischerweise dürfte es als Nachschlagewerk verwendet werden, aber angesichts der guten Lesbarkeit kann es trotz seines Umfangs durchaus auch von „vorne bis hinten“ durchgearbeitet werden. Wer diesen Aufwand scheut, dem sei zumindest der Abschnitt zu den „Regelungstypen im Privatbereich“ (§ 21) zur Lektüre ans Herz gelegt. Dort hat *R. Kössinger* das für den Alltag des Erbrechtsberaters Unerlässliche auf gut 70 Seiten zusammengefasst. Jedenfalls ist die Anschaffung der Neuauflage für jeden Pflicht, der im Erbrecht kompetent und auf aktueller Grundlage beraten möchte – ein Anspruch, den jeder Notar an sich stellen sollte.

Notarassessor Dr. Dipl.-Psych. *Michael Bernauer*, LL.M.,  
München

### **Spiegelberger/Schallmoser: Die Immobilie im Zivil- und Steuerrecht, 2. Aufl., Dr. Otto Schmitt, 2015. 936 S. + CD-ROM, 139 €**

Nach wenigen Jahren ist nunmehr unter der Führung von Notar Dr. *Sebastian Spiegelberger* die 2. Auflage der Immobilie im Zivil- und Steuerrecht erschienen. Das Autorenteam hat eine wesentliche Verstärkung und Ausweitung erfahren dürfen. An die Stelle des zwischenzeitlich aus dem BFH ausgeschiedenen ehemaligen BFH-Präsidenten (*Spindler*) ist BFH-Richter *Ulrich Schallmoser* getreten und vertritt insoweit prominent den IX. Senat des BFH, der zentrale Aspekte der Immobilienbesteuerung zu entscheiden hat. Daneben wurden einerseits mehrere Notare (Dr. *Stefan Gottwald*, Dr. *Ottmar Fleischer*, Dr. *Martin Leiß*, Dr. *Manfred Rapp* und *Lucas Wartenburger*) sowie Wirtschaftsprüfer, Steuerberater und Dipl. Wirtschaftsjuristen (Prof. Dr. *Thomas Küffner*, *Klaus Koch* und *Andreas Fitz*) in den Autorenkreis aufgenommen. Diese Erweiterungen des Autorenkreises hat zu einer Erweiterung und Vertiefung des Werkes wesentlich beigetragen. Mit der 2. Auflage muss ein Buch die Schwächen einer Erstauflage ablegen und Reife gewinnen – dies ist dem *Spiegelberger/*

*Schallmoser* hervorragend gelungen. Stärken des Buches wurden ausgebaut, Schwächen beseitigt.

*Gottwald* ist ausgewiesener Grunderwerbsteuerexperte und hat daher völlig zu Recht den Grunderwerbsteuerrechtlichen Teil des Buches ab Seite 185 grundlegend überarbeitet und aktualisiert. *Küffner* und *Fitz* sind ausgewiesene Experten der Umsatzsteuer, die den umsatzsteuerlichen Teil des Manuskriptes nicht nur überarbeitet, sondern vollständig neu verfasst haben. Das Werk gewinnt hierdurch wesentlich. Insgesamt kann der Leser erfreulicherweise feststellen, dass das Werk in der 2. Auflage wesentlich gereift ist und die einzelnen Teile des Werkes von Vertragsgestaltung und Steuergestaltung wesentlich besser miteinander verzahnt sind und ineinandergreifen.

Der Umfang des Werkes hat zu Recht zugenommen. Ein Handbuch, das die praxisbezogenen Aspekte von Immobiliengestaltungen in Zivil- und Steuerrecht behandelnd will, benötigt für eine fundierte Darstellung der Thematik einfach Raum. Anderenfalls besteht die Gefahr, dass das Werk sich in Oberflächlichkeiten und Allgemeinplätzen ergeht. Trotz des Ansatzes einer umfassenden Darstellung der zivilrechtlichen

und steuerrechtlichen Aspekte von Immobiliengestaltungen, sind die Autoren und Herausgeber dieser Versuchung nicht erlegen, sondern haben gewichtet nach praktischer Relevanz die Materie mit großem Tiefgang und Detailtreue so aufbereitet, wie es für die praktische Anwendung erforderlich ist.

Durch Rechtsanwalt und Steuerberater *Klaus Koch* wurde entsprechend den praktischen Erfordernissen ein vollständig neues Kapitel 10 zur Behandlung der Photovoltaik-Anlage im Zivil- und Steuerrecht aufgenommen. Allein dieses Kapitel rechtfertigt die Anschaffung des in 2. Auflage erschienenen Handbuchs. Darüber hinaus finden sich fundierte Ausführungen zum Wohnungs- und Teileigentum aus der berufenen Feder von *Rapp*, Erläuterungen zum Bauträgerkaufvertrag von dem ausgewiesenen Praktiker *Leiß* und eingehende Kommentierungen zum Erbbaurecht, Dauerwohn- und Dauernutzungsrecht sowie zu grundstücksverwaltenden Personengesellschaften mit Privatvermögen und gewerblicher Prägung sowie Nießbrauchsgestaltungen, Erläuterungen zum gewerblichen Grundstückshandel und zu § 23 EStG sowie Miet- und Pachtverträgen.

Voller „Wehmut und Herzschmerz“ bin ich selbst von der 1. zur 2. Auflage aus dem Kreis der Autoren dieses Buches ausgeschieden. Erfreulich ist es festzustellen, dass das Werk mit

der personellen Erweiterung erheblich gewonnen und sich uneingeschränkt positiv entwickelt hat. Bei nüchterner Betrachtung bestätigt diese Erkenntnis aber die Richtigkeit der Entscheidung für das Werk, da die Verbreiterung der personellen Basis und die Hinzuziehung weiterer Kenner und Spezialisten der Materie die Qualität der Beiträge für die Leser verbessert und den Gesamtwert des Werks deutlich gesteigert hat. Wirkte das Werk in der 1. Auflage noch an manchen Stellen „skriptartig“, so hat es diese Schwäche vollständig abgelegt. In der 2. Auflage hat das Werk sich das Prädikat „Handbuch“ redlich verdient.

Kurz zusammengefasst lässt das neu erschienene Handbuch zur Immobilie im Zivil- und Steuerrecht keinen Wunsch offen, sondern beantwortet alle praxisrelevanten Fragen in der gebotenen Kürze und dem erforderlichen Tiefgang. Der Praxis kann der *Spiegelberger/Schallmoser* in der 2. Auflage nun erst recht und mit bestem Gewissen zur Anschaffung empfohlen werden. Wer die 1. Auflage bereits kannte und schätzte, möchte auf die 2. Auflage sowieso nicht verzichten! Wer die 1. Auflage noch nicht kannte, sollte jetzt zugreifen – sonst verpasst er einiges!

Notar Dr. *Eckhard Wälzholz*, Füssen

## RECHTSPRECHUNG

### Bürgerliches Recht

1. WEG § 16 Abs. 3, § 25 Abs. 2 (*Abdingbarkeit des Kopfprinzips*)

**1. Bei der wohnungseigentumsrechtlichen Beschlussmängelklage kann die Revisionszulassung auf einzelne Beschlussmängelgründe beschränkt werden.**

**2. Das Kopfstimmprinzip nach § 25 Abs. 2 WEG ist auch im Sachbereich des § 16 Abs. 3 WEG abdingbar.**

BGH, Urteil vom 10.7.2015, V ZR 198/14

Die Parteien bilden eine Wohnungseigentümergeinschaft. Der Kläger ist Eigentümer der im 2. Obergeschoss gelegenen Eigentumswohnung mit einem Miteigentumsanteil von 223/1000. Den Beklagten gehört sowohl die im 1. Obergeschoss (Miteigentumsanteil von 267/1000) als auch die im Erdgeschoss und im Souterrain befindliche Wohnung (Miteigentumsanteil von 510/1000). Nach § 9 Nr. 1 der Teilungserklärung (TE) werden die Kosten und Lasten der Gemeinschaft nach Miteigentumsanteilen aufgeteilt. Beschlussfähig ist die Versammlung, wenn zwei der drei Wohnungseigentümer anwesend oder durch den Verwalter oder eine Person ihres Vertrauens mit schriftlicher Vollmacht vertreten sind; jede Wohnungseinheit gewährt eine Stimme (§ 11 Nr. 4 TE).

Auf der Eigentümerversammlung vom 22.4.2013 war der Kläger persönlich zugegen. Die Beklagten ließen sich von dem Verwalter vertreten. Auf der Tagesordnung stand u. a. die Beschlussfassung über die Tagesordnungspunkte (TOP) 3 bis 5, wonach die Umlegung der Kosten für die Treppenhausreinigung, die Müllabfuhr und „Wasser allgemein“ nunmehr nach Wohneinheiten vorgeschlagen worden war. Die Änderung des Kostenverteilungsschlüssels wurde mit jeweils zwei für die Beklagten abgegebenen Stimmen gegen die Stimme des Klägers „genehmigt“.

Gegen diese Änderung wendet sich der Kläger mit der Beschlussmängelklage, mit der er innerhalb der zweimonatigen Begründungsfrist nach § 46 Abs. 1 Satz 2 WEG eingewandt hat, eine Mehrheit für die Annahme der Beschlüsse sei nicht zustande gekommen, weil den Beklagten nach § 25 Abs. 2 WEG zwingend nur eine Stimme zugestanden habe. Erst mit Schriftsatz vom 25.6.2013 hat er geltend gemacht, die Beschlüsse seien unbestimmt, weil unklar bleibe, ab welchem Zeitpunkt die Änderung gelten soll. Davon abgesehen entspreche die Änderung nicht billigem Ermessen.

Die Klage ist in beiden Vorinstanzen erfolglos geblieben. Das LG hat die Revision beschränkt auf die Frage zugelassen, ob der Begriff „Stimmenmehrheit“ in § 16 Abs. 3 WEG zwingend im Sinne des Stimmrechts gemäß § 25 Abs. 2 WEG (Kopfstimmrecht) auszulegen sei. Mit der Revision verfolgt der Kläger seine Anträge weiter. Die Beklagten beantragen die Zurückweisung des Rechtsmittels.

*Aus den Gründen:*

I.

Das Berufungsgericht meint, Beschlussmängel griffen nicht durch. Die nach § 16 Abs. 3 WEG erforderliche einfache Stimmenmehrheit sei erreicht worden. Stimmenmehrheit bedeute nicht zwingend eine Mehrheit nach Kopfteilen im Sinne der abdingbaren Regelung des § 25 Abs. 2 WEG. Mit den erst mit Schriftsatz vom 25.6.2013 geltend gemachten Anfechtungsgründen sei der Kläger nach § 46 Abs. 1 Satz 2 WEG ausgeschlossen.

(...)

III.

In der Sache bleibt der Revision jedoch der Erfolg versagt. Das Berufungsgericht geht zutreffend davon aus, dass der

Verwalter eine Stimmenmehrheit mit Recht angenommen hat. Das nach § 25 Abs. 2 Satz 1, Abs. 2 WEG angeordnete Kopfprinzip ist durch die in § 11 Nr. 4 TE angeordnete Geltung des Objektprinzips wirksam abbedungen worden.

1. Allerdings ist umstritten, ob die grundsätzlich gemäß § 10 Abs. 2 Satz 2 WEG gegebene Abdingbarkeit des Kopfprinzips (Senat, Urteil vom 28.10.2011, V ZR 253/10, BGHZ 191, 245 Rdnr. 4 u. 8; Beschluss vom 19.9.2002, V ZB 30/02, BGHZ 152, 46, 53; BayOblLG, ZMR 2001, 366, 368; *Bärmann/Merle*, WEG, 12. Aufl., § 25 Rdnr. 30 m. w. N.) auch im Sachbereich des § 16 Abs. 3 WEG Geltung beansprucht. Während dies überwiegend angenommen wird (so etwa *Jennißen*, WEG, 4. Aufl., § 16 Rdnr. 36; *Rieckel/Schmid/Elzer/Abramenko*, WEG, 4. Aufl., § 16 Rdnr. 77; *Hügell/Elzer*, NZM 2009, 457, 463; *Palandt/Bassenge*, 74. Aufl., § 16 WEG Rdnr. 12; NK-BGB/*Schultzky*, 3. Aufl., § 16 Rdnr. 17; *Derleder*, ZWE 2008, 253, 256; *Greiner*, ZWE 2011, 118, 120; vgl. auch *Sauren*, WEG, 6. Aufl., § 16 Rdnr. 25a; im Grundsatz auch *Lehmann-Richter*, ZWE 2012, 77, 79), entnimmt die Gegenauffassung der Vorschrift – teils im Zusammenspiel mit § 16 Abs. 5 WEG – eine zwingende Festschreibung des Kopfprinzips (so etwa *Bärmann/Becker*, WEG, 12. Aufl., § 16 Rdnr. 113 u. 149; *Bärmann/Merle*, a. a. O.; *Timme/Bonifacio*, WEG, 2. Aufl., § 16 Rdnr. 234; *Häublein*, ZfIR 2012, 249, 250).

2. Der Senat hat zu der Kontroverse bislang nicht Stellung bezogen (vgl. Urteil vom 28.10.2011, V ZR 253/10, BGHZ 191, 245 Rdnr. 11). Für die rechtsähnliche Problematik bei § 26 WEG hat er allerdings die Abdingbarkeit des Kopfprinzips durch das Objekt- oder Wertprinzip bereits bejaht (Urteil vom 28.10.2011, V ZR 253/10, a. a. O., Rdnr. 7 ff.; Beschluss vom 19.9.2002, V ZB 30/02, BGHZ 152, 46, 53 f.). Nichts anderes gilt für die Änderung von Kostenverteilungsschlüsseln nach § 16 Abs. 3 WEG.

a) Schon ihrem sprachlichen Sinngehalt nach („durch Stimmenmehrheit“) ordnet die Norm lediglich die Geltung des Mehrheitsprinzips an; nicht aber erstreckt sich der Regelungsgehalt auf die Kriterien, nach denen die Mehrheit zu bestimmen ist (Kopf-, Objekt-, Anteilsprinzip etc.). Die Frage der Stimmkraft beantwortet das Gesetz an anderer Stelle, nämlich mit der dispositiven Bestimmung des § 25 Abs. 2 WEG. Zwingende Vorgaben zur Stimmkraft pflegt das Gesetz – wie ein systematischer Seitenblick auf die Regelungen des § 16 Abs. 4 und des § 22 Abs. 2 WEG ohne Weiteres erhellt – eigens hervorzuheben. Dementsprechend ist den Gesetzesmaterialien kein Hinweis darauf zu entnehmen, dass mit der Bestimmung des § 16 Abs. 3 WEG auch eine Regelung der Stimmkraft habe getroffen werden sollen (Senat, Urteil vom 28.10.2011, V ZR 253/10, BGHZ 191, 245 Rdnr. 10 a.E. unter Bezugnahme auf BT-Drucks. 16/887, S. 22, 25 u. 32; andere Ansicht *Bärmann/Becker*, a. a. O., § 16 Rdnr. 113, der die in den Materialien als unabdingbar bezeichnete „Mehrheitsmacht“ mit dem Kopfstimmprinzip gleichsetzt; dagegen zutreffend *Greiner*, ZWE 2011, 118, 120).

b) Die Erwägung der Gegenauffassung, nur durch eine strikte Geltung des Kopfprinzips könne der Gefahr der Majorisierung wirksam begegnet werden, trägt schon deshalb nicht, weil dieser Einwand nicht nur den Sachbereich des § 16 Abs. 3 WEG betrifft, sondern sich – jedenfalls bei folgerichtiger Entfaltung des Arguments – gegen jedwede Mehrheitsentscheidung richtet, die nach dem Objekt- oder Anteilsprinzip getroffen wird und damit konsequenterweise die Abdingbar-

keit des § 25 Abs. 2 WEG insgesamt in Frage stellt. Das aber erscheint schon deshalb nicht akzeptabel, weil damit ohne Not der privatautonome Gestaltungsspielraum der Wohnungseigentümer – das Wohnungseigentumsrecht lässt diesen und dem teilenden Eigentümer bei der Ordnung des Gemeinschaftsverhältnisses weitgehend freie Hand (vgl. nur Senat, Urteil vom 16.11.2012, V ZR 9/12, Rdnr. 9; Urteil vom 13.10.2006, V ZR 289/05, NJW 2007, 213 Rdnr. 14 m. w. N.) – ohne zureichenden Grund beschnitten würde. Das gilt umso mehr, als dem Kopfprinzip gegenüber anderen Kriterien der Stimmkraft keineswegs ein überragender Gerechtigkeitsgehalt beigemessen werden kann (*Derleder*, ZWE 2008, 253, 256; vgl. auch Senat, Urteil vom 28.10.2011, V ZR 253/10, BGHZ 191, 245 Rdnr. 12). Im Übrigen bietet die Beschlussmängelklage einen ausreichenden Schutz gegen majorisierende Beschlüsse (Senat, Urteil vom 28.10.2011, V ZR 253/10, BGHZ 191, 245 Rdnr. 12; Beschluss vom 19.9.2002, V ZB 30/02, BGHZ 152, 46, 53 u. 61 f.), die insbesondere unter dem Blickwinkel der Willkür, des Rechtsmissbrauchs oder einer unbilligen Benachteiligung Einzelner (Senat, Urteil vom 16.9.2011, V ZR 3/11, NJW-RR 2011, 1646 Rdnr. 8 u. 13) ordnungsmäßiger Verwaltung (§ 16 Abs. 3 WEG) widersprechen.

c) Aus § 16 Abs. 5 WEG, wonach die Befugnisse im Sinne der Absätze 3 und 4 durch Vereinbarung der Wohnungseigentümer weder eingeschränkt noch ausgeschlossen werden können, ergibt sich schon deshalb nichts anderes, weil § 16 Abs. 3 WEG – wie bereits dargelegt – keine Regelung zur Stimmkraft enthält (ebenso zu der vergleichbaren Problematik bei § 26 Abs. 1 Satz 5 WEG Senat, Urteil vom 28.10.2011, V ZR 253/10, a. a. O., Rdnr. 8).

2. WEG § 21 Abs. 5 Nr. 4 (*Beschlusskompetenz zur Bildung getrennter Instandhaltungsrücklagen in Mehrhausanlage*)

**Es ist zulässig, für Mehrhausanlagen in der Gemeinschaftsordnung buchungstechnisch getrennte Rücklagen zu bilden, deren Verwendungszweck jeweils die Instandhaltung der einzelnen Gebäude ist.**

BGH, Urteil vom 17.4.2015, V ZR 12/14

#### Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung ist abgedruckt in NJW-RR 2015, 847, sowie abrufbar unter BeckRS 2015, 09899.

3. BGB § 438 Abs. 1 Nr. 1 lit. b (*30-jährige Verjährung für Altansprüche an Grundstücken wegen Rechtsmängeln*)

1. **Ansprüche nach §§ 440, 326 BGB a. F. wegen Rechtsmängeln der verkauften Sache verjähren nach dem 1.1.2002 gemäß § 438 Abs. 1 und 2 BGB.**
2. **Die Verjährungsfrist von 30 Jahren gemäß § 438 Abs. 1 Nr. 1 lit. b BGB gilt entsprechend, wenn der Rechtsmangel in einem sonstigen dinglichen Recht besteht, das ohne Eintragung in das Grundbuch entstanden und (vorübergehend) gegen einen gutgläubig lastenfreien Erwerb geschützt ist.**

BGH, Urteil vom 27.2.2015, V ZR 133/14

Mit notariellem Vertrag vom 28.4.1997 kaufte die Klägerin von der Beklagten mehrere mit Wohnhäusern bebaute Grundstücke in Thü-

ringen. Nach dem Vertrag „haftet [der Verkäufer] für ungehinderten Besitz- und Eigentumsübergang sowie für Freiheit von allen Lasten und Beschränkungen, soweit diese in [dem Vertrag] nicht ausdrücklich vom Käufer übernommen wurden“, nicht jedoch „für das Nichtbestehen altrechtlicher Dienstbarkeiten“. Besitz, Nutzungen und Lasten gingen im Jahr 1997 auf die Klägerin über. Am 5.12.2011 erhielt die Klägerin von dem Grundbuchamt eine Eintragungsnachricht, der zufolge in die Grundbücher der erworbenen Grundstücke ein Abwasserleitungsrecht nebst Schutzstreifen in Form einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit zugunsten des örtlichen Zweckverbands für Wasserversorgung und Abwasserbehandlung nach § 9 GBBerG eingetragen worden sei. Die Klägerin forderte die Beklagte vergeblich zur Abtretung der Entschädigungsansprüche nach § 9 Abs. 3 GBBerG auf und verlangt von ihr mit der am 4.3.2013 eingegangenen Klage die Abtretung der Entschädigungsansprüche und Ersatz vorgerichtlicher Kosten sowie hilfsweise Auskunft über die Höhe der erhaltenen Ausgleichszahlung und Schadensersatz.

Die Klage ist in den Vorinstanzen ohne Erfolg geblieben. Mit der von dem LG zugelassenen Revision strebt die Klägerin weiterhin die Verurteilung der Beklagten an. Diese beantragt, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

*Aus den Gründen:*

(...)

## II.

1. Nach den im Revisionsverfahren zugrunde zu legenden Feststellungen kann die Klägerin zwar weder Abtretung des Entschädigungsanspruchs gemäß § 9 Abs. 3 GBBerG noch Auskunft über etwaige Zahlungen des Zweckverbands auf diesen Anspruch, wohl aber Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen.

a) Der Schadensersatzanspruch der Klägerin ergibt sich aus § 440 Abs. 1, § 326 BGB a. F. Die Klägerin hat die Grundstücke nach dem Vertrag lastenfrei erworben. Sie waren aber mit dem aufgrund von § 9 Abs. 1 und § 9 GBBerG, § 1 SachenR-DV kraft Gesetzes entstandenen Abwasserleitungsrecht des Zweckverbands belastet. Eine solche Belastung ist ein Rechtsmangel (vgl. BGH, Urteil vom 19.11.1999, V ZR 321/98, NJW 2000, 803 f.). Den dadurch entstandenen Schaden hat die Beklagte der Klägerin zu ersetzen.

b) Die Beklagte ist aber nicht verpflichtet, der Klägerin den Entschädigungsanspruch nach § 9 Abs. 3 GBBerG abzutreten.

aa) Sie ist allerdings Inhaberin dieses Anspruchs. Dieser steht nach § 9 Abs. 3 Satz 1 GBBerG dem Eigentümer des belasteten Grundstücks zu. Das ist derjenige, dem das Grundstück bei Entstehen der Dienstbarkeit gehört (dazu 4. Senat, Urteil vom 7.11.2014, V ZR 250/13, ZfIR 2015, 107 Rdnr. 9 ff.). Entstanden ist das Abwasserleitungsrecht des Zweckverbands am 11.1.1995 (vgl. § 9 Abs. 1 und § 9 GBBerG, §§ 1, 14 SachenR-DV). Eigentümerin war seinerzeit die Beklagte.

bb) Der Anspruch muss jedoch nicht an die Klägerin abgetreten werden.

(1) Eine Verpflichtung zur Abtretung des Anspruchs nach § 9 Abs. 3 GBBerG kann sich im Wege der ergänzenden Auslegung des Kaufvertrags oder seiner Anpassung infolge Wegfalls der Geschäftsgrundlage nach § 313 Abs. 1 und 2 BGB ergeben (Senat, Urteil vom 7.11.2014, V ZR 250/13, ZfIR 2015, 107 Rdnr. 18). Das setzt indes voraus, dass der Vertrag ohne eine solche Abtretung lückenhaft wäre. Daran fehlt es, wenn dem Käufer – wie hier – wegen der Dienstbarkeiten ohnehin vertragliche Ansprüche zustehen.

(2) Aus § 281 BGB a. F. lässt sich, was die Beklagte zu Recht einwendet, ein Abtretungsanspruch ebenfalls nicht ableiten. Diese Vorschrift ist nicht anwendbar, wenn – wie hier – ein Rechtsmangel bei Abschluss des Kaufvertrags besteht

und es nicht gelingt, ihn im Rahmen der Erfüllung des Vertrags zu beheben (Senat, Urteil vom 13.2.2004, V ZR 225/03, NJW 2004, 1873, 1874).

(3) Auch der Schadensersatzanspruch scheidet als Grundlage eines Anspruchs auf Abtretung des Entschädigungsanspruchs aus. Der Schaden, den die Beklagte der Klägerin zu ersetzen hat, besteht in der Belastung der gekauften Grundstücke mit dem Abwasserleitungsrecht, nicht in der Vorenthaltung des Entschädigungsanspruchs. Daran ändert es nichts, dass der Entschädigungsanspruch gemäß § 9 Abs. 3 GBBerG nach der Beeinträchtigung des Grundstücks zu bemessen ist. Diese Übereinstimmung in der Berechnung führt nicht dazu, dass der eingetretene Schaden durch die Abtretung des Anspruchs nach § 249 BGB in Natur ausgeglichen werden könnte. Das zeigt sich beispielsweise darin, dass die Fälligkeit des Entschädigungsanspruchs nach § 9 Abs. 3 Satz 3 GBBerG weit hinausgeschoben war, was bei der Berechnung des durch die Belastung der Grundstücke mit dem Leitungsrecht entstandenen Schadens nicht zu berücksichtigen ist.

c) Aus den vorgenannten Gründen kann die Klägerin von der Beklagten auch nicht Auskunft über die auf den Entschädigungsanspruch geleisteten Zahlungen verlangen. Diese Zahlungen können zwar – wegen der Ausrichtung der Entschädigung an der Beeinträchtigung des Eigentums – tatsächliche Anhaltspunkte dafür geben, wie der Schaden zu berechnen ist, der der Klägerin entstanden ist. Für die Berechnung des Schadens kommt es aber nicht darauf an, was der Zweckverband der Beklagten aufgrund von § 9 GBBerG gezahlt, sondern darauf, welche Einbuße die Klägerin durch die Dienstbarkeiten erlitten hat. Diese bestimmt sich nach dem Umfang des entstandenen Rechts, nicht nach einer hierüber etwa erteilten Anlagen- und Leitungsbescheinigung gemäß § 7 SachenR-DV (BGH, Urteil vom 9.5.2014, V ZR 176/13, NJW 2014, 2959 Rdnr. 8).

2. Anders als das Berufungsgericht meint, ist der Anspruch der Klägerin auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nicht verjährt.

a) Der Anspruch verjährt in einer Frist von 30 Jahren.

aa) Er unterlag bis zum Ablauf des 31.12.2001 der regelmäßigen Verjährungsfrist nach § 195 BGB a. F. von seinerzeit 30 Jahren. Seit dem 1.1.2002 verjährt er gemäß Art. 229 § 6 Abs. 1 Satz 1 EGBGB in der Frist, welche das geltende Recht für Ansprüche vorsieht, die inhaltlich dem altrechtlichen Anspruch entsprechen. Das ist weder die regelmäßige noch die Verjährungsfrist des § 196 BGB für Ansprüche auf Verschaffung oder Aufhebung dinglicher Rechte an einem Grundstück und auf die Gegenleistung, sondern die in § 438 Abs. 1 BGB bestimmte Verjährungsfrist für die Mängelansprüche nach § 437 Nr. 1 und 3 BGB. Die Vorschrift des § 440 Abs. 1 BGB a. F. regelt, soweit hier von Interesse, die Haftung des Verkäufers auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung aufgrund von Rechtsmängeln. Solche Ansprüche unterliegen nach geltendem Recht weder der für den ursprünglichen Erfüllungsanspruch vorgesehenen Verjährungsfrist gemäß § 196 BGB noch der Verjährungsfrist, die für den dem Schadensersatz wegen Nichterfüllung entsprechenden Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung gemäß § 280 Abs. 1 und 3, § 281 BGB gilt (je nach Gegenstand §§ 195, 199 BGB oder § 196 BGB). Sie unterliegen ebenso wie der Anspruch auf Nacherfüllung, in den sich der Erfüllungsanspruch mit der mangelhaften Lieferung umwandelt, der Verjährungsfrist des § 438 Abs. 1 BGB. Dass die Vorschrift des § 440 Abs. 1 BGB a. F. auf bestimmte Vorschriften des allgemeinen Leistungsstörungsrechts, nämlich die Vorschriften der §§ 320 bis 327 BGB a. F., verweist, ändert daran entgegen der von

der Beklagten in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat vertretenen Ansicht nichts. Das ist nämlich bei dem Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung wegen eines Rechtsmangels nach geltendem Recht nicht anders (vgl. § 437 Nr. 3 BGB).

bb) Die Verjährungsfrist für Ansprüche wegen eines Rechtsmangels beträgt nach § 438 Abs. 1 Nr. 1 lit. b BGB 30 Jahre, wenn der Mangel in einem „sonstigen Recht, das im Grundbuch eingetragen ist, besteht“. Diese Frist gilt für den Schadensersatzanspruch der Klägerin.

(1) Unmittelbar anwendbar ist sie allerdings nicht. Sie erfasst nach ihrem Wortlaut Mängelansprüche nur, wenn der Mangel in einem sonstigen Recht besteht, das bei Verjährungsbeginn im Grundbuch eingetragen ist. Daran fehlt es hier. Zu dem nach § 438 Abs. 2 BGB für den Verjährungsbeginn maßgeblichen Zeitpunkt der Übergabe des Grundstücks war das Recht zwar entstanden, aber nicht im Grundbuch eingetragen.

(2) Auf solche Rechte ist die Vorschrift indessen entsprechend anzuwenden. Sie weist eine planwidrige Lücke auf, die plangemäß nur durch die entsprechende Anwendung der Vorschrift auf außerhalb des Grundbuchs entstandene, gegen den gutgläubig lastenfreien Erwerb geschützte dingliche Rechte zu schließen ist.

(a) Die Anordnung einer Verjährungsfrist von 30 Jahren in § 438 Abs. 1 Nr. 1 BGB soll sicherstellen, dass der Käufer bei einem vollständigen oder teilweisen Rechtsverlust aufgrund von Rechtsmängeln bei dem Verkäufer Rückgriff nehmen kann. Das ist mit der in § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB für den Regelfall vorgesehenen Verjährungsfrist für Mängelrechte von zwei Jahren nicht zu erreichen. Der Käufer müsste nämlich 30 Jahre lang mit dem Verlust der Kaufsache an einen Dritten rechnen, der aufgrund eines dinglichen Rechts die Herausgabe der Kaufsache verlangen kann. Denn dessen Herausgabeanspruch verjährt nach § 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB in dieser Frist. Er selbst könnte demgegenüber aber ohne die Regelung in § 438 Abs. 1 Nr. 1 BGB nur für die Dauer von zwei Jahren ab Übergabe Rückgriff nehmen. Um diese sog. Eviktionsfalle zu vermeiden, war schon in dem Gesetzentwurf eine dem heutigen § 438 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe a BGB entsprechende Sonderregelung vorgesehen (Entwurfsbegründung in BT-Drucks. 14/6040, S. 227). Im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens hat der Gesetzgeber erkannt, dass eine vergleichbare „Gewährleistungsfalle“ auch bei anderen Rechten an Grundstücken bestehen kann. Gedacht hat er an den eher seltenen Fall, dass zwischen der Beurkundung des Kaufvertrags und der Übergabe des Grundstücks ein Recht an dem Grundstück zur Eintragung gelangt, etwa weil ein schwebender Eintragungsantrag bei der Einsicht in das Verzeichnis unerledigter Anträge (sog. Markentabelle) übersehen oder weil nach der Beurkundung ein neuer Eintragungsantrag gestellt wurde. In solchen Fällen rechtfertigt der Gesetzgeber die Anwendung der Verjährungsfrist von 30 Jahren damit, dass diese Rechte den Käufer genauso beeinträchtigen wie auf Herausgabe gerichtete dingliche Rechte, dass der Käufer von dem Entstehen solcher Rechte nicht unterrichtet werde und dass er später oft lange Zeit nichts von dem Recht erfahre (vgl. Beschlussempfehlung in BT-Drucks. 14/7052, S. 196).

(b) Übersehen hat der Gesetzgeber, dass das gleiche Problem bei außerhalb des Grundbuchs entstandenen nicht eingetragenen Rechten besteht, die gegen einen gutgläubig lastenfreien Erwerb geschützt sind. Ihr Vorhandensein kann der Käufer in aller Regel noch weniger erkennen als Rechte, die nach der Beurkundung des Kaufvertrags zur Eintragung gelangen. Ein effektiver Rückgriff des Käufers gegenüber dem Verkäufer

wäre bei dem Eintritt eines teilweisen Rechtsverlusts aufgrund solcher Rechte genauso wenig sichergestellt wie bei den eingetragenen Rechten, wenn für seine Mängelansprüche die kurze Verjährungsfrist von zwei Jahren nach § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB gälte. Ein sachlicher Grund, dem Käufer einen effektiven Rückgriff gegen den Verkäufer bei solchen Rechten zu versagen, ist nicht erkennbar.

(c) Die Regelung führte ohne eine entsprechende Anwendung auf solche Rechte auch zu vom Zufall bestimmten, widersprüchlichen Ergebnissen. Nicht eingetragene dingliche Rechte können jederzeit in das Grundbuch eingetragen werden. Das gilt für dingliche Rechte aus der Zeit vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs am 1.1.1900 und seinem Wiederinkrafttreten in den neuen Bundesländern am 3.10.1990 ebenso wie für die mit § 9 Abs. 1, 9 und 11 GBBerG, §§ 11, 14 SachenR-DV gesetzlich begründeten Dienstbarkeiten (vgl. Art. 187 Abs. 1 Satz 2, Art. 233 § 4 Abs. 1 Satz 2 und 3, § 5 Abs. 3 Satz 1 EGBGB einerseits und § 9 Abs. 5 GBBerG, §§ 8, 9 SachenR-DV andererseits). Weshalb dem Käufer der Rückgriff nur erhalten werden soll, wenn diese zufällig zwischen dem Abschluss des Kaufvertrags und der Übergabe des Grundstücks an den Käufer zur Eintragung gelangen, bei späterer Eintragung aber nicht, erschließt sich nicht. Diese Unterscheidung wäre umso unverständlicher, als die Vorschrift nach ihrem Wortlaut Mängelansprüche des Käufers auch erfasst, wenn der Mangel in dem Fortbestand eines schon bei Abschluss des Kaufvertrags eingetragenen sonstigen dinglichen Rechts besteht, das der Verkäufer nach dem Vertrag zur Löschung bringen sollte, aber bis zur Übergabe nicht zur Löschung hat bringen können. In solchen Fällen bedürfte der Käufer des Schutzes der Verjährungsfrist von 30 Jahren nicht, den er aber dennoch genießt. Er könnte sich gegen einen Rechtsverlust besser schützen als bei dinglichen Rechten, die – wie hier – außerhalb des Grundbuchs entstanden, nicht eingetragen und (vorübergehend) gegen einen gutgläubig lastenfreien Erwerb geschützt sind und bei denen er auf den Schutz einer langen Verjährungsfrist tatsächlich angewiesen ist.

(d) Das mit § 438 Abs. 1 Nr. 1 BGB verfolgte Regelungsziel lässt sich nur erreichen, wenn Mängelansprüche auch dann in 30 Jahren verjähren, wenn der Mangel in einem außerhalb des Grundbuchs entstandenen, nicht eingetragenen und gegen einen gutgläubig lastenfreien Erwerb geschützten dinglichen Recht besteht.

b) Diese Frist begann, weil sie nicht kürzer ist als die bisherige, gemäß Art. 229 § 6 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 EGBGB, § 198 Satz 1 BGB a. F. mit dem Entstehen des Schadensersatzanspruchs. Das ist hier der Zeitpunkt, in dem feststand, dass die Beklagte den Rechtsmangel nicht mehr würde beseitigen können und deshalb eine Fristsetzung entbehrlich wurde (vgl. BGH, Urteil vom 19.11.1999, V ZR 321/98, NJW 2000, 803, 804). Dieser Zeitpunkt ist hier nicht festgestellt, muss aber auch nicht festgestellt werden. Denn die Verjährung konnte nicht vor dem Abschluss des Vertrags am 28.4.1997 beginnen und war bei Einreichung der vorliegenden Klage am 4.3.2013 noch nicht abgelaufen.

3. Die Klageabweisung ist entgegen der Ansicht der Beklagten nach den für das Revisionsverfahren zugrunde zu legenden Feststellungen auch nicht aus einem anderen Grund gerechtfertigt.

a) Die Parteien haben zwar vereinbart, dass die Beklagte nicht für das Nichtbestehen „altrechtlicher Dienstbarkeiten“ einzustehen hat. Mit diesem Haftungsausschluss hat sich das Berufungsgericht nicht befasst. Er könnte im Revisionsverfahren deshalb nur berücksichtigt werden, wenn die Vertragsurkunde eindeutig wäre und eine weitere Sachaufklärung die

Feststellung zusätzlicher für die Auslegung relevanter Umstände nicht erwarten ließe (vgl. BGH, Urteil vom 15.6.2012, V ZR 198/11, BGHZ 193, 326 Rdnr. 12). Daran fehlt es hier. Dass die Haftung der Beklagten für das Nichtbestehen von Dienstbarkeiten wie derjenigen zugunsten des Zweckverbands mit der genannten Regelung ausgeschlossen werden sollte, ist zweifelhaft. Nach dem Text der Urkunde und dem bislang erkennbar gewordenen Zweck der Regelung ist das nicht der Fall.

b) Ein Haftungsausschluss, der von der gesetzlichen Regelung abweicht, die die beiderseitigen Interessen angemessen gewichtet, ist im Zweifel eng auszulegen (BGH, Urteile vom 24.1.2003, V ZR 248/02, NJW 2003, 1316, 1317 und vom 5.11.2010, V ZR 228/09, NJW 2011, 1217 Rdnr. 17). Danach erfasst die angeführte Regelung Dienstbarkeiten nach § 9 GBBerG und § 1 SachenR-DV nicht.

aa) Altrechtlich ist eine Dienstbarkeit nach dem Wortsinn, wenn sie nach einem nicht mehr geltenden und damit „alten“ Recht begründet worden ist. Zu diesen alten Rechten gehören die vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs am 1.1.1900 geltenden Partikularrechte und das bis zum 2.10.1990 geltende Recht der DDR. Nach geltendem Recht entstandene Dienstbarkeiten sind dagegen keine altrechtlichen Dienstbarkeiten. Das gilt insbesondere für die am 11.1.1995 und damit nur etwas mehr als zwei Jahre vor dem Abschluss des Kaufvertrags entstandenen Dienstbarkeiten für wasserwirtschaftliche Leitungen und Anlagen, um die es hier geht.

bb) Daran ändert der Umstand, dass sie durch Gesetz begründet worden und nicht eingetragen sind, nichts. Das Motiv der Parteien für den Ausschluss der Rechtsmängelhaftung für altrechtliche Dienstbarkeiten mag der Umstand sein, dass diese Rechte oft nicht im Grundbuch eingetragen sind und – vorbehaltlich abweichender landesrechtlicher Regelung – gegen einen gutgläubig lastenfreien Erwerb geschützt sind (vgl. Art. 187 Abs. 1 EGBGB). Die Parteien haben aber gerade nicht auf die fehlende Eintragung, sondern auf die Bestellung unter einem nicht mehr geltenden Recht abgestellt.

cc) Solchen Rechten können die mit § 9 Abs. 1, 9 und 11 GBBerG, §§ 1, 14 SachenR-DV begründeten Dienstbarkeiten auch nicht gleich gestellt werden. Sie sichern zwar eine Mitbenutzung fremder Grundstücke nachträglich ab, die vor dem 3.10.1990 in der DDR bestanden hat. Sie sind aber gerade deshalb begründet worden, weil die bei dem Wirksamwerden des Beitritts am 3.10.1990 vorübergehend aufrechterhaltenen Mitbenutzungsrechte bis zu ihrem Wegfall wegen der Vielzahl der Fälle nicht auf rechtsgeschäftlichem Wege durch Dienstbarkeiten würden ersetzt werden können und weil sehr viele Leitungen und Anlagen gar nicht durch Mitbenutzungsrechte abgesichert waren (Begründung der Regelung in BT-Drucks. 12/6228, S. 74 f.). An den ehemals volkseigenen Grundstücken war eine solche Absicherung rechtlich auch nicht möglich (BGH, Urteile vom 14.11.2003, V ZR 72/03, WM 2004, 1394, 1395 f. und vom 23.1.2015, V ZR 318/13, juris Rdnr. 31). Hinzu kommt, dass mit den Dienstbarkeiten gleichzeitig ein Entschädigungsanspruch begründet wurde, der demjenigen zusteht, dem das Grundstück bei deren Entstehen gehört (BGH, Urteil vom 7.11.2014, V ZR 250/13, ZfIR 2015, 107 Rdnr. 9). Ein schlichter Haftungsausschluss ohne Regelung zu dem Entschädigungsanspruch liegt deshalb, anders als bei altrechtlichen Dienstbarkeiten, eher fern.

### III.

Das Berufungsurteil kann keinen Bestand haben. Die Sache ist mangels der erforderlichen Feststellungen nicht entscheidungsreif. Sie ist deshalb zur neuen Verhandlung und Ent-

scheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Dafür weist der Senat vorsorglich auf Folgendes hin:

1. a) Ein Anspruch auf Schadensersatz bestünde nach § 439 BGB a. F. nicht, wenn die Klägerin den Rechtsmangel erkannt haben sollte. Kenntnis erfordert positive Gewissheit. Anders als nach dem geltenden § 442 Abs. 1 Satz 2 BGB genügt (grob) fahrlässige Unkenntnis nicht. Die Kenntnis der Klägerin kann deshalb nicht damit begründet werden, dass Käufer von Grundstücken im Beitrittsgebiet allgemein mit dem Vorhandensein nicht eingetragener dinglicher Rechte rechnen mussten. Etwas anderes ergibt sich entgegen der Ansicht der Beklagten auch nicht aus dem Urteil des Senats vom 7.11.2014, V ZR 250/13, ZfIR 2015, 107 Rdnr. 18. Mit dem angeführten Argument hat der Senat darin nicht die Kenntnis des Käufers von einem konkreten Recht begründet, sondern lediglich die Zuordnung des Entschädigungsanspruchs nach § 9 Abs. 3 GBBerG an denjenigen gerechtfertigt, der bei Begründung der Dienstbarkeit Eigentümer des belasteten Grundstücks war.

b) Kenntnis ist ferner nicht schon gegeben, wenn der Käufer Kenntnis von Anknüpfungstatsachen – hier etwa dem Vorhandensein von Kanaldeckeln oder Anlagen, die auf Abwasserleitungen hindeuten – hatte. Es muss vielmehr hinzukommen, dass er auch die rechtlichen Folgen solcher ihm bekannter Tatsachen kennt (BGH, Urteil vom 29.5.1954, II ZR 163/53, BGHZ 13, 341, 345). Dabei wäre hier zu berücksichtigen, dass die Dienstbarkeiten nicht schon durch § 9 GBBerG begründet worden sind, sondern erst mit dem Inkrafttreten von § 1 Satz 1 SachenR-DV, durch den § 9 GBBerG auf die in § 9 Abs. 9 Nr. 1 GBBerG bezeichneten Abwasserentsorgungsleitungen und -anlagen erstreckt wurde. Mit dieser Erstreckung sind Dienstbarkeiten nicht zur Absicherung jeder Abwasserleitung, sondern nur für Abwasserleitungen und Anlagen zur Fortleitung von Abwasser begründet worden, die zur öffentlichen Abwasserentsorgung gehören. Keineswegs eindeutig sind schließlich Lage und Umfang solcher Rechte (vgl. zum Schutzstreifen bei Wasserleitungen BGH, Urteil vom 9.5.2014, V ZR 176/13, NJW 2014, 2959 Rdnr. 13).

2. Für die Auslegung des Haftungsausschlusses kann zwar auf außerhalb der Urkunde liegende Umstände zurückgegriffen werden (vgl. BGH, Urteil vom 5.7.2002, V ZR 143/01, NJW 2002, 3164 f.). An dem aufgezeigten Grundsatz, dass ein Haftungsausschluss im Zweifel eng auszulegen ist, ändert das aber nichts.

4. § 53 Abs. 1 GBO (*Zweckbestimmung mit Vereinbarungscharakter von Wohnungseigentum und Teileigentum*)

**Die sich aus den gesetzlichen Definitionen in § 1 Abs. 2 und 3 WEG ergebende unterschiedliche Rechtsnatur von Wohnungseigentum und Teileigentum beinhaltet bereits mindestens eine Zweckbestimmung mit Vereinbarungscharakter, die als Inhalt des Sondereigentums nach § 10 Abs. 2 WEG jedenfalls nur mit Zustimmung sämtlicher Eigentümer inhaltlich geändert und in das Grundbuch eingetragen werden kann.**

(Leitsatz der Schriftleitung)

OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 31.7.2014, 20 W 111/14  
Die Beschwerdeführerin war unter ihrem früheren Firmennamen seit Aufteilung des eingangs bezeichneten Grundstückes in Wohnungs- und Teileigentum seit 1.11.1985 eingetragen als Eigentümerin eines 175,08/1.000 Miteigentumsanteils am Grundstück verbunden mit dem Sondereigentum an den Büroräumen im 3. und 4. Obergeschoss,

in der Teilungserklärung mit Nr. 6 bezeichnet, eingetragen im Teileigentumsgrundbuch von O1 Blatt X.

Mit Urkunde vom 2.12.2010 des Notars A in O2 (URNr. .../2010) teilte die Beschwerdeführerin diese in Blatt X eingetragene Teileigentumseinheit Nr. 6 unter Änderung der ursprünglichen Teilungserklärung vom 27.9.1985 ohne Beteiligung der übrigen Eigentümer dahingehend ab, dass eine Aufteilung der ursprünglichen Einheit Nr. 6 dahingehend erfolgt, dass der Miteigentumsanteil von 175,08/1.000 aufgeteilt wird in eine Teileigentumseinheit mit einem Miteigentumsanteil von 129,45/1.000 verbunden mit dem Sondereigentum an den Büroräumen im 3. Obergeschoss und im beiliegenden Plan mit Nr. 6 bezeichnet sowie eine weitere Wohnungseigentumseinheit mit einem Miteigentumsanteil von 45,63/1.000 verbunden mit dem Sondereigentum an den Wohnräumen im 4. Obergeschoss nebst angrenzender Terrasse, im beiliegenden Plan mit Nr. 15 bezeichnet. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der URNr. .../2010 Bezug genommen. In § 3 der Urkunde wurde erklärt, die Beschwerdeführerin sei sich über die vorstehenden Änderungen und die Eintragung dieser Änderungen in den Grundbüchern sowie die Neuanlegung eines Grundbuches für die vorgenannte Wohnungseigentumseinheit Nr. 15 einig und bewillige und beantrage deren Eintragung in den Grundbüchern.

Auf eine Beanstandung des Grundbuchamtes mit Verfügung vom 11.7.2011 wies der verfahrensbevollmächtigte Notar darauf hin, dass die Stimmrechte nach der ursprünglichen Teilungserklärung nach Miteigentumsanteilen zugeordnet seien und das Siegel bezüglich der Abgeschlossenheitsbescheinigung auf der Rückseite der Urkunde angebracht sei.

Sodann trug der Rechtspfleger des Grundbuchamtes am 11.8.2011 im Teileigentumsgrundbuch Blatt X unter lfd. Nr. 2 des Bestandsverzeichnisses die Änderung des Miteigentumsanteiles und des Sondereigentums ein, wobei unter dem 26.8.2011 eine Schreibfehlerberichtigung erfolgte. Des Weiteren legte er unter dem 11.8.2011 im Grundbuch von O1 Blatt Z ein neues Raumeigentumsgrundbuch an, in dessen Bestandsverzeichnis Nr. 1 eingetragen wurde ein 45,63/1.000 Miteigentumsanteil an dem näher bezeichneten Grundstück verbunden mit dem Sondereigentum an den im Aufteilungsplan mit Nr. 15 bezeichneten Wohnräumen im 4. Obergeschoss. Außerdem wurde im Bestandsverzeichnis der Grundbuchblätter der übrigen Eigentümer jeweils die Beschränkung des Sondereigentums auch durch die neue Einheit Blatt Z sowie die Änderung der Teilungserklärung eingetragen. Wegen des genauen Inhaltes dieser Grundbucheinträge wird auf die Grundbuchblätter W bis Y und Z Bezug genommen.

Nachdem die eingangs zu 1-7 genannten Eigentümer durch Übersendung von Grundbuchauszügen Kenntnis von den Eintragungen vom 11.8.2011 erlangt hatten, legten sie mit Schriftsatz ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 29.2.2012 gegen die Eintragung Beschwerde ein, mit welcher geltend gemacht wurde, die Beschwerdeführerin habe nicht nur eine ohne Bewilligung der Eigentümer zulässige Unterteilung ihrer Eigentumseinheit vorgenommen, sondern zusätzlich auch eine Umwandlung des bisher als Teileigentum an den Büroräumen im 3. und 4. OG bestehenden Teileigentums in Wohnungseigentum vorgenommen, was als Änderung der Nutzungsart der hier fehlenden Zustimmung aller Miteigentümer bedürft hätte. Die Beschwerdeführerin trat dem mit Schreiben vom 30.11.2011 und 23.3.2012, auf deren Inhalt wegen der Einzelheiten Bezug genommen wird, entgegen und machte im Wesentlichen geltend, die Umwandlung des Teileigentums an der Einheit Nr. 15 habe keiner Zustimmung der übrigen Miteigentümer bedürft, weil es für die Einordnung einer Sondereigentumseinheit in Wohnungs- oder Teileigentum lediglich auf die bauliche Ausgestaltung ankomme und die diesbezügliche bloße Bezeichnung ebenso wie die Eintragungen in Spalte 3 des Bestandsverzeichnisses jedenfalls nach der von *Schönerl/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rdnr. 2872c vertretenen Auffassung keine Festlegung der Nutzungsart zur Folge habe. Mangels einer verbindlichen Gebrauchsregelung habe es deshalb der Zustimmung der übrigen Miteigentümer nicht bedürft. Jedenfalls sei ein Amtswiderspruch unzulässig, da es an einer Verletzung gesetzlicher Vorschriften im Sinne des § 53 GBO fehle, weil die auf Antrag der Beschwerdeführerin erfolgte Eintragung der Änderung ihres Teileigentums rechtlich vertretbar gewesen sei.

Der Rechtspfleger des Grundbuchamtes trug am 24.5.2012 in Blatt Z, Abt. II, lfd. Nr. 1 zugunsten der jeweiligen Eigentümer der in den Blättern W-Y eingetragenen Raumeigentumseinheiten einen Amts-

widerspruch gegen die Eintragung der Änderung der Zweckbestimmung in der Teilungserklärung vom 27.9.1985 ein, soweit dadurch anstelle von „Büroräumen im vierten Obergeschoss“ die Worte „Wohnräumen im vierten Obergeschoss“ am 11.8.2011 in Blatt Z eingetragen wurden.

Gegen die Eintragung des Amtswiderspruches legte die Beschwerdeführerin mit Schriftsatz ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 22.8.2013, auf dessen Inhalt wegen der Einzelheiten Bezug genommen wird, unter Wiederholung und Vertiefung ihrer bisherigen Rechtsausführungen Beschwerde mit dem Ziel der Löschung des Amtswiderspruches ein.

Die Beteiligten zu 1-7 traten der Beschwerde mit Schriftsatz ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 16.9.2013, auf den ebenfalls Bezug genommen wird, entgegen.

Der Rechtspfleger des Grundbuchamtes half der Beschwerde mit Beschluss vom 8.4.2014 nicht ab. Zur Begründung führte er im Wesentlichen aus, vorliegend sei eine Umwandlung des Teil- in Wohnungseigentum erfolgt, die nach herrschender Meinung der Mitwirkung sämtlicher Wohnungseigentümer bedürfe. Eine solche Umwandlung liege entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin auch vor, weil schon die Bezeichnung der Nutzungsart nach § 1 Abs. 2 und 3 WEG einen Zweck vorgebe. Das Grundbuchamt würde deshalb eine Eintragung mit den derzeit vorliegenden Unterlagen heute nicht mehr vornehmen. Wegen der fehlenden Zustimmung der Miteigentümer liege eine objektive Gesetzesverletzung vor, an die auch ein gutgläubiger Erwerb anknüpfen könne. Im Übrigen fehle es auch an der gemäß § 5 Abs. 4 WEG erforderlichen Zustimmung der sonstigen Berechtigten, die im Unterschied zu den Grundpfandrechtsgläubigern zustimmen müssten, was durch den Widerspruch zusätzlich untermauert werde. Letztlich sei der Amtswiderspruch auch dadurch berechtigt, dass teilweise Sondereigentum ohne die erforderliche Einigung sämtlicher Eigentümer in Gemeinschaftseigentum umgewandelt worden sei. Nach Vorlage der Beschwerde an das OLG hat die Beschwerdeführerin unter Vorlage eines Handelsregisterauszuges auf ihre erneute Umfirmierung hingewiesen und mit Schriftsatz ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 22.5.2014, auf dessen Inhalt Bezug genommen wird, ihre bisher geäußerte Rechtsauffassung weiter vertieft.

Die Beteiligten zu 1-7 treten der Beschwerde entgegen.

Aus den Gründen:

## II.

Die Beschwerde der Beschwerdeführerin, über die nach der erfolgten Nichtabhilfeentscheidung des Grundbuchrechtspflegers der Senat als Beschwerdegericht zu entscheiden hat, ist gemäß §§ 71, 73 GBO zulässig. Da sich der eingetragene Amtswiderspruch gegen die im Grundbuch verlautbarte Rechtsstellung der Beschwerdeführerin als Eigentümerin bezüglich des Inhaltes ihres im Bestandsverzeichnis eingetragenen Eigentums richtet, ist sie beschwerdeberechtigt (vgl. *Demharter*, GBO, 28. Aufl., § 71 Rdnr. 71). Die Beschwerde ist auch mit dem Ziel der Löschung des Amtswiderspruches zulässig, da an die Eintragung eines Amtswiderspruches kein guter Glaube anknüpfen kann, sondern hierdurch gerade ein gutgläubiger Erwerb verhindert werden soll, so dass die Einschränkung des § 71 Abs. 2 GBO insoweit nicht gilt (vgl. *Demharter*, a. a. O., § 71 Rdnr. 37 ff.; *Bauer/von Oefele*, GBO, 3. Aufl., § 71 Rdnr. 48).

Die zulässige Beschwerde führt jedoch in der Sache nicht zum Erfolg, da das Grundbuchamt den Amtswiderspruch zu Recht eingetragen hat.

Nach § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO ist ein Amtswiderspruch einzutragen, wenn das Grundbuchamt die betreffende Grundbucheintragung unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften vorgenommen hat und durch diese Eintragung das Grundbuch unrichtig geworden ist. Dabei muss die Gesetzesverletzung feststehen, während die Grundbuchunrichtigkeit nur glaubhaft gemacht sein muss. Da der Zweck des Amtswiderspru-

ches in der Vermeidung von Amtshaftungsansprüchen durch gesetzeswidriges Handeln des Grundbuchamtes besteht, muss es sich weiterhin um eine Eintragung handeln, an welche sich ein gutgläubiger Erwerb anschließen kann (vgl. *Demharter*, a. a. O., § 53 Rdnr. 10 und 25; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 394). Dies ist vorliegend bezüglich der Eintragung im Bestandsverzeichnis zur Bezeichnung der mit dem Miteigentumsanteil verbundenen Rechte gegeben.

Eine solche objektive Gesetzesverletzung war vorliegend dadurch gegeben, dass der Grundbuchrechtspfleger am 11.8.2011 die Änderung der Teilungserklärung dahingehend in das Grundbuch eingetragen hat, dass nach der Teilung die im 4. OG gelegenen und zuvor zu der Teileigentumseinheit Nr. 6 gehörenden, im Sondereigentum stehenden Räume nunmehr erstmals als Wohnräume ausgewiesen wurden. Dies geht zurück auf die in der Eintragung in Bezug genommene Bewilligung in der URNr. .../2010 des Notars A, mit welcher eine Änderung der Teilungserklärung ausdrücklich auch dahingehend erfolgte, dass mit der Aufteilung der ursprünglichen Teileigentumseinheit Nr. 6 in zwei Einheiten die künftig im Aufteilungsplan als Nr. 15 bezeichnete und mit dem Sondereigentum an den nunmehr als Wohnräumen im 4. OG verbundene neue Einheit als Wohnungseigentumseinheit begründet wurde. Dabei wurde die Bezeichnung „Wohnungseigentumseinheit“ in § 2 Ziffer 1 der Urkunde zusätzlich durch Kursiv- und Fettdruck besonders hervorgehoben.

Die sich aus den gesetzlichen Definitionen in § 1 Abs. 2 und 3 WEG ergebende unterschiedliche Rechtsnatur von Wohnungseigentum und Teileigentum beinhaltet nach absolut herrschender Auffassung bereits mindestens eine Zweckbestimmung mit Vereinbarungskarakter, die als Inhalt des Sondereigentums nach § 10 Abs. 2 WEG jedenfalls nur mit Zustimmung sämtlicher Eigentümer inhaltlich geändert und in das Grundbuch eingetragen werden kann (vgl. *KG*, ZMR 2007, 299; *OLG Hamm*, NZM 2007, 294; *BGH*, NJW-RR 2012, 1036; *BayObLG*, NJW-RR 2001, 1163; *OLG Hamburg*, ZMR 2000, 627; *OLG München*, Beschluss vom 25.8.2011, 34 Wx 169/11 – dok. bei juris und, NJW-RR 2014, 245; *Bärmann/Armbrüster*, WEG, 12. Aufl., § 27/28; *Palandt/Bassenge*, 73. Aufl., § 1 Rdnr. 4; *Niedenführ/Kümmell/Vandenhouten*, WEG, 10. Aufl., § 1 Rdnr. 20 und § 4 Rdnr. 18; *Spielbauer/Then*, WEG, 2. Aufl., § 1 Rdnr. 8; *Jennißen/Zimmer*, WEG, 3. Aufl., § 1 Rdnr. 25; *Bärmann/Seuß/Schneider*, Praxis des Wohnungseigentums, 6. Aufl., S. 98/99 = Rdnr. 407 ff.; *Riecke/Schmid/Schneider*, Wohnungseigentumsrecht, 3. Aufl., § 1 Rdnr. 43, jeweils m. w. N.). Teilweise wird darüber hinausgehend die Änderung der Zweckbestimmung von Teileigentum in Wohnungseigentum oder umgekehrt sogar als Änderung des sachenrechtlichen Begründungsaktes eingeordnet, die der Einigung aller Eigentümer nach § 4 WEG und der konstitutiven Eintragung in das Grundbuch bedarf (so noch *KG*, NJW-RR 2005, 531; *BayObLG* ZMR 1997, 537; *Riecke/Schmid/Elzer*, a. a. O., § 3 Rdnr. 22) mit der Folge, dass hiernach entgegen der herrschenden Meinung eine vorweggenommene Ermächtigung zur Vornahme von Änderungen in der Teilungserklärung nicht möglich ist und die Vorschrift des § 5 Abs. 4 Satz 2 WEG über die Entbehrlichkeit der Mitwirkung der Grundpfandrechtsgläubiger keine Anwendung findet (vgl. zu diesen Unterschieden *Bärmann/Seuß/Schneider*, a. a. O., Rdnr. 409 und *Bärmann/Armbrüster*, a. a. O., § 1 Rdnr. 30).

Da die Änderung der Teilungserklärung mit der Änderung der Zweckbestimmung einseitig nur durch die Beschwerdeführerin vorgenommen wurde und es an der jedenfalls erforderlichen Zustimmung der übrigen Eigentümer gefehlt hat, liegt eine objektive Gesetzesverletzung im Sinne des § 53 GBO vor.

Hieran vermag auch der Hinweis der Beschwerdeführerin nichts zu ändern, dass eine solche Gesetzesverletzung dann ausscheidet, wenn die ursprüngliche Eintragung auf einer vertretbaren Auslegung einer Urkunde als Eintragungunterlage beruht (vgl. *Demharter*, a. a. O., § 53 Rdnr. 21; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 401; *Bauer/von Oefele*, a. a. O., § 53 Rdnr. 57; OLG Frankfurt, Rpfleger 1976, 132 und 1979, 106; OLG München, FGPrax 2009, 154). Denn vorliegend beruht die Eintragung vom 11.8.2011 nicht auf einer anderen inhaltlichen Auslegung der Urkunde vom 2.12.2010 als bei der späteren Eintragung des Widerspruches, sondern darauf, dass der Grundbuchrechtspfleger seinerzeit die zusätzlich zu der Unterteilung der Einheit Nr. 6 erfolgte Änderung von Teileigentum in Wohnungseigentum betreffend die neue Einheit Nr. 15 und damit auch das hierzu bestehende gesetzliche Zustimmungs- und Bewilligungserfordernis übersehen hat, wie bereits der Inhalt des Nichtabhilfebeschlusses vom 8.4.2014 erkennen lässt.

Insbesondere beruht die Eintragung vom 11.8.2011 auch nicht darauf, dass der Grundbuchrechtspfleger sich mit der damaligen Eintragung der nunmehr von der Beschwerdeführerin zitierten und von der absolut herrschenden Auffassung abweichenden Zitatstelle (*Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rdnr. 2872c) angeschlossen hätte, wonach allein die Bezeichnung der Nutzungsart in der Teilungserklärung als Wohnungseigentum oder Teileigentum keinen Vereinbarungscharakter haben soll. Abgesehen davon, dass dieser vereinzelt gebliebenen Rechtsauffassung inhaltlich nicht gefolgt werden kann, weil sie im Widerspruch zu der gesetzlichen Regelung des § 1 Abs. 1 und 2 WEG steht und zudem ein sachlicher Grund für diese Annahme nicht ersichtlich ist, liegt darüber hinaus hier eine auch von *Schöner/Stöber* (a. a. O., Rdnr. 2872c letzter Satz) als verbindlich angesehene Vereinbarung der Miteigentümer als Inhalt des Sondereigentums mit Festlegung der Zweckbestimmung im Sinne des § 10 Abs. 2 WEG, die durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung in das Grundbuch eingetragen wurde, dadurch vor, dass in der ursprünglichen Teilungserklärung vom 27.9.1985 nicht nur in § 1 die Begriffe Wohnungseigentum und Teileigentum verwendet wurden, sondern darüber hinaus in § 2 den einzelnen Einheiten neben dem jeweiligen Miteigentumsanteil zusätzlich Sondereigentum an Wohnungen einerseits und Teileigentum an Gewerberäumen oder Büroräumen andererseits zugewiesen wurde. Dem entsprechend wurde bei der Änderung der Teilungserklärung in § 2 Ziffer 1 der Urkunde vom 2.12.2010 ausdrücklich die Neubildung einer Wohnungseigentumseinheit hervorgehoben und zusätzlich in Ziffer 2 die Bezeichnung des Sondereigentums von Büroräumen in Wohnräume geändert. So wird denn auch von *Schöner/Stöber* (Grundbuchrecht, 15. Aufl., 2012, Rdnr. 2872e am Ende) für den Wechsel von Wohnungseigentum zu Teileigentum eine Mitwirkung der übrigen Wohnungs- und Teileigentümer nur dann für entbehrlich erachtet, wenn als Inhalt des Sondereigentums von vornherein festgelegt wurde, dass das Teileigentum keinen Vereinbarungscharakter haben soll. An einer solchen Festlegung in der ursprünglichen Teilungserklärung fehlt es jedoch im vorliegenden Fall.

Durch die gesetzwidrig erfolgte Eintragung der Umwandlung des ursprünglichen Teileigentums in Wohnungseigentum bei der Neuanlegung des Grundbuchblattes Z für die Einheit Nr. 15, die sich aus der Kennzeichnung des Sondereigentums an Wohnräumen in dem Bestandsverzeichnis ergibt, ist das Grundbuch wegen der fehlenden Zustimmung der übrigen Wohnungseigentümer auch unrichtig geworden.

Der Amtswiderspruch wurde deshalb zu Recht eingetragen und ist auf die Beschwerde nicht zu löschen. Dabei kommt es

im vorliegenden Beschwerdeverfahren weder auf die Frage an, ob ein Anspruch auf Unterlassung der tatsächlichen Nutzung der Einheit Nr. 15 zu Wohnzwecken besteht, noch darauf, ob es zusätzlich der Zustimmung sonstiger dinglicher Berechtigter bedürft hätte. Des Weiteren ist entgegen der Auffassung des Grundbuchrechtspflegers im Nichtabhilfebeschluss nicht relevant, ob Sondereigentum in Gemeinschaftseigentum umgewandelt wurde, weil dies nicht Inhalt des eingetragenen Amtswiderspruches ist.

Die Beschwerde war deshalb zurückzuweisen.

(...)

### Anmerkung:

#### I. Einordnung der Entscheidungsproblematik

Die Entscheidung des OLG Frankfurt behandelt ein Problem an der Schnittstelle zwischen der Unterteilung einer bereits bestehenden Sondereigentumseinheit auf der einen Seite und der Umwandlung von Teil- in Wohnungseigentum auf der anderen Seite. Die bloße Unterteilung von Wohnungs- bzw. Teileigentum ist nach ganz herrschender Auffassung in entsprechender Anwendung des § 8 WEG durch einseitige Erklärung des teilenden Eigentümers möglich.<sup>1</sup> Im Gegensatz dazu bedarf es für die Umwandlung von Teil- in Wohnungseigentum (bzw. umgekehrt) einer Vereinbarung unter Mitwirkung aller Wohnungs-/Teileigentümer der Anlage.<sup>2</sup> Im vorliegenden Fall nahm der Eigentümer nicht nur eine bloße Unterteilung seiner Teileigentumseinheit in zwei (neue) Einheiten vor, sondern er wandelte – ohne Mitwirkung der übrigen Eigentümer – darüber hinaus seine ursprünglich im Grundbuch als Büroräume eingetragenen Räume im 4. Obergeschoss in Wohnräume um. Das Gericht hatte im Kern somit darüber zu entscheiden, ob eine solche „einseitige Umwandlung“ zulässig ist.

#### II. Stellungnahme

Die Antwort auf die Frage, ob die im vorliegenden Fall durch den Eigentümer erklärte Unterteilung seiner Teileigentumseinheit bei gleichzeitiger Umwandlung der Büroräume in Wohnräume ohne Mitwirkung der übrigen Eigentümer zulässig war, bestimmt sich aus dogmatischer Sicht danach, ob lediglich eine formelle oder (auch) eine materielle Änderung der ursprünglichen Zweckbestimmung vorlag.

Die in einer Teilungserklärung getroffene Festlegung einer Sondereigentumseinheit als Wohnungseigentum (§ 1 Abs. 2 WEG) oder Teileigentum (§ 1 Abs. 3 WEG) enthält eine Zweckbestimmung, die Vereinbarungscharakter hat.<sup>3</sup> Hierdurch wird vorgegeben, ob die Räume des Sondereigentums als Wohnung oder zu anderen als Wohnzwecken genutzt werden dürfen.<sup>4</sup> Die Unterteilung einer Wohnungs- bzw.

<sup>1</sup> *Bärmann/Pick*, Wohnungseigentumsgesetz, 19. Aufl. 2010, § 8 Rdnr. 16; *Hügel/Scheel*, Rechtshandbuch Wohnungseigentum, 3. Aufl. 2011, Teil 2 Rdnr. 82.

<sup>2</sup> BayObLG, Beschluss vom 18.7.1991, Breg. 2 Z 87/91, DNotZ 1992, 714, 715; OLG München, Beschluss vom 11.11. 2013, 34 Wx 335/13, RNotZ 2014, 431, 432; MünchKommBGB/*Commichau*, 6. Aufl., 2013, § 1 WEG Rdnr. 47.

<sup>3</sup> BGH, Beschluss vom 4.12.2014, V ZB 7/13, DNotZ 2015, 362, 363; BayObLG, Beschluss vom 18.7.1991, Breg. 2 Z 87/91, DNotZ 1992, 714, 715.

<sup>4</sup> BayObLG, Beschluss vom 23.3.1983, Breg. 2 Z 89/82, DNotZ 1984, 104, 107; *Hügel* in Würzburger Notarhandbuch, 2. Aufl., Teil 2 Kap. 5 Rdnr. 242; *Rapp* in Beck'sches Notarhandbuch, 5. Aufl., A III Rdnr. 110.

Teileigentumseinheit gemäß § 8 WEG analog hat dabei keine Auswirkungen auf die für die Räume getroffene Zweckbestimmung; vielmehr setzt sich die ursprünglich in der Teilungserklärung festgelegte Bestimmung auch nach der Aufteilung fort.<sup>5</sup> Dies bedeutet, dass eine im Wege der Unterteilung vorgenommene Verselbständigung von nicht zu Wohnzwecken dienenden Räumen zu einer eigenen Teileigentumseinheit lediglich eine formelle Änderung der Zweckbestimmung darstellt, da sich die ursprünglich in der Teilungserklärung festgelegte Zweckbestimmung für die betroffenen Räume nach der Verselbständigung fortsetzt. Eine solche „Umwandlung“ wirkt sich nur formal (Anlegung neuer Grundbücher für die unterteilten neuen Einheiten) aus und kann daher ohne Mitwirkung der übrigen Eigentümer erklärt werden.<sup>6</sup> Anders zu beurteilen ist hingegen der Fall, in dem die nicht zu Wohnzwecken dienenden Räume nach der Unterteilung eine neue Wohnungseigentumseinheit bilden sollen. In dieser Situation liegt nicht nur eine formelle, sondern zugleich eine materielle Änderung der Zweckbestimmung vor, da die Räume nach der Unterteilung (entgegen der ursprünglichen Festlegung in der Teilungserklärung) als zu Wohnzwecken dienend bestimmt sein sollen. Eine solche (echte) Umwandlung von Teil- in Wohnungseigentum bedarf der Mitwirkung aller Wohnungs-/Teileigentümer und kann nicht einseitig erklärt werden.<sup>7</sup>

Unter Zugrundelegung der vorstehenden Unterscheidung zwischen formeller und materieller Änderung der Zweckbestimmung, sollte in dem vom OLG Frankfurt entschiedenen Sachverhalt im Zuge der Aufteilung des bestehenden Teileigentums eine materielle Änderung der Zweckbestimmung vorgenommen werden. Denn die ursprünglich in der Teilungserklärung als nicht zu Wohnzwecken bestimmten (Büro-)Räume im 4. Obergeschoss sollten nach der Unterteilung eine eigene Wohnungseigentumseinheit bilden. Auch wenn der Senat in seinen Entscheidungsgründen nicht ausdrücklich an die Unterscheidung zwischen formeller und/oder materieller Änderung der Zweckbestimmung anknüpft, sah er die Eintragung der Unterteilung im Grundbuch zu Recht als gesetzwidrig an, da die übrigen Wohnungs- bzw. Teileigentümer an der Umwandlung nicht mitwirkten. Eine einseitige Unterteilung wäre nur möglich gewesen, wenn der Eigentümer die Teilung seiner Teileigentumseinheit in zwei neue Teileigentumseinheiten erklärt hätte.

### III. Folgerungen für die (notarielle) Praxis

Die Entscheidung des OLG Frankfurt vom 31.7.2014 liegt auf der Linie einer etwa vier Monate später ergangenen BGH-Entscheidung.<sup>8</sup> In dem vom BGH entschiedenen Sachverhalt ging es zwar nicht um die Unterteilung einer Teileigentumseinheit, sondern um die Verselbständigung von nicht zu Wohnzwecken dienenden Räumen einer bestehenden Wohnungseigentumseinheit. Beide Entscheidungen stellen jedoch im Ergebnis klar, dass eine Unterteilung einer Sondereigentumseinheit der Mitwirkung aller Eigentümer bedarf, wenn gleichzeitig mit der Unterteilung eine (materielle) Änderung der Zweckbestimmung herbeigeführt werden soll.

<sup>5</sup> OLG München, Beschluss vom 5.7.2013, 34 Wx 155/13, DNotZ 2014, 45, 47.

<sup>6</sup> BGH, Beschluss vom 24.11.1978, V ZB 2/78, NJW 1979, 870; *Rapp* in Beck'sches Notarhandbuch, 5. Aufl., A III Rdnr. 111.

<sup>7</sup> BayObLG, Beschluss vom 23.3.1983, Breg. 2 Z 89/82, DNotZ 1984, 104; *Bärman/Pick*, WEG, 19. Aufl. 2010, § 8 Rdnr. 16.

<sup>8</sup> BGH, Beschluss vom 4.12.2014, V ZB 7/13, DNotZ 2015, 362.

Fraglich ist, ob diese Mitwirkung der anderen Wohnungs-/Teileigentümer ad hoc bei der konkreten Unterteilung erfolgen muss oder ob die Gemeinschaftsordnung auch eine vorweggenommene Ermächtigung zur einseitigen Umwandlung enthalten kann. Sowohl der BGH als auch das OLG Frankfurt gehen in ihren Entscheidungsgründen davon aus, dass die Änderung der Zweckbestimmung keine Änderung des sachenrechtlichen Begründungsaktes ist, sondern (lediglich) eine Vereinbarung auf der Grundlage des § 10 Abs. 2 WEG erfordert. Im Einklang mit der herrschenden Meinung besteht daher die Möglichkeit der Aufnahme eines Änderungsvorbehalts in die Gemeinschaftsordnung, demzufolge ein Eigentümer zur einseitigen Umwandlung ermächtigt ist.<sup>9</sup> Wird der in der Gemeinschaftsordnung vereinbarte Änderungsvorbehalt als Inhalt des Sondereigentums im Grundbuch eingetragen, so wirkt er auch gegen Sondernachfolger der Wohnungs-/Teileigentümer (vgl. § 10 Abs. 3 WEG).

Aus Sicht der (notariellen) Praxis ist daher bei der Unterteilung einer Sondereigentumseinheit stets zu untersuchen, ob eine schlichte Teilung gemäß § 8 WEG analog oder auch eine (zumindest teilweise) Umwandlung von Wohnungs- in Teileigentum (bzw. umgekehrt) in Rede steht. Letzteres ergibt sich aus einem Vergleich der ursprünglichen Zweckbestimmung für die Räume, wie sie sich in der Teilungserklärung darstellt, und der neuen Zweckbestimmung, wie sie sich in der (Unter-) Teilungserklärung darstellt. Zeigt sich demnach, dass im Zuge der Aufteilung die bisherige Zweckbestimmung der Räume materiell geändert werden soll, so ist (sofern die Gemeinschaftsordnung keinen Änderungsvorbehalt enthält) eine entsprechende Änderungsvereinbarung durch alle Wohnungs-/Teileigentümer erforderlich; eine „einseitige Umwandlung“ wäre unzulässig und eine gleichwohl vorgenommene Eintragung im Grundbuch gesetzwidrig.

Notar Dr. Steffen Ott, MBLT, Tauberbischofsheim

<sup>9</sup> OLG München, Beschluss vom 5.7.2013, 34 Wx 155/13, DNotZ 2014, 45; OLG München, Beschluss vom 11.11.2013, 34 Wx 335/13, RNotZ 2014, 431; *Hügel/Scheel*, Rechtshandbuch Wohnungseigentum, 3. Aufl. 2011, Teil 2 Rdnr. 117.

5. BGB § 727 Abs. 1, § 899a; GBO § 18 Abs. 1, §§ 22, 47 Abs. 2, § 71 Abs. 1 (*Nachweisanforderungen gegenüber dem Grundbuchamt bei Berichtigung des Grundbuchs nach Tod eines GbR-Gesellschafters*)

1. **Fehlende Voraussetzungen für den Erlass einer Zwischenverfügung, wenn für die Eintragung als notwendig erachtete Bewilligungen von Mitgesellchaftern fehlen.**
2. **Zu den Nachweisanforderungen beim Tod von Gesellchaftern einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts für die berechtigende Eintragung neuer Gesellchafter im Grundbuch.**
3. **Weil sich die Rechtsnachfolge in die Gesellschaft grundsätzlich nicht nach den Regeln des Erbrechts, sondern nach den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags vollzieht, ist zur Grundbuchberichtigung die Vorlage des Gesellschaftsvertrags, wenn auch nicht zwingend in der Form des § 29 GBO, oder jedenfalls ein sonstiger Inhaltsnachweis erforderlich.**

OLG München, Beschluss vom 24.10.2014, 34 Wx 176/14

Als Eigentümer von Wohnungseigentum ist im Grundbuch eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), bestehend aus A – diese seit 10.1.2013 als Erbin des ursprünglichen Gesellschafters D –, B und C, eingetragen. B ist am 16.3.2012 verstorben und wurde gemäß Erbschein vom 27.9.2013 zu gleichen Teilen von den beiden Beteiligten zu 1 und 2 beerbt.

Mit notariellem Vertrag vom 3.12.2013 übertrugen die Beteiligten als Erbengemeinschaft in Erfüllung eines Vorausvermächtnisses den Gesellschaftsanteil an die Beteiligte zu 2. Sie bewilligten und beantragten wegen der Anteilsabtretung die Berichtigung des Grundbuchs. Die Parteien erklärten bei dieser Gelegenheit, für die Gesellschaft bestehe lediglich ein mündlicher Gesellschaftsvertrag. Mündlich seien keine Abweichungen von den gesetzlichen Bestimmungen vereinbart, so dass die Gesellschaft nach § 727 BGB bereits mit dem Tod des erstverstorbenen Gesellschafters (D) aufgelöst wurde und nunmehr nur noch als Liquidationsgesellschaft fortbestehe. Insoweit sei die Erbengemeinschaft nach der Erblasserin, deren Anteil am Gesellschaftsvermögen  $\frac{1}{3}$  betragen habe, Inhaber des Gesellschaftsanteils geworden.

Der Notar hat gemäß § 15 GBO den Vollzug der Berichtigung im Grundbuch beantragt.

Mit fristsetzender Zwischenverfügung vom 17.1./26.2.2014 hat – soweit für das Verfahren noch von Bedeutung – das Grundbuchamt als Hindernis die fehlende Berichtigungsbewilligung der übrigen Gesellschafter mit Bestätigungserklärungen zum unveränderten Fortbestand der Gesellschaft aufgezeigt, welche zur Übertragung des Gesellschaftsanteils auf die Beteiligte zu 2 als Alleinberechtigte erforderlich sei.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Beteiligten, die folgendermaßen begründet wird:

Eine Berichtigungsbewilligung der übrigen Gesellschafter sei nicht erforderlich. Für die Gesellschaft würden die gesetzlichen Vorschriften der §§ 705 ff. BGB gelten. Sie sei durch den Tod des Gesellschafters D aufgelöst und in eine Liquidationsgesellschaft umgewandelt. Die Beteiligten seien nach dem Tod der Gesellschafterin B als Erbengemeinschaft in die Gesellschaft eingetreten. Ein Beschluss, die Gesellschaft als werbende Gesellschaft fortzusetzen, sei nicht gefasst worden. Die Zustimmung der übrigen Gesellschafter sei zur Übertragung des Anteils auf einen der Miterben in Erfüllung eines Vermächtnisses nicht erforderlich. Deren Zustimmung sei zwar im Normalfall aufgrund des höchstpersönlichen Charakters des Zusammenschlusses einer Personengesellschaft notwendig. Wenn aber eine andere Gesellschaft Gesellschafterin der GbR sei, sei eine solche Zustimmung nicht notwendig, wenn sich lediglich deren Gesellschaftsbestand ändere. Bei der Beteiligung einer Gesellschaft an der GbR müssten nämlich die anderen Gesellschafter mit einem Mitgliederwechsel rechnen. Dies entspreche aber der Interessenlage im hiesigen Fall. Hätten die Gesellschafter keine abweichenden Bestimmungen für den Fall des Todes eines Gesellschafters getroffen, müssten sie damit rechnen, dass Erben, auf deren Auswahl sie keinerlei Einfluss hätten, in die Liquidationsgesellschaft eintreten. Bei der Übertragung des Anteils auf einen bereits an der Erbengemeinschaft beteiligten Miterben seien die anderen Gesellschafter nicht schutzbedürftig. In diesem Fall müssten sich die Mitgesellschafter nämlich weder eine dritte – neue – Person aufdrängen lassen noch komme es zu einer Vermehrung der Zahl der Gesellschafter. Die Mitgesellschafter einer auf Auseinandersetzung gerichteten Liquidationsgesellschaft seien insoweit auch nicht in gleicher Weise schutzwürdig wie die Gesellschafter einer werbenden Gesellschaft.

Das Grundbuchamt hat der Beschwerde nicht vollständig abgeholfen. Es geht zuletzt noch davon aus, dass mit notarieller Urkunde vom 1.2.1994 („Einbringung von Grundstücken in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts“) ein förmlicher Vertrag über die Errichtung der GbR geschlossen worden sei, dieser unverändert fortbestehe und die nach dem Tod des erstverstorbenen Gesellschafters bestehende Liquidationsgesellschaft keine sonstigen nicht aus dem Grundbuch bzw. Erbschein ersichtlichen Mitglieder habe. Zwar sei bei Beteiligung einer anderen Gesellschaft an einer GbR im Falle eines Gesellschafterswechsels in der anderen Gesellschaft keine Zustimmung der GbR-Gesellschafter erforderlich. Die Erbengemeinschaft sei jedoch keine juristische Person, sondern bestehe aus mehreren Personen in einer gesamthänderischen Gebundenheit.

Aus den Gründen:

## II.

Das Rechtsmittel hat – vorläufigen – Erfolg.

1. Auf die zulässige Beschwerde gegen die Zwischenverfügung (§ 18 Abs. 1, § 71 Abs. 1, § 73 mit § 15 Abs. 2 GBO) ist diese aufzuheben, da die Voraussetzungen für ihren Erlass nicht vorliegen. Die Zwischenverfügung dient dem Zweck, einer beantragten Eintragung den nach dem Eingang des Antrags sich bestimmenden Rang zu sichern, der bei sofortiger Zurückweisung nicht gewahrt bliebe. Sie ist daher nicht zulässig, wenn der Mangel des Antrags nicht mit rückwirkender Kraft geheilt werden kann (vgl. *Demharter*, GBO, 29. Aufl., § 18 Rdnr. 8). Das Grundbuchamt geht davon aus, dass der Nachweis der Grundbuchunrichtigkeit nicht erbracht ist. Es verlangt deshalb ausdrücklich unter Verweis auf § 19 GBO Berichtigungsbewilligungen der übrigen Gesellschafter. Wegen § 47 Abs. 2 Satz 2 GBO gelten die für den Berechtigten (die GbR) geltenden Vorschriften entsprechend für die Gesellschafter. Wenn aber die zur Eintragung erforderlichen Bewilligungen der unmittelbar Betroffenen, zu denen nach der gesetzlichen Gleichstellung gerade die Gesellschafter zählen, noch nicht erklärt sind, kann dies nicht mit rückwirkender Kraft geheilt werden. Dabei ist es ohne Bedeutung, ob es sich bei der fehlenden Eintragungsbewilligung des (der) unmittelbar Betroffenen um eine rechtsändernde oder aber um eine Berichtigungsbewilligung handelt. Auch deren Vorlage kann nicht durch Zwischenverfügung aufgegeben werden (vgl. *Demharter*, § 18 Rdnr. 12). Demnach hätte das Grundbuchamt von seinem Standpunkt aus den Antrag sofort zurückweisen müssen.

2. Für das weitere Verfahren weist der Senat – ohne Bindungswirkung – auf Folgendes hin:

a) Das Grundbuch kann aufgrund Unrichtigkeitsnachweises (§ 22 GBO) oder im Weg der Berichtigungsbewilligung (*Demharter*, § 22 Rdnr. 28 und 31) berichtigt werden. Für den zuletzt genannten Weg fehlt es bereits an der Bewilligung (§ 19 GBO) der weiteren Gesellschafter A und C (Senat vom 7.9.2010, 34 Wx 100/10, FGPrax 2010, 279/280; OLG Schleswig, FGPrax 2012, 62/63; *Palandt/Bassenge*, 73. Aufl., § 899a Rdnr. 3; *Hüggel/Kral*, GBO, 2. Aufl., „Gesellschaftsrecht“ Rdnr. 63; *Lautner*, MittBayNot 2011, 32, 37), deren Beteiligung an der Gesellschaft wegen § 899a BGB vermutet wird (Senat, a. a. O.).

b) Voraussetzung für die berichtigende Eintragung der Beteiligten zu 2 wäre darüber hinaus aber auch im Fall einer Berichtigung aufgrund Unrichtigkeitsnachweises, dass die Beteiligten zu 1 und 2 – in Erbengemeinschaft (§ 2032 BGB) – als Gesamtrechtsnachfolger der verstorbenen Gesellschafterin B. Gesellschafter geworden sind. Dem Grundbuch lässt sich hierzu – auch anhand der am 10.1.2013 nach dem ersten Todesfall vorgenommenen Berichtigung – nicht entnehmen, dass es sich bei der eingetragenen Gesellschaft um eine Liquidationsgesellschaft handelt. Die gesetzliche Vermutung in § 899a BGB hilft insoweit nicht weiter. Die materielle Grundnorm des § 727 Abs. 1 BGB hat zwar zur Folge, dass vorbehaltlich abweichender vertraglicher Regelungen die Gesellschaft durch den Tod eines der Gesellschafter aufgelöst wird und nach der Rechtsprechung des Senats der Erbe im Weg der Grundbuchberichtigung als Gesellschafter der dann als Liquidationsgesellschaft fortbestehenden Gesellschaft eingetragen werden kann (Beschluss vom 7.9.2010; dazu *Lautner*, MittBayNot 2011, 32, 36 f.). Aber bereits nach früherer Rechtsprechung (BayObLGZ 1991, 301; siehe auch OLG Schleswig, FGPrax 2012, 62) steht bei Todesnachweis des Gesell-

schafters zunächst nur die Unrichtigkeit des Grundbuchs fest, nicht hingegen der dadurch veränderte Gesellschafterbestand (*Knothe in Bauer/v. Oefele*, GBO, 3. Aufl., § 29 Rdnr. 59a). Denn vertragliche Fortsetzungs-, Eintritts- und Nachfolgeklauseln stellen keineswegs nur atypische Ausnahmen dar (BayObLGZ 1991, 301, 304; *Knothe in Bauer/v. Oefele*, § 29 Rdnr. 59a); zudem sind Änderungen des Gesellschaftsvertrags jederzeit und regelmäßig ohne die Notwendigkeit, eine bestimmte Form einzuhalten, möglich, was zur Folge hätte, dass gerade nicht die Erbenstellung auch den Eintritt in die Gesellschaft belegt. Denn die Rechtsnachfolge richtet sich grundsätzlich nicht nach den Regeln des Erbrechts, sondern nach den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags (vgl. BayObLGZ 1997, 307). Daher ist zur Grundbuchberichtigung in diesen Fällen die Vorlage des Gesellschaftsvertrags, wenn auch nicht zwingend in der Form des § 29 GBO, oder jedenfalls ein sonstiger Inhaltsnachweis erforderlich (vgl. BayObLG, a. a. O.; *Demharter*, § 22 Rdnr. 41).

c) Einen ausreichenden gesellschaftsvertraglichen Beleg zur ausgelösten Rechtsfolge des § 727 Abs. 1 BGB vermisst der Senat bislang. Anders als zuletzt das Grundbuchamt wertete der Senat die Erklärungen in der herangezogenen Urkunde vom 1.2.1994 nicht dahin, dass die Urkunde selbst die Gesellschaftsgründung enthält, sondern dass sie sich nur auf einen seinerzeit schon gesondert, nämlich mündlich abgeschlossenen Gesellschaftsvertrag bezieht. Diese Auslegung entspricht der nächstliegenden Bedeutung, indem der Text entsprechend der damaligen Regelung in § 47 GBO (a. F.) erkennbar ein bestehendes Gemeinschaftsverhältnis wiedergibt, um die Eintragungsvoraussetzungen bei Einbringung von Grundstücken in eine GbR herbeizuführen. Dann aber kann mit den vorhandenen Unterlagen nicht schon von einem Vertragsinhalt ausgegangen werden, dessen Fortbestehen das Grundbuchamt mangels auf konkrete Tatsachen gegründeter Zweifel unterstellen könnte (vgl. BayObLGZ 1997, 307; OLG Schleswig, FGPrax 2012, 62, 64; *Knothe in Bauer/v. Oefele*, § 29 Rdnr. 59a; *Hügel/Kral*, „Gesellschaftsrecht“ Rdnr. 63; großzügiger OLG Brandenburg, NJW-RR 2011, 1137; *Wegmann in Bauer/v. Oefele*, § 47 Rdnr. 200).

(...)

## Anmerkung:

### I. Sachverhalt und Problemaufriss

Eine GbR bestehend aus drei Gesellschaftern ist als Eigentümerin von Wohnungseigentum im Grundbuch eingetragen. Nach dem Tod eines der Gesellschafter übertragen die durch Erbschein ausgewiesenen Erben (in Erfüllung eines Vorausvermächtnisses) den Gesellschaftsanteil des Erblassers in notarieller Form auf einen Miterben und bewilligen und beantragen die Berichtigung des Grundbuchs. Bewilligungen der übrigen GbR-Gesellschafter und/oder ein Gesellschaftsvertrag (in der Form des § 29 GBO) werden nicht vorgelegt. Das Grundbuchamt verweigert daher die Berichtigung.

Da es sich bei der Gesellschafterstellung um eine Eintragung handelt, die nach § 899a BGB öffentlichen Glauben genießt, erklärt § 47 Abs. 2 Satz 2 GBO die Vorschriften zum Berechtigten auch hinsichtlich der Gesellschafter für anwendbar.<sup>1</sup> Die Veränderung des Gesellschafterbestands zieht somit eine Grundbuchberichtigung nach sich. Diese kann aufgrund Berichtigungsbewilligung oder Unrichtigkeitsnachweis (§ 22 Abs. 1 Satz 2 GBO) erfolgen.

<sup>1</sup> Vgl. BT-Drucks. 16/13437, S. 24.

### II. Anforderungen an die Berichtigungsbewilligung beim Gesellschafterwechsel

Zur Abgabe einer Berichtigungsbewilligung sind grundsätzlich die (wahren) Gesellschafter der GbR berechtigt, wobei das Grundbuchamt von der Vermutung der § 899a Satz 1, § 891 BGB ausgehen kann. Um die Bewilligungsberechtigung zu ermitteln, fordern die Grundbuchämter nach der bisherigen obergerichtlichen Rechtsprechung einen Nachweis des Inhalts des Gesellschaftsvertrags, ggf. auch ohne Einhaltung der Form des § 29 GBO.<sup>2</sup> Dieser Auffassung ist zwar zuzugeben, dass im Erbfall die Vermutung des § 899a Satz 1 BGB hinsichtlich des Verstorbenen widerlegt ist und der Gesellschaftsvertrag eine Sondererbfolge vorsehen kann, so dass die (in grundbuchtauglicher Form ausgewiesenen) Erben nicht notwendigerweise als Gesellschafter an die Stelle des Erblassers treten.<sup>3</sup> Um jedoch nicht auf Beweismittel zurückgreifen zu müssen, welche nicht der Form des § 29 GBO entsprechen, sprechen die besseren Gründe für die im Schrifttum vertretene Auffassung, die auch im Erbfall mangels konkreter Anhaltspunkte auf die Buchposition abstellt und die Bewilligung der (ausgewiesenen) Erben anstelle des Verstorbenen grds. ausreichen lässt.<sup>4</sup> Das OLG München hat die Frage zuletzt offengelassen.<sup>5</sup>

Für das Abstellen auf die Buchposition spricht neuerdings darüber hinaus die Anerkennung der Mediatisierungsthese durch den BGH. Dieser versteht die Neukonzeption des § 47 Abs. 2 GBO dahingehend, dass die Berechtigung am Grundbesitz der Gesellschaft durch die (jeweiligen) Gesellschafter als natürliche Personen vermittelt wird.<sup>6</sup> Sinn und Zweck dieser Mediatisierung ist es, rechtlich identifizierbare Parteien anstelle der (aufgrund der völligen Formfreiheit hinsichtlich Existenz und Vertretungsberechtigung) flüchtigen GbR für das Grundbuchverfahren zu erhalten, um den Grundbuchverkehr rechtssicher gestalten zu können. Materielle und formelle Rechtslage fallen also nach dem Willen des Gesetzgebers im Interesse der Praktikabilität des Grundbuchverkehrs auseinander.

### III. Anforderungen an den Unrichtigkeitsnachweis und die Entscheidung des OLG München

Wollen die Beteiligten dagegen auf die Bewilligung aller (im Grundbuch eingetragenen) Gesellschafter und ggf. deren Erben wie im Fall des OLG München verzichten, muss die wahre (materielle) Rechtslage zur Gewissheit des Grund-

<sup>2</sup> Vgl. BayObLG, Beschluss vom 12.8.1991, BReg. 2 Z 93/91, MittBayNot 1992, 47, 48; BayObLG, Beschluss vom 2.11.2000, 2 Z BR 111/00 MittBayNot, NZG 2001, 124, 125 = MittBayNot 2001, 73 (Ls.); OLG Schleswig, Beschluss vom 4.1.2012, 2 W 186/11, FGPrax 2012, 62, 63; OLG Schleswig, Beschluss vom 19.12.1991, 2 W 55/91, MittBayNot 1992, 139; *Demharter*, GBO, § 22 Rdnr. 41; dem zustimmend auch *van de Loo*, GWR 2012, 80, 83. Kann die Form des § 29 GBO nicht eingehalten werden, kommen nach der Rechtsprechung die Vorlage des Gesellschaftsvertrags in Schriftform oder Erklärungen der Gesellschafter und der Erben zu dessen Inhalt in Betracht.

<sup>3</sup> Dahinter kann man die Sorge vermuten, aus dem Grundbuch nicht ersichtliche Beteiligte (zum Beispiel insbesondere hinzugetretene Gesellschafter) nicht zu übergehen, vgl. BayObLG, Beschluss vom 13.8.1992, 2 Z BR 60/92, DNotZ 1993, 394, 395.

<sup>4</sup> *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, 4274; *Schöner*, DNotZ 1998, 815 ff.; *Ertl*, MittBayNot 1992, 11, 16.

<sup>5</sup> OLG München, Beschluss vom 7.9.2010, 34 Wx 100/10, MittBayNot 2011, 63, 64.

<sup>6</sup> BGH, Beschluss vom 28.4.2011, V ZB 194/10, NJW 2011, 1958, 1960 f. = MittBayNot 2011, 393 beruhend auf *Reymann*, ZNotP 2011, 84, 101 ff. Wie hier auch *Weber*, ZEV 2015, 200, 202.

buchamts grundsätzlich in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden. Dies setzt bei allen Veränderungen im Gesellschaftsbestand (Eintritt, Ausscheiden, bzw. Kombination von beidem in Form der Sonderrechtsnachfolge) neben dem Nachweis der Veränderung (Vertragsänderung, Abtretung, Erbfall) voraus, dass der aktuelle Inhalt des Gesellschaftsvertrags dargelegt und nachgewiesen wird. Denn ohne Mitwirkung aller Gesellschafter ist eine Veränderung nur dann denkbar, wenn sie durch den Gesellschaftsvertrag angeordnet wird (Fortsetzungsklausel, Nachfolgeklausel, Übertragbarkeit der Gesellschaftsbeteiligung).

Zutreffend und im Einklang mit der Rechtsprechung des BayObLG<sup>7</sup> entscheidet das OLG München, dass ein Nachweis nicht durch Verweis auf das dispositive Gesetzesrecht (§ 727 Abs. 1 BGB) entbehrlich wird. Zwar wird nach § 727 Abs. 1 BGB eine GbR beim Tod eines Gesellschafters aufgelöst, so dass die Erbengemeinschaft als Gesellschafterin in die Liquidationsgesellschaft eintritt – eine Sonderrechtsnachfolge findet nicht statt.<sup>8</sup> Da aber bei zahlreichen grundbesitzverwaltenden Gesellschaften abweichende Vereinbarungen getroffen werden, besteht keine Vermutung dafür, dass keine von § 727 Abs. 1 BGB abweichenden Regelungen getroffen wurden. Daher muss der (aktuelle) Inhalt des Gesellschaftsvertrags nachgewiesen werden.

Dieser Nachweis ist auch in der Form des § 29 GBO zu führen. Das OLG München deutet unter Verweis auf die obergerichtliche Rechtsprechung zur Berichtigungsbewilligung *obiter* an, dass geringere Anforderungen genügen könnten, etwa ein privatschriftlicher Gesellschaftsvertrag oder entsprechende eidesstattliche Versicherungen der Beteiligten. Zwar hat das BayObLG auch beim Unrichtigkeitsnachweis eine Absenkung der Anforderungen erwogen, jedoch mit der – nunmehr wohl überholten – Begründung, dass auch die Berichtigungsbewilligung nicht ohne Nachweis des Inhalts des Gesellschaftsvertrags zu führen und ein Absenken der Nachweisanforderungen notwendig sei, um eine faktische Grundbuchsperrung zu verhindern.<sup>9</sup>

Im Interesse der Sicherheit des Grundbuchverkehrs ist indessen an der Form des § 29 GBO festzuhalten. Den Ausführungen des OLG München und der dort in Bezug genommenen Rechtsprechung, die für ein Absenken der Anforderungen eintreten, wird man aber entnehmen können, dass bei Vorlage eines Gesellschaftsvertrags in der Form des § 29 GBO mangels konkreter gegenteiliger Anhaltspunkte von dessen unverändertem Fortbestand ausgegangen werden kann. Andernfalls könnte der Unrichtigkeitsnachweis niemals geführt werden.<sup>10</sup>

<sup>7</sup> BayObLG, Beschluss vom 12.8.1991, BReg. 2 Z 93/91, MittBayNot 1992, 47, 48.

<sup>8</sup> Vgl. BGH, Beschluss vom 20.5.1981, V ZB 25/79, NJW 1982, 170, 171; MünchKommBGB/Schäfer, 6. Aufl. 2013, § 727 Rdnr. 14.

<sup>9</sup> BayObLG, Beschluss vom 12.8.1991, BReg. 2 Z 93/91, MittBayNot 1992, 47, 48.

<sup>10</sup> Die Anforderungen an den Nachweis negativer Tatsachen dürfen nicht überspannt werden, zumal die potentiell Betroffenen (neue Gesellschafter) ihre Rechte durch Eintragung im Grundbuch bzw. durch Widerspruch absichern können. So i. E. auch Weber, ZEV 2015, 200, 201; die dort in Fn. 19 in Bezug genommenen Entscheidungen (OLG München, Beschluss vom 7.9.2010, 34 Wx 100/10, MittBayNot 2011, 63 und BayObLG, Beschluss vom 16.10.1997, 2Z BR 94/97, MittBayNot 1998, 258) betreffen zwar Fälle der Berichtigungsbewilligung, die Anforderungen für einen Unrichtigkeitsnachweis sollten indessen nicht abweichend gehandhabt werden.

#### IV. Ausblick und Praxishinweis

Das Festhalten an den Anforderungen des § 29 GBO beim Unrichtigkeitsnachweis führt zu keiner unzumutbaren Belastung der Beteiligten, da sie den Weg der Berichtigungsbewilligung beschreiten können. Die Anforderungen an diese (Bewilligungen aller Gesellschafter und aller in grundbuchtauglicher Form ausgewiesenen Erben) entsprechen im Grundsatz denjenigen, die für die Eintragung im Handelsregister gelten (§§ 108, 143 Abs. 3 HGB). Der Wechsel hin zu einer formellen Betrachtung der Bewilligungsberechtigung bei der GbR in der Rechtsprechung des BGH sollte dazu führen, dass die Vorlage privatschriftlicher Urkunden und/oder eidesstattlicher Versicherungen im Grundbuchverfahren entbehrlich wird. Nach zutreffender Auffassung sind solche Nachweise nämlich bei der Berichtigungsbewilligung entbehrlich und beim Unrichtigkeitsnachweis wegen § 29 GBO unzureichend.

Für die (notarielle) Praxis kann – auch angesichts der dargelegten Unsicherheiten – die Empfehlung ausgesprochen werden, nicht nur den Gesellschaftsvertrag, sondern auch sämtliche Änderungen des Vertrags und im Gesellschafterbestand einer grundbesitzhaltenden GbR in der Form des § 29 GBO vornehmen zu lassen, um im Zweifel den Anforderungen an den Unrichtigkeitsnachweis genügen zu können. Insbesondere sollten im Fall eines Gesellschafterwechsels nicht nur die Berichtigungsbewilligungen, sondern auch die materiellen Erklärungen zur Abtretung bzw. Vertragsänderung in der Form des § 29 GBO erfolgen.<sup>11</sup> Zu berücksichtigen ist schließlich, dass die Grundbuchämter in zahlreichen Fällen auch beim Übergang von GbR-Anteilen im Wege der Erbfolge eine Unbedenklichkeitsbescheinigung (§ 22 GrEStG) verlangen.<sup>12</sup>

Notar Dr. Lovro Tomasic, Mellrichstadt

<sup>11</sup> Aus kostenrechtlicher Sicht fällt für die Beurkundung (KV 21100) bzw. den Entwurf (KV 24100) einer Vertragsänderung oder Abtretungserklärung (KV 21100 bzw. 24100) eine 2,0-Gebühr an. Die zusätzlich aufzunehmende Berichtigungsbewilligung ist hierzu nach § 109 Abs. 1 GNotKG gegenstandsgleich. Für die reine Berichtigungsbewilligung fällt eine 0,5-Gebühr (KV 24102) an. Vgl. insgesamt *Notarkasse*, Streifzug durch das GNotKG, 11. Aufl. 2015, Rdnr. 268.

<sup>12</sup> Auch im Erbweg kann ein nach § 1 Abs. 3 Nr. 2 GrEStG steuerbarer und nicht nach § 3 Nr. 2 GrEStG befreiter Grunderwerbsteueratbestand vorliegen, wenn die vor dem Erbfall erfolgten Anteilsübertragungen entgeltlich, und damit nicht nach § 3 Nr. 2 GrEStG befreit waren, vgl. näher dazu BFH, Entscheidung vom 23.5.2012, II R 21/10, MittBayNot 2012, 417, 418 und Weber, ZEV 2015, 200, 202 f. m. w. N.

6. BGB § 133, GBO § 19 (*Zur Wirksamkeit einer Eintragungsbewilligung nach dem Tod des Bewilligenden*)

1. **Die Eintragungsbewilligung dessen, der verstorben ist, erlischt nicht mit dem Tod. Die wirksame Eintragungsbewilligung des Erblassers genügt auch dann, wenn inzwischen die Erben als Berechtigte im Grundbuch ausgewiesen sind.**

2. **Auslegung eines Hofüberlassungsvertrags, von dem ein Miteigentumsanteil an einem Grundstück ausgenommen wird.**

OLG München, Beschluss vom 28.7.2014, 34 Wx 240/14

Zu notarieller Urkunde vom 14.8.1986 übertrug F. J. M. sein landwirtschaftliches Anwesen an den Beteiligten zu 1, seinen Sohn. Zum Vertragsgegenstand heißt es in der Urkunde (Ziffer 6 I.):

Die zu diesem Anwesen gehörigen Grundstücke sind in dem Grundstücksverzeichnis, das dieser Urkunde als Anlage beigefügt ist, samt Belastungen im Einzelnen aufgeführt.

Die erwähnte Anlage enthält 14 Grundstücke, u. a. das Flurstück F, Wald zu 0,4430 ha. Nach Ziffer II der Vertragsurkunde werden an den Beteiligten zu 1 zu Alleineigentum übergeben das gesamte vorbezeichnete Anwesen mit allen Rechten und Pflichten, ... Nicht mit übergeben ist ein 1/2-Miteigentumsanteil an Fl.Nr. ... Mitübergeben werden auch die zum Anwesen gehörigen Rechte, wie etwa Gemeinderechte.

Nach dem Textbild wurde die Passage: „Nicht mit übergeben ...“ nachträglich eingeschoben.

Weiter heißt es im Text der Urkunde:

Sollten noch weitere Grundstücke oder Rechte als die in der Anlage zu dieser Urkunde aufgeführten dem Übergeber gehören, so sollen auch diese Grundstücke und Rechte zu den Bedingungen dieses Vertrages mit übergeben sein, soweit in dieser Urkunde nichts anderes ausdrücklich bestimmt ist. Der Übernehmer nimmt dies an.

Unter Ziffer III. werden Rechtsgrund und Gegenleistung geregelt. Dazu zählt ein Leibgeding für den Übergeber und dessen Ehefrau. Weiter räumt der Übernehmer nach Ziffer III.4. seinem Bruder B., dem Beteiligten zu 4, zum Zwecke der Abfindung ein Wohnungsrecht als beschränkte persönliche Dienstbarkeit ein; ferner erhält der Bruder das alleinige Nutzungsrecht an dem Gemeinderecht und dem Rechteranteil Nr. 333 des Übergebers. Abschließend heißt es dort, ebenfalls offenbar ergänzend zum vorbereiteten Urkundentext eingefügt:

B. M. erhält ferner mit Urkunde des amtierenden Notars vom heutigen Tage einen 1/2 Miteigentumsanteil an dem Grundstück Fl.Nr. ...

Die grundbuchmäßigen Erklärungen gemäß Ziffer VIII. umfassen das Eigentum am übergebenen Grundbesitz, ebenso das Eigentum an weiterem Grundbesitz, auch wenn dieser nicht aufgeführt sein sollte.

In der erwähnten weiteren Urkunde vom selben Tag überließ F. J. M. seinem Sohn B. M., dem Beteiligten zu 4, zum Eigentum einen 1/2-Miteigentumsanteil an dem Grundstück Fl.Nr. ... mit allen Rechten und Pflichten.

Auf den unbeschränkten Vollzugsantrag vom 9.9.1986 trug das Grundbuchamt am 7.10.1986 den Beteiligten zu 1 als neuen Eigentümer von 13 Grundstücken mit Ausnahme des Waldgrundstücks FlSt. ... ein. Dieses übertrug es auf ein neues Grundbuchblatt; als Miteigentümer wurden neben dem Beteiligten zu 4 weiter F. J. M., beide je zu 1/2 geführt. Als Grundlage der Eintragung ist die Auflassung eines Hälfteanteils vom 14.8.1986 und im Übrigen die Übertragung im Eigentum bezeichnet.

F. J. M. ist 2013 verstorben und wurde gemäß Erbschein beerbt von den Beteiligten zu 1 und 4 je zu 1/3 und von den Beteiligten zu 2 und 3 je zu 1/6. Das Grundbuchamt berichtigte am 7.11.2013 das Grundbuch für das Waldgrundstück FlSt. ... dahingehend, dass für einen 1/2-Anteil nunmehr die Beteiligten zu 1 bis 4 in Erbengemeinschaft anstelle des Erblassers eingetragen sind.

Mit Schreiben vom 12.11.2013 beantragte der Rechtsnachfolger des Urkundsnotars, gemäß § 15 GBO und aufgrund der in der damaligen Urkunde enthaltenen Ermächtigung den Vollzug der Auflassung des 1/2-Miteigentumsanteils an dem Waldgrundstück. Die Bewilligung des Übergebers sei durch dessen Tod nicht erloschen. Der damalige Vollzug sei, bezogen auf dieses Grundstück, seinerzeit offensichtlich versehentlich unterblieben. Dem hat sich der Beteiligte zu 1 über seine bevollmächtigten Rechtsanwälte ausdrücklich angeschlossen und dazu erklärt, von der Übertragung auf ihn sei damals nur ein 1/2-Miteigentumsanteil ausgenommen und dieser unmittelbar anschließend in der Folgeurkunde auf den Beteiligten zu 4 übertragen worden.

Das Grundbuchamt hat den Standpunkt vertreten, entscheidend sei, ob der von der zeitlich ersten Beurkundung ausgenommene 1/2-Anteil eben derjenige Teil sei, der mit der anschließenden Urkunde an den Beteiligten zu 4 übergeben worden sei. Dafür fehlten aber in beiden Urkunden Hinweise. Folglich sei der eine Hälfteanteil im Eigentum des Übergebers zu belassen gewesen. Mit Beschluss vom 22.4.2014 hat es den Antrag auf Umschreibung des Miteigentumsanteils zurückgewiesen.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde des Beteiligten zu 1. Der Wortlaut des Vertrags sei derart eindeutig, dass er keiner Auslegung und auch keiner Spekulation über das von den Parteien Gewollte zugänglich sei. Der Grundbesitz an dem bezeichneten Flurstück sei abzüglich des 1/2-Miteigentumsanteils übergeben worden. Aus der gewählten Formulierung im Vertragstext ergebe sich nicht, was denn nun der Übergeber mit dem Hälfteanteil zu tun gedenke. Es sei deshalb unrichtig anzunehmen, die Urkunde hätte einen Hinweis darauf enthalten müssen, diesen vorbehaltenen Miteigentumsanteil an den Beteiligten zu 4 übertragen zu wollen. Aus dem Zusatz in Ziffer II.4. werde zudem der Zusammenhang mit der Aussage, nicht mit übergeben werde ein 1/2-Miteigentumsanteil, zum Ausdruck gebracht. Zudem gebe der Hofübergabevertrag keinerlei Anhaltspunkte für die Annahme, der Übergeber habe für sich einen Anteil an dem Waldgrundstück zurückbehalten. Vielmehr habe er sich des Grundbesitzes vollständig begeben wollen.

Das Grundbuchamt hat mit Beschluss vom 26.5.2014 nicht abgeholfen. Es finde sich in keiner der beiden Urkunden ein Hinweis, dass es sich bei dem nicht übergebenen Anteil um die an den Beteiligten zu 4 übertragene Hälfte handle.

Der Senat hat die in Erbengemeinschaft mit eingetragenen Beteiligten zu 2 bis 4 angehört. Der in der Beschwerde vertretenen Beurteilung hat sich der Beteiligte zu 4 angeschlossen, während die Beteiligten zu 2 und 3 meinen, der Hofübergabevertrag sei dahin zu verstehen, dass der Übergeber den Hälfteanteil an dem bezeichneten Grundstück zunächst in seinem Eigentum habe behalten wollen. Bei der Übergabe landwirtschaftlicher Betriebe sei dies durchaus üblich, etwa um dem Übergeber zu ermöglichen, das Brennholz für den Eigenbedarf selbst schlagen zu können.

Aus den Gründen:

## II.

Die Beschwerde richtet sich gegen die Ablehnung eines Eintragungsantrags und ist unbeschränkt zulässig (§ 71 Abs. 1, § 73 GBO; § 10 Abs. 2 Satz 1 FamFG). Der Beteiligte zu 1 ist beschwerdeberechtigt, weil ihm als Begünstigten der begehrten Eintragung auch das Antragsrecht des § 13 Abs. 1 Satz 2 GBO zusteht (vgl. *Demharter*, GBO, 29. Aufl., § 71 Rdnr. 63).

1. Das Rechtsmittel erweist sich als begründet. Das Grundbuchamt wird angewiesen, die Umschreibung des hälftigen Miteigentums auf den Beteiligten zu 1 vorzunehmen.

a) Zutreffend wird im Antrag vom 12.11.2013 davon ausgegangen, dass jedenfalls die Vollmachtsvermutung des § 15 Abs. 2 GBO fortbesteht und auf den Amtsnachfolger des seinerzeitigen Notars übergegangen ist (vgl. *Demharter*, § 15 Rdnr. 5). Zudem hat auch der Beteiligte zu 1 wirksam über seine bevollmächtigten Rechtsanwälte die Eintragung beantragt; für einen derartigen „reinen“ Antrag gilt nicht die Form des § 29 GBO (siehe § 30 GBO; *Demharter*, § 30 Rdnr. 5).

b) Die grundbuchmäßigen Erklärungen im Übergabevertrag vom 14.8.1986 (URNr. 1410; dort zu Ziffer VIII.) gelten fort. Namentlich erlischt die Eintragungsbewilligung des „verlierenden“ Teils (§ 19 GBO) nicht mit dessen Tod (BGHZ 45, 351/356; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 107a). Für die Grundbucheintragung genügt die wirksame Eintragungsbewilligung des Erblassers auch dann, wenn inzwischen die Erben als Berechtigte im Grundbuch eingetragen worden sind. Einer weiteren Bewilligung der eingetragenen Erben bedarf es nicht (BGH, a. a. O.; *Schöner/Stöber*, a. a. O.; *Demharter*, § 19 Rdnr. 23). An die Auflassung selbst sind die Urkundsparteien vor der Eintragung ohnehin bereits durch den notariellen Vertragsabschluss gebunden (§ 873 Abs. 2 BGB). Deshalb kommt es darauf an, ob die im Hofübergabevertrag enthaltene Bewilligung auch den fraglichen Hälfteanteil an dem Waldgrundstück mit umfasste. Für deren Auslegung gilt § 133 BGB entsprechend; jedoch ist zu

berücksichtigen, dass der das Grundbuchverfahren beherrschende Bestimmtheitsgrundsatz und das grundsätzliche Erfordernis urkundlich belegter Eintragungsunterlagen der Auslegung durch das Grundbuchamt Grenzen setzen (BayObLGZ 1984, 122/124). Auf die Auslegung darf nur zurückgegriffen werden, wenn sie zu einem zweifelsfreien und eindeutigen Ergebnis führt. Bei der Auslegung ist auf Wortlaut und Sinn abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung der Erklärung ergibt; außerhalb der Eintragungsbewilligung liegende Umstände dürfen nur insoweit herangezogen werden, als sie für jedermann ohne Weiteres erkennbar sind (st. Rspr.; z. B. BGHZ 113, 374/378; BGH, ZWE 2013, 402/403; *Demharter*, § 19 Rdnr. 28).

c) Die Auslegung, die der Senat als Beschwerdegericht selbstständig vorzunehmen hat, ergibt Folgendes:

Im „Grundbuchvortrag“ (Ziffer I.) wird auf die zum Anwesen gehörenden, damals auf einem Grundbuchblatt vermerkten (14) Grundstücke verwiesen, die in einem Grundstücksverzeichnis als Anlage beigeheftet sind. Ohne Einschränkungen umfasst ist das dort genannte Grundstück FlSt. ... Gegenstand der Übergabe zum Alleineigentum ist sodann (Ziffer II.) das „gesamte vorbezeichnete Anwesen“. Erklärt wird in diesem Zusammenhang zusätzlich noch, dass der Vertrag auch etwaige weitere Grundstücke umfassen solle, die dem Übergeber gehörten, aber nicht in der Anlage bezeichnet sind, soweit in dieser Urkunde nichts anderes ausdrücklich bestimmt ist. Schon diese Erklärung spricht gegen die Auslegung des Grundbuchamts, mit der Aussage, nicht mit übergeben werde ein  $\frac{1}{2}$ -Miteigentumsanteil an FlSt. ..., werde ausgedrückt, der Übergeber wolle gerade diesen und nicht den anderen, dem Bruder zugedachten Teil für sich zurückbehalten. Aufgegriffen wird das von der Übertragung ausgenommene Recht (Miteigentumsanteil) sodann in demjenigen Vertragsabschnitt, der Leistungen wie Wohnungsrecht und Nutzungsrechte zugunsten des Bruders regelt. Die abschließende Bewilligung (Ziffer VIII.) erstreckt sich ausdrücklich nochmals ebenso auf Eigentum „an weiterem Grundbesitz, auch wenn dieser nicht aufgeführt sein sollte“. Die nächstliegende Bedeutung der Erklärung ist diejenige, dass sie sich auf die Übergabe des gesamten Anwesens einschließlich – nicht ausschließlich – eines Hälfteanteils an dem Waldgrundstück bezieht. Vom gegenständlichen Vertrag ausgenommen wird nur der für den Bruder bestimmte Anteil an dem bezeichneten Grundstück. Anders zu verstehen wäre dies nur, wenn der Vertrag das Waldgrundstück als solches „ausgeklammert“ hätte. Dann hätte es sich aber aufgedrängt, schon bei der Übergabe der zum Anwesen zugeordneten Grundstücke das Waldgrundstück herauszunehmen. Schließlich wird aus dem Vertrag auch deutlich, dass die Übergabe „komplett“ sein sollte, also nach der Hofüberlassung an den Beteiligten zu 1 und der Grundstückshälfteübertragung an den Beteiligten zu 4 beim Übergeber kein dem „Anwesen“ zuzuordnendes Vermögen mehr verbleiben sollte.

Unter diesen Umständen kann es dahinstehen, ob bereits die Eindeutigkeit des Wortlauts (vgl. BGHZ 32, 60, 63) zum selben Ergebnis führt. Der Erwägung des Rechtspflegers, der Hofübergabevertrag könne nicht isoliert, sondern nur im Zusammenhang mit dem gleichzeitig vorgelegten Übergabevertrag gelesen werden, folgt der Senat nicht. Vielmehr sind die grundbuchrechtlichen Erklärungen der einzelnen in sich geschlossenen Verträge zunächst je für sich zu betrachten und deren nächstliegende Bedeutung zu ermitteln (vgl. auch BayObLG, FGPrax 2002, 151/152). Dies aber führt, wie dargestellt, schon zu einem eindeutigen Ergebnis.

d) Dieser urkundlichen Lage steht schließlich auch nicht die eher theoretische Überlegung der Beteiligten zu 2 und 3 entgegen, ein solcher Zurückbehalt sei bei der Übergabe landwirtschaftlicher Betriebe durchaus üblich, und sei es nur, um sich die Möglichkeit zum eigenen Brennholzeinschlag zu erhalten. Ohne dass es noch darauf ankäme, ergibt sich nämlich aus dem zugleich geregelten Leibgeding, dass der Übergeber gegen den Übernehmer Anspruch auf beheizbaren Zustand, die notwendigen Öfen und freie Beheizung der Ausnahmewohnung hat. Dann liegt es aber ohne weitere Anhaltspunkte nicht nahe, sich als Altenteiler ein Recht zum Brennholzeinschlag an einem ideellen Hälfteanteil vorzubehalten.

7. BGB § 2113, GBO § 51 (*Grundbuchverfahrensrechtliche Folgen der Löschung eines Nacherbenvermerks*)

1. **Wenn ein eingetragener Nacherbenvermerk aufgrund Bewilligung der Nacherben gelöscht worden ist, darf das Grundbuchamt nach Eintritt des Nacherbfalls eine Verfügung der eigenen Erben des Vorerben über das Grundstück nicht davon abhängig machen, dass zunächst die Nacherbfolge im Berichtigungswege im Grundbuch eingetragen werden müsse.**
2. **Ist ein Nacherbenvermerk wegen fehlender Bewilligung benannter Ersatznacherben zu Unrecht gelöscht worden, kann lediglich unter den Voraussetzungen des § 53 Abs. 1 GBO gegen die Löschung des Nacherbenvermerks ein Amtswiderspruch eingetragen werden.**

OLG Hamm, Beschluss vom 24.7.2014, I-15 W 300/14

In den eingangs genannten Grundbüchern waren seit 1989 die Eheleute A zu je  $\frac{1}{2}$ -Anteil eingetragen. Die Ehegatten errichteten 1998 ein notarielles Testament, in dem sie sich gegenseitig zu befreiten Vorerben einsetzten. Zu Nacherben der Ehefrau wurden deren Schwestern B und C eingesetzt, als Ersatznacherben zu gleichen Anteilen deren jeweilige Abkömmlinge. Nach dem Tod der Ehefrau 2010 wurde der Ehemann A am 24.3.2011 als Alleineigentümer, gleichzeitig in Abt. II Nr. 2 bzw. 5 ein Nacherbenvermerk eingetragen, in dem B und C als Nacherbinnen bei Eintritt des Todes des Vorerben sowie deren namentlich aufgeführte jeweils drei Abkömmlinge als Ersatznacherben genannt werden. Die Vermerke wurden am 5.6.2011 klarstellend dahin gefasst, dass die Nacherbfolge nur den  $\frac{1}{2}$ -Miteigentumsanteil der verstorbenen Ehefrau erfasst. Die Nacherbenvermerke wurden sodann am 22.11.2011 gelöscht, und zwar aufgrund einer notariell beglaubigten Bewilligung der B und C.

Der Ehemann A ist 2013 nachverstorben. Ausweislich des in den beigezogenen Akten des Nachlassgerichts erteilten gemeinschaftlichen Erbscheins ist er von D bis G zu je  $\frac{1}{4}$ -Anteil beerbt worden.

In notarieller Urkunde vom 5.4.2014 haben D bis G das Wohnungs- und das Teileigentumsrecht an H und I verkauft und aufgelassen. Der Urkundsnotar hat am 9.4.2014 die Eintragung von H und I als Eigentümer im Wege der Grundbuchberichtigung aufgrund Erbfolge sowie die Eintragung einer Grundschuld beantragt, die H und I in gesonderter Urkunde aufgrund einer ihnen erteilten Belastungsvollmacht zugunsten der J bestellt haben.

Das Grundbuchamt hat diese Anträge mit Zwischenverfügung dahin beanstandet, es müsse eine zusätzliche Grundbuchberichtigung in Bezug auf die Nacherbfolge vorgenommen werden, die in Ansehung des ursprünglich für die erstverstorbene Ehefrau eingetragenen Miteigentumsanteils mit dem Tod des Vorerben eingetreten sei. Diese Nacherbfolge werde nicht dadurch berührt, dass der Nacherbenvermerk zwischenzeitlich gelöscht worden sei.

Gegen diese Zwischenverfügung richtet sich die Beschwerde der beteiligten D bis J.

Aus den Gründen:

## II.

Die Beschwerde ist nach den §§ 71, 73 GBO zulässig und führt sachlich zur Aufhebung der angefochtenen Zwischenverfügung des Grundbuchamtes.

Dieses Ergebnis beruht zunächst auf grundbuchverfahrensrechtlichen Erwägungen, weil die angefochtene Zwischenverfügung bereits wegen Fehlens der formellen Voraussetzungen des § 18 Abs. 1 GBO nicht zulässig ist. Durch den Erlass einer Zwischenverfügung sollen dem Antragsteller der Rang und die sonstigen Rechtswirkungen erhalten bleiben, die sich nach dem Eingang des Antrags richten und die durch die sofortige Zurückweisung verloren gingen. § 18 GBO bezieht sich daher nur auf die Beseitigung eines der Eintragung entgegenstehenden Hindernisses und ist nicht anwendbar, wenn der Mangel des Antrags nicht mit rückwirkender Kraft geheilt werden kann (BGH, FGPrax 2014, 2). Dementsprechend kann Gegenstand einer Zwischenverfügung nicht sein, dass ein weiterer Grundbuchberichtigungsantrag noch gestellt werden möge.

Auch in der Sache vermag der Senat der Auffassung des Grundbuchamtes nicht zu folgen. Gegen den Grundbuchberichtigungsantrag der D bis G bestehen keine durchgreifenden Eintragungshindernisse: Beantragt wird die Grundbuchberichtigung aufgrund Erbfolge nach dem als Alleineigentümer eingetragenen Herrn A. Die Erbfolge ist durch den Erbschein nachgewiesen, der durch dasselbe AG erteilt worden ist, bei dem auch das Grundbuch geführt wird; die Akten des Nachlassgerichts sind von dem Grundbuchamt beigezogen worden. Der Erbschein weist D bis G als Erben des Erblassers aus.

Entgegen der Auffassung des Grundbuchamtes ist der Vollzug dieser Grundbuchberichtigung nicht davon abhängig, dass gleichzeitig eine weitere Grundbuchberichtigung im Hinblick auf eine Nacherbfolge nach der erstverstorbenen Ehefrau A eingetragen wird. Mit der Eintragung des Herrn A war zunächst ein Nacherbenvermerk eingetragen worden, der den früheren ½ Miteigentumsanteil der erstverstorbenen Ehefrau betraf. Dieser Nacherbenvermerk ist jedoch auf der Grundlage der von B und C erteilten Bewilligung gelöscht worden. Der Nacherbenvermerk bringt die Verfügungsbeschränkungen des Vorerben nach § 2113 BGB zum Ausdruck und dient in dieser Funktion ausschließlich dem Schutz des Nacherben. Bewilligt dieser die Löschung des Nacherbenvermerks, verzichtet er auf die Schutzwirkungen dieser Eintragung. Der Verzicht auf die Eintragung des Vermerks hat solcher nicht das materielle Erlöschen des Nacherbenrechts zur Folge. Ob und welche materielle Verfügungen über die Nacherbenanwartschaft getroffen worden sind, ist bislang offengeblieben und bedarf entgegen der in der Nichtabhilfeentscheidung des Grundbuchamtes zum Ausdruck gebrachten Auffassung auch keiner weiteren Nachweise.

Der Verzicht auf den Schutz des Nacherbenvermerks bewirkt indessen, dass das etwa fortbestehende Nacherbenrecht im Grundbuchverkehr nicht mehr beachtet und der Gefahr des Untergangs mit gutgläubigem Erwerb Dritter durch Verfügung des Vorerben preisgegeben wird (BayObLG, NJW-RR 1989, 1096; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 3507; *Bauerlv. Oefele*, GBO, 3. Aufl., § 51 Rdnr. 84). Dementsprechend hat das Grundbuchamt nach Löschung des Nacherbenvermerks keinen Anlass mehr in eine Prüfung einzutreten, ob der eingetragene Eigentümer den Verfügungsbeschränkungen einer Nacherbfolge unterliegt. Diese Wirkung erstreckt sich auch auf die Erben des eingetragenen Eigentü-

mers. Die grundbuchverfahrensrechtliche Wirkung des Verzichts auf den Schutz des Nacherbenvermerks wäre im Ergebnis gegenstandslos, wenn nach dem Tod des Vorerben eine dem Grundbuchamt zur Kenntnis gelangte Nacherbfolge gleichwohl zunächst im Berichtigungswege im Grundbuch eingetragen werden müsste und die Erben des eingetragenen Eigentümers auf diese Weise auf eine erneute Mitwirkung der Nacherben bei einer Verfügung über das eingetragene Recht angewiesen wären.

Eine davon zu unterscheidende Frage ist, ob das Grundbuchamt bei der Löschung des Nacherbenvermerks gegen gesetzliche Vorschriften verstoßen hat und deshalb nunmehr vorab ein Amtswiderspruch einzutragen ist (§ 53 Abs. 1 Satz 1 GBO). Diese Frage ist nicht Gegenstand der vorliegenden Beschwerde, so dass der Senat lediglich Anlass zu den folgenden Hinweisen hat:

Der am 24.3.2011 eingetragene Nacherbenvermerk verlautbart zusätzlich, dass für B und C jeweils deren drei namentlich benannte Abkömmlinge als Ersatzerben eingesetzt sind. Diese Eintragung beruht auf der inhaltlich entsprechenden Regelung im gemeinschaftlichen Testament aus dem Jahr 1998, die für den hier eingetretenen Fall des Erstversterbens der Ehefrau getroffen worden ist. Ein eingetragener Nacherbenvermerk darf nach gefestigter Auffassung nur gelöscht werden, wenn diese auch von den durch die letztwillige Verfügung berufenen Ersatznacherben bewilligt wird (vgl. etwa OLG Frankfurt, Rpfleger 1971, 146; OLG Hamm, DNotZ 1955, 538; *Schöner/Stöber*, a. a. O., Rdnr. 3510). Eine Löschungsbewilligung der Ersatznacherben ist hier jedoch nicht nachgewiesen worden.

Trotz dieser Verletzung gesetzlicher Vorschriften hat die Eintragung eines Amtswiderspruchs zu unterbleiben, wenn das Grundbuch zum jetzigen Zeitpunkt gleichwohl mit der materiellrechtlichen Rechtslage übereinstimmt. Der Verzicht des Nacherben auf den Schutz des Nacherbenvermerks und eine damit ggf. materielle verbundenen (entgeltliche) Übertragung der Nacherbenanwartschaft auf den Vorerben bewirkt nicht einen Wegfall des Vorerben und damit den Eintritt des Ersatzfalls. Der Ersatznacherbe, der an der Übertragung der Nacherbenanwartschaft nicht mitgewirkt hat, wird dadurch in seiner Rechtsstellung nicht beeinträchtigt. Deshalb fallen die Beschränkungen der Nacherbenanwartschaft für den Vorerben noch nicht endgültig weg. Vielmehr steht die Wirksamkeit dieser Verfügung unter der auflösenden Bedingung, dass bis zum Eintritt des Nacherbfalls der Ersatzfall eintritt. Erlebt der Nacherbe den Nacherbfall nicht, so tritt die auflösende Bedingung ein, so dass der Ersatznacherbe alsdann in die Nacherbenstellung aufrückt. Erlebt jedoch der Nacherbe den Nacherbfall, so tritt eine Ersatznacherbfolge nicht ein; der Vorerbe ist endgültig von den Beschränkungen der Nacherbschaft freigestellt (Senat, NJW 1970, 1606 = FamRZ 1970, 607; ebenso BayObLGZ 1970, 137 = NJW 1970, 1794). Das Grundbuchamt wird deshalb aufgrund der ihm im Amtsverfahren nach § 53 Abs. 1 GBO obliegenden Amtsermittlungspflicht (§ 26 FamFG) feststellen müssen, ob B und C den Nacherbfall erlebt haben. Entsprechende Feststellungen lassen sich beispielhaft durch eine beglaubigte Abschrift des jeweiligen Geburtseintrags der betroffenen Frauen treffen, in dem auf ein etwaiges Versterben und den Zeitpunkt des Todes hingewiesen werden muss (§ 27 Abs. 4 Nr. 3 PStG).

### Anmerkung:

1. Nacherbfolgeanordnungen kommen bei den geänderten familiären Verhältnissen in Deutschland immer häufiger vor. Sie erscheinen oft als das allein geeignete Mittel, um einen

unerwünschten Übergang des eigenen Vermögens auf Erbes-  
erben zu verhindern. Der Beschluss des OLG Hamm vom  
24.7.2014 belegt, wie problematisch dies sein kann, wenn  
man Nacherbfolge anordnet, ohne sich über die möglichen  
weitreichenden Folgen einer solchen Verfügung klar gewor-  
den zu sein.

2. Die Problematik besteht darin, dass nach der gesetz-  
lichen Systematik der Vorerbe und der Nacherbe bei bestimm-  
ten Maßnahmen zusammen wirken müssen. Fraglich ist, wer  
dann auf Seiten des Nacherben eine etwa erforderliche  
Zustimmung erteilen kann. Wer endgültig Nacherbe wird,  
bestimmt sich nicht nach dem Zeitpunkt des Erbfalls und  
auch nicht nach dem der beabsichtigten Verfügung, sondern  
nach dem Nacherbfall, meistens das Ableben des Vorerben.<sup>1</sup>  
Fraglich ist daher, wer einer vor dem Eintritt des Nacherbfalls  
beabsichtigten Maßnahme zustimmen muss. In dem vom  
OLG Hamm entschiedenen Fall ging es um die Frage, ob zu  
Verfügungen des Vorerben über Nachlassgegenstände auch  
die Zustimmung von Ersatznacherben erforderlich ist.

Die Fälle lassen sich im „Grobraster“ wie folgt typisieren:

### 1. Fallgruppe

Der Vorerbe veräußert einen Nachlassgegenstand. Dieser  
scheidet nur dann aus dem Nachlass aus, wenn der „aktuelle“  
Nacherbe der Verfügung zugestimmt hat. Die Zustimmung  
der Ersatznacherben ist nicht erforderlich.<sup>2</sup> Gefolgert wird  
dies aus § 2120 Satz 1 BGB („so ist der Nacherbe ... ver-  
pflichtet, seine Einwilligung zu den Verfügungen zu ertei-  
len“).

### 2. Fallgruppe

Ein Nachlassgegenstand wird vom Vorerben auf den „aktu-  
ellen“, in der maßgeblichen Verfügung namentlich bezeichne-  
ten Nacherben übertragen. Notwendig ist hierzu bei gestaffel-  
ter Nacherbfolge die Zustimmung weiterer Nacherben, nicht  
jedoch von Ersatzerben.<sup>3</sup>

### 3. Fallgruppe

Der Nacherbe überträgt sein Anwartschaftsrecht auf den Vor-  
erben. Dieser wird dadurch verfügungsberechtigt und unter-  
liegt nicht mehr den Beschränkungen der Nacherbfolgeanord-  
nung. Der Nacherbe kann sein Anwartschaftsrecht, wenn  
diese Möglichkeit nicht vom Erblasser ausgeschlossen wurde,  
auch auf den Vorerben übertragen und diesen damit zum un-  
beschränkten Erben machen. Sind jedoch Ersatznacherben  
bestimmt, so ist deren Zustimmung erforderlich, da ansonsten  
in ihre Anwartschaft eingegriffen würde. Die Vereinigung der  
Rechte und Pflichten des Vorerben und des Nacherben in  
einer Person steht ansonsten unter der auflösenden Bedingung  
des Eintritts des Ersatzerbfalls.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Palandt/Weidlich, 74. Aufl. 2015, § 2013 Rdnr. 6.

<sup>2</sup> BGH, Urteil vom 25.9.1963, V ZR 130/61, BGHZ 40, 119;  
BayObLG, Entscheidung vom 14.11.1996, 2 Z BR 83/96, Rpfleger  
1997, 156; BayObLG, Entscheidung vom 1.3.2005, 2 Z BR 231/04  
2005, 421.

<sup>3</sup> RGZ 145,316; BGH, 25.9.1963, V ZR 130/61, BGHZ 40,115;  
BayObLG, Beschluss vom 22.10.1992, 2 Z BR 85/92, DNotZ  
1993,404; BayObLG, Beschluss vom 1.3.2005, 2 Z BR 231/04,  
NJW-RR 2005, 956; OLG München, Beschluss vom 13.1.2014, 34  
Wx 166/13, MittBayNot 2014, 464 m. Anm. Reimann.

<sup>4</sup> BayObLG, 27.5.1970, 2 Z 16/70, Rpfleger 1970, 344; OLG Frank-  
furt, DNotZ 1970, 692; Palandt/Weidlich, a. a. O. § 2100 Rdnr. 13,  
16; MünchKommBGB/Grunsky, 6. Aufl. 2013, § 2100 Rdnr. 35.

3. Wird nur der Nacherbenvermerk (§ 51 GBO) im Grund-  
buch gelöscht, so ist die Einwilligung in die Löschung (nur)  
ein Verzicht auf den grundbuchrechtlichen Schutz, ohne dass  
die materiellrechtliche Rechtslage geändert wird, wenn nicht  
besondere Absprachen hierüber getroffen werden.

Die Löschung des Nacherbenvermerks ist entweder aufgrund  
einer Bewilligung der Nacherben (§ 19 GBO) oder durch Un-  
richtigkeitsnachweis (§ 22 Abs. 1 GBO) möglich. Das OLG  
Hamm geht zu Recht davon aus, dass der Schutz der Ersatz-  
nacherben trotz der Löschungsbewilligung der Nacherben  
weiter besteht, wenn diese nicht in die Löschung einwilligen

Wird die Löschung aufgrund Unrichtigkeitsnachweises vor-  
genommen, ist sie ohne Mitwirkung der Ersatznacherben  
ebenfalls nicht möglich (siehe Ziffer 2 Fallgruppe 3). Die  
Übertragung des Anwartschaftsrechtes hat eine Vereinigung  
der Rechte und Pflichten des Vorerben und des Nacherben in  
einer Person unter der auflösenden Bedingung des Eintritts  
des Ersatzerbfalls zur Folge. Es stellt sich also erst bei Eintritt  
des Nacherbfalls heraus, ob der ursprüngliche Nacherbe,  
welcher das Anwartschaftsrecht übertragen hat, noch in der  
Funktion des Nacherben ist oder ob bereits die Ersatzerben in  
diese eingerückt sind.

4. Es kommt somit in derartigen Fällen immer darauf an,  
wer Ersatznacherbe ist. Dies ist eine Frage der maßgeblichen  
Verfügung von Todes wegen.

Im entschiedenen Fall war möglicherweise schon die Grund-  
bucheintragung aus Anlass des Ablebens der Erblasserin  
falsch. Nacherben der Erblasserin waren ihre Schwestern B  
und C, ersatzweise deren jeweilige Abkömmlinge. Eingetra-  
gen wurden aber im Grundbuch beim Nacherbenvermerk als  
Ersatznacherben die namentlich aufgeführten jeweils drei  
Abkömmlinge der Nacherbinnen. Dies war falsch, hätten  
doch die Schwestern B und C als Nacherbinnen trotz vor-  
gerückten Alters noch adoptieren können, so dass weitere  
Abkömmlinge hätten hinzukommen können. Der Löschung  
des Nacherbenvermerks im Grundbuch hätten demnach die  
zu diesem Zeitpunkt vorhandenen Abkömmlinge der Schwes-  
tern B und C zustimmen müssen; da aber auch noch weitere  
Abkömmlinge, durch Adoption, hätten hinzukommen kön-  
nen, hätte für diese ein Pfleger gemäß § 1913 BGB bestellt  
werden müssen. Ob eine Löschungszustimmung durch den  
Pfleger und eine Genehmigung durch das Gericht ohne  
Gegenleistung überhaupt rechtswirksam hätte erteilt werden  
können, erscheint im Hinblick auf das Schenkungsverbot der  
§ 1915 Abs. 1, § 1804 BGB als fraglich. Das OLG Hamm  
beanstandete den Nacherbenvermerk nicht (Ziffer II, 7. Ab-  
schnitt), möglicherweise wurde der Sachverhalt im Tatbe-  
stand falsch wiedergegeben.

5. Die Anordnung der Nacherbfolge bringt also, wie der  
Beschluss des OLG Hamm zeigt, mehr Probleme, als sie sol-  
che vermeiden hilft. Bei der Testamentsgestaltung sollte da-  
her das Instrumentarium der Nacherbfolgeanordnung nur in  
Fällen „mit Indikation“ angewandt werden. *Felix*<sup>5</sup> behauptete  
für die Unternehmensnachfolge, dass derjenige, der durch  
eine Nacherbfolgeanordnung beschränkt werden muss, offen-  
bar der falsche Nachfolger sei. Diese Aussage wird auch in  
manchen anderen Fällen ein Körnchen Wahrheit enthalten.  
Ggf. ist es ratsam, auf ein Vermächtnis auszuweichen und die-  
ses durch eine Testamentsvollstreckung abzusichern. § 2151  
BGB eröffnet insoweit zusätzliche Gestaltungsmöglichkeiten.

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

<sup>5</sup> Felix, DStZ 1987, 599, 601.

8. BGB § 1906; GG Art. 2 Abs. 1 (*Gerichtliches Genehmigungserfordernis bei ärztlichen Sicherungs- und Zwangsmaßnahmen*)

**Die in § 1906 Abs. 5 BGB festgeschriebene Verpflichtung, vor zusätzlichen Freiheitsbeschränkungen trotz Einwilligung der durch Vorsorgevollmacht Bevollmächtigten eine gerichtliche Genehmigung der Einwilligung einholen zu müssen, greift zwar in das Selbstbestimmungsrecht der Beschwerdeführerin zu 1 aus Art. 2 Abs. 1 GG ein. Das Recht auf Selbstbestimmung wird jedoch nicht uneingeschränkt, sondern nur im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung gewährleistet. Bestandteil dieser verfassungsmäßigen Ordnung ist jede Rechtsnorm, die formell und materiell der Verfassung gemäß ist. Diese Voraussetzung erfüllt die angegriffene Vorschrift des § 1906 Abs. 5 BGB, aufgrund derer die Fachgerichte die Einwilligung des Beschwerdeführers zu 2 in die freiheitsbeschränkenden Maßnahmen bezüglich der Beschwerdeführerin zu 1 genehmigt haben.**

(Leitsatz der Schriftleitung)

BVerfG, Beschluss vom 10.6.2015, 2 BvR 1967/12

Die Verfassungsbeschwerde betrifft die Frage, ob bei Vorliegen einer Vorsorgevollmacht bei der Anordnung und Durchführung ärztlicher Sicherungs- und Zwangsmaßnahmen zusätzlich die Genehmigung durch das Betreuungsgericht nach § 1906 Abs. 5 BGB erforderlich ist oder ob durch Erteilen der Vorsorgevollmacht wirksam auf das Erfordernis dieser Genehmigung verzichtet werden kann.

1. Die in einem Seniorenpflegeheim untergebrachte Beschwerdeführerin zu 1 erteilte im Jahr 2000 eine notarielle General- und Vorsorgevollmacht, mit der sie ihren Sohn, den Beschwerdeführer zu 2, bevollmächtigte, sie „soweit gesetzlich zulässig, in allen persönlichen Angelegenheiten, auch soweit sie meine Gesundheit betreffen, sowie in allen Vermögens-, Steuer- und sonstigen Rechtsangelegenheiten in jeder denkbaren Hinsicht zu vertreten und Entscheidungen für mich und an meiner Stelle ohne Einwilligung des Vormundschaftsgerichts zu treffen und diese auszuführen bzw. zu vollziehen“.

Unter „§ 3 Bereich der gesundheitlichen Fürsorge und des Selbstbestimmungsrechts“ heißt es zur Unterbringung:

„Die Vollmacht berechtigt dazu, meinen Aufenthalt zu bestimmen. Die Generalvollmacht umfasst auch die Befugnis zu Unterbringungsmaßnahmen im Sinne des § 1906 BGB, insbesondere zu einer Unterbringung, die mit Freiheitsentziehung verbunden ist, zur sonstigen Unterbringung in einer Anstalt, einem Heim oder einer sonstigen Einrichtung sowie zur Vornahme von sonstigen Freiheitsentziehungsmaßnahmen durch mechanische Vorrichtungen, Medikamente o. a. auch über einen längeren Zeitraum.“

Die Beschwerdeführerin zu 1 erreichte im Sommer 2012 die Pflegestufe III. Nachdem sie mehrfach aus einem Stuhl oder ihrem Bett auf den Boden gefallen war und sich dabei Verletzungen zugezogen hatte, willigte der Beschwerdeführer zu 2 in Ausübung der Vollmacht ein, Gitter am Bett der Beschwerdeführerin zu 1 zu befestigen und diese tagsüber mit einem Beckengurt im Rollstuhl zu fixieren.

2. Mit angegriffenem Beschluss vom 23.9.2011 genehmigte das AG Heilbronn die Einwilligung des Beschwerdeführers zu 2 in die freiheitsbeschränkenden Maßnahmen. § 1906 Abs. 5 BGB sei anwendbar; das AG könne die Norm nicht wirksam für verfassungswidrig erklären oder ignorieren. Ein Vorlageverfahren nach Art. 100 Abs. 1 GG sei nicht angezeigt, da das BVerfG in einer Entscheidung vom 7.1.2009, 1 BvL 2/05 (BVerfGK 15, 1) – keine Zweifel an der Verfassungsgemäßheit des § 1906 BGB geäußert habe.

In ihrer gegen diesen Beschluss eingelegten Beschwerde führten die Beschwerdeführerin zu 1 und der Beschwerdeführer zu 2 aus, dass die Beschwerdeführerin zu 1 keine Kontrolle durch staatliche Einrichtungen gewollt und dies in ihrer Vollmacht durch die Formulierung, Entscheidungen sollten „ohne Einschaltung des Vormundschaftsgerichts“ getroffen werden, unmissverständlich zum Ausdruck gebracht habe. Das AG habe sich nicht mit der Frage auseinandergesetzt, ob § 1906 Abs. 5 BGB dispositiv sei und von der Betroffenen

in Anwendung ihres verfassungsrechtlich abgesicherten Selbstbestimmungsrechts ausgeschlossen werden könne. § 1906 Abs. 5 BGB müsse im Lichte des Grundgesetzes gesehen werden und deshalb zwingend von dem betroffenen Personenkreis abgedungen werden können; andernfalls sei die Norm verfassungswidrig. Nach dem Recht auf Selbstbestimmung könne jede Person zu ihrem eigenen Schutz auf gesetzliche Kontrollrechte verzichten. Diese Rechtsauffassung sei auch vom Willen des Gesetzgebers getragen, was sich an der 2009 neu geschaffenen Regelung zur verbindlichen Patientenverfügung zeige. Überdies wohne die Beschwerdeführerin zu 1 in einem Pflegeheim und werde durch wechselndes Personal betreut, mindestens einmal im Monat komme ein Hausarzt zur Kontrolle. Bei Missbrauch der Vollmacht gebe es das Instrument der Kontrollbetreuung nach § 1896 Abs. 3 BGB, weswegen eine weitere gerichtliche Kontrolle nach § 1906 Abs. 5 BGB nicht erforderlich, sondern lediglich formale Gesetzspflicht sei.

Nachdem das AG der Beschwerde mit Beschluss vom 2.12.2011 nicht abhalf, wies das LG Heilbronn sie mit angegriffenem Beschluss vom 15.12.2011 als unbegründet zurück. Mit der General- und Vorsorgevollmacht habe die Betroffene nicht auf das betreuungsgerichtliche Verfahren zur Genehmigung freiheitsentziehender Maßnahmen verzichtet. Der durch § 1906 Abs. 4 BGB in Bezug genommene § 1906 Abs. 2 BGB konkretisiere die Verfahrensgarantie des Art. 104 Abs. 2 GG. Dieser im Grundgesetz verankerte formale Schutz, dem zufolge über die Zulässigkeit und Fortdauer einer Freiheitsentziehung ein Richter zu entscheiden habe, könne nicht durch rechtsgeschäftliche Erklärungen eines Betroffenen aufgegeben werden. Die einseitige Berufung auf das durch Art. 1 und 2 GG geschützte Selbstbestimmungsrecht führe nicht weiter. Zu beachten sei auch die mit Art. 104 Abs. 2 GG untrennbar im Zusammenhang stehende materielle Freiheitsgarantie des Art. 2 Abs. 2 GG. Außerdem übersehe die Beschwerde, dass bei Aufgabe des betreuungsgerichtlichen Schutzes dem Missbrauch der Vollmacht auch durch die Anordnung einer Kontrollbetreuung nicht mehr begegnet werden könne.

3. Mit ihrer gegen den Beschluss des LG eingelegten Rechtsbeschwerde rügten die Beschwerdeführerin zu 1 und der Beschwerdeführer zu 2 eine Verletzung des Selbstbestimmungsrechts der Beschwerdeführerin zu 1 aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG. Das BVerfG habe zwar in BVerfGK 15, 1 ausgesprochen, dass der Genehmigungsvorbehalt des § 1906 Abs. 5 BGB dem Schutz der Betroffenen diene. Der Beschluss habe aber auch die Frage aufgeworfen, ob die Kontrolle zur Sicherung des Selbstbestimmungsrechts der Betroffenen zugleich einen Eingriff in deren Selbstbestimmungsrecht darstellen könne. Diese Frage sei zu bejahen. Die Betreuung tangiere stets die Freiheit der Selbstbestimmung und habe einen Doppelcharakter als soziale Leistung und Eingriff in die Freiheit des Betroffenen. Nichts anderes könne für die in § 1906 Abs. 5 BGB vorgesehene gerichtliche Kontrolle gelten, die nur dann als Eingriff in die Selbstbestimmung der Betroffenen hinzunehmen sei, wenn sie deren Wohl diene. Andernfalls mache § 1906 Abs. 5 BGB die gerichtliche Zuständigkeit im Bereich der Vorsorgevollmacht zum Normalfall und diese damit wertlos; unter der Überschrift der Stärkung des Selbstbestimmungsrechts kehre die Norm die Verhältnisse zu einer staatlichen Bevormundung in diesem Bereich als Regelfall um. Das Ziel, die Privatautonomie des Vollmachtgebers zu stärken und staatliche Einmischung zu vermeiden, werde damit verfehlt.

Die zeitliche Befristung der Genehmigung mache zudem die wiederholte gerichtliche Entscheidung erforderlich, was für Betroffene und Bevollmächtigte mit erheblichen Kosten verbunden sei. Der darin liegende Eingriff sei auch deshalb unverhältnismäßig, weil bei Verdacht des Missbrauchs der Vollmacht jederzeit etwa auf Antrag der Pflegeeinrichtung eine Kontrollbetreuung nach § 1896 Abs. 3 BGB angeordnet werden könne. Die Behauptung des LG, die Kontrollbetreuung könne den Schutz nicht gewährleisten, sei nicht nachvollziehbar. Sonstige Gründe für die Missachtung des durch Art. 2 Abs. 1 GG garantierten Selbstbestimmungsrechts der Beschwerdeführerin zu 1 seien ebenfalls nicht ersichtlich. Der in Art. 104 Abs. 2 GG normierte Richtervorbehalt gelte nur für den Fall einer aufgrund eines Gesetzes angeordneten Freiheitsbeschränkung durch die öffentliche Gewalt. Beruhe die Freiheitsbeschränkung auf Selbstbestimmung, sei der Richtervorbehalt von vornherein nicht tangiert.

Der Gesetzgeber habe auch die Patientenverfügung ausdrücklich anerkannt und in § 1904 Abs. 5 BGB eine betreuungsgerichtliche Genehmigung nur vorgesehen, wenn zwischen Bevollmächtigtem und Arzt unterschiedliche Auffassungen oder Zweifel über den

Behandlungswillens der Betroffenen bestünden. Die Bedeutung des Selbstbestimmungsrechts sei vom Gesetzgeber selbst für diesen besonders einschneidenden Bereich lebensverlängernder Maßnahmen unterstrichen worden und müsse erst recht bei der Einwilligung in weit weniger einschneidende Maßnahmen zum Tragen kommen. Die Anwendung des § 1906 Abs. 5 BGB unter Missachtung des eindeutig zum Ausdruck gebrachten gegenteiligen Willens der Betroffenen sei daher mit Art. 2 Abs. 1 GG unvereinbar. Wäre die Norm gleichwohl unabdingbar, so wäre sie verfassungswidrig. Deshalb müsse die Norm verfassungskonform dahingehend ausgelegt werden, dass die gerichtliche Genehmigung trotz wirksamer Vollmacht nur in den Fällen eingeholt werden müsse, in denen auch die Voraussetzungen für die Bestellung einer Kontrollbetreuung vorlägen.

Mit angegriffenem Beschluss vom 27.6.2012 wies der BGH die Rechtsbeschwerde als unbegründet zurück. Auf die durch § 1906 Abs. 5 Satz 1 und 2 i. V. m. Abs. 4 und 2 BGB angeordnete gerichtliche Überprüfung der durch den Bevollmächtigten erteilten Einwilligung könnten die Betroffenen nicht vorgreifend verzichten. Dies folge aus der Natur des Überprüfungsgegenstandes. Der Genehmigungsvorbehalt des § 1906 Abs. 5 i. V. m. Abs. 2 BGB diene dem Schutz der Betroffenen (mit Hinweis auf BT-Drucks. 13/7158, S. 34). Unter die Kontrolle des Betreuungsgerichts sei nicht die in Ausübung des Selbstbestimmungsrechts erfolgte Entscheidung der Betroffenen gestellt, sondern die gesetzesgemäße Handhabung der Vorsorgevollmacht durch den Bevollmächtigten. Damit solle sichergestellt werden, dass die Vorsorgevollmacht im Sinne der Betroffenen ausgeübt werde. Diese Kontrolle diene der Sicherung des – in Ausübung des Selbstbestimmungsrechts – artikulierten Willens der Betroffenen. Die zugleich hierin liegende Beschränkung des Selbstbestimmungsrechts sei verfassungsrechtlich gerechtfertigt. Art. 2 Abs. 1 GG gewährleiste das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit nicht schrankenlos, sondern nur im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung. Diese sehe ein Genehmigungsverfahren nach § 1906 Abs. 2 BGB zwingend vor, dessen Verhältnismäßigkeit angesichts der möglichen Tragweite freiheitsentziehender Maßnahmen außer Zweifel stehe.

*Aus den Gründen:*

## II.

Mit ihrer Verfassungsbeschwerde wenden sich die Beschwerdeführerin zu 1 und der Beschwerdeführer zu 2 unmittelbar gegen die fachgerichtlichen Entscheidungen und mittelbar gegen § 1906 Abs. 5 BGB. Sie rügen eine Verletzung des durch Art. 2 Abs. 1 GG garantierten Selbstbestimmungsrechts der Beschwerdeführerin zu 1. Zur Begründung wiederholen sie ihren Vortrag aus dem fachgerichtlichen Verfahren.

## III.

Die Verfassungsbeschwerde der Beschwerdeführerin zu 1 und des Beschwerdeführers zu 2 wird nicht zur Entscheidung angenommen, da die Annahmeveraussetzungen des § 93a Abs. 2 BVerfGG nicht vorliegen. Sie hat keine Aussicht auf Erfolg, weil sie unbegründet ist. Durch die fachgerichtlichen Entscheidungen, die die Genehmigung der Einwilligung in die zusätzlichen freiheitsbeschränkenden Maßnahmen aufgrund von § 1906 Abs. 5 BGB aussprechen, werden die Beschwerdeführerin zu 1 und der Beschwerdeführer zu 2 nicht in ihren Grundrechten verletzt.

1. Die in § 1906 Abs. 5 BGB festgeschriebene Verpflichtung, vor zusätzlichen Freiheitsbeschränkungen trotz Einwilligung der durch Vorsorgevollmacht Bevollmächtigten eine gerichtliche Genehmigung der Einwilligung einholen zu müssen, greift zwar in das Selbstbestimmungsrecht der Beschwerdeführerin zu 1 aus Art. 2 Abs. 1 GG ein. Das Recht auf Selbstbestimmung wird jedoch nicht uneingeschränkt, sondern nur im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung gewährleistet. Bestandteil dieser verfassungsmäßigen Ordnung ist jede Rechtsnorm, die formell und materiell der Verfassung gemäß ist (BVerfGE 59, 275, 278; st. Rspr.). Diese Voraussetzung erfüllt die angegriffene Vorschrift des § 1906 Abs. 5 BGB, aufgrund derer die Fachgerichte die Einwilligung des

Beschwerdeführers zu 2 in die freiheitsbeschränkenden Maßnahmen bezüglich der Beschwerdeführerin zu 1 genehmigt haben.

a) Der in der Pflicht zur Einholung einer gerichtlichen Genehmigung der Einwilligung des Bevollmächtigten in die zusätzlichen freiheitsbeschränkenden Maßnahmen liegende Eingriff ist allerdings nicht ohne Weiteres bereits vor dem Hintergrund des in Art. 104 Abs. 2 Satz 1 GG festgeschriebenen Richtervorbehalts gerechtfertigt. Auch soweit dessen unmittelbare Geltung bei einer durch den staatlich bestellten Betreuer veranlassten zusätzlichen Freiheitsbeschränkung des Betroffenen feststeht (vgl. für das Rechtsinstitut der Vormundschaft BVerfGE 10, 302; 326 f.), ist die entsprechende Anwendung des Richtervorbehalts auf einen nach privatautonom Grundsätzen bestellten Bevollmächtigten, der die öffentlichrechtliche Bestellung eines Betreuers entbehrlieh macht, zweifelhaft. Das die Notwendigkeit der Einrichtung einer Betreuung ersetzende Institut der Vorsorgevollmacht beruht auf einer privatautonomem Entscheidung, die darauf gerichtet ist, bei Verlust eigener Entscheidungsfähigkeit nicht unter staatliche Fürsorge gestellt, sondern durch (vertraute) Privatpersonen verantwortungsvoll versorgt zu werden. Dies weckt Zweifel an dem den Richtervorbehalt erfordernden öffentlichrechtlichen Charakter der Freiheitsentziehung (vgl. für ein ausdrückliches Offenlassen entsprechender Anwendung des Art. 104 Abs. 2 GG auf eine von Eltern veranlasste Unterbringung der Kinder BVerfGE 10, 302, 328), kann hier aber dahinstehen.

b) Der Staat ist durch Art. 2 Abs. 2 Satz 1 und 2 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG verpflichtet, sich dort schützend und fördernd vor das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die Freiheit und die sexuelle Selbstbestimmung des Einzelnen zu stellen und sie vor Eingriffen von Seiten Dritter zu bewahren (vgl. BVerfGE 39, 1, 42; 46, 160, 164; 121, 317, 356; BVerfGE 17, 1, 5), wo die Grundrechtsberechtigten selbst nicht (mehr) dazu in der Lage sind (vgl. jüngst BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 23.3.2015, 2 BvR 1304/12 – juris, Rdnr. 13). Dabei ist einhellig anerkannt, dass es im Rahmen des straf- und zivilrechtlichen Freiheitsschutzes (§ 239 StGB, § 823 BGB) bei der Bestimmung, ob eine Verletzung der Freiheit des Betroffenen vorliegt, lediglich auf dessen tatsächlichen, natürlichen Willen, nicht auf den Willen seines gesetzlichen Vertreters ankommt (BVerfGE 10, 302, 309) und fehlende Einsichts- und Geschäftsfähigkeit den Schutz des Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG nicht von vornherein entfallen lässt (vgl. BVerfGE 10, 302, 309; 58, 208, 224; 128, 282, 301). Vielmehr kann sich für Betroffene, die zur Bildung eines vernünftigen Willens nicht mehr in der Lage sind und denen die Notwendigkeit der zusätzlichen Freiheitsbeschränkung nicht mehr näher gebracht werden kann, die durch Dritte vorgenommene Beschränkung der Freiheit als besonders bedrohlich darstellen (vgl. für eine vergleichbare Wertung bei medizinischer Zwangsbehandlung eines krankheitsbedingt nicht mehr Einsichtsfähigen BVerfGE 128, 282, 301).

Insbesondere dieses subjektive Bedrohlichkeitsempfinden wird in der konkreten Situation der Freiheitsbeschränkung nicht dadurch gemindert, dass die Betroffenen im zeitlichen Vorfeld zu einem Zeitpunkt umfassender Vernunft und Geschäftsfähigkeit vorgreiflich in derartige Beschränkungen eingewilligt oder erklärt haben, die Entscheidung über solche Beschränkungen in die alleinige Verantwortung bestimmter Vertrauenspersonen legen zu wollen. Im Hinblick darauf, dass für die grundrechtliche Beurteilung der Schwere des Eingriffs auch das subjektive Empfinden von Bedeutung ist (vgl. BVerfGE 89, 315, 324; 128, 282, 303), macht es in diesem

konkreten Fall für die Grundrechtsträgerin keinen Unterschied, ob ihr aufgrund Veranlassung durch einen staatlich bestellten Betreuer oder den zur Vorsorge Bevollmächtigten Fixierungen zur Beschränkung ihrer Bewegungsfreiheit angelegt werden sollen. Die Maßnahme stellt sich im konkreten Moment unabhängig von vorangegangenen Einverständniserklärungen gleich bedrohlich als Beschränkung der persönlichen Freiheit dar und ist auch in diesen Fällen nur unter der Voraussetzung zulässig, dass ohne (zusätzliche) Beschränkung der Fortbewegungsfreiheit andere Rechtsgüter der Betroffenen wie deren körperliche Unversehrtheit oder gar deren Leben verletzt zu werden drohten. Es entspricht daher der Wahrnehmung staatlicher Schutzpflichten, wenn der Gesetzgeber in § 1906 Abs. 5 BGB die Zulässigkeit, Erforderlichkeit und Angemessenheit der Einwilligung des Bevollmächtigten in derartige Freiheitsbeschränkungen unter ein gerichtliches Genehmigungserfordernis stellt.

c) Der zugleich hierin liegende Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht der Betroffenen aus Art. 2 Abs. 1 GG ist im Hinblick auf diesen Schutz verhältnismäßig. Das vom Beschwerdeführer zu 2 angeführte Argument, die Neufassung des § 1904 Abs. 4 BGB gebiete, erst recht bei dem weniger schweren Eingriff zusätzlicher Freiheitsbeschränkungen auf das gerichtliche Genehmigungserfordernis zu verzichten, verkennt, dass der Anwendungsbereich des § 1906 BGB ein anderer ist als derjenige des § 1904 BGB. Die im Rahmen von § 1906 BGB zu ergreifenden Maßnahmen setzen begrifflich voraus, dass die Betroffenen einen sich gegen die Beschränkung richtenden natürlichen Willen noch bilden und diesen auch zum Ausdruck bringen können. Andernfalls wäre der Anwendungsbereich der Norm bereits nicht eröffnet und es läge keine (zusätzliche) Freiheitsbeschränkung vor. Bei Maßnahmen im Rahmen von § 1906 BGB besteht also immer eine Diskrepanz zwischen dem natürlichen Willen der Betroffenen, der freiheitsbeschränkenden Maßnahme und (möglicherweise) dem vormals „vernünftig“ geäußerten Willen.

Dagegen geht es im Rahmen von § 1904 BGB darum, festzustellen, ob die Einwilligung in die anstehende Maßnahme tatsächlich dem ermittelten, individuell-mutmaßlichen Patientenwillen entspricht (vgl. die Gesetzesbegründung zur Einführung des § 1904 Abs. 4, BT-Drucks. 16/8442, S. 19), wobei gerade nach Maßgabe des § 1901a BGB immer auch der akute natürliche Wille in die Bestimmung des Gewollten mit einzubeziehen ist. Nach der Gesetzesbegründung umfasst die Prüfung alle Gesichtspunkte, die sich aus der aktuellen Lebens- und Behandlungssituation der Betroffenen ergeben, insbesondere auch die Prüfung, ob das aktuelle Verhalten der nicht mehr entscheidungsfähigen Patienten konkrete Anhaltspunkte dafür zeigt, dass sie unter den gegebenen Umständen den zuvor schriftlich geäußerten Willen nicht mehr gelten lassen wollen (BT-Drucks. 16/8442, S. 14 f.). Derartige Anhaltspunkte können sich nach der Gesetzesbegründung insbesondere aus dem situativ-spontanen Verhalten der Patienten gegenüber vorzunehmenden oder zu unterlassenden ärztlichen Maßnahmen ergeben (vgl. BT-Drucks. 16/8442, S. 15). Die nach § 1904 BGB vorzunehmenden Maßnahmen sollen also dem Willen der Patienten (der auch unter Einbeziehung des – nur noch – natürlichen Willens zu ermitteln ist) entsprechen; erst soweit über dessen Inhalt keine Einigkeit erzielt werden kann, ist das Gericht einzuschalten. Demgegenüber soll im Rahmen von § 1906 BGB der jedenfalls noch vorhandene natürliche Wille der Betroffenen überwunden werden. Vor diesem Hintergrund ist die unterschiedliche Handhabung der Erforderlichkeit des gerichtlichen Genehmigungserfordernisses gerechtfertigt.

2. Soweit die Verfassungsbeschwerde darauf abstellt, dass die Möglichkeit der Einrichtung einer Kontrollbetreuung ausreichenden Schutz gewährleiste, weswegen das unabdingbare gerichtliche Genehmigungserfordernis das Selbstbestimmungsrecht zu sehr beschränke, verkennt sie, dass die Bestellung eines Kontrollbetreuers nur einen nachträglichen Schutz gewähren würde. Die gegen den natürlichen Willen der Betroffenen vorzunehmende Freiheitsbeschränkung wäre keiner vorgefälligen Kontrolle unterworfen, und bei einem im Nachhinein festgestellten Vollmachtsmissbrauch könnten die durchgeführten Maßnahmen nicht mehr rückgängig gemacht werden (vgl. für diesen Aspekt Müller, DNotZ 1999, S. 107, 120; vgl. für das nur nachträgliche Prüfungsrecht im Rahmen der damals gültigen Vorschriften des BGB, die hinter einer präventiven richterlichen Genehmigung zurückblieben, BVerfGE 10, 302, 307). Von einer weiteren Begründung wird gemäß § 93d Abs. 1 Satz 3 BVerfGG abgesehen.

Diese Entscheidung ist unanfechtbar.

#### 9. BGB § 138 (Wirksame Grundstücksübertragung unter Ehegatten aus steuerlichen Gründen)

**Die Übertragung von Grundstücken eines Ehegatten auf den anderen ist nicht wegen sittenwidriger Übervorteilung nichtig, wenn eine Übertragung nur Zug um Zug gegen Befreiung von auf den Grundstücken lastenden Darlehensverbindlichkeiten oder gegen Stellung einer werthaltigen Sicherheit vorgesehen ist.**

#### (Leitsatz der Schriftleitung)

BGH, Urteil vom 30.1.2015, V ZR 171/13

Die Klägerin ist Eigentümerin zweier Grundstücke. Deren Erwerb und Bebauung finanzierten die miteinander verheirateten Parteien durch Darlehen, für die sie eine gesamtschuldnerische Haftung übernahmen. In dem Bestreben, ihre steuerlichen Verhältnisse günstig zu gestalten, hatten die Parteien am 22.9.1988 und am 30.4.1997 notariell beurkundete – im Wesentlichen inhaltsgleiche – Verträge geschlossen. In diesen verpflichtete sich die Klägerin, über die Grundstücke nur mit vorheriger Zustimmung des Beklagten zu verfügen und – bei Verstoß gegen diese Abrede – zur Übertragung des Eigentums auf den Beklagten. Ein Anspruch auf Übereignung sollte zudem gegeben sein bei Vorversterben der Klägerin, bei Stellung des Scheidungsantrags durch eine der Parteien, bei Zwangsvollstreckungsmaßnahmen in das jeweilige Grundstück und bei Insolvenz der Klägerin. Die Eigentumsverschaffungsansprüche wurden vereinbarungsgemäß durch Vormerkungen gesichert. Darüber hinaus enthalten die Verträge Regelungen, nach denen der Beklagte im Falle des Übereignungsverlangens verpflichtet ist, sämtliche im Grundbuch in Abteilung II oder III im Range vor seiner Vormerkung eingetragenen Belastungen zu übernehmen, er „ansonsten jedoch keine weiteren Gegenleistungen zu erbringen“ hat, „gleich welcher Art“.

Die auf den Grundstücken errichteten Gebäude wurden zunächst an eine Einzelfirma des Beklagten vermietet. Nachdem die Mietzahlungen ca. Mitte des Jahres 2000 eingestellt worden waren, wurden die Objekte anderweitig vermietet. In den Jahren 2003 und 2006 gab der Beklagte eidesstattliche Versicherungen ab. Seit 2009 ist zwischen den Parteien ein Scheidungsverfahren anhängig.

Die Klägerin ist der Auffassung, dass die Grundstücksübertragungsverträge nach § 138 BGB nichtig sind. Vor diesem Hintergrund hat sie im ersten Rechtszug in erster Linie die Zustimmung zur Löschung der zugunsten des Beklagten im Grundbuch eingetragenen Auflassungsvormerkungen verlangt und die Feststellung der Nichtigkeit der Verträge beantragt; darüber hinaus hat sie mehrere Hilfsanträge gestellt. Das LG hat die Klage abgewiesen.

Von den in der Berufungsinstanz gestellten Anträgen sind im Revisionsverfahren nur noch von Bedeutung die Anträge zu 2 bis 5, mit denen die Hauptanträge weiterverfolgt werden, sowie die Anträge zu

6 und 7, mit denen hilfsweise die Feststellung verlangt wird, dass die Verträge insoweit unwirksam sind, als dem Beklagten im Falle der Stellung eines Scheidungsantrages ein Anspruch auf Übertragung der Grundstücke zustehen soll. Das OLG hat die Berufung insgesamt zurückgewiesen und die Revision nur hinsichtlich der genannten Anträge zugelassen. Diese verfolgt die Klägerin mit der Revision weiter.

Das Berufungsgericht hält die notariellen Verträge für wirksam. Diese seien weder mit Blick auf einzelne Regelungen noch in der Gesamtschau nach § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig. Insbesondere werde die Klägerin in ihrer wirtschaftlichen Handlungsfreiheit nicht übermäßig eingeschränkt. Bei Abschluss der Verträge habe nichts dagegen gesprochen, dass die für den Erwerb und die Bebauung aufgenommenen Darlehen aus den laufenden Erträgen hätten zurückgeführt werden können. Auch sonst liege eine sittenwidrige Übervorteilung nicht vor. Insbesondere sei zu berücksichtigen, dass die Auslegung der Verträge auch zu der Verpflichtung des Beklagten führe, im Falle eines Übertragungsverlangens die Klägerin Zug um Zug von den schuldrechtlichen Verbindlichkeiten freizustellen, die sie für den Erwerb und die Bebauung des Grundstücks eingegangen sei. Selbst wenn man die dem Beklagten erteilte Auflassungsvollmacht für sittenwidrig erachte, führe dies nicht zur Nichtigkeit der Verträge. Vor diesem Hintergrund bestehe auch kein Anspruch auf Zustimmung zur Löschung der zugunsten des Beklagten eingetragenen Vormerkungen.

*Aus den Gründen:*

## II.

Das Berufungsurteil hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand. Das Berufungsgericht hat eine Sittenwidrigkeit der beiden Verträge (§ 138 Abs. 1 BGB) jedenfalls im Ergebnis zu Recht verneint.

1. a) Allerdings weist die Revision der Sache nach zutreffend darauf hin, dass die Verträge schon bei Fehlen jeglicher kompensatorischer schuldrechtlicher Verpflichtungen des Beklagten wegen sittenwidriger Übervorteilung (dazu etwa BGH, Urteil vom 10.12.2013, XI ZR 508/12, WM 2014, 124 Rdnr. 15 m. w. N.) der Klägerin nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig wären. Da bei der Beurteilung der Sittenwidrigkeit grundsätzlich auf den Zeitpunkt der Vornahme der Rechtsgeschäfte abzustellen ist (vgl. nur Senat, Urteil vom 21.2.2014, V ZR 176/12, NJW 2014, 2177 Rdnr. 10; Urteil vom 10.2.2012, V ZR 51/11, NJW 2012, 1579 Rdnr. 13 m. w. N.), ist die Möglichkeit in die Betrachtung einzubeziehen, dass der Übertragungsfall schon kurz nach Vertragsschluss eintreten würde. Dies wiederum hätte dazu geführt, dass die Klägerin trotz Wegfalls der Möglichkeit, aus der Vermietung des Grundstücks Einnahmen zu erzielen, zumindest im Außenverhältnis weiterhin die von ihr zur Finanzierung des Grundstücks aufgenommenen Darlehen in nahezu voller Höhe hätte bedienen müssen. Eine solche vertragliche Gestaltung stellte – da für die Annahme einer schenkweisen Eigentumsübertragung zumal im Lichte der vorgetragenen steuerrechtlichen Gestaltung nach dem sog. Wiesbadener Modell (dazu BFHE 145, 129, 132 f.) nichts ersichtlich ist – eine krasse Übervorteilung der Klägerin dar, die von der Rechtsordnung nicht hingenommen werden könnte (vgl. Senat, Urteil vom 21.2.2014, V ZR 176/12, NJW 2014, 2177 Rdnr. 10).

b) Entgegen der Auffassung der Revision hält jedoch die Auslegung des Berufungsgerichts, wonach die Klägerin im Falle eines Übertragungsverlangens nur Zug um Zug entweder gegen Befreiung von den restlichen Darlehensverbindlichkeiten im Außenverhältnis (§ 415 Abs. 1 BGB) oder aber gegen Stellung einer entsprechenden (werthaltigen) Sicherheit (§ 273 Abs. 3 BGB) zur Eigentumsübertragung verpflichtet ist, einer rechtlichen Überprüfung stand. Soweit in dem Berufungsurteil „darüber hinaus“ von den auf den Grundstücken lastenden werthaltigen Grundpfandrechten die Rede ist,

wird die Auslegung des Berufungsgerichts durch diese im Konjunktiv abgefasste – nicht tragende – Hilfsverwägung weder in Frage gestellt noch relativiert.

Auch davon abgesehen lässt die Interpretation des Berufungsgerichts keine Rechtsfehler erkennen. Die (ergänzende) tatrichterliche Auslegung von Individualvereinbarungen ist revisionsrechtlich nur darauf hin überprüfbar, ob gesetzliche Auslegungsregeln, anerkannte Auslegungsgrundsätze, Denkgesetze, Erfahrungssätze oder Verfahrensvorschriften verletzt worden sind (vgl. nur Urteil vom 21.2.2014, V ZR 176/12, NJW 2014, 2177 Rdnr. 11 m. w. N.). Solche Rechtsfehler zeigt die Revision nicht auf. Es kann auch keine Rede davon sein, dass die Auslegung des Berufungsgerichts „haltlos“, also unter keinem denkbaren rechtlichen Gesichtspunkt mehr vertretbar ist. Im Gegenteil ist der Beklagte schon nach dem Wortlaut der Verträge „im Falle des Übereignungsverlangens“ verpflichtet, sämtliche im Grundbuch in Abteilung II und III vor seiner Vormerkung eingetragenen Belastungen zu übernehmen; nur „ansonsten“ hat er keine „weiteren Gegenleistungen“ zu erbringen. Insbesondere die Bezeichnung der Übernahmeverpflichtung als „Gegenleistung“ legt es zumindest nahe, dass der Beklagte selbst eine Leistung zu erbringen hat und er es nicht nur hinnehmen muss, dass er keine lastenfreien Grundstücke übereignet bekommt. Untermauert wird dies zudem dadurch, dass die Klägerin vor Eintritt des Übergabefalls zwar die Darlehen bedienen muss, sie die Grundstücke aber auch durch Vermietung nutzen kann. Da diese Möglichkeit mit der Grundstücksübertragung entfällt, wäre es nicht interessengerecht, die Belastung der Klägerin mit den noch offenen Darlehensverbindlichkeiten aufrechtzuerhalten.

2. Auch im Übrigen ist die Verneinung der Sittenwidrigkeit jedenfalls im Ergebnis revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Hervorzuheben ist:

a) Dass auch die Stellung eines Scheidungsantrages den Übertragungsfall auslöst, ist unter dem Blickwinkel von § 138 Abs. 1 BGB unbedenklich. Da es für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit – wie bereits dargelegt – auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses ankommt, wäre die Vereinbarung nur dann zu beanstanden, wenn die Finanzierung nach den Vereinbarungen der Parteien nicht zumindest im Wesentlichen aus den Mieteinnahmen hätte bedient werden sollen, sondern in einem nicht unerheblichen Maß aus Eigenmitteln der Beklagten. Dem stünde es gleich, wenn es für die Parteien aufgrund greifbarer Anhaltspunkte bereits absehbar gewesen wäre, dass es zu einem Einsatz von Eigenmitteln kommen würde.

Die Erwägung des Berufungsgerichts, bei Abschluss der Verträge habe nichts dagegen gesprochen, dass die für den Erwerb und die Bebauung aufgenommenen (bzw. noch aufzunehmenden) Darlehen aus den laufenden Erträgen hätten zurückgeführt werden können, wird durch die Rüge der Revision, die Darlehen seien von der Klägerin mit eigenen Mitteln bedient worden, nicht entkräftet. Sie verweist auf kein tatsächliches Vorbringen, dass dies nicht nur der späteren Entwicklung geschuldet war, sondern bereits den bei Vertragsschluss getroffenen Abreden entsprach oder aufgrund greifbarer Anhaltspunkte bei Vertragsschluss bereits absehbar war. Vielmehr führt sie ins Feld, das mit den Verträgen verfolgte Wiesbadener Modell habe nur bis in das Jahr 2003 hinein umgesetzt werden können. Gingen die Parteien bei Vertragsschluss aber davon aus, dass die Klägerin entsprechend dem von den Parteien verfolgten Steuerparmodell zumindest keine wesentlichen Eigenmittel aufbringen sollte und im Übertragungsfall die schuldrechtliche Verpflichtung des Beklagten eingreifen sollte, die Klägerin von den Darlehens-

verbindlichkeiten zu befreien, hat die Vertragsgestaltung auch nicht zur Folge, dass eine verständige Vertragspartei allein oder überwiegend aus wirtschaftlichen Erwägungen einen Scheidungsantrag stellt oder von der Stellung eines solchen Antrags abgehalten wird (vgl. Senat, Urteil vom 21.2.2014, V ZR 176/12, NJW 2014, 2177 Rdnr. 18 m. w. N.).

b) Vor diesem Hintergrund führt auch die Gesamtwürdigung aller Abreden unter Berücksichtigung insbesondere des Umstandes, dass die Klägerin den Beklagten unter Befreiung der Beschränkungen nach § 181 BGB die unwiderrufliche Vollmacht zur Erklärung der Auflassung(en) erteilt hat, nicht zur Nichtigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB (vgl. auch Senat, Urteil vom 21.2.2014, V ZR 176/12, NJW 2014, 2177 Rdnr. 18). Dass die Klägerin bei dem von den Parteien verfolgten Vertragsmodell den Risiken ausgesetzt ist, die jeder Grundstückseigentümer zu tragen hat, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Zwar steht der Klägerin im Falle des Übertragungsverlangens – anders als mit Blick auf die Darlehensverbindlichkeit – insoweit kein schuldrechtlicher Anspruch gegen den Beklagten zu, wenn sich solche Risiken realisieren. Diese – im Übrigen nur schwer quantifizierbaren – Risiken werden jedoch zumindest zu einem erheblichen Teil durch die von den Parteien mit der vertraglichen Gestaltung bezweckte steuerliche Besserstellung kompensiert. Eine ggf. verbleibende Disparität hat jedenfalls kein derartiges Gewicht, dass die Verträge bei der gebotenen Gesamtwürdigung aller Umstände mit dem Verdikt der Sittenwidrigkeit zu belegen wären.

(...)

10. BGB §§ 181, 1795 Abs. 2, § 1899 Abs. 4, § 1908i Abs. 1, §§ 2033, 2042 (*Zur Bestellung eines Ergänzungsbetreuers im Zusammenhang mit einer Erbauseinandersetzung*)

- 1. Zur Notwendigkeit der Bestellung eines Ergänzungsbetreuers bei Auflassung von Grundbesitz im Rahmen einer Erbauseinandersetzung, wenn Betreuer und Betreuer Mitglieder der Erbengemeinschaft sind.**
- 2. Für die Erbauseinandersetzung und die Erlösverteilung liegt, wenn Betreuer und Betreuer Miterben sind, bei Abgabe der Willenserklärung durch den Betreuer ein Insichgeschäft nach § 181 BGB vor.**

#### (Leitsatz der Schriftleitung)

OLG München, Beschluss vom 17.7.2015, 34 Wx 179/15

Im Grundbuch sind als Eigentümer zweier Miteigentumsanteile, verbunden mit dem Sondereigentum an einer Wohnung bzw. an einem Tiefgaragenstellplatz, der Beteiligte zu 1 und seine Ehefrau Christa K. je zu 1/2 eingetragen. Christa K. ist am 27.4.2006 verstorben und wurde laut Erbschein vom 21.9.2006 beerbt von dem Beteiligten zu 1 zu 3/4 und von den Beteiligten zu 2 und 3 zu je 1/8. Der Beteiligte zu 3 steht unter Betreuung. Gerichtlich bestellter Betreuer u. a. mit dem Aufgabenkreis Vermögenssorge ist der Beteiligte zu 2.

Zu notarieller Urkunde vom 10.12.2014 setzten die Beteiligten zu 1 und 2, Letzterer auch handelnd für den Beteiligten zu 3, die zwischen ihnen bestehende Bruchteils- und Erbengemeinschaft nach der verstorbenen Frau K. in der Weise auseinander, dass der Beteiligte zu 1 gegen Zahlung je eines gleich hohen baren Betrags an die Beteiligten zu 2 und 3 den vorgenannten Besitz und darüber hinaus einen weiteren im Grundbuch eines anderen AG eingetragenen und ebenfalls zum Erbe gehörenden Anteil an einem Wohnungseigentum zum Alleineigentum erhält. Nach der Erklärung der Vertragsteile besteht der Nachlass nur mehr aus diesen Miteigentumsanteilen. Der Notar wurde angewiesen, die Urkunde dem Grundbuchamt zur Eigentums-

umschreibung erst dann vorzulegen, wenn der jeweilige Veräußerer die Bezahlung des jeweiligen Ablösebetrags bestätigt hat oder die Zahlung in anderer Weise dem Notar nachgewiesen ist (Ziffer VI. 2.). Unter Ziffer XV. verzichten die Mitglieder der Erben- und Bruchteilsgemeinschaft auf alle ihnen etwa zustehenden Ansprüche, soweit diese nicht in der Urkunde ihre Regelung gefunden haben. Zur Eigentumsumschreibung der gegenständlichen beiden Anteile legte der Notar am 21. und 30.4.2015 neben der Auflassungserklärung, der Verwalterzustimmung und der Unbedenklichkeitsbescheinigung die mit Rechtskraftbestätigung versehene betreuungsgerichtliche Genehmigung des Rechtsgeschäfts vom 10.12.2014 vor.

Das Grundbuchamt hat am 5.5.2015 mit fristsetzender Zwischenverfügung bemängelt, dass der Beteiligte zu 2 nicht als Vertreter des Beteiligten zu 3 für diesen wirksam rechtsgeschäftliche Erklärungen abgeben können. Dieser sei als Vertreter des Betreuten nämlich ausgeschlossen, weil er selbst Miterbe sei; die Erben tätigten untereinander gegenläufige Willenserklärungen; ein lediglich rechtlich vorteilhaftes Rechtsgeschäft für den Beteiligten zu 3 liege nicht vor. Die Genehmigung durch das Betreuungsgericht heile keine materiellen Mängel des genehmigten Rechtsgeschäfts. Für den Beteiligten zu 3 sei ein Ergänzungsbetreuer zu bestellen; dem Grundbuchamt sei ferner eine erneute betreuungsgerichtliche Genehmigung nachzuweisen, die das durch den Ergänzungsbetreuer genehmigte Rechtsgeschäft betrifft.

Hiergegen richtet sich die notariell eingelegte Beschwerde vom 28.5.2015. Es handele sich nicht um gegenläufige Willenserklärungen der Beteiligten zu 2 und 3 als Miterben, sondern um parallele Erklärungen, in diesem Fall sei aber § 181 BGB nicht anwendbar; auf die rechtliche Vorteilhaftigkeit komme es hierbei nicht an. In der gegebenen Konstellation sei auch kein gleichzeitiges Rechtsgeschäft zwischen Vertreter und Vertretenem gegeben. Die vereinbarte Übertragung von Grundbesitz hätte alternativ auch als Erbteilsübertragung, jeweils von Betreuer und Betreutem, auf den Erwerber vorgenommen werden können. Dann hätte es sicher keines Ergänzungsbetreuers bedurft. Im Übrigen sei auch nicht ersichtlich, inwieweit eine nochmalige Genehmigung durch einen Ergänzungsbetreuer in Anbetracht der bereits erfolgten Genehmigung des Betreuungsgerichts einen materiellen Mehrwert bieten sollte.

Das Grundbuchamt hat unter dem 2.6.2015 nicht abgeholfen. Bei Erbauseinandersetzung greife das Selbstkontrahierungsverbot, was als Grundlage der Auflassung auch zu prüfen sei.

*Aus den Gründen:*

## II.

Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

1. Gegen die nach § 18 Abs. 1 GBO ergangene Zwischenverfügung des Grundbuchamts ist nach § 11 Abs. 1 RPflG, § 71 Abs. 1 GBO die unbeschränkte Beschwerde zulässig. Deren Gegenstand bildet das jeweils bezeichnete Eintragungshindernis, dessen Berechtigung vom Beschwerdegericht nachgeprüft werden soll (*Demharter*, GBO, 29. Aufl., § 71 Rdnr. 12), der Eintragungsantrag selbst ist hingegen nicht Gegenstand der Beschwerde (*Demharter*, § 71 Rdnr. 15 m. w. N.). Dem Beschwerdeschriftsatz ist nicht zu entnehmen, für wen die Beschwerde eingelegt wird. Es ist dann von dem allgemeinen Grundsatz auszugehen, dass der Notar das Rechtsmittel für alle Antragsberechtigten – den verlierenden wie den gewinnenden Teil des Grundstücksgeschäfts – eingelegt hat (OLG Schleswig, FGPrax 2010, 282; *Demharter*, § 15 Rdnr. 20).

2. Das Grundbuchamt verlangt zu Recht die Mitwirkung eines Ergänzungsbetreuers, weil der an der Erbauseinandersetzung Beteiligte zu 2 gehindert ist, sein Betreueramt für den Beteiligten zu 3 auszuüben (§ 1908i Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 1795 Abs. 2, § 181 BGB).

a) Für die Erbauseinandersetzung und die Erlösverteilung liegt, wenn Betreuer und Betreuer Miterben sind, bei Abgabe der Willenserklärung durch den Betreuer ein Insichgeschäft

nach § 181 BGB vor (*Palandt/Weidlich*, BGB, 74. Aufl., § 2042 Rdnr. 14; *Staudinger/Werner*, BGB, Bearb. Juni 2010, § 2042 Rdnr. 35; *MünchKommBGB/Ann*, BGB, 6. Aufl., § 2042 Rdnr. 38; allgemein *Mahlmann*, ZEV 2009, 320). Dessen Vertretungsmacht ist deshalb ausgeschlossen (§ 1795 Abs. 1 und 2, § 181 BGB), was es notwendig macht, einen (Ergänzungs-)Betreuer nach § 1899 Abs. 4 BGB zu bestellen. Zusätzlich hat das Betreuungsgericht zuzustimmen (§ 1908i Abs. 1 i. V. m. § 1821 Abs. 1 Nr. 1, § 1822 Nr. 2 BGB).

b) Anders wäre der Sachverhalt zu beurteilen, wenn Betreuer und Betreuter einem volljährigen Miterben den gesamten Nachlass übereignen und Letzterer sich verpflichtet, den Miterben jeweils eine bestimmte Abfindungssumme zu bezahlen. In diesem Fall lässt bereits die reichsgerichtliche Rechtsprechung (RGZ 93, 334/335) den Vertragsschluss des Miterben selbst sowie zugleich für den Betreuten als Miterben zu. Hintergrund dafür bildet der Umstand, dass jeder der Miterben unabhängig vom anderen berechtigt wäre, gemäß § 2033 Abs. 1 BGB vertraglich seinen Erbanteil einem Dritten gegen einen bestimmten Preis zu übertragen. Wird nun der gesamte Nachlass in einem Vertrag übertragen, so stellt sich dies lediglich als eine Zusammenfassung mehrerer einzelner von den Miterben mit dem Erwerber getroffenen Abmachungen dar, während untertragliche Vereinbarungen der übertragenden Miterben untereinander nicht bestehen (RG, a. a. O.; ebenso KGJ 40 A 1).

c) Das BayObLG hatte in einer Entscheidung vom 27.7.1908 diese Überlegungen auch auf einen Vertrag angewandt, durch den die Erben einem von ihnen ein zum Nachlass gehörendes Grundstück auflassen und dieser sich zu gleichmäßigen Leistungen an die Übergebenden verpflichtet (BayObLGZ 9, 459/462; sog. rein rechnerische Auseinandersetzung). Das RG ist dieser Rechtsprechung in der schon erwähnten Entscheidung ausdrücklich nicht gefolgt (RGZ 93, 334/335 f.). Im Gegensatz zur Vorschrift des § 2033 Abs. 1 BGB könne der einzelne Miterbe über seinen Anteil an den Nachlassgegenständen nicht verfügen (§ 2033 Abs. 2 BGB), die Verfügung sei zwingend eine gemeinschaftliche (§ 2040 Abs. 1 BGB). Der Entgeltabsprache liege notwendigerweise eine wenn auch nur stillschweigende Einigung unter den Miterben zugrunde. Denn jeder Miterbe sei damit einverstanden, dass das nach § 2041 BGB wiederum zum Nachlass gehörende Entgelt an die einzelnen Mitglieder entsprechend ihren Erbanteilen verteilt werde. Dann handele es sich aber um eine Auseinandersetzung zwischen allen Miterben untereinander. Auch wenn die Teilung im Grunde nur eine rechnerische sei, bleibe sie eben Teilung ohne Rücksicht darauf, ob sie einfach oder mit Schwierigkeiten verknüpft sei. Teilung setze aber begrifflich eine Vereinbarung unter den Beteiligten voraus (RGZ 93, 334/336).

Der BGH hat sich dem angeschlossen (BGHZ 21, 299/232; siehe auch BGHZ 50, 8/11). Das BayObLG hat in einem Beschluss vom 19.1.1912 (BayObLGZ 13, 13/18 oben) auf seine frühere Entscheidung nicht mehr zurückgegriffen.

d) Die vorbezeichnete Rechtsprechung geht von der Prämisse aus, dass von der ausschließlichen Erfüllung einer Verbindlichkeit als Ausnahme vom Verbot des Selbstkontrahierens (§ 181 BGB) nur gesprochen werden kann, wenn die Auseinandersetzung nach Maßgabe der gesetzlichen Vorschriften (§§ 2042 ff. BGB) vorgenommen wird, weil Miterben nur in der Art und Weise zur Auseinandersetzung verpflichtet sind, wie sie das Gesetz eben vorsieht. Das Verfügungsrecht des Miterben über seinen Anteil als solchen (§ 2033 Abs. 1 BGB) unterfällt demnach nicht dem Verbot. Dies gilt auch für solche Auseinandersetzungen, wenn mit

ihnen lediglich eine (wirksame) Teilungsanordnung des Erblassers vollzogen oder ein Vorausvermächtnis erfüllt wird (BayObLGZ 13, 13/18; *MünchKommBGB/Ann*, § 2042 Rdnr. 3; *Palandt/Weidlich*, § 2042 Rdnr. 14 mit Rdnr. 6 f.; *Mahlmann*, ZEV 2009, 320/321), was sich darin begründet, dass die Regeln der Auseinandersetzung dadurch modifiziert werden, was der Erblasser vorgegeben hat (*Palandt/Weidlich*, § 2042 Rdnr. 6). Daran sind auch die Miterben gebunden.

e) Ein derartiger Ausnahmefall ist hier nicht gegeben. Vielmehr ist mit der Vereinbarung ersichtlich gewollt, dass das im Nachlass befindliche Grundvermögen an den Beteiligten zu 1 als Miterben übergeht und im Gegenzug jeweils ein Entgelt, obwohl Surrogat nach § 2041 BGB, nicht in die Erbmasse, sondern an die Beteiligten zu 2 und 3 als Miterben fließt, im Übrigen auch bereits geflossen und die Auseinandersetzung damit vollständig vorgenommen ist. Eine derartige Form der vertraglichen Auseinandersetzung mag sich nach der allseitigen Interessenlage anbieten, weicht aber von den gesetzlichen Vorgaben ab, so dass bei einem Vertretungsfall auch das Verbot des Selbstkontrahierens (§ 181 BGB) beachtlich ist und die Ausnahme hiervon – „ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit“ – nicht eingreift.

f) Anderes gilt auch nicht deshalb, weil nach Angaben der Beteiligten der übertragene Grundbesitz den gesamten verbliebenen Nachlass darstellt und nichts zur weiteren Auseinandersetzung verblieben ist. Die vorliegende Urkunde hat eine vertragliche Auseinandersetzung bestimmter Nachlassgegenstände zum Inhalt, sie umfasst namentlich auch eine Auflassung des Grundbesitzes bzw. von Anteilen daran, die Auskehrung des Erlöses in einem bestimmten Verhältnis an die Miterben verbunden mit der wechselseitigen Erklärung, nach dem Erbfall vollständig abgefunden zu sein. Dass wirtschaftlich möglicherweise dasselbe Ziel mittels Übertragung der jeweiligen Anteile am Nachlass hätte erreicht werden können – was zum Rechtsübergang außerhalb des Grundbuchs mit anschließender Berichtigung führt (vgl. *Palandt/Weidlich*, § 2033 Rdnr. 13 m. w. N.) –, kann dahinstehen.

g) Schließlich würde auch eine isolierte Betrachtung von Erbauseinandersetzung, Aufhebung der Bruchteilsgemeinschaft und Veräußerungsgeschäft hier nicht weiterhelfen, weil dem die innerliche Verknüpfung aller Teile entgegensteht. Dass eine solche gewollt ist, entnimmt der Senat nicht nur dem bezeichneten Anlass für die einheitliche Beurkundung, sondern namentlich auch den Regelungen zur Gegenleistung (VI.) und dem allseitigen Verzicht (XV.). Wenn aber in einem Teil die Vertretung ausgeschlossen ist, so besteht der Vertretungsausschluss in allen Teilen des Vertragswerks (BGHZ 50, 8/11 f.). Insoweit ergibt sich bei der Beurteilung des Rechtsgeschäfts im Sinne von § 181 BGB eine Parallele zu § 139 BGB (BGH, a. a. O.).

h) Ob der Meinung des OLG Jena (NJW 1995, 3126/3127; auch *Soergel/Wolff*, BGB, 13. Aufl., § 2042 Rdnr. 31; ablehnend *Sonnenfeld*, NotBZ 2001, 322/324) zu folgen ist, welche bei Veräußerung von Nachlassgrundstücken die Voraussetzungen des § 181 BGB und die Notwendigkeit der Bestellung eines Ergänzungspflegers bzw. -betreuers verneint, wenn die Veräußerung die erst noch vorzunehmende Auseinandersetzung nur vorbereitet und das Surrogat zunächst in den Nachlass fließt, kann auf sich beruhen. Denn diese Konstellation ist ersichtlich nicht gegeben.

2. Zutreffend verlangt das Grundbuchamt schließlich auch eine erneute betreuungsgerichtliche Genehmigung. Die am 15.1.2015 erteilte Genehmigung ging ins Leere. Sie konnte die fehlende Vertretungsmacht des Beteiligten zu 2 als Betreuers des Beteiligten zu 3 nicht ersetzen (BGH, FamRZ

1961, 473/475; BayObLG, Rpfleger 1986, 471). Die Genehmigung setzt vielmehr die Vertretungsmacht des Betreuers voraus und muss hinzukommen, weil ohne sie die Vertretungsmacht des Betreuers nicht ausreicht (§ 1908i Abs. 1 mit § 1828 BGB; *Palandt/Götz*, § 1828 Rdnr. 12).

(...)

11. GmbHG § 47 Abs. 4, § 51; HGB §§ 49, 51, 119; BGB § 2206 (*Gesellschafterbefugnisse bei Anordnung unbeschränkter Testamentsvollstreckung hinsichtlich einer zum Nachlass gehörigen Gesellschaftsbeteiligung*)

1. **Die Ausübung der Gesellschafterbefugnisse einschließlich des Stimmrechts und der gerichtlichen Geltendmachung der Fehlerhaftigkeit von Gesellschafterbeschlüssen obliegt bei Anordnung der unbeschränkten Testamentsvollstreckung hinsichtlich einer zum Nachlass gehörenden Beteiligung an einer Gesellschaft grundsätzlich dem Testamentsvollstrecker (§§ 2205, 2211, 2212 BGB).**
2. **Der Testamentsvollstrecker, der selbst kein Gesellschafter ist, unterliegt ähnlich wie der Vertreter eines Gesellschafters bei der Ausübung des Stimmrechts aus der seiner Verwaltung unterliegenden Beteiligung an einer Gesellschaft grundsätzlich den gesellschaftsrechtlichen Stimmverböten wie dem Verbot, Richter in eigener Sache zu sein (vgl. § 47 Abs. 4 GmbHG).**
3. **Der Umstand, dass der Testamentsvollstrecker bei einer Beschlussfassung über einen bestimmten Beschlussgegenstand wegen eines Stimmverbots ausgeschlossen wäre und das Stimmrecht insoweit den Erben zustünde, hat nicht zur Folge, dass auch die Ausübungsbefugnis hinsichtlich des mit der Beteiligung verbundenen Rechts, von dem zuständigen Geschäftsorgan die Einberufung einer Gesellschafterversammlung zur Beschlussfassung über diesen Gegenstand zu verlangen bzw. diese selbst einberufen zu dürfen, vom Testamentsvollstrecker auf die Erben übergeht; die (aus der gesellschaftsrechtlichen Beteiligung folgende) Einberufungsbefugnis verbleibt vielmehr beim Testamentsvollstrecker, während die Erben eine Einberufung der Gesellschafterversammlung nur über die ihnen aus ihrem erbrechtlichen Rechtsverhältnis zu dem Testamentsvollstrecker diesem gegenüber zustehenden Rechte, insbesondere aus dem Anspruch auf eine ordnungsgemäße Verwaltung des Nachlasses (§ 2216 BGB), erreichen können.**

BGH, Urteil vom 13.5.2014, II ZR 250/12

Die Nebenintervenienten sind Erben der H. T. Die Erblasserin war Alleingesellschafterin der im Revisionsverfahren nicht vertretenen Beklagten, der Komplementärin der A. V. E. GmbH & Co. KG (nachfolgend: AVE KG), und deren alleinige Kommanditistin. Der Kläger war nahezu 30 Jahre Vermögensverwalter und Generalbevollmächtigter der Erblasserin und bereits zu deren Lebzeiten und darüber hinaus bis zum Jahre 2009 Geschäftsführer der Beklagten. Die Nebenintervenienten haben die Beteiligungen der Erblasserin im Wege der Erbfolge nach ihrem Tod am 18.12.2006 erlangt. In ihrem Testament hat die Erblasserin Testamentsvollstreckung für die Dauer von zehn Jahren angeordnet und den Kläger als Testamentsvollstrecker eingesetzt. Das Testament enthält in § 4 „Testamentsvollstreckung“ unter anderem folgende Regelungen:

„(Abs. 5) Die jährlichen Liquiditätsüberschüsse aus der Verwaltung meines Nachlasses sollen meinen Erben zustehen mit der Maßgabe, dass zunächst eine hinreichende Vorsorge zur Sicher-

ung und Erhaltung des Nachlasses, insbesondere Gesellschaftsvermögen der A. V. E. GmbH & Co. KG sowie der Tilgung etwaiger Darlehen vorzunehmen ist. ... (Abs. 7) Ich erteile meinem Testamentsvollstrecker die weitgehendsten Befugnisse und erkläre ausdrücklich, dass er, sofern er und soweit er meine Anordnungen ausführt, nicht der Zustimmung meiner Erben und Vermächtnisnehmer zu Einzelhandlungen bedarf, sondern insoweit nach eigenem Ermessen und unter Wahrung eines langfristigen Erhalts des Nachlassvermögens verfügen kann. ...“

Die Nebenintervenienten werfen dem Kläger vor, er habe seine Pflichten als Geschäftsführer der Beklagten verletzt und sei deshalb gegenüber der AVE KG zum Schadensersatz verpflichtet. Er habe ein Grundstück in D. zu teuer erworben sowie den Erlös aus der Veräußerung eines anderen, in H. belegenen Grundstücks nicht hinreichend gewinnbringend angelegt. Die nach dem Ausscheiden des Klägers im Jahre 2009 neu eingesetzte Geschäftsführung der Beklagten hat die gegen den Kläger erhobenen Vorwürfe – unstreitig – durch einen unabhängigen Dritten prüfen lassen mit dem Ergebnis, dass es für die behauptete Schadensersatzpflicht keinen Anlass gebe.

In Verfolgung ihres abweichenden Standpunkts fassten die Nebenintervenienten mehrfach Gesellschafterbeschlüsse bei der Beklagten und bei der AVE KG, die darauf gerichtet sind, die Nebenintervenienten zur Einziehung der behaupteten Schadensersatzforderungen der AVE KG gegen den Kläger zu ermächtigen.

Die Gesellschaftsverträge der Beklagten (§ 5 Abs. 2) und der AVE KG (§ 6 Abs. 2) enthalten zur Einberufung von Gesellschafterversammlungen folgende nahezu wortgleiche Regelung:

„Die Geschäftsführer (AVE KG: die GmbH) haben die Gesellschafterversammlung in den im Gesetz und im Gesellschaftsvertrag bestimmten Fällen sowie dann einzuberufen, wenn das Interesse der Gesellschaft dies erfordert. Darüber hinaus ist jeder Gesellschafter berechtigt, unter Angabe der von ihm gewünschten Tagesordnung die Einberufung einer Gesellschafterversammlung zu verlangen. Kommen die Geschäftsführer (AVE KG: die GmbH) dem Verlangen nicht binnen zwei Wochen nach, so ist der das Verlangen stellende Gesellschafter selbst zur Einberufung der Gesellschafterversammlung berechtigt.“

Einen jeweils ersten für die Beklagte und die AVE KG „gemeinschaftlichen Gesellschafterbeschluss“ fassten die Nebenintervenienten betreffend sowohl den Grundstückserwerb in D. als auch die Geldanlage bezüglich des H.-er Grundstücks am 18.5.2010 schriftlich, ohne den Kläger und die Geschäftsführerin der Beklagten hiervon vorab in Kenntnis zu setzen. Die Geschäftsführerin der Beklagten wies diese Beschlüsse zurück.

Daraufhin fassten die Nebenintervenienten am 31.5.2010 – wiederum im schriftlichen Verfahren und erneut ohne vorherige Benachrichtigung des Klägers und der Geschäftsführung der Beklagten – zwei Beschlüsse des Inhalts, dass sie – die Nebenintervenienten – zu gemeinschaftlichen Prozessvertretern zwecks Durchsetzung der Beschlüsse vom 18.5.2010 gegenüber der Beklagten bestellt wurden. Gestützt auf diese Beschlüsse nehmen die Nebenintervenienten in einem weiteren Verfahren die Beklagte auf Befolgung der Beschlüsse vom 18.5.2010 gerichtlich in Anspruch.

Um (unter anderem) formelle Mängel der Beschlussfassungen vom 18.5.2010 und 31.5.2010 zu beheben, verlangten die Nebenintervenienten von der Beklagten die Einladung zu einer Gesellschafterversammlung der AVE KG und luden nach Zurückweisung dieses Ansinnens durch die Geschäftsführung der Beklagten selbst zu einer Gesellschafterversammlung auf den 9.7.2010 ein. An dieser Gesellschafterversammlung nahmen die Geschäftsführerin der Beklagten und für den Kläger ein anwaltlicher Vertreter teil. Beide widersprachen der Abhaltung der Gesellschafterversammlung und beteiligten sich an der Abstimmung nicht. Die Nebenintervenienten führten die Gesellschafterversammlung gleichwohl durch und beschlossen mit ihren Stimmen, der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen den Kläger zuzustimmen.

Schließlich verlangten die Nebenintervenienten von der Beklagten mit Schreiben vom 15.7.2010 – vergeblich – die Einberufung von Gesellschafterversammlungen sowohl der Beklagten als auch der AVE KG und luden nachfolgend selbst auf den 19.8.2010 ein. Zu den Gesellschafterversammlungen erschienen wiederum für den Kläger ein anwaltlicher Vertreter sowie zur Gesellschafterversammlung der AVE KG auch die Geschäftsführerin der Beklagten, die in der sie je-

weils betreffenden Versammlung beide der Abhaltung widersprachen und nicht abstimmten. Die gleichwohl durchgeführte Gesellschafterversammlung der Beklagten beschloss mit den Stimmen der Nebenintervenienten, dass die Geschäftsführung der Beklagten die Nebenintervenienten zur Durchsetzung der Schadensersatzansprüche gegen den Kläger zugunsten der AVE KG zu ermächtigen habe und die Nebenintervenienten befugt seien, im Falle der Weigerung dieses gerichtlich gegenüber der Beklagten durchzusetzen. Die ebenfalls durchgeführte Gesellschafterversammlung der AVE KG stimmte mit den Stimmen der Nebenintervenienten der Beschlussfassung der Beklagten zu.

Das LG hat die Klage, mit der sich der Kläger gegen sämtliche Beschlüsse gewandt hat, als unzulässig abgewiesen. Der Kläger sei wegen Interessenkollision nicht befugt gewesen, gegen die von den Nebenintervenienten gefassten Beschlüsse gerichtlich vorzugehen, weil es bei den Beschlussfassungen um Schadensersatzansprüche gehe, die die Nebenintervenienten gegen ihn geltend machen wollten. Auf die Berufung des Klägers hat das Berufungsgericht die Nichtigkeit der Gesellschafterbeschlüsse der Beklagten vom 18.5.2010 und vom 31.5.2010 festgestellt, die Klageabweisung im Übrigen – also hinsichtlich der Gesellschafterbeschlüsse der AVE KG vom 18.5.2010 und vom 9.7.2010 sowie der Gesellschafterbeschlüsse der Beklagten und der AVE KG vom 19.8.2010 – dagegen bestätigt. Mit der vom erkennenden Senat zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein auf die Feststellung der Nichtigkeit auch dieser Beschlüsse gerichtetes Begehren weiter.

#### Aus den Gründen:

Die Revision des Klägers hat Erfolg und führt unter teilweiser Aufhebung des Berufungsurteils und weitergehender Abänderung des erstinstanzlichen Urteils zu der Feststellung, dass auch die Gesellschafterbeschlüsse der AVE KG vom 18.5.2010 und vom 9.7.2010 sowie die Gesellschafterbeschlüsse der Beklagten und der AVE KG vom 19.8.2010 nichtig sind.

#### I.

Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner – insoweit – klageabweisenden Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt: Die Klage sei entgegen der Ansicht des LG zwar zulässig, aber nicht begründet. Die Nebenintervenienten seien zur Einberufung der Gesellschafterversammlungen der AVE KG und der Beklagten auf den 19.8.2010 berechtigt gewesen. Da der Kläger im Hinblick auf die behaupteten Schadensersatzansprüche einem Stimmverbot gemäß § 47 Abs. 4 GmbHG unterlegen habe, habe insoweit die Verwaltungsbefugnis hinsichtlich der Gesellschaftsanteile einschließlich des Einberufungsrechts den Nebenintervenienten zugestanden. Sie seien nicht auf erbrechtliche Ansprüche zu verweisen. Die Teilnahmerechte des Klägers oder der Beklagten seien nicht verletzt worden; ebenso wenig hätten die Nebenintervenienten einem Stimmverbot unterlegen. Aufgrund der wirksamen Beschlussfassungen am 19.8.2010 seien etwaige Mängel der Beschlussfassungen der Gesellschafter der AVE KG vom 18.5.2010 und vom 9.7.2010 jedenfalls geheilt.

#### II.

Das hält der revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Die Gesellschafterbeschlüsse der AVE KG vom 18.5.2010 und vom 9.7.2010 sowie die Gesellschafterbeschlüsse der Beklagten und der AVE KG vom 19.8.2010 sind nichtig, weil die Nebenintervenienten nicht berechtigt waren, die Gesellschafterversammlungen einzuberufen. Die Einberufung durch einen Unbefugten stellt einen zur Nichtigkeit führenden Einberufungsmangel sowohl in der GmbH als auch in der KG dar (st. Rspr., vgl. BGH, Urteil vom 16.12.1953, II ZR 167/52, BGHZ 11, 231, 236 f.; Urteil vom 21.6.2010, II ZR 230/08, ZIP 2010, 1640 Rdnr. 12; weitere Nachweise bei *Bayer in Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 18. Aufl., § 49 Rdnr. 10 und § 51 Rdnr. 28 sowie bei *Oetker/Weitemeyer*, HGB, 3. Aufl.,

§ 119 Rdnr. 56; *Staub/Schäfer*, HGB, 5. Aufl., § 119 Rdnr. 81). Angesichts des Widerspruchs gegen die Durchführung der Versammlungen und gegen die Abstimmung fand auch keine den Einladungsmangel heilende Universalversammlung statt (vgl. hierzu BGH, Beschluss vom 19.1.2009, II ZR 98/08, ZIP 2009, 562 Rdnr. 2 m. w. N.; § 51 Abs. 3 GmbHG).

1. Das Berufungsgericht ist allerdings zu Recht davon ausgegangen, dass dem Kläger das Prozessführungsrecht zur Geltendmachung von Mängeln bei der Beschlussfassung der Beklagten und der AVE KG zusteht und die Klage zutreffend gegen die Beklagte gerichtet ist.

a) Hat ein Erblasser – wie hier in § 4 Abs. 7 des Testaments – hinsichtlich einer Beteiligung an einer Gesellschaft unbeschränkte Testamentsvollstreckung angeordnet, sind die Erben grundsätzlich gemäß § 2205 Satz 1, § 2211 BGB von der Ausübung der Gesellschafterbefugnisse ausgeschlossen. Die den Geschäfts-/Gesellschaftsanteil betreffenden Verwaltungs- und Vermögensrechte werden allesamt von dem Testamentsvollstrecker ausgeübt, der hierbei an den Willen der Erben nicht gebunden ist und in seinen Kompetenzen lediglich durch die Verbote der unentgeltlichen Verfügung nach § 2205 Satz 3 BGB und der Begründung einer persönlichen Haftung der Erben (vgl. § 2206 BGB) sowie durch seine generelle Pflichtenstellung gegenüber den Erben eingeschränkt ist (vgl. BGH, Urteil vom 2.10.1957, IV ZR 217/57, BGHZ 25, 275, 279 f.; Beschluss vom 3.7.1989, II ZB 1/89, BGHZ 108, 187, 189 f.; Beschluss vom 14.2.2012, II ZB 15/11, ZIP 2012, 623 Rdnr. 18; so auch schon RG, Urteil vom 23.6.1931, VII 237/30, RGZ 133, 128, 134). Die klageweise Geltendmachung der Fehlerhaftigkeit von Gesellschafterbeschlüssen obliegt deshalb ebenfalls dem Testamentsvollstrecker (§ 2212 BGB), es sei denn, dass der Testamentsvollstrecker selbst unzulässigerweise anstelle der Erben mitgestimmt hat und insoweit seine Verwaltungsbefugnis beschränkt ist (BGH, Urteil vom 12.6.1989, II ZR 246/88, BGHZ 108, 21, 23 f.). Ein solcher Fall liegt hier nicht vor. Vielmehr macht der Kläger, der nicht mitgestimmt hat, einen Einberufungsmangel geltend.

b) Die Klage konnte auch hinsichtlich aller angegriffenen Gesellschafterbeschlüsse gegen die Beklagte gerichtet werden. In der Personengesellschaft ist, sofern der Gesellschaftsvertrag wie hier nichts anderes bestimmt, der Streit über Beschlussmängel unter den Gesellschaftern auszutragen (st. Rspr., vgl. BGH, Urteil vom 1.3.2011, II ZR 83/09, ZIP 2011, 806 Rdnr. 19; Beschluss vom 9.4.2013, II ZR 3/12, ZIP 2013, 1021 Rdnr. 14). Da der Kläger mit seiner Klage Rechte der Nebenintervenienten als Erben geltend macht und sich die Rechtskraft der Entscheidung auf diese erstreckt (§ 327 Abs. 1 ZPO), genügt es, die Klage hinsichtlich der Gesellschafterbeschlüsse der AVE KG gegen die Beklagte als alleinige weitere Gesellschafterin zu richten. Klagen hinsichtlich der Beschlüsse, welche eine GmbH betreffen, sind gegen die Gesellschaft zu richten (BGH, Urteil vom 1.3.2011, II ZR 83/09, ZIP 2011, 806 Rdnr. 22; weitere Nachweise bei *Zöllner in Baumbach/Hueck*, GmbHG, 20. Aufl., Anh § 47 Rdnr. 163), so dass auch insoweit die Beklagte die richtige Klagegegnerin ist.

2. Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht allerdings angenommen, dass die Nebenintervenienten wegen eines Stimmverbots des Klägers die Gesellschafterversammlungen selbst einberufen durften und die in diesen Versammlungen gefassten Beschlüsse deshalb nicht unter einem die Nichtigkeit verursachenden Einberufungsmangel leiden.

a) Das Berufungsgericht verkennt, dass die Nebenintervenienten mit der Einberufung der Gesellschafterversammlungen ein Gesellschafterrecht geltend gemacht haben, dessen Ausübung ihnen nach dem ausdrücklichen Willen der Erblasser

serin nicht zustehen sollte. Bei einer – wie hier nach § 4 Abs. 7 des Testaments – unbeschränkt angeordneten Testamentsvollstreckung ist im erbrechtlichen Rechtsverhältnis zwischen den Erben und dem Testamentsvollstrecker nach den Bestimmungen der §§ 2205, 2211 BGB nur der Testamentsvollstrecker zur Ausübung der Gesellschafterrechte befugt. Solange und soweit er gesellschaftsrechtlich befugt ist, die Gesellschafterrechte – als Amtswalter der Erben – wahrzunehmen, sind die Erben auf die ihnen aus ihrem erbrechtlichen Rechtsverhältnis zu dem Testamentsvollstrecker diesem gegenüber zustehenden Rechte beschränkt und können nicht selbst in der Gesellschaft Rechte ausüben. Nur auf diese Weise wird dem durch die Anordnung der unbeschränkten Testamentsvollstreckung zum Ausdruck gekommenen Willen des Erblassers Rechnung getragen, die Ebene der Gesellschaft – nicht zuletzt auch wegen des damit für die Gesellschaft verbundenen Kostenrisikos – von der Klärung von Streitigkeiten zwischen den Erben und dem Testamentsvollstrecker über die – allein das zwischen ihnen bestehende (erbrechtliche) Innenverhältnis betreffende – ordnungsgemäße Verwaltung des Nachlasses frei zu halten. Derartige Streitigkeiten sollen die Erben außerhalb der Gesellschaft auf ihr Kostenrisiko gegenüber dem Testamentsvollstrecker mit den dafür vorgesehenen erbrechtlichen Mitteln klären.

Während der Dauer der Testamentsvollstreckung sind die Bestimmungen der Gesellschaftsverträge der Beklagten und der AVE KG hinsichtlich der Rechte und Pflichten der Gesellschafter daher so zu verstehen, dass insoweit grundsätzlich der Testamentsvollstrecker berechtigt und verpflichtet ist.

b) Nach § 5 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrags der Beklagten bzw. § 6 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrags der AVE KG steht danach anstelle der dort genannten Gesellschafter (allein) dem Testamentsvollstrecker die Befugnis zu, von dem Geschäftsführer/der GmbH die Einberufung einer Gesellschafterversammlung zu verlangen und im Falle der Weigerung des Geschäftsführers/der GmbH diese selbst einzuberufen (vgl. allgemein zum Einberufungsrecht des Testamentsvollstreckers *Hillmann* in *Henssler/Strohn*, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., § 50 GmbHG Rdnr. 4; *Hölters/Drinhausen*, AktG, 2. Aufl., § 122 Rdnr. 4; *MünchKommAktG/Kubis*, 3. Aufl., § 122 Rdnr. 5; *Rieckers* in *Spindler/Stilz*, AktG, 2. Aufl., § 122 Rdnr. 7; *Dörrie*, Die Testamentsvollstreckung im Recht der Personengesellschaften und der GmbH, 1994, S. 125; *Frank*, ZEV 2002, 389, 390).

Aus gesellschaftsrechtlichen Gründen war der Kläger nicht gehindert, gegenüber der Geschäftsführung/der GmbH ein Einberufungsverlangen zu stellen und im Falle der Weigerung, dem Einberufungsverlangen nachzukommen, selbst eine Gesellschafterversammlung einzuberufen. Dass er auf einer ordnungsgemäß einberufenen Gesellschafterversammlung einem Stimmverbot hinsichtlich der dort zur Beschlussfassung anstehenden Beschlussgegenstände unterliegen würde, beseitigt nicht sein Recht, die Einberufung einer solchen Gesellschafterversammlung zu verlangen bzw. im Wege des Selbsthilferechts diese selbst einzuberufen.

aa) Das Berufungsgericht ist allerdings zutreffend davon ausgegangen, dass der Kläger hinsichtlich der zur Abstimmung gestellten Beschlussgegenstände, die allesamt der Verfolgung von angeblichen Schadensersatzansprüchen der AVE KG gegen ihn wegen behaupteter Pflichtverletzungen im Zusammenhang mit seiner Geschäftsführertätigkeit dienen, in einer ordnungsgemäß einberufenen Gesellschafterversammlung einem gesellschaftsrechtlichen Stimmverbot unterlegen wäre, so dass die Nebenintervenienten ausnahmsweise selbst das Stimmrecht hätten ausüben dürfen (BGH, Urteil vom 12.6.1989, II ZR 246/88, BGHZ 108, 21, 28).

Der Testamentsvollstrecker verdrängt die Erben zwar nach allgemeiner Ansicht grundsätzlich auch hinsichtlich der Ausübung des Stimmrechts als Teil seiner umfassenden Befugnis zur Verwaltung des Nachlasses, es sei denn, ihm sind – wie hier nicht – durch § 2205 Satz 3, § 2206 BGB und etwaige Anordnungen des Erblassers Grenzen gesetzt (das im Grundsatz ausschließliche Stimmrecht des Testamentsvollstreckers stillschweigend voraussetzend: BGH, Urteil vom 9.12.1968, II ZR 57/67, BGHZ 51, 209, 214 (GmbH); Urteil vom 12.6.1989, II ZR 246/88, BGHZ 108, 21, 25 (GmbH); Beschluss vom 3.7.1989, II ZB 1/89, BGHZ 108, 187, 198 (KG); vgl. auch *Zöllner* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 20. Aufl., § 47 Rdnr. 42; *MünchKommGmbHG/Drescher*, § 47 Rdnr. 88; *Hillmann* in *Henssler/Strohn*, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., § 47 GmbHG Rdnr. 34; *Gummert* in *Henssler/Strohn*, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., § 177 HGB Rdnr. 12; *MünchKommHGB/K. Schmidt*, 3. Aufl., § 139 Rdnr. 51; *Roth* in *Baumbach/Hopt*, HGB, 36. Aufl., § 139 Rdnr. 29; *Pauli* in *Bengel/Reimann*, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 5. Aufl., Kapitel 5 Rdnr. 204 (KG) und Rdnr. 243 (GmbH); *Winkler*, Der Testamentsvollstrecker, 21. Aufl., Kapitel VIII Rdnr. 369 (KG) und Rdnr. 393 (GmbH); *Dörrie*, ZEV 1996, 370, 371; *Mayer*, ZEV 2002, 209, 210 (GmbH); *Frank*, ZEV 2002, 389, 390 (AG); *Lohr*, NZG 2002, 551, 553 (GmbH); *Priester* in FS Streck, 2011, S. 891, 897).

Der Testamentsvollstrecker kann aber dann das Stimmrecht nicht ausüben, wenn ihn ein gesellschaftsrechtliches Stimmverbot trifft. Er unterliegt, wie andere Vertreter von Gesellschaftern auch, dem für die GmbH in § 47 Abs. 4 GmbHG normierten Verbot, Richter in eigener Sache zu sein, auch wenn er selbst nicht Gesellschafter ist (BGH, Urteil vom 12.6.1989, II ZR 246/88, BGHZ 108, 21, 25 m. w. N.). Im Personengesellschaftsrecht gilt dieses Verbot ebenso (BGH, Urteil vom 7.2.2012, II ZR 230/09, ZIP 2012, 917 Rdnr. 16 m. w. N.). Die von den Nebenintervenienten angestrebten Beschlussfassungen dienen allesamt der Geltendmachung von – nach Ansicht der Nebenintervenienten bestehenden – Schadensersatzansprüchen der AVE KG gegen den Kläger, die ihren Grund in einer pflichtwidrigen Ausübung seiner Geschäftsführertätigkeit bei der Beklagten haben sollen. In einem solchen Fall der persönlichen Betroffenheit des Testamentsvollstreckers ist der Erbe anstelle des Testamentsvollstreckers auf einer ordnungsgemäß einberufenen Gesellschafterversammlung stimmberechtigt, wie auch in anderen Fällen der rechtlichen Verhinderung eines Vertreters oder Amtswalters das Stimmrecht vom Vertretenen ausgeübt werden kann (BGH, Urteil vom 12.6.1989, II ZR 246/88, BGHZ 108, 21, 28; vgl. auch BGH, Urteil vom 9.12.1968, II ZR 57/67, BGHZ 51, 209, 219 für den Fall eines Stimmverbots des Testamentsvollstreckers nach § 181 BGB).

bb) Das Berufungsgericht hat jedoch verkannt, dass auf der für die Entscheidung des Rechtsstreits allein maßgeblichen Ebene der Gesellschaft das dem Minderheitenschutz dienende Recht, die Einberufung einer Gesellschafterversammlung zu verlangen bzw. im Wege des Selbsthilferechts eine Gesellschafterversammlung einzuberufen, davon unabhängig ist, ob der Gesellschafter in der zur Beschlussfassung anstehenden Frage mitstimmen darf. Auch ein Gesellschafter ohne Stimmrecht oder ein Gesellschafter, der in der konkreten Angelegenheit einem Stimmverbot unterliegt, kann ein berechtigtes Interesse daran haben, bestimmte Angelegenheiten in der Gesellschaft zur Diskussion und Abstimmung zu stellen (*Hillmann* in *Henssler/Strohn*, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., § 50 GmbHG Rdnr. 2; *MünchKommGmbHG/Liebscher*, § 50 Rdnr. 8; *Zöllner* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 20. Aufl., § 50 Rdnr. 24, jeweils m. w. N.; vgl. hierzu auch BGH, Urteil

vom 21.6.2010, II ZR 230/08, ZIP 2010, 1640 Rdnr. 16 ff.). Werden die Gesellschafterbefugnisse durch einen Testamentsvollstrecker ausgeübt, gilt – sofern dem Gesellschaftsvertrag wie hier nichts anderes zu entnehmen ist – diese Unabhängigkeit des Einberufungsrechts von einem hinsichtlich der Beschlussfassung bestehenden Stimmverbot ebenso. Unterliegt der Testamentsvollstrecker einem Stimmverbot, werden seine Befugnisse nur insoweit eingeschränkt, d. h., er darf auf einer ordnungsgemäß einberufenen Gesellschafterversammlung nicht abstimmen. Die übrigen Gesellschafterrechte können von ihm weiterhin ausgeübt werden und verdrängen die Befugnisse der Erben als Gesellschafts- bzw. Geschäftsanteilsinhaber.

c) Aus der vom Berufungsgericht zur Begründung seiner abweichenden Ansicht herangezogenen Entscheidung des Senats vom 12.6.1989 (II ZR 246/88, BGHZ 108, 21) ergibt sich nichts Gegenteiliges. Auch in diesem Fall folgte das Stimmverbot des Testamentsvollstreckers allein aus dem Gesellschaftsrecht, nicht etwa aus einer Beschränkung seiner erbrechtlichen Verwaltungsbefugnis. Er war wegen seiner gesellschaftsrechtlichen Stellung als Beiratsmitglied gehindert, bei seiner eigenen Entlastung abzustimmen. Das aus der Missachtung der gesellschaftsrechtlichen Beschränkung seiner Befugnisse vom Senat abgeleitete eigene Anfechtungsrecht der Erben hat seinen Grund in der Verletzung ihrer – wegen gesellschaftsrechtlicher Verhinderung des Testamentsvollstreckers bestehenden – Befugnis, das Stimmrecht selbst auszuüben (vgl. zur ähnlichen Konstellation einer Befugnis des Erben, den Testamentsvollstrecker als Nachlassschuldner selbst zu verklagen: BGH, Urteil vom 14.11.2002, III ZR 19/02, WM 2003, 1570, 1571). Das den Erben vom Senat als Annex zugestandene Anfechtungsrecht beruht allein auf der – feststehenden – Verletzung dieser eigenen Ausübungsbefugnis hinsichtlich der (Gesellschafter) Rechte. Hier sind die Nebenintervenienten – wie ausgeführt – in keiner eigenen Ausübungsbefugnis verletzt.

d) Ob die Einberufung einer Gesellschafterversammlung erforderlich ist, um den in den Nachlass fallenden Gesellschaftsanteil ordnungsgemäß zu verwalten, ist, wenn nicht bestimmte Anordnungen durch den Erblasser erteilt sind (§ 2216 Abs. 2 BGB), an denen es hier fehlt, grundsätzlich in die Entscheidungsbefugnis des Testamentsvollstreckers gestellt. Auf die subjektiven Interessen der Erben muss der Testamentsvollstrecker dagegen keine Rücksicht nehmen. Einer der Hauptwesenszüge der Testamentsvollstreckung ist gerade die freie Stellung, die der Testamentsvollstrecker gegenüber den Erben hat. Selbst wenn der Erblasser die Testamentsvollstreckung im Interesse und zum Wohle der von ihm eingesetzten Erben angeordnet hat, können diese grundsätzlich auf die Amtsführung des Testamentsvollstreckers keinen Einfluss nehmen (BGH, Urteil vom 29.4.1954, IV ZR 152/53, BGHZ 13, 203, 205 f.; Urteil vom 2.10.1957, IV ZR 217/57, BGHZ 25, 275, 279 f.; Beschluss vom 3.7.1989, II ZB 1/89, BGHZ 108, 187, 189; Beschluss vom 14.2.2012, II ZB 15/11, ZIP 2012, 623 Rdnr. 18; so auch schon RG, Urteil vom 3.2.1910, IV 166/09, RGZ 73, 26, 27 f.; Urteil vom 23.6.1931, VII 237/30, RGZ 133, 128, 134). Würde man in einem Fall wie dem vorliegenden, in dem die Erben subjektiv der Ansicht sind, die Einberufung einer Gesellschafterversammlung sei erforderlich, ihnen das Recht einräumen, selbst die Einberufung zu verlangen und nachfolgend selbst einzuberufen, würde der allein das erbrechtliche Innenverhältnis zwischen Erben und Testamentsvollstrecker betreffende Streit über die ordnungsgemäße (erbrechtliche) Verwaltung des Nachlasses in die Gesellschaft hineingetragen. Genau dies wollte die Erblasserin mit dem Ausschluss jeglicher Einflussnahme der

Erben auf gesellschaftsrechtlich zulässige Einzelhandlungen des Testamentsvollstreckers (§ 4 Abs. 7 des Testaments) verhindern.

e) Die Rechte der Erben werden hierdurch nicht unzulässig beeinträchtigt. Sie sind ausreichend dadurch geschützt, dass sie von dem Testamentsvollstrecker die ordnungsgemäße Verwaltung des Nachlasses, zu welcher der Testamentsvollstrecker gemäß § 2216 Abs. 1 BGB verpflichtet ist, verlangen und dies, wenn nötig, auch gerichtlich im Klage- oder einstweiligen Verfügungsverfahren durchsetzen können (BGH, Urteil vom 2.10.1957, IV ZR 217/57, BGHZ 25, 275, 283; so auch schon RG, Urteil vom 3.2.1910, IV 166/09, RGZ 73, 26, 28). Ist für die ordnungsgemäße Nachlassverwaltung an einer Gesellschaftsbeteiligung die Wahrnehmung des Minderheitenrechts auf Einberufung einer Gesellschafterversammlung erforderlich, kann der Erbe den Testamentsvollstrecker gerichtlich hierzu verpflichten lassen. Entsteht ihm durch die nicht pflichtgemäße Verwaltung des Nachlasses ein Schaden, den der Testamentsvollstrecker zu vertreten hat, ist dieser zum Schadensersatz verpflichtet (§ 2219 Abs. 1 BGB). Ggf. kommt auch die Abberufung des Testamentsvollstreckers aus wichtigem Grund durch das Nachlassgericht in Betracht (§ 2227 BGB).

Diese auf erbrechtliche Maßnahmen beschränkten Befugnisse der Erben verwirklichen den Erblasserwillen bezüglich der Verwaltung – hier des Gesellschaftsvermögens – durch den Testamentsvollstrecker. Die Erben sollen nur dann ihre Überzeugung von der ordnungsgemäßen Ausübung der Gesellschaftsrechte in der Gesellschaft durch eine Anweisung an den Testamentsvollstrecker durchsetzen können, wenn ein Gericht festgestellt hat, dass die von ihnen gewollte Maßnahme für die ordnungsgemäße Verwaltung des Nachlasses erforderlich ist und der Testamentsvollstrecker sich pflichtwidrig verhält, wenn er sie nicht durchführt. Würde man den Erben hingegen – wie das Berufungsgericht – die Befugnis zugestehen, durch die Einberufung einer Gesellschafterversammlung eine Beschlussfassung in der Gesellschaft herbeizuführen, wenn sie – nur – subjektiv der Meinung sind, der Testamentsvollstrecker habe sich schadensersatzpflichtig gemacht, was bereits zu einem Stimmverbot allein wegen der bestehenden Interessenkollision führen würde, ohne dass im Ansatz feststünde, ob eine Pflichtwidrigkeit begangen wurde, würden den Erben in der Gesellschaft Einflussmöglichkeiten eröffnet, die sie nach dem ausdrücklichen Willen des Erblassers nicht haben sollen.

f) An dieser vom Erblasser bezweckten Beschränkung der Erben auf erbrechtliche Maßnahmen gegen den ihrer Ansicht nach den in den Nachlass fallenden Gesellschaftsanteil nicht ordnungsgemäß verwaltenden Testamentsvollstrecker scheitert auch das von den Nebenintervenienten in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat für ihren Rechtsstandpunkt reklamierte Recht, sich gegenüber der Klage auf die Einrede aus § 242 BGB berufen zu können, weil der Kläger ihnen gegenüber wegen der Verletzung seiner Pflichten aus § 2216 BGB zur Einberufung einer Gesellschafterversammlung verpflichtet sei. Ihnen ist es auch über den Weg der Einrede versagt, den ihr Innenverhältnis als Erben zum Testamentsvollstrecker betreffenden Streit in die Gesellschaft hineinzutragen und so diesen Streit auf der Ebene der Gesellschaft zu klären mit der Folge, dass im Falle des Unterliegens die Gesellschaft die Prozesskosten tragen muss. Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass dieses mit der Führung eines solchen Rechtsstreits verbundene Risiko der Minderung des Gesellschaftsvermögens wirtschaftlich letztlich die Erben treffen würde. Diese Argumentation verkennt, dass es der Erblasserin mit der Anordnung der Testamentsvollstreckung um den wirtschaftlich

bestmöglichsten Erhalt des Unternehmens ging, um die Sicherung der darin verkörperten Werte u. a. auch, um Pensions- und Darlehens- und sonstige Verpflichtungen erfüllen zu können. Es liegt auf der Hand, dass das Gesellschaftsvermögen unnötig belastende Prozesse zu der Verwirklichung dieses Ziels und damit zum Erblasserwillen in Widerspruch stehen.

(...)

#### Anmerkung:

### I. Erbrecht vs. Gesellschaftsrecht – zur Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung an Gesellschaftsbeteiligungen

Die Testamentsvollstreckung an Gesellschaftsbeteiligungen gehört zu den kniffligsten Themen im ohnehin schwierigen Spannungsverhältnis zwischen Erbrecht und Gesellschaftsrecht. Namentlich bei Verwaltungs-/Dauertestamentsvollstreckung (§ 2209 Satz 1 BGB) kommt es zum Konflikt: Auf der einen Seite die streng auf den Nachlass beschränkte Verpflichtungsbefugnis des Testamentsvollstreckers nach §§ 2206, 2207 BGB, auf der anderen Seite die Gesellschafterstellung eines BGB-/OHG-Gesellschafters bzw. Komplementärs einer KG mit der ihr immanenten unbeschränkten persönlichen Haftung andererseits. Ließe man die Testamentsvollstreckung hier uneingeschränkt zu, käme man zu einer haftungsbeschränkten Gesellschaftsform gleichsam „durch die Hintertür“.<sup>1</sup> Daher kann nach der Rechtsprechung des BGH der Testamentsvollstrecker die Beteiligungen persönlich haftender Gesellschafter nur auf der sog. „Außenseite“ verwalten (also soweit es mitgliedschaftlich nicht gebundene Vermögensrechte betrifft, wie insbesondere Verfügungen über die Beteiligung im Ganzen, Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben oder Gewinnansprüche des Gesellschafter-Erben); auf der „Innenseite“ der Vollhaftbeteiligung, namentlich bei der Wahrnehmung von Gesellschafterrechten, ist (Verwaltungs-)Testamentsvollstreckung dagegen nicht möglich.<sup>2</sup> In der Kautelarjurisprudenz gibt es überkommene Modelle, der Testamentsvollstreckung im Ergebnis trotzdem auf dieser Innenseite zur praktischen Wirkung zu verhelfen (zum Beispiel „Vollmachtmodell“, „Treuhandmodell“), hierauf kann an dieser Stelle aus Raumgründen nicht eingegangen werden.<sup>3</sup>

Diese Probleme, die bei Beteiligungen persönlich haftender Gesellschafter die Zulässigkeit einer Testamentsvollstreckung beschränken, ergeben sich bei Kommanditbeteiligungen wegen § 171 Abs. 1 HGB nicht.<sup>4</sup> Zwar gäbe es die Möglichkeit, dass sich der Testamentsvollstrecker die Einlage des Kommanditisten ganz oder teilweise zurückzahlen lässt und dadurch die persönliche, nicht auf den Nachlass beschränkte Haftung des Gesellschaftererben nach § 171 Abs. 1, § 172 Abs. 4 HGB wieder aufliebt. Jedoch dürften solche Situationen ohne Zustimmung des betreffenden Erben nicht eintreten

<sup>1</sup> Vgl. *Heckschen/Strnad*, NZG 2014, 1201, 1203.

<sup>2</sup> BGH, Beschluss vom 3.7.1989, II ZB 1/89, BGHZ 108, 187, 195 = NJW 1989, 3152 = MittBayNot 1989, 323; Beschluss vom 12.1.1998, II ZR 23/97, NJW 1998, 1313, 1314; aus der Literatur zum Beispiel *Heckschen* in *Burandt/Rojahn*, Erbrecht, 2. Aufl. 2014, § 2205 BGB Rdnr. 29 ff.; *Everts*, MittBayNot 2003, 427, 428 f.

<sup>3</sup> Siehe zum Beispiel *Heckschen* (Fn. 2), § 2205 BGB Rdnr. 22 ff.; *Everts*, MittBayNot 2003, 427, 431.

<sup>4</sup> *Schneider*, NJW 2015, 1142, 1143; die Haftung bei noch offener Einlage gemäß § 171 Abs. 1, § 172 Abs. 4 HGB, die gemäß § 173 HGB auf den Erben übergeht, beruht nicht auf Testamentsvollstreckerhandeln, ebenso die unter Umständen persönliche Haftung nach § 176 BGB vor Eintragung des Kommanditisten im Handelsregister.

– geschieht es dennoch, hat der Testamentsvollstrecker gegen seine Pflicht zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses nach § 2216 BGB verstoßen.<sup>5</sup> So hat der BGH in seiner grundlegenden Entscheidung aus dem Jahr 1989 die Testamentsvollstreckung bei Kommanditbeteiligungen umfassend anerkannt.<sup>6</sup> Sie erstreckt sich, anders als bei Vollhaftbeteiligungen, auch auf die „Innenseite“ der Beteiligung, d. h. das Innenverhältnis der Gesellschaft. Der Testamentsvollstrecker übt somit grundsätzlich die Gesellschafterrechte des Kommanditisten-Erben auch im Innenverhältnis der Gesellschaft aus, ohne dass diesem eine Mitwirkungsbefugnis zustünde. Das Gleiche gilt für die von Haus aus haftungsbeschränkten Kapitalgesellschaften.<sup>7</sup>

### II. Der Fall: Stimmverbot vs. Ladungsrecht

Um eine solche Frage auf der „Innenseite der Beteiligung“ ging es im vorliegenden Fall: Der umfassend eingesetzte Testamentsvollstrecker war früherer Geschäftsführer der erblasserischen Komplementär-GmbH und damit auch (im Ergebnis) der GmbH & Co. KG. Die Gesellschaftererben wollten per Beschluss die Gesellschaft(en) zur Verfolgung von Schadensersatzansprüchen gegen den Testamentsvollstrecker aus seiner vormaligen Funktion als Geschäftsführer verpflichten.

Der BGH bestätigt zunächst seine Rechtsprechung, dass im Falle einer wie hier umfassend angeordneten Testamentsvollstreckung über GmbH-Geschäftsanteile und Kommanditbeteiligungen alle Gesellschafterrechte ausschließlich dem Testamentsvollstrecker zustehen. Die Erben sind insofern ausgeschlossen. Demnach sind Erben in solchen Fällen auch nicht zur Einberufung von Gesellschafterversammlungen berechtigt. Erfolgt dies gleichwohl, liegt ein Ladungsmangel vor (Einberufung durch Unbefugte), der zur Nichtigkeit der daraufhin gefassten Beschlüsse führt.<sup>8</sup> Und eine Vollversammlung „unter Verzicht auf alle Formen und Fristen“, die zur Heilung geführt hätte, hat gerade nicht stattgefunden, da der Ladungsmangel gerügt wurde.

Im Besprechungsfall hätte der Testamentsvollstrecker jedoch, ordnungsgemäße Einberufung der Gesellschafterversammlungen unterstellt, unstreitig gar nicht mitstimmen dürfen. Denn es ging um die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen ihn aus einer früheren Tätigkeit als Geschäftsführer. Da aber niemand Richter in eigener Sache sein kann, hat er in solchen Fällen kein Stimmrecht (vgl. § 47 Abs. 4 GmbHG). Unterliegt der Testamentsvollstrecker danach einem gesellschaftsrechtlichen Stimmverbot, sind ausnahmsweise die Erben trotz der eigentlich angeordneten Testamentsvollstreckung an Stelle des Testamentsvollstreckers stimberechtigt. Es wäre nun dogmatisch möglich, diese aus § 47 Abs. 4 GmbHG folgende Verhinderung des Testamentsvollstreckers als Reflex auch auf das Ladungsverfahren zu erstrecken,<sup>9</sup> d. h., auch die ausnahmsweise stimberechtigten Erben sollen in solchen Fällen die Einberufung von Gesellschafterversammlungen verlangen können, hilfsweise die Versammlungen im Wege der Selbsthilfe einberufen können.

<sup>5</sup> *Schneider*, NJW 2015, 1142, 1143.

<sup>6</sup> BGH, Beschluss vom 3.7.1989, II ZB 1/89BGHZ 108, 187 (195) = NJW 1989, 3152 = MittBayNot 1989, 323; bestätigt zuletzt mit Beschluss vom 14.2.2012, II ZB 15/11, MittBayNot 2012, 304 (Zulässigkeit eines Testamentsvollstreckervermerks im Handelsregister).

<sup>7</sup> BGH, Urteil vom 10.6.1959, V ZR 25/58, NJW 1959, 1820; *Heckschen* (Fn. 2), § 2205, Rdnr. 48 ff.

<sup>8</sup> *Wachter*, BB 2014, 2065.

<sup>9</sup> *Reimann*, ZEV 2014, 666, 667.

Andernfalls wären die Erben darauf angewiesen, dass der Testamentsvollstrecker eine Gesellschafterversammlung einberuft – bleibt er untätig, was in solchen Fällen naheliegt, wären die Gesellschaftererben rechtlos gestellt. Vertritt man diesen Standpunkt, wie die Vorinstanz, würde aber die Situation eintreten, dass zum Schluss doch derjenige, der eigentlich nicht verwalten soll, auf einmal zum Richter über denjenigen berufen ist, der vom Erblasser mit der Verwaltung beauftragt wurde.<sup>10</sup>

Da diese Situation regelmäßig dem Erblasserwillen widerspricht,<sup>11</sup> argumentiert der BGH anders herum: Auch dem Gesellschafter, der in der betreffenden Versammlung nicht mitstimmen darf, steht das dem Minderheitenschutz dienende Recht zu, die Einberufung der Versammlung zumindest zu verlangen oder dies im Selbsthilfeweg selbst zu tun. Dies gilt in derselben Weise, wenn die Wahrnehmung der Gesellschafterrechte einem Testamentsvollstrecker unterliegt. Dieses Recht ist also vom Stimmrecht zu trennen und fällt daher bei einer Testamentsvollstreckung nicht auf die Erben zurück, sondern bleibt beim Testamentsvollstrecker.

### III. Bewertung und Praxishinweise

Damit liefert der BGH zugleich einen entscheidenden Praxishinweis aus dem Urteil gleich selbst mit:<sup>12</sup> Die Erben müssen in zwei Schritten gegen den Testamentsvollstrecker vorgehen. Zunächst müssen sie ihn gerichtlich, notfalls per Klage, verpflichten, eine Gesellschafterversammlung einzuberufen oder die Einberufung mittels Selbsthilfe zu gestatten. Auf der einberufenen Gesellschafterversammlung können die Gesellschaftererben die (Stimm-)rechte aus ihren Beteiligungen dann selber ausüben und die Geltendmachung von Ansprüchen der Gesellschaft gegen den Testamentsvollstrecker aus dessen früherer Geschäftstätigkeit beschließen.<sup>13</sup>

Es ist nicht zu verkennen, dass durch diese formale Betrachtungsweise ein in der Praxis zeitraubender prozeduraler Umweg notwendig wird. Denn den Weg, die aus § 47 Abs. 4 GmbHG folgende Verhinderung des Testamentsvollstreckers als Reflex auch auf das Ladungsverfahren zu erstrecken, geht der BGH gerade nicht.<sup>14</sup> Ergebnis und Begründung der Entscheidung überzeugen gleichwohl. Die zeitliche Verzögerung und ein etwa daraus folgender Schaden kann bei Obsiegen der Gesellschaftererben dem Testamentsvollstrecker persönlich in Rechnung gestellt werden. Das Urteil ist daher im Sinne einer Stärkung des Rechtsinstituts der Testamentsvollstreckung als Instrument der Unternehmensnachfolge zu begrüßen.<sup>15</sup> „Streitigkeiten zwischen Erben und Testamentsvollstrecker haben in der Gesellschafterversammlung nichts zu suchen.“<sup>16</sup> Dabei erweisen sich Kapitalgesellschaften und GmbH & Co. KG, was die Möglichkeiten der Testamentsvollstreckung angeht,<sup>17</sup> als geeignete Wahl.<sup>18</sup>

<sup>10</sup> Reimann, ZEV 2014, 666, 667.

<sup>11</sup> Freilich bleibt eine abweichende Anordnung in der letztwilligen Verfügung möglich, die die Rechte des Testamentsvollstreckers nach § 2208 BGB insoweit beschränkt, dass (auch) der Gesellschaftererbe, gleichsam als weiteres Kontrollrecht gegenüber dem Testamentsvollstrecker auf Gesellschaftsebene, die Möglichkeiten zu Einberufungsverlangen und Selbsthilfe hat (Reimann, ZEV 2014, 666, 667).

<sup>12</sup> Krämer, GmbH-StB 2014, 256, 257.

<sup>13</sup> Krämer, GmbH-StB 2014, 256, 257.

<sup>14</sup> Reimann, ZEV 2014, 666, 667.

<sup>15</sup> Werner, GmbHR 2014, 868, 869; Wachter, BB 2014, 2065.

<sup>16</sup> Wachter, BB 2014, 2065.

<sup>17</sup> Siehe oben I.

<sup>18</sup> Heckschen/Strnad, NZG 2014, 1201, 1203; Everts, MittBayNot 2003, 427, 431 f.

Ferner sollte bei sich abzeichnenden Interessenkonflikten des vorgesehenen Testamentsvollstreckers bereits in der zugrundeliegenden letztwilligen Verfügung gegengesteuert werden. Entweder benennt man gleich kompetente neutrale dritte Personen anstelle von langjährigen Geschäftsführern oder nahestehenden Vertrauten, die besondere Emotionen bei den Erben auslösen können.<sup>19</sup> Will man eine solche radikale Lösung als Erblasser, womöglich ebenfalls aus persönlichen Gründen, nicht, kann das Streitpotenzial immer noch durch die Einsetzung eines oder mehrerer (unabhängiger) Ersatztestamentsvollstrecker für derartige Fälle minimiert werden. Denn dann steht das Stimmrecht wiederum nicht den Erben, sondern dem Ersatz-Testamentsvollstrecker zu.<sup>20</sup>

Zu beachten ist aber, dass stets auch die juristischen Voraussetzungen für das Eingreifen der Testamentsvollstreckung im Einzelfall gegeben sein müssen. Außer der Anordnung durch formwirksame letztwillige Verfügung (vgl. §§ 2197, 1937 BGB) und dem Erwerb der Beteiligung durch Erbfall – ein Eintrittsrecht reicht nicht aus!<sup>21</sup> – muss aufgrund der Personenbezogenheit der KG die Zustimmung aller Gesellschafter hierzu vorliegen,<sup>22</sup> d. h. eine entsprechende Klausel im Gesellschaftsvertrag enthalten sein,<sup>23</sup> sofern nicht der Testamentsvollstrecker im Einzelfall rügelos zu Vollversammlungen zugelassen wird. Fehlt es hieran, ist der Testamentsvollstrecker auch bei Kommanditbeteiligungen von deren Verwaltung im Innenverhältnis ausgeschlossen und hat – genau so wie bei Beteiligungen persönlich haftender Gesellschafter – Befugnisse lediglich hinsichtlich der mitgliedschaftlich nicht gebundenen Vermögensrechte (insbesondere Verfügungen über die KG-Beteiligung im Ganzen, Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben oder Gewinnansprüche des Kommanditistenerben).<sup>24</sup>

Notar Dr. Arne Everts, Berchtesgaden

<sup>19</sup> Krämer, GmbH-StB 2014, 256, 257.

<sup>20</sup> Wachter, BB 2014, 2065.

<sup>21</sup> Schneider, NJW 2015, 1142, 1144; Ulmer, NJW 1990, 73, 76.

<sup>22</sup> BGH, Beschluss vom 3.7.1989, II ZB 1/89, BGHZ 108, 187, 191 = NJW 1989, 3152; in dieser kann zugleich angeordnet werden, dass die Stimmrechte des betreffenden Gesellschaftererben ruhen, solange die Testamentsvollstreckung besteht. Dann entscheiden immer die anderen Gesellschafter – ein nicht immer befriedigendes Ergebnis (Reimann, ZEV 2014, 666, 668).

<sup>23</sup> Hierzu ausführlich Everts, MittBayNot 2003, 427, 433 ff. (mit Formulierungsvorschlägen).

<sup>24</sup> Schneider, NJW 2015, 1142, 1144.

12. BGB §§ 362, 2314 Abs. 1 Satz 1, § 2315 (Zum Auskunftsanspruch nach § 2314 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 2325 BGB)

**Voraussetzung eines Auskunftsanspruchs nach § 2314 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 2325 BGB ist nicht, dass das Vorliegen einer Schenkung feststeht. Bei ausreichenden Anhaltspunkten für möglicherweise pflichtteilsrelevante Vorgänge muss sich die Auskunft auf alle Umstände erstrecken, die für die Beurteilung, ob und in welcher Höhe ein Pflichtteilsergänzungsanspruch besteht, bedeutsam sind (im Anschluss an BGH, LM BGB § 2314 Nr. 5).**

OLG Karlsruhe, Urteil vom 9.12.2014, 8 U 187/13

Aus den Gründen:

## II.

(...)

2. Die zulässige Berufung des Klägers hat teilweise Erfolg.

(...)

b) Der Kläger hat aus § 2314 Abs. 1 Satz 1 BGB i. V. m. § 2325 BGB Anspruch auf die Vorlage weiterer Dokumente der Streitgegenständlichen Stiftungen, nämlich auf Vorlage der Reglemente, der Beistatuten und des „Letter of Wishes“ der jeweiligen Stiftungen, sowie auf Auskunft, wer jeweils der Treuhänder und die Stiftungsratsmitglieder sind bzw. waren. Auch diese weiteren Unterlagen und Informationen benötigt der Kläger für die aus den oben dargelegten Gründen notwendige rechtliche Einordnung der Stiftungen als echte Stiftungen oder als „Schein-Stiftungen“. (wird ausgeführt)

c) Der Kläger hat gemäß § 2314 Abs. 1 Satz 1 BGB Anspruch auf Ergänzung der bereits erteilten Auskunft über die Zusammensetzung des Hausrats der Immobilie des Erblassers in A, und zwar insoweit, als die Beklagten noch die Mitteilung der wertbildenden Faktoren der Teppiche und Bilder, die in der Inventarliste aufgelistet sind, schulden. Dabei spielt es keine Rolle, ob der Hausrat wertlos ist, wie die Beklagten meinen. Der Umfang der Auskunftspflicht wird hierdurch nämlich nicht berührt (MünchKommBGB/Lange, 6. Aufl., § 2314 Rdnr. 5).

Zwar kann der Berechtigte in der Regel bei Unvollständigkeit des Verzeichnisses keine Vervollständigung verlangen, sondern ist auf die Möglichkeit, die Abgabe der eidesstattlichen Versicherung zu verlangen, zu verweisen. Ausnahmen hiervon werden aber bejaht, wenn der Pflichtige zum Beispiel aus Rechtsirrtum eine unbestimmte Zahl von Gegenständen nicht aufgenommen hat, einen bestimmten Teil des Nachlassvermögens ganz ausgelassen hat oder aber bei erkennbar unvollständiger Auskunft (OLG Schleswig, NJW-RR 2011, 1449 mit zahlreichen weiteren Nachweisen; Weidlich in Palandt, a. a. O., § 2314 Rdnr. 8 und 11).

Eine solche Unvollständigkeit liegt hier insoweit vor, als Angaben zu den wertbildenden Faktoren der seitens der Beklagten aufgelisteten Teppiche und Bilder weitgehend fehlen.

Für den Auskunftsanspruch aus § 1379 Abs. 1 Satz 1 BGB (Pflicht der Ehegatten zur Auskunftserteilung über Endvermögen) ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass das zu übergebende Vermögensverzeichnis die am Stichtag zum Endvermögen gehörenden Gegenstände nach Anzahl, Art und wertbildenden Merkmalen aufzuführen hat (BGHZ 84, 31, 32 = NJW 1982, 1643, 1644 = juris Rdnr. 7). Auch im Rahmen der Auskunftspflicht der Miterben über ausgleichungspflichtige Zuwendungen (§ 2057 BGB) gilt, dass die ausgleichungsrelevanten Eigenschaften wie Zuwendungszeitpunkt und wertbildende Faktoren anzugeben sind (Weidlich in Palandt, a. a. O., § 2057 Rdnr. 1; MünchKommBGB/Ann, a. a. O., § 2057 Rdnr. 5). Für den Auskunftsanspruch aus § 2314 BGB kann nichts anderes gelten. Ausgehend vom Zweck dieses Auskunftsanspruchs, der in der Offenlegung der Berechnungsfaktoren für den sonst nicht bezifferbaren Pflichtteilsanspruch liegt, ist eine Pflicht zur Angabe von wertbildenden Faktoren der Nachlassgegenstände jedenfalls dann zu bejahen, wenn eine solche ausdrücklich verlangt wird und offensichtlich ist, dass sie zur Bezifferung des Pflichtteilsanspruchs benötigt wird.

So liegt es hier. Die von den Beklagten vorgelegte Inventarliste führt eine Reihe von Teppichen auf, zu denen jeweils lediglich die Größe, jedoch nur zum Teil das Alter und die

Herkunft und nicht beispielsweise das Material, das Motiv, der Zustand etc. angegeben wurden. Zu den aufgelisteten Bildern fehlen nahezu durchweg Angaben zum Motiv, zur Bildgröße etc. Der Kläger vermutet, dass die Teppiche jedenfalls teilweise einen Wert von 5.000 € bis 8.000 €, die Bilder zum Teil einen Wert von 500 € bis 3.000 € haben. Ohne Kenntnis von den (weiteren) wertbildenden Faktoren ist eine genauere Einschätzung der Verkehrswerte offensichtlich nicht möglich.

Dass ein Anspruch auf Wertermittlung in Betracht kommt, soweit für die Bewertung einzelner Nachlassgegenstände die Hilfe eines Sachverständigen erforderlich ist und deshalb in der Regel für eine Auskunft eine solche Bezeichnung des Nachlassgegenstandes genügt, mit deren Hilfe der Pflichtteilsberechtigte die Ermittlung des Wertes durch einen Sachverständigen beantragen kann (BGH, Beschluss vom 21.2.1996, IV ZB 27/95, BeckRS 1996, 31059736; Brandenburgisches OLG, Urteil vom 7.1.2004, 13 U 25/03, ZErB 2004, 132 = juris Rdnr. 32), ändert an dem Anspruch des Klägers auf Auskunft über die wertbildenden Merkmale der betreffenden Nachlassgegenstände nichts. Während nämlich der Auskunftsanspruch lediglich auf die Weitergabe von Wissen gerichtet ist, bezweckt der Wertermittlungsanspruch eine vom Wissen und von den Wertvorstellungen des Verpflichteten gänzlich unabhängige vorbereitende Mitwirkung anderer Art (BGHZ 89, 24, 28). Hier geht es dem Kläger ersichtlich zunächst um die Mitteilung von verschaffbarem Wissen der Beklagten; nur mit Hilfe dieses Wissens kann der Kläger eine sachgerechte Entscheidung treffen, ob er die Beklagten zusätzlich auf Wertermittlung in Anspruch nehmen will.

Allerdings ist der Anspruch des Klägers auf die Mitteilung der wertbildenden Faktoren zu den in der Inventarliste aufgeführten Teppichen und Bildern beschränkt. Bezüglich aller übrigen aufgelisteten Gegenstände lässt sich ein solcher weiterer Auskunftsbedarf nicht erkennen. Nur hinsichtlich der Bilder und Teppiche hat der Kläger konkret und nachvollziehbar dargelegt, dass es zur genaueren Einschätzung von deren – seiner Vermutung nach nennenswerten – Verkehrswerten der Kenntnis der wertbildenden Merkmale bedarf.

Auch im Übrigen hat der Kläger keinen Anspruch auf Ergänzung der bereits erteilten Auskunft über das Inventar in der Immobilie des Erblassers in A.

(...)

### Anmerkung:

Fragen nach dem notwendigen Inhalt und Umfang von Nachlassverzeichnissen im Sinne des § 2314 BGB waren in letzter Zeit häufiger Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzungen.<sup>1</sup> Leider ist die Rechtsprechung dabei keineswegs einheitlich und zudem nicht immer im Einklang mit der gesetzlichen Systematik.<sup>2</sup> Aus notarieller Sicht ist dies umso bedauerlicher, als nach § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB ein Anspruch des Pflichtteilsberechtigten darauf besteht, dass das Nachlassverzeichnis durch einen Notar aufgenommen wird. Der mit der Aufnahme eines solchen Verzeichnisses betraute Notar steht somit notwendiger Weise vor der Frage, welche Umstände er hierbei zu ermitteln und in das Verzeichnis aufzunehmen hat.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Vgl. zuletzt etwa OLG Köln, Urteil vom 10.1.2014, 1 U 56/13, MittBayNot 2015, 52 mit Anmerkung Weidlich, OLG Koblenz, Beschluss vom 18.3.2014, 2 W 495/13, NJW 2014, 1972 OLG München, Teilurteil vom 27.1.2014, 19 U 3606/13, ZEV 2014, 365.

<sup>2</sup> Hierzu auch Weidlich, MittBayNot 2015, 53 f.

<sup>3</sup> Vgl. allgemein zur Ermittlung des Notars im Falle des § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB Braun, MittBayNot 2008, 351.

Auch die vorliegende Entscheidung befasst sich (unter anderem) mit der Frage, welche Angaben für ein vollständiges Nachlassverzeichnis erforderlich sind; sie vermag aber leider nicht zu einer befriedigenden Klärung beizutragen.

Soweit hier von Interesse, betrifft der Beschluss des OLG Karlsruhe die Frage, ob neben der Bezeichnung der einzelnen Nachlassgegenstände auch Angaben zu sog. wertbildenden Faktoren dieser Gegenstände in das Nachlassverzeichnis aufzunehmen sind. Das Gericht beantwortet diese Frage mit einem entschiedenen „es kommt darauf an“. Dabei will es wie folgt differenzieren: Eine Pflicht zur Angabe von wertbildenden Faktoren bestehe „jedenfalls dann, wenn eine solche ausdrücklich verlangt wird und offensichtlich ist, dass sie zur Bezifferung des Pflichtteilsanspruchs benötigt wird“. Dagegen sei ein Auskunftsbedarf und damit auch ein Auskunftsanspruch hinsichtlich der wertbildenden Faktoren nicht gegeben, soweit der Auskunftsbeauftragte nicht „konkret und nachvollziehbar“ darlegt, dass diese Angaben „zur genaueren Einschätzung“ der Verkehrswerte der betreffenden Nachlassgegenstände erforderlich sind.

Die Auffassung des OLG Karlsruhe ist weder rechtsdogmatisch (hierzu unter 1.) noch unter praktischen Gesichtspunkten (hierzu unter 2.) nachzuvollziehen.

## I. Dogmatische Zweifel an der Lösung des Gerichts

In dogmatischer Hinsicht verkennt das Gericht zwar nicht völlig, dass zwischen dem Anspruch auf Auskunft über den Nachlassbestand (§ 2314 Abs. 1 Satz 1 BGB) und dem Wertermittlungsanspruch (§ 2314 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 BGB) zu differenzieren ist. Die vom Gericht vorgenommene Abgrenzung zwischen diesen beiden Ansprüchen erscheint jedoch nicht korrekt: Im Ausgangspunkt noch zutreffend geht das Gericht, in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des BGH<sup>4</sup> und der herrschenden Literatur<sup>5</sup> davon aus, dass die Auskunft gemäß § 2314 Abs. 1 Satz 1 BGB auf die Weitergabe von (zumindest „verschaffbarem“) Wissen des Auskunftsverpflichteten (bzw. im Falle des § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB des Notars) gerichtet ist, während es bei § 2314 Abs. 1 Satz 2 BGB um eine von den Vorstellungen des Verpflichteten unabhängige Wertermittlung geht. Kaum nachzuvollziehen ist jedoch die Folgerung des Gerichts, dass der Auskunftsbeauftragte daher neben der Wertermittlung durch Gutachten im Sinne des § 2314 Abs. 1 Satz 2 BGB auch die Angabe wertbildender Merkmale durch den Auskunftsverpflichteten verlangen kann, sofern diese „zur Bezifferung des Pflichtteilsanspruchs benötigt wird“.

Aus dem Wortlaut des § 2314 BGB ergibt sich nichts, was für die Auffassung des OLG Karlsruhe sprechen könnte. Im Gegenteil: § 2314 Abs. 1 Satz 1 statuiert eine Verpflichtung Auskunft „über den Bestand des Nachlasses“ zu erteilen. Hierzu ist jedoch ausreichend alle zum zu verzeichnenden Vermögen gehörenden Gegenstände einzeln übersichtlich aufzuführen und so detailliert zu kennzeichnen, dass ihre Identität einwandfrei feststeht. Die Kennzeichnung kann natürlich durch Angabe von wertbildenden Merkmalen der Gegenstände erfolgen. Geschieht die Identifizierung auf andere Weise (etwa durch Abbildungen), lässt sich eine Verpflichtung zu weiteren Angaben, insbesondere solchen zum Wert der Gegenstände oder zu wertbildenden Faktoren, aus § 2314 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht entnehmen. Die klare Tren-

nung zwischen der Auskunft über den Bestand (Satz 1) und dem Wertermittlungsanspruch (Satz 2) im Rahmen des § 2314 Abs. 1 BGB spricht ebenfalls dafür, sämtliche Fragen der Wertermittlung und damit auch die Frage nach der Angabe wertbildender Faktoren ausschließlich dem letztgenannten Anspruch zuzuordnen.<sup>6</sup> Nach der Systematik des § 2314 Abs. 1 BGB dient der Auskunftsanspruch ausschließlich dazu, dem Pflichtteilsberechtigten Kenntnis davon zu verschaffen, welche Gegenstände bei der Berechnung des Pflichtteils- (und ggf. Pflichtteilergänzungsanspruchs) zu berücksichtigen sind. Mit welchem Wert sie jeweils in die Berechnung einzustellen sind, ist – sofern hierüber nicht in anderer Weise Einigkeit erzielt wird – eine Frage des § 2314 Abs. 1 Satz 2 BGB.

Auch der Vergleich des Gerichts mit den Auskunftsansprüchen gemäß § 1379 Abs. 1 Satz 1 und § 2057 BGB geht fehl. Hinsichtlich § 2057 BGB ist dies – unabhängig davon, ob der Wertermittlungsanspruch hier nicht auf § 242 BGB zu stützen wäre<sup>7</sup> – schon deshalb der Fall, weil es an einem eigenständigen Wertermittlungsanspruch fehlt. Demgegenüber weist § 1379 BGB eine dem § 2314 BGB ähnliche Struktur, welche zwischen Vermögensauskunft und Wertermittlung differenziert, auf. Es wäre daher – entgegen der herrschenden Meinung,<sup>8</sup> die ohne jede Diskussion die Angabe wertbildender Merkmale fordert – durchaus zu erwägen, ob nicht auch im Rahmen des § 1379 Abs. 1 Satz 1 BGB die bloße Angabe von zur Identifizierung nötigen Merkmalen ausreichend ist. Der Begriff „Vermögen“ in § 1379 BGB anstelle von „Bestand“ (in § 2314 BGB) steht einer solchen Auslegung sicher nicht entgegen. Jedenfalls bestehen aber hinsichtlich der Interessenlage zwischen § 1379 Abs. 1 BGB und § 2314 Abs. 1 Satz 1 BGB erhebliche Unterschiede: So geht es bei § 2314 Abs. 1 BGB um Angaben zu einem für den Erben bislang fremden Nachlassbestand, während sich die Angaben bei § 1379 Abs. 1 BGB auf das eigene Vermögen des jeweiligen Ehegatten beziehen. Zudem muss bei § 1379 Abs. 1 BGB der jeweils Auskunftspflichtete den Wert seines Vermögens auch zur Berechnung möglicher eigener Zugewinnausgleichsansprüche kennen. Schließlich treffen die Kosten einer (möglicherweise bei Angaben wertbildender Faktoren entbehrlichen) Wertermittlung im Falle des § 1379 Abs. 1 Satz 3 BGB den Auskunftsberechtigten,<sup>9</sup> während sie im Falle des § 2314 Abs. 1 Satz 2 dem Nachlass zur Last fallen. Im Falle des § 1379 Abs. 1 BGB besteht somit in weit größerem Maße ein Interesse des Auskunftsberechtigten den ungefähren Wert der im Verzeichnis enthaltenen Gegenstände kostensparend selbst abzuschätzen, als im Falle des § 2314 Abs. 1 BGB, wo die Kosten der Wertermittlung zunächst den Erben und nur mittelbar entsprechend der Pflichtteilsquote auch den Auskunftsberechtigten belasten.<sup>10</sup>

## II. Probleme bei der praktischen Umsetzung der Auffassung des OLG Karlsruhe

Auch unter praktischen Gesichtspunkten vermag die vorliegende Entscheidung des OLG Karlsruhe nicht zu überzeugen. Die Schwierigkeiten beginnen bereits bei der Frage, wann

<sup>4</sup> BGH, Urteil vom 9.11.1983, IVa ZR 151/82, NJW 1984, 487, 488;.

<sup>5</sup> Vgl. nur *Palandt/Weidlich*, 75. Aufl. § 2314 Rdnr. 13 m. w. N.

<sup>6</sup> Vgl. OLG Köln, Urteil vom 10.1.2014, 1 U 56/13, BeckRS 2014, 13072; *Palandt/Weidlich*, § 2314 Rdnr. 10.

<sup>7</sup> So OLG Hamm, Beschluss vom 14.4.1983, 10 U 236/83, FamRZ 1983, 1279.

<sup>8</sup> BGH, Urteil vom 6.5.1982, IX ZR 36/81, NJW 1982, 1643, 1644; *Palandt/Brudermüller*, § 1379 Rdnr. 9.

<sup>9</sup> BGH, Urteil vom 6.5.1982, IX ZR 36/81, NJW 1982, 1643, 1644.

<sup>10</sup> BGH, Urteil vom 6.5.1982, IX ZR 36/81, NJW 1982, 1643, 1644.

und inwieweit die Pflicht zur Angabe wertbildender Faktoren besteht. Die Formel des Gerichts die Pflicht zur Angabe der wertbildenden Faktoren bestehe „jedenfalls dann, wenn eine solche ausdrücklich verlangt wird und offensichtlich ist, dass sie zur Bezifferung des Pflichtteilsanspruchs benötigt wird.“ erscheint kaum praktikabel. Zunächst lässt diese Formel nicht erkennen, zu welchem Zeitpunkt die Angabe der wertbildenden Faktoren verlangt werden muss. Insbesondere ist nicht klar, ob die entsprechende Angabe auch nachträglich verlangt werden kann, was die merkwürdige Folge hätte, dass ein – gemessen an der Auffassung des Gerichts – zunächst vollständiges Verzeichnis nachträglich unvollständig würde. Darüber hinaus dürfte das vom OLG Karlsruhe verwendete Kriterium, dass die Auskunft „offensichtlich“ benötigt wird bzw. der Auskunftsbedarf „konkret und nachvollziehbar“ dargelegt wird nicht selten Anlass zu Streitigkeiten bieten. Schließlich erscheint dem Gericht selbst nicht klar, ob seine Formel tatsächlich alle relevanten Fälle erfasst oder ob es neben den genannten Fällen, in denen „jedenfalls“ Auskunft über wertbildende Faktoren verlangt werden kann auch weitere Fälle gibt. Eine außergerichtliche Klärung über den notwendigen Inhalt des Nachlassverzeichnisses wird den Beteiligten durch all dies nicht gerade erleichtert.

Doch selbst wenn man unterstellt, es ließe sich in jedem Einzelfall klären, bei welchen Nachlassgegenständen die Angabe wertbildender Faktoren nötig ist, bleibt ein weiteres praktisches Problem. Wie selbstverständlich geht das OLG Karlsruhe davon aus, dass die Angabe der wertbildenden Faktoren durch den Auskunftsverpflichteten ohne Weiteres möglich ist. Dabei übersieht das Gericht, dass gerade in den Fällen, in denen die Angabe wertbildender Faktoren für den Pflichtteilsberechtigten von erheblichem Interesse wäre, eine solche Angabe ohne die nötige Expertise häufig gar nicht erfolgen kann. Die Behauptung des Gerichts, die Pflicht zur Angabe wertbildender Faktoren sei auf die Weitergabe von Wissen gerichtet, ist bei Kunstgegenständen und Antiquitäten häufig schlicht falsch. Der zur Auskunft Verpflichtete (oder – im Falle des § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB – der Notar) wird entscheidende Umstände, wie etwa das Alter oder Material oder gar den Urheber selbst gar nicht kennen oder ohne Hinzuziehung eines Sachverständigen ermitteln können. Auch werden entsprechende Annahmen und Angaben des Verpflichteten nicht immer zutreffend sein und daher dem Auskunftsberechtigten kaum zur Einschätzung oder gar zur Bezifferung von dessen Pflichtteilsanspruch dienen. Eine „Pastellzeichnung, Straßenszene, ca. 100 Jahre alt, Größe: ca. 30 cm x 50 cm“, kann, sofern den Beteiligten der Maler nicht bekannt ist, ebenso gut Kunst und Krempel sein. Den Richtern des OLG Karlsruhe sei insoweit empfohlen, sich einmal eine Episode der gleichnamigen Sendung des Bayerischen Rundfunks anzusehen. Es bleibt zu hoffen, dass sie sodann ihre Auffassung nochmals überdenken.

Notar *Stefan Braun*, LL.M. (London),  
Maître en droit (Paris), Erlangen

13. BGB §§ 1913, 2113 Abs. 1 (*Löschung eines Nacherbenvermerks*)

**Hat der Erblasser seine Ehefrau als Vorerbin berufen und eines seiner Kinder namentlich als Nacherben eingesetzt, so sind die Nacherben nicht etwa gleichwohl im Hinblick darauf als unbekannt anzusehen, weil der Ehefrau das Recht eingeräumt ist, „durch Verfügung von Todes wegen einen anderen Abkömmling von mir zum Nacherben zu berufen“.**

OLG Hamm, Beschluss vom 22.5.2014, I-15 W 102/13

Als Eigentümer der vorgenannten Grundstücke war seit dem 8.11.1977 der Ehemann der Beteiligten zu 1 Herr C2 eingetragen. Dieser errichtete am 25.6.1985 vor Notar I in S in notarielles Testament, in dem er die Beteiligte zu 1, seine Ehefrau, zur Alleinerbin einsetzte. Ferner setzte er seinen Sohn C als Nacherben ein, ersatzweise dessen Abkömmlinge, weiter ersatzweise seine, des Erblassers weitere Kinder. In dem Testament heißt es sodann weiter:

„Die Nacherbfolge ist unter der auflösenden Bedingung angeordnet, dass meine Ehefrau als Vorerbin berechtigt ist, durch Verfügung von Todes wegen einen anderen Abkömmling von mir zum Nacherben zu berufen, und dabei dann auch berechtigt ist, Abfindungen ... auszusetzen.“

Nach dem Tode des Erblassers am 2.5.2012 wurden die Beteiligte zu 1 im Wege der Berichtigung als Eigentümerin sowie gleichzeitig in Abt. II Nr. 18 ein Nacherbenvermerk im Grundbuch eingetragen.

Die Beteiligte zu 1 hat in notarieller Urkunde vom 9.10.2012 (URNr. .../2012 Notar D in T) die vorgenannten Grundstücke an den Beteiligten zu 2 verkauft und aufgelassen. Der mit erschiene Sohn der Beteiligten zu 1 C hat die Löschung des Nacherbenvermerks bewilligt. Die gemäß § 15 GBO gestellten Anträge des Urkundsnotars auf Eigentumsumschreibung, Löschung der Auflassungsvormerkung und von Rechten in Abt. III sowie Eintragung einer Grundschuld hat das Grundbuchamt durch Beschluss vom 8.2.2013 zurückgewiesen.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Beschwerde, die der Urkundsnotar mit Schriftsatz vom 8.3.2012 namens der Beteiligten zu 1 und 2 bei dem Grundbuchamt eingelegt und der das Grundbuchamt durch Beschluss vom 11.3.2013 nicht abgeholfen hat.

*Aus den Gründen:*

## II.

Die Beschwerde der Beteiligten ist nach den §§ 71, 73 GBO zulässig und in der Sache begründet.

Entgegen der Auffassung des Grundbuchamtes reicht die in der notariellen Urkunde vom 9.10.2012 erteilte Löschungsbevollmächtigung des Nacherben C aus, um den Nacherbenvermerk Abt. II Nr. 18 mit der Eintragung des Eigentumswechsels auf den Beteiligten zu 2 zu löschen. Die verfahrensrechtliche Löschungsbevollmächtigung enthält materiellrechtlich die Zustimmung (§ 185 Abs. 1 BGB) des Nacherben zu der Veräußerung des Grundstücks durch die eingetragene Vorerbin. Die Zustimmung des Nacherben schließt eine Beeinträchtigung seiner Rechte durch die Verfügung der Vorerbin im Sinne des § 2113 Abs. 1 BGB aus. Der Rechtserwerb des Beteiligten zu 2 ist uneingeschränkt wirksam, so dass die Unrichtigkeit des Grundbuchs in Ansehung des noch eingetragenen Vermerks im Sinne des § 894 BGB nachgewiesen ist, der somit auf den gestellten Antrag nach § 22 Abs. 1 GBO gelöscht werden muss.

Herr C ist der in dem notariellen Testament des Erblassers C2 vom 25.6.1985 namentlich benannte Nacherbe. Einer ergänzenden Zustimmung der in dem Testament eingesetzten Ersatzerben zu dem Veräußerungsgeschäft der Vorerbin bedarf es nach gefestigter Rechtsprechung nicht (vgl. etwa BGHZ 40, 119; BayObLG, Rpfleger 2005, 421).

Der Senat kann nicht der Auffassung des Grundbuchamtes folgen, die Nacherben seien in Wahrheit unbekannt. Diese Schlussfolgerung lässt sich insbesondere nicht auf die Bestimmung des genannten Testamentes stützen, in der es heißt, die Beteiligte zu 1 sei als Vorerbin berechtigt, durch Verfügung von Todes wegen einen anderen Abkömmling zum Nacherben zu berufen. Diese Bestimmung ist jedoch in ihrer durch den Wortlaut nahe gelegten Bedeutung nach § 2065 Abs. 2 BGB unwirksam. Nach dieser Vorschrift kann der Erblasser die Bestimmung der Person, die eine Zuwendung erhalten soll, sowie die Bestimmung des Gegenstandes der Zuwen-

derung nicht einem anderen überlassen. Der Sinn dieser Vorschrift besteht darin, dass der Erblasser persönlich die Verantwortung für den Inhalt aller wesentlichen Teile seines letzten Willens übernehmen muss. Es ist ihm nicht gestattet, seinen letzten Willen in der Weise unvollständig zu äußern, dass es einem Dritten überlassen bleibt, ihn nach seinem Belieben oder Ermessen in wesentlichen Teilen zu ergänzen (Senat, OLGZ 1973, 103, 104) oder – wie hier – nach seinem Tod etwa abzuändern.

In Betracht kommt deshalb allenfalls eine Umdeutung (§ 140 BGB) der letztwilligen Verfügung des Erblassers. In der Rechtsprechung ist seit Langem anerkannt, dass der Erblasser einen Nacherben wirksam unter der Bedingung einsetzen kann, dass der Vorerbe nicht anderweitig von Todes wegen über den Nachlass verfügt. Der Wirksamkeit einer solchen Regelung steht die Vorschrift des § 2065 Abs. 2 BGB nicht entgegen. Denn der Vorerbe verfügt, indem er die auflösende Bedingung herbeiführt und damit zum unbeschränkten Vollerben wird, über seinen eigenen Nachlass (BGHZ 2, 35; BayObLGZ 1982, 331, 341; NJW-RR 2001, 1588; *Staudinger/Otte* (2003), § 2065 BGB, Rdnr. 19 ff.; *Soergell/Loritz*, BGB, 13. Aufl., § 2065 BGB, Rdnr. 11 ff.; *MK/BGB-Leipold*, 4. Aufl., § 2065 Rdnr. 16). Der Senat hat sich dieser Rechtsprechung bereits wiederholt angeschlossen (OLGZ 1973, 103, 104; Rpfleger 1976, 132, 134; NJW-RR 2000, 78). Eine solche Umdeutung läge hier insbesondere deshalb nahe, weil in dem Testament selbst die Nacherbfolge unter der auflösenden Bedingung einer anderweitigen letztwilligen Verfügung der Beteiligten zu 1 angeordnet ist. Eine Auslegung des Testaments in diesem Sinne würde allerdings dazu führen, dass die angeordnete Nacherbfolge als solche bis zum Eintritt des Nacherbfalls fortbesteht, weil erst zu diesem Zeitpunkt feststeht, ob die Vorerbin von ihrer Befugnis zur Herbeiführung der auflösenden Bedingung für die Nacherbfolge Gebrauch gemacht hat.

Entgegen der Auffassung des Grundbuchamtes kann dieser Gesichtspunkt jedoch nicht zu einer weitergehenden Verfügungsbeschränkung der Vorerbin als derjenigen führen, die sich aus der in dem Testament des Erblassers konkret angeordneten Nacherbfolge ableitet. Denn hier ist durch das genannte Testament konkret Herr C in Person als Nacherbe eingesetzt. Seine Zustimmung reicht – wie bereits ausgeführt – zur Begründung der uneingeschränkten Verfügungsbefugnis der Beteiligten zu 1 als Vorerbin aus. Darin liegt in Bezug auf den zu beurteilenden Sachverhalt der maßgebliche Unterschied zu der vom Grundbuchamt ergänzend herangezogenen unveröffentlichten Entscheidung des Senats vom 15.4.2008, 15 Wx 28/08. Würde die Beteiligte zu 1 hier im Rahmen des oben dargestellten Verständnisses von ihrer Befugnis zu einer anderweitigen Bestimmung der Erbfolge Gebrauch machen, würde sie selbst ihre Rechtsstellung als Vollerbin herbeiführen und auf diese Weise die einschränkungslose Verfügungsbefugnis erlangen. Allein im Hinblick auf diese rechtliche Möglichkeit kann der Beteiligten zu 1 jedoch nicht die Befugnis versagt werden, im Rahmen der in dem Testament konkret angeordneten personenbezogenen Nacherbfolge von ihrer Rechtsstellung als Vorerbin Gebrauch zu machen und mit Zustimmung des bekannten Primär-Nacherben über das Grundeigentum zu verfügen.

Der Senat hat von einer abschließenden Entscheidung über die gemäß § 16 Abs. 2 GBO verbundenen Eintragungsanträge abgesehen und die Sache zur erneuten Entscheidung an das Grundbuchamt zurückverwiesen. Dabei ist insbesondere der Zeitraum des Beschwerdeverfahrens und der Umstand berücksichtigt worden, dass der Antrag auf Löschung der Auflassungsvormerkung im Zweifel als unter der Bedingung

gestellt anzusehen ist, dass zwischenzeitlich keine vormerkungswidrigen Verfügungen getroffen worden sind.

Für das weitere Verfahren weist der Senat wegweisend darauf hin, dass er eine Anhörung der unbekannteren Ersatznacherben im Hinblick auf die beantragte Löschung des Nacherbenvermerks nicht für erforderlich hält. Eine solche Anhörung wäre hier nur nach Bestellung eines Pflegers für die unbekannteren Ersatznacherben (§ 1913 BGB) möglich und würde einen erheblichen weiteren Zeit- und Kostenaufwand beanspruchen. Es ist zwar richtig, dass im Verfahren über einen Antrag auf Berichtigung einer Eintragung aufgrund nachgewiesener Unrichtigkeit (§ 22 Abs. 1 GBO) der in seinen Rechten möglicherweise Betroffene von dem Grundbuchamt anzuhören ist (vgl. etwa Senat, FGPrax 1995, 15). Wenn jedoch aufgrund der bereits angeführten gesicherten höchstrichterlichen Rechtsprechung feststeht, dass die Zustimmung möglicher Ersatznacherben zur Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts nicht erforderlich ist, können diese auch nicht dadurch in ihren Rechten betroffen sein, dass das Rechtsgeschäft ohne ihre Zustimmung im Grundbuch vollzogen wird. Aus diesen Gründen vermag der Senat der in einem *obiter dictum* geäußerten gegenteiligen Auffassung des OLG München in der von den Beschwerdeführern herangezogenen Entscheidung (NJW-RR 2013, 211) nicht zu folgen (ebenso *Henn*, DNotZ 2013, 246, 250).

(...)

## Anmerkung:

### I. Einleitung

Die schöne Regelmäßigkeit, mit der höchstrichterliche Entscheidungen zum Themenbereich „Vor- und Nacherbfolge“ ergehen,<sup>1</sup> belegt die Beliebtheit, aber auch die rechtliche Komplexität dieses Instruments in der Praxis. Nicht nur in privatschriftlichen Testamenten, in denen die Vor- und Nacherbfolge oftmals unbedacht angeordnet wird, sondern auch in vielen notariellen letztwilligen Verfügungen finden sich entsprechende Gestaltungen – man hat den Eindruck, dass auch hier in früheren Zeiten oftmals sehr großzügig mit der Anordnung der sukzessiven Erbfolge umgegangen wurde, wohl um dem häufigen Wunsch des Erblassers nach einem „Weiterergerieren aus dem Grab heraus“ zu entsprechen. Aufgrund der einschneidenden Folgen für den Vorerben wird nunmehr allerdings eine größere Zurückhaltung an den Tag gelegt, und die Nacherbfolge nur noch in den Fällen empfohlen, in denen ihre Vorteile die Nachteile deutlich überwiegen,<sup>2</sup> also vor allem zur Reduzierung von Pflichtteilsansprüchen und der „asset protection“ bei besonders gefährdeten Nachlässen, insbesondere im Rahmen sog. „Behinderten-“ oder „Bedürftigentestamente“.<sup>3</sup>

Daneben sind Wege entwickelt worden, die einmal angeordnete und eingetretene Vor- und Nacherbfolge im Nachhinein wieder zu beseitigen – sei es generell, sei es nur für bestimmte Vermögensgegenstände. Besonderes Augenmerk liegt dabei

<sup>1</sup> Vgl. aus jüngerer Zeit etwa OLG München, Beschluss vom 22.5.2014 34, Wx 430/14, ZEV 2015, 365; OLG München, Beschluss vom 9.2.2015, 34 Wx 416/14, ZEV 2015, 345; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10.2.2014, I-3 Wx 171/13, ZEV 2014, 218; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 15.8.2011, 20 W 356/11, NJOZ 2012, 643, sowie die hier zu besprechende Entscheidung.

<sup>2</sup> Vgl. *Zimmer*, ZEV 2014, 526; *J. Mayer*, ZEV 2000, 1, 2.

<sup>3</sup> Vgl. etwa *MünchKommBGB/Grunsky*, 6. Aufl. 2013, § 2100 Rdnr. 4; *Nieder/Kössinger*, Handbuch der Testamentsgestaltung, 5. Aufl. 2015, § 21 Rdnr. 63 ff. bzw. Rdnr. 116 ff.; *Engelmann*, Mitt-BayNot 1999, 509.

seit jeher auf der Nacherbfolge unterliegendem Grundbesitz. Hier geht es Grundbuchtechnisch um die Löschung des im Grundbuch eingetragenen Nacherbenvermerks, der einen gutgläubigen Erwerb vom nicht berechtigten Vorerben ausschließen soll.<sup>4</sup> Die Löschung des Vermerks vor Eintritt der Nacherbfolge kann dabei entweder – wie stets – mit Zustimmung aller Personen erfolgen, deren Schutz er dient, und das sind, neben allen Nacherben, auch die – ebenfalls zu vermerkenden – Ersatznacherben. Oder aber dem Grundbuchamt kann die Unrichtigkeit des Nacherbenvermerks nachgewiesen werden (§ 22 Abs. 1 GBO),<sup>5</sup> und das ist vor allem dann der Fall, wenn der befreite Nacherbe vollentgeltlich über den Grundbesitz verfügt.<sup>6</sup> Um die mit dem Nachweis der vollen Entgeltlichkeit verbundenen Schwierigkeiten zu vermeiden,<sup>7</sup> wird in der Praxis meist versucht, die Nacherben der Verfügung („vorsorglich“) zustimmen zu lassen – denn dann können sie in ihren Rechten nicht beeinträchtigt sein, der Vorerbe ist folglich unabhängig von einer etwaigen Befreiung und Entgeltlichkeit jedenfalls verfügungsberechtigt, und das Grundbuch damit im Hinblick auf den Nacherbenvermerk unrichtig. Erforderlich ist dabei nur die Zustimmung aller Nacherben (auch der bedingt eingesetzten und, bei mehrfacher Nacherbfolge, der weiteren Nacherben), nicht aber der Ersatznacherben.<sup>8</sup>

Schließlich kann auch durch Anordnungen in der letztwilligen Verfügung des Erblassers versucht werden, die Folgen der Vor- und Nacherbfolge abzumildern. Zu denken ist zum einen an die vom Gesetz selbst vorgesehenen Befreiungsmöglichkeiten (§ 2136 BGB), zum anderen aber auch daran, in die letztwillige Verfügung selbst einen „Beendigungsmechanismus“ einzubauen, und zwar durch die Anordnung unter einer auflösenden Bedingung. Dies empfiehlt sich vor allem in den Sachverhaltskonstellationen, in welchen die sukzessive Erbfolge nicht primär den Zweck hat, sicherzustellen, dass dem Nacherben der Nachlass jedenfalls zufällt, sondern in welchen es vielmehr darum geht, Nachteile aus einem unbeschränkten Anfall beim Vorerben zu vermeiden, und sich die Umstände aber ändern können. Soll es der Vorerbe selbst in der Hand haben, die Nacherbfolge zu beseitigen und sich zum endgültigen Vollerben zu machen, weil der Erblasser seinem Vorerben die Entscheidung über die Sinnhaftigkeit der Vor- und Nacherbfolge überlassen möchte, so besteht die Möglichkeit, Vor- und Nacherbfolge unter die Bedingung zu stellen, „dass der Vorerbe anderweitig über den Nachlass verfügt“.

Die Entscheidung des OLG Hamm berührt beide Bereiche.

## II. Entscheidung

In der Entscheidung des OLG Hamm wurde ein Grundstück verkauft. Das Grundbuchamt verweigerte die beantragte Eigentumsumschreibung unter gleichzeitiger Löschung des am Grundbesitz eingetragenen Nacherbenvermerks, obwohl der einzige namentlich im Vermerk genannte Nacherbe<sup>9</sup> der Löschung zugestimmt hatte, mit der Begründung, die Nacherben seien in Wirklichkeit unbekannt. Denn der Erblasser hatte in

seinem Testament verfügt, dass „die Nacherbfolge [...] unter der auflösenden Bedingung angeordnet [ist], dass meine Ehefrau als Vorerbin berechtigt ist, durch Verfügung von Todes wegen einen anderen Abkömmling von mir zum Nacherben zu berufen“. Aus dieser Möglichkeit der Vorerbin, einen abweichenden Nacherben zu bestimmen, schloss das Grundbuchamt, dass der bzw. die Nacherben tatsächlich nicht bekannt seien – von seinem Standpunkt aus folgerichtig, denn ob eine entsprechende abweichende Verfügung der Vorerbin tatsächlich vorläge, würde sich endgültig erst nach deren Tod mit Bestimmtheit sagen lassen.

Dieser Rechtsauffassung ist das OLG Hamm zu Recht entgegengetreten. Zunächst jedoch stellt es fest, dass die vorstehende Formulierung – immerhin in einem notariellen Testament – unglücklich, wenn nicht sogar missglückt war. Denn angesichts des in § 2065 Abs. 2 BGB normierten Verbots, „die Bestimmung der Person, die eine Zuwendung erhalten soll, [...] einem anderen [zu] überlassen“, hat das OLG die Klausel als unwirksam angesehen. Das Gericht hilft mit einer Umdeutung in eine (weithin) anerkanntermaßen wirksame Klausel, die in der Regel etwa so formuliert wird,<sup>10</sup> dass die angeordnete Nacherbfolge dadurch auflösend bedingt ist, „dass der Vorerbe anderweitig über seinen Nachlass verfügt“.<sup>11</sup>

Eine solche auflösende Bedingung ist nach ganz herrschender,<sup>12</sup> wenngleich nicht unbestrittener<sup>13</sup> Ansicht zulässig. Begründet wird dies letztlich mit dem praktischen Bedürfnis insbesondere bei Ehegattentestamenten,<sup>14</sup> wo einerseits die Vorteile der Vor- und Nacherbschaft genutzt werden können, andererseits aber auch Anpassungen an sich ändernde Umstände für den überlebenden Ehegatten möglich sein sollen. Freilich ist zu bedenken (und bei Verwendung einer entsprechenden auflösenden Bedingung in einem notariellen Testament durch den Notar darauf hinzuweisen), dass durch den Eintritt der auflösenden Bedingung dann auch sämtliche Vorteile nachträglich wegfallen, um derentwillen die Vor- und Nacherbfolge zunächst angeordnet worden war.<sup>15</sup>

Nachdem das Gericht die Klausel also als eine wirksame auflösende bedingte Vor- und Nacherbfolge anerkannt hatte,

<sup>10</sup> Vgl. etwa den Formulierungsvorschlag in *v. Dickhuth-Harrach*, Handbuch der Erbfolge-Gestaltung, 2011, § 23 Rdnr. 85.

<sup>11</sup> Dass auch diese Klausel zumindest präzisiert werden kann, soll hier nicht weiter vertieft werden. Erwähnt sei nur kurz, dass ein solcher Wortlaut die angeordnete Vor- und Nacherbfolge eigentlich schon mit der Errichtung einer letztwilligen Verfügung entfallen ließe, unabhängig davon, ob diese beim Tod des Vorerben überhaupt noch Bestand hat. Man könnte als auflösende Bedingung also genauer die Hinterlassung einer wirksamen, abweichenden letztwilligen Verfügung des Vorerben anordnen. Freilich dürfte auch eine nicht konkret auf den Zeitpunkt des Nacherbfalls abstellende Klausel in aller Regel so zu verstehen sein (vgl. *J. Mayer*, ZEV 2001, 1, 6).

<sup>12</sup> BGH, Urteil vom 26.4.1951, IV ZR 4/50, NJW 1951, 959; BGH, Urteil vom 14.7.1972, V ZR 124/70, NJW 1972, 1987; BayObLG, Beschluss vom 30.9.1982, BReg. 1 Z 128/81, BayObLGZ 1982, 331; OLG Hamm, Beschluss vom 24.8.1999, 15 W 218/99, MittBayNot 2000, 47; BeckOK-BGB/*Litzenburger*, Ed. 35 (1.5.2015), § 2065 Rdnr. 12; MünchKommBGB/*Grunsky*, 6. Aufl. 2013, § 2100 Rdnr. 16 m. w. N.

<sup>13</sup> Vgl. etwa *Stiegler*, BWNotZ 1986, 25. Offengelassen hat die Frage BGH, Urteil vom 04.12.1980, IVa ZR 46/80, NJW 1981, 2051, 2052.

<sup>14</sup> Vgl. MünchKommBGB/*Leipold*, § 2065 Rdnr. 16; kritisch gerade zu diesem Argument *Stiegler*, BWNotZ 1986, 25, 27.

<sup>15</sup> Um sicherzustellen, dass der Vorerbe vor Abfassung einer entsprechenden Verfügung ausreichend beraten wird, schlägt etwa *J. Mayer* vor, als auflösende Bedingung nur die abweichende notarielle letztwillige Verfügung festzulegen (*J. Mayer*, ZEV 2001, 1, 6).

<sup>4</sup> *Meikel/Böhringer*, GBO, 15. Aufl. 2015, § 51 Rdnr. 2.

<sup>5</sup> Oder die Unrichtigkeit ist offenkundig, § 22 Abs. 2 GBO.

<sup>6</sup> *Meikel/Böhringer*, GBO, § 51 Rdnr. 173.

<sup>7</sup> Vgl. etwa *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 3518, und zu den ähnlichen Problemen beim Nachweis der Entgeltlichkeit der Verfügung eines Testamentsvollstreckers BeckOK-GBO/*Zeiser*, Ed. 24 (1.4.2015), § 52 Rdnr. 76 ff.

<sup>8</sup> *Meikel/Böhringer*, GBO, § 51 Rdnr. 45.

<sup>9</sup> Zum Nacherben eingesetzt war der/ein Sohn des Erblassers, ersatzweise dessen Abkömmlinge, wiederum ersatzweise die weiteren Abkömmlinge des Erblassers.

stellte es weiter fest, dass die verfahrensrechtliche Löschungsbewilligung des Nacherben auch dessen materiellrechtliche Zustimmung (§ 185 Abs. 1 BGB) zu der Veräußerung des Grundstücks durch die eingetragene Vorerbin enthalte. Die Zustimmung des Nacherben aber schließe eine Beeinträchtigung seiner Rechte durch die Verfügung der Vorerbin aus, so dass der Rechtserwerb des Käufers uneingeschränkt wirksam, die Unrichtigkeit des Grundbuchs in Ansehung des Nacherbenvermerks nachgewiesen, und der Vermerk somit zu löschen sei.

Das OLG wendet sich zutreffend gegen die Auffassung des Grundbuchamts, in Wirklichkeit seien die Nacherben unbekannt. Denn wenn man die Klausel als auflösende Bedingung für die angeordnete Vor- und Nacherbfolge begreift, und nicht als (unzulässige) Ermächtigung, die Nacherben vor dem Nacherbfall durch die Vorerbin bestimmen zu lassen, so ist es schlicht so, dass die Verfügung in jedem Fall wirksam ist. Denn entweder hinterlässt die Vorerbin bei ihrem Tod keine eigene letztwillige Verfügung. Dann bleibt die Vor- und Nacherbfolge aber mit ihrem kompletten Inhalt bestehen, so dass auch die Einwilligung des „zuständigen“ Nacherben in die Verfügung vorgelegen haben wird,<sup>16</sup> und sie deswegen wirksam war. Oder aber die Vorerbin hinterlässt tatsächlich eine letztwillige Verfügung; dann bestimmt sie aber, entgegen dem Wortlaut der Klausel, eben nicht andere Nacherben des Erblassers, sondern wird vielmehr nachträglich zur unbeschränkten Vollerbin, was die Zustimmung des Nacherben obsolet machen würde, denn es hat ja die dann nachträglich von Anfang an unbeschränkt verfügungsbefugte Eigentümerin veräußert.

Es ist also eine Sache der Logik, dass die Verfügung eines Vorerben unter Zustimmung sämtlicher Nacherben zwingend auch dann wirksam ist, wenn dem Vorerben die Möglichkeit gegeben ist, durch Hinterlassung einer eigenen letztwilligen Verfügung die Vor- und Nacherbfolge aufzuheben. Eine solchermaßen auflösend bedingte Anordnung kann nicht, wie das OLG zu Recht feststellt, die Verfügungsbefugnis des Vorerben weiter beschränken, als es die in dem Testament des Erblassers konkret angeordnete Nacherbfolge tut.

Abschließend weist das OLG noch für das weitere Verfahren darauf hin, dass es eine Anhörung der unbekannt ersatznacherben im Hinblick auf die beantragte Löschung des Nacherbenvermerks nicht für erforderlich hält. Denn zwar sehe die GBO im Verfahren über einen Antrag auf Berichtigung einer Eintragung aufgrund nachgewiesener Unrichtigkeit die Anhörung des in seinen Rechten möglicherweise Betroffenen vor. Wenn jedoch feststehe, dass die Zustimmung möglicher Ersatznacherben zur Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts nicht erforderlich ist, könnten diese auch nicht dadurch in ihren Rechten betroffen sein, dass das Rechtsgeschäft ohne ihre Zustimmung im Grundbuch vollzogen wird. Das OLG stellt sich damit zu Recht gegen die in einem *obiter dictum* geäußerte gegenteilige Auffassung des OLG München,<sup>17</sup> die erfreulicherweise mittlerweile allerdings vom OLG München selbst – jedenfalls für den Regelfall – wieder aufgegeben wurde.<sup>18</sup>

Notar Arne Henn, Kronach

<sup>16</sup> Ein Widerruf der Zustimmung ist gemäß § 183 Satz 1 BGB nur bis zur Vornahme des Rechtsgeschäfts möglich (also nicht etwa bis zum Nacherbfall).

<sup>17</sup> Beschluss vom 9.2.201534, Wx 416/14, DNotZ 2013, 24 m. abl. Anm. Henn, DNotZ 2013, 246.

<sup>18</sup> OLG München, Beschluss vom 9.2.201534, 34 Wx 416/14, ZEV 2015, 345.

## Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

14. GmbHG § 2 Abs. 1a, § 35 Abs. 2; BGB § 181 (*Bestellung eines weiteren Geschäftsführers nach Musterprotokollgründung; Wegfall der Befreiung des ersten Geschäftsführers von den Beschränkungen des § 181 BGB*)

**Die Befreiung des ersten Geschäftsführers von den Beschränkungen des § 181 BGB gilt bei einer im Wege des Musterprotokolls gegründeten GmbH nicht fort, wenn ein weiterer Geschäftsführer bestellt wird.**

(Leitsatz der Schriftleitung)

OLG Nürnberg, Beschluss vom 15.7.2015, 12 W 1208/15

Die Beschwerdeführerin wendet sich mit ihrer Beschwerde gegen die Zwischenverfügung des AG – Registergericht – Amberg vom 12.5.2015, mit der die Vollziehung der Anmeldung vom 8.5.2015 abgelehnt worden ist.

Dem liegt folgender Sachverhalt zu Grunde:

Die Beschwerdeführerin ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die unter HR B in dem Handelsregister bei dem AG Amberg eingetragen ist.

Die Gesellschaft wurde am 23.2.2010 unter Verwendung des Musterprotokolls für die Gründung einer Mehrpersonengesellschaft gemäß § 2 Abs. 1a GmbHG (vgl. Anlage zu § 2 Abs. 1a GmbHG) gegründet.

Unter Ziffer 4. heißt es:

„Zum Geschäftsführer der Gesellschaft wird Herr ..., geboren am 20.12.1973, wohnhaft in ..., bestellt. Der Geschäftsführer ist von den Beschränkungen des § 181 des Bürgerlichen Gesetzbuchs befreit.“

In der Anmeldung des Geschäftsführers vom 23.2.2010 heißt es:

„Abstrakte Vertretungsbefugnis:

Die Gesellschaft hat einen oder mehrere Geschäftsführer. Ist nur ein Geschäftsführer bestellt, so vertritt dieser die Gesellschaft allein. Sind mehrere Geschäftsführer bestellt, so wird die Gesellschaft durch alle Geschäftsführer gemeinschaftlich vertreten (gesetzliche Vertretungsbefugnis nach § 35 GmbHG).

Konkrete Vertretungsbefugnis:

Ich bin von allen Beschränkungen des § 181 BGB befreit.“

Unter Ziffer 4. des Auszuges aus dem Handelsregister, HR B ..., heißt es:

„a) Ist nur ein Geschäftsführer bestellt, so vertritt er die Gesellschaft allein. Sind mehrere Geschäftsführer bestellt, so wird die Gesellschaft durch die Geschäftsführer gemeinsam vertreten.

b) Bestellt: Geschäftsführer: ..., mit der Befugnis, im Namen der Gesellschaft mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten Rechtsgeschäfte abzuschließen.“

Unter dem 8.5.2015 wurde zum AG – Registergericht – Amberg die Neubestellung des Geschäftsführers angemeldet. Weiter heißt es dort:

„Konkrete Vertretungsbefugnis:

Gemäß allgemeiner Vertretungsregelung.“

Mit Zwischenverfügung vom 12.5.2015 wies das AG – Registergericht – Amberg darauf hin, dass der Anmeldung ein Vollzugshindernis entgegenstehen würde.

Die Gesellschaft sei im vereinfachten Verfahren gegründet worden. Die durch das Musterprotokoll vorgesehene Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB gelte nur für den ersten Geschäftsführer. Nach herrschender Meinung entfalle mit der Bestellung weiterer Geschäftsführer der Fortbestand der Befreiung von § 181 BGB. Es sei daher der Wegfall der Befreiung des Geschäftsführers Herrn ... von den Beschränkungen des § 181 BGB als Änderung seiner konkreten Vertretungsbefugnis infolge Bestellung des Weiteren Geschäftsführers ... anzumelden.

Unter dem 19.5.2015 hat der bevollmächtigte Notar gegen die Zwischenverfügung namens der Antragstellerin Beschwerde eingelegt.

Zur Begründung hat der Notar insbesondere ausgeführt, dass die durch das Registergericht im Anschluss an das OLG Stuttgart vertretene Auffassung weder von dem Gesetzeswortlaut noch dem Regelungszusammenhang gedeckt sei und im Schrifttum überwiegend abgelehnt werde.

Mit Beschluss vom 22.6.2015 hat das AG – Registergericht – Amberg der Beschwerde nicht abgeholfen.

*Aus den Gründen:*

## II.

Die zulässige Beschwerde der Beschwerdeführerin hat in der Sache keinen Erfolg.

1. Die Beschwerde der Beschwerdeführerin ist statthaft und auch sonst zulässig.

a) Die Beschwerde ist statthaft gemäß § 59 Abs. 2 i. V. m. § 382 Abs. 4 Satz 2 FamFG, da es sich vorliegend bei der angefochtenen Entscheidung um eine den Eintragungsantrag ablehnende Zwischenverfügung des Registergerichts gemäß § 382 Abs. 4 Satz 1 FamFG handelt.

Insbesondere handelt es sich bei der durch das Registergericht vorliegend für erforderlich erachteten ergänzenden Anmeldung des Wegfalls der Befreiung des Geschäftsführers Herrn ... um ein behebbares Eintragungshindernis im Sinne von § 382 Abs. 4 Satz 1 FamFG.

b) Die Beschwerde wurde zudem frist- (§ 63 Abs. 1 FamFG) und formgerecht (§ 64 Abs. 1 und 2 FamFG) eingelegt.

Vorliegend wurde der Beschwerdeführerin durch das Registergericht eine Frist von zwei Wochen zur Behebung des Hindernisses der Eintragung gemäß § 382 Abs. 4 Satz 1 FamFG gesetzt.

Die zur Behebung gesetzte Frist sollte grundsätzlich allerdings mindestens einen Monat betragen (vgl. *Krafka/Kühn*, Registerrecht, 9. Aufl., Rdnr. 168).

Hierauf kommt es indes nicht an, denn die nachfolgend bereits unter dem 19.5.2015 durch den bevollmächtigten Notar eingelegte Beschwerde erfolgte jedenfalls fristgerecht.

c) Bei Ablehnung der Eintragung des Geschäftsführers sind sowohl der Geschäftsführer als auch die Gesellschaft beschwerdebefugt (vgl. *MünchKommFamFG/Fischer*, 2. Aufl., § 59 Rdnr. 63).

d) Der den Eintragungsantrag stellende Notar gilt als ermächtigt, für die Beschwerdeführerin das Beschwerdeverfahren durchzuführen, § 378 FamFG.

2. Die Beschwerde ist jedoch unbegründet, denn die beantragte Registereintragung hatte nicht zu erfolgen. Die von dem AG – Registergericht – Amberg in der angefochtenen Zwischenverfügung vertretene Rechtsauffassung hinsichtlich des Erfordernisses einer ergänzenden Anmeldung des Wegfalls der Befreiung des Geschäftsführers Herrn ... trifft zu.

a) Durch die mit Art. 1 MoMiG vom 23.10.2008 eingeführte Vorschrift des § 2 Abs. 1a GmbHG wurde die Möglichkeit geschaffen, GmbH-Gründungen in einem vereinfachten Verfahren auf der Grundlage eines Musterprotokolls durchzuführen. Das Musterprotokoll – in seinen beiden Varianten für die Ein- und die Mehrpersonengründung – vereinigt in sich den Gesellschaftsvertrag, orientiert am Mindestinhalt des § 3 Abs. 1 GmbHG, die Gesellschafterliste und die Geschäftsführerbestellung (vgl. *Roth/Altmeyden-Roth*, GmbHG, 7. Aufl., § 2 Rdnr. 55). Die Gründung im vereinfachten Verfahren kann

gemäß § 2 Abs. 1a GmbHG nur in Anspruch genommen werden, wenn die Gesellschaft bei ihrer Errichtung höchstens drei Gründungsgesellschafter und nur einen Geschäftsführer hat (vgl. *Krafka/Kühn*, Registerrecht, 9. Aufl., Rdnr. 941a).

Im Rahmen einer Gründung in einem vereinfachten Verfahren unter Verwendung des Musterprotokolls kann für die GmbH nur ein Geschäftsführer bestellt werden (§ 2 Abs. 1a Satz 1 GmbHG). Dieser Geschäftsführer ist jeweils in Ziffer 4 des Musterprotokolls von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit. Die Befreiung ist aufgrund ihrer eindeutigen Zuordnung zu diesem Geschäftsführer als besondere, konkrete Vertretungsbefugnis für eben diesen aufzufassen (vgl. OLG Hamm, GmbHR 2011, 708).

Damit weicht bei der Gründung nach Musterprotokoll die konkrete Vertretungsregelung jedenfalls im Hinblick auf § 181 BGB von dem abstrakt bestehenden Verbot von In-Sich-Geschäften und des Selbstkontrahierens ab (vgl. OLG Stuttgart, NZG 2009, 754).

Nach allgemeinen Grundsätzen bedeutet die Bestellung des Geschäftsführers im Rahmen des Gründungsprotokolls nicht, dass es sich um einen sog. echten Satzungsbestandteil mit der Folge handelt, dass eine spätere Abberufung oder die Bestellung weiterer Geschäftsführer nur im Wege der Satzungsänderung durchgeführt werden könnten (*Scholz/Wicke*, GmbHG, 11. Aufl., § 2 Rdnr. 100).

Wenn die Gesellschaft nach der Gründung mehr als einen Geschäftsführer hat, besteht auf der Grundlage des Musterprotokolls Gesamtvertretung und -geschäftsführung. Abweichungen von der Gesamtvertretung bedürften einer Satzungsänderung. Die Befreiung von § 181 BGB laut Musterprotokoll bezieht sich nur auf den bestellten Gründungsgeschäftsführer und kann für ihn nicht gestrichen werden, wohl aber nach Eintragung durch Beschluss aufgehoben werden (vgl. *Roth/Altmeyden-Roth*, GmbHG, 7. Aufl., § 2 Rdnr. 56).

Streitig ist die Frage, ob die Befreiung laut Musterprotokoll auch nach der Bestellung weiterer Geschäftsführer für den bestellten Gründungsgeschäftsführer fort gilt.

b) Nach ganz überwiegender Meinung wird die Befreiung von § 181 BGB auf den konkret benannten Alleingeschäftsführer beschränkt, mit der Folge, dass jeder andere Alleingeschäftsführer nicht automatisch von § 181 BGB befreit ist (OLG Stuttgart, NZG 2009, 754).

Ebenfalls nach wohl herrschender Ansicht entfällt die Alleinvertretungsmacht des Gründungsgeschäftsführers bei der Bestellung weiterer Geschäftsführer. Dann ist es aber nur folgerichtig, auch für die Befreiung von § 181 BGB eine bevorzugte Stellung des ersten Geschäftsführers und damit den Fortbestand der Befreiung von § 181 BGB im Fall der Bestellung weiterer Geschäftsführer zu verneinen (vgl. *Baumbach/Hueck-Fastrich*, GmbHG, 20. Aufl., § 2 Rdnr. 59).

Eine unzulässige Unklarheit ist damit genauso wenig verbunden wie mit der gesetzlichen Regelung des § 35 Abs. 2 GmbHG, nach der die Alleinvertretungsmacht des Alleingeschäftsführers auflösend bedingt ist durch die Bestellung weiterer Geschäftsführer (vgl. *Baumbach/Hueck-Fastrich*, GmbHG, 20. Aufl., § 2 Rdnr. 59).

Es kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass der zuerst bestellte Geschäftsführer bei Bestellung weiterer Geschäftsführer stets von dem Verbot des Selbstkontrahierens befreit sein soll. Hierfür einen Erfahrungssatz des Inhalts anzunehmen, dass eine solche Sonderstellung des zuerst Bestellten dem Willen der Gründer entsprechen würde, wäre – in Anbetracht, dass es sich insoweit um die Vorgabe in Zif-

fer 4 Satz 2 des Musterprotokolls handelt – zumindest bedenklich (vgl. *Scholz/Westermann*, GmbHG, 10. Aufl., Nachtrag MoMiG, § 2 Rdnr. 9).

Nach den Vorgaben der vereinfachten Gründung nach Musterprotokoll hat die Gesellschaft einen namentlich benannten Geschäftsführer, der von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit ist. Treten später Änderungen in der Geschäftsführung ein, sei es durch die Berufung eines anderen Alleingeschäftsführers oder weiterer Geschäftsführer, so entfällt die dem Gründungsgeschäftsführer als alleinigem Geschäftsführer vorbehaltene besondere Vertretungsbefugnis (vgl. OLG Stuttgart, NZG 2009, 754).

Insofern folgt der Senat nicht der von der Beschwerdeführerin vertretenen Ansicht, dass die Befreiung des Gründungsgeschäftsführers von den Beschränkungen des § 181 BGB für diesen auch dann fortbesteht, wenn er nicht mehr alleiniger Geschäftsführer ist. Vielmehr gilt dann die allgemeine Vertretungsregelung des § 35 GmbHG, wonach die Geschäftsführer gemeinschaftlich zur Vertretung der Gesellschaft befugt sind und Sonderrechte einzelner Geschäftsführer durch den Gesellschaftsvertrag bestimmt werden müssen (vgl. OLG Stuttgart, NZG 2009, 754).

Damit folgt der Senat nicht der überwiegenden Meinung in der Literatur, nach der die Befreiung des ersten Geschäftsführers von den Beschränkungen des § 181 BGB in Ermangelung einer abweichenden Beschlussfassung auch nach der Bestellung weiterer Geschäftsführer fort gilt. Zur Begründung wird insoweit angeführt, dass sich für eine auflösend bedingte Befreiung weder im Wortlaut des Musterprotokolls noch in den Gesetzesmaterialien eine Stütze finden würde und eine entsprechende Regelung überdies nicht praxiskonform wäre (vgl. *Heckelmann*, EWiR 2009, 535, 536; *Ries*, NZG 2009, 739, 740; *Werner*, GmbHR 2011, 459, 460; *Scholz/Wicke*, GmbHG, 11. Aufl., § 2 Rdnr. 102 m. w. N.).

Dieses Argument greift allerdings nicht durch, denn auch für die Gegenmeinung in der Literatur lässt sich hieraus nichts für das Fortbestehen der Befreiung ableiten.

c) Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin entfällt mit der Bestellung des Weiteren Geschäftsführers Herrn ... die dem Gründungsgeschäftsführer Herrn ... als alleinigem Geschäftsführer vorbehaltene besondere Vertretungsbefugnis.

Zu Recht hat das Registergericht daher die Eintragung davon abhängig gemacht, dass der Wegfall der Befreiung des Geschäftsführers Herrn ... von den Beschränkungen des § 181 BGB als Änderung seiner konkreten Vertretungsbefugnis infolge der Bestellung des Weiteren Geschäftsführers ... anzumelden ist.

Die Zwischenverfügung des Registergerichts ist somit rechtsfehlerfrei ergangen.

d) Die Beschwerde der Beschwerdeführerin war somit zurückzuweisen.

(...)

15. GmbHG § 39 Abs. 1 (*Zur Eintragung der Abberufung eines nicht voreingetragenen Geschäftsführers in das Handelsregister*)

**1. Auch die Abberufung eines nicht voreingetragenen Geschäftsführers ist eine anmeldepflichtige Änderung im Sinne des § 39 Abs. 1 GmbHG.**

**2. Mit der entsprechenden Eintragung im Handelsregister wird nicht zugleich verlautbart, dass der Abberufene zuvor Geschäftsführer gewesen sei.**

(Leitsätze der Schriftleitung)

OLG Köln, Beschluss vom 3.6.2015, 2 Wx 117/15

Die Beteiligte zu 2 ist im Handelsregister des AG Köln unter HRB ... verzeichnet; die Beteiligte zu 1 ist als deren einzelvertretungsberechtigte Geschäftsführerin eingetragen.

Am 2.2.2015 hat die Beteiligte zu 1 über ihre Verfahrensbevollmächtigte dem AG – Registergericht Köln elektronisch einen Gesellschaftsbeschluss vom 19.12.2014 übermittelt, wonach u. a. Herr T nicht mehr Geschäftsführer sei, und diese Tatsache zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet (Ziffer 2. der Anmeldung vom 23.1.2015). Ausweislich eines ebenfalls beigefügten weiteren Gesellschaftsbeschlusses war Herr T am 12.8.2014 zum Geschäftsführer bestellt worden, eine entsprechende Anmeldung zur Eintragung im Handelsregister ist indes nicht erfolgt.

Nach vorangegangenem Austausch der unterschiedlichen Rechtsstandpunkte mit der Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten hat das Registergericht mit Beschluss vom 13.3.2015, erlassen am 16.3.2015, den Antrag auf Vollzug von Punkt 2. der Anmeldung vom 23.1.2015 zurückgewiesen. Da Herr T derzeit nicht als Geschäftsführer eingetragen sei, komme auch die Eintragung seines Ausscheidens nicht in Betracht; hierdurch würde nämlich zum Ausdruck gebracht, dass er zuvor Geschäftsführer gewesen sei. Dies könne indes vom Registergericht nicht mehr überprüft werden – insbesondere deshalb, weil die nach § 39 Abs. 3, § 6 Abs. 2 GmbHG erforderliche Versicherung nicht eingereicht worden sei.

Gegen diesen ihrer Verfahrensbevollmächtigten am 25.3.2015 zugestellten Beschluss haben die Beteiligten mit Schriftsatz vom 20.4.2015, bei Gericht am 27.4.2015 eingegangen, Beschwerde eingelegt. Das AG hat dieser Beschwerde mit Beschluss vom 29.4.2015, erlassen am 30.4.2015, nicht abgeholfen und sie dem OLG Köln zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

## II.

1. Die vorliegende Beschwerde ist gemäß § 58 Abs. 1 FamFG statthaft und auch im Übrigen zulässig.

(...)

2. Die Beschwerde ist auch begründet; die vom Registergericht geäußerten Bedenken stehen der beantragten Eintragung nicht entgegen.

Gemäß § 39 Abs. 1 GmbHG ist jede Änderung in den Personen der Geschäftsführer sowie die Beendigung der Vertretungsbefugnis eines Geschäftsführers zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Zu den danach anmeldepflichtigen Tatsachen zählt neben der Neubestellung von Geschäftsführern insbesondere auch die Beendigung des Geschäftsführeramtes, sei es durch Abberufung oder durch Amtsniederlegung. Die Eintragungspflicht für eine Amtsbeendigung entfällt nach herrschender Auffassung auch nicht etwa deshalb, weil schon die Bestellung nicht eingetragen worden war (vgl. etwa KG, GmbHR 2012, 518, 519; *Lutter/Hommelhoff/Kleindiek*, GmbHG, 18. Aufl. 2012, § 39 Rdnr. 2; *Baumbach/Hueck/Zöller/Noack*, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 39 Rdnr. 3; *Krafka/Kühn*, Registerrecht, 9. Aufl. 2013, Rdnr. 1088a; ähnlich *Scholz/Schneider/Schneider*, GmbHG, 11. Aufl. 2012–2013, § 39 Rdnr. 3: die Eintragung „empfehle sich“ im Hinblick auf § 15 HGB).

Dem schließt sich der Senat an. Die Eintragung der nach § 39 Abs. 1 GmbHG anmeldungspflichtigen Tatsachen hat grundsätzlich keine konstitutive Wirkung für die durch sie bekundeten Rechtsvorgänge (vgl. etwa OLG Hamm, GmbHR 2011, 29; *Baumbach/Hueck/Zöller/Noack*, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 39 Rdnr. 3; *Roth/Altmeyen*, GmbHG, 7. Aufl. 2012, § 39

Rdnr. 3 m. w. Nachw.). Sofern also der Bestellung eines GmbH-Geschäftsführers nicht anderweitige Hindernisse entgegenstehen, ist diese auch dann wirksam, wenn sie nicht im Handelsregister eingetragen ist. Dementsprechend führt auch die Abberufung eines nicht voreingetragenen Geschäftsführers – jedenfalls im Regelfall – zu einer Änderung in der Person der Geschäftsführer im Sinne des § 39 Abs. 1 GmbHG.

Vor allem aber beruht die dargestellte Auffassung wesentlich auf der auch vom Senat geteilten Erwägung, dass die Gesellschaft im Hinblick auf § 15 Abs. 1 HGB ein erhebliches Interesse daran hat, das Wiederausscheiden des Geschäftsführers eintragen zu lassen. Ihr droht nämlich bei fehlender Eintragung der Amtsbeendigung auch dann eine Rechtsscheinhafung aus § 15 Abs. 1 HGB, wenn schon die Bestellung nicht eingetragen worden war (KG, GmbHR 2012, 518, 519; *Lutter/Hommelhoff/Kleindiek*, a. a. O., § 39 Rdnr. 2; *Scholz/Schneider/Schneider*, GmbHG, 11. Aufl. 2012–2013, § 39 Rdnr. 3). Denn nach § 15 Abs. 1 HGB wird ein gutgläubiger Dritter gegen die Folgen nicht eingetragener Tatsachen auch dann geschützt, wenn die gebotene Voreintragung unterblieben ist (BGHZ 55, 267, 272; BGHZ 116, 37, 44; *Baumbach/Hopt*, HGB, 36. Aufl. 2014, § 15 Rdnr. 11; *Ebenroth/Boujong/Gehrlein*, HGB, 3. Aufl. 2014, § 15 Rdnr. 8 m. w. Nachw.). Dies trägt dem Umstand Rechnung, dass der Dritte auf andere Weise als durch das Handelsregister von der – dort nicht eingetragenen – Tatsache erfahren haben kann; er kann auf deren Fortbestand vertrauen, solange ihr Wegfall nicht entsprechend der Eintragungspflicht im Handelsregister kenntlich gemacht worden ist (BGHZ 116, 37, 44; *Ebenroth/Boujong/Gehrlein*, a. a. O., § 15 Rdnr. 8). Die Gesellschaft kann demnach einem Dritten die Abberufung eines Geschäftsführers unabhängig von dessen Voreintragung nur dann entgegenhalten, wenn die Abberufung entweder in das Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht wurde oder dem Dritten positiv bekannt war. Vor diesem Hintergrund muss es möglich sein, die Abberufung ohne Rücksicht auf die Voreintragung einzutragen.

Dementsprechend handelt es sich auch bei der Abberufung des Herrn T gemäß Gesellschafterbeschluss vom 19.12.2014 um eine Tatsache, die nach § 39 Abs. 1 GmbHG anmeldepflichtig ist. Soweit das Registergericht die Eintragung gleichwohl im Hinblick auf den damit verbundenen Aussagegehalt für unzulässig hält, teilt der Senat diese Bedenken, die – soweit ersichtlich – auch in Rechtsprechung und Literatur bisher nicht geäußert worden sind, nicht. Mit der Eintragung der Amtsbeendigung des Herrn T wird nämlich nicht zugleich registerrechtlich verlautbart, dass und insbesondere für welchen Zeitraum Herr T zuvor Geschäftsführer gewesen ist. Zwar mag die Beendigung des Geschäftsführeramtes gedanklich voraussetzen, dass der Geschäftsführer dieses Amt zuvor jedenfalls für eine logische Sekunde innehatte; hierbei handelt es sich aber nur um eine mittelbare Schlussfolgerung, die insbesondere nicht an den Rechtswirkungen des § 15 HGB teilnimmt. Vor diesem Hintergrund wird mit der beantragten Eintragung lediglich verlautbart, dass Herr T (jedenfalls) jetzt nicht mehr Geschäftsführer ist – nicht aber, dass er es jemals gewesen sei.

(...)

16. GBO §§ 19, 29, 32; HGB §§ 161, 123 (*Zum Nachweis der gesetzlichen Vertretungsmacht einer GmbH & Co. KG vor ihrer Eintragung in das Handelsregister im Grundbuchverfahren*)

**Der im Grundbuchverfahren erforderliche formgerechte Nachweis der gesetzlichen Vertretungsmacht für eine**

**GmbH & Co. KG kann durch Bezugnahme auf die Eintragungen im Handelsregister nicht für rechtsgeschäftliche Erklärungen erbracht werden, die vor Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister in deren Namen abgegeben worden sind (entgegen OLG Hamm, FGPrax 2011, 61). Nachweiserleichterungen wie bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts kommen jedenfalls dann nicht in Betracht, wenn die Kommanditgesellschaft durch Aufnahme ihrer Geschäfte wirksam geworden ist.**

KG, Beschluss vom 4.11.2014, 1 W 247-248/14

#### Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung ist abgedruckt in MittBayNot 2015, 331.

#### Anmerkung:

Eine noch nicht im Handelsregister eingetragene GmbH & Co KG tritt als Käuferin bei einem Grundstückskaufvertrag auf. Der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH erklärt bei Beurkundung, dass die Gesellschaft am selben Tag gegründet wurde und durch die GmbH vertreten wird. Einziger weiterer Gesellschafter als Kommanditist ist der Geschäftsführer der Komplementärin. Die KG wird erst rund einen Monat später im Handelsregister mit der GmbH als Komplementärin und dem Geschäftsführer als Kommanditist eingetragen. Der Kaufvertrag scheitert wegen Nichtzahlung des Kaufpreises durch die KG. Der Verkäufer erklärt den Rücktritt und ersucht den Notar von der in der Kaufvertragsurkunde enthaltenen Löschungsbewilligung zur Käufervormerkung Gebrauch zu machen. Der Notar legt die Löschungsbewilligung dem Grundbuchamt vor. Das Grundbuchamt und das im Beschwerdeverfahren angerufene Kammergericht halten die Löschungsbewilligung deshalb für nicht grundbuchlich verwendbar, weil es am Nachweis der Vertretungsmacht der Komplementär-GmbH mangelt.

Das Kammergericht hält die Löschungsbewilligung im Kaufvertrag deshalb für nicht grundbuchtauglich, weil es am Nachweis der Vertretungsmacht der Komplementär-GmbH für die KG zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Erklärung mangle. Durch den Handelsregisterauszug könne nur nachgewiesen werden, dass die KG ab deren Eintragung durch die Komplementär-GmbH vertreten werde, nicht jedoch, dass dies auch schon bei Beurkundung des Kaufvertrages und dementsprechend beim dabei erfolgten Wirksamwerden der Löschungsbewilligung der Fall gewesen sei. Das Gericht führt weiter aus, die Erklärung des Geschäftsführers bei der Beurkundung, die Gesellschaft sei gegründet und durch die GmbH vertreten, reiche nicht für den grundbuchtauglichen Nachweis aus, da die Nachweiserleichterungen für den Umgang mit der GbR im Grundbuch der KG nach deren Inangasetzung nicht zugutekämen.

Der Fall erinnert erstaunlich an das Gutachten des DNotI<sup>1</sup> zur gleichen Frage, nur dass es im DNotI-Fall keine Personenidentität zwischen dem Kommanditisten und dem handelnden Geschäftsführer der Komplementär-GmbH gab. Das DNotI hat die wesentlichen Fragen des Falles bereits ausführlich dargestellt, weshalb hinsichtlich der Fragen der Vertretung der KG in Gründung, dem grundbuchtauglichen Nachweis und dem Unterschied zwischen der kaufmännisch tätigen und bloß vermögensverwaltenden KG an dieser Stelle nichts wiederholendes ausgeführt werden soll. Ebenso beiseitegelassen werden kann die materielle Wirksamkeit des Kaufvertrages mit der KG in Gründung. Ist diese nach ihrem Binnenrecht

<sup>1</sup> DNotI-Report 2002, 185.

wirksam vertreten, kann auch ein Kaufvertrag mit dieser zustande kommen. Hier sollen nur die besonderen Fragen des grundbuchlichen Nachweises der Vertretung der KG mit dem Ausflug des Kammergerichts zur GbR, die Besonderheit der faktischen Einmann KG und die danach, was man hätte besser machen können, beantwortet werden.

Warum das Kammergericht eine ganze Seite seiner Entscheidung der Abgrenzung des Nachweises der Vertretungsmacht im Grundbuchverfahren bei KG und GbR gewidmet hat, erschließt sich bei der Lektüre der Ausführungen nicht. Die nicht in einem Register verzeichnete GbR war früher (in guten Zeiten) grundbuchverfahrensrechtlich kein Problem, weil sie mangels gesetzlich angeordneter Fähigkeit, selbst Träger von Rechten zu sein, nur ihre Gesellschafter als Rechtsträger in gesamthänderischer Bindung kannte. Den Problemen der Rechtsfähigkeit ist der Gesetzgeber nunmehr durch § 47 Abs. 2 Satz 1 GBO begegnet. Daran aber, dass bei der GbR jeder Gesellschafter an der Grundbucheintragung – sei er auch vertreten – mitwirken muss, hat sich nichts geändert. Inwieweit sich im vorliegenden Fall dabei etwas von der KG unterscheiden soll, erschließt sich nicht. Auch bei der GbR hätte die bloße Erklärung eines Gesellschafters, als Vertreter der Gesellschaft zu handeln, nicht ausgereicht, den Nachweis der Vertretung im Grundbuchverfahren zu führen. Der ausreichende Nachweis aber, die Vertretung durch sämtliche Gesellschafter nämlich, muss aber auch für die KG i. Gr. ausreichend sein, um diese grundbuchlich handeln lassen zu können. Die dagegen vom Kammergericht ins Spiel gebrachte Möglichkeit, den Vertretungsnachweis durch Vorlage des notariell beurkundeten oder zumindest beglaubigten Gesellschaftsvertrages zu führen, erscheint dagegen nur dann zutreffend, wenn der Gesellschaftsvertrag entsprechende Vollmachten der Gesellschafter enthält. Zwischen der KG in Gründung und der GbR zu differenzieren, macht letztlich auch deshalb keinen Sinn, weil so ausgeblendet wird, dass die KG selbstverständlich eine GbR, nur eben im (echten oder registerlich übergestrichelten, § 105 Abs. 2 HGB) Kaufmannskittel ist.

Im Grundsatz zutreffend hat das Kammergericht festgehalten, dass der Nachweis der Vertretungsmacht für die KG zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Löschungsbewilligung gegeben sein muss. Es kann deshalb nicht ausreichen, dass die KG zu irgendeinem späteren Zeitpunkt einmal nachweislich durch die GmbH vertreten wird, vielmehr muss, und zwar gleichgültig, ob auf eine KG in Gründung § 125 HGB anzuwenden ist oder nicht, der Vertretungsnachweis auf den Beurkundungszeitpunkt geführt werden. Den Rechtsgedanken des § 185 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 BGB anzuwenden und in der später sicher gegebenen Vertretungsmacht eine dem nachträglichen Erwerb des Verfügungsgegenstandes ähnliche Konstellation zu sehen, liegt zwar auf den ersten Blick nahe, lässt sich aber im Ergebnis nicht umsetzen. Es macht nämlich einen nicht unerheblichen Unterschied, ob eine wirksame Verfügungserklärung abgegeben und durch späteren Erwerb des Verfügungsgegenstandes rechtswirksam wird oder die Erklärung mangels Vertretungsmacht unwirksam ist und erst durch späteren Erwerb der Vertretungskompetenz überhaupt ein Zurechnungstatbestand begründet wird. Gleichwohl erscheint der Beschluss des Kammergerichts im Ergebnis als zu formalistisch. An der KG beteiligt war nach den Angaben des Geschäftsführers der Komplementärin neben dieser nur der Geschäftsführer selbst. Auch wenn der Geschäftsführer nicht formal in seiner Eigenschaft als Kommanditist an der Urkunde beteiligt war, haben doch faktisch alle Gesellschafter der KG so wie diese nach eigenen Erklärungen bestand und entsprechend auch im Handelsregister eingetragen wurde, an den Erklärungen in der Kaufvertragsurkunde mitgewirkt.

Wäre der Geschäftsführer auch als einziger Kommanditist aufgetreten, wäre die KG in Gründung in jedem Fall vertreten gewesen. Durch alle Gesellschafter gemeinsam kann diese nämlich wie jede Personengesellschaft, gleichgültig was im Gesellschaftsvertrag vereinbart ist, handeln. Diese wirksame Vertretung nun daran scheitern zu lassen, dass der Geschäftsführer der Komplementärin formal nur als solcher Erklärungen in der Urkunde abgegeben hat und eben nicht im eigenen Namen beteiligt war, stellt einen Grad der Förmelerei dar, der auch unter Berücksichtigung der strengen grundbuchrechtlichen Nachweiserfordernisse übertrieben erscheint. Bedenkt man, welche Nachweismöglichkeiten bei der Beteiligung ausländischer Gesellschaften bestehen und mangels Alternativen akzeptiert werden müssen, sollte in einem Fall wie dem dem Kammergericht vorliegenden ein weniger strenger Maßstab angelegt werden können.

Der Notar hätte die Lösung des Falls sicher dadurch erleichtern können, dass er den Geschäftsführer auch in seiner Eigenschaft als Kommanditisten formal an der Urkunde hätte beteiligen können. In der konkreten Fallgestaltung hätte dann die Löschungsbewilligung verwandt werden können. Allerdings handelte es sich dabei, dass die KG nachträglich tatsächlich mit den gleichen Gesellschaftern eingetragen wurde, um einen Glücksfall. Beim Umgang mit registerlich nicht erfassten Gesellschaften oder solchen, deren Vertretungsverhältnisse unklar sind, ist die Eintragung von Vormerkungen und auch dinglichen Rechten, die nur durch einfache Eintragungsbewilligung ins Grundbuch gelangen, nicht ungefährlich. Gerade dann, wenn beim Eigentümer durch die Vorkehrungen zur Vormerkungslöschung der Eindruck erweckt wird, das notarielle Verfahren könne gewährleisten, dass die Vormerkung im Fall der Nichtdurchführung des Vertrages ggf. auch ohne Mitwirkung des Käufers wieder aus dem Grundbuch gelöscht werden kann, sollte diese Gestaltung nicht daran scheitern, dass dem Grundbuchamt gegenüber nicht der ausreichende Nachweis der Vertretungsmacht geführt werden kann. Dieses Risiko besteht bei allen Löschungsgestaltungen, die mit Bewilligungsvollmachten oder wie hier mit „gesperrten“ Löschungsbewilligungen agieren, aber zwangsläufig. Nicht nur im hier besprochenen Fall der Vormerkung für eine Gesellschaft in Gründung, auch bei der nicht ausreichend bzw. nicht zutreffend personal bezeichneten GbR, bei ausländischen Gesellschaften oder bei sonst (noch) nicht oder zweifelhaft vertretenen oder gar existenten Personen kann die Löschung der Vormerkung am Vertretungsnachweis scheitern.

In dieser Zeitschrift hat *Hagenbucher* bereits im Jahr 2003 auf die Möglichkeit hingewiesen, das Problem des Vertretungsnachweises einfach dadurch zu umgehen, dass die Vormerkung auflösend bedingt bestellt wird.<sup>2</sup> Tritt die so bei Eintragung der Vormerkung beigegebene auflösende Bedingung ein und kann dem Grundbuchamt der Eintritt der Bedingung nachgewiesen werden (§ 22 GBO), wird die Vormerkung gelöscht, gleichgültig, wer deren Berechtigter ist. Einer Mitwirkung des Berechtigten, sei es durch Bewilligung oder Vollmacht und damit auch des Nachweises der Vertretungsmacht, bedarf es dann nicht. Idealerweise handelt es sich bei der Bedingung um eine vom Notar selbst auszulösende und durch Eigenurkunde nachweisbare Tatsache, bspw. eine von diesem an das Grundbuchamt zu richtende Erklärung. Eine solche Erklärung kann wie folgt aussehen: „Die Vormerkung steht unter der auflösenden Bedingung der Einreichung einer Erklärung des amtierenden Notars beim Grundbuchamt, dass der gesicherte Anspruch nicht mehr besteht. Für den Eintritt

<sup>2</sup> *Hagenbucher*, MittBayNot 2003, 249; aktuell und umfassend jetzt auch *Weber*, RNotZ 2015, 195.

der Bedingung ist die inhaltliche Richtigkeit der Erklärung irrelevant.“<sup>3</sup> Wird die Verwendung dieser Erklärung an die mittlerweile üblichen Voraussetzungen geknüpft, kann sichergestellt werden, dass die Vormerkung auch ohne das vom Verletzungsnachweis ausgehende Risiko gelöscht werden kann.

Notar Dr. Christian Kessler, Düren

**3** Siehe dazu Kessler in Herrler/Hertel/Kessler, DAI-Skript Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung im Immobilienrecht 2012/2013, S. 62.

## Internationales Privatrecht

17. BGB § 1371 Abs. 1, §§ 1373, 1933; EGBGB Art. 14 Abs. 4 Satz 1, Art. 15 Abs. 3, Art. 25 Abs. 1 (*Pauschaler Zugewinnausgleich bei deutschem Güterrechts- und griechischem Erbstatut*)

**Der pauschale Zugewinnausgleich nach § 1371 Abs. 1 BGB ist im Sinne des Art. 15, 25 EGBGB rein güterrechtlich zu qualifizieren.**

BGH, Beschluss vom 13.5.2015, IV ZB 30/14

Die Erblasserin war griechische Staatsangehörige und verstarb am 18.5.2013 in Frankfurt a. M. Sie hinterließ keine letztwillige Verfügung. Die Beteiligten, Sohn (Beteiligter zu 1) und Ehemann (Beteiligter zu 2) der Erblasserin, streiten um das Erbrecht des Beteiligten zu 2.

Die Erblasserin und der Beteiligte zu 2, ebenfalls griechischer Staatsangehöriger, hatten am 31.7.1983 in Griechenland die Ehe geschlossen. Am 6.11.2003 kauften sie zwei Eigentumswohnungen in H. Die notarielle Kaufvertragsurkunde enthält zu Beginn die Erklärung der Eheleute, dass sie für die güterrechtlichen Wirkungen ihrer Ehe „mit sofortiger Wirkung den gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft des deutschen Rechts“ wählen.

Im Jahr 2007 stellte die Erblasserin beim AG – Familiengericht – Scheidungsantrag, dem der Beteiligte zu 2 zustimmte. Später beantragte der Beteiligte zu 2 selbst die Scheidung, während die Erblasserin gegenüber dem Familiengericht die Rücknahme ihres Antrags erklärte. Durch Zwischenurteil vom 4.12.2009 stellte das Familiengericht fest, dass für den güterrechtlichen Ausgleich unter den Eheleuten deutsches Recht Anwendung finde. Das Scheidungsverfahren wurde bis zum Tode der Erblasserin nicht abgeschlossen.

Am 17.1.2014 hat der Beteiligte zu 1 beim Nachlassgericht die Erteilung eines Erbscheins beantragt, der ihn als Miterben zu  $\frac{3}{4}$  und den Beteiligten zu 2 als Miterben zu  $\frac{1}{4}$  des im Inland belegenen Nachlasses der Erblasserin nach griechischem Recht ausweist. Hiergegen hat der Beteiligte zu 2 eingewandt, dass der Antrag die zu seinen Gunsten zu berücksichtigende Erbteilerhöhung nach § 1371 Abs. 1 BGB außer Acht lasse.

Das Nachlassgericht hat die für die Erteilung des begehrten Erbscheins erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachtet. Das Beschwerdegericht hat demgegenüber den Erbscheinsantrag zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die vom OLG zugelassene Rechtsbeschwerde des Beteiligten zu 1, mit der er seinen Erbscheinsantrag weiterverfolgt.

*Aus den Gründen:*

### II.

Die zulässige Rechtsbeschwerde hat in der Sache keinen Erfolg.

1. Das Beschwerdegericht, dessen Beschluss unter anderem in ZEV 2015, 158 veröffentlicht ist, hat ausgeführt, dass die Beteiligten Miterben nach der Erblasserin zu je  $\frac{1}{2}$ -Anteil geworden seien. Dem Beteiligten zu 2 komme als Witwer in Anwendung griechischen Erbrechts ein Erbteil von  $\frac{1}{4}$  zu.

Dem stehe das im Todeszeitpunkt anhängige Scheidungsverfahren nicht entgegen, da die entsprechenden Ausschlussstatbestände griechischen Rechts nicht erfüllt seien. Zudem sei zugunsten des Beteiligten zu 2 eine Erbteilerhöhung um  $\frac{1}{4}$  gemäß § 1371 Abs. 1 BGB, der aufgrund der wirksamen Wahl des deutschen Güterrechts durch die Eheleute einschlägig sei, vorzunehmen. Dieser pauschalierte Zugewinnausgleich sei trotz Zusammentreffens von deutschem Güterrechtsstatut und ausländischem Erbstatut möglich, da das griechische Recht, das schon keine güterrechtlichen Ansprüche im Todesfall vorsehe, mit der gesetzlichen Erbquote keinen güterrechtlichen Ausgleich bewirken wolle. Angesichts der dem deutschen Recht entsprechenden gesetzlichen Erbquote des überlebenden Ehegatten nach griechischem Recht stelle sich die Frage der Erforderlichkeit einer Anpassung der Erbquoten nicht.

2. Das hält der rechtlichen Überprüfung im Ergebnis stand. Dem Beteiligten zu 1 ist der von ihm begehrte Erbschein nicht zu erteilen.

a) Soweit der Beteiligte zu 1 rügt, das Beschwerdegericht sei seiner Pflicht zur Ermittlung der Erbausschlussgründe nach griechischem Recht nicht hinreichend nachgekommen, kann dahinstehen, ob das zutrifft.

Richtig ist allerdings, dass aufgrund der Verweisung des Art. 25 Abs. 1 EGBGB, die das griechische Kollisionsrecht gemäß Art. 28 des Zivilgesetzbuches (ZGB) annimmt, für die Rechtsnachfolge nach der Erblasserin griechisches Recht maßgeblich ist. Zutreffend ist auch, dass der Tatrichter den Inhalt des zur Anwendung berufenen ausländischen Rechts von Amts wegen zu ermitteln hat (vgl. BGH, Beschluss vom 30.4.2013, VII ZB 22/12, WM 2013, 1225 Rdnr. 39; Keidell/Sternal, FamFG, 18. Aufl., § 26 Rdnr. 26; Prütting in Prütting/Helms, FamFG, 3. Aufl., § 26 Rdnr. 18).

Ob dem Beschwerdegericht – wie der Beteiligte zu 1 geltend macht und was auch Gegenstand einer Überprüfung im Rahmen der Rechtsbeschwerde nach dem FamFG sein kann (vgl. BGH, Beschluss vom 4.7.2013, V ZB 197/12, BGHZ 198, 14 Rdnr. 24) – insoweit Verfahrensfehler unterlaufen sind, kann hier aber offen bleiben, weil ein eventueller Verfahrensfehler jedenfalls nicht entscheidungserheblich wäre. Dem Erbscheinsantrag des Beteiligten zu 1 könnte auch in diesem Fall keine Folge gegeben werden. Selbst wenn das Beschwerdegericht bei der von der Rechtsbeschwerde vermissten weiteren Ermittlung der Erbausschlussgründe nach griechischem Recht zu dem Ergebnis gelangt wäre, dass es an der Erbberechtigung des Beteiligten zu 2 zur Gänze fehlte, hätte die Beschwerde des Beteiligten zu 1 keinen Erfolg, da sie auf die Erteilung eines Erbscheins gerichtet ist, der ein Erbrecht des Beteiligten zu 2 von einem Viertel bezeugen soll (zur Bindung an den Erbscheinsantrag vgl. Keidell/Zimmermann, FamFG, 18. Aufl., § 352 Rdnr. 133). Seinen ursprünglich auf Erteilung eines ihn als Alleinerben ausweisenden Erbscheins hat der Beteiligte zu 1 nach der Einziehung dieses Erbscheins durch das Nachlassgericht gerade nicht weiter verfolgt.

b) Geht man – zugunsten der Rechtsbeschwerde – von einer Erbberechtigung des Beteiligten zu 2 nach griechischem Recht aus, so findet auch die gesetzliche Erbteilerhöhung gemäß § 1371 Abs. 1 BGB statt. Das Beschwerdegericht ist rechtsfehlerfrei zu dem Ergebnis gelangt, dass die Erblasserin und der Beteiligte zu 2 für die güterrechtlichen Wirkungen ihrer Ehe unbeschränkt (hierzu aa)) und wirksam (hierzu bb)) das deutsche Recht gewählt haben. Die Maßgeblichkeit deutschen Rechts als Güterstatut führt zur Anwendbarkeit von § 1371 Abs. 1 BGB (hierzu cc)), dessen tatbestandliche Voraussetzungen nach den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen des Beschwerdegerichts hier erfüllt sind (hierzu dd)).

aa) Soweit die Rechtsbeschwerde beanstandet, dass das Beschwerdegericht die im notariellen Kaufvertrag vom 6.11.2003 enthaltene Güterrechtswahl als umfassende Rechtswahl ausgelegt hat, ist damit kein beachtlicher Rechtsfehler dargetan.

Die tatrichterliche Auslegung einer Individualvereinbarung ist vom Rechtsbeschwerdegericht nur darauf hin zu überprüfen, ob Verstöße gegen gesetzliche Auslegungsregeln, Verfahrensvorschriften, anerkannte Denkgesetze oder Erfahrungssätze vorliegen und sich der Trichter mit dem Verfahrensstoff umfassend und widerspruchsfrei auseinandergesetzt hat (st. Rspr., vgl. BGH, Beschluss vom 6.11.2013, XII ZB 434/12, NJW 2014, 294 Rdnr. 19; Urteil vom 13.1.2011, III ZR 87/10, BGHZ 188, 71 Rdnr. 14). Solche Rechtsfehler sind nicht ersichtlich und werden auch von der Rechtsbeschwerde nicht aufgezeigt.

Bei der Rüge, dass die Rechtswahl nach Sinn und Zweck des Beurkundungsvorgangs als lediglich auf das unbewegliche Vermögen beschränkt anzusehen sei, handelt es sich um die bloße Mitteilung des eigenen Auslegungsergebnisses des Beteiligten zu 1, ohne dass sich daraus ein Rechtsverstoß des Beschwerdegerichts ablesen ließe.

bb) Ebenso bestehen keine Bedenken dagegen, dass das Beschwerdegericht die getroffene Rechtswahl als wirksam angesehen hat.

Die Ausführungen der Rechtsbeschwerde zu den Grenzen der Rechtskraftwirkungen des in der Verbundsache Zugewinn ergangenen Zwischenurteils des Familiengerichts gehen ins Leere, da sich das Beschwerdegericht an dessen Ergebnis nicht gebunden gesehen, sondern lediglich „zur Vermeidung von Wiederholungen“ auf dessen Begründung Bezug genommen hat.

Der Einwand, dass die notarielle Beurkundung der Rechtswahl gemeinsam mit einem Vertrag zwischen den Eheleuten und einer dritten Person nicht der mit den Art. 15 Abs. 3, Art. 14 Abs. 4 Satz 1 EGBGB bezweckten Schutzfunktion gerecht werde, verfängt ebenso nicht. Der Gesetzgeber sah das besondere Formerfordernis aus Gründen der Rechtsklarheit und im Hinblick auf die unerlässliche Beratung der Eheleute vor (so die Regierungsbegründung zu Art. 14 Abs. 5 EGBGB-E, BT-Drucks. 10/504, S. 57). Dass die Aufnahme der Rechtswahl in eine Kaufvertragsurkunde die Rechtsklarheit gefährden würde, ist nicht erkennbar. Auch gilt die Belehrungspflicht des Notars nach § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG unabhängig davon, ob er die Rechtswahl isoliert oder gemeinsam mit anderen Erklärungen der Eheleute oder auch eines Dritten beurkundet. Der durch die besondere Formvorschrift vermittelte Schutz der Eheleute erfuhr allein dadurch, dass der Verkäufer der Eigentumswohnungen aufgrund der gemeinsamen Beurkundungsverhandlung von der Güterrechtswahl der Eheleute erfuhr, keine Einschränkung.

cc) Ist deutsches Recht danach Güterstatut, so ist der Anwendungsbereich von § 1371 Abs. 1 BGB unabhängig vom einschlägigen Erbstatut eröffnet.

(1) Die Anwendbarkeit der Vorschrift hängt in Sachverhalten mit Auslandberührung von ihrer kollisionsrechtlichen Qualifikation ab, die seit jeher umstritten ist. Während sich früher noch einige Stimmen in der Literatur für eine rein erbrechtliche Einordnung aussprachen (vgl. statt aller *Staudinger/Firsching*, 12. Aufl., Vorb. zu Art. 24-26 EGBGB Rdnr. 227 m. w. N.), entspricht es inzwischen einhelliger Auffassung, dass die Norm zumindest auch güterrechtlich zu qualifizieren ist. Die Meinungen gehen indes darüber auseinander, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen der pauschalierte Zugewinnausgleich durch Erbteilerhöhung stattzufinden hat, wenn

aufgrund kollisionsrechtlichen Auseinanderfallens von Güter- und Erbstatut neben deutschem Güterrecht ausländisches Erbrecht zur Anwendung berufen ist.

Nach einer Meinung ist § 1371 Abs. 1 BGB rein güterrechtlich zu qualifizieren, so dass dessen Anwendungsbereich bei Maßgeblichkeit deutschen Rechts als Güterstatut unabhängig vom einschlägigen Erbstatut eröffnet ist (OLG Hamm, IPRax 1994, 49, 53; OLG München, ZEV 2012, 591, 593; *Erman/Hohloch*, 14. Aufl., Art. 15 EGBGB Rdnr. 37; *Soergel/Schurig*, 12. Aufl., Art. 15 EGBGB Rdnr. 40; *Staudinger/Dörner*, (2007) Art. 25 EGBGB Rdnr. 34 ff.; *Staudinger/Mankowski*, (2010) Art. 15 EGBGB Rdnr. 346-348; *W. Kössinger in Nieder/Kössinger*, Handbuch der Testamentsgestaltung, 4. Aufl., § 5 Rdnr. 17; *Dörner*, IPRax 2014, 323, 325; *Looschelders*, IPRax 2009, 505, 509; *Mankowski*, ZEV 2014, 121, 122-124).

Nach der Gegenansicht kann der erbrechtliche Zugewinnausgleich keiner Normengruppe eindeutig zugeordnet werden, weshalb er sowohl güter- als auch erbrechtlich zu qualifizieren sei und damit nur zum Zuge komme, wenn deutsches Recht Güter- und Erbstatut sei (OLG Köln, ZEV 2012, 205, 206; MünchKommBGB/*Birk*, 5. Aufl., Art. 25 EGBGB Rdnr. 158; *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 5. Aufl., S. 50 Fn. 72).

Zwischen diesen beiden Positionen haben sich darüber hinaus zwei äquivalenzorientierte Lösungsansätze herausgebildet: Der eine, den das Beschwerdegericht zugrunde legt, sieht ausgehend vom rein güterrechtlichen Ansatz den Anwendungsbereich des § 1371 Abs. 1 BGB als eröffnet an, wenn das neben dem Güterstatut berufene Erbstatut dem deutschen Erbrecht insoweit entspricht, als die gesetzliche Erbquote des überlebenden Ehegatten nicht zugleich einen güterrechtlichen Ausgleich beinhaltet (OLG Frankfurt, FamRZ 2015, 144, 145 [21. Zivilsenat]; OLG Schleswig, ZEV 2014, 93, 95; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10.3.2015, I-3 Wx 196/14, juris; MünchKommBGB/*Siehr*, 6. Aufl., Art. 15 EGBGB Rdnr. 107; MünchKommBGB/*Dutta*, 6. Aufl., Art. 25 EGBGB Rdnr. 157; *Palandt/Thorn*, 74. Aufl., Art. 15 EGBGB Rdnr. 26; *Kropholler*, Internationales Privatrecht, 6. Aufl., S. 353). Der andere mildert die strenge Begrenzung des pauschalierten Zugewinnausgleichs durch die Doppelqualifikation dadurch ab, dass er ihn auch bei ausländischem Erbstatut als eröffnet ansieht, wenn das einschlägige Erbrecht äquivalent zum deutschen Recht eine dem § 1371 Abs. 1 BGB entsprechende Vorschrift kennt (OLG Düsseldorf, MittRhNotK 1988, 68, 69 [aufgegeben durch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10.3.2015, a. a. O.], OLG Frankfurt ZEV 2010, 253, 253 f. [20. Zivilsenat]; OLG Stuttgart ZEV 2005, 443, 444).

(2) § 1371 Abs. 1 BGB ist im Sinne der Art. 15, 25 EGBGB rein güterrechtlich zu qualifizieren.

(a) Zweck der Vorschrift ist es, den Güterstand als Sonderordnung des Vermögens der Eheleute während und aufgrund ihrer Ehe abzuwickeln, nicht aber den Längstlebenden kraft seiner nahen Verbundenheit mit dem Verstorbenen an dessen Vermögen zu beteiligen (vgl. *Kegel/Schurig*, Internationales Privatrecht, 9. Aufl., S. 853 f.). Der Gesetzgeber hatte bei Einführung des gesetzlichen Güterstandes der Zugewinnsgemeinschaft erkannt, dass der Ausgleich des Zugewinns durch Gewährung einer Ausgleichsforderung auf die Schwierigkeit stößt, exakte Feststellungen über Bestand und Wert des Anfangs- sowie des Endvermögens zu treffen, und diese Schwierigkeit besonders groß ist, wenn ein Ehegatte verstorben ist, da die Erben über den Bestand des Anfangs- und Endvermögens des Erblassers gemeinhin nicht Bescheid wissen und der Eintritt des Güterstandes in diesen Fällen nicht selten längere Zeit zurückliegt (vgl. *Massfeller/Reinicke*, Das Gleichberechtigungsgesetz

1958, § 1371 BGB unter 1). Die damit einhergehenden Probleme sollten durch die Pauschalierung des § 1371 Abs. 1 BGB vermieden werden, von welcher der Gesetzgeber annahm, dass sie tendenziell der güterrechtlichen Lage entspricht (*Muschler*, Erbrecht I 2010 Rdnr. 1423). Rechtstechnisch wählte er hierzu den Weg der Erhöhung des gesetzlichen Erbteils, die zu einer Erweiterung der unmittelbaren Beteiligung des Längstlebenden am Vermögen des Erstversterbenden führt, jedoch nichts an ihrer Einordnung als „besondere Art des Zugewinnausgleichs“ (Bericht des Ausschusses für Rechtswesen und Verfassungsrecht, BT-Drucks. 2/3409, S. 16 f., 20, sowie des Unterausschusses „Familienrechtsgesetz“ BAnz. Nr. 154 vom 10.8.1956 S. 11, 13) ändert, die der Gesetzgeber durch die Wahl des Worts „verwirklicht“ zum Ausdruck gebracht hat (*Massfeller/Reinick*, a. a. O., unter 2).

(b) Die gegen die rein güterrechtliche Qualifikation vorgebrachte Kritik überzeugt nicht.

Der Einwand, dass die Erhöhung einer ausländischen Erbquote eine verfälschte Anwendung des ausländischen Erbrechts darstelle und in die Verbindlichkeit des Erbstatuts eingreife (OLG Köln, ZEV 2012, 205, 206; OLG Stuttgart, ZEV 2005, 443, 444), übersieht, dass die Nichtanwendung des § 1371 Abs. 1 BGB in diesen Fällen das deutsche Güterrecht unzulässig verkürzen und damit die gleichermaßen anzuerkennende Verbindlichkeit des Güterstatuts vernachlässigen würde.

Zu kurz greift auch der Gedanke, dass die pauschale Erbteilerhöhung den Anteil der anderen kraft Gesetzes berufenen Erben ebenso mindere wie etwaige Pflichtteilsansprüche (MünchKommBGB/*Birk*, 5. Aufl., Art. 25 EGBGB Rdnr. 158). Ungeachtet der Frage, ob diese Rechtsfolgen nicht gerade im anwendbaren Güterstatut ihre Rechtfertigung finden, berücksichtigen die Vertreter dieser Auffassung nicht, dass der von ihnen befürwortete schuldrechtliche Zugewinnausgleich gemäß den §§ 1373 ff. BGB das Erbrecht der gesetzlichen Erben sowie bestehende Pflichtteilsansprüche ebenfalls und mangels höhenmäßiger Beschränkung auf ein Viertel des Nachlasswerts unter Umständen nachhaltiger beeinträchtigen könnte als die pauschale Erbteilerhöhung (vgl. *Dörner*, IPRax 2014, 323, 325).

Dass § 1371 Abs. 1 BGB tatsächlich keinen Zugewinn des verstorbenen Ehegatten voraussetzt, ist lediglich Ergebnis der gesetzlichen Fiktion der Wertgleichheit von Erhöhungsviertel und Zugewinnanteil (vgl. *Soergell/Schurig*, 12. Aufl., Art. 15 EGBGB Rdnr. 40), die ihre Grundlage im deutschen Güterrecht hat und damit an der güterrechtlichen Qualifikation der Vorschrift nichts zu ändern vermag (andere Ansicht *Staudinger/Firsching*, 12. Aufl., Vorb. zu Art. 24-26 EGBGB Rdnr. 227). Das Gleiche gilt für die Überlegung, dass der Erhöhungstatbestand vom Bestehen eines gesetzlichen Erbteils des Längstlebenden abhängt und danach zwar nicht ehevertraglich, aber erbrechtlich zum Beispiel aufgrund letztwilliger Verfügung des Erblassers oder als gesetzliche Folge des § 1933 BGB ausgeschlossen sein könne (vgl. *Staudinger/Firsching*, a. a. O.). Dies folgt ausschließlich aus dem Umstand, dass der Gesetzgeber zur Verwirklichung der Zugewinnausgleichspauschale den Weg des Erbrechts bevorzugt hat, was deren güterrechtliche Ausgleichsfunktion indessen nicht in Frage stellt.

(3) Die güterrechtliche Qualifikation ist durch keine äquivalenzorientierte Betrachtung des einschlägigen Erbstatuts zu ergänzen.

(a) Die vermittelnde Ansicht, die eine Übereinstimmung des einschlägigen Erbrechts mit dem deutschen insoweit fordert, als die gesetzliche Erbquote des überlebenden Ehegatten nicht zugleich einen güterrechtlichen Ausgleich enthalten dürfe, vermengt Fragen der Qualifikation der ausländischen Nachlassbeteiligung sowie der international-privatrechtlichen

Anpassung mit der Qualifikation des § 1371 Abs. 1 BGB sowie der Substitution seiner Tatbestandsmerkmale:

Soweit das als Erbstatut maßgebliche Recht eine Beteiligung des längstlebenden Ehegatten am Nachlass des erstversterbenden – zumindest auch – unter Abgeltung seiner güterrechtlichen Beteiligung vorsieht, ist zunächst zu klären, ob diese Regelung nach der *lex fori* (vgl. Senatsbeschluss vom 12.7.1965, IV ZB 497/64, BGHZ 44, 121, 124) erbrechtlich zu qualifizieren ist.

Ist dies der Fall, so ist weiter zu fragen, ob das Tatbestandsmerkmal des „gesetzlichen Erbteils“ durch diese Beteiligung ersetzt werden kann. Die Möglichkeit der Substitution des deutschen Rechtsbegriffs durch die ausländische Rechtserscheinung hängt davon ab, ob und inwieweit eine Übereinstimmung in der Funktion der beiden besteht (BGH, Beschluss vom 4.10.1989, IVb ZB 9/88, BGHZ 109, 1, 6). Hierzu ist keine Normidentität erforderlich; vielmehr genügt eine Vergleichbarkeit der wesentlichen, normprägenden Merkmale (vgl. *Kropholler*, Internationales Privatrecht 6. Aufl., S. 232; *Mansel* in FS Kropholler, 2008, S. 353, 368). Für den Fall des § 1371 Abs. 1 BGB setzt dies voraus, dass das ausländische Recht dem überlebenden Ehegatten einen echten Anteil am Nachlass des Erblassers verschafft. Das bedeutet indes nicht, dass dieser keine Elemente eines güterrechtlichen Ausgleichs enthalten dürfte, zumal jene im ersten Schritt nicht zur güterrechtlichen Qualifikation der Beteiligung geführt haben.

Findet § 1371 Abs. 1 BGB nach dieser Maßgabe neben einer solchen erbrechtlichen Beteiligung des überlebenden Ehegatten Anwendung, so ist der damit einhergehenden Vervielfachung des güterrechtlichen Ausgleichs nicht auf der Qualifikationsebene zu begegnen; vielmehr ist der aufgrund des Zusammenspiels von Sachvorschriften verschiedener Rechtsordnungen entstehende Widerspruch dadurch aufzulösen, dass das Ergebnis der Normanwendung den Umständen des Einzelfalls angepasst wird (sog. Anpassung oder Angleichung; vgl. *Staudinger/Dörner*, (2007) Art. 25 EGBGB Rdnr. 745; *Kropholler*, a. a. O., S. 235; *von Bar/Mankowski*, Internationales Privatrecht, 2. Aufl., § 7 Rdnr. 251).

(b) Die andere äquivalenzorientierte Meinung, die verlangt, dass das einschlägige Erbstatut eine dem pauschalen Zugewinnausgleich entsprechende Vorschrift kennen müsse, ist schon deshalb abzulehnen, weil sie – ausgehend von der Theorie der Doppelqualifikation – der güterrechtlichen Qualifikation des § 1371 Abs. 1 BGB widerspricht (vgl. hierzu bereits II. 2. b) cc) (2)).

dd) Danach ist § 1371 Abs. 1 BGB hier einschlägig.

Auf Grundlage der insoweit nicht angefochtenen Feststellungen des Beschwerdegerichts ist der überlebende Ehegatte nach griechischem Erbrecht neben Verwandten der ersten Ordnung, zu denen die Kinder des Erblassers zählen, zu einem Viertel der Erbschaft als gesetzlicher Erbe berufen.

Ob das griechische Recht dem überlebenden Ehegatten daneben unter Umständen einen schuldrechtlichen Anspruch auf Zugewinnausgleich zubilligt und das Beschwerdegericht das ausländische Sachrecht insoweit – wie die Rechtsbeschwerde geltend macht – verfahrensfehlerhaft ermittelt hat, ist dagegen ohne Belang, da die entsprechenden Normen aufgrund ihrer ebenfalls güterrechtlichen Qualifikation nicht dem griechischen Erbstatut unterfallen und daher entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde hier außer Betracht zu bleiben haben.

Daran ändert auch der Einwand des Beteiligten zu 1 nichts, ein griechisches Gericht dürfe aufgrund des von ihm zu be-

achtenden Kollisionsrechts die Rechtswahl der Eheleute nicht anerkennen, so dass der Beteiligte zu 2 trotz der erfolgten Erbteilerhöhung dort noch Zugewinnausgleichsansprüche nach griechischem Recht geltend machen könne. Denn das darin zum Ausdruck kommende Phänomen des sog. „hinkenden Rechtsverhältnisses“ geht hier nicht auf die Regelung des § 1371 Abs. 1 BGB, sondern die des Art. 15 Abs. 2 EGBGB zurück, der Eheleuten eine privatautonome Bestimmung des für sie maßgeblichen Güterstatuts ohne Rücksicht auf ihr Heimatrecht eröffnet. Es kann von deutschen Gerichten ohne Missachtung der gesetzlich gewährleisteten Wahlmöglichkeit nicht vermieden werden.

c) Das Ergebnis der kumulativen Anwendung griechischen Erbrechts und deutschen Güterrechts bedarf hier schließlich keiner Korrektur im Wege der Anpassung. Dass der dem längstlebenden Ehegatten nach griechischem Erbrecht zukommende Erbteil einen güterrechtlichen Ausgleich mitbewirken soll, ist weder vom Beschwerdegericht festgestellt noch von der Rechtsbeschwerde eingewandt worden.

Ein korrekturbedürftiger Wertungswiderspruch ergibt sich entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde auch nicht, wenn zugunsten des Beteiligten zu 1 unterstellt wird, dass der Beteiligte zu 2 nach § 1933 BGB nicht erbberechtigt wäre, womit eine Erberhöhung gemäß § 1371 Abs. 1 BGB bei alleiniger Maßgeblichkeit deutschen Sachrechts genauso ausgeschlossen wäre wie bei ausschließlicher Anwendung griechischen Rechts. Scheidet nach einer der beteiligten Rechtsordnungen die Erbberechtigung des überlebenden Ehegatten gänzlich aus (hier nach Auffassung der Rechtsbeschwerde nach deutschem Recht), so stellt sich dort die Frage einer Erhöhung seiner Erbquote von vornherein nicht. Das bedeutet allerdings nicht, dass eine entsprechend demselben Sachrecht vorgenommene Modifikation der Erbbeteiligung nach einem anderen Recht (hier nach griechischem Recht) einen Normwiderspruch zur Folge hätte. Vielmehr stellt die Entscheidung über das „Ob“ der Erbberechtigung nach einem Sachrecht (hier nach deutschem Recht) nicht die Höhe und damit das „Wie“ der Erbberechtigung nach einem anderen Sachrecht (hier nach griechischem Recht) in Frage, auch wenn sich diese nach dem Sachrecht richtet, das im konkreten Fall einen Erbausschluss vorsehen würde.

### Anmerkung:

Seit Einführung der Zugewinnngemeinschaft als gesetzlichem Güterstand im Jahre 1957 treibt die Erbrechtler das – mittlerweile schon „klassische“ – Problem um: Ist der pauschalisierte Zugewinnausgleich in Form des „güterrechtlichen Viertels“ erbrechtlich oder güterrechtlich zu qualifizieren? Die deutsche Lehre vertritt hier weit überwiegend die Auffassung, bei Geltung der Zugewinnngemeinschaft deutschen Rechts sei das erbrechtliche Viertel immer zu gewähren, und zwar auch dann, wenn auf die Berechnung der gesetzlichen Ehegattenerbquote ausländisches Erbrecht anzuwenden sei (sog. güterrechtliche Qualifikation). Kommt es dadurch zu einer unangemessen hohen Erbquote, so sei diese durch „Angleichung“ zu kürzen.<sup>1</sup> Die Oberlandesgerichte sind dieser Auffassung in einigen Bezirken gefolgt.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Von Bar, Internationales Privatrecht II, 1991, Rdnr. 244; Soergell/Schurig, 12. Aufl. 1996, Art. 15 EGBGB Rdnr. 40; LG Mosbach, Beschluss vom 18.3.1997, 2 T 177/96, ZEV 1998, 489.

<sup>2</sup> OLG Karlsruhe, Beschluss vom 29.6.1989, 11 W 86/89, NJW 1990, 1421; OLG Hamm, Entscheidung vom 12.6.1995, 15 W 120/95, FamRZ 1995, 1606; OLG München, Beschluss vom 16.4.2012, 31 Wx 45/12, MittBayNot 2013, 73; OLG Schleswig, Beschluss vom 19.8.2013, 3 Wx 60/1, DNotZ 2014, 292; OLG Frankfurt 21. Senat, Entscheidung vom 12.11.2013.

Nach der Gegenansicht („erbrechtliche Qualifikation“) dagegen entscheidet ausschließlich das Erbstatut über die Erbquote. Ist das deutsche Recht nicht Erbstatut, so ist § 1371 Abs. 1 BGB zur Bestimmung der Erbquote nicht berufen. Es bleibt dann bei der vom ausländischen Erbstatut festgesetzten Erbquote und der überlebende Ehegatte hat seinen Zugewinnausgleich auf güterrechtlichem Wege zu verwirklichen. Dieser Ansicht folgten die OLG Düsseldorf,<sup>3</sup> Stuttgart,<sup>4</sup> Frankfurt<sup>5</sup> und Köln.<sup>6</sup> In den übrigen Bezirken war die Rechtslage noch nicht entschieden.

Demzufolge war das juristische Deutschland territorial gespalten: Kleine Quote – Große Quote – Unentschieden. Der Ehegatte des ausländischen Erblassers erbte also unterschiedlich je nach dem, in welchem OLG-Bezirk der Erblasser zuletzt seinen Wohnsitz hatte.

Im Jahre 2012 hatte der BGH<sup>7</sup> die Rechtsfrage erstmalig vorgelegt erhalten, nachdem das OLG Köln bei Anwendbarkeit türkischen Erbrechts aufgrund des Deutsch-Türkischen Konsularvertrages die güterrechtliche Erhöhung versagt hatte. Nachdem aber die Witwe sich der Rechtsbeschwerde nicht angeschlossen hatte, war die Frage nicht entscheidungserheblich. Zur Enttäuschung aller hat der BGH die ihm gebotene Gelegenheit, durch ein *obiter dictum* die Rechtsunsicherheit zu beenden und die Einheitlichkeit der Rechtsprechung herbeizuführen ausgeschlagen. Im vorliegenden Beschluss aber hat er auf den erst am 30. Juli 2014 ergangenen Beschluss des OLG Frankfurt bereits am 3. Juni 2015 entschieden und damit die Frage im Sinne der güterrechtlichen Qualifikation entschieden.

Sind die Probleme damit nun gelöst?

Für die Anwendung von Art. 25 EGBGB bringt die Entscheidung des BGH Klarheit. Freilich sind die Karten mit der Anwendbarkeit der Europäischen Erbrechtsverordnung ab dem 17.8.2015 neu gemischt worden, denn nun ergibt sich der Umfang des Erbstatuts aus Art. 23 EU ErbVO. Die deutsche Literatur freilich geht hier von der Fortgeltung der güterrechtlichen Qualifikation aus.<sup>8</sup>

Für deutsche Gerichte wird sich das Problem in Zukunft faktisch weitgehend erledigt haben. Erblasser mit gewöhnlichem Aufenthalt im Inland werden in Zukunft nach deutschem Erbrecht beerbt werden, Art. 21 Abs. 1 EU ErbVO. Wegen des Gleichlaufs von deutschem Recht für die Zugewinnngemeinschaft und deutschem Recht als Erbstatut kann dann trotz der ausländischen Staatsangehörigkeit des Erblassers die Qualifikationsfrage bei der Berechnung der Erbquote dahingestellt bleiben. Ungeklärt ist allenfalls der Einfluss auf das Europäische Nachlasszertifikat. Ein im Inland lebender ausländischer Erblasser kann zwar die Erbfolge seinem ausländischen Heimatrecht unterstellen. Diese Rechtswahl erfolgt aber gemäß Art. 22 Abs. 2 EU ErbVO durch Verfügung von Todes wegen. Da er die Verfügung nicht auf die Rechtswahl beschränken wird („isolierte Rechtswahl“), sondern dann auch die Erbfolge testamentarisch regeln wird, wird § 1371 Abs. 1 BGB in diesen Fällen dann nicht mehr zum Zuge kommen. Die Qualifikation wäre dann allenfalls noch von Bedeutung,

<sup>3</sup> Beschluss vom 3.8.1987, 3 Wx 207/87, MittRhNotK 1988, 68 und Beschluss vom 19.12.2008, 3 Wx 51/08ZEV 2009, 190.

<sup>4</sup> Beschluss vom 8.3.2005, 8 W 96/04, ZEV 2005, 443.

<sup>5</sup> Beschluss vom 20.10.2009, 20 W 80/07, ZEV 2010, 253.

<sup>6</sup> Beschluss vom 5.8.2011, 2 Wx 115/11, ZEV 2012, 205.

<sup>7</sup> BGH, Beschluss vom 12.9.2012, IV ZB 12/12, ZEV 2012, 590.

<sup>8</sup> Z.B. Dörner in Dutta/Herrler, Die Europäische Erbrechtsverordnung, 2014, S. 76; Dutta, IPRax 2015, 33; Heinig, DNotZ 2014, 251; Mankowski, ZEV 2014, 121 ff.

wenn man auch die ausländische Pflichtteilsquote mit dem güterrechtlichen Viertel berechnen wollte.

Haben die in Zugewinnngemeinschaft lebenden Ehegatten aber ihren Lebensmittelpunkt in einem anderen Mitgliedstaat der Union, so gilt für sie (auch bei deutscher Staatsangehörigkeit des Erblassers) gemäß Art. 21 Abs. 1 EU ErbVO das Erbrecht dieses Staates. Gemäß Art. 4 EU ErbVO sind dann die Gerichte dieses Staates für die Entscheidung zuständig und die deutschen Gerichte ausgeschlossen. Künftig wird das Problem der Qualifikation des § 1371 Abs. 1 BGB also regelmäßig vor den Gerichten des Staates landen, die ihr Erbrecht anwenden.<sup>9</sup> Es kommt künftig also auf die ausländische Sichtweise an.

Die herrschende Meinung in Deutschland und ihr folgend der BGH rücken das Güterrecht in den Vordergrund. Ausgangspunkt der Überlegungen ist „die Qualifikation des § 1371 Abs. 1 BGB“ und/oder „wie der pauschalisierte Zugewinnausgleich durchzuführen ist“. Der BGH drückt das in seiner Entscheidung plastisch durch die für ihn entscheidende Schlussfolgerung aus, die Nichtanwendung des § 1371 Abs. 1 BGB würde „in diesen Fällen das deutsche Güterrecht unzulässig verkürzen und damit die gleichermaßen anzuerkennende Verbindlichkeit des Güterstatuts vernachlässigen“. Damit wird den Ausgleichsmechanismen des deutschen Güterrechts der Primat vor dem ausländischen Erbstatut eingeräumt.

Die erbrechtliche Qualifikation kann sich darauf berufen, dass die Bestimmung der Erbquoten Sache des Erbstatuts sei. Art. 23 Abs. 2 lit. b EU ErbVO weist „die Berufung der Berechtigten, die Bestimmung ihrer jeweiligen Anteile und etwaiger ihnen vom Erblasser auferlegter Pflichten sowie die Bestimmung sonstiger Rechte an dem Nachlass, einschließlich der Nachlassansprüche des überlebenden Ehegatten oder Lebenspartners“ dem Kernbereich des Erbstatuts zu. Damit bestimmt unter der EU ErbVO (allein) das Erbstatut über die Frage, wie hoch die Erbquote des Ehegatten sowie der Verwandten sind.

Das Qualifikationsproblem erscheint wegen der Doppelnatur des § 1371 BGB auf rein logischem Wege nicht lösbar. Vielmehr handelt es sich um eine Wertungsfrage. Entscheidend ist, welche Perspektive das Gericht einnimmt. Insoweit hat der BGH bei der Abgrenzung von Art. 15 EGBGB zu Art. 25 EGBGB zu Recht Ausschlag geben lassen, dass § 1371 BGB für den überlebenden Ehegatten eine von der tatsächlichen Entwicklung der Vermögensverhältnisse während der Dauer der Ehe unabhängige Prämie in Höhe eines pauschalen zusätzlichen Erbteils vorsieht. Diese Regelung des deutschen Rechts hat bei Geltung der Zugewinnngemeinschaft deutschen Rechts unabhängig davon Anspruch, welches Erbrecht auf Seiten des vorverstorbenen Ehegatten zur Anwendung gelangt. Ansonsten liefe diese pauschale Begünstigung leer. Das güterrechtliche Interesse setzt sich gegen das ausländische Erbstatut durch.

Nun könnte man sagen, letztlich ergebe sich das Gleiche, wenn man im Wege der güterrechtlichen Auseinandersetzung dem Ehegatten vorab das güterrechtliche Viertel zuweise und die Verteilung des Restnachlasses dem Erbrecht überlasse. Das – im vorliegenden Fall des BGH – griechische Erbrecht verteile also nur die nach Abzug des güterrechtlichen Viertels verbliebene Restquote nach den erbrechtlichen Quoten. Das verfängt aber schon aus arithmetischen Gründen nicht: Nach griechischem Recht erhält der Ehegatte eine gesetzliche Erb-

quote von einem Viertel. Erhält dieser aber neben dem vorab zugewiesenen güterrechtlichen Viertel ein weiteres erbrechtliches Viertel, so wird er an den nach Abzug des güterrechtlichen Viertels verbleibenden drei Vierteln des Nachlasses effektiv zu einem Drittel beteiligt (und die Kinder erhalten statt drei Vierteln nur zwei, vom Rest also eine Quote von zwei Dritteln).

Die Gerichte der anderen Mitgliedstaaten werden für die Abgrenzung von Erb- und Güterstatut voraussichtlich auf die klassische Regel zurückgreifen, wonach das Güterstatut darüber entscheidet, was in den Nachlass und an die Erben fällt bzw. was vorab an den überlebenden Ehegatten geht. Über die Verteilung des Netto-Nachlasses aber entscheidet danach allein das Erbstatut. Die Verwirklichung des pauschalen Zugewinnausgleichs auf erbrechtlichem Wege wird den ausländischen Gerichten nicht so nahe liegen, wie dem BGH. Vielmehr wird das ausländische Gericht sich – in entsprechender Anwendung der Formel des BGH – darauf berufen, dass die pauschale Erhöhung der Ehegattenerbquote das gesetzliche Erbrecht der Kinder „unzulässig“ verkürzen würde. Unter Umständen beschneidet die pauschale Erhöhung der Ehegattenerbquote sogar die Pflichtteilsquote, die sich im vom BGH entschiedenen Fall (2 Kinder) bei Geltung französischen oder spanischen Rechts auf  $\frac{2}{3}$  des Nachlasses belaufen würde. Bislang vorliegende Entscheidungen der ausländischen Gerichte zu § 1371 BGB zeigen bereits, dass diese bei der Bewertung eher von „ihrem“ Erbrecht als vom deutschen Güterrecht ausgehen.<sup>10</sup> Ob sich die güterrechtliche Qualifikation auf die Erbrechtsverordnung übertragen wird, scheint daher trotz der Leitentscheidung des BGH in der Dämmerung des nationalen Erbkollisionsrechts zweifelhaft.<sup>11</sup>

Anders wäre die Sache allenfalls dann zu beurteilen, sollte eine künftige Güterrechtsverordnung der EU bestimmen, dass Ausgleichsansprüche des überlebenden Ehegatten aus der Beendigung eines bestimmten Güterstands auch dann nach der Güterrechtsverordnung zu beurteilen seien, wenn diese in einer besonderen Form der Nachlassbeteiligung bestehen. Nachdem das Projekt der Güterrechtsverordnung aber ohnehin daran zu scheitern droht, dass es mit Regelungen verknüpft wurde, die nicht allgemein zustimmungsfähig sind, sind die Erfolgsaussichten für eine derartige internationale Vorfahrtsregelung zugunsten des § 1371 BGB nicht günstig.

Die BGH-Entscheidung kann daher Rechtssicherheit nur noch für die vor dem 17.8.2015 eingetretenen Erbfälle bieten. Für die Zeit danach ist wieder alles offen.

Rechtsanwalt Dr. Rembert Süß, Würzburg

<sup>10</sup> Vgl. öst. OGH, Beschluss vom 15.1.1997, 7 Ob 2390/96p, IPRax 1999, 112; zur Praxis in Frankreich *Derstadt*, IPRax 2001, 89.

<sup>11</sup> Vgl. OLG Hamburg, Beschluss vom 4.12.2014, 2 W 58/14, FamRZ 2015, 1232, wonach bei der Anwendung iranischen Erbstatuts auf der Basis des Deutsch-Persischen Niederlassungsabkommens der Anwendungsvorrang des Abkommens die Modifikation der Erbquote durch § 1371 Abs. 1 BGB verbiete.

<sup>9</sup> Dazu Dörner in *Duttal/Herrler*, Die Europäische Erbrechtsverordnung, 2014, S. 79.

### Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

18. ZPO §§ 765a, 803 Abs. 2, § 867 Abs. 1; BGB §§ 242, 278, 1179a; InsO §§ 49, 87, 159, 160 Abs. 2 Nr. 1, §§ 164, 165; ZVG § 44 Abs. 1, § 52 Abs. 1 Satz 2, § 91 Abs. 1, § 172 (*Grenzen der Mitwirkungspflicht nachrangig gesicherter Gläubiger – Aufgeben einer Zwangssicherungshypothek*)

**Ein durch eine Zwangssicherungshypothek nachrangig gesicherter Gläubiger, dessen Recht bei einer Verwertung des Grundstücks wegen dessen wertausschöpfender Belastung durch im Rang vorgehende Rechte keinen Anteil am Erlös erwarten lässt, ist nicht verpflichtet, im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Grundstückseigentümers zugunsten der vom Insolvenzverwalter beabsichtigten freihändigen lastenfreien Veräußerung des Grundstücks die Löschung seines Sicherungsrechts zu bewilligen.**

BGH, Urteil vom 30.4.2015, IX ZR 301/13

Der Kläger ist Verwalter in dem am 9.6.2009 eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen des F. D. (fortan: Schuldner). Als das Insolvenzverfahren eröffnet wurde, war der Schuldner zu einem Viertel Miteigentümer eines Wohnungs- und Teileigentums an einem mit einem Wohnhaus bebauten Grundstück. Der Miteigentumsanteil des Schuldners war in Abteilung III des Grundbuchs unter Nr. 1 und Nr. 2 mit zwei von F. gepfändeten Eigentümergrundschulden i. H. v. 12.229,26 € und 5.417,29 €, unter Nr. 3 mit einer Zwangssicherungshypothek zugunsten des F. i. H. v. 204.557,64 € und unter Nr. 4 mit einer Zwangssicherungshypothek i. H. v. 31.616,82 € zugunsten der beklagten Gemeinde belastet. Die Pfandrechte des F. valutierten noch mit einem Gesamtbetrag von über 200.000 €. Ein weiterer Miteigentumsanteil von einem Viertel gehört der Schwester des Schuldners, S. Den restlichen hälftigen, nicht belasteten Miteigentumsanteil erwarben der Schuldner und seine Schwester nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens in Erbengemeinschaft.

Der Kläger möchte die Rechte des Schuldners bei einem angenommenen Verkehrswert des gesamten Wohnungs- und Teileigentums von 80.000 € zu einem Kaufpreis von 40.000 € freihändig und lastenfrei an die Schwester des Schuldners verkaufen. Vom Kaufpreis sollen die Insolvenzmasse und der F. jeweils 20.000 € erhalten. Der F. hat sich bereit erklärt, die Löschung seiner Rechte im Grundbuch zu bewilligen und an die beklagte Gemeinde für eine Zustimmung zu der Veräußerung 200 € zu zahlen. Der Beklagte hat eine Zustimmung jedoch verweigert.

Der Kläger nimmt nunmehr den Beklagten auf Bewilligung der Löschung der zu seinen Gunsten eingetragenen Zwangssicherungshypothek und auf Erstattung außergerichtlicher Rechtsanwaltskosten in Anspruch. Das LG hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das OLG den Beklagten zur Bewilligung der Löschung verurteilt; bezüglich der Rechtsanwaltskosten hat es die Abweisung der Klage bestätigt. Mit seiner vom Senat zugelassenen Revision erstrebt der Beklagte die vollständige Abweisung der Klage.

Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Wiederherstellung des Urteils des LG.

Das Berufungsgericht hat gemeint, der Kläger könne von dem Beklagten gemäß § 242 BGB die Bewilligung der Löschung der Zwangssicherungshypothek verlangen. Der Vollstreckungszugriff des Beklagten habe eine gesetzliche Sonderbeziehung privatrechtlicher Art zwischen dem Beklagten und dem Schuldner begründet. Sie verpflichte den Beklagten, auch die Interessen des Schuldners zu wahren. Dies führe im vorliegenden Fall bei der gebotenen werten Betrachtungsweise dazu, dass der Beklagte sein Sicherungsrecht aufgeben müsse. Die Zwangssicherungshypothek sei offensichtlich wertlos, weil der Beklagte wegen seines Nachrangs bei keiner der in Betracht kommenden Verwertungsarten eine Aussicht auf eine auch nur teilweise Befriedigung habe. Eine wirtschaftlich sinnvolle Verwertung des Grundeigentums und damit ein möglichst weitreichender Abbau der Verbindlichkeiten des Schuldners sei nur möglich, wenn die eingetragenen Grundpfandrechte gelöscht würden. Dies scheitere an der Weigerung des Beklagten. Sein Beharren auf einer

formalen, wirtschaftlich aber wertlosen Rechtsposition sei wegen der damit verbundenen Nachteile für den Schuldner rechtsmissbräuchlich. Von der Zahlung einer sog. Lästigkeitsprämie durch den Kläger könne der Beklagte die Erteilung der Löschungsbewilligung nicht abhängig machen, weil eine solche Vereinbarung nichtig wäre.

*Aus den Gründen:*

#### II.

Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Der vom Kläger geltend gemachte Anspruch auf Bewilligung der Löschung der zugunsten des Beklagten im Grundbuch eingetragenen Zwangssicherungshypothek besteht nicht.

1. Mit Recht hat das Berufungsgericht allerdings angenommen, dass der das materielle Recht beherrschende Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) auch im Verfahren der Zwangsvollstreckung gilt (BGH, Beschluss vom 10.5.2007, V ZB 83/06, BGHZ 172, 218 Rdnr. 12 m. w. N.; vom 19.3.2008, I ZB 56/07, NJW 2008, 1959 Rdnr. 17; vom 14.8.2008, I ZB 39/08, NJW 2008, 3287 Rdnr. 10; vom 5.5.2011, VII ZB 17/10, WM 2011, 1141 Rdnr. 8). Aufgrund des Vollstreckungseingriffs entsteht zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner eine gesetzliche Sonderbeziehung privatrechtlicher Art. Sie besteht fort, solange der Eingriff andauert, im Fall einer Zwangssicherungshypothek mithin bis zur Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstück (RGZ 81, 64 f.; BGH, Urteil vom 3.8.1995, IX ZR 34/95, BGHZ 130, 347, 349), und begründet Sorgfaltspflichten gegenüber dem anderen Teil (BGH, Urteil vom 10.2.2005, IX ZR 211/02, BGHZ 162, 143, 148). Sie kann Pflichten des Gläubigers zur Wahrung der Interessen des Schuldners erzeugen, deren Verletzung zu einem Schadensersatzanspruch aus dem Gesichtspunkt der positiven Forderungsverletzung führen kann (BGH, Urteil vom 30.10.1984, VI ZR 25/83, NJW 1985, 3080, 3081). Die Sonderbeziehung erstreckt sich auch auf etwaige Drittberechtigte und kann zur Haftung des Vollstreckungsgläubigers für ein Verschulden seines Erfüllungsgehilfen nach § 278 BGB führen (BGH, Urteil vom 7.3.1972, VI ZR 158/70, BGHZ 58, 207, 214 f.). Sie kann auch Verpflichtungen des Vollstreckungsschuldners begründen, etwa die Pflicht, im Falle der Pfändung eines Steuererstattungsanspruchs die erforderliche Steuererklärung abzugeben und das Festsetzungsverfahren zu betreiben (BGH, Beschluss vom 12.12.2003, IXa ZB 115/03, BGHZ 157, 195, 200).

Bei der Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben im Vollstreckungsrecht ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Möglichkeit einer zwangsweisen Vollstreckung zur Durchsetzung rechtskräftig festgestellter materieller Ansprüche notwendig ist und dabei Härten für den Schuldner wegen der erforderlichen Eingriffe in seine Rechtsgüter unvermeidbar sind. Belastungen, die mit vollstreckungsrechtlich zulässigen Maßnahmen verbunden sind, hat der Schuldner grundsätzlich hinzunehmen. Der Schutz des Schuldners vor unzumutbaren Beeinträchtigungen wird in erster Linie durch die besonderen Schutznormen des Vollstreckungsrechts wie § 765a ZPO gewährleistet. Der demgegenüber subsidiäre Grundsatz von Treu und Glauben begründet nur in Ausnahmefällen weitergehende Pflichten des Gläubigers (vgl. *Stein/Jonas/Münzberg*, ZPO, 22. Aufl., vor § 704 Rdnr. 45). Die Aufgabe eines im Wege der Zwangsvollstreckung rechtmäßig erworbenen Sicherungsmittels kann dem Gläubiger deshalb nicht allein aus Gründen wirtschaftlicher Zweckmäßigkeit oder bloßer Billigkeit abverlangt werden. Nach Treu und Glauben unzulässig ist die Ausübung rechtlicher Befugnisse im Rahmen der vollstreckungsrechtlichen Rechtsbeziehung nur im Falle ihres

Missbrauchs. Rechtsmissbräuchlich und damit unzulässig ist die Ausübung solcher Befugnisse, wenn sie nicht den gesetzlich vorgesehenen, sondern anderen, nicht notwendig unerlaubten, aber funktionsfremden und rechtlich zu missbilligenden Zwecken dient (BGH, Beschluss vom 10.5.2007, a. a. O.). Dies kann etwa der Fall sein, wenn der Gläubiger seine Rechtsstellung dazu benutzt, um einen anderweitigen, ihm nicht zustehenden Vorteil zu erlangen, oder wenn er ein Recht gezielt nur zur Schädigung des anderen Teils ausübt.

2. Nach diesen Maßstäben kann eine Verpflichtung des Beklagten zur Bewilligung der Löschung der zu seinen Gunsten nachrangig im Grundbuch eingetragenen Zwangssicherungshypothek nicht angenommen werden.

a) Der Beklagte hat die Sicherungshypothek wirksam im Wege der Zwangsvollstreckung erworben. Dass er dabei andere Zwecke verfolgt hätte als die Durchsetzung seiner gegen den Schuldner bestehenden Steuerforderung, hat der Kläger nicht behauptet. Angesichts der vorrangig eingetragenen, i. H. v. rund 200.000 € valutierenden Grundpfandrechte und des im vorliegenden Rechtsstreit mit 80.000 € unstreitig gestellten Werts des gesamten Wohnungseigentums bestand zwar von vornherein eine allenfalls geringe Aussicht des Beklagten, jemals Befriedigung aus der Zwangssicherungshypothek zu erlangen. Völlig aussichtslos war die Situation jedoch nicht, weil die vorrangigen Rechte zur Löschung kommen konnten (vgl. § 1179a BGB) und der Wert der Immobilie steigen konnte. Im Übrigen gilt das Verbot einer zwecklosen Pfändung, wie es in § 803 Abs. 2 ZPO zum Ausdruck kommt, im Immobilienvollstreckungsrecht in dieser Allgemeinheit nicht (BGH, Beschluss vom 30.1.2004, IXa ZB 233/03, WM 2004, 646, 647). Die Erwirkung des Sicherungsrechts war deshalb nicht rechtsmissbräuchlich.

b) Der Beklagte missbraucht seine Rechtsstellung auch nicht dadurch, dass er nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners auf seiner Sicherungshypothek beharrt und deren Löschung verweigert. Das Bestreben des Insolvenzverwalters, den Miteigentumsanteil des Schuldners freihändig zu veräußern, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Die nach der Insolvenzeröffnung anstehende Verwertung des Miteigentumsanteils des Schuldners (§ 159 InsO) lässt zwar unter den gegebenen Umständen keine Befriedigung des Beklagten erwarten, auch nicht teilweise. Die Weigerung des Beklagten, sein Sicherungsrecht aufzugeben, steht aber einer Verwertung rechtlich nicht entgegen, und zwar weder einer Verwertung im Wege der freihändigen Veräußerung noch einer Zwangsversteigerung. Veräußert der Kläger als Insolvenzverwalter den Miteigentumsanteil freihändig (vgl. §§ 159, 160 Abs. 2 Nr. 1, § 164 InsO), bleibt allerdings das Recht des Beklagten bestehen und wird den erzielbaren Kaufpreis mindern. Ein gegenüber der freihändigen lastenfreien Veräußerung geringerer Erlös kann sich auch bei der Zwangsversteigerung der Immobilie ergeben, sei es bei der Versteigerung auf Antrag des F. als Absonderungsberechtigtem, die auch noch während des Insolvenzverfahrens zulässig ist (§ 49 InsO) und zum Erlöschen nachrangiger Grundpfandrechte führt (§ 44 Abs. 1, § 52 Abs. 1 Satz 2, § 91 Abs. 1 ZVG), sei es bei einer Versteigerung auf Veranlassung des Insolvenzverwalters (§ 165 InsO, §§ 172 ff. ZVG). Fällt der Erlös tatsächlich niedriger aus, geht dies in erster Linie zulasten des vorrangig gesicherten Gläubigers. Dessen Interessen ist ein nachrangiger Gläubiger nicht verpflichtet. Ein Nachteil für die Insolvenzmasse entsteht nur, wenn ein Kostenbeitrag zu ihren Gunsten vereinbart ist; daneben verschlechtert es die Befriedigungsaussichten der Insolvenzgläubiger, dass die persönliche Forderung des Vorranggläubigers in größerem Umfang bestehen bleibt. Allein diese tatsächli-

chen Folgen rechtfertigen es jedoch nicht, dem nachrangig gesicherten Gläubiger die Aufgabe seines rechtmäßig erworbenen, absolut wirkenden Sicherungsrechts abzuverlangen. Dass er die dargestellten wirtschaftlichen Folgen in Kauf nimmt, erlaubt nicht den Schluss, die Verweigerung der Löschungsbewilligung diene sachfremden, rechtlich zu missbilligenden Zwecken.

c) Missbräuchlich ist auch nicht das Bestreben des Beklagten, am Erlös einer etwaigen freihändigen Veräußerung in einem größeren Umfang als vom F. angeboten beteiligt zu werden. Nach der Rechtsprechung des Senats widerspricht es offensichtlich dem Insolvenzziel der gleichmäßigen Befriedigung der Gläubiger, wenn der Insolvenzverwalter einem durch eine wertlose Grundsuld gesicherten Gläubiger für die Erteilung einer Löschungsbewilligung eine Geldleistung zulasten der Insolvenzmasse verspricht. Eine darauf gerichtete Vereinbarung ist deshalb nichtig (BGH, Beschluss vom 20.3.2008, IX ZR 68/06, NZI 2008, 365 Rdnr. 6). Wirksam sind hingegen Vereinbarungen, welche die Aufgabe eines nachrangigen Grundpfandrechts gegen eine Zahlung aus dem Erlös des freihändigen Verkaufs zum Inhalt haben, weil eine solche Zahlung zulasten der vorrangig gesicherten Gläubiger und nicht zulasten der Masse erfolgt (BGH, Urteil vom 20.3.2014, IX ZR 80/13, NZI 2014, 450 Rdnr. 15 ff., 24). Jedenfalls dann, wenn der nachrangig gesicherte Gläubiger die Erteilung einer Löschungsbewilligung von einer solchen Zahlung aus dem Veräußerungserlös abhängig macht, handelt er nicht rechtsmissbräuchlich. Er versucht lediglich, mittels seines Sicherungsrechts eine Zahlung auf seine gesicherte Forderung zu erreichen, verlangt dabei aber vom Insolvenzverwalter kein unzulässiges Verhalten und zielt nicht auf eine Durchsetzung der gesicherten Insolvenzforderung zulasten der Masse unter Umgehung der insoweit bestehenden Beschränkungen der Insolvenzordnung (vgl. § 87 InsO). Dem vorrangig gesicherten Gläubiger verleiht sein Sicherungsrecht keinen Anspruch auf eine freihändige lastenfreie Veräußerung des belasteten Grundstücks und auf einen damit möglicherweise erzielbaren höheren Erlös. Will er diese Möglichkeit anstelle der gesetzlich vorgesehenen Zwangsversteigerung wahrnehmen, ist es ihm grundsätzlich zuzumuten, einen nachrangig gesicherten Gläubiger, dessen fortbestehendes Recht die Höhe des Erlöses verringern würde, durch eine angemessene Beteiligung am Erlös abzufinden (vgl. *Erman/Wenzel*, BGB, 14. Aufl., § 1191 Rdnr. 82c).

d) Verschiedene Instanzgerichte haben die Auffassung vertreten, nachrangig durch ein rechtsgeschäftlich bestelltes Grundpfandrecht gesicherte Gläubiger könnten in besonderen Fällen verpflichtet sein, die Löschung ihres Rechts zu bewilligen, um einen freihändigen lastenfreien Verkauf des Grundstücks zu ermöglichen (OLG Köln, WM 1995, 1801, 1803; LG Regensburg, WM 2010, 316; OLG Schleswig, WM 2011, 1128, 1129; LG Leipzig, ZInsO 2014, 100, 101 f.). Diese Verpflichtung wurde unter dem Gesichtspunkt einer nach Treu und Glauben anzunehmenden nebenvertraglichen Schutz- und Treuepflicht teilweise aus dem besicherten Darlehensvertrag abgeleitet, der die Beteiligten zu dauerhaftem und vertrauensvollem Zusammenwirken verbinde und eine verstärkte Verpflichtung zur Beachtung der wechselseitigen wirtschaftlichen Interessen schaffe (OLG Köln, a. a. O.), teilweise aus dem Sicherungsvertrag. Ob dieser Rechtsprechung zu folgen ist (kritisch etwa *Gladenbeck*, ZfIR 2014, 643; *Volmer*, WuB I F 3.-2.11; *Frege/Keller*, NZI 2009, 11 ff.; *Lange*, NZI 2014, 161, 162 und NZI 2014, 451, 452), bedarf hier keiner Entscheidung. Im Streitfall fehlt es an einer vertraglichen Beziehung zwischen dem Beklagten und dem Schuldner. Eine Nebenpflicht, durch Aufgabe der Zwangs-

sicherungshypothek eine freihändige lastenfreie Veräußerung zu ermöglichen, ergibt sich weder aus der durch den Vollstreckungseingriff geschaffenen Rechtsbeziehung noch aus dem Steuerrechtsverhältnis, das der zu vollstreckenden Steuerforderung zugrunde liegt.

### III.

Das Urteil des Berufungsgerichts kann danach, soweit es zum Nachteil des Beklagten entschieden hat, keinen Bestand haben. Es ist in diesem Umfang aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da die Aufhebung des Urteils nur wegen Rechtsverletzung bei Anwendung des Gesetzes auf das festgestellte Sachverhältnis erfolgt und nach Letzterem die Sache zur Endentscheidung reif ist, hat der Senat gemäß § 563 Abs. 3 ZPO in der Sache selbst zu entscheiden und die Berufung des Klägers gegen das klageabweisende Urteil des LG insgesamt zurückzuweisen.

## Beurkundungs- und Notarrecht

19. BeurkG § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 (*Amtspflichten des Notars bei Beurkundungen von Grundstückskaufverträgen mit Verbraucherbeteiligung*)

**Zu den Amtspflichten des Notars aus § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG bei Beurkundungen von Grundstückskaufverträgen mit Verbraucherbeteiligung im Rahmen von Grundstücksversteigerungen (Käuferauswahlverfahren).**

BGH, Urteil vom 24.11.2014, NotSt(Brfg) 3/14

Die Beteiligten streiten über die Berechtigung des Klägers, Beurkundungen von Grundstückskaufverträgen im Anschluss an freiwillige Grundstücksversteigerungen bei Verbraucherverträgen ohne Zuleitung des Entwurfs der Urkunde an die Urkundsbeteiligten und ohne Einhaltung der Regelfrist gemäß § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG vorzunehmen, wenn die Versteigerer im Besitz einer Erlaubnis gemäß § 34b GewO sind und die Versteigerung nach den Regeln der Versteigerungsverordnung (VerstV) vorgenommen wird.

Der Kläger ist Notar mit Amtssitz in Dresden. In der Vergangenheit war er regelmäßig von einem Versteigerer mit der Beurkundung von sog. bestätigenden Kaufverträgen nach einem durchgeführten Gebot-Zuschlagsverfahren beauftragt worden. Nach dem Inkrafttreten des durch das Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im notariellen Beurkundungsverfahren vom 15.7.2013 (BGB I, S. 2378) geänderten § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG befürchtete er, dass der Beklagte als dienstaufsichtsführende Behörde die Fortführung seiner bisherigen Beurkundungspraxis mit dem Verzicht auf eine zwei Wochen vor dem Beurkundungstermin erfolgende Zuleitung des Urkundenentwurfs an die Urkundsbeteiligten beanstanden würde. Auf seine schriftliche Anfrage hin teilte ihm der Beklagte durch Schreiben vom 9.10.2013 unter Bezugnahme auf ein Schreiben des Sächsischen Staatsministeriums der Justiz und für Europa mit, die Beurkundung notarieller Kaufverträge, die unmittelbar an den Zuschlag in einem Käuferfindungsverfahren erfolge, könne lediglich bei Vorliegen besonderer rechtfertigender Umstände dienstrechtlich zulässig sein. Maßgeblich seien die Verhältnisse des konkreten Falles. Dabei käme der Frage, ob dem am Geschäft beteiligten Verbraucher ein von dem Notar zuvor bereitgestellter Vertragstext zur Verfügung stehe, besondere Bedeutung zu.

Im Hinblick auf dieses Schreiben legte der Kläger Widerspruch ein und bat um eine rechtsmittelfähige Entscheidung. Angesichts der an ihn herangetragenem Beurkundungswünsche dürfe er nicht der Gefahr ausgesetzt werden, dienstrechtlich belangt zu werden.

Mit Bescheid vom 6.12.2013 wies der Beklagte den Widerspruch mangels Verwaltungsakteigenschaft des Schreibens vom 9.10.2013 als unzulässig zurück. Im Übrigen hielt der Beklagte den Widerspruch auch für unbegründet. Entgegen der von dem Kläger vertretenen Auffassung lasse sich aus der Entstehungsgeschichte des nunmehr geltenden § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG nicht entnehmen, dass bei „freiwilligen Grundstücksversteigerungen“ eine begründete

Ausnahme von der Einhaltung der in der genannten Vorschrift enthaltenen Anforderungen vorliege.

Der Kläger erhob daraufhin Klage und beantragte, den Bescheid vom 9.10.2013 in der Fassung des Widerspruchsbescheids vom 6.12.2013 ... aufzuheben und festzustellen, dass der Kläger berechtigt ist, die Beurkundung von freiwilligen Grundstücksversteigerungen, die von Versteigerern, die im Besitz der Erlaubnis nach § 34b GewO sind, und die gemäß den Vorschriften der VerstV durchgeführt werden, auch bei Verbraucherverträgen unter Abbedingung von § 156 BGB vorzunehmen, ohne zuvor gemäß § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 Hs. 2 BeurkG den Entwurf dieser Urkunde den Urkundsbeteiligten zuzuleiten und ohne die Regelfrist des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG vor Beurkundung einzuhalten, hilfsweise, den Beklagten zu verpflichten, dem Kläger unter Beachtung der Rechtsansicht des erkennenden Senats Auskunft zu dieser Fragestellung zu erteilen.

Zur Begründung berief sich der Kläger u. a. auf den Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens und machte geltend, der Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages habe in seiner Beschlussempfehlung (BT-Drucks. 17/13137, S. 4 rechte Spalte) zugrunde gelegt, bei „freiwilligen Grundstücksversteigerungen“ liege eine begründete Ausnahme von dem Regelfall der zweiwöchigen Frist des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG vor. Mit den „freiwilligen Grundstücksversteigerungen“ könnten nicht nur Beurkundungen von Zuschlägen nach § 156 BGB gemeint gewesen sein. Vielmehr hätten auch Beurkundungen bei abbedungenem § 156 BGB erfasst werden sollen.

Das OLG hat die Klage abgewiesen. Diese sei zum Feststellungsantrag zulässig aber unbegründet, zum Hilfsantrag dagegen unzulässig. Nach Auffassung des OLG ist der Kläger nicht berechtigt, in dem von ihm begehrten Umfang Beurkundungen vorzunehmen. Dem Antrag lasse sich nicht entnehmen, auf welche Weise der von § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG angestrebte Übereilungsschutz berücksichtigt werden solle.

Der Kläger hat gegen das Urteil Berufung eingelegt und beantragt, das Urteil des OLG Dresden vom 19.3.2014 dahingehend abzuändern, dass festgestellt wird, dass er berechtigt ist, die Beurkundung von freiwilligen Grundstücksversteigerungen, die von Versteigerern, die im Besitz der Erlaubnis nach § 34b GewO sind und die gemäß der VerstV durchgeführt werden, auch bei Verbraucherverträgen unter Abbedingung von § 156 BGB vorzunehmen, ohne zuvor gemäß § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 Hs. 2 BeurkG den Entwurf dieser Urkunde den Urkundsbeteiligten zuzuleiten und ohne die Regelfrist von zwei Wochen des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG vor Beurkundung einzuhalten.

Er macht im Wesentlichen geltend, bei Beurkundungen unter den im Klageantrag bzw. Berufungsantrag genannten Voraussetzungen liege eine Ausnahme von dem Regelfall des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG vor. Auch bei Abbedingen des § 156 BGB handele es sich um eine „Versteigerung“. Gerade bei freiwilligen Versteigerungen sollte nach der im Gesetzgebungsverfahren geäußerten Auffassung des Gesetzgebers eine Ausnahme vorliegen.

Der Beklagte beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Er macht vor allem geltend, dass es für eine Ausnahme von den Erfordernissen des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG nicht darauf ankomme, ob eine „Versteigerung“ erfolge. Maßgeblich sei, ob ein Kaufvertrag im Sinne von § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB abgeschlossen werde. Bei Abbedingen von § 156 BGB komme ein wirksamer Kaufvertrag nach Zuschlagerteilung erst mit der notariellen Beurkundung des Grundstückskaufvertrags zustande. Eine Ausnahmesituation liege dann gerade nicht nahe.

*Aus den Gründen:*

### II.

Die Berufung ist nicht begründet. Zwar ist die Feststellungsklage des Klägers gemäß § 43 Abs. 1 VwGO i. V. m. § 111b Abs. 1 Satz 1 BNotO zulässig (1.). Sie ist jedoch unbegründet, weil der Kläger nicht berechtigt ist, zukünftig unter den im Feststellungsantrag genannten Bedingungen Beurkundungen von Grundstückskaufverträgen vorzunehmen (2.).

1. Aus den von dem OLG genannten Gründen liegen die Zulässigkeitsvoraussetzungen der erhobenen Feststellungs-

Klage vor. Insbesondere besteht ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis zwischen dem klagenden Notar und dem Beklagten als die Dienstaufsicht über den Kläger führende Behörde (§ 93 Nr. 2 BNotO). Ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis sind die rechtlichen Beziehungen, die sich aus einem konkreten Sachverhalt aufgrund einer öffentlichrechtlichen Norm für das Verhältnis von natürlicher oder juristischer Person untereinander ergeben, kraft deren eine der beteiligten Personen etwas tun muss, kann oder darf oder nicht zu tun braucht (siehe nur *Möstl* in *Gärditz*, VwGO, § 43 Rdnr. 35 m. w. N.). Das Rechtsverhältnis muss dabei hinreichend konkret sein und sich auf einen bestimmten Sachverhalt beziehen (BVerwGE 124, 47, 54; BVerwGE 129, 199, 207). Diese Voraussetzungen sind typischerweise gegeben, wenn sich die begehrte Feststellung darauf bezieht, ob in einem konkreten Rechtsverhältnis bestimmte gesetzliche Verhaltenspflichten einzuhalten sind (vgl. BVerwGE 124, 47, 53 f.; siehe auch *Möstl* a. a. O.).

So verhält es sich hier. Das Feststellungsbegehren des Klägers zielt darauf ab, eine Klärung darüber herbeizuführen, ob der Beklagte bei der zukünftigen Vornahme von Beurkundungen unter den genannten Umständen dienstaufsichtsrechtliche Maßnahmen gegen ihn ergreifen würde. Angesichts der nach seinem Vorbringen bisher erfolgten Vielzahl von Beurkundungen von Kaufverträgen im Anschluss an Grundstücksversteigerungen besteht vor dem Hintergrund des nunmehr in § 50 Abs. 1 Nr. 9 Buchst. b BNotO enthaltenen Amtsenthebungsgrundes ein qualifiziertes Interesse (siehe *Möstl* a. a. O. § 43 Rdnr. 27) an der Feststellung der Gesetzmäßigkeit seiner zukünftigen Beurkundungspraxis bei Verbraucherverträgen im Sinne von § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG.

2. Der Feststellungsantrag des Klägers ist aber nicht begründet. Er ist grundsätzlich nicht berechtigt, Beurkundungen unter den in seinem Antrag genannten Bedingungen ohne Erfüllung der Verpflichtungen aus § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG vorzunehmen.

a) § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG statuiert Amtspflichten des Notars gegenüber Verbrauchern als Beteiligte des beurkundeten Geschäfts (vgl. BGH, Urteil vom 7.2.2013, III ZR 121/12, BGHZ 196, 166, 172 Rdnr. 15; *Grziwotz*, notar 2013, 343, 344). Wie der BGH bereits zu der Vorschrift in ihrer bis 30.9.2013 geltenden Fassung entschieden hat, bezweckt diese Übereilungs- und Überlegungsschutz zugunsten des Verbrauchers (BGH, Urteil vom 7.2.2013, III ZR 121/12, a. a. O., S. 174 Rdnr. 20 m. w. N.). Die Einhaltung der auch in der früheren Fassung enthaltenen zweiwöchigen Frist steht nicht zur Disposition der Urkundsbeteiligten (BGH, Urteil vom 7.2.2013, III ZR 121/12, a. a. O.). Der Gesetzgeber hat mit der Änderung von § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG durch das Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im notariellen Beurkundungsverfahren vom 15.7.2013 (BGBl I, S. 2378) die im früheren Recht vorhandenen Schutzlücken gerade im Hinblick auf die Einhaltung der zweiwöchigen Frist zwischen Erhalt eines Urkundenentwurfs und dem Beurkundungstermin schließen wollen (BT-Drucks. 17/12035, S. 6 f.; BR-Drucks. 619/12, S. 2; siehe auch die zu Protokoll genommenen Redebeiträge der Abgeordneten *Vofßhoff*, *Strässer*, *Dyckmans*, *Petermann* und *Hönlinger* in der 225. Sitzung des 17. Deutschen Bundestages vom 28.2.2013 – Plenarprotokoll S. 28113-28118). Damit kommt der Einhaltung der grundsätzlich bestehenden Amtspflichten des Notars, dem Verbraucher im Regelfall zwei Wochen vor dem Beurkundungstermin einen von dem Notar stammenden Urkundenentwurf zur Verfügung zu stellen, um der Sicherung der verfolgten Schutzzwecke willen noch größere Bedeutung zu als im früheren

Recht. Nach den Vorstellungen des Reformgesetzgebers soll das erhöhte Schutzniveau u. a. durch die bessere Kontrolle der Fristeinholung durch den Notar selbst (BT-Drucks. 17/12035, S. 6 rechte Spalte; *Heckschen/Strnad*, ZNotP 2014, 122) sowie dessen Pflicht zur Dokumentation bei Abweichen von dem Regelfall der zweiwöchigen Frist gewährleistet werden (BT-Drucks. 17/12035, S. 7 linke Spalte). Durch die nunmehr ausdrücklich an den Notar adressierte Pflicht der Überlassung des Entwurfs an den Verbraucher will der Gesetzgeber zudem bewirken, dass der Verbraucher den Notar als die für den Vertrag und dessen Inhalt verantwortliche, als Ansprechpartner zur Verfügung stehende Person stärker wahrnimmt (BT-Drucks. 17/12035, S. 7 linke Spalte; *Heckschen/Strnad*, ZNotP 2014, 122, 124).

b) Dem von § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG normierten Regelfall entspreche die von dem Kläger auch nach der Gesetzesänderung geplante Beurkundungspraxis nach einer Versteigerung nicht. Entgegen seiner Rechtsauffassung liegt aber auch keine durch die Sollregelung in der genannten Vorschrift eröffnete begründete Ausnahme vor.

Nach der Rechtsprechung des BGH zu § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG a. F. kommt ein Abweichen von der Regelfrist nur dann in Betracht, wenn im Einzelfall nachvollziehbare Gründe – auch unter Berücksichtigung der Schutzinteressen des Verbrauchers – es rechtfertigen, die dem Verbraucher zugedachte Schutzfrist zu verkürzen. Voraussetzung für die Nichteinhaltung ist ein sachlicher Grund für ihre Abkürzung. Dafür muss der vom Gesetz bezweckte Übereilungs- und Überlegungsschutz auf andere Weise als durch Einhaltung der Regelfrist gewährleistet sein (BGH, Urteil vom 7.2.2013, III ZR 121/12, a. a. O., S. 174 Rdnr. 20 m. w. N.). Wie sich aus dem Gesetzgebungsverfahren ergibt, ist mit der Reform der Vorschrift eine Stärkung des Verbraucherschutzes durch das Schließen von Schutzlücken im früheren Recht angestrebt worden (II. 2. a). Der Regelungsmechanismus und die wesentlichen Tatbestandsmerkmale der Vorschrift sollten dagegen nicht verändert werden, sondern die in Rechtsprechung und Literatur zum bisherigen Recht gewonnenen Erkenntnisse weiter in Geltung bleiben (BT-Drucks. 17/12035, S. 6 rechte Spalte). Die Anforderungen an das Vorliegen einer Ausnahme von der zweiwöchigen Frist und der Übersendung eines die individualisierenden Vertragsdaten enthaltenden Urkundenentwurfs (zu Letzterem *Grziwotz*, notar 2013, 343, 345) können daher keineswegs geringer sein, als zum früheren Recht anerkannt.

c) An diesen Maßstäben gemessen kann die von dem Kläger in seinem Feststellungsantrag dargelegte Beurkundungspraxis keine ausreichenden sachlichen Gründe für ein Abgehen von der grundsätzlich einzuhaltenden Pflicht des Notars bei der Beurkundung von Grundstückskaufverträgen, an denen Verbraucher (§ 13 BGB) beteiligt sind, gewährleisten.

Die von dem Kläger angesprochene Möglichkeit, das Muster des später zu beurkundenden Vertrages auf der Homepage des Notars vorzuhalten, bietet keine dem von § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG als Grundsatz verlangten Schutzniveau äquivalente Sicherung. Zum einen können, etwa im Hinblick auf den noch offenen Kaufpreis, nicht alle für den Vertrag wesentlichen Elemente berücksichtigt werden. Zum anderen kann der Notar nicht ohne weitere Schutzmechanismen überprüfen, ob in Bezug auf den späteren konkreten Käufer die erforderliche Überlegungsfrist eingehalten ist. Ob und wann der Ersteigerer und Käufer von der Möglichkeit des Zugriffs auf den – unvollständigen – Vertragsentwurf Gebrauch gemacht hat, entzieht sich regelmäßig der Kenntnis des Notars. Mit der Reform der Vorschrift sollte aber gerade diese Schutzkom-

ponente gestärkt werden. Darüber hinaus hat der Beklagte zutreffend darauf aufmerksam gemacht, dass bei der von dem Kläger weiterhin vorgesehenen Beurkundungspraxis die ihm zukommende Beratungsfunktion (auch) zugunsten des Verbrauchers als Erwerber nicht effektiv gewährleistet werden kann.

In der Gesamtschau der vorgenannten Aspekte bleiben bei der Beurkundung nach § 311b Abs. 1 BGB beurkundungspflichtiger Verträge von Verbrauchern unter den von dem Kläger genannten Bedingungen nach einer Versteigerung die Schutzmöglichkeiten zugunsten der Verbraucher so weit hinter dem im Regelfall des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG bestehenden Schutz zurück, dass von einer anderweitigen Gewährleistung des vom Gesetz bezweckten Übereilungs- und Überlegungsschutzes (vgl. BGH, Urteil vom 7.2.2013, III ZR 121/13, BGHZ 196, 166 Rdnr. 20) nicht gesprochen werden kann.

d) Eine andere Bewertung ergibt sich auch nicht aus dem Gesetzgebungsverfahren zu dem Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im notariellen Beurkundungsverfahren. Zwar wird in der am 17.4.2013 und damit gut zwei Monate nach dem Urteil des III. Zivilsenats des BGH vom 7.2.2013 (a. a. O.) zu § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG verabschiedeten Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages (BT-Drucks. 17/13137) eine „freiwillige Grundstücksversteigerung“ als eine „begründete Ausnahme“ von dem Regelfall der zu reformierenden Vorschrift genannt (BT-Drucks. 17/13137, S. 4 rechte Spalte). Dass damit eine Beurkundungspraxis, wie sie der Kläger in den Blick nimmt, erfasst werden sollte, lässt sich dem jedoch nicht entnehmen. Die in der Beschlussempfehlung angestellte Erwägung, bei „freiwilligen Grundstücksversteigerung(en)“ könne zwei Wochen vor dem Beurkundungstermin niemand wissen, wer den Zuschlag erhalte und ob es sich bei dem zu beurkundenden Rechtsgeschäft um einen Verbrauchervertrag handeln werde, betrifft sowohl Versteigerungen, bei denen gemäß § 156 BGB der schuldrechtliche Vertrag durch Zuschlag zustande kommt, als auch solche, bei denen § 156 BGB – rechtlich möglich (BGH, Urteil vom 24.4.1998, V ZR 197/97, BGHZ 138, 339, 343 m. w. N.) – abbedungen ist. Die Rahmenbedingungen der Versteigerungen unterscheiden sich jedoch erheblich. Wie bereits angesprochen erfüllt der eine Grundstücksversteigerung bei Anwendung von § 156 BGB beurkundende Notar seine Beratungs- und Belehrungspflichten bereits während des in seiner Anwesenheit stattfindenden Versteigerungsverfahrens selbst (vgl. insoweit BGH, Urteil vom 24.4.1998, V ZR 197/97, a. a. O., S. 340). Unter diesen Bedingungen kann eine begründete Ausnahme vom Regelfall des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG in Betracht kommen.

Anders verhält es sich jedoch aus den bereits genannten Gründen bei abbedungenem § 156 BGB. Eine solche „unechte“ Versteigerung ist letztlich lediglich ein Käuferauswahlverfahren, dem ein gewöhnlicher (Verbraucher-)Grundstückskaufvertrag nachfolgt, bei dem der Notar zwanglos sämtliche Verpflichtungen aufgrund des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG beachten und erfüllen kann. Da der Gesetzgeber mit der Änderung des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG die im bis Ende September 2013 geltenden Recht vorhandenen Lücken im Verbraucherschutz bei Grundstücksverträgen gerade schließen wollte, liegt fern, die von dem Kläger weiterhin geplante Beurkundungspraxis als eine begründete Ausnahme anzusehen. Weder der Übereilungs- und Überlegungsschutz noch die vom Gesetzgeber auch angestrebte fachkundige und neutrale Beratung durch den Notar im Vorfeld der Beurkundung (BT-Drucks. 17/12035, S. 7 linke Spalte) werden in der einen

Ausnahmefall begründenden Weise gewährleistet. Der von der gewerberechtiglichen Erlaubnis des Versteigerers gemäß § 34b GewO ausgehende Schutz ist nicht mit den von § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG bezweckten Schutzwirkungen vergleichbar.

(...)

#### Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch den Beitrag von *Rachlitz*, MittBayNot 2015, 457 (in diesem Heft).

### Kostenrecht

20. GNotKG § 49 (*Geschäftswert für Beurkundung der Zustimmung zur Erbbaurechtsveräußerung*)

**§ 49 Abs. 2 GNotKG findet – anders als § 21 Abs. 1 KostO – nicht nur für die Bestellung des Erbbaurechts, sondern immer dann Anwendung, wenn für die Ermittlung des Geschäftswerts der Wert eines Erbbaurechts eine Rolle spielt.**

OLG Celle, Beschluss vom 27.1.2015, 2 W 20/15

Unter dem 14.6.2014 schlossen die Antragsteller mit einer Frau Dr. H. vor dem Notar L., H., einen notariellen Vertrag über den Kauf eines Erbbaurechts nebst Einigung über den Rechtsübergang. Als Kaufpreis vereinbarten die Parteien einschließlich des Mitverkaufs einer neuen Küche im Werte von 17.000 € einen Preis i. H. v. insgesamt 70.000 €. Der Antragsgegner beurkundete am 28.7.2014 die Zustimmung der Grundstückseigentümerin zur Erbbaurechtsveräußerung und ihre Verzichtserklärung auf das Vorkaufsrecht. Er stellte den Antragstellern mit Rechnung vom 21.8.2014 für seine Tätigkeit insgesamt 295 € in Rechnung. Hierbei berechnete er eine 1,0-Gebühr gemäß Nr. 24101/21200 KV-GNotKG nach einem Gebührenwert von 73.968 €.

Die Antragsteller haben die Ansicht vertreten, der der Kostenberechnung zugrundeliegende Wert sei falsch, er entspreche nicht dem Wert des Hauses i. H. v. 53.000 €. Es sei auch unverständlich, warum die Kostenrechnung an sie gerichtet sei, sie hätten den Antragsgegner nicht beauftragt. Für die Einholung der Vorkaufsverzichtserklärung sei die Verkäuferin zuständig gewesen.

Die vorgesetzte Dienstbehörde des Notars hat in ihrer Stellungnahme vom 24.11.2014 gemeint, der Antragsgegner habe in seiner Kostenberechnung zu Unrecht auf die Vorschrift des § 49 Abs. 2 GNotKG abgestellt. Werde, wie im Streitfall, nur die Eigentümerzustimmung und der Verzicht auf das Vorkaufsrecht beurkundet, sei der Geschäftswert hierfür zu bestimmen. Für die beurkundete Eigentümerzustimmung sei der Geschäftswert mit der Hälfte des Wertes des Kaufvertrages nach § 119 i. V. m. § 98 Abs. 1 GNotKG zu bestimmen, die Erklärung zur Nichtausübung des Vorkaufsrechts nach billigem Ermessen mit 10 % des Wertes des Kaufvertrages gemäß § 119 i. V. m. § 36 Abs. 1 GNotKG. Mithin sei eine Gebühr nach § 35 GNotKG nach einem Geschäftswert von 42.000 € und Nr. 24101 KV-GNotKG zutreffend.

Der Antragsgegner ist dieser Ansicht entgegengetreten und hat seine Kostenberechnung verteidigt.

Mit Beschluss vom 12.12.2014 hat das LG die Kostenberechnung des Antragsgegners auf einen Betrag i. H. v. 218,84 € abgeändert. Es hat gemeint, der Geschäftswert für die Beurkundung der Zustimmungserklärung nach § 5 ErbbauRG sowie die Erklärung über den Verzicht auf die Ausübung des Vorkaufsrechts sei nicht gemäß § 98 Abs. 1, § 49 Abs. 2 GNotKG zu berechnen, sondern vielmehr nach § 98 Abs. 1, § 47 GNotKG. Maßgeblich sei wie bei einem Grundstückskaufvertrag der Kaufpreis. § 49 Abs. 2 GNotKG sei nur bei der Begründung eines Erbbaurechts anwendbar. Maßgeblich sei daher im Ausgangspunkt der Kaufpreis i. H. v. 70.000 €, wobei es nicht darauf ankomme, dass in diesem Preis eine Summe i. H. v. 17.000 € für die mitverkaufte Küche enthalten gewesen sein solle. Der Geschäftswert

für die Zustimmungserklärung nach § 5 ErbbauRG belaufe sich daher auf die Hälfte des Kaufpreises und daher auf 35.000 €. Der Wert für den Verzicht auf das Vorkaufsrecht sei gesondert zu ermitteln und in Höhe von 10 % des Kaufpreises angemessen berücksichtigt. Danach ergebe sich ein Geschäftswert i. H. v. 42.000 €. Zu Unrecht würden die Antragsteller geltend machen, den Antragsgegner nicht beauftragt zu haben. Nach § 9 des Kaufvertrages seien sie verpflichtet, die Kosten der Durchführung des Vertrages zu zahlen, wozu auch die hier streitbefangenen Kosten gehören würden.

Mit Schriftsatz vom 23.12.2014, beim LG am 30.12.2014 eingegangen, hat der Antragsgegner gegen den ihm am 23.12.2014 zugestellten Beschluss des LG sofortige Beschwerde eingelegt. Mit ihr rügt der Antragsgegner, entgegen der Ansicht des LG bestimme sich der Wert im Streitfall nach § 49 Abs. 2 GNotKG.

Mit Schriftsatz vom 16.1.2015 machen die Antragsteller geltend, der Antragsgegner sei von ihnen nie beauftragt worden, eine Beurkundung für sie durchzuführen.

*Aus den Gründen:*

## II.

Die Beschwerde des Antragsgegners ist gemäß § 129 Abs. 1 GNotKG i. V. m. § 63 Abs. 1 und 3, § 64 Abs. 1 und 2 FamFG zulässig. Insbesondere ist sie form- und fristgerecht bei dem LG eingegangen.

Der Schriftsatz der Antragsteller vom 16.1.2015 ist als Anschlussbeschwerde auszulegen, die nach § 130 GNotKG i. V. m. § 66 FamFG statthaft ist. Denn die Antragsteller gehen in ihrem Schriftsatz vom 16.1.2015 nicht auf das Vorbringen des Antragsgegners in dessen Beschwerde ein, sondern wiederholen ihrerseits ihr Vorbringen erster Instanz, der Antragsgegner sei von ihnen nie beauftragt worden, eine Beurkundung für sie durchzuführen. In der Sache machen sie daher geltend, dem Antragsgegner stünde ihnen gegenüber überhaupt kein Recht zu, Kosten nach dem GNotKG abzurechnen. Damit rügen sie die Entscheidung des LG als falsch, nach einer vom Gericht festgesetzten Kostenberechnung Zahlungen an den Antragsgegner erbringen zu müssen. Im Schriftsatz vom 16.1.2015 liegt daher die Geltendmachung einer eigenen Beschwer, weshalb der Schriftsatz als Einlegung einer Anschlussbeschwerde auszulegen ist.

## III.

Die Beschwerde des Antragsgegners hat Erfolg, die Anschlussbeschwerde der Antragsteller hingegen hat keinen Erfolg.

1. Mit Recht rügt der Antragsgegner mit der Beschwerde, der Gebührenwert seiner Beurkundung bestimme sich nach § 49 Abs. 2 GNotKG. Die ohne jede Begründung vom LG und der vorgesetzten Dienstbehörde des Notars vertretene Ansicht, der Geschäftswert der Beurkundung richte sich nach dem Wert des Kaufvertrages, § 49 Abs. 2 GNotKG betreffe nur den Fall der Begründung eines Erbbaurechts, findet im Gesetz keine Stütze und verkennt die Intention des Gesetzgebers sowie die bewusste Änderung gegenüber der Vorgängervorschrift des § 21 Abs. 1 KostO.

Im Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Modernisierung des Kostenrechts (2. Kostenrechtsmodernisierungsgesetz – 2. KostRMOG) vom 14.11.2012 (BT- Drucks. 17/11471, S. 170) heißt es zur Regelung des § 49 Abs. 2 GNotKG ausdrücklich:

„Abs. 2 soll an die Stelle des geltenden § 21 Abs. 1 Satz 1 KostO treten. Neu ist die Begrenzung des Werts auf den Wert einer Teilfläche des belasteten Grundstücks, wenn der Ausübungsbereich des Erbbaurechts beschränkt ist. Dies wird bereits heute so gehandhabt (*Korintenberg/Lappel/Bengell/Reimann*, KostO, 18. Aufl., § 21 Rdnr. 21). Der Vorschlag

enthält ferner zwei wesentliche Vereinfachungen. Zum einen soll (...) Zum anderen soll die Vergleichsberechnung des geltenden § 21 Abs. 1 Satz 3 KostO nur noch für den Geschäftswert bei der Bestellung eines Erbbaurechts gelten (§ 43). Die Vorschrift soll eine reine Bewertungsvorschrift sein. Sie soll daher, anders als der geltende § 21 Abs. 1 KostO, nicht nur für die Bestellung eines Erbbaurechts gelten, sondern immer, wenn für die Ermittlung des Geschäftswerts der Wert eines Erbbaurechts eine Rolle spielt. Daraus folgt beispielsweise, dass im Fall eines Austauschvertrags über ein Erbbaurecht gemäß § 97 Abs. 3 GNotKG-E ein Vergleich zwischen dem nach dieser Vorschrift ermittelten Wert des Erbbaurechts einerseits und der Gegenleistung andererseits stattzufinden hat.“

Nachdem der Gesetzesentwurf diesbezüglich im Gesetzgebungsverfahren keine Änderung mehr erfahren hat, ist davon auszugehen, dass der Wille des Gesetzgebers bei der Einführung des § 49 Abs. 2 GNotKG also dahin ging, dass diese Vorschrift anders als der bis dahin geltende § 21 Abs. 1 KostO gerade nicht nur für die Bestellung eines Erbbaurechts gelten sollte, sondern immer dann, wenn für die Ermittlung des Geschäftswerts der Wert eines Erbbaurechts eine Rolle spielt.

Daraus folgt, dass etwa bei der Veräußerung eines Erbbaurechts nach § 97 Abs. 3 GNotKG ein Vergleich zwischen dem nach § 49 Abs. 2 GNotKG ermittelten Wert des Erbbaurechts und einer etwa zu erbringenden Gegenleistung stattfinden muss (so auch *Deeke* in *Renner/Otto/Heinze*, Leipziger Gerichts- & Notarkosten-Kommentar, § 49 Rdnr. 12; *Tiedtke* in *Korintenberg*, GNotKG, 19. Aufl., § 49 Rdnr. 15; *Fackelmann* in *Fackelmann/Heinemann*, GNotKG, § 49 Rdnr. 23; *ders.* in *Schneider/Volpert/Fölsch*, Gesamtes Kostenrecht, § 49 Rdnr. 18; *Diehn* in *Bormann/Diehn/Sommerfeld*, GNotKG, § 49 Rdnr. 6).

Soweit das LG in der angefochtenen Entscheidung meint, aus der Kommentierung von *Fackelmann* (*Fackelmann/Heinemann*, GNotKG, § 49 Rdnr. 12) ergäbe sich Gegenteiliges, trifft dies nicht zu. In der dort angesprochenen Kommentierung wird der hier zu entscheidende Fall nicht einmal angesprochen. Vielmehr betrifft die dortige Kommentierung den hier nicht einschlägigen Fall, in dem der Erbbauberechtigte vom Grundstückseigentümer das Grundstück erwirbt. Dass sich in einem solchen Fall der Wert nach den §§ 46, 47 GNotKG bestimmt, kann nicht zweifelhaft sein.

Auch soweit die vorgesetzte Dienstbehörde des Antragsgegners aus der Kommentierung von *Diehn* (*Bormann/Diehn/Sommerfeld*, GNotKG, § 98 Rdnr. 11) meint herleiten zu können, dass bei der Veräußerung eines Erbbaurechts auf den Kaufpreis abzustellen sei, findet das in der angegebenen Kommentierung keine Stütze. Ganz im Gegenteil heißt es dort in Anwendung der ausdrücklichen Kommentierung in § 49 Rdnr. 6, dass im Falle der Veräußerung von Erbbaurechten Geschäftswert die Hälfte des Wertes des betroffenen Erbbaurechts ist. Was Wert des Erbbaurechts ist, ergibt sich aber gerade aus § 49 Abs. 2 GNotKG und nicht aus dem Kaufvertrag.

Für die, soweit ersichtlich, allein von der Notarkasse München (Streifzug durch das GNotKG, Rdnr. 653, 659) vertretene Ansicht, bei einem Kaufvertrag über ein Erbbaurecht sei maßgeblicher Geschäftswert der Kaufpreis mit etwaigen Hinzurechnungen, dies gelte auch für die separate Beurkundung der Zustimmung durch den Grundstückseigentümer und für dessen Verzicht auf das Vorkaufsrecht durch einen anderen Notar als denjenigen, der den Kaufvertrag selbst beurkundet hat, fehlt hierzu jede Begründung. Warum die Notarkasse meint, entgegen der Intention des Gesetzgebers und der ein-

helligen Kommentarliteratur sei bzgl. des Geschäftswertes auf den Kaufpreis abzustellen, lässt sich der Kommentierung nicht entnehmen. Es dürfte sich insoweit um einen schlichten Fehler handeln.

Ist danach für die Beurkundung der Zustimmungserklärung der Grundstückseigentümerin von einem nach § 49 Abs. 2 GNotKG zu ermittelnden Wert auszugehen, ist nicht zweifelhaft und vom LG zutreffend nicht in Abrede genommen worden, dass für den Wert des errichteten Bauwerks der Betrag i. H. v. 70.000 € anzusetzen ist. Die Küche ist als Zubehör mit verkauft und daher bei der Bemessung des Wertes auch zu berücksichtigen. Weiter ist auch nicht im Streit, dass der Wert des Grundstücks mit 84.100 € zu berechnen ist, so dass sich ein Gesamtwert i. H. v. 154.100 € ergibt. Da nach § 49 Abs. 2 GNotKG für das Erbbaurecht nur 80 % anzusetzen sind, errechnet sich ein Betrag i. H. v. 123.800 €. Gegenstand der Beurkundung war indes nur eine Zustimmungserklärung, so dass der Kostenberechnung, wie der Antragsgegner nicht verkannt hat, nach § 98 Abs. 1 GNotKG für den Geschäftswert nur die Hälfte dieses Wertes anzusetzen war und mithin ein Betrag i. H. v. 61.640 €.

Hinsichtlich des gleichfalls beurkundeten Verzichts auf die Ausübung des Vorkaufsrechts, der nicht denselben Gegenstand wie die Zustimmungserklärung betrifft, mag es zutreffend sein, nach § 36 Abs. 1 GNotKG mit allen Beteiligten von einem Wert von 10 % auszugehen. Allerdings ist auch insoweit nicht als Bezugsgröße auf den Kaufpreis abzustellen, sondern gleichfalls auf den Wert des oben errechneten Erbbaurechts i. H. v. 123.800 €, so dass der Antragsgegner zutreffend von einem Wert i. H. v. 12.380 € ausgegangen ist. Denn auch das Vorkaufsrecht bezieht sich im Sinne des § 49 Abs. 2 GNotKG auf das Erbbaurecht und damit dessen Geschäftswert.

Danach ist es rechtlich nicht zu beanstanden, dass der Antragsgegner in seiner Kostenberechnung von einem Wert i. H. v. insgesamt 73.968 € ausgegangen ist.

Mithin war auf die Beschwerde des Antragsgegners die landgerichtliche Entscheidung aufzuheben und der Antrag der Antragsteller auf gerichtliche Entscheidung zurückzuweisen.

2. Die Anschlussbeschwerde der Antragsteller kann aus den zutreffenden Gründen der angefochtenen Entscheidung keinen Erfolg haben. Zu Unrecht machen die Antragsteller weiterhin geltend, dem Antragsgegner keinen Auftrag zur Beurkundung erteilt zu haben. Es ist nicht entscheidend, dass die Antragsteller der Antragsgegner nicht mit der Beurkundung beauftragt haben und es mag auch sein, dass es Aufgabe der Verkäuferin gewesen ist, die Verzichtserklärung hinsichtlich des Vorkaufsrechts einzuholen, wie die Antragsteller geltend machen. Entscheidend ist allein, dass die Antragsteller es nach § 9 Abs. 1 des Kaufvertrages mit Frau Dr. H. übernommen haben, sämtliche Kosten für die Durchführung des Vertrages zu zahlen. Da die Durchführung des Kaufvertrages zwischen den Antragstellern und Frau Dr. H. zwingend die Zustimmungserklärung der Grundstückseigentümerin zum Verkauf des Erbbaurechts und den Verzicht der Grundstückseigentümerin auf die Ausübung des Vorkaufsrechts voraussetzte, und der Notar L. es nach § 10 des Kaufvertrages übernommen hatte, alle erforderlichen Genehmigungen einzuholen, durfte er die Grundstückseigentümerin um die Erteilung der erforderlichen Erklärungen auf Kosten der Antragsteller ersuchen. Es kann daher nicht zweifelhaft sein, dass die Antragsteller diese Kosten zu tragen haben, selbst wenn sie direkt selbst hierzu keinen Auftrag erteilt haben.

#### IV.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 130 Abs. 3 GNotKG i. V. m. §§ 84, 81 FamFG. Nachdem die Beschwerde des

Antragsgegners in vollem Umfang Erfolg hatte und das Anschlussrechtsmittel der Antragsteller erfolglos geblieben ist, erschien es sachgerecht, den Antragstellern die Kosten des Beschwerdeverfahrens insgesamt aufzuerlegen.

Der Festsetzung eines Beschwerdewertes bedurfte es nicht, weil für das Beschwerdeverfahren eine Festgebühr nach Nr. 19110 des Kostenverzeichnisses der Anlage 1 zu § 3 Abs. 2 GNotKG zu erheben ist.

Die Entscheidung ist unanfechtbar. Zwar ist gemäß § 129 Abs. 2, § 134 Abs. 1 Satz 2 GNotKG gegen die Entscheidung des OLG die Rechtsbeschwerde zulässig. Nach § 130 Abs. 3 GNotKG sind auf das Verfahren aber die Vorschriften des Gesetzes über die Verfahren in Familiensachen (FamFG) anzuwenden, so dass die Rechtsbeschwerde nach § 70 Abs. 1 FamFG der Zulassung durch das OLG bedarf. Dies entspricht der bisherigen Rechtsprechung zur Zulässigkeit der Rechtsbeschwerde nach § 156 Abs. 4 Satz 1, Abs. 5 Satz 3 KostO (vgl. BGH, NJW-RR 2012, 209; *Hartmann*, Kostengesetze, 42. Aufl., § 156 KostO, Rdnr. 48), welche dem Gesetzgeber bei Erlass des GNotKG bekannt war und ersichtlich durch die Neuregelung nicht geändert werden sollte.

Die Rechtsbeschwerde war nicht zuzulassen, weil die Rechtsache weder grundsätzliche Bedeutung hat noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts erfordert, § 70 Abs. 2 FamFG. Gegenteiliges macht der Antragsteller mit seiner Beschwerde auch nicht geltend. Soweit in der Kommentarliteratur von einer vereinzelt gebliebenen Stimme die Ansicht vertreten worden ist, der Wert des Verkaufs eines Erbbaurechts richte sich nicht nach § 49 Abs. 2 GNotKG, und hierfür keinerlei Begründung gegeben worden ist, vielmehr sich unmittelbar aus den Gesetzesmaterialien und der ansonsten einhelligen Kommentarliteratur das Gegenteil ergibt, sieht der Senat keinen Grund, die Rechtsbeschwerde wegen grundsätzlicher Bedeutung der Sache zuzulassen.

#### Anmerkung:

##### I. Geschäftswert bei Verkauf eines Erbbaurechtes

Bei der Beurkundung eines Kaufvertrages ist der Geschäftswert nach § 47 GNotKG mit dem Kaufpreis zuzüglich des Wertes von vorbehaltenen Nutzungen oder sonstiger vom Käufer übernommener Leistungen zu bestimmen. Wenn der so ermittelte kostenrechtliche Wert der Käuferleistungen geringer ist als der Verkehrswert, ist dieser als Geschäftswert anzunehmen (§ 47 Satz 3 GNotKG).

Die Entscheidung des OLG Celle befasst sich nun im Wesentlichen mit der Frage, ob im Falle der entgeltlichen Veräußerung eines Erbbaurechtes als Geschäftswert ausschließlich der Kaufpreis unter Hinzurechnung eventuell vereinbarter weiterer Leistungen anzunehmen ist oder ob ein Wertvergleich nach § 47 Satz 3 GNotKG der Erwerberleistungen mit dem kostenrechtlichen Wert eines Erbbaurechtes nach § 49 Abs. 2 GNotKG vorzunehmen ist.

Der Verkehrswert eines Grundstücks ergibt sich aus § 46 GNotKG, der nach § 49 GNotKG auch für grundstücksgleiche Rechte anzuwenden ist. § 49 Abs. 2 GNotKG wiederum regelt den kostenrechtlichen Wert eines Erbbaurechtes mit einem Wert in Höhe von 80 % der Summe aus den Werten des Erbbaugrundstücks und darauf errichteter Bauwerke; wenn der Ausübungsbereich des Erbbaurechtes nur eine Teilfläche eines Grundstücks betrifft, ist diese Teilfläche Bemessungsgrundlage. Hierbei handelt es sich um einen allgemeinen

Bewertungsgrundsatz, der auch nicht auf die in § 43 GNotKG normierte Begründung eines Erbbaurechtes beschränkt ist.

Der Gesetzgeber hat aus Gründen der Transparenz mit der klaren, pauschalierten Neuregelung des Wertes eines Erbbaurechts in § 49 Abs. 2 GNotKG eine Bewertungsvereinfachung umgesetzt. Für die Wertermittlung eines Erbbaurechtes sind damit keine komplizierten Berechnungen mehr erforderlich. Weder die Restlaufzeit des Erbbaurechtes noch die Höhe eines vereinbarten Erbbauzinses sind bei der Wertermittlung eines Erbbaurechts noch von Bedeutung.

Die Berücksichtigung des Grundstücks und des Gebäudes bei der Wertermittlung eines Erbbaurechtes in Anwendung von § 49 Abs. 2 GNotKG i. V. m. § 47 Satz 3 GNotKG bei Kaufverträgen ist insoweit konsequent, als dadurch eine Gleichbewertung mit der unentgeltlichen Überlassung eines Erbbaurechts erfolgt.

Die klare Neuregelung des Gesetzgebers ist auch sachlich gerechtfertigt. Bei der Beurkundung der Übertragung eines Erbbaurechts ist sowohl das im Rahmen des Erbbaurechtes bestehende Gebäude als auch die Nutzung des Grundstücks durch den Erbbauberechtigten Gegenstand der beurkundeten Vereinbarungen. Wirtschaftlich betrachtet wird in vielen Fällen mit dem Kaufpreis für ein Erbbaurecht nur der Gebäudewert abgegolten, weil der Erwerber verpflichtet ist, den Erbbauzins an den Grundstückseigentümer zu entrichten. Die Übernahme der Verpflichtung zur Zahlung des Erbbauzins wirkt sich jedoch kostenrechtlich nicht aus, da dieser als dauernde Last bei der Wertermittlung für die Beurkundung nicht berücksichtigt wird<sup>1</sup>.

In der Praxis wird der Notar in eine vergleichende Wertermittlung nach § 47 Satz 3 GNotKG nur dann eintreten, wenn sich Anhaltspunkte dafür ergeben, dass der Kaufpreis samt weiterer Käuferleistungen geringer ist als der kostenrechtliche Wert eines Erbbaurechts nach § 49 Abs. 2 GNotKG.

## II. Zustimmung zur Veräußerung und Verzichtserklärung zum Vorkaufsrecht

Wird der Notar, der den Verkauf des Erbbaurechts beurkundet hat, beauftragt, die Zustimmung des Grundstückseigentümers zur Veräußerung des Erbbaurechtes und den Verzicht auf die Ausübung seines Vorkaufsrechtes einzuholen, liegen Vollzugstätigkeiten nach der Vorbemerkung 2.2.1.1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 und Nr. 7 KV GNotKG vor. Der Geschäftswert für die Vollzugsgebühr ist nach § 112 GNotKG mit dem kostenrechtlichen Wert der Beurkundung über die Veräußerung des Erbbaurechts (Verfahrenswert der Beurkundung nach § 35 Abs. 1 GNotKG) zu bestimmen. Der Gebührensatz beträgt 0,5 nach KV-Nr. 22110 GNotKG.

Mit dieser Vollzugsgebühr ist nach der Vorbemerkung 2.2 Abs. 2 KV GNotKG auch die Fertigung der Entwürfe der Zustimmungserklärung und der Verzichtserklärung abgegolten.

Die Beglaubigung der Unterschrift des Eigentümers löst in jedem Fall eine 0,2-Gebühr nach KV-Nr. 25100 GNotKG aus, unabhängig davon, ob die Unterschriftsbeglaubigung durch den Notar erfolgt, der den Kaufvertrag über das Erbbaurecht vollzieht oder ob die Unterschriftsbeglaubigung durch einen anderen Notar vorgenommen wird<sup>2</sup>. Die Gebühr für die Unterschriftsbeglaubigung ist begrenzt auf den Höchstbetrag von 70 € (Mindestbetrag 20 €).

Der Geschäftswert für die Unterschriftsbeglaubigung ist nach § 121 GNotKG in gleicher Weise zu bestimmen, wie wenn die Erklärung beurkundet wird. Als Geschäftswert für die Zustimmungserklärung ist damit nach § 98 Abs. 1 GNotKG der halbe Wert des Rechtsgeschäfts maßgeblich, dem zugestimmt wird. Die Zustimmung erfolgt ausschließlich zur Veräußerung des Erbbaurechtes, so dass nur der auf die Erbbaurechtsveräußerung entfallende Anteil am Wert (ohne Inventar) heranzuziehen ist. Die vom OLG Celle vertretene Auffassung wird insoweit nicht geteilt, da der Grundstückseigentümer nur der Veräußerung des Erbbaurechts zustimmen muss und nicht auch dem Verkauf des Inventars<sup>3</sup>. Der Geschäftswert ist also der halbe Wert des Geschäftswertes des Erbbaurechtskaufvertrages nach § 47 GNotKG i. V. m. § 49 Abs. 2 GNotKG ohne Inventar.

Das OLG Celle hat darüber hinaus klargestellt, dass der gleichzeitig erklärte Verzicht des Grundstückseigentümers auf die Ausübung des ihm eingeräumten Vorkaufsrechtes einen verschiedenen Beurkundungsgegenstand nach § 86 Abs. 2 GNotKG im Verhältnis zur Zustimmungserklärung darstellt. Der Wert der Nichtausübungserklärung bestimmt sich nach § 36 Abs. 1 GNotKG mit etwa 10 % des Wertes des Kaufvertrages. Dies entspricht der Auffassung der Prüfungsabteilung<sup>4</sup>.

Werden die Erklärungen auftragsgemäß von einem anderen Notar als dem Beurkundungsnotar entworfen, ist eine 1,0-Gebühr nach KV-Nr. 24101 GNotKG zu erheben, da der Gebührensatz sowohl für die Zustimmungserklärung als auch für die Verzichtserklärung 1,0 nach KV-Nr. 21200 GNotKG beträgt. Die Gebühr beträgt mindestens 60 €.

## III. Kostenschuldnerschaft

Die Entscheidung des OLG Celle ist zu den Kosten ergangen, die durch die Fertigung des Entwurfs der Zustimmungserklärung samt Verzicht auf die Ausübung des Vorkaufsrechtes durch den Grundstückseigentümer des Erbbaurechts verursacht wurden. Als Kostenschuldner hat der die Erklärung fertigende Notar den Käufer des Erbbaurechts in Anspruch genommen. Das OLG Celle stellt klar, dass der Käufer als Kostenschuldner nach § 29 Abs. 1 i. V. m. § 30 Abs. 1 GNotKG für die Beurkundung des Kaufvertrages nach § 30 Abs. 3 GNotKG auch originärer Kostenschuldner der Kosten bei einem anderen Notar ist, die für die Fertigung des Zustimmungsentwurfes oder die Beglaubigung einer Unterschrift anfallen, wenn die Erklärung zum Vollzug des Kaufvertrages erforderlich ist.

Die Vorschrift des § 30 Abs. 3 GNotKG ist neu und dehnt die Kostenschuldnerschaft nach öffentlichem Recht, also im Verhältnis zum Notar, weiter aus. Die Kostenschuldnerschaft ist nach dieser Entscheidung nicht mehr nur auf den Beteiligten begrenzt, der ausdrücklich einen Antrag auf Beurkundung oder die Vornahme einer notariellen Tätigkeit gestellt hat. Es empfiehlt sich deshalb, im Verhältnis zwischen den Vertragsteilen die Kostenschuldnerschaft der neben der Beurkundung des Kaufvertrages weiter notwendigen Kosten exakt zu regeln.

Notariatsrat *Thomas Strauß*,  
Prüfungsabteilung der Notarkasse, München

<sup>1</sup> Streifzug durch das GNotKG, 11. Aufl. 2015, Rdnr. 654.

<sup>2</sup> OLG Hamm, Beschluss vom 16.7.2015, 15 W 152/15.

<sup>3</sup> Vgl. *Korintenberg/Tiedtke*, 19. Aufl. 2015, § 98 Rdnr. 44; Streifzug durch das GNotKG, 11. Aufl. 2015, Rdnr. 2736 für den vergleichbaren Fall der Verwalterzustimmung zur Wohnungseigentumsveräußerung.

<sup>4</sup> Streifzug durch das GNotKG, 11. Aufl. 2015, Rdnr. 659.

## Öffentliches Recht

21. SGB II § 11a Abs. 3, SGB X § 48 Abs. 1 Satz 1 und 2 Nr. 3 (*Sozialrechtliche Behandlung von Zahlungen auf den Zugewinnausgleichanspruch*)

**Zahlungen auf den Zugewinnausgleichanspruch sind grundsätzlich rechtlich anrechenbares Einkommen im Sinne von § 11 SGB II.**

LSG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 13.5.2015, L 4 AS 168/15 NZB

Aus den Gründen:

### II.

(...)

Auf Grundlage der ständigen Rechtsprechung des BSG, nach der Einkommen grundsätzlich alles das ist, was jemand nach Antragstellung wertmäßig dazu erhält, und Vermögen alles das, was er vor Antragstellung bereits hatte (Urteil vom 30.7.2008, B 14 AS 26/07 R, juris; Urteil vom 16.5.2012, B 4 AS 132/11 R, juris), kommt es maßgeblich auf den Zeitpunkt des tatsächlichen Zuflusses an.

(...)

Insoweit ist es nicht von Bedeutung, zu welchem Zeitpunkt die konkrete Forderung der Klägerin entstanden ist. Dazu hat das BSG erläuternd ausgeführt, dass Einnahmen in aller Regel aus bereits zuvor bestehenden Rechtspositionen erzielt werden. Im Fall der Erfüllung einer Forderung sei daher bei wertender Betrachtung allein auf die in Geldeswert erzielten Einkünfte abzustellen und nicht auf das Schicksal der Forderung. Entsprechend hat es in einem Fall, in dem es um im Wege der Zwangsvollstreckung erzwungene Teilzahlungen auf einen titulierten Abfindungsanspruch ging, ausgeführt (Urteil vom 3.3.2009, B 4 AS 47/08 R, juris): Der Umstand, dass es sich um einen Anspruch handele, der in einem Vergleich vereinbart wurde und der bereits vor Stellung des SGB-II-Leistungsantrags mit Wirksamwerden des gerichtlichen Vergleichs fällig geworden war, rechtfertige – in Ansehung der Differenzierung zwischen Einkommen und Vermögen – keine andere Beurteilung. Die zugeflossenen Teilzahlungen seien nicht als bereits erlangte Einkünfte anzusehen, mit denen Vermögen angespart worden sei. Dieser Maßstab ist auch auf den Anspruch auf Zugewinnausgleich nach § 1378 BGB anwendbar.

Wird bei einer Ehescheidung das eheliche Güterrecht in Form der Zugewinngemeinschaft (§ 1363 BGB) beendet, ist zwischen den früheren Ehegatten der Zugewinn nach den Vorschriften der §§ 1372 ff. BGB auszugleichen. Übersteigt der Zugewinn des einen Ehegatten den Zugewinn des anderen, so steht die Hälfte des Überschusses dem anderen Ehegatten als Ausgleichsforderung zu (§ 1378 Abs. 1 BGB). Auf diese Weise wird ein Ausgleich in Ansehung derjenigen vermögenswerten Positionen hergestellt, die bereits vorher im Vermögen des ausgleichsverpflichteten Ehegatten vorhanden waren. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die – erst mit der Ehescheidung – entstehende Ausgleichsforderung grundsätzlich als Vermögen des ausgleichsberechtigten Ehegatten anzusehen ist.

Zum einen entsteht der Ausgleichsanspruch für den Zugewinn kraft Gesetzes mit der Beendigung der Zugewinngemeinschaft (§ 1378 Abs. 3 BGB); im Fall der Ehescheidung mit deren Rechtskraft, bzw. wie hier mit Abschluss des Vergleichs über den Zugewinnausgleich. Bei fortbestehender Zugewinn-

gemeinschaft entsteht kein Zugewinnausgleichsanspruch, so dass vor der Beendigung des Scheidungsverfahrens kein der Klägerin als eigenes Vermögen zuzuordnender Wert (einer zukünftigen Forderung) vorhanden war (vgl. z. Vorst.: Hessisches LSG, Beschluss vom 6.4.2010, L 4 AS 90/10, B ER, juris, RN 31).

(...)

## Steuerrecht

22. UStG § 1 Abs. 1a, § 4 Nr. 8 lit. f, § 4 Nr. 9 lit. a; Richtlinie 77/388/EWG Art. 5 Abs. 8; MwStSystRL Art. 19 (*Keine Geschäftsveräußerung im Ganzen beim Verkauf einzelner Unternehmensteile durch mehrere Veräußerer an verschiedene Erwerber*)

**Beim Verkauf verpachteter Altenheime von einer Unternehmensgruppe an eine andere Unternehmensgruppe liegt keine Geschäftsveräußerung im Ganzen vor, wenn die Fortführung der Verpachtungstätigkeit die Übertragung von Grundbesitz, Inventar und Gesellschaftanteilen erfordert und diese Übertragungen von verschiedenen (selbständigen) Veräußerern an verschiedene (selbständige) Erwerber erfolgen.**

BFH, Urteil vom 4.2.2015, XI R 14/14

Die Klägerin und Revisionsbeklagte (Klägerin) ist eine GbR. Gesellschafter der Klägerin sind die Eheleute X. Die Klägerin vermietete Grundbesitz an die Betreiber von drei „Seniorenresidenzen“ in A, B und C; deren Betreiber sind Schwestergesellschaften der Klägerin in der Rechtsform einer OHG, an denen die Eheleute X ebenfalls je zur Hälfte beteiligt sind. Die Vermietung der Grundstücke erfolgte steuerfrei. Soweit die Klägerin auch Eigentümerin des Inventars war, vermietete sie dieses den Betreibern steuerpflichtig; aus den Anschaffungskosten für das Inventar wurde ihr der Vorsteuerabzug gewährt. Die Grundstücke und das Inventar waren bei der Klägerin als Gesamthandsvermögen bilanziert.

Ab dem 1.1.2006 wurden die drei Seniorenresidenzen von den Betreibergesellschaften unterverpachtet an die Z-GmbH (im Folgenden Z). Daneben verpachtete die Klägerin Grundstücke an die Betreiber von weiteren Seniorenresidenzen; bei den Betreibern handelte es sich u. a. um die X GmbH & Co. KG sowie weitere Schwestergesellschaften.

Mit notariellem Vertrag vom 22.12.2006 wurden sämtliche Seniorenresidenzen zum 1.1.2007 zu einem Kaufpreis von ... € an eine aus vier Aktiengesellschaften bestehende schwedische Investorengruppe veräußert. In dem Vertrag traten elf verschiedene Verkäufer auf. Herr X wurde als „Verkäufer 1“ und seine Ehefrau als „Verkäuferin 2“ – beide gemeinsam auch als „Eheleute X“ – bezeichnet. Sie handelten u. a. – in ihrer Eigenschaft als allein vertretungsberechtigte, persönlich haftende Gesellschafter – für die Seniorenresidenz A OHG („Verkäufer 9“), für die Seniorenresidenz B OHG („Verkäufer 10“) und für die Seniorenresidenz C OHG („Verkäufer 11“).

Der Verkäufer 1 und die Verkäuferin 2 veräußerten u. a. den Grundbesitz an die Gesellschaft I AB (Grundstückskäuferin) und als „die Verkäufer“ das Inventar an die Gesellschaft J AB (Inventarkäuferin). Zugleich veräußerten der Verkäufer 1 und die Verkäuferin 2 die Beteiligungen an den Personengesellschaften an zwei weitere Gesellschaften, nämlich die K AB (Gesellschaftskäuferin 1) und die L AB (Gesellschaftskäuferin 2); die Erwerber traten gemäß Ziffern 1.5 und 6. des Vertrages vom 22.12.2006 in die Pachtverträge mit der Z ein.

Die Klägerin nahm eine nicht steuerbare Geschäftsveräußerung im Ganzen gemäß § 1 Abs. 1a UStG an und reichte deshalb für das Jahr 2007 (Streitjahr) keine Umsatzsteuererklärung ein. Der Beklagte und Revisionskläger (das Finanzamt – FA) führte bei der Klägerin eine Umsatzsteuer-Sonderprüfung durch. Die Prüferin ging wegen des Erwerbs von Grundbesitz und Inventar durch verschiedene Gesellschaften von einer gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 UStG steuerbaren – und auch steuerpflichtigen – Veräußerung des Inventars der Seniorenresidenzen in A, B und C durch die Klägerin aus.

Das FA erließ am 25.6.2009 entsprechend den Prüfungsfeststellungen gegenüber der Klägerin einen Umsatzsteuerbescheid für das Jahr 2007, mit dem es die Umsatzsteuer auf ... € festsetzte. Der dagegen gerichtete Einspruch, mit dem die Klägerin vorgetragen hatte, die Veräußerungsvorgänge seien als Einheit anzusehen, da die Investorengruppe das Unternehmen habe unverändert fortführen wollen, wurde mit Einspruchsentscheidung vom 17.3.2010 als unbegründet zurückgewiesen.

Das FG gab der Klage statt. Es war der Auffassung, dass die Umsätze aus dem notariellen Vertrag vom 22.12.2006 hinsichtlich des (allein) streitbefangenen Inventars zu Recht der Klägerin zugerechnet worden seien, auch wenn diese insoweit nicht ausdrücklich als Verkäuferin bezeichnet worden sei. Die Veräußerung des Inventars sei nicht steuerbar. Denn „hinsichtlich der Veräußerung der Grundstücke, des Inventars und der Anteile“ an den Betriebsgesellschaften sei eine nicht steuerbare Geschäftsveräußerung im Ganzen im Sinne von § 1 Abs. 1a UStG anzunehmen. Werde – wie im Streitfall – ein Geschäftsbetrieb von einer Veräußerergruppe an eine Erwerbergruppe – ohne dass die Voraussetzungen der Organschaft erfüllt seien – veräußert, so könne gleichwohl insgesamt eine Geschäftsveräußerung im Ganzen vorliegen. Insoweit folge der Senat den Ausführungen des FG Nürnberg in dessen Urteil vom 6.8.2013, 2 K 1964/10, EFG 2013, 1964.

Im Streitfall sei die Fortführung des Unternehmens „Verpachtung an die Z“ in der bisherigen Form nur unter Einbeziehung aller – bewusst in einem Zug übertragenen – „Komponenten“ möglich gewesen. Un- erheblich sei, dass auf der Erwerberseite mehrere Gesellschaften – und nicht nur ein einziger Erwerber – die für die Fortführung des Unternehmens erforderlichen Gegenstände erworben hätten und dass auch auf der Veräußererseite im Streitfall mehrere Personen beteiligt seien, eine davon die Klägerin.

Das Urteil des FG ist in EFG 2014, 1036 veröffentlicht.

Zur Begründung der Revision beruft sich das FA auf die Verletzung materiellen Rechts.

Nach seiner Auffassung sind die Voraussetzungen einer nicht steuerbaren Geschäftsveräußerung im Ganzen schon deshalb nicht erfüllt, weil auf der Veräußererseite und auf der Erwerberseite jeweils mehrere Unternehmer vorhanden seien. In den insoweit eindeutigen unionsrechtlichen Vorgaben und in § 1 Abs. 1a UStG seien jeweils einzelne Personen auf Veräußerer- und Erwerberseite genannt. Die vom FG vorgenommene rein wirtschaftliche Betrachtungsweise stehe damit nicht im Einklang. Die vom FG letztendlich vollzogene Verkäufergruppenbildung sei im Übrigen nicht handhabbar. Erschwerend komme der komplexe Sachverhalt mit Auslandsbezug hinzu. Schließlich fehlten tatsächliche Feststellungen des FG zur entscheidungserheblichen Rechtsfrage, ob überhaupt eine Fortführung des Unternehmens durch die Erwerber stattgefunden habe. Während die Grundstücksübertragung nach § 4 Nr. 9 lit. a UStG und die Anteilsveräußerung nach § 4 Nr. 8 lit. f UStG steuerfrei seien, sei die von der Klägerin durchgeführte Übertragung des Inventars mithin steuerbar und auch steuerpflichtig.

Das FA beantragt, das FG-Urteil aufzuheben und die Klage abzuweisen. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen. Sie hält die Entscheidung der Vorinstanz für zutreffend.

*Aus den Gründen:*

## II.

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des FG-Urteils und zur Abweisung der Klage (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FGO).

Das FG hat zu Unrecht entschieden, dass im Streitfall hinsichtlich der Veräußerung des Inventars unter Einbeziehung der Übertragungen des Grundbesitzes und der Gesellschaftsanteile die Voraussetzungen einer nicht steuerbaren Geschäftsveräußerung im Ganzen nach § 1 Abs. 1a UStG vorliegen.

1. Die Entscheidung des FG, dass die Klägerin hinsichtlich der (allein) streitbefangenen Übertragung des Inventars als Leistende anzusehen ist, begegnet im Ergebnis keinen revisionsrechtlichen Bedenken.

a) Wer Leistender ist, kann regelmäßig den zivilrechtlichen Rechtsbeziehungen entnommen werden (vgl. zum Beispiel BFH, Urteil vom 24.4.2013, XI R 7/11, BFHE 241, 459, BStBl II 2013, S. 648 Rdnr. 22; vgl. dazu auch EuGH, Urteil vom 20.6.2013, C-653/11, *Paul Newey*, MwStR 2013, 373, UR 2013, 628). Leistender ist grundsätzlich derjenige, der im eigenen Namen Lieferungen oder sonstige Leistungen gegenüber einem anderen selbst oder durch einen Beauftragten ausführt. Ob eine Leistung dem Handelnden oder einem anderen zuzurechnen ist, hängt grundsätzlich davon ab, ob der Handelnde im Außenverhältnis gegenüber Dritten im eigenen Namen oder im Namen des anderen aufgetreten ist (vgl. zum Beispiel BFH, Urteil vom 28.11.1990, V R 31/85, BFHE 164, 134, BStBl II 1991, S. 381; vgl. auch *Lippross*, Umsatzsteuer, 23. Aufl., S. 83).

b) Die vom FG vorgenommene Auslegung des Vertrags vom 22.12.2006 dahingehend, dass die Veräußerung des Inventars der Klägerin als leistende Unternehmerin im Sinne von § 2 Abs. 1 UStG – und nicht jeweils den Eheleuten X als Einzelpersonen – zuzurechnen ist, wird von den Beteiligten nicht in Zweifel gezogen, ist möglich, verfahrensfehlerfrei zustande gekommen, verstößt nicht gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze und bindet daher gemäß § 118 Abs. 2 FGO den Senat (vgl. zum Beispiel BFH, Urteile vom 18.10.2011, IX R 58/10, BFHE 235, 423, BStBl II 2012, S. 286 Rdnr. 14, m. w. N.; vom 11.7.2012, XI R 11/11, BFHE 238, 560, BFH/NV 2013, 326 Rdnr. 26 f. m. w. N.).

2. Entgegen der Auffassung des FG ist die Steuerbarkeit der Lieferung des Inventars nicht wegen des Vorliegens einer Geschäftsveräußerung im Ganzen nach § 1 Abs. 1a UStG ausgeschlossen.

a) Nach § 1 Abs. 1a UStG unterliegen die Umsätze im Rahmen einer Geschäftsveräußerung an einen anderen Unternehmer für dessen Unternehmen nicht der Umsatzsteuer. Eine Geschäftsveräußerung liegt vor, wenn ein Unternehmen oder ein in der Gliederung eines Unternehmens gesondert geführter Betrieb im Ganzen entgeltlich oder unentgeltlich übereignet oder in eine Gesellschaft eingebracht wird (§ 1 Abs. 1a Satz 2 UStG). Der erwerbende Unternehmer tritt an die Stelle des Veräußerers (§ 1 Abs. 1a Satz 3 UStG).

aa) Diese Vorschriften beruhen unionsrechtlich auf Art. 5 Abs. 8 der Sechsten Richtlinie 77/388/EWG des Rates vom 17.5.1977 zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Umsatzsteuern – Richtlinie 77/388/EWG – (nunmehr Art. 19 der Richtlinie 2006/112/EG des Rates vom 28.11.2006 über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem – MwStSystRL –). Danach können die Mitgliedstaaten die Übertragung des Gesamtvermögens oder eines Teilvermögens, die entgeltlich oder unentgeltlich oder durch Einbringung in eine Gesellschaft erfolgt, so behandeln, als ob keine Lieferung von Gegenständen vorliegt, und den Begünstigten der Übertragung als Rechtsnachfolger des Übertragenden ansehen.

bb) Art. 5 Abs. 8 der Richtlinie 77/388/EWG bezweckt nach der Rechtsprechung des EuGH, die Übertragung von Unternehmen oder Unternehmensteilen zu erleichtern und zu vereinfachen (EuGH, Urteile vom 27.11.2003, C-497/01, *Zita Modes*, Slg. 2003, I-14393, BFH/NV Beilage 2004, 128 Rdnr. 39; vom 10.11.2011, C-444/10, *Schriever*, Slg. 2011, I-11071, BStBl II 2012, S. 848, UR 2011, 937 Rdnr. 23; vom 30.5.2013, C-651/11, X BV, MwStR 2013, 337, UR 2013, 582 Rdnr. 41) und erfasst dementsprechend die Übertragung von Geschäftsbetrieben und von selbständigen Unternehmensteilen, die als Zusammenfassung materieller und immaterieller Bestandteile ein Unternehmen oder einen Unterneh-

mensteil bilden, mit dem eine selbständige wirtschaftliche Tätigkeit fortgeführt werden kann (EuGH, Urteile Zita Modes in Slg. 2003, I-14393, BFH/NV Beilage 2004, 128 Rdnr. 40; *Schriever*, Slg. 2011, I-11071, BStBl II 2012, S. 848, UR 2011, 937 Rdnr. 25; BFH, Urteile vom 18.1.2012, XI R 27/08, BFHE 235, 571, BStBl II 2012, S. 842 und vom 19.12.2012, XI R 38/10, BFHE 240, 366, BStBl II 2013, S. 1053 Rdnr. 33).

Der Erwerber muss dabei beabsichtigen, den übertragenen Geschäftsbetrieb oder Unternehmensteil zu betreiben. Nicht begünstigt ist die sofortige Abwicklung der übernommenen Geschäftstätigkeit (EuGH, Urteil Zita Modes in Slg. 2003, I-14393, BFH/NV Beilage 2004, 128 Rdnr. 44; BFH, Urteile vom 30.4.2009, V R 4/07, BFHE 226, 138, BStBl II 2009, S. 863, unter II. 2. a; in BFHE 235, 571, BStBl II 2012, S. 842 Rdnr. 19; in BFHE 240, 366, BStBl II 2013, S. 1053 Rdnr. 34).

cc) Der Begriff des Teilvermögens bezieht sich nicht auf einen oder mehrere lose Bestandteile eines Unternehmens, sondern auf eine Kombination von ihnen, die zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit ausreicht, auch wenn diese Tätigkeit nur Teil eines größeren Unternehmens ist, von dem sie abgespalten wurde (vgl. BFH, Urteil in BFHE 240, 366, BStBl II 2013, S. 1053 Rdnr. 35 m. w. N.).

dd) Im Rahmen einer Gesamtwürdigung ist es für die Annahme einer Geschäftsveräußerung entscheidend, ob das übertragene Unternehmensvermögen als hinreichendes Ganzes die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit ermöglicht (vgl. BFH, Urteile in BFHE 235, 571, BStBl II 2012, S. 842 und in BFHE 240, 366, BStBl II 2013, S. 1053 Rdnr. 36) und ob die vor und nach der Übertragung ausgeübten Tätigkeiten übereinstimmen oder sich hinreichend ähneln (vgl. zum Beispiel BFH, Urteil in BFHE 240, 366, BStBl II 2013, S. 1053 Rdnr. 36 m. w. N.). Es kommt insoweit nicht darauf an, ob beim Veräußerer eine eigenständige betriebliche Organisation vorlag, sondern vielmehr darauf, ob ein Teilvermögen übertragen wird, das vom Erwerber als selbständiges Unternehmen fortgeführt werden kann (vgl. zum Beispiel EuGH, Urteil X BV in MwStR 2013, 337, UR 2013, 582 Rdnr. 53); die organisatorischen Verhältnisse beim Veräußerer sind damit unmaßgeblich (vgl. zum Beispiel BFH, Urteil in BFHE 240, 366, BStBl II 2013, S. 1053 Rdnr. 45 m. w. N.).

b) Ausgehend von diesen Grundsätzen hat das FG unzutreffend angenommen, die Voraussetzungen einer Geschäftsveräußerung im Ganzen lägen vor. Es hat zu Unrecht bei dem streitbefangenen Verkauf des Inventars auch die Veräußerungen des Grundbesitzes und der Gesellschaftsanteile berücksichtigt und dabei als unmaßgeblich angesehen, dass mehrere Veräußerer und mehrere Erwerber mehrere Veräußerungen vorgenommen haben.

aa) Der EuGH hat u. a. mit Hinweis darauf, dass Art. 5 Abs. 8 der Richtlinie 77/388/EWG die Formulierung „Übertragender“ nur im Singular verwendet, inzwischen geklärt, dass bei Prüfung der Voraussetzungen dieser Bestimmung und Vorliegen mehrerer Leistungsbeziehungen „jeder Vorgang einzeln und selbständig zu beurteilen“ ist (EuGH, Urteil X BV in MwStR 2013, 337, UR 2013, 582 Rdnr. 45 bis 47). Dies gilt gleichermaßen für die seit dem 1.1.2007 geltende Regelung in Art. 19 MwStSystRL, in der die Person „des Übertragenden“ ebenfalls nur in der Einzahl erwähnt ist. Dementsprechend heißt es in § 1 Abs. 1a Satz 3 UStG, dass „der erwerbende Unternehmer an die Stelle des Veräußerers“ tritt (vgl. dazu auch BFH, Urteil vom 4.2.2015, XI R 42/13, zur amtlichen Veröffentlichung bestimmt, BFH/NV 2015, 937).

bb) Dies bedeutet, dass für die Prüfung der Voraussetzungen einer Geschäftsveräußerung im Ganzen im Rahmen der streitbefangenen umsatzsteuerrechtlichen Leistungsbeziehung

zwischen der Klägerin und der Inventarkäuferin Leistungen außer Betracht bleiben müssen, die – wie hier – Gegenstand von weiteren – davon zu unterscheidenden – umsatzsteuerrechtlichen Leistungsbeziehungen zwischen anderen Unternehmern sind (so auch *Wüst*, MwStR 2014, 409).

cc) Die Begründung des FG, im zu beurteilenden Fall gehe es „wirtschaftlich“ um die Veräußerung eines Geschäftsbetriebs „Verpachtung von Seniorenheimen“ durch eine Unternehmergruppe an eine „gänzlich anders strukturiert[e]“ andere Unternehmergruppe, das Unternehmen „Verpachtung von Seniorenheimen“ an die Z werde jedoch „von der Erwerbergruppe in gleicher Weise wie vom Veräußerer“ fortgeführt (Rdnr. 76 des Urteils), ist mithin nicht maßgeblich.

Auch soweit das FG – im Anschluss an das einen anderen Sachverhalt betreffende, nicht rechtskräftige Urteil des FG Nürnberg in EFG 2013, 1964 – meint, der Zweck des § 1 Abs. 1a UStG, die Übertragung von Unternehmen bzw. Unternehmensteilen zu erleichtern sowie der Neutralitätsgrundsatz geböten es, eine Geschäftsveräußerung auch dann anzunehmen, wenn ein Geschäftsbetrieb zwar auf mehrere Unternehmer übertragen werde, diese den Geschäftsbetrieb aber in der bisherigen Form nur gemeinsam fortführen könnten und dies auch täten (Rdnr. 95 f. des Urteils), folgt der Senat dem aus den dargelegten Gründen nicht (ebenso *Meißel/Walzer*, Der Betrieb 2014, 83; *Wüst*, MwStR 2014, 409; wohl auch *Pogodda-Grünwald*, MwStR 2013, 744; *Meyer*, EFG 2013, 1966).

dd) Nach Maßgabe dieser Grundsätze ergibt sich für den Streitfall, dass hinsichtlich der streitbefangenen Veräußerung des Inventars durch die Klägerin keine Geschäftsveräußerung im Ganzen vorlag, weil die Erwerber durch diese Anschaffung allein nicht einen selbständigen Unternehmensteil erworben haben, der sie in die Lage versetzt hätte, das von der Klägerin vorher betriebene Vermietungs- und Verpachtungsunternehmen fortzusetzen (vgl. dazu zum Beispiel EuGH, Urteil Zita Modes in Slg. 2003, I-14393, BFH/NV Beilage 2004, 128 Rdnr. 40). Vielmehr waren dazu – wie das FG wiederholt dargelegt hat – noch die Übertragungen der Gesellschaftsanteile und des Grundbesitzes erforderlich. Diese Vorgänge durften aber nicht bei der Prüfung der Voraussetzungen einer Geschäftsveräußerung im Ganzen hinsichtlich des streitbefangenen Umsatzes zwischen der Klägerin und der Inventarkäuferin einbezogen werden, weil es sich insoweit um umsatzsteuerrechtliche Leistungsbeziehungen zwischen anderen Vertragspartnern handelte.

ee) Etwas anderes ergibt sich entgegen der Auffassung des FG nicht aus dem BFH, Urteil vom 6.5.2010, V R 25/09 (BFH/NV 2010, 1873), wonach eine nicht steuerbare Geschäftsveräußerung durch Grundstücksübertragung im Rahmen der erforderlichen Gesamtwürdigung aufgrund besonderer Umstände auch dann vorliegen kann, wenn auf den Erwerber kein bestehender Mietvertrag übergeht.

Denn diese Rechtsprechung betrifft allein die Frage der Fortführung einer unternehmerischen Tätigkeit durch den Erwerber im Falle der Übertragung von Grundstücken ohne Übergang eines entsprechenden Pacht- oder Mietvertrages (vgl. BFH, Urteil in BFH/NV 2010, 1873 Rdnr. 17 ff.). Darum – oder um Vergleichbares – geht es im vorliegenden Fall nicht. Hier ist ausschließlich entscheidend, ob die von den Veräußerern vorgenommenen Übertragungen von Grundbesitz und Gesellschaftsanteilen an dritte Erwerber in die Würdigung der Leistungsbeziehung zwischen der Klägerin und der Inventarkäuferin einbezogen werden dürfen. Auf diese – zu verneinende – Frage ist die Rechtsprechung im BFH, Urteil in BFH/NV 2010, 1873 nicht übertragbar.

ff) Dem steht nicht die Rechtsprechung des EuGH und des BFH entgegen, wonach bei dem Erwerb eines Warenbestandes und der Geschäftsausstattung eines Einzelhandelsgeschäfts unter gleichzeitiger Vermietung des Ladenlokals an den Erwerber eine Geschäftsveräußerung im Ganzen gegeben sein kann (vgl. EuGH-Urteil *Schriever* in Slg. 2011, I-11071, BStBl II 2012, S. 848, UR 2011, 937 und BFH, Urteil in BFHE 235, 571, BStBl II 2012, S. 842). Denn der Streitfall ist mit dem diesen Entscheidungen zugrundeliegenden Sachverhalt nicht vergleichbar.

3. Die streitbefangene Lieferung des Inventars war auch steuerpflichtig.

a) Insoweit greift keiner der in § 4 UStG genannten gesetzlichen Steuerbefreiungstatbestände ein.

b) Eine Steuerbefreiung kommt insbesondere nicht deshalb in Betracht, weil die Übertragung des Grundbesitzes nach § 4 Nr. 9 Buchst. a UStG steuerfrei ist und die von der Klägerin ausgeführte Lieferung des Inventars als dieser Hauptleistung untergeordnete Nebenleistung anzusehen wäre. Denn mehrere Leistungen können unter dem Gesichtspunkt von Haupt- und Nebenleistung nur dann als einheitliche Leistung gelten, wenn die Leistungen durch einen Leistenden gegenüber ein und demselben Leistungsempfänger erbracht werden (vgl. zum Beispiel BFH, Urteile in BFHE 241, 459, BStBl II 2013, S. 648 Rdnr. 62 und vom 14.5.2014 XI R 13/11, BFHE 245, 424, BStBl II 2014, S. 734 Rdnr. 37; *Lange*, UR 2009, 289 ff.). Davon ist auch das FG ausgegangen (Rdnr. 54 des Urteils). Dies war im Streitfall nicht gegeben, weil das Inventar und der Grundbesitz an verschiedene Erwerber verkauft wurden.

Dasselbe gilt im Verhältnis der streitbefangenen Lieferung des Inventars zu den von den Eheleuten X durchgeführten Veräußerungen der Gesellschaftsanteile, die nach § 4 Nr. 8 Buchst. f UStG steuerfrei waren, was das FG zutreffend ausgeführt hat (Rdnr. 83 f. des Urteils) und zwischen den Beteiligten nicht umstritten ist.

4. Das FG ist im Hinblick auf die Anwendung des § 1 Abs. 1a UStG von anderen Rechtsgrundsätzen ausgegangen. Seine Entscheidung war daher aufzuheben. Die Sache ist spruchreif im Sinne einer Klageabweisung.

(...)

23. ErbStG a. F. § 7 Abs. 1 Nr. 1, § 10 Abs. 1 Satz 1, Abs. 5 Nr. 3, Abs. 6 Satz 5, § 13a; BewG §§ 9, 11 Abs. 2 Satz 2; AO § 174 Abs. 3, § 176 Abs. 2 (*Freigebiges Zuwendung an Neugesellschafter bei Kapitalerhöhung einer GmbH; Anwendbarkeit des § 13a ErbStG in einem solchen Fall*)

**1. Wird im Zuge einer Kapitalerhöhung einer GmbH ein Dritter zur Übernahme des neuen Gesellschaftsanteils zugelassen, kann eine freigebiges Zuwendung der Altgesellschafter an den Dritten vorliegen, wenn der gemeine Wert des Anteils die zu leistende Einlage übersteigt. Eine freigebiges Zuwendung der Gesellschafter von Altgesellschaftern an den Dritten kommt nicht in Betracht.**

**2. Auf den Erwerb des neuen Anteils können die Steuervergünstigungen des § 13a ErbStG anwendbar sein.**

BFH, Urteil vom 27.8.2014, II R 43/12

Die Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin), eine GmbH, wurde am 5.2.1998 durch ihre Alleingesellschafterin, die in Luxemburg ansässige H, gegründet und am 18.5.1998 in das Handelsregister ein-

getragen. Alleinige Gesellschafterin der H war eine rechtsfähige liechtensteinische Stiftung (Stiftung). Begünstigte der Stiftung waren Mitglieder der Familie F.

An der ebenfalls in Deutschland ansässigen ... GmbH (GmbH 2) waren zunächst je zur Hälfte zwei in Liechtenstein ansässige Unternehmen beteiligt, nämlich die AG ... (A) und die C. Die Gesellschafterversammlung der GmbH 2 beschloss am 5.2.1998, das Stammkapital von bisher 15 Mio. DM um 22,5 Mio. DM zu erhöhen. Die unter Ausschluss der bisherigen Gesellschafter zur Übernahme der neuen Stammeinlage zugelassene Klägerin erbrachte diese Stammeinlage und das festgelegte Aufgeld von 7,5 Mio. DM in bar. Diesen Maßnahmen lag die zwischen A, C und H getroffene Kapitalerhöhungs- und Optionsvereinbarung vom 3.2.1998 zugrunde. Danach sollte die Kapitalerhöhung im Zuge weitreichender Investitionen erfolgen. A und C erklärten in der Vereinbarung, sie seien nicht bereit, sich an der Finanzierung weiterer Investitionen bei der GmbH 2 zu beteiligen.

Der Beklagte und Revisionsbeklagte (das Finanzamt – FA) erlangte von diesem Sachverhalt im Jahr 2002 Kenntnis. Da der von der Klägerin aufzubringende Betrag von 30 Mio. DM um 15.675.000 DM niedriger war als der vom FA nach dem Stuttgarter Verfahren ermittelte Wert des nach der Kapitalerhöhung auf die Klägerin entfallenden Geschäftsanteils, nahm das FA an, es lägen freigebiges Zuwendungen der A und der C an die Klägerin vor, und forderte die Klägerin deshalb mit Schreiben vom 22.8.2002 zur Abgabe einer entsprechenden Schenkungsteuererklärung auf. In der Folgezeit kam es zu einem umfangreichen Schriftverkehr zwischen dem FA und der Klägerin. Es ging dabei u. a. um die Frage, wer schenkungsteuerrechtlich als Beschenkter in Betracht kommt. Schließlich einigten sich das FA und die Klägerin für den Fall, dass durch die Kapitalerhöhung Schenkungsteuer entstanden ist, am 20.1.2004 dahingehend, dass als Schenker A und C und als Beschenkte die Begünstigten der Stiftung in Betracht kommen.

Das FA erließ daraufhin gegen eine Begünstigte (B) der Stiftung einen Schenkungsteuerbescheid für ihren Erwerb aus der von ihm angenommenen Schenkung der A vom 5.2.1998. Der Einspruch hatte nur insoweit Erfolg, als das FA den Bewertungsabschlag von 40 % gemäß § 13a Abs. 2 des Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetzes in der im Jahr 1998 geltenden Fassung (ErbStG) berücksichtigte. Auch gegen die übrigen Begünstigten der Stiftung setzte das FA Schenkungsteuer fest. Über die dagegen eingelegten Einsprüche wurde zunächst nicht entschieden.

Das FG gab der Klage der B statt. Der BFH wies die dagegen vom FA eingelegte Revision durch den als Urteil wirkenden Gerichtsbescheid vom 9.7.2009 II R 47/07 (BFHE 226, 399, BStBl II 2010, S. 74) als unbegründet zurück, da keine freigebiges Zuwendung der A an B vorliege. B habe aufgrund der getroffenen zivilrechtlichen Vereinbarungen weder ein anteiliges Bezugsrecht noch einen Anteil an dem neuen Geschäftsanteil an der GmbH 2 erhalten. Es habe sich vielmehr allenfalls der Wert ihrer Begünstigung durch die Stiftung erhöht. Dieser lediglich wirtschaftliche Vorteil sei nicht Gegenstand einer Vermögensverschiebung von A auf B gewesen und sei vom FA auch nicht der Besteuerung unterworfen worden. Der Gerichtsbescheid wurde dem FA am 12.10.2009 zugestellt. Das FA hob daraufhin durch Bescheide vom 13.11.2009 die gegenüber den anderen Begünstigten der Stiftung ergangenen Schenkungsteuerbescheide im Rahmen der laufenden Einspruchsverfahren auf.

Das FA setzte nunmehr durch Bescheide vom 9.11.2009 gegen die Klägerin wegen freigebiges Zuwendungen der A und der C Schenkungsteuer i. H. v. jeweils 2.739.625 DM (1.400.748 €) fest. Das FA ging dabei auf der Grundlage des nach dem Stuttgarter Verfahren ermittelten Werts des neuen Geschäftsanteils von 45.675.000 DM und des von der Klägerin gezahlten Betrags von 30 Mio. DM von einem Wert der Bereicherung von jeweils 7.837.500 DM und einem steuerpflichtigen Erwerb von je 7.827.500 DM aus. Den Bewertungsabschlag gemäß § 13a Abs. 2 ErbStG berücksichtigte es nicht.

Gegen die Festsetzung von Schenkungsteuer für die vom FA angenommene Zuwendung der A erhob die Klägerin Sprungklage, der das FA zugestimmt hat.

Das FG wies die Klage durch das in EFG 2012, 2136 veröffentlichte Urteil mit der Begründung ab, es lägen Schenkungen der A und der C an die Klägerin vor. Die Klägerin habe mit der Eintragung der Kapitalerhöhung bei der GmbH 2 in das Handelsregister einen Geschäftsanteil an dieser GmbH i. H. v. nominal 22.500.000 DM originär erworben. Der nach dem Stuttgarter Verfahren ermittelte Wert dieses

Geschäftsanteils von 45.675.000 DM übersteige die von der Klägerin erbrachte Gegenleistung von 30 Mio. DM um 15.675.000 DM. Um diese Differenz sei die Klägerin bereichert. Die Entstehung des neuen Geschäftsanteils in der Hand der Klägerin sei mit einer Entreicherung von A und C einhergegangen. Diese seien nach der Kapitalerhöhung nur noch zu je 20 % an der GmbH 2 beteiligt gewesen. Ihre Anteile an der GmbH 2 hätten ferner dadurch eine Wertminderung erfahren, dass der neue Geschäftsanteil der Klägerin proportional am bisherigen Vermögen der GmbH 2 teilhabe, ohne dass dies durch ebenfalls proportionale Anteile der bisherigen Gesellschafter an der von der Klägerin geleisteten Einlage von 30 Mio. DM ausgeglichen worden sei. Die Bereicherung der Klägerin sei zur Hälfte auf Kosten der A erfolgt. Der Bereicherung der Klägerin stehe nicht entgegen, dass diese erst zwei Tage nach Abschluss der vertraglichen Vereinbarungen vom 3.2.1998 gegründet worden sei. Auch die subjektiven Voraussetzungen für eine freigebige Zuwendung im Sinne des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG seien erfüllt. Der Wille zur (Teil-)Unentgeltlichkeit sei bei A gegeben gewesen. Es könne davon ausgegangen werden, dass Leistung und Gegenleistung bei der Übernahme des neuen Geschäftsanteils durch die Klägerin nicht nach kaufmännischen Grundsätzen wie zwischen fremden Dritten ermittelt und verhandelt worden seien. A und die Klägerin seien zwar unterschiedliche Rechtssubjekte. Aufgrund der Beteiligungsstrukturen seien sie jedoch im Ergebnis im Einflussbereich derselben natürlichen Personen (Mitglieder der Familie F) gestanden. Dies spreche für eine gewisse wirtschaftliche Interessensgleichheit und nicht für Geschäftsbeziehungen wie unter fremden Dritten. Aufgrund der erheblichen Wertdifferenz i. H. v. insgesamt 15.675.000 DM sei anzunehmen, dass den Altgesellschaftern das dadurch begründete Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung bekannt gewesen sei. Der Steuerfestsetzung hätten auch Festsetzungsverjährung und § 176 Abs. 2 AO nicht entgegengestanden.

Mit der Revision rügt die Klägerin die Verletzung von § 7 Abs. 1 Nr. 1 und § 13a ErbStG sowie von § 174 Abs. 3 und § 176 Abs. 2 AO. Der Steuerfestsetzung hätten Festsetzungsverjährung und die in § 176 Abs. 2 AO getroffenen Regelungen über den Vertrauensschutz entgegengestanden. Das FG sei darüber hinaus hinsichtlich des objektiven Tatbestands der freigebigen Zuwendung zu Unrecht von dem nach dem Stuttgarter Verfahren ermittelten Unternehmenswert der GmbH 2 von 76.125.000 DM ausgegangen. Der insoweit maßgebende Verkehrswert der GmbH 2 habe zum Zeitpunkt der Kapitalerhöhung unter Berücksichtigung der durch die Kapitalzuführung ermöglichten Erweiterungsinvestitionen 34,6 Mio. DM bis 52,5 Mio. DM und ohne deren Berücksichtigung lediglich zwischen 200.000 DM und 14,4 Mio. DM betragen. Ohne die Kapitalerhöhung hätten die für die Fortführung des Unternehmens zwingend erforderlichen Erweiterungsinvestitionen nicht durchgeführt werden können. Da die GmbH 2 ohne die Kapitalzuführung nicht überlebensfähig gewesen sei, sei sie, die Klägerin, auch nicht auf Kosten der A bereichert worden. Zudem könnten Kapitalgesellschaften nicht Zuwendende im Sinne des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG sein. Jedenfalls könnten Zuwendungen von Kapitalgesellschaften, die als verdeckte Gewinnausschüttungen (vGA) an nahestehende Personen anzusehen seien, nicht der Schenkungsteuer unterliegen. Davon abgesehen habe es bei A am Willen zur Freigebigkeit gefehlt. Zudem seien die Steuervergünstigungen nach § 13a ErbStG zu Unrecht nicht gewährt worden.

Die Klägerin beantragt, die Vorentscheidung und den Schenkungsteuerbescheid vom 9.11.2009 aufzuheben.

Das FA beantragt, die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

Das Bundesministerium der Finanzen hat mit Schreiben vom 23.8.2013 gemäß § 122 Abs. 2 der Finanzgerichtsordnung (FGO) den Beitritt zum Verfahren erklärt. Nach seiner Ansicht ist der angefochtene Bescheid sowohl verfahrens- als auch materiellrechtlich nicht zu beanstanden.

*Aus den Gründen:*

## II.

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der Vorentscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das FG zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 FGO). Das FG ist zwar zutreffend davon ausgegangen, dass der Steuerfestsetzung weder Festsetzungs-

verjährung noch § 176 Abs. 2 AO oder sonstige verfahrensrechtliche Gründe entgegenstehen und dass A als Zuwendende und die Klägerin als Bedachte einer freigebigen Zuwendung in Betracht kommen. Es hat aber zu Unrecht angenommen, dass das Vorliegen des objektiven und subjektiven Tatbestands einer freigebigen Zuwendung unter Lebenden auf der Grundlage des nach dem Stuttgarter Verfahren ermittelten Unternehmenswerts festgestellt werden kann. Maßgebend ist insoweit vielmehr eine Bewertung nach zivilrechtlichen Grundsätzen. Zudem hat das FG übersehen, dass möglicherweise die Steuervergünstigungen nach § 13a ErbStG zu gewähren sind.

1. Der Steuerbescheid vom 9.11.2009 durfte ergehen, obwohl bei seinem Erlass die regelmäßige Festsetzungsfrist von vier Jahren (§ 169 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 AO) bereits abgelaufen war. Dies ergibt sich aus § 174 Abs. 3 AO. Die Voraussetzungen dieser Vorschrift sind erfüllt.

a) Ist ein bestimmter Sachverhalt in einem Steuerbescheid erkennbar in der Annahme nicht berücksichtigt worden, dass er in einem anderen Steuerbescheid zu berücksichtigen sei, und stellt sich diese Annahme als unrichtig heraus, so kann gemäß § 174 Abs. 3 Satz 1 AO die Steuerfestsetzung, bei der die Berücksichtigung des Sachverhalts unterblieben ist, insoweit nachgeholt, aufgehoben oder geändert werden.

aa) Die Vorschrift soll verhindern, dass ein steuererhöhender oder steuermindernder Vorgang bei der Besteuerung überhaupt nicht berücksichtigt wird, und erfordert deshalb einen „negativen Widerstreit“. Dieser liegt vor, wenn ein bestimmter Sachverhalt in keinem von mehreren in Betracht zu ziehenden Steuerbescheiden (Feststellungsbescheiden) berücksichtigt worden ist, obwohl er in einem dieser Bescheide hätte berücksichtigt werden müssen (BFH, Urteile vom 14.1.2010, IV R 33/07, BFHE 228, 122, BStBl II 2010, S. 586 Rdnr. 22, und vom 14.1.2010 IV R 55/07, BFH/NV 2010, 1075, Rdnr. 16, jeweils m. w. N.). § 174 Abs. 3 AO ist auch dann anwendbar, wenn aufgrund der fehlerhaften Annahme des Finanzamts zunächst ein rechtswidriger Steuerbescheid ergangen und dieser im Rechtsbehelfsverfahren wieder aufgehoben oder geändert worden war (BFH, Urteil vom 28.11.1989, VIII R 83/86, BFHE 159, 418, BStBl II 1990, S. 458). Der auf § 174 Abs. 3 AO gestützte Bescheid kann dabei bereits vor der bestandskräftigen Aufhebung des als fehlerhaft erkannten Bescheids erlassen werden (BFH, Urteil vom 5.11.2009, IV R 99/06, BFHE 228, 98, BStBl II 2010, S. 593 Rdnr. 31).

bb) Der Sachverhalt, der in dem einen oder dem anderen Steuerbescheid berücksichtigt werden muss, muss identisch sein. Das Tatbestandsmerkmal des bestimmten Sachverhalts ist in § 174 AO einheitlich auszulegen; deshalb können für § 174 Abs. 3 Satz 1 AO die für § 174 Abs. 4 Satz 1 AO in ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung entwickelten Auslegungsgrundsätze herangezogen werden (BFH, Urteile in BFHE 228, 122, BStBl II 2010, S. 586 Rdnr. 23, und in BFH/NV 2010, 1075 Rdnr. 17, jeweils m. w. N.).

Danach ist unter einem bestimmten Sachverhalt der einzelne Lebensvorgang zu verstehen, an den das Gesetz steuerliche Folgen knüpft; darunter fällt nicht nur die einzelne steuererhebliche Tatsache oder das einzelne Merkmal, sondern auch der einheitliche, für die Besteuerung maßgebliche Sachverhaltskomplex (BFH, Urteile in BFHE 228, 122, BStBl II 2010, S. 586 Rdnr. 23; in BFH/NV 2010, 1075 Rdnr. 17; vom 16.4.2013 IX R 22/11, BFHE 241, 136 Rdnr. 13, und vom 24.4.2013 II R 53/10, BFHE 241, 63, BStBl II 2013, S. 755 Rdnr. 21, jeweils m. w. N.). Es muss sich um denselben Lebensvorgang handeln, an den das Gesetz steuerliche Folgen knüpft (BFH, Urteile in BFHE 228, 122, BStBl II 2010,

S. 586 Rdnr. 23, und in BFH/NV 2010, 1075 Rdnr. 17, jeweils m. w. N.). Für die Anwendung des § 174 Abs. 3 AO ist entscheidend, dass aus demselben – unveränderten und nicht durch weitere Tatsachen ergänzten – Sachverhalt steuerliche Folgerungen in einem anderen Steuerbescheid hätten gezogen werden sollen (BFH-Urteile in BFHE 228, 122, BStBl II 2010, S. 586 Rdnr. 23, und in BFH/NV 2010, 1075 Rdnr. 17).

cc) Die (erkennbare) Annahme, dass ein bestimmter Sachverhalt in einem anderen Steuerbescheid zu berücksichtigen sei, muss – in sinnvoller Einschränkung des Anwendungsbereichs des § 174 Abs. 3 AO – für dessen Nichtberücksichtigung kausal geworden sein. Dabei ist jedoch unerheblich, ob diese Annahme auf einer sachlichen oder einer rechtlichen Fehlbeurteilung beruht (BFH, Urteile in BFHE 228, 122, BStBl II 2010, S. 586 Rdnr. 24, und in BFH/NV 2010, 1075 Rdnr. 18, jeweils m. w. N.). An der Ursächlichkeit der Annahme für die Nichtberücksichtigung fehlt es nur, wenn die Behörde von diesem Sachverhalt gar keine Kenntnis hatte oder rechtsirrtümlich annahm, dieser Sachverhalt sei – jetzt und auch später – ohne steuerrechtliche Bedeutung (BFH-Urteile in BFHE 228, 122, BStBl II 2010, S. 586 Rdnr. 24, und in BFH/NV 2010, 1075 Rdnr. 18, jeweils m. w. N.).

dd) § 174 Abs. 3 AO gestattet auch die Änderung des Steuerbescheids eines Steuerpflichtigen, wenn der zuerst erlassene oder beabsichtigte Steuerbescheid einen anderen Steuerpflichtigen betraf oder betreffen sollte (BFH, Urteile vom 21.2.1989, IX R 67/84, BFH/NV 1989, 687, und vom 29.10.1991 VIII R 2/86, BFHE 167, 316, BStBl II 1992, S. 832). Die fehlerhafte Annahme des FA muss in diesem Fall für den Steuerpflichtigen erkennbar gewesen sein, gegen den der auf § 174 Abs. 3 AO gestützte Steuerbescheid ergeht (BFH, Urteile in BFH/NV 1989, 687, und in BFHE 167, 316, BStBl II 1992, S. 832). Es ist nicht erforderlich, dass dieser Steuerpflichtige zu dem Einspruchs- oder Klageverfahren des anderen Steuerpflichtigen hinzugezogen oder beigeladen worden war. § 174 Abs. 3 AO unterscheidet sich dadurch von den Fällen des § 174 Abs. 4 und 5 AO (BFH, Urteile vom 1.8.1984, V R 67/82, BFHE 141, 490, BStBl II 1984, S. 788, und in BFH/NV 1989, 687). Gleiches gilt, wenn es nicht um die Änderung, sondern um die von § 174 Abs. 3 AO ebenfalls zugelassene Nachholung einer Steuerfestsetzung gegenüber einem Dritten, also eine erstmalige Steuerfestsetzung diesem gegenüber geht.

ee) Die Nichtberücksichtigung ist im Sinne des § 174 Abs. 3 AO erkennbar, wenn der Steuerpflichtige, gegen den der auf § 174 Abs. 3 AO gestützte Steuerbescheid ergeht, bei verständiger Würdigung erkennen musste, dass ein bestimmter Sachverhalt in einem Steuerbescheid nicht berücksichtigt wurde, weil das FA annahm, der Sachverhalt sei in einem anderen Steuerbescheid zu berücksichtigen (BFH, Urteil in BFHE 167, 316, BStBl II 1992, S. 832). Es reicht dabei aus, wenn die Annahme des FA für den Steuerpflichtigen aus dem gesamten Sachverhaltsablauf erkennbar war (BFH, Urteil in BFHE 159, 418, BStBl II 1990, S. 458).

Erkennbarkeit liegt insbesondere vor, wenn der Steuerpflichtige durch sein eigenes Verhalten das FA veranlasst hat, einen Sachverhalt nicht bei ihm, sondern bei einem anderen zu erfassen. Bei der Frage der Erkennbarkeit muss sich der Steuerpflichtige zudem das Handeln seines steuerlichen Beraters zurechnen lassen (BFH, Urteile in BFH/NV 1989, 687, und in BFHE 228, 98, BStBl II 2010, S. 593 Rdnr. 28).

ff) Sind die Voraussetzungen des § 174 Abs. 3 Satz 1 AO erfüllt, ist die Nachholung, Aufhebung oder Änderung der Steuerfestsetzung nach § 174 Abs. 3 Satz 2 AO bis zum Ablauf der für die andere Steuerfestsetzung geltenden Fest-

setzungsfrist zulässig. Maßgebend ist somit die Festsetzungsfrist für die Steuerfestsetzung, die das Finanzamt zuerst vornehmen wollte oder vorgenommen hat, nicht aber die Festsetzungsfrist für den auf § 174 Abs. 3 AO gestützten neuen Bescheid (Urteil des FG Düsseldorf vom 26.10.2006 11 K 3205/05 G, F, EFG 2007, 318, unter 2. c, durch den BFH inzident gebilligt in dem dazu ergangenen Revisionsurteil in BFHE 228, 98, BStBl II 2010, S. 593 Rdnr. 20 ff., 61).

b) Die Voraussetzungen des § 174 Abs. 3 AO sind danach im Streitfall erfüllt. Die Annahme des FA, im Zusammenhang mit dem Erwerb des Anteils an der GmbH 2 durch die Klägerin im Rahmen der Kapitalerhöhung lägen freigebige Zuwendungen an die Begünstigten der Stiftung vor, hat sich aufgrund des BFH-Urteils in BFHE 226, 399, BStBl II 2010, S. 74 als unrichtig herausgestellt. Für die Klägerin war erkennbar, dass das FA aufgrund dieser Annahme ihr gegenüber keine Schenkungsteuer festgesetzt hatte. Das FA hatte zunächst die Klägerin als Bedachte angesehen und sie deshalb zur Abgabe einer Schenkungsteuererklärung aufgefordert. Erst nach einem umfangreichen Schriftverkehr zwischen der Klägerin und dem FA hatten sich diese dahingehend geeinigt, dass als Schenker A und C und als Bedachte die Begünstigten der Stiftung und nicht die Klägerin in Betracht kommen. Für die Klägerin war somit erkennbar, dass das FA entgegen seiner ursprünglichen Ansicht die Schenkungsteuer nicht ihr gegenüber, sondern gegenüber den Begünstigten der Stiftung festsetzte. Dies genügt für die Anwendbarkeit des § 174 Abs. 3 AO.

Die für die Schenkungsteuer gegenüber den Begünstigten der Stiftung laufende Festsetzungsfrist war gemäß § 171 Abs. 3a Satz 1 AO beim Erlass des Steuerbescheids vom 9.11.2009 noch nicht abgelaufen, da zu diesem Zeitpunkt über die Klage bzw. die Einsprüche der Begünstigten der Stiftung gegen die ihnen gegenüber ergangenen Schenkungsteuerbescheide noch nicht unanfechtbar entschieden war. Der durch Art. 17 Nr. 9 Buchst. b des Steuerbereinigungsgesetzes 1999 (StBereinG 1999) vom 22.12.1999 (BGBl 1999 I, S. 2601) eingefügte § 171 Abs. 3a Satz 1 AO gilt nach Art. 97 § 10 Abs. 9 des Einführungsgesetzes zur Abgabenordnung (Art. 18 Nr. 3 Buchst. b StBereinG 1999) für alle bei Inkrafttreten des StBereinG 1999 (Art. 28 Abs. 2 StBereinG 1999: 30.12.1999) noch nicht abgelaufenen Festsetzungsfristen (vgl. BFH, Urteil vom 10.8.2006, II R 24/05, BFHE 214, 105, BStBl II 2007, S. 87, unter II. 3. b) und somit auch im Streitfall.

2. Die Steuerfestsetzung gegen die Klägerin war auch nicht aufgrund des § 176 Abs. 2 AO ausgeschlossen.

a) Nach dieser Vorschrift darf bei der Aufhebung oder Änderung eines Steuerbescheids nicht zuungunsten der Steuerpflichtigen berücksichtigt werden, dass eine allgemeine Verwaltungsvorschrift der Bundesregierung, einer obersten Bundes- oder Landesbehörde von einem obersten Gerichtshof des Bundes als nicht mit dem geltenden Recht in Einklang stehend bezeichnet worden ist. Es ist dabei nicht erforderlich, dass der oberste Gerichtshof die Verwaltungsvorschrift ausdrücklich für gesetzwidrig erklärt hat. Es genügt vielmehr, wenn sich die sachlich-rechtlichen Aussagen der Verwaltungsvorschrift einerseits und des Urteils des Gerichtshofs andererseits widersprechen (BFH, Urteile vom 28.9.1987, VIII R 154/86, BFHE 151, 107, BStBl II 1988, S. 40; vom 28.9.1987, VIII R 163/84, BFHE 154, 375, BStBl II 1989, S. 50; vom 28.10.1992, X R 117/89, BFHE 170, 11, BStBl II 1993, S. 261, und vom 20.8.1997, X R 58/93, BFH/NV 1998, 314). Für den Erlass erstmaliger Steuerbescheide gilt § 176 Abs. 2 AO nicht (BFH, Urteile vom 23.4.1996, VIII R 13/95, BFHE 181, 1, BStBl II 1998, S. 325, unter 2., und vom

19.3.2002, VIII R 57/99, BFHE 198, 137, BStBl II 2002, S. 662, unter II. B.5. c; BFH, Beschlüsse vom 23.12.2002, XI B 21/02, BFH/NV 2003, 593, unter 2., und vom 4.6.2007, IV B 88/06, BFH/NV 2007, 2088, unter 3. b). Mit den Begriffen der Aufhebung oder Änderung eines Steuerbescheids verweist § 176 AO nach seinem Wortlaut auf § 172 Abs. 1 Satz 1 AO (BFH, Beschluss vom 23.4.2010, V B 89/09, BFH/NV 2010, 1782).

b) Die Voraussetzungen des § 176 Abs. 2 AO sind im Streitfall nicht erfüllt.

aa) Zum einen hat der BFH im Urteil in BFHE 226, 399, BStBl II 2010, S. 74 weder ausdrücklich noch sinngemäß eine allgemeine Verwaltungsvorschrift der Bundesregierung, einer obersten Bundes- oder Landesbehörde als nicht mit dem geltenden Recht in Einklang stehend bezeichnet. Es gab vor dem Erlass dieses Urteils keine derartige Verwaltungsvorschrift, in der bestimmt war, dass dann, wenn eine (mittelbar) zum Vermögen einer rechtsfähigen Stiftung gehörende GmbH im Zuge einer Kapitalerhöhung bei einer anderen Gesellschaft den neuen Geschäftsanteil zu einer Einlage unter Wert übernimmt, darin eine freigebige Zuwendung an die Begünstigten der Stiftung liegt.

b) Zum anderen handelt es sich bei dem Steuerbescheid vom 9.11.2009 nicht um die Aufhebung oder Änderung eines Steuerbescheids, sondern um die erstmalige Festsetzung von Schenkungsteuer gegen die Klägerin.

3. Der Steuerfestsetzung standen auch nicht die allgemeinen Grundsätze des Vertrauensschutzes entgegen. Abgesehen davon, dass der hier nicht einschlägige § 176 AO den Vertrauensschutz speziell regelt, ist dem Vertrauensschutz in den Fällen des § 174 Abs. 3 AO durch das Erfordernis der Erkennbarkeit der Annahme des FA, die sich später als unrichtig herausstellt, hinreichend genügt (BFH, Urteil in BFHE 241, 136, Rdnr. 18).

Das FA hat den Steueranspruch demgemäß auch nicht verwirkt. Ein Steueranspruch wird nicht allein dadurch verwirkt, dass das FA bei seiner Sachbehandlung im Rahmen der Steuerfestsetzung eine unzutreffende, für den Steuerpflichtigen günstige Rechtsansicht vertritt. Das gilt selbst dann, wenn ihm der Sachverhalt bekannt war und der Steuerpflichtige im Vertrauen auf die Rechtsansicht des FA disponiert haben sollte (BFH, Urteil in BFHE 198, 137, BStBl II 2002, S. 662, unter II. B. 5. a).

Im Übrigen setzt sich die Klägerin, die darauf hingewirkt hatte, dass die Schenkungsteuer entgegen der ursprünglichen Absicht des FA nicht ihr gegenüber, sondern gegenüber den Begünstigten der Stiftung festgesetzt wurde, in Widerspruch zu diesem Verhalten, indem sie sich nunmehr auf Vertrauensschutz beruft (vgl. BFH, Urteil in BFH/NV 1989, 687).

4. Das FA hat der Klägerin auch nicht verbindlich zugesagt, es werde selbst dann nicht Schenkungsteuer gegen sie festsetzen, wenn die Steuerfestsetzungen gegen die Begünstigten der Stiftung deshalb aufgehoben werden sollten, weil diese nicht Bedachte einer im vorliegenden Zusammenhang gegebenen freigebigen Zuwendung sind. Eine solche verbindliche Zusage kann der am 20.1.2004 erzielten Einigung zwischen der Klägerin und dem FA nicht entnommen werden.

5. Das FG hat ebenfalls zu Recht angenommen, dass A als juristische Person Schenkerin sein kann und dann, wenn der objektive und der subjektive Tatbestand einer freigebigen Zuwendung erfüllt sind, A die Zuwendende und die Klägerin die Bedachte ist. Entgegen der Ansicht des FG kann aber die Tatbestandsverwirklichung nicht mit dem nach dem

Stuttgarter Verfahren ermittelten Unternehmenswert begründet werden.

a) Gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG gilt als Schenkung unter Lebenden jede freigebige Zuwendung unter Lebenden, soweit der Bedachte durch sie auf Kosten des Zuwendenden bereichert wird.

aa) Eine freigebige Zuwendung setzt in objektiver Sicht voraus, dass die Leistung zu einer Bereicherung des Bedachten auf Kosten des Zuwendenden führt und die Zuwendung objektiv unentgeltlich ist, und in subjektiver Hinsicht den Willen des Zuwendenden zur Freigebigkeit (BFH, Urteile vom 30.1.2013, II R 6/12, BFHE 240, 178, BStBl II 2013, S. 930 Rdnr. 11; vom 16.5.2013, II R 21/11, BFHE 241, 390, BStBl II 2013, S. 922 Rdnr. 9; vom 18.7.2013, II R 37/11, BFHE 242, 158, BStBl II 2013, S. 934 Rdnr. 12, und vom 27.11.2013, II R 25/12, BFH/NV 2014, 537). Erforderlich ist eine Vermögensverschiebung, d. h. eine Vermögensminderung auf der Seite des Zuwendenden und eine Vermögensmehrung auf der Seite des Bedachten (BFH, Urteil vom 18.9.2013, II R 29/11, BFHE 243, 385, BStBl II 2014, S. 261 Rdnr. 11). Diese Vermögensverschiebung muss sich auf die Vermögenssubstanz (einschließlich der Überlassung eines Vermögensgegenstands zum Gebrauch oder zur Nutzung) beziehen. Eine bloße Verminderung des Werts des Vermögens des „Schenkers“ genügt demgegenüber ebenso wenig wie (abgesehen von der nunmehr in § 7 Abs. 8 ErbStG n. F. getroffenen Sonderregelung, vgl. unten II. 5. a bb) eine bloße Erhöhung des Werts des Vermögens des „Bedachten“ (BFH, Urteil vom 30.1.2013, II R 38/11, BFHE 240, 287 Rdnr. 17 bis 19). Ob eine Bereicherung des Empfängers vorliegt und welche Personen als Zuwendender und als Bedachter an einer freigebigen Zuwendung beteiligt sind, bestimmt sich ausschließlich nach der Zivilrechtslage (BFH, Urteil in BFHE 242, 158, BStBl II 2013, S. 934 Rdnr. 12 m. w. N.).

b) Zuwendender kann nach ständiger Rechtsprechung auch eine juristische Person sein (BFH, Urteile vom 1.12.2004, II R 46/02, BFHE 208, 426, BStBl II 2005, S. 311; vom 29.3.2006, II R 15/04, BFHE 213, 232, BStBl II 2006, S. 557; vom 29.3.2006, II R 68/04, BFHE 213, 235, BStBl II 2006, S. 632; vom 17.5.2006, II R 46/04, BFHE 213, 246, BStBl II 2006, S. 720; vom 13.4.2011, II R 45/09, BFHE 233, 178, BStBl II 2011, S. 732, und in BFHE 240, 178, BStBl II 2013, S. 930). Dass eine Kapitalgesellschaft Zuwendende sein kann, hat der Gesetzgeber nunmehr durch die Regelungen in § 7 Abs. 8 Satz 2 und § 15 Abs. 4 ErbStG i. d. F. des Art. 11 Nr. 2 und 3 des Beitreibungsrichtlinie-Umsetzungsgesetzes vom 7.12.2011 (BGBl 2011 I, S. 2592) ausdrücklich klargestellt. Diese Vorschriften wirken insoweit nicht konstitutiv, sondern geben lediglich die bereits zuvor geltende Rechtslage wieder.

b) Werden im Zuge einer Kapitalerhöhung einer GmbH Dritte zur Übernahme neuer Geschäftsanteile zugelassen, sind sie mit der Eintragung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister auf Kosten der Altgesellschafter bereichert, wenn der gemeine Wert der neuen Geschäftsanteile die jeweils zu leistenden Einlagen übersteigt.

aa) Gegenstand der Zuwendung ist der neue Geschäftsanteil. Dem steht nicht entgegen, dass der neue Gesellschafter den Anteil mit Eintragung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister originär erwirbt (BFH, Urteil vom 12.7.2005, II R 8/04, BFHE 210, 474, BStBl II 2005, S. 845, unter II. 1. b). Eine freigebige Zuwendung nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG setzt nicht voraus, dass der Gegenstand, um den der Beschenkte bereichert wird, sich vorher in derselben Gestalt im Vermögen des Schenkers befunden hat und wesensgleich übergeht. „Entreichungsgegenstand“ und „Bereicherungs-

gegenstand“ brauchen nicht identisch zu sein (BFH, Urteile vom 22.6.2010 II R 40/08, BFHE 230, 182, BStBl II 2010, S. 843 Rdnr. 13; vom 28.3.2012 II R 39/10, BFHE 238, 208, BStBl II 2012, S. 712 Rdnr. 25, und in BFHE 240, 287 Rdnr. 21).

bb) Die Bereicherung beruht auf einer Zuwendung der Altgesellschafter. Für diese Beurteilung ist maßgebend, dass die Geschäftsanteile der bisherigen Gesellschafter als Folge der Entstehung eines neuen Anteils oder neuer Anteile eine geringere quotale Beteiligung vermitteln und durch die proportionale Teilhabe des neuen Geschäftsanteils am bisherigen Vermögen der GmbH eine Wertminderung erfahren (BFH, Urteile vom 20.12.2000, II R 42/99, BFHE 194, 435, BStBl II 2001, S. 454, und vom 30.5.2001, II R 6/98, BFH/NV 2002, 26; BFH, Beschluss vom 7.7.2008, II B 9/07, BFH/NV 2008, 1811).

cc) Im vorliegenden Zusammenhang handelt es sich auch dann um eine Zuwendung des Altgesellschafter an den Neugesellschafter, wenn der Altgesellschafter selbst eine Kapitalgesellschaft ist und seine Gesellschafter die Zustimmung zu der Kapitalerhöhung zu den in der Gesellschafterversammlung beschlossenen Bedingungen und den Verzicht auf eine Teilnahme an der Kapitalerhöhung veranlasst haben. Dies ändert nämlich nichts daran, dass die für das Vorliegen einer freigebigen Zuwendung erforderliche Vermögensverschiebung nur zwischen dem Altgesellschafter und dem Neugesellschafter gegeben ist. Zu einer Verminderung der Vermögenssubstanz kommt es ausschließlich beim Altgesellschafter, dessen Geschäftsanteil an der von der Kapitalerhöhung betroffenen Kapitalgesellschaft zwar dem Nominalwert nach unverändert bleibt, aber als Folge der Entstehung eines neuen Anteils oder neuer Anteile eine geringere quotale Beteiligung an der Kapitalgesellschaft vermittelt. Die Geschäftsanteile der Gesellschafter des Altgesellschafter bleiben demgegenüber in ihrer Substanz unberührt. Eine bloße Minderung des Werts dieser Geschäftsanteile ist schenkungsteuerrechtlich ohne Bedeutung (BFH, Urteil vom 7.11.2007, II R 28/06, BFHE 218, 414, BStBl II 2008, S. 258, unter II. 2. d).

Eine Vermögensverschiebung zwischen den Gesellschaftern der Kapitalgesellschaft (Altgesellschafter) und dem Neugesellschafter kann auch nicht mit dem Gesichtspunkt einer Abkürzung des Leistungswegs (vgl. BFH, Urteil in BFHE 218, 414, BStBl II 2008, 258, unter II. 2.) begründet werden. Da einerseits der Neugesellschafter den aufgrund der Kapitalerhöhung entstehenden Anteil mit deren Eintragung in das Handelsregister originär erwirbt und andererseits der Anteil des Altgesellschafter aufgrund der Kapitalerhöhung ohne Änderung des Nominalwerts lediglich eine geringere quotale Beteiligung an der Kapitalgesellschaft vermittelt, bei der die Kapitalerhöhung vorgenommen wird, gibt es keine Vermögenssubstanz, die die Gesellschafter des Altgesellschafter aus dessen Gesellschaftsvermögen entnehmen und im Rahmen einer Abkürzung des Leistungswegs dem Neugesellschafter freigebig zuwenden könnten.

dd) Welche schenkungsteuerrechtlichen Folgen sich ergeben, wenn im Zusammenhang mit der Kapitalerhöhung nach deutschem Recht eine vGA eines Altgesellschafter (Kapitalgesellschaft) an seine Gesellschafter ertragsteuerrechtlich erfasst wird bzw. zu erfassen wäre, kann im Streitfall auf sich beruhen, da kein solcher Sachverhalt gegeben ist. Für eine Verpflichtung Deutschlands, bei der Ausgestaltung des Schenkungsteuerrechts ausländisches Ertragsteuerrecht zu berücksichtigen, gibt es keine Grundlage. Davon abgesehen hat die Klägerin nicht vorgetragen, dass im vorliegenden Zusammenhang die zuständige Finanzbehörde eine vGA der A

an ihre Gesellschafter der Ertragsbesteuerung unterworfen habe.

c) Ob der neue Gesellschafter im Sinne des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG bereichert ist, richtet sich ausschließlich nach bürgerlich-rechtlichen Bewertungsgrundsätzen (vgl. BFH, Urteil vom 17.3.2004, II R 3/01, BFHE 204, 311, BStBl II 2004, S. 429).

aa) Der Wert des neuen Anteils ist auf den Zeitpunkt der Eintragung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister als Bewertungsstichtag (§ 11 ErbStG) zu ermitteln, da die Schenkungsteuer gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG zu diesem Zeitpunkt entsteht. Er entspricht dem Verkehrswert und wird im Streitfall nach der auch für die Ermittlung des Verkehrswerts anwendbaren Vorschrift des § 9 des Bewertungsgesetzes in der im Jahr 1998 geltenden Fassung (BewG) errechnet. Er wird nach § 9 Abs. 1 Satz 2 BewG durch den Preis bestimmt, der im gewöhnlichen Geschäftsverkehr nach der Beschaffenheit des Wirtschaftsguts (neuer Anteil) bei einer Veräußerung zu erzielen wäre. Bei der Feststellung des Werts sind mit Ausnahme ungewöhnlicher oder persönlicher Verhältnisse alle Umstände zu berücksichtigen, die den Preis beeinflussen können (§ 9 Abs. 2 Satz 2 und 3, Abs. 3 BewG). Auf typisierende Steuerwerte kann nicht zurückgegriffen werden (BFH, Urteil vom 24.11.2005, II R 11/04, BFH/NV 2006, 744).

bb) § 11 Abs. 2 Satz 2 i. V. m. § 109 BewG und das Stuttgarter Verfahren sind daher in diesem Zusammenhang nicht anwendbar. Bei diesem Verfahren handelt es sich um ein typisierendes Schätzverfahren (BFH, Urteil vom 12.1.2011, II R 38/09, BFH/NV 2011, 765, Rdnr. 12), das insbesondere aufgrund der Anknüpfung an die Steuerbilanzwerte zu einer großen Streubreite der danach ermittelten Werte im Verhältnis zu den Verkehrswerten führt (Beschluss des BVerfG – BVerfG – vom 7.11.2006 1 BvL 10/02, BVerfGE 117, 1, BStBl II 2007, S. 192, unter C. II.3. b) und daher zur Verkehrswertermittlung nach bürgerlich-rechtlichen Grundsätzen nicht geeignet ist. Vielmehr sind abgesehen von den ungewöhnlichen oder persönlichen Verhältnissen alle tatsächlichen, rechtlichen und wirtschaftlichen Umstände zu berücksichtigen, die üblicherweise vom Markt beachtet werden (BFH, Urteil vom 19.12.2007, II R 22/06, BFH/NV 2008, 962).

cc) Bei der Bewertung nach bürgerlich-rechtlichen Grundsätzen spielen Prognosen für künftige Entwicklungen eine entscheidende Rolle (vgl. dazu im Einzelnen BVerfG, Beschluss in BVerfGE 117, 1, BStBl II 2007, S. 192, unter C. II. 1. a, m. w. N.; *Eisele in Rössler/Troll*, BewG, § 11 Rdnr. 35 bis 38 a, m. w. N.; siehe *Viskorf/Knobell/Schuck/Wälzholz*, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, Bewertungsgesetz, 4. Aufl., § 11 BewG Rdnr. 43 bis 50, 61 f.; *Jülicher in Troll/Gebell/Jülicher*, ErbStG, § 12 Rdnr. 261 ff.; *Wollny*, Unternehmensbewertung für die Erbschaftsteuer, 2012, Rdnr. 61 ff.; *Wassermann*, Deutsches Steuerrecht – DStR – 2010, 183; *Olbrich/Hares/Pauly*, DStR 2010, 1250). Gibt es mehrere anerkannte, auch im gewöhnlichen Geschäftsverkehr für nichtsteuerliche Zwecke übliche Bewertungsmethoden und führen diese zu unterschiedlichen Werten, ist die Methode anzuwenden, die ein Erwerber des Anteils im Zeitpunkt der Eintragung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister nach Erbringung der vom neuen Gesellschafter geschuldeten Leistungen der Bemessung des Kaufpreises zugrunde gelegt hätte. Diese Beurteilung entspricht der Regelung in § 11 Abs. 2 Satz 2 BewG i. d. F. des Art. 2 Nr. 2 des Erbschaftsteuerreformgesetzes vom 24.12.2008 (BGBl 2008 I, S. 3018).

dd) Die steuerrechtlichen Bewertungsvorschriften sind erst im Rahmen der Ermittlung der Bereicherung im Sinne des § 10 ErbStG anzuwenden.

d) Beim Erwerb des neuen Anteils durch den Neugesellschafter gegen eine unter dem Verkehrswert liegende Einlage (Nominalwert der Stammeinlage und ggf. Aufgeld) handelt es sich nicht um eine gemischte, sondern um eine reine Schenkung der Altgesellschafter an den Neugesellschafter. Die Leistung der Einlage durch den Neugesellschafter stellt keine teilweise Gegenleistung, sondern Erwerbsaufwand gemäß § 1 Abs. 2 i. V. m. § 10 Abs. 5 Nr. 3 ErbStG dar (BFH, Urteile in BFHE 194, 435, BStBl II 2001, S. 454; in BFH/NV 2002, 26, und in BFHE 210, 474, BStBl II 2005, S. 845, unter II.2.; ebenso gleich lautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder vom 14.3.2012, BStBl I 2012, S. 331, Tz 2.1.2 Satz 2, Tz 2.1.4). Es liegt auch keine mittelbare Teilschenkung vor, bei der die Aufspaltung des Erwerbsgegenstandes in einen selbst erworbenen und einen geschenkten Teil nach dem Verhältnis der Verkehrswerte von Fremd- und Eigenleistungen zu erfolgen hat (andere Ansicht *Gebel*, DSStR 2003, 622, und *ders.* in *Troll/Gebell/Jülicher*, a. a. O., § 7 Rdnr. 119).

e) Der subjektive Tatbestand einer freigebigen Zuwendung setzt auch in Fällen der vorliegenden Art voraus, dass die Altgesellschafter mit dem Willen zur Freigebigkeit gehandelt haben. Dieser Wille ist aufgrund der den Altgesellschaftern bekannten Umstände nach den Maßstäben des allgemein Verkehrsblichen zu bestimmen (BFH, Urteile in BFHE 194, 435, BStBl II 2001, S. 454, und in BFH/NV 2002, 26). Zu den Umständen, die den Altgesellschaftern bekannt gewesen sein müssen, um nach den Maßstäben des allgemein Verkehrsblichen den Willen zur Freigebigkeit annehmen zu können, gehört die Tatsache, dass der Wert des neuen Geschäftsanteils die zu leistende Einlage erheblich überstieg (BFH, Urteil in BFHE 194, 435, BStBl II 2001, S. 454). Für die Frage der Erheblichkeit ist wegen der Schwierigkeiten, die mit der Unternehmensbewertung nach bürgerlich-rechtlichen Grundsätzen insbesondere aufgrund der dazu erforderlichen, notwendigerweise von subjektiven Wertungen und Einschätzungen abhängigen Prognosen verbunden sind, nicht der absolute, sondern der relative (prozentuale) Unterschied zwischen dem ermittelten Anteilswert und der vom Neugesellschafter zu leistenden Einlage maßgebend. Auf die Kenntnis des genauen Ausmaßes des Wertunterschieds kommt es dabei allerdings nicht an. Die Kenntnis der Altgesellschafter hinsichtlich der Umstände, aus denen sich die objektive Bereicherung des Neugesellschafters ergibt, ist regelmäßig *prima facie* zu unterstellen (vgl. BFH, Urteil in BFHE 210, 474, BStBl II 2005, S. 845, unter II.1. a).

Bei einem auffallenden Missverhältnis zwischen dem bei verständiger und den Umständen nach vertretbarer Beurteilung zugrunde zu legenden Verkehrswert des neuen Anteils und der vom Neugesellschafter zu leistenden Einlage muss nach der Lebenserfahrung zunächst davon ausgegangen werden, dass die Gesellschafter dieses Missverhältnis erkannt haben. In einem solchen Fall muss derjenige, der behauptet, zumindest dem Zuwendenden (Altgesellschafter) sei das auffallend grobe Missverhältnis nicht bekannt gewesen, dies durch konkreten Vortrag entkräften (vgl. BFH, Urteil vom 15.12.2010, II R 41/08, BFHE 232, 210, BStBl II 2011, S. 363 Rdnr. 13).

Unerheblich ist, welche konkreten Motive für den Zuwendenden im Vordergrund standen (BFH, Urteil in BFHE 210, 474, BStBl II 2005, S. 845, unter II.1. c). Der Wille zur Freigebigkeit kann auch dann gegeben sein, wenn es den Altgesellschaftern vorrangig darum ging, für die Kontinuität des Unternehmens zu sorgen (BFH, Urteil in BFH/NV 2002, 26).

f) Das FG hat danach zwar zu Recht angenommen, dass nicht H oder die Gesellschafter der A, sondern A als Zuwendende und die Klägerin als Bedachte einer freigebigen Zu-

wendung in Betracht kommen. Es war aber zu Unrecht der Ansicht, das Vorliegen des objektiven und subjektiven Tatbestands einer freigebigen Zuwendung könne aufgrund des nach dem Stuttgarter Verfahren ermittelten Unternehmenswerts bejaht werden. Maßgebend ist vielmehr insoweit der nach bürgerlich-rechtlichen Bewertungsgrundsätzen zu bestimmende Verkehrswert. Die Vorentscheidung war daher aufzuheben.

6. Die Sache ist nicht spruchreif. Die Bestimmung des Verkehrswerts des neuen Anteils nach bürgerlich-rechtlichen Bewertungsgrundsätzen obliegt dem FG.

a) Das FG wird bei der nachzuholenden Bewertung (auch) zu prüfen haben, ob die von der Klägerin angeführten, nach ihrer Auffassung für den Unternehmenswert zum Zeitpunkt der Eintragung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister maßgeblichen Umstände tatsächlich gegeben waren und welche Auswirkungen diese ggf. auf den Anteilswert und den subjektiven Tatbestand einer freigebigen Zuwendung hatten. Hinsichtlich der Frage, ob sich die ursprüngliche Beteiligung der A an der GmbH 2 aufgrund der Kapitalerhöhung nicht nur quotal verringert hat, sondern sich auch der Verkehrswert der Beteiligung vermindert hat und somit die (etwaige) Bereicherung der Klägerin auf Kosten der A erfolgt ist, müssen der Verkehrswert, den diese Beteiligung im Zeitpunkt der Kapitalerhöhung gehabt hätte, wenn es nicht zu der Kapitalerhöhung gekommen wäre, und der Verkehrswert der Beteiligung nach der Kapitalerhöhung und der Entrichtung der Einlage von 30 Mio. DM durch die Klägerin verglichen werden.

b) Ergibt die nachzuholende Bewertung, dass eine freigebige Zuwendung der A an die Klägerin vorliegt, ist für die Ermittlung der Bereicherung, die gemäß § 10 Abs. 1 Satz 1 ErbStG der Bemessung der Schenkungsteuer zugrunde zu legen ist, der Steuerwert des zugewendeten Anteils an der GmbH 2 maßgebend. Dieser Steuerwert ist nach § 12 Abs. 1 ErbStG i. V. m. § 11 Abs. 2 BewG zu ermitteln.

Liegen wie im Streitfall zeitnahe Verkäufe, aus denen der gemeine Wert abgeleitet werden könnte, nicht vor, so ist der gemeine Wert nach § 11 Abs. 2 Satz 2 BewG unter Berücksichtigung des Vermögens und der Ertragsaussichten der Gesellschaft zu schätzen. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Anteilsbewertung ist, wie sich schon aus § 11 und § 12 Abs. 2 Satz 1 ErbStG ergibt, der Zeitpunkt der Entstehung der Steuer. Diese Vorschriften sind trotz der im BVerfG-Beschluss in BVerfGE 117, 1, BStBl II 2007, S. 192 festgestellten Verfassungsverstöße aufgrund der vom BVerfG getroffenen Weitergeltungsanordnung für Bewertungsstichtage bis zum 31.12.2008 und somit auch im Streitfall anzuwenden (BFH, Urteile vom 1.2.2007, II R 19/05, BFHE 215, 508, BStBl II 2007, S. 635, und in BFH/NV 2011, 765, Rdnr. 10).

Das Stuttgarter Verfahren ist dabei ein im Regelfall geeignetes, allerdings die Gerichte nicht bindendes Schätzverfahren, von dem mit Rücksicht auf die Gleichmäßigkeit der Besteuerung und die Praktikabilität nur abzuweichen ist, wenn es in Ausnahmefällen aus besonderen Gründen des Einzelfalls zu nicht tragbaren, d. h. offensichtlich unrichtigen Ergebnissen führt (BFH, Urteile in BFHE 215, 508, BStBl II 2007, S. 635, und in BFH/NV 2011, 765, Rdnr. 12).

Das FG wird demgemäß auf der Grundlage des nach bürgerlich-rechtlichen Bewertungsgrundsätzen ermittelten Anteilswerts ggf. auch zu prüfen haben, ob dem Ansatz der steuerlichen Bereicherung nach § 10 Abs. 1 Satz 1 ErbStG der nach dem Stuttgarter Verfahren berechnete Wert zugrunde zu legen ist oder ob die Anwendung des Stuttgarter Verfahrens zu einem nicht tragbaren, d. h. offensichtlich unrichtigen Ergebnis führt und daher ausnahmsweise ausgeschlossen ist.

7. Das FG hat darüber hinaus übersehen, dass dann, wenn der Tatbestand einer freigebigen Zuwendung der A an die Klägerin erfüllt ist, der Klägerin unter bestimmten Voraussetzungen die Steuervergünstigungen nach § 13a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und Abs. 2 ErbStG zustehen.

a) Nach § 13a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ErbStG i. d. F. des Art. 16 Nr. 1 des Steueränderungsgesetzes 2001 – StÄndG 2001 – (BGBl 2001 I, S. 3794) bleiben u. a. Anteile an Kapitalgesellschaften im Sinne des § 13a Abs. 4 Nr. 3 ErbStG vorbehaltlich des § 13a Abs. 1 Satz 2 ErbStG insgesamt bis zu einem Wert von 500.000 DM außer Ansatz beim Erwerb durch Schenkung unter Lebenden, wenn der Schenker dem FA unwiderprüflich erklärt, dass der Freibetrag für diese Schenkung in Anspruch genommen wird; dabei hat der Schenker, wenn zum selben Zeitpunkt mehrere Erwerber bedacht werden, den für jeden Bedachten maßgebenden Teilbetrag von 500.000 DM zu bestimmen. § 13a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ErbStG i. d. F. des Art. 16 Nr. 1 StÄndG 2001 findet nach § 37 Abs. 3 ErbStG i. d. F. des Art. 16 Nr. 2 Buchst. b StÄndG 2001 auch auf Erwerbe Anwendung, für die die Steuer nach dem 31.12.1995 entstanden ist, wenn die Steuerfestsetzung am 23.12.2001 noch nicht bestandskräftig war. § 13a Abs. 4 Nr. 3 ErbStG setzt u. a. voraus, dass der Erblasser oder Schenker am Nennkapital der Kapitalgesellschaft zu mehr als einem Viertel unmittelbar beteiligt war. Der nach Anwendung des § 13a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ErbStG verbleibende Wert des Anteils an einer Kapitalgesellschaft im Sinne des § 13a Abs. 4 Nr. 3 ErbStG ist gemäß § 13a Abs. 2 ErbStG mit 60 % anzusetzen. Unter den Voraussetzungen des § 13a Abs. 5 Nr. 4 ErbStG fallen der Freibetrag oder Freibetragsanteil und der verminderte Wertansatz mit Wirkung für die Vergangenheit weg.

b) Der Anwendbarkeit der Steuervergünstigungen nach § 13a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und Abs. 2 ErbStG steht in Fällen der vorliegenden Art nicht entgegen, dass der neue Gesellschafter den Anteil mit Eintragung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister originär erwirbt. Vielmehr ist auch im Zusammenhang mit diesen Vorschriften die schenkungsteuerrechtliche Wertung maßgebend, dass Gegenstand der Zuwendung der Altgesellschafter an den Neugesellschafter der neue Geschäftsanteil ist. Entscheidend für die Anwendbarkeit des § 13a Abs. 4 Nr. 3 ErbStG ist dabei, in welcher Höhe die Altgesellschafter vor der Kapitalerhöhung jeweils am Nennkapital der Kapitalgesellschaft unmittelbar beteiligt waren. Der in § 13a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ErbStG vorgesehene Freibetrag kann für die freigebige Zuwendung eines jeden Altgesellschafter beansprucht werden, der vor der Kapitalerhöhung am Nennkapital der Kapitalgesellschaft zu mehr als einem Viertel unmittelbar beteiligt war. Die in § 13a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Hs. 2 ErbStG vorgesehene Aufteilung des Freibetrags betrifft nur Fälle, in denen ein einziger Schenker zum selben Zeitpunkt mehrere Erwerber bedacht hat.

c) Da es sich in den Fällen, bei denen im Zuge einer Kapitalerhöhung einer GmbH Dritte zur Übernahme neuer Geschäftsanteile, deren gemeiner Wert die jeweils zu leistenden Einlagen übersteigt, zugelassen werden, ohne weitere Verpflichtungen eingehen zu müssen, um eine reine Schenkung handelt und die Leistung der Einlage durch den neuen Gesellschafter keine teilweise Gegenleistung, sondern Erwerbsaufwand gemäß § 1 Abs. 2 i. V. m. § 10 Abs. 5 Nr. 3 ErbStG darstellt, ist der Wert der Einlage im Hinblick auf § 13a Abs. 2 ErbStG nicht von dem (ggf. nach der Anwendung des § 13a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ErbStG verbleibenden) Wert des neuen Anteils an der GmbH abzuziehen. Vielmehr handelt es sich bei der Einlage um Schulden und Lasten, die unter § 10 Abs. 6 Satz 5 ErbStG fallen. Die Einlage ist daher nur mit dem Betrag abzugsfähig, der dem Verhältnis des nach Anwendung

des § 13a ErbStG anzusetzenden Werts des Anteils zu dessen Wert vor Anwendung des § 13a ErbStG entspricht. Maßgebend ist dabei der anzusetzende Steuerwert des zugewendeten Anteils.

d) Wenn es für die Entscheidung darauf ankommt, wird das FG demgemäß auch zu beachten haben, dass die Klägerin unter der Voraussetzung, dass A die Erklärung nach § 13a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ErbStG abgibt, den in dieser Vorschrift vorgesehenen Freibetrag und unabhängig von einer solchen Erklärung den Bewertungsabschlag nach § 13a Abs. 2 ErbStG beanspruchen kann, soweit die Voraussetzungen für die Gewährung dieser Steuervergünstigungen nicht rückwirkend gemäß § 13a Abs. 5 Nr. 4 ErbStG entfallen sind. A war vor der Kapitalerhöhung am Stammkapital der GmbH 2 zu mehr als einem Viertel unmittelbar beteiligt.

Der Bewertungsabschlag ist vom halben Steuerwert des von der Klägerin erworbenen neuen Anteils an der GmbH 2 ggf. nach Abzug des in § 13a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ErbStG vorgesehenen Freibetrags vorzunehmen. Der von der Klägerin für die Hälfte dieses Anteils aufgewendete Betrag von 15 Mio. DM stellt Erwerbsaufwand nach § 10 Abs. 5 Nr. 3 Satz 1 ErbStG dar und ist gemäß § 10 Abs. 6 Satz 5 ErbStG nur mit dem Anteil abzugsfähig, der dem Verhältnis des nach Anwendung des § 13a ErbStG anzusetzenden Werts des halben neuen Anteils an der GmbH 2 zu dem Wert vor Anwendung des § 13a ErbStG entspricht.

#### Anmerkung:

Mit Urteil vom 27.8.2014 hat der BFH seine bisherige Rechtsprechung zur Schenkungsteuerbarkeit der Neuaufnahme eines Gesellschafters im Zuge einer Kapitalerhöhung gegen Einlage unter Verkehrswert bestätigt. Insoweit ist die Entscheidung nicht überraschend. Gleichwohl finden sich in dem Urteil Textpassagen, die nachdenklich stimmen.

#### 1. Neuaufnahme eines Gesellschafters „unter Wert“ ist Schenkung

Zutreffend nimmt der BFH an, dass der bei einer Kapitalerhöhung entstehende Geschäftsanteil Gegenstand einer Schenkung sein kann, wenn im Zuge der Kapitalerhöhung ein neuer Gesellschafter „unter Wert“ aufgenommen wird. Dies setzt voraus, dass der Neugesellschafter mit Wissen der Altgesellschafter eine Einlage leistet, die bei Eintragung der Kapitalerhöhung ins Handelsregister unter dem Wert der von ihm übernommenen Anteile liegt.<sup>1</sup>

#### a) Objektiver Tatbestand: Feststellung einer etwaigen Bereicherung

Der objektive Tatbestand einer freigebigen Zuwendung zwischen Alt- und Neugesellschafter erfordert die Feststellung einer Bereicherung des Neugesellschafter in Form einer Wertdifferenz zwischen dem von ihm übernommenen Anteil und der von ihm an die Kapitalgesellschaft geleisteten Einlage. Der BFH hat nun klargestellt, dass diese Wertdifferenz nach bürgerlich-rechtlichen Grundsätzen festzustellen ist, nicht etwa unter Verwendung typisierender Steuerwerte (zum Beispiel Stuttgarter Verfahren). Maßgeblich ist demnach (auch für Altfälle aus der Zeit vor dem 1.1.2009) der Preis, der im gewöhnlichen Geschäftsverkehr nach der Beschaffenheit des neuen Anteils bei seiner Veräußerung zu erzielen wäre (§ 9 Abs. 2 Satz 1 BewG). Dass es *den richtigen Anteilswert*

<sup>1</sup> So schon BFH, Urteil vom 20.12.2000, II R 42/99, DStRE 2001, 817; BFH, Urteil vom 30.5.2001, II R 6/98, BFH/NV 2002, 26.

nicht gibt, war dem BFH klar. Existieren mehrere im gewöhnlichen Geschäftsverkehr angewandte Bewertungsmethoden, die zu unterschiedlichen Ergebnissen führen, soll deshalb diejenige Methode zur Feststellung der Bereicherung anzuwenden sein, die ein gedachter Erwerber der Bemessung seines Kaufpreises am Stichtag zugrunde gelegt hätte. Leider handelt es sich bei letzterer Formel um einen Zirkelschluss, da das Abstellen auf die vom gedachten Erwerber herangezogene Bewertungsformel die Frage nach dem richtigen Preis nur auf die Ebene der Bewertungsmethode vorverlagert; *die richtige* Bewertungsmethode existiert indes ebenso wenig wie der richtige Wert. Der Rechtsanwender wird sich daher auch künftig auf Bewertungsstreitigkeiten mit der Finanzverwaltung einstellen müssen.

#### b) Subjektiver Tatbestand: Auffälliger Wertunterschied indiziert Schenkung

Nach Ansicht des BFH ist ein Wille des Altgesellschafter zu Bereicherung des Neugesellschafter anzunehmen, wenn dem Altgesellschafter aufgrund der Umstände des Falls bekannt gewesen sein muss, dass der Wert des neuen Anteils den Wert der Einlage des Neugesellschafter *erheblich* übersteigt.<sup>2</sup> Für die Erheblichkeit soll es auf den relativen, prozentualen Unterschied zwischen dem Anteilswert und der Einlage ankommen. Liegt ein „auffallend grobes Missverhältnis“ zwischen dem Verkehrswert des Geschäftsanteils und der Einlage vor, wird nach Ansicht des BFH vermutet, dass die Altgesellschafter dieses Missverhältnis kannten. Die Darlegungslast für das subjektive Element verschiebt sich damit von der Finanzbehörde auf den Altgesellschafter. Ab welchem Wertunterschied ein auffallendes Missverhältnis anzunehmen ist, lässt der BFH offen. Die Finanzverwaltung will im Rahmen von § 7 Abs. 8 ErbStG eine Wertgrenze von 20 % anwenden.<sup>3</sup> Im Schrifttum wird unter Hinweis auf die in gesellschaftsrechtlichen Umstrukturierungsfällen meist vorhandenen Schätzungsunsicherheiten angemerkt, dass unter Umständen eine deutlich höhere Toleranzgrenze gelten muss.<sup>4</sup> Auch auf subjektiver Ebene eröffnet sich damit ein weites Feld künftiger Auseinandersetzungen mit der Finanzbehörde.

## 2. Neue Risiken bei verdeckten Gewinnausschüttungen?

Nach längerem Streit zwischen Finanzverwaltung und Schrifttum hatte der BFH am 30.1.2013 die Diskussion beendet, ob verdeckte Gewinnausschüttungen (vGA) als freigebige Zuwendung der Kapitalgesellschaft an ihre Gesellschafter oder nahestehende Personen der Schenkungsteuer unterliegen können.<sup>5</sup> Der BFH hatte diese Frage verneint, da die Leistung der Kapitalgesellschaft gesellschaftsrechtlich veranlasst und damit nicht freigebig sei. Den Spuk einer Schenkungsteuer auf vGA hatte der BFH mit Urteil vom 7.11.2007 selbst heraufbeschworen, als er beiläufig anmerkte, dass im Falle einer vGA eine freigebige Zuwendung der GmbH an den Empfänger der überhöhten Leistung vorliegen könne.<sup>6</sup> Umso erstaunlicher ist es, dass das Urteil vom 27.8.2014 erneut mehrdeutige Äußerungen zur Schenkungsteuer bei vGA enthält und riskiert, dass der Streit darüber wieder aufflammt.

<sup>2</sup> Vgl. schon BFH, Urteil vom 20.12.2000, II R 42/99, DStRE 2001, 817; BFH, Urteil vom 30.5.2001, II R 6/98, BFH/NV 2002, 26.

<sup>3</sup> Gleichlautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder vom 14.3.2012, BStBl I 2012, S. 331, Tz. 3.4.3.

<sup>4</sup> H.-U. Viskorf, ZEV 2014, 633, 636.

<sup>5</sup> BFH, Urteil vom 30.01.2013, II R 6/12, MittBayNot 2013, 512 m. Anm. Wartenburger; DStR 2013, 649 m. Anm. St. Viskorf/Haag.

<sup>6</sup> BFH, Urteil vom 07.11.2007, II R 28/06, ZEV 2008, 154.

Eine Besonderheit im entschiedenen Fall war, dass sowohl die Altgesellschafter als auch der Neugesellschafter ihrerseits Kapitalgesellschaften waren, deren mittelbare Gesellschafter Angehörige derselben Familie waren. Der Steuerpflichtige hatte auf diese mittelbaren Gesellschafter abgestellt und vorgetragen, dass Zuwendungen von Kapitalgesellschaften, die als vGA an nahestehende Personen anzusehen seien, nicht der Schenkungsteuer unterliegen. Der BFH merkte hierzu an, dass eine vGA *nach deutschem Recht* nicht gegeben sein konnte, da die Altgesellschafter im Streitfall *ausländische* Kapitalgesellschaften waren. Eine Pflicht Deutschlands, im Rahmen der Schenkungsteuer ausländisches Ertragsteuerrecht zu berücksichtigen, bestehe nicht. Überdies habe der Steuerpflichtige nicht vorgetragen, dass die zuständige Finanzbehörde eine vGA festgestellt und mit Ertragsteuer belastet habe.

Diese Ausführungen irritieren. Während der BFH am 30.1.2013 ausgeführt hatte, dass es im Verhältnis einer Kapitalgesellschaft zu ihren Gesellschaftern keine freigebigen Zuwendungen gibt, relativiert der BFH diese Aussage nun dadurch, dass es für die Schenkungsteuerfreiheit der vGA offenbar nicht auf die gesellschaftsrechtliche Veranlassung ankommt, sondern darauf, ob die verdeckte Gewinnausschüttung *ertragsteuerliche* Folgen *im Inland* hatte. Die Diskussion wird dadurch auf die Frage verengt, ob ein Nebeneinander von *deutscher* Ertragsteuer und *deutscher* Schenkungsteuer im gleichen Lebenssachverhalt möglich ist. Hiernach lässt sich nicht ausschließen, dass vergleichbare ausländische Sachverhalte („*constructed dividends*“) der deutschen Schenkungsteuer unterliegen könnten. Die Äußerung des BFH könnte ferner bedeuten, dass Schenkungsteuer dann erhoben werden kann, wenn eine Belastung der vGA mit (ausländischer oder deutscher) Ertragsteuer – egal aus welchen Gründen – unterblieben ist. Rechtssystematisch können diese Äußerungen nicht überzeugen, da sie die schenkungsteuerliche Würdigung eines Lebenssachverhalts von dessen ertragsteuerlichen Folgen im In- oder Ausland abhängig machen.

## 3. Anwendung der Verschonungsregeln für Unternehmensvermögen

Begrüßenswert ist die vom BFH vertretene weite Auslegung der schenkungsteuerlichen Verschonungsregeln für Unternehmensvermögen (§§ 13a, 13b ErbStG). Obwohl die Altgesellschafter den vom Neugesellschafter übernommenen Geschäftsanteil nie selbst besessen haben, sollen die schenkungsteuerlichen Verschonungsregeln anwendbar sein. Vor dem Hintergrund der Entscheidung des BVerfG vom 17.12.2014<sup>7</sup> und dem laufenden Gesetzgebungsverfahren zur Verschärfung der Voraussetzungen für eine Begünstigung nach § 13a ErbStG bleibt allerdings abzuwarten, ob und in welchem Umfang dies in Umstrukturierungssachverhalten künftig noch steuerliche Entlastung bringt.

## 4. Einlage nur Erwerbsaufwand?

Nach bereits mehrfach geäußelter<sup>8</sup> Meinung des BFH ist die Kapitalerhöhung gegen zu geringe Einlage nicht als gemischte Schenkung anzusehen, sondern als voll unentgeltlicher Vorgang. Die Einlage unter Wert soll als Erwerbsaufwand abzugsfähig sein und unterliegt dann ggf. der Abzugsbeschränkung des § 10 Abs. 6 Satz 4 ErbStG. Zur Begründung hatte der BFH am 30.5.2001 darauf verwiesen, dass der

<sup>7</sup> BVerfG, Urteil vom 17.12.2014, I BvL 21/12, DStR 2015, 31.

<sup>8</sup> Vgl. schon BFH, Urteil vom 20.12.2000, II R 42/99, DStRE 2001, 817; BFH, Urteil vom 30.5.2001, II R 6/98, BFH/NV 2002, 26.

Neugesellschafter mit der Einlage keine Leistung an den Altgesellschafter erbringt, sondern an die Kapitalgesellschaft.<sup>9</sup> Das Argument des abweichenden Leistungsempfängers geht jedoch fehl, wie die Rechtsprechung des BFH zu Gleichstellungsgeldern zeigt.<sup>10</sup> Danach ist eine Schenkung unter der Auflage, dass der Beschenkte eine Leistung an eine andere Person als den Schenker erbringt, zweifellos als gemischte Schenkung zu behandeln. Der BFH bleibt eine Erklärung schuldig, warum in dem am 27.8.2014 entschiedenen vergleichbaren Fall ein Abzug der vom Beschenkten erbrachten Gegenleistung nur als Erwerbsaufwand zulässig sein soll.<sup>11</sup>

##### 5. Fazit: Schenkungsteuervorsorge bei Unternehmenstransaktionen

Das Urteil vom 27.8.2014 belegt anschaulich, dass viele gesellschaftsrechtliche Vorgänge schenkungsteuerliche Risiken bergen. Typisch für die Schenkungsteuer ist allerdings der Umstand, dass sich manch ungewollte Besteuerungsfolgen durch sorgsame Transaktionsvorbereitung und entsprechende Dokumentation der von den Parteien zugrundegelegten Vorstellungen vermeiden lassen. Die in vielen Umstrukturierungsfällen misslichen Folgen seiner Rechtsprechung sieht auch der BFH und bietet mit der Anwendung der schenkungsteuerlichen Verschonungsregeln gleich ein – derzeit noch – passendes Ventil hierfür an. Letztlich zeigt der Besprechungsfall, welche Gruppe von gesellschaftsrechtlichen Vorgängen vor allem im schenkungsteuerlichen Fokus der Finanzverwaltung steht: Es geht um Sachverhalte zwischen Verwandten, bei denen zu vermuten ist, dass die Aushandlung der Vertragsbedingungen nicht von gegenläufigen Interessen geleitet war.<sup>12</sup>

Rechtsanwalt und Steuerberater Dr. Maximilian Haag,  
LL.M. (Duke), München

<sup>9</sup> BFH, Urteil vom 30.5.2001, II R 6/98, BFH/NV 2002, 26.

<sup>10</sup> Vgl. BFH, Urteil vom 23.10.2002, II R 71/00, MittBayNot 2003, 320.

<sup>11</sup> Ähnlich Wachter, ZEV 2015, 53.

<sup>12</sup> Vgl. H.-U. Viskorf, ZEV 2014, 633, 636.

24. ErbStG § 13 Abs. 1 Nr. 4b; GG Art. 3 Abs. 1, Art. 6 Abs. 1 (*Steuerbefreiung für letztwillige Zuwendung eines Wohnungsrechts an Familienwohnung an längerlebenden Ehegatten*)

**Ein steuerbegünstigter Erwerb eines Familienheims im Sinne des § 13 Abs. 1 Nr. 4b Satz 1 ErbStG liegt nur vor, wenn der längerlebende Ehegatte von Todes wegen endgültig zivilrechtlich Eigentum oder Miteigentum an einer als Familienheim begünstigten Immobilie des vorverstorbenen Ehegatten erwirbt und diese zu eigenen Wohnzwecken selbst nutzt. Die von Todes wegen erfolgende Zuwendung eines dinglichen Wohnungsrechts an dem Familienheim erfüllt nicht die Voraussetzungen für eine Steuerbefreiung.**

BFH, Urteil vom 3.6.2014, II R 45/12

Die Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin) ist zu 1/3 Miterbin ihres im August 2009 verstorbenen Ehemanns (E). Weitere Miterben sind die beiden Kinder des E.

Zum Nachlass gehörte u. a. ein mit einem Zweifamilienhaus bebautes Grundstück. Entsprechend den testamentarischen Verfügungen des E wurde das Eigentum an diesem Grundstück jeweils zur Hälfte an die beiden Kinder übertragen und der Klägerin unentgeltlich ein lebenslanges, dinglich gesichertes Wohnungs- und Mitbenutzungsrecht an der in dem Haus befindlichen Wohnung eingeräumt, die die Klägerin und E bis zu dessen Tod gemeinsam bewohnt hatten.

Der Beklagte und Revisionsbeklagte (das Finanzamt – FA) vertrat die Auffassung, die Steuerbefreiung für Familienheime gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 4b des Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetzes (ErbStG) sei auf den Erwerb von bloßen Wohnungsrechten nicht anwendbar, und bezog daher den Kapitalwert des der Klägerin eingeräumten Wohnungs- und Mitbenutzungsrechts in die Ermittlung von deren steuerpflichtigem Erwerb ein. Der Einspruch blieb erfolglos.

Das FG wies die Klage mit der Begründung ab, § 13 Abs. 1 Nr. 4b ErbStG sei auf den Erwerb eines bloßen Wohnungs- und Mitbenutzungsrechts weder dem Wortlaut nach noch entsprechend anwendbar. Die Beschränkung der Steuerbefreiung auf den Erwerb von Eigentum oder Miteigentum an einem Familienheim sei verfassungsgemäß. Das Urteil des FG ist in Entscheidungen der Finanzgerichte 2012, 2220 veröffentlicht.

Mit der Revision wendet sich die Klägerin gegen diese Auffassung. In verfahrensrechtlicher Hinsicht regt sie an, das Verfahren bis zur Entscheidung des BVerfG über den Vorlagebeschluss des BFH vom 27.9.2012, II R 9/11, BFHE 238, 241, BStBl II 2012, 899 gemäß § 74 FGO auszusetzen.

Durch den während des Revisionsverfahrens ergangenen Änderungsbescheid vom 14.12.2012 erklärte das FA die Steuerfestsetzung gemäß § 165 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 AO für vorläufig hinsichtlich der Frage der Verfassungsmäßigkeit des ErbStG.

Die Klägerin beantragt, die Vorentscheidung aufzuheben und den Erbschaftsteuerbescheid vom 14.12.2012 dahingehend zu ändern, dass der steuerpflichtige Erwerb ohne Berücksichtigung des Kapitalwerts des ihr eingeräumten Wohnungs- und Mitbenutzungsrechts an der Familienwohnung ermittelt und die Erbschaftsteuer entsprechend herabgesetzt wird.

Das FA beantragt, die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

*Aus den Gründen:*

## II.

Die Revision führt aus verfahrensrechtlichen Gründen zur Aufhebung der Vorentscheidung, weil sich während des Revisionsverfahrens der Verfahrensgegenstand, über dessen Rechtmäßigkeit das FG zu entscheiden hatte, geändert hat (§ 127 FGO). An die Stelle des angefochtenen Erbschaftsteuerbescheids vom 1.8.2012, über den das FG entschieden hat, ist während des Revisionsverfahrens der Bescheid vom 14.12.2012 getreten und nach § 121 Satz 1 i. V. m. § 68 Satz 1 FGO Gegenstand des Verfahrens geworden. Diese Vorschriften gelten auch, wenn ein angefochtener Bescheid lediglich um einen Vorläufigkeitsvermerk ergänzt wird (BFH, Urteil vom 24.4.2013, II R 65/11, BFHE 240, 404, BStBl II 2013, S. 633). Das angefochtene Urteil ist daher gegenstandslos und aufzuheben (BFH-Urteile vom 2.3.2011, II R 5/09, BFH/NV 2011, 1147, und vom 17.4.2013 II R 12/11, BFHE 241, 386, BStBl II 2013, S. 740, jeweils m. w. N.).

Einer Zurückverweisung der Sache an das FG nach § 127 FGO bedarf es jedoch nicht, da sich aufgrund des Änderungsbescheids an den zwischen den Beteiligten streitigen Punkten nichts geändert hat (BFH, Urteile vom 15.12.2010, II R 45/08, BFHE 232, 218, BStBl II 2012, S. 292, und vom 12.1.2011, II R 30/09, BFH/NV 2011, 755). Die vom FG getroffenen tatsächlichen Feststellungen bilden nach wie vor die Grundlage für die Entscheidung des BFH; sie fallen durch die Aufhebung des finanzgerichtlichen Urteils nicht weg, da das finanzgerichtliche Urteil nicht an einem Verfahrensmangel leidet (BFH, Urteile in BFHE 240, 404, BStBl II 2013, S. 633, und in BFHE 241, 386, BStBl II 2013, S. 740).

## III.

Die Sache ist spruchreif. Die Klage ist unbegründet und war daher abzuweisen. Der angefochtene Erbschaftsteuerbescheid ist rechtmäßig und verletzt die Klägerin nicht in ihren Rechten. Die Zuwendung des Wohnungs- und Mitbenutzungsrechts an die Klägerin unterliegt als Erwerb von Todes wegen gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG der Erbschaftsteuer. Die Steuerbefreiung nach § 13 Abs. 1 Nr. 4b Satz 1 ErbStG steht der Klägerin nicht zu.

1. Nach § 13 Abs. 1 Nr. 4b Satz 1 ErbStG bleibt u. a. der Erwerb von Todes wegen des Eigentums oder Miteigentums an einem im Inland belegenen bebauten Grundstück im Sinne des § 181 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 des Bewertungsgesetzes durch den überlebenden Ehegatten steuerfrei, soweit der Erblasser darin bis zum Erbfall eine Wohnung zu eigenen Wohnzwecken genutzt hat und die beim Erwerber unverzüglich zur Selbstnutzung zu eigenen Wohnzwecken bestimmt ist (Familienheim). Der Erwerber kann die Steuerbefreiung nach § 13 Abs. 1 Nr. 4b Satz 2 ErbStG jedoch nicht in Anspruch nehmen, soweit er das begünstigte Vermögen aufgrund einer letztwilligen oder rechtsgeschäftlichen Verfügung des Erblassers auf einen Dritten übertragen muss. Dritter in diesem Sinn kann auch ein Miterbe sein (anderer Ansicht für die vorliegende Fallgestaltung *Jülicher* in *Troll/Gebell/Jülicher*, ErbStG, § 13 Rdnr. 68). Erfüllt der Dritte die Voraussetzungen des § 13 Abs. 1 Nr. 4c ErbStG, steht ihm die Steuerbefreiung nach dieser Vorschrift zu.

2. Die von Todes wegen erfolgte Zuwendung eines dinglichen Wohnungs- und Mitbenutzungsrechts an einer vom Erblasser bis zum Eintritt des Erbfalls zu eigenen Wohnzwecken genutzten Wohnung an den überlebenden Ehegatten erfüllt nicht die Voraussetzungen für die Gewährung der Steuerbefreiung nach § 13 Abs. 1 Nr. 4b Satz 1 ErbStG.

a) Nach ihrem Wortlaut setzt die Vorschrift ausdrücklich den Erwerb von Eigentum oder Miteigentum an einem Familienheim durch den überlebenden Ehegatten voraus. Die Begriffe „Eigentum“ und „Miteigentum“ sind dabei im zivilrechtlichen Sinn zu verstehen. Wie sich auch aus dem systematischen Zusammenhang zu den Sätzen 2 und 3 der Vorschrift ergibt, liegt ein Erwerb im Sinne des § 13 Abs. 1 Nr. 4b Satz 1 ErbStG nur vor, wenn der Erblasser zivilrechtlicher Eigentümer oder Miteigentümer (§ 1008 BGB) des Familienheims war und der überlebende Ehegatte das zivilrechtliche Eigentum oder Miteigentum an dem Familienheim von Todes wegen erwirbt (*Geck* in *Kapp/Ebeling*, § 13 ErbStG Rdnr. 39.7; *Kien-Hümbert* in *Moench/Weinmann*, § 13 ErbStG Rdnr. 35; *Kobor* in *Fischer/Jüptner/Pahlke/Wachter*, ErbStG, 5. Aufl., § 13 Rdnr. 36; *Jochum* in *Wilms/Jochum*, ErbStG, § 13 Rdnr. 84; *Jülicher* in *Troll/Gebell/Jülicher*, a. a. O., § 13 Rdnr. 68). Die Einräumung eines dinglichen Wohnungs- und Mitbenutzungsrechts gewährt dem Rechtsinhaber demgegenüber nur ein Nutzungsrecht (§ 1093 BGB), lässt aber die zivilrechtlichen Eigentumsverhältnisse unberührt und genügt daher nicht den Anforderungen des § 13 Abs. 1 Nr. 4b Satz 1 ErbStG (*Reimann*, Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge 2010, 174, 178). Davon abgesehen begründet ein solches Recht entgegen der Ansicht der Klägerin auch kein wirtschaftliches Eigentum des Berechtigten im Sinne des § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO (BFH, Urteil vom 29.3.2007, IX R 14/06, BFH/NV 2007, 1471 m. w. N.).

b) Der Zweck des § 13 Abs. 1 Nr. 4b Satz 1 ErbStG rechtfertigt ebenfalls nicht die Anwendung der Vorschrift auf den Erwerb eines dinglichen Wohnungs- und Mitbenutzungsrechts durch den überlebenden Ehegatten.

Eine Auslegung gegen den eindeutigen Wortlaut eines Gesetzes kommt nur in Betracht, wenn die wortgetreue Gesetzesanwendung offensichtlich dem Willen des Gesetzgebers widerspricht und zu einem offenbar sinnwidrigen Ergebnis führt, das durch die beabsichtigte Auslegung vermieden oder jedenfalls entscheidend gemindert würde, ohne andere Wertungswidersprüche hervorzurufen (vgl. BFH, Urteile vom 1.8.1974, IV R 120/70, BFHE 113, 357, BStBl II 1975, S. 12; vom 28.10.1983, III R 129/79, BFHE 139, 416, BStBl II 1984, S. 91, und vom 11.6.2013, II R 4/12, BFHE 241, 392, BStBl II 2013, S. 742).

Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Zusammenhang nicht erfüllt. Die Beschränkung des Anwendungsbereichs des § 13 Abs. 1 Nr. 4b Satz 1 ErbStG auf den Erwerb des Eigentums oder Miteigentums an einem Familienheim ist nicht sinnwidrig. Sie entspricht vielmehr der Absicht des Gesetzgebers, die Gewährung einer Steuerbefreiung auf den Erwerb von Wohneigentum durch den überlebenden Ehegatten zu begrenzen. Ausweislich der Gesetzesbegründung (Bericht des Finanzausschusses, BT-Drucks. 16/11107, S. 8) dient die Regelung über die Steuerfreistellung von Wohneigentum für Ehegatten und Lebenspartner „neben dem Schutz des gemeinsamen familiären Lebensraums dem Ziel der Lenkung in Grundvermögen schon zu Lebzeiten des Erblassers“ und der krisenfesten Erhaltung des besonders geschützten Familiengebrauchsvermögens in Gestalt des Familienheims von Ehegatten und Lebenspartnern. Das mit der Vorschrift verfolgte Ziel, die Substanz des begünstigten Immobilienvermögens innerhalb der ehelichen Lebensgemeinschaft zu erhalten, kommt auch in den Regelungen des § 13 Abs. 1 Nr. 4b Satz 2 und 3 ErbStG zum Ausdruck. Durch den darin normierten Wegfall der Steuerbefreiung für den Fall, dass der überlebende Ehegatte das Familienheim aufgrund einer letztwilligen oder rechtsgeschäftlichen Verfügung des Erblassers auf einen Dritten überträgt oder im Rahmen der Nachlassenteilung auf einen Miterben überträgt, soll sichergestellt werden, dass nur demjenigen eine Steuerbefreiung gewährt wird, der endgültig das Eigentum an dem Familienheim erhält (*Jochum* in *Wilms/Jochum*, a. a. O., § 13 Rdnr. 84) und dieses selbst zu eigenen Wohnzwecken nutzt.

c) Aus diesen Gründen scheidet auch eine analoge Anwendung des § 13 Abs. 1 Nr. 4b Satz 1 ErbStG aus. Eine für eine Analogie erforderliche planwidrige Regelungslücke liegt nur vor, wenn das Gesetz, gemessen an seiner eigenen Absicht und der ihm immanenten Teleologie, unvollständig und somit ergänzungsbedürftig ist und seine Ergänzung nicht einer gesetzlich gewollten Beschränkung auf bestimmte Tatbestände widerspricht (BFH, Urteile vom 22.12.2011, III R 5/07, BFHE 236, 137, BStBl II 2012, S. 678, und vom 29.8.2012, II R 49/11, BFHE 238, 499, BStBl II 2013, S. 104, jeweils m. w. N.).

An einer solchen planwidrigen Gesetzeslücke fehlt es vorliegend. Angesichts der mit der Steuerfreistellung verfolgten Ziele und der in § 13 Abs. 1 Nr. 4b Sätze 2 und 3 ErbStG getroffenen Regelungen zum Wegfall der Steuerbefreiung bei Weitergabe des Wohneigentums ist davon auszugehen, dass sich der Gesetzgeber bewusst dafür entschieden hat, nur die Übertragung des Wohneigentums auf den überlebenden Ehegatten und nicht auch die Einräumung eines dinglichen Wohnungs- und Mitbenutzungsrechts am Familienheim zu begünstigen. An diese gesetzgeberische Entscheidung sind die Finanzverwaltung und die Rechtsprechung nach Art. 20 Abs. 3 GG gebunden.

d) Ob eine Steuerbefreiung nach § 13 Abs. 1 Nr. 4b Satz 1 ErbStG zu gewähren wäre, wenn der überlebende Ehegatte

das ihm letztwillig zugewendete Eigentum oder Miteigentum an dem Familienheim unter Vorbehalt eines Wohnungsrechts auf einen Dritten überträgt, ohne hierzu verpflichtet zu sein, braucht vorliegend nicht entschieden zu werden. Denn der Ehegatte hätte in einem solchen Fall – anders als in der Streit-sache – jedenfalls unbeschränktes Eigentum erworben, über das er frei verfügen könnte.

3. Es ist mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Besteuerung vereinbar, dass die Steuerbefreiung des § 13 Abs. 1 Nr. 4b Satz 1 ErbStG nur eingreift, wenn der überlebende Ehegatte das Eigentum oder Miteigentum an dem Familienheim erwirbt, ohne es aufgrund einer letztwilligen oder rechtsgeschäftlichen Verfügung des Erblassers auf einen Dritten übertragen zu müssen, nicht aber, wenn ihm lediglich ein dingliches Wohnungsrecht an der Familienwohnung zugewendet wird.

a) Weder der durch Art. 6 Abs. 1 GG gebotene Schutz der Ehe noch die Gewährleistung des Erbrechts durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG fordern die in § 13 Abs. 1 Nr. 4b Satz 1 ErbStG vorgesehene Steuerbefreiung oder deren Ausdehnung auf weitere Fallgruppen.

Der Gesetzgeber hat nach der Rechtsprechung des BVerfG (vgl. Beschlüsse vom 22.6.1995, 2 BvR 552/91, BVerfGE 93, 165, BStBl II 1995, S. 671; vom 28.10.1997, 1 BvR 1644/94, BVerfGE 97, 1, und vom 21.7.2010, 1 BvR 611/07, 1 BvR 2464/07, BVerfGE 126, 400) aufgrund dieser grundrechtlichen Bindungen die familiäre Verbundenheit der nächsten Angehörigen zum Erblasser auch erbschaftsteuerrechtlich zu berücksichtigen. Das im Verfassungsrecht verankerte Familienprinzip gibt dem Erbschaftsteuerrecht Maß und Richtung (BVerfG-Beschluss in BVerfGE 126, 400, unter B. I.3. a cc). Der steuerliche Zugriff ist danach bei nahen Familienangehörigen, also insbesondere Ehegatten, eingetragenen Lebenspartnern und Kindern, derart zu mäßigen, dass diesen der jeweils überkommene Nachlass zumindest zum deutlich überwiegenden Teil oder, bei kleineren Vermögen, völlig steuerfrei zugute kommt (Beschlüsse in BVerfGE 93, 165, BStBl II 1995, S. 671, unter C. I. 2. b aa, und in BVerfGE 126, 400, unter B. I. 3. a cc [1]). Eine vollständige Steuerbefreiung des von Todes wegen erfolgenden Erwerbs vom verstorbenen Ehegatten ist hingegen verfassungsrechtlich nicht geboten (BVerfG-Beschluss in BVerfGE 97, 1, unter B. I. 2. a).

Die verfassungsrechtlich gebotene Berücksichtigung des Familienprinzips geschieht regelmäßig durch die Gewährung der Freibeträge nach § 16 Abs. 1 ErbStG und die Abstufung des Steuertarifs nach dem Grad der verwandtschaftlichen Beziehungen gemäß §§ 15, 19 ErbStG (BVerfG-Beschluss in BVerfGE 126, 400, unter B. I. 3. a cc (1); BFH, Urteil vom 18.7.2013, II R 35/11, BFHE 242, 153, BStBl II 2013, S. 1051, Rdnr. 11, 20). Der dem überlebenden Ehegatten gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG zustehende Freibetrag von 500.000 € ermöglicht ihm, ein durchschnittliches Einfamilienhaus vom Erblasser von Todes wegen steuerfrei zu erwerben und genügt somit den verfassungsrechtlichen Anforderungen (vgl. BVerfG-Beschluss in BVerfGE 93, 165, BStBl II 1995, S. 671, unter C. I. 2. b aa in Verbindung mit BVerfG-Beschluss vom 22.6.1995, 2 BvL 37/91, BVerfGE 93, 121, BStBl II 1995, S. 655, unter C. II. 5. a; BFH, Beschluss vom 1.9.2004 II B 35/03, BFH/NV 2005, 210). Eine zusätzliche Steuerbefreiung des Erwerbs eines Familienheims oder eines Wohnungsrechts daran durch den überlebenden Ehegatten ist verfassungsrechtlich nicht geboten.

b) Die Einführung der in § 13 Abs. 1 Nr. 4b Satz 1 ErbStG vorgesehenen Steuerbefreiung verpflichtet den Gesetzgeber

auch nicht unter dem Gesichtspunkt des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) dazu, die Steuerbefreiung auf den Erwerb eines dinglichen Wohnungsrechts an der Ehwohnung durch den überlebenden Ehegatten zu erstrecken. Der Gesetzgeber durfte vielmehr die in der Steuerbefreiung liegende Ausnahme von der Besteuerung des gesamten Erwerbs aus den oben unter III. 2. genannten Gründen auf den Erwerb des Eigentums oder Miteigentums an einem Familienheim beschränken, ohne den ihm zustehenden weiten Gestaltungsspielraum zu überschreiten. Es handelt sich dabei um sachlich einleuchtende Gründe für die gesetzliche Differenzierung.

Zudem ist zu berücksichtigen, dass die in § 13 Abs. 1 Nr. 4b Satz 1 ErbStG vorgesehene Steuerbefreiung ihrerseits erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken unterliegt. Die vom Senat im Urteil in BFHE 242, 153, BStBl II 2013, S. 1051, Rdnr. 11, zu § 13 Abs. 1 Nr. 4a ErbStG a. F. erhobenen verfassungsrechtlichen Bedenken bestehen im vorliegenden Zusammenhang gleichermaßen (vgl. *H.-U. Viskorf* in *Viskorf/Knobell/Schuck/Wälzholz*, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, Bewertungsgesetz, 4. Aufl., § 13 ErbStG Rdnr. 49; *Kien-Hümbert* in *Moench/Weinmann*, a. a. O., § 13 ErbStG Rdnr. 35; *Birk/Desens/Tappe*, Steuerrecht, 16. Aufl., Rdnr. 1601). Wie das BVerfG im Beschluss in BVerfGE 93, 121, BStBl II 1995, S. 655, unter C. II. 5. a ausgeführt hat, muss der Gesetzgeber bei der Steuerfreistellung des zur individuellen Lebensgestaltung bestimmten Vermögens Grundeigentümer und Inhaber anderer Vermögenswerte in einem gleichen Individualbedarf steuerlich gleichbehandeln. Es erscheint zweifelhaft, ob § 13 Abs. 1 Nr. 4b Satz 1 ErbStG mit diesem Gleichbehandlungsgebot vereinbar ist. Eine Anwendung dieser Vorschrift über ihren Wortlaut hinaus wäre jedenfalls verfassungsrechtlich noch bedenklicher und ist somit ausgeschlossen.

(...)

#### Anmerkung:

1. Im Unterschied zu anderen Ländern sind Ehegattenerwerbe zu Lebzeiten oder von Todes wegen in Deutschland nicht von der Erbschaft- und Schenkungsteuer befreit;<sup>1</sup> ein „Sonderrecht“ für Zuwendungen unter Ehegatten gibt es also nicht.<sup>2</sup> Eine Ausnahme bildet lediglich der Erwerb des selbstgenutzten Familienheims vom Ehepartner, der bei Zuwendungen zu Lebzeiten gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 4a ErbStG und beim Erwerb von Todes wegen gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 4b ErbStG steuerfrei bleibt. Während die Praxis mit der Steuerbefreiung der lebzeitigen Zuwendung eines Familienheims seit Längerem vertraut ist,<sup>3</sup> liegt mit diesem Urteil des BFH nunmehr die erste höchstrichterliche Entscheidung zu der erst mit dem ErbStRG<sup>4</sup> eingeführten Privilegierung des Familienheim-erwerbs von Todes wegen vor.

<sup>1</sup> Grundlegend BFH, Urteile vom 2.3.1994, II R 59/92, MittBayNot 1994, 847 und vom 2.3.1994, II R 47/92, BFH/NV 1994, 907; bestätigt unter anderem durch BFH, Beschluss vom 16.7.1996, VII B 44/96, BFH/NV 1996, 871.

<sup>2</sup> *Moench/Hübner*, Erbschaftsteuer, 3. Aufl. 2012, Rdnr. 437, sprechen von einem „traurigen Kapitel“ und treten für eine vollständige Steuerfreiheit von Zuwendung zwischen Ehegatten ein. Ebenfalls kritisch in diesem Sinne und mit Anregungen für die ohnehin anstehende (Teil-)Reform des ErbStG *Steiner*, ZErB 2015, 113.

<sup>3</sup> Eingeführt mit dem JStG 1997 vom 20.12.1996, BGBl 1996 I, S. 2049 (mit Rückwirkung zum 31.5.1994).

<sup>4</sup> Erbschaftsteuerreformgesetz 2009 vom 24.12.2008, BGBl 2008 I, S. 3018.

2. Die verfahrensgegenständliche Gestaltung ist typisch: Der Erblasser wendet das Familienheim in der Substanz seinen Kindern zu, die Ehefrau erhält ein lebenslanges, dinglich gesichertes Wohnungsrecht. Der BFH tut sich nicht schwer, dem längerlebenden Ehegatten die sachliche Steuerbefreiung für das ihm zugewandte Wohnungsrecht zu verweigern, da er sich auf den klaren Wortlaut in § 13 Abs. 1 Nr. 4b ErbStG stützen kann, der eben lediglich den „Erwerb von Todes wegen des Eigentums und Miteigentums an einem (...) bebauten Grundstück“ von der Besteuerung ausnimmt (III. 2. a)). Flankierend führt das Gericht teleologische, aus der Gesetzesbegründung abgeleitete Argumente ins Feld (III. 2. b)) und erteilt auch der analogen Anwendung des § 13 Abs. 1 Nr. 4b ErbStG mangels planwidriger Regelungslücke eine klare Absage (III. 2. c)). Auch verfassungsrechtliche Argumente dahingehend, das Familienprinzip des Art. 6 Abs. 1 GG fordere eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Steuerbefreiung des Familienheimerwerbs von Todes wegen, lehnt der BFH ab (III. 3. a)) – im Gegenteil: Der BFH sieht sich nicht nur veranlasst, den Gesetzgeber von einer Verpflichtung aus Art. 3 Abs. 1 GG freizusprechen, den Erwerb eines Wohnungsrechts am Familienheim gleich zu behandeln wie den Erwerb der selbstgenutzten Immobilie in ihrer Substanz, sondern er macht überdeutlich, dass seines Erachtens die „Steuerbefreiung [des Familienheims] ihrerseits erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken unterliegt.“ (III. 3. b)).<sup>5</sup>

3. Die gesamte Argumentation lässt keinen Zweifel daran aufkommen, dass das Urteil unabhängig von der Qualität des dem Ehegatten zugewandten Nutzungsrechts, also auch im Falle eines Nießbrauchs, so ergangen wäre. Wenn es bei der Gestaltung der Rechtsnachfolge von Todes wegen gerade auf das Ausnutzen der Steuerbefreiung des § 13 Abs. 1 Nr. 4b ErbStG ankommt, sind folglich Gestaltungen wie die verfahrensgegenständliche zu vermeiden, denn auch die Kinder kommen mangels Selbstnutzung der Wohnung nicht in den Genuss der Steuerbefreiung.

Unabhängig von der erbschaftsteuerrechtlichen Würdigung sind Gestaltungen wie die hier behandelte allerdings zivilrechtlich häufig sinnvoll und von den Beteiligten gewünscht. Hintergrund ist der nicht selten anzutreffende Wunsch des Erblassers, den Übergang des Familienheims auf die gemeinsamen Kinder zu sichern und dessen Weitergabe an einen etwaigen zukünftigen Lebensgefährten des überlebenden Ehegatten zu verhindern. Nicht ungewöhnlich ist auch der

<sup>5</sup> In diesem Sinne – wenig überraschend – auch die Kommentierung des Senatsvorsitzenden *Viskorf* in *Viskorf/Knobel/Schuck/Wälzholz*, Erbschaft- und Schenkungsteuergesetz, Bewertungsgesetz, 4. Aufl. 2012, § 13 ErbStG, Rdnr. 49, der die Tragfähigkeit der Gründe für die Verschonung des Familienheimerwerbs für „klärungsbedürftig“ hält.

Fall eines in zweiter, kinderloser Ehe verheirateten Erblassers, der das Familienheim den Kindern aus erster Ehe zwar erhalten, seinem Ehepartner zu dessen Lebzeiten jedoch die Nutzung der Immobilie sichern will. Inwieweit man sich bei der Gestaltung einer Verfügung von Todes wegen vom Erbschaftsteuerrecht im Allgemeinen und von § 13 Abs. 1 Nr. 4b ErbStG in den hier angesprochenen Konstellationen im Besonderen leiten lassen will, zum Beispiel durch ein Ausweichen auf die Einsetzung des Ehepartners als Vorausvermächtnisnehmer und der Kinder als Nachvermächtnisnehmer,<sup>6</sup> ist stets eine Frage des Einzelfalls.

4. Besonders die Steuerbefreiung des Erwerbs eines Familienheims von Todes wegen – und zwar sowohl durch Ehegatten/Lebenspartner (§ 13 Abs. 1 Nr. 4b ErbStG), als auch durch Abkömmlinge (§ 13 Abs. 1 Nr. 4c ErbStG) – wartet indes mit weiteren Fallstricken auf.<sup>7</sup> Zu nennen ist hier neben dem Erfordernis der Selbstnutzung durch den Erblasser vor allem der Nachversteuerungsvorbehalt für den Fall der Aufgabe der Selbstnutzung durch den Erwerber, der nur entfällt soweit der Erwerber aus „zwingenden Gründen“ an einer Selbstnutzung zu eigenen Wohnzwecken gehindert ist, § 13 Abs. 1 Nr. 4b und Nr. 4c jeweils Satz 5 ErbStG. Die Finanzverwaltung legt das Merkmal der „zwingenden Gründe“ sehr eng aus, ebenso bisher die Finanzrechtsprechung.<sup>8</sup>

Generell wird man davon ausgehen müssen, dass die Rechtsprechung § 13 Abs. 1 Nr. 4a-4c ErbStG tendenziell eng auslegt.<sup>9</sup> Sofern möglich, ist jedenfalls unter dem Aspekt der Steuerbefreiung des Erwerbs eines Familienheims durch den Ehegatten der leibzeitigen Übertragung unter dem Regime des § 13 Abs. 1 Nr. 4a ErbStG der Vorzug zu geben.<sup>10</sup>

Notar Dr. *Benedikt Selbherr*, Weilheim i. OB

<sup>6</sup> So vorgeschlagen von *Jülicher*, ZEV 2015, 562, 563 und von *Ihle*, notar 2015, 46, 47. Zu weiteren Gestaltungsvorschlägen siehe auch *Reimann*, ZEV 2010, 174; *Jülicher*, ZErB 2009, 222; *N. Mayer*, ZEV 2009, 439.

<sup>7</sup> Wie überhaupt die Steuerbefreiung für das selbstgenutzte Familienheim vom Gesetzgeber reichlich kompliziert geregelt worden ist, mit Recht kritisch *Wachter* in FS Spiegelberger, 2009, 524, 526.

<sup>8</sup> R E 13.4. Abs. 2 Satz 3 und Abs. 7 Satz 5 ErbStR 2011; FG Münster, Urteil vom 31.1.2013, 3 K 1321/11, ZEV 2013, 635 (n. rkr., Revision beim BFH unter Az. II R 13/13).

<sup>9</sup> Vgl. aus jüngster Zeit BFH, Urteil vom 18.7.2013, II R 35/11, DNotZ 2014, 271: Zuwendungen von Zweit- und Ferienwohnungen nicht steuerbefreit gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 4a ErbStG.

<sup>10</sup> *Viskorf* in *Viskorf/Knobel/Schuck/Wälzholz*, ErbStG und BewG, § 13 ErbStG, Rdnr. 59; *Moench/Hübner*, Erbschaftsteuer, Rdnr. 456: „Königsweg“.

## HINWEISE FÜR DIE PRAXIS

### Zur Gehörgewähr durch das Grundbuchamt

Von Notar *Michael Volmer*, Starnberg

1. *Morhard* hat im vorangehenden Heft dieser Zeitschrift eindringlich auf die Folgeprobleme der Gehörgewähr des Grundbuchamts gegenüber dem Nacherben bei entgeltlichen Verfügungen des vollumfänglich befreiten Vorerben aufmerksam gemacht. Das Problem ist mir, wenngleich nicht mit dem von ihm geschilderten Zeitverlust, ebenfalls untergekommen. Nachdem ich es daraufhin zum Inhalt von Vortragsveranstaltungen gemacht hatte, konnte ich aber feststellen, dass sich diese Verfahrenshandhabung bisher auf einzelne Grundbuchämter beschränkte. Wenn nun, im Anschluss an neueste Entscheidungen des OLG Düsseldorf<sup>2</sup> und des OLG München<sup>3</sup> mit dem OLG Bamberg<sup>4</sup> ein zweites bayerisches Obergericht diese Handhabung fordert, ist künftig mit einer flächendeckenden Anwendung dieser Rechtsgrundsätze zu rechnen. Die praktischen Folgerungen sind immens. Man bedenke nur die verbreiteten Vor-/Nacherbschaften, denen der grundbesitzende Adel nach Ablösung der Fideikommission immer noch unterliegt.<sup>5</sup> Und das Problem beschränkt sich rechtstechnisch auch nicht auf die entgeltlichen Verfügungen des Vorerben, sondern auf die Grundbuchberichtigung gemäß § 22 GBO schlechthin. Gehör wird beispielsweise auch in Fällen der lastenfreien Abschreibung von Grunddienstbarkeiten nach § 1025 BGB gewährt. Der einzige Fall, so könnte man spöttisch anmerken, in dem bisher zur Grundbuchberichtigung noch kein rechtliches Gehör diskutiert wurde, ist die Anfrage beim Verstorbenen bei Löschung seines Altenteilrechts.

2. Die von *Morhard* gegen dieses Verfahren vorgebrachten Argumente treffen zu. Nur ist zweifelhaft, ob sie die Grundbuchämter überzeugen werden. Die geschilderte Verfahrenshandhabung steht nach meinem Eindruck nicht für sich. Sie ist vielmehr Ergebnis von auch anderenorts in der deutschen Justiz auftretenden Entwicklungen und steht insoweit lediglich „pars pro toto“. Die Aufarbeitung dieser Entwicklung und die Darstellung der dagegen zu erhebenden Einwände würde den Rahmen dieser Darstellung überschreiten, deswegen an dieser Stelle nur so viel:

Die deutsche Justiz tut sich allgemein schwer, einen – auch erheblichen – Zeitgewinn höher zu bewerten als eine bloß erhoffte Verbesserung an Richtigkeitsgewähr. Deswegen wird sie gegenüber den von *Morhard* angeführten Rechten des Vorerben auf Vornahme der Verfügung immer die grundsätzliche Substanzzuweisung an den Nacherben für vorrangig erachten. Im Übrigen hat unter anderem aus diesem Grunde das registrierrechtliche Freigabeverfahren (§ 246a AktG) bei weitem

nicht die Erfolge erzielt, die sich der Gesetzgeber erhofft hatte.<sup>6</sup>

Zum anderen wird der Anspruch auf Gehörgewähr, gerade im Zuge der Entscheidung des BVerfG zum Erfordernis eines verfahrensimernen Rechtsbehelfs gegenüber der betreuungsgerichtlichen Genehmigung,<sup>7</sup> extrem, sogar: extremst, hochgehalten. Daran ändert auch nichts, dass die Entscheidung des BVerfG meines Erachtens die zivilrechtliche Situation der betreuungsgerichtlichen Genehmigung nicht richtig eingeordnet hat, dass der damals dem BVerfG unterbreitete Sachverhalt auch nach der FGG-/FamFG-Reform nicht anders entschieden würde,<sup>8</sup> und dass der Verfahrenspfleger die Einhaltung der Verfahrensgarantie (zumal rechtliches Gehör) überwachen, nicht aber das objektiv beste Verfahrensergebnis erzielen soll.<sup>9</sup> Also, große Rechtsunsicherheit, enormer Aufwand, erheblicher Zeitverlust und alles in allem: l'art pour l'art – aber verfassungsrechtlich geboten!(?) Zudem neigt die Justiz wesentlich stärker dazu, auch mittelbar Betroffene anzuhören, als dies der notariellen Praxis je entsprechend könnte. Der zur Verschwiegenheit verpflichtete Notar dürfte ja von sich aus gar nicht beliebige Drittbeteiligte von einem Vorgang informieren. Daraus erklärt sich, noch ein Beispiel, die Diskussion über das Erfordernis der Angabe der übergangenen gesetzlichen Erben beim Erbscheinsantrag des Testamentserben.<sup>10</sup>

3. Jedenfalls befürchte ich, dass die notarielle Praxis mit der von *Morhard* dargestellten Verfahrenshandhabung seitens der Grundbuchämter weiterhin rechnen muss, was die Frage nach vorsorgenden Vorkehrungen hiergegen stellt.

a) Zunächst ist in zeitlicher Hinsicht die Gehörgewähr mit einzukalkulieren. Insoweit ist richtig, dass die Rechtsprechung der Obergerichte zur vermuteten Entgeltlichkeit<sup>11</sup> für die Vollzugsdauer nichts gebracht hat. Lediglich entfällt der Aufwand für die Vertragsbeteiligten selbst: Weil die Gehörgewähr Pflichtaufgabe des Grundbuchamtes ist, obliegt es diesem, die anzuhörenden Beteiligten selbst zu ermitteln.<sup>12</sup> In absehbarer Zukunft ist dabei hoffentlich auch die interne Zuständigkeit innerhalb der AG geklärt, so dass nicht noch dauernde negative Kompetenzkonflikte ausgefochten werden müssen.

<sup>6</sup> Trotz Reform der Norm erst im Jahre 2009 fordert zum Beispiel *Stohlmeier* schon in NZG 2010, 1011 weitere Verbesserungen für die AG.

<sup>7</sup> BVerfG, Beschluss vom 18.1.2000, 1 BvR 321/96, MittBayNot 2000, 311.

<sup>8</sup> OLG Hamm, Beschluss vom 7.9.2010, 15 W 111/10, DNotZ 2011, 223.

<sup>9</sup> So BGH, Urteil vom 22.7.2009, XII ZR 77/06, NJW 2009, 2814 im 3. LS.

<sup>10</sup> MünchKommBGB/J. Mayer, 6. Aufl. 2013, § 2355 Rdnr. 8.

<sup>11</sup> *Morhard*, a. a. O.; *Volmer* in KEHE, Grundbuchrecht, 7. Aufl. 2014, § 29 GBO Rdnr. 26.

<sup>12</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.3.2012, 3 Wx 299/11, RNotZ 2012, 328.

<sup>1</sup> *Morhard*, MittBayNot 2015, 361.

<sup>2</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.3.2012, 3 Wx 299/11, RNotZ 2012, 328.

<sup>3</sup> OLG München, Beschluss vom 10.8.2012, 34 Wx 187/12, DNotZ 2013, 24.

<sup>4</sup> OLG Bamberg, Beschluss vom 22.1.2015, 3 W 3/15, MittBayNot 2015, 402.

<sup>5</sup> Exemplarisch BGH, Urteil vom 5.12.2007, IV ZR 275/06, MittBayNot 2008, 301.

b) Bei bekannten Nacherben bliebe immerhin die Option, diese sogleich nur zum Zwecke der Gehörgewähr an der Beurkundung zu beteiligen oder jedenfalls den Vorerben zu ermutigen, seinerseits entsprechend an die Nacherben heranzutreten. Das Gehör kann ja auch vorab, also ohne vorherige Aufforderung durch das Grundbuchamt, wahrgenommen werden. Dies habe ich zwar noch nicht bei einer Vorerbenverfügung praktiziert, sehr wohl aber bei Erbscheinsanträgen der testamentarisch zur Alleinerbin berufenen Witwe durch Mitwirkung der gemeinschaftlichen Kinder.

Im Übrigen kann vertragliche Vorsorge wohl nicht beim Kaufvertrag, sondern nur – soweit notariell abgefasst – bei der Verfügung von Todes wegen ansetzen, so dass zumindest dem Amtsnachfolger die Arbeit kollegialiter erleichtert wird.

c) Hier gilt zunächst: Die Vor-/Nacherbfolge eröffnet zwar Optionen kann insgesamt aber von Übel sein. Es sollte sich deswegen bei jedem Wunsch des Erblassers auf Vor-/Nacherbschaft umso dringlicher die Frage der Angemessenheit dieser Gestaltung stellen, insbesondere im Hinblick auf ergebnisähnliche Vermächtnislösungen.<sup>13</sup>

d) In den verbleibenden Fällen sollte meines Erachtens gelten: Keine Vor-/Nacherbfolge ohne Testamentsvollstreckung für den Nacherben, damit zumindest die Ansprechperson unmittelbar bekannt ist und zur Verfügung steht. Eine entsprechende Ergänzung der Testamente könnte vorschlagsweise wie folgt lauten:

<sup>13</sup> Zum Behindertentestament aufgrund Vermächtnislösung etwa *Spall*, MittBayNot 2001, 14.

Ich ernenne AA zum Testamentsvollstrecker mit der Aufgabe, die Rechte und Pflichten der Nacherben bis zum Eintritt des Nacherbfalls wahrzunehmen. Ersatzweise berufe ich NN zum Testamentsvollstrecker mit gleichem Aufgabenbereich. Sollte auch dieser das Amt nicht übernehmen, wird das AG um Ernennung eines Testamentsvollstreckers ersucht. Unabhängig vom dann erreichten Lebensalter des Nacherben endet die Testamentsvollstreckung mit Eintritt des Nacherbfalls, vorausgesetzt dass der Nacherbe seinerseits keiner weiteren Nacherbfolge unterliegt. Der Testamentsvollstrecker erhält Ersatz seiner Auslagen sowie ferner eine Vergütung auf Stundensatzbasis nach Maßgabe des Höchstsatzes der für Steuerberater gesetzlich vorgesehenen Stundensatzvergütung, derzeit gemäß § 13 StBGV.<sup>14</sup>

<sup>14</sup> An dieser Stelle nur: Eine vom Nachlasswert abgeleitete Vergütung halte ich bei diesem Aufgabenbereich für nicht angemessen. Im Übrigen, vorbehaltlich einer gesonderten Darstellung, *Zimmermann*, Die Testamentsvollstreckung, 4. Aufl. 2014, Rdnr. 711 ff.

# Vorsorgeurkunden für elektronische Zugangsberechtigungen

Von Notar Dr. *Stefan Gloser*, Naila

## I. Einführung<sup>1</sup>

Ein Mandant wünscht die „Hinterlegung“ von elektronischen Zugangsberechtigungen, insbesondere von Passwörtern. Die Lösung soll Sicherheit in mehrfacher Hinsicht bieten: Datensicherheit, vor allem bezüglich Vorhersehbarkeit und Kontrollierbarkeit der Herausgabe an Berechtigte, sowie eine verlässliche Verwahrstelle, insbesondere deren sichere Existenz zeitlebens des Mandanten. Kann ihm der Notar dabei behilflich sein – und wenn ja, wie?

## II. Allgemeines

Der Notar wird die Errichtung einer General- und Vorsorgevollmacht sowie einer zusätzlichen Vorsorgeurkunde empfehlen.<sup>2</sup> Bei dieser im Schrifttum und in den Medien<sup>3</sup> bereits angesprochenen Lösung werden elektronische Zugangsdaten in eine notarielle Niederschrift aufgenommen und auf diese Weise beim Notar „verwahrt“. Der Notar kann individuell zur Herausgabe der Niederschrift an Dritte angewiesen werden, zum Beispiel an Vorsorgebevollmächtigte oder an einen für bestimmte Aufgabenkreise bestellten Betreuer. Die Dauerhaftigkeit dieser Lösung wird durch die Vorschriften der BNotO zur Vertretung, Verwaltung von Notarstellen und Aktenverwahrung<sup>4</sup> gewährleistet, der Datenschutz durch die notarielle Schweigepflicht (§ 18 BNotO). Um bei immer wieder eintretenden Passwortänderungen oder Hinzutreten neuer Benutzerkonten häufige Neubeurkundungen<sup>5</sup> zu vermeiden, empfiehlt es sich, die Vorsorgeurkunde auf ein gleichbleibendes „Masterpasswort“ zu beziehen, mit welchem auf eine vom Berechtigten selbst gepflegte verschlüsselte Passwortdatenbank (in welcher sämtliche Zugangsdaten einschließlich sog.

„Sicherheitsfragen“ samt zugehöriger Antworten<sup>6</sup> enthalten sind) zugegriffen werden kann.<sup>7</sup>

## III. Formulierungsvorschlag mit Erläuterungen<sup>8</sup>

Mittels nachfolgenden Formulierungsvorschlags kann eine Urkunde nach vorstehenden Maßgaben errichtet werden:

### 1. Formulierungsvorschlag (Grundmuster)

URNr. /2015

#### Vorsorgeurkunde für elektronische Zugangsberechtigungen

Am ...

erschien vor mir, Notar

...

mit dem Amtssitz in ...:

..., ausgewiesen durch gültigen amtlichen Lichtbildausweis

– nachfolgend „der Erschienenene“<sup>9</sup> genannt –

#### I. Niederschrift eines Passworts

Der Erschienenene wünscht, zu Vorsorgezwecken ein Passwort zu einer Datenbank mit Zugangsdaten niederzuschreiben.

Das Passwort ist in der Anlage zu dieser Urkunde enthalten. Auf die Anlage wird verwiesen. Der Erschienenene erklärt, das Passwort selbst niedergeschrieben zu haben und hat die Anlage mir, dem Notar, übergeben.

#### II. Hinweise und Belehrungen

Der Notar hat darüber belehrt, dass der Erschienenene selbst

- überprüfen muss, ob die Überlassung des niedergeschriebenen Passworts an die in Ziffer III. bestimmten Personen zulässig ist. Dem Erschienenenen ist bekannt, dass die heutige Urkunde keine Vollmacht und keine letztwillige Verfügung darstellt und damit die Berechtigung zur Nutzung des niedergeschriebenen Passworts gesondert geschaffen werden muss;
- den in Ziffer III. genannten Personen eventuell zur Benutzung des niedergeschriebenen Passworts erforder-

<sup>1</sup> Sämtliche in diesem Beitrag zitierten Internetquellen wurden zuletzt am 20.9.2015 abgerufen.

<sup>2</sup> Eine deutliche Empfehlung zur Vorsorge sprach unlängst *Pruns*, AnwZert ErbR 11/2015 Anm. 2 (juris), aus.

<sup>3</sup> Vgl. *Brinkert/Stolze/Heidrich*, ZD 2013, 153, 156; *Dopatka*, NJW-aktuell 49/2010, 14; *Hahne*, Westfälische Rundschau vom 18.2.2014, Rubrik „Leben“: „Für immer online? Der digitale Nachlass“; *Gloser*, DNotZ 2015, 4, 11 ff.; *Leeb*, K&R 2014, 693, 698; Münstersche Zeitung vom 31.12.2013, Rubrik „Lokales“: „Das Google-Konto geht die Erben an“; *Schleswig-Holsteinische Notarkammer*, Markt für Ahrensburg, Bargteheide, Trittau vom 29.3.2014, S. 13: „Das Problem des ‚digitalen Nachlasses‘“; *Rott/Rott*, NWB-EV 2013, 160, 167; *Weichert*, zitiert in *Schultejans*, Spiegel Online vom 17.11.2009: „Vererbte Passwörter: Wie Netznutzer für den eigenen Tod vorsorgen“, abrufbar unter <http://www.spiegel.de/netzwelt/web/vererbte-passwoerter-wie-netznutzer-fuer-den-eigenen-tod-vorsorgen-a-661731.html>. Vgl. die Empfehlung der früheren Bayerischen Staatsministerin für Justiz und Verbraucherschutz, *Beate Merk*, vom 12.7.2013, Pressemitteilung abrufbar unter <http://www.bayern.de/verbraucherschutzministerin-merk-raet-zur-digitalen-vorsorgevollmacht-am-besten-schon-zu-lebzeiten-festlegen-was-mit-den-eigenen-daten-geschehen-soll>. Die vorstehenden Fundstellen sind nur eine Auswahl und ließen sich noch deutlich erweitern.

<sup>4</sup> Vgl. §§ 38 ff. (Bestellung von Vertretern bei verhinderten Notaren), § 51 Abs. 1 i. V. m. § 45 Abs. 2 und 4 (Verwahrung von Akten und Büchern) sowie § 58 Abs. 1 und 2 BNotO (Notariatsverwaltungen).

<sup>5</sup> *Bleich*, c't 2/2013, 62, 64; *Rott/Rott*, NWB-EV 2013, 160, 168 (mit Verweis auf *Dopatka*, NJW-aktuell 49/2010, 14); *Steiner/Holzer*, ZEV 2015, 262, 265 f.

<sup>6</sup> *Rott/Rott*, NWB-EV 2013, 160, 168 empfehlen zu Recht die Aufnahme zur Passwortrücksetzung erforderlicher Daten in Passwortdatenbanken (was insbesondere bei Schreibfehlern von Bedeutung sein kann). Vgl. zu „Sicherheitsfragen“ auch *Leeb*, K&R 2014, 693, 698; *Pruns*, NWB 2013, 3161, 3162.

<sup>7</sup> Ebenso *Bleich*, c't 2/2013, 62, 64; *Bös*, FAZ.net vom 12.4.2013: „Was nach dem Tod mit E-Mail-Konten passiert“, abrufbar unter <http://www.faz.net/-gqm-78c4u>; *Leeb*, K&R 2014, 693, 698; *Rott/Rott*, NWB-EV 2013, 160, 167; *Stiftung Warentest*, test 3/2015, 49, 51; *Verbraucherzentrale Bundesverband*, abrufbar unter [http://www.machts-gut.de/downloads/Checkliste\\_Tipps\\_Nachlass.pdf](http://www.machts-gut.de/downloads/Checkliste_Tipps_Nachlass.pdf). Ausführlich dazu *Gloser*, DNotZ 2015, 4, 13.

<sup>8</sup> Vgl. zu den Erläuterungen bereits *Gloser*, DNotZ 2013, 4, 11 ff.

<sup>9</sup> Es wird hier auf den „Erschienenenen“, nicht auf den „Beteiligten“ abgestellt, weil der Begriff des Beteiligten auf die Beurkundung von Willenserklärungen zugeschnitten ist (*Winkler*, BeurkG, 17. Aufl. 2013, § 37 Rdnr. 11 m. Fn. 2 m. w. N.).

liche weitere Zugangsvoraussetzungen schaffen, insbesondere die mit dem niedergeschriebenen Passwort verschlüsselten Daten sowie eventuell weiter erforderliche Schlüsseldateien zur Verfügung stellen muss.

### III. Erteilung von Abschriften

1. Der Notar wird angewiesen, dem Erschienenen von der heutigen Niederschrift eine beglaubigte Abschrift im Auszug (ohne Anlage) zu erteilen.

2. Der Notar wird weiter angewiesen, ausschließlich folgenden Personen jederzeit auf deren jeweiligen gesonderten Antrag, jedoch nur bei persönlicher Anwesenheit vor dem Notar, eine vollständige Abschrift der heutigen Urkunde (einschließlich etwa mit ihr gemäß Ziffer IV. 2 verbundener Niederschriften) zu erteilen:

- a) dem Erschienenen persönlich; und/oder
- b) volljährigen Personen, welche sich durch Vorlage einer wenigstens öffentlich beglaubigten Vollmacht als vertretungsberechtigte Bevollmächtigte des Erschienenen ausweisen; und/oder
- c) Personen, welche sich durch Vorlage eines Betreuerausweises als gerichtlich bestellte vertretungsberechtigte Betreuer des Erschienenen ausweisen; die Anordnung des Aufgabenkreises gemäß § 1896 Abs. 4 BGB ist zum Zwecke der Erteilung von Abschriften nicht erforderlich; und/oder
- d) volljährigen Personen, welche sich durch Erbschein oder nachlassgerichtliche Eröffnungsniederschrift samt beglaubigter Abschrift einer notariell errichteten Verfügung von Todes wegen wenigstens als Miterbe (Vorerbe ist ausreichend) nach dem Erschienenen ausweisen. Dies gilt unabhängig von etwa angeordneter Testamentsvollstreckung.

Untervollmachten sind unbeachtlich.

Der Notar ist bei Vorliegen vorstehender Voraussetzungen zur Erteilung einer vollständigen Abschrift der heutigen Niederschrift berechtigt. Umstände, die sich nicht aus den vorgelegten Legitimationsunterlagen ergeben, sind für die Erteilung von Abschriften unbeachtlich; zu weiteren Nachforschungen ist der Notar nicht verpflichtet.

Notar in vorstehendem Sinne sind auch dessen amtlich bestellte Vertreter und Amtsnachfolger.

### IV. Schlussbestimmungen

1. Die Kosten der heutigen Urkunde trägt der Erschienene. Die Kosten der weiteren Niederschrift (Ziffer IV. 2) trägt derjenige, der die Erteilung einer vollständigen Abschrift begehrt.

2. Über jede Erteilung einer vollständigen Abschrift gemäß Ziffer III. 2 soll der Notar eine weitere Niederschrift errichten, welche mit der heutigen Urkunde zu verbinden ist.

3. Der Erschienene versichert die Richtigkeit vorstehender Niederschrift.

Unterschrift des Erschienenen

....., den .....

Hierüber Niederschrift

Unterschrift Notar und Siegel

### ANLAGE

Das Passwort des Erschienenen lautet:

.....

– Ende der Anlage –

### 2. Niederschrift des Passworts

Im vorstehenden Formulierungsvorschlag wurde die Form der Niederschrift im Sinne des §§ 36 ff. BeurkG gewählt, nachdem keine Willenserklärungen zu beurkunden sind.<sup>10</sup> Es bietet sich an, den Erschienenen das Passwort handschriftlich in eine Anlage zur Niederschrift eintragen zu lassen, um eine Speicherung im Entwurf in der EDV des Notars zu vermeiden. Die Aufspaltung in Haupturkunde und Anlage gewährleistet eine leichtere Trennbarkeit bei der Erstellung auszugswesiger Abschriften.<sup>11</sup> Eine Identitätsfeststellung ist beurkundungsrechtlich nicht zwingend erforderlich,<sup>12</sup> aber aus Beweisgründen zu empfehlen.<sup>13</sup>

### 3. Belehrungen

Die Belehrungen verdeutlichen die Funktionsweise der Vorsorgeurkunde. Der Erschienene muss sicherstellen, dass zugangsgeschützte Daten je nach deren Art nur berechtigten Dritten zur Verfügung gestellt werden dürfen (man denke an schweigepflichtrelevante Datenbestände<sup>14</sup>).<sup>15</sup> Die hier vorgestellte Urkunde ist darüber hinaus weder Vollmacht noch letztwillige Verfügung. Sie schafft nur eine rein tatsächliche Zugriffsmöglichkeit und setzt eine anderweitige materiellrechtliche Berechtigung (z. B. Betreueramt, Erbenstellung<sup>16</sup>) voraus,<sup>17</sup> die ggf. zu gesonderter Urkunde geschaffen werden muss (zum Beispiel Vollmacht). Die angesprochenen Punkte kann der Notar allerdings nicht überprüfen, sondern liegen in der Verantwortung des Beteiligten. Sofern verschiedene Da-

<sup>10</sup> Vgl. *Winkler*, BeurkG, Vor § 36 Rdnr. 3.

<sup>11</sup> Vgl. Ziffer III. 1 des Formulierungsvorschlags.

<sup>12</sup> § 10 BeurkG ist im Rahmen der §§ 36, 37 BeurkG nicht anwendbar, vgl. *Eylmann/Vaasen/Limmer*, Bundesnotarordnung, Beurkundungsgesetz, 3. Aufl. 2011, § 36 BeurkG Rdnr. 1; *Winkler*, BeurkG, vor § 36 Rdnr. 12 ff.; § 37 Rdnr. 9 ff.

<sup>13</sup> Vgl. *Winkler*, BeurkG, § 37 Rdnr. 10 und vor § 36 Rdnr. 15.

<sup>14</sup> Ebenso *Rott/Rott*, NWB-EV 2013, 160, 168. Diese empfehlen zu Recht, dass „im Bereich extrem sensibler Zugangsdaten“ (genannt werden Bankkonten und Unternehmensnetzwerke) eine Abstimmung mit dem Vertragspartner erfolgen sollte. Vgl. auch *Gloser*, DNotZ 2015, 4, 14 m. w. N.

<sup>15</sup> *Rott/Rott*, NWB-EV 2013, 160, 168 gehen zutreffend davon aus, dass man mit der „Hinterlegung“ eines General-/Masterpassworts den AGB der meisten Online-Dienste entspricht, wonach Zugangsdaten nicht an Dritte gegeben werden dürfen. Diese Zugangsdaten bleiben nämlich im Klartext ausschließlich beim Berechtigten.

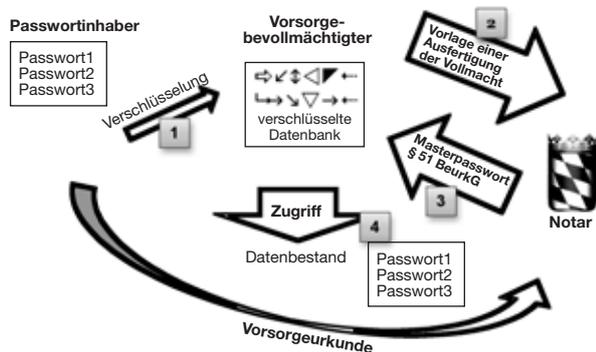
<sup>16</sup> Näher zur Streitfrage, ob Erben oder Angehörige auf sog. „digitalen Nachlass“ zugreifen dürfen, statt vieler *Herzog*, in *Deutscher Anwaltverein*, Stellungnahme zum Digitalen Nachlass, 2013, S. 30 ff., insbesondere 48 ff.; *dies.*, NJW 2013, 3745, 3746 ff.; *Hoeren*, NJW 2005, 2113, 2114 ff.; *Pruns*, NWB 2013, 3161, 3163 ff.; *ders.*, AnwZert ErbR 11/2015 Anm. 2 (juris).

<sup>17</sup> *Gloser*, DNotZ 2015, 4, 11. Vgl. zur Unterscheidung von tatsächlichem Zugriff und juristischer Berechtigung *Bräutigam*, in *Deutscher Anwaltverein*, Stellungnahme zum Digitalen Nachlass, 2013, S. 22.

tenbestände an unterschiedliche Personen gelangen müssen, sind mehrere Vorsorgeurkunden zu errichten.<sup>18</sup>

Die Vorsorgeurkunde bezieht sich nur auf die Niederschrift eines Passworts. Die Verwahrung und Pflege der zugangsgeschützten Daten (zweiter Hinweis) erfolgt dagegen eigenverantwortlich durch den Erschienenen.<sup>19</sup> Dieser legt eine durch das niedergeschriebene Passwort geschützte Passwortdatenbank an, in welcher er – regelmäßig aktualisiert – sämtliche Zugangsdaten verwaltet.<sup>20</sup> Die Datenbank muss der Erschienenene zugriffsbereit<sup>21</sup> verwahren; eine notarielle Datenträgerverwahrung, welche den Rahmen einer einfachen Urkunde sprengen würde,<sup>22</sup> ist nicht erforderlich.

Schematisch kann man sich die Funktionsweise der Vorsorgeurkunde am Beispiel eines Vorsorgebevollmächtigten wie folgt vorstellen:



#### 4. Herausgabeanweisung

Die Herausgabe vollständiger Abschriften (also einschließlich der Anlage mit Passwort) muss zur Vermeidung von Verzögerungen und Verstößen gegen § 51 BeurkG aufgrund möglichst genauer Vorgaben formal und ohne Prüfung weitergehender Erfordernisse erfolgen, es sei denn diese ergeben sich aus der Vorsorgeurkunde selbst.<sup>23</sup> Ziffer III. des Formulierungsvorschlags enthält deshalb eine detaillierte Herausgabeanweisung. Generell ist auf eine genaue Abstimmung mit einer etwa bereits vorhandenen (Vorsorge-)Vollmacht des Beteiligten zu achten; dies betrifft sowohl deren Form wie auch deren Umfang.

##### a) Persönliche Herausgabe

Der Formulierungsvorschlag sieht vor, dass eine Herausgabe vollständiger Abschriften „nur bei persönlicher Anwesenheit vor dem Notar“ erfolgen darf. Aufgrund der großen Verant-

wortung bei der Herausgabe von Passwörtern erscheint es sachgerecht, sich persönlich durch Vorlage eines Ausweisdokuments und etwa erforderlicher Legitimationsurkunden (Vollmachten, Erbscheine usw.) von der Identität der die Abschrift begehrenden Person zu überzeugen. Darüber hinaus wird hierdurch die Dokumentation der Erteilung vollständiger Abschriften mittels eigener Niederschrift gesichert.<sup>24</sup>

##### b) Formerfordernis von Vollmachtsurkunden

Das Formerfordernis hinsichtlich der vorzulegenden Vollmachtsurkunde kann grundsätzlich frei gewählt werden. Aufgrund der besonderen Bedeutung des herauszugebenden Passworts erscheint es sinnvoll, wenigstens die Vorlage einer öffentlich beglaubigten Vollmacht (§ 129 BGB) zu verlangen.

##### c) Erforderliche Vertretungsmacht

Die erforderliche Vertretungsmacht kann ebenfalls frei gewählt werden. Im Formulierungsvorschlag werden keine weiteren Voraussetzungen aufgestellt; die Vertretungsmacht muss die Entgegennahme von (beliebigen) Passwörtern umfassen („vertretungsberechtigt“). General- und Vorsorgevollmachten entsprechend den üblichen Formulierungsvorschlägen, welche zur Vertretung in allen Angelegenheiten betreffend das Vermögen und die Person des Erschienenen (ggf. soweit rechtlich zulässig) ermächtigen, sind daher ausreichend. Eine gesonderte Erwähnung der Entgegennahme von Passwörtern erscheint dort zwar zur Verdeutlichung möglich, ist aber entbehrlich.<sup>25</sup>

Denkbar sind auch (Spezial-)Vollmachten zur Entgegennahme von Passwörtern. Soll lediglich eine Vollmacht für Vermögensangelegenheiten oder lediglich für persönliche Angelegenheiten erteilt werden, muss aus Sicht des hier besprochenen Formulierungsvorschlags geregelt sein, ob sie auch die Entgegennahme von Passwörtern umfasst – man weiß schließlich nie, was mit einem Passwort konkret verschlüsselt worden ist. Ein ausführlicher Formulierungsvorschlag zur Verwendung in der Vollmacht findet sich bei *Herzog*;<sup>26</sup> alternativ könnte hinsichtlich des Passworts wie folgt formuliert werden:

Die Vollmacht umfasst (darüber hinaus) die Einrichtung, Übernahme und Aufhebung elektronischer Zugänge und Berechtigungen einschließlich der Entgegennahme<sup>27</sup> von Zugangsdaten.

Bei Betreuern genügt jedenfalls eine Betreuung für alle Angelegenheiten oder ein speziell auf die Erteilung einer vollständigen Abschrift der Vorsorgeurkunde angepasster Aufgabenkreis. Der Formulierungsvorschlag stellt klar, dass eine ge-

<sup>18</sup> *Gloser*, DNotZ 2015, 4, 14; *Rott/Rott*, NWB-EV 2013, 160, 167. Es wäre auch denkbar, mehrere Passwörter in verschiedenen Anlagen niederzuschreiben und unterschiedliche Herausgabeanweisungen zu erteilen. Aus Übersichtlichkeits- und damit auch aus Haftungsgründen ist hiervon jedoch abzuraten.

<sup>19</sup> *Gloser*, DNotZ 2015, 4, 15.

<sup>20</sup> Vgl. oben Ziffer II. Das verlangt natürlich „Disziplin“: so *Steiner/Holzer*, ZEV 2015, 262, 266.

<sup>21</sup> *Steiner/Holzer*, ZEV 2015, 262, 266.

<sup>22</sup> Vgl. zum Aufwand derartiger Verwahrgeschäfte (insbesondere Erfordernis von Vorgaben zur Lagerung von Datenträgern) *Eylmann/Vaasen/Hertel*, § 54e BeurkG Rdnr. 24; *Leistner*, MittBayNot 2003, 3, 8.

<sup>23</sup> Vgl. Formulierungsvorschlag: „Der Notar ist bei Vorliegen vorstehender Voraussetzungen zur Erteilung einer vollständigen Abschrift der heutigen Niederschrift berechtigt. (...)“

<sup>24</sup> Vgl. Ziffer IV. 2 des Formulierungsvorschlags sowie unten Ziffer III. 6.

<sup>25</sup> Vgl. aber *Kroß/Horn/Solomon/Herzog*, Nachfolgerecht, 2015, 9. Kap. Rdnr. 79; *Steiner/Holzer*, ZEV 2015, 262, 265 („Unterpunkt in allgemeiner Vorsorgevollmacht“); ähnlich *Rott/Rott*, NWB-EV 2013, 160, 167 („eine auf diesen Anwendungsbereich hin formulierte (notarielle) Generalvollmacht sollte ebenfalls akzeptiert werden“).

<sup>26</sup> *Kroß/Horn/Solomon/Herzog*, Nachfolgerecht, 9. Kap. Rdnr. 80.

<sup>27</sup> Hier wurde bewusst auf die Angabe verzichtet, wer die Zugangsdaten herausgibt (es sind also beliebige Personen einschließlich des Notars und aller Provider erfasst). Einschränkend *Kroß/Horn/Solomon/Herzog*, Nachfolgerecht, 9. Kap. Rdnr. 80 („zur Anforderung gegenüber den Anbietern“); bei Verwendung des dortigen Formulierungsvorschlags zum Zwecke der Herausgabe von Passwörtern durch den Notar sollte der vorstehend in der Klammer zitierte Einschub angepasst werden (etwa „zur Anforderung gegenüber jedermann“).

sonderte Anordnung des (schwerwiegenden)<sup>28</sup> Aufgabenkreises gemäß § 1896 Abs. 4 BGB (Entscheidungen über Fernmeldeverkehr sowie Entgegennahme, Anhalten und Öffnen von Post des Betreuten) nicht erforderlich ist. Diese Anordnung wäre auch rein spekulativ, weil in der Regel nicht bekannt ist, was durch das Passwort gesichert ist.<sup>29</sup>

#### d) Erben

Erben legitimieren sich durch die im Formulierungsvorschlag genannten Unterlagen. Konkret genügt das Erscheinen eines von mehreren Miterben, wobei unerheblich ist, ob dieser Vorerbe oder Vollerbe ist. Nachdem der Nachlass einem Nacherben erst mit Eintritt des Nacherbfalles anfällt (§ 2139 BGB) und der Nacherbe bis dorthin lediglich Anwartschaftsberechtigter ist,<sup>30</sup> ist er erst ab Eintritt des Nacherbfalles zum Erhalt von Abschriften berechtigt.

#### e) Testamentsvollstreckung

Solange keine Testamentsvollstreckung beabsichtigt ist oder sie sich lediglich auf andere Aufgaben (zum Beispiel Vermächtniserfüllung betreffend Grundbesitz) bezieht, kann sie, wie im Grundmuster, für unbeachtlich erklärt werden. Vollständige Abschriften der Niederschrift werden dann dem Erben, nicht aber einem dennoch bestellten Testamentsvollstrecker erteilt. Soll dem Testamentsvollstrecker zusätzlich zu den Erben ein Anspruch auf Erteilung einer Abschrift gewährt werden, kann man in Ziffer III. 2 des Grundmusters ergänzend was folgt anordnen:

e) Personen, welche sich durch Testamentsvollstreckerzeugnis wenigstens als Mit-Testamentsvollstrecker über den Nachlass des Erschienenen mit beliebigem Aufgabenkreis und unabhängig von etwaigen gegenständlichen Beschränkungen der Testamentsvollstreckung ausweisen.

Vorstehend wird zur Ermöglichung einer zügigen Prüfung ausschließlich auf das Testamentsvollstreckerzeugnis als Legitimationsurkunde abgestellt, welches im Rechtsverkehr jederzeit verlangt werden kann.<sup>31</sup> Der Notar muss dabei nicht prüfen, ob es aufgrund außerhalb des Zeugnisses selbst liegender Umstände noch in Kraft<sup>32</sup> ist.<sup>33</sup>

Alternativ kann zusätzlich die Abschriftenberechtigung von (einzelnen) Erben ausgeschlossen werden. Auch hier empfiehlt sich zur Vermeidung komplizierter Prüfungen eine klare

<sup>28</sup> BeckOK-BGB/G. Müller, Ed. 36, Stand 1.8.2015, § 1896 Rdnr. 46; MünchKommBGB/Schwab, Bd. 8, 6. Aufl. 2012, § 1896 Rdnr. 254.

<sup>29</sup> Gloser, DNotZ 2015, 4, 17. Ebenso wenig ist (bereits im Hinblick auf Briefpost) eine ausdrückliche Erwähnung von Post- und Fernmeldeangelegenheiten in General- und Vorsorgevollmachten erforderlich, weil das Gesetz dies – anders als bei bestimmten Maßnahmen im Rahmen der §§ 1904, 1906 BGB – nicht vorsieht, so zutreffend G. Müller, DNotZ 2015, 403, 407 f. m. w. N.; Müller/Renner, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis, 4. Aufl. 2015, Rdnr. 402 m. w. N. Dies gilt konsequenterweise auch im Hinblick auf die Herausgabe von Passwörtern, die sich (möglicherweise oder sicher) auf E-Mail-Konten beziehen.

<sup>30</sup> Statt vieler Palandt/Weidlich, 73. Aufl. 2014, § 2100 Rdnr. 12.

<sup>31</sup> Bengell/Reimann/Reimann, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 5. Aufl. 2013, 2. Kap. Rdnr. 275 (mit Hinweis auf BGH, WM 1961, 479).

<sup>32</sup> Vgl. § 2368 Abs. 3 Hs. 2 BGB sowie statt vieler Bengell/Reimann/Reimann, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 2. Kap. Rdnr. 277.

<sup>33</sup> Vgl. Ziffer III. 2 des Grundmusters: „Umstände, die sich nicht aus den vorgelegten Legitimationsunterlagen ergeben, sind für die Erteilung von Abschriften unbeachtlich.“

Regelung, also beispielsweise Ausschluss auf Zeit (wenn etwa die Testamentsvollstreckung bis zu einem bestimmten Zeitpunkt angeordnet ist) oder ein genereller Ausschluss bezüglich aller oder einzelner Erben.<sup>34</sup>

Im Grundmuster statt d):

Die Erteilung von vollständigen Abschriften der heutigen Urkunde und etwaiger weiterer Niederschriften im Sinne der Ziffer IV. 2 an Erben des Erschienenen wird ausgeschlossen.

Oder (in Ergänzung der Ziffer d) des Grundmusters):

Die Erteilung von vollständigen Abschriften der heutigen Urkunde und etwaiger weiterer Niederschriften im Sinne der Ziffer IV. 2 an Erben des Erschienenen wird innerhalb eines Zeitraumes von ... Jahren nach dem Erbfall/bis einschließlich zum ... (Datum) ausgeschlossen.

Oder jeweils:

(...) an Herrn X und/oder dessen gesetzliche Abkömmlinge  
(...)

#### f) Konkrete Herausgabe- oder Nichtherausgabe-anweisung

Soll beispielsweise einem Vermächtnisnehmer oder einer anderweitig namentlich bestimmten Person ein Abschriftenanspruch zugestanden werden, kann dies in Ziffer III. 2 des Grundmusters, ggf. ergänzend, geregelt werden. Um sich nicht mit der (kaum sicher möglichen) Prüfung der Annahme oder Ausschlagung von Vermächtnissen befassen zu müssen, sollte die Berechtigung von Ersatzvermächtnisnehmern oder sonstigen Ersatzpersonen von abstrakten Gegebenheiten abhängig gemacht werden.

#### Beispiel:

e) Herrn X, sofern er eine Sterbeurkunde des Erschienenen vorlegt, und/oder

f) Frau Y, sofern sie eine Sterbeurkunde des Erschienenen vorlegt sowie entweder

sie eine Sterbeurkunde des Herrn X vorlegt oder

sie eine wenigstens öffentlich beglaubigte Erklärung des Herrn X des Inhalts vorlegt, dass Herr X hiermit einverstanden ist oder

ein Vertreter des Herrn X entsprechend den Ziffern b) oder c) bei persönlicher Anwesenheit vor dem Notar sein Einverständnis hiermit erklärt.

## 5. Optionale Regelungen

Die Herausgabe des Passworts an Vertreter von Erben ist im konkreten Formulierungsvorschlag aus Vereinfachungsgründen ausgeschlossen, ebenso die Berücksichtigung von Untervollmachten. Im Grundmuster ist darüber hinaus die Erteilung von Abschriften an minderjährige Erben und Vertreter (vgl. § 165 BGB) ausgeschlossen.

## 6. Niederschriften über die Erteilung vollständiger Abschriften

Durch die Verbindung eventueller weiterer Niederschriften über die Herausgabe von Passwörtern mit der Haupturkunde

<sup>34</sup> Gloser, DNotZ 2015, 4, 18 f.

lässt sich später feststellen, wer Passwörter entgegengenommen hat (was bei späteren Passwortänderungen aus Beweisgründen nützlich sein kann). Verlangt ein Berechtigter eine vollständige Abschrift der Niederschrift, ist dessen Berechtigung zu prüfen<sup>35</sup> und über die Erteilung der vollständigen Abschrift eine weitere Niederschrift zu errichten, welche dann mit der Haupturkunde verbunden wird. Es empfiehlt sich, aus Beweisgründen von den vorgelegten Legitimationsurkunden eine beglaubigte Abschrift zu erstellen und diese der weiteren Niederschrift beizufügen.

Formulierungsvorschlag zu einer Niederschrift über die Aushändigung einer vollständigen Abschrift:

URNr. /2015

### Niederschrift über die Erteilung einer vollständigen Abschrift einer Vorsorgeurkunde für elektronische Zugangsberechtigungen

Am ...

erschien vor mir, Notar

...

mit dem Amtssitz in ...:

..., ausgewiesen durch gültigen amtlichen Lichtbildausweis – nachfolgend „der heute Erschienene“ genannt –.

#### I. Abschriftenbegehren

Mit Urkunde des amtierenden Notars vom ... (Datum) („Vorurkunde“) hat ... (nachfolgend „Passwortinhaber“ genannt) ein Passwort zur Weitergabe an bestimmte Personen niederschreiben lassen.

Der heute Erschienene bat um Erteilung einer vollständigen beglaubigten Abschrift der Vorurkunde.

#### II. Legitimation

Der heute Erschienene legte eine Ausfertigung der General- und Vorsorgevollmacht zur Urkunde des Notars ... vom ... (URNr. .../...) vor. Hierin hat der Passwortinhaber den heute Erschienenen, soweit rechtlich zulässig, ohne Einschränkungen zur Vertretung in allen vermögens- und persönlichkeitsrechtlichen Angelegenheiten bevollmächtigt. Beglaubigte Abschrift dieser vorgelegten Ausfertigung ist der heutigen Niederschrift als Anlage beigefügt; auf die Anlage wird verwiesen.

Gemäß Ziffer III. 2. b) der Vorurkunde war damit eine vollständige Abschrift der Vorurkunde an den heute Erschienenen zu erteilen.

<sup>35</sup> Winkler, BeurkG, § 51 Rdnr. 5 ff.

### III. Schlussbestimmungen

1. Die Kosten der heutigen Niederschrift trägt der heute Erschienene.

Die heutige Niederschrift ist mit der Vorurkunde zu verbinden und mit dieser auszufertigen.

2. Der heute Erschienene versichert die Richtigkeit vorstehender Niederschrift.

Unterschrift des heute Erschienenen

....., den .....

Hierüber Niederschrift

Unterschrift Notar

#### 7. Zweifelsfälle

Sollten bei der Erteilung vollständiger Abschriften Zweifel an der Anspruchsberechtigung (vgl. § 51 BeurkG) bestehen, etwa an der Gleichwertigkeit<sup>36</sup> einer ausländischen Unterschriftsbeglaubigung oder sonstiger Legitimationsurkunden, kann der Notar auf das Beschwerdeverfahren gemäß § 54 BeurkG verweisen. Es empfiehlt sich deshalb, bei der Niederschrift eines Passworts auf die Errichtung einer wenigstens notariell beglaubigten General- und Vorsorgevollmacht hinzuwirken, sofern dies noch nicht geschehen ist.

#### IV. Zusammenfassung

Mit der vorstehend aufgezeigten Lösung erhält der Mandant eine sichere und nachhaltige Möglichkeit, bestimmten Personen sowohl nach seinem Ableben wie auch schon zu seinen Lebzeiten, etwa bei Eintritt von Geschäftsunfähigkeit, den Zugang zu seinen digitalen Daten zu verschaffen. Voraussetzung hierfür ist zum einen, dass der Mandant seine Passwortdatenbank eigenverantwortlich sorgfältig pflegt, und zum anderen, dass er sie für die durch die Vorsorgeurkunde Begünstigten zugriffsbereit verwahrt. Im „Fall der Fälle“ gelingt Vertretern und Erben der Zugriff auf die Daten, ohne sich mit Providern hierüber auseinandersetzen zu müssen.

<sup>36</sup> Näher hierzu Würzburger Notarhandbuch/Hertel, 4. Aufl. 2015, Teil 7 Kap. 1 Rdnr. 13 ff.

## STÄNDESNACHRICHTEN

### Personaländerungen

#### 1. Verstorben:

Notar Prof. Dr. Jörg Mayer, Simbach a. Inn,  
verstorben am 23.10.2015

Notar a. D. Wilhelm Hofmiller, Augsburg,  
verstorben am 2.10.2015

#### 2. Amtsniederlegung nach § 48b BNotO:

Mit Wirkung zum 15.9.2015:

Notarin Sandra Reuter, Cadolzburg

Mit Wirkung zum 1.5.2016:

Notar Dr. Stefan Gottwald, Bayreuth

#### 3. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung zum 1.9.2015:

Mellrichstadt dem Notarassessor  
Dr. Lovro Tomasic  
(bisher in München  
Notarstellen Dr. Kössinger/  
Dr. Bräu)

Wolfratshausen dem Notar  
Christoph Baumeister  
(bisher in Klingenberg a. Main)

Mit Wirkung zum 1.10.2015:

Lichtenfels dem Notar  
Prof. Thomas Reich  
(bisher in Ludwigsstadt)

Sulzbach-Rosenberg der Notarassessorin  
Dr. Katja Rödiger  
(bisher in Nürnberg  
Notarstellen Thoma/  
Weinmann)

Waldmünchen dem Notarassessor  
Dr. Ulrich Hönle  
(bisher in Regensburg  
Notarstellen Dr. Albrecht/  
Franzmann)

#### 4. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung zum 1.9.2015:

Dr. Luitpold Graf Wolffskeel von Reichenberg,  
Füssen (Notarstellen Dr. Malzer/Dr. Wälzholz)

Mit Wirkung zum 1.10.2015:

Steffen Evers, Weilheim  
(Notarstelle Dr. Bracker)

Jan-Frederic Worring, Prien a. Chiemsee  
(Notarstellen Dr. Rieger/Koller)

Mit Wirkung zum 1.11.2015:

Claudius Eschwey, Regensburg  
(Notarstellen Dr. Thalhammer/Schünemann)

Dr. Sebastian Sammet, Bamberg  
(Notarstellen Dr. Eue/Dr. Dietz)

#### 5. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Notarin Anja Gerono, Bamberg, wurde mit  
Wirkung vom 9.9.2015 promoviert

Notarassessor Andreas Bosch, Trostberg  
(Notarstellen Mehler/Dr. Vierling), ab 1.10.2015  
in Regensburg (Notarstellen Dr. Albrecht/Franzmann)

Notarassessorin Dr. Katharina Hermannstaller,  
Würzburg (Notarstellen Prof. Dr. Limmer/Dr. Friederich),  
ab 1.10.2015 in München (Landesnotarkammer Bayern)

Notarassessorin Bernadette Kell, Neu-Ulm  
(Notarstellen Dr. Winkler/Stelzer), ab 1.10.2015  
in München (Notarstelle Dr. Bohrer)

Notarassessor Christian Scheibengruber,  
Weilheim (Notarstelle Dr. Bracker), ab 1.10.2015  
in München (Notarstellen Dr. Schemmann/Dr. Ludewig)

Notarassessor Dr. Georg von Zimmermann,  
Bischofsheim a. d. Rhön (Notarstelle Dr. Hamberger),  
ab 1.10.2015 in München (Notarstelle Prof. Dr. Mayer)

Oberinspektorin i. N. Nicole Gundelach, Würzburg  
(Notarstelle Böhmer), ab 1.9.2015 in Nürnberg  
(Notarstelle Schlosser)

Inspektorin i. N. Daniela Pöppel, Nürnberg  
(Notarstelle Schlosser), ab 1.9.2015 in  
Greding (Notarstelle Müller)

Amtmann i. N. Patrick Melcher, München  
(Notarstellen Krick/Birnstiel), ab 1.10.2015  
in Miesbach (Notarstellen Schmitt/Hruschka)

Oberinspektor i. N. Sebastian Müller, München  
(Notarstellen Dr. Kössinger/Dr. Bräu), ab  
1.10.2015 in München (Notarstellen Dr. Basty/Haasen)

#### 6. Ausgeschiedene Angestellte:

Amtsrat i. N. Peter Wermter, Grünstadt  
(Notarstelle Krebs), ab 1.11.2015 im Ruhestand

Amtsrat i. N. Roland Halbing, Lindenberg i. Allgäu  
(Notarstelle Dr. Hipler), zum 31.12.2015 ausgeschieden

Oberinspektorin i. N. Elke Schweigert, Nürnberg  
(Notarstelle Dr. Balzer), zum 31.12.2015 ausgeschieden

Notariatsrat i. N. Wilfried Streidl, Augsburg  
(Notarstellen Dr. Bernhard/Dr. Straßer),  
ab 1.1.2016 im Ruhestand

Amtsrat i. N. Klaus Baumann, Bad Windsheim  
(Notarstelle Bauer), ab 1.1.2016 im Ruhestand

Amtsrat i. N. Johann Krepler, Kelheim  
(Notarstelle Dr. Benz), ab 1.1.2016 im Ruhestand

Oberamtsrat i. N. Richard Fleischmann,  
Neuburg a. d. Donau (Notarstellen Dr. Krist/Dr. Grimm),  
ab 1.1.2016 im Ruhestand

#### Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Traunstein, Notarstelle Margit Knab  
E-Mail: kontakt@notarin-knab.de

Zusmarshausen, Notarstelle Joachim Mödl  
Augsburger Straße 8 und 10, 86441 Zusmarshausen

Waldmünchen, Notarstelle Dr. Ulrich Hönle  
Telefon: 09972 901900-0  
Telefax: 09972 9019009

Ziegler Dr. Christoph, Geschäftsstelle in Senden  
Kemptener Straße 31, 89250 Senden

## SONSTIGES

### Verleihung des Helmut-Schippel-Preises 2014

#### „Fragen aus dem Bereich der Rechtsnachfolge unter Lebenden und von Todes wegen“

Die Deutsche Notarrechtliche Vereinigung e. V. und die Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München laden herzlich zur Preisverleihung des Helmut-Schippel-Preises am

**Freitag, den 20.11.2015, um 14 Uhr s. t.**

**in Raum B 006 der Ludwig-Maximilians-Universität**

ein.

Die Preisträger, Professor Dr. *Jan Lieder*, LL.M. (Harvard), und Dr. *Anncathrin Koch*, werden ihre prämierten Arbeiten vorstellen und durch Professor Dr. *Hans Christoph Grigoleit*, LL.M. (Miami), und Professor Dr. *Knut Werner Lange* mit je einer Rede geehrt. Daneben werden Professor Dr. *Johannes Hager* und Notar Professor Dr. *Christopher Keim* zum Themenkreis der Rechtsnachfolge sprechen.

Zum Ausklang der Veranstaltung wird zu einem kleinen Empfang geladen. Die Teilnahme ist kostenfrei, aus organisatorischen Gründen wird jedoch um eine Anmeldung per E-Mail an [notrv@dnoti.de](mailto:notrv@dnoti.de) gebeten.

### 29. Deutscher Notartag

**29.6. bis 2.7.2016, bcc Berlin Congress Center, Berlin**

Die Bundesnotarkammer veranstaltet vom 29.6. bis 2.7.2016 in Berlin den 29. Deutschen Notartag.

Der Deutsche Notartag findet alle vier Jahre statt und kann auf eine lange Tradition bis ins Jahr 1902 zurückblicken. Er ist zentrales Gesprächsforum des deutschen Notariats und vereint Notare aus dem gesamten Bundesgebiet mit zahlreichen in- und ausländischen Gästen aus Justiz, Rechtspolitik, Notariat, Wissenschaft und Anwaltschaft zur Diskussion über aktuelle rechtliche und rechtspolitische Themen.

Das Fach- und Rahmenprogramm sowie weitere Informationen werden rechtzeitig auf [www.notartag.de](http://www.notartag.de) bekannt gegeben. Bitte merken Sie sich den Termin schon einmal vor.

#### „Verhandeln über Vertragsinhalte“

**Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München**

Mittwoch, 3.2.2016, 16.30 Uhr s. t.

Senatssaal der Ludwig-Maximilians-Universität (E 106/110 im 1. Obergeschoss)

**Referenten:** **Notar Dr. Robert Walz, LL.M. (Chicago), München**  
**Dr. Martin Fries, München**

Im Anschluss an die Vorträge besteht die Möglichkeit zur Diskussion. Zum Ausklang der Veranstaltung wird zu einem kleinen Empfang geladen.

#### **Anmeldung und Information:**

Forschungsstelle für Notarrecht,  
Prof.-Huber-Platz 2, 80539 München,  
Tel: 089 2180-1420, Fax: 089 2180-13981,  
E-Mail: [FS-Notarrecht@jura.uni-muenchen.de](mailto:FS-Notarrecht@jura.uni-muenchen.de)

Die Teilnahme ist kostenfrei und steht jedem Interessierten offen. Aus organisatorischen Gründen wird um eine Anmeldung gebeten. Bitte teilen Sie auch mit, ob Sie am Empfang teilnehmen. Teilnahmebescheinigungen gemäß § 15 FAO werden auf Wunsch im Anschluss an die Tagung gegen eine Zahlung von € 50 in bar persönlich ausgehändigt.

Weitere Informationen über die Einrichtung finden Sie unter [www.notarrechtsinstitut.de](http://www.notarrechtsinstitut.de).

---

Schriftleitung: Notarassessor Stefan Künkele  
Notarassessorin Anja Schaller

Ottostraße 10, 80333 München  
ISSN 0941-4193

Die Mitteilungen erscheinen jährlich mit sechs Heften und können nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Telefon 089 551660, Fax 089 55166234, [info@mittbaynot.de](mailto:info@mittbaynot.de), bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 53,00 € zuzüglich 6,00 € Versandkosten und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt. Einzelheft 13,00 € einschließlich Versandkosten.

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an:  
Universal Medien GmbH, Kirschstraße 16, 80999 München, Telefon 089 5482170, Fax 089 555551.

Bestellen Sie Einbanddecken gerne auch im Internet unter [www.mediengruppe-universal.de/notarkammer](http://www.mediengruppe-universal.de/notarkammer).

## Veranstaltungen des DAI

1. (Wieder-)Einstieg in die Praxis des Notariats  
(*Tondorf*)  
2.11.2015 in Köln
2. Elektronischer Rechtsverkehr im Grundbuchbereich  
(*Klein/Kühnel*)  
4.11.2015 in Kiel
3. Notarielle Nachlassregelungen in der Praxis  
(*Wegerhoff*)  
6.11.2015 in Kiel
4. Ausgewählte Gestaltungsfragen zum  
Überlassungsvertrag  
(*Krauβ*)  
13.11.2015 in Heusenstamm
5. Ausgewählte Gestaltungsfragen zum  
Überlassungsvertrag  
(*Krauβ*)  
14.11.2015 in Berlin
6. Neuere Entwicklungen bei den Rechten in Abteilung II  
und III – Schwerpunkt Dienstbarkeiten für Anlagen zur  
Nutzung erneuerbarer Energien  
(*Sikora*)  
14.11.2015 in München
7. Insolvenzrecht in der notariellen Praxis  
(*Reul*)  
14.11.2015 in Köln
8. Aktuelles zum Recht der Hauptversammlung  
(*Reul/Ziemons*)  
19.11.2015 in Bochum
9. Die Notarprüfung  
(*Blaeschke*)  
20.11.2015 in Kiel
10. Erfahrungen mit dem GNotKG in der Praxis  
(*Tiedtke/Neie*)  
20.11.2015 in Osnabrück
11. Intensivkurs Gesellschaftsrecht  
(*Heckschen/Heidinger/Kirschstein*)  
20.11.2015 in Heusenstamm
12. Aktuelles aus dem Handelsregister – Update 2015  
(*Melchior*)  
27.11.2015 in Oldenburg
13. Insolvenzrecht in der notariellen Praxis  
(*Reul*)  
28.11.2015 in Bad Kreuznach
14. (Wieder-)Einstieg in die Praxis des Notariats  
(*Tondorf*)  
14.12.2015 in Heusenstamm

**Soweit nicht anders vermerkt, handelt es sich um Veranstaltungen des Fachinstituts für Notare.** Anfragen sind ausschließlich zu richten an das Deutsche Anwaltsinstitut e. V., Fachinstitut für Notare, Postfach 25 02 54, 44740 Bochum, Telefon 0234 970640, Fax 0234 703507, E-Mail: notare@anwaltsinstitut.de.

## Neuerscheinungen

1. Baumann/Sikora. Hand- und Formularbuch des Vereinsrechts. Beck, 2015. 938 S., 139 €
2. Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn. HGB. Gesamtwerk in 2 Bänden. Kommentar. 3. Aufl., Beck, 5400 S., 480 €
3. Langenfeld/Fröhler. Testamentsgestaltung. 5. Aufl., Schmidt, 2015. 944 S., 89,90 €
4. Münch. Handbuch Familiensteuerrecht. Beck, 2015. 489 S., 99 €
5. Reimann/Bengel/Mayer. Testament und Erbvertrag. 6. Aufl., Heymanns, 2015. 1328 S., 139 €
6. Roth/Altmeppen. GmbHG. 8. Aufl., Beck, 2015. 1445 S., 99 €
7. Staudinger. Kommentar zum BGB. Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse. §§ 315-326 (Leistungsstörungenrecht 2). 15. Aufl., De Gruyter, 2015. 712 S., 269 €.
8. Staudinger. Kommentar zum BGB. Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse. §§ 741-764 (Gemeinschaft, Leibrente, Spiel). 15. Aufl., De Gruyter, 2015. 500 S., 189, 95 €
9. Dorsel. Kölner Formularbuch Erbrecht. 2. Aufl., Heymanns, 2015. 1540 S., 139 €
10. Büte/Poppen/Menne. Unterhaltsrecht. 3. Aufl., Beck, 2015. 743 S., 79 €
11. Gottwald/Behrens. Grunderwerbsteuer. 5. Aufl., Heymanns, 2015. 624 S., 64 €
12. Blank. Bauträgervertrag. 5. Aufl., RWS, 2015. 373 S., 74 €
13. Müller-Lukoschek. Die neue EU-Erbrechtsverordnung. 2. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2015. 396 S., 49 €
14. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Band 1: Allgemeiner Teil §§ 1-240, ProstG, AGG. 7. Aufl., Beck, 2015. 2828 S., 269 €
15. Ruland. Versorgungsausgleich. 4. Aufl., Beck, 2015. 565 S., 85 €
16. Spindler/Stilz. Kommentar zum Aktiengesetz. 3. Aufl., Beck, 2015. 4990 S., 499 €
17. Gierl/Köhler/Kroiß/Wilsch. Internationales Erbrecht. Nomos, 2015. 336 S., 68 €
18. Bergquist/Damascelli/Frimston/Lagarde/Odersky/Reinhartz. EU-Erbrechtsverordnung. Schmidt, 2015. 422 S., 59,80 €
19. Röcken. Vereinssatzungen. 2. Aufl., Schmidt, 2015. 183 S., 28 €
20. Hüßtege/Mansel. Bürgerliches Gesetzbuch: Band 6: Rom-Verordnungen, EuErbVO, HUP. 2. Aufl., Nomos, 2015. 1204 S., 138 €
21. Stüb. Erbrecht in Europa. 3. Aufl., Zerb, 2015. 1552 S., 169 €
22. Tillmann/Schiffers/Wälzholz/Rupp. Die GmbH im Gesellschafts- und Steuerrecht. 6. Aufl., Schmidt, 2015. 750 S., 79,80 €
23. Meilicke/Graf von Westphalen/Hoffmann/Lenz/Reinmar. Partnerschaftsgesellschaftsgesetz. 3. Aufl., Beck, 2015. 427 S., 89 €
24. Frieling. Die Familienstiftung als Gestaltungsinstrument im Rahmen der Unternehmensnachfolge. Schmidt, 2015. 421 S., 69,95 €
25. Staudinger. Kommentar zum BGB. Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse. §§ 488-490; 607-609 (Darlehensrecht). 15. Aufl., De Gruyter, 2015. 692 S., 219 €
26. Bork/Schäfer. GmbHG. 3. Aufl., RWS, 2015. 1428 S., 124 €



Landesnotarkammer Bayern, Ottostr. 10, 80333 München  
PVSt, Deutsche Post AG • Entgelt bezahlt • B 13022 F