

MittBayNot

Begründet 1864

6|2017

November/Dezember 2017

Mitteilungen des
Bayerischen Notarvereins,
der Notarkasse und der
Landesnotarkammer
Bayern

Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern
Ottostraße 10
80333 München

Herausgeberbeirat:

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

Schriftleitung:

Claudius Eschwey,
Notarassessor
David Sommer,
Notarassessor

ISSN 0941-4193

AUFSÄTZE

- **Cramer:** Die Verjährungsverkürzung im Nachzüglerbauträgervertrag – taugliches Instrument zur Synchronisierung der Verjährung der Gewährleistungsansprüche wegen Mängeln des Gemeinschaftseigentums? 547
- **Volmer:** Normtelos gegen Gesetzssystem: Die verzögerte Versteigerung aus Grundschuldzinsen – zugleich Anmerkung zu BGH 560

RECHTSPRECHUNG – ANMERKUNGEN

- **Weber** zu **OLG Schleswig:** Nachweis der Prüfung auf Eintragungsfähigkeit nach § 15 Abs. 3 GBO n. F. 578
- **Leidner** zu **OLG München:** Eintragungsfähigkeit eines bedingt bestellten Nießbrauchs 585
- **Spornath** zu **OLG München:** Vormerkung zur Sicherung eines Dienstbarkeitsbestellungsanspruchs eines Versprechensempfängers 588
- **Müller** zu **BGH:** Behindertentestament: Mittellosigkeit trotz Freigabe eines Nachlassgegenstandes 593
- **Suttman** zu **BGH:** Ausschluss der elterlichen Vermögensverwaltung für vom Kind ererbtes Vermögen durch Verfügung von Todes wegen – Befugnis zur Ausschlagung der Erbschaft 597
- **Bandel** zu **OLG Hamburg:** Ergänzende Testamentsauslegung hinsichtlich eines Vorausvermächtnisses bei tatsächlicher Änderung der Vermögensverhältnisse 602
- **Everts** zu **OLG Düsseldorf:** Wirkung eines Zuwendungsverzichts vor 2010 auf Abkömmlinge 607
- **Hamberger** zu **BGH:** Persönliche Haftung der Gesellschafter einer GmbH für Abfindungsanspruch 612
- **Odersky** zu **OLG München:** Gewöhnlicher Aufenthalt bei Wegzug in Pflegeheim kurz vor dem Tod 623
- **Odersky** zu **OLG Hamburg:** Gewöhnlicher Aufenthalt bei sporadischer Rückkehr in frühere Heimatstadt 625
- **Odersky** zu **KG:** Bedeutung des § 1371 BGB in der EUErbVO und im Europäischen Nachlasszeugnis 628
- **Wendt** zu **BFH:** Echte und unechte Realteilung; Aufgabe des Gewerbebetriebs bei Auflösung einer Mitunternehmerschaft 639

Impressum

MittBayNot

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

Herausgeber:

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

Herausgeberbeirat:

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

Schriftleitung:

Notarassessor Claudius Eschwey,
Notarassessor David Sommer

Druck:

Universal Medien GmbH
Geretsrieder Straße 10
81379 München

Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 6 | 2017

AUFSÄTZE 547

Cramer: Die Verjährungsverkürzung im Nachzüglerbauertragervertrag – taugliches Instrument zur Synchronisierung der Verjährung der Gewährleistungsansprüche wegen Mängeln des Gemeinschaftseigentums? 547

Volmer: Normtelos gegen Gesetzessystem: Die verzögerte Versteigerung aus Grundschuldzinsen – zugleich Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 30.3.2017, V ZB 84/16 (nachstehende Entscheidung Nr. 20) 560

BUCHBESPRECHUNGEN 566

Fleischer/Goette: Münchener Kommentar zum GmbHG Band 3: §§ 53-85 (**Kroier**) 566

Krüger/Hertel: Der Grundstückskauf (**Falkner**) 567

Notarkasse A. d. ö. R. (Hrsg.): Ausbildungsreihe für Notarfachangestellte (**Junk**) 568

Rieck (Hrsg.): Ausländisches Familienrecht (**Menne**) 569

Wurm/Wagner/Zartmann: Das Rechtsformularbuch (**Suttmann**) 571

RECHTSPRECHUNG 572

Bürgerliches Recht

ALLGEMEINES

1. Kein Widerruf einer Hauptvollmacht durch Untervertreter (BGH, Urteil vom 11.5.2017, IX ZR 238/15 – Ls.) 572
2. Minderung und kleiner Schadensersatz vor Abnahme (BGH, Urteil vom 19.1.2017, VII ZR 235/15 – Ls.) 572
3. Anwendbarkeit des § 878 BGB auf die Teilungserklärung nach § 8 Abs. 1 WEG (BGH, Beschluss vom 12.10.2016, V ZB 198/15 – Ls.) 572
4. Verzicht auf Nießbrauch als Schenkung (OLG Köln, Beschluss vom 9.3.2017, 7 U 119/16) 573
5. Generalvollmacht ermöglicht Vertretung eines GbR-Gesellschafters in Angelegenheiten der GbR (OLG Zweibrücken, Beschluss vom 3.2.2016, 3 W 122/15) 575

SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT

6. Nachweis der Prüfung auf Eintragungsfähigkeit nach § 15 Abs. 3 GBO n. F. (OLG Schleswig, Beschluss vom 28.7.2017, 2 Wx 50/17) mit Anmerkung **Weber** 575
578
7. Falsa demonstratio im Grundbuchverfahren (OLG München, Beschluss vom 5.7.2017, 34 Wx 104/17) 581
8. Eintragungsfähigkeit eines bedingt bestellten Nießbrauchs (OLG München, Beschluss vom 9.12.2016, 34 Wx 417/16) mit Anmerkung **Leidner** 583
585
9. Vormerkung zur Sicherung eines Dienstbarkeitsbestellungsanspruchs eines Versprechensempfängers (OLG München, Beschluss vom 7.12.2016, 34 Wx 423/16) mit Anmerkung **Spernath** 586
588

FAMILIENRECHT

10. Grundbucheintragung einer Auseinandersetzung einer Errungenschaftsgemeinschaft nach polnischem Recht (KG, Beschluss vom 25.4.2017, 1 W 699/16) 590
11. Prüfung einer Verfügung über das Vermögen im Ganzen durch das Grundbuchamt (OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 27.2.2017, 20 W 320/16 – Ls.) 591

ERBRECHT

12. Behindertentestament: Mittellosigkeit trotz Freigabe eines Nachlassgegenstandes (BGH, Beschluss vom 10.5.2017, XII ZB 614/16) mit Anmerkung **Müller** 591
593
13. Ausschluss der elterlichen Vermögensverwaltung für vom Kind ererbtes Vermögen durch Verfügung von Todes wegen – Befugnis zur Ausschlagung der Erbschaft (BGH, Beschluss vom 29.6.2016, XII ZB 300/15) mit Anmerkung **Suttmann** 595
597
14. Ergänzende Testamentsauslegung hinsichtlich eines Vorausvermächtnisses bei tatsächlicher Änderung der Vermögensverhältnisse (OLG Hamburg, Urteil vom 22.12.2016, 2 U 10/16) mit Anmerkung **Bandel** 599
602

Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 6 | 2017

15. Wirkung eines Zuwendungsverzichts vor 2010 auf Abkömmlinge (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 31.8.2016, I-3 Wx 192/15) mit Anmerkung **Everts** 605
607

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

16. Gerichtliche Prüfung des wichtigen Grundes für die Abberufung eines Gesellschafter-Geschäftsführers (BGH, Urteil vom 4.4.2017, II ZR 77/16 – Ls.) 608

17. Persönliche Haftung der Gesellschafter einer GmbH für Abfindungsanspruch (BGH, Urteil vom 10.5.2016, II ZR 342/14) mit Anmerkung **Hamberger** 609
612

18. Keine Eintragung der stets gemeinschaftlichen Vertretungsbefugnis eines GmbH-Geschäftsführers bei anderslautender Satzungsregelung (OLG München, Beschluss vom 25.7.2017, 31 Wx 194/17) 617

19. Keine Eintragung eines neuen Kommanditisten aufgrund post- oder transmortaler Generalvollmacht (OLG München, Beschluss vom 20.6.2017, 31 Wx 169/17) 618

Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

20. Zwangsversteigerung wegen Grundschuldzinsen erst nach Kündigung (BGH, Beschluss vom 30.3.2017, V ZB 84/16) 618

Internationales Privatrecht

21. Gewöhnlicher Aufenthalt bei Wegzug in Pflegeheim kurz vor dem Tod (OLG München, Beschluss vom 22.3.2017, 31 AR 47/17) mit Anmerkung **Odersky** 622
623

22. Gewöhnlicher Aufenthalt bei sporadischer Rückkehr in frühere Heimatstadt (OLG Hamburg, Beschluss vom 16.11.2016, 2 W 85/16) mit Anmerkung **Odersky** 624
625

23. Bedeutung des § 1371 BGB in der EU ErbVO und im Europäischen Nachlasszeugnis (KG, Beschluss vom 25.10.2016, 6 W 80/16) mit Anmerkung **Odersky** 626
628

Beurkundungs- und Notarrecht

24. Fortführung der Amtsbezeichnung Notar mit dem Zusatz außer Dienst (a. D.) (BGH, Urteil vom 13.3.2017, NotZ(Brfg) 4/16) 629

Kostenrecht

25. Kindergärten und Kindertageseinrichtungen sind keine wirtschaftlichen Unternehmen (BGH, Beschluss vom 1.6.2017, V ZB 23/16) 633

Öffentliches Recht

26. Organschaftliche Vertretungsmacht des Bürgermeisters ohne Beschlussfassung des Gemeinderats (BGH, Urteil vom 1.6.2017, VII ZR 49/16 – Ls.) 635

Steuerrecht

27. Ausscheiden aus Mitunternehmerschaft gegen Sachwertabfindung mit Einzelwirtschaftsgütern folgt Realteilungsgrundsätzen (BFH, Urteil vom 30.3.2017, IV R 11/15 – Ls.) (vgl. Anmerkung **Wendt** zu nachstehender Entscheidung Nr. 28) 635

28. Echte und unechte Realteilung; Aufgabe des Gewerbebetriebs bei Auflösung einer Mitunternehmerschaft (BFH, Urteil vom 16.3.2017, IV R 31/14) mit Anmerkung **Wendt** (zugleich Anmerkung zu BFH, Urteil vom 30.3.2017, IV R 11/15, vorstehende Entscheidung Nr. 27) 636

29. Keine Steuerbefreiung für eine Anteilsvereinigung aufgrund Einbringung schenkweise erhaltener Gesellschaftsanteile in eine KG (BFH, Urteil vom 22.2.2017, II R 52/14) 641

SONSTIGES 642

Hinweise für die Praxis 642

Bewertung von Gebäuden gemäß § 46 GNotKG. Wertbestimmung anhand des Gebäudebrandversicherungswertes

Tagungsbericht 646

Winkelmann: Digitalisierung in der notariellen Praxis

Veranstaltungshinweise 649

Veranstaltungen des DAI 650

Neuerscheinungen 651

STANDESNACHRICHTEN 653

AUFsätze

Die Verjährungsverkürzung im Nachzüglerbauträgervertrag – taugliches Instrument zur Synchronisierung der Verjährung der Gewährleistungsansprüche wegen Mängeln des Gemeinschaftseigentums?

Von Notar Dr. **Carsten Cramer**, LL.M. (Columbia), Hamburg

Der VII. Zivilsenat des BGH hatte in jüngerer Zeit wiederholt die Gelegenheit, sich mit rechtlichen Fragen im Zusammenhang mit sog. Nachzüglerverträgen zu beschäftigen. Im Mittelpunkt stand das Problem, ob sich die Ansprüche der Erwerber wegen Mängeln an neu errichteten Häusern oder Eigentumswohnungen auch nach dem Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes nach Werkvertragsrecht richten oder ob Kaufrecht Anwendung findet. Der VII. Zivilsenat musste aber auch über die Wirksamkeit einzelner Gestaltungen entscheiden, mit denen die Verjährungsfristen hinsichtlich der Gewährleistungsansprüche der Nachzüglererwerber denjenigen angeglichen werden sollten, die für die früheren Erwerber gelten. In diesem Zusammenhang stand insbesondere die Vergemeinschaftung der Abnahme kraft Regelung in der Gemeinschaftsordnung oder kraft Beschlusses der Eigentümerversammlung auf dem Prüfstand. Außerdem hatte der BGH darüber zu befinden, ob die Synchronisierung der Verjährung erreicht werden kann, wenn der Nachzügler durch vertragliche Vereinbarung eine bereits erfolgte Abnahme des Gemeinschaftseigentums früherer Erwerber anerkennt. Der Beitrag beleuchtet die nach den Urteilen des VII. Zivilsenats verbleibenden Möglichkeiten zur Synchronisierung der Verjährung, insbesondere die Verjährungsverkürzung im Nachzüglervertrag.

I. Problemstellung

Der Bauträger hat ein großes Interesse daran, dass die Gewährleistungsansprüche¹ aller Erwerber nach Möglichkeit zeitgleich oder zumindest in einem engen zeitlichen Zusammenhang verjähren. Dies ist naturgemäß der Fall, wenn es dem Bauträger gelingt, sämtliche Einheiten vor Fertigstellung zu veräußern und die Erwerber das Gemeinschaftseigentum in kurzen zeitlichen Abständen (wirksam) abnehmen. Als Problem erweist sich das Verjährungsrecht für den Bauträger, wenn sich die Vermarktung des Bauvorhabens hinzieht und

einzelne Wohnungen erst nach der Fertigstellung bzw. erst nach der Abnahme des Gemeinschaftseigentums² veräußert werden. Hier droht dem Bauträger eine Verlängerung seiner Gewährleistungsverantwortung. Auch wenn die Ansprüche früherer Erwerber aufgrund zeitlich zusammenfallender Abnahmen mehr oder weniger gleichzeitig verjähren, stehen dem Nachzügler aufgrund seines später geschlossenen Vertrags mit dem Bauträger Gewährleistungsansprüche hinsichtlich des auch von ihm erworbenen Gemeinschaftseigentums zu, die nach der gesetzlichen Konzeption erst nach Ablauf von fünf Jahren (§ 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB) im Anschluss an seine Abnahme (§ 640 BGB) verjähren. Die Ansprüche können sogar von der Eigentümergemeinschaft geltend gemacht werden, soweit sie gemeinschaftsbezogen sind (§ 10 Abs. 6 Satz 3 Var. 1 WEG) oder gemeinschaftlich ausgeübt werden können (§ 10 Abs. 6 Satz 3 Var. 2 WEG) und durch Vereinbarung oder Beschluss vergemeinschaftet wurden.³ Dies gilt selbst dann, wenn nur noch einem Erwerber (dem Nachzügler) ein durchsetzbares Recht auf ordnungsgemäße Herstellung des Gemeinschaftseigentums zusteht.⁴ Bei langer Vermarktungsdauer ist die Gewährleistungsverantwortung des Bauträgers damit faktisch deutlich länger als die fünfjährige Verjährungsfrist, die gegenüber jedem einzelnen Erwerber gilt. Diese Einstandspflicht gegenüber dem Nachzügler bzw. gegenüber der Eigentümergemeinschaft ist für den Bauträger besonders misslich, wenn seine eigenen Gewährleistungsansprüche gegenüber dem Generalunternehmer oder den ausführenden

1 In diesem Beitrag soll der Begriff der Gewährleistungsansprüche auch die Gewährleistungsrechte Rücktritt und Minderung umfassen, die zwar nicht der Verjährung unterliegen, für die aber wegen § 218 BGB (i. V. m. § 438 Abs. 5 BGB bzw. § 634a Abs. 5 BGB) die Verjährung mittelbare Bedeutung hat, vgl. dazu MünchKomm-BGB/Grothe, 7. Aufl. 2015, § 194 Rdnr. 4, § 218 Rdnr. 1.

2 Zur Definition des Nachzüglers *Basty*, Der Bauträgervertrag, 8. Aufl. 2014, Rdnr. 1035; siehe auch *Elzer/Fritsch/Meier/Elzer*, Wohnungseigentumsrecht, 2. Aufl. 2014, § 1 Rdnr. 479; *Vogel*, BauR 2010, 1992.

3 BGH, Urteil vom 12.4.2007, VII ZR 236/05, BGHZ 172, 42, 47 ff. = NJW 2007, 1952, 1953 f.; siehe auch BGH, Urteil vom 25.2.2016, VII ZR 156/13, NJW 2016, 1575, 1577 = MittBayNot 2016, 499 m. Anm. *Basty* (Vergemeinschaftung auch bei kaufvertraglicher Qualifikation des Nacherfüllungsanspruchs); BGH, Urteil vom 15.1.2010, V ZR 80/09, NJW 2010, 933; siehe zur Ausübung von Mängelrechten durch die Gemeinschaft Beck'sches Notarhandbuch/*Kutter*, 6. Aufl. 2015, A. II. Rdnr. 128; *Ott*, ZWE 2017, 106; *Vogel*, ZWE 2016, 442, 444 ff.; *Schmidt-Räntsch*, ZWE 2016, 429, 435.

4 BGH, Urteil vom 25.2.2016, VII ZR 156/13, NJW 2016, 1575 = MittBayNot 2016, 499 m. Anm. *Basty*; BGH, Urteil vom 15.1.2010, V ZR 80/09, NJW 2010, 933; *Vogel*, BauR 2010, 1992, 1995.

Bauunternehmen und Handwerkern zwischenzeitlich verjährt sind. Er ist dann zur Mangelbeseitigung verpflichtet, ohne selbst Regress nehmen zu können.⁵

Der vorstehende Befund erklärt, warum die Kautelarpraxis seit geraumer Zeit nach Möglichkeiten sucht, die Verjährungsfristen aller Erwerber möglichst einheitlich enden zu lassen. In den vergangenen Jahren wurden in Wissenschaft und Praxis Lösungsmodelle entwickelt, die eine Synchronisierung der Verjährung in diesem Sinne gewährleisten sollen. Im Fokus standen drei Modelle:⁶ Die Vergemeinschaftung der Abnahme mit Wirkung gegenüber dem Nachzügler durch Regelung in der Gemeinschaftsordnung und/oder Beschluss der Eigentümergemeinschaft, die vertragliche Anerkennung der bereits erfolgten Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch den Nachzügler und die ausdrückliche Verkürzung der Verjährungsfristen des Nachzüglers im Erwerbsvertrag. Der VII. Zivilsenat hatte in jüngerer Zeit die Gelegenheit, die Zulässigkeit von zwei Modellen zu untersuchen.⁷ Er hat entschieden, dass sowohl die Vergemeinschaftung der Abnahme⁸ als auch die Anerkennung der früheren Abnahme im Nachzüglervertrag (bei werkvertraglicher Qualifikation der Gewährleistungsansprüche)⁹ unwirksam sind und keine Verkürzung der für die Gewährleistungsansprüche des Nachzüglers geltenden Verjährungsfristen bewirken.

Noch nicht höchststrichterlich entschieden ist, ob die ausdrückliche vertragliche Verkürzung der Verjährungsfristen einer AGB-Kontrolle standhalten kann.¹⁰ Es ist daher zu erwarten, dass sich die Aufmerksamkeit von Wissenschaft und Praxis verstärkt diesem Modell widmen wird. Eine vertragliche Verkürzung der Verjährungsfristen wird jedenfalls in ersten Stellungnahmen nach den jüngsten Urteilen des BGH für grund-

sätzlich zulässig gehalten.¹¹ Vor diesem Hintergrund sollen im Folgenden zunächst die wesentlichen Entscheidungsinhalte der Urteile des VII. Zivilsenats vom 25.2.2016 und vom 12.5.2016 herausgearbeitet werden (II.). Anschließend wird untersucht, welche Schlussfolgerungen sich aus diesen Urteilen für die vertragliche Einschränkung der Gewährleistungsansprüche des Nachzüglererwerbers hinsichtlich potenzieller Mängel des Gemeinschaftseigentums ergeben (III.). Im Vordergrund stehen dabei die AGB-rechtliche Zulässigkeit einer ausdrücklichen Verkürzung der fünfjährigen Verjährungsfrist der Gewährleistungsansprüche bei Mängeln des Gemeinschaftseigentums und die Frage, in welcher Weise eine solche Verkürzung vertraglich gestaltet werden kann. Auf das Problem, ob auch die Verjährungsfrist für Gewährleistungsansprüche im Zusammenhang mit Mängeln des Sondereigentums verkürzt werden kann, wird am Schluss des Beitrags eingegangen.

II. Stand der Rechtsprechung

Aus dem Jahr 2016 sind drei Entscheidungen hervorzuheben, die für die Beantwortung der hier aufgeworfenen Fragestellungen von Bedeutung sind. Alle drei Entscheidungen betrafen Sachverhalte, in denen durch die Wohnungseigentümergeinschaft Ansprüche wegen Mängeln des Gemeinschaftseigentums geltend gemacht wurden.

1. Urteil vom 25.2.2016 (VII ZR 49/15)

In dem Urteil vom 25.2.2016¹² hatte die Klägerin, eine Wohnungseigentümergeinschaft, die beklagte Bauträgergesellschaft unter anderem auf Kostenvorschuss für die Beseitigung von Mängeln am Gemeinschaftseigentum verklagt. Die Eheleute G hatten mit notarieller Urkunde vom 6.11.2006 von der Beklagten eine Eigentumswohnung erworben und später ihre Gewährleistungsansprüche an die Wohnungseigentümergeinschaft abgetreten. In dem Erwerbsvertrag der Eheleute G wurden Sonderwünsche aufgenommen und von der Beklagten anschließend erfüllt. Da zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses wesentliche Teile des Gemeinschaftseigentums von anderen Erwerbfern sowie von der Verwalterin bereits abgenommen worden waren,¹³ wurde in dem Vertrag auf die bereits erfolgte Abnahme Bezug genommen und festgehalten, dass der Verkauf nach Maßgabe dieser Abnahme als vereinbart gelte. Gut fünf Jahre nach der Übergabe der Wohnung an die Eigentümer G machte die Wohnungseigentümergeinschaft aus abgetretenem Recht Gewährleistungsansprüche gegen die Beklagte geltend, die die Einrede der Verjährung erhob.

Der VII. Zivilsenat führte zunächst aus, dass auch nach Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes einiges da-

5 Siehe auch *Cziupka*, NotBZ 2016, 361, 362.

6 Die ebenfalls zur Vereinheitlichung der Abnahme vorgeschlagenen Vollmachtslösungen können eine Vereinheitlichung bereits im Ausgangspunkt nur hinsichtlich der Erwerber bewirken, die nicht Nachzügler sind, da der Nachzügler einem Dritten nach erfolgter Abnahme keine Vollmacht zur Abnahme erteilen kann; siehe zu den Vollmachtslösungen *Basty*, Der Bauträgervertrag, Rdnr. 1014 ff.; *Elzer*, DNotZ 2017, 163, 164 f.; *Krick*, MittBayNot 2014, 401, 404 ff.

7 BGH, Urteil vom 25.2.2016, VII ZR 49/15, NJW 2016, 1572 = MittBayNot 2016, 503 m. Anm. *Basty*; BGH, Urteil vom 12.5.2016, VII ZR 171/15, NJW 2016, 2878 = MittBayNot 2017, 35.

8 BGH, Urteil vom 12.5.2016, VII ZR 171/15, NJW 2016, 2878 = MittBayNot 2017, 35.

9 BGH, Urteil vom 25.2.2016, VII ZR 49/15, NJW 2016, 1572 = MittBayNot 2016, 503 m. Anm. *Basty*; siehe zuvor bereits *Krick*, MittBayNot 2014, 401, 406 f.; *Vogel*, BauR 2010, 1992, 1996.

10 Wurde die Regelung zur Verkürzung der Verjährung ausgehandelt (§ 305 Abs. 1 Satz 3 BGB), liegt eine Individualvereinbarung (§ 305b BGB) vor oder entfällt die AGB-Kontrolle gemäß § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB, weil der Verbraucher auf den Inhalt der Klausel Einfluss nehmen konnte, bestehen keine Bedenken gegen die Zulässigkeit, siehe auch *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl. 2017, Rdnr. 3235 f. mit Formulierungsvorschlag. Diese Fälle dürften allerdings selten sein. Zu beachten ist aber auch dann § 475 BGB (künftig: § 476 BGB) hinsichtlich mitverkaufter beweglicher Teile.

11 *Pause*, NZBau 2017, 22, 23 f.; *Basty*, IMR 2016, 210; *Cziupka*, NotBZ 2016, 361, 369.

12 BGH, Urteil vom 25.2.2016, VII ZR 49/15, NJW 2016, 1572 = MittBayNot 2016, 503 m. Anm. *Basty*; siehe dazu *Pause*, NZBau 2017, 22; *Scheibengruber*, notar 2017, 95 f.

13 Zur Zulässigkeit der Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch den Verwalter BGH, Urteil vom 12.9.2013, VII ZR 308/12, NJW 2013, 3360; OLG München, Urteil vom 6.12.2016, 28 U 2388/16 Bau, BauR 2017, 1041; *Elzer*, DNotZ 2017, 163, 164 f.; *Elzer*, ZWE 2017, 113.

für spreche, dass die Ansprüche der Erwerber wegen Mängeln an neu errichteten Häusern oder Eigentumswohnungen grundsätzlich nach Werkvertragsrecht zu bestimmen seien und zwar auch dann, wenn das Bauwerk bei Vertragsschluss bereits fertiggestellt sei.¹⁴ Dies könne auch dann zu bejahen sein, wenn die Verträge zwei Jahre nach der Fertigstellung geschlossen würden, weil sich auch in diesem Fall eine Verpflichtung des Veräußerers zur mangelfreien Errichtung aus dem Vertrag ergeben könne. Im Streitfall meinte der Senat jedoch, diese Frage nicht beantworten zu müssen. Da die Vertragsparteien hinsichtlich des Sondereigentums bauliche Sonderwünsche vereinbart hätten, enthalte der Vertrag eine (ergänzende) Herstellungsverpflichtung. Diese verleihe dem Vertrag insgesamt, d. h. nicht nur bezüglich des Sonder-, sondern auch bezüglich des Gemeinschaftseigentums, das Gepräge eines Werkvertrags.

Auf der Grundlage der werkvertraglichen Qualifikation der Gewährleistungsansprüche sah das Gericht in der vertraglichen Bindung der Eigentümer G an die in der Vergangenheit erklärte Abnahme des Gemeinschaftseigentums einen Verstoß gegen § 309 Nr. 8 b) ff) BGB. Die Anknüpfung an eine in der Vergangenheit liegende Abnahme, die zu einem Zeitpunkt stattgefunden habe, zu dem der Erwerber das Werk weder erworben noch abgenommen habe, stelle eine mittelbare Verkürzung der Verjährungsfrist im Verstoß gegen § 309 Nr. 8 b) ff) BGB dar. Folge dieses Verstoßes sei, dass jedenfalls die Eigentümer G das Werk bislang nicht – auch nicht konkludent – abgenommen hätten und damit die Verjährung nicht eingetreten sei.

2. Urteil vom 25.2.2016 (VII ZR 156/13)

In der zweiten Entscheidung vom 25.2.2016¹⁵ verlangte die klagende Wohnungseigentümergeinschaft von der beklagten Bauträgerin die Beseitigung von Mängeln am Gemeinschaftseigentum. Die Beklagte hatte im Jahr 2003 eine Wohnanlage errichtet. Eine Abnahme des Gemeinschaftseigentums erfolgte am 16.2.2004 durch einen von der Beklagten bevollmächtigten Sachverständigen.¹⁶ In den Jahren 2004 bis 2007 veräußerte die Beklagte die Eigentumswohnungen schrittweise an die Erwerber. Einzelne Wohnungen waren zuvor vermietet. In den vorformulierten Erwerbsverträgen wurde auf die Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch den Sachver-

ständigen Bezug genommen und ausgeführt, dass diese Abnahme durch die einzelnen Erwerber anerkannt werde und die Verjährung für Mängel des Gemeinschaftseigentums mit dieser Abnahme zu laufen beginne. An anderer Stelle des Vertrags hieß es, dass der Erwerber innerhalb von fünf Jahren ab Übergabe bzw. ab Abnahme die Beseitigung eines Sachmangels verlangen könne. Die Klägerin wurde im Jahr 2011 durch Mehrheitsbeschluss ermächtigt, die Ansprüche zur Beseitigung von Mängeln am Gemeinschaftseigentum gerichtlich geltend zu machen.

Der Senat entschied, dass jedenfalls die Gewährleistungsansprüche aus den im Jahr 2007 geschlossenen Verträgen, die hinsichtlich der ehemals vermieteten Eigentumswohnungen geschlossen worden waren, nach Kaufrecht zu bestimmen seien. Derartige Eigentumswohnungen könnten nach der Verkehrsanschauung im Allgemeinen nicht mehr als neu zu qualifizieren sein, sodass dem Vertrag keine Herstellungsverpflichtung des Bauträgers entnommen werden könne.

Auf dieser Grundlage kam der Senat zu dem Ergebnis, dass die Gewährleistungsansprüche nicht verjährt seien. Die fünfjährige Verjährungsfrist gemäß § 438 Abs. 1 Nr. 2 a) BGB sei hinsichtlich der Verträge aus dem Jahr 2007 nicht abgelaufen. Die Anknüpfung des Verjährungsbeginns an die im Jahr 2004 erfolgte Abnahme in den Erwerbsverträgen erklärte der Senat für unwirksam. Dies begründete das Gericht nicht mit § 309 Nr. 8 b) ff) BGB – es hätte dann entschieden werden müssen, ob der Anwendungsbereich der Norm (Lieferung neu hergestellter Sachen oder Werkleistungen) überhaupt eröffnet wäre.¹⁷ Das Gericht sah vielmehr einen Verstoß gegen das Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB) darin, dass der Vertrag nicht klar und verständlich hervorhebe, ob der Lauf der fünfjährigen Verjährungsfrist mit der Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch den Sachverständigen oder mit der Übergabe der Wohnung an den jeweiligen Erwerber beginne. Aufgrund der Unwirksamkeit der entsprechenden Klausel gelangte der Senat zur Anwendung der gesetzlichen Verjährungsfrist (§ 306 Abs. 2 BGB).

3. Urteil vom 12.5.2016 (VII ZR 171/15)

Auch in dem Sachverhalt, der der Entscheidung des BGH vom 12.5.2016¹⁸ zugrundelag, machte die klagende Wohnungseigentümergeinschaft Ansprüche wegen Mängeln des Gemeinschaftseigentums geltend, während sich die Beklagte, eine Rechtsnachfolgerin der Bauträgergesellschaft, auf die Einrede der Verjährung berief. Die betroffene Wohnanlage war im Jahr 2002 fertiggestellt worden. Ein Eigentümer hatte ca. sechs Monate nach der Fertigstellung im Jahr 2003 einen Erwerbsvertrag mit dem Bauträger geschlossen. In dem vorformulierten Vertrag wurde darauf hingewiesen, dass die Abnahme des Gemeinschaftseigentums bereits durch ein Ingenieurbüro am 25.11.2002 stattgefunden habe und dass die Verjährungsfrist für Ansprüche und Rechte wegen Mängeln

14 Siehe zur Rechtslage vor der Schuldrechtsmodernisierung BGH, Urteil vom 9.1.2003, VII ZR 408/01, NJW-RR 2003, 519; BGH, Urteil vom 7.5.1987, VII ZR 129/86, NJW 1987, 2373, 2374; BGH, Urteil vom 21.2.1985, VII ZR 72/84, NJW 1985, 1551; BGH, Urteil vom 6.5.1982, VII ZR 74/81, NJW 1982, 2243; Vogel, BauR 2010, 1992, 1993 f.; Ott, NZM 2016, 576.

15 BGH, Urteil vom 25.2.2016, VII ZR 156/13, NJW 2016, 1575 = MittBayNot 2016, 499 m. Anm. Basty; siehe dazu Pause, NZBau 2017, 22; Scheibengruber, notar 2017, 95 f.; Cramer/Cziupka, RNotZ 2016, 289; Ott, ZWE 2016, 212; Schmidt-Räntsch, ZWE 2016, 429, 435; Basty, IMR 2016, 210; Dötsch, jurisPR-MietR 15/2016 Anm. 4; Poschitz, GWR 2016, 274.

16 Siehe zur Zulässigkeit der Abnahme durch einen Sachverständigen OLG Stuttgart, Urteil vom 31.3.2015, 10 U 46/14, ZWE 2015, 363; OLG Karlsruhe, Urteil vom 27.9.2011, 8 U 106/10, ZWE 2011, 451; Pauly, ZfBR 2014, 523, 524 f.; speziell im Zusammenhang mit einem Nachzüglervertrag OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 30.9.2013, 1 U 18/12, NZM 2013, 772.

17 Siehe dazu noch unter III. 5. a).

18 BGH, Urteil vom 12.5.2016, VII ZR 171/15, NJW 2016, 2878 = MittBayNot 2017, 35; siehe dazu Scheibengruber, notar 2017, 95 f.; Naumann, notar 2017, 128, 131 f.; Dötsch, ZWE 2016, 315; Dötsch, jurisPR-MietR 14/2016 Anm. 6; Ott, NZM 2016, 576; Schmidt-Räntsch, ZWE 2016, 429, 435 f.

am Gemeinschaftseigentum für den Erwerber ab diesem Tag zu laufen beginne. Ihre Grundlage hatte die Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch das Ingenieurbüro in einer Regelung der Gemeinschaftsordnung sowie in einem Beschluss der Wohnungseigentümergeinschaft, mit denen bestimmt worden war, dass die Abnahme nicht individuell durch jeden einzelnen Erwerber, sondern mit Wirkung zulasten aller Erwerber durch das Ingenieurbüro durchgeführt werden sollte.

Der VII. Zivilsenat musste in dieser Entscheidung zum ersten Mal seit der Schuldrechtsmodernisierung verbindlich klären, ob die Mängelansprüche werkvertraglich qualifiziert werden können, wenn der Vertragsgegenstand zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits fertiggestellt ist.¹⁹ Dies nahm das Gericht für den konkreten Fall an, weil der Vertragsschluss erst ca. sechs Monate nach der Fertigstellung erfolgt war und dem Vertrag damit (noch) eine Verpflichtung des Veräußerers zur mangelfreien Errichtung des Bauwerks entnommen werden könne.

Sodann verneinte das Gericht die Frage, ob eine Abnahme wirksam erfolgt war und damit der Lauf der Verjährung begonnen hatte. Der Abnahme durch das Ingenieurbüro könne nach der Auffassung des Senats keine Wirkung gegenüber dem Nachzüglererwerber beigemessen werden, weil sowohl die Regelung in der Gemeinschaftsordnung²⁰ als auch der Beschluss der Wohnungseigentümergeinschaft jedenfalls insoweit nichtig seien, als sie die Wirkungen der Abnahme des Gemeinschaftseigentums zulasten des Nachzüglererwerbers erstrecken sollten. Der Regelungsort für die Abnahme des Gemeinschaftseigentums sei allein der jeweilige Erwerbsvertrag. Die Abnahme des Gemeinschaftseigentums betreffe das Verhältnis zwischen dem Bauträger und dem Erwerber, indem sie Wirkung etwa hinsichtlich der Fälligkeit der Vergütung und des Gefahrenübergangs entfalte. Die Entscheidung darüber könne nicht von der Eigentümergemeinschaft, sondern nur von jedem Erwerber allein getroffen werden.²¹

Schließlich hatte der Senat auch in seinem Urteil vom 12.5.2016 zu entscheiden, ob die Verjährung nicht deshalb eingetreten sein konnte, weil der Erwerber in dem Erwerbsvertrag die durch das Ingenieurbüro erklärte Abnahme als für sich verbindlich anerkannt hatte. Anknüpfend an sein Urteil vom 25.2.2016 (VII ZR 49/15) sah das Gericht in dieser Gestaltung jedoch erneut eine unzulässige mittelbare Verkürzung der Verjährungsfrist und damit einen Verstoß gegen § 309 Nr. 8 b) ff) BGB. Der Senat ergänzte, dass in der Entziehung des Rechts, selbst über die Abnahme zu entscheiden, angesichts der erheblichen Bedeutung der Abnahme für den Erwerber ein Verstoß gegen § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB liege. Mangels wirksamer Abnahme sei die Verjährung der Gewährleistungsansprüche damit nicht eingetreten.

19 In den Entscheidungen zuvor hatte der VII. Zivilsenat diese Frage im Ergebnis stets offen gelassen, siehe etwa BGH, Urteil vom 26.4.2007, VII ZR 210/05, NJW 2007, 3275, 3276.

20 Das Gericht spricht hier von einer Regelung der Teilungserklärung, siehe zu den unterschiedlichen Begriffen Teilungserklärung und Gemeinschaftsordnung BeckOK-WEG/Kral, Stand: 1.6.2017, § 8 Rdnr. 10.

21 Siehe zu diesem Gedanken bereits BGH, Urteil vom 21.2.1985, VII ZR 72/84, NJW 1985, 1551, 1552.

III. Schlussfolgerungen

Aufgrund der Urteile des BGH ist das Instrumentarium der Kautelarpraxis zur Synchronisierung der Verjährung erheblich eingeschränkt.

1. Vergemeinschaftung der Abnahme kein taugliches Mittel zur Synchronisierung der Verjährung

Die Vergemeinschaftung der Abnahme durch eine Regelung in der Gemeinschaftsordnung oder durch Beschluss der Eigentümergemeinschaft bindet den Nachzüglererwerber nach dem Urteil des BGH vom 12.5.2016 nicht und scheidet als Mittel zur Synchronisierung der Verjährung aus.²² Die Ausführungen des Senats machen deutlich, dass dem Nachzüglererwerber nicht das Recht genommen werden darf, selbst über die Abnahme zu entscheiden. Die Abnahme des Gemeinschaftseigentums ist daher in dem jeweiligen Erwerbsvertrag zu regeln und durch den Nachzüglererwerber selbst zu erklären. Das Urteil des BGH ist zwar zum WEG in seiner bis zum 30.6.2007 geltenden Fassung ergangen. Es ist jedoch davon auszugehen, dass das Gericht auch auf der Grundlage des reformierten WEG-Rechts zu demselben Ergebnis kommen und der Vergemeinschaftung der Abnahme die Wirkung gegenüber dem Nachzüglererwerber versagen wird.²³ Seine tragenden Erwägungen (Abnahme als Verpflichtung aus dem Erwerbsvertrag, Bedeutung der Abnahme für Fälligkeit und Verzinsung der Vergütung, für den Gefahrübergang und für den Vorbehalt eines Vertragsstrafenanspruchs) beruhen auf werkvertraglichen Überlegungen, die nach der Reform des WEG-Rechts nicht an Bedeutung verloren haben.²⁴ Aus demselben Grund ist anzunehmen, dass der VII. Zivilsenat trotz seines diesbezüglich zurückhaltenden Wortlauts („insoweit nichtig“) der Vergemeinschaftung auch keine Wirkung gegenüber den früheren Erwerbern, die nicht Nachzügler sind, beimessen wird.²⁵ Der eher zufällige Zeitpunkt des Erwerbs vor oder nach der Fertigstellung des Bauwerks kann nicht maßgeblich dafür sein, ob der Erwerber selbst über die Abnahme entscheiden darf. Eine „relative Nichtigkeit“ der Gemeinschaftsordnung bzw. des Beschlusses der Eigentümergemeinschaft wäre auch dogmatisch schwer zu begründen.²⁶ Die Erklärung für die zurückhaltenden Ausführungen des Senats dürfte daher allein in dem Bemühen des Gerichts zu sehen sein, in rechtlicher Hinsicht nur den konkreten Fall zu entscheiden.

22 Anders noch *Rapp*, MittBayNot 2012, 169, 173 f., der sogar von einer geborenen Ausübungsbefugnis der Gemeinschaft ausgeht; dagegen jedoch *Krick*, MittBayNot 2014, 401, 408 f.; für eine gekorene Ausübungsbefugnis von *Oefeke*, DNotZ 2011, 249, 259 f.; wie jetzt der VII. Zivilsenat bereits *Ott*, ZWE 2013, 253, 257 f.

23 A. A. *Elzer*, DNotZ 2017, 163, 167, 169 f., der diese Frage als offen bezeichnet; wie hier LG München I, Urteil vom 7.4.2016, 36 S 17586/15 WEG, ZWE 2017, 39; *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 3246; *Ott*, NZM 2016, 576; *Dötsch*, ZWE 2016, 315, 317; *Cziupka*, NotBZ 2016, 361, 367.

24 Siehe bereits *Cramer*, MittBayNot 2017, 35, 41 f.; ebenso *Cziupka*, NotBZ 2016, 361, 367; siehe auch *Basty*, Der Bauträgervertrag, Rdnr. 1011; *Ott*, ZWE 2013, 253, 257.

25 Siehe bereits *Cramer*, MittBayNot 2017, 35, 41 f.; ebenso *Naumann*, notar 2017, 128, 132; *Cziupka*, NotBZ 2016, 361, 367.

26 Kritisch auch *Elzer*, DNotZ 2017, 163, 168.

2. Synchronisierung der Verjährung bei Anwendbarkeit von Werkvertragsrecht nicht möglich

Die Synchronisierung der Verjährung kann damit allein auf der Ebene des Erwerbsvertrags erfolgen.²⁷ Allerdings ist das Instrumentarium begrenzt. Solange die Gewährleistungsansprüche des Nachzüglererwerbers werkvertraglich zu qualifizieren sind, lässt sich die Synchronisierung AGB-rechtlich nicht wirksam erzielen. Eine Verkürzung der Verjährungsfristen ist in diesem Fall unzulässig.²⁸ Ausdrücklich entschieden hat der BGH zwar nur, dass Klauseln, mit denen eine Abnahme früherer Erwerber als maßgeblich anerkannt werden, unwirksam sind, weil sie gegen § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB und § 309 Nr. 8 b) ff) BGB verstoßen.²⁹ Es ist daher offen, ob die Verjährungsfrist verkürzt werden kann, wenn gleichzeitig das Recht und die Pflicht des Nachzüglererwerbers zur Abnahme des Gemeinschaftseigentums unangetastet bleibt. In dieser Gestaltung dürfte jedenfalls mit der Begründung des VII. Zivilsenats kein Verstoß gegen § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB gesehen werden können, weil der Nachzüglererwerber selbst über die Abnahmereife entscheidet. Allerdings hilft diese Gestaltung nicht darüber hinweg, dass § 309 Nr. 8 b) ff) BGB der Verkürzung der Verjährung Grenzen setzt. Von Teilen der Literatur wurde bislang zwar vertreten, dass das Gemeinschaftseigentum bereits mit der Ingebrauchnahme der Erwerber nicht mehr als neu hergestellt im Sinne des § 309 Nr. 8 b) BGB anzusehen und damit eine Verkürzung der Verjährung zulässig sei.³⁰ Der BGH ist dem jedoch nicht gefolgt. Wenn das Gericht in der Anerkennung einer bereits erfolgten Abnahme durch den Nachzüglererwerber eine unzulässige mittelbare Verkürzung der Verjährung sieht, kann die unmittelbare Verkürzung der Verjährung bei werkvertraglicher Qualifikation der Gewährleistungsansprüche nicht anders beurteilt werden.

3. Anwendbarkeit von Kaufrecht als notwendige Voraussetzung der Synchronisierung der Verjährung

Die entscheidende Vorfrage für die vertragliche Angleichung der Verjährungsfristen ist damit, ob die Gewährleistungsansprüche des Nachzüglererwerbers kaufvertraglich zu qualifizieren sind. Nur dann kommt die Verkürzung der Verjährungsfristen in Betracht. Die Urteile des BGH bieten für die Einordnung der Ansprüche als werk- oder kaufvertraglich eine Orientierung. Allerdings bleibt auch nach den jüngeren Entscheidungen des BGH in vielen Fällen offen, ob Werkvertragsrecht oder Kaufrecht gilt. Dies zeigen die folgenden Beispiele:

27 A. A. *Elzer*, DNotZ 2017, 163, 166; wie hier *Cziupka*, NotBZ 2016, 361, 368.

28 Ebenso *Pause*, NZBau 2017, 22, 23.

29 Siehe jedoch *Basty*, MittBayNot 2016, 502, der zutreffend darauf hinweist, dass das Gemeinschaftseigentum nicht (erneut) abgenommen werden muss, wenn der Erwerber zuvor bereits eine andere Wohnung in derselben Anlage erworben und in diesem Zusammenhang die Abnahme des Gemeinschaftseigentums erklärt hat.

30 So wohl *Kersten/Bühling/Wolfsteiner*, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 25. Aufl. 2016, § 33 Rdnr. 58; siehe auch Beck'sches Notarhandbuch/*Rapp*, 5. Aufl. 2009, A. III. Rdnr. 165.

Beispiel 1: Erwerber E erwirbt am 1.6.2016 von Bauträger B eine Eigentumswohnung. Die Wohnanlage und die Wohnung wurden am 2.1.2014 fertiggestellt.

Beispiel 2: Erwerber E erwirbt am 1.6.2016 von Bauträger B eine Eigentumswohnung. Die Wohnanlage und die Wohnung wurden am 31.5.2013 fertiggestellt. Die Wohnung war vom 1.1.2014 bis zum 30.4.2014 vermietet.

Beispiel 3: Erwerber E erwirbt am 1.6.2016 von Bauträger B eine Eigentumswohnung. Die Wohnanlage und die Wohnung wurden am 31.5.2014 fertiggestellt. Vom 1.6.2014 bis zum 31.5.2016 war die Eigentumswohnung vermietet. Da der Erwerber längere Zeit für die Finanzierung des Kaufpreises benötigt, vereinbaren E und B die Kaufpreiszahlung und Schlüsselübergabe erst zum 1.7.2017.

Beispiel 4: Erwerber E erwirbt am 1.6.2016 von Bauträger B eine Eigentumswohnung. Das Gemeinschaftseigentum ist bereits am 31.5.2012 fertiggestellt worden, die letzten Arbeiten innerhalb der Wohnung (Verlegung des Parketts und Sanitär-ausstattung) erst am 31.5.2015.

Auch nach den Urteilen des BGH aus dem Jahr 2016 kann für keinen der Beispielsfälle mit Sicherheit beurteilt werden, ob die Gewährleistungsansprüche des Erwerbers werkvertraglich oder kaufvertraglich zu qualifizieren sind.³¹ Dies liegt im Beispiel 1 daran, dass zwischen der Fertigstellung und dem Vertragsschluss nur zwei Jahre und fünf Monate vergangen sind. Der BGH hat jedoch erst ab dem Ablauf von „ungefähr“³² drei Jahren ab Fertigstellung Kaufrecht angewandt und in diesem Zusammenhang die zwischenzeitliche Vermietung betont. Nur im Fall des Verkaufs einer zwischenzeitlich vermieteten Wohnung nach Ablauf von drei Jahren kann die Anwendbarkeit des Kaufrechts damit als gesichert gelten.³³ Offen bleibt aber auch in diesem Fall, ob der Zeitraum der Vermietung von Bedeutung ist oder ob auch eine nur kurzfristige Vermietung genügt (Beispiel 2). Ebenso ungewiss ist die Antwort auf die Frage, ab welchem Zeitpunkt eine Wohnung, die zu keinem Zeitpunkt vermietet war, nicht mehr als neu anzusehen ist und damit Kaufrecht gilt.³⁴

Erfolgt zwar die Veräußerung, nicht aber die Inbesitznahme der Wohnung, zu einem Zeitpunkt, zu dem nach dem BGH noch Werkvertragsrecht anwendbar wäre (Beispiel 3), steht die Rechtsnatur der Gewährleistungsansprüche ebenfalls nicht sicher fest. Im Beispiel 3 lässt sich argumentieren, dass der Erwerber die Wohnung zu einem Zeitpunkt in Besitz nimmt, zu dem die Wohnung nicht mehr als neu hergestellt

31 Vgl. auch *Ott*, ZWE 2016, 212, 213; *Dötsch*, ZWE 2016, 315, 317.

32 BGH, Urteil vom 25.2.2016, VII ZR 156/13, NJW 2016, 1575, 1576 = MittBayNot 2016, 499 m. Anm. *Basty*.

33 Deutlich großzügiger noch etwa Beck'sches Notarhandbuch/*Kutter*, 6. Aufl. 2015, A. II. Rdnr. 100.

34 Siehe sehr weitgehend etwa *Palandt/Grüneberg*, 75. Aufl. 2016, § 309 Rdnr. 62, und *Klump*, NJW 1993, 372, 373, nach denen im Zusammenhang mit dem Klauselverbot des § 309 Nr. 8 b) BGB erst „spätestens“ nach Ablauf von fünf Jahren nicht mehr von einer neu hergestellten Sache die Rede sein könne; siehe auch *Krick*, MittBayNot 2014, 401, 411, nach dem „ganz sicher“ erst nach fünf Jahren Leerstand keine Kontrolle anhand § 309 Nr. 8 b) BGB stattfindet.

anzusehen ist (Ablauf von mehr als drei Jahren) und damit das Kaufrecht das passende Regelungsregime bietet. Der BGH dürfte gleichwohl Werkvertragsrecht anwenden, da er für die Qualifikation bislang den Zeitpunkt des Vertragsschlusses und nicht den Zeitpunkt der Übergabe/Abnahme für maßgeblich erklärt hat.³⁵ Dies ist auch überzeugend, weil die Vertragsparteien einvernehmlich jederzeit von dem vereinbarten Übergabe- bzw. Abnahmetermin abweichen können und dies bei anderer Sichtweise konsequenterweise wieder Auswirkungen auf die Qualifikation der Gewährleistungsansprüche haben müsste. Es muss jedoch zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses feststehen, welches Recht maßgeblich ist.

Schließlich stellt sich die Frage nach dem „richtigen“ Recht, wenn die Fertigstellungstermine des Gemeinschafts- und des Sondereigentums voneinander abweichen. Ist beispielsweise das Gemeinschaftseigentum nach dem Verständnis des BGH „alt“, das Sondereigentum aber „neu“ (Beispiel 4), könnte insgesamt Kaufrecht, insgesamt Werkvertragsrecht oder beides getrennt voneinander hinsichtlich der jeweils alten bzw. neuen Teile gelten. Das Urteil des BGH vom 25.2.2016 (VII ZR 49/15) betraf diesen Fall nicht direkt, weil die Parteien in dem der Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt Sonderwünsche vereinbart hatten, die erst nach Vertragsschluss auszuführen waren. Dies sollte dem Gesamtvertrag nach der Auffassung des Gerichts das Gepräge des Werkvertrags verleihen.³⁶ Im Beispiel 4 stellt sich hingegen die Frage, ob die Neuheit des Sondereigentums auch dann zur einheitlichen Anwendung des Werkvertragsrechts zwingt, wenn das Sondereigentum zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits fertiggestellt ist. Der BGH dürfte wohl zu diesem Ergebnis gelangen. Gesichert erscheint dies jedoch nicht.

Die vorstehenden Fälle zeigen exemplarisch, vor welchen Problemen der Vertragsgestalter steht, wenn er die Qualifikation der Gewährleistungsansprüche bestimmen muss. Zahlreiche weitere Grenzfälle sind vorstellbar. So ist in der Praxis bereits jetzt zu beobachten, dass Bauträger versuchen, den Übergang zum Kaufrecht zu „beschleunigen“, indem sie die kaufgegenständliche Wohnung vor dem Verkauf vorübergehend an den Erwerber vermieten. Die bestehende Unsicherheit ist besonders misslich, weil die Qualifikation der Gewährleistungsansprüche darüber entscheidet, ob vertragliche Einschränkungen der Gewährleistung im Formular- bzw. Verbrauchervertrag bereits im Ausgangspunkt AGB-rechtlich unzulässig sind (so bei werkvertraglicher Qualifikation). Auch wenn die

richterliche Zurückhaltung nachvollziehbar ist, wäre es für die Praxis angesichts der Unwägbarkeiten wünschenswert gewesen, wenn der BGH über die zu entscheidenden Fälle hinaus zum Ausdruck gebracht hätte, unter welchen konkreten Voraussetzungen der Wechsel zum Kaufrecht stattfindet.³⁷ Auch das Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts³⁸ schafft insoweit keine Klärung. Mit Inkrafttreten dieses Gesetzes zum 1.1.2018 findet sich zwar in § 650u Abs. 1 Satz 1 BGB eine Definition des Bauträgervertrags (zuvor: § 632a Abs. 2 BGB) und § 650u Abs. 1 Satz 2 BGB bestimmt, dass hinsichtlich der Errichtung des Bauwerks Werkvertragsrecht gilt. Das Gesetz beantwortet auch dann jedoch nicht die Frage, bis zu welchem Zeitpunkt nach Fertigstellung des Bauwerks noch von einer Herstellungsverpflichtung des Bauträgers auszugehen ist und damit Werkvertragsrecht hinsichtlich der Gewährleistungsansprüche des Nachzüglererwerbers gilt.³⁹ Bis zu einer weiteren Klärung durch die Gerichte dürfte in Zweifelsfällen aus Gründen der Vorsicht von der Anwendbarkeit des Werkvertragsrechts auszugehen sein. Ist die Anwendbarkeit des Kaufrechts nicht sicher, wünschen die Vertragsbeteiligten jedoch Einschränkungen der Gewährleistung, sollte der beurkundende Notar auf das Risiko hinweisen, dass die Gerichte die Ansprüche als werkvertraglich qualifizieren könnten und Einschränkungen der Verjährung damit unwirksam wären.

4. Vollständiger Gewährleistungsausschluss bei Anwendbarkeit von Kaufrecht?

Sind die Gewährleistungsansprüche des Nachzüglererwerbers nach der Rechtsprechung des BGH kaufvertraglich zu qualifizieren, stellt sich die Frage, ob sie insgesamt ausgeschlossen werden können. Bestandsimmobilien werden typischerweise unter (weitgehendem⁴⁰) Ausschluss der Gewährleistung verkauft.⁴¹ Wenn der BGH jedenfalls bei vermieteten Eigentumswohnungen, die drei Jahre nach ihrer Fertigstellung veräußert werden, von einer nicht mehr neu errichteten Immobilie spricht,⁴² dürfte dies zumindest auf der Seite der Bauträger Begehrlichkeiten wecken, den Nachzüglererwerbsvertrag rechtlich wie den Verkauf einer Bestandsimmobilie zu behandeln und einen (weitgehenden) Gewährleistungsausschluss vorzusehen.⁴³

Wird der Gewährleistungsausschluss in einer Weise gestaltet, dass er den Anforderungen der speziellen Klauselverbote, insbesondere des § 309 Nr. 7 BGB, genügt, kann seine Wirk-

³⁵ Siehe auch *Cziupka*, NotBZ 2016, 361, 363.

³⁶ Das Ergebnis des BGH, das von diesem nicht weiter begründet wird, überzeugt allerdings nicht. Es ist kein Grund erkennbar, warum im Zusammenhang mit der Qualifikation der Gewährleistungsansprüche nicht zwischen dem Sonder- und dem Gemeinschaftseigentum differenziert werden kann. Es ist durchaus denkbar, dass die Vertragsbeteiligten die Vorstellung haben, dass das Gemeinschaftseigentum aufgrund längerer Nutzung gebraucht, das Sondereigentum aber neu ist und damit nur hinsichtlich des Sondereigentums eine Herstellungsverpflichtung vereinbart ist. Sonder- und Gemeinschaftseigentum können auch getrennt voneinander abgenommen werden und auf diese Weise, etwa hinsichtlich der Verjährung, unterschiedlich zu behandeln sein; vgl. auch *Basty*, Der Bauträgervertrag, Rdnr. 1076; wie hier auch *Pause*, NZBau 2017, 22, 23; *Cziupka*, NotBZ 2016, 361, 369; kritisch gegenüber der hier vertretenen Auffassung jedoch *Vogel*, BauR 2010, 1992, 1997.

³⁷ Ebenso *Cziupka*, NotBZ 2016, 361, 366.

³⁸ Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts, zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, zur Stärkung des zivilprozessualen Rechtsschutzes und zum maschinellen Siegel im Grundbuch- und Schiffsregisterverfahren vom 28.4.2017, BGBl. 2017 I, S. 969.

³⁹ Siehe bereits *Cramer/Cziupka*, RNotZ 2016, 289, 295 f.; siehe auch *Basty*, MittBayNot 2017, 445, 447; BeckOGK-BGB/*Kober*, Stand: 1.6.2017, § 634 Rdnr. 614.

⁴⁰ Siehe zu notwendigen Einschränkungen des Gewährleistungsausschlusses im Formular- und Verbrauchervertrag *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 220 ff.

⁴¹ *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 242.

⁴² BGH, Urteil vom 25.2.2016, VII ZR 156/13, NJW 2016, 1575, 1576 = MittBayNot 2016, 499 m. Anm. *Basty*.

⁴³ Siehe *Ott*, NZM 2016, 576 f. Fn. 9, nach dem bei Anwendbarkeit von Kaufrecht die „allgemeinen Grundsätze über die Veräußerung gebräuchter Immobilien“ gelten sollen.

samkeit AGB-rechtlich nur an § 307 BGB scheitern.⁴⁴ Der Wirksamkeit steht in diesem Fall richtigerweise nicht entgegen, dass es sich bei der Pflicht zur mangelfreien Leistung gemäß § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB um eine Kardinalpflicht des Verkäufers handelt und damit ein Haftungsausschluss gegen § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB⁴⁵ verstoßen würde.⁴⁶ Vielmehr spricht die Existenz des § 309 Nr. 8 b) BGB dafür, dass ein Verkäufer einer Sache, die nicht mehr als neu hergestellt anzusehen ist, seine Haftung auch AGB-rechtlich weitgehend ausschließen kann, solange die sonstigen speziellen Klauselverbote, insbesondere § 309 Nr. 7 BGB, und § 307 BGB beachtet werden.⁴⁷

Gleichwohl werden Bedenken gegen einen derart weitgehenden Gewährleistungsausschluss geäußert.⁴⁸ Ein solcher könnte den Nachzügler im Ergebnis schlechter stellen als einen Erwerber, der seinen Erwerbsvertrag vor der Fertigstellung der Wohnanlage geschlossen hat. Könnte ein Gewährleistungsausschluss wirksam vereinbart werden, wenn die veräußerte Wohnung zwischenzeitlich drei Jahre vermietet war, und stünden dem Nachzügler in diesem Fall – vorbehaltlich der gemäß § 309 Nr. 7 BGB aufrechtzuerhaltenden Ansprüche – keine Mängelansprüche gegenüber dem Bauträger zu, stünde der Nachzügler schlechter als die früheren Erwerber, die noch zwei Jahre lang sämtliche Gewährleistungsansprüche des Werkvertragsrechts geltend machen könnten. Aus diesem Grund hat es der BGH bereits im Jahr 1985 als „widersinniges Ergebnis“ bezeichnet, wenn die Gewährleistungsansprüche der Nachzüglererwerber aufgrund ihrer kaufvertraglichen Qualifizierung früher verjähren würden (ein Jahr nach Übergabe nach altem Kaufrecht) als die Ansprüche der früheren Käufer (fünf Jahre auch nach altem Werkvertragsrecht).⁴⁹ Vor dem Hintergrund dieser Entscheidung wird in der Literatur vertreten, dass ein (weitgehender) Gewährleistungsausschluss auch bei Anwendbarkeit von Kaufrecht unwirksam wäre.⁵⁰

Diese Schlussfolgerung ist allerdings nicht zwingend. Das Urteil des BGH betraf nicht unmittelbar die hier aufgeworfene Fragestellung, sondern die (Vor-)Frage, ob die Gewährleistungsansprüche des Erwerbers kaufvertraglich oder werkvertraglich zu qualifizieren sind. Das Gericht hat im konkreten Fall die Heranziehung des Werkvertragsrechts mit den andernfalls geltenden unterschiedlichen Verjährungsfristen begründet. In der hier besprochenen Konstellation steht die Geltung des

Kaufrechts jedoch fest und es stellt sich die Frage, ob zumindest in diesem Fall ein Gewährleistungsausschluss wirksam vereinbart werden kann. Sollte ein solcher unwirksam sein, weil Erwerber, die ihre Erwerbsverträge zu einem früheren Zeitpunkt geschlossen haben, noch unverjährte (werkvertraglich [!] zu qualifizierende) Gewährleistungsansprüche zustehen, bedarf dies einer vertieften Begründung, die sich nicht in der Berufung auf die „Widersinnigkeit“ des Ergebnisses erschöpft. Der Sache nach würde ein solches Ergebnis nämlich darauf hinauslaufen, dass die Klauselkontrolle nicht an den gesetzlichen Regelungen (vgl. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB) oder an der Natur des Vertrags (vgl. § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB) auszurichten, sondern von dem Inhalt von Verträgen abhängig zu machen ist, an denen der Erwerber nicht beteiligt ist und deren Inhalt er nicht beeinflussen kann. Dies liefe auf einen allgemeinen „Gleichbehandlungsgrundsatz“ zugunsten der Erwerber hinaus. Konsequenterweise müsste ein Gewährleistungsausschluss dann aber immerhin zulässig sein, wenn der Nachzüglervertrag den ersten Verkaufsfall darstellt, d. h. wenn der Bauträger zunächst sämtliche Einheiten vermietet und erst nach Ablauf von drei Jahren mit dem Abverkauf der Wohnungen beginnt. In diesem Fall könnte jedenfalls die Unwirksamkeit des Gewährleistungsausschlusses nicht unter Berufung auf ein widersinniges Ergebnis begründet werden, weil frühere Erwerber nicht vorhanden sind, denen noch unverjährte Gewährleistungsansprüche zustehen.⁵¹ Dann stellt sich jedoch die Frage, warum die Zulässigkeit eines Gewährleistungsausschlusses im Nachzüglervertrag davon abhängig sein soll, ob bereits vor Fertigstellung des Objekts Bauträgerverträge geschlossen worden sind.

Gleichwohl dürfte jedenfalls für die Praxis davon auszugehen sein, dass der BGH in der hier untersuchten Konstellation eine unangemessene Benachteiligung annehmen und den Gewährleistungsausschluss für unwirksam halten dürfte. Ob die Gewährleistungsansprüche kaufvertraglich oder werkvertraglich einzuordnen sind, dürfte nach der Rechtsprechung des BGH für die Frage der Zulässigkeit des (weitgehenden) Gewährleistungsausschlusses kein ausschlaggebendes Gewicht haben. Wenn der VII. Zivilsenat es als „widersinnig“ bezeichnet, dass die Ansprüche des Nachzüglererwerbers früher verjähren als die Ansprüche der Altererwerber, scheint er davon auszugehen, dass ein Nachzüglererwerber hinsichtlich der ihm zustehenden Gewährleistungsansprüche generell nicht schlechter gestellt werden darf als ein früherer Erwerber. Damit dürfte ein Gewährleistungsausschluss unwirksam sein.⁵² Folgt man dieser Auffassung, sollten sicherheitshalber auch

44 § 309 Nr. 8 b) BGB steht in Ermangelung einer neu hergestellten Sache oder Werkleistung der Wirksamkeit des Haftungsausschlusses bei Anwendbarkeit von Kaufrecht nicht entgegen, siehe dazu noch unter III. 5. a).

45 Siehe zum Haftungsausschluss auch für den Fall der Verletzung von Kardinalpflichten BGH, Urteil vom 20.7.2005, VIII ZR 121/04, NJW-RR 2005, 1496, 1505; BGH, Urteil vom 24.10.2001, VIII ARZ 1/01, NJW 2002, 673, 674.

46 Siehe aber Vogel, ZWE 2016, 442, 445 f.; von Westphalen, NJW 2002, 12, 22 f.

47 Ebenso Basty, Der Bauträgervertrag, Rdnr. 1082; Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 241 ff.; Pause, NZBau 2017, 22, 23 f.; Hertel, DNotZ 2002, 6, 16.

48 Basty, Der Bauträgervertrag, Rdnr. 1136; Cziupka, NotBZ 2016, 361, 369.

49 BGH, Urteil vom 21.2.1985, VII ZR 72/84, NJW 1985, 1551.

50 Basty, Der Bauträgervertrag, Rdnr. 1136; Cziupka, NotBZ 2016, 361, 369.

51 Zu einem anderen Ergebnis würde man nur kommen können, wenn man in der fünfjährigen Haftung für Mängel eines Bauwerks gemäß § 438 Abs. 1 Nr. 2 BGB einen wesentlichen Grundgedanken sieht, von dem in AGB in dem hier besprochenen Fall innerhalb von fünf Jahren seit Fertigstellung des Gemeinschaftseigentums nicht oder nicht vollständig abgewichen werden darf (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB), siehe dazu sogleich.

52 So Basty, Der Bauträgervertrag, Rdnr. 1136; Cziupka, NotBZ 2016, 361, 369, jeweils unter Berufung auf § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB; siehe allgemein zur Anwendung von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB bei Abweichungen von den Verjährungsfristen des § 438 BGB in AGB BGH, Urteil vom 5.10.2005, VIII ZR 16/05, NJW 2006, 47; BeckOGK-BGB/Arnold, Stand: 1.3.2017, § 438 Rdnr. 242.

Schadensersatzansprüche des Nachzüglererwerbers im Nachzüglervertrag nicht ausgeschlossen werden und zwar auch dann nicht, wenn der Ausschluss den Anforderungen des § 309 Nr. 7 BGB genügt. Es wird zwar in Anlehnung an § 475 Abs. 3 BGB⁵³ vertreten, dass ein solcher Ausschluss zulässig sei.⁵⁴ Auf der Grundlage des Verständnisses des BGH würde aber auch eine solche Gestaltung den Nachzügler gegenüber früheren Erwerbem, deren Schadensersatzansprüche nicht ausgeschlossen werden können, schlechter stellen und wäre damit voraussichtlich unwirksam.⁵⁵

Offen bleibt, ob von der Unwirksamkeit des Gewährleistungsausschlusses auch dann auszugehen ist, wenn der Nachzüglervertrag den ersten Verkaufsfall darstellt, d. h. der Bauträger zum ersten Mal eine Einheit der Wohnanlage veräußert und zu diesem Zeitpunkt die Gewährleistungsansprüche des Erwerbers bereits kaufvertraglich zu qualifizieren sind. Die Unwirksamkeit kann in diesem Fall jedenfalls nicht mit dem Argument der Schlechterstellung des Nachzüglererwerbers begründet werden. Nicht ausgeschlossen erscheint jedoch, dass der BGH generell davon ausgehen könnte, dass ein (weitgehender) Gewährleistungsausschluss, der innerhalb eines Zeitraums von fünf Jahren ab der Fertigstellung des Gemeinschaftseigentums vereinbart wird, auch bei Geltung von Kaufrecht unwirksam ist. Zur Begründung könnte er aus § 438 Abs. 1 Nr. 2 BGB den wesentlichen Grundgedanken im Sinne des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB ableiten, dass ein Bauträger insgesamt fünf Jahre ab Fertigstellung der Wohnanlage für Mängel des Gemeinschaftseigentums eintreten muss. Ob der BGH tatsächlich in diesem Sinne entscheiden wird, ist naturgemäß völlig offen. Die Praxis sollte gleichwohl Vorsicht im Umgang mit (weitgehenden) Gewährleistungsausschlüssen walten lassen, die binnen fünf Jahren seit der Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch den ersten Erwerber⁵⁶ oder, in Ermangelung einer früheren Abnahme, binnen fünf Jahren nach Fertigstellung des Gemeinschaftseigentums vereinbart werden.

5. Verjährungsverkürzung bei Anwendbarkeit von Kaufrecht

Geht man davon aus, dass ein (weitgehender) Gewährleistungsausschluss nicht zulässig ist, bleibt die Frage, ob bei kaufvertraglicher Qualifikation der Gewährleistungsansprüche zumindest die Verkürzung der Verjährung AGB-rechtlich wirksam vereinbart werden kann.

a) § 309 Nr. 8 b) ff) BGB

Einer solchen Verjährungsverkürzung steht jedenfalls § 309 Nr. 8 b) ff) BGB nicht entgegen. Der Anwendungsbereich dieses Klauselverbots ist nur bei neu hergestellten Sachen und bei Werkleistungen eröffnet. Da im Fall der kaufvertraglichen Qualifikation der Gewährleistungsansprüche keine Werkleistung vorliegt, könnte der Gewährleistungsausschluss an § 309

Nr. 8 b) ff) BGB nur scheitern, wenn es sich bei dem Vertragsgegenstand trotz der Einschlägigkeit des Kaufrechts um eine neu hergestellte Sache handelt.⁵⁷ Dieses Ergebnis wäre jedoch wertungswidersprüchlich. Der BGH nimmt in der Nachzüglerkonstellation die Abgrenzung zwischen dem Werkvertrags- und dem Kaufrecht danach vor, ob es sich um eine neu errichtete Sache handelt, weil dem Vertrag im Regelfall nur dann eine Herstellungsverpflichtung entnommen werden könne.⁵⁸ Gelangt man auf dieser Grundlage zur Geltung des Kaufrechts, muss an dieser Entscheidung auch im Zusammenhang mit dem Klauselverbot in § 309 Nr. 8 b) ff) BGB festgehalten werden.⁵⁹ Dies verbietet die Annahme, der Nachzügler habe eine im Sinne des AGB-Rechts neu hergestellte Sache erworben. § 309 Nr. 8 b) ff) BGB steht dem Ausschluss der Gewährleistung somit nicht entgegen.⁶⁰

b) § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB

Die Verkürzung der Verjährung muss aber einer Inhaltskontrolle anhand § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB standhalten. Es wurde bereits ausgeführt, dass ein (weitgehender) Gewährleistungsausschluss einer solchen Kontrolle jedenfalls nach dem Verständnis des BGH nicht standhalten dürfte, weil er zu einer Schlechterstellung des Nachzüglererwerbers gegenüber den früheren Erwerbem führt.⁶¹ Im Umkehrschluss kann von einer unangemessenen Benachteiligung aber zumindest dann nicht ausgegangen werden, wenn eine solche Schlechterstellung infolge der konkreten Gestaltung der Verjährungsverkürzung nicht eintritt. Dies ist immer dann der Fall, wenn die Gewährleistungsansprüche des Nachzüglererwerbers nicht früher verjähren als die Ansprüche zumindest eines früheren Erwerbers, der vor Fertigstellung der Wohnanlage seine Wohnung erworben und das Gemeinschaftseigentum anschließend abgenommen hat. Daraus folgt, dass hinsichtlich der Verjährung im Nachzüglerkaufvertrag zulässigerweise an die erste Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch einen Alterwerber angeknüpft werden kann.⁶² In diesem Fall ist der Nachzüglererwerber zwar gegenüber anderen Alterwerbem, die später abgenommen haben, schlechter gestellt. Von einer *unangemessenen* Benach-

57 Siehe zum Verhältnis der beiden Varianten zueinander *Cramer/Cziupka*, RNotZ 2016, 289, 291; *Cziupka*, NotBZ 2016, 361, 369.

58 BGH, Urteil vom 25.2.2016, VII ZR 156/13, NJW 2016, 1575, 1576 = MittBayNot 2016, 499 m. Anm. *Basty*.

59 In diese Richtung („gut vertretbar“) auch *Basty*, MittBayNot 2016, 502; ebenso schon *Cramer/Cziupka*, RNotZ 2016, 289, 290; *Vogel*, BauR 2010, 1992, 1997.

60 Ebenso *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 3235; *Cziupka*, NotBZ 2016, 361, 368 f.

61 Siehe unter III. 4.

62 Ein Problem stellt sich aber auch an dieser Stelle, wenn der Nachzüglervertrag den ersten Veräußerungsfall darstellt, weil sämtliche Einheiten zuvor vermietet waren oder leer standen, siehe bereits unter III. 4. Hier kann naturgemäß nicht an eine frühere Abnahme angeknüpft werden, um die Verjährung zu verkürzen. In Betracht kommt jedoch die Vereinbarung einer unter Berücksichtigung des Fertigstellungsdatums der Wohnanlage verkürzten Verjährung, wie dies hier im Zusammenhang mit der Verkürzung der Verjährung bei Mängeln des Sonder Eigentums vertreten wird, siehe noch unter III. 6.; generell für die Anknüpfung an den Zeitpunkt der (vollständigen) Fertigstellung im Zusammenhang mit der Verkürzung der Verjährungsfristen *Kersten/Bühling/Wolfsteiner*, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, § 33 Rdnr. 58.

53 Künftig: § 476 Abs. 3 BGB.

54 *Pause*, NZBau 2017, 22, 23 f.

55 Aus diesem Grund zu Recht nur für die Zulässigkeit einer Verjährungsverkürzung, nicht für eine weitergehende Haftungsbeschränkung *Basty*, Der Bauträgervertrag, Rdnr. 1136; *Cziupka*, NotBZ 2016, 361, 369.

56 Siehe dazu noch konkret unter III. 5.

teilung kann jedoch nicht die Rede sein, wenn die Ansprüche des Nachzüglers nicht früher verjähren als die Ansprüche zumindest eines Alterwerbers. Der Umstand, dass der Nachzügler seinen Vertragsgegenstand erst nach der Fertigstellung erworben hat, wirkt sich dann nicht nachteilig für ihn aus.

Der Notar muss den Nachzüglererwerber hinsichtlich der Folgen einer solchen Verjährungsverkürzung ausführlich belehren.⁶³ Diese Belehrung ist jedoch nicht Voraussetzung für die Wirksamkeit der verjährungsverkürzenden Klausel.⁶⁴ Zwar hat der BGH entschieden, dass auch außerhalb der AGB-Kontrolle ein formelhafter Ausschluss der Gewährleistung beim Verkauf neu errichteter oder so zu behandelnder Häuser im notariellen Individualvertrag gemäß § 242 BGB unwirksam ist, wenn die einschneidende Folge nicht unter ausführlicher Belehrung eingehend erörtert wird.⁶⁵ Diese Rechtsprechung überzeugt jedoch nicht, weil die unterlassene Belehrung des Notars als Verstoß gegen § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG eine Amtspflichtverletzung darstellen kann, eine solche aber die Wirksamkeit der zwischen den Vertragsbeteiligten getroffenen Vereinbarung unberührt lässt. In jedem Fall lässt sich die Rechtsprechung nicht auf den hier untersuchten Fall übertragen, weil die kaufvertragliche Qualifikation der Gewährleistungsansprüche voraussetzt, dass es sich gerade nicht um ein neues oder ein als neu zu behandelndes Objekt handelt.

Entgegen einer in der Literatur vertretenen Auffassung besteht im Zusammenhang mit der vertraglichen Verjährungsverkürzung auch nicht die Notwendigkeit, hinsichtlich unterschiedlicher Teile des Gemeinschaftseigentums zu differenzieren.⁶⁶ Hinter diesem Vorschlag steckt möglicherweise die Erwägung, dass bestimmte Teile des Gemeinschaftseigentums (Außenhaut/Leitungen, tragende Teile des Gebäudes) auch nach Ablauf der für die Geltung des Kaufrechts erforderlichen Zeit⁶⁷ noch nicht als gebraucht angesehen werden können und damit die fünfjährige Verjährungsfrist gelten müsse. Abgesehen von den unter Umständen schwierigen Abgrenzungsfragen spricht gegen diesen Vorschlag, dass die Eigenschaft einer Sache als gebraucht nicht allein nach dem Maß der Gebrauchs- und Abnutzungserscheinungen beurteilt werden kann. Entscheidend ist, ob infolge der bestimmungsgemäßen Ingebrauchnahme des Vertragsgegenstandes für den Erwerber erkennbar von einem höheren Sachmängelrisiko auszugehen ist.⁶⁸ Dies dürfte hinsichtlich des gesamten Gemein-

schaftseigentums, sofern es im Wesentlichen zeitgleich fertiggestellt worden ist, einheitlich anzunehmen sein, insbesondere auch für die Außenhaut, die Leitungen und die tragenden Teile des Gebäudes. Zudem könnte die weitere Differenzierung zu dem Ergebnis führen, dass bei einer Veräußerung kurz vor Ablauf der Fünfjahresfrist faktisch eine fast zehnjährige Frist hinsichtlich der von der Verjährungsverkürzung ausgenommenen Teile des Gemeinschaftseigentums gilt, während kurz danach die Frist aufgrund des dann möglichen Haftungsausschlusses faktisch insgesamt nur fünf Jahre betragen würde.⁶⁹

Geht man mit der hier vertretenen Auffassung davon aus, dass die Verkürzung der Verjährung unter Heranziehung des Tages, an dem das Gemeinschaftseigentum zum ersten Mal von einem Erwerber abgenommen wurde, erfolgen darf, stellt sich die Frage, in welcher Weise eine derartige Verkürzung der Verjährungsfrist gestaltet werden muss, damit sie auch im Einzelfall dem Klauselverbot des § 307 BGB Rechnung trägt. Denkbar erscheinen zwei Gestaltungsmöglichkeiten.

aa) Konkret verkürzte Verjährungsfrist ab Übergabe an den Nachzüglererwerber

Die Vertragsparteien können eine gegenüber dem gesetzlichen Gewährleistungsrecht verkürzte Verjährungsfrist vereinbaren, die mit dem gesetzlichen Verjährungsbeginn einsetzt. Bei dieser Gestaltung gilt also nicht die fünfjährige Verjährungsfrist (§ 438 Abs. 1 Nr. 2 BGB), sondern die vertraglich verkürzte Verjährungsfrist, die allerdings entsprechend dem kaufvertraglichen Gewährleistungsrecht erst mit der Übergabe an den Nachzüglererwerber (§ 438 Abs. 2 BGB) zu laufen beginnt. Die Länge der Frist kann in der Weise bemessen werden, dass die Verjährung zulasten des Nachzüglererwerbers ausgehend von dem Tag, an dem die Übergabe an ihn erfolgen soll, zeitgleich mit der Verjährung der Ansprüche des früheren Erwerbers eintritt, der als erster das Gemeinschaftseigentum abgenommen hat. Wurde etwa die Abnahme des Gemeinschaftseigentums erstmalig am 20.3.2013 erklärt und wird der Nachzüglerkaufvertrag am 20.3.2017 geschlossen, kann eine Verjährung von zehn Monaten vereinbart werden, wenn die Übergabe an den Nachzüglererwerber nach der vertraglichen Vereinbarung am 20.5.2017 erfolgen soll.⁷⁰

63 OLG Schleswig, Urteil vom 5.6.2009, 14 U 10/09, BeckRS 2011, 17637; *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 3235; *Basty*, Der Bauträgervertrag, Rdnr. 1137.

64 So aber OLG Schleswig, Urteil vom 5.6.2009, 14 U 10/09, BeckRS 2011, 17637; *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 3235; Beck'sches Notarhandbuch/*Kutter*, 6. Aufl. 2015, A. II. Rdnr. 100; *Basty*, Der Bauträgervertrag, Rdnr. 1137; *Krick*, MittBayNot 2014, 401, 411.

65 BGH, Urteil vom 8.3.2007, VII ZR 130/05, DNotZ 2007, 822; BGH, Urteil vom 21.4.1988, VII ZR 146/87, NJW 1988, 1972; BGH, Urteil vom 20.2.1986, VII ZR 318/84, NJW-RR 1986, 1026, 1027.

66 So jedoch Würzburger Notarhandbuch/*Hertel*, 4. Aufl. 2015, Teil 2 Kap. 3 Rdnr. 311; *Cziupka*, NotBZ 2016, 361, 369.

67 Siehe dazu unter III. 3.

68 MünchKomm-BGB/*Wurmnest*, 7. Aufl. 2016, § 309 Nr. 8 Rdnr. 14; BeckOK-BGB/*Becker*, Stand: 1.2.2017, § 309 Nr. 8 Rdnr. 23.

69 Dies bezeichnet *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 3235 Fn. 7087 als „absonderliches Ergebnis“. Die Überzeugungskraft dieses Arguments relativiert sich zugegebenermaßen, wenn man bedenkt, dass auch in denjenigen Fällen, in denen kurz vor oder kurz nach dem Zeitpunkt veräußert wird, ab dem hinsichtlich der Qualifizierung der Gewährleistungsansprüche nicht mehr Werkvertragsrecht, sondern Kaufrecht gilt, völlig unterschiedliche Fristen anzuwenden sind. Veräußert der Bauträger etwa kurz vor Ablauf von drei Jahren und gilt noch Werkvertragsrecht, beträgt die Frist für Mängel des Gemeinschaftseigentums faktisch fast acht Jahre, während bei einer Veräußerung nach drei Jahren und Geltung von Kaufrecht die dann zulässige Verkürzung der Verjährung dazu führt, dass insgesamt nur eine Frist von fünf Jahren gilt.

70 Die Angabe einer solchen Frist ist erschwert, wenn der Nachzüglervertrag kein konkretes Übergabedatum vorgibt, sondern die Übergabe nach Vorliegen der üblichen Fälligkeitsvoraussetzungen und Zahlung des Kaufpreises erfolgen soll. Soll hier eine konkrete Frist angegeben werden, muss der zu erwartende Eintritt der Fälligkeitsvoraussetzungen zugrunde gelegt werden. Hierdurch ergeben sich gewisse Manipulationsmöglichkeiten (Vereinbarung einer unrealistisch kurzen Frist), die jedoch durch die nachfolgende Einschränkung der Klausel relativiert werden.

Ohne weitergehende Modifikationen kann eine solche Gestaltung aber noch nicht sicherstellen, dass die Gewährleistungsansprüche des Nachzüglererwerbers nicht früher verjähren als die Ansprüche des Erwerbers, der als erster das Gemeinschaftseigentum abgenommen hat. Es ist denkbar, dass die Übergabe früher als vorgesehen stattfindet, zum Beispiel weil die Fälligkeitsvoraussetzungen zeitiger als erwartet eintreten und sodann gezahlt und übergeben wird, oder dass die Parteien einen in weiter Zukunft liegenden Übergabetag vereinbaren und die Verjährungsfrist entsprechend kurz festlegen, im Rahmen der Vertragsabwicklung hiervon jedoch abweichen und eine vorzeitige Übergabe durchführen. Aus diesem Grund sollte vorsichtshalber geregelt werden, dass die Verjährung unabhängig von der ab Übergabe an den Nachzüglererwerber laufenden Frist nicht vor Ablauf des konkreten Tages eintritt, an dem auch die Ansprüche des Alterwerbers (planmäßig) verjähren.⁷¹

Auf diese Weise kann die Verjährungsfrist wirksam verkürzt werden. Die Gestaltung hält einer Klauselkontrolle anhand § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB stand, weil die Ansprüche des Nachzüglererwerbers nicht früher verjähren als die Ansprüche zumindest eines früheren Erwerbers. Sie würde allerdings eine Synchronisierung der Verjährung mit den Ansprüchen der früheren Erwerber nicht uneingeschränkt bewirken, weil zwar eine frühere Verjährung der Ansprüche des Nachzüglererwerbers ausgeschlossen wird, nicht jedoch eine später eintretende Verjährung. Der vereinbarte Übergabetermin für den Nachzüglererwerbsvertrag kann sich nämlich verschieben, zum Beispiel weil die Fälligkeitsvoraussetzungen später als gedacht eintreten. Dies hätte zur Folge, dass sich auch das Verjährungsende hinsichtlich der Gewährleistungsansprüche des Nachzüglererwerbers verschiebt und damit ein (vollständiger) Gleichlauf der Fristen nicht erzielt werden kann.⁷² Diese Folge droht sogar dann, wenn sich die Übergabe aus in der Person des Käufers liegenden Gründen verzögert. Verweigert der Erwerber etwa zu Unrecht die Mitwirkung an der Übergabe, kann er dadurch in Annahmeverzug geraten. Der Verzug mit der Annahme bewirkt jedoch nicht, dass der Lauf der Verjährung in Gang gesetzt wird.⁷³ Der Bauträger hat bei kaufvertraglicher Qualifikation der Gewährleistungsansprüche auch nicht die Möglichkeit, die Verjährung im Wege einer Übergabefiktion in Gang zu setzen, weil § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB⁷⁴ nur bei Anwendung von Werkvertragsrecht gilt und in diesem Fall die Abnahmefiktion der Abnahme im Rahmen des § 634a Abs. 2 BGB gleichsteht.⁷⁵ Auf § 438 Abs. 2 BGB ist dies nicht übertragbar.

71 Unterschiede können sich freilich im Einzelfall ergeben, insbesondere durch die Hemmung oder den Neubeginn der Verjährung zugunsten eines der Erwerber.

72 Man könnte erwägen, durch eine zusätzliche Regelung im Nachzüglervertrag eine (weitere) Verkürzung der Verjährung vorzusehen, wenn die Übergabe nach dem vertraglich vereinbarten Termin erfolgt. Dann würde die Regelung der Sache nach aber auf das Modell hinauslaufen, das unter nachstehend bb) vorgestellt wird.

73 BGH, Urteil vom 11.10.1995, VIII ZR 151/94, NJW 1995, 3381, 3383; MünchKomm-BGB/Westermann, § 438 Rdnr. 25; BeckOK-BGB/Faust, Stand: 1.2.2017, § 438 Rdnr. 30.

74 Künftig: § 640 Abs. 2 BGB.

75 BeckOK-BGB/Voit, Stand: 1.2.2017, § 634a Rdnr. 16.

bb) Verkürzte Verjährungsfrist unabhängig von der Übergabe an den Nachzüglererwerber

Möglicherweise aus den vorgenannten Gründen wird in der Literatur überwiegend eine andere Gestaltung vorgeschlagen. Danach soll die Verjährung der Gewährleistungsansprüche des Nachzüglererwerbers von der Übergabe an ihn (§ 438 Abs. 2 BGB) entkoppelt werden. Stattdessen soll es bei der gesetzlichen fünfjährigen Verjährungsfrist verbleiben, deren Beginn jedoch kraft vertraglicher Vereinbarung an die bereits erfolgte Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch frühere Erwerber anknüpft⁷⁶ oder, was letztlich auf dasselbe Ergebnis hinausläuft, es soll unter Berücksichtigung der Abnahme früherer Erwerber eine verkürzte Verjährungsfrist errechnet werden, die nicht ab der Übergabe an den Nachzüglererwerber zu laufen beginnt, sondern unabhängig von dieser an einem bereits im Nachzüglervertrag konkret benannten Termin endet.⁷⁷ Die in der Literatur zu findenden Gestaltungsvorschläge sind bisweilen aber wenig konkret, weil nicht näher ausgeführt wird, an welche Abnahme angeknüpft werden soll.⁷⁸ Entsprechend der hier vertretenen Auffassung könnte bei Wahl dieser Gestaltung die erste erklärte Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch einen früheren Erwerber als Bezugspunkt gewählt werden.

Der Vorteil dieser Gestaltung liegt darin, dass mit ihr ein Gleichlauf der Verjährung zuverlässiger erzielt werden kann. Allerdings wirft sie andere Fragen auf, die bislang weitgehend noch nicht gestellt wurden. Problematisch erscheint insbesondere die von der Übergabe an den Nachzüglererwerber unabhängige Ingangsetzung der Verjährungsfrist. Die Gestaltung kann zur Folge haben, dass bereits der Ablauf der für die Kaufvertragsabwicklung erforderlichen Zeit dazu führt, dass dem Erwerber bei Übergabe keine unverjährten Gewährleistungsansprüche mehr zustehen. Diese Gefahr droht, wenn der Nachzüglererwerber einen Kaufvertrag schließt und zu diesem Zeitpunkt die Ansprüche desjenigen früheren Erwerbers, an den im Nachzüglervertrag hinsichtlich der Verjährung angeknüpft wird, beinahe verjährt sind. Nicht unbedenklich erscheint auch, dass für den Käufer eine Verkürzung der Verjährung oder sogar der Eintritt der Verjährung droht, wenn der Bauträger die Übergabe (vertragswidrig) verzögert. Dasselbe

76 So etwa *Basty*, Der Bauträgervertrag, Rdnr. 1137; *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 3236; *Krick*, MittBayNot 2014, 401, 411; siehe zu einer solchen Gestaltung auch OLG Koblenz, Urteil vom 8.4.2013, 2 U 1123/12, BeckRS 2013, 20369, wobei dort eine in der Vergangenheit liegende Abnahme anerkannt und der Tag dieser Abnahme als Beginn der Verjährung vereinbart wurde; siehe auch *Kersten/Bühling/Wolfsteiner*, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, § 33 Rdnr. 58, der nicht an die Abnahme früherer Erwerber, sondern an die vollständige Fertigstellung anknüpfen will.

77 So Würzburger Notarhandbuch/*Hertel*, Teil 2 Kap. 3 Rdnr. 313.

78 Siehe etwa Würzburger Notarhandbuch/*Hertel*, Teil 2 Kap. 3 Rdnr. 312; *Pause*, NZBau 2017, 22, 23 f.; *Basty*, MittBayNot 2016, 502; weiter differenzierend *Basty*, Der Bauträgervertrag, Rdnr. 1137; teils wird davon ausgegangen, dass alle Abnahmen an einem einzigen Tag stattgefunden haben, siehe etwa *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 3236; *Krick*, MittBayNot 2014, 401, 411; siehe auch *Elzer/Fritsch/Meier/Elzer*, Wohnungseigentumsrecht, § 1 Rdnr. 482.

gilt, wenn der Bauträger dem Nachzüglererwerber zwar die Übergabe anbietet, der Vertragsgegenstand aber Mängel aufweist. Bei kaufvertraglicher Qualifikation der Gewährleistungsansprüche ist der Käufer zwar auch bei unwesentlichen (behebaren) Mängeln zur Zurückweisung der Sache berechtigt, weil § 640 Abs. 1 Satz 2 BGB nur bei Anwendbarkeit von Werkvertragsrecht gilt.⁷⁹ Macht der Käufer aber von diesem Recht Gebrauch und kommt der Bauträger seiner Verpflichtung zur Lieferung einer mangelfreien Sache nicht bzw. nur verzögert nach, kann dies zur Folge haben, dass der im Nachzüglervertrag ausgewiesene Termin, ab dem Verjährung eintritt, verstreicht. Es droht damit der Eintritt der Verjährung, obwohl der Nachzüglererwerber niemals eine (mangelhafte) Sache als Erfüllung angenommen hat.⁸⁰ Dies ist die Folge der vorgeschlagenen Gestaltung, nach welcher die Verjährungsfrist unabhängig von der Übergabe an den Käufer (vgl. § 438 Abs. 2 BGB) zu laufen beginnt.

Aus den vorstehenden Gründen bestehen Zweifel, ob die von der Übergabe an den Nachzüglererwerber unabhängige Ingangsetzung der Verjährungsfrist einer Klauselkontrolle standhält. Die besseren Gründe dürften dafür sprechen, dass eine solche Klausel jedenfalls ohne weitergehende Modifikationen unwirksam ist. Die Klausel ist andernfalls mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, wonach die Verjährungsfrist erst mit der Übergabe an den Erwerber in Gang gesetzt wird (§ 438 Abs. 2 BGB), nicht vereinbar und daher gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam.⁸¹ Das Gesetz hat den Verjährungsbeginn in § 438 Abs. 2 BGB an die Übergabe geknüpft, weil der Erwerber die Sache mit dieser entgegengenommen hat und es damit gerechtfertigt ist, dass er seine etwaigen Gewährleistungsansprüche innerhalb der ab diesem Zeitpunkt laufenden Frist gegenüber dem Verkäufer in notfalls verjährungshemmender Weise geltend machen muss. Abwei-

chende Vereinbarungen hinsichtlich des Verjährungsbeginns sind zwar zulässig.⁸² Es erscheint aber nicht gerechtfertigt, wenn nach der vertraglichen Regelung auch solche Zeiträume zulasten des Erwerbers verjährungsverkürzend berücksichtigt werden, in denen die Sache aus vom Verkäufer zu vertretenden Gründen nicht an den Erwerber übergeben wird. Läuft die Verjährungsfrist allein wegen nicht von dem Verkäufer zu beeinflussender Verzögerungen in der Vertragsabwicklung ab, mag man dies noch mit dem Argument hinnehmen, dass der Verkäufer alternativ mit dem Vertragsschluss bis nach Ablauf der Fünfjahresfrist seit der ersten Abnahme eines früheren Erwerbers hätte warten und dann zulässigerweise einen (weitgehenden) Gewährleistungsausschluss vereinbaren können.⁸³ Es wäre jedoch eine unangemessene Vertragsgestaltung, wenn der Verkäufer durch sein pflichtwidriges Verhalten den Zeitraum, der dem Erwerber für die Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche zur Verfügung steht, verkürzen könnte. Aus diesem Grund sollten die gängigen Vertragsmuster zumindest dahin gehend angepasst werden, dass die Verjährung während derjenigen Zeiträume, in denen eine Übergabe aus vom Verkäufer zu vertretenden Gründen unterbleibt, gehemmt ist. Eine solche vertragliche Vereinbarung hinsichtlich der Hemmung der Verjährung ist erforderlich, weil sich eine solche für den vorgenannten Fall nicht bereits auf der Grundlage der gesetzlichen Regelungen ergeben dürfte.⁸⁴ Dass mit dieser Regelung wiederum Auslegungsschwierigkeiten verbunden sein können – ab welchem Zeitpunkt ist etwa die unterlassene Beibringung der Lösungsunterlagen hinsichtlich der von dem Erwerber nicht übernommenen Belastungen vom Verkäufer zu vertreten?⁸⁵ – ist zur Vermeidung einer unangemessenen Benachteiligung hinzunehmen. Wird die Verjährungsregelung in dieser Weise modifiziert, dürfte sie einer Inhaltskontrolle anhand § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB standhalten. Als „sicherere“ und einfachere Gestaltung dürfte sich gleichwohl die Vereinbarung einer konkret verkürzten Verjährungsfrist anbieten, die erst ab der Übergabe des Vertragsgegenstandes an den Erwerber zu laufen beginnt.

79 BGH, Urteil vom 26.10.2016, VIII ZR 211/15, NJW 2017, 1100, 1102 f.; BeckOK-BGB/*Faust*, § 433 Rdnr. 40a.

80 Dies gilt allerdings nur dann, wenn die vertraglich verkürzte Verjährungsfrist auch den Anspruch des Käufers auf Verschaffung einer mangelfreien Sache (vgl. § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB) erfasst, weil dem Erwerber sonst zumindest dieser Anspruch, der innerhalb der regelmäßigen Verjährungsfrist verjährt, verbleiben würde, vgl. zur Verjährung des Anspruchs aus § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB BeckOK-BGB/*Faust*, § 438 Rdnr. 7. Die Formulierungsvorschläge in der Literatur unterstellen zumeist „Ansprüche wegen Mängeln“ der verkürzten Verjährungsfrist, ohne ausdrücklich zu regeln, ob es sich dabei nur um die Gewährleistungsansprüche nach Eingreifen des Gewährleistungsrechts handelt oder ob auch der vor Eingreifen des Gewährleistungsrechts bestehende Anspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache (§ 433 Abs. 1 Satz 2 BGB) erfasst ist, siehe etwa *Basty*, Der Bauträgervertrag, Rdnr. 1137; Würzburger Notarhandbuch/*Hertel*, Teil 2 Kap. 3 Rdnr. 313; *Krick*, MittBayNot 2014, 401, 411. Im Zweifel dürfte dieser Anspruch nicht von der Regelung erfasst sein, in jedem Fall empfiehlt sich eine Klarstellung. Wenn die verkürzte Verjährung nach der vertraglichen Gestaltung ausdrücklich auch für den Primäranspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache gilt, bleibt dem Käufer – neben den Möglichkeiten zur Hemmung der Verjährung, insbesondere der Klageerhebung (§ 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB) – als Ausweg nur noch, dem Kaufpreisanspruch des Verkäufers nach Eintritt der Verjährung das Zurückbehaltungsrecht entgegenzuhalten (§ 215 BGB).

81 A. A. jedoch OLG Koblenz, Urteil vom 8.4.2013, 2 U 1123/12, BeckRS 2013, 20369.

82 MünchKomm-BGB/*Westermann*, § 438 Rdnr. 24; BeckOGK-BGB/*Arnold*, Stand: 1.3.2017, § 438 Rdnr. 111.

83 Siehe zur Zulässigkeit des Gewährleistungsausschlusses unter III. 4. Als Folge der hier vertretenen Auffassung muss ein solcher jedenfalls dann zulässig sein, wenn er zu einem Zeitpunkt geschlossen wird, zu dem die Fünfjahresfrist hinsichtlich eines Alterwerbers verstrichen ist.

84 Denkbar kann im Einzelfall aber ein Neubeginn der Verjährung aufgrund eines Anerkenntnisses (§ 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB) sein, wenn der Käufer die mangelhafte Sache zurückweist und der Verkäufer den Mangel anerkennt, vgl. zum Anerkenntnis bei Nacherfüllung MünchKomm-BGB/*Grothe*, § 212 Rdnr. 16; BeckOK-BGB/*Henrich*, Stand: 1.2.2017, § 212 Rdnr. 4; allerdings ist dann problematisch, welche Rechtsfolge sich aufgrund des Anerkenntnisses ergibt, denn es stellt sich die Frage, welche Frist in diesem Fall ab dem Anerkenntnis neu zu laufen beginnt, wenn nach der gewählten Klausel die Verjährung bereits in der Vergangenheit begonnen hat. Soll in diesem Fall die volle Frist (die dem Erwerber niemals zustand!) ab dem Anerkenntnis laufen oder nur die Frist, die dem Erwerber faktisch als Nachzüglererwerber noch zustand?

85 Siehe zu dieser Frage OLG Düsseldorf, Urteil vom 5.7.2016, I-21 U 126/15, MittBayNot 2017, 481.

6. Verjährungsverkürzung hinsichtlich des Sondereigentums

Sind die Gewährleistungsansprüche des Nachzüglererwerbers kaufvertraglich zu qualifizieren⁸⁶, können auch die Gewährleistungsansprüche des Nachzüglererwerbers hinsichtlich des Sondereigentums verkürzt werden. In der Literatur wird aus Vorsichtsgründen zwar bisweilen geraten, die Fristen hinsichtlich des Sondereigentums nicht zu verkürzen.⁸⁷ Unterliegen die Gewährleistungsansprüche hinsichtlich des Sondereigentums jedoch dem Kaufrecht (weil es nicht mehr als neu hergestellt anzusehen ist),⁸⁸ besteht kein Grund dafür, den Parteien jegliche Gestaltung zu versagen, solange die Rechtsposition des Nachzüglererwerbers nicht gegenüber den früheren Erwerbern verschlechtert wird. Zumindest die Verkürzung der Verjährung ist daher zulässig, wenn bei der Wahl der beiden auch hier zur Verfügung stehenden Gestaltungsvarianten⁸⁹ die vorstehenden Grundsätze beachtet werden.

Es stellt sich allerdings die Frage, welcher Zeitpunkt im Zusammenhang mit der Verkürzung der Verjährungsfrist zulässigerweise den Beginn der Verjährung markieren kann. Die Abnahme des Gemeinschaftseigentums oder die Abnahme des Sondereigentums durch frühere Erwerber scheiden aus, weil diese Ereignisse nicht sachgerecht sind, um die Länge der Verjährungsfrist hinsichtlich der Gewährleistungsansprüche des Nachzüglererwerbers wegen Mängeln seines Sondereigentums zu bemessen. Interessengerecht erscheint es, hinsichtlich der verkürzten Verjährung an den (allerdings nicht immer eindeutig feststellbaren) Zeitpunkt der Fertigstellung des Sondereigentums anzuknüpfen.⁹⁰ Die Verjährungsfrist darf auf der Grundlage dieses Zeitpunkts mithilfe der beiden zuvor beschriebenen Modelle verkürzt werden, wobei auch an dieser Stelle die Vereinbarung einer verkürzten Verjährungsfrist, deren Lauf mit der Übergabe des Sondereigentums beginnt, vorzuzugswürdig ist.

Problematisch ist in diesem Zusammenhang, dass Bauträger in vielen Fällen den Innenausbau der Nachzüglerseinheiten erst in Abstimmung mit dem Erwerber ausführen, nachdem die entsprechende Einheit verkauft worden ist. Auf der Grundlage der Rechtsprechung des VII. Zivilsenats könnten die Gewährleistungsansprüche des Nachzüglers in diesem Fall insgesamt (d. h. auch hinsichtlich des Gemeinschaftseigentums!) werkvertraglich qualifiziert werden mit der Folge, dass bereits § 309 Nr. 8 b) ff) BGB einer Modifikation der Verjährungsfrist entgegenstünde.⁹¹ Nach der hier vertretenen Auffassung können die Gewährleistungsansprüche hinsichtlich des Gemeinschafts- und des Sondereigentums aber getrennt voneinander nach Kaufrecht und nach Werkvertragsrecht eingeordnet wer-

den.⁹² Die besseren Argumente dürften sogar dafür sprechen, dass selbst hinsichtlich des Sondereigentums die Gewährleistungsansprüche teils werkvertraglich und teils kaufvertraglich qualifiziert werden können. Verlegt etwa der Bauträger nach Beurkundung des Nachzüglervertrags in Abstimmung mit dem Erwerber den von dem Erwerber gewählten Fußbodenbelag, scheidet eine Verkürzung der Verjährung hinsichtlich des Fußbodenbelags aufgrund der übernommenen Herstellungsverpflichtung AGB-rechtlich aus. Wurde die Wohnung im Übrigen aber bereits vier Jahre vor der Beurkundung des Nachzüglervertrags fertiggestellt, dürfte es kaum der Erwartungshaltung eines Erwerbers entsprechen, dass aufgrund der geschuldeten Werkleistungen hinsichtlich des Fußbodenbelags insgesamt, d. h. hinsichtlich des Gemeinschafts- und des Sondereigentums im Übrigen, Werkvertragsrecht mit AGB-rechtlich zwingender fünfjähriger Verjährung gilt. Es dürfte daher im Beispiel auch ohne ausdrückliche Regelung im Nachzüglervertrag hinsichtlich des Fußbodenbelags Werkvertragsrecht und im Übrigen in Ermangelung einer Herstellungsverpflichtung Kaufrecht gelten und eine Verkürzung der Verjährung zulässig sein. Jedenfalls kann vertraglich eine Herstellungsverpflichtung hinsichtlich des vier Jahre alten Gemeinschafts- und Sondereigentums mit der vorerwähnten Folge ausgeschlossen werden.⁹³ Ob der VII. Zivilsenat eine solche Gestaltung billigen wird, erscheint nach heutigem Erkenntnisstand allerdings nicht gesichert.

IV. Fazit

Dem Versuch, die für die Gewährleistungsansprüche des Nachzüglererwerbers geltende Verjährung mit den Verjährungsfristen zu synchronisieren, die für frühere Erwerber gelten, sind enge Grenzen gesetzt. Da sich das Ziel nicht durch eine Vergemeinschaftung der Abnahme des Gemeinschaftseigentums erreichen lässt, kann eine Lösung nur auf der Ebene des Erwerbsvertrags gefunden werden. Eine Synchronisierung scheidet aber auch durch (formulärmäßige) Vereinbarung im Nachzüglervertrag aus, wenn die Gewährleistungsansprüche des Erwerbers (noch) werkvertraglich zu qualifizieren sind. Gilt hinsichtlich der Gewährleistungsansprüche des Nachzüglererwerbers Kaufrecht, kann zumindest die für die Gewährleistungsansprüche geltende gesetzliche Verjährungsfrist verkürzt werden. Eine entsprechende Klausel hält einer Kontrolle anhand § 307 BGB aber nur dann stand, wenn die Verjährung nicht früher eintritt als die Verjährung der Gewährleistungsansprüche desjenigen Erwerbers, der als erster das Gemeinschaftseigentum abgenommen hat. Sofern sich auch die Gewährleistungsansprüche wegen Mängeln des Sondereigentums nach Kaufrecht bemessen, kann die Verjährung auch diesbezüglich unter Anknüpfung an den Zeitpunkt der Fertigstellung des Sondereigentums verkürzt werden. Praktisch scheidet eine Synchronisierung der Verjährung in den meisten Fällen jedoch aus, weil die Gewährleistungsansprüche des Nachzüglererwerbers nach der Rechtsprechung des BGH auch lange Zeit nach Fertigstellung der Wohnanlage noch werkvertraglich zu qualifizieren sind.

86 Siehe dazu unter III. 3.

87 *Cziupka*, NotBZ 2016, 361, 369.

88 Siehe dazu unter III. 3.

89 Siehe unter III. 5. b).

90 So auch im Zusammenhang mit der Verkürzung der Verjährung der Gewährleistungsansprüche wegen Mängeln des Gemeinschaftseigentums *Kersten/Bühling/Wolfsteiner*, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, § 33 Rdnr. 58.

91 Siehe dazu unter II. 1. und III. 3.

92 Siehe Fn. 36.

FORMULIERUNGSVORSCHLAG:

Das Gemeinschaftseigentum wurde im Jahr 2014 vollständig fertiggestellt und am 31.5.2014 von dem ersten Erwerber abgenommen. Das Sondereigentum wurde am 31.7.2014 vollständig fertiggestellt. Die Wohnung war vom 1.9.2014 bis zum 31.8.2017 vermietet. Die Übergabe an den Erwerber erfolgt Zug-um-Zug mit Zahlung des Kaufpreises, voraussichtlich am 1.12.2017. Der Veräußerer und der Erwerber gehen übereinstimmend davon aus, dass weder das Gemeinschaftseigentum, noch das Sondereigentum als neu anzusehen sind und dass der Vertragsgegenstand (Sonder- und Gemeinschaftseigentum) in seinem gebrauchten Zustand an den Erwerber verkauft wird. Eine Herstellungsverpflichtung trifft den Veräußerer gegenüber dem Erwerber nicht und wird hiermit ausgeschlossen. Der Veräußerer und der Erwerber vereinbaren hiermit, dass sich die Ansprüche und Rechte des Erwerbers wegen Mängeln des Gemeinschafts- und des Sondereigentums nach Kaufrecht richten. Abweichend von § 438 Abs. 1 Nr. 2 BGB beträgt die Verjährungsfrist für Ansprüche wegen Mängeln des *Gemeinschaftseigentums* jedoch nur 1 Jahr und 6 Monate und beginnt mit der Übergabe des Vertragsgegenstandes an den Erwerber; in keinem Fall tritt die Verjährung aber vor dem Ablauf des 31.5.2019 ein. Die Verjährungsfrist für Ansprüche wegen Mängeln des *Sondereigentums* beträgt 1 Jahr und 8 Monate und beginnt ebenfalls mit der Übergabe des Ver-

tragsgegenstandes an den Erwerber; die Verjährung tritt jedoch keinesfalls vor Ablauf des 31.7.2019 ein. Der Notar hat die Vertragsbeteiligten darauf hingewiesen, dass eine Verkürzung der Verjährungsfristen nach der Rechtsprechung des BGH einer AGB-Kontrolle allenfalls dann standhalten kann, wenn hinsichtlich der Gewährleistungsansprüche nicht mehr Werkvertragsrecht, sondern Kaufrecht gilt, und dass nicht abschließend geklärt ist, ob die Vertragsbeteiligten wirksam eine Herstellungsverpflichtung des Veräußerers unter Geltung des AGB-Rechts abbedingen können. Selbst bei Anwendbarkeit von Kaufrecht ist die Zulässigkeit einer verkürzenden Vereinbarung im Nachzüglervertrag nicht abschließend geklärt. Der Notar hat den Erwerber ferner auf die Folgen der Verkürzung der Verjährungsfristen hingewiesen, insbesondere darauf, dass nach dem Gesetz die Verjährungsfrist für Ansprüche wegen Mängeln des Gemeinschafts- und des Sondereigentums fünf Jahre ab der Übergabe des Vertragsgegenstandes an ihn betragen würde und dass damit die Verjährungsfristen durch die vorgenannte Vereinbarung erheblich verkürzt werden. Der Notar hat dem Erwerber empfohlen, sich schnell Klarheit darüber zu verschaffen, ob Mängel des Sonder- und/oder des Gemeinschaftseigentums bestehen, um etwaige Ansprüche und Rechte erforderlichenfalls innerhalb der verkürzten Frist gegenüber dem Veräußerer in notfalls verjährungshemmender Weise geltend zu machen.

Normtelos gegen Gesetzssystem: Die verzögerte Versteigerung aus Grundschuldzinsen¹

Zugleich Anmerkung zu dem Beschluss des BGH vom 30.3.2017, V ZB 84/16²

Von Notar **Michael Volmer**, Starnberg

Welche Unterstützung darf der Gesetzgeber von der Rechtspraxis erwarten, um ein (in Teilen) misslungenes Maßnahmegesetz zu retten? Der BGH hat in seinem Beschluss vom 30.3.2017 zur isolierten Vollstreckung von Grundschuldzinsen erst nach Verwertungsreife dem Gesetzeszweck den Vorrang gegeben, damit aber die systematischen Widersprüche der Regelung nur verschoben.³

I. Regelungsdefizite im Risikobegrenzungs-gesetz 2008

1. Die Regelungsansätze durch die Novelle

Mit dem Risikobegrenzungs-gesetz vom 18.8.2008,⁴ bezüglich der hier maßgeblichen Vorschriften in Kraft getreten zum 19.8.2008, hat der Gesetzgeber neben den eigentlich regelungsbedürftigen Kapitalmarktrisiken auch die damals umfassend diskutierten Risiken des Eigentümers eines grundschuldbelasteten Grundstücks bei Forderungsverkäufen aufgegriffen und zu begrenzen versucht.⁵ Er hat dessen Risiken einhegen wollen durch den Ausschluss des gutgläubig-einrede-freien Grundschuldnererwerbs für zeitlich nachfolgende Abtretungen (§ 1192 Abs. 1a BGB), durch eine verschärfte Schadenshaftung des Zessionars der Grundschuld, sollte sich die Verwertung als ungerechtfertigt erweisen (§ 799a ZPO), durch erleichterten vorläufigen Rechtsschutz im Rahmen von Vollstreckungsabwehrklagen (§ 769 Abs. 1 Satz 2 ZPO) und, soweit an dieser Stelle letztlich von Bedeutung, durch die Statuierung der Hauptsachekündigung als zwingend gemäß § 1193 Abs. 2 Satz 2 BGB n. F.

Die Haftungsverschärfung und die erleichterte Einstellungsmöglichkeit verharren, jedenfalls was die in den Datenbanken nachgewiesenen Entscheidungen angeht, seitdem in einem Dornröschenschlaf. Zu § 799a ZPO und zu § 769 Abs. 1 Satz 2 ZPO verzeichnet juris jeweils nur eine Entscheidung der

Zivilgerichte;⁶ in beiden wird die Normanwendung abgelehnt. Der Ausschluss des gutgläubig-einrede-freien Erwerbs hat immerhin die wissenschaftliche Argumentation belebt.⁷

Während die anderen Regelungen der Novelle 2008 mindestens diskutabel (so etwa zur Beschränkung des gutgläubig-einrede-freien Erwerbs),⁸ wenn nicht sogar mit § 769 Abs. 1 Satz 2 ZPO n. F. rechtspraktisch zwingend genannt werden müssen,⁹ entzündete sich an der Einführung der Kündigungsfrist seit August 2008 die rechtswissenschaftliche Diskussion in verschiedenen Facetten. Dies betrifft einerseits den Zeitpunkt der Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung,¹⁰ die

1 Die Überlegungen widme ich Herrn Prof. Dr. Jan Wilhelm, Passau, zum 75. Geburtstag am 4.12.2017 in enger Verbundenheit. Ad multos annos!

2 MittBayNot 2017, 618 (in diesem Heft).

3 Zum Beschluss bereits *Kessler*, NJW 2017, 2442; *Clemente*, ZfIR 2017, 523; *Lieder/Wernert*, WuB 2017, 546.

4 Als Art. 6 Nr. 8 des Gesetzes zur Begrenzung der mit Finanzinvestitionen verbundenen Risiken (Risikobegrenzungs-gesetz), BGBl. 2008 I, S. 1666.

5 Zumindest ist die politische Diskussion seitdem deutlich abgeflaut – eine Ruhe indes, die sich als trügerisch erweisen kann. Der EU ist es jedenfalls zu ruhig und sie hat soeben eine Konsultation zur Verbesserung und Erleichterung der Ausplatzierung von Forderungsrisiken beendet. Man ahnt Übles.

6 BGH, Beschluss vom 4.5.2016, I ZR 64/16, BeckRS 2016, 08730 zu § 769 ZPO; OLG Dresden, Beschluss vom 28.9.2010, 9 W 646/10, BKR 2010, 465 zu § 799a ZPO. Zu dieser Norm verzeichnet juris auch noch eine Entscheidung des OLG Hamm, Urteil vom 7.9.2009, 5 U 42/09, BeckRS 2011, 01821, in der aber die Norm lediglich als Argumentationshilfe, nicht als streitmaßgebliche Anspruchsgrundlage benutzt wird.

7 OLG Brandenburg, Urteil vom 17.10.2013, 5 U 48/12, ZfIR 2014, 299 = ZIP 2014, 164; *Wilhelm*, Sachenrecht, 5. Aufl. 2016, Rdnr. 1777, Fn. 2768a; *Müller/Gruber*, Sachenrecht, 2016, Rdnr. 3935 ff.; eingehend *Hecht*, Die Struktur der Grundpfandrechte nach dem Risikobegrenzungs-gesetz, 2011, S. 99 ff.; und soeben *Heinemeyer*, Der Grundsatz der Akzessorietät bei Kreditsicherungsrechten, 2017, S. 360.

8 Die Novelle hätte ja nach verschiedentlicher Ansicht zuvor bereits durch Auslegung des Gesetzes erreicht werden können (*Wilhelm*, Sachenrecht, Rdnr. 1779 ff.; *ders.* in FS Baums, 2017, S. 1429, 1437), obschon der BGH sich dem bis zuletzt nie angeschlossen hat (BGH, Urteil vom 21.4.1972, V ZR 52/70, BGHZ 59, 1, BGH, Urteil vom 30.3.2010, XI ZR 200/09, BGHZ 185, 133 sowie ausdrücklich festhaltend BGH, Urteil vom 24.10.2014, V ZR 45/13, NJW 2015, 619 Tz. 14). Dazu auch *Heinemeyer*, S. 367.

9 Während in anderen Prozess- und Vollstreckungskonstellationen beim Anfordern der Sicherheitsleistung natürlich das Beiseiteschaffen von Vermögen oder der allgemeine Vermögensverfall des Schuldners bis zu einer Durchsetzung des Titels gegen ihn berücksichtigt werden müssen, ist beim Anspruch aus § 1147 BGB doch zu berücksichtigen, dass der Gläubiger eine typischerweise werthaltige, vor allem aber nicht flüchtige Sicherheit bereits innehat, die eher selten durch unvorhergesehene äußere Umstände plötzlich an Wert verlieren kann. Die Sicherheitsleistung gegenüber Verwertungsrechten des § 1147 BGB führt nicht nur zu einer Sicherstellung der künftigen Titeldurchsetzung, sondern zu einer erheblichen Besserstellung des Gläubigers, indem ihm ohne Durchführung des durchaus mühevollen und langwierigen Versteigerungsverfahrens der Zugriff auf die hinterlegten oder verbürgten Barmittel gewährt wird. Es ist aber nicht allgemeiner Sinn einer Sicherheitsleistung, den Gläubiger bei einer vorläufigen Abwendung der Versteigerung und Zwangsverwaltung von Verwertungshandlungen zu dispensieren.

10 *Clemente*, ZfIR 2017, 523; *Hecht*, S. 175 ff.

Wirkung eines (vermeintlich) zu früh erteilten Titels¹¹ und schließlich die Frage, wie sich denn die laufende Zinsfälligkeit zur Kündigung des Hauptsachebetrags verhält.

2. Das Kündigungserfordernis bezüglich der dinglichen Zinsen

a) Zinsen und Hauptsache als einheitliche Rangklasse nach § 10 ZVG

Dass § 1193 Abs. 2 Satz 2 BGB gerade wegen der Zinsen nicht wirken würde oder jedenfalls leicht unterlaufen werden konnte, war allen damaligen Veröffentlichungen zu entnehmen.¹² Für die Vollstreckung aus Grundpfandrechten gilt wegen §§ 44, 52 ZVG: Die kleinste rechtlich vollstreckungsfähige Werteinheit (sofern sie nur in der Rangklasse des § 10 Abs. 1 Nr. 4 ZVG liegt), egal ob Hauptsache oder Nebenleistung, setzt jedes nachrangige, jedes gleichrangige und das Recht selbst in vollem Umfang durch. Wenn – vorbehaltlich hier nicht zu betrachtender abweichender Versteigerungsbedingungen – nur vorrangige Rechte vom Ersterer übernommen werden, erlöschen eben alle anderen Belastungen und werden bis zur Grenze des Erlöses in Geld abgefunden. Der Inhaber der Grundschuld konnte deswegen versuchen, durch eine Versteigerung allein aus den Zinsen bereits die Verwertung zu beginnen, sei es dauerhaft auf die Zinsen beschränkt, sei es mit einem späteren Beitritt mit dem Hauptsachebetrag nach Ablauf der Kündigungsfrist.

Dieser Wirkungsmechanismus hat mit der Höhe der (dinglichen) Grundschuldzinsen zunächst einmal nichts zu tun und wäre auch bei einem Gleitzins „Basiszinssatz + 5 %“ (oder „B + 2,5 %“ gemäß § 497 Abs. 4 BGB) nicht anders.

Allerdings wurde dieser Zusammenhang im BMJV vielleicht aufgrund der Hast des damaligen Gesetzgebungsverfahrens,¹³ womöglich aufgrund der fehlenden Beteiligung anderer Fachabteilungen des BMJV, falsch eingeschätzt¹⁴ – oder vielleicht auch deswegen, weil dieser Zusammenhang sowieso weitgehend unbekannt war und ihn auch der Sachenrechtsgesetzgeber des BGB nicht bedacht hat: Der hypothekenrechtliche Eigentümer- und Schuldnerschutz, soweit er gemäß §§ 1141, 1149 BGB an die Forderungsfälligkeit anknüpft, erscheint ebenfalls brüchig, sobald man terminfällige Zinsen in die Überlegungen einbezieht.¹⁵ Deswegen hinkt auch der Hinweis des BGH auf die Motive:¹⁶ Wenn die Kündigungsfälligkeit dem Zweck der Grundschuld (nach Ansicht des Gesetzgebers) am

ehesten entspreche,¹⁷ beweist auch das zunächst einmal ein Übersehen der dinglichen Zinsen. Die gesetzlichen Rahmenbedingungen haben sich ja seitdem nicht geändert.

b) Die Höhe der Zinsen

In der Wahrnehmung wird dieser Mechanismus verschärft durch die Höhe der dinglichen Zinsen von gegenwärtig ca. 12-18 % p. a.¹⁸ Zwar kann der Eigentümer allein durch die Zahlung des vollstreckbar gestellten Betrags die Teilablösung des Rechts und die Aufhebung des Verfahrens erreichen, dem gegenüber sich der Gläubiger weder auf eine höhere Verbindlichkeit noch auf eine höhere Sicherheit berufen kann: § 266 BGB gilt nicht bzw. muss bezogen werden nicht auf den „Leistungsteil“ an der Gesamtsicherheit oder Gesamtforderung, sondern auf den unmittelbar durchzusetzenden Betrag – in diesem Verhältnis ist die Ablöseleistung kein Teilbetrag.¹⁹ Aber bei ca. 60-70 % des Hauptsachebetrags erscheint die Ablösung der Zinsforderung durch den säumigen Eigentümer wenig realistisch.

II. Die Verwertungsreife hinsichtlich der Zinsen

1. Die Durchsetzung des Normtelos

Der Senat eilt nun dem Gesetzgeber zu Hilfe, indem er auch die Verwertung allein wegen der Zinsen einer vorherigen Ankündigung unterwirft. Immerhin wäre jede andere Entscheidung ein höchstrichterlicher Freibrief gewesen, diese Ausweichgestaltung zu nutzen und immer gleich mit einer Zinsversteigerung zu beginnen. Insoweit wird man für das Ergebnis unter Gesichtspunkten des vom Gesetzgeber beabsichtigten Normzwecks Verständnis aufbringen können.²⁰ Der BGH begründet diese Aussage mit einer Analogie zu § 1234 BGB und untersagt zugleich die neuerliche Umgehung dieser Androhungsfrist unter Verwendung des Schuldanerkenntnisses.²¹

2. Folgerung für die notarielle Praxis

Das Einhalten der Wartefrist muss nach den Aussagen des BGH nicht bei der Erteilung der Vollstreckungsklausel überwacht werden. Gegen deren Wirksamkeit erhebt der Senat jedenfalls keine Einwände und überantwortet insoweit die Kontrolle allein dem Vollstreckungsgericht.²²

Offenbar sieht der Senat trotz der erschwerten Zinsablösung auch keine allgemeinen Wirksamkeitsbedenken gegen die Höhe der dinglichen Zinsen. Bei einer Verwerfung der Zinshöhe wegen sittenwidriger Übersicherung, wie jüngst wieder

11 Stöber, ZVG, 21. Aufl. 2016, § 15 Rdnr. 40.14.

12 Nachweise in Tz. 13, 14 der besprochenen Entscheidung.

13 Vgl. Kessler, NJW 2017, 2442, 2444. Zum Charakter des Risikobegrenzungsgesetzes als Maßnahmegesetz auch Heine-meyer, S. 360 (keine Absicht einer Gesamtrevision).

14 Clemente, ZfIR 2017, 523, 526 (dort Fn. 20).

15 BeckOGK-BGB/Volmer, Stand 1.11.2017, § 1149 Rdnr. 24. Das wird in der Kommentarliteratur aber nicht gesehen, vgl. etwa MünchKomm-BGB/Lieder, 7. Aufl. 2017, der in § 1146 Rdnr. 6, 1149 Rdnr. 5 nur die Hauptsachefälligkeit in den Blick nimmt.

16 Tz. 17.

17 Was im Übrigen für die heutigen Verwendungszwecke als Sicherungsgrundschuld durchaus zweifelhaft geworden ist, ging doch die 2. Kommission wohl von der Grundschuld als eigenständigem Kredit mit beschränkter Haftung aus (und konnte so den Zusammenhang mit der Fälligkeit der gesicherten Forderung völlig ausblenden), vgl. Wilhelm in FS Baums, S. 1429, 1432.

18 Tz. 20; Kessler, NJW 2017, 2442, 2443.

19 BGH, Beschluss vom 29.3.2007, V ZB 160/06, ZfIR 2007, 499.

20 Anders Lieder/Wernert, WuB 2017, 546.

21 Tz. 31.

22 Tz. 32: „bei Antragstellung nicht verstrichen“.

diskutiert,²³ hätte der vollstreckbare Anspruch ja nicht nur dilatorisch suspendiert, sondern insgesamt abgelehnt werden müssen. Das reiht sich ein in die bisherigen Aussagen des BGH zur Verjährung der dinglichen Zinsen:²⁴ Wenn der BGH für ältere Rückstandszinsen eine Verjährung bejaht, folgt daraus inzident, und zwar sowohl nach der schulmäßigen Prüfungsreihenfolge „Einwendungen vor Einreden“²⁵ als auch nach dem gestellten Prozessantrag,²⁶ dass die Einwendung des Sitten- oder Gesetzesverstoßes wegen Übersicherung der Grundschuldzinsen nicht greift.

III. Kritische Würdigung der Entscheidung

1. Die systematische Begründung: Analogie zu § 1234 BGB

Die über Normzweckerwägungen hinausgehende systematische Begründung ist hingegen ungeachtet der bisher geäußerten Zustimmung²⁷ nicht überzeugend. Der BGH ist sich sicher: Hätte der Gesetzgeber diesen Widerspruch bedacht, wäre er zu einer an § 1234 BGB angelehnten Regelung gekommen.²⁸ Ich bin der festen Überzeugung: Wenn der Gesetzgeber den dargestellten Wirkungszusammenhang in seine Überlegungen einbezogen hätte, hätte er das zwingende Kündigungserfordernis als untauglich gar nicht erlassen, sondern ganz andere Wege gewählt.

a) Gesetzeslücke vorhanden

Der BGH argumentiert mit einer ausfüllungsbedürftigen Gesetzeslücke. Dem ist bei einer Binnenbetrachtung des Risikobegrenzungsgesetzes zuzustimmen:²⁹ Die Zinswirkung hat der Gesetzgeber nicht gesehen. Das zeigt – außerhalb der Gesetzesmaterialien – die von *Clemente*³⁰ wiedergegebene Äußerung des BMJV: Es werde „in der Praxis der Gläubiger nicht die Zwangsvollstreckung wegen fälliger Grundschuldzinsen betreiben, wenn deren Höhe niedriger ist als die Höhe der offenen Darlehensforderung.“

Für die Feststellung der Lücke kommt es meines Erachtens nur darauf an, was der Gesetzgeber an tatsächlichem Befund und rechtlicher Würdigung in seine Wertungen einbezogen hat – nicht, was mitzubedenken er unterlassen hat. Insoweit sind

Kategorien von (einfach oder grob) fahrlässigem Übersehen keine Ansätze zur Beschränkung einer Lückenfüllung.

b) Fragwürdige Analogie zum Mobiliarpfand

Diese Lücke kann aber nicht durch einen Rückgriff auf § 1234 BGB geschlossen werden.

So zieht der BGH mit § 1234 BGB eine ausdrücklich dispositiv gestellte (§ 1245 Abs. 1 BGB) Norm heran,³¹ um mittels einer Analogie zu ihr den Geltungsbereich von *ius cogens* auszuweiten.³² Überzeugend ist das nicht.

Dabei wäre schon vorab zu klären, in welchem Umfang zu Fragen der Grundpfandrechtsverwertung überhaupt Anleihen beim Mobiliarpfand gemacht werden können. Die Grundstückszwangsversteigerung ist ja genau deswegen bei den Gerichten monopolisiert (§§ 1149, 1147 BGB i. V. m. ZVG) und in einem eigenen, immer wieder nachgebesserten Verfahrensgesetz durchnormiert, weil der Gesetzgeber völlig zu Recht die Mobilienverwertung mit ihrer einzigen Kontrolle über die besonders befugte Person (§ 383 Abs. 3 BGB) und der extrem weitreichenden Gefahr des Objektverlusts durch gutgläubigen Erwerb³³ für ganz ungeeignet hielt, die bei Immobilien auftretenden Probleme adäquat zu bewältigen.³⁴ Beide Verfahren sind damit aber so verschieden gelagert, dass die zum Lückenschluss verlangte Gleichwertigkeit nicht besteht.

Das beweist – gegen den BGH – gerade § 1234 BGB.

Einerseits soll § 1234 BGB (neben der sowieso bestehenden Benachrichtigungspflicht des § 1241 BGB; übrigens ebenfalls abdingbar, § 1245 Abs. 2 BGB *e contrario*³⁵) den Verpfänder frühzeitig vom Verkauf in Kenntnis setzen.³⁶ Tatsächlich würde der Verpfänder vom drohenden Pfandverkauf nur über die allgemeine Veröffentlichung³⁷ gemäß § 1237 Satz 1 BGB erfahren; er müsste also selbst täglich die Tageszeitung durchgehen oder in kurzen Abständen die Gerichtstafel konsultieren, ob sein Pfand versteigerungsbedroht ist. Das hat aber doch mit den Erfordernissen der Titelzustellung (§ 750 ZPO), der Beschlagnahme nebst Zustellung (§ 8 ZVG), der Zustellung der Wertfestsetzung (§ 74a Abs. 5 ZVG), etc., und allgemein der Stellung des Eigentümers als rechtmittelbefugter Verfahrensbeteiligter im Zwangsversteigerungsverfahren nicht den Hauch einer Regelungsähnlichkeit.

Soweit § 1234 BGB dem Gesetzeszweck nach eine Auslösung des Pfandes ermöglichen soll,³⁸ wären zunächst einmal

23 *Kesseler*, NJW 2017, 2442, 2443 f.; zuvor *Peters*, JZ 2001, 1017; *Clemente/Lenk*, ZfIR 2002, 337.

24 BGH, Urteil vom 29.7.1999, V ZR 340/98, MittBayNot 1999, 558; BGH, Urteil vom 30.3.2010, XI ZR 200/09, MittBayNot 2010, 378 (unter 3. b) der Gründe). Zu den Auswirkungen auf den Vollstreckungstitel BGH, Urteil vom 21.10.2016, V ZR 230/15, DNotZ 2017, 177 und folgend BGH, Urteil vom 9.2.2017, V ZR 154/16, ZfIR 2017, 292 (Ls.) sowie BGH, Beschluss vom 2.2.2017, IX ZA 15/16, ZfIR 2017, 292.

25 *Körber*, JuS 2008, 289, 294; *Brox*, JA 1987, 169, 174; *Bitter/Röder*, BGB Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2016, Rdnr. 14.

26 Die Verwerfung der Zinsen als unwirksam würde dem Klageantrag der Vollstreckungsgegenklage in vollem, jedenfalls größerem Umfang zum Erfolg verhelfen.

27 *Kesseler*, NJW 2017, 2442; *Clemente*, ZfIR 2017, 525.

28 Tz. 22.

29 Zur Einbeziehung des Vollstreckungsrechts aber *Lieder/Werner*, WuB 2017, 546 sowie *Volmer*, MittBayNot 2009, 1, 2.

30 ZfIR 2017, 523, 525 (in Fn. 20).

31 Zur AGB-Kontrolle abweichender Regelungen vgl. BeckOGK-BGB/*Förster*, Stand: 1.10.2017, § 1234 Rdnr. 3.

32 Tz. 31: „nicht abdingbar“.

33 § 1244 BGB: Es reicht eine öffentliche Versteigerung.

34 Diese Wertungen hat – für andere Rechtsordnungen – auch der EuGH bestätigt: EuGH, Urteile vom 14.3.2013, C-415/11, EuZW 2013, 464 (Spanien), vom 29.10.2015, C-8/14, EuZW 2016, 147 (erneut Spanien) und vom 10.9.2014, C-34/13, WM 2015, 324 (Slowakei).

35 BeckOGK-BGB/*Förster*, § 1241 Rdnr. 4.

36 BeckOGK-BGB/*Förster*, § 1234 Rdnr. 2.

37 Dazu BeckOGK-BGB/*Förster*, § 1237 Rdnr. 3.

38 Vgl. Tz. 29; *Palandt/Wicke*, 76. Aufl. 2017, § 1234 Rdnr. 1; BeckOGK-BGB/*Förster*, § 1234 Rdnr. 2.

die wesentlich sachnäheren – weil hypothekenbezogenen – Normen der §§ 1141, 1142 BGB anzuwenden, vielleicht auch nach grundschuldbezogener Korrektur im Rahmen der entsprechenden Anwendung gemäß § 1192 BGB. Und die Rechtsmittelbefugnis³⁹ ist im Rahmen der Vollstreckungsverwertung verfahrensintern geregelt (§§ 767, 769 ZPO).

2. Die Vereitelung des Ablöserechts durch die Zinshöhe

Unvollständig ist die Bewertung der dinglichen Zinsen als Hindernis für die Ablöseberechtigung.⁴⁰ Der Sicherungsnehmer darf die Sicherheit in keinem Fall über den gesicherten Anspruch hinaus verwerten oder, bei unteilbaren Gegenständen, einen darüber hinausgehenden Mehrerlös behalten. Den Abgleich stellt der systemimmanente⁴¹ Rückgewähranspruch dar. Mit diesen kann im Zwei-Personen-Verhältnis der Sicherungsgeber zur Ablösung des dinglichen Rechts partiell aufrechnen; mindestens, wenn man eine Aufrechnungsmöglichkeit wegen Ungleichartigkeit der Ansprüche verneint, besteht die *dolo-petit*-Einrede gegen ein höheres Ablöseverlangen.⁴² Und überdies ist fraglich, ob diese Zinswirkung eine amtsweilige Verfahrenskontrolle rechtfertigt.

3. Die Verzögerung des Schuldanerkenntnisses

Zugleich äußert sich der BGH auch zu einer Vollstreckung aus dem in aller Regel mitbeurkundeten und vollstreckbar gestellten Schuldanerkenntnis. Auch ein solches könne nicht eingesetzt werden, um ohne Verstreichen der Wartefrist die Zwangsversteigerung zu betreiben.⁴³

Die genaue Reichweite dieser Aussage, die der BGH zugleich mit der Androhung einer rigiden AGB-Kontrolle gemäß § 307 BGB verbindet,⁴⁴ bleibt aber unklar.

a) Vollstreckungsmöglichkeiten aus dem Schuldanerkenntnis

Sicher ist, dass sich die Banken jedenfalls bei vollstreckbaren Grundschulden in aller Regel auch vollstreckbare Schuldanerkenntnisse ausbedingen.⁴⁵ Die Bank erhält ohne Mehrkosten einen Vollstreckungstitel, der, weil nicht akzessorisch auf die eigentliche Kreditforderung bezogen, einen Zugriff auf das sonstige Vermögen bei wechselnden Darlehen sicherstellt, ohne dass jedes Mal ein Mahnverfahren eingeleitet werden müsste. Über das Schuldanerkenntnis hat die Bank damit die Möglichkeit,

- in der Rangklasse des § 10 Nr. 5 ZVG die sofortige Beschlagnahme des pfandbelasteten oder eines anderen Grundstücks des Schuldners zu bewirken;⁴⁶
- an dem pfandbelasteten⁴⁷ oder einem anderen Grundstück eine Zwangshypothek eintragen zu lassen, aus der sodann nachfolgend die Versteigerung betrieben wird, oder
- in sonstige Vermögenswerte vollstrecken zu können, beispielsweise durch Kontenpfändung oder Lohn- und Gehaltspfändung.

b) Einordnung der Aussage des BGH

Sicher dürfte die Aussage des BGH gegen die Beschlagnahme gerade des sowieso pfandbelasteten Grundstücks gerichtet sein. Sollen aber zugleich auch die anderen Möglichkeiten des Gläubigers zur Verwendung des Schuldanerkenntnisses beschränkt werden?

Die Ausdehnung der Ankündigungsfrist auch auf den Vollstreckungszugriff in das sonstige Vermögen würde deutlich über den Fokus des Risikobegrenzungsgesetzes hinausgehen, das sich als Maßnahmegesetz nur auf das dingliche Recht der Grundschuld bezogen hat. Auch bliebe offen, warum ein persönliches Schuldanerkenntnis, welches mit einer Grundschuld verbunden ist, nur verzögert sollte verwertet werden können und insoweit schwächer ausgestattet wäre als jeder andere Vollstreckungstitel und sogar als ein isoliertes vollstreckbares Schuldanerkenntnis außerhalb einer Grundschuld.

Auch für die Durchsetzung einer Zwangshypothek auf der Grundlage des Schuldanerkenntnisses, selbst wenn diese Überlegung wegen der Mehrkosten für die Eintragung eher theoretischer Natur ist, wird man eine Androhung kaum verlangen können, weil die Beschränkung des § 1193 Abs. 2 Satz 2 BGB auf die Grundschuld gewollt war. Für die Hypothek verbleibt es bei der Durchsetzung allein in Abhängigkeit von der Fälligkeit der gesicherten Forderung. Als unmittelbare gesetzliche Regelung lässt sich daran auch nichts ändern. Einen ähnlichen Vorschlag zu einer rechtsgeschäftlichen Gesetzeskorrektur, um die Zinsversteigerung aus Grundschulden in den Griff zu bekommen, verwirft der BGH in der hier zu besprechenden Entscheidung.⁴⁸

4. Die Verwertungsreife als Rechtsbegriff

Stattdessen führt der BGH den quasi-Gesetzesbegriff der Verwertungsreife ein, den man zwar aufgrund der langjährigen Erfahrung mit nichtakzessorischen Kreditsicherheiten für hin-

39 Zu diesem Normzweck des § 1234 BGB vgl. Tz. 29 und BeckOGK-BGB/Förster, § 1234 Rdnr. 2.

40 Tz. 20; drastisch Kessler, NJW 2017, 2442.

41 BGH, Urteil vom 28.4.1994, IX ZR 248/93, MittBayNot 1994, 315; auch OLG Brandenburg, Urteil vom 11.3.2010, 5 U 34/09, BeckRS 2010, 07660.

42 BeckOGK-BGB/Volmer, § 1142 Rdnr. 48 ff.; OLG Hamm, Urteil vom 14.7.2016, 5 U 148/15, RNotZ 2017, 61 (Ls.).

43 Tz. 31.

44 Tz. 31.

45 Muster bei Gaberdiel/Gladenbeck, Kreditsicherung durch Grundschulden, 9. Aufl. 2011, Anhang 3.

46 Aufgrund der Nichtakzessorietät dürfte das bei Hypotheken geltende Verbot der Doppelsicherung nicht entgegenstehen. Allerdings erhält die Bank nur einmal den Erlös, vgl. BGH, Urteil vom 3.12.1987, III ZR 261/86, MittBayNot 1988, 74 bzw. die gleichlautenden Sicherungsvereinbarungen (dazu Muster bei Gaberdiel/Gladenbeck, Anhang 4 Anm. 15).

47 Dabei wäre aber zu berücksichtigen, dass bei dieser Vorgehensweise die Bank dem laufenden Versteigerungsverfahren sodann beitreten muss (!) und sich nicht auf die Versteigerung aus dem Rang des § 10 Nr. 5 ZVG beschränken kann. Wegen der hohen Vorlasten wäre diese Versteigerung nicht ertragbringend.

48 Tz. 27, 28.

reichend konturiert halten kann, um damit zu arbeiten. Vielleicht benutzt das BGB ihn nur deswegen nicht, weil dem Begriff zum 1.1.1900 die tatbestandliche Schärfe fehlte. Wer mit diesem Begriff operieren will,⁴⁹ muss aber über einen Widerspruch Rechenschaft ablegen: Bei akzessorischen Realsicherheiten gestattet das BGB den Zugriff auf die Sicherheit immer mit Fälligkeit der Forderung (§§ 1141, 1149, 1228 Abs. 2 Satz 1 BGB). Das Gesetz geht noch nicht einmal so weit, für die „Verwertungsreife“ einen – auch um 1900 dogmatisch bekannten, konturierten und eingehend diskutierten – Verzug zu verlangen! Eine komplikationslose, halbwegs widerspruchsfreie Einbindung einer von der Fälligkeit abweichenden Verwertungsreife ist deswegen nur um den Preis einer massiven Umgestaltung gesetzlich geregelter Kreditsicherheiten zu haben.

IV. Wem gebührt der Vorrang: Telos oder System?

Die Durchsetzung des Gesetzeszwecks ist, wie schon diese Überlegungen zeigen, auf dem vom Gesetzgeber gewählten Weg nicht mit, sondern nur gegen das System zu haben. Die inneren Widersprüche werden vom BGH nur verschoben, nicht aber gelöst:

1. Keine Verwertungsreife bei Hypotheken

So bleibt der von *Clemente* angemahnte Widerspruch zur Durchsetzung von Hypotheken und Altgrundschulden.⁵⁰ Daran ist aber, entgegen seiner Erwartung, nichts zu ändern. Denn auch wenn der Gesetzgeber Aspekte des ZVG wohl übersehen hat, so hat er doch diese Beschränkung auf neue Grundschulden bewusst getroffen. Ausfüllungsbedürftige oder ergänzungsfähige Lücken bestehen daher nicht.

2. Der Vollstreckungsdruck

Der BGH folgt der Einschätzung des Gesetzgebers, der bereits die Einleitung von Versteigerungsmaßnahmen, gekennzeichnet durch den im Grundbuch eingetragenen Versteigerungsvermerk, als bedrohlich ansieht; gerade die Offenlegung beschränke den betroffenen Eigentümer in der Suche nach Ausweich- und Sanierungsgestaltungen.⁵¹

a) Der Versteigerungsvermerk im Grundbuch

Indes liegt die Eintragung im Grundbuch ja nur für denjenigen offen, der (mit Zustimmung des Eigentümers) Einsicht in das Grundbuch nimmt oder aufgrund eines besonderen Interesses nehmen kann.⁵² Der Grundbucheintrag ist nicht per se jedermann zugänglich. Andere Einträge, etwa Schufa-Auskünfte, erscheinen mir hinsichtlich ihrer Zugänglichkeit wesentlich bedrohlicher für das Kreditranking des Eigentümers. Ohnehin steht der Eigentümer, jedenfalls soweit er eine Umschuldung hin zu anderen Kreditinstituten oder Sanierungsgespräche bei diesem Institut versucht, aufgrund der von ihm erwarteten umfassenden Kreditauskünfte in der Pflicht, die für ihn an der Be-

lastungsgrenze liegenden Schulden offenzulegen. Wegen dieser allgemein verlangten Offenlegung sind ja beispielsweise die Banken auch die einzigen Teilnehmer im Rechtsverkehr, denen gegenüber die subjektive Theorie des § 1365 BGB versagt, eben weil sich nicht derjenige auf Unkenntnis berufen kann, der zuvor sämtliche Informationen verlangt und bekommen hat.⁵³ Dass darüber hinaus die formelle Beschlagnahme den Druck des Gläubigers auf den Eigentümer verschärfen soll, erscheint mir nicht zwingend.⁵⁴

Der Versteigerungsvermerk kann allerdings die Handlungsfähigkeit des Eigentümers einschränken, aber nach eigenem Erleben deutlich anders als erwartet: Was passieren kann, ist, dass potenzielle Kaufinteressenten ihr hochpreisiges Angebot zum freihändigen Erwerb zurückziehen in der Hoffnung, im Versteigerungstermin wesentlich günstiger zu erwerben.⁵⁵ Das aber halte ich für ein Problem des Versteigerungsrechts.

b) Immobilier- versus Forderungsvollstreckung

Und schließlich erscheint mir die Bedrohlichkeit, jedenfalls was den zeitlichen und wirtschaftlichen Handlungsdruck angeht,⁵⁶ aus einer Konto- und sonstigen Pfändung⁵⁷ erheblich schwerwiegender als die Grundstücksbeschlagnahme zum Zwecke der Versteigerung, führt die Pfändung doch zum Fehlschlagen sämtlicher, nicht vom allgemeinen Pfändungsfreibetrag gedeckter Daueraufträge und Einzugsermächtigungen. Gerade mit dieser Begründung wurde in einem der wenigen erfolgreichen Fälle das Schuldanerkenntnis vom Eigentümer wegverhandelt: Die Beschlagnahme seiner Betriebsgrundstücke sei noch akzeptabel, die Kontensperrung durch Pfändung führe aber zum sofortigen Untergang des Unternehmens. Das könne er als Betriebsinhaber nicht riskieren.

3. Fazit

Allerdings muss der Rechtsanwender, zumal als Anhänger einer betont historischen Gesetzesauslegung,⁵⁸ das weite Ermessen des Zivilrechtsgesetzgebers anerkennen, welche neu

49 Neben BGH z. B. *Clemente*, ZfIR 2017, 525.

50 ZfIR 2017, 525.

51 Tz. 21.

52 KEHE/*Keller*, Grundbuchrecht, 7. Aufl. 2015, § 12 Rdnr. 9 (Darstellung der Einzelfälle).

53 BGH, Urteil vom 7.10.2011, V ZR 78/11, MittBayNot 2012, 222 (mit Anm. *Gladenbeck*); gegenüber der eigenen Familie greift hingegen die subjektive Theorie sehr wohl, BGH, Beschluss vom 21.2.2013, V ZB 15/12, DNotZ 2013, 686 (im ebenfalls innerfamiliären Fall, Urteil vom 16.1.2013, XII ZR 141/10, DNotZ 2013, 546 verneint der BGH schon den objektiven Tatbestand des § 1365 BGB).

54 Nach *Maetschke*, AcP 211 (2011), 300 und im Anschluss daran *Heinemeyer*, S. 359 soll die Verzögerung die ungleiche Verhandlungsposition lediglich im Verhältnis des Eigentümers zum Gläubiger mildern.

55 Nach dem Erfahrungsbericht des Erstehers bei der Bestellung der nachfolgenden Finanzierungsgrundschuld ca. 30 % Preisvorteil.

56 Eine am 18.10.2017 vorgenommene Sichtung etwa der Einträge des AG München im ZVG-Portal ergab keinen einzigen angesetzten Termin zu einem 2017er Aktenzeichen; für Berlin 16 Termine (von 100 angesetzt) mit 2017er Aktenzeichen, Verfahrensdauer zwischen Beschlagnahme und Termin mehr als 8 Monate.

57 Aussage eines Seminarteilnehmers, der es auf den Punkt brachte: „Machen Sie mal eine Taschenpfändung auf dem Golfplatz!“

58 Siehe *Wilhelm* in FS Baums, S. 1429 ff.

aufkommenden Verhaltensweisen der Rechtsgenossen er als Missstand betrachtet, um darauf legislatorisch zu reagieren, und zwar selbst dann, wenn er – der Rechtsanwender – für sich zu anderen Abwägungsergebnissen kommen würde. Es unterlag grundsätzlich der parlamentarischen Prärogative, welchem Handlungsdruck man einen Schuldner aussetzen möchte und ab wann (auch unterhalb der Schwelle des § 138 BGB) Erleichterungen befürwortet wurden.

Eine Analyse der gewählten Umsetzung belegt aber das argumentative Übergehen der vorhandenen vollstreckungsrechtlichen Aufschubmöglichkeiten,⁵⁹ das Übersehen von § 798 ZPO,⁶⁰ die Widersprüche aus der Verzögerung lediglich eines bestimmten vollstreckbaren Anspruchs, sowohl nach Anspruchsinhalt (nur Neugrundschulden) als auch nach Verwertungsobjekt (nur Grundstücke), sowie die daraus resultierenden Zweifel an der Bewertung gerade dieser Verhaltensweisen als besonders bedrohlich. Man muss zudem erkennen, dass diese Widersprüche nur zu neuen Ausweichgestaltungen einladen, etwa zur Verwendung der Schuldversprechenshypo-

thek, die immerhin als Schiffspfandrecht den Siegeszug der Grundschuld überlebt hat. Systematische Stimmigkeit ist nicht nur eine womöglich rechtlich unmaßgebliche Forderung der Logik, sondern auch Ausdruck des Gebotes, Gleiches gleich und Ungleiches seiner Abweichung entsprechend ungleich zu behandeln.

In der jüngsten Vergangenheit hat der BGH mehrfach den Mut aufgebracht, auch mit langjährig eingefahrenen Routinen der öffentlichen Hand zu brechen.⁶¹ Man hätte sich diesen Mut, mit dem Gesetzestelos zu brechen, auch bei der Zinsversteigerung gewünscht, um zu einer Neuorientierung zu kommen: Das bedenkenswerte Anliegen des Gesetzgebers war und ist angesichts der Vielgestaltigkeit der Sicherheiten materiellrechtlich gar nicht zu lösen; erreicht würde es nur – und zugleich einfacher – durch eine vollstreckungsrechtliche Korrektur.

59 § 30a ZVG hat m. E. der Gesetzgeber nicht etwa aufgrund bewusster Entscheidung „für zu leicht“ befunden, sondern ihn gar nicht gesehen. Dazu anders BGH, Tz. 31, mit ebenfalls nachgeschobener Argumentation.

60 *Volmer*, MittBayNot 2009, 1, 4.

61 BGH, Urteil vom 18.11.2016, V ZR 266/14, MittBayNot 2017, 299 zur Außenvertretungsberechtigung bayerischer Bürgermeister; BGH, Beschluss vom 14.12.2016, V ZB 88/16, MittBayNot 2017, 242 zur grundbuchtauglichen Form von Behördenerklärungen – insoweit aber ohne dauernden Effekt, vgl. § 29 Abs. 3 Satz 2 GBO i. d. F. v. 18.7.2017.

BUCHBESPRECHUNGEN

Holger Fleischer/Wulf Goette (Hrsg.):

Münchener Kommentar zum GmbHG Band 3: §§ 53-85

2. Aufl., C. H. BECK, 2016. 1377 S., 249 €

Von Notar **Florian Kroier**, Nürnberg

Der dritte Band des Münchener Kommentars zum GmbH-Recht liegt nunmehr in Zweitaufgabe vor. Wie bisher wendet sich das Werk an Richter, Rechtsanwälte, Notare, Behörden und Unternehmen. Beim Blick auf die Autorenschaft fällt zunächst auf, dass Notarkollege *Limpert* trotz Hinweises in der Rezension zur Erstauflage im Autorenverzeichnis weiter fälschlicherweise als Notar in Nürnberg geführt wird. Das Ausscheiden des Münchener Notars *Schaub* aus dem Autorenkreis wurde aufgefangen durch den Kollegen *Herrler*, der sich in der Neuauflage mit § 78 GmbHG beschäftigt und neben *Berner* den Bezug zum Namensgeber München herstellt.

Auch was die fachliche Qualität der Ausführungen betrifft, trägt der Kommentar seinen Namen zu Recht. Was schon für die Erstauflage galt, die noch unter dem Eindruck des frisch verabschiedeten MoMiG stand, gilt umso mehr für die an vielen Stellen verfeinerte Zweitaufgabe. Die Position an „vorderster Front der GmbHG-Kommentare“ wird weiter zementiert. Wenn bisweilen (wie z. B. in § 74 Rdnr. 13) noch auf die Vorschriften der KostO Bezug genommen wird, fällt dies bei der Bewertung nicht nachteilig ins Gewicht. Besonders notarrelevant sind in diesem Band logischerweise die Ausführungen zu den Themenbereichen Satzungsänderung und Kapitalerhöhung. Nicht mehr berücksichtigt werden konnte offenbar sowohl von *Harbarth* in § 53 Rdnr. 265 als auch von *Herrler* in § 78 Rdnr. 32 in ihrer ansonsten ausführlichen Darstellung die Entscheidung des OLG München (Beschluss vom 30.5.2016, 31 Wx 38/16, DNotZ 2016, 948) zur Frage, inwieweit für die Eintragung einer Ersatzfirma in der Insolvenz eine Satzungsänderung notwendig ist (siehe hierzu *Behrens*, notar 2017, 159, 162). Etwas ausführlicher hätten die Ausführungen zum Sachaufgeld bei einer Barkapitalerhöhung ausfallen dürfen; hier hätte man sich den einen oder anderen Praxistipp erhofft. Die gesteigerte Praxisrelevanz (gerade im Hinblick auf die Anerkennung der Buchwertfortführung durch den BFH im Rahmen des Umwandlungssteuerrechts) samt fehlendem Problembewusstsein der steuerlichen Berater für die zivilrechtlichen Belange zeigte sich insbesondere bei den letzten beiden Jahresarbeitstagungen des Notariats in Berlin, als *Heck-schen* bzw. *Heidinger* die damit verbundenen Rechtsfragen erörterten.

Erheblich erweitert wurden die Ausführungen zum Thema Kapitalerhöhung gegen Sacheinlagen. In § 56 Rdnr. 10 ff. beschäftigt sich *Lieder* zunächst mit der Frage, inwieweit Sachkapitalerhöhungen bei der UG (haftungsbeschränkt) möglich sind. Die klarstellende Entscheidung des BGH, wonach das

Verbot der Sachkapitalerhöhung nicht (mehr) für eine den Übergang von der UG (haftungsbeschränkt) zur normalen GmbH bewirkende Kapitalerhöhung gilt, konnte in dieser Auflage erstmals berücksichtigt und mit Argumenten unterfüttert werden. Mehr Platz als in der Voraufgabe wird auch der Frage eingeräumt, inwieweit eigene Anteile und gegen die Gesellschaft gerichtete Forderungen (sog. Debt-Equity-Swap) im Rahmen einer Sachkapitalerhöhung eingebracht werden können. Zu den eigenen Anteilen wurde die schon in der Erstauflage vertretene Ansicht zwischenzeitlich durch ein BGH-Urteil (vom 20.9.2011, II ZR 234/09, NJW-RR 2011, 1670) zur AG bestätigt, was stringent dargelegt wird. Zum Debt-Equity-Swap setzt sich *Lieder* in dieser Neuauflage intensiv mit der viel diskutierten Frage auseinander, welcher Wert für die Einbringung maßgeblich ist. *Lieder* führt in § 56 Rdnr. 19a eine nachvollziehbare und gute Zusammenfassung der Argumente für die von ihm vertretene Auffassung an, wonach regelmäßig der objektive Wert maßgeblich sei. Der mit der Beurkundung eines solchen Debt-Equity-Swaps betraute Notar wird hier von *Lieder* daran erinnert, auf welche Risiken er in einem solchen Fall hinzuweisen hat. Wünschenswert wäre hier vielleicht noch eine Differenzierung zwischen der Beurkundung von Willenserklärungen und der Beurkundung eines Tatsachenprotokolls nach § 36 BeurkG gewesen. Wegen § 254a Abs. 2 Satz 1 InsO weniger notarrelevant sind die gleichwohl instruktiven Ausführungen zum erleichterten Debt-Equity-Swap im Insolvenzplanverfahren; die Neuregelungen durch das ESUG werden hier in angemessenem Umfang und großer Klarheit dargestellt.

Auffallend ist generell die leichte Verständlichkeit der Kommentierung, ohne dass der Anspruch, ein wissenschaftlich fundierter Großkommentar zu sein, leidet. Im Gegenteil, diesem Anspruch wird das Autorenteam auch in dieser Auflage mehr als gerecht. Das Werk empfiehlt sich – auch aufgrund der ungebrochenen Beliebtheit der GmbH – für den Praktiker wie auch den Wissenschaftler unbedingt zur Anschaffung.

Wolfgang Krüger/Christian Hertel:

Der Grundstückskauf

11. Aufl., RWS, 2016. 440 S., 70 €

Von Notarin Dr. **Melanie Falkner**, Ochsenfurt

In diesem Buch erfolgt eine ganz andere Art der Darstellung des Grundstückskaufs. Im Zentrum steht die Verarbeitung der höchstrichterlichen Rechtsprechung, sodass es sich auch um ein Nachschlagewerk handelt. Zu finden sind zahlreiche weiterführende Quellen zur vertiefenden Recherche, aber auch das Buch selbst setzt sich mit allen Themen inhaltlich auseinander. Die Rechtsprechung ist in die Ausführungen integriert, die einer durchdachten Gliederung folgen, in der bekannte Themenkomplexe wie zum Beispiel Beurkundungsverfahren, Rechts- und Sachmängel, Teilflächenverkäufe und Einheimischenmodelle abgehandelt werden. Insbesondere beschäftigt sich das Buch nicht nur mit der notariellen Vertragsgestaltung, sondern auch mit im Nachhinein auftretenden Störfällen (zum Beispiel mit der Rückabwicklung von Schwarzkäufen sowie ausführlichen Erläuterungen zum Schadensersatz).

Der Löwenanteil des Werkes stammt aus der Feder von *Hertel*, wobei vereinzelt Themen doppelt erscheinen: So setzt sich sowohl *Krüger* in Rdnr. 20 als auch *Hertel* in Rdnr. 425 mit der Frage auseinander, ob ein Bodengutachten mit zu beurkunden ist. Die notariellen Amtspflichten werden zum Teil großzügig gehandhabt, wenn eine Grundbucheinsicht bei Beurkundung zwei bis sechs Wochen alt sein darf (Rdnr. 338), zum Teil auch strenger bzw. schwammiger, wenn eine Einsicht in die Grundakten ausnahmsweise erforderlich sein soll, wenn der

Inhalt einer Eintragung von Bedeutung ist und sich nur aus der Eintragungsbewilligung erschließt (Rdnr. 340). Je nach Alter des Lesers erscheinen die mehrmals zwischengestreuten Hinweise und Vergleiche zur Rechtslage vor der Schuldrechtsreform hilfreich oder eher überflüssig (zum Beispiel Rdnr. 613, 625, 629, 983). Neuere Rechtsprechungsentscheidungen fügen sich – ohne unnötig breitgetreten zu werden – nahtlos in die Darstellung ein, so zum Beispiel in Rdnr. 986 die Entscheidung zum Fehlen einer Beschaffenheitsvereinbarung bei fehlender Beurkundung derselben.

Sowohl Stichwort- als auch Inhaltsverzeichnis sind hervorragend gelungen, sodass das Auffinden der Erörterungen zu einem speziellen Thema gut gelingt. Die weiterführenden Hinweise sind nicht nur überaus zahlreich, sondern auch optisch übersichtlich hervorgehoben. Sie sind weder in den Fußnoten versteckt noch unübersichtlich in ellenlangen Klammereinschüben abgedruckt, sondern – als zentrales Anliegen des Buches – abgesetzt im Fließtext des Buches enthalten. In den weiterführenden Quellen zu allen notarrelevanten Themen des Grundstückskaufes sowie in der Aufbereitung der gesammelten höchstrichterlichen Rechtsprechung liegt der Mehrwert des Buches gegenüber anderen Büchern zum Grundstückskauf.

Notarkasse A. d. ö. R. (Hrsg.):

Ausbildungsreihe für Notarfachangestellte

Deutscher NotarVerlag, 2017.

Von Notarassessorin **Judith Junk**, München

„Ausbildungsreihe für Notarfachangestellte“ heißt die neue Buchreihe, mit der die Notarkasse A. d. ö. R. als Herausgeberin Auszubildenden und Quereinsteigern den Berufseinstieg in das Notariat erleichtern will. Unter Juristen ein längst bekanntes und bewährtes Konzept, wurde nunmehr auch für angehende Notarfachangestellte eine Ausbildungsreihe ins Leben gerufen, die den Auszubildenden an die Hand nimmt und ihm in prägnanter und praxisorientierter Weise rasch alle Grundlagen der zu erarbeitenden Materie vermittelt. Die Autoren, die sich aus Notaren, Notarassessoren und erfahrenen Notariatsmitarbeitern zusammensetzen, decken dabei in verschiedenen Büchern die gesamte Bandbreite der notariellen Tätigkeiten ab. Elf Titel sind bislang in der Reihe erschienen bzw. werden in Kürze erscheinen, weitere sind in Planung. Übersichtlich und anschaulich führen die Autoren in die verschiedenen Aufgabenbereiche ein und erklären Schritt für Schritt die wichtigsten Grundlagen des jeweiligen Gebiets. Die Bücher sind dabei nach einem einheitlichen Schema aufgebaut, sodass sich der Leser in jedem Band schnell zurechtfindet. Ein breiter Seitenrand ermöglicht zudem eigene Notizen. Insgesamt heben sich die Bände durch ihren klaren Aufbau und ihre einfache, verständliche Sprache hervor. Dabei wird zur Wahrung der Übersichtlichkeit größtenteils auf weiterführende Quellenangaben verzichtet.

Am Anfang eines jeden Bandes steht eine kurze Einführung, die dem Leser einen ersten Überblick über den jeweiligen Bereich ermöglicht. Grundstrukturen und -prinzipien des Aufgabenbereichs werden in leicht verständlicher Weise erläutert. Das zweite Kapitel jedes Buches stellt den Hauptteil dar und bringt dem Leser das jeweilige Rechtsgebiet in der notariellen Praxis näher. Dabei enthalten die Bände praktische Hinweise, Merksätze und Formulierungsvorschläge sowie Schaubilder zum besseren Verständnis. Da die Auszubildenden letztlich die jeweiligen Muster ihrer Notarstellen verwenden sollen, wird weitgehend auf die Darreichung einer Mustersammlung verzichtet. Vielmehr werden Muster vereinzelt dann eingesetzt, wenn sie der Erläuterung und Veranschaulichung des vorangestellten Lernstoffs dienen. Lernpsychologisch äußerst gelungen ist schließlich der letzte Teil, der der Wissensüberprüfung und -vertiefung dient. Hier kann der Leser sogleich testen, ob er den jeweiligen Abschnitt auch verstanden und behalten hat. Dabei werden Verständnisfragen zu dem Erlernen gestellt und Musterantworten gegeben. Insbesondere zur schnellen Wiederholung vor einer Prüfung oder zum gegenseitigen Abfragen als Vorbereitung auf die mündliche Prüfung gestaltet sich dieser Teil als besonders hilfreich.

Drei ausgewählte Bände sollen im Folgenden genauer dargestellt werden. In „Basiswissen im Notariat“ führt *Sonja Pelikan* in die Grundzüge der zu bearbeitenden Sachgebiete und Ar-

beitsabläufe im Notariat ein. Der Band bietet einen Überblick über alle Bereiche von der notariellen Urkunde, den Amtspflichten eines Notars, den Bearbeitungsschritten beim Kaufvertrag bis hin zu Basics aus dem Erb- und Familienrecht sowie dem Handels- und Gesellschaftsrecht. Dabei gelingt es *Pelikan* durch geschickte Schwerpunktsetzung, dem Leser die wichtigsten Grundkenntnisse in komprimierter Form zu vermitteln. Besonders positiv hervorzuheben ist ihr didaktischer Ansatz, dem Berufsanfänger komplexe Themengebiete wie das Erb- und Familienrecht und das Gesellschaftsrecht durch einen Aufbau anhand der wichtigsten praktischen Fragestellungen näherzubringen.

Jens Haßelbeck widmet sich im Band „Wohnungs- und Teileigentum“ dem zunächst wohl schwieriger zugänglichen Thema des Sondereigentums. Dabei klärt *Haßelbeck* zu Beginn in einer für den Anfänger verständlichen Weise die Grundbegriffe des Wohnungs- und Teileigentums. Sodann stellt er von der Vorbesprechung über die Entwurfsfertigung bis hin zu den Kosten alle relevanten Überlegungen und Arbeitsschritte in diesem Themengebiet dar. Dabei wird überzeugend von der erstmaligen Aufteilung in Sondereigentum zu Änderungen der Teilungserklärung und der Gemeinschaftsordnung untergliedert. Zahlreiche Beispiele und Musterformulierungen veranschaulichen das Erlernete.

Im Band „Büroorganisation“ stellt *Andreas Kersten* alle praktischen Arbeitsabläufe im Notariat dar. Aus der Sichtweise eines Notariatsangestellten bekommt der Berufseinsteiger hier von der Nebenakte bis zum Rechnungswesen und zur Buchhaltung einen kompletten Überblick über alle „Backoffice“-Tätigkeiten, die im Notariat anfallen. Auch die technische Ausstattung einer Notarstelle und die Arbeitsschritte im Elektronischen Rechtsverkehr kommen nicht zu kurz. Einen weiteren Schwerpunkt des Bandes bilden Erläuterungen zum Beurkundungsverfahren und zur Herstellung von Urkunden, Abschriften und Ausfertigungen. Der Leser profitiert hier besonders von der langjährigen Praxiserfahrung *Kerstens* als leitender Notarmitarbeiter, Berufsschullehrer und Mitglied im Prüfungsausschuss. Zahlreiche Checklisten, Musterbögen und Merksätze runden den Band ab.

Den Autoren gelingt es nach dem Vorbild der Ausbildungsliteratur für Juristen, eine praxisorientierte Reihe zu schaffen, die Schritt für Schritt alle wichtigen Aspekte der jeweiligen Aufgabengebiete eines Mitarbeiters im Notariat erläutert. Die „Ausbildungsreihe für Notarfachangestellte“ eignet sich dabei besonders gut für alle Neueinsteiger, um sich rasch die für die Praxis wichtigen Grundlagen anzueignen, aber auch für erfahrene Mitarbeiter, die ihr Wissen auffrischen möchten. Damit wird sich die Reihe sicherlich als wichtige Stütze einer erfolgreichen Ausbildung etablieren können.

Jürgen Rieck (Hrsg.):

Ausländisches Familienrecht

15. Aufl., C. H. Beck, 2017. Ca. 2820 S., 198 € (Fortsetzungsbezug) bzw. 248 € (ohne Fortsetzungen) je mit Freischaltcode zum Download der Gesetzestexte

Von Richter am KG Dr. **Martin Menne**, Berlin

Die Anwendung ausländischen Rechts befindet sich im internationalen Familienrecht mehr und mehr auf dem Rückzug. Grund hierfür ist die Tendenz der heutigen Gesetz- und Normgeber, die traditionelle international-privatrechtliche Anknüpfung familienrechtlicher Sachverhalte an die Staatsangehörigkeit der Beteiligten aufzugeben und stattdessen das am Gerichtsort geltende Aufenthaltsrecht für maßgeblich zu erklären. So unterliegt beispielsweise die Scheidung in Fällen, die eine Verbindung zum Recht verschiedener Staaten aufweist und vorbehaltlich einer Rechtswahl der Ehegatten gemäß der Rom-III-VO dem Recht am Ort des gewöhnlichen Aufenthalts der scheidungswilligen Ehegatten. Unterhaltspflichten beurteilen sich inzwischen nach dem Recht des Staates, in dem der Unterhaltsberechtigte sich für gewöhnlich aufhält (Art. 3 HUP). Maßnahmen zum Schutz der Person oder des Vermögens eines Kindes oder die elterliche Verantwortung unterstehen nach dem KSÜ bereits seit langem dem Aufenthaltsrecht des Kindes.

Aber damit erübrigt sich noch lange nicht die Kenntnis des ausländischen Sachrechts. Denn vielfach ist es so, dass ein ausländischer Beteiligter, selbst wenn er im Inland lebt, seine Wünsche und Anträge vor dem Hintergrund der Institutionen und Rechtsregeln seiner heimischen Rechtsordnung formuliert, die ihm häufig besser vertraut ist. Und ausländisches Recht erweitert, soweit es gezielt eingesetzt wird, bisweilen die rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten; etwa, wenn die Scheidung in einem Forum angebracht wird, dessen Rechtsordnung ein liberales Scheidungsfolgenrecht kennt, oder wenn das ausländische Recht reproduktionsmedizinische Maßnahmen erlaubt, die bei uns nicht gestattet sind, deren Ergebnisse – ein auf diese Weise gezeugtes Kind – wir im Interesse des kindlichen Wohls aber unter bestimmten Voraussetzungen anerkennen. Bisweilen werden auch Kenntnisse der fremden Rechtsordnung benötigt, um überhaupt das Rechtsproblem zu verstehen, um das es geht; beispielsweise, wenn Wirkungen und Folgen einer Braut- oder Morgengabe aus den vom Islam geprägten Rechtsordnungen beurteilt werden sollen. Zu denken ist schließlich auch an die Rechtswahlmöglichkeiten im internationalen Güterrecht (Art. 15 Abs. 2 EGBGB bzw. ab Januar 2019 nach EUGüVO bzw. EUPartVO): Hier, aber auch in vielen weiteren Konstellationen benötigt der Berater Kenntnisse im ausländischen Familienrecht.

Diese Kenntnisse zu vermitteln, ist das Ziel des von *Jürgen Rieck*, einem auf ausländisches Familienrecht spezialisierten Münchener Rechtsanwalt, herausgegebenen Werkes. Bei dem seit etwa 2005 bestehenden, mittlerweile auf zwei Bände angewachsenen, sehr empfehlenswerten Werk handelt es sich um ein aus der Praxis für die Praxis entwickeltes Werk für Gerichte, Anwaltschaft und Notariat. Die zwei Ordner umfas-

sen insgesamt gut 80 einzelne, gelochte Broschüren, in denen auf etwa 20 bis 40 Seiten die Rechtsordnung eines Landes, oder, bei Mehrrechtsstaaten wie den USA, dem Vereinigten Königreich oder Kanada, die Rechtsbestimmungen eines Glied- bzw. Bundesstaates vorgestellt werden. Der Aufbau aller Broschüren folgt einem einheitlichen Schema: Die Gliederung richtet sich nicht nach der Rechtssystematik des betreffenden Landes, sondern der Nutzer findet die Erläuterungen zu den einzelnen Punkten stets an der gleichen Stelle. Die in den einzelnen Broschüren behandelten Stichwörter und Untergliederungen der Beiträge sind folglich für alle Rechtsordnungen identisch. Die von der nationalen Systematik abstrahierende Darstellungsform erleichtert den Vergleich einzelner Regelungen und die Arbeit mit dem Werk. Der thematische Bogen ist dabei durchaus weit gespannt; er erstreckt sich von einem Abschnitt zur Person, in dem kurz auf die Rechtspersönlichkeit, die Rechts- und Geschäftsfähigkeit und den Wohnsitz eingegangen wird, über Abschnitte zur Ehe, zu den Wirkungen der Ehe, zur Ehescheidung und den Scheidungsfolgen und natürlich auch zu den – in den einzelnen Rechtsordnungen durchaus unterschiedlich ausgestalteten – Möglichkeiten, Eheverträge abzuschließen. Weiter berücksichtigt werden die nichteheliche Lebensgemeinschaft, die Abstammung, die Familie, die Adoption sowie das Internationale Privat- und Privatverfahrensrecht. Auf die Rechtsfragen gleichgeschlechtlicher Partnerschaften, soweit die betreffende Rechtsordnung hierzu Regelungen enthält, wird entweder – etwa in Bezug auf das französische Recht und den *pacte civile de solidarité* oder das belgische Recht – im Rahmen der Behandlung nichtehelicher Lebensgemeinschaften eingegangen oder, soweit die Ehe gleichgeschlechtlichen Paaren offen steht, im Eherecht (u. a. Spanien, Niederlande). Sehr zu begrüßen ist, dass die Reproduktionsmedizin, deren Möglichkeiten und rechtliche Grenzen derzeit stark diskutiert und die in der Beratung immer wieder einmal nachgefragt werden, als eigenes Stichwort berücksichtigt wird.

Nachdem der Aufbau des Werkes inzwischen im Wesentlichen abgeschlossen ist, werden mit den etwa ein- bis zweimal jährlich erscheinenden Nachlieferungen – die Preise für eine Nachlieferung bewegen sich im Bereich von ca. 50-60 € – kaum noch neue Länderberichte in die Sammlung aufgenommen, sondern ganz überwiegend erfolgen Aktualisierungen durch einen bequem und rasch zu bewerkstellenden Austausch der betreffenden Hefte. Anders als bei Loseblattwerken gibt es deshalb weder Ärgernisse noch Mühsal mit dem Einsortieren von Nachlieferungen. Mit der im Juni 2017 ausgelieferten 15. Ergänzungslieferung werden Rechtsordnungen von drei US-Bundesstaaten (Missouri, Virginia und Washington) aktualisiert und die Landesberichte der Niederlande, der

Philippinen und Thailands auf den neuesten Stand gebracht. Highlight der Nachlieferung ist freilich die neu in die Sammlung aufgenommene Erstbearbeitung des Rechts der Republik Kosovo: Sie wird durch *Viryt Ibrahimaga*, Partner eines kosovarischen Anwaltsbüros, besorgt. Auf 30 Seiten gibt er einen kurzen Abriss über die staatliche Entwicklung des Kosovo und das kosovarische Familienrecht. Die Gesetzestexte sind, das ist eine Spezialität des „*Rieck*“, aus Platzgründen nicht in den einzelnen Heften abgedruckt, sondern können passwortgeschützt über eine spezielle Verlagsseite aus dem Internet heruntergeladen werden. Im zip-Ordner für den Kosovo sind als pdf-Dateien die Verfassung des Kosovo, das Gesetz über das Erbrecht, das Familiengesetz sowie das Gesetz über die Staatsangehörigkeit eingestellt. Die Verfassung ist auf kosovarisch verfasst; eine Übersetzung gibt es nicht und es ist auch nicht vermerkt, auf welchem Stand sich die Norm befindet. Die drei Gesetze sind auf Englisch verfasst; Übersetzungen fehlen. Eingestellt wurden Abdrucke aus den offiziellen Verkündungsblättern der UNMIK, der United Nations Mission in Kosovo, bzw. für das Staatsangehörigkeitsgesetz ein Faksimile des kosovarischen Gesetzblattes. Da auf dem Gesetzblatt das Ausgabedatum vermerkt ist, ist jedenfalls für das Staatsangehörigkeitsgesetz klar, welchen Stand die Norm hat. Das Bild, das sich hier bietet, findet sich bei den Gesetzen vieler weiterer Staaten bestätigt: Vielfach ist nicht ersichtlich, auf welchem Stand sich die Normierung befindet – eine Ausnahme ist etwa

die Schweiz – oder es fehlen Fundstellennachweise. Bisweilen sind die Gesetze übersetzt; manchmal – beispielsweise für China – finden sich Übersetzungen in das Englische. Eine einheitliche Linie, welche Gesetzestexte dem Werk beigegeben werden, ist nicht recht erkennbar; manchmal finden sich neben einzelnen Texten zum materiellen Familienrecht noch verfahrensrechtliche Bestimmungen oder das IPR-Gesetz oder Bestimmungen zur Staatsangehörigkeit – kurz gesagt: In Bezug auf die Präsentation der Gesetzestexte besteht durchaus noch Verbesserungsbedarf. Möglich wäre beispielsweise, auf die offiziellen Webauftritte bzw. Gesetzesportale der einzelnen Staaten zu verweisen und den begrüßenswerten Ansatz, der insbesondere in den Broschüren zu den Rechtsordnungen der US-Gliedstaaten bereits sehr erfolgreich umgesetzt wurde – dass mehr und mehr auf verlässliche Internetquellen verwiesen wird –, weiter auszubauen und auf andere Länderdarstellungen zu erstrecken.

Alles in allem: Im Kompendium von *Jürgen Rieck* imponiert vor allem die textliche Darstellung der einzelnen Rechtsordnungen und die Breite des Stoffes, der hier abgedeckt wird. Der Nutzwert des Werkes ist ausgesprochen hoch; der engagierte Familienrechtspraktiker, der sich mit grenzüberschreitenden Familienrechtsfällen befasst, erhält damit ein nützliches Hilfsmittel an die Hand, um sich im Dickicht fremder Rechtsordnungen sicher zu orientieren.

Carl Wurm/Hermann Wagner/Hugo Zartmann:

Das Rechtsformularbuch

17. Aufl., Otto Schmidt, 2015. 2720 S., 159 € inkl. CD-ROM

Von Notar Dr. **Christoph Suttman**, LL.M. (Columbia), Hof

Nach etwa vier Jahren ist das Werk, welches auf eine mehr als 70-jährige Tradition zurückblicken kann, in leicht gewachsenem Umfang in 17. Auflage erschienen. Aufbau und Systematik sind nahezu unverändert geblieben und bereits von anderen einschlägigen Werken bekannt. Sie dürfen durchaus als praxisbewährt bezeichnet werden.

Der Aufbau orientiert sich an den Bedürfnissen der Praxis, wobei das Werk sich in die Teile Zivil- und Wirtschaftsrecht, Liegenschaftsrecht, Familien- und Erbrecht, Arbeitsrecht, Handels- und Gesellschaftsrecht, Sozietätsverträge und Mediation gliedert. Hierdurch wird bereits deutlich, dass sich das Buch nicht ausschließlich an Notare, sondern auch an andere Rechtspraktiker wie etwa Rechtsanwälte wendet.

Die übersichtliche Gliederung ermöglicht im praktischen Gebrauch das schnelle Auffinden der jeweils einschlägigen Erläuterungen und Muster. Die genannten Rechtsgebiete werden ausführlich, wenn auch nicht allumfassend behandelt; dies kann bei einem Werk, das ein derart breites Spektrum an Themengebieten abdeckt, auch nicht erwartet werden. Die Kombination aus (theoretischen) Erläuterungen mit (praktischen) Formulierungsvorschlägen, ergänzt durch wertvolle Rechtsprechungs- und Literaturhinweise für eine Detailvertiefung, ermöglicht dem rechtsuchenden Praktiker, sich schnell einen Überblick über die behandelten Rechtsgebiete zu verschaffen. Die Formulierungshilfen sind dabei ausdrücklich nicht als abschließende Muster, sondern lediglich als Anregungen gedacht. Der Zugriff auf die Formulierungshilfen wird durch die im

Lieferumfang enthaltene CD-ROM erleichtert, auf welcher sämtliche Textvorschläge enthalten sind. Die Verwendung setzt allerdings eine Installation am eigenen PC voraus; die Textvorschläge, die im rtf-Format ausgegeben werden, können sodann in die eigene Textverarbeitung übernommen werden.

Inhaltlich verarbeitet die Neuauflage eine Vielzahl praxisrelevanter gesetzlicher Neuerungen, wobei aus notarieller Sicht insbesondere die Umstellung der Notargebühren auf die Regelungen des GNotKG sowie die Einführung der EU ErbVO hervorzuheben sind. Die Darstellung der wesentlichen Neuerungen durch die EU ErbVO einschließlich der vorgeschlagenen Formulierungshilfen zur nunmehr möglichen Rechtswahl ist inhaltlich gelungen und gut nachvollziehbar. Das Europäische Nachlasszeugnis, dessen Bedeutung in der Praxis voraussichtlich zunehmen wird, wird allerdings eher knapp abgehandelt.

Die aktuell auf Berechnungen nach dem GNotKG umgestellten Kostenhinweise sind gelungen und erleichtern die Behandlung kostenrechtlicher Fragen. Da auch Gerichtskosten in die Erläuterungen mit einbezogen werden, können ggf. entsprechende Fragen von Beteiligten ebenfalls beantwortet werden.

Insgesamt vermag das Werk dem rechtsuchenden Praktiker einen guten Einstieg zu vermitteln und kann daher zur Anschaffung durchaus empfohlen werden.

RECHTSPRECHUNG

BÜRGERLICHES RECHT – ALLGEMEINES

1. Kein Widerruf einer Hauptvollmacht durch Untervertreter

BGH, Urteil vom 11.5.2017, IX ZR 238/15 (Vorinstanz:
OLG Nürnberg, Urteil vom 18.11.2015, 2 U 693/13)

BGB §§ 138, 167 Abs. 1, § 168 Abs. 1 Satz 3

LEITSÄTZE:

1. Ein Rechtsanwalt, der entsprechend einer wirksamen Weisung des Bevollmächtigten seines Mandanten eine für diesen eingezogene Forderung an einen Dritten auskehrt, handelt nicht pflichtwidrig, wenn es an einem evidenten Missbrauch der Vertretungsmacht fehlt.
2. Ein Untervertreter ist nicht berechtigt, namens des Vertretenen die dem Hauptvertreter erteilte Vollmacht zu widerrufen.
3. Ein Widerruf einer Vollmacht muss diese nicht insgesamt beseitigen. Möglich ist auch ein teilweiser Widerruf, durch den die fortbestehende Vollmacht lediglich beschränkt wird. Insbesondere ist die Möglichkeit eines Teilwiderrufs der Vollmacht gegenüber einzelnen Dritten anerkannt. (Leitsatz der Schriftleitung)
4. Grundsätzlich hat der Vertretene das Risiko eines Missbrauchs der Vertretungsmacht zu tragen. Den Vertragspartner trifft keine Prüfungspflicht, ob und inwieweit der Vertreter im Innenverhältnis gebunden ist, von seiner nach außen unbeschränkten Vertretungsmacht nur begrenzt Gebrauch zu machen. Etwas anderes gilt zum einen, wenn der Vertreter kollusiv mit dem Vertragsgegner zum Nachteil des Vertretenen ein Geschäft abschließt. Ein solches Geschäft verstößt gegen die guten Sitten und ist nichtig (§ 138 BGB). Zum anderen ist der Vertretene gegen einen erkennbaren Missbrauch der Vertretungsmacht im Verhältnis zum Vertragspartner geschützt, wenn der Vertreter von seiner Vertretungsmacht in ersichtlich verdächtiger Weise Gebrauch gemacht hat, sodass beim Vertragspartner begründete Zweifel bestehen mussten, ob nicht ein Treueverstoß des Vertreters gegenüber dem Vertretenen vorliege. Notwendig ist dabei eine massive Verdachtsmomente voraussetzende objektive Evidenz des Missbrauchs. Die objektive Evidenz ist insbesondere dann gegeben, wenn sich nach den gegebenen Umständen die Notwendigkeit einer Rückfrage des Geschäftsgegners bei dem Vertretenen geradezu aufdrängt. (Leitsatz der Schriftleitung)

2. Minderung und kleiner Schadensersatz vor Abnahme

BGH, Urteil vom 19.1.2017, VII ZR 235/15 (Vorinstanz:
OLG Düsseldorf, Urteil vom 18.2.2015, I-21 U 220/13)

BGB § 280 Abs. 1, § 281 Abs. 1 Satz 1, §§ 634, 638

LEITSÄTZE:

1. Der Besteller kann Mängelrechte nach § 634 BGB grundsätzlich erst nach Abnahme des Werks mit Erfolg geltend machen.
2. Der Besteller kann berechtigt sein, Mängelrechte nach § 634 Nr. 2-4 BGB ohne Abnahme geltend zu machen, wenn er nicht mehr die Erfüllung des Vertrags verlangen kann und das Vertragsverhältnis in ein Abrechnungsverhältnis übergegangen ist. Das ist jedenfalls der Fall, wenn der Unternehmer das Werk als fertiggestellt zur Abnahme anbietet und der Besteller nur noch Schadensersatz statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes geltend macht oder die Minderung erklärt.
3. Die Minderung des Vergütungsanspruchs nach § 634 Nr. 3, § 638 BGB schließt einen Schadensersatzanspruch des Bestellers statt der Leistung nach § 634 Nr. 4, § 281 Abs. 1 Satz 1, § 280 Abs. 1 BGB nicht aus, wenn mit diesem Schadensersatz statt der Leistung als kleiner Schadensersatz begehrt wird.

HINWEIS DER SCHRIFTLICHTUNG:

Siehe zu dieser Entscheidung auch BGH, Urteil vom 19.1.2017, VII ZR 301/13, MittBayNot 2017, 363 (Ls.) = DNotZ 2017, 281.

3. Anwendbarkeit des § 878 BGB auf die Teilungserklärung nach § 8 Abs. 1 WEG

BGH, Beschluss vom 12.10.2016, V ZB 198/15 (Vorinstanz:
KG, Beschluss vom 8.12.2015, 1 W 518/15)

BGB § 878
WEG § 8 Abs. 1

LEITSÄTZE:

1. § 878 BGB ist auf die Teilungserklärung des Grundstückseigentümers nach § 8 Abs. 1 WEG entsprechend anwendbar. Nach Eingang des Vollzugsantrags bei dem Grundbuchamt eingetretene Verfügungsbeschränkungen sind deshalb unbeachtlich.

2. Dies gilt mangels abweichender Regelung auch für die sich aus dem Genehmigungserfordernis aufgrund einer Rechtsverordnung nach § 172 Abs. 1 Satz 4 BauGB ergebende Verfügungsbeschränkung des teilenden Grundstückseigentümers.
3. Die in §§ 873, 875 und 877 BGB genannten Verfügungen des Eigentümers über sein Grundstück sowie des Inhabers eines dinglichen Rechts werden nicht sofort wirksam, sondern erst mit der Eintragung in das Grundbuch. Zwischen dem Eingang des Eintragungsantrags und dem Vollzug der Eintragung liegen häufig Wochen oder Monate. Vor dem Risiko nachträglicher Verfügungsbeschränkungen soll § 878 BGB nicht nur den Verfügungsempfänger, sondern auch den Verfügenden und damit den Grundstückseigentümer bzw. Inhaber eines dinglichen Rechts schützen. Das Schutzbedürfnis besteht bei der Aufteilung des Grundstücks in Wohnungs- und Teileigentum nach § 8 WEG in gleicher Weise. (Leitsatz der Schriftleitung)

HINWEIS DER SCHRIFTLICHTUNG:

Der Volltext der Entscheidung ist verfügbar in der DNotZ 2017, 119.

4. Verzicht auf Nießbrauch als Schenkung

OLG Köln, Beschluss vom 9.3.2017, 7 U 119/16

BGB § 528 Abs. 1 Satz 1, § 529 Abs. 2, § 534

LEITSÄTZE:

1. Der Verzicht auf einen Nießbrauch ist eine Schenkung, die im Falle der Verarmung des Schenkers gemäß § 528 Abs. 1 BGB nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung herauszugeben ist.
2. Für die Kapitalisierung des Nießbrauchswertes bietet § 14 BewG eine im Rahmen des richterlichen Schätzungsermessens geeignete Grundlage.

SACHVERHALT:

1 I. Der Kläger ist der für die Mutter des Beklagten zuständige Sozialhilfeträger. Er nimmt den Beklagten aus übergeleitetem Anspruch i. H. v. 52.120,66 € nebst Zinsen aus Schenkungsrückforderung auf Ersatz von Kosten für die Heimunterbringung der Mutter in Anspruch. Die Mutter hatte dem Beklagten im Jahre 1995 schenkungsweise das Eigentum an dem von ihr bewohnten Hausgrundstück übertragen, sich aber ein lebenslanges Nießbrauchrecht vorbehalten. Am 22.6.2008 veräußerte der Beklagte das Hausgrundstück unter Löschung des Nießbrauchs zu einem Kaufpreis von 100.000 €, wovon 95.000 € auf das Grundstück und 5.000 € auf das Inventar entfielen. Die Mutter befindet sich nach einer im Frühjahr 2007 erlittenen Hirnblutung in vollstationärer Pflege und ist seit dem 1.12.2008 in einem Pflegeheim untergebracht. (...)

AUS DEN GRÜNDEN:

3 II. Die zulässige Berufung ist nur teilweise begründet.

4 Das LG hat der Klage dem Grunde nach zu Recht aus § 528 Abs. 1 Satz 1, § 818 Abs. 1 BGB stattgegeben. Das angefochtene Urteil entspricht insoweit der Sach- und Rechtslage. Die Berufungsbegründung rechtfertigt eine Abänderung der Entscheidung lediglich im Hinblick auf die Höhe der Klageforderung.

5 Im Einzelnen gilt Folgendes:

6 1. Zutreffend nimmt das LG an, dass die Mutter des Beklagten durch den unentgeltlichen Verzicht auf den Nießbrauch eine Schenkung an den Beklagten erbracht hat (vgl. BGH, NJW 2000, 728, 730 = ZEV 2000, 111; OLG Nürnberg, ZEV 2014, 37 = MittBayNot 2015, 30; MünchKomm-BGB/Koch, 7. Aufl., § 516 Rdnr. 8 m. w. N.). Durch die Zuwendung muss zwar eine Verminderung der Vermögenssubstanz bei dem Zuwendenden und eine Bereicherung bei dem Zuwendungsempfänger eintreten (etwa MünchKomm-BGB/Koch, § 516 Rdnr. 6 ff.; Palandt/Sprau, 76. Aufl., § 516 Rdnr. 5 und 6). Auch das ist entgegen den Rügen der Berufung hier der Fall. Unabhängig von den mit dem Nießbrauch verbundenen Belastungen hatte dieser – anders als möglicherweise ein bloßes Wohnungsrecht (vgl. dazu BGH, NJW 2012, 1956 zu §§ 1804, 1821 Abs. 1 BGB; Zimmer, NJW 2012, 1919 f.; Everts, MittBayNot 2015, 14; andererseits aber OLG Nürnberg, a. a. O.) – schon im Hinblick auf das Recht der Nutzungsziehung und Vermietung einen objektiven Vermögenswert. Der Verzicht führte auch zu einer Vermögensmehrung des Beklagten. Der Einwand der Berufung, der Erwerber der Immobilie habe diese mit der Belastung durch den Nießbrauch der Mutter erworben, der erst im Anschluss gelöscht worden sei, daher sei der Verzicht nicht ihm, sondern den Erwerbern gegenüber erfolgt, verfährt nicht. Unabhängig davon, dass der Verzicht bereits in § 3 Abs. 1 des Notarvertrags bewilligt und beantragt worden ist, hat die Mutter den Verzicht nur zu dem Zweck erklärt, dem Beklagten die Veräußerung der Immobilie überhaupt zu ermöglichen. Darin lag eine Schenkung an den Beklagten.

7 2. Die Voraussetzungen des Notbedarfs nach § 528 Abs. 1 BGB liegen unstreitig ebenfalls vor. Der Anspruch ist auch nicht durch § 534 BGB ausgeschlossen. Der Verzicht auf den Nießbrauch war weder eine Pflicht- noch eine Anstandsschenkung. Dagegen erhebt die Berufung keine erheblichen Einwendungen, sodass zur Vermeidung von Wiederholungen auf die zutreffenden Ausführungen des LG zu verweisen ist. Auf die vom LG richtig zurückgewiesene Einrede der Verjährung kommt die Berufung nicht mehr zurück.

8 3. Der nach § 818 Abs. 2 BGB herauszugebende Wertersatz besteht in der durch den Wegfall des Nießbrauches eingetretenen Erhöhung des Verkehrswertes der Immobilie (BGH, NJW 2000, 728, 730 = ZEV 2000, 111; OLG Nürnberg, ZEV 2014, 38, 40; MünchKomm-BGB/Koch, § 528 Rdnr. 5 Fn. 26). Es steht außer Zweifel, dass der Verkehrswert der Immobilie erhöht wurde, zumal – wie der Beklagte selbst einräumt – das Haus erst durch den Verzicht veräußerbar wurde. Ob der Wertzuwachs – wie das LG annimmt – der Höhe des Kaufpreises von 95.000 € entspricht, mag mit der Berufung bezweifelt

werden. Jedenfalls entspricht der Wertzuwachs zumindest dem Wert des Nießbrauches. Diesen hat der Gutachterausschuss des Amtes für Bodenmanagement Marburg zum maßgebenden Stichtag des Nießbrauchverzichts am 22.8.2008 auf der Grundlage des BewG mit 41.075 € bewertet (Bewertung vom 18.2.2011). Die mit seinem Einverständnis erfolgte Schätzung hat der Beklagte nicht konkret angegriffen. Er hat sich auf den Einwand beschränkt, die mit der Einräumung des Nießbrauches verbundenen erheblichen Belastungen seien unberücksichtigt geblieben; der Nießbrauch habe für die Mutter keinen Wert mehr gehabt. Dieser Einwand geht schon deshalb fehl, weil die Bewirtschaftungskosten mit 25 % in die Bewertung Eingang gefunden haben. Im Rahmen des bei der Bewertung eingreifenden richterlichen Schätzungsermessens nach § 287 ZPO (BGH, a. a. O.) ergeben sich keine durchgreifenden Zweifel daran, dass der Verkehrswert der Immobilie durch den Verzicht auf den Nießbrauch um einen die Klageforderung abdeckenden Betrag von 41.075 € erhöht worden ist. Das gilt unabhängig davon, ob der Verkehrswert ohne Nießbrauch entsprechend der Schätzungsurkunde des Ortsgerichts Braunfels III 131.681 € oder nur 95.000 € betrug. Sollte der Beklagte die Immobilie unter dem Verkehrswert veräußert haben, geht dies zu seinen Lasten. Er hat in jedem Fall den durch den Wegfall des Nießbrauches eingetretenen Wertzuwachs erhalten. Auch die Stellungnahme des Beklagten vom 2.11.2016 enthält keine erheblichen Gesichtspunkte. Das gilt auch, soweit der Beklagte weiterhin den Wert des Nießbrauches bestreitet. In dem Schriftsatz vom 21.4.2016, auf den er sich bezieht, hat er den Wert pauschal in Abrede gestellt, ohne sich in dem prozessual erforderlichen Umfang konkret mit der Bewertung des Gutachterausschusses auseinanderzusetzen. Die Renovierungskosten mögen sich auf den Verkehrswert und den zu erzielenden Kaufpreis ausgewirkt haben. Sie vermindern jedoch nicht den Wert des Nießbrauches, bei dem der Gutachterausschuss Erhaltungsaufwand ohnehin mit einem Abzug von 25 % berücksichtigt hat. Wie der Beklagte selbst einräumt, ist das Haus erst durch den Verzicht auf den Nießbrauch veräußerbar geworden.

9 Soweit das LG – dem Kläger folgend – nicht den durch den Gutachterausschuss auf der Grundlage des BewG festgestellten Wert des Nießbrauchs von 41.075 €, sondern den – ebenfalls vom Gutachterausschuss ermittelten – „Verkehrswert nach BauGB“ von 54.677 € zugrundegelegt hat, ist ihm nicht zu folgen, sodass die Berufung insoweit Erfolg hat. Für die Bewertung des Nießbrauches ist dessen jährlicher Nutzungswert – jeweils auf den Bewertungsstichtag bezogen – nach der durchschnittlichen Lebenserwartung des Berechtigten und dem langfristig zu erwartenden Kapitalzins zu kapitalisieren. In Rechtsprechung und Schrifttum ist allgemein anerkannt, dass der nach diesen Faktoren festgesetzte Vervielfältiger zu § 14 BewG eine geeignete Grundlage für die Kapitalisierung des Nießbrauchswertes darstellt (so zum Zugewinnausgleich: BGH, FamRZ 2004, 527 = FPR 2004, 217; MünchKomm-BGB/Koch, § 1376 Rdnr. 22; zu § 2325 BGB: OLG Koblenz, ZEV 2002, 460 = NJW-RR 2002, 512; MünchKomm-BGB/Lange, § 2325 Rdnr. 5; BeckOK-BGB/J. Mayer, Stand: 1.8.2015, § 2325 Rdnr. 26; Damrau/Tanck/Riedel, Praxiskommentar Erbrecht, 3. Aufl., § 2325 Rdnr. m 117; Blum/Melwitz, ZEV 2010, 77, 78; zum Altenteil im Höferecht:

Lange/Wulff/Lüdtke-Handjery, HöfeO, 10. Aufl., § 14 Rdnr. 78; *Lange/Wulff/Lüdtke-Handjery/Haarstrich*, HöfeO, 11. Aufl., § 14 Rdnr. 45). Bis zu der zum 1.1.2009 in Kraft getretenen Erbschaftsteuerreform war der Vervielfältiger der Anl. 9 zu § 14 BewG zu entnehmen. Seitdem richtet er sich nach einer auf Grundlage der aktuellen Sterbetafel jährlich zu erstellenden Tabelle, die vom BMF jährlich im Bundessteuerblatt veröffentlicht wird (*Kreutzinger/Schaffner/Stephany*, BewG, 2. Aufl. 2009, § 14 Rdnr. 3; *Daragan/Halaczinsky/Riedel*, Erbschaftsteuergesetz und Bewertungsgesetz, 2. Aufl., 2012, § 14 BewG Rdnr. 17; *Damrau/Tanck/Riedel, Blum/Melwitz und Lange/Wulff/Lüdtke-Handjery/Haarstrich*, HöfeO, 11. Aufl., jew. a. a. O.; § 14 Rdnr. 45). Zwar kommen für die Ermittlung des Nießbrauchwertes auch andere Methoden in Betracht (vgl. etwa MünchKomm-BGB/Lange, § 2325 Rdnr. 54; BeckOK-BGB/J. Mayer, § 2325 Rdnr. 26). Welche Methode anzuwenden ist, unterliegt allerdings dem Schätzungsermessen nach § 287 Abs. 2 ZPO.

10 Den jährlichen Nutzungswert hat der Gutachterausschuss mit 4.004,34 € veranschlagt. Wie der Kläger in dem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 20.3.2017 erläutert hat, ergeben sich die unterschiedlichen Kapitalisierungswerte von 54.677 € einerseits und 41.075 € andererseits daraus, dass auf den Nutzungswert einerseits der Vervielfältiger 12,413 (Bewertung nach dem BauGB) und andererseits der Vervielfältiger 9,325 angewendet wird. Letzteres ist der Vervielfältiger, der nach Anl. 9 zu § 14 BewG für die zum Stichtag am 22.6.2008 69-jährige Mutter des Beklagten galt. Zu diesem Stichtag war die Anl. 9 zu § 14 BewG noch in Kraft und es stand auch nicht fest, dass sich der Zinssatz langfristig auf ein Niveau sinken würde, das unter dem des dieser Anlage zugrundeliegenden Zinssatzes von 5,5 % liegt. Der Senat bewertet den Nießbrauch daher in Einklang mit der herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur und in Anwendung des ihm zustehenden Schätzungsermessens auf der Grundlage der Anl. 9 zu § 14 BewG mit 41.075 €.

11 4. Der Beklagte kann sich nicht auf einen Wegfall der Bereicherung berufen. Dem LG ist darin zu folgen, dass der Beklagte nach § 819 Abs. 1 BGB bösgläubig war, da er schon im Zeitpunkt der Schenkung wusste, dass die Mutter auf finanzielle Hilfe wegen der zu erwartenden Heimunterbringung angewiesen war. Die Heimunterbringung erfolgte am 1.12.2008, also nur wenige Monate nach der Schenkung. Im Hinblick hierauf und auf den mit der Heimunterbringung bekanntermaßen verbundenen erheblichen Kostenaufwand ist der Einwand des Beklagten, er habe mit einer finanziellen Inanspruchnahme nicht rechnen müssen, offenkundig verfehlt.

(...)

5. Generalvollmacht ermöglicht Vertretung eines GbR-Gesellschafters in Angelegenheiten der GbR

OLG Zweibrücken, Beschluss vom 3.2.2016, 3 W 122/15

BGB §§ 164, 709, 714

LEITSATZ:

Wenn auch für die organschaftliche Vertretung einer GbR als Ausfluss der gesellschaftlichen Mitgliedschaft der Grundsatz der Selbstorganschaft gilt und diese deshalb als solche nicht auf Dritte übertragbar ist, so ist doch eine Überlassung zur Ausübung durch die Einräumung einer Vollmacht zulässig. (Leitsatz der Schriftleitung)

SACHVERHALT:

1 I. Die S-GbR ist Alleineigentümerin des Grundstücks G. Ihre drei Gesellschafter sind RS, AS und SS.

2 Mit notariellen Urkunden aus dem Jahr 2012 hatten AS sowie SS ihrem Vater RS eine Vollmacht mit dem Inhalt erteilt, sie „in allen meinen Angelegenheiten, soweit dies gesetzlich zulässig ist, gerichtlich und außergerichtlich zu vertreten“.

3 Die Vollmacht enthält außerdem eine Befreiung des Bevollmächtigten von den Beschränkungen des § 181 BGB. Zum Zeitpunkt der Bevollmächtigung existierte die GbR noch nicht.

4 Mit der vorliegend zum Vollzug angemeldeten notariellen Urkunde aus dem Jahr 2015 hat die GbR die Eintragung einer Grundschuld über 2.500.000 € zugunsten einer Sparkasse bewilligt. Hierbei ist RS als Vertreter der GbR im eigenen Namen und zugleich im Namen der beiden Mitgesellschafter aufgetreten.

5 Mit Zwischenverfügung des Grundbuchamtes machte die Rechtspflegerin die Eintragung davon abhängig, dass die GbR diese genehmige. Die Vollmachten seien nicht ausreichend, um die Gesellschaft zu vertreten.

(...)

AUS DEN GRÜNDEN:

7 II. (...)

8 2. In der Sache führt das Rechtsmittel zum Erfolg. Die Zwischenverfügung ist nicht gemäß § 18 GBO veranlasst. Im Einzelnen gilt Folgendes:

9 Im Ausgangspunkt zutreffend gehen das Grundbuchamt und der beurkundende Notar davon aus, dass Eigentümerin des betroffenen Grundstücks die GbR ist. Die GbR ist rechtsfähig, soweit sie durch Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründet (BGHZ 146, 341). Ihre Rechtsfähigkeit umfasst dabei die Fähigkeit, Eigentümerin von Grundstücken zu sein (BGH, NJW 2006, 3716). Da die Gesellschaft durch die Eintragung der Grundschuld somit in ihrem Eigentum betroffen ist, hat sie selbst die Grundbucheintragung auch zu bewilligen (§ 19 GBO). Dies ist hier geschehen.

10 Die GbR wird nach §§ 709, 714 BGB von den Gesellschaftern gemeinschaftlich vertreten. Der Umfang der Vertretungsmacht entspricht dabei, sofern der Gesellschaftsvertrag keine abweichende Regelung trifft, der Reichweite der Geschäftsführungsbefugnis.

11 Wenn auch für diese organschaftliche Vertretung als Ausfluss der gesellschaftlichen Mitgliedschaft der Grundsatz der Selbstorganschaft gilt und diese deshalb als solche nicht auf Dritte übertragbar ist, so ist doch eine Überlassung zur Ausübung durch die Einräumung rechtsgeschäftlicher Vertretungsmacht zulässig (BeckOK-BGB/Schöne, § 714 Rdnr. 1).

12 Eine solche (General-)Vollmacht haben die beiden Mitgesellschafter AS und SS dem hier allein auftretenden Gesellschafter RS in den beiden notariellen Urkunden aus dem Jahr 2012 erteilt. Zutreffend hat der beurkundende Notar in seiner Beschwerdebegründung darauf hingewiesen, dass es für die Reichweite der hierin erteilten Generalvollmachten unerheblich ist, dass die Gesellschaft zum Zeitpunkt der Erteilung der Vollmachten noch nicht existierte. Im Wortlaut der Vollmacht findet sich keine Einschränkung, die darauf hindeutet, dass sie nur Rechtshandlungen in einem Rechtskreis erfassen soll, der zum Zeitpunkt ihrer Erteilung bereits existiert hat. Ein solches Verständnis von einer Generalvollmacht wäre auch unüblich. Die Vollmacht erfasst deshalb auch ein Handeln für eine Rechtspersönlichkeit, die zum Zeitpunkt ihrer Erteilung noch nicht existiert hatte, deren Vertretung aber nunmehr in den Rechtskreis der Vollmachtgeber fällt.

HINWEIS DER SCHRIFTFLEITUNG:

Siehe zu dieser Entscheidung auch den Beschluss des KG vom 17.11.2016, 1 W 562/15, MittBayNot 2017, 368 mit Anmerkung **Volmer**, MittBayNot 2017, 369.

BÜRGERLICHES RECHT – SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT

6. Nachweis der Prüfung auf Eintragungsfähigkeit nach § 15 Abs. 3 GBO n. F.

OLG Schleswig, Beschluss vom 28.7.2017, 2 Wx 50/17

GBO § 15 Abs. 3, §§ 19, 29 Abs. 1, § 151

FamFG § 378 Abs. 3 Satz 1

BeurkG §§ 8, 17

LEITSÄTZE:

1. Die Einhaltung der Prüfungspflicht durch den Notar muss für das Grundbuchamt bzw. das Registergericht ohne Weiteres erkennbar sein. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. Sind die erforderlichen Erklärungen in einer Niederschrift nach den §§ 8 ff. BeurkG enthalten, ist aufgrund der Prüfpflicht des Notars nach § 17 BeurkG für das Gericht ersichtlich, dass auch die Prüfung der Eintragungsfähigkeit nach der Neuregelung erfolgt ist; ein gesonderter Prüfvermerk ist dann nicht erforderlich. (Leitsatz der Schriftleitung)
3. Dies gilt auch im Falle einer Unterschriftsbeglaubigung, wenn klar und unzweideutig feststeht und

ohne Weiteres anhand des Äußeren der Urkunde erkennbar ist, dass die Erklärung, deren Unterzeichnung der einreichende Notar beglaubigt hat, auch von diesem entworfen worden ist. (Leitsatz der Schriftleitung)

SACHVERHALT:

1 Die Beteiligte als eingetragene Eigentümerin begehrt die Löschung der in Abt. III Nr. 2 des betroffenen Grundbuchs für die D Bank AG eingetragenen Grundschuld mit einem Nennbetrag von 120.000 DM. Mit notariell beglaubigter Erklärung vom 20.12.2016 bewilligte die C AG als Rechtsnachfolgerin der eingetragenen Gläubigerin die Löschung des Rechts zu Urkunde des Notars E. Die Beteiligte stellte am 26.6.2017 in notariell beglaubigter Form einen Löschantrag und stimmte darin zugleich als Eigentümerin der Löschung zu (Urkunde der Notarin H). Die Notarin H hat beide Urkunden mit Schriftsatz vom 30.6.2017 beim Grundbuchamt eingereicht und „als Notarin gemäß § 15 GBO“ die darin enthaltenen Anträge gestellt. Das Grundbuchamt hat mit förmlicher Zwischenverfügung vom 5.7.2017 auf § 15 Abs. 3 GBO in der seit dem 9.6.2017 geltenden Fassung hingewiesen und die Auffassung vertreten, bei der neu eingeführten Vorschrift handele es sich um eine formelle Eintragungsvoraussetzung. Damit vom Grundbuchamt geprüft werden könne, ob der Notar die danach erforderliche Prüfung der Eintragungsfähigkeit vorgenommen habe, müsse dieser bei der Antragstellung allen eingereichten Urkunden einen Prüfungsvermerk beifügen. Zur Erledigung hat das Grundbuchamt eine Frist von vier Wochen gesetzt, nach deren ergebnislosem Ablauf der Antrag kostenpflichtig zurückgewiesen werde.

2 Die Notarin H hat mit Schriftsatz vom 10.7.2017 Beschwerde gegen die Zwischenverfügung eingelegt und sich darauf berufen, dass § 15 Abs. 3 GBO n. F. nur eine Prüfpflicht für Notare vorsehe, nicht aber eine Vermerkplicht. Die Prüfpflicht sei eine Dienstpflicht der Notare, die diese kraft Gesetzes einzuhalten hätten. In keinem anderen Fall sei ein Notar verpflichtet, durch einen gesonderten Vermerk zu bestätigen, dass er seiner Dienstpflicht nachgekommen sei. Das Grundbuchamt könne und müsse davon ausgehen, dass ein Notar seine Prüfungspflichten erfüllt habe, und zwar nicht nur bei eigenen Urkunden, bei denen sich die Prüfungspflicht bereits aus dem BeurkG ergebe. Im Übrigen sei unklar, wie ein Prüfungsvermerk lauten solle. Der Notar könne teilweise ohne weitere Kosten auslösende Maßnahmen (z. B. Grundbucheinsicht) nicht einmal feststellen, ob die Eintragungsfähigkeit gegeben sei. Er sei auch nicht verpflichtet, dem Grundbuchamt Bedenken an der Eintragungsfähigkeit vorzutragen und quasi ein Rechtsgutachten vorzulegen, warum er die Eintragungsfähigkeit verneine oder in Zweifel ziehe.

3 Das Grundbuchamt hat der Beschwerde durch Beschluss vom 14.7.2017 nicht abgeholfen und an der Auffassung festgehalten, dass sich aus § 15 Abs. 3 GBO eine formelle Voraussetzung im Grundbucheintragungsverfahren ergebe und es einer entsprechenden Vermerksurkunde (§ 39 BeurkG) bedürfe. In § 15 Abs. 3 GBO werde der Wortlaut des § 29 Abs. 1 GBO aufgegriffen, sodass alle zur Eintragung erforderlichen Erklärungen mit dem entsprechenden Vermerk des Notars zu versehen seien.

AUS DEN GRÜNDEN:

4 Die Beschwerde ist zulässig und hat im Ergebnis auch in der Sache Erfolg.

5 1. Die durch die beglaubigende Notarin eingelegte Beschwerde gegen die angefochtene förmliche Zwischenverfügung ist nach den §§ 71 ff. GBO zulässig.

6 Sie ist als Rechtsmittel nur der Beteiligten auszulegen. Wenn ein Notar im Rahmen der vermuteten Vollmacht nach § 15 GBO Beschwerde einlegt, ohne ausdrücklich Angaben zur

Person des Beschwerdeführers zu machen, sind allerdings grundsätzlich alle Antragsberechtigten als Beschwerdeführer anzusehen, falls sich nicht aus einer ausdrücklichen Angabe oder den Umständen etwas anderes ergibt (Senat, FGPrax 2010, 282 ff.; *Demharter*, GBO, 30. Aufl., § 15 Rdnr. 20 m. w. N.). Nach § 13 Abs. 1 Satz 2 GBO antragsberechtigt ist zunächst die Beteiligte als Eigentümerin des betroffenen Grundbesitzes; sie hat auch den Löschantrag gestellt. Ferner hat die C AG als von der Löschung betroffene Grundschuldgläubigerin ein Antragsrecht nach § 13 Abs. 1 Satz 2 GBO. Sie hat jedoch in der Löschantragbewilligung vom 20.12.2016 erklärt, dass sie keine Kosten trage und auf eine Vollzugsnachricht verzichte. Damit hat sie deutlich zum Ausdruck gebracht, dass sie kein eigenes Interesse an der Löschung hat und insbesondere kein Kostenrisiko eingehen will. Dementsprechend ist nicht davon auszugehen, dass die Notarin auch im Namen der C AG Beschwerde eingelegt hat. Schließlich ist die Notarin nicht in eigener Person als Beschwerdeführerin anzusehen (vgl. *Demharter*, GBO, § 15 Rdnr. 20 m. w. N.). Sie wäre nicht beschwerdeberechtigt. Rein tatsächlich steht hier zwar ersichtlich das Interesse der Notarin im Vordergrund, die Auswirkungen des § 15 Abs. 3 GBO n. F. für das Grundbuchverfahren – auch im Hinblick auf künftige Fälle – klären zu lassen, während es für die Beteiligte ohne Bedeutung ist, ob das vom Grundbuchamt angenommene Eintragungshindernis nicht besteht oder aber im Falle seines Bestehens von der Notarin einfach behoben wird. Gleichwohl ist nur die Beteiligte als Antragstellerin durch die Zwischenverfügung in ihren Rechten betroffen.

7 Die Beschwerde ist begründet. Das Eintragungshindernis, das Gegenstand der angefochtenen Zwischenverfügung ist, besteht unter Berücksichtigung der Umstände des konkreten Falls nicht. Die Vollziehung des mit Schriftsatz vom 30.6.2017 eingereichten Löschantrages darf nicht davon abhängig gemacht werden, dass die eingereichten Urkunden vom 20.12.2016 und 26.6.2017 jeweils mit einem notariellen Vermerk über die Vornahme der Prüfung nach § 15 Abs. 3 GBO n. F. versehen werden. Das Grundbuchamt geht zwar zutreffend davon aus, dass die Einhaltung der neu eingeführten Prüfungspflicht durch den Notar für das Grundbuchamt ohne Weiteres aus sämtlichen für die Eintragung erforderlichen Erklärungen oder aus einem gesonderten Vermerk des Notars für alle Urkunden ersichtlich sein muss (a). Im konkreten Fall betrifft dies jedoch nur die nach dem 8.6.2017 beglaubigte Eigentümerzustimmung, die den genannten Anforderungen genügt (b).

8 a) Gemäß § 15 Abs. 3 Satz 1 GBO in der seit dem 9.6.2017 geltenden Fassung sind die zu einer Eintragung erforderlichen Erklärungen vor ihrer Einreichung für das Grundbuchamt von einem Notar auf Eintragungsfähigkeit zu prüfen. Dies gilt nach § 378 Abs. 3 Satz 1 FamFG n. F. in gleicher Weise für Anmeldungen in Registersachen. Beide Vorschriften sind durch das Gesetz zur Neuordnung der Aufbewahrung von Notariatsunterlagen und zur Einrichtung des elektronischen Urkundenarchivs bei der Bundesnotarkammer sowie zur Änderung weiterer Gesetze (BGBl. 2017 I, S. 1396 ff.) eingeführt worden. Der Gesetzeswortlaut sieht zwar jeweils nur die Pflicht vor, die Erklärung bzw. die Anmeldung „auf Eintragungsfähigkeit zu prüfen“. Es ist nicht ausdrücklich geregelt, ob und ggf. wie die

Einhaltung der Prüfungspflicht durch den Notar für das Grundbuchamt bzw. das Registergericht zu dokumentieren ist und ob im Falle fehlender Dokumentation von einem Eintragungshindernis auszugehen ist. Die Auslegung der neu eingeführten Vorschriften ergibt jedoch, dass für das Gericht aus den betroffenen Urkunden selbst ohne weitere Nachforschungen ersichtlich sein muss, dass die Prüfung der Eintragungsfähigkeit erfolgt ist (1). Ob es dafür eines gesonderten Vermerks des Notars bedarf, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab (2).

9 (1) Schon der Standort der neu eingeführten Vorschriften in der GBO bzw. im FamFG, also in den Verfahrensordnungen, lässt erkennen, dass die Einhaltung der Prüfungspflicht für das jeweilige Eintragsverfahren von Bedeutung ist und nicht lediglich das Verhältnis zwischen dem Notar und der erklärenden Person betrifft (ebenso *Diehn/Rachlitz*, DNotZ 2017, 487 ff., 491 f.). Auch die Formulierung, dass die Prüfung „für das Grundbuchamt“ bzw. „für das Registergericht“ vorzunehmen ist, zeigt, dass es sich nicht lediglich um einen internen Vorgang handeln kann, den das Gericht nicht nachzuprüfen hat.

10 Ferner ergibt sich aus den Gesetzgebungsmaterialien eindeutig, dass nach den Vorstellungen des Gesetzgebers die Einhaltung der Prüfungspflicht durch den Notar für das Grundbuchamt bzw. das Registergericht erkennbar sein muss. Der Regierungsentwurf vom 14.10.2016 (BR-Drucks. 602/16) sah die Vorschriften in den § 15 Abs. 3 GBO, § 378 Abs. 3 Satz 1 FamFG n. F. noch nicht vor. Diese beruhen auf der Empfehlung des Rechtsausschusses an den Bundesrat vom 14.11.2016 (BR-Drucks. 602/1/16). Zur Begründung wird darin auf die Stärkung der Filter- und Entlastungsfunktion der Notare für das Grundbuchamt bzw. das Registergericht abgestellt, deren Verfahren dadurch erleichtert und beschleunigt werden soll (a. a. O., S. 10). Die Prüfung durch den Notar solle nunmehr unabhängig von der Beurkundung oder Beglaubigung ausdrücklich als notarielle Amtspflicht und register- bzw. grundbuchrechtliche Verfahrensvorschrift geregelt werden (a. a. O., S. 14; für das Grundbuchverfahren S. 16, 17). Es soll sich um eine „formelle Voraussetzung im Eintragsverfahren“ (a. a. O., S. 15, 17) handeln. Ferner enthält die Stellungnahme des Rechtsausschusses die klare Erwartung, es müsse „für das Registergericht aus der Anmeldung selbst ohne weitere Nachforschungen ersichtlich sein“, dass eine Prüfung der Eintragungsfähigkeit erfolgt sei (a. a. O., S. 15; für das Grundbuchverfahren S. 16, 17). Die Erfüllung der formellen Eintragungsvoraussetzung könne dem Gericht „insbesondere durch Beifügung eines Prüfvermerks nachgewiesen werden“ (a. a. O., S. 15; für das Grundbuchverfahren S. 17). In dem Fall, dass der Notar nicht von der Eintragungsfähigkeit ausgehe, solle er in dem Prüfvermerk seine Zweifel für das Gericht darstellen (a. a. O., S. 15).

11 Diese Erwägungen sind im weiteren Gesetzgebungsverfahren nicht fallengelassen worden, sondern liegen auch der abschließenden Entscheidung des Bundestages zugrunde. Der Bundesrat hat die Ausführungen des Rechtsausschusses in seine Stellungnahme vom 25.11.2016 übernommen (BR-Drucks. 602/16 [Beschluss]; abgedruckt auch in der BT-Drucks. 18/10607, S. 101 ff.). Im weiteren Regierungsentwurf vom 9.12.2016 hat die Bundesregierung die Motive des Bun-

desrates zu den betroffenen Vorschriften anerkannt und die Klärung verfahrensrechtlicher Detailfragen der Prüfung im weiteren Gesetzgebungsverfahren vorbehalten (BT-Drucks. 18/10607, S. 114). Diejenige Fassung, die letztlich zum Gesetzesinhalt geworden ist, beruht auf der Beschlussempfehlung und dem Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz vom 22.3.2017 (BT-Drucks. 18/11636). Darin wurde die Regelung in § 15 Abs. 3 GBO n. F. aus der Stellungnahme des Bundesrates übernommen und auf die Begründung des Bundesrates verwiesen (a. a. O., S. 14).

12 Des Weiteren kann der Zweck der Neuregelung, die Bearbeitung durch das Gericht im formalisierten Grundbuch- und Registerverfahren zu vereinfachen und zu beschleunigen, kaum erreicht werden, wenn das Gericht nicht ohne Weiteres erkennen kann, ob der Notar seiner Prüfungspflicht überhaupt nachgekommen ist. Ohne Dokumentation der notariellen Prüfung besteht die Gefahr, dass die Filter- und Entlastungsfunktion der Prüfpflicht leerlaufen würde (ebenso DNotI-Report 2017, 89 ff., 92 f.; *Diehn/Rachlitz*, DNotZ 2017, 487 ff., 497). Die Erforderlichkeit der Dokumentation wird zwar zum Teil in Abrede gestellt, weil die Selbstverständlichkeit, dass der Notar seine Dienstpflichten wahrgenommen habe, keines Vermerks bedürfe (*Zimmer*, NJW 2017, 1909 ff., 1912). Schließlich bestehe auch dort, wo der Notar die Prüfung nach Beurkundungsrecht vorzunehmen habe, keine Vermerkspflicht (*Zimmer*, a. a. O.). Insoweit ist jedoch zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber mit den § 15 Abs. 3 GBO, § 378 Abs. 3 Satz 1 FamFG n. F. gerade für das Grundbuch- bzw. Registerverfahren besondere verfahrensrechtliche Vorschriften geschaffen hat, die im Verhältnis zum Gericht Prüfungspflichten des Notars begründen und mit den bisher schon den Beteiligten gegenüber bestehenden Prüfungspflichten aus dem Beurkundungsrecht nicht vergleichbar sind. Außerdem trifft die neu geschaffene Prüfungspflicht nicht einen bestimmten Notar, so dass ohne Dokumentation bei der Befassung mehrerer Notare mit einer Angelegenheit die Gefahr besteht, dass letztlich keiner die Prüfung vornimmt (DNotI-Report 2017, 92).

13 Nicht durchgreifend ist schließlich der Einwand, der Notar könne teilweise ohne weitere Kosten auslösende Maßnahmen, etwa die Einsichtnahme in das Grundbuch, nicht einmal feststellen, ob die Eintragungsfähigkeit gegeben sei. Aus den Gesetzgebungsmaterialien ergibt sich, dass von dem Notar nicht verlangt wird, in Bezug auf die Eintragungsfähigkeit auch solche Umstände zu prüfen, die außerhalb der jeweiligen Erklärungsurkunde liegen. Die Prüfung aller außerhalb der Registeranmeldung bzw. der für die Grundbucheintragung erforderlichen Erklärungen liegenden Umstände ist ausschließlich Aufgabe des jeweiligen Gerichts (BR-Drucks. 602/1/16, S. 15, 17). Ohne besonderen Auftrag der Beteiligten soll die Neuregelung den Notar nach dem Willen des Gesetzgebers insbesondere nicht zu einer Einsichtnahme in das Handelsregister oder das Grundbuch verpflichten (a. a. O., S. 15, 17).

14 (2) Aus den Ausführungen zur Erforderlichkeit einer eindeutigen Dokumentation der Prüfung ergibt sich allerdings noch nicht, wie diese im jeweiligen Einzelfall vorzunehmen ist. Das Gesetz schreibt keine konkreten Maßnahmen vor und es ergibt sich auch nicht aus den Erwägungen des Gesetzgebers, dass in jedem Fall ein entsprechender Vermerk in die

einzelne Urkunde aufzunehmen oder ein gesonderter Vermerk für alle eingereichten Urkunden zu fertigen ist. Nach dem Inhalt der Gesetzgebungsmaterialien kann die Erfüllung der formellen Eintragungsvoraussetzung nach § 378 Abs. 3 FamFG „insbesondere durch Beifügung eines Prüfvermerks“ nachgewiesen werden (BR-Drucks. 602/1/16, S. 15) bzw. der Notar fertigt über das Ergebnis seiner Prüfung nach § 15 Abs. 3 GBO „ggf. einen Prüfvermerk“ (a. a. O., S. 17). Damit wird nicht zum Ausdruck gebracht, dass zwangsläufig in allen Fällen ein notarieller Prüfvermerk anzubringen ist, um die Erfüllung der Prüfungspflicht zu dokumentieren.

15 So hat der Gesetzgeber selbst auf die Möglichkeit hingewiesen, dass die erforderlichen Erklärungen in einer Niederschrift nach den §§ 8 ff. BeurkG enthalten sind, und ausgeführt, in einem derartigen Fall sei bereits aufgrund der Prüfungspflicht des Notars nach § 17 BeurkG für das Gericht ersichtlich, dass auch die Prüfung der Eintragungsfähigkeit nach der Neuregelung erfolgt sei (BR-Drucks. 602/1/16, S. 15). Dass jedenfalls in dieser Konstellation kein gesonderter Prüfvermerk erforderlich sein soll, leuchtet auch ein. Im Falle einer Beurkundung bringt der Urkundsnotar mit seiner Unterschrift unter der Niederschrift klar und unzweideutig zum Ausdruck, dass er die Prüfung der Eintragungsfähigkeit vorgenommen hat (DNotI-Report 2017, 89 ff., 93; *Diehn/Rachlitz*, DNotZ 2017, 487 ff., 497).

16 Dies gilt aber auch im Falle einer Unterschriftsbeglaubigung, wenn klar und unzweideutig feststeht und ohne Weiteres anhand des Äußeren der Urkunde erkennbar ist, dass die Erklärung, deren Unterzeichnung der einreichende Notar beglaubigt hat, auch von diesem entworfen worden ist (DNotI-Report 2017, 89 ff., 93; *Diehn/Rachlitz*, DNotZ 2017, 487 ff., 497). In einem solchen Fall der „Unterschriftsbeglaubigung mit Entwurf“ trifft den Notar das volle Pflichtenprogramm des § 17 BeurkG (DNotI-Report; *Diehn/Rachlitz* – jeweils a. a. O.). Dies entspricht höchstrichterlicher Rechtsprechung (vgl. nur BGH, NJW 1996, 1675 f.). Ob der Erklärungstext allerdings unzweifelhaft von dem beglaubigenden Notar entworfen worden ist oder es sich möglicherweise doch um einen Fremdentwurf handeln könnte, hat das Grundbuchamt bzw. Registergericht im jeweiligen Einzelfall festzustellen. An die Auslegungsbemühungen durch das Gericht sind dabei nur sehr geringe Anforderungen zu stellen, weil die Neuregelung ansonsten entgegen ihrem Zweck sogar zu Mehraufwand führen würde. Bei Zweifeln ist ein Prüfvermerk anzufordern.

17 b) In Bezug auf die hier zur Eintragung erforderlichen Erklärungen, nämlich die Löschungsbewilligung der Gläubigerin nach § 19 GBO und die Eigentümerzustimmung nach § 27 Satz 1 GBO, gilt Folgendes:

18 Die Löschungsbewilligung der C AG ist zwar nicht in einer von dem beglaubigenden Notar E entworfenen Urkunde enthalten, sondern offensichtlich von der Gläubigerin selbst erstellt worden. Insoweit gilt jedoch das Prüfungserfordernis nach § 15 Abs. 3 GBO von vornherein nicht, weil die Beglaubigung bereits im Dezember 2016 erfolgt ist. Nach der Übergangsregelung in § 151 GBO n. F. findet § 15 Abs. 3 GBO für Erklärungen, die bis einschließlich 8.6.2017 beurkundet oder beglaubigt wurden, keine Anwendung.

19 Die Eigentümerzustimmung der Beteiligten vom 26.6.2017 fällt in den Anwendungsbereich des § 15 Abs. 3 GBO n. F. Es ist indes bereits aus der Urkunde selbst unzweifelhaft ersichtlich, dass sie von der beglaubigenden Notarin entworfen und damit auch geprüft worden ist. Der Erklärungstext und der Beglaubigungsvermerk sind auf derselben Seite und in einem einheitlichen Schriftbild gefertigt. Der Erklärungstext beinhaltet bereits den Vollzugsauftrag an die Notarin sowie eine Vollmacht für deren näher bezeichnete Notariatsangestellte. Die Unterschriften der Beteiligten und der beglaubigenden Notarin sind jeweils mit der vorgedruckten Orts- und Datumsangabe versehen und offensichtlich am Sitz der Notarin geleistet worden. Es handelt sich damit um eine „Unterschriftsbeglaubigung mit Entwurf“, bei der es nach dem oben Gesagten keines gesonderten Prüfvermerks bedarf.

HINWEIS DER SCHRIFTFÜHRUNG:

Siehe zu § 15 Abs. 3 GBO n. F. und § 378 Abs. 3 Satz 1 FamFG n. F. auch eingehend **Attenberger**, MittBayNot 2017, 335.

ANMERKUNG:

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

§ 15 Abs. 3 Satz 1 GBO bestimmt, dass die zu einer Eintragung erforderlichen Erklärungen vor ihrer Einreichung für das Grundbuchamt von einem Notar auf Eintragungsfähigkeit zu prüfen sind.¹ Für Anmeldungen in Handelsregistersachen, Vereinsregistersachen und Güterrechtsregistersachen schreibt die Parallelvorschrift des § 378 Abs. 3 FamFG eine entsprechende notarielle Vorprüfung vor.

Die Vorschriften sind am 9.6.2017 in Kraft getreten.² Auf den Tag genau sieben Wochen später hat das OLG Schleswig in einer ersten Entscheidung einige wesentliche Anwendungsfragen im Zusammenhang mit § 15 Abs. 3 GBO geklärt.

1. Zeitlicher Anwendungsbereich

Wenige Schwierigkeiten bereiten die intertemporalen Anwendungsvorschriften der neuen notariellen Prüfpflichten. § 15 Abs. 3 GBO gilt nicht für Erklärungen, die vor dem 9.6.2017 beglaubigt oder beurkundet worden sind (§ 151 GBO). Im Fall des OLG Schleswig bedeutete dies, dass nur die Ende Juni 2017 beglaubigte Eigentümerzustimmung zur Löschung des Grundpfandrechts (§ 27 GBO i. V. m. § 1183 Satz 1 BGB) von einem Notar auf Eintragungsfähigkeit zu prüfen war, nicht aber die im Jahre 2016 beglaubigte Löschungsbewilligung der Grundpfandrechtsgläubigerin (§ 19 GBO i. V. m. § 875 BGB).

¹ Vgl. aus der Literatur bislang *Attenberger*, MittBayNot 2017, 335; *Diehn/Rachlitz*, DNotZ 2017, 487; *Eickelberg/Böttcher*, FGPrax 2017, 145; DNotI-Report 2017, 89; *Heinemann*, ZNotP 2017, 166; *Weber*, RNotZ 2017, 427; *Zimmer*, NJW 2017, 1909. Zur Parallelvorschrift des § 378 Abs. 3 FamFG vgl. *Krafka*, NZG 2017, 889.

² BGBl. 2017 I, S. 1396.

2. Formelle Eintragungsvoraussetzung

Von grundlegender Natur sind die Ausführungen des OLG Schleswig zur Einordnung des § 15 Abs. 3 GBO in das System des Beurkundungs- und Grundbuchverfahrensrechts. Der Gesetzgeber hat die notarielle Vorprüfung nicht im BeurkG verortet und insbesondere nicht die Prüfpflichten bei Unterschriftsbeglaubigungen (§ 40 BeurkG) verschärft. Er hat sich für einen grundbuchverfahrensrechtlichen Ansatz entschieden und die notarielle Eintragungsfähigkeitsprüfung als Bestandteil des Grundbuchverfahrens vorgeschrieben. Die Prüfung erfolgt für das Grundbuchamt, nicht für die Beteiligten. Das OLG Schleswig führt zu Recht aus, dass die Prüfung nicht im Verhältnis zwischen den Urkundsbeteiligten und dem Notar, sondern im Verhältnis zwischen Notar und Grundbuchamt anzusiedeln ist.³

Bei § 15 Abs. 3 GBO handelt es sich um eine formelle Eintragungsvoraussetzung im Grundbuchverfahren,⁴ nicht um eine Pflicht des Notars gegenüber den Urkundsbeteiligten.

3. Nachweis der Prüfung

a) Erforderlichkeit eines Nachweises

Mit überzeugenden Gründen legt das OLG Schleswig dar, dass dem Grundbuchamt die notarielle Vorprüfung nachzuweisen ist. Das Gericht kann sich dabei auf die Gesetzesbegründung zur Parallelvorschrift in § 378 Abs. 3 FamFG stützen, wonach die erfolgte Prüfung durch den Notar für das Registergericht ersichtlich sein muss.⁵ Wenn der Notar eine Prüfung für das Grundbuchamt vorzunehmen hat, ist es naheliegend, dass diesem gegenüber ein Nachweis über die Prüfung zu führen ist. Dies ergibt sich zwar nicht ausdrücklich aus dem Wortlaut des § 15 Abs. 3 GBO, ist aber dem Charakter der Norm als formeller Eintragungsvoraussetzung im Grundbuchverfahren geschuldet.

Das OLG Schleswig weist den teilweise in der Literatur⁶ erhobenen Einwand zurück, eines Nachweises über die notarielle Prüfung bedürfe es nicht, weil davon auszugehen sei, dass der Notar seine ihm obliegenden Amts- und Prüfpflichten beachte. Die notariellen Amtspflichten gegenüber den Beteiligten sind jedoch schon strukturell nicht mit der für das Grundbuchamt erfolgenden Prüfung vergleichbar. Noch gewichtiger ist das Argument, dass ein mit einer Unterschriftsbeglaubigung befasster Notar nicht zwingend die Prüfung nach § 15 Abs. 3 GBO vornehmen muss. Die Prüfung ist nicht zwingend an die Beglaubigung gekoppelt. Potenziell zuständig für die Prüfung ist jeder inländische

Notar. So kann etwa auch der Vollzugs- oder Entwurfsnotar die Prüfung vornehmen (siehe hierzu unten unter 4.). Wenn der beglaubigende Notar nicht per se nach § 15 Abs. 3 GBO zur Prüfung verpflichtet ist, kann man aus dem Umstand, dass der Notar die Beglaubigung vorgenommen hat, nicht die Schlussfolgerung ziehen, er habe die Prüfung nach § 15 Abs. 3 GBO für das Grundbuchamt vorgenommen. Ferner führt das OLG Schleswig zu Recht aus, dass die Beteiligten die notarielle Vorprüfung faktisch ausschalten könnten, wenn kein Nachweis über die Prüfung zu führen sein sollte. Sie könnten dem Notar einen zu beglaubigenden Entwurf vorlegen und ihm mitteilen, dass die Prüfung durch einen anderen Notar erfolgen soll, die beglaubigte Erklärung aber sodann direkt beim Grundbuchamt einreichen.⁷

Wenn der Sinn und Zweck eines Nachweises einer notariellen Prüfung mit positivem Ergebnis unter Hinweis darauf bezweifelt wird, der positive Prüfvermerk bringe keinen Mehrwert,⁸ ist dem zu widersprechen. Der Sinn und Zweck des Nachweises liegt schlichtweg darin, dass die vom Gesetz in § 15 Abs. 3 GBO vorgeschriebene Vorprüfung durch den Notar erfolgt ist und die Eintragungsvoraussetzungen vorliegen. Die Prüfung durch den Notar liegt außerdem auch im Interesse der materiellen Richtigkeit des Grundbuchs.⁹ Insoweit bringt die Prüfung durch den Notar auch bei positivem Ergebnis stets einen Mehrwert.

b) Besonderheiten bei Beurkundungen und Beglaubigungen von Eigenentwürfen

Da es sich bei der notariellen Prüfung um eine Eintragungsvoraussetzung handelt, ist der Nachweis in öffentlicher Form zu erbringen (vgl. § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO).¹⁰ Als taugliches Nachweismittel kommt dabei vor allem ein notarieller Prüfvermerk gemäß §§ 39, 39a BeurkG in Betracht.¹¹ Ein solcher Vermerk ist jedoch nicht erforderlich, wenn aus der öffentlichen Urkunde selbst ersichtlich ist, dass der Notar die Vorprüfung nach § 15 Abs. 3 GBO vorgenommen hat. Das OLG Schleswig schafft insoweit eine erfreuliche Klarstellung:

- Hat ein inländischer Notar die zur Eintragung erforderlichen Erklärungen notariell *beurkundet* (§§ 9 ff.

3 Vgl. bereits *Diehn/Rachlitz*, DNotZ 2017, 487, 491 f.

4 BT-Drucks. 18/10607, S. 109, 111 = BR-Drucks. 602/16 (B), S. 14 f., 17: „Zugleich formelle Voraussetzung im Eintragungsverfahren“; *Attenberger*, MittBayNot 2017, 335, 341; *Diehn/Rachlitz*, DNotZ 2017, 487, 492; DNotI-Report 2017, 89, 92; *Eickelberg/Böttcher*, FGPrax 2017, 145, 149; zu § 378 Abs. 3 FamFG BeckOK-FamFG/Otto, Stand: 1.7.2017, § 378 Rdnr. 75.

5 BT-Drucks. 18/10607, S. 109, 111 = BR-Drucks. 602/16 (B), S. 15, 17.

6 *Zimmer*, NJW 2017, 1909, 1912; *Heinemann*, ZNotP 2017, 166, 168.

7 Vgl. bereits DNotI-Report 2017, 89, 92.

8 So *Heinemann*, ZNotP 2017, 166, 169.

9 BT-Drucks. 18/10607, S. 105 = BR-Drucks. 602/16 (B), S. 9: „Diese Funktionen [Publizitätsfunktion und Gutgläubensfunktion öffentlicher Register] setzen die Richtigkeit und Verlässlichkeit der Eintragungen voraus. Um dies zu gewährleisten, hat der Gesetzgeber neben der Prüfung durch Registergericht und Grundbuchamt den Notar in das Eintragungsverfahren eingeschaltet“; BT-Drucks. 18/10607, S. 106 = BR-Drucks. 602/16 (B), S. 10: „Die Einbindung des Notars trägt damit im Ergebnis nicht nur zur materiellen Richtigkeit der Eintragung bei [...]“; vgl. ferner BT-Drucks. 18/10607, S. 109 = BR-Drucks. 602/16 (B), S. 14: „Sie [die Prüfungspflicht] dient außerdem im öffentlichen Interesse der materiellen Richtigkeitsgewähr von Anmeldungen und Anträgen, die der Notar aufgrund seiner rechtlichen Kenntnisse [...] durch seine Prüfung gewährleistet.“

10 DNotI-Report 2017, 89, 92.

11 Vgl. *Krafka*, NZG 2017, 889, 892; BT-Drucks. 18/10607, S. 109, 111 = BR-Drucks. 602/16 (B), S. 15, 17.

BeurkG), bedarf es nach der Gesetzesbegründung keines weiteren Nachweises der Prüfung.¹² Der Notar ist bereits nach § 17 Abs. 1 BeurkG verpflichtet, die von ihm beurkundeten Erklärungen auf Eintragungsfähigkeit zu prüfen. Hat der Notar Zweifel an der Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts, muss er diese in der Niederschrift vermerken (§ 17 Abs. 2 Satz 2 BeurkG). Errichtet der Notar die Niederschrift ohne einen solchen Zweifelsvermerk, bringt er damit zum Ausdruck, dass er die von ihm beurkundeten Erklärungen auf ihre Eintragungsfähigkeit mit positivem Ergebnis geprüft hat.

- Ein Prüfvermerk ist außerdem auch dann entbehrlich, wenn der Notar die Unterschrift unter einem von ihm selbst erstellten Entwurf beglaubigt und aus dem Text des beglaubigten Dokuments oder dem Beglaubigungsvermerk ohne Weiteres ersichtlich ist, dass der beglaubigende Notar den Text der Beglaubigung entworfen hat.¹³ Heißt es etwa in der Überschriftenzeile des beglaubigten Texts „Entwurfs des Notars X“ und beglaubigt Notar X die Unterschrift unter diesem Text, ergibt sich mit hinreichender Klarheit, dass der Notar die Vorprüfung nach § 15 Abs. 3 GBO vorgenommen hat. Denn bei Unterschriftsbeglaubigungen unter von ihm selbst entworfenen Texten trifft den Beglaubigungsnotar das volle Pflichtenprogramm des § 17 BeurkG.¹⁴ Der Entscheidung des OLG Schleswig ist daher auch insoweit grundsätzlich zuzustimmen. Zweifel mag man allenfalls an der Anwendung des Kriteriums der offensichtlichen Erkennbarkeit auf den vom Gericht konkret entschiedenen Fall anmelden. Der Tatbestand der Entscheidung ist insoweit nicht eindeutig. Dass der Entwurf vom beglaubigenden Notar stammt, ergibt sich meines Erachtens nicht hinreichend deutlich aus dem Umstand der Verwendung eines einheitlichen Schriftbildes von Text und Beglaubigungsvermerk auf einer Seite. Es ist denkbar, dass der Notar den Text in seine Formatvorlage kopiert hat, ohne ihn entworfen zu haben. Um Unwägbarkeiten zu vermeiden, wird man Notaren grundsätzlich auch bei selbst entworfenen unterschrittsbeglaubigten Erklärungen zu einem Prüfvermerk raten müssen.
- Keine Stellung hat das OLG zu der Frage genommen, ob auch bei einer Bewilligung in einer Eigenurkunde des Notars (z. B. bei der Bewilligung der Auflassung) ein besonderer Nachweis erfolgen muss. Auch dies ist zu verneinen. Als Amtsträger muss der Notar die Eintragungsfähigkeit der von ihm selbst abgegebenen Erklärung selbst voll prüfen. Mit der Errichtung der Eigenurkunde bringt der Notar hinreichend deutlich zum Ausdruck, dass er die Erklärung für eintragungsfähig hält. Anderenfalls hätte er die Urkunde nicht errichtet.

c) Reaktion des Grundbuchamts bei Fehlen eines Nachweises

Fehlt es an einem Nachweis der notariellen Vorprüfung, liegt nach Auffassung des OLG Schleswig ein Eintragungshindernis vor.¹⁵ Auch das ist zutreffend.¹⁶ Wenn die Eintragungsvoraussetzungen nicht vorliegen, darf das Grundbuchamt die Eintragung nicht vornehmen. Die notarielle Vorprüfung ist auch dann erforderlich, wenn der Rechtspfleger beim Grundbuchamt die Erklärung für eintragungsfähig hält. Es liegt in der Natur der Sache, dass die notarielle Vorprüfung nach § 15 Abs. 3 GBO nicht nur für eintragungsunfähige, sondern für sämtliche Erklärungen gilt. Es liegt nicht im Ermessen des Grundbuchamts, auf die notarielle Vorprüfung im Einzelfall zu verzichten. § 15 Abs. 3 GBO ist zwar Ausdruck der Filter- und Entlastungsfunktion der notariellen Prüfung für das Grundbuchamt. Deshalb könnte man meinen, dass das Grundbuchamt im Einzelfall vom Erfordernis einer notariellen Vorprüfung eine Befreiung aussprechen darf, wenn es keinen Bedarf für die notarielle Vorprüfung sieht.¹⁷ Diese Betrachtung greift aber zu kurz. § 15 Abs. 3 GBO ist nicht als Soll-Vorschrift, sondern als zwingende Eintragungsvoraussetzung konzipiert. Ihre Anwendung steht nicht zur Disposition der Rechtspfleger bei den Grundbuchämtern. Ferner dient § 15 Abs. 3 GBO nicht nur der Reduzierung von Arbeitsaufwand beim Grundbuchamt, sondern auch der materiellen Richtigkeit der Grundbucheintragungen und der Publizitätswirkung des Grundbuchs im öffentlichen Interesse.¹⁸

4. Exkurs: Welcher Notar ist zuständig?

Mitunter stellt sich die Frage, welcher Notar die notarielle Vorprüfung vornehmen soll, wenn mehrere Notare mit der zur Eintragung erforderlichen Erklärung befasst sind.

Hierbei ist zunächst festzustellen, dass in vielen Fällen, in denen mehrere Notare mit einer beglaubigten Erklärung befasst sind, eine notarielle Vorprüfung nach § 15 Abs. 3 GBO nicht erforderlich ist. Dies gilt namentlich für die beglaubigte Vollmacht und die Genehmigungserklärung. Eine notarielle Vorprüfung nach § 15 Abs. 3 GBO ist insoweit entbehrlich.¹⁹

Ist eine notarielle Vorprüfung erforderlich, entscheidet grundsätzlich der Antrag der Beteiligten, welcher Notar die Vorprüfung vornehmen muss. Auch gebührenrechtliche Fragen können hier eine Rolle spielen. Hat etwa Notar 1 die Unterschrift unter dem Fremdentwurf der Löschungsbewilligung der Bank beglaubigt und beglaubigt nunmehr Notar 2 die Eigentümerzustimmung zur Löschung, wird in aller Regel jeder Notar für die jeweils von ihm beglaubigte Erklärung

12 BT-Drucks. 18/10607, S. 109 f. = BR-Drucks. 602/16 (B), S. 15; BNotK-RS 5/2017, S. 7; so auch *Attenberger*, MittBayNot 2017, 335, 341; *Diehn/Rachlitz*, DNotZ 2017, 487, 497; DNotI-Report 2017, 89, 93; DNotI-Report 2017, 132.

13 So bereits *Diehn/Rachlitz*, DNotZ 2017, 487, 497; DNotI-Report 2017, 89, 93; *Weber*, RNotZ 2017, 427, 434.

14 BGH, Urteil vom 18.1.1996, IX ZR 81/95, DNotZ 1997, 51, 52; *Diehn/Rachlitz*, DNotZ 2017, 487, 490.

15 Vgl. Rdnr. 7 und 8 der Entscheidung.

16 *Eickelberg/Böttcher*, FGPrax 2017, 145, 149; *Attenberger*, MittBayNot 2017, 335, 341; *Diehn/Rachlitz*, DNotZ 2017, 487, 492; DNotI-Report 2017, 89, 92; so zu § 378 FamFG auch BeckOK-FamFG/Otto, § 378 Rdnr. 75;.

17 So zu § 378 Abs. 3 FamFG *Krafka*, NZG 2017, 889, 891.

18 Vgl. Fn. 9.

19 Näher hierzu *Diehn/Rachlitz*, DNotZ 2017, 487, 495; *Weber*, RNotZ 2017, 427, 430; anders für die Verwalterzustimmung *Attenberger*, MittBayNot 2017, 335, 337.

zur Prüfung berufen sein. Würde der Notar 2 die Eintragungsfähigkeit der Löschungsbewilligung des Notars 1 prüfen, würde hierfür grundsätzlich eine weitere Gebühr i. H. v. 20 € anfallen (KV Nr. 22124 GNotKG), da die Beglaubigungsgebühr nur die Vorprüfung der jeweils beglaubigten Erklärung mit abdeckt (vgl. Anmerkung Abs. 2 zu KV Nr. 22124 GNotKG). Dies ist nicht im Sinne der Beteiligten.

Im Übrigen bieten sich folgende Faustregeln an, sofern die Beteiligten nichts Abweichendes bestimmen:²⁰

Wurde die zu prüfende Erklärung von *keinem* Notar entworfen, werden die Beteiligten in aller Regel den Beglaubigungsnotar mit der Prüfung beauftragt haben. Fraglich ist, ob etwas anderes gilt, wenn im Zeitpunkt der Beglaubigung eindeutig erkennbar ist, dass ein anderer Notar die beglaubigte Erklärung beim Grundbuchamt vollziehen wird. Auch in diesem Fall wird man die Anträge der Beteiligten unter Zweckmäßigkeitserwägungen so auszulegen haben, dass der Beglaubigungsnotar mit der Prüfung beauftragt wird. Die Beteiligten möchten bereits im Zeitpunkt der Unterschriftsbeglaubigung Klarheit über die Eintragungsfähigkeit der von ihnen beglaubigten Erklärung haben. Es ist nicht zweckmäßig, wenn der Vollzugsnotar zu einem späteren Zeitpunkt moniert, dass die bereits beglaubigte Erklärung nicht eintragungsfähig ist und im Nachhinein Korrekturen vorgenommen werden müssen.

Wurde die zu beglaubigende Erklärung demgegenüber von *einem* Notar entworfen, wird der Entwurfsnotar regelmäßig die notarielle Vorprüfung vornehmen müssen. Der Entwurfsnotar muss ohnehin die Eintragungsfähigkeit der von ihm entworfenen Erklärungen prüfen; eine Prüfung durch einen weiteren Notar wäre unzulässig. In aller Regel ist der Entwurfsnotar dabei zugleich entweder als Vollzugs- oder Beglaubigungsnotar in den Vorgang eingeschaltet.

Subsidiär wird man auf den Vollzugsnotar zurückgreifen müssen. Dies gilt etwa, wenn eine vor einem ausländischen Notar beglaubigte Erklärung dem Grundbuchamt zur Eintragung vorgelegt wird.

Es lässt sich daher festhalten: Bei einem notariellen Entwurf ist in der Regel der Entwurfsnotar zuständig, bei einer Beglaubigung einer Erklärung, die erkennbar von keinem Notar entworfen worden ist, der Beglaubigungsnotar.

5. Fazit

Mit seiner Entscheidung hat das OLG Schleswig juristisches Neuland betreten. Die Ausführungen des Gerichts zur Rechtsnatur und Systematik der notariellen Vorprüfung sind stringent und überzeugend und haben eine wichtige Signalwirkung für die Praxis in Notariaten und Grundbuchämtern.

²⁰ Vgl. auch BNotK-Rundschreiben 2017/5, S. 5 f.

7. Falsa demonstratio im Grundbuchverfahren

OLG München, Beschluss vom 5.7.2017, 34 Wx 104/17

BGB § 133

GBO §§ 20, 28, 29 Abs. 1

LEITSATZ:

Der Wortsinn einer Erklärung – hier der Bezugnahme auf das Grundbuch und Bezeichnung der Nummer der Einheit – ist nicht maßgeblich, wenn feststeht, dass die Vertragsparteien bei der Beschreibung eines Teileigentums eine andere Vorstellung haben, als die dazu in Bezug genommenen Urkunden erwarten lassen. Denn dann handelt es sich bei der Bezeichnung des Teileigentums um eine sog. versehentliche Falschbezeichnung (falsa demonstratio). Eine solche Falschbezeichnung ändert nach § 133 BGB nichts daran, dass – wie auch sonst – nicht das fehlerhaft Erklärte, sondern das wirklich Gewollte gilt. Die Wirksamkeit des schuldrechtlichen Vertrags wie auch der Auflassung bleibt davon unberührt. (Leitsatz der Schriftleitung)

SACHVERHALT:

1 I. A ist als Miteigentümer von acht Wohnungs- und Teileigentumseinheiten in einem Anwesen im Grundbuch eingetragen. Diese Einheiten, bezeichnet mit Nummern 2 bis 9, befinden sich alle in einem Ärztehaus. Die ursprünglich im Aufteilungsplan als Nr. 5 bezeichnete Einheit im 1. OG wurde mit Urkunde 1995 unterteilt in die Teileigentumseinheiten 5 und 9, die im 2. OG befindlichen Räume, die zunächst als Einheit 6 bezeichnet waren, erhielten nach Unterteilung die Bezeichnungen 6 und 8. Die entsprechende Eintragung im Grundbuch erfolgte 1996.

2 Im Überlassungsvertrag 2016 zwischen A und seinen beiden Söhnen (B und C) sind die vertragsgegenständlichen Einheiten wie folgt beschrieben (Ziffer I. Vorbemerkung, Vertragsobjekt):

„Im Grundbuch (...) Bl. X ist (A) Alleineigentümer eines 180/1000 Miteigentumsanteils an dem Grundstück (...) verbunden mit Sondereigentum an den Praxis- und Büroräumen im Aufteilungsplan bezeichnet mit Nr. 4.

Im Grundbuch (...) ist (A) Alleineigentümer eines 72/1000 Miteigentumsanteils an dem Grundstück (...) verbunden mit Sondereigentum an den Büro- und Laborräumen im Aufteilungsplan bezeichnet mit Nr. 5.

Im Grundbuch (...) ist (A) Alleineigentümer eines 72/1000 Miteigentumsanteils an dem Grundstück (...) verbunden mit Sondereigentum an den Büro- und Laborräumen im Aufteilungsplan bezeichnet mit Nr. 6.

(...)

In demselben Grundbuch (...) ist (A) Alleineigentümer eines 78/1000 Miteigentumsanteils am vorgenannten Grundstück, verbunden mit dem Sondereigentum an Räumen im Aufteilungsplan mit Nr. 8 bezeichnet.

Vertragsobjekt:

(A) möchte den 1. Stock des Anwesens seinem Sohn (C) schenken. Es handelt sich um die Wohnungen 4 und 5 seiner Meinung nach. (A) möchte den 2. Stock des Anwesens seinem Sohn (B) schenken. Es handelt sich um die Wohnungen 6 und 8 seiner Meinung.

Sollte dies nicht richtig sein, ist der Notar ermächtigt, die Vertragsobjekte näher nach Vorliegen der Pläne zu bezeichnen, falls es sich um die Wohnungen 7 und 9 handeln sollte.“

3 Nach Ziffer II. der Urkunde überließ A jeweils unentgeltlich einem Sohn, C, „die Wohnungen 4 und 5“ zum Alleineigentum, sowie „die Wohnungen 6 und 8“ seinem weiteren Sohn, B. Jeweils behielt sich A den Nießbrauch vor. In Ziffer IV. (Auflassung) erklärten sich die Vertragsteile einig über den Eigentumsübergang hinsichtlich des in Abschnitt II. bezeichneten Erwerbsvorganges.

4 Zum (Teil-)Vollzug legte der Notar dem Grundbuchamt diese Urkunde zusammen mit folgender von ihm gesiegelter und unterschriebener Feststellung vor:

„Zu der Urkunde (...) wird folgendes festgestellt bzw. berichtigt ich gemäß § 44a BeurkG:

Vertragsobjekt:

(A) möchte den 1. Stock des Anwesens seinem Sohn (C) schenken. Es handelt sich richtig um die Wohnungen 5 und 9.

Bezeichnung der Wohnung Nr. 9:

In demselben Grundbuch (...) Bl. Y ist (A) Alleineigentümer eines 78/1000 Miteigentumsanteils an dem (...) Grundstück, verbunden mit dem Sondereigentum an Räumen im Aufteilungsplan mit Nr. 9 bezeichnet.

Die Urkunden werden an allen einschlägigen Stellen diesbezüglich berichtigt und ergänzt.

Daher ist nicht die Einheit 4 Vertragsobjekt.“

5 Das Grundbuchamt hat den Antrag (...) zurückgewiesen. Für die vorgenommene Bezeichnung der Einheit 4 als richtigerweise Wohnung 9 habe der Notar keine Ermächtigung. Diese sei eng auszulegen und nicht umzudeuten. Im Übrigen könne von einem Schreibversehen nicht ausgegangen werden, da den Beteiligten die mögliche Divergenz bewusst war.

(...)

AUS DEN GRÜNDEN:

9 II. Die (...) statthafte unbeschränkte Beschwerde ist nach §§ 73, 15 Abs. 2 GBO vom Notar für A, B und C in zulässiger Weise eingelegt.

10 Sie hat auch Erfolg, da die Auflassung nach den Grundsätzen der *falsa demonstratio* klar den Einheiten zuzuordnen ist.

11 1. Beantragt hat der Notar in Ausübung der Vollzugsvollmacht unter Bezugnahme auf die Urkunde 2016 mit beigefügter Feststellung die Eintragung der Auflassung von Teileigentumseinheiten 5 und 9 an C und von Einheiten 6 und 8 an B.

12 2. Die entsprechenden Auflassungen, § 20 GBO, liegen in der grundbuchrechtlich notwendigen Eindeutigkeit (§ 28 GBO) vor.

13 a) In der Urkunde 2016 werden die an C aufgelassenen Teileigentumseinheiten mit den Nummern 4 und 5 benannt und damit beschrieben, dass sie im ersten Stock des Anwesens liegen. Zu Einheit 4 wird zudem ein Miteigentumsanteil von 180/1000 und das Grundbuchblatt X genannt.

14 b) Der Wortsinn einer Erklärung – hier der Bezugnahme auf das Grundbuch und Bezeichnung der Nummer der Einheit – ist nicht maßgeblich, wenn feststeht, dass die Vertragsparteien in der Erklärung bei der Beschreibung eines Teileigentums eine andere Vorstellung haben, als die dazu in Bezug genommenen Urkunden erwarten lassen. Denn dann handelt es sich bei der Bezeichnung des Teileigentums im Vertragstext um eine sog. *versehentliche Falschbezeichnung* (*falsa demonstratio*). Eine solche *Falschbezeichnung* ändert nach § 133 BGB nichts daran, dass – wie auch sonst – nicht das fehlerhaft

Erklärte, sondern das wirklich Gewollte gilt (BGH, NJW 2002, 1038; NJW-RR 2013, 789; Rpfleger 2017, 263). Die Wirksamkeit des schuldrechtlichen Vertrags wie auch der Auflassung bleibt davon unberührt (BGHZ 87,150, 153; Senat vom 28.4.2016, 34 Wx 378/15, juris; *Palandt/Bassenge*, 76. Aufl., § 925 Rdnr. 14).

15 c) Hier haben die Parteien in der Urkunde 2016 klar zum Ausdruck gebracht, dass die Bezeichnung der Einheiten mit Nummern 4, 5, 6 und 8 nicht sicher ist. Damit haben sie jedoch nicht – wie das Grundbuchamt meint – im Unklaren gelassen, ob diese Einheiten überhaupt Vertragsgegenstand sein sollen. Vielmehr war unzweideutig in der Urkunde zum Ausdruck gebracht, dass ein Sohn das erste Obergeschoss und der andere Sohn das zweite Obergeschoss des Anwesens komplett erhalten sollten. Die zugehörigen Einheiten lassen sich daher mit Hilfe der Bewilligung 1995 eindeutig zuordnen.

16 Somit ist die Auflassung an C hinsichtlich der Teileigentumseinheiten 5 und 9 erklärt worden, auf das sich der übereinstimmende Wille erstreckte. Dagegen liegt für die vom Wortlaut der Erklärungen erfasste Einheit 4 nur scheinbar eine Einigung vor, insoweit fehlt es aber in Wirklichkeit an einer Auflassung.

17 d) Nichts anderes gilt für die in der Urkunde zutreffend bezeichneten Einheiten, auch wenn die Einheiten ebenfalls nur als „nach Meinung“ der Vertragsparteien mit Nummern bezeichnet sind. Auch hier ergibt sich schon eindeutig aus der Urkunde zusammen mit der Teilungserklärung, dass diese im 2. Obergeschoss gelegenen Einheiten Vertragsgegenstand sind und ohne Vorbehalt aufgelassen werden sollten.

18 2. Die Form der Auflassung nach § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO ist eingehalten, auch wenn die Urkunde 2016 von der Auflassung der Einheiten 4 und 5 an C spricht.

19 a) Hinsichtlich der für das schuldrechtliche Kausalgeschäft geltenden Formvorschrift des § 311b BGB ist anerkannt, dass es grundsätzlich nicht darauf ankommt, ob der Wille der Parteien in der Vertragsurkunde einen ausreichenden Niederschlag gefunden hat. Vielmehr muss bei einer sog. *versehentlichen Falschbezeichnung* das von den Parteien Vereinbarte nicht einmal andeutungsweisen Niederschlag in der Urkunde gefunden haben (BGH, NJW-RR 2013, 789).

20 Es kann dahingestellt bleiben, ob dies so auch im Grundbuchverfahren gilt, in dem eine Beweisaufnahme nicht stattfindet, sondern der Nachweis der materiellrechtlich formfreien Auflassung in der Form des § 29 Abs. 1 GBO von den Beteiligten zu führen ist. Es ist zumindest ausreichend, wenn sich der Wille der Vertragsparteien aus der Urkunde – ggf. nach Auslegung gemäß den grundbuchverfahrensrechtlichen Grundsätzen – eindeutig ergibt.

21 b) Der tatsächliche Wille der Urkundsbeteiligten ergibt sich hier schon unzweifelhaft aus der notariellen Urkunde und der im Grundbuch in Bezug genommenen Teilungserklärung (vgl. oben 1. c). Zudem haben die Beteiligten den Notar ermächtigt, in ihrem Namen die Bezeichnung des Vertragsgegenstandes klarzustellen. Dies hat er auch getan. Es kann daher dahinstehen, ob die Feststellung des Notars von § 44a BeurkG ge-

deckt ist; jedenfalls hält sich die im Namen der Beteiligten abgegebene notarielle Erklärung im Rahmen der Ermächtigung. Dass die Ermächtigung so zu verstehen sein sollte, dass sie nur bei einer unrichtigen Bezeichnung beider Einheiten (7 und 9 statt 6 und 8) greifen sollte, erscheint abwegig, nachdem die Beteiligten klar definiert hatten, dass die Einheiten im 1. und 2. Obergeschoss jeweils Vertragsgegenstand sein sollten.

(...)

8. Eintragungsfähigkeit eines bedingt bestellten Nießbrauchs

OLG München, Beschluss vom 9.12.2016, 34 Wx 417/16; mitgeteilt von **Edith Paintner**, Richterin am OLG München

BGB § 104 Nr. 2, §§ 158, 1030

LEITSATZ:

Zur (bejahen) Eintragungsfähigkeit eines Nießbrauchs, der erst und nur entsteht, wenn die Bestellerin zu Lebzeiten des Berechtigten geschäftsunfähig werden sollte und wenn bei Eintritt der Geschäftsunfähigkeit der Bestellerin die Lebensgemeinschaft zwischen dieser und dem Berechtigten besteht.

SACHVERHALT:

1 I. A ist im Grundbuch als Eigentümerin eines mit einem Wohngebäude bebauten Grundstücks eingetragen. Zu notarieller Urkunde 2016 räumte sie ihrem Lebensgefährten B das unentgeltliche Nießbrauchsrecht an dem Grundbesitz ein, welches erst und nur entsteht,

„1. wenn (A) zu Lebzeiten des (B) geschäftsunfähig werden sollte oder

2. (A) aus der Wohnung (...) ausziehen sollte, oder

3. wenn und sobald (A) verstorben ist

und wenn im Zeitpunkt des Todes oder bei Eintritt der Geschäftsunfähigkeit oder unmittelbar vor dem Auszug von (A) die Lebensgemeinschaft zwischen den Beteiligten besteht.

(...)

Um Zweifel auszuschließen, gilt die Lebensgemeinschaft als beendet, wenn einer der Partner dies feststellt.“

2 Die Eintragung des aufschiebend (und auflösend) bedingten Nießbrauchsrechts wurde bewilligt und beantragt mit der Maßgabe, dass zur Löschung der Nachweis des Todes des Berechtigten genügen soll.

3 Der Notar hat ferner noch folgende Feststellung getroffen:

„In Bezug auf die Bestimmtheit wird zum Inhalt von Ziffer II. festgestellt:

– Die Geschäftsunfähigkeit ist legal definiert in § 104 BGB,

– als Auszug gilt, wenn und sobald (A) ihren Hauptwohnsitz i. S. des Meldegesetzes nicht mehr in (...) hat.“

4 Das Grundbuchamt hat mit Zwischenverfügung beanstandet, dass die erste Bedingung zur Entstehung des Nießbrauchs (Geschäftsunfähigkeit) nicht dem Bestimmtheitsgrundsatz des Grundbuchs entspreche. Die Geschäftsunfähigkeit sei zwar per se definiert, jedoch nicht deren Eintritt. Somit sei der Zeitpunkt des Entstehens des Rechts nicht eindeutig feststellbar. (Danach) hat es den Eintragungsantrag kostenpflichtig zurückgewiesen. Bedingungseintritt sei

nicht etwa die Feststellung der Geschäftsunfähigkeit, sondern die Geschäftsunfähigkeit selbst, damit sei der Entstehungszeitpunkt für das Recht möglicherweise nie nachvollziehbar.

(...)

AUS DEN GRÜNDEN:

6 II. Das (...) zulässige Rechtsmittel gegen die abgelehnte Eintragung hat Erfolg. Aus den vom Grundbuchamt angeführten Gründen kann die Eintragung des Nießbrauchs nicht zurückgewiesen werden.

7 1. Ein Nießbrauch (§ 1030 BGB) kann als dingliches Grundstücksrecht aufschiebend und/oder, wenn er nicht auf Lebenszeit des Berechtigten bestellt wird (vgl. § 1061 BGB), auflösend bedingt (§ 158 Abs. 1 bzw. Abs. 2 BGB) bestellt werden. Für die Art der Bedingung(en) bestehen wegen des grundbuchrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes regelmäßig keine Beschränkungen.

8 Freilich ist das Recht in seinem Entstehens- wie in seinem Erlöschenstatbestand so genau zu bezeichnen, dass seine Existenz – im Streitfall ggf. durch das Prozessgericht – eindeutig feststellbar ist. Das Recht muss aufgrund objektiver Umstände bestimmbar und für einen Dritten erkennbar und verständlich sein. Dabei können die objektiven Umstände jedoch außerhalb des Grundbuchs liegen, sofern sie nachprüfbar und wenigstens in der Eintragungsbewilligung angedeutet sind (BayObLGZ 1989, 442, 446 f.; BayObLG, Rpfleger 1985, 488). Unsicherheiten im Einzelfall stehen dem Bestimmtheitserfordernis nicht entgegen. Das Ereignis, welches die Bedingung auslöst, muss nämlich nicht sogleich und ohne Weiteres feststellbar sein, ohne dass es über seinen Eintritt Meinungsverschiedenheiten oder gar Streit geben könnte (vgl. BayObLGZ 1997, 246, 247).

9 2. Die Bestimmtheit ist meist dann sichergestellt, wenn der verwendete Begriff oder die verwendete Umschreibung durch Gesetz oder Rechtsprechung näher ausgefüllt ist und dadurch einen objektiv bestimmbaren Bedeutungsinhalt gewonnen hat (vgl. z. B. BGHZ 151, 116, 123 f.; OLG München, Beschluss vom 10.4.2007, 32 Wx 058/07, MittBayNot 2008, 50 m. Anm. *Wartenburger*; Senat vom 12.3.2009, 34 Wx 9/09, MittBayNot 2009, 464 m. Anm. *Wartenburger*; *Böhringer*, Rpfleger 2011, 133, 135; verneint z. B. für Sympathisanteneigenschaft: LG Düsseldorf, Rpfleger 2006, 648; für negative Veränderung des „bisherigen Lebensstandards“: OLG Düsseldorf, ZfIR 2008, 764 m. Anm. *Heinze*).

10 Nach einer Entscheidung des Senats vom 17.12.2013 (34 Wx 270/13, FGPrax 2014, 52) steht der Sicherung eines Rückübertragungsanspruchs für den Fall der Geschäftsunfähigkeit durch Vormerkung der grundbuchrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz nicht entgegen. Ausreichend sei vielmehr, dass sich das Ereignis, mit dessen Eintritt der bedingte Anspruch wirksam werden soll, aufgrund objektiver Umstände bestimmen lasse; diese könnten auch außerhalb des Grundbuchs liegen, sofern sie nachprüfbar und wenigstens in der Eintragungsbewilligung angedeutet seien (vgl. BGHZ 151, 116; Rückauffassungsvormerkung im Fall groben Undanks).

11 a) Der BGH wendet den grundbuchrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz auch für vormerkungsgesicherte Ansprüche an

(BGHZ 151, 116, 123; *Schippers*, DNotZ 2002, 779, 780 f.). Die dafür entwickelten Kriterien sind demnach auch auf das gegenständliche dingliche Recht anwendbar, soweit es um ein Ereignis geht, das – wie hier – zur Bedingung für das Entstehen des Rechts gemacht wird (vgl. *Demharter*, GBO, 30. Aufl., Anhang § 13 Rdnr. 6). Demnach genügt es, dass der für den Bedingungseintritt (u. a.) maßgebliche Begriff der Geschäftsunfähigkeit über einen objektiv bestimmbareren Bedeutungsinhalt verfügt. Dieser ist gesetzlich in § 104 BGB fixiert (Senat vom 17.12.2013). Dass die Parteien mit dem verwendeten Begriff andere Kriterien gemeint oder gewollt hätten, ist nicht ersichtlich.

12 b) Nach § 104 Nr. 2 BGB ist geschäftsunfähig, wer sich in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit befindet, sofern nicht der Zustand seiner Natur nach ein vorübergehender ist. Kriterien zur Störung der Geistestätigkeit sind durch die Rechtsprechung noch weitergehend präzisiert worden (vgl. *Palandt/Ellenberger*, 76. Aufl., § 104 Rdnr. 3 ff.). Damit ist aber eine ausreichende Bestimmbarkeit des Zustands der Geschäftsunfähigkeit gegeben und hinreichend klar, unter welchen Umständen das Nießbrauchsrecht entstehen kann.

13 Die Tatsache, dass ein Nachweis in der Form des § 29 GBO nicht durch Vorlage eines Attests oder ärztlichen Gutachtens möglich ist (vgl. OLG Schleswig, FGPrax 2010, 125), steht nicht entgegen. Sollten im Einzelfall Unsicherheiten verbleiben, so können (und müssen) diese Zweifel durch eine richterliche Entscheidung ausgeräumt werden. Die Möglichkeit, den Bedingungseintritt nach objektiven Kriterien festzustellen (Senat vom 17.12.2013, m. w. N.), ist dadurch nicht infrage gestellt. Ähnlich haben bereits andere Obergerichte die Frage, in welcher Weise sich das Erlöschen und damit die Löschungsvoraussetzungen eines eingetragenen (bedingten) Rechts nachweisen lassen, als für dessen Bestimmtheit unerheblich angesehen (BayObLG, NJW-RR 1998, 85; OLG Frankfurt, OLGZ 1993, 385, 386).

14 c) Dabei verkennt der Senat nicht, dass der (genaue) Entstehungszeitpunkt des Rechts im Tatsächlichen – sieht man einmal von einem ebenso nicht ausschließbaren genau bestimmbareren Ereignis ab, das zur Geschäftsunfähigkeit führt, zum Beispiel einem Unfall – schwierig zu bestimmen sein dürfte und auch eine gänzlich fehlende Nachweisbarkeit nicht ausgeschlossen erscheint. Nichtsdestoweniger ist der Entstehenstatbestand als solcher aber bestimmt (vgl. oben zu a) und b) und die gewählte Bedingung anders als bei solchen mit einem unbestimmten Bedeutungsinhalt (wie etwa BayObLG, Rpfleger 1985, 488: Auflösung von Verträgen aus einem Grund, der der „Sphäre“ eines der Vertragspartner zuzurechnen ist; Senat vom 10.3.2011, 34 Wx 55/11, NJW-RR 2011, 1461: Ausschluss von Gewerbe im Sondereigentum, es sei denn es handelt sich um „stille Gewerbe mit nur geringer Umfeldbeeinträchtigung“; Senat vom 7.5.2013, 34 Wx 115/13, juris: Vormerkung zur Sicherung von Dienstbarkeiten, „soweit diese zur dauerhaften Erschließung des Grundstücks notwendig oder zweckdienlich sein sollten“) in objektiver Hinsicht nicht unsicher.

15 3. (Ausreichende) Bestimmtheit ist auch gegeben, soweit die Entstehung des Rechts im Fall der Geschäftsunfähigkeit

an die weitere Bedingung geknüpft ist, dass bei deren Eintritt „die Lebensgemeinschaft“ zwischen den Beteiligten besteht. Diese Frage stellt sich aus der Sicht des Senats unabhängig von dem von den Vertragsparteien beweisrechtlich geregelten Fall ihrer Beendigung, nämlich „wenn einer der Partner dies feststellt“. Denn ihr Bestand selbst ist jedenfalls urkundlich nicht schon belegt, wenn die bezeichnete „Feststellung“ fehlt.

16 a) Insoweit stellen die Vertragsparteien zunächst für das Bestehen der Lebensgemeinschaft nicht auf den – weil noch andauernd – nachträglich meist noch feststellbaren Zustand, sondern auf den Zeitpunkt des „Eintritts“ der Geschäftsunfähigkeit ab, der sich allerdings aus einer ex-post-Betrachtung nicht in allen Fällen – etwa bei schleichend fortschreitender Demenzerkrankung (*Palandt/Ellenberger*, § 104 Rdnr. 5) – noch fixieren, geschweige denn in der Form des § 29 Abs. 1 GBO nachweisen lassen dürfte. Dies allein ist aber kein Grund, von Unbestimmtheit auszugehen.

17 b) Auch die Lebensgemeinschaft als Form nichtehelichen Zusammenlebens ist hinreichend bestimmbar.

18 Ausgehend von der Rechtsprechung des BVerfG zur „eheähnlichen Gemeinschaft“ als einer typischen Erscheinung des sozialen Lebens hebt sie sich hinreichend deutlich von anderen Gemeinschaften ab. Verstanden wird sie als eine Lebensgemeinschaft zwischen Mann und Frau, die auf Dauer angelegt ist, daneben keine andere Lebensgemeinschaft gleicher Art zulässt und sich durch innere Bindungen auszeichnet, die ein gegenseitiges Entstehen der Partner füreinander begründen, also über die Beziehungen einer reinen Haushalts- und Wirtschaftsgemeinschaft hinausgehen (BVerfG, NJW 1993, 643, 645; *Palandt/Brudermüller*, Vor § 1297 Rdnr. 10). Aktuelle Kommentatoren bezeichnen sie mittlerweile als Bestandteil des Familienrechts (*Grziwotz*, FamRZ 2014, 257). Im Rechtssinne ist sie mehr als die bloße Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft und lässt sich als sog. Verantwortungs- und Einstehensgemeinschaft charakterisieren, bei der nicht die persönlichen Bedürfnisse im Vordergrund stehen, sondern primär der gemeinsame Lebensbedarf (vgl. MünchKomm-BGB/*Wellenhofer*, 6. Aufl., Nach § 1302 Rdnr. 3 m. w. N.). Deren Existenz ist aufgrund von Indizien zu ermitteln, wie Bestand einer häuslichen Gemeinschaft und deren Anlegung auf Dauer, gemeinsames Wirtschaften, gemeinsame Lebensführung, geschlechtliche Beziehungen, Verfügungsmacht über Konten u. s. w. (MünchKomm-BGB/*Wellenhofer*, a. a. O.). Abgrenzungsprobleme verbleiben indessen (BGH, NJW 1993, 999, 1001; MünchKomm-BGB/*Wellenhofer*, a. a. O.).

19 Dem Vertrag ist zu entnehmen, dass die Parteien jedenfalls das gemeinsame Wohnen allein nicht als hinreichenden Umstand für eine bestehende Lebensgemeinschaft erachten. Denn dies widerspräche der Regelung im weiteren Fall eines Bedingungseintritts, der die Lebensgemeinschaft unmittelbar vor dem Auszug noch voraussetzt. Welche sonstigen Merkmale über das gemeinsame Wohnen hinaus indessen die Lebensgemeinschaft der Parteien (positiv) begründen, ist zwar nicht festgelegt. Allerdings sind auch hier die Kriterien für das Bestehen einer derartigen Gemeinschaft durch die höchstrichterliche Rechtsprechung näher ausgefüllt, sodass ihm ein objektiv bestimmbarer Bedeutungsinhalt zukommt (vgl. BGHZ 151, 116, 124). Dass die Nachweisprobleme namentlich in

grundbuchrechtlicher Form (§ 29 GBO) bei der gewählten Vertragsgestaltung erheblich sein dürften, spielt für die Bestimmtheit des Rechts regelmäßig keine Rolle.

20 c) Soweit das OLG Zweibrücken (Rpflerger 2013, 505) die hinreichende Bestimmtheit der Anspruchsentstehung für den Fall der Beendigung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft dann angenommen hat, wenn dies nach dem Vertrag unwiderleglich bei Meldung unter verschiedenen Hauptwohnungen vermutet wird, mag dies der erleichterten Nachweisführung zuträglich sein. Der Annahme, auch ohne eine derartige vertraglich bestimmte Vermutung sei der Entstehenstatbestand hinreichend bestimmt, steht dies aber nicht entgegen.

(...)

ANMERKUNG:

Von Rechtsanwalt **Tobias Leidner**, Deutsches Notarinstitut, Würzburg

Der Beschluss des OLG München verdient Zustimmung. Das Gericht setzt sich damit auseinander, wann ein bedingt bestelltes Nießbrauchsrecht eintragungsfähig ist. Zentral ist dabei die Frage nach dem grundbuchrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz im Falle eines bedingten dinglichen Rechts. Das Judikat bewegt sich auf der bisherigen Linie des OLG und führt frühere Entscheidungen des BayObLG fort.¹ Inhaltlich legt es einen gut praktikablen Maßstab an.

Gegenstand war ein doppelt aufschiebend bedingtes Nießbrauchsrecht, für dessen Entstehen unter Nr. 1 alternativ die Geschäftsunfähigkeit, der Wegzug der Eigentümerin aus ihrem Wohngebäude oder ihr Tod und unter Nr. 2 das Bestehen der Lebensgemeinschaft zwischen den Beteiligten im Todeszeitpunkt, bei Eintritt der Geschäftsunfähigkeit oder unmittelbar vor dem Auszug der Eigentümerin vereinbart war.

1. Geschäftsunfähigkeit nach § 104 BGB

Die Zulässigkeit der Geschäftsunfähigkeit als Bedingungsinhalt ergibt sich aus deren objektiver Bestimmbarkeit nach § 104 Nr. 2 BGB, dessen Tatbestandsvoraussetzungen durch die Rechtsprechung noch weitere Konkretisierungen erfahren haben.² Der Eintritt der Bedingung ist damit nach objektiven Kriterien feststellbar, wenn sich die Bestellerin nicht in einem nur vorübergehenden, die freie Willensbildung ausschließenden Zustand befindet. Schon die Legaldefinition liefert also abstrakt bestimmbare Kategorien. Wird sich im Nachhinein der Eintritt dieser Tatbestandsmerkmale nicht beweisen lassen, mag darüber Streit entstehen; an der abstrakten Bestimmbarkeit ändert dies nichts.³

1 BayObLG, Beschluss vom 7.8.1997, 2 Z BR 61/97, DNotZ 1998, 299, 300; OLG München, Beschluss vom 10.4.2007, 32 Wx 58/07, MittBayNot 2008, 50 m. Anm. *Wartenburger*; OLG München, Beschluss vom 12.3.2009, 34 Wx 9/09, MittBayNot 2009, 464 m. Anm. *Wartenburger*.

2 BGH, Urteil vom 19.6.1970, IV ZR 83/69, NJW 1970, 1680, 1681; BGH, Urteil vom 5.12.1995, XI ZR 70/95, NJW 1996, 918, 919.

3 BayObLG, Beschluss vom 7.8.1997, 2 Z BR 61/97, DNotZ 1998, 299, 300.

Diese klare Trennung von Rechts- und Tatsachenebene ist notwendig, weil das Problem des Nachweises von Tatsachen nicht den Bestimmtheitsgrundsatz berührt. Dieser ist allein eine Frage der Rechtsebene.

Dies gilt gleichermaßen für die Bestimmung des Zeitpunktes der Geschäftsunfähigkeit. Abstrakt lässt sich die logische Sekunde des Wechsels von Geschäftsfähigkeit zu Geschäftsunfähigkeit bestimmen; der diesbezügliche Nachweis kann dagegen unmöglich sein. Ob der Nachweis hinsichtlich des Eintritts der Bedingungen in der Form des § 29 GBO geführt werden kann, ist letztlich nicht für die Eintragung, sondern allenfalls für die Löschung relevant.⁴

2. Bestehen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft

Ob das Merkmal des Bestehens der nichtehelichen Lebensgemeinschaft als ausreichend bestimmt angesehen werden kann, erscheint dagegen weniger eindeutig. Für unbestimmte Rechtsbegriffe wie die „drohende Zwangsvollstreckung“⁵ und die „wesentliche Verschlechterung der Vermögensverhältnisse“⁶ hatte das OLG München die hinreichende Bestimmtheit in der Vergangenheit bereits angenommen. Beide Begriffe finden sich aber im Gesetz.⁷ Anders ist dies bei der nichtehelichen Lebensgemeinschaft. Allein der Begriff der eheähnlichen Gemeinschaft war bis ins Jahr 2006 im Sozialrecht geregelt.⁸

Dass jedoch für die Bestimmtheit eine unmittelbare gesetzliche Grundlage nicht zwingend ist, nahm das BayObLG schon 1998 an. Damals hatte es sogar die auflösende Bedingung eines Wohnungsrechts als zulässig erachtet, die darauf lautete, dass „der Berechtigte das Anwesen nicht nur vorübergehend verlässt“.⁹ Das dauerhafte Verlassen sei nämlich der Aufhebung des Wohnsitzes nach § 7 Abs. 3 BGB gleichzustellen und somit objektiv bestimmbar.

Nicht als bestimmbare Bedingungsinhalte wurden dagegen etwa die Vertragsauflösung aufgrund eines der Sphäre der Vertragspartner zuzurechnenden Umstands,¹⁰ das Vorliegen eines stillen Gewerbes mit nur geringer Umfeldbeeinträchtigung¹¹ oder die Eintragung von Dienstbarkeiten, so-

4 OLG Frankfurt, Beschluss vom 19.2.1993, 20 W 438/92, Rpflerger 1993, 331; *Demharter*, GBO, 30. Aufl. 2016, Anh. zu § 13 Rdnr. 6; gegen eine Nachweismöglichkeit durch Vorlage eines Attestes oder ärztlichen Gutachtens etwa OLG Schleswig, Beschluss vom 21.12.2009, 2 W 178/09, FGPrax 2010, 125, 126.

5 OLG München, Beschluss vom 12.3.2009, 34 Wx 9/09, MittBayNot 2009, 464 m. Anm. *Wartenburger*.

6 OLG München, Beschluss vom 10.4.2007, 32 Wx 58/07, MittBayNot 2008, 50 m. Anm. *Wartenburger*.

7 Z. B. § 288 StGB: drohende Zwangsvollstreckung; § 490 BGB: wesentliche Verschlechterung der Vermögensverhältnisse.

8 So im früheren § 137 Abs. 2a AFG oder § 122 BSHG.

9 BayObLG, Beschluss vom 7.8.1997, 2 Z BR 61/97, DNotZ 1998, 299, 300.

10 BayObLG, Beschluss vom 25.7.1985, BReg. 2 Z 128/84, Rpflerger 1985, 488.

11 OLG München, Beschluss vom 10.3.2011, 34 Wx 55/11, NJW-RR 2011, 1461.

weit diese zur dauerhaften Erschließung notwendig oder zweckdienlich sind,¹² angesehen. Zu vermeiden sind also einerseits Bedingungen, die einen vollkommen freien Wertungsspielraum eröffnen, und andererseits solche, die den Umfang der bei Bedingungseintritt entstehenden Rechte nicht hinreichend erkennen lassen.

Mit dem Bestehen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft als Bedingung Nr. 2 wird durch die Parteien aber auf eine durch die Rechtsprechung geprägte Rechtsfigur zurückgegriffen. Das OLG München wendet dabei die durch das BVerfG für die eheähnliche Gemeinschaft formulierte Definition zu § 137 Abs. 2a AFG a. F. an.¹³ Entscheidend kommt es nach dem BVerfG auf die Exklusivität der Verbindung und die gegenseitige Verantwortung an, die sich aus Indizien wie Dauer der Verbindung, gegenseitige Versorgung und Verfügungsbefugnis über das Einkommen des Partners ermitteln lässt.¹⁴ Das OLG München führt noch weitere Indizien wie den Bestand einer häuslichen Gemeinschaft und deren Anlegung auf Dauer, gemeinsames Wirtschaften, gemeinsame Lebensführung und geschlechtliche Beziehungen an.¹⁵ Auch wenn die Definition von einer Gemeinschaft zwischen Mann und Frau spricht, wird man schon vor dem Hintergrund von Art. 3 Abs. 1 GG gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften ebenfalls hierunter zu fassen haben.¹⁶

Obschon die Übernahme dieser Indizien und der sozialrechtlichen Definition des BVerfG in andere Rechtsbereiche von Teilen der Literatur kritisch gesehen wird,¹⁷ geben die über die Jahre durch die Rechtsprechung vorgenommenen Konkretisierungen subsumtionsfähige Tatbestandselemente vor. Ebenso wie ein durch die Rechtsprechung präzisierter, gesetzlicher unbestimmter Rechtsbegriff ist die nichteheliche Lebensgemeinschaft damit nicht von vollkommen frei wählbaren Abwägungskriterien, sondern von bestimmbareren Tatbestandselementen geprägt. Daher ist das Bestehen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft auch objektiv bestimmbar und die fehlende gesetzliche Fixierung unschädlich.

3. Fazit

Die Entscheidung des OLG München zeichnet sich einerseits dadurch aus, dass die Frage der Bestimmtheit der Bedingung von derjenigen der diesbezüglichen Nachweisbarkeit klar unterschieden wird. Sie fügt sich damit konse-

quent in die bisherige Rechtsprechung zum Bestimmtheitsgrundsatz ein.

Andererseits gibt das Judikat für den Kautelarjuristen die Sicherheit, dass er anerkannte gesetzliche Begriffe und auch durch die Rechtsprechung geprägte Rechtsfiguren wie die nichteheliche Lebensgemeinschaft zum Inhalt einer Bedingung machen darf. Für die Frage der Bestimmtheit einer Bedingung wird damit zum Gradmesser, inwieweit deren Inhalt nicht einer freien Abwägung, sondern bestimmbareren Tatbestandselementen unterliegt, die bestenfalls noch durch die Rechtsprechung konturiert worden sind.

9. Vormerkung zur Sicherung eines Dienstbarkeitsbestellungsanspruchs eines Versprechensempfängers

OLG München, Beschluss vom 7.12.2016, 34 Wx 423/16; mitgeteilt von **Edith Paintner**, Richterin am OLG München

BGB §§ 328, 335, 883 Abs. 1, § 885 Abs. 2, § 1090 Abs. 1

LEITSÄTZE:

1. **Der gegen den Grundstückseigentümer gerichtete Anspruch des Versprechensempfängers aus einem (echten oder unechten) Vertrag zugunsten Dritter, dem vom Versprechensempfänger zu benennenden Dritten eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit bestimmten Inhalts zu bestellen, kann durch Vormerkung gesichert werden (Bestätigung der Senateentscheidungen vom 6.4.2016, 34 Wx 399/15, und vom 18.4.2012, 34 Wx 35/12), MittBayNot 2012, 466.**
2. **Zur Auslegung einer Bewilligung, die den zu sichernden Bestellungsanspruch des Versprechensempfängers als „Benennungsrecht“ bezeichnet.**

SACHVERHALT:

1 I. Der A e. V. bestellte zu notarieller Urkunde vom 25.7.2016 auf seinen Grundstücken zugunsten der B-GbR beschränkte persönliche Dienstbarkeiten mit dem Recht zu Errichtung, Unterhaltung und Betrieb einer Stromkabeltrasse sowie einer Übergabestation einschließlich aller Nebeneinrichtungen (Ziffer 1). Die Ausübung der Dienstbarkeiten darf auch Dritten überlassen werden.

2 Gemäß Ziffer 2 („Vormerkung für künftige Dienstbarkeitsberechtigte (Rechtsnachfolger)“) ist außerdem der Dienstbarkeitsberechtigten das Recht eingeräumt, dem Grundstückseigentümer einen künftigen anderen Betreiber der Anlagen zu benennen. Weiter ist – wörtlich – bestimmt:

„Der Grundeigentümer verpflichtet sich dem Nutzungsberechtigten gegenüber als Versprechensempfänger gemäß § 335 BGB, beschränkten persönlichen Dienstbarkeit wie Ziffer 1 Zug um Zug gegen Löschung der in Ziffer 1 begründeten Dienstbarkeit zu bestellen zugunsten beliebiger vom Nutzungsberechtigten benannter Dritter – auch zugunsten mehrerer aufeinanderfolgender Dritter –, und zwar für den Fall, dass solche Dritte in den geschlossenen Nutzungsvertrag eintreten und diese Dritte die Rechte und Pflichten des Nutzungsberechtigten aus diesem Nutzungsvertrag übernehmen.

Dieser Anspruch ist übertragbar. (...)

12 OLG München, Beschluss vom 7.5.2013, 34 Wx 115/13, NJOZ 2013, 1535, 1536.

13 BVerfG, Urteil vom 17.11.1992, 1 BvL 8/87, NJW 1993, 643, 645.

14 BVerfG, Urteil vom 17.11.1992, 1 BvL 8/87, NJW 1993, 643, 646.

15 Basierend auf MünchKomm-BGB/Wellenhofer, 7. Aufl. 2017, Nach § 1302 Rdnr. 4.

16 So auch *Burger*, FamRB 2017, 102; zum Begriff der faktischen Lebensgemeinschaft *Grziwotz*, Nichteheliche Lebensgemeinschaft, 5. Aufl. 2014, § 3 Rdnr. 39.

17 Kritisch mit Blick auf das Element der Einstehens- und Verantwortungsgemeinschaft *Staudinger/Löhnig*, Neub. 2015, Anh. zu § 1297 Rdnr. 14; *Grziwotz*, Nichteheliche Lebensgemeinschaft, § 3 Rdnr. 38 hält die Definition dagegen ob der Fixierung auf die Ehe für zu reduktionistisch.

Das Benennungsrecht eines künftigen Dienstbarkeitsberechtigten soll durch Vormerkung gemäß § 883 BGB zugunsten des Benennungsberechtigten im Grundbuch abgesichert werden.“

3 Unter Ziffer 3 bewilligte und beantragte der A e. V. die Eintragung beschränkter persönlicher Dienstbarkeiten gemäß Ziffer 1 sowie die Eintragung einer Vormerkung gemäß Ziffer 2 zugunsten der B-GbR auf Benennung eines Dienstbarkeitsberechtigten.

4 Auf Bedenken des Grundbuchamts erläuterte der Notar seinen gestellten Eintragungsantrag (...). Der Anspruch des Versprechensempfängers gegenüber dem Grundstückseigentümer, gerichtet auf die Einräumung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit, könne durch Vormerkung gesichert werden. Art und Gegenstand der Rechtsänderung, die der Gläubiger als Versprechensempfänger vom Grundstückseigentümer als Schuldner verlangen könne, würden sich aus der Verweisung „in“ (gemeint: auf) Ziffer 2 der Bestellungsurkunde ergeben. Als Formulierungshilfe für den Eintragungsvermerk schlug der Notar vor:

„Vormerkung für (B-GbR) zur Sicherung des übertragbaren Anspruches auf Eintragung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit zugunsten noch zu benennender Dritter“.

Durch Vormerkung zu sichern sei jedenfalls nicht „die Dienstbarkeit, sondern der Anspruch des Versprechensempfängers, einen Dienstbarkeitsberechtigten benennen zu können, für den eine Dienstbarkeit einzutragen ist“.

5 Mit Beschluss (...) hat das Grundbuchamt den auf die Eintragung der Vormerkung gerichteten Antrag zurückgewiesen. Die Vormerkung könne wegen des Bestimmtheitsgrundsatzes nicht zur Sicherung des Anspruchs auf Benennung eines – noch unbekanntenen – Dienstbarkeitsberechtigten, sondern nur zur Sicherung des Anspruchs der B-GbR auf Eintragung eines (weiteren) Kabeltrassen- und Übergabestationsrechts eingetragen werden. Die rechtlich mögliche Eintragung solle aber nach dem ausdrücklichen Antrag nicht so erfolgen.

6 Gegen den Zurückweisungsbeschluss wendet sich der Notar mit der Beschwerde. Die Vormerkung sei mit dem bewilligten Inhalt eintragungsfähig; ein Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz liege nicht vor. Zwar sei der Anspruch des Versprechensempfängers auf Leistung an einen noch zu bestimmenden Dritten gerichtet; als Anspruch auf Einräumung des Grundstücksrechts an einen Dritten sei er aber nach ständiger Rechtsprechung vormerkungsfähig. Das in der Bewilligung hervorgehobene Benennungsrecht des Versprechensempfängers stehe der Eintragungsfähigkeit der Vormerkung für den durch Verweis auf Ziffer 2 der Urkunde gekennzeichneten Anspruch nicht entgegen.

(...)

AUS DEN GRÜNDEN:

8 II. Die (...) eingelegte Beschwerde (§ 15 Abs. 2, § 73 GBO) hat in der Sache Erfolg. Die Bewilligung und der mit ihr übereinstimmende Eintragungsantrag erweisen sich als auslegungsfähig. Die sprachliche Fassung des Eintragungsvermerks selbst obliegt dem Grundbuchamt.

9 1. Eine Vormerkung kann gemäß § 883 Abs. 1 BGB (nur) zur Sicherung eines Anspruchs eingetragen werden, der auf die Einräumung eines Rechts an einem Grundstück gerichtet ist.

10 a) Das in der Bewilligung ausdrücklich bezeichnete Benennungsrecht der B-GbR als solches ist nach dieser gesetzlichen Vorgabe – wie das Grundbuchamt zutreffend erkannt hat – nicht vormerkungsfähig. Vormerkungsfähig und auch hinreichend bestimmt ist aber der gegen den A e. V. gerichtete schuldrechtliche Anspruch der B-GbR als Versprechensempfängerin (§ 335 BGB), gerichtet auf die zugunsten Dritter vorzunehmende Einräumung von beschränkten persönlichen

Dienstbarkeiten (§ 1090 Abs. 1 BGB) an den Grundstücken des A e. V. mit dem je in Ziffer 1 beschriebenen Inhalt.

11 Der Grundstückseigentümer kann sich schuldrechtlich gegenüber seinem Vertragspartner in der Form eines (echten oder unechten) Vertrags zugunsten Dritter (§§ 328, 335 BGB) verpflichten, dem vom Versprechensempfänger zu benennenden Dritten – auch mehreren nacheinander – eine jeweils inhaltsgleiche beschränkte persönliche Dienstbarkeit nach § 1090 Abs. 1 BGB zu bestellen (Senat vom 6.4.2016, 34 Wx 399/15, RNotZ 2016, 388 m. w. N.; vom 18.4.2012, 34 Wx 35/12, MittBayNot 2012, 466). Dies ist laut Ziffer 2 der Urkunde erfolgt. Der aus der Vereinbarung zugunsten Dritter fließende Anspruch berechtigt die B-GbR, von dem A e. V. die Bestellung von Dienstbarkeiten am Grundbesitz mit den je in Ziffer 1 definierten Nutzungsberechtigungen zugunsten des unter Ausübung des Bestimmungsrechts benannten Dritten zu verlangen.

12 Der obligatorische Beststellungsanspruch des Versprechensempfängers (§ 335 BGB) kann durch Vormerkung (§ 883 Abs. 1 BGB) gesichert werden (BGHZ 28, 99, 103; BGH, NJW 1983, 1543, 1544; 2009, 356, 357). Dass Person und Zahl der begünstigten Dritten nicht bekannt sind, berührt das grundbuchrechtliche Bestimmtheitserfordernis nicht (BGHZ 28, 99, 104). Selbst dann, wenn der Anspruch – wie hier – ein wiederholtes Forderungsrecht begründet, reicht eine (einzige) Vormerkung aus (Senat vom 6.4.2016). Als schuldrechtlicher Daueranspruch erlischt er nicht bereits mit der erstmaligen Benennung eines Dritten. Er bleibt vielmehr erfüllbar, solange nach den zugrundeliegenden schuldrechtlichen Vereinbarungen die weitere Benennung eines Drittbegünstigten möglich ist.

13 b) Die nach § 19 GBO erforderliche Bewilligung erlaubt – wie das Grundbuchamt ebenfalls zutreffend erkannt hat – die Eintragung je einer Vormerkung für die B-GbR an den Grundstücken des A e. V. zur Sicherung ihres jeweiligen Dienstbarkeitsbestellungsanspruchs.

14 Die Eintragungsbewilligung erweist sich als auslegungsbedürftig und auslegungsfähig. Die – für sich genommen – eindeutige Beschreibung der zu sichernden Forderung als „Benennungsrecht“ steht einer Auslegung hier nicht entgegen, weil die gleichzeitige Bezugnahme auf Ziffer 2 der Urkunde der gewählten Forderungsbezeichnung die Eindeutigkeit nimmt (vgl. *Demharter*, GBO, § 19 Rdnr. 28).

15 Für die Auslegung gilt § 133 BGB entsprechend. Die Grenzen der Auslegung ergeben sich aus dem das Grundbuchverfahren beherrschenden Bestimmtheitsgrundsatz und dem grundsätzlichen Erfordernis urkundlich belegter Eintragungsunterlagen. Danach ist auf den Wortlaut und Sinn der Bewilligung abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung ergibt (st. Rspr.; vgl. BGHZ 113, 374, 378; *Demharter*, § 19 Rdnr. 28).

16 Die Auslegung führt hier wegen der Bezugnahme auf Ziffer 2 zu dem zweifelsfreien Ergebnis (vgl. BGH, Rpfleger 1995, 343), dass die Vormerkung den dort unter ausdrücklicher Nennung von § 335 BGB begründeten Anspruch der B-GbR als Versprechensempfängerin sichern soll; dieser Anspruch ist darauf gerichtet, von dem A e. V. als Grundstücks-

eigentümer die Bestellung von beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten konkreten Inhalts zugunsten künftiger zu benennender Dritter zu verlangen. Zwar wird auch in Ziffer 2 im Anschluss an die schuldrechtliche Anspruchsbegründung ausgeführt, dass das Benennungsrecht eines künftigen Dienstbarkeitsberechtigten durch Vormerkung gemäß § 883 BGB zugunsten des Benennungsberechtigten im Grundbuch abgesichert werden solle. Obwohl die Formulierung von einem Notar stammt, ist die Bestimmung wegen ihres inhaltlichen Bezugs zum bestellten Recht und ihrer räumlichen Anordnung unter einem Gliederungspunkt der Urkunde zweifellos so aufzufassen, dass weder das einer Vormerkung nicht zugängliche „Benennungsrecht“ noch das Benennungsrecht eines künftigen – unbestimmten – Dienstbarkeitsberechtigten, sondern der zuvor begründete Dienstbarkeitsbestellungsanspruch der B-GbR als Versprechensempfängerin abgesichert werden soll. Das entgegen dem missverständlichen Wortlaut tatsächlich Gewollte ergibt sich klar aus dem wirtschaftlichen Zweck, eine Absicherung durch die Eintragung einer Vormerkung zu erlangen; denn durch Vormerkung kann nur der Anspruch auf Einräumung eines Rechts am Grundstück (§ 883 Abs. 1 BGB) und damit der hier zugunsten Dritter begründete Anspruch der B-GbR auf Bestellung von Dienstbarkeiten (§ 1090 Abs. 1 BGB) gesichert werden. Der anderslautende Wortlaut beruht ersichtlich auf sprachlichen Mängeln, die den Sinn des nach § 133 BGB maßgeblichen Gewollten allerdings nicht vollständig verdunkeln.

17 c) Der Inhalt des über den Notar gestellten Eintragungsantrags deckt die Eintragung einer entsprechenden Vormerkung ab.

18 Ein Widerspruch zwischen Eintragungsantrag und Bewilligung besteht nicht (vgl. *Demharter*, § 13 Rdnr. 19). Der Urkundsnotar hat vielmehr den gemäß Ziffer 3 in Übereinstimmung mit der Bewilligung formulierten Antrag der Beteiligten unter Bezugnahme auf § 15 GBO zum Vollzug vorgelegt.

19 Eine inhaltliche Änderung des gestellten Antrags liegt nicht darin, dass im Zuge des Meinungsaustauschs über die zutreffende Bezeichnung des zu sichernden Anspruchs geäußert wurde, nicht „die Dienstbarkeit“, sondern der Benennungsanspruch des Versprechensempfängers sei einzutragen. Bereits der Fassungsantrag stellt wieder auf den Anspruch auf „Eintragung“ (richtig: Einräumung oder Bestellung) einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit ab.

20 Die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs der B-GbR aus § 335 BGB auf Einräumung eines Kabeltrassenrechts und eines Übergabestationsrechts zugunsten Dritter im jeweiligen Grundbuch weicht daher nicht unzulässig (vgl. *Demharter*, § 13 Rdnr. 4) vom Antrag ab.

21 d) Die sprachliche Fassung des Eintragungsvermerks selbst obliegt dem Grundbuchamt in eigener Verantwortung; an die Auffassung und den Vorschlag des Notars ist es dabei nicht gebunden (*Demharter*, § 44 Rdnr. 13 sowie § 13 Rdnr. 4).

22 Der Eintragungsvermerk muss die B-GbR als Gläubigerin des vormerkungsgesicherten Rechts angeben sowie den Gegenstand des gesicherten Anspruchs als Dienstbarkeitsbestellungsanspruch unter schlagwortartiger Beschreibung des Inhalts der auf Anforderung zu bestellenden Dienstbarkeit

bezeichnen (vgl. BGH, Rpfleger 2008, 187; *Demharter*, § 44 Rdnr. 17 f. mit Rdnr. 21; *Hügel/Kral*, GBO, 3. Aufl., § 44 Rdnr. 68). Der Schuldner des gesicherten Anspruchs muss in dem Eintragungsvermerk nicht benannt werden (BGH, FGPrax 2014, 145 Rdnr. 20).

23 Zur näheren Bezeichnung des zu sichernden Anspruchs kann auf die Bewilligung Bezug genommen werden (§ 885 Abs. 2 BGB). Dass der Inhalt des Anspruchs darauf gerichtet ist, gemäß § 335 BGB die Dienstbarkeitsbestellung zugunsten eines Dritten zu fordern, kann sich aus der zulässigen Bezugnahme ergeben. Auch eines ausdrücklichen Vermerks über die vereinbarte Übertragbarkeit bedarf es nicht. Erweist sich der der B-GbR zugunsten Dritter eingeräumte schuldrechtliche Anspruch nach seinem Inhalt gemäß § 399 Alt. 1 BGB als übertragbar (vgl. BGHZ 28, 99, 102 f.; Senat vom 18.4.2012, 34 Wx 35/12, FGPrax 2012, 193; OLG Nürnberg, Rpfleger 2016, 472; *Palandt/Bassenge*, 75. Aufl., § 1092 Rdnr. 5 mit *Palandt/Grüneberg*, § 399 Rdnr. 4; *Staudinger/Jagmann*, Neub. 2015, § 335 Rdnr. 7), so kommt dies im Eintragungsvermerk über eine Bezugnahme auf die Bewilligung zum Ausdruck. Da die aufschiebende Bedingung („für den Fall, dass solche Dritte in den geschlossenen Nutzungsvertrag eintreten und diese Dritte die Rechte und Pflichten des Nutzungsberechtigten aus diesem Nutzungsvertrag übernehmen“) das Forderungsrecht der B-GbR und damit deren schuldrechtlichen Anspruch, nicht aber die Vormerkung betrifft, reicht auch insoweit eine Anspruchsbezeichnung gemäß § 885 Abs. 2 BGB aus (*Demharter*, § 44 Rdnr. 21).

24 Danach kann für die B-GbR an den bezeichneten Grundbuchstellen jeweils eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit nach § 1090 BGB (Errichtung, Unterhaltung und Betrieb einer Stromkabeltrasse bzw. einer Übergabestation) zugunsten Dritter unter Bezugnahme auf die Bewilligung vom 25.7.2016 eingetragen werden. Eine Anweisung an das Grundbuchamt, die Eintragung vorzunehmen, spricht der Senat wegen des vereinbarten Gleichrangs mit den bereits zugunsten der B-GbR gemäß Bewilligung eingetragenen beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten nicht aus, da Zwischeneintragungen nicht ausgeschlossen werden können. Das Grundbuchamt wird vielmehr angewiesen, den Antrag weder wegen ungenügender Bezeichnung des durch Vormerkung zu sichernden Anspruchs in der Bewilligung noch wegen Auseinanderfallens von Antrag und Bewilligung zurückzuweisen.

(...)

ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Valentin Spornath**,
Bad Königshofen i. Gr.

1. Vormerkungsfähigkeit des Anspruchs auf Bestellung einer Dienstbarkeit zugunsten eines noch zu benennenden Dritten

In der Sache enthält die Entscheidung eine Bestätigung der etablierten Linie der Rechtsprechung: Der Anspruch auf Bestellung einer Dienstbarkeit ist auch dann vormerkbar, wenn

der Dienstbarkeitsberechtigte noch nicht feststeht.¹ Lediglich die Person des Versprechensempfängers, also des Vormerkungsberechtigten, muss definiert sein.² Dieser hat dann das Recht, den Dienstbarkeitsberechtigten zu „benennen“, also zu bestimmen, zu wessen Gunsten die vorgezeichnete Dienstbarkeit einzutragen ist. Der Anspruch des Vormerkungsberechtigten kann auch als Anspruch auf eine wiederkehrende Leistung ausgestaltet werden; dann genügt eine einzige Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung unbegrenzt vieler Dienstbarkeiten, da der gesicherte Anspruch selbst stets identisch bleibt.³ Es ist sogar möglich, dass ein benannter Dritter seinerseits wieder einen weiteren Dritten benennt, die Benennung also nicht durch den Vormerkungsberechtigten selbst erfolgt.⁴ So ist die beliebige Weiterveräußerbarkeit etwa von Photovoltaikanlagen sachen- und grundbuchrechtlich gewährleistet.

Dies entspricht dem Charakter der Vormerkung, die immer dann eingetragen werden kann, wenn Anspruchsschuldner und Anspruchsgläubiger (= Vormerkungsberechtigter) feststehen,⁵ der Inhalt des Anspruchs ausreichend bestimmbar⁶ ist und zumindest der „Rechtsboden“ für den Anspruch gelegt ist,⁷ sodass auch bedingte, künftige oder sonst nicht sicher bestehende Ansprüche gesichert werden können.

Sogar der Anspruch auf Bestellung einer Dienstbarkeit zugunsten des Vormerkungsberechtigten und der Anspruch auf spätere Bestellung einer Dienstbarkeit zugunsten eines noch nicht feststehenden Dritten gelten als hinreichend identisch und können daher durch eine Vormerkung gesichert werden. Es handelt sich demnach um einen Daueranspruch auf Bestellung von Dienstbarkeiten, der mit einer einmaligen Dienstbarkeitsbestellung nicht wegen Erfüllung erlischt.⁸ Nach einer anderen Entscheidung soll allerdings für die Bestellung einer Dienstbarkeit zu eigenen Gunsten eine gesonderte Vormerkung neben der Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Bestellung einer Dienstbarkeit

zugunsten eines Dritten erforderlich sein.⁹ Aus dem Gesichtspunkt des sichersten Weges empfiehlt sich daher nach wie vor die Bestellung zweier getrennter Vormerkungen, wenn nicht die Dienstbarkeit zugunsten des ersten Berechtigten ohnehin sogleich eingetragen werden kann.

2. Inhalt eines vormerkungsgesicherten Anspruchs

Entscheidend ist allerdings, dass der gesicherte schuldrechtliche Anspruch immer nur auf „Einräumung oder Aufhebung eines Rechts an einem Grundstück (...) oder auf Änderung des Inhalts oder des Ranges eines solchen Rechts“, also auf dingliche Rechtsänderung, gerichtet sein kann, wie sich aus dem Wortlaut des § 883 BGB ergibt. Darauf berief sich das Grundbuchamt, als es die Eintragung einer „Vormerkung (...) auf Benennung eines Dienstbarkeitsberechtigten“ zurückwies. Eine „Benennung“ ist, anders als die Bestellung einer Dienstbarkeit zugunsten eines noch zu benennenden Dritten, keine „Einräumung eines Rechts an einem Grundstück“, das Benennungsrecht kein auf dingliche Wirkungen gerichteter Anspruch.

3. Auslegungsfähigkeit von Grundbuch-erklärungen

In der vorliegenden Entscheidung stellt das OLG München klar, dass auch notarielle Grundbucheklärungen einer Auslegung zugänglich sind: „Obwohl die Formulierung von einem Notar stammt, ist die Bestimmung (...) zweifellos so aufzufassen (...)“. Die Bezugnahme auf eine andere Passage der Urkunde, in der der Anspruch in vormerkungsfähiger Weise begründet wird – „verpflichtet sich dem Nutzungsberechtigten gegenüber (...) beschränkte persönliche Dienstbarkeit (...) zu bestellen zugunsten beliebiger vom Nutzungsberechtigten benannter Dritter“ –, nehme der Falschbezeichnung als „Benennungsrecht“ die Eindeutigkeit und führe zu der „zweifelsfreien“ Auslegung, dass der Anspruch auf Bestellung von beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten zugunsten von vom Vormerkungsberechtigten zu benennenden Dritten gemeint sei. „Der anderslautende Wortlaut beruht ersichtlich auf sprachlichen Mängeln, die den Sinn des nach § 133 BGB maßgeblich Gewollten allerdings *nicht vollständig verdunkeln*.“ [Hervorhebung durch Verf.]

4. Fazit

Der Beschluss bestätigt die den praktischen Bedürfnissen entsprechende Linie der Rechtsprechung zu Dienstbarkeitsvormerkungen. Da beschränkte persönliche Dienstbarkeiten selbst nicht übertragbar sind und damit auch die Gegenstände, die nur durch Dienstbarkeiten sachenrechtlich als Scheinbestandteile gemäß § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB vom Eigentum am Grundstück sicher abtrennbar sind, nur unter Schwierigkeiten weiterveräußert werden könnten, er-

1 OLG München, Beschluss vom 6.4.2016, 34 Wx 399/15, RNotZ 2016, 388; OLG Nürnberg, Beschluss vom 26.1.2016, 15 W 1608/15, RNotZ 2016, 300; OLG Hamm, Beschluss vom 5.4.2012, 15 W 98/11, FGPrax 2012, 192; OLG München, Beschluss vom 5.8.2010, 27 Wx 45/10, MittBayNot 2011, 231; vgl. auch (zum Erwerbsanspruch) BGH, Urteil vom 10.10.2008, V ZR 137/07, NJW 2009, 356.

2 Vgl. BGH, Urteil vom 10.10.2008, V ZR 137/07, NJW 2009, 356.

3 OLG München, Beschluss vom 6.4.2016, 34 Wx 399/15, RNotZ 2016, 388 Rdnr. 12 ff.; OLG München, Beschluss vom 5.8.2010, 27 Wx 45/10, MittBayNot 2011, 231; OLG Nürnberg, Beschluss vom 26.1.2016, 15 W 1608/15.

4 OLG München, Beschluss vom 3.6.2013, 34 Wx 109/13, FGPrax 2013, 156; *Demharter*, GBO, 29. Aufl. 2014, Anh. § 44 Rdnr. 26; siehe hierzu auch das Muster in *Kersten/Bühling/Ruhwinkel*, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 23. Aufl. 2010, § 61 Rdnr. 15 M.

5 *Palandt/Bassenge*, 74. Aufl. 2015, § 883 Rdnr. 10 ff.

6 *Palandt/Bassenge*, § 883 Rdnr. 7.

7 *Palandt/Bassenge*, § 883 Rdnr. 14.

8 OLG München, Beschluss vom 6.4.2016, 34 Wx 399/15, RNotZ 2016, 388 Rdnr. 12 ff.; *Demharter*, GBO, Anh. § 44 Rdnr. 26.

9 OLG München, Beschluss vom 18.4.2012, 34 Wx 35/12, MittBayNot 2012, 466 m. abl. Anm. *Keller*. Diese Entscheidung wird allerdings in OLG München, Beschluss vom 6.4.2016, 34 Wx 399/15, RNotZ 2016, 388, Rdnr. 13 als Beleg dafür zitiert, dass eine einzige Vormerkung ausreichend sei.

möglichst es der Vormerkungsgesicherte Anspruch auf Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit zugunsten eines noch zu benennenden Dritten, die Übertragbarkeit indirekt zu gewährleisten. Dennoch sollte man sich der grundlegenden Voraussetzungen für die Vormerkungsfähigkeit eines Anspruchs bewusst bleiben.

BÜRGERLICHES RECHT – FAMILIENRECHT

10. Grundbucheintragung einer Auseinandersetzung einer Errungenschaftsgemeinschaft nach polnischem Recht

KG, Beschluss vom 25.4.2017, 1 W 699/16; mitgeteilt von Ronny Müller, Richter am KG

EGBGB Art. 15 Abs. 1, Art. 43 Abs. 1

LEITSATZ:

Sind die Eigentümer in gesetzlicher (Güter-)Gemeinschaft nach polnischem Recht im Grundbuch eingetragen und hat sich der eine Ehegatte im Rahmen der Auseinandersetzung der Gemeinschaft verpflichtet, dem anderen einen hälftigen Miteigentumsanteil zu übertragen, kann dieser Anspruch mangels Identität des Schuldners mit dem eingetragenen Eigentümer erst dann durch Vormerkung gesichert werden, wenn das Eigentum in Bruchteilseigentum überführt worden ist. Hierzu genügt die gegenseitig erklärte Auflassung hälftiger Miteigentumsanteile allein nicht; die Umwandlung des gesamthänderisch gebundenen Eigentums in Bruchteilseigentum muss auch im Grundbuch vollzogen worden sein.

SACHVERHALT:

1 I. A und B sind in gesetzlicher Gütergemeinschaft nach polnischem Recht als Eigentümer im Grundbuch eingetragen. 2016 erklärten sie notarieller Urkunde, geschieden zu sein und sich hinsichtlich des im Beschlusseingang bezeichneten Wohnungseigentums dahin auseinanderzusetzen zu wollen, dass jeder von ihnen Miteigentümer zu je ½ werde. Entsprechend erklärten sie die Auflassung. Darüber hinaus veräußerte A ihren Miteigentumsanteil an B und bewilligte „die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs des Käufers (B) auf Übertragung des Eigentums an dem Kaufgegenstand“.

2 Mit Schriftsatz (...) hat der Urkundsnotar unter Beifügung seiner Urkunde die Eintragung der bewilligten Vormerkung im Grundbuch beantragt. Das Grundbuchamt hat mit Zwischenverfügung (...) darauf hingewiesen, dass der verkaufte hälftige Miteigentumsanteil noch nicht existiere und deshalb die Vormerkung derzeit nicht eingetragen werden könne. Es bedürfe zunächst der Voreintragung der Beteiligten zu je ½ und insoweit einer steuerlichen Unbedenklichkeitsbescheinigung.

(...)

AUS DEN GRÜNDEN:

(...)

5 (...) Das Grundbuchamt hat im Ergebnis zu Recht mit der Zwischenverfügung auf das Erfordernis der Voreintragung der Beteiligten als Eigentümer zu je ½ hingewiesen.

6 a) Zutreffend hat das Grundbuchamt deutsches Verfahrensrecht angewandt. Das Verfahren vor dem deutschen Grundbuchamt richtet sich auch bei Auslandsberührung stets nach deutschem Recht – lex fori. Auch materiellrechtlich beurteilt sich die dingliche Rechtslage an Grundstücken nach deutschem Recht – lex rei sitae –, Art. 43 Abs. 1 EGBGB (Senat, Beschluss vom 22.5.2012, 1 W 163/11, FGPrax 2012, 236, 237). Danach erfolgt die Eintragung einer Vormerkung auf Antrag, § 13 Abs. 1 Satz 1 GBO, wenn sie derjenige, dessen Recht von ihr betroffen wird, bewilligt, § 885 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB, § 19 GBO.

7 b) Das Grundbuchamt hat auch richtig erkannt, dass die Belastung eines noch nicht existierenden ideellen Bruchteils mit einer Vormerkung nicht möglich ist (BGH, NJW 2013, 934, 935). Der der A aufgelassene hälftige Miteigentumsanteil ist noch nicht entstanden, weil die – in der Präambel der Urkunde erklärte – Auflassung noch nicht im Grundbuch vollzogen worden ist, vgl. § 873 Abs. 1 BGB. Er kann damit nicht mit einer Vormerkung belastet werden.

8 Auf den Einwand der Beschwerde, in einem solchen Fall sei es grundsätzlich möglich, eine entsprechende Vormerkung an dem – noch ungeteilten – Grundstück bzw. Wohnungseigentumsrecht zu bestellen, kommt es nicht an. Die Vormerkung kann dennoch zurzeit nicht eingetragen werden.

9 c) Die Eintragung einer Vormerkung im Grundbuch setzt voraus, dass sich der zu sichernde Anspruch gegen denjenigen richtet, dessen Grundstück oder Grundstücksrecht von der Vormerkung betroffen wird; der Schuldner des Anspruchs muss also bei der Eintragung der Vormerkung Eigentümer des von der Vormerkung betroffenen Grundstücks oder Inhaber des von ihr betroffenen Grundstücksrechts sein (BGH, NJW 2014, 2431, 2433; BGHZ 134, 182, 188; Senat, Beschluss vom 1.2.2011, 1 W 3/11, FGPrax 2011, 109, 110). Die danach erforderliche Identität zwischen Schuldner und eingetragenen Eigentümer besteht vorliegend nicht.

10 Die Beteiligten sind noch in gesetzlicher Gemeinschaft nach polnischem Recht im Grundbuch eingetragen. Dem polnischen Recht unterliegen die güterrechtlichen Wirkungen ihrer Ehe, Art. 15 Abs. 1 EGBGB. Danach ist das gemeinschaftliche Vermögen der Beteiligten gesamthänderisch gebunden; kein Ehegatte kann über seinen Anteil, der ihm im Fall der Beendigung der Gütergemeinschaft am gemeinschaftlichen Vermögen oder an einzelnen zu diesem Vermögen gehörenden Gegenständen zustehen wird, verfügen noch sich zu einer solchen Verfügung verpflichten, Art. 35 Satz 2 Familien- und Vormundschaftsgesetzbuch Polen (*de Vries/Gralla in Bergmann/Ferid/Henrich, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht mit Staatsangehörigkeitsrecht, Polen, Stand 2015, III. 6. Eherecht*).

11 Daran ändert auch die – bislang in grundbuchmäßiger Form, § 29 Abs. 1 GBO, nicht nachgewiesene – Scheidung der Beteiligten nichts. Die Auseinandersetzung der Gemeinschaft ist hinsichtlich des Wohnungseigentums bislang nicht vollzogen worden. Die Beteiligten haben lediglich die Auflassung erklärt, § 925 BGB. Die Zuordnung des Wohnungseigentums auf die Beteiligten zu hälftigen Bruchteilen erfordert darüber hinaus aber auch die Eintragung im Grundbuch, § 873 BGB (vgl. OLG München, ZEV 2012, 415, 416).

(...)

11. Prüfung einer Verfügung über das Vermögen im Ganzen durch das Grundbuchamt

OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 27.2.2017, 20 W 320/16
BGB §§ 1364, 1365 Abs. 1

LEITSÄTZE:

1. Nach § 19 GBO erfolgt grundsätzlich eine Eintragung, wenn derjenige sie bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen wird. Dabei hat das Grundbuchamt von Amts wegen zu prüfen, ob der Bewilligende Verfügungsbeschränkungen unterliegt. Eine solche Beschränkung enthält die Vorschrift des § 1365 Abs. 1 BGB.
2. Da das Zustimmungserfordernis jedoch eine Ausnahme von der freien Verfügungsbefugnis des Ehegatten nach § 1364 BGB darstellt, kann das Grundbuchamt grundsätzlich davon ausgehen, dass ein Rechtsgeschäft über ein Grundstück auch bei in gesetzlichem Güterstand lebenden Eheleuten nicht eine Verfügung über das Vermögen im Ganzen darstellt, dass also der Ausnahmefall des § 1365 Abs. 1 BGB nicht vorliegt. Das Grundbuchamt ist nur dann zu einer Beanstandung gemäß § 18 GBO berechtigt und verpflichtet, wenn es von dem Vorliegen der Voraussetzungen des § 1365 Abs. 1 BGB Kenntnis hat oder wenn aus den Eintragungsunterlagen oder aufgrund bekannter bzw. nach der Lebenserfahrung naheliegender Umstände begründeter Anlass zu einer solchen Annahme besteht. Nur wenn konkrete Anhaltspunkte für das Vorliegen des objektiven Tatbestandes des § 1365 Abs. 1 BGB gegeben sind, darf das Grundbuchamt die Zustimmung des anderen Ehegatten oder den Nachweis weiteren Vermögens verlangen.

BÜRGERLICHES RECHT – ERBRECHT

12. Behindertentestament: Mittellosigkeit trotz Freigabe eines Nachlassgegenstandes

BGH, Beschluss vom 10.5.2017, XII ZB 614/16 (Vorinstanz: LG Darmstadt, Beschluss vom 7.12.2016, 5 T 582/15)

BGB §§ 2205, 2211, 2214, 2216 Abs. 2, § 2217

LEITSATZ:

Selbst wenn der Testamentsvollstrecker beim Behindertentestament im Rahmen einer Dauertestamentsvollstreckung den Nachlassgegenstand entgegen den Anordnungen des Erblassers pflichtwidrig zugunsten des Betroffenen freigibt, lässt dies dessen Mittellosigkeit nicht entfallen (Fortführung von Senatsbeschluss vom 1.2.2017, XII ZB 299/15, NJW-RR 2017, 770).

SACHVERHALT:

1 I. Die Staatskasse wendet sich mit ihrer Rechtsbeschwerde gegen die Festsetzung unter anderem einer Betreuervergütung aus der Staatskasse.

2 Die 1957 geborene Betroffene steht wegen einer geistigen Behinderung unter Betreuung. In dem gemeinschaftlichen Testament hatten ihre Eltern sich gegenseitig zu Erben eingesetzt. Der jeweils Längstlebende sollte befreiter Vorerbe sein. Zum Nacherben des Überlebenden wurden die fünf gemeinsamen Kinder zu gleichen Teilen eingesetzt. Hierbei wurde hinsichtlich der beiden behinderten Kinder bestimmt, dass diese bezüglich ihres Erbanteils lediglich Vorerben werden und Nacherben dieser beiden die gesetzlichen Erben sein sollen. Zudem ordneten die Eltern der Betroffenen hinsichtlich der auf die beiden behinderten Kinder entfallenden Nachlassanteile eine Dauertestamentsvollstreckung bis zu ihrem Tod an. Der Testamentsvollstrecker sollte insoweit die Aufgabe haben, aus den Erträgen des Vermögens hinsichtlich der beiden behinderten Abkömmlinge deren Bedürfnisse auf Kleidung, Reisen, Taschengeld, Liebhabereien etc. zu befriedigen. Die Eltern verfügten weiter, dass ihre behinderten Abkömmlinge keinen Anspruch auf Auszahlung ihres Anteils oder der Früchte aus dem Vermögen haben sollen. Im Jahr 2009 verstarb die Mutter der Betroffenen, nachdem zuvor ihr Vater verstorben war.

3 Die im Jahr 2014 verstorbene Schwester der Betroffenen wurde zunächst zur Betreuerin der Betroffenen bestellt und übernahm später die Testamentsvollstreckung (im Folgenden: Testamentsvollstreckerin). 2010 bestellte das AG B zum Ergänzungsbetreuer für den Aufgabenkreis Vermögenssorge einschließlich Regelungen der Erbschaftsangelegenheiten. Nachdem der Ergänzungsbetreuer sie aufgefordert hatte, den Anteil der Betroffenen am Erbe für diese anzulegen, legte die Testamentsvollstreckerin den sich aus der Erbquote ergebenden Betrag von 29.100 € auf einem Sparkonto an, das auf den Namen der Betroffenen lautete. Der Ergänzungsbetreuer teilte 2015 mit, dass die Betroffene ein aktuelles Vermögen i. H. v. 31.698,97 €, darunter die „Vorerbschaft“ i. H. v. 29.100 € habe.

4 Mit dem angefochtenen Beschluss hat das AG für die Zeit vom 3.2.2013 bis zum 30.4.2015 eine Vergütung und einen Aufwendersersatz des Ergänzungsbetreuers von 1.072,96 € aus der Staatskasse festgesetzt. Ferner hat es auf die noch zu Lebzeiten der Testamentsvollstreckerin (und Betreuerin) gestellten Anträge vom September 2012 bzw. September 2013 ihre Aufwandsentschädigung für die Tätigkeit in der Zeit vom 13.9.2011 bis 12.9.2013 i. H. v. 646 € ebenfalls aus der Staatskasse festgesetzt. Das LG hat die Beschwerde der Staatskasse zurückgewiesen. Hiergegen wendet sich diese mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde.

AUS DEN GRÜNDEN:

5 II. Die Rechtsbeschwerde ist unbegründet.

6 1. Das LG hat seine Entscheidung damit begründet, dass die Vergütung, deren Höhe weder von der Staatskasse angegriffen noch sonst zu beanstanden sei, aus der Staatskasse festzusetzen sei, weil die Betroffene mittellos sei. Ihr zu berücksichtigendes Vermögen übersteige das Schonvermögen i. H. v. 2.600 € nicht. Insbesondere sei der Betrag von 29.100 € aus der Erbschaft nach den Eltern, hinsichtlich dessen die Betroffene Vorerbin sei, zwar grundsätzlich Bestandteil des Vermögens der Betroffenen, aber für diese nicht verwertbar und bei der Berechnung deshalb nicht zu berücksichtigen.

7 Nach der Auszahlung des Betrags von 29.100 € aus der Erbmasse an die Testamentsvollstreckerin habe dieser Betrag als Surrogat für den Erbanteil weiter der Verwaltung durch die Testamentsvollstreckerin unterlegen. Die Testamentsvollstre-

ckerin habe den genannten Betrag nicht im Sinne des § 2217 BGB freigegeben. Dies setze voraus, dass der Testamentsvollstrecker den Betrag bzw. Nachlassgegenstand mit Entlassungswillen an den Erben herausgebe, d. h. diesen Gegenstand mit Verzicht auf das Verwaltungs- und Verfügungsrecht an den Erben übergebe, wobei es sich nach herrschender Auffassung um eine empfangsbedürftige Willenserklärung handle. Die Freigabe sei zwar an keine Form gebunden, setze aber voraus, dass der Testamentsvollstrecker den Gegenstand rechtswirksam und endgültig zugunsten des Erben so aufgegeben habe, dass dieser im Rechtsverkehr ohne Inanspruchnahme des Testamentsvollstreckers verfügen könne. Keine Freigabe in diesem Sinne stelle es jedoch dar, wenn der Testamentsvollstrecker dem Erben nur die Verwaltung und Nutznießung eines Nachlassgegenstands überlasse.

8 Die Testamentsvollstreckerin habe den Betrag zwar auf den Namen der Betroffenen angelegt. Sie habe das Konto aber im mittelbaren Besitz gehabt, die Kontounterlagen nicht der Betroffenen ausgehändigt und über Jahre allein über das Konto und die Zinsen Verfügungen getroffen. Auch seien gegenüber der Sparkasse die Testamentsvollstreckung und deren Fortdauer offengelegt worden, sodass die Betroffene nicht selbst über das Konto habe verfügen können. Der Betrag sei damit faktisch im alleinigen Einflussbereich der Testamentsvollstreckerin geblieben; die geistig behinderte Betroffene habe tatsächlich keinen Zugriff und keinen Zugriffswillen gehabt.

9 Das Testament sei auch nicht dahin gehend auszulegen, dass es Verwaltungsanordnungen enthalte, die eine Bezahlung der Vergütung eines Betreuers aus der Substanz oder den Erträgen des der Testamentsvollstreckung und den Beschränkungen der Vorerbschaft unterliegenden Vermögens ermöglichen, sodass sich ein Vergütungs- bzw. Aufwendersatzanspruch gegen den Testamentsvollstrecker durchsetzen ließe. Die Betroffene habe aus dem Testament nur einen Anspruch auf die Erträge des Kapitals, nicht aber auf dessen Substanz. Nach den Verwaltungsanordnungen der Erblasser sollten diese Erträge zudem nur deren „Bedürfnisse auf Kleidung, Reisen, Taschengeld, Liebhabereien sowie sonstige Bedürfnisse, die bei einem Behinderten auftreten“, befriedigen. Diese Anordnungen seien nicht dahin gehend auszulegen, dass die Erträge auch für eine etwaige Betreuervergütung herangezogen werden könnten.

10 Das der Betroffenen verbleibende verwertbare Vermögen betrage nach dem letzten Stand weniger als 2.600 €. Hierbei sei auch nicht etwa das Vermögen auf dem Sparkonto als Schonvermögen anzusehen und damit der Betrag auf dem Eigengeldkonto als liquides verwertbares Vermögen.

11 2. Diese Ausführungen halten rechtlicher Überprüfung im Ergebnis stand.

12 a) Nach gefestigter Rechtsprechung des BGH zum sog. Behindertentestament sind Verfügungen von Todes wegen, in denen Eltern eines behinderten Kindes die Nachlassverteilung durch eine kombinierte Anordnung von Vor- und Nacherbschaft sowie einer – mit konkreten Verwaltungsanweisungen versehenen – Dauertestamentsvollstreckung so gestalten, dass das Kind zwar Vorteile aus dem Nachlassvermögen erhält, der Sozialhilfeträger auf dieses jedoch nicht zugreifen

kann, grundsätzlich nicht sittenwidrig, sondern vielmehr Ausdruck der sittlich anzuerkennenden Sorge für das Wohl des Kindes über den Tod der Eltern hinaus. Die angeordnete Testamentsvollstreckung schränkt die Verfügungsbefugnis des Betroffenen gemäß § 2211 BGB ein; demgemäß können sich die Gläubiger des Erben, die nicht zu den Nachlassgläubigern gehören, nicht an die der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Nachlassgegenstände halten, § 2214 BGB. Allerdings hat der Betroffene als Erbe einen durchsetzbaren Anspruch darauf, dass der Testamentsvollstrecker die vom Erblasser getroffenen Verwaltungsanordnungen im Sinne des § 2216 Abs. 2 BGB umsetzt. Für die insoweit notwendige Feststellung des Erblasserwillens gelten die allgemeinen Auslegungsregeln der §§ 133, 2084 BGB. Hiernach ist der wirkliche Wille des Erblassers zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften. Diese Aufgabe der Auslegung obliegt in erster Linie dem Tatrichter. Seine Auslegung kann mit der Revision bzw. Rechtsbeschwerde nur angegriffen werden, wenn sie gegen gesetzliche Auslegungsregeln, allgemeine Denkgesetze oder Erfahrungssätze oder Verfahrensvorschriften verstößt (Senatsbeschluss vom 1.2.2017, XII ZB 299/15, FamRZ 2017, 758 Rdnr. 15 m. w. N.).

13 b) Gemessen hieran ist es von Rechts wegen nicht zu beanstanden, dass das LG die vom AG vorgenommene Festsetzung der Vergütung, des Aufwendersatzes und der Aufwenderschädigung (im Folgenden: Vergütungen) zugunsten der jeweiligen Betreuer aus der Staatskasse bestätigt hat.

14 aa) Grund und Höhe der jeweils festgesetzten Vergütung sind weder von der Rechtsbeschwerde angegriffen noch sonst zu beanstanden.

15 bb) Ferner ist das LG jedenfalls im Ergebnis zutreffend davon ausgegangen, dass die Betroffene mittellos ist.

16 (1) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde ist die Betroffene nicht gehalten, den Betrag von 29.100 €, den die Testamentsvollstreckerin für sie durch die Eröffnung eines auf ihren Namen lautenden Sparkontos angelegt hat, für die Betreuervergütung einzusetzen. Dabei kann dahinstehen, ob die Testamentsvollstreckerin diesen Betrag im Sinne von § 2217 Abs. 1 BGB durch die Eröffnung des Kontos freigegeben hat, was vom LG allerdings verneint wird. Denn selbst in diesem Fall bliebe die Betroffene mittellos.

17 (a) Nach § 2217 Abs. 1 BGB hat der Testamentsvollstrecker Nachlassgegenstände, derer er zur Erfüllung seiner Obliegenheiten offenbar nicht bedarf, dem Erben auf Verlangen zur freien Verfügung zu überlassen. Mit der Überlassung erlischt sein Recht zur Verwaltung der Gegenstände.

18 Überlässt der Testamentsvollstrecker den Nachlassgegenstand dem Erben zur freien Verfügung, tritt die Wirkung der Freigabe unabhängig davon ein, ob die Voraussetzungen für einen entsprechenden Freigabeanspruch vorgelegen haben, also selbst bei pflichtwidrigem Handeln des Testamentsvollstreckers. Auch ein Irrtum des Testamentsvollstreckers über die Voraussetzungen seiner Überlassungspflicht vermag an der einmal eingetretenen dinglichen Rechtslage der freien Verfügungsmacht des Erben nichts mehr zu ändern (*Staudinger/Reimann*, Neub. 2016, § 2217 Rdnr. 20; siehe auch *MünchKomm-BGB/Zimmermann*, 7. Aufl., § 2217 Rdnr. 9).

19 (b) Jedoch kann der Testamentsvollstrecker, der ohne Rechtsgrund, also beim Fehlen der in § 2217 Abs. 1 BGB vorgeschriebenen Voraussetzungen, einen vermeintlichen Freigabeanspruch erfüllt hat, nach Bereicherungsgrundsätzen (§ 812 Abs. 1 Satz 1 BGB) vom Erben die Wiederherstellung seines Verwaltungsrechts, bei Unmöglichkeit der Herausgabe des freigegebenen Gegenstands Wertersatz nach § 818 Abs. 2 BGB verlangen. Die Voraussetzungen des Bereicherungsanspruchs sind auch dann erfüllt, wenn der Testamentsvollstrecker irrtümlich angenommen hat, er bedürfe bestimmter Nachlassgegenstände zur Erfüllung seiner Obliegenheiten nicht, und wenn er sie deshalb dem Erben freigegeben hat. Entsprechendes gilt, wenn der Testamentsvollstrecker seine Freigabebehandlung als solche gar nicht erkannt hat und ein rechtlicher Grund für die Freigabe nicht gegeben war (MünchKomm-BGB/Zimmermann, § 2217 Rdnr. 9; vgl. auch Staudinger/Reimann, § 2217 Rdnr. 20).

20 Diese Voraussetzungen für einen schuldrechtlichen Rückgewähranspruch wären hier – bei unterstellter Freigabe – gegeben. Eine Freigabe nach § 2217 BGB widerspräche den eindeutigen Anordnungen der Erblasser, wonach die Betroffene keinen Anspruch auf Auszahlung ihres Anteils oder der Früchte aus dem Vermögen haben sollte. Außerdem bedurfte die Testamentsvollstreckerin des Nachlassgegenstandes zur Erfüllung ihrer Obliegenheiten, nämlich aus den Erträgen des Vermögens die Bedürfnisse der Betroffenen auf Kleidung, Reisen, Taschengeld, Liebhabereien etc. zu befriedigen. Schließlich räumt auch die Rechtsbeschwerde ein, dass die entsprechende Verfügung der Testamentsvollstreckerin über die letztwillige Verfügung der Erblasser hinausgegangen sei.

21 Ginge man also mit der Rechtsbeschwerde von einer Freigabe des Nachlassgegenstands aus, wäre demzufolge das Vermögen der Betroffenen mit einer der Höhe nach entsprechenden Forderung auf Rückgewähr belastet. Damit ist das Sparkonto für die Betroffene im Ergebnis nicht werthaltig.

22 (2) Ebenso wenig ist die Entscheidung des LG zu beanstanden, dass die Vergütungen nicht aus den Erträgen des der Testamentsvollstreckung unterliegenden Vermögens gezahlt werden müssen. Das LG hat maßgeblich darauf abgestellt, dass nach den Verwaltungsanordnungen der Erblasser die von der Betroffenen zu beanspruchenden Erträge nur deren „Bedürfnisse auf Kleidung, Reisen, Taschengeld, Liebhabereien sowie sonstige Bedürfnisse, die bei einem Behinderten auftreten“, befriedigen sollen und hat diese Anordnung dahin verstanden, dass die Erträge nicht für eine Betreuervergütung herangezogen werden können. Die Auslegung, dass die „Bedürfnisse, die bei einem Behinderten auftreten“, nach dem Willen der Erblasser nicht die Betreuervergütung, sondern tatsächliche Erleichterungen und Hilfsmittel im Alltag meinen, mag nicht zwingend sein (vgl. Senatsbeschluss vom 27.3.2013, XII ZB 679/11, FamRZ 2013, 874 Rdnr. 3, 26 f.), ist aber nach dem Maßstab der eingeschränkten rechtsbeschwerderechtlichen Kontrolle nicht zu beanstanden.

23 (3) Schließlich ist ebenso wenig etwas dagegen zu erinnern, dass das LG das – über den Nachlassgegenstand hinausgehende – sich auf dem Eigengeldkonto der Betroffenen befindliche Vermögen von rund 2.600 € als Schonvermögen qualifiziert hat (vgl. zum Schonvermögen Senatsbe-

schluss vom 26.11.2014, XII ZB 541/13, juris Rdnr. 9 m. w. N.; zur Erhöhung des Schonvermögens nach § 90 Abs. 2 Nr. 9 SGB XII ab dem 1.4.2017 auf 5.000 € vgl. die Zweite Verordnung zur Änderung der Verordnung zur Durchführung des § 90 Abs. 2 Nr. 9 SGB XII vom 22.3.2017, BGBl. 2017 I, S. 519). Denn entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde bedarf sie dieses Vermögens, weil sie über den Nachlassgegenstand nicht frei verfügen kann.

ANMERKUNG:

Von Rechtsanwältin Dr. **Gabriele Müller**,
Deutsches Notarinstitut, Würzburg

1. Familienrechtliche Bezüge des Behindertentestaments

Zunächst mag es etwas verwundern, dass die vorstehende Entscheidung zum Behindertentestament nicht vom Erbrechtssenat des BGH (4. Zivilsenat), sondern vom Familienrechtssenat des BGH (12. Zivilsenat) erlassen worden ist. Beim Behindertentestament handelt es sich natürlich um eine vornehmlich erbrechtliche Materie, sodass auch die grundlegenden Entscheidungen zum Behindertentestament, insbesondere zur Frage der Sittenwidrigkeit der Gestaltung, vom Erbrechtssenat des BGH (bekanntermaßen im negativen Sinne) entschieden worden sind.¹ Die Thematik weist aber, besonders in der praktischen Umsetzung des Behindertentestaments, Bezüge zu diversen anderen Rechtsgebieten, wie zum Beispiel dem Sozialrecht oder – wie hier – dem Familienrecht, auf.

Der familienrechtliche Bezug liegt darin, dass für den Behinderten auch ein Betreuer im Sinne der §§ 1896 ff. BGB bestellt war, wie dies bei geistig Behinderten (bzw. psychisch Kranken) häufig der Fall ist. Einem Betreuer steht Aufwendersersatz und, im Falle der berufsmäßigen Führung der Betreuung, auch eine Vergütung zu. Beide können aus der Staatskasse verlangt werden (vgl. § 1 Abs. 2 Satz 2 VBVG, § 1835 Abs. 4 Satz 1 BGB), wenn der Betreute als mittellos (vgl. § 1836d BGB) anzusehen ist. Letzteres wurde hier von der Staatskasse im Hinblick auf das (bescheidene) Sparvermögen, das die Testamentsvollstreckerin auf ein separates Konto des Behinderten angelegt hatte, bestritten.

2. Sozialrechtliche Mittellosigkeit bei pflichtwidriger Auszahlung durch Testamentsvollstrecker

Als mittellos gilt nach §§ 1836d, 1908i Abs. 1 Satz 1 BGB ein Betreuer, wenn er den Aufwendersersatz oder die Vergütung aus seinem einzusetzenden Einkommen oder Vermögen nicht oder nur zum Teil oder nur in Raten (Nr. 1) oder nur im Wege gerichtlicher Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen (Nr. 2) aufbringen kann. Welche Mittel einzusetzen sind, richtet sich nach § 1836c BGB. Vermögen ist

¹ BGH, Urteil vom 21.3.1990, IV ZR 169/89, BGHZ 111, 36 = MittBayNot 1990, 245 m. Anm. Reimann; Urteil vom 20.10.1993, IV ZR 231/92, MittBayNot 1994, 49 m. Anm. Reimann; Urteil vom 19.1.2011, IV ZR 7/10, MittBayNot 2012, 138 m. Anm. Spall.

gemäß § 1836c Nr. 2 BGB einzusetzen nach Maßgabe von § 90 SGB XII. Daraus folgt, dass das gesamte verwertbare Vermögen (vgl. § 90 Abs. 1 SGB XII) eingesetzt werden muss.

Im Hinblick auf einen erbrechtlichen Zuerwerb ist mittlerweile anerkannt, dass die Anordnung der Dauervollstreckung bewirkt, dass das hiervon erfasste Vermögen nicht verwertbar ist.² Dies beruht darauf, dass im Umfang der angeordneten Testamentsvollstreckung die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Erben (vgl. §§ 2211, 2205 BGB) und ein Zugriff der Eigengläubiger des Erben auf den Nachlass (vgl. § 2214 BGB) ausgeschlossen ist. Dies gilt jedoch nur, solange die Testamentsvollstreckung andauert. Endet die Testamentsvollstreckung, beispielsweise weil der einzige eingesetzte Testamentsvollstrecker stirbt, erhält der Erbe das Verwaltungs- und Verfügungsrecht am Nachlass. Dieser wird für ihn damit verwertbar. Gleiches gilt, wenn der Testamentsvollstrecker dem Erben Nachlassgegenstände gemäß § 2217 BGB freigibt, da mit der Freigabe sein Verwaltungsrecht daran erlischt (§ 2217 Abs. 1 Satz 2 BGB).

Die erbrechtlich spannende Frage, ob die Testamentsvollstreckerin im vorliegenden Fall mit der – eindeutig pflichtwidrigen – Auszahlung des Erbteils des Behinderten und Anlegen des Geldes auf einem separaten Konto das Geld im Sinne von § 2217 BGB „freigegeben“ hat, lässt der Familiensenat letztlich dahin stehen. Der BGH begründet die fortbestehende Mittellosigkeit vielmehr alternativ mit dem bereicherungsrechtlichen Anspruch des Testamentsvollstreckers auf Wiederherstellung des Verwaltungsrechts, der nach herrschender Meinung in der Literatur bei einer rechtsgrundlosen Freigabe, also einer ohne Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen des § 2217 Abs. 1 BGB, zusteht. Dabei legt der BGH in Bezug auf die fehlende Verwertbarkeit des Vermögens einen eher „großzügigen“ Maßstab an: Es wird zum Beispiel im Hinblick auf den bereicherungsrechtlichen Rückgewähranspruch nicht geprüft, ob der bereicherungsrechtliche Anspruch wegen Kenntnis der Nichtschuld gemäß § 814 BGB ausgeschlossen war. Dies beruhigt etwas, gibt es doch viel beachtete Entscheidungen anderer Gerichte aus den letzten Jahren, bei denen die erfolgte „Erbauseinandersetzung“ nach Entscheidung des Gerichts zu einem Wegfall der Testamentsvollstreckung und damit der Schutzfunktion des Behindertentestaments geführt haben soll (vgl. Beschluss des LG Kassel vom 17.10.2013,³ bei dem es allerdings nicht um eine gegenständliche Auseinandersetzung des Nachlasses bzw. Freigabe von Nachlassgegenständen durch den Testamentsvollstrecker, sondern um eine Erbteilsübertragung gegen Abfindung ging, an der der Testamentsvollstrecker gar nicht beteiligt war).

2 Vgl. LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 29.9.2009, L 8 SO 177/09 B ER, BeckRS 2010, 65824; BGH, Beschluss vom 27.3.2013, XII ZB 679/11, MittBayNot 2013, 390 m. Anm. *Tersteegen*.

3 3 T 342/13, ZEV 2014, 104 m. Anm. *Wirich*; vgl. dazu auch *Springmann*, ZEV 2014, 293; *Keim*, DNotZ 2014, 895; *G. Müller*, NotBZ 2017, 81.

3. Kein Anspruch gegen Testamentsvollstrecker auf Auskehrung bzw. Freigabe zur Begleichung der Betreuervergütung

Neben dem auf dem Konto vorhandenen Geldvermögen käme im vorliegenden Fall als verwertbares Vermögen allenfalls noch ein Anspruch gegenüber dem Testamentsvollstrecker auf Auskehrung der Erträge bzw. Freigabe der zu entrichtenden Betreuervergütung in Betracht. Dieser zählt nach ständiger Rechtsprechung des BGH⁴ ebenfalls zum Vermögen des Behinderten im Sinne von § 90 SGB XII. Ob ein solcher Anspruch bestehen sollte oder ob der Erblasser Vergütungsansprüche des Betreuers ausschließen wollte, muss durch Auslegung der vom Erblasser getroffenen Verwaltungsanordnungen im Sinne von § 2216 Abs. 2 BGB ermittelt werden.⁵ Diese Auslegung obliegt in erster Linie dem Tatrichter und ist nur eingeschränkt gerichtlich überprüfbar. Die bislang veröffentlichte Rechtsprechung ist bisweilen – vor allem bei relativ weitem Ermessensspielraum des Testamentsvollstreckers – zur Annahme gelangt, dass die Betreuervergütung aus dem Nachlass bestritten werden konnte.⁶ In der letzten⁷ wie auch der jetzigen Entscheidung wurden die Verwaltungsanordnungen des Erblassers dagegen eher restriktiv ausgelegt und die Betreuervergütung den staatlichen Leistungen (Sozialhilfe) gleichgestellt, bei denen kein Auskehrungsanspruch bestehen sollte.

4. Fazit

Die vorstehende BGH-Entscheidung ist in vollem Umfang zu begrüßen. Zum einen wird hiermit die ständige Rechtsprechung des Erbrechtssenats zur (fehlenden) Sittenwidrigkeit des Behindertentestaments bestätigt. Zum anderen wird die Mittellosigkeit des Behinderten durch Annahme fehlender Verwertbarkeit des Sparvermögens eher großzügig bejaht.

Die Entscheidung offenbart zugleich eine Lücke in vielen Behindertentestamenten und ist auch von daher für den Notar von Interesse: Die Frage, ob das Vermögen des Behinderten nach Willen des Erblassers für die Zahlung der Betreuervergütung zur Verfügung steht, sollte künftig besser nicht der Auslegung überlassen, sondern einer ausdrücklichen Regelung im Behindertentestament (bzw. Behindertenerbvertrag) zugeführt werden. Dabei erscheint mir die zum Teil in der Literatur pauschal empfohlene Ergänzung der an den Testamentsvollstrecker gerichteten Verwaltungsanordnungen dahin gehend, dass eine etwaige Betreuervergütung nicht aus dem verwalteten Vermögen bezahlt werden darf,⁸ nicht das Allheilmittel zu sein. Denn damit wird die Vergütung eines sog. Berufsbetreuers, die nach Einführung der Monatspauschalen ohnehin nicht sehr hoch ausfällt, noch

4 BGH, Beschluss vom 27.3.2013, XII ZB 679/11, MittBayNot 2013, 390 m. Anm. *Tersteegen*; BGH, Beschluss vom 1.2.2017, XII ZB 299/15, ZEV 2017, 267.

5 BGH, Beschluss vom 27.3.2013, XII ZB 679/11, MittBayNot 2013, 390 m. Anm. *Tersteegen*; BGH, Beschluss vom 1.2.2017, XII ZB 299/15, ZEV 2017, 267.

6 BGH, Beschluss vom 27.3.2013, XII ZB 679/11, MittBayNot 2013, 390 m. Anm. *Tersteegen*.

7 BGH, Beschluss vom 1.2.2017, XII ZB 299/15, ZEV 2017, 267.

8 So *Litzenburger*, FD-ErbR 2017, 387934.

weiter reduziert (da diese geringer ist, wenn sie aus der Staatskasse geschuldet ist).⁹ Dies mag manchen Berufsbetreuer von der Übernahme des Amtes abschrecken mit der Folge eines möglichen Qualitätsverlusts der Betreuung; dies widerspräche wiederum dem Wohl des Behinderten, um den es bei dem ganzen Gestaltungsmodell letztlich geht.

⁹ Vgl. nur BGH, Beschluss vom 1.2.2017, XII ZB 299/15, ZEV 2017, 26.

13. Ausschluss der elterlichen Vermögensverwaltung für vom Kind ererbtes Vermögen durch Verfügung von Todes wegen – Befugnis zur Ausschlagung der Erbschaft

BGH, Beschluss vom 29.6.2016, XII ZB 300/15 (Vorinstanz: OLG München, Beschluss vom 9.6.2015, 26 WF 1758/14)

BGB §§ 180, 1638 Abs. 1, § 1909 Abs. 1

LEITSATZ:

Der durch Verfügung von Todes wegen angeordnete Ausschluss der elterlichen Vermögensverwaltung für vom Kind ererbtes Vermögen umfasst auch die Befugnis zur Ausschlagung der Erbschaft. Die in einem solchen Fall von einem ausgeschlossenen Elternteil im Namen des Kindes erklärte Ausschlagung ist mangels Vertretungsmacht unwirksam.

SACHVERHALT:

1 I. Die Beteiligten streiten über die Anordnung einer Ergänzungspflegschaft wegen Beschränkung der elterlichen Sorge durch Testament.

2 Das betroffene Kind wurde im Mai 2008 als Sohn der nicht verheirateten Mutter M und Erblasser E geboren. Der Erblasser erkannte die Vaterschaft an, und die Eltern gaben Erklärungen über die gemeinsame elterliche Sorge ab.

3 Mit handschriftlichem Testament 2011 setzte der Erblasser seine Schwester S und seinen Sohn als Erben zu je 1/2 ein und ordnete Testamentsvollstreckung durch seine Schwester für den Fall an, dass der Sohn bei seinem Tod noch nicht das 25. Lebensjahr vollendet haben sollte. Ferner bestimmte der Erblasser, dass die Mutter von der Verwaltung sämtlicher Vermögensgegenstände, die der Sohn aufgrund des Testaments an dem Nachlass des Erblassers erwirbt, ausgeschlossen wird, falls der Sohn beim Tod des Erblassers noch nicht volljährig sein sollte.

4 Der Erblasser verstarb im Dezember 2013. Die Mutter erklärte im Namen des Sohnes die Ausschlagung der Erbschaft. Die Ausschlagung wurde familiengerichtlich genehmigt.

5 Im vorliegenden Verfahren hat das AG hinsichtlich des vom betroffenen Kind von Todes wegen erworbenen Vermögens Ergänzungspflegschaft angeordnet und die Schwester des Erblassers zur Ergänzungspflegerin bestellt. Dagegen hat die Mutter im Namen des Sohnes Beschwerde eingelegt. Das AG hat der Beschwerde teilweise abgeholfen und statt der Schwester des Erblassers die Rechtsanwältin R1 als Ergänzungspflegerin bestellt. Das OLG hat die Beschlüsse

des AG aufgehoben und Ergänzungspflegschaft wie folgt angeordnet: Für die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs hat es R1 und hinsichtlich der Verwaltung des gesamten Vermögens, das das Kind aufgrund des Todes des Erblassers erwirbt, die Rechtsanwältin R2 jeweils zur Ergänzungspflegerin bestellt.

6 Dagegen richtet sich die zugelassene Rechtsbeschwerde der Mutter, die sich gegen die Anordnung der Ergänzungspflegschaft für die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs und die diesbezügliche Pflegerbestellung wendet.

AUS DEN GRÜNDEN:

7 II. Die Rechtsbeschwerde führt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und zur Zurückverweisung der Sache an das OLG.

8 1. Die Rechtsbeschwerde ist ausweislich der Rechtsbeschwerdeschrift ausdrücklich im Namen der Mutter eingelegt worden und ist zulässig. Insbesondere ist die Mutter gegen die Anordnung der Ergänzungspflegschaft, die zugleich feststellt, dass insoweit die elterliche Vermögenssorge ausgeschlossen ist, nach § 59 Abs. 1 FamFG beschwerdeberechtigt, da durch den angefochtenen Beschluss in die elterliche Sorge als Bestandteil ihres Elternrechts nach Art. 6 Abs. 2 GG eingegriffen worden ist (vgl. Senatsbeschluss vom 5.3.2008, XII ZB 2/07, FamRZ 2008, 1156; MünchKomm-BGB/Huber, 6. Aufl., § 1638 Rdnr. 15). Dass die Mutter sich mit der Rechtsbeschwerde nur insoweit gegen die angeordnete Ergänzungspflegschaft wendet, als diese sich auf die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs bezieht, ist für eine Beeinträchtigung eigener Rechte ausreichend. Die Frage, ob die von der Mutter im Namen des Kindes erklärte Ausschlagung wirksam war und dadurch ein Pflichtteilsanspruch entstanden ist oder ob die Anordnung der Ergänzungspflegschaft wegen Fehlens eines Pflichtteilsanspruchs gegenstandslos ist, ist erst im Rahmen der Begründetheit zu prüfen.

9 2. Die Rechtsbeschwerde ist auch begründet.

10 a) Nach Auffassung des OLG ist die Vermögenssorge der Mutter aufgrund der testamentarischen Anordnung auch hinsichtlich der Geltendmachung eines Pflichtteilsanspruchs ausgeschlossen. Zwar habe der Sohn bei enger Auslegung der Anordnung den Pflichtteilsanspruch nicht aufgrund des Testaments erworben. Berücksichtige man jedoch den Sinn der Anordnung, die Mutter von der Verwaltung von Vermögenswerten des Nachlasses auszuschließen, zeige sich, dass die Formulierung weiter zu verstehen sei. Die Besorgnis des Erblassers, dass dem Kindesvermögen von der Mutter Schaden drohen könne, betreffe genauso Vermögenswerte, die dem Kind auf der Grundlage des Pflichtteilsanspruchs aus dem Nachlass zufließen würden.

11 Die Verwaltung der Vermögensgegenstände aus dem Nachlass im Sinne von § 1638 Abs. 1 BGB umfasse nicht nur die Anlage von aus dem Pflichtteilsanspruch zufließenden Werten. Vielmehr sei auch die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs einschließlich der Ermittlung seiner Höhe und einer eventuell notwendigen gerichtlichen Durchsetzung umfasst. Auch davon habe der Erblasser die Mutter ausschließen wollen.

12 b) Das hält rechtlicher Überprüfung nicht in jeder Hinsicht stand.

13 Gemäß § 1909 Abs. 1 BGB erhält, wer unter elterlicher Sorge oder unter Vormundschaft steht, für Angelegenheiten, an deren Besorgung die Eltern oder der Vormund verhindert sind, einen Pfleger. Er erhält insbesondere einen Pfleger zur Verwaltung des Vermögens, das er von Todes wegen erwirbt, wenn der Erblasser durch letztwillige Verfügung bestimmt hat, dass die Eltern oder der Vormund das Vermögen nicht verwalten sollen. Nach § 1638 Abs. 1 BGB erstreckt sich die Vermögenssorge nicht auf das Vermögen, welches das Kind von Todes wegen erwirbt, wenn der Erblasser durch letztwillige Verfügung bestimmt hat, dass die Eltern das Vermögen nicht verwalten sollen.

14 aa) Das OLG hat zutreffend darauf hingewiesen, dass § 1638 BGB auch den Pflichtteil umfasst und der Erblasser demzufolge insoweit die Möglichkeit hat, das elterliche Sorgerecht zu beschränken. Dass sich diese Befugnis auch auf den Pflichtteil bezieht, war im ersten Entwurf zum BGB noch ausdrücklich erwähnt (§ 1510 E I; vgl. Motive IV, S. 761). Zwar ist in der Gesetz gewordenen Fassung der Vorschrift nur noch allgemein der Erwerb von Todes wegen aufgeführt. Dies stellt aber keine sachliche Änderung dar. Die Streichung stand im Zusammenhang mit der für die Gütergemeinschaft geltenden Parallelnorm in § 1369 BGB (in der Fassung vom 1.1.1900). § 1369 BGB enthielt nach den Beratungen der zweiten Kommission eine Legaldefinition des Erwerbs von Todes wegen. Darunter fiel neben Erbfolge und Vermächtnis auch das als Pflichtteil erworbene Vermögen, sodass eine gesonderte Auf-führung von Vermächtnis und Pflichtteil in § 1638 BGB überflüssig geworden war. Dementsprechend geht die allgemeine Meinung in Rechtsprechung und Literatur davon aus, dass nach § 1638 BGB eine Beschränkung der elterlichen Sorge auch hinsichtlich des Pflichtteils möglich ist (vgl. OLG Hamm, FamRZ 1969, 662; *Staudinger/Heilmann*, Neub. 2016, § 1638 Rdnr. 7 m. w. N.). Auch die Rechtsbeschwerde stellt dies nicht in Frage.

15 bb) Im vorliegenden Fall ist allerdings ein Pflichtteilsanspruch des Kindes mangels wirksam erklärter Ausschlagung nicht entstanden. Der Mutter fehlte aufgrund der testamentarischen Anordnung des Erblassers die gesetzliche Vertretungsmacht, um im Namen des Kindes wirksam die Ausschlagung erklären zu können.

16 (1) Nach der überwiegenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur, der das OLG unausgesprochen gefolgt ist, wird die Ausschlagung der Erbschaft von der Beschränkung der Vermögenssorge in § 1638 Abs. 1 BGB nicht erfasst (OLG Karlsruhe, FamRZ 1965, 573 f.; OLG Düsseldorf, FamRZ 2007, 2091, 2093; KG, KGJ 48, 22; vgl. etwa auch *Staudinger/Heilmann*, § 1638 Rdnr. 7, 16 m. w. N.; MünchKomm-BGB/Huber, § 1638 Rdnr. 15; *Palandt/Götz*, 75. Aufl., § 1638 Rdnr. 2; BGB-RGRK/*Adelmann*, 12. Aufl., § 1638 Anm. 10; *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht, 6. Aufl., § 61 Rdnr. 5; *Ott*, NJW 2014, 3473, 3474).

17 Demgegenüber wird in der Literatur auch die Auffassung vertreten, die Anordnung nach § 1638 Abs. 1 BGB erfasse die Vermögenssorge hinsichtlich des Erbes insgesamt, sodass der Eiternteil insoweit von der gesetzlichen Vertretung ausgeschlossen sei und nur ein Pfleger das Erbe für den Minderjährigen ausschlagen könne (*Frenz*, DNotZ 1995, 908, 913 ff.;

Reimann in FS Hahne, S. 455, 458; BGB-RGRK/*Scheffler*, 10./11. Aufl., § 1638 Anm. 7; *Damrau*, Der Minderjährige im Erbrecht, Rdnr. 103; *Krug*, FPR, 2011, 268, 270).

18 Der BGH hat die Frage bislang offen gelassen (BGHZ 106, 96, 100 = NJW 1989, 984, 985). Im vorliegenden Fall ist sie – entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerdeerwiderung – entscheidungserheblich. Denn die Anordnung der Ergänzungspflegschaft bezüglich der Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs wäre bei Unwirksamkeit der Ausschlagung gegenstandslos und ungeachtet ihrer Wirkungslosigkeit schon zur Beseitigung des mit ihr verbundenen Rechtsscheins aufzuheben.

19 (2) Zutreffend ist die Auffassung, wonach den Eltern im Fall des Ausschlusses der Vermögenssorge gemäß § 1638 Abs. 1 BGB auch die gesetzliche Vertretung des Kindes bei der Ausschlagung der Erbschaft verwehrt ist. Gesetzliche Folge einer Beschränkung der elterlichen Sorge ist, dass die Vermögenssorge einschließlich der gesetzlichen Vertretung für das von Todes wegen erworbene Vermögen insgesamt ausgeschlossen ist (BGHZ 106, 96, 99 f. = NJW 1989, 984, 985). Dementsprechend fehlt es im Fall des § 1638 Abs. 1 BGB bei jeglichen auf das ererbte Vermögen bezogenen Willenserklärungen an der elterlichen Vertretungsmacht.

20 Das Ausschlagungsrecht ist wie die Erbschaft vermögensrechtlicher Natur und unterfällt folglich der Sorgerechtsbeschränkung nach § 1638 Abs. 1 BGB. Als Gestaltungsrecht gibt es dem Erben die Rechtsmacht, den eingetretenen Erbschaftsanfall durch einseitige Willenserklärung rückgängig zu machen (MünchKomm-BGB/*Leipold*, § 1942 Rdnr. 13). Eine Zuordnung der Ausschlagung einer Erbschaft zur Personensorge widerspräche dieser Rechtsnatur des Ausschlagungsrechts als auf die Erbschaft bezogenes und folglich vermögensrechtliches Gestaltungsrecht. Auch mit der Begründung, die Ausschlagung habe einen „starken persönlichen Bezug“ und sei ein dem Erben zustehendes „persönliches Recht“ (so *Staudinger/Heilmann*, § 1638 Rdnr. 16), lässt sich das Ausschlagungsrecht nicht der Personensorge zuordnen. Die Erwägung, dass sich der Antritt der Erbschaft über die wirtschaftliche Bedeutung hinaus „entscheidend“ auf die persönlichen Verhältnisse des Kindes auswirken könne (OLG Karlsruhe, FamRZ 1965, 573, 574), steht dem ebenso wenig entgegen wie der Umstand, dass die Entscheidung über Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft mehr oder weniger von persönlichen Motiven beeinflusst sein mag. Die Motivation liegt außerhalb des rechtsgeschäftlichen Tatbestands und kann für dessen Einordnung nicht maßgeblich sein. Die Ausschlagung hat als Willenserklärung für das Kind dementsprechend keine personenrechtlichen, sondern vermögensrechtliche Folgen und ist daher der Vermögenssorge zuzuordnen (zutreffend *Frenz*, DNotZ 1995, 908, 913 f.).

21 Dass sich die Anordnung nach § 1638 Abs. 1 BGB regelmäßig auch auf die Ausschlagung bezieht, wird zudem nicht dadurch in Frage gestellt, dass in § 1638 Abs. 1 BGB und § 1909 Abs. 2 Satz 2 BGB von der Verwaltung des Vermögens die Rede ist. Daher greift das Argument nicht durch, dass eine Verwaltung im Fall der Ausschlagung gerade abgelehnt werde und die Ausschlagung im Vorfeld der Verwaltung liege (so OLG Karlsruhe, FamRZ 1965, 573, 574; OLG Düssel-

dorf, FamRZ 2007, 2091, 2093; *Staudinger/Heilmann*, § 1638 Rdnr. 7, 16; *Ott*, NJW 2014, 3473, 3474). Es spricht bereits vieles dafür, dass durch den Begriff der Verwaltung die Ausübung der Vermögenssorge umschrieben werden soll (vgl. BayObLG, OLGE 30, 78). Davon abgesehen hat der Ausschluss von der Vermögensverwaltung durch letztwillige Verfügung aber in jedem Fall zur Folge, dass die elterliche Sorge bezüglich des von Todes wegen erworbenen Vermögens in vollem Umfang ausgeschlossen ist (BGHZ 106, 96, 99 f. = NJW 1989, 984). Da der Ausschluss bereits mit dem Anfall der Erbschaft wirksam wird, fehlt den Eltern in Bezug auf die Erbschaft von Anfang an die elterliche Sorge und mit dieser auch die gesetzliche Vertretungsmacht, um mit Wirkung für das Kind rechtsgeschäftlich handeln zu können (*Frenz*, DNotZ 1995, 908, 913).

22 Das Elternrecht steht dieser Auslegung nicht entgegen. Dass durch die Verfügung von Todes wegen in das Elternrecht eingegriffen wird, entspricht vielmehr dem Zweck des § 1638 BGB, der das dem Kind von Todes wegen zugeflossene Vermögen dem Einfluss der Eltern gerade entziehen soll. Würde den Eltern mit der Befugnis zur Ausschlagung ausgerechnet die Möglichkeit zur Verfügung stehen, dem Kind die Erbschaft insgesamt zu nehmen, so stünde dies im direkten Widerspruch zu der gesetzlichen Zielsetzung. Die Eltern hätten dann beispielsweise nicht die Befugnis, ein geerbtes Grundstück zu veräußern, wohl aber die viel weiterreichende Möglichkeit, durch Ausschlagung die Erbschaft selbst rückgängig zu machen. Die gegenläufige Argumentation, der Ausschluss der elterlichen Vermögenssorge von der Verwaltung (im engeren Sinne) greife weit weniger in das Elternrecht ein als der Ausschluss von Ausschlagung und Annahme (so *Staudinger/Heilmann*, § 1638 Rdnr. 16), setzt das zu Begründende, nämlich die Verschiedenartigkeit von Ausschlagung und sonstiger Verwaltung im Hinblick auf die Vermögenssorge, voraus und läuft letztlich darauf hinaus, dass die offenbar als zu weitreichend empfundene Regelung in § 1638 Abs. 1 BGB nicht in vollem Umfang angewendet werden soll. Die Vorschrift hat indessen den Ausschluss der gesamten Vermögenssorge bezüglich des Erwerbs von Todes wegen zur Folge und schließt damit den Ausschluss der elterlichen Vertretungsmacht für die Ausschlagung als auf die Erbschaft bezogene Willenserklärung mit ein.

23 Verfassungsrechtliche Bedenken gegen den auf das ererbte Vermögen beschränkten Ausschluss der elterlichen Sorge bestehen nicht. Denn der Sorgerechtsausschluss bezieht sich allein auf das ererbte (Sonder-)Vermögen. Dieses unterliegt aber kraft der in § 1638 BGB getroffenen Regelung auch insoweit der Disposition des Erblassers, als er im nach seiner subjektiven Einschätzung beurteilten Interesse des bedachten Kindes die Vertretungsmacht der Eltern oder eines Elternteils nicht zur Entstehung kommen lassen und damit eine mit der Anordnung einer Testamentsvollstreckung vergleichbare Wirkung erzielen kann (vgl. auch Senatsbeschluss vom 5.3.2008, XII ZB 2/07, FamRZ 2008, 1156). Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Regelung werden von der Rechtsbeschwerde auch nicht geltend gemacht.

24 (3) Die von den Eltern im Namen des Kindes erklärte Ausschlagung kann als einseitiges Rechtsgeschäft nur bei beste-

hender Vertretungsmacht wirksam werden (vgl. § 180 BGB; *Staudinger/Schilken*, Neub. 2014, § 180 Rdnr. 1, 11). Da eine Genehmigung der ohne Vertretungsmacht erklärten Ausschlagung nicht möglich ist, ist die im vorliegenden Fall von der Mutter erklärte Ausschlagung unwirksam. Dass die Ausschlagung vom Familiengericht genehmigt worden ist, vermag den Mangel der Vertretungsmacht schließlich nicht zu heilen.

25 cc) Der angefochtene Beschluss ist daher aufzuheben. Ein Pflichtteilsanspruch ist mangels einer wirksamen Ausschlagung nicht entstanden. Auch wenn die Anordnung der Ergänzungspflegschaft für die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs deswegen ins Leere geht, ist deren Aufhebung schon zur Beseitigung des mit ihr verbundenen unrichtigen Rechts Scheins geboten.

26 Zur Klarstellung ist auch die Anordnung der Ergänzungspflegschaft zur Verwaltung des Vermögens, das das Kind von Todes wegen erwirbt, aufzuheben. Die Entscheidung des OLG kann ebenfalls insoweit keinen Bestand haben. Denn mit der Formulierung in der Gegenwartsform („erwirbt“) ist ersichtlich nicht der Vermögenserwerb durch Erbfolge, sondern das durch Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs zufließende Vermögen gemeint. Diese Auslegung stimmt damit überein, dass das OLG von der Wirksamkeit der Ausschlagung ausgegangen ist. Sie kann damit nicht in die Anordnung der Ergänzungspflegschaft bezüglich des vom Kind erworbenen Nachlassanteils umgedeutet werden.

(...)

ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Christoph Suttman**, LL.M.
(Columbia), Hof

1. Zum Sachverhalt

In dem Beschluss ging es unmittelbar um die Frage der Anordnung einer Ergänzungspflegschaft für die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs eines minderjährigen Kindes, mittelbar um die vom BGH als entscheidungserheblich angesehene Vorfrage, ob die Eltern (hier: ein Elternteil) die Ausschlagung einer Erbschaft wirksam erklären können, wenn sie durch Verfügung von Todes wegen gemäß § 1638 Abs. 1 BGB von der Verwaltung des ererbten Vermögens ausgeschlossen sind. Im entschiedenen Fall hatte der Erblasser, Vater des minderjährigen Kindes, testamentarisch verfügt, dass die Mutter von der Verwaltung sämtlicher Vermögensgegenstände, die das Kind aufgrund des Testaments an dem Nachlass des Erblassers erwirbt, ausgeschlossen sein sollte. Die Mutter hatte gleichwohl – mit familiengerichtlicher Genehmigung – die Ausschlagung der Erbschaft namens des Kindes erklärt. Nunmehr ging es um die Anordnung von Ergänzungspflegschaft für die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs.

2. Zur Entscheidung des BGH

Der BGH hebt die Entscheidung der Vorinstanz auf und hält eine Pflegerbestellung für unnötig mit der Begründung, die Ausschlagung der Erbschaft durch die Mutter sei wegen

fehlender Vertretungsmacht nicht wirksam gewesen, sodass ein Pflichtteilsanspruch derzeit nicht entstanden sei. Dabei trifft er grundlegende Aussagen zur Frage des Umfangs der elterlichen Sorge im Bereich des ererbten Vermögens minderjähriger Kinder.

a) § 1638 BGB umfasst auch den Pflichtteil

Einerseits und eher beiläufig bestätigt der BGH die wohl bislang bereits allgemeine Meinung, dass die Anordnung des Ausschlusses von der Vermögenssorge durch Verfügung von Todes wegen sich auch auf die Geltendmachung des Pflichtteils erstreckt.¹ Insoweit ist die Entscheidung nicht überraschend, sondern sorgt in diesem Punkt für erfreuliche Klarheit.

b) § 1638 BGB umfasst auch die Erklärung der Ausschlagung

Bislang nicht der herrschenden Meinung entspricht die Feststellung des BGH, dass sich ein Ausschluss von der Vermögenssorge nach § 1638 Abs. 1 BGB auch auf die Vorfrage der Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft namens des minderjährigen Kindes erstreckt;² dies hatte die bislang herrschende Meinung anders gesehen.³ Der BGH begründet seine Auffassung im Wesentlichen mit dem Hinweis auf die vermögensrechtliche Natur der Ausschlagung und eine weite Auslegung des Begriffs der „Verwaltung“ in § 1638 Abs. 1 BGB. Der Begriff der Verwaltung sei gleichzusetzen mit „Vermögenssorge“; die Anordnung des Ausschlusses der Verwaltung führe dazu, dass den Eltern die Vermögenssorge insoweit insgesamt nicht zustehe. Auch das Ausschlagungsrecht sei vermögensrechtlicher Natur, sodass dieses vom Ausschluss der Verwaltung umfasst sei.

3. Rezeption und Kritik

Der Beschluss des BGH ist im bislang hierzu vorliegenden Schrifttum überwiegend auf Kritik⁴, aber auch auf Zustimmung⁵ gestoßen. Wenn die Entscheidung für die Praxis auch aufgrund der mit ihr eröffneten Gestaltungsmöglichkeiten begrüßenswert sein mag (dazu sogleich), so leidet sie inhaltlich an einer gewissen Begründungsschwäche.⁶ Insbesondere der Wortlaut von § 1638 Abs. 1 BGB spricht dafür, dass lediglich das aufgrund Annahme des Zugewendeten erworbene Vermögen der elterlichen Verwaltung entzogen werden kann. Dies vermag auch der BGH nicht überzeugend zu widerlegen.

Die praktischen Konsequenzen bei Ausschlagungserklärungen sind zudem nicht so minderjährigenfreundlich, wie dies vielleicht auf den ersten Blick erscheinen mag. Nach der bislang herrschenden Meinung hätten zwar die Eltern über die Frage der Ausschlagung der Erbschaft zu entscheiden gehabt, ihre Entscheidung hätte aber im Regelfall⁷ der Kontrolle durch das Familiengericht unterlegen (§ 1643 Abs. 2 BGB).⁸ Nach der nunmehr vom BGH gefundenen Rechtslage wäre für die Entscheidung über die Erbausschlagung stets ein Pfleger zu bestellen.⁹ Die Person des Pflegers kann vom Erblasser vorgegeben werden, § 1909 Abs. 1 Satz 2, § 1917 Abs. 1 BGB.¹⁰ Dessen Entscheidung, die Ausschlagung nicht zu erklären, bedarf indes keiner gerichtlichen Kontrolle. Hier ist der Minderjährige möglicherweise auf Schadensersatzansprüche nach § 1915 Abs. 1, § 1833 BGB beschränkt, die allerdings eine – jedenfalls bei einem werthaltigen Nachlass ggf. schwer darzulegende und zu beweisende – schuldhaftige Pflichtverletzung voraussetzen.¹¹

4. Konsequenzen der Entscheidung für die Praxis

Die Entscheidung wirft für Praktiker im Wesentlichen zwei Fragen auf, nämlich einerseits zur zukünftigen Handhabung (dazu a), andererseits zur Handhabung bereits abgeschlossener Fälle (dazu b).

a) Künftiger Umgang mit § 1638 BGB

aa) Auswirkungen auf die Gestaltung von Verfügungen von Todes wegen

In der praktischen Umsetzung bei der Gestaltung von Verfügungen von Todes wegen sollte künftig einerseits klargestellt werden, dass ein Ausschluss nach § 1638 Abs. 1 BGB sich ausdrücklich auch auf die Frage der Annahme oder Ausschlagung beziehen soll. Zwar scheint der BGH davon auszugehen, dass dies im Zweifel anzunehmen ist.¹² Eine Klarstellung ist jedoch zur Vermeidung von Zweifeln bei der Auslegung empfehlenswert:

... entziehe ich die Befugnis zur Verwaltung des von mir ererbten Vermögens einschließlich der Entscheidung über die Annahme und Ausschlagung der Erbschaft.

Andererseits eröffnet die Entscheidung für die Gestaltung von Verfügungen von Todes wegen in „Problemsituationen“, insbesondere bei sog. „Geschiedenentestamenten“¹³, eine größere Rechtssicherheit. Denn für den Testator ist nunmehr

1 So auch bislang z. B. MünchKomm-BGB/Huber, 6. Aufl. 2016, § 1638 Rdnr. 3; BeckOK-BGB/Veit, Stand: 1.2.2017, § 1638 Rdnr. 2.
 2 Wellenhofer, JuS 2017, 555.
 3 MünchKomm-BGB/Huber, § 1638 Rdnr. 15; BeckOK-BGB/Veit, § 1638 Rdnr. 5; jurisPK-BGB/Hamdan, 8. Aufl. 2016, § 1638 Rdnr. 6; wohl auch Ott, NJW 2014, 3473, 3474; Ott, NZFam 2016, 930, 932; anders auch bislang vor allem Frenz, DNotZ 1995, 908, 913 f.
 4 Muscheler, ZEV 2017, 36.
 5 Tomfort, NZFam 2017, 954; Löhnig, JA 2016, 867, 868.
 6 A. A. Ott, BWNNotZ 2016, 171, 172.

7 Ausnahmefälle sind zwar denkbar, aber praktisch ausgeschlossen, wenn eine Anordnung nach § 1638 Abs. 1 BGB getroffen wird.
 8 Zutreffend Ott, BWNNotZ 2016, 171, 172.
 9 Ott, BWNNotZ 2016, 171, 172, der in diesem Zusammenhang auch auf die hiermit ggf. verbundenen Kosten hinweist.
 10 Wellenhofer, JuS 2017, 555, 556.
 11 MünchKomm-BGB/Kroll-Ludwigs, 7. Aufl. 2017, § 1833 Rdnr. 3 f.; HK-BGB/Kemper, 9. Aufl. 2017, § 1833 Rdnr. 3, 5.
 12 „Dass sich die Anordnung nach § 1638 Abs. 1 BGB regelmäßig auch auf die Ausschlagung bezieht (...)“, Tz. 21 der Entscheidung.
 13 Vgl. Müller, NotBZ 2016, 462, 463; Becker, notar 2017, 185.

sichergestellt, dass der gesetzliche Vertreter des Erben (zum Beispiel der geschiedene Ehegatte) bei entsprechender Anordnung gemäß § 1638 Abs. 1 BGB über die Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft nicht entscheiden kann.¹⁴ Benennt der Erblasser darüber hinaus gemäß § 1909 Abs. 1 Satz 2, § 1917 Abs. 1 BGB die Person des Pflegers selbst, so ist hierdurch sichergestellt, dass eine vom Erblasser benannte Person anstelle des gesetzlichen Vertreters die Entscheidung über die Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft trifft. Die (zum Teil mit Anordnung von Testamentsvollstreckung und Vor- und Nacherbfolge aufwendige) Gestaltung einer Verfügung von Todes wegen lässt sich künftig damit nicht mehr über § 2306 Abs. 1 BGB ohne Weiteres durch Ausschlagung unterlaufen. Dies stärkt den Grundsatz der Testierfreiheit.

bb) Auswirkung auf die Gestaltung von Ausschlagungserklärungen

Hinsichtlich der künftigen Gestaltung von Ausschlagungserklärungen wird als Konsequenz der Entscheidung dazu geraten, nunmehr Eltern, die Ausschlagungen für ihre minderjährigen Kinder erklären, versichern zu lassen, dass keine Entziehung der Vermögenssorge nach § 1638 BGB durch den Erblasser angeordnet ist.¹⁵ In diesem Zusammenhang ist zunächst fraglich, ob den Notar bei der in der Regel in der Form der bloßen Unterschriftsbeglaubigung durchgeführten Erbausschlagung Prüfungs- und Belehrungspflichten (etwa nach §§ 12, 17 BeurkG) treffen. Dies ließe sich unter Verweis auf § 40 Abs. 2 BeurkG durchaus bereits grundsätzlich verneinen.

Geht man davon aus, dass bei einer Unterschriftsbeglaubigung mit Entwurfserfertigung die Regelungen der §§ 6 ff. BeurkG entsprechende Anwendung finden,¹⁶ so folgt aus der Entscheidung des BGH allerdings auch keine völlige Umstellung der bisherigen Praxis: Da der Notar nach § 17 BeurkG zur umfassenden Sachverhaltsklärung verpflichtet ist, dürfte es sich empfehlen, nicht nur einen möglichen Ausschluss der Vermögenssorge nach § 1638 BGB zu thematisieren. Denn auch außerhalb des Anwendungsbereiches von § 1638 BGB können Gründe vorliegen, aus denen die Eltern zur Vertretung des minderjährigen Kindes nicht befugt sind, etwa bei einem auf gerichtlicher Anordnung beruhenden Entzug der elterlichen Sorge nach § 1666 BGB. Diese Frage konnte sich auch bisher stellen, sodass sich durch die Entscheidung des BGH allenfalls ein weiterer Teilaspekt ergeben hat. Es genügt daher wie bisher, bei Ausschlagungserklärungen mit den Eltern ein mögliches Fehlen der Vermögenssorge zu thematisieren und zur Dokumentation eine entsprechende Negativerklärung der Eltern aufzunehmen. Weitere Nachweise zur Vertretungsberechtigung der Eltern sind auch künftig nicht erforderlich,¹⁷ da der Notar sich insoweit auf die Angaben der Beteiligten verlassen darf.¹⁸

¹⁴ Adamus, jurisPR-FamR 22/2016 Anm. 7.

¹⁵ Becker, notar 2017, 185.

¹⁶ In diesem Sinne Winkler, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 40 Rdnr. 48.

¹⁷ Vgl. Winkler, BeurkG, § 12 Rdnr. 11.

¹⁸ Vgl. Winkler, BeurkG, § 17 Rdnr. 213.

b) Umgang mit vergangenen Fällen

Das weitaus größere Problem könnte sich bei der Frage ergeben, wie mit Fällen aus der Vergangenheit umzugehen ist. Hier stellt sich insbesondere die Frage, ob in der Vergangenheit durch Eltern erklärte, vom Familiengericht genehmigte Ausschlagungen nun generell auf ihre Wirksamkeit zu prüfen sind.¹⁹ Jedenfalls die gerichtliche Genehmigung allein führt nicht zur Wirksamkeit der wegen § 180 BGB unheilbar nichtigen Ausschlagung.²⁰ Eine grundsätzliche Verpflichtung für Notare, nunmehr ihre Urkundensammlungen nach Altfällen zu durchforsten, kann dennoch nicht bestehen. Eine allgemeine Verpflichtung zur Recherche nach relevanten Vorgängen in der Urkundensammlung besteht ohnehin nicht.²¹ Im Übrigen widerspricht die Entscheidung des BGH der bisherigen obergerichtlichen Rechtsprechung und nahezu einhelligen Auffassung im Schrifttum. Selbst die notarrechtliche Spezialliteratur ging bislang davon aus, dass das Ausschlagungsrecht der Eltern durch eine Anordnung nach § 1638 BGB nicht beeinträchtigt werde.²²

Für eine Notarhaftung ist in der Regel darüber hinaus zudem kein Raum, da es an einem pflichtgemäßen Alternativverhalten fehlt: Der Notar hätte allenfalls die Eltern bei Erklärung der Ausschlagung auf die Möglichkeit der Unwirksamkeit und der Notwendigkeit einer Pflegerbestellung hinweisen können. Ob dieser Weg beschritten worden wäre und ob der bestellte Pfleger ebenfalls ausgeschlagen hätte, dürfte in den meisten Fällen jedoch unklar sein. Zudem bestünde ggf. für den nach wie vor ausschlagungswilligen Erben die Möglichkeit einer Anfechtung der Fristversäumung nach § 1956 BGB.²³

¹⁹ Vgl. Wellenhofer, JuS 2017, 555, 556.

²⁰ jurisPK-BGB/Weinland, 8. Aufl. 2017, § 180 Rdnr. 5.

²¹ BGH, Urteil vom 29.11.1990, IX ZR 94/90, NJW-RR 1991, 515, 516 f.; OLG Koblenz, Beschluss vom 30.9.2015, 1 U 257/15, notar 2016, 20.

²² Etwa Würzburger Notarhandbuch/Baumann, 4. Aufl. 2015, Teil 4 Kap. 2 Rdnr. 158.

²³ Becker, notar 2017, 185.

14. Ergänzende Testamentsauslegung hinsichtlich eines Vorausvermächtnisses bei tatsächlicher Änderung der Vermögensverhältnisse

OLG Hamburg, Urteil vom 22.12.2016, 2 U 10/16

BGB §§ 133, 2078, 2150

LEITSATZ:

Bei der Auslegung eines jeden Testaments ist der wirkliche Wille des Erblassers zu erforschen. Dabei darf sich der Tatrichter nicht auf eine Analyse des Wortlauts beschränken, sondern muss auch alle ihm zugänglichen Umstände außerhalb des Testaments auswerten, die zur Aufdeckung des Erblasserwillens beitragen können. Sol-

che Umstände können vor oder auch nach der Errichtung des Testamentes liegen. Abzustellen ist zwar stets auf den Willen des Erblassers zur Zeit der Testamentserrichtung; danach eingetretene Umstände können aber von Bedeutung sein, soweit sie Rückschlüsse auf diesen Willen zulassen. Dabei muss der ermittelte Wille des Erblassers im Testament wenigstens einen unvollkommenen Ausdruck gefunden haben, indem er dort zumindest angedeutet ist.

SACHVERHALT:

Die Parteien sind Miterben nach der verstorbenen Erblasserin. Diese hatte mit notariellem Testament 1999 ihre Abkömmlinge jeweils nach Stämmen zu jeweils $\frac{1}{3}$ als Erben eingesetzt. Weiterhin ging die Erblasserin davon aus, dass sich bei ihrem Tode ihre beiden Eigentumswohnungen in Hamburg und Travemünde in ihrem Nachlass befinden würden. Für diesen Fall hat sie angeordnet, dass die Eigentumswohnung in Hamburg der Kläger und ihre weitere Tochter T und die Eigentumswohnung in Travemünde die Beklagten, die beiden Kindern ihrer vorverstorbenen Tochter U, erhalten sollten und zwar jeweils ohne Wertausgleich, wobei sie weiter verfügt hat, dass an allen restlichen Vermögenswerten die Erben entsprechend ihren Erbanteilen beteiligt sein sollen. Die Eigentumswohnung in Hamburg veräußerte die Erblasserin im weiteren Verlauf zur Deckung von Heim- und Pflegekosten. Mit maschinenschriftlichem Testament 2011 versuchte die Erblasserin, ihre Verfügung von Todes wegen anzupassen. Streitig ist, ob es sich bei der Verfügung im notariellen Testament 1999 um ein Vorausvermächtnis oder eine Teilungsanordnung handelte. Der Kläger begehrt die Feststellung, dass die Miterben im Rahmen der Erbauseinandersetzung nicht verpflichtet seien, die Eigentumswohnung ohne Wertausgleich zu übereignen, mithin dass eine Teilungsanordnung vorlag. (Sachverhaltszusammenfassung der Schriftleitung)

AUS DEN GRÜNDEN:

12 II. Die zulässige Berufung des Klägers ist begründet.

13 Der Kläger hat ein Interesse an der begehrten Feststellung. Es fehlt nicht an der erstrebten Feststellung eines Rechtsverhältnisses. Der Kläger möchte mit seiner Klage festgestellt wissen, ob die Mitglieder der Erbengemeinschaft verpflichtet sind, im Rahmen einer künftigen Erbauseinandersetzung die Zustimmung zu erteilen zur Übertragung der Eigentumswohnung in Travemünde allein auf die Beklagten. Erhebt ein Miterbe zum Zweck der Auseinandersetzung Klage auf Feststellung einzelner Streitpunkte und dient – wie vorliegend – eine solche Feststellung einer sinnvollen Klärung der Grundlagen der Erbauseinandersetzung, dann ist die Klage zulässig (vgl. BGH, FamRZ 1990, 1112 f.).

(...)

17 Der Feststellungsantrag ist begründet.

18 Die Beklagten sind nicht berechtigt, von den übrigen Miterben die Übereignung der zum Nachlass gehörenden Eigentumswohnung in Travemünde ohne Wertausgleich zu verlangen.

19 Die Erblasserin hat in ihrem notariellen Testament 1999 zunächst ihre Abkömmlinge jeweils nach Stämmen zu jeweils $\frac{1}{3}$ als Erben eingesetzt. Weiterhin ging die Erblasserin davon aus, dass sich bei ihrem Tode ihre beiden Eigentumswohnungen in ihrem Nachlass befinden würden. Für diesen Fall hat sie angeordnet, dass die Eigentumswohnung in Hamburg der

Kläger und ihre weitere Tochter T und die Eigentumswohnung in Travemünde die Beklagten, die beiden Kindern ihrer vorverstorbenen Tochter U, erhalten sollten und zwar jeweils ohne Wertausgleich, wobei sie weiter verfügt hat, dass an allen restlichen Vermögenswerten die Erben entsprechend ihren Erbanteilen beteiligt sein sollen.

20 Diese Anordnungen der Erblasserin, wonach die Miterben jeweils einen bestimmten Nachlassgegenstand ohne Wertausgleich erhalten sollen, beinhaltet neben einer Teilungsanordnung ein Vorausvermächtnis gemäß § 2150 BGB für diejenigen Erben, denen die werthöhere Eigentumswohnung zugewiesen worden ist hinsichtlich des Mehrwertes (vgl. Palandt/Weidlich, 75. Aufl., § 2048 Rdnr. 5).

21 Die Vorstellungen der Erblasserin über ihr Nachlassvermögen bei Errichtung ihres Testaments 1999 haben sich im Zeitpunkt ihres Todes als unzutreffend herausgestellt, da sie ihre Eigentumswohnung in Hamburg zu Lebzeiten verkaufen musste. Ihr Wille, wonach unabhängig von dem übrigen Nachlassvermögen die Beklagten als Kinder ihrer vorverstorbenen Tochter U die eine Eigentumswohnung und ihre beiden anderen Kinder jeweils zur Hälfte die andere Eigentumswohnung ohne gegenseitigen Wertausgleich erhalten sollten, konnte damit nicht mehr umgesetzt werden.

22 Es stellt sich daher die Frage, wie die Erblasserin testiert hätte, wenn sie diese Entwicklung vorausgesehen hätte.

23 Insbesondere die in ihrem formunwirksamen Testament 2011 getroffene Äußerung, ihre Testamentsänderung stehe im Zusammenhang mit der Veräußerung ihrer Eigentumswohnung in Hamburg und berücksichtige die neue Situation, legt es nahe, dass die Erblasserin bei Kenntnis der Sachlage zum Zeitpunkt der Errichtung ihres notariellen Testaments im Jahr 1999 nicht so testiert hätte wie geschehen. Ihre letztwilligen Verfügungen sind daher ergänzend auszulegen.

24 Die Auslegung der letztwilligen Verfügung geht einer Anfechtung nach § 2078 BGB vor (vgl. Palandt/Weidlich, § 2078 Rdnr. 1; MünchKomm-BGB/Leipold, 6. Aufl., § 2078 Rdnr. 11; BGH, LM § 2100 BGB Nr. 1).

25 Bei der Auslegung eines jeden Testaments ist der wirkliche Wille des Erblassers zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften (§ 133 BGB). Dabei darf sich der Richter nicht auf eine Analyse des Wortlauts beschränken, sondern muss auch alle ihm zugänglichen Umstände außerhalb des Testaments auswerten, die zur Aufdeckung des Erblasserwillens beitragen können. Hierbei geht es nicht um die Ermittlung eines von der Erklärung losgelösten Willens, sondern um die Klärung der Frage, was der Erblasser mit seinen Worten sagen wollte. Dem liegt die Erkenntnis zugrunde, dass der Sprachgebrauch nicht immer so exakt ist oder sein kann, dass der Erklärende mit seinen Worten genau das unmissverständlich wiedergibt, was er zum Ausdruck bringen wollte. Gerade deshalb ordnet § 133 BGB an, den Wortsinn der benutzten Ausdrücke unter Heranziehung aller Umstände zu „hinterfragen“. Nur dann kann die Auslegung der Erklärung durch den Richter gerade die Bedeutung auffinden und ihr die rechtliche Wirkung zukommen lassen, die der Erklärende seiner Willenserklärung „wirklich“ beilegen wollte. Der Erblasserwille geht, wenn er feststeht und formgerecht erklärt

ist, jeder anderen Interpretation vor. Zur Ermittlung des Inhalts der testamentarischen Verfügungen ist der gesamte Inhalt der Testamentsurkunde einschließlich aller Nebenumstände, auch solcher außerhalb des Testaments, heranzuziehen und zu würdigen (vgl. BGH, FamRZ 1987,475 ff., 476; BGH, NJW 1993, 256). Solche Umstände können vor oder auch nach der Errichtung des Testaments liegen. Dazu gehört das gesamte Verhalten des Erblassers, seine Äußerungen und Handlungen (*Palandt/Weidlich*, § 2084 Rdnr. 2; OLG Hamm, FamRZ 2014, 1664). Abzustellen ist zwar stets auf den Willen des Erblassers zur Zeit der Testamenterrichtung; danach eingetretene Umstände können aber von Bedeutung sein, soweit sie Rückschlüsse auf diesen Willen zulassen (vgl. *Palandt/Weidlich*, § 2084 Rdnr. 2). Kann sich der Richter auch unter Auswertung aller Umstände von dem tatsächlich vorhandenen wirklichen Willen des Erblassers nicht überzeugen, muss er sich mit dem Sinn begnügen, der dem Erblasserwillen mutmaßlich am ehesten entspricht, wobei auch Auslegungsregeln eingreifen können (vgl. BayObLG, FamRZ 2000, 983 ff., 984). Dabei muss der ermittelte Wille des Erblassers im Testament wenigstens einen unvollkommenen Ausdruck gefunden haben, indem er dort zumindest angedeutet ist (vgl. *Palandt/Weidlich*, § 2084 Rdnr. 4).

26 Der Senat ist aufgrund der durchgeführten Beweisaufnahme davon überzeugt, dass die Erblasserin auch bereits bei Abfassung ihres Testaments 1999 den Willen gehabt hat, ihre Abkömmlinge, das heißt den Kläger, dessen Schwester T und anstelle der vorverstorbenen Tochter U deren Kinder, die Beklagten, grundsätzlich gleich zu bedenken.

27 Der Zeuge ..., der die Erblasserin 2002 kennengelernt hatte im Zusammenhang der Heirat seines Sohnes mit der Beklagten zu 1., war ein enger Vertrauter der Erblasserin und hat für diese seit 2008 deren finanziellen Angelegenheiten abgewickelt. Es ist daher glaubhaft und nachvollziehbar, wenn der Zeuge angibt, die Erblasserin habe mit ihm über ihre Wertvorstellungen hinsichtlich ihrer beiden Eigentumswohnungen gesprochen und diese sei davon ausgegangen, dass die Wohnung in Hamburg in etwa den doppelten Wert habe wie die Wohnung in Travemünde. Der Senat hat keinerlei Zweifel an der Richtigkeit der weiteren Aussage des Zeugen, wonach die Erblasserin mit ihm über den Inhalt ihres 1999 errichteten Testaments und deren Beweggründe für die von ihr getroffenen Verfügungen gesprochen hat. Danach hatte die Erblasserin den Willen, ihr vorhandenes Vermögen auf ihre beiden noch lebenden Kinder sowie die Kinder ihrer vorverstorbenen Tochter U – somit nach Stämmen – gleichmäßig zu verteilen. Nach der Aussage des Zeugen hat die Erblasserin, nachdem sie aus gesundheitlichen Gründen in eine Seniorenresidenz hat umziehen und zur Finanzierung dieser Kosten ihre bis dahin selbst bewohnte Eigentumswohnung in Hamburg hat verkaufen müssen, gesehen, dass der durch diese Wohnung repräsentierte Wert immer weiter abschnolzte und sich daraus ein Ungleichgewicht hinsichtlich der Werte ergab, die sie den einzelnen Personen hat zuwenden wollen. Aus diesem Grund hat der Zeuge auf deren Bitte den ihm gegenüber von der Erblasserin geäußerten angepassten letzten Willen am Computer aufgeschrieben und ausgedruckt. Sowohl die Erblasserin wie auch der Zeuge gingen davon aus, dass dieser auf den 1.2.2011 datierte und von der Erblasserin – sowie von den

Eheleuten ... – unterschriebene Ausdruck ein wirksames Testament der Erblasserin darstellt.

28 In diesem formunwirksamen Testament hat die Erblasserin das Motiv für die von ihr gewollte Änderung der Zuweisung der Eigentumswohnung in Travemünde angegeben, nämlich die durch die Veräußerung der Eigentumswohnung in Hamburg sich ergebende neue Situation, die darin bestand, dass nunmehr ihre beiden Kinder sowie die Kinder ihrer verstorbenen Tochter U nicht mehr in gleicher Weise bedacht wären, wenn ihren beiden Enkelkindern ohne Wertausgleich die Wohnung in Travemünde zukommen würde. Denn die Bestimmung, dass sie diese Wohnung ohne Wertausgleich erhalten sollten, bezog sich allein darauf, dass ihre beiden Kinder dafür gemeinsam die in Hamburg gelegene, nach ihren Vorstellungen in etwa doppelt so wertvolle Eigentumswohnung erhalten sollten.

29 Die Aussage des Zeugen ... wird insoweit bestätigt durch die Aussagen der Zeugen ... und ..., als auch diese beiden Zeugen angegeben haben, die Erblasserin habe sich ihnen gegenüber dahin gehend geäußert, dass ihre drei Kinder alle gleichmäßig erben sollen bzw. sie bemüht sei, ihr Vermögen gleichmäßig auf alle drei Kinder zu verteilen. Wenn der Zeuge ... angegeben hat, die Erblasserin habe erwähnt, dass die Wohnung in Travemünde etwa $\frac{1}{3}$ ihres Vermögens ausmache und die anderen $\frac{2}{3}$ ihre Wohnung in Hamburg und das übrige Vermögen, so spricht dieses nicht gegen den bei der Erblasserin von Anfang an bestehenden generellen Willen, ihre beiden Kinder und die Kinder ihrer vorverstorbenen Tochter U gleichmäßig zu bedenken. Die Erblasserin ging bei Errichtung ihres Testaments offensichtlich von anderen Wertvorstellungen aus, da sie lediglich die beiden Wohnungen ohne Wertausgleich ihren jeweiligen Abkömmlingen zugedacht hat und ihr übriges Vermögen jeweils gleichmäßig den drei Stämmen.

30 Die Aussagen des Zeugen ... sowie der Zeugin ... stehen dem nicht entgegen. Mit dem Zeugen ... hat die Erblasserin überhaupt nicht über ihr Testament gesprochen. Der Zeugin ... hat die Erblasserin lediglich nach dem Ankauf des hälftigen Miteigentumsanteils der Wohnung in Travemünde, aber noch vor Errichtung ihres Testaments von 1999 erklärt, sie werde sich an die Absprache halten, wonach diese Wohnung einmal an ihre Enkelkinder gehen werde. Zu den weiteren Motiven der Erblasserin für die im Testament von 1999 getroffenen Verfügungen konnte beide Zeugen hingegen nichts sagen.

31 Der Senat ist nach alledem insbesondere aufgrund der Aussage des Zeugen ..., der keinerlei, auch nur mittelbare Interessen am Ausgang des Verfahrens hat, davon überzeugt, dass die Erblasserin auch bereits bei Errichtung ihres notariellen Testaments am 18.2.1999 den Willen hatte, ihre beiden Kinder sowie die Kinder ihrer vorverstorbenen Tochter U in etwa gleichmäßig zu bedenken. Soweit sie ihren beiden Enkelkindern einerseits ihre Eigentumswohnung in Travemünde und andererseits ihren beiden Kindern gemeinsam ihre Wohnung in Hamburg ohne Wertausgleich zugewandt hat, ist sie davon ausgegangen, dass die Wohnung in Travemünde etwa halb so viel wert ist wie die Wohnung in Hamburg.

32 Der Wille der Erblasserin, mit ihrem Testament die Stämme ihrer Abkömmlinge jeweils in gleicher Höhe zu bedenken, er-

gibt sich aus der darin enthaltenen Verfügung, wonach sie den Kläger, dessen Schwester T zu jeweils $\frac{1}{3}$ und die beiden Beklagten zu jeweils $\frac{1}{6}$ als Miterben eingesetzt hat. Es ist ausreichend, wenn – wie bereits oben ausgeführt – der ermittelte Wille des Erblassers im Testament wenigstens einen unvollkommenen Ausdruck gefunden hat, indem er dort zumindest angedeutet ist. Die Zuweisung der Eigentumswohnung in Travemünde an die Beklagten und der Eigentumswohnung in Hamburg an den Kläger und dessen Schwester stehen dem nicht entgegen, da die Erblasserin davon ausging, dass die Wohnung in Hamburg etwa den doppelten Wert hat wie diejenige in Travemünde.

33 Der festgestellte Wille der Erblasserin, ihre beiden Kinder und die Kinder ihrer vorverstorbenen Tochter U gleichmäßig zu bedenken, konnte aufgrund der Veränderungen ihres Vermögens bei ihrem Tode nicht mehr durchgeführt werden. Es widerspräche diesem Willen, wenn trotz des Verkaufs der Eigentumswohnung in Hamburg und des Verbrauchs des dafür erhaltenen Erlöses in nicht unbeträchtlicher Höhe die Beklagten weiterhin berechtigt sein würden, von den Miterben die Übertragung der Eigentumswohnung in Travemünde ohne Wertausgleich zu verlangen. Vielmehr hat die Erblasserin mit ihrem formunwirksamen Testament 2011 gezeigt, wie ihr mutmaßlicher Wille gewesen wäre, wenn sie bei Errichtung ihres Testaments 1999 bedacht hätte, dass sie ihre Eigentumswohnung in Hamburg hätte verkaufen müssen, um damit die Kosten in der Seniorenresidenz zu bestreiten; sie hätte dann gewollt, dass ihr gesamtes Vermögen einschließlich der Eigentumswohnung in Travemünde gleichmäßig aufgeteilt wird mit jeweils $\frac{1}{3}$ für ihre beiden Kinder und jeweils $\frac{1}{6}$ für die beiden Kinder ihrer vorverstorbenen Tochter U. Keineswegs hätte sie gewollt, dass beide Beklagten, die lediglich zusammen mit $\frac{1}{3}$ ebenso hoch wie jeweils ihre beiden Kinder bedacht sein sollten, im Ergebnis ca. 71 % ihres Nachlasses allein – und damit mehr als doppelt so viel wie zugedacht – erhielten. Ebenso wenig hätte die Erblasserin gewollt, dass die Beklagten die Eigentumswohnung in Travemünde mit einem Wert zum Todestag von 122.000 € erhalten und die übrigen Miterben das restliche Vermögen mit einem Wert von ca. 92.181 € und damit alleine bereits ca. 57 % des Nachlassvermögens.

(...)

36 Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung, da keine klärungsbedürftigen Frage zu entscheiden ist, deren Auftreten in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen zu erwarten ist; der vorliegende Fall hat auch für die Rechtspraxis keine symptomatische Bedeutung. Des Weiteren erfordern weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts. Es handelt sich vorliegend um eine im Wesentlichen auf tatsächlichen Erwägungen beruhende Einzelfallentscheidung, die zum einen keine Veranlassung gibt, Leitsätze für die Auslegung von Gesetzesbestimmungen des materiellen oder des Verfahrensrechts aufzuzeigen oder Gesetzeslücken zu schließen, und zum anderen weicht der Senat mit der vorliegenden Entscheidung nicht von einer höchstrichterlichen Rechtsprechung ab.

ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Stefan Bandel**, Passau

1. Entscheidung des Gerichts

Die Entscheidung des OLG Hamburg betrifft einen Störfall¹, der den testamentarischen Plan der Erblasserin zur Verteilung ihres Vermögens durcheinanderbringt. Wesentlicher Bestand des Nachlasses zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung waren zwei Immobilien (Wohnung in Hamburg, Wert vermutlich ca. 240.000 €, und Wohnung in Travemünde, Wert laut Entscheidung 122.000 €), die die Erblasserin auf ihre Abkömmlinge (drei Stämme) verteilte. Diese geplante Verteilung sollte, zumindest nach der vom OLG Hamburg ermittelten Annahme der Erblasserin, zu einer ungefähr gleichwertigen Beteiligung der drei Stämme am Nachlass führen. Im notariellen Testament verfügte sie, der jeweilige Begünstigte erhalte die jeweilige Wohnung „ohne Wertausgleich“,² während „an allen restlichen Vermögenswerten die Erben entsprechend ihren Erbanteilen beteiligt sein sollten“.

Im Todeszeitpunkt war jedoch die Hamburger Wohnung, die zwei Stämmen zugedacht war, verkauft, neben der Wohnung in Travemünde war nur noch ein restliches Vermögen von 92.181 € vorhanden.

Anders als die Vorinstanz kam das OLG Hamburg aufgrund Auslegung des Testaments zu dem Ergebnis, dass nicht der dritte Stamm das Glück habe, die noch vorhandene Wohnung ohne Wertausgleich allein zu erhalten, sondern dass für den Erhalt der Wohnung ein Wertausgleich gemäß den Erbquoten zu leisten sei.

Der relativ hohe argumentative Aufwand des Gerichts, dieses für richtig gehaltene Ergebnis zu erreichen, rührt daher, dass nach dem Wortlaut des Testaments ein Wertausgleich für die Immobilien gerade ausgeschlossen war. Der Text der Urkunde stand also dem Gerechtigkeitsempfinden im Wege.

Das in der Entscheidung insoweit nicht abgedruckte Testament lautete in der entscheidenden Passage nach vorheriger Einsetzung der Erben wie folgt:

„Ich treffe folgende Anordnungen:

- a) Meine Eigentumswohnung in Lübeck-Travemünde erhalten ...
- c) Meine Eigentumswohnung in Hamburg-Wellingsbüttel erhalten ...

¹ Begriff nach *Kornexl*, Nachlassplanung bei Problemkindern, 1. Aufl. 2006, S. 227 ff., zu vermögensbezogenen Störungsquellen speziell S. 399 ff.; der entschiedene Fall ist dort allerdings nicht thematisiert; einschlägig zur Problematik insbesondere *Kornexl*, Geld-, Immobilien- und Hausratsvermächtnisse: Risiken für den Verteilungsplan des Erblassers und gestalterische Vorsorge, ZEV 2002, 142 (und 173).

² Das OLG (Rdnr. 20) wertet die Verfügungen als Teilungsanordnung, ergänzt um ein Vorausvermächtnis gemäß § 2150 BGB hinsichtlich des Mehrwerts für diejenigen Erben, denen die werthöhere Eigentumswohnung zugewiesen worden ist, vgl. *Palandt/Weidlich*, 76. Aufl. 2017, § 2048 Rdnr. 5 und *Nieder/Kössinger*, Handbuch der Testamentsgestaltung, 5. Aufl. 2015, § 15 Rdnr. 233 f.

- e) Ein Wertausgleich für die Zuordnung der Wohnungen gemäß a) und c) soll nicht erfolgen. Vielmehr sollen die Erben an allen restlichen Vermögenswerten entsprechend ihren Erbanteilen beteiligt sein.
- f) Bei der Erbauseinandersetzung hinsichtlich der Eigentumswohnung ...“

(Es folgen Ergänzungen wegen der Nacherbschaft.)

Aus verschiedenen Indizien, insbesondere einem formunwirksamen Testament, mit dem die Erblasserin versucht hatte, auf den Störfall zu reagieren, leitet das Gericht zunächst ab, dass der Störfall im ursprünglichen Testament nicht bedacht und somit auch nicht positiv geregelt war. Insofern ergebe sich eine Regelungslücke.³ Diese wurde dann durch einen vom Gericht ermittelten mutmaßlichen Erblasserwillen geschlossen, der durch Auslegung aller dem Tatrichter zugänglichen Umstände bestimmt wird.⁴ Hierzu wurden wiederum das formunwirksame spätere Testament und die Zeugenaussage einer Vertrauensperson der Erblasserin ausgewertet. Der so ermittelte Erblasserwille, dass wegen des Störfalls entgegen dem Wortlaut ein Wertausgleich zu leisten sei, fand auch im gültigen Testament ausreichende Andeutung, da dieses für alle anderen Vermögenswerte eine Beteiligung der Miterben entsprechend deren Erbquote verfügte, was man als einen Grundsatz der Gleichbehandlung verstehen konnte. Der im notariellen Testament enthaltene Ausschluss des Wertausgleichs war deshalb nicht umfassend, sondern nur für den Fall gültig, dass beide Immobilien im Nachlass vorhanden und damit eine grundsätzlich gleichmäßige Vermögensverteilung auch ohne Wertausgleich erreicht werden konnte. Dies lässt sich auch mit gutem Willen in die Worte „die Zuordnung der Wohnungen gemäß a) und c)“ hineinlesen, wenn man die gleichzeitige Zuordnung zweier Wohnungen als Bedingung für den Ausschluss des Wertausgleiches versteht. Methodisch bewegt sich das OLG mit dieser Auslegung auf bekannten Pfaden.⁵ Selbst diejenigen, die den Fall – wie die Vorinstanz – im Ergebnis gegenteilig gelöst hätten, werden mit dem Urteil und der gegebenen Begründung leben können. Es wurde auch zu Recht keine Revision zugelassen,⁶ da die Auslegung auf Besonderheiten des Einzelfalls gestützt wurde.

2. Vermeidung des Störfalls in der notariellen Gestaltungspraxis

Für den Gestalter ist die Entscheidung jedoch von allgemeiner Bedeutung, da der genannte Störfall durchaus häufig vorkommen kann. Ziel eines notariellen Testaments sollte es sein, dass auch der Störfall, da durchaus vorhersehbar, ein-

deutig geregelt ist, damit die Gerichte gar nicht erst bemüht werden müssen. Die nachfolgenden Ausführungen sollen sich deshalb dieser Problemstellung widmen.

Schon bei einer Vereinfachung des Sachverhalts dahin, dass der Nachlass im Wesentlichen aus zwei wertgleichen Wohnungen (W1 und W2) besteht und der Erblasser zwei Kinder (A und B) hat, von denen jedes eine Immobilie – insofern ohne Wertausgleich – erhalten soll, gibt es je nach sonstiger Zielsetzung zahlreiche Lösungswege, insbesondere:

1. A wird zum Alleinerben eingesetzt, B erhält als Vermächtnis die Immobilie W2.
2. B wird zum Alleinerben eingesetzt, A erhält als Vermächtnis die Immobilie W1.
3. A und B werden zu Miterben (zu je ½) eingesetzt, A erhält als Vorausvermächtnis die Immobilie W1, B erhält als Vorausvermächtnis die Immobilie W2.
4. A und B werden zu Miterben (zu je ½) eingesetzt, A erhält durch Teilungsanordnung die Immobilie W1, B erhält durch Teilungsanordnung die Immobilie W2. Durch Vorausvermächtnis zugunsten des Miterben, dessen Immobilie ggf. wertvoller ist, wird zusätzlich angeordnet, dass insoweit kein Wertausgleich zu erfolgen hat.⁷

Wirtschaftlich können alle vier Lösungswege jedenfalls dann zu identischen Ergebnissen führen, wenn in den Fällen 1 und 2 das Restvermögen durch Vermächtnisse ebenfalls hälftig verteilt wird. Motiv für die Alleinerbensetzung könnte dann sein, dass das so bedachte Kind allein am effektivsten den Nachlass abwickeln kann, zum Beispiel weil das andere im Ausland lebt oder wenig geschäftsgewandt ist.⁸ Auch sparen diese Lösungen für eine der beiden Immobilien die notarielle Auffassung.

Der Wegfall einer Wohnung vor Eintritt des Erbfalls ist, egal welcher der vier Wege beschritten wird, ein gravierender Störfall für die geplante Verteilung.⁹ Es ist keineswegs sicher, dass Gerichte immer einen Weg finden, für Ausgleich zu sorgen. Deshalb sollte das notarielle Testament einen solchen vorsehen. Allerdings benötigt man hierfür einen Erblasser, der auch bereit ist, sich über solche Eventualitäten, die ja gerade nicht im Plan liegen, Gedanken zu machen. Weiter

³ Rdnr. 21 f. der Entscheidung.

⁴ Rdnr. 23-33 der Entscheidung.

⁵ Vgl. zur Auslegung und zum Rückgriff auf Umstände außerhalb des Testaments nur MünchKomm-BGB/Leipold, 7. Aufl. 2017, § 2084 Rdnr. 28-32. Zur Abgrenzung zwischen Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis wird der Begünstigungswille des Erblassers ermittelt, hier mit dem Ergebnis, dass für den Störfall kein entsprechender Begünstigungswille vorlag; vgl. zu diesem Abgrenzungskriterium nur MünchKomm-BGB/Ann, § 2048 Rdnr. 17 und MünchKomm-BGB/Rudy, § 2150 Rdnr. 6.

⁶ Rdnr. 36 der Entscheidung.

⁷ Die rechtlichen und praktischen Unterschiede zwischen Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis und damit auch zwischen den Lösungswegen 3 und 4 werden z. B. umfassend dargestellt von Nieder/Kössinger, Handbuch der Testamentsgestaltung, § 15 Rdnr. 206-225; nach dort vertretener Auffassung (Rdnr. 233 f.) sollte der Lösungsweg 4 vermieden und Lösungsweg 3 bevorzugt werden. Dies hätte für die Entscheidung des OLG Hamburg durchaus Folgen haben können.

⁸ Alternativ könnte natürlich auch die Miterbenstellung beibehalten werden und das für die Abwicklungshandlungen auserwählte Kind zum von den Beschränkungen des § 181 BGB befreiten Testamentsvollstrecker eingesetzt werden.

⁹ Kein Störfall in diesem Sinn kann entstehen, wenn die Nachlassverteilung nur durch Teilungsanordnung erfolgt, da dann immer ein Wertausgleich zu leisten ist. Alle vier Fallgruppen haben jedoch keinen automatischen vollständigen Wertausgleich, weil dieser jedenfalls bei plangemäßer Erbfolge nicht gewollt ist.

sollte zumindest annähernd Klarheit darüber bestehen, welchen Wert die ohne Ausgleich verteilten Vermögenswerte ungefähr haben und in welchem Wertverhältnis sie somit zueinander stehen.

3. Formulierungsvorschläge

Selbst wenn dies alles geklärt ist, gibt es keine Standardlösung. Schon für Fälle wie den entschiedenen, bei denen alle Stämme ungefähr gleichwertig beteiligt werden sollen, muss die gewünschte Lösung ermittelt und je nach Lösungsweg unterschiedlich formuliert werden.

Relativ einfach ist die Störfallvorsorge für Lösungsweg 4, der auch dem Urteil des OLG Hamburg zugrundelag. Die angeordnete Teilungsanordnung führt automatisch zu einem Wertausgleich, nur das zusätzliche Vorausvermächtnis beseitigt diesen für die beiden Wohnungen. Wenn dies nur für den Fall gewollt ist, dass jedes Kind das Eigentum einer Wohnung erhält, könnte deshalb verfügt werden:

Das Vorausvermächtnis, keinen Wertausgleich leisten zu müssen, gilt nur, wenn jeder Erbe die ihm zugedachte Wohnung zu Eigentum erwirbt bzw. vor Eintritt des Erbfalls unentgeltlich erworben hat.

Letztlich hat das OLG Hamburg genau diese Regelung ergänzend in das notarielle Testament hineininterpretiert.

Will man keinen Ausgleich, ist stattdessen klarzustellen:

Das Vorausvermächtnis, keinen Wertausgleich leisten zu müssen, gilt auch, wenn nicht jeder Erbe die ihm zugedachte Wohnung zu Eigentum erwirbt.

Bei Lösungsweg 3 ist kein entsprechender Ausgleich angelegt, da die jeweilige Immobilie Vermächtnisgegenstand ist. Der Wegfall des vermachten Gegenstands führt in der Regel gemäß § 2169 Abs. 1 BGB zur Unwirksamkeit des Vermächtnisses, der im Zweifel gemäß § 2169 Abs. 3 BGB stattdessen vermachte Anspruch auf Ersatz des Wertes erfasst nicht einen erlösten Kaufpreis.¹⁰ Eine gewünschte Ausgleichung kann jedoch relativ einfach wie folgt herbeigeführt werden:

Die Vorausvermächtnisse gelten nur, wenn jeder Erbe die ihm vermachte Wohnung im Erbfall zu Eigentum erwerben kann bzw. vor Eintritt des Erbfalls unentgeltlich erworben hat. Ist dies nicht der Fall, so ist die Zuwendung der jeweiligen Wohnung als Teilungsanordnung verfügt, für die ein Wertausgleich nach den gesetzlichen Bestimmungen zu erfolgen hat.

Lässt man den zweiten Satz weg, erfolgt der Ausgleich hingegen dadurch, dass beide Kinder die noch vorhandene Wohnung erben.

10 *Groll/Nienaber*, Praxis-Handbuch Erbrechtsberatung, 4. Aufl. 2015, B VI Rdnr. 81; MünchKomm-BGB/Rudy, § 2169 Rdnr. 15, allerdings mit dem zutreffenden Hinweis auf die höchstrichterliche Rechtsprechung, nach der es unbestritten möglich ist, im Wege der (ergänzenden) Testamentsauslegung den Veräußerungserlös als vermacht anzusehen (Wertersatzvermächtnis). In einem Fall wie dem hier zu besprechenden ist eine solche Auslegung durchaus naheliegend, nützt aber nichts, soweit der Veräußerungserlös – wie im Besprechungsfall – wiederum verbraucht wurde.

Im Vergleich zum Lösungsweg 4 ist die Störfallregelung schon etwas aufwendiger und das Ergebnis liegt auch nicht in gleicher Weise auf der Hand. Es ist deshalb durchaus fraglich, ob es dem OLG Hamburg auch bei einem solchen Testament gelungen wäre, den passenden mutmaßlichen Erblasserwillen im Testament angedeutet zu finden.

Ist kein Ausgleich gewünscht, sollte man auch dieses wie folgt klarstellen:

Jedes der beiden Vorausvermächtnisse gilt auch, wenn nicht jeder Erbe die ihm zugedachte Wohnung zu Eigentum erwerben kann, insbesondere wenn eine der vermachten Wohnungen nicht mehr zum Nachlass gehört. Ein Ausgleich ist in diesem Fall nicht zu leisten.

Bei den Lösungswegen 1 und 2 ist die Teilungsanordnung als Ausgleichsmechanismus versperrt, weil keine Erbengemeinschaft besteht. Hinzu kommt, dass unterschiedliche Probleme entstehen, je nachdem ob die Wohnung wegfällt, die dem Erben zugedacht war, oder die Wohnung, die dem Vermächtnisnehmer zugedacht war. Dem Vermächtnisnehmer droht bei einem Wegfall der kompensationslose Verlust, der Erbe erhält immerhin automatisch alle Surrogate, insbesondere auch einen noch im Nachlass vorhandenen Kaufpreis. Auch die Lösung des Störfalls ist nicht so eindeutig vorgezeichnet; für einen Wertausgleich kommt aber in erster Linie eine finanzielle Regelung in Betracht.

Fällt die dem Vermächtnisnehmer zugedachte Wohnung weg, so ist eine geeignete Ersatzregelung ein Geldbetrag, der dem Wert der weggefallenen Wohnung entspricht, begrenzt jedoch auf einen Prozentanteil des Gesamtwertes des Nachlasses:

Wird das Vermächtnis unwirksam, weil sich der vermachte Gegenstand nicht mehr im Nachlass befindet und der Vermächtnisnehmer ihn auch nicht vorab unentgeltlich erworben hat, so ist dem Vermächtnisnehmer ersatzweise ein Geldbetrag zu zahlen, der dem Wert des vermachten Gegenstands zum Zeitpunkt seiner Veräußerung, also in der Regel dem dafür erlösten Kaufpreis entspricht.¹¹

Der mit dem vorstehend angeordneten Ersatzvermächtnis verbundene Vermögensvorteil soll limitiert sein: Er darf beim Erbfall höchstens 50 Prozent vom Wert des Nachlasses ausmachen. Andernfalls ist nur der Höchstbetrag geschuldet. Der Nachlasswert ist gemäß § 2311 BGB zu ermitteln.¹²

Alternativ könnte auch das Ersatzvermächtnis darin bestehen, die zweite Wohnung dem Vermächtnisnehmer zur Hälfte zu vermachen. Dies wäre dann der Fall, wenn die Wohnung in erster Linie als Vermögenswert und nicht als Objekt der eigenen Nutzung gesehen wird.

Da die Unwirksamkeit gesetzliche Regel ist, bedarf es eigentlich keiner Klarstellung, wenn gemäß dieser Regel kein Aus-

11 Alternativ kann auch ein fester Betrag, ggf. indexiert, verfügt werden.

12 Formulierung der Limitierung von *Kornexl*, Nachlassplanung bei Problemkindern, S. 241 f. Rdnr. 595.

gleich gewünscht ist. Der vorsichtige Jurist könnte dies dennoch wie folgt klarstellen:

Für den Fall, dass das Vermächtnis unwirksam wird, weil sich der vermachte Gegenstand nicht mehr im Nachlass befindet, wird ausdrücklich nichts ersatzweise vermacht.

Fällt die dem Erben zugedachte Wohnung vor Eintritt des Erbfalls weg, so hat der finanzielle Ausgleich durch den Vermächtnisnehmer zu erfolgen, wobei hier eine im Nachlass noch vorhandene Gegenleistung ggf. zu berücksichtigen ist. Dies könne wie folgt formuliert werden:¹³

Die Anordnung des Vermächtnisses erfolgt in der Annahme, dass neben dem Vermächtnisnehmer auch der Erbe eine Immobilie erhält, nämlich folgendes Grundstück: (nähere Beschreibung).

Weiter wird angenommen, dass der Vermächtnisgegenstand und die weitere Immobilie jeweils ungefähr gleichwertig sind.

Erhält der Erbe das Eigentum an der Immobilie nicht, weil sich diese nicht mehr im Nachlass befindet und der Erbe bzw. dessen Abkömmlinge sie auch nicht vorab unentgeltlich erworben haben, ist der Vermächtnisnehmer zugunsten des Erben mit folgendem Untervermächtnis beschriftet:

Dem Erben ist Zug um Zug gegen Übereignung des Vermächtnisgegenstands einbarer Geldbetrag zu zahlen, der dem hälftigen Wert der nicht mehr vorhandenen Immobilie zum Zeitpunkt ihrer Veräußerung, also in der Regel dem dafür erlösten Kaufpreis entspricht.¹⁴ Ist der erlöste Kaufpreis noch ganz oder teilweise im Nachlass vorhanden, so ist das Untervermächtnis um die Hälfte des vorhandenen Betrags zu kürzen.

Der Vermächtnisnehmer ist berechtigt, die Verpflichtung aus dem Untervermächtnis dadurch abzuwenden, dass er statt dem Alleineigentum an der ihm vermachten Immobilie nur die Übereignung eines hälftigen Miteigentumsanteils verlangt, so dass dem Erben die andere Hälfte verbleibt.

Ist hingegen kein Ausgleich zugunsten des Erben gewünscht, bedarf es keiner Klarstellung. Der vorsichtige Jurist könnte dies jedoch auch hier wie folgt tun:

Das Vermächtnis gilt unabhängig davon, wie viel sonstiges Vermögen im Nachlass vorhanden ist.

4. Fazit

Diese Vorschläge sind nicht dahin zu verstehen, dass eine entsprechende Störfallvorsorge ein „Muss“ ist. Eine solche mag schon daran scheitern, dass sich der Erblasser hierzu keinen Willen bilden will oder auch keine klaren Vorstellungen zu den Wertverhältnissen hat. Zudem sind auch viele

andere Störfälle denkbar, zum Beispiel wenn statt der nachträglichen Veräußerung eine Belastung der Immobilie erfolgt, die gemäß § 2166 Abs. 1 Satz 1 BGB bei den Lösungsweisen 1-3 im Zweifel den Vermächtnisnehmer bzw. bei einer Belastung der Immobilie, die dem Erben allein verbleibt, den Erben allein trifft. Böses Blut kann besonders entstehen, wenn der Störfall von einem begünstigten Abkömmling unter Verwendung einer Vorsorgevollmacht oder als Betreuer ausgelöst wird und der Erblasser auf diesen mangels Geschäftsfähigkeit gar nicht mehr reagieren konnte. Man kann nicht jeden denkbaren Fall abdecken. Wenn die betroffenen Parteien dann keine Einigung erzielen, können nur die Gerichte die durch den Störfall entstandene Lücke füllen und man kann beruhigt sein, dass die entsprechenden Fälle bei den zuständigen Gerichten in guten Händen sind. Lässt sich kein mutmaßlicher Wille ermitteln, so ergibt sich aus den gesetzlichen Bestimmungen zu Vermächtnis und Teilungsanordnung, wenn das Risiko des Störfalls trifft. Soweit möglich, schadet es aber keinesfalls, in geeigneten Fällen zumindest Hinweise auf die Ziele des Erblassers zu geben, damit im Störfall ein mutmaßlicher Wille sicher ermittelt werden kann und im letzten Willen auch eine ausreichende Andeutung findet.

Ohne Frage ist es aber für den Notar am angenehmsten, wenn er auf die Mitteilung eines Störfalls unter Verweis auf die entsprechende Vorsorge im Testament eine eindeutige Lösung präsentieren kann. Diesem Ziel sollen die vorstehenden Vorschläge dienen.

15. Wirkung eines Zuwendungsverzichts vor 2010 auf Abkömmlinge

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 31.8.2016, I-3 Wx 192/15

BGB §§ 2349, 2352 Satz 3

LEITSÄTZE:

1. In Erbfällen nach dem 1.1.2010 erstreckt sich die Wirkung eines Zuwendungsverzichts grundsätzlich auch auf die Abkömmlinge des Verzichtenden, und zwar selbst dann, wenn der Zuwendungsverzicht vor dem 1.1.2010 vereinbart worden ist.
2. Ergibt sich aus dem Inhalt der Urkunde – hier aufgrund einer notariellen Belehrung („Der amtierende Notar hat darauf hingewiesen, dass dieser Zuwendungsverzicht nicht gilt für die Abkömmlinge (des Kindes), die im Erbvertrag für ihn als Ersatzerben berufen wurden. Der amtierende Notar empfiehlt deshalb (den Eltern), den Erbvertrag in der Weise zu ändern, dass (ihr Kind) nicht mehr zum Miterben nach dem Ableben des Längstlebenden (...) berufen ist.“) –, dass die Vertragsparteien bei Vertragsschluss davon ausgegangen sind, der Zuwendungsverzicht erstreckte sich nicht auf Abkömmlinge des Verzichtenden, so führt eine auf den Inhalt der Urkunde gestützte Auslegung des Willens der Beteilig-

¹³ Einen ähnlichen Wertausgleich, orientiert am Gesamtwert des Nachlasses, schlägt *Kornel*, ZEV 2002, 173, 175 vor. Dieser ist einfacher und unabhängig davon, ob die zweite Immobilie wegfällt oder nicht.

¹⁴ Alternativ kann wiederum auch ein fester Betrag, ggf. indexiert, verfügt werden.

ten in der Regel dazu, dass die Vertragsparteien diese Rechtsfolge in ihren Willen aufgenommen haben.

SACHVERHALT:

1 I. A, B und C sind die Kinder des Erblassers, D und E sind die Kinder des C, also die Enkel des Erblassers.

2 Der Erblasser und seine vorverstorbene Ehefrau hatten 1991 einen notariellen Erbvertrag geschlossen. Darin hatten sie sich gegenseitig als Alleinerben eingesetzt und zu Erben des Längstlebenden ihre gemeinschaftlichen Kinder – ersatzweise deren Abkömmlinge nach Stämmen zu gleichen Teilen – zu je $\frac{1}{3}$ Anteil berufen.

3 Mit Notarvertrag 1995 schenkten die Eheleute C eine Teilfläche von ca. 266 m² aus dem ihnen gehörenden Grundbesitz in Düsseldorf, auf der C auf eigene Kosten ein Einfamilienhaus mit Einliegerwohnung errichtet hatte. Im Gegenzug erklärte C sich für vollständig abgefunden an den künftigen Nachlässen seiner Eltern und verzichtete auf sein gesetzliches Pflichtteilsrecht und auf die Zuwendungen, die ihm im Erbvertrag 1991 ausgesetzt worden waren. Weiter heißt es in dem Schenkungsvertrag:

„Der amtierende Notar hat darauf hingewiesen, dass dieser Zuwendungsverzicht nicht gilt für die Abkömmlinge von C, die im Erbvertrag für ihn als Ersatzerben berufen wurden. Der amtierende Notar empfiehlt deshalb den (Eltern des C), den Erbvertrag in der Weise zu ändern, dass C nicht mehr zum Miterben nach dem Ableben des Längstlebenden (...) berufen ist.“

4 Dies haben die Eltern der A, B und C nicht getan.

5 A hat 2014 einen Erbschein für sich und B als Miterben zu je $\frac{1}{2}$ beantragt.

6 Sie hat gemeint, der Zuwendungsverzicht des C erstrecke sich auch auf dessen Kinder, D und E, nachdem durch die Erbrechtsreform zum 1.1.2010 § 2349 BGB (Erstreckung auf Abkömmlinge) in die Verweiskette des § 2352 Satz 3 BGB (Verzicht auf Zuwendungen) aufgenommen worden sei. Seitdem könne der Zuwendungsverzicht auf ersatzberufene Abkömmlinge erstreckt werden; ob dies geschehen sei, sei im Wege ergänzender Vertragsauslegung festzustellen. Jedenfalls wenn der Verzichtende eine vollwertige Abfindung erhalten habe, sei davon auszugehen, dass die Abfindung ihm als „Repräsentant seines Stammes“ gewährt worden sei, sodass auch er mit der Erstreckung auf seine Abkömmlinge einverstanden gewesen wäre, hätte es diese Möglichkeit bei Vertragsschluss bereits gegeben. Hier seien auch D und E aus der Erbfolge ausgeschieden, weil C sich „für vollständig abgefunden“ erklärt habe.

7 D und E sind dem entgegengetreten. Die Eltern seien vom Notar belehrt worden, dass der Verzicht sich nicht auf die Abkömmlinge erstrecke. Dennoch hätten sie von der empfohlenen Änderung des Erbvertrags keinen Gebrauch gemacht, eben weil sie gewollt hätten, dass ihre Enkel D und E nach dem zuletzt Versterbenden Miterben werden sollten.

(...)

AUS DEN GRÜNDEN:

(...)

17 Das Nachlassgericht hat den Erbscheinsantrag der A zu Recht zurückgewiesen. Denn sie und B sind nicht zu je $\frac{1}{2}$ Erben des Erblassers geworden.

18 Im Ergebnis zu Recht hat das Nachlassgericht entschieden, dass A und B nach dem Erbvertrag 1991 nicht zu je $\frac{1}{2}$ als Erben eingesetzt worden sind.

19 Aufgrund des Erbvertrags sind – zunächst – A, B und C zu gleichen Teilen zu Erben berufen worden. Richtig ist, dass C infolge seines Zuwendungsverzichts im notariellen Vertrag

1995 als Erbe ausscheidet. Die Wirkung des Zuwendungsverzichts erstreckt sich jedoch nicht – wie das Nachlassgericht mit Recht ausgeführt hat – auf D und E.

20 Zwar erstreckt sich in Erbfällen nach dem 1.1.2010 die Wirkung eines Zuwendungsverzichts grundsätzlich auch auf die Abkömmlinge des Verzichtenden, § 2352 Satz 3, § 2349 BGB, und zwar auch dann, wenn der Zuwendungsverzicht vor dem 1.1.2010 vereinbart worden ist (vgl. *Staudinger/Schotten*, Neub. 2016, § 2352 Rdnr. 45). Dies gilt allerdings nur, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, § 2349 Hs. 2 BGB. Fehlt im Vertrag über den Zuwendungsverzicht jeglicher Hinweis darauf, dass sich die Wirkung des Verzichts nicht auf die Abkömmlinge erstrecken soll, bleibt regelmäßig für eine anderweitige Auslegung kein Raum (*ders.*, a. a. O. Rdnr. 46).

21 Etwas anderes muss allerdings für die Fälle gelten, in denen sich – wie hier – aus dem Inhalt der Urkunde ergibt, dass die Vertragsparteien bei Vertragsabschluss – zum Beispiel aufgrund einer entsprechenden notariellen Belehrung, die in der Urkunde ihren Niederschlag gefunden hat – davon ausgegangen sind, dass sich der Zuwendungsverzicht nicht auf die Abkömmlinge des Verzichtenden erstrecke. In solchen Fällen wird eine auf den Inhalt der Urkunde gestützte Auslegung des Willens der Beteiligten in der Regel dazu führen, dass die Vertragsparteien diese Rechtsfolge – möglicherweise auch notgedrungen – in ihren Willen aufgenommen haben – anderenfalls hätten sie den Zuwendungsverzicht nicht vereinbaren dürfen – und dadurch die Erstreckung der Wirkung des Zuwendungsverzichts auf die Abkömmlinge des Verzichtenden ausgeschlossen wurde (*ders.*, a. a. O., m. w. N.; BeckOK-BGB/*Litzenburger*, Stand: 1.5.2016, § 2352, 22 m. w. N.; OLG Schleswig, NJW-RR 2014, 1356; *Keim*, Anm. zu OLG Schleswig, ZEV 2014, 428 ff.).

22 Selbst wenn man den hypothetischen Willen der Beteiligten für maßgebend hält und trotz entsprechender Belehrung in der Urkunde im Wege ergänzender Vertragsauslegung immer prüfen will, was die Beteiligten vereinbart hätten, wenn die Erstreckung des Verzichts auf die Abkömmlinge möglich gewesen wäre (so *Litzenburger*, FD-EbR 2014, 359919), ergibt sich hier nichts anderes.

23 Denn ein solcher (Erstreckungs-)Wille lässt sich hier ebenso wenig feststellen wie der Wille, dass D und E trotz des unmissverständlichen Hinweises des Notars, der Zuwendungsverzicht gelte für sie gerade nicht, dennoch von der Erbfolge ebenso ausgeschlossen sein sollten wie ihr Vater aufgrund seines Verzichtes. Dies gilt auch und gerade unter Berücksichtigung der Tatsache, dass C sich selbst in dem notariellen Schenkungsvertrag für vollständig abgefunden erklärt hat. Dies mag er vielleicht subjektiv so erklärt haben, nach Aktenlage spricht allerdings objektiv nichts dafür. Im Übrigen folgt – trotz dieser subjektiven Erklärung über eine vollständige Abfindung – aus dem notariellen Hinweis eindeutig, dass der Verzicht sich auf D und E eben nicht erstrecken sollte.

24 Da die Auslegung in jedem Fall vom Inhalt der Urkunde abhängt, spielt die – von A beanstandete – Beweisaufnahme keine entscheidungstragende Rolle.

(...)

ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Arne Everts**, Berchtesgaden

1. Keine Erstreckungswirkung eines Zuwendungsverzichts in Alturkunden bei notariellem Hinweis auf die damalige Rechtslage

Nach § 2352 Satz 3 BGB i. V. m. § 2349 BGB erstreckt sich ein Zuwendungsverzicht auf Abkömmlinge des Verzichtenden. Dies gilt für alle Erbfälle, die nach dem 1.1.2010¹ eintreten (Art. 229 § 23 Abs. 4 EGBGB), also auch bei zuvor erklärten Zuwendungsverzichten. Die Erstreckungswirkung tritt dabei kraft Gesetzes unabhängig vom Willen der Vertragsparteien ein, außer im Verzichtsvertrag wurde etwas anderes bestimmt. Eine solch anderweitige Bestimmung soll nach sich entwickelnder herrschender Meinung² – der sich nun auch das OLG Düsseldorf in der vorstehenden Entscheidung anschließt – bei vor diesem Datum errichteten Verzichtsurkunden dann vorliegen (sodass eine Erstreckung auf Abkömmlinge weiterhin nicht stattfindet, weil § 2352 Satz 3 BGB a. F. nicht auf § 2349 BGB verwies), wenn der Notar in der Urkunde einen entsprechenden Hinweis auf die seinerzeit geltende Rechtslage angebracht habe. Ein solcher Hinweis dürfte aber bei amtspflichtgemäßem Verhalten der Notarinnen und Notare in der ganz überwiegenden Zahl der Urkunden vor 2010 erfolgt sein, schon wegen des seit jeher geltenden notariellen Beurkundungserfordernisses für solche Vereinbarungen in § 2348 BGB. Für diese droht die Verweisung in § 2352 Satz 3 BGB auf § 2349 BGB und somit im Ergebnis die gesamte Übergangsregelung praktisch ins Leere zu laufen.

2. Normallage: Wunsch nach weitestmöglicher Geltung erbrechtlicher Verzichte

Dies ist, auch aus anderen Gründen, für mich weiterhin nicht überzeugend.³ Die herrschende Meinung fingiert im Ergebnis lediglich die tatsächlich so nicht abgegebenen Willenserklärungen der Beteiligten. Eine Analyse der Vereinbarung wird im Normalfall aber gerade zum umgekehrten Ergebnis führen: Die Vertragsteile werden die seinerzeit geltende Rechtslage infolge der erteilten Belehrung, gleichsam achselzuckend, nur zur Kenntnis genommen und nur insofern das Erstreckungshindernis akzeptiert haben, nicht aber, wenn dieses Hindernis tatsächlich gar nicht bestünde bzw. bestanden hätte (z. B. weil die Belehrung von vornherein nicht zutrifft oder sich später als unzutreffend erweist). Bei verständiger Betrachtung liegt daher eher der Schluss nahe, dass Beteiligte – wie auch sonst bei erbrechtlichen Verzichten in der Praxis in aller Regel üblich – die größtmögliche Reichweite ihrer Erklärung gewünscht hätten.⁴ Freilich be-

deutet auch die hier vertretene Auffassung keinen Automatismus. Der Frage ist vielmehr im Einzelnen jeweils durch Amtsermittlung bzw. Beweisaufnahme nachzugehen.⁵ Auch dies wird von der herrschenden Meinung ebenso übersehen wie der Umstand, dass es sich bei § 2349 BGB eben nicht um eine Zweifels- oder Auslegungsregel handelt, sondern um eine gesetzliche, wenn auch dispositive, Anordnung, deren Wirkung ohne weiteres Zutun eintritt.⁶

3. Zur Rechtsqualität von Belehrungen

Hinweise des Notars erläutern das Recht, schaffen es aber nicht, auch kein vertragliches. Dass derartige Hinweise innerhalb der notariellen Urkunde gemacht werden, erhebt sie somit nicht zu vertraglichen Vereinbarungen. Es sind nicht einmal rechtsgeschäftliche Willenserklärungen, sondern amtliche Äußerungen. Sie erfolgten und erfolgen stets aufgrund der notariellen Belehrungspflicht des § 17 BeurkG und dienen in diesem Zusammenhang auch der Haftungsvermeidung des Notars. Notarurkunden sind daher vor dem Hintergrund ihrer Zeit zu sehen. Wäre der Hinweis nicht aufgenommen worden, hätte unter Umständen seinerzeit eine Amtspflichtverletzung vorgelegen – demgegenüber konnte angesichts der klaren damals geltenden Gesetzeslage von keinem Vertragsgestalter verlangt werden, gleichsam vorsorglich (besser wohl: *contra legem*) den Zuwendungsverzicht auf Abkömmlinge zu erstrecken, da dies eine reine Gestaltung ins Blaue hinein gewesen wäre.⁷ Immerhin ist den Kolleginnen und Kollegen, die regelkonform den Verzicht mit Belehrung über die Nichterstreckung beurkundet hatten, kein Vorwurf zu machen, wenn deswegen im ab 1.1.2010 eintretenden Erbfall der beurkundete Zuwendungsverzicht im Ergebnis ohne Wirkung bleiben sollte und stattdessen seine/ihre Abkömmlinge die Zuwendung fordern. Es besteht daher auch keine Amtspflicht, Namenskartei und Urkundensammlung auf entsprechende Fälle zu überprüfen, um von sich aus an die Beteiligten nunmehr wegen eines etwaigen Nachtrags heranzutreten.

In diesem Zusammenhang ist übrigens eine andere Entscheidung desselben Spruchkörpers des OLG Düsseldorf von Interesse, die unlängst auch in dieser Zeitschrift abgedruckt wurde.⁸ Dort wird der kleingedruckte Text eines „Hinweises“ in einer Vorsorgevollmacht oder besser in einem Vorsorgevollmachtsformular: „Für Immobiliengeschäfte, Aufnahme von Darlehen sowie für Handelsgewerbe ist eine notarielle Vollmacht erforderlich!“ mit der hier vertretenen Auffassung zu Recht als bloße rechtliche und in dieser Grobheit nicht einmal zutreffende (!) Erläuterung des Formulars durch dessen Verfasser gesehen und nicht als eine

1 Inkrafttreten des Gesetzes zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts vom 24.9.2009, BGBl. 2009 I, S. 3142.

2 OLG Schleswig, Beschluss vom 15.4.2014, 3 Wx 93/13, MittBayNot 2015, 48 m. Anm. *Kanzleiter*; aus der Literatur z. B. *Staudinger/Schotten*, Neub. 2016, § 2353 Rdnr. 46; *BeckOK-BGB/Litzenburger*, Stand: 1.2.2017, § 2352 Rdnr. 22.

3 Siehe schon *BeckOGK-BGB/Everts*, Stand: 1.8.2017, § 2352 Rdnr. 27.1 ff.

4 So zu Recht *Kanzleiter*, MittBayNot 2015, 50, 51.

5 So wohl auch *Kanzleiter*, MittBayNot 2015, 50, 51.

6 MünchKomm-BGB/*Wegerhoff*, 7. Aufl. 2017, § 2349 Rdnr. 2; *Muscheler*, ZEV 1999, 49, 50.

7 Die wiederum mit der Belehrung zu versehen gewesen wäre, dass diese Erstreckung nach geltendem Recht nicht eintritt – wäre dann aber mit der h. M. heutzutage nicht wiederum dasselbe Ergebnis (doch keine Erstreckung) zu konstatieren?

8 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.8.2015, I-3 Wx 148/15, MittBayNot 2017, 240 m. Anm. *Volmer*.

Willenserklärung des Vollmachtgebers. Zwar ging es dort nicht um notarielle Belehrungen, sondern formularmäßige Hinweise in einer lediglich unterschrittsbeglaubigten Vollmachtsurkunde. Qualitativ bedeutet dies für das hier interessierende Problem aber nichts anderes.

Nach alledem kann ein entsprechender notarieller Hinweis nicht dazu führen, zu unterstellen, dass die Beteiligten eine solche Erstreckung auf Abkömmlinge auch dann nicht wollten, wenn es möglich gewesen wäre, eine solche Erstreckung vorzunehmen. Denn eine solche Möglichkeit bestand *de lege lata* in den Alturkunden schlichtweg nicht – dann kann auch nicht angenommen werden, dass im Beurkundungsverfahren überhaupt jemand, weder Notar noch Beteiligte, hier zu einer Regelung kommen wollten. Im Hinblick auf den materiellen Erklärungsgehalt der Vertragsteile kann also einer solchen notariellen Belehrung letztlich gar nichts entnommen werden.

4. Der umgekehrte (seltene) Fall: Alturkunden ohne Belehrung

Dies heißt umgekehrt aber auch, dass bei einem vor dem 1.1.2010 vereinbarten Zuwendungsverzicht, bei dem eine entsprechende notarielle Belehrung fehlte und der damaligen Gesetzeslage entsprechend schlicht der Verzicht ohne Erstreckung auf die Abkömmlinge beurkundet wurde, oder gar unter Verkennung der seinerzeitigen Rechtslage mit Erstreckung, bei einem Erbfall ab dem 1.1.2010 die Erstreckungswirkung gleichwohl und automatisch eintritt. Die gleichsam umgekehrte Argumentation, die Beteiligten hätten auch sonst seinerzeit die Erstreckung nicht gewollt, da gesetzlich nicht vorgesehen, ist ohne weitere Indizien also nicht möglich.⁹ Eine andere Auffassung¹⁰ scheint angesichts der klaren Gesetzestechnik, zumal der eindeutigen Übergangsregelung in Art. 229 § 23 Abs. 4 EGBGB und des gesetzgeberischen Willens bei der Erweiterung der Verweisung in § 2352 Satz 3 BGB auf § 2349 BGB¹¹, kaum vertretbar.

9 Staudinger/Schotten, § 2352 Rdnr. 46; indirekt wohl auch OLG Hamm, Beschluss vom 28.1.2015, I-15 W 503/14, MittBayNot 2015, 413, 414 m. Anm. Reimann.

10 Möglicherweise bei BeckOK-BGB/Litzenburger, § 2352 Rdnr. 22; Keim, RNotZ 2009, 574, 575 f.

11 Hierzu näher Everts, ZEV 2010, 392 f.

HANDELSRECHT, GESELLSCHAFTSRECHT, REGISTERRECHT

16. Gerichtliche Prüfung des wichtigen Grundes für die Abberufung eines Gesellschafter-Geschäftsführers

BGH, Urteil vom 4.4.2017, II ZR 77/16 (Vorinstanz: OLG Jena, Urteil vom 16.3.2016, 2 U 537/15)

GmbHG §§ 38, 47

LEITSÄTZE:

1. Bei der Beschlussfassung über die gewöhnliche Abberufung eines Gesellschafter-Geschäftsführers einer GmbH unterliegt dieser ebenso wenig einem Stimmverbot wie bei der Beschlussfassung über die ordentliche Kündigung seines Anstellungsvertrags. Bei solchen, die inneren Angelegenheiten der Gesellschaft betreffenden Beschlüssen ist dem Gesellschafter die Mitwirkung nicht schon zu versagen, wenn der Beschlussinhalt zugleich auf seinen persönlichen Rechtskreis einwirkt, es sei denn, er würde, weil es gerade um die Billigung oder Missbilligung seines Verhaltens als Gesellschafter oder Geschäftsführer geht, dadurch zum Richter in eigener Sache. Deshalb unterliegt der Gesellschafter bei der Beschlussfassung über seine Abberufung als Geschäftsführer aus wichtigem Grund in gleicher Weise einem Stimmverbot wie bei dem Beschluss über die außerordentliche Kündigung seines Anstellungsvertrags. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. Bei der gerichtlichen Überprüfung der Wirksamkeit von Gesellschafterbeschlüssen im Hinblick auf die Annahme eines Stimmverbots des Gesellschafter-Geschäftsführers einer GmbH, die die Abberufung oder die Kündigung des Anstellungsvertrags des Gesellschafter-Geschäftsführers aus wichtigem Grund betreffen, ist darauf abzustellen, ob tatsächlich ein wichtiger Grund im Zeitpunkt der Beschlussfassung vorlag oder nicht. Das Vorliegen des wichtigen Grundes hat im Rechtsstreit derjenige darzulegen und zu beweisen, der sich darauf beruft. (Leitsatz der Schriftleitung)

17. Persönliche Haftung der Gesellschafter einer GmbH für Abfindungsanspruch

BGH, Urteil vom 10.5.2016, II ZR 342/14 (Vorinstanz: OLG Celle, Urteil vom 19.11.2014, 9 U 19/14)

GmbHG §§ 34, 30 Abs. 1

LEITSÄTZE:

- 1. Die persönliche Haftung der Gesellschafter nach den Grundsätzen des Senatsurteils vom 24.1.2012 (II ZR 109/11, BGHZ 192, 236 = MittBayNot 2012, 231) entsteht weder bereits mit der Fassung des Einziehungsbeschlusses noch allein aufgrund des Umstands, dass die Gesellschaft später zum Zeitpunkt der Fälligkeit gemäß § 34 Abs. 3, § 30 Abs. 1 GmbHG an der Zahlung der Abfindung gehindert ist oder sie unter Berufung auf dieses Hindernis verweigert. Die persönliche Haftung der Gesellschafter entsteht erst in dem Zeitpunkt, ab dem die Fortsetzung der Gesellschaft unter Verzicht auf Maßnahmen zur Befriedigung des Abfindungsanspruchs des ausgeschiedenen Gesellschafters als treuwidrig anzusehen ist.**
- 2. Liegen die Voraussetzungen für die Annahme eines treuwidrigen Verhaltens vor, so haften die Gesellschafter auch dann, wenn die Einziehung nicht gegen den Willen des betroffenen Gesellschafters, sondern mit seiner Zustimmung erfolgt.**
- 3. Eine Haftung der verbliebenen Gesellschafter entsteht grundsätzlich dann nicht zwingend, wenn im Zeitpunkt der Fälligkeit der Abfindung oder danach über das Vermögen der Gesellschaft das Insolvenzverfahren eröffnet wird oder die Gesellschaft jedenfalls insolvenzreif ist und die Antragstellung nicht treuwidrig verzögert wird.**

SACHVERHALT:

1 Der Kläger und R waren mit Einlagen in Höhe von je 25.000 € Gründungsgesellschafter und Geschäftsführer der e-GmbH. Im Gesellschaftsvertrag ist vorgesehen, dass Geschäftsanteile mit Zustimmung der betroffenen Gesellschafter einzuziehen werden können. Weiter heißt es in § 12 Abs. 3 Satz 3 des Gesellschaftsvertrags, mit Zugang des Einziehungsbeschlusses scheidet der betroffene Gesellschafter aus der Gesellschaft aus. Nach § 15 Abs. 4 Satz 1 des Gesellschaftsvertrags soll die Abfindung in drei gleichen Jahresraten zu zahlen sein, beginnend sechs Monate nach dem Stichtag des Ausscheidens.

2 Nachdem R seinen Geschäftsanteil schenkweise zu je einem Viertel auf seine Söhne, die Beklagten, übertragen hatte, beschloss die Gesellschafterversammlung am 30.6.2008 mit Zustimmung des Klägers, dessen Geschäftsanteil einzuziehen und ihm als Abfindung je 300.000 € zum 1.8.2008, 1.2.2009 und 1.8.2009 zu zahlen. In einem „Vergleich“ vom selben Tage, an dem alle Gesellschafter beteiligt waren, wurden weitere Einzelheiten festgelegt. So sollten die Beklagten ihre Geschäftsanteile an den Kläger verpfänden. Der Kläger sollte berechtigt sein, die verpfändeten Geschäftsanteile zu verwerten, wenn die Gesellschaft mit einer Abfindungsrate einen Monat in Verzug geraten würde. Die Einziehung sollte erst mit Zahlung der ersten Rate und der notariell beurkundeten Verpfändung der Geschäftsanteile wirksam werden. Die Beklagten verpflichteten sich, bis

zur vollständigen Zahlung der Abfindung keine Gewinnausschüttungen vorzunehmen und ihre Geschäftsführergehälter um nicht mehr als 20 % zu erhöhen.

3 Dem Kläger wurden die ersten beiden Abfindungsraten ausgezahlt. Hinsichtlich der dritten Rate teilte ihm die Gesellschaft am 31.7.2009 mit, wegen einer bilanziellen Überschuldung zur Zahlung nicht in der Lage zu sein.

4 Auf Eigenantrag vom 26.1.2010 wurde am 16.3.2010 das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gesellschaft eröffnet.

5 Der Kläger verlangt von den Beklagten als Gesamtschuldnern Zahlung der letzten Abfindungsrate i. H. v. 300.000 € nebst Zinsen. Das LG hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Berufungsgericht die Beklagten unter Klageabweisung im Übrigen zur Zahlung von je 75.000 € nebst Zinsen verurteilt. Dagegen wehren sich die Beklagten mit der vom erkennenden Senat zugelassenen Revision.

AUS DEN GRÜNDEN:

6 Die Revision der Beklagten hat Erfolg. Auf der Grundlage der bislang getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts kann nicht angenommen werden, dass die Beklagten verpflichtet sind, die noch ausstehende Abfindungsrate an den Kläger zu zahlen.

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

8 Die Einziehung des Geschäftsanteils des Klägers sei mit dem Zugang des Einziehungsbeschlusses beim Kläger wirksam geworden. Der Beschluss sei nicht nichtig. Keine der Parteien habe behauptet, schon zum Zeitpunkt der Beschlussfassung habe festgestanden, dass die Zahlung der Abfindung aus freiem Vermögen nicht möglich sei. Damit habe der Kläger einen Anspruch gegen die Gesellschaft auf eine Abfindung in Höhe des Verkehrswerts seines Geschäftsanteils erworben.

9 Eine persönliche Zahlungspflicht der Beklagten folge nicht schon aus dem Vergleich vom 30.6.2008. Sie ergebe sich aber aus einer Treupflichtverletzung der Beklagten. Sie hätten die Gesellschaft über fast sechs Monate fortgeführt und sich dabei den Wert des Anteils des Klägers einverleibt, ohne dafür zu sorgen, dass die Gesellschaft entweder die Abfindung zahlen oder aufgelöst würde. Die vom BGH im Fall einer Zwangseinziehung angenommene persönliche anteilige Haftung der Gesellschafter gelte auch bei einer Einziehung – wie hier – mit Zustimmung des betroffenen Gesellschafters.

10 Der Anspruch des Klägers gegen die Beklagten sei spätestens am 1.8.2009 entstanden und fällig geworden. Denn zu diesem Zeitpunkt habe festgestanden, dass die Gesellschaft die Abfindung nicht mehr zahlen können. Der Anspruch sei durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht entfallen. Sofern man überhaupt eine „Karenzzeit“ für die Entscheidung, ob die Gesellschaft aufgelöst werde, anerkennen wolle, könne diese nicht länger als drei Wochen sein. Der Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens liege deutlich später.

11 Ob die Vermögenslage der Gesellschaft tatsächlich eine Zahlung der letzten Abfindungsrate aus freiem Vermögen verhindert habe, brauche nicht entschieden zu werden. Denn wenn genügend freies Vermögen vorhanden gewesen wäre, die Gesellschaft aber trotzdem (grundlos) nicht gezahlt hätte,

hafteten die Gesellschafter erst recht. Deshalb könne auch offen bleiben, ob die Beklagten – wie vom Kläger behauptet – im Wege verdeckter Gewinnausschüttungen Vermögen von der Gesellschaft auf andere zu ihrem Unternehmensverbund gehörende Gesellschaften übertragen hätten.

12 II. Diese Ausführungen halten revisionsrechtlicher Überprüfung nicht in allen Punkten stand.

13 1. Das Berufungsgericht ist allerdings zutreffend davon ausgegangen, dass der Einziehungsbeschluss nicht etwa deshalb nichtig ist, weil zum Zeitpunkt der Beschlussfassung schon festgestanden hätte, dass die Abfindung nicht aus freiem, nicht durch § 34 Abs. 3, § 30 Abs. 1 GmbHG geschützten Vermögen hätte gezahlt werden können (vgl. BGH, Urteil vom 24.1.2012, II ZR 109/11, BGHZ 192, 236 Rdnr. 7). Dagegen bringt die Revision nichts vor.

14 2. Rechtsfehlerhaft ist dagegen die Annahme des Berufungsgerichts, dass die Einziehung mit dem Zugang des Einziehungsbeschlusses beim Kläger wirksam geworden sei. Das Berufungsgericht hat übersehen, dass die Gesellschafter im vorliegenden Fall wirksam beschlossen haben, dass die Einziehung (erst) mit Zahlung der ersten Rate der Abfindung sowie mit der notariellen Verpfändung der Geschäftsanteile wirksam werden sollte. Die Einziehung ist daher erst mit dem Eintritt dieser Bedingungen wirksam geworden.

15 a) Die Gesellschafter haben in der Gesellschafterversammlung vom 30.6.2008, deren einziger Tagesordnungspunkt die Einziehung des Geschäftsanteils des Klägers war, nicht nur (einvernehmlich) beschlossen, den Geschäftsanteil des Klägers gemäß § 12 Abs. 1 der Satzung einzuziehen. Sie haben vielmehr ausweislich des Protokolls der Gesellschafterversammlung unter IV. beschlossen, die „weiteren Einzelheiten“ in dem „heute geschlossenen Vergleich“ zu regeln. Durch diese Bezugnahme auf den „Vergleich“ haben sie ersichtlich dessen Inhalt zum Gegenstand ihrer Beschlussfassung in der Gesellschafterversammlung machen wollen. Es ist wegen der Rechtsfolgen der Einziehung jedenfalls hinsichtlich des Zeitpunkts, zu dem die Einziehung des Geschäftsanteils des Klägers wirksam werden sollte, fernliegend, dass sich die Gesellschafter insoweit lediglich außerhalb des Gesellschaftsverhältnisses durch eine bloß schuldrechtliche Abrede verpflichten wollten, sich als Gesellschafter so zu verhalten, dass der vereinbarten Regelung zum Wirksamkeitszeitpunkt Geltung verschafft werde (vgl. BGH, Urteil vom 7.6.1993, II ZR 81/92, BGHZ 123, 15, 20 m. w. N.). Nach dem in Bezug genommenen „Vergleich“ sollte die Einziehung des Geschäftsanteils des Klägers mit Zahlung der ersten Rate der Abfindung sowie mit der notariellen Verpfändung der Geschäftsanteile der Beklagten zu 1 und 2 wirksam werden.

16 b) Einer solchen Bedingung steht die Regelung in § 12 Abs. 3 Satz 3 des Gesellschaftsvertrags über die sofortige Wirksamkeit der Einziehung nicht entgegen. Es ist schon zweifelhaft, ob mit dieser Vorschrift nicht nur klargestellt werden soll, dass die Wirksamkeit der Einziehung nicht unter der aufschiebenden Bedingung der Zahlung der (gesamten) Abfindung stehen solle, wie es von der damals herrschenden Meinung angenommen wurde (siehe die Nachweise in BGH, Urteil vom 24.1.2012, II ZR 109/11, BGHZ 192, 236 Rdnr. 10

ff.) und was durch eine entsprechende Satzungsgestaltung abbedungen werden konnte (BGH, Urteil vom 30.6.2003, II ZR 326/01, ZIP 2003, 1544, 1546 für den vergleichbaren Fall der Ausschließung), und ob diese Regelung nicht ohnehin nur die Einziehung gegen den Willen des betroffenen Gesellschafters erfassen soll. Dafür spricht, dass im vorangehenden Satz 2 des § 12 Abs. 3 des Gesellschaftsvertrags bestimmt ist, dass der betroffene Gesellschafter bei der Fassung des Einziehungsbeschlusses kein Stimmrecht hat. Dagegen ist nach § 12 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrags die Einziehung von Geschäftsanteilen mit Zustimmung des betroffenen Gesellschafters jederzeit zulässig, sodass davon auch die Einziehung unter einer aufschiebenden Bedingung erfasst sein kann.

17 Die Gesellschafterversammlung war durch die Satzungsbestimmung des § 12 Abs. 3 Satz 3 auch dann nicht gehindert, ein anderes Datum für das Wirksamwerden der Einziehung zu wählen, wenn darin eine Satzungsdurchbrechung zu sehen wäre. Darin läge eine bloß punktuelle Satzungsdurchbrechung hinsichtlich nicht zwingender Satzungsbestandteile, die nicht zur Nichtigkeit, sondern allenfalls zur Anfechtbarkeit des betreffenden Beschlusses führte (BGH, Urteil vom 7.6.1993, II ZR 81/92, BGHZ 123, 15, 19; *Scholz/Priester*, GmbHG, 11. Aufl., § 53 Rdnr. 30a; *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, GmbHG, 18. Aufl., § 53 Rdnr. 29 ff.; *Henssler/Strohn/Gummert*, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., § 53 GmbHG Rdnr. 9 ff.). Alle Gesellschafter haben im vorliegenden Fall zugestimmt, und eine Anfechtungsklage ist nicht erhoben worden (vgl. BGH, Urteil vom 21.6.2010, II ZR 24/09, ZIP 2010, 1437 Rdnr. 37 – Aufsichtsratsbericht).

18 c) Die für das Wirksamwerden der Einziehung erforderliche Gestaltungserklärung gegenüber dem betroffenen Gesellschafter, die zusammen mit dem Einziehungsbeschluss, hier aufschiebend bedingt, die Vernichtung des Geschäftsanteils herbeiführt, ist gegeben, weil der Kläger bei der – mit seiner Zustimmung erfolgten – Beschlussfassung ebenso wie der Geschäftsführer R anwesend war und daher jedenfalls von einer entsprechenden konkludenten Willenserklärung auszugehen ist.

19 3. Mit dem Wirksamwerden der Einziehung entsteht für den betroffenen Gesellschafter ein Anspruch gegen die Gesellschaft auf Zahlung einer angemessenen Abfindung, soweit die Satzung nicht eine zulässige anderweitige Regelung enthält. Der Abfindungsanspruch kann – wie hier hinsichtlich der zweiten und dritten Rate geschehen – gestundet werden, sodass er erst zu den vereinbarten Zeitpunkten fällig wird (zu den Grenzen einer solchen Stundung siehe BGH, Urteil vom 9.1.1989, II ZR 83/88, ZIP 1989, 770, 772).

20 Die dritte Rate der Abfindung wurde somit nach Erfüllung der vorgesehenen Fälligkeitsvoraussetzungen (Zahlung der ersten Rate, Verpfändung der Geschäftsanteile) am 1.8.2009 fällig. Die Höhe des vom Kläger geltend gemachten Abfindungsanspruchs steht nicht im Streit.

21 4. Die Erklärung der Gesellschaft vom 31.7.2009 gegenüber dem Kläger, dass die dritte Rate der Abfindung wegen einer bilanziellen Überschuldung – gemäß § 34 Abs. 3, § 30 Abs. 1 GmbHG – nicht gezahlt werden könne, hat entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts als solche noch nicht

zu einem Zahlungsanspruch des Klägers gegen die Beklagten geführt.

22 a) Der Senat hat zwar mit seinem Urteil vom 24.1.2012 (II ZR 109/11, BGHZ 192, 236 Rdnr. 13 ff.) klargestellt, dass die Einziehung grundsätzlich unabhängig von der Zahlung der Abfindung wirksam ist und dass die übrigen Gesellschafter, sollte die Gesellschaft die Abfindung wegen der Sperre aus § 34 Abs. 3, § 30 Abs. 1 GmbHG nicht zahlen können, zur anteiligen Zahlung der Abfindung persönlich verpflichtet sein können. Die persönliche Haftung der Gesellschafter entsteht aber weder bereits mit der Fassung des Einziehungsbeschlusses noch allein aufgrund des Umstands, dass die Gesellschaft später zum Zeitpunkt der Fälligkeit gemäß § 34 Abs. 3, § 30 Abs. 1 GmbHG an der Zahlung der Abfindung gehindert ist oder sie jedenfalls unter Berufung auf dieses Hindernis verweigert.

23 aa) Maßgeblich für die Begründung der persönlichen Haftung der Gesellschafter ist der Gedanke, dass es der Billigkeit entspricht, die Gesellschafter, die dem ausgeschiedenen Gesellschafter einerseits eine Abfindung unter der berechtigten Berufung auf die Kapitalbindung der Gesellschaft verweigern, andererseits aber nicht anderweitig dafür sorgen, dass die Abfindung aus dem ungebundenen Vermögen der Gesellschaft geleistet werden kann, oder die Gesellschaft fortsetzen, anstatt sie aufzulösen, weil sie darin einen wirtschaftlichen Vorteil und einen Mehrwert für ihren Anteil erblicken, zum Ausgleich des Mehrwerts für den Abfindungsanspruch persönlich haften zu lassen (BGH, Urteil vom 24.1.2012, II ZR 109/11, BGHZ 192, 236 Rdnr. 21 f.). Die persönliche Haftung der Gesellschafter entsteht folglich erst, wenn sie sich in der genannten Weise treuwidrig verhalten, also erst in dem Zeitpunkt, ab dem die Fortsetzung der Gesellschaft unter Verzicht auf Maßnahmen zur Befriedigung des Abfindungsanspruchs des ausgeschiedenen Gesellschafter als treuwidrig anzusehen ist. Auf die Entnahme bestimmter Vermögenswerte kommt es dabei entgegen der Auffassung der Revision nicht an. Denn das Vermögen der in der Gesellschaft verbleibenden Gesellschafter erhöht sich schon infolge des Wegfalls des eingezogenen Geschäftsanteils um dessen Wert. Andererseits begründet eine Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft, die dazu führt, dass die Abfindung nicht mehr aus freiem Vermögen geleistet werden kann, allein keine persönliche Haftung der Gesellschafter, wenn sie die Gesellschaft auflösen und sich damit den Mehrwert nicht einverleiben, weil in einer möglichen Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft das Risiko liegt, das der Gesellschafter generell und erst recht mit der (bei Begründung der Gesellschaft oder später vereinbarten) Stundung der Abfindungszahlung eingegangen ist.

24 bb) Liegen die genannten Voraussetzungen für die Annahme eines treuwidrigen Verhaltens vor, so haften die Gesellschafter – wie das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei angenommen hat – auch dann nach den Grundsätzen des Senatsurteils vom 24.1.2012 (II ZR 109/11, BGHZ 192, 236), wenn die Einziehung nicht – wie in jenem Fall – gegen den Willen des betroffenen Gesellschafter, sondern – wie hier – mit seiner Zustimmung erfolgt (*Ulmer/Habersack/Löbbe/Ulmer/Habersack*, GmbHG, 2. Aufl., § 34 Rdnr. 64a; a. A. *Priester*, ZIP 2012, 658, 660). Der Grund der Haftung, dass die Gesell-

schafter weiterwirtschaften und sich dabei den Wert des eingezogenen Geschäftsanteils einverleiben, ohne dafür zu sorgen, dass der Gesellschafter, dessen Geschäftsanteil eingezogen worden ist, dafür angemessen entschädigt wird, besteht bei einer Einziehung mit Zustimmung des betroffenen Gesellschafter ebenso wie bei einer Zwangseinziehung.

25 cc) Eine Haftung der Gesellschafter kommt andererseits nicht ohne Weiteres in Betracht, wenn objektiv ein ausreichendes Vermögen für die Abfindungszahlung durch die Gesellschaft vorhanden ist – wie es der Kläger behauptet –, die Gesellschaft das aber anders sieht oder aus sonstigen Gründen die Abfindung nicht zahlt. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist insoweit kein Erstrechtsschluss geboten. Dass die Gesellschaft nicht zahlt, obwohl sie nach § 34 Abs. 3, § 30 Abs. 1 GmbHG zahlen dürfte, bedeutet noch nicht, dass die Gesellschafter sich treuwidrig verhalten. Der Streit um die Zahlung der Abfindung kann unterschiedliche Gründe haben. Insoweit liegt das Risiko, dass die Gesellschaft die Abfindung nicht freiwillig zahlt, bei dem Gesellschafter, dessen Geschäftsanteil eingezogen worden ist. Er muss seinen Anspruch gegen die Gesellschaft ggf. mit gerichtlicher Hilfe durchsetzen.

26 dd) Eine Haftung der verbleibenden Gesellschafter entsteht grundsätzlich auch dann nicht zwingend, wenn im Zeitpunkt der Fälligkeit der Abfindung oder danach über das Vermögen der Gesellschaft das Insolvenzverfahren eröffnet wird oder die Gesellschaft jedenfalls insolvenzreif wird, sodass gemäß § 15a InsO Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens gestellt werden muss (*MünchKomm-GmbHG/Strohn*, 2. Aufl., § 34 Rdnr. 77), und die Antragstellung nicht treuwidrig verzögert wird. Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens führt zur Auflösung der Gesellschaft, § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG, sodass schon aus diesem Grund eine treuwidrige Fortsetzung der Gesellschaft durch die übrigen Gesellschafter ausscheidet.

27 b) Danach durfte das Berufungsgericht auf der Grundlage der von ihm getroffenen Feststellungen der Klage nicht in dem zugesprochenen Umfang stattgeben.

28 aa) Es durfte nicht offenbleiben, ob die Vermögenssituation der Gesellschaft am 1.8.2009 tatsächlich eine Auszahlung der fälligen letzten Rate der Abfindung ausschloss. Solange die Gesellschaft nicht gemäß § 34 Abs. 3, § 30 Abs. 1 GmbHG an der Zahlung gehindert war, entstand eine persönliche Haftung der Beklagten nicht.

29 bb) Aus dem Umstand, dass am 26.1.2010 die Eröffnung des Insolvenzverfahrens beantragt wurde, lässt sich ohne nähere Feststellungen zur Vermögenssituation der Gesellschaft zwischen dem 1.8.2009 und dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens für das Entstehen der persönlichen Haftung der Beklagten nichts herleiten, solange nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Gesellschaft schon vor Antragstellung insolvenzreif war und die Antragstellung nicht treuwidrig verzögert wurde.

30 cc) Dass die Beklagten die Zahlung der letzten Rate durch die Gesellschaft in treuwidriger Weise vereitelt hätten, etwa durch treuwidriges Herbeiführen der Voraussetzungen der § 34 Abs. 3, § 30 Abs. 1 GmbHG oder der Insolvenzfähigkeit der Gesellschaft, hat das Berufungsgericht ebenfalls nicht festgestellt.

31 dd) Das Berufungsgericht hat schließlich nicht hinreichend beachtet, dass die Gesellschafter in dem Vergleich vom 30.6.2008 Vorsorge gerade für den Fall getroffen haben, dass sich die Vermögenslage der Gesellschaft verschlechtern würde und die Abfindungsraten nicht mehr gezahlt werden könnten.

32 (1) Eine individuelle Vereinbarung der Gesellschafter hinsichtlich der subsidiären Haftung bei Ausfall der Gesellschaft, die – wie im vorliegenden Fall – im Zusammenhang mit der Einziehung getroffen wird, ist zulässig. Die Gesellschafter können nicht nur hinsichtlich der Zahlung der Abfindung abweichende Vereinbarungen treffen, soweit die ansonsten geltenden allgemeinen Grundsätze keine zwingenden Vorgaben enthalten, sondern sie können auch die subsidiäre Haftung der in der Gesellschaft verbleibenden Gesellschafter regeln. Danach ist es nicht grundsätzlich geboten, dass die Gesellschafter dafür Sorge tragen, dass der ausgeschiedene Gesellschafter seine Abfindung auch dann in voller Höhe erhält, wenn die Gesellschaft wegen einer Verschlechterung ihrer Vermögenslage gemäß § 34 Abs. 3, § 30 Abs. 1 GmbHG nicht mehr zahlen kann. Selbst ohne eine Vereinbarung muss der ausgeschiedene Gesellschafter hinsichtlich seines Abfindungsanspruchs nur so gestellt werden, wie er bei einer Auflösung der Gesellschaft durch Beschluss der Gesellschafter stehen würde. Denn auch mit der Auflösung wird der ausgeschiedene Gesellschafter mit seinem Abfindungsanspruch so gestellt, als sei er noch Gesellschafter (BGH, Urteil vom 24.1.2012, II ZR 109/11, BGHZ 192, 236 Rdnr. 21).

33 (2) Das Berufungsgericht hätte demnach durch Auslegung des Vergleichs vom 30.6.2008 feststellen müssen, ob und ggf. in welchem Umfang die getroffenen Absprachen der Parteien eine subsidiäre Haftung der übrigen Gesellschafter ersetzen sollen oder ob die Vereinbarung so zu verstehen ist, dass der Kläger verpflichtet war, zur Durchsetzung seines Abfindungsanspruchs zunächst von den vereinbarten Sicherungsmitteln Gebrauch zu machen.

34 (3) Der Senat kann den Vergleich vom 30.6.2008 nicht selbst auslegen, weil es sich dabei – unabhängig davon, ob die Gesellschafter auch diesen Teil des Vergleichs durch Bezugnahme zum Gegenstand ihrer Beschlussfassung in der Gesellschafterversammlung vom 30.6.2008 gemacht haben – um schuldrechtliche Abreden handelt. Die Absprachen sind daher nicht objektiv – wie eine Satzung –, sondern subjektiv auszulegen (*Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, 20. Aufl., § 34 Rdnr. 25). Damit obliegt insoweit die Vertragsauslegung nach den allgemeinen Regeln der §§ 133, 157 BGB dem Tatrichter.

35 III. Danach ist das Berufungsurteil aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit die noch nötigen Feststellungen getroffen werden können. Dabei wird das Berufungsgericht ggf. auch den Vortrag des Klägers zu würdigen haben, dass das Vermögen der Gesellschaft zum Zeitpunkt der Mitteilung des Geschäftsführers R vom 31.7.2009 tatsächlich ausgereicht hat, um die Abfindung zahlen zu können, und in diesem Zusammenhang ggf. weiter, ob die Beklagten die Voraussetzungen der § 34 Abs. 3, § 30 Abs. 1 GmbHG treuwidrig herbeigeführt oder aus sonstigen Gründen treuwidrig eine (vollständige) Erfüllung des Abfindungsanspruchs des Klägers vereitelt haben.

ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Benjamin Hamberger**,
Bischofsheim a.d.Rhön

1. Konkretisierung des Urteils des BGH vom 24.1.2012 zur Einziehung von Geschäftsanteilen

Mit dem vorstehenden Urteil konkretisiert der BGH die subsidiäre anteilige Haftung der nach einer Einziehung verbliebenen Gesellschafter gegenüber dem ausgeschiedenen Gesellschafter, wenn sie nicht anderweitig dafür Sorge tragen, dass die Abfindung aus dem ungebundenen Gesellschaftsvermögen geleistet werden kann, oder sie die Gesellschaft nicht auflösen. Diese Haftung hat der BGH in seinem Urteil vom 24.1.2012 erstmals aufgezeigt und der bis dahin als herrschend anzusehenden Bedingungslösung eine Absage erteilt.¹ Sie ist die dogmatische Grundlage dafür, dass die Einziehung mit der Bekanntgabe des Beschlusses an den betroffenen Gesellschafter und nicht erst mit Zahlung der Abfindung wirksam wird.² Die Rechtsgrundlage für diese Haftung deutete der BGH jedoch nur mit seiner Ausführung an, dass die verbliebenen Gesellschafter sich treuwidrig verhalten, wenn sie sich mit der Fortsetzung der Gesellschaft den Wert des eingezogenen Geschäftsanteils auf Kosten des ausgeschiedenen Gesellschafters einverleiben, ihm aber eine Abfindung unter der berechtigten Berufung auf die Kapitalbindung der Gesellschaft verweigern.

In seinem Urteil vom 10.5.2016 stellt der BGH nun klar, dass weder die Fassung eines Einziehungsbeschlusses als solches eine Haftung der Mitgesellschafter begründet noch der Umstand, dass später eine Zahlung der Abfindung an § 34 Abs. 3, § 30 Abs. 1 GmbHG scheitert oder sich die Gesellschaft – wissentlich oder irrtümlich – zu Unrecht hierauf beruft.³ Eine persönliche Haftung der Mitgesellschafter soll nach dem BGH erst dann in Frage kommen, wenn die Gesellschaft unter Verzicht auf Maßnahmen zur Befriedigung des Abfindungsanspruchs des Ausgeschiedenen fortgesetzt wird.⁴ Außerdem soll eine solche Haftung dann in Betracht kommen, wenn die (früheren) Mitgesellschafter selbst treuwidrig die Voraussetzungen der § 34 Abs. 3, § 30 Abs. 1 GmbHG herbeigeführt hätten.⁵

2. Offene Fragen

Die Fragen, die sich nach dem Urteil des BGH vom 24.1.2012 stellten und in der Literatur kontrovers diskutiert werden, hat auch das neue Urteil vom 10.5.2016 nicht vollständig beantwortet.

1 Nachweise zum früheren Diskussionstand bei BGH, Urteil vom 24.1.2012, II ZR 109/11, BGHZ 192, 236 Rdnr. 10 ff. = MittBayNot 2012, 231.

2 BGH, Urteil vom 24.1.2012, II ZR 109/11, BGHZ 192, 236 Rdnr. 13 ff. = MittBayNot 2012, 231.

3 Rdnr. 22 der besprochenen Entscheidung.

4 Rdnr. 23 der besprochenen Entscheidung.

5 Rdnr. 30 der besprochenen Entscheidung.

a) Rechtsgrundlage

Schon die Rechtsgrundlage der Haftung war und ist weiterhin heftig umstritten. Ein Teil der Literatur geht davon aus, dass es sich um eine Haftung aufgrund eines Pflichtverstoßes gegen eine nachwirkende Treuepflicht aus dem Gesellschaftsverhältnis handelt,⁶ und beruft sich dabei auf das vom BGH geforderte treuwidrige Verhalten der verbliebenen Gesellschafter. Andere sehen in der Rechtsprechung des BGH eine Rechtsfortbildung hin zu einem neu geschaffenen Anspruch, der allein auf dem Wertzuwachs bei den verbliebenen Gesellschaftern fußt.⁷ Die Vertreter dieser Ansicht stützen sich vor allem darauf, dass der BGH sein Urteil vom 24.1.2012 auch damit begründete, dass die verbliebenen Gesellschafter, denen der Wert anteilig zuge wachsen ist, sich nur dann redlich verhalten, wenn sie die Unterdeckung nicht auf andere Weise auflösen. Für diese Ansicht spricht außerdem, dass die Gesellschafter nach dem BGH nur anteilig haften sollen, während sie bei einer Schadensersatzhaftung aufgrund Treuepflichtverstoßes unbeschränkt und gesamtschuldnerisch haften müssten (siehe unten 3. c).

b) Haftungsschuldner

Eng mit der Suche nach der Rechtsgrundlage verbunden ist die Frage, welche Gesellschafter dem Ausgeschiedenen haften sollten. Vertreter der Haftung wegen Treuepflichtverstoßes kommen zu dem Schluss, dass nur solche Gesellschafter haften, die dem Einziehungsbeschluss zugestimmt haben.⁸ Vertreter der Sozialhaftungstheorie gehen davon aus, dass alle nach der Einziehung verbliebenen Gesellschafter dem Ausgeschiedenen gegenüber haften.⁹ Einig sind sich die Vertreter beider Ansichten darin, dass solche Gesellschafter, die erst nach der Beschlussfassung über die Einziehung (durch Sonderrechtsnachfolge) neu hinzugekommen sind, nicht haften.

3. Haftung bei schuldhaftem Treuepflichtverstoß

Zwar hat sich der BGH auch in seinem Urteil vom 10.5.2016 weder eindeutig zur Rechtsgrundlage noch zu der Frage geäußert, welche der verbliebenen Gesellschafter haften sollen.¹⁰ Gleichwohl lässt aber die Anknüpfung des BGH an das Verhalten der Gesellschafter und das wiederholte Abstellen auf die erforderliche Treuwidrigkeit¹¹ durchaus den

6 *Priester*, ZIP 2012, 658, 659; *Gubitz/Nikoleyczik*, NZG 2013, 727, 731; *Schockenhoff*, NZG 2012, 449, 451.

7 *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 34 Rdnr. 46; *Roth/Altmeyen/Altmeyen*, GmbHG, 8. Aufl. 2015, § 34 Rdnr. 25; *Altmeyen*, NJW 2013, 1025, 1026 ff.; vgl. auch Beck'sches Handbuch der GmbH/*Maul*, 5. Aufl. 2014, § 13 Rdnr. 64; *Wicke*, DNotZ 2017, 138, 140.

8 *Priester*, ZIP 2012, 658, 659; *Schockenhoff*, NZG 2012, 449, 451.

9 *Roth/Altmeyen/Altmeyen*, GmbHG, § 34 Rdnr. 25; *Altmeyen*, NJW 2013, 1025, 1029; vgl. auch *Wicke*, DNotZ 2017, 138, 140.

10 Vgl. nur *Hauschild/Kallrath*, Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2. Aufl. 2017, § 16 Rdnr. 339.

11 Vgl. nur Rdnr. 23 bis 26, 29, 30, 35 der besprochenen Entscheidung.

Schluss zu, dass er den Haftungsgrund in einer verletzen nachvertraglichen Treuepflicht der verbliebenen Gesellschafter als Grundlage für die Haftung sieht.¹²

a) Nachvertragliches Treuepflichtverhältnis

Der BGH erklärt, der Ausscheidende müsse davor geschützt werden, dass die verbleibenden Gesellschafter sich mit der Fortsetzung der Gesellschaft den Wert seines Anteils aneignen, wenn sie nicht auf andere Weise für die Auszahlung der Abfindung sorgen.¹³ Dies zeigt, dass der BGH augenscheinlich davon ausgeht, dass zwischen den verbleibenden Gesellschaftern und dem Ausscheidenden durch die Einziehung sich die zwischen ihnen bestehende gesellschaftsrechtliche Treuepflicht im Zeitpunkt der Beschlussfassung dahin gehend konkretisiert, dass sich die verbleibenden Gesellschafter grundsätzlich in einer Art und Weise zu verhalten haben, die einer späteren Auszahlung der Abfindung nicht entgegensteht. Es handelt sich also um eine besondere Form der nachvertraglichen Treuepflicht, die für die verbleibenden Gesellschafter bis zur vollständigen Zahlung der Abfindung gilt. Die bloße Fassung des Einziehungsbeschlusses begründet also – wie der BGH in seinem Urteil vom 10.5.2016 feststellt – noch keine Haftung der verbleibenden Gesellschafter;¹⁴ und zwar deswegen, weil durch die Einziehung und den damit verbundenen Vermögenszuwachs erst die besondere Treuepflicht begründet wird, sie aber selbst noch keinen haftungsauslösenden Treuepflichtverstoß und damit keinen Haftungsgrund darstellt.¹⁵ Ohne Weiteres ergibt sich dies in den Fällen, in denen die Einziehung einvernehmlich erfolgt (*volenti non fit iniuria*). Aber auch bei der zwangsweisen Einziehung geschieht diese nur in Ausübung gesellschaftsvertraglicher Rechte nach Maßgabe der Satzung und damit im Allgemeinen nicht treuepflichtwidrig.

Indem der BGH die Haftung der verbleibenden Gesellschafter mit dem Wert des eingezogenen Anteils begründet,¹⁶ macht er deutlich, dass er als Grundlage dieser besonderen Treuepflicht nicht die Mitwirkung an dem Einziehungsbeschluss sieht, sondern vielmehr den Umstand, dass den verbliebenen Gesellschaftern mit der Einziehung der Wert des Anteils des Ausgeschiedenen anwächst, für den sie bzw. die Gesellschaft bei hinausgeschobener Fälligkeit zunächst keinen Ausgleich leisten müssen. Deswegen gilt diese Treuepflicht auch für alle verbliebenen Gesellschafter gleichermaßen unabhängig davon, ob sie selbst dem Beschluss über die Einziehung zugestimmt haben. Wenn der BGH davon spricht, dass diejenigen Gesellschafter haften sollen, die den Einziehungsbeschluss gefasst haben, dann ist dies lediglich als Abgrenzung zu den Gesellschaftern zu verstehen, die erst nach Fassung des Einziehungsbeschlusses

12 *Priester*, EWIR 2016, 393, 394; *Wicke*, DNotZ 2017, 138; vgl. schon *Gubitz/Nikoleyczik*, NZG 2013, 727, 731; a. A. *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, § 34 Rdnr. 46.

13 BGH, Urteil vom 24.1.2012, II ZR 109/11, BGHZ 192, 236 Rdnr. 14 = MittBayNot 2012, 231.

14 Rdnr. 22 der besprochenen Entscheidung.

15 Vgl. auch *Gubitz/Nikoleyczik*, NZG 2013, 727, 729.

16 Rdnr. 23 f. der besprochenen Entscheidung.

ses (durch Sonderrechtsnachfolge) neu hinzugekommen sind.¹⁷ Dies zeigt sich auch daran, dass er in seinem Urteil vom 10.5.2016 nur noch von den „verbleibenden Gesellschaftern“ spricht¹⁸ und in seinem Urteil vom 24.1.2012 die Begriffe „verbleibende Gesellschafter“¹⁹ und „Gesellschafter, die den Einziehungsbeschluss gefasst haben“²⁰ unterschiedslos verwendet. Den Gesellschaftern, die nach der Einziehung durch Sonderrechtsnachfolge neu hinzugekommen sind, ist durch die Einziehung kein Vermögen zugewachsen, sodass für sie auch keine besondere Treuepflicht gilt und eine persönliche Haftung dieser Gesellschafter somit ausscheidet.

Zweck dieser Treuepflicht ist nach dem BGH ein Ausgleich der Interessen zwischen den verbleibenden Gesellschaftern und dem Ausgeschiedenen.²¹ Sie bildet ein notwendiges Korrektiv zu dem Konflikt, der sich ergibt, wenn die Abfindung nicht sofort fällig ist und der Ausgeschiedene einerseits mit der Wirksamkeit der Einziehung seine Gewinnbezugs- und seine Stimmrechte sowie seine Möglichkeit, sich über die Verhältnisse der Gesellschaft zu informieren, verliert,²² es aber andererseits bis zum Eintritt der Fälligkeit aufgrund von ihm nicht beeinflussbarer Entscheidungen der Gesellschafter dazu kommen kann, dass er seinen Anspruch nicht mehr durchsetzen kann.

Wie der BGH klarstellt, spielt es für die Frage der Haftung der Mitgesellschafter außerdem keine Rolle, ob die Einziehung einvernehmlich oder zwangsweise erfolgt.²³ Denn der Wertzuwachs, den die verbleibenden Gesellschafter anteilig durch die Einziehung erfahren,²⁴ begründet das besondere Treueverhältnis auch gegenüber einem Gesellschafter, der mit der Einziehung seines Anteils einverstanden ist. Im Gegenteil könnte man sogar annehmen, dass im Falle eines freiwilligen Ausscheidens die Treuepflicht gegenüber dem „guten“ Ausgeschiedenen größer ist als gegenüber dem „bösen“ Ausgeschiedenen bei zwangsweiser Einziehung. Allerdings gibt es bei der einvernehmlichen Einziehung eher die Möglichkeit, das Rechtsverhältnis zwischen dem Ausgeschiedenen und den verbliebenen Gesellschaftern konkret zu regeln (siehe unten 4. b), sodass dann ggf. kein Raum für ein allgemeines nachvertragliches Treueverhältnis mehr bleibt.

Wie weit diese Treuepflicht im Einzelnen reicht, ist derzeit allerdings nicht völlig trennscharf zu umreißen. Allgemein bedeutet sie für die verbleibenden Gesellschafter, dass diese sich bis zur Erfüllung des Abfindungsanspruches in einer Weise zu verhalten haben, die den Abfindungsan-

spruch des Ausgeschiedenen nicht gefährdet, und bis zur bzw. bei dessen Fälligkeit die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen haben, damit der Anspruch auch erfüllt werden kann. Notfalls müssen sie hierzu sogar die Gesellschaft auflösen.²⁵ Außerdem wird man annehmen müssen, dass die verbliebenen Gesellschafter dafür Sorge zu tragen haben, dass Mittel, die sie der Gesellschaft nach dem Wirksamwerden der Einziehung zum eigenen Vorteil entziehen, für die Erfüllung des Abfindungsanspruches zur Verfügung stehen. Da bei einem Austausch von Gesellschaftern im Wege der Sonderrechtsnachfolge neue Gesellschafter hinzutreten, für die originär keine Treuepflicht gegenüber dem Ausgeschiedenen besteht, wird man zum Schutze des Ausgeschiedenen als Inhalt der Treuepflicht der verbliebenen Gesellschafter außerdem annehmen müssen, dass diese verpflichtet sind, im Falle einer Übertragung ihres Geschäftsanteils auf einen Dritten dafür Sorge zu tragen, dass dieser in gleicher Weise wie sie selbst die Sicherstellung des Abfindungsanspruches gewährleisten muss, sie ihm also die Einhaltung der eigenen Treuepflicht aufzuerlegen haben. Generell wird man aber annehmen dürfen, dass die Treuepflicht ausschließlich im Hinblick auf gesellschaftsrechtliche bzw. anteilsbezogene Maßnahmen besteht, dass damit aber keinerlei Einschränkung hinsichtlich der unternehmerischen Freiheit der verbliebenen Gesellschafter verbunden ist.

b) Schuldhafter Treuepflichtverstoß

Zu einer Haftung der verbleibenden Gesellschafter kommt es nur, wenn diese ihre vorstehend dargelegte Treuepflicht schuldhaft verletzen (§ 280 Abs. 1 BGB).²⁶ Der BGH selbst benennt in seinem Urteil vom 10.5.2016 mehrere mögliche Treuepflichtverstöße. Zum einen soll es einen Treuepflichtverstoß darstellen, wenn zum Zeitpunkt der Fälligkeit der Abfindung eine Auszahlung an § 34 Abs. 3, § 30 Abs. 1 GmbHG scheidet und die Gesellschafter vorher oder jedenfalls kurz danach keine (zumutbaren) Maßnahmen ergreifen, dass die Abfindung aus dem ungebundenen Vermögen der Gesellschaft geleistet werden kann, oder die Gesellschaft fortsetzen, anstatt sie aufzulösen, weil sie darin einen wirtschaftlichen Vorteil und einen Mehrwert für ihren Anteil erblicken.²⁷ Zum anderen soll es einen Treuepflichtverstoß darstellen, wenn die verbliebenen Gesellschafter die Zahlung der Abfindung in treuwidriger Weise vereiteln, etwa durch ein treuwidriges Herbeiführen der Voraussetzungen der § 34 Abs. 3, § 30 Abs. 1 GmbHG oder der Insolvenzzreife der Gesellschaft,²⁸ oder wenn sie die Stellung eines Insolvenzantrags treuwidrig verzögern.²⁹ Der BGH stellt klar, dass es für die Annahme eines solchen Treuepflichtverstoßes nicht notwendig ist, dass die verbliebenen Gesellschafter bestimmte Vermögenswerte aus der Gesellschaft entnommen haben.³⁰ Umgekehrt dürfte ein solches Verhalten regelmäßig ausreichend sein, um eine Haftung zu begrün-

17 *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, § 34 Rdnr. 46.

18 Rdnr. 26, 32 der besprochenen Entscheidung.

19 BGH, Urteil vom 24.1.2012, II ZR 109/11, BGHZ 192, 236 Rdnr. 14, 15 = *MittBayNot* 2012, 231.

20 BGH, Urteil vom 24.1.2012, II ZR 109/11, BGHZ 192, 236 Rdnr. 21 = *MittBayNot* 2012, 231.

21 BGH, Urteil vom 24.1.2012, II ZR 109/11, BGHZ 192, 236 Rdnr. 22 = *MittBayNot* 2012, 231.

22 *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, § 34 Rdnr. 49.

23 Rdnr. 24 der besprochenen Entscheidung.

24 Rdnr. 23 f. der besprochenen Entscheidung.

25 Rdnr. 23 der besprochenen Entscheidung.

26 Vgl. *Gubitz/Nikoleyczik*, NZG 2013, 727, 731.

27 Rdnr. 23 der besprochenen Entscheidung.

28 Rdnr. 30 der besprochenen Entscheidung.

29 Rdnr. 26 der besprochenen Entscheidung.

30 Rdnr. 23 der besprochenen Entscheidung.

den, wenn die verbliebenen Gesellschafter nicht dafür Sorge tragen, dass diese Gelder auch nach der Entnahme noch zur Befriedigung des Abfindungsanspruchs zur Verfügung stehen. Dasselbe wird man auch für eine unangemessene Erhöhung eines (Gesellschafter-)Geschäftsführergehalts annehmen müssen.

Auf der anderen Seite stellt der BGH aber auch klar, dass nicht jede Fortführung der Gesellschaft trotz Verbots der Erfüllung des Abfindungsanspruchs allein schon deswegen treuwidrig ist.³¹ Denn die Fortführung kann ggf. auch im Sinne des Ausscheidenden sein, wenn auch bei einer Liquidation sein Anspruch jedenfalls nicht vollständig erfüllt werden könnte und die berechtigte Erwartung besteht, dass bei Fortführen der Geschäfte der Abfindungsanspruch zu einem späteren Zeitpunkt (in größerem Umfang) erfüllt werden kann.³² Es kommt also darauf an, ob die Fortführung der Geschäfte der Gesellschaft durch die Mitgesellschafter rein eigennützig (dann treuwidrig) oder zumindest auch fremdnützig im Interesse des Ausgeschiedenen erfolgt. Das Gleiche gilt für jedes andere potenziell treupflichtwidrige Verhalten.

Auch die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens bzw. die Insolvenzzureife als solche soll nach dem BGH nicht zu einer Haftung wegen Treupflichtverstoßes der früheren Mitgesellschafter führen, weil hierdurch die Gesellschaft aufgelöst und der Ausgeschiedene am Liquidationserlös beteiligt wird.³³ Selbst eine Verzögerung der Antragstellung führt nicht zwangsläufig zu einer Haftung der früheren Mitgesellschafter. Denn die Pflicht zur Stellung des Insolvenzantrags obliegt nicht den Gesellschaftern, sondern gemäß § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO den Geschäftsführern als eigene Verpflichtung. Allein diese sind damit den Gläubigern gegenüber bei verzögerter Antragstellung persönlich haftbar. Etwas anderes kann aber dann gelten, wenn die verbliebenen Gesellschafter die verzögerte Antragstellung ursächlich herbeiführen.³⁴

c) Haftungsschuldner

Freilich ist dadurch noch nicht die Frage beantwortet, ob nun alle verbliebenen Mitgesellschafter haften, unabhängig davon, ob ihnen persönlich eine Treupflichtverletzung vorgeworfen werden kann, oder nur diejenigen, die selbst die Befriedigung des Ausgeschiedenen treuwidrig vereiteln. Soll also beispielsweise ein verbliebener Gesellschafter von einer Haftung verschont bleiben, weil er selbst für die Auflösung der Gesellschaft gestimmt hat, aber von den übrigen Gesellschaftern überstimmt wurde? Dogmatisch richtig wäre es, nur solche verbliebenen Gesellschafter haften zu lassen, deren individuelles (Abstimmungs-)Verhalten einen schuldhaften Treupflichtverstoß darstellt. Solche Mitgesellschafter müssten dann jedoch gesamtschuldnerisch für den gesamten Schaden des Ausgeschiedenen haften. Dies ist auch nicht unbillig, da ein treupflichtkonformes Verhalten auch

einem Minderheitsgesellschafter zugemutet werden kann, der sich im Falle eines Verstoßes einer den Wert seiner Beteiligung übersteigenden Haftung ausgesetzt sehen würde.

Hingegen geht der BGH bislang nur von einer anteiligen Haftung der verbliebenen Gesellschafter aus,³⁵ ohne dass dabei klar wird, ob auch die nicht treupflichtwidrigen Gesellschafter haften sollen. Denkbar ist, dass der BGH dem Ausgeschiedenen den Ersatz seines Schadens anteilig versagen möchte, soweit sich die früheren Mitgesellschafter treupflichtkonform verhalten, wobei dies jedoch kein gerechter Interessenausgleich mehr wäre, wie ihn der BGH selbst fordert. Denkbar ist auch, dass dem BGH hier eine Art anteilige Gesamthaft aller verbliebenen Mitgesellschafter vorschwebt, bei der dem Einzelnen das treuwidrige Verhalten seiner Mitgesellschafter aufgrund ihrer gesellschaftsrechtlichen Verbundenheit zugerechnet wird. In diesem Fall müsste aber die Treupflicht der verbliebenen Gesellschafter nicht nur gegenüber dem Ausgeschiedenen, sondern zum Schutze der Mitgesellschafter auch untereinander bestehen. Jeder verbliebene Gesellschafter hätte dann gegenüber den anderen verbliebenen Gesellschaftern einen Anspruch, alle für die Erfüllung des Abfindungsanspruchs erforderlichen und zumutbaren Maßnahmen zu ergreifen, und könnte diesen ggf. auch gerichtlich durchsetzen. Überdies könnte ein solcher ohne eigenes Verschulden in die Haftung genommener Gesellschafter die anderen verbliebenen Gesellschafter in Regress nehmen. Am wahrscheinlichsten ist es aber, dass sich der BGH mit der Frage, ob die Gesellschafter anteilig oder gesamtschuldnerisch haften, selbst überhaupt noch nicht vertieft auseinandergesetzt hat, sondern dass er insoweit nur auf die Wortwahl der früheren von ihm zitierten Befürworter einer Haftungslösung zurückgreift,³⁶ ohne sich bewusst zu machen, dass die von ihm postulierte Haftung wegen eines Treupflichtverstoßes nicht zu einer anteiligen Haftung (aller verbliebenen Gesellschafter), sondern zu einer gesamtschuldnerischen Haftung (der treupflichtwidrig handelnden Gesellschafter) führen müsste.

d) Darlegungs- und Beweislast

Die Darlegungs- und Beweislast für das treuwidrige Verhalten seiner früheren Mitgesellschafter trifft den Ausgeschiedenen.³⁷ Dies wird kritisch gesehen, weil ihm nach der Einziehung seines Anteils keine Informationsrechte und Einflussnahmemöglichkeiten mehr zustehen.³⁸ Unüberwindbar sind diese Hindernisse für den Ausgeschiedenen jedoch nicht, kann er doch von der Gesellschaft Informationen dazu erwarten, aus denen sich ergibt, warum die Auszahlung seiner Abfindung gegen § 34 Abs. 3, § 30 Abs. 1 GmbHG verstößt. Spätestens im Klageverfahren muss die Gesellschaft

31 Rdnr. 23 der besprochenen Entscheidung.

32 *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, § 34 Rdnr. 44.

33 Rdnr. 26 der besprochenen Entscheidung.

34 Rdnr. 26 der besprochenen Entscheidung.

35 Rdnr. 22 der besprochenen Entscheidung; BGH, Urteil vom 24.1.2012, II ZR 109/11, BGHZ 192, 236 Rdnr. 21 = *MittBayNot* 2012, 231.

36 Vgl. hierzu BGH, Urteil vom 24.1.2012, II ZR 109/11, BGHZ 192, 236 Rdnr. 12 = *MittBayNot* 2012, 231.

37 *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, § 34 Rdnr. 50; *Wicke*, DNotZ 2017, 138.

38 *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, § 34 Rdnr. 49; *Wachter*, NZG 2016, 961, 966; *Wicke*, DNotZ 2017, 138.

entsprechende Nachweise liefern, um eine Verurteilung zur Zahlung der Abfindung abzuwenden. Wollen die Mitgesellschafter eine persönliche Haftung vermeiden, ist es an ihnen, darzulegen, warum sie sich entschieden haben, die Gesellschaft fortzuführen. Denn die Treuwidrigkeit ergibt sich ohne Weiteres, wenn eine solche Auflösung nicht erfolgt, ohne dass besondere Umstände vorliegen, welche die Fortführung rechtfertigen, weil sie auch für den Ausgeschiedenen vorteilhaft ist.³⁹ Das Fehlen solcher Umstände muss der Ausgeschiedene daher nur behaupten. Es ist dann an den verbliebenen Gesellschaftern, diese Behauptung substantiiert zu bestreiten und diese besonderen Umstände darzulegen.

4. Einzelaspekte des Urteils des BGH vom 10.5.2016

a) Keine Haftung bei unrechtmäßiger Nichtauszahlung

Der BGH stellt fest, dass auch dann, wenn die Gesellschaft sich zu Unrecht auf § 34 Abs. 3, § 30 Abs. 1 GmbHG beruft, daraus nicht zwangsläufig folgt, dass die verbleibenden Gesellschafter haften. Das mag zunächst überraschend klingen, ist bei näherer Betrachtung aber folgerichtig. Zwar wird ein verbleibender Gesellschafter, der ein solches Verhalten der Gesellschaft durch Fassung eines entsprechenden Gesellschafterbeschlusses oder eigenverantwortlich als Gesellschafter-Geschäftsführer herbeiführt, regelmäßig treupflichtwidrig handeln. Ein Schaden entsteht dem Ausgeschiedenen dadurch allerdings erst dann, wenn er deswegen später mit seinen Ansprüchen gegen die Gesellschaft, die sein primärer Anspruchsgegner ist, ausfällt. Der Ausgeschiedene muss sich zunächst darauf verweisen lassen, seinen Anspruch gegen die Gesellschaft, ggf. mit gerichtlicher Hilfe, durchzusetzen.⁴⁰ Der BGH spricht von einer nur „subsidiären“ Haftung der verbliebenen Gesellschafter.⁴¹ Der Ausgeschiedene soll die Möglichkeit, frühere Mitgesellschafter in Haftung zu nehmen, nicht dazu nutzen dürfen, sich einer Auseinandersetzung mit der Gesellschaft über seinen Anspruch zu entziehen. Solange die Gesellschaft nicht an der Zahlung der Abfindung gemäß § 34 Abs. 3, § 30 Abs. 1 GmbHG gehindert war, haften die Mitgesellschafter daher nicht.

b) Abweichende Regelung des Haftungsverhältnisses

Außerdem stellt der BGH fest, dass die subsidiäre Haftung wegen Treupflichtverstoßes nur soweit greift, wie die Beteiligten im konkreten Einzelfall (in der Regel bei einem einvernehmlichen Ausscheiden) keine anderweitige vertragliche Regelung getroffen haben. Den Parteien steht es frei, das zwischen ihnen bestehende Rechtsverhältnis auszugestalten und Risiken, die im Hinblick auf den Verlust von Informationsrechten und Einflussnahmemöglichkeiten für den Ausgeschiedenen bestehen, konkret zu regeln. In dem der Entscheidung zugrundeliegenden Fall sollte die Abfindung des

Ausgeschiedenen unter anderem durch ein Gewinnausschüttungsverbot, ein Verbot zur übermäßigen Erhöhung der Geschäftsführergehälter und eine Verpfändung der Geschäftsanteile abgesichert werden.

Etwas anderes gilt jedoch für einen abstrakt-generellen Haftungsausschluss in der Satzung. Denn genauso wie die Abfindung als solche in der Satzung nicht uneingeschränkt abdingbar ist, können auch die zu ihrem Schutz bestehenden besonderen Treupflichten der Mitgesellschafter nicht vollständig abbedungen werden. Allgemein akzeptiert wird ein Ausschluss in der Satzung nur insoweit als es auch möglich gewesen wäre, die Abfindung insgesamt zu beschränken.⁴² Umgekehrt sind aber haftungsverschärfende Regelungen möglich, zum Beispiel dass die verbliebenen Gesellschafter – gleichsam eines (selbstschuldnerischen) Bürgen – für die Abfindungszahlung haften.⁴³

c) Nichtigkeit bei anfänglichem Auszahlungshindernis

Eine andere Frage, die nach dem Urteil vom 24.1.2012 gestellt wurde, war, ob noch von der Nichtigkeit eines Einziehungsbeschlusses ausgegangen werden muss, wenn bereits bei dessen Fassung die sofort fällige Abfindungszahlung gegen § 34 Abs. 3, § 30 Abs. 1 GmbHG verstieße, die Gesellschafter aber als persönlich haftende in der Lage wären, die Abfindung zu leisten.⁴⁴ Der BGH lässt in seinem neuen Urteil – wie bereits in seinem Urteil vom 24.1.2012 – keinen Zweifel, dass er daran festhält, dass ein Beschluss entsprechend § 241 Nr. 3 AktG nichtig ist, wenn bereits bei Beschlussfassung feststeht, dass das Einziehungsentgelt nicht aus freiem, die Stammkapitalziffer nicht beeinträchtigendem Vermögen der Gesellschaft gezahlt werden kann.⁴⁵ Ausgehend davon, dass der Einziehungsbeschluss alleine noch keine Haftung der verbliebenen Gesellschafter auslöst, ist dies auch konsequent und sind die in der Literatur geäußerten Zweifel nicht gerechtfertigt.

5. Zusammenfassung

Die Entscheidung des BGH vom 24.1.2012, dass die Einziehung unabhängig von der Zahlung der Abfindung ist und statt der Bedingungslösung nun eine Haftungslösung gelten soll, wurde allgemein begrüßt. Mit seinem Urteil vom 10.5.2016 hätte sich dem BGH die Gelegenheit geboten, viele der in der Literatur diskutierten Folgefragen zu klären. Diese Gelegenheit hat der BGH nur sehr partiell genutzt. Jedenfalls hat er einer allzu ausufernden Haftung der anderen Gesellschafter eine Absage erteilt.⁴⁶ Auf die in der Literatur diskutierte Dogmatik eines Sozialhaftungsanspruchs

39 Vgl. *Gubitz/Nikoleyczik*, NZG 2013, 727, 731.

40 Rdnr. 28 der besprochenen Entscheidung.

41 Rdnr. 32 der besprochenen Entscheidung.

42 *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, § 34 Rdnr. 47; *Wachter*, NZG 2016, 961, 967; *Wicke*, DNotZ 2017, 138, 140 m. w. N.

43 *Wicke*, DNotZ 2017, 138, 140; *Wachter*, NZG 2016, 961.

44 Hieran zweifelnd *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, § 34 Rdnr. 40a; *Roth/Altmeyden/Altmeyden*, GmbHG, § 34 Rdnr. 22; *Wachter*, NZG 2016, 961, 963.

45 Rdnr. 13 der besprochenen Entscheidung; BGH, Urteil vom 24.1.2012, II ZR 109/11, BGHZ 192, 236 Rdnr. 7 = *MittBayNot* 2012, 231; vgl. auch *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, § 34 Rdnr. 48.

46 Kritisch *Wicke*, DNotZ 2017, 138.

geht der BGH dabei mit keiner Silbe ein. Vielmehr bekräftigt er die Anknüpfung der Haftung an ein treuwidriges Verhalten der früheren Mitgesellschafter. Das neue Urteil legt deswegen nahe, dass der BGH die dogmatische Grundlage der persönlichen Haftung der verbliebenen Gesellschafter in einer nachvertraglichen Treuepflicht begründet sieht. Diese wird verletzt, wenn die verbliebenen Gesellschafter sich treuwidrig den Wert der Beteiligung aneignen, weil sie keine geeigneten und zumutbaren Maßnahmen treffen, um eine Auszahlung der Abfindung zu ermöglichen.

18. Keine Eintragung der stets gemeinschaftlichen Vertretungsbefugnis eines GmbH-Geschäftsführers bei anderslautender Satzungsregelung

OLG München, Beschluss vom 25.7.2017, 31 Wx 194/17; mitgeteilt von **Holger Krätzschel**, Richter am OLG München
GmbHG §§ 6, 35

LEITSATZ:

Eine konkrete Vertretungsregelung eines Geschäftsführers ist dann nicht eintragungsfähig, wenn sie abweichend von der abstrakten Vertretungsbefugnis mittels Gesellschafterbeschlusses beschränkt wurde.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 Die zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg. Zutreffend ist das Registergericht im Rahmen seiner Prüfpflicht zu dem Ergebnis gelangt, dass ein Vollzugshindernis für die Eintragung der Vertretungsregelung betreffend den zur Eintragung angemeldeten Geschäftsführer darin liegt, dass dessen Vertretungsregelung gemäß dem Gesellschafterbeschluss vom 16.1.2017 nicht mit der satzungsgemäßen Vertretungsregelung im Einklang steht. Da die Vertretungsregelung zum Vollzug geändert werden muss, hat das Registergericht auch zu Recht die Anmeldung durch Zwischenverfügung beanstandet (vgl. *Krafka/Kühn*, Registergericht, 10. Aufl., Rdnr. 1090).

2 Entgegen dem Beschwerdevorbringen ist unmaßgeblich, dass die Anmeldung inhaltlich dem Beschluss der Gesellschafterin vom 16.1.2017 entspricht.

3 1. Der Beschluss vom 16.1.2017 selbst steht nämlich nicht im Einklang mit § 6 Abs. 1 der Satzung.

4 a) Nach § 6 Abs. 1 der Satzung hat „die Gesellschaft einen oder mehrere Geschäftsführer. Ist nur ein Geschäftsführer bestellt, so vertritt dieser die Gesellschaft allein. Sind mehrere Geschäftsführer bestellt, so wird die Gesellschaft durch zwei Geschäftsführer oder durch einen Geschäftsführer in Gemeinschaft mit einem Prokuristen vertreten. Durch Gesellschafterbeschluss kann einem Geschäftsführer, mehreren oder allen Ge-

schaftsführern die Befugnis erteilt werden, die Gesellschaft stets einzeln und/oder die Gesellschaft auch bei Rechtsgeschäften mit dem Geschäftsführer selbst oder als Vertreter eines Dritten zu vertreten (Befreiung von § 181 BGB).“

5 b) Demgegenüber sieht der Gesellschafterbeschluss vom 16.1.2017 eine Vertretungsbefugnis des bestellten Geschäftsführers nur gemeinsam mit einem anderen Geschäftsführer oder einem Prokuristen vor (so auch der ausdrückliche Vortrag in der Beschwerdeschrift). Demgemäß ist der Geschäftsführer im Gegensatz zur Regelung in der Satzung nicht alleinvertretungsbefugt, wenn er als einziger zum Geschäftsführer der Gesellschaft bestellt ist.

6 b) Eine Ermächtigung zugunsten der Gesellschafter, die Vertretungsregelung abweichend von der Satzung bestimmen zu können, sieht die Satzung nicht vor.

7 c) Der Beschluss erweist sich auch als sog. satzungsdurchbrechender Gesellschafterbeschluss nicht als wirksam.

8 Eine im Einzelfall regelnde Satzungsdurchbrechung ist nach der Rechtsprechung des BGH zwar im Grundsatz auch ohne Einhaltung der formellen Voraussetzungen einer Satzungsänderung jedenfalls nicht nichtig (vgl. z. B. BGH, NJW 1993, 2246). Eine Unwirksamkeit wird aber dann für einen Gesellschafterbeschluss angenommen, wenn er eine abstrakte, normative Regelung enthält, die mit Geltungsanspruch für die Zukunft von der Satzung abweicht. Abstrakt in diesem Sinne ist jede Regelung, deren Anwendung sich in der Zukunft erst konkretisiert (vgl. *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack*, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 35 Rdnr. 45). Eine solche Regelung liegt hier insofern vor, da durch den Gesellschafterbeschluss dauerhaft ein satzungswidriger Zustand betreffend die Vertretungsregelung für die Zukunft begründet werden würde (vgl. dazu *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 53 Rdnr. 30; vgl. auch DNotI-Report 2015, 44, 45). Dass die vorliegende Regelung nur zu einer Beschränkung der Vertretungsmacht eines Geschäftsführers abweichend von der satzungsgemäßen Vertretungsregelung führt, ist insofern unerheblich (vgl. auch LG Mönchengladbach, RNotZ 2009, 350; a. A. *Link*, RNotZ 2009, 350 und hiergegen wiederum zu Recht *Frenzel*, GmbHR 2011, 515, 517, 519).

9 2. Außerdem hat die beschlossene Vertretungsregelung auch zur Folge, dass der Geschäftsführer – sofern der Fall eintritt, dass neben ihm kein weiterer Geschäftsführer bestellt ist – nur zusammen mit einem Prokuristen vertretungsberechtigt wäre. Eine solche Vertretungsregelung widerspricht aber dem Grundsatz, dass einem Prokuristen keine Vetoposition zufallen darf, sodass die Anordnung einer unechten Gesamtvertretung (Geschäftsführer zusammen mit Prokuristen entsprechend § 78 Abs. 4 Satz 2 AktG) unzulässig ist, wenn die Gesellschaft nur einen (nicht wenigstens auch alleinvertretungsbefugten) Gesellschafter hat (vgl. *Lutter/Hommelhoff/Kleindiek*, GmbHG, § 35 Rdnr. 39).

(...)

19. Keine Eintragung eines neuen Kommanditisten aufgrund post- oder transmortaler Generalvollmacht

OLG München, Beschluss vom 20.6.2017, 31 Wx 169/17

HGB § 12

LEITSATZ:

Die post- oder transmortale Generalvollmacht des verstorbenen Kommanditisten als Vollmachtgeber berechtigt grundsätzlich nicht zur Anmeldung des Eintritts des neuen Kommanditisten im Wege der Gesamtrechtsnachfolge, da es sich insoweit um eine originäre Anmeldepflicht des eintretenden Erben handelt. (Leitsatz der Schriftleitung)

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Zutreffend ist das Registergericht zu dem Ergebnis gelangt, dass die nach § 162 Abs. 2, § 12 Abs. 1 HGB erforderliche Eintragung des im Wege der Gesamtrechtsnachfolge in die Gesellschaft eintretenden Kommanditisten nicht durch den Generalbevollmächtigten der verstorbenen Kommanditisten zur Eintragung angemeldet werden kann.

(...)

3 Soweit die Beschwerdeführerin im Nachgang dazu vorträgt, dass die überwiegende Meinung in Rechtsprechung und Literatur Anmeldungen zum Handelsregister auch aufgrund post- und transmortaler Vollmacht zulassen, ist dies nicht die verfahrensgegenständlich zu beantwortende Frage.

4 Verfahrensgegenständlich ist vorliegend nicht, ob grundsätzlich Anmeldungen zum Handelsregister auch mit post- oder transmortaler Vollmacht möglich sind (vgl. dazu *Schaub in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, HGB, 3. Aufl. 2014, § 12 Rdnr. 75 ff.); vielmehr geht es nur darum, ob mittels einer solchen Vollmacht gerade der Eintritt des Kommanditisten im Wege der Gesamtrechtsnachfolge in die Gesellschaft durch den Bevollmächtigten des verstorbenen Kommanditisten zur Eintragung angemeldet werden kann.

5 1. Soweit sich die Beschwerdeführerin auf die Entscheidung des OLG Hamburg (MDR 1972, 1022) beruft, ergibt sich daraus nicht das von der Beschwerdeführerin gewünschte Ergebnis. Die Entscheidung beschäftigt sich im Wesentlichen (nur) mit der Frage der grundsätzlichen Zulässigkeit transmortaler Vollmachten für Anmeldungen zum Handelsregister und der Frage, ob die transmortale Vollmacht mit dem Tod des Vollmachtgebers erlischt; beides steht hier aber nicht in Rede.

6 2. Entscheidungserheblich ist hier lediglich, ob die post- oder transmortale Vollmacht ihrem Umfang nach überhaupt dazu berechtigt, die Rechtsnachfolge des Kommanditisten zur Anmeldung zu bringen oder nicht. Der Senat ist insoweit der Ansicht, dass die vom (verstorbenen) Kommanditisten erteilte Vollmacht die eigene Anmeldepflicht des Erben des Kommanditisten nicht entfallen lässt (ebenso *Ries in Röhrich/Graf von Westphalen/Haas*, HGB, 4. Aufl. 2014, § 12 Rdnr. 9). Maßgeblich ist dafür, dass, worauf bereits hingewiesen wurde (Hinweisbeschluss des Senats vom 22.5.2017), die Vollmacht

nicht weiter reichen kann als die Rechtsmacht des Vollmachtgebers. Genau zu diesem Ergebnis käme es aber, wenn man die Vollmacht des verstorbenen Kommanditisten ausreichen ließe, da dieser selbst eine solche Anmeldung nicht vornehmen könnte. Der Senat teilt deswegen die Ansicht des KG (FGPrax 2003, 42), dass die post- oder transmortale Vollmacht grundsätzlich nicht zur Anmeldung des Eintritts des neuen Kommanditisten im Wege der Gesamtrechtsnachfolge berechtigt, da es sich insoweit um eine originäre Anmeldepflicht des eintretenden Erben handelt (ebenso *MünchKommHGB/Krafka*, 3. Aufl. 2010, § 12 Rdnr. 26).

(...)

ZWANGSVOLLSTRECKUNGS- UND INSOLVENZRECHT

20. Zwangsversteigerung wegen Grundschuldzinsen erst nach Kündigung

BGH, Beschluss vom 30.3.2017, V ZB 84/16 (Vorinstanz: LG Memmingen, Beschluss vom 19.5.2016, 44 T 550/16)

BGB § 307 Abs. 1 und 2, § 1193 Abs. 1 Satz 3 und Abs. 2, § 1234 Abs. 2 Satz 1

ZVG § 10 Abs. 1 Nr. 4, § 12 Nr. 2, §§ 13, 30a, 44, 52

Abs. 1, § 91 Abs. 1

ZPO § 751 Abs. 1

LEITSATZ:

Die Zwangsversteigerung aus einer vollstreckbaren Sicherungsgrundschuld wegen der dinglichen Zinsen setzt in Rechtsanalogie zu §§ 1234, 1193 Abs. 1 Satz 3 BGB die Kündigung des Kapitals der Grundschuld oder die Androhung der Zwangsversteigerung und das Verstreichen einer Wartefrist von sechs Monaten voraus.

SACHVERHALT:

1 I. Auf dem (...) Grundbesitz der Schuldnerin ist in Abteilung III unter laufender Nr. 1 zugunsten der Gläubigerin eine vollstreckbare Grundschuld mit einem Kapital von 250.500 € eingetragen. Die Gläubigerin kündigte die Grundschuld mit Schreiben vom 4.12.2015, das der Schuldnerin am 11.12.2015 zuging.

2 Die Gläubigerin hat am 30.3.2016 die Anordnung der Zwangsversteigerung des Grundbesitzes der Schuldnerin wegen anteiliger rückständiger dinglicher Zinsen aus der Grundschuld i. H. v. 7.360,93 € beantragt. (...)

3 II. Das Beschwerdegericht meint, die Zwangsversteigerung der Gläubigerin wegen anteiliger dinglicher Zinsen aus der zu ihren Gunsten eingetragenen vollstreckbaren Grundschuld setze ebenso wie die Zwangsversteigerung wegen des Kapitals der Grundschuld eine Kündigung und das Verstreichen der Kündigungsfrist voraus. Das ergebe sich zwar nicht unmittelbar aus § 1193 BGB. Diese Vorschrift sei aber für die Vollstreckung aus Grundschuldzinsen entsprechend anzuwenden. (...)

AUS DEN GRÜNDEN:

4 III. Die Rechtsbeschwerde der Gläubigerin hat keinen Erfolg.

(...)

8 2. Das Rechtsmittel ist indessen unbegründet. Das Vollstreckungsgericht hat den Antrag auf Anordnung der Zwangsversteigerung zu Recht gemäß § 751 Abs. 1 ZPO zurückgewiesen. Die Zwangsvollstreckung in den Grundbesitz durfte nämlich auch wegen der Grundschuldzinsen erst sechs Monate nach Zugang der Kündigung beginnen. Die Frist war seinerzeit nicht verstrichen.

9 a) Dingliche Zinsen einer (Sicherungs-)Grundschuld werden allerdings nach dem Ablauf je eines Jahres fällig, ohne dass es dazu einer Kündigung und der Einhaltung einer Kündigungsfrist bedürfte. Daran hat sich auch nach dem Inkrafttreten des mit dem Risikobegrenzungsgesetz (vom 12.8.2008, BGBl. 2008 I, S. 1666) eingefügten § 1193 Abs. 2 Satz 2 BGB am 19.8.2008 nichts geändert.

10 aa) Die Fälligkeit der dinglichen Zinsen einer (Sicherungs-)Grundschuld ist weder in § 1193 Abs. 1 BGB noch in einer anderen Vorschrift des BGB ausdrücklich geregelt. Die Vorschrift des § 1193 Abs. 1 BGB befasst sich ihrem Wortlaut nach nur mit der Fälligkeit des Grundschuldkapitals. Nach der Systematik des BGB gelten die Regelungen über das Grundschuldkapital nicht ohne Weiteres auch für die Grundschuldzinsen. Ihre Geltung setzt vielmehr, wie sich aus der Regelung des § 1194 BGB über den Zahlungsort ergibt, eine ausdrückliche Gleichstellung der Zinsen mit dem Kapital voraus, an der es in § 1193 BGB fehlt. Eine andere Vorschrift, die die Fälligkeit der Grundschuldzinsen ausdrücklich regelt, gibt es nicht.

11 bb) Einigkeit besteht darüber, dass sich die Fälligkeit der Grundschuldzinsen in Ermangelung besonderer Vorschriften nach den „allgemeinen Vorschriften“ richtet (so: OLG Rostock, OLGE 7, 195, 196). Unbestritten ist im Anschluss an *Planck/Strecker* (BGB, 5. Aufl., § 1193 Rdnr. 4) ferner, dass es sich bei diesen allgemeinen Vorschriften um die in dem heutigen § 488 Abs. 2 BGB enthaltene Regelung über die Fälligkeit von Darlehenszinsen handelt (OLG Stuttgart, WM 2001, 2206; LG Augsburg, Rpfleger 1986, 211, 212; *jurisPK-BGB/Reischl*, 7. Aufl., § 1193 Rdnr. 16; *MünchKomm-BGB/Lieder*, 7. Aufl., § 1193 Rdnr. 11; *NK-BGB/Krause*, 4. Aufl., § 1193 Rdnr. 10; *Palandt/Herrler*, 76. Aufl., § 1193 Rdnr. 4; *Soergel/Konzen*, BGB, 13. Aufl., § 1193 Rdnr. 1; *Staudinger/Wolfsteiner*, Neub. 2015, § 1193 Rdnr. 5). Der Rückgriff auf § 488 Abs. 2 BGB wird auch nach der Änderung des § 1193 BGB nicht in Frage gestellt (*Clemente*, ZfIR 2008, 589, 596; *MünchKomm-BGB/Eickmann*, 6. Aufl., § 1193 Rdnr. 9).

12 b) Streit besteht vielmehr darüber, ob sich durch Einfügung des heutigen Abs. 2 Satz 2 in die Vorschrift des § 1193 BGB unabhängig von der Fälligkeit der Grundschuldzinsen die Anforderungen an deren Verwertungsreife geändert haben.

13 aa) Nach einer Mindermeinung, der sich die Vorinstanzen inhaltlich angeschlossen haben, ist diese Frage zu bejahen (*MünchKomm-BGB/Eickmann*, § 1193 Rdnr. 45; *Clemente*, ZfIR 2008, 589, 595 f.; mit Sympathie, aber letztlich unentschieden: *Dieckmann*, BWNNotZ 2009, 144, 147). Der Gesetzgeber habe mit der zwingenden Ausgestaltung der Regelungen über die Fälligkeit des Grundschuldkapitals erreichen wollen, dass der Schuldner von der Zwangsversteigerung nicht überrascht werde, ihm vielmehr vor deren Anordnung stets ein Zeitraum von sechs Monaten zur Verfügung stehe,

um sich auf die Situation einzustellen. Dieses Ziel werde aber verfehlt, wenn aus den Grundschuldzinsen unabhängig von der Kündigung des Kapitals und der Kündigungsfrist vollstreckt werden könne. *Clemente* schlägt vor, diese Lücke durch die Anwendung von § 307 Abs. 2 BGB zu schließen. § 1193 Abs. 1 Satz 3 BGB gebe das Leitbild auch für Regelungen über die Verwertungsreife vor. Nach Ansicht von *Eickmann* ist in entsprechender Anwendung eines Rechtsgedankens, den er der Vorschrift des § 1193 BGB entnimmt, die Verwertungsreife der Grundschuld hinsichtlich der Zinsen nur anzunehmen, wenn die Zwangsversteigerung wegen der Zinsen bei der Kündigung angedroht und eine Wartefrist von sechs Monaten abgewartet wird.

14 bb) Nach weit überwiegender Ansicht ist die aufgeworfene Frage dagegen zu verneinen (*Erman/F. Wenzel*, BGB, 14. Aufl., § 1193 Rdnr. 6; *jurisPK-BGB/Reischl*, § 1193 Rdnr. 16; *MünchKomm-BGB/Lieder*, § 1193 Rdnr. 12; *NK-BGB/Krause*, § 1193 Rdnr. 10; *Palandt/Herrler*, § 1193 Rdnr. 4; *Staudinger/Wolfsteiner*, § 1193 Rdnr. 12; *Böhringer*, BWNNotZ 2009, 61, 62; *Derleder*, ZIP 2009, 2221, 2224; *Hinrichs/Jaeger*, ZfIR 2008, 745, 751; *Kalkbrenner*, ZNotP 2008, 401; *Schmid/Voss*, DNotZ 2008, 740, 745 f.; *Volmer*, MittBayNot 2009, 1, 4 f.; *Wellenhofer*, JZ 2008, 1077, 1083; BNotK, Rundschreiben Nr. 23/2008 vom 26.8.2008; DNotI, Gutachten vom 24.9.2008, Fax-Abruf-Nr. 11535 S. 2; im Ergebnis wohl auch *Preuß* in FS Kanzleiter, 2010, S. 307, 313 f.). Zur Begründung wird meist auf das Fehlen einer planwidrigen Lücke verwiesen. Dem Gesetzgeber könne nicht unterstellt werden, er habe übersehen, dass die Änderung nur die Fälligkeit des Grundschuldkapitals betreffe und die Vollstreckung wegen der Zinsen während der Kündigungsfrist unberührt lasse. Die Änderung des § 1193 BGB führe auch nicht dazu, dass die (der Vorschrift des § 488 Abs. 2 BGB entsprechenden) Fälligkeitsregelungen einer AGB-Kontrolle nicht mehr standhielten. Denn das für sie maßgebliche Leitbild sei nicht der geänderte § 1193 BGB, sondern § 488 Abs. 2 BGB. Die durch die Möglichkeit einer Zwangsversteigerung wegen der Zinsen entstehende Schutzlücke sei hinzunehmen, da der Schuldner immerhin noch die Möglichkeit habe, die einstweilige Einstellung der Zwangsversteigerung für die Dauer von sechs Monaten nach Maßgabe von § 30a ZVG zu erreichen, um die Zwangsversteigerung abzuwenden.

15 c) Der Senat folgt der Grundidee der ersten Meinung. Mit dem Risikobegrenzungsgesetz hat der Gesetzgeber der Sache nach die Anforderungen an die Verwertungsreife von Sicherungsgrundschulden verschärft. Die gefundene Regelung weist eine planwidrige Lücke auf, die unter Rückgriff auf die Regelungen über die Verwertungsreife des Mobiliarpfands zu schließen ist. Die Zwangsversteigerung aus einer vollstreckbaren Sicherungsgrundschuld wegen der dinglichen Zinsen setzt in Rechtsanalogie zu §§ 1234, 1193 Abs. 1 Satz 3 BGB die Kündigung des Kapitals der Grundschuld oder die Androhung der Zwangsversteigerung und das Verstreichen einer Wartefrist von sechs Monaten voraus.

16 aa) Die Regelung in Artikel 6 Nr. 8 Risikobegrenzungsgesetz ist planwidrig unvollständig.

17 (1) Der Gesetzgeber des BGB hat die Fälligkeit des Grundschuldkapitals von einer Kündigung und dem Verstreichen

einer Kündigungsfrist von sechs Monaten abhängig gemacht, weil die sofortige Fälligkeit des Kapitals dem, was die Beteiligten gewöhnlich beabsichtigten, nicht entspreche und es deren Vorstellungen, aber auch dem Zweck der Grundschild am ehesten entspreche, die Fälligkeit des Kapitals von einer Kündigung und einer geräumigen Kündigungsfrist abhängig zu machen (*Mugdán*, Die gesamten Materialien zum BGB für das Deutsche Reich, Bd. III 1899 S. 440 = Motive III S. 788). Diese Frist zur Vorbereitung auf die Ablösung des Grundschildkapitals hat der Gesetzgeber dem Schuldner mit der Einführung der Unabdingbarkeit des § 1193 Abs. 1 BGB bei Sicherungsgrundschulden durch den seinerzeit angefügten § 1193 Abs. 2 Satz 2 BGB erhalten wollen. In der Erläuterung dieser Änderung im Bericht des federführenden Finanzausschusses des Bundestags heißt es dazu, von der Möglichkeit, gemäß dem heutigen § 1193 Abs. 2 Satz 1 BGB von der Kündigungsregelung in § 1193 Abs. 1 BGB abzuweichen, werde in der Praxis vielfach Gebrauch gemacht. Üblich seien – jedenfalls bei Sicherungsgrundschulden – Vereinbarungen, wonach die Grundschild sofort fällig sein solle oder wonach sie sofort und fristlos gekündigt werden könne. Werde von einer derartigen Bestimmung Gebrauch gemacht, könne dies den Schuldner in eine schwierige Situation bringen, auf die er nicht eingestellt sei. Er gerate zeitlich unter großen Handlungsdruck. Ein zwingendes Erfordernis für die Vereinbarung einer sofortigen fristlosen Kündigung der Sicherungsgrundschuld sei indes, auch unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen des Gläubigers, nicht ersichtlich (zum Ganzen BT-Drucks. 16/9821, S. 17). Mit der Einführung von § 1193 Abs. 2 Satz 2 BGB sollte nicht nur technisch-formal eine von der Kündigungsregelung in § 1193 Abs. 1 BGB abweichende Vereinbarung untersagt, sondern auch sichergestellt werden, dass dem Schuldner einer Sicherungsgrundschuld die Kündigungsfrist von sechs Monaten ungeschmälert erhalten bleibt und er diesen Zeitraum nutzen kann, sich ohne den zusätzlichen Druck eines laufenden Zwangsversteigerungsverfahrens auf die durch die Kündigung des Kapitals der Grundschild entstandene Situation einzustellen.

18 (2) Dieses Ziel lässt sich mit der Einführung der Unabdingbarkeit der Kündigungsregelung in § 1193 Abs. 1 BGB bei Sicherungsgrundschulden allein nicht erreichen. Der Gesetzgeber hat übersehen, dass der Gläubiger die dem Schuldner zugeordnete Gelegenheit zur Abwendung der Zwangsversteigerung durch eine Zwangsversteigerung wegen der Zinsen unterlaufen kann und – wie nicht zuletzt das vorliegende Verfahren zeigt – in vielen Fällen auch unterlaufen wird. Das war erkennbar nicht gewollt.

19 (a) (aa) Unabdingbar wurde durch den Erlass von § 1193 Abs. 2 Satz 2 BGB nur die Regelung in § 1193 Abs. 1 BGB über die Fälligkeit des Grundschildkapitals. An der Fälligkeit der Grundschildzinsen analog § 488 Abs. 2 BGB änderte sich dagegen nichts. Der Gläubiger kann die Zwangsversteigerung in das belastete Grundstück deshalb wegen der rückständigen Grundschildzinsen – oder wegen anderer Nebenleistungen – nach Eintritt des Sicherungsfalls auch betreiben, wenn er das Kapital (noch) nicht gekündigt hat oder wenn die Kündigungsfrist noch nicht abgelaufen ist. Dadurch gerät der Schuldner regelmäßig genauso unter Handlungsdruck wie durch die Kündigung des Kapitals.

20 (bb) Zwar könnte er das Verfahren durch die Zahlung der rückständigen Zinsen abwenden (vgl. Senat, Beschluss vom 29.3.2007, V ZB 160/06, BGHZ 172, 37 Rdnr. 16). Diese Möglichkeit entlastet ihn indessen in aller Regel nicht. Die Grundschildzinsen müssen nämlich nicht den Darlehenszinsen entsprechen und werden tatsächlich auch fast immer in einer diese Zinsen deutlich übersteigenden Höhe vereinbart. Im Fall der Schuldnerin des vorliegenden Verfahrens betragen sie 15 % jährlich. Sie erreichen aus diesem Grund, aber auch deshalb schnell eine beträchtliche Höhe, weil auch die Rückstände aus den letzten zwei Jahren vor der Beschlagnahme nach § 10 Abs. 1 Nr. 4, § 13 ZVG im Rang der Grundschild vollstreckt werden können (*Hinrichs/Jaeger*, ZfIR 2008, 745, 751; *Volmer*, MittBayNot 2009, 1, 4). Hinzu kommt, dass der Gläubiger mit der Versteigerung wegen Grundschildzinsen nicht nur diese, sondern auch das Kapital der Grundschild durchsetzt. Denn die Grundschildzinsen haben nach § 12 Nr. 2 ZVG Vorrang vor dem Kapital. Folge dessen ist nach §§ 44, 52 Abs. 1, § 91 Abs. 1 ZVG, dass die Grundschild mit dem Kapital nicht in das geringste Gebot fällt und mit der Erteilung des Zuschlags vollständig erlischt (*Volmer*, MittBayNot 2009, 1, 4). Für den Schuldner entsteht durch die Zinsversteigerung damit der gleiche Handlungsdruck wie bei einer Vollstreckung wegen des Kapitals, zu deren Abwendung er aber während der Kündigungsfrist Gelegenheit haben soll.

21 (b) Das Ziel des Gesetzgebers, dem Schuldner diese Gelegenheit zu erhalten, wird nicht dadurch erreicht, dass der Schuldner in einer Zwangsversteigerung wegen der Grundschildzinsen die Einstellung des Verfahrens für die Dauer von bis zu sechs Monaten nach Maßgabe von § 30a ZVG beantragen kann. Mit einem solchen Antrag mindern sich die Chancen des Schuldners, eine weitere Einstellung durchzusetzen, wenn der Gläubiger seiner „Zinsversteigerung“ wegen des Kapitals beitrifft (*Volmer*, MittBayNot 2009, 1, 4). Vor allem aber ist die vorübergehende Einstellung der Zwangsversteigerung unabhängig davon, ob sie wegen der Zinsen oder wegen des Kapitals erfolgt, gerade nicht die „zeitliche Streckung des Handlungsdrucks“ (*Clemente*, ZfIR 2008, 589, 596), die der Gesetzgeber anstrebte. Der Schuldner soll vor der Zwangsversteigerung und unabhängig von den Rechtsbehelfen im Zwangsversteigerungsverfahren Gelegenheit zur Abwendung der Zwangsversteigerung haben (zutreffend *Clemente*, a. a. O.; *Preuß*, FS Kanzleiter, S. 307, 314). Ohne Druck kann er sich auf die Kündigung des Kapitals der Grundschild nämlich nur einstellen, wenn sein Grundstück noch nicht beschlagnahmt ist. Die Eintragung des Zwangsversteigerungsvermerks in das Grundbuch macht nach außen hin deutlich, dass die titulierte Sicherungsgrundschuld gegen den Schuldner zwangsweise durchgesetzt werden soll, und schränkt so die Handlungsmöglichkeiten des Schuldners faktisch stark ein. Gerade davor sollte er aber für die Dauer der Kündigungsfrist bewahrt werden.

22 (bb) Die durch sein Versehen entstandene Lücke hätte der Gesetzgeber nach seinem Regelungsziel durch die entsprechende Anwendung der Vorschrift des § 1234 BGB über die Androhung des Pfandverkaufs und die Einführung einer Wartefrist geschlossen, deren Länge mit sechs Monaten der Kündigungsfrist für das Grundschildkapital in § 1193 Abs. 1 Satz 3 BGB entspricht.

23 (1) Die entsprechende Anwendung des § 1193 Abs. 1 BGB auf die Fälligkeit der Grundschuldzinsen hätte dem Regelungsziel des Gesetzgebers nicht entsprochen. Sie entzöge der Rechtsprechung des BGH zur Verjährung von Grundschuldzinsen den Boden und leistete ungewollt der Bildung hoher Zinsrückstände Vorschub.

24 (a) Der BGH ist bisher davon ausgegangen, dass die Grundschuldzinsen in entsprechender Anwendung von § 488 Abs. 2 BGB nach dem Ablauf jeden Jahres fällig werden. Für ihn stellte sich nur die Frage, ob die Sicherungsabrede im Hinblick auf die Regelung in § 205 BGB zu einer Hemmung der Verjährung der Grundschuldzinsen führt. Diese Frage verneint der BGH in Abkehr von seiner früheren abweichenden Rechtsprechung (Urteile vom 28.9.1999, XI ZR 90/98, BGHZ 142, 332, 335 f.; und vom 30.3.2010, XI ZR 200/09, ZfIR 2010, 455 Rdnr. 441, insoweit nicht in BGHZ 185, 133 abgedruckt). Der Gesetzgeber unterstelle Zinsansprüche auch aus vollstreckbaren Sicherungsgrundschulden mit § 197 Abs. 2 BGB der regelmäßigen Verjährung nach § 195 BGB, um das Auflaufen hoher Zinsrückstände zu vermeiden. Die Anwendung des heutigen § 205 BGB auf die Verjährung solcher Zinsen führe zum Gegenteil dessen, was der Gesetzgeber mit § 197 Abs. 2 BGB angestrebt habe.

25 (b) Hinge die Fälligkeit von Grundschuldzinsen von der vorherigen Kündigung der Grundschuld und dem Ablauf der Kündigungsfrist ab, liefe diese Rechtsprechungsänderung, die dem Schutz des Schuldners dient, ins Leere. Denn die Verjährungsfrist würde nach § 199 Abs. 1 BGB erst mit der Kündigung und dem Ablauf der Kündigungsfrist beginnen. Da der Sicherungsgläubiger die Grundschuld aufgrund des Sicherungsvertrags nicht vor Eintritt des Sicherungsfalls kündigen dürfte, bedeutete das, dass – im Ergebnis wie vor der Änderung der Rechtsprechung des BGH – hohe Zinsrückstände auflaufen könnten. Für den Schuldner wäre wirtschaftlich jedenfalls nichts gewonnen. Er erhielte einen zeitlichen Aufschub; der wirtschaftliche Druck auf ihn wäre indessen wegen der Gefahr des Auflaufens hoher Zinsrückstände wesentlich größer als bisher. Das war erkennbar nicht gewollt.

26 (2) Die Gelegenheit, schon den Antrag auf Anordnung der Zwangsversteigerung abzuwenden, konnte der Gesetzgeber dem Schuldner nur sichern, indem er bei den Grundschuldzinsen zwischen Fälligkeit und Verwertungsreife unterschied und die Verwertungsreife der Grundschuld hinsichtlich der Zinsen in Anlehnung an die Vorschrift über die Verwertung des Pfandrechts an einer beweglichen Sache nach Eintritt der Pfandreife in § 1234 BGB regelte.

27 (a) Dieses Regelungsziel lässt sich allerdings nicht allein auf dem von *Clemente* vorgeschlagenen Weg einer AGB-Kontrolle erreichen. Diese setzt nämlich die Abweichung von einer gesetzlichen Regelung voraus, die der Gesetzgeber aber gerade versäumt hat und die deshalb erst – durch entsprechende Anwendung anderer Vorschriften – begründet werden muss.

28 (b) Die Regelung des § 1193 Abs. 1 BGB eignet sich dafür entgegen der Ansicht von *Eickmann* ebenfalls nicht. Mit dieser Vorschrift hat der Gesetzgeber das beschriebene Ziel auf einem konstruktiven Weg verwirklicht, der für die Grundschuldzinsen nicht übernommen werden kann. Er hat darin

nämlich gerade nicht bestimmt, dass das Kapital trotz Fälligkeit erst nach sechs Monaten verwertet werden darf. Die Regelung schiebt vielmehr die Fälligkeit selbst um sechs Monate hinaus. Das entspricht bei den Grundschuldzinsen gerade nicht dem Plan des Gesetzgebers.

29 (c) Die für die Vollstreckung wegen der Grundschuldzinsen (und der sonstigen Nebenleistungen einer Grundschuld) anzustrebende Unterscheidung zwischen Fälligkeit und Verwertungsreife hat der Gesetzgeber indessen bei der Verwertung des Pfandrechts an einer beweglichen Sache vorgesehen. Nach § 1228 Abs. 2 Satz 1 BGB ist der Pfandgläubiger zum Verkauf der verpfändeten Sachen berechtigt, sobald die Forderung ganz oder zum Teil fällig ist. Er darf den Verkauf aber nach § 1234 BGB nicht sofort, sondern erst vornehmen, wenn er dem Schuldner den Verkauf der Pfandsache angedroht hat und eine Wartefrist verstrichen ist. Mit dieser Regelung will der Gesetzgeber erreichen, dass der Schuldner von dem Plan des Gläubigers, die Sache zu verkaufen, erfährt und sich auf die Lage einstellen, etwa Geldmittel zur Auslösung der Sache beschaffen oder Rechtsmittel gegen die Verwertung ergreifen kann (*Staudinger/Wiegand*, Neub. 2009, § 1234 Rdnr. 1). Genau darum ging es dem Gesetzgeber auch bei der Einführung der Unabdingbarkeit der Kündigungsregelung in § 1193 Abs. 1 BGB. Die Vorschrift des § 1234 BGB ist deshalb auf die Verwertung der Grundschuld bei zwei Modifikationen entsprechend anzuwenden, mit der Folge, dass der Grundschuldgläubiger die Zwangsversteigerung wegen der Grundschuldzinsen erst beantragen darf, wenn er sie dem Schuldner angedroht hat und eine Wartefrist verstrichen ist (in ähnliche Richtung schon *Derleder*, ZIP 2009, 2221, 2224 Fn. 24; *Otten*, Sicherungsvertrag und Zweckerklärung, 2003, Rdnr. 717).

30 Die erste Modifikation betrifft die Länge der Wartefrist. Sie ist in § 1234 Abs. 2 Satz 1 BGB mit einem Monat bemessen, was bei Grundstücken zu kurz ist. Bei deren Zwangsversteigerung bedarf es eines längeren Zeitraums, für dessen Bemessung auf die Länge der Kündigungsfrist in § 1193 Abs. 1 Satz 3 BGB zurückgegriffen werden kann. Die zweite Modifikation betrifft das Verhältnis zur Kündigung des Kapitals. Eine eigenständige Androhung ist erforderlich, wenn der Gläubiger von der Kündigung des Kapitals (zunächst) absieht und ohne Kündigung des Kapitals die Zwangsversteigerung wegen der Zinsen betreibt. Hat er das Kapital indessen gekündigt, ist das dem Schuldner Warnung genug. Es bedarf dann keiner zusätzlichen Androhung. Es erscheint ausreichend, wenn der Gläubiger die in Anlehnung an § 1193 Abs. 1 Satz 3 BGB auf sechs Monate verlängerte Wartefrist analog § 1234 Abs. 2 Satz 1 BGB abwartet, wozu er dann aber in entsprechender Anwendung dieser Vorschrift auch verpflichtet ist.

31 (d) Nach dem Regelungskonzept des Gesetzgebers sind entsprechend § 1193 Abs. 2 Satz 2 BGB auch das Erfordernis einer Versteigerungsandrohung bzw. einer Kündigung des Kapitals und das Verstreichen der Wartefrist nicht abdingbar. Hiervon könnte nach § 307 Abs. 1 BGB auch nicht durch die Vereinbarung eines vollstreckbaren abstrakten Schuldanerkenntnisses zugunsten des Grundschuldgläubigers abgewichen werden. Diese Erfordernisse gälten deshalb auch, wenn der Gläubiger einer Grundschuld die Zwangsversteigerung wegen einer persönlichen Forderung auf Grund eines

vollstreckbaren abstrakten Schuldversprechens zu seinen Gunsten betreibt.

32 d) Danach hätte die Gläubigerin die Zwangsversteigerung wegen der Grundschuldzinsen zwar neben der erklärten Kündigung nicht zusätzlich androhen müssen. Sie hätte aber analog § 1234 Abs. 2 Satz 1, § 1193 Abs. 1 Satz 3 BGB eine Wartefrist von sechs Monaten abwarten müssen. Die war bei Antragstellung nicht verstrichen. Der Antrag war deshalb unbegründet.

(...)

HINWEIS DER SCHRIFTLICHTUNG:

Siehe hierzu den Aufsatz von **Volmer**, *MittBayNot* 2017, 560 (in diesem Heft).

INTERNATIONALES PRIVATRECHT

21. Gewöhnlicher Aufenthalt bei Wegzug in Pflegeheim kurz vor dem Tod

OLG München, Beschluss vom 22.3.2017, 31 AR 47/17; mitgeteilt von **Holger Krätzschel**, Richter am OLG München

FamFG § 5 Abs. 1 Nr. 4, §§ 26, 343 Abs. 1, § 348 Abs. 3

LEITSÄTZE:

- 1. Die Vorlage betreffend die Bestimmung des örtlich zuständigen Nachlassgerichts setzt voraus, dass das Vorlagegericht die die örtliche Zuständigkeit begründenden Tatsachen erschöpfend ermittelt hat (im Anschluss an OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18.11.2016, I-3 Sa 2/16).**
- 2. Bei einer Aufnahme in ein Pflegeheim unmittelbar vor seinem Tod (hier: drei Wochen) drängt sich die durch das Nachlassgericht zu klärende Frage auf, ob der Erblasser aufgrund eigenen Willens den Aufenthaltswechsel vollzogen hat.**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 Das Nachlassgericht Landshut hat mit Vorlagebeschluss (...) eine Entscheidung über die Zuständigkeit des Nachlassgerichts gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 4 FamFG für die Ermittlung der Erben nach dem Erblasser (vgl. Art. 37 Abs. 1 AGGVG) und (ggf.) zur Benachrichtigung der Beteiligten (§ 348 Abs. 3 FamFG) beantragt, nachdem sich das Nachlassgericht Landshut (...) und das Nachlassgericht Erding (...) jeweils für örtlich unzuständig erklärt haben.

(...)

3 2. Allerdings kann eine Zuständigkeitsbestimmung erst dann erfolgen, wenn das vorliegende Nachlassgericht seiner Pflicht zur Ermittlung der zuständigkeit begründenden Tatsachen gemäß § 26 FamFG vor Einleitung des Bestimmungsverfahrens nach § 5 FamFG nachgekommen ist. Denn es besteht im Interesse der Verfahrensbeschleunigung eine Pflicht des Vorlagegerichts, die die örtliche Zuständigkeit begründenden Tatsachen vor Einleitung des Bestimmungsverfahrens nach § 5

FamFG von Amts wegen zu ermitteln (OLG Düsseldorf, ZEV 2017, 103, 104). Unter Zugrundelegung des seit 17.8.2015 geltenden Rechts betreffend die örtliche Zuständigkeit der Nachlassgerichte, § 343 Abs. 1 FamFG, ist aber bislang eine ausreichende Ermittlung der zuständigkeit begründenden Tatsachen nicht erfolgt.

(...)

5 b) Die zum 17.8.2015 in Kraft getretene EU ErbVO sieht hingegen als grundlegendes Merkmal für die Anknüpfung gerichtlicher Zuständigkeiten in Erbsachen den gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers im Zeitpunkt seines Todes vor (Art. 4 EU ErbVO). Dementsprechend bestimmt nunmehr § 343 Abs. 1 FamFG n. F., örtlich zuständig ist das Gericht, in dessen Bezirk der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte. Durch die Neufassung des § 343 Abs. 1 FamFG im Rahmen des IntErbRVG soll das Ziel, eine möglichst einheitliche örtliche Zuständigkeit der Gerichte für die Erteilung eines Erbscheins und für die Ausstellung eines Europäischen Nachlasszeugnisses nach Kapitel VI der EU ErbVO zu gewährleisten, – und damit auch ein Gleichlauf mit Art. 4 EU ErbVO – erreicht werden (vgl. BT-Drucks. 18/4201, S. 59). Demgemäß ist der Begriff des „gewöhnlichen Aufenthalts“ auch im Lichte des Art. 4 EU ErbVO unter Heranziehung der Erwägungsgründe (23) und (24) zu bestimmen. Insoweit ist eine Gesamtbeurteilung der Lebensumstände vorzunehmen, auch unter Berücksichtigung von Dauer und Regelmäßigkeit von Besuchen, der besonders engen Bindung an einen Staat, der Sprachkenntnisse, der Lage des Vermögens (vgl. *Palandt/Thorn*, 76. Aufl. 2017, Art. 21 EU ErbVO; *Köhler* in *Gierl/Köhler/Kroiß/Wilsch*, Internationales Erbrecht, 2. Aufl. 2017, Teil 1 § 4 Rdnr. 13 ff.; *Dörner*, ZEV 2012, 505; *Dutta*, FamRZ 2013, 4). Daraus ergibt sich, dass in Bezug auf den „gewöhnlichen Aufenthalt“ der tatsächliche Lebensmittelpunkt einer natürlichen Person zu verstehen ist, der mittels einer Gesamtbeurteilung der Lebensumstände des Erblassers in den Jahren vor seinem Tod und zum Zeitpunkt des Todes festzustellen ist (*Köhler* in *Gierl/Köhler/Kroiß/Wilsch*, Internationales Erbrecht, Teil 1 § 4 Rdnr. 13; *Keidel/Zimmermann*, FamFG, 18. Aufl. 2014, § 343 Rdnr. 62; § 34 IntErbRVG Rdnr. 2 ff.). Für die Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthaltes des Erblassers ist neben dem objektiven Moment des tatsächlichen Aufenthalts auch ein subjektives Element, nämlich ein Aufenthalts- bzw. Bleibewille, erforderlich (*Keidel/Zimmermann*, § 343 Rdnr. 67; *Köhler*, a. a. O. Rdnr. 14). Andernfalls können Fragen eines erzwungenen oder willenlosen Aufenthalts nicht zufriedenstellend geklärt werden. Außerdem könnte sonst das materielle Erbrecht von Angehörigen manipuliert werden (*Keidel/Zimmermann*, Rdnr. 67). Wenn gleich ein rechtsgeschäftlicher Wille, den Aufenthaltsort zum Mittelpunkt der Lebensverhältnisse zu machen, nicht erforderlich ist (vgl. *Dörner*, ZEV 2012, 505, 510), muss der Erblasser aber zur eigenen Willensbildung fähig sein (*Köhler*, a. a. O. Rdnr. 16). Verliert dieser seine Geschäftsfähigkeit, kann er den gewöhnlichen Aufenthalt nicht mehr wechseln (*Zimmer/Oppermann*, ZEV 2016, 126, 130). Abzustellen ist daher grundsätzlich auf den letzten gewöhnlichen Aufenthalt zur Zeit der letztmalig vorhandenen Geschäftsfähigkeit des Erblassers (vgl. dazu auch *Zimmer/Oppermann*, a. a. O.), was unter Umständen auch die Erholung eines Sachverständigengutachtens zur Frage der Geschäftsfähigkeit bei Begründung des für die Be-

stimmung der örtlichen Zuständigkeit maßgeblichen gewöhnlichen Aufenthalts des Erblassers erfordern kann (vgl. *Zimmer/Oppermann*, a. a. O. Fn. 19). Da Aufenthalt etwas Tatsächliches ist, ist eine gesetzliche Vertretung des Erblassers im Zusammenhang mit der Begründung eines gewöhnlichen Aufenthalts nicht zulässig; denn andernfalls könnte ggf. ein Betreuer das anzuwendende Erbrecht bestimmen (*Keidel/Zimmermann*, a. a. O. Rdnr. 67).

6 c) Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze, die auch im Rahmen des § 343 Abs. 1 FamFG zum Tragen kommen (vgl. oben), sind die Anknüpfungspunkte für die Bestimmung des zuständigen Nachlassgerichts durch den Senat bislang nicht abschließend geklärt.

7 aa) Ist der letzte Aufenthalt des Erblassers ein Pflegeheim, so kann dieses grundsätzlich der „gewöhnliche Aufenthalt“ des Erblassers im Sinne des § 343 Abs. 1 FamFG sein, wenn er sich zur Zeit des Erbfalls von seinem Willen getragen dort aufgehalten hat, weil sein Gesundheitszustand eine auf eine nicht begrenzte Dauer angelegte medizinische und pflegerische Betreuung erfordert hat, und nichts dafür gesprochen hat, dass eine Rückkehr des Erblassers in die zuletzt von ihm bewohnte, an einem anderen Ort befindliche Wohnung in Betracht zu ziehen gewesen war (OLG Düsseldorf, FamRZ 2013, 807, 808; *Keidel/Zimmermann*, a. a. O. Rdnr. 68).

8 bb) Ob diese Voraussetzungen hier vorliegen, vermag der Senat derzeit nicht zu beurteilen, da das vorlegende Gericht nicht ermittelt hat, was der Grund für die Aufnahme des Erblassers in ein Pflegeheim nur drei Wochen vor seinem Tod war. Diese Ermittlungen sind daher nachzuholen. Insbesondere ist festzustellen, ob der Erblasser zum Zeitpunkt der Übersiedlung noch geschäftsfähig war und es seinem Willen entsprach, sich in ein Pflegeheim zu begeben. Dabei hat sich das Nachlassgericht sämtlicher ihm zugänglicher Erkenntnisquellen zu bedienen (Stellungnahme des Pflegeheims, Anhörung von Angehörigen, Arztberichte etc., ggf. auch ein Sachverständigen-gutachten einzuholen).

ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Felix Odersky**, Dachau

Der Beschluss des OLG München resultiert aus der gesetzgeberischen Entscheidung im Ausführungsgesetz zur EU ErbVO, die örtliche Zuständigkeit des Nachlassgerichts in § 343 Abs. 1 FamFG nicht mehr an den einfach zu bestimmenden Begriff des Wohnsitzes, sondern an den des gewöhnlichen Aufenthalts des Erblassers, wie dieser für die Bestimmung der internationalen Zuständigkeit nach Art. 4 EU ErbVO maßgeblich ist, anzuknüpfen. Einen zwingenden Grund für diese Umstellung gab es nicht, zumal Art. 2 EU ErbVO klarstellt, dass die innerstaatlichen Zuständigkeiten von der Verordnung unberührt bleiben. Für die Praxis der Nachlassgerichte führt die Neuregelung leider dazu, dass schon im Rahmen der Zuständigkeitsprüfung die Lebensumstände des Erblassers aus den letzten Jahren vor seinem Tod zu prüfen sind. Fast schon unverständlich wird diese Prüfungspflicht, wenn die Gerichte dafür extra Nachforschungen anstellen oder gar, wie vom OLG erwogen, Sachverständigen-gutachten einholen müssten, obwohl

diese später für die Beurteilung des eigentlichen Erbfalls nicht mehr benötigt werden.

Inhaltlich überrascht, wie ausführlich die Frage erörtert wird, ob eine geschäftsunfähige Person einen neuen gewöhnlichen Aufenthalt begründen kann. Denn nach dem mitgeteilten Sachverhalt befand sich der Erblasser wohl nur die letzten drei Wochen vor seinem Tod in dem Pflegeheim am neuen Ort – also einem so kurzen Zeitraum, bei dem man wohl generell in kaum einem Fall einen Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts annehmen könnte.

Die Beschlussbegründung mag daher auch auf der Intention beruhen, den Nachlassgerichten für die relativ häufigen Fälle, in denen ältere Personen in ein Alters- oder Pflegeheim in einen anderen Amtsgerichtsbezirk als denjenigen ihres ursprünglichen Wohnorts kommen, eindeutige Vorgaben zu machen. Allerdings erwähnt das Gericht selbst, dass nach der Gesetzesbegründung der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts zur Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit grundsätzlich von dem der EU ErbVO abgeleitet ist. Und in der Diskussion zur Verordnung wird die Frage, ob ein Willenselement für die Begründung eines neuen gewöhnlichen Aufenthaltsorts notwendig ist, wesentlich differenzierter als vom Gericht zitiert geführt. Die wohl herrschende Meinung geht dabei davon aus, dass der gewöhnliche Aufenthalt nur oder zumindest ganz überwiegend aus objektiven Kriterien abzuleiten ist. Unstreitig ist dabei, dass ein entgegenstehender Wille einer (geschäftsfähigen) Person die Annahme eines neuen gewöhnlichen Aufenthalts nicht verhindern kann, wenn die objektiven Kriterien, insbesondere die Dauer des Aufenthalts und die soziale Einbindung vor Ort, für einen „Daseinsmittelpunkt“ am Wohnsitz/Aufenthaltsort sprechen. Klar ist auch, dass der Wille eines Betreuers/Vertreters für die Annahme eines neuen gewöhnlichen Aufenthalts keinen Einfluss hat, da es allein auf die Lebensumstände des Erblassers ankommt. Etwas unsicher wird die Literatur aber bei der Frage, ob eine Geschäftsunfähigkeit des Erblassers die Annahme eines neuen gewöhnlichen Aufenthalts generell unterbindet. Richtigerweise wird man für die dabei denkbaren Fälle unterscheiden müssen: Ist jemand überhaupt nicht mehr in der Lage, eigene soziale Kontakte zu knüpfen, werden fast nie so gewichtige objektive Umstände vorliegen, um einen neuen Lebensmittelpunkt anzunehmen. Ist der Erblasser aber noch in einem gewissen natürlichen Sinne fähig, soziale Kontakte im Alters- bzw. Pflegeheim aufzubauen, kann dies in Verbindung mit einer längeren Aufenthaltsdauer von zum Beispiel einigen Jahren durchaus zu einem neuen gewöhnlichen Aufenthalt werden.

Der Beschluss des OLG München mag also als praktische Leitlinie für die Nachlassgerichte bei der Prüfung der örtlichen Zuständigkeit geeignet sein. Auch für Notare, die langwierige Zuständigkeitsstreitigkeiten bei von ihnen beurkundeten Erbscheinsanträgen vermeiden wollen, mag diese Entscheidung eine gute Begründungshilfe sein. Eine besondere Aussagekraft für die Prüfung des anwendbaren Erbrechts oder der internationalen Zuständigkeit bei den – vermutlich sehr seltenen – Erbfällen, bei denen vor dem Tod des Erblassers ein grenzüberschreitender Umzug in ein Alters- oder Pflegeheim in einem anderen Land stattfand, wird man dem Beschluss aber nicht beimessen können.

22. Gewöhnlicher Aufenthalt bei sporadischer Rückkehr in frühere Heimatstadt

OLG Hamburg, Beschluss vom 16.11.2016, 2 W 85/16

BGB § 2353

EU ErbVO Art. 4, 7, 15, 22 Abs. 2

LEITSATZ:

Nach Erwägungsgrund Nr. 23 EU ErbVO ist bei der Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts eine Gesamtbeurteilung der Lebensumstände des Erblassers in den Jahren vor seinem Tod und im Zeitpunkt seines Todes vorzunehmen, wobei alle relevanten Tatsachen zu berücksichtigen sind, insbesondere die Dauer und die Regelmäßigkeit des Aufenthalts des Erblassers in dem betreffenden Staat sowie die damit zusammenhängenden Umstände und Gründe. (Leitsatz der Schriftleitung)

SACHVERHALT:

1 I. Der Erblasser ist zwischen dem 20. und 22.9.2015 in Torrevieja, Alicante in Spanien verstorben.

2 A ist seine Ehefrau, B und C sind seine aus einer früheren Ehe hervorgegangenen Kinder.

3 Der Erblasser hat (...) ein privatschriftliches Testament errichtet. Mit weiterem privatschriftlichen Testament (...) hat er sein früheres Testament widerrufen und unter anderem A als alleinige Erbin eingesetzt.

4 A hat am 19.3.2015 beim AG Hamburg-Harburg, Familiengericht, einen Scheidungsantrag gestellt, in dem sie als Adresse des Erblassers Torrevieja, Spanien, angegeben hat. Weiterhin hat sie vorgebracht, die Ehegatten lebten seit zwei Jahren getrennt; die Trennung sei erfolgt durch Auszug des Erblassers, seitdem wohne der Erblasser in Spanien.

5 Der Erblasser hat sich mit Schreiben vom 11.4. und 15.8.2015 an das Familiengericht gewandt sowie im Rahmen der von ihm beantragten Verfahrenskostenhilfe eine Erklärung über seine persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse eingereicht, jeweils mit seiner Anschrift Torrevieja in Spanien.

6 A hat mit notarieller Urkunde einen Erbscheinsantrag gestellt, der sie als Alleinerbin nach dem Erblasser ausweist. B und C sind dem entgegengetreten mit der Begründung, der letzte Wohnsitz ihres Vaters sei in Spanien gewesen, sodass nach der EU ErbVO ausschließlich spanisches Recht zur Anwendung komme.

7 Das AG hat mit dem angefochtenen Beschluss durch die Rechtspflegerin den Erbscheinsantrag der A zurückgewiesen, da es örtlich nicht zuständig sei; der Erblasser habe zum Zeitpunkt seines Todes schon mindestens zwei Jahre seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Spanien gehabt.

8 Gegen diesen (...) Beschluss wendet sich A mit ihrer (...) Beschwerde. Der Erblasser habe nicht immer in Spanien gelebt. Er sei von Weihnachten 2013 bis Ende Februar 2014, von August bis Mitte September 2014 sowie im Januar und Februar 2015 in Hamburg gewesen.

(...)

AUS DEN GRÜNDEN:

12 II. Die (...) Beschwerde der A hat in der Sache keinen Erfolg, führt aber zu der aus dem Tenor ersichtlichen Feststellung der Unzuständigkeit des AG Hamburg-Harburg für die Erteilung des von ihr beantragten Erbscheins.

13 Nach § 16 Abs. 1 Nr. 6 RPfG bleibt in Nachlasssachen dem Richter unter anderem vorbehalten die Erteilung von Erb-

scheinen (§ 2353 BGB), sofern eine Verfügung von Todes wegen vorliegt. Nach § 19 Abs. 1 Nr. 5 RPfG sind die Landesregierungen ermächtigt, durch Rechtsverordnung den für die Geschäfte in § 16 Abs. 1 Nr. 6 RPfG bestimmten Richtervorbehalt ganz oder teilweise aufzuheben. Hamburg hat hiervon mit der Verordnung zur Übertragung richterlicher Aufgaben auf den Rechtspfleger vom 8.11.2011, geändert am 13.11.2015, Gebrauch gemacht.

14 Da im vorliegenden Fall B und C gegen den von A beantragten Erbschein Einwände erhoben haben, die sich gerade gegen die von dieser behaupteten Zuständigkeit eines deutschen Nachlassgerichts richten, hatte die Rechtspflegerin gemäß § 1 Abs. 2 der Hamburgischen Verordnung zur Übertragung richterlicher Aufgaben auf den Rechtspfleger das Verfahren dem Richter zur weiteren Bearbeitung vorzulegen.

15 Die Rechtspflegerin war somit zum Erlass des angefochtenen Beschlusses nicht zuständig. Jedoch führt dieser Verstoß der Rechtspflegerin gegen ihre Vorlagepflicht an den Richter nicht zur Unwirksamkeit der erlassenen Entscheidung.

16 § 5 Abs. 1 RPfG ordnet ebenfalls eine Vorlagepflicht für den Rechtspfleger für bestimmte Sachverhalte an.

17 § 8 Abs. 3 RPfG bestimmt, dass ein Geschäft nicht deswegen unwirksam ist, weil es der Rechtspfleger entgegen § 5 Abs. 1 dem Richter nicht vorgelegt hat. Entsprechendes muss gelten, wenn der Rechtspfleger entgegen § 1 Abs. 2 der Hamburgischen Verordnung zur Übertragung richterlicher Aufgaben auf den Rechtspfleger die Sache nicht dem Richter vorlegt.

18 Das AG Hamburg-Harburg ist für die Erteilung des von A beantragten Erbscheins international nicht zuständig.

19 Der Erblasser ist im September 2015 verstorben. Damit ist die gemäß ihrem Art. 84 am 17.8.2015 in Kraft getretene EU ErbVO anzuwenden.

20 Gemäß Art. 4 EU ErbVO sind für Entscheidungen in Erbsachen für den gesamten Nachlass die Gerichte desjenigen Mitgliedstaates zuständig, in dessen Hoheitsgebiet der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes seinen gewöhnlichen Aufenthalt gehabt hat.

21 Entscheidung im Sinne dieser Verordnung ist gemäß Art. 3 Abs. 1 lit. g jede von einem Gericht eines Mitgliedstaates in einer Erbsache erlassene Entscheidung ungeachtet ihrer Bezeichnung, somit auch ein Erbschein.

22 Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthaltes in Art. 4 EU ErbVO als einer Vorschrift des Gemeinschaftsrechts, die für die Ermittlung ihres Sinnes und ihrer Bedeutung nicht ausdrücklich auf das Recht der Mitgliedstaaten verweist, muss in der gesamten Europäischen Gemeinschaft eine autonome und einheitliche Auslegung erhalten (vgl. EUGH, FamRZ 2009, 843 ff. 845).

23 Nach Erwägungsgrund Nr. 23 der EU ErbVO ist bei der Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthaltes eine Gesamtbeurteilung der Lebensumstände des Erblassers in den Jahren vor seinem Tod und im Zeitpunkt seines Todes vorzunehmen, wobei alle relevanten Tatsachen zu berücksichtigen sind, insbesondere die Dauer und die Regelmäßigkeit des Aufenthalts des

Erblässers in dem betreffenden Staat sowie die damit zusammenhängenden Umstände und Gründe. Der so bestimmte gewöhnliche Aufenthalt sollte unter Berücksichtigung der spezifischen Ziele dieser Verordnung eine besonders enge und feste Bindung zu dem betreffenden Staat erkennen lassen.

24 A hat selber in ihrem Scheidungsantrag vom 19.3.2015 angegeben, der Erblasser wohne bereits seit zwei Jahren in Spanien. Der Erblasser selber hat sich in diesem familiengerichtlichen Verfahren beim Familiengericht aus Spanien gemeldet und im Rahmen der von ihm beantragten Verfahrenskostenhilfe als Anschrift seine Adresse in Spanien angegeben. Er hat in seinem Schreiben vom 11.4.2015 gebeten, einen Termin zur mündlichen Verhandlung auf Ende Juni 2015 zu legen, da er aus finanziellen Gründen nicht früher nach Hamburg kommen könne. Im Schreiben vom 15.8.2015 hat er mitgeteilt, er plane Anfang September 2015 nach Hamburg zu fliegen. Aus den weiter zur Akte gereichten Unterlagen ergibt sich, dass ihm seine Rente nach Spanien überwiesen wurde und er im Oktober 2014 bei der Deutschen Bank in Spanien einen Kredit über € 4.000 aufgenommen hat. Nach alledem steht fest, dass der Erblasser bereits lange Zeit vor seinem Tod seinen Daseinsmittelpunkt und damit seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Spanien gehabt hat. Daran ändert sich auch nichts, wenn der Erblasser tatsächlich zeitweilig wieder in Hamburg gewesen sein sollte. Entgegen den Angaben der A in ihrem Erbscheinsantrag hatte der Erblasser seinen letzten Wohnsitz nicht in Hamburg, sondern in Torrevieja, Spanien.

25 Selbst wenn man davon ausgehen würde, dass der Erblasser gemäß Art. 22 Abs. 2 EU ErbVO konkludent mit den Bestimmungen seines Testamentes eine Rechtswahl hinsichtlich des deutschen Rechts vorgenommen hat, würde ein deutsches Nachlassgericht nur unter den Voraussetzungen des Art. 7 EU ErbVO zuständig, die vorliegend nicht erfüllt sind, da die beiden Kinder des Erblassers die Unzuständigkeit des deutschen Nachlassgerichts eingewandt haben.

26 Der Erbscheinsantrag der A ist jedoch nicht zurückzuweisen. Vielmehr hat sich gemäß Art. 15 EU ErbVO das Gericht eines Mitgliedstaates, das in einer Erbschaftssache angerufen wird, für die es nicht zuständig ist, von Amts wegen für unzuständig zu erklären. Dieses hat der Senat, der im Beschwerdeverfahren an die Stelle des AG getreten ist, auszusprechen.

(...)

ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Felix Odersky**, Dachau

Die Ansicht des OLG, dass das deutsche Nachlassgericht in dem mitgeteilten Erbfall für die Erteilung eines deutschen Erbscheins nicht zuständig sei, mag zwar einer in der Literatur vertretenen Auffassung entsprechen, widerspricht aber im Ergebnis der herrschenden Meinung und der gesetzgeberischen Entscheidung des Bundestags.

Zunächst behandelt das Gericht in seiner Beschlussbegründung relativ ausführlich die Frage, wo der Erblasser seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte. Dabei sind im Rahmen einer Gesamtbetrachtung alle Lebensumstände des Erblassers zum Zeitpunkt seines Todes und aus den Jahren zuvor dar-

auffin zu prüfen, wo dieser seinen Daseinsmittelpunkt hatte. Sicherlich sprechen hier die Dauer des Aufenthalts und die weiteren im Sachverhalt mitgeteilten Anhaltspunkte für Spanien. Zutreffend erwähnt das Gericht auch, dass bezüglich des anwendbaren Erbrechts in dem Testament des Erblassers eine Rechtswahl zum deutschen Staatsangehörigkeitsrecht enthalten sein könnte. Präzise käme es dabei aber nicht auf die Prüfung einer konkludenten Rechtswahl im Sinne von Art. 22 Abs. 2 EU ErbVO an, da das Testament aus der Zeit vor Inkrafttreten der Verordnung stammt. In diesem Fall fingiert vielmehr Art. 83 Abs. 4 EU ErbVO eine Rechtswahl zum deutschen Recht, sofern das Testament nur „nach deutschem Recht errichtet“ war. Aber auch wenn man auf diesem Weg zur Anwendung deutschen Rechts gelangen würde, führt dies nicht automatisch zu einer Verlagerung der internationalen Zuständigkeit. Diese hängt unverändert vom gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers ab (Art. 4 EU ErbVO), solange nicht alle Beteiligten – hier also zumindest alle Erben und Pflichtteilsberechtigten – eine Gerichtsstandsvereinbarung im Sinne von Art. 5, 7 EU ErbVO treffen. Das OLG ging also im Ergebnis zutreffend davon aus, dass die deutschen Gerichte für Entscheidungen in Erbangelegenheiten und für die Erteilung eines Europäischen Nachlasszeugnisses nicht international zuständig sind.

Unzutreffend ist allerdings die vom OLG nicht näher begründete Gleichsetzung der Erteilung eines deutschen Erbscheins mit solchen „Entscheidungen“ in Erbangelegenheiten. Es übersieht dabei, dass diese Frage bereits in der Literatur zur EU ErbVO behandelt wurde: Zum Teil wird dabei zwar aus dem Charakter des deutschen Erbscheins, der im Beschlussweg erlassen wird, auf dessen „Entscheidungsqualität“ im Sinne der Verordnung geschlossen. Die herrschende Meinung geht aber davon aus, dass die internationalen Zuständigkeitsregeln der EU ErbVO die Erteilung eines nationalen Erbscheins nicht ausschließen sollten. Für eine solche Auslegung spricht insbesondere Art. 62 Abs. 3 Satz 1 EU ErbVO („Das Zeugnis tritt nicht an die Stelle der innerstaatlichen Schriftstücke, die in den Mitgliedstaaten zu ähnlichen Zwecken verwendet werden“) und die Parallelwertung, dass die Verordnung selbst das Europäische Nachlasszeugnis nicht als anerkennungsfähige „Entscheidung“, sondern als Nachweisinstrument sui generis ausgestaltet hat.

Die Besonderheit an dieser Diskussion ist, dass sich der deutsche Gesetzgeber im Ausführungsgesetz zur EU ErbVO der letzteren Auffassung ausdrücklich angeschlossen hat und die Erteilung eines (Fremdrechts-)Erbscheins immer für zulässig hält, wobei die internationale Zuständigkeit unverändert gemäß Art. 105 FamFG aus der örtlichen Zuständigkeit der Nachlassgerichte folgt.¹ Letztlich erfolgte der Beschluss des OLG also *contra legem*. Hätte sich das Gericht bei einer Auseinandersetzung mit der Literatur und dem Gesetz ausdrücklich der abweichenden (Minder-)Meinung angeschlossen, hätte es die Frage dem EuGH zur Entscheidung vorlegen müssen.

¹ BT-Drucks. 18/4201 vom 4.3.2015, S. 63 f.

23. Bedeutung des § 1371 BGB in der EU ErbVO und im Europäischen Nachlasszeugnis

KG, Beschluss vom 25.10.2016, 6 W 80/16

EU ErbVO Art. 1 Abs. 1, Art. 21, 22, 63, 67 Abs. 1 Satz 2, Art. 68, 69 Abs. 2 und 3

BGB § 1371 Abs. 1, § 1931

LEITSATZ:

Dem EuGH werden folgende Fragen bezüglich der EU ErbVO zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Ist Art. 1 Abs. 1 EU ErbVO dahin auszulegen, dass sich der Anwendungsbereich der Verordnung („Rechtsnachfolge von Todes wegen“) auch auf Bestimmungen des nationalen Rechts bezieht, die, wie § 1371 Abs. 1 BGB, güterrechtliche Fragen nach dem Tod eines Ehegatten durch Erhöhung des gesetzlichen Erbteils des anderen Ehegatten regeln?
2. Sind, falls die Frage zu 1. verneint wird, jedenfalls Art. 68 lit. I, Art. 67 Abs. 1 EU ErbVO dahin auszulegen, dass der Erbteil des überlebenden Ehegatten, auch wenn dieser zu einem Bruchteil aus einer Erhöhung aufgrund einer güterrechtlichen Regelung wie § 1371 Abs. 1 BGB resultiert, im Ganzen in das Europäische Nachlasszeugnis aufgenommen werden darf? Wenn dies im Grundsatz zu verneinen ist, kann dies dennoch ausnahmsweise für Sachverhalte bejaht werden, in denen das Nachlasszeugnis auf den Zweck beschränkt ist, Rechte der Erben in einem bestimmten anderen Mitgliedstaat an dort befindlichen Vermögen des Erblassers geltend zu machen, und die Entscheidung in Erbsachen (Art. 4 und 21 EU ErbVO) und – unabhängig, welches Kollisionsrecht angewendet wird – die Fragen des ehelichen Güterrechts nach derselben nationalen Rechtsordnung zu beurteilen sind?
3. Ist, falls die Fragen 1. und 2. insgesamt verneint werden, Art. 68 lit. I EU ErbVO dahin auszulegen, dass der aufgrund der güterrechtlichen Regelung erhöhte Erbteil des überlebenden Ehegatten insgesamt – wegen der Erhöhung dann aber nur informatisch – in das Europäische Nachlasszeugnis aufgenommen werden darf? (Leitsatz der Schriftleitung)

SACHVERHALT:

1 A begehrt die Ausstellung eines Europäischen Nachlasszeugnisses aufgrund gesetzlicher Erbfolge, das in Anwendung deutschen Rechts sie und B als Erben je zur Hälfte ausweist.

2 Der am 29.8.2015 mit letztem gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland verstorbene Erblasser war deutscher Staatsangehöriger. Im Zeitpunkt seines Todes war der Erblasser mit A verheiratet und lebte mit ihr nach deutschem Recht im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft. Beide besaßen zum Zeitpunkt der Eheschließung die deutsche Staatsangehörigkeit und hatten ihren Wohnsitz in Deutschland. Einen Ehevertrag hatten sie nicht abgeschlossen.

3 B ist das einzige gemeinsame Kind des Erblassers und As und zugleich der einzige Abkömmling des Erblassers.

4 Der Erblasser hat keine Verfügung von Todes wegen hinterlassen.

5 Zum Nachlass des Erblassers gehört neben Vermögenswerten in Deutschland auch ein hälftiger Miteigentumsanteil an einer Immobilie in Schweden.

6 Auf Antrag As hat das Nachlassgericht einen nationalen Erbschein erteilt, wonach der Erblasser aufgrund gesetzlicher Erbfolge unter Anwendung deutschen Rechts von A und B je zur Hälfte beerbt worden ist.

7 In notarieller Verhandlung hat A beantragt, ihr ein Europäisches Nachlasszeugnis nach der EU ErbVO auszustellen, das ebenfalls sie und B aufgrund gesetzlicher Erbfolge als Miterben je zur Hälfte ausweist. Als Zweck des Nachlasszeugnisses gibt sie an, es solle für die Umschreibung der Eigentümerstellung an dem in Schweden gelegenen Grundstück verwendet werden.

(...)

10 Das Nachlassgericht – AG Schöneberg – hat den Antrag der A auf Erlass des Europäischen Nachlasszeugnis zurückgewiesen mit der Begründung, der Erbteil der A könne, soweit er auf der Regelung des § 1371 Abs. 1 BGB beruhe, nicht in das Nachlasszeugnis aufgenommen werden, weil es sich um eine Regelung des ehelichen Güterrechts handele, die nicht unter den Anwendungsbereich der EU ErbVO falle.

11 Dagegen richtet sich die zulässige Beschwerde der A, mit der sie ergänzend hilfsweise beantragt, das Europäische Nachlasszeugnis mit den Erbquoten wie beantragt zu erteilen mit dem Hinweis, dass das Erbrecht der Ehefrau zu einem Viertel auf einer güterrechtlichen Regelung beruht und dieses Viertel deshalb lediglich informatisch aufgenommen worden sei.

AUS DEN GRÜNDEN:

12 Unter Aussetzung des Verfahrens ist gemäß Art. 267 Abs. 1 lit. b, Abs. 3 AEUV eine Vorabentscheidung des EuGH einzuholen. Die Entscheidung über die Beschwerde der Antragstellerin hängt von der – weder offenkundigen noch bereits geklärten – Beantwortung der vorgelegten Fragen ab.

13 1. Das mit dem Hauptantrag verfolgte Begehren der A ist auf die Erteilung eines Europäischen Nachlasszeugnisses gerichtet, das A und B als Miterben je zur Hälfte ausweist, wobei die hälftige Miterbenstellung der A auf § 1931 Abs. 1 Satz 1 BGB (ein Viertel) und § 1371 Abs. 1 BGB (ein Viertel) beruht.

14 a) Der Beschwerde der A käme im Hauptantrag ohne Weiteres Erfolg zu, wenn die Regelung in § 1371 Abs. 1 BGB, die im Falle der Beendigung des gesetzlichen Güterstandes der Zugewinnngemeinschaft durch den Tod eines Ehegatten einen pauschalen Zugewinnausgleich durch Erhöhung des gesetzlichen Erbteils des überlebenden Ehegatten um ein Viertel vorsieht, in den Anwendungsbereich der EU ErbVO fiele.

15 Der Senat würde dies mit dem Nachlassgericht verneinen wollen.

16 aa) Gemäß Art. 1 Abs. 1 EU ErbVO ist die Verordnung anzuwenden „auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen“. Gemäß Art. 1 Abs. 2 lit. d EU ErbVO sind vom Anwendungsbereich der Verordnung ausgenommen „Fragen des ehelichen Güterrechts sowie des Güterrechts aufgrund von Verhältnissen, die nach dem auf diese Verhältnisse anzuwendenden Recht mit der Ehe vergleichbare Wirkungen entfalten.“

17 Davon ausgehend kann der Erbteil der A, soweit er auf der Regelung des § 1371 Abs. 1 BGB (ein Viertel) beruht, dann in das Europäische Nachlasszeugnis aufgenommen werden, wenn es sich bei § 1371 Abs. 1 BGB um eine Regelung der

„Rechtsnachfolge von Todes wegen“ im Sinne von Art. 1 Abs. 1 EU ErbVO, also um eine erbrechtlich zu qualifizierende Norm handelt.

18 Gemäß Art. 3 Abs. 1 lit. a EU ErbVO bezeichnet der Begriff „Rechtsnachfolge von Todes wegen“ jede Form des Übergangs von Vermögenswerten, Rechten und Pflichten von Todes wegen, sei es im Wege der gewillkürten Erbfolge durch eine Verfügung von Todes wegen oder im Wege der gesetzlichen Erbfolge.

19 In der deutschen Literatur ist streitig, ob die Regelung des § 1371 Abs. 1 BGB danach als erbrechtliche oder als eine güterrechtliche Norm im Sinne des Art. 1 EU ErbVO anzusehen ist.

20 Nationalrechtlich wird sie von der weit überwiegenden Meinung (vgl. BGH, Beschluss vom 13.5.2015, IV ZB 30/14, ErbR 2015, 433-436, juris, dort Leitsatz und Rdnr. 19 ff.) als güterrechtlich qualifiziert.

21 Auch aus europarechtlicher Sicht wird die Norm überwiegend nicht dem Erbrecht, sondern dem ehelichen Güterrecht zugeordnet (vgl. *Weber*, DNotZ 2016, 424 ff., 430, 434; *Dutta*, IPRax 2015, 32, 33 je m. w. N., insbesondere zur EuGH-Rspr.; *Dörner*, ZEV 2012, 505 ff., 507; *Mankowski*, ZEV 2014, 121 ff., 125 f. m. w. N.; *Nomos-BGB/Looschelders*, 2. Aufl., Art. 1 EU ErbVO Rdnr. 29 ff., 31). Nur wenige sprechen sich für eine erbrechtliche Qualifikation aus (*Dutta/Weber/Fornasier*, Internationales Erbrecht, 2016, Art. 63 Rdnr. 30, *Kleinschmidt*, *RabelsZ* 77 (2013), 723 ff., 757; *Süß*, ZEuP 2013, 725 ff., 743).

22 Verlässliche Kriterien zur Grenzziehung zeigen weder die EU ErbVO noch die zwischenzeitlich mit Wirkung ab 29.1.2019 in Kraft getretene EUGüVO bzw. die entsprechende, parallel erlassene EUPartVO zu den vermögensrechtlichen Wirkungen eingetragener Partnerschaften auf (vgl. dazu anschaulich *Mankowski*, ZEV 2014 a. a. O. 126 f.).

23 Der Senat ist mit dem Nachlassgericht der Ansicht, die Frage, ob die Regelung des § 1371 Abs. 1 BGB im Sinne von Art. 1 Abs. 1 EU ErbVO als erbrechtliche Norm zu qualifizieren ist, müsste im Hinblick auf ihren Zweck, den Ausgleich des ehelichen Zugewinns nach Beendigung der Gütergemeinschaft herbeizuführen, verneint werden. Denn der Sinn und Zweck der Regelung ist es, den ehelichen Zugewinn im Falle der Beendigung des Güterstandes durch den Tod eines der Ehegatten auszugleichen; sie soll immer dann zur Anwendung kommen, wenn sich die Ehwirkungen, und damit auch die Fragen des ehelichen Güterrechts, nach deutschem Recht richten. Dies wäre nicht gewährleistet, wenn man die Regelung dem Erbstatut unterstellen würde, weil ihr Anwendungsbereich dann auf die Fälle beschränkt würde, in denen sich die Rechtsnachfolge gemäß Art. 21 und 22 EU ErbVO nach deutschem Erbrecht bestimmt.

24 bb) Die Ausstellung des Europäischen Nachlasszeugnisses mit den im Hauptantrag begehrten Quoten wäre aber auch dann möglich, wenn sich der Anwendungsbereich der EU ErbVO – trotz des Wortlautes des Art. 1 Abs. 2 lit. d EU ErbVO – jedenfalls auf solche güterrechtlichen Regelungen erstreckt, die – wie zum Beispiel § 1371 Abs. 1 BGB – die Folgen der Auflösung des Güterstandes durch den Tod eines

Ehegatten regeln, indem sie eine pauschale Erhöhung des gesetzlichen Erbteils des überlebenden Ehegatten anordnen.

25 Aus der Sicht des Senates lassen die in der EU ErbVO enthaltenen Bestimmungen allerdings eine solche Auslegung nicht zweifelsfrei zu.

26 Gegen eine solche Auslegung spricht zunächst der klare Wortlaut des Art. 1 Abs. 2 lit. d EU ErbVO, wonach Fragen des ehelichen Güterrechts umfassend aus dem Anwendungsbereich der Verordnung ausgeschlossen werden.

27 Auch die Erwägungsgründe 11 und 12 Satz 1 EU ErbVO sprechen gegen eine solche Auslegung. Dort heißt es:

EG 11: „Diese Verordnung sollte nicht für Bereiche des Zivilrechts gelten, die nicht die Rechtsnachfolge von Todes wegen betreffen. Aus Gründen der Klarheit sollte eine Reihe von Fragen, die als mit Erbsachen zusammenhängend betrachtet werden könnten, ausdrücklich vom Anwendungsbereich dieser Verordnung ausgenommen werden.“

EG 12 Satz 1: „Dementsprechend sollte diese Verordnung nicht für Fragen des ehelichen Güterrechts, einschließlich der in einigen Rechtsverordnungen vorkommenden Eheverträge, soweit diese keine erbrechtliche Fragen regeln, und des Güterrechts aufgrund von Verhältnissen, die mit der Ehe vergleichbare Wirkungen haben, gelten.“

28 Für eine solche Auslegung könnte jedoch der nachfolgende 2. Satz des Erwägungsgrundes 12 EU ErbVO sprechen. Denn hier heißt es:

„Die Behörden, die mit einer bestimmten Erbsache nach dieser Verordnung befasst sind, sollten allerdings je nach den Umständen des Einzelfalls die Beendigung des ehelichen oder sonstigen Güterstandes des Erblassers bei der Bestimmung des Nachlasses und der jeweiligen Anteile der Berechtigten berücksichtigen.“

29 Auch könnte die Formulierung in Art. 23 Abs. 1, Abs. 2 lit. b EU ErbVO dafür sprechen, dass Regelungen zur Beendigung des ehelichen Güterstandes, soweit sie sich auf die jeweiligen Erbanteile auswirken, dem Anwendungsbereich der Verordnung unterfallen. Denn hier heißt es: Dem anwendbaren Recht unterliegen insbesondere

„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;“ (Abs. 2 lit. b EU ErbVO).

30 Die Befürworter dieser Auslegung (zum Beispiel MünchKomm-BGB/*Dutta*, 2015, Art. 1 EU ErbVO Rdnr. 18, Art. 63 EU ErbVO Rdnr. 8, 16; *Nomos-BGB/Looschelders*, a. a. O. Rdnr. 35) weisen darauf hin, dass dadurch vermieden werden könnte, dass im deutschen Erbschein und dem Europäischen Nachlasszeugnis unterschiedlich große Erbanteile des überlebenden Ehegatten und damit auch möglicher anderer gesetzlicher Erben ausgewiesen werden müssen.

31 Allerdings stellt es sich in diesem Zusammenhang als Problem dar, dass – solange es an einer Harmonisierung der Vorschriften zum ehelichen Güterrecht fehlt – jeder mit der Sache befasste Mitgliedstaat die Frage nach den Ehwirkungen bzw. nach dem anwendbaren Güterrecht nach seinem eigenen Kollisionsrecht prüfen müsste, was zu unterschiedlichen Ergebnissen führen könnte. Dadurch würde es an dem Entscheidungseinklang fehlen, den die EU ErbVO in ihrem Anwendungsbereich herbeiführen soll, und der gerade die Basis für die Vermutungswirkung und den Gutgläubensschutz ist (Art. 69 Abs. 2 und 3 EU ErbVO), die an die im Nachlasszeugnis enthaltenen Eintragungen anknüpfen. Deshalb verbietet es sich nach Ansicht des Senats, das güterrechtliche Ehegattenviertel des überlebenden Ehegatten im Nachlasszeugnis bei der Angabe des Erbteils generell zu berücksichtigen und den erhöhten Erbteil auszuweisen (so auch die überwiegende Auffassung in der Literatur, die dieses Viertel deshalb nur informatorisch aufnehmen will: *Müller-Lukoscheck*, Die neue EU-Erbrechtsverordnung, 2. Aufl., § 2 Rdnr. 335; *Mankowski*, ZEV 2014, 126; *Weber*, a. a. O. 439 f., *Dörner*, a. a. O. 508; *Nomos-BGB/Nordmeier*, Art. 68 EU ErbVO Rdnr. 20; für die Beschränkung auf ein gesetzliches Erbrecht, vergleichbar einem Teilerbschein: *Groll/Krauß*, Praxis-Handbuch Erbrechtsberatung, 2015, X. Rdnr. 311, zitiert nach juris).

32 b) Der Senat ist jedoch der Ansicht, dass der aufgrund einer güterrechtlichen Regelung erhöhte Erbteil jedenfalls dann im Europäischen Nachlasszeugnis mit angegeben werden kann, wenn der Sachverhalt so liegt, dass sich das durch Art. 21/22 EU ErbVO bestimmte Erbstatut und das Güterstatut der Eheleute – unabhängig davon, welches Kollisionsrecht zur Anwendung kommt – nach dem Recht desselben Mitgliedstaates bestimmen. Die Formulierungen in Art. 67 Abs. 1 und Art. 69 Abs. 2 EU ErbVO, wonach der zu bescheinigende Sachverhalt nach dem auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anzuwendenden Recht „oder jedem anderen auf einen spezifischen Sachverhalt anzuwendenden Recht“ feststeht bzw. festgestellt wurde, könnten für diese Auslegung sprechen. Gestützt wird diese Auslegung neben dem Erwägungsgrund 12 Satz 2 EU ErbVO auch durch den Sinn und Zweck des Europäischen Nachlasszeugnisses, eine Vereinfachung und Beschleunigung der Durchsetzung von Erbrechten mit grenzüberschreitendem Bezug zu fördern.

33 In der vorliegenden Fallkonstellation bestimmt sich das Erbstatut wie auch das Güterstatut der Eheleute ausschließlich nach deutschem Recht:

Deutsches Erbrecht ist nach Art. 21 EU ErbVO anwendbar, weil der Erblasser zur Zeit des Erbfalls seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Berlin hatte;

Deutsches Güterrecht ist anwendbar, weil beide Eheleute zur Zeit der Eheschließung die deutsche Staatsangehörigkeit besaßen und ihren Wohnsitz in der Bundesrepublik hatten. Das gilt im Inland nach Art. 14 Abs. 1 Ziffer 1, 15 Abs. 1 EGBGB und in Schweden nach § 4 des Gesetzes über internationale Fragen betreffend das eheliche Güterrecht und das Güterrecht Zusammenlebender vom 23.5.1990 (*Bergmann/Ferid/Henrich*, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Mai 2015, Schweden, S. 45).

34 Da aufgrund der Zweckbestimmung, die A im Antrag angegeben hat, die Verwendung des Nachlasszeugnisses zudem auf den im Antrag genannten Einsatz in Schweden beschränkt bleibt, befürwortet der Senat im vorliegenden Fall die Ausstellung des Europäischen Nachlasszeugnisses mit den von A im Hauptantrag begehrten Quoten.

35 2. Nur wenn die Fragen zu 1. und 2. insgesamt verneint werden, müsste der Senat über den mit der Beschwerde gestellten Hilfsantrag der A entscheiden. Dann stellt sich die Frage, ob Art. 68 lit. h oder lit. i EU ErbVO in Verbindung mit dem Erwägungsgrund 12 EU ErbVO eine „wenigstens“ informatorische Aufnahme des erhöhten Erbteils nach § 1371 Abs. 1 BGB gestattet. Der Senat würde diese Frage verneinen wollen, weil eine solche „Information“, der ohnehin nicht die Vermutungswirkung und der Vertrauensschutz nach Art. 69 Abs. 2 und 3 EU ErbVO zukommen könnte, dem Bestreben, mit dem Europäischen Nachlasszeugnis ein Instrument mit einem formalisierten Inhalt (vgl. Art. 67 Abs. 1 Satz 2 EU ErbVO) zu schaffen, das in jedem Mitgliedstaat unproblematisch verwendet werden kann, zuwiderliefe.

ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Felix Odersky**, Dachau

Schneller als erhofft wird der EuGH aufgrund dieses präzise begründeten Vorlagebeschlusses die Gelegenheit bekommen, über zwei der umstrittensten Problemkreise zur EU ErbVO zu entscheiden. Über den „Umweg“, ob und wie güterrechtliche Rechte des längerlebenden Ehegatten im Europäischen Nachlasszeugnis auszudrücken sind, wird dabei auch die höchst strittige Frage, ob die pauschale Erhöhung des Ehegattenerbteils in § 1371 Abs. 1 BGB güterrechtlich oder erbrechtlich zu qualifizieren ist, zu entscheiden sein.

Anders als im Ausgangsfall des Vorlagebeschlusses, bei dem sowohl deutsches Erbrecht (gemäß EU ErbVO) als auch deutsches Güterrecht (gemäß Art. 15 EGBGB) zur Anwendung kommen, kann diese Qualifikationsfrage vor allem in Fallkonstellationen, bei denen deutsche Ehegatten im Ausland leben, entscheidende Bedeutung haben. Denn während das deutsche Güterrecht – zumindest aus deutscher Sicht – unwandelbar an die beidseitige deutsche Staatsangehörigkeit zum Zeitpunkt der Heirat anknüpft (wodurch sich auch durch die EUGüVO bzw. EUPartVO zunächst nichts ändern wird, da diese erst für neue Ehen und neue Rechtswahlen nach dem 29.1.2019 gelten), kommt ausländisches Erbrecht zur Anwendung, wenn der erstversterbende Ehegatte seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland hatte und keine Rechtswahl zum deutschen Staatsangehörigkeitsrecht getroffen hat.

Jahrzehntelang war in der deutschen Literatur und in der Rechtsprechung der OLG umstritten, wie in solchen Fällen die pauschale Erhöhung des Ehegattenerbteils gemäß § 1371 Abs. 1 BGB zu qualifizieren ist: Erbrechtlich, sodass diese Norm nur einschlägig ist, wenn auch deutsches Erbrecht zur Anwendung kommt, oder güterrechtlich, sodass allein maßgeblich ist, ob die Ehegatten aus deutscher Sicht im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft lebten? Der BGH

hat sich in seinem Urteil vom 13.5.2015 für die rein güterrechtliche Lösung entschieden, sodass – zumindest aus deutscher Sicht vor Inkrafttreten der EU ErbVO – das erbrechtliche Viertel kraft deutschem (Güter-)Recht das anwendbare ausländische Erbrecht ergänzen bzw. verändern konnte, wobei ggf. wesentliche Abweichungen und ein insgesamt überhöhter Erbanteil des Ehegatten im Rahmen der sog. Anpassung zu korrigieren sind.

Notwendig wird nun allerdings eine europäische Auslegung der EU ErbVO und der EUGüVO bzw. EUPartVO, denn diese Verordnungen enthalten keine nähere Definition zur Abgrenzung des Erb- und Güterrechts. In Deutschland spricht sich dabei die überwiegende Zahl der Literaturstimmen weiterhin für eine güterrechtliche Qualifikation des § 1371 Abs. 1 BGB aus, da der pauschalierte Ausgleich nur bei Vorliegen der deutschen Zugewinnsgemeinschaft zur Anwendung kommt und trotz seiner erbrechtlich erscheinenden Wirkung letztlich dem Zweck dient, die Unterstützungsleistungen des Ehegatten bei dem Vermögensaufbau zu kompensieren. Das KG geht in seiner Vorlage ebenfalls von dieser Annahme aus. Da aber in manchen anderen europäischen Ländern die spezielle Regelung des deutschen Güterrechts bisher abweichend qualifiziert wurde, darf mit Spannung erwartet werden, ob der EuGH der deutschen Sichtweise folgt oder doch eher im Hinblick auf die Rechtsfolgenseite der Norm die erbrechtliche Qualifikation favorisiert.

Im Hinblick auf mögliche Divergenzen im anwendbaren Recht sollte Ehegatten weiterhin dringend empfohlen werden, das für sie geltenden Güter- und Erbrecht durch entsprechende Rechtswahlen zu harmonisieren. Dies gilt im Übrigen auch für den häufigeren „umgekehrten“ Fall, dass Ehegatten mit ausländischem Güterstand nun in Deutschland leben. Bei ihnen kommt es zwar nie zur Erhöhung des Ehegattenerbteils nach § 1371 Abs. 1 BGB, denn selbst wenn diese Norm erbrechtlich zu qualifizieren wäre, fehlt es am Tatbestandsmerkmal der „Zugewinnsgemeinschaft“. Hier sollte aber mit geeigneten Hinweisen – zum Beispiel auch im Rahmen eines Immobilienkaufs – erläutert werden, dass eine umfassende güterrechtliche Rechtswahl (und möglichst nicht nur eine beschränkte Rechtswahl bezüglich des Immobilienvermögens, die es nach Inkrafttreten der EUGüVO bzw. EUPartVO ohnehin nicht mehr geben wird) die Position des Ehegatten im Erbfall deutlich verbessern kann.

Spannend wird schließlich auch die Haltung des EuGH zum eigentlichen Anlass für den Vorlagebeschluss: die Frage, ob und wie güterrechtlich zu qualifizierende Rechte des Ehegatten im Europäischen Nachlasszeugnis darzustellen sind. Zum Teil werden hier eher restriktive Ansätze vertreten, nach denen der Inhalt des Europäischen Nachlasszeugnisses streng vom Anwendungsbereich der EU ErbVO begrenzt wird, sodass das Zeugnis güterrechtlich geprägte Rechte nicht ausweisen dürfe. Andererseits würde es dann zahlreiche Fälle geben, in denen das Europäische Nachlasszeugnis die wahre Rechtslage, die aus einer Kombination aus erb- und güterrechtlichen Ansprüchen des Ehegatten besteht, nur teilweise und damit verfälscht wiedergibt. Im Ergebnis würde dies sogar zu einer erhöhten Zahl von Fällen führen, in denen der Inhalt eines Europäischen Nachlass-

zeugnisses von dem eines Erbscheins abweichen würde. Zumindest immer dann, wenn Erb- und Güterrecht dem gleichen anwendbaren Recht unterliegen, sollte daher, wie das KG vorschlägt, keine künstliche Differenzierung im ENZ erfolgen, die dessen Aussagegehalt wesentlich beeinträchtigen würde.

BEURKUNDUNGS- UND NOTARRECHT

24. Fortführung der Amtsbezeichnung Notar mit dem Zusatz außer Dienst (a. D.)

BGH, Urteil vom 13.3.2017, NotZ(Brfg) 4/16 (Vorinstanz: OLG München, Endurteil vom 21.4.2016, VA-Not 2/14)

BNotO § 52 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 Satz 1

LEITSATZ:

Liegen die Voraussetzungen des § 52 Abs. 3 Satz 1 BNotO bereits im Zeitpunkt der Entscheidung über die Erlaubniserteilung im Sinne von § 52 Abs. 2 Satz 1 BNotO zur Fortführung der Amtsbezeichnung Notar mit dem Zusatz „außer Dienst (a. D.)“ vor, handelt es sich regelmäßig um „besondere Gründe“, die die Verwaltungsbehörde berechtigen, ihr Ermessen in Richtung einer Verweigerung der Erlaubnis auszuüben (Fortführung von Senat, Beschluss vom 24.11.2014, NotZ(Brfg) 8/14).

SACHVERHALT:

1 Die Beteiligten streiten um einen Anspruch des Klägers, von den Beklagten die Erlaubnis zum Führen der Amtsbezeichnung „Notar“ mit dem Zusatz „außer Dienst (a. D.)“ verlangen zu können.

2 1. Der (...) Kläger wurde (...) zum Notar (...) bestellt. Nach Einleitung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Klägers verfügte der Beklagte zu 2 (...) gemäß § 50 Abs. 1 Nr. 6 i. V. m. § 54 Abs. 1 Nr. 2 BNotO die vorläufige Amtsenthebung des Klägers. Dieser beantragte seinerseits, ihn gemäß § 47 Nr. 2, § 48 BNotO (...) aus dem Amt des Notars zu entlassen. Dem entsprach der Beklagte zu 2 durch eine Entlassungsverfügung (...). Die spätere gerichtliche Anfechtung dieser Verfügung seitens des Klägers blieb ohne Erfolg (vgl. Senat, Beschluss vom 14.7.2003, NotZ 6/03, BGHReport 2003, 1180 f.).

3 2. Mit Datum (...) erhob der Kläger eine gegen die Beklagten gerichtete Klage, mit der er mehrere Begehren, unter anderem die Rückabwicklung eines nach seiner Auffassung geschlossenen öffentlichrechtlichen Vergleichs und Wertersatz für entgangene Nutzungen seiner (früheren) Notarstelle sowie die Weiterführung der Amtsbezeichnung Notar mit dem Zusatz „außer Dienst (a. D.)“, erstrebte. Einen auf das Letztgenannte gerichteten Antrag hatte er vor der Klageerhebung bei keinem der beiden Beklagten gestellt.

4 3. a) Der Senat für Notarsachen des OLG München hat mit Beschluss vom 12.2.2015 die Klageanträge mit Ausnahme desjenigen auf Weiterführung der Amtsbezeichnung abgetrennt, im Umfang der Abtrennung den Rechtsweg zum OLG München – Senat für Notarsachen – für unzulässig erklärt und das Verfahren in diesem Umfang an das zuständige Gericht verwiesen. Gegen diesen Beschluss gerichtete Rechtsbehelfe des Klägers hatten keinen Erfolg (vgl. Senat, Beschluss vom 5.10.2015, NotZ(Brfg) 1/15).

5 b) In dem bei dem OLG anhängig gebliebenen Verfahren hat der Kläger beantragt, die Beklagten zu verpflichten, ihm gemäß § 52

Abs. 2 Satz 1 BNotO die Erlaubnis zu erteilen, seine Amtsbezeichnung „Notar“ mit dem Zusatz „außer Dienst (a. D.)“ weiterzuführen. Die Beklagten haben Klageabweisung beantragt und diese bereits in der Klageerwidernung (...) unter anderem damit begründet, dass der Kläger vor der Klageerhebung keinen entsprechenden Antrag gestellt habe, was zur Unzulässigkeit der Klage führe. Darüber hinaus ist in der Klageerwidernung auf das in Deutschland über das Vermögen des Klägers eröffnete und noch nicht abgeschlossene Insolvenzverfahren sowie frühere Verhaltensweisen und Äußerungen des Klägers abgestellt worden, die nach der Rechtsauffassung der Beklagten ausschließen, dem Kläger das Führen der Bezeichnung „Notar“ mit dem Zusatz „außer Dienst (a. D.)“ zu gestatten.

6 c) Die gegen das zu 1 beklagte Ministerium gerichtete Klage ist mangels dessen Passivlegitimation durch das OLG als unbegründet erachtet worden. Für die Bescheidung eines Antrags gemäß § 52 Abs. 2 Satz 1 BNotO sei ausschließlich der Beklagte zu 2, nicht aber das ebenfalls beklagte Ministerium zuständig. Das OLG hat aber den Beklagten zu 2 verurteilt, den vorgenannten Antrag des Klägers unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats zu bescheiden.

7 Das OLG hat hinsichtlich der Begründetheit des klägerischen Begehrens ausgeführt, es handele sich bei der Verwaltungsentscheidung über den Antrag des Klägers um eine Ermessensentscheidung. Bei der Ausübung des ihm eingeräumten Ermessens müsse der Beklagte zu 2 Sachaufklärung zu der vom Kläger vorgetragenen Selbstbindung der Verwaltung betreiben und dabei solche Fälle analysieren, in denen das Erlöschen des Notaramts auf einem entsprechenden Antrag des (früheren) Notars beruhe und dieser zudem das Führen der Amtsbezeichnung nach § 52 Abs. 2 BNotO beantragt habe. Soweit der Beklagte zu 2 im gerichtlichen Verfahren geltend gemacht habe, es seien frühere, als respektlos gegenüber dem Beklagten zu 2 gewertete Bekundungen des Klägers sowie Äußerungen von ihm im Rahmen eines Individualbeschwerdeverfahrens vor dem EGMR in die Ermessensentscheidung einzubeziehen, hat das OLG erhebliche Zweifel an der Berücksichtigungsfähigkeit zum Ausdruck gebracht. Die Frage des Vermögensverfalls des Klägers (vgl. § 50 Abs. 1 Nr. 6 BNotO) sei allerdings ein besonders gewichtiger Gesichtspunkt für die Ermessensausübung durch die Verwaltung.

8 4. Der Senat hat mit Beschluss vom 21.11.2016 auf den entsprechenden Antrag des Beklagten zu 2 dessen Berufung zugelassen.

9 5. Der Beklagte zu 2 hat anschließend seine Berufung näher begründet und beantragt nunmehr, das Urteil des Notarsenats beim OLG München (...) aufzuheben und die Klage abzuweisen, hilfsweise, die Sache unter Aufhebung des vorgenannten Urteils und des Verfahrens zur weiteren Verhandlung und Entscheidung an den Notarsenat beim OLG München zurückzuverweisen.

10 Er hat ursprünglich geltend gemacht, das OLG hätte kein Verbescheidungs Urteil erlassen dürfen, weil es an einer der Klageerhebung vorausgehenden Antragstellung des Klägers bei dem Beklagten zu 2 fehle. Die dafür angeführten Gründe entsprechen weitgehend den bereits in der Klageerwidernung geltend gemachten.

11 Nach Zulassung der Berufung durch den Senat hat der Kläger mit Schriftsatz vom 10.1.2017 bei dem Beklagten zu 2 beantragt, ihm die Erlaubnis zum Führen der Amtsbezeichnung „Notar außer Dienst (a. D.)“ zu erteilen. Diesen Antrag hat der Beklagte zu 2 durch Bescheid vom 1.3.2017 zurückgewiesen.

12 Der Kläger beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

13 Durch Schriftsatz (...) hat er zudem gegen die Beklagten Anschlussberufung erhoben. Mit der Anschlussberufung beantragt er nunmehr nach Ergehen des Bescheids des Beklagten zu 2 vom 1.3.2017, (lediglich) unter Abänderung des Urteils des OLG München – Notarsenat – vom 21.4.2016, VO-Not 02/14, und unter Einbeziehung des Bescheids vom 1.3.2017, den Beklagten zu 2 zu verpflichten, dem Kläger gemäß § 52 Abs. 2 Satz 1 BNotO die Erlaubnis zu erteilen, seine Amtsbezeichnung „Notar“ mit dem Zusatz „außer Dienst (a. D.)“ weiterzuführen, (...).

14 In der die Anschlussberufung begründenden Schrift hat der Kläger ausgeführt, das Urteil des OLG fechte er sowohl insoweit an, als dieses den Beklagten zu 2 lediglich zur Bescheidung des klägerischen

Begehrens verurteilt als auch die gegen das beklagte Ministerium gerichtete Klage abgewiesen hat. Nachdem der Beklagte zu 2 den am 10.1.2017 gestellten Antrag auf Erteilung der Erlaubnis zum Führen der Amtsbezeichnung „Notar außer Dienst (a. D.)“ durch Bescheid vom 1.3.2017 zurückgewiesen hat, macht der Kläger nunmehr geltend, es handele sich nicht mehr um eine Verpflichtungsklage in Form der Untätigkeitsklage, sondern um eine Versagungsgegenklage. Der ablehnende Bescheid des Beklagten zu 2 mache die geringfügige Änderung des Anschlussberufungsantrags erforderlich.

(...)

AUS DEN GRÜNDEN:

18 Die nach Zulassung durch den Senat gemäß § 124 Abs. 1 VwGO i. V. m. § 111b BNotO statthafte und auch im Übrigen zulässige Berufung hat Erfolg. Der Beklagte zu 2 hat im Ergebnis ohne Rechtsfehler dem Kläger die Erlaubnis versagt, die Amtsbezeichnung „Notar außer Dienst (a. D.)“ zu führen. Das OLG hätte den Beklagten zu 2 daher nicht dazu verurteilen dürfen, das Begehren des Klägers unter Beachtung der Rechtsauffassung des Notarsenats des OLG (neu) zu bescheiden (I.). Die statthafte Anschlussberufung des Klägers, mit der er im Hauptantrag die Erteilung dieser Erlaubnis weiter begehrt, bleibt erfolglos (II.).

19 I. Der Beklagte zu 2 hat in seinem Bescheid vom 1.3.2017 ermessensfehlerfrei den Antrag des Klägers vom 10.1.2017 zurückgewiesen, ihm die Führung der Amtsbezeichnung „Notar außer Dienst (a. D.)“ zu gestatten.

20 1. Dieser Bescheid ist verfahrensgegenständlich, nachdem der Kläger mit Schriftsatz vom 8.3.2017 seinen Anschlussberufungsantrag geändert und mit diesem zusätzlich die Aufhebung des genannten Bescheides des Beklagten zu 2 beantragt hat. In die darin liegende Klageänderung haben die Beklagten eingewilligt (§ 91 Abs. 1 Var. 1 VwGO i. V. m. § 111d BNotO). Die objektive Klageänderung ist im Rahmen der Anschlussberufung erfolgt (vgl. OVG Münster, Beschluss vom 28.8.1997, 15 A 3432/94, NVwZ 1999, 1252, 1253; *Gärditz/Haack*, VwGO, § 91 Rdnr. 33 m. w. N.) und erweist sich auch insoweit als zulässig.

21 2. Der Beklagte zu 2 hat den Antrag des Klägers, ihm das Führen der Amtsbezeichnung „Notar außer Dienst (a. D.)“ zu (gestatten), ermessensfehlerfrei abgelehnt. Weder sind die gesetzlichen Grenzen des dem Beklagten zu 2 durch § 52 Abs. 2 Satz 1 BNotO eingeräumten Ermessens überschritten noch hat dieser von seinem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht (vgl. § 114 Satz 1 VwGO); es liegen weder Ermessensdefizite noch ein Ermessens Fehlgebrauch vor.

22 a) § 52 Abs. 1 BNotO bestimmt als Grundsatz, dass ein Notar nach dem Erlöschen des Amtes die Bezeichnung „Notar“ nicht mehr führen darf; auch nicht mit einem Zusatz, der auf das Erlöschen des Amtes hinweist. Jedoch kann die zuständige Landesjustizverwaltung, hier der Beklagte zu 2, einem früheren hauptamtlichen Notar gemäß § 52 Abs. 2 Satz 1 BNotO dann die Erlaubnis erteilen, seine frühere Amtsbezeichnung „Notar“ mit dem Zusatz „außer Dienst (a. D.)“ weiterzuführen, wenn das Amt aus den in § 48, § 48a BNotO oder den in § 50 Abs. 1 Nr. 7 BNotO bezeichneten Gründen erloschen ist.

23 aa) Wie der Senat bereits im Hinblick auf die Weiterführung der mit dem Zusatz versehenen Amtsbezeichnung eines (früheren) Anwaltsnotars ausgeführt hat (Senat, Beschluss vom 24.11.2014, NotZ(Brfg) 8/14, ZNotP 2015, 116 f.), wollte der Gesetzgeber durch die genannte Regelung die Entstehung des Eindrucks unehrenhaften Ausscheidens aus dem Amt vermeiden, etwa in Bezug auf einen vormaligen Anwaltsnotar, der die Notartätigkeit aus wirtschaftlichen Gründen aufgegeben hat (Senat, a. a. O.). Im Hinblick auf diesen Regelungszweck darf die Landesjustizverwaltung die Weiterführung der Amtsbezeichnung mit dem auf das Ausscheiden hinweisenden Zusatz nur verweigern, wenn besondere Gründe die Ausübung des ihr eingeräumten Ermessens in diese Richtung rechtfertigen. Weil das Gesetz solche besonderen Gründe nicht ausdrücklich regelt, muss die Ermessensausübung sich an dem Zweck der Regelung des § 52 Abs. 2 BNotO orientieren (Senat, a. a. O.).

24 bb) Bei der Ausrichtung des Ermessens am Gesetzeszweck kommt – wovon auch das OLG insoweit zutreffend ausgegangen ist – der Regelung in § 52 Abs. 3 Satz 1 BNotO über die Rücknahme und den Widerruf einer gemäß § 52 Abs. 2 BNotO erteilten Erlaubnis zum Weiterführen der Amtsbezeichnung erhebliche Bedeutung zu. Der Gesetzgeber will mit der Vorschrift über die Rücknahme- bzw. Widerrufsgründe unter anderem verhindern, dass ein unwürdiger früherer Notar durch den weiteren Gebrauch der Amtsbezeichnung das Ansehen und das Vertrauen schädigt, die dem Notarberuf entgegengebracht werden (Senat, a. a. O.). Wie sich aus den vom Gesetz erfassten Umständen ergibt, die der Landesjustizverwaltung die Rücknahme bzw. den Widerruf nach ihrem Ermessen gestatten, kann das Ansehen des Notarberufs auch bezüglich vormaliger Amtsinhaber nicht allein durch Dienstverfehlungen, sondern auch bei Vermögensverfall bzw. Insolvenz (§ 52 Abs. 3 Satz 1 i. V. m. § 50 Abs. 1 Nr. 6 BNotO) geschädigt werden. Ermöglichen die Voraussetzungen des Vermögensverfalls aber der Verwaltungsbehörde die Rücknahme bzw. den Widerruf einer bereits erteilten Erlaubnis zum Weiterführen der Amtsbezeichnung, so können die Voraussetzungen des § 50 Abs. 1 Nr. 6 BNotO, wie grundsätzlich alle in § 52 Abs. 3 Satz 1 BNotO genannten Gründe, auch bereits bei der Ermessensausübung hinsichtlich der Erteilung einer solchen Erlaubnis berücksichtigt werden.

25 cc) Die Voraussetzungen des Vermögensverfalls im Sinne von § 50 Abs. 1 Nr. 6 BNotO sind in der Rechtsprechung des Senats ebenfalls bereits geklärt. Danach stellt der Vermögensverfall einen insolvenzähnlichen Tatbestand dar, der im Gegensatz zu den Amtsenthebungsgründen des § 50 Abs. 1 Nr. 8 BNotO die Gefährdung der Rechtsuchenden in sich schließt. Er setzt über den Eintritt ungeordneter schlechter finanzieller Verhältnisse, die sich in absehbarer Zeit nicht beheben lassen (wirtschaftliche Verhältnisse im Sinne von § 50 Abs. 1 Nr. 8 BNotO), voraus, dass der Notar nicht in der Lage ist, seinen laufenden Verpflichtungen nachzukommen (Senat, Beschlüsse vom 22.3.2004, NotZ 23/03, NJW 2004, 2018; vom 20.11.2006, NotZ 26/06, NJW 2007, 1287 m. w. N.; vgl. auch BVerfG, Beschluss vom 31.8.2008, 1 BvR 912/04, NJW 2005, 3057, 3058). Unter den Voraussetzungen des § 50 Abs. 1 Nr. 6 Hs. 2 BNotO wird der Vermögensverfall widerleglich vermutet (Senat, jeweils a. a. O.).

26 Gegen § 50 Abs. 1 Nr. 6 BNotO bestehen keine verfassungsrechtlichen Bedenken (BVerfG, a. a. O., NJW 2005, 3057 f.). Im unmittelbaren Anwendungsbereich auf im Amt befindliche Notare bezweckt die Vorschrift zum einen den Schutz der Rechtsuchenden vor den Gefahren, die aus der schlechten, ungeordneten wirtschaftlichen Lage eines Notars resultieren, und zum anderen soll dem Vertrauensverlust entgegen gewirkt werden, der von dem Vermögensverfall eines Notars ausgeht (vgl. BT-Drucks. 12/3803, S. 66; BVerfG, a. a. O., NJW 2005, 3057). Damit dient die Regelung wichtigen Gemeinwohlbelangen. Die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) des amtierenden Notars wird dadurch gewährleistet, dass lediglich vorübergehende wirtschaftliche Schwierigkeiten von § 50 Abs. 1 Nr. 6 BNotO nicht erfasst werden und die Amtsenthebung daher nicht gestatten (BVerfG, a. a. O.).

27 dd) Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit von § 52 Abs. 2 Satz 1 und § 52 Abs. 3 Satz 1 i. V. m. § 50 Abs. 1 Nr. 6 BNotO bestehen nicht. Dabei bedarf es keiner Entscheidung, ob der aus § 52 Abs. 2 Satz 1 BNotO folgende Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über die Fortführung der Amtsbezeichnung mit dem Zusatz „außer Dienst (a. D.)“ nach endgültigem Erlöschen des Amtes vom Schutzbereich von Art. 12 Abs. 1 GG erfasst wird (bzgl. vorübergehendem Ausscheiden aus dem Anwaltsberuf vgl. BVerfG, Beschluss vom 22.10.2014, 1 BvR 1815/12, NJW 2015, 394, 395). Selbst wenn dem so wäre, handelte es sich um eine Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG genügende Berufsausübungsregelung. Aus dem Gesamtzusammenhang der genannten Vorschriften ergibt sich, dass der Gesetzgeber das Führen der mit einem besonderen Vertrauen verbundenen Amtsbezeichnung Notar (mit dem Zusatz „außer Dienst“) auch nach dem Erlöschen des Amtes lediglich dann gestatten will, wenn dieses Vertrauen in der Person des konkret betroffenen vormaligen Notars berechtigt ist (vgl. *Schippel/Bracker/Bracker*, BNotO, 9. Aufl., § 52 Rdnr. 17). Daran fehlt es, wovon § 52 Abs. 3 Satz 1 BNotO ausgeht, wenn bei einem amtierenden Notar unter anderem die in § 50 Abs. 1 Nr. 1 bis 6 sowie Nr. 8 und 9 BNotO genannten Amtsenthebungsgründe vorlägen. Jedenfalls der Gemeinwohlbelang der Sicherung der dem Notaramt zugeschriebenen besonderen Vertrauensstellung legitimiert, die Ermessensentscheidung der Justizverwaltung über die Berechtigung zum Fortführen der Amtsbezeichnung mit dem Zusatz „außer Dienst (a. D.)“ an den genannten Amtsenthebungsgründen auszurichten. Will ein früherer Notar nach dem Erlöschen des Amtes den damit einhergehenden Anforderungen an seine wirtschaftlichen Verhältnisse nicht mehr unterliegen, steht es ihm frei, sich nicht um die Fortführung der Amtsbezeichnung zu bemühen. Kommt es ihm umgekehrt gerade darauf an, gestattet die Gewährleistung des besonderen Vertrauens in das Notaramt, ihn auch nach dessen Erlöschen noch einem Teil der damit einhergehenden Bindungen zu unterwerfen (*Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch*, BNotO, 8. Aufl., § 52 Rdnr. 18 und 21). Dem Schwächerwerden der Pflichtenbindung nach dem Ausscheiden aus dem Notaramt hat der Gesetzgeber Rechnung getragen, indem er in § 52 Abs. 3 Satz 1 BNotO lediglich auf einen Teil der Amtsenthebungsgründe des § 50 BNotO als Grundlage für die Rücknahme oder den Widerruf einer erteilten Erlaubnis zum

Führen der Amtsbezeichnung „Notar außer Dienst (a. D.)“ abstellt.

28 ee) Mit der Berücksichtigung des Zwecks von § 52 Abs. 2 BNotO sowie der in § 52 Abs. 3 Satz 1 BNotO statuierten, Rücknahme und Widerruf einer erteilten Erlaubnis gestattenden Gründe enthält das Gesetz hinreichend bestimmte Vorgaben für die Ermessensausübung der Landesjustizverwaltung auch bereits dafür, ob einem früheren Notar das Führen dieser Amtsbezeichnung mit dem Zusatz „außer Dienst (a. D.)“ gestattet wird. Liegen die Voraussetzungen des § 52 Abs. 3 Satz 1 BNotO bereits im Zeitpunkt der Entscheidung über die Erlaubniserteilung im Sinne von § 52 Abs. 2 Satz 1 BNotO vor, handelt es sich regelmäßig um „besondere Gründe“ (Senat, Beschluss vom 24.11.2014, NotZ(Brfg) 8/14, ZNotP 2015, 116), die die Verwaltungsbehörde berechtigen, ihr Ermessen in Richtung einer Verweigerung der Erlaubnis auszuüben. Es bedarf dann grundsätzlich keiner weiteren Gründe für die Versagung der Erlaubnis.

29 b) Bei Überprüfung anhand dieser Maßstäbe erweist sich die Ermessensausübung des Beklagten zu 2 in seinem Bescheid vom 1.3.2017 als fehlerfrei. Der Beklagte zu 2 hat die Versagung der Erlaubnis, die Amtsbezeichnung Notar mit dem Zusatz „außer Dienst (a. D.)“ zu führen, in nicht zu beanstandender Weise unter anderem auf das bereits (...) und damit noch während der Ausübung des Notar-amts eröffnete Insolvenzverfahren über das Vermögen des Klägers sowie das in Italien auf eigenen Antrag des Klägers geführte Entschuldungsverfahren gestützt (...).

30 aa) Nach dem insoweit unstreitigen Sachverhalt hat das AG (...) das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Klägers eröffnet. Dem lag ein Antrag einer Gläubigerin des Klägers (...) zugrunde. Zum Zeitpunkt der Eröffnungsentscheidung übte der Kläger seine Notartätigkeit in (...) aus und hatte seinen Wohnsitz dort. Seinen jetzigen Wohnsitz (...) in Italien hat er, wie in seiner Klageeschrift (...) selbst vorgetragen, erst ab (...) begründet. Die gegen die Eröffnungsentscheidung gerichtete sofortige Beschwerde des Klägers ist ebenso erfolglos geblieben wie die gegen den Beschwerdebeschluss erhobene Rechtsbeschwerde vor dem BGH. Dieses inländische Insolvenzverfahren ist bis zur Berufungsverhandlung vor dem Senat nicht zum Abschluss gekommen. Selbst nach dem eigenen Vortrag des Klägers bestehen aktuell noch offene Forderungen gegen ihn in Höhe von etwas mehr als 8,5 Mio. €, nach Bewertung des Insolvenzverwalters sogar in Höhe von mehr als 11,8 Mio. €. Der Kläger hat weiterhin (...) vorgetragen, dass es ihm in Bezug auf bereits 2001 bestehende Verbindlichkeiten ohne die Einleitung des Insolvenzverfahrens gelungen wäre, durch Mieterträge und Steuervorteile im Jahr 2011 schuldenfrei zu sein. Entsprechendes hat der Kläger in der mündlichen Verhandlung erneut vorgebracht. Weiterhin ergibt sich aus dem Vorbringen des Klägers die bereits angesprochene Einleitung eines Entschuldungsverfahrens nach italienischem Recht auf Eigenantrag hin. Auch dieses Entschuldungsverfahren ist bislang nicht zu einem Abschluss gekommen.

31 bb) Schon nach dem eigenen Sachverhaltsvortrag des Klägers liegen damit die Voraussetzungen des § 52 Abs. 3 Satz 1 i. V. m. § 50 Abs. 1 Nr. 6 BNotO vor. Das gilt sowohl für den Zeitpunkt des Bescheids des Beklagten zu 2 vom 1.3.2017

als auch für den der Berufungsverhandlung vor dem Senat. Es bedarf daher keiner Entscheidung, ob es für die Überprüfung auf die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der letzten Verwaltungsentscheidung ankommt oder ob spätere Entwicklungen berücksichtigt werden müssen (vgl. dazu bzgl. der Amtsenthebung gemäß § 50 Abs. 1 Nr. 6 BNotO BVerfG, Beschluss vom 31.8.2008, 1 BvR 912/04, NJW 2005, 3057, 3058 sowie *Eylmann/Vaasen/Bremkamp*, BNotO, 4. Aufl., § 50 Rdnr. 60-63 m. w. N.). Nach dem Erlass des Bescheids haben sich keine für die Überprüfung der Verwaltungsentscheidung bedeutsamen Veränderungen der wirtschaftlichen Verhältnisse des Klägers ergeben. Die Vermutungswirkung des § 50 Abs. 1 Nr. 6 Hs. 2 BNotO ist weder bezüglich des seit rund 16 Jahren geführten Insolvenzverfahrens in Deutschland noch bezüglich des in Italien auf Antrag des Klägers betriebenen Entschuldungsverfahrens erschüttert.

32 (1) Für die Widerlegung der Vermutung des Vermögensverfalls aus § 50 Abs. 1 Nr. 6 BNotO bedarf es konkreter Nachweise (dazu *Schippel/Bracker/Püls*, § 50 Rdnr. 23 m. w. N.; noch strenger BFH, Beschluss vom 24.1.2006, VII B 141/05, BeckRS 2006, 25009565 „Ordnung der wirtschaftlichen Verhältnisse muss tatsächlich eingetreten sein“). Bloße Ankündigungen genügen nicht. Der Kläger muss vielmehr dartun, wie die gegen ihn (noch) bestehenden Forderungen auf erfolgversprechende Weise in absehbarer Zeit erfüllt werden sollen und können, oder dass im Rahmen des Insolvenzverfahrens die realistische Möglichkeit besteht, mit Zustimmung seiner Gläubiger über ein Insolvenzplanverfahren zu einer umfassenden Regelung seiner Verbindlichkeiten zu gelangen (vgl. jeweils Senat, Beschlüsse vom 20.11.2006, NotZ 26/06, NJW 2007, 1287; vom 23.7.2007, NotZ 5/07 Rdnr. 7 m. w. N.; *Eylmann/Vaasen/Bremkamp*, § 50 Rdnr. 57; *Schippel/Bracker/Püls*, § 50 Rdnr. 22). An all dem fehlt es.

33 (2) In Bezug auf das Vermögen des Klägers werden weiterhin Insolvenzverfahren betrieben. Er hat selbst vorgetragen, dass hinsichtlich zumindest seit 2001 gegen ihn bestehender Forderungen eine „Entschuldung“ erst 2011 eingetreten wäre und zwar selbst ohne die nach seiner Wertung die Entschuldung behindernde Durchführung des deutschen Insolvenzverfahrens. Die nach seinem Vortrag auch in der Berufungsverhandlung angeblich problemlose Befriedigung der verbliebenen Gläubiger ist trotz der beträchtlichen Dauer des Bestehens der Verbindlichkeiten gerade nach wie vor nicht erfolgt.

34 Der Vermögensverfall ist durch ungeordnete, schlechte finanzielle Verhältnisse geprägt, die in absehbarer Zeit nicht geordnet werden können und den betroffenen Notar (oder vormaligen Notar) außerstande setzen, seinen Verpflichtungen nachzukommen (Senat, Beschluss vom 20.11.2006, NotZ 26/06, DNotZ 2007, 552 f. m. w. N.). Diese auch im Hinblick auf die Zeitkomponente verfassungsrechtlich unbedenkliche Ausgestaltung des Merkmals „Vermögensverfall“ (vgl. BVerfG, Beschluss vom 31.8.2005, 1 BvR 912/04, NJW 2005, 3057, 3058) erfordert für die Widerlegung der vom laufenden Insolvenzverfahren ausgehenden Vermutung eine zu erwartende Ordnung der schlechten finanziellen Verhältnisse in absehbarer Zeit (vgl. wiederum BVerfG, a. a. O.). Wie sich bereits aus dem langen Zeitraum seit dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Klägers – als Grund-

lage für eine Prognose über die weitere Entwicklung – zeigt, kann von einer Ordnung der finanziellen Verhältnisse in einer absehbaren Zeit nicht die Rede sein. Selbst nach dem auf Hypothesen beruhenden Vortrag des Klägers hätte es ausgehend von dem Zeitpunkt der Antragstellung im Jahr 2000 wenigstens elf Jahre gedauert, bis er schuldenfrei gewesen wäre. Dass die tatsächliche Entwicklung bis heute noch weit ungünstiger verlaufen ist, ergibt sich aus den weiterhin bestehenden Verbindlichkeiten in Höhe von mindestens noch 8,5 Mio. €. Angesichts dessen bedarf es keiner Entscheidung, ob die vom BVerfG (a. a. O.) für die Anwendung von § 50 Abs. 1 Nr. 6 BNotO auf den bis dahin noch amtierenden Notar im Hinblick auf die Berufswahlfreiheit geforderten strengen Anforderungen an die Prüfung der Widerlegung der Vermutung aus § 50 Abs. 1 Nr. 6 Hs. 2 BNotO in gleicher Weise für eine auf § 52 Abs. 3 Satz 1 i. V. m. § 50 Abs. 1 Nr. 6 BNotO gestützte Rücknahme bzw. einen Widerruf des Führens der Bezeichnung „Notar außer Dienst (a. D.)“ gelten würden, obwohl in den letztgenannten Fällen der Beruf des Notars aus vom Vermögensverfall unabhängigen Gründen nicht mehr ausgeübt wird. Denn selbst bei Anlegen des genannten strengen Maßstabs ist die Vermutung nicht erschüttert.

35 Angesichts der nicht widerlegten Vermutung des Vermögensverfalls kommt es auch auf die internationale Zuständigkeit für das Insolvenzverfahren nicht an. Denn selbst wenn mittlerweile italienisches Insolvenzrecht allein für die Insolvenz über das Vermögen des Klägers anwendbar sein sollte, obwohl das inländische Insolvenzverfahren bereits zu einem Zeitpunkt eröffnet worden ist, zu dem der Kläger sein Amt als Notar im Inland ausgeübt und hier auch seinen Wohnsitz hatte, sind im Zuge des italienischen Entschuldungsverfahrens gerade keine Umstände eingetreten, die die Vermutung entkräften.

36 cc) Der Beklagte zu 2 konnte daher gestützt auf § 52 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 Satz 1 i. V. m. § 50 Abs. 1 Nr. 6 BNotO ohne Ermessensfehler den Antrag des Klägers ablehnen, die Amtsbezeichnung „Notar außer Dienst (a. D.)“ führen zu dürfen. Da allein der nach wie vor bestehende Vermögensverfall die Versagung der Erlaubnis trägt, kommt es auf die weiteren von dem Beklagten zu 2 in seinem Bescheid vom 1.3.2017 angeführten Gründe nicht an. Es liegt kein Fall eines Ermessensfehlergebrauchs vor (zu dessen Voraussetzungen BVerfG, Beschluss vom 5.5.2014, 6 B 48/13, NVwZ 2014, 1034, 1036; Urteil vom 17.8.2016, 6 C 24/15, NVwZ-RR 2016, 952, 956; *Gärditz/Knauff*, VwGO, § 114 Rdnr. 24; BeckOK-VwGO/Decker, 40. Edit., § 114 Rdnr. 24 f.). Eine Pflicht zur Neubewertung des Antrags des Klägers auf Erteilung der entsprechenden Erlaubnis besteht nicht. Das anderslautende Urteil des OLG war daher aufzuheben.

(...)

KOSTENRECHT

25. Kindergärten und Kindertageseinrichtungen sind keine wirtschaftlichen Unternehmen

BGH, Beschluss vom 1.6.2017, V ZB 23/16 (Vorinstanz: OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 2.2.2016, 20 W 132/14)

KostO § 144 Abs. 1

GNotKG § 91 Abs. 1, § 136 Abs. 1

LEITSATZ:

Kindergärten und Kindertageseinrichtungen, die von einem der in § 144 Abs. 1 Satz 1 KostO aufgeführten Notarkostenschuldner – wie etwa Gemeinden oder Kirchen – betrieben werden, sind nicht als wirtschaftliche Unternehmen im Sinne der genannten Norm anzusehen.

SACHVERHALT:

1 I. Die Kostenschuldnerin, eine katholische Kirchengemeinde, ist Eigentümerin eines Grundstücks, auf dem sie den Neubau einer Kindertagesstätte beabsichtigt. Zur Förderung des Vorhabens erging durch den Magistrat der Stadt ein Zuwendungsbescheid über 1.863.000 €. Um die dauerhafte Nutzung als Kindertageseinrichtung zu sichern, wurde der Kostenschuldnerin aufgegeben, eine Grundschuld zugunsten der Stadt zu bestellen. Am 11.3.2013 beurkundete der Notar die Grundschuldbestellung und stellte der Kostenschuldnerin – soweit von Interesse – insgesamt 3.429,58 € in Rechnung (nicht ermäßigte Beurkundungsgebühr i. H. v. 2.862 € zzgl. Auslagen und MwSt.).

(...)

AUS DEN GRÜNDEN:

4 III. Die zulässige Rechtsbeschwerde hat in der Sache keinen Erfolg. Für die Erhebung der Notargebühren sind gemäß § 136 Abs. 1 Nr. 4 GNotKG die Vorschriften der KostO maßgeblich, da der Auftrag vor dem 23.7.2013 erteilt worden ist.

5 1. Rechtsfehlerfrei nimmt das Beschwerdegericht an, dass gemäß § 144 Abs. 1 Satz 1 KostO (vgl. nunmehr § 91 Abs. 1 Satz 1 GNotKG) eine ermäßigte Gebühr angefallen ist. Zu den nach dieser Bestimmung privilegierten Kostenschuldnern gehören unter anderem Bund, Länder und Gemeinden (§ 144 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 2 KostO) sowie Kirchen (§ 144 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 KostO). Die Ermäßigung setzt für sämtliche dieser Kostenschuldner voraus, dass die Angelegenheit „nicht deren wirtschaftliche Unternehmen“ betrifft (§ 144 Abs. 1 Satz 1 KostO). Da eine Kirchengemeinde wie die Kostenschuldnerin als Kirche im Sinne von § 144 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 KostO anzusehen ist (vgl. BT-Drucks. 11/4394, S. 10), kommt es entscheidend darauf an, ob die geplante Kindertagesstätte ein wirtschaftliches Unternehmen gemäß § 144 Abs. 1 Satz 1 KostO darstellt. Dies verneint das Beschwerdegericht zu Recht.

6 a) Was ein wirtschaftliches Unternehmen im Sinne von § 144 Abs. 1 Satz 1 KostO ausmacht, wird allerdings nicht einheitlich beantwortet.

7 aa) Überwiegend wird auf die Vorschriften des Kommunalrechts zurückgegriffen. Danach sind wirtschaftliche Unterneh-

men solche Einrichtungen und Anlagen der Gemeinde, die von einem Privatunternehmen mit der Absicht der Erzielung dauernder Einnahmen betrieben werden könnten; nicht erfasst werden Unternehmen und Einrichtungen, zu deren Betrieb die Gemeinde gesetzlich verpflichtet ist oder bei denen die gemeinnützige, mildtätige oder kirchliche Zielsetzung im Vordergrund steht. Diese Erwägungen seien auf die Ermäßigung der Notarkosten zu übertragen (vgl. beispielsweise BayObLGZ 1992, 324, 326 f.; BayObLG, DNotZ 1994, 703, 704; JurBüro 1996, 316; OLG Naumburg, OLGR 2009, 441, 442; NJOZ 2012, 1074; OLG Dresden, NotBZ 1998, 154, 155; OLG Celle, NVwZ-RR 2013, 868, 869; *Rohs/Wedewer/Rohs*, GNotKG, Stand: Dezember 2016, § 91 Rdnr. 9; *Hartmann*, Kostengesetze, 47. Aufl., § 91 GNotKG Rdnr. 4). Kindergärten als Einrichtungen des Erziehungs- und Bildungswesens seien wie im Kommunalrecht nicht als wirtschaftliche Unternehmen im Sinne von § 144 Abs. 1 Satz 1 KostO anzusehen (vgl. *Tiedtke/Diehn*, Notarkosten im Grundstücksrecht, 3. Aufl., Rdnr. 603; *Rohs/Wedewer/Rohs*, GNotKG, § 91 Rdnr. 11 f.; *Schmidt/Sikora/Tiedtke*, Praxis des Handelsregister- und Kostenrechts, 7. Aufl., Rdnr. 2887; *Otto/Schnigula*, JurBüro 1989, 890, 895).

8 bb) Nach anderer Ansicht soll maßgeblich sein, ob betriebswirtschaftliche Gründe des Geschäfts die Belange der Daseinsvorsorge bzw. Gemeinnützigkeit überwiegen. Gehe es weder um die konkrete Umsetzung des Sozialstaatsprinzips noch um staatliche Für- und Vorsorge im Sinne reiner Gemeinnützigkeit, sondern um die Erreichung ökonomischer oder finanzieller Ziele mit Mitteln, wie sie auch in marktwirtschaftlichen Betrieben allgemein gebräuchlich seien, handele es sich kostenrechtlich um wirtschaftliche Unternehmen (vgl. OLG Naumburg, FGPrax 2008, 39 f.; OLGR 2009, 441, 442; NJOZ 2012, 1074; HK-GNotKG/Macht, § 91 Rdnr. 9; *Korintenberg/Schwarz*, GNotKG, 19. Aufl., § 91 Rdnr. 17; *Bormann/Diehn/Sommerfeldt/Bormann*, GNotKG, 2. Aufl., § 91 Rdnr. 12; Notarkasse, Streifzug durch das GNotKG, 11. Aufl., Rdnr. 789 ff.; Ländernotarkasse, Leipziger Kostenspiegel, Teil 1 Rdnr. 138). Kindergärten werden auch von den Vertretern dieser Ansicht nicht als wirtschaftliche Unternehmen eingeordnet (*Korintenberg/Schwarz*, GNotKG, § 91 Rdnr. 16; *Bormann/Diehn/Sommerfeldt/Bormann*, GNotKG, § 91 Rdnr. 12; HK-GNotKG/Macht, § 91 Rdnr. 11; Notarkasse, Streifzug durch das GNotKG, Rdnr. 793).

9 b) Der Senat sieht Kindergärten und Kindertageseinrichtungen, die von einem der in § 144 Abs. 1 Satz 1 KostO aufgeführten Notarkostenschuldner – wie etwa Gemeinden oder Kirchen – betrieben werden, nicht als wirtschaftliche Unternehmen an.

10 aa) Im Ausgangspunkt bedarf es für die Auslegung von § 144 Abs. 1 Satz 1 KostO einer typisierenden Betrachtung verschiedener Fallgruppen. Bei der Gebührenberechnung verfügt der Notar nämlich regelmäßig nicht über nähere Erkenntnisse zu Struktur und Wirtschaftlichkeit der Einrichtung, deren Angelegenheit er beurkundet; er kann und soll keine darauf bezogenen Erhebungen vornehmen. Ob volle oder ermäßigte Gebühren anfallen, muss sich ohne einzelfallbezogene Differenzierungen nach Kategorien ermitteln lassen (zutr. Leipziger Gerichts- & Notarkosten-Kommentar/Heinze, 2. Aufl., § 91

Rdnr. 25). Im vorliegenden Fall wird dies besonders deutlich, weil die Kindertagesstätte im Zeitpunkt der Beurkundung noch nicht errichtet war.

11 bb) In der danach gebotenen typisierenden Betrachtung ist der Betrieb von Kindergärten bzw. Kindertageseinrichtungen durch die in § 144 Abs. 1 Satz 1 KostO genannten Kostenschuldner nicht als wirtschaftliches Unternehmen anzusehen.

12 (1) Der Gesetzgeber hat den Begriff des „wirtschaftlichen Unternehmens“ dem Kommunalrecht entlehnt. Zwar richtet sich die Auslegung einer bundesrechtlichen Norm wie § 144 Abs. 1 Satz 1 KostO nicht nach landesrechtlichen Bestimmungen, sodass das spezifische Kommunalrecht des jeweiligen Bundeslandes nicht ausschlaggebend sein kann (a. A. offenbar OLG Naumburg, OLGR 2009, 441, 442). Aber das herkömmliche kommunalrechtliche Verständnis bietet jedenfalls einen wesentlichen Anhaltspunkt dafür, welche Angelegenheiten nach der Vorstellung des Gesetzgebers im Allgemeininteresse privilegiert sein sollen (so zutr. *Lappe*, NotBZ 2002, 177). Kommunalrechtlich entspricht es einhelliger Ansicht, dass Bildungseinrichtungen und insbesondere Kindergärten regelmäßig nicht als wirtschaftliche Unternehmen anzusehen sind, weil die Fürsorge, Erziehung und Bildungsvermittlung im Vordergrund stehen (vgl. § 121 Abs. 2 Nr. 2 HGO; § 102 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 GemO BW; § 68 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 KV M-V; § 107 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GO NRW; *Burgi*, Kommunalrecht, 5. Aufl., § 17 Rdnr. 39). Für gemeindliche Kindergärten ergibt sich dies schon daraus, dass sie der Erfüllung des Anspruchs auf den Kindergartenplatz (§ 24 SGB VIII) und damit der Daseinsvorsorge dienen.

13 (2) Nichts anderes gilt für kirchliche Einrichtungen, und zwar – wie das Beschwerdegericht zutreffend ausführt – ohne Rücksicht darauf, ob eine konfessionsgebundene Erziehung erfolgen soll. Denn jedenfalls in typisierender Betrachtung werden kirchliche wie staatliche Kindergärten in erster Linie nicht deshalb betrieben, um am Markt zum Zwecke der Gewinnerzielung mit privaten Anbietern zu konkurrieren, sondern um Kindern und Jugendlichen die erforderliche Erziehung, Bildung und Fürsorge angedeihen zu lassen. Auch wenn dies nicht konfessionsgebunden erfolgt, steht die Übernahme solcher Erziehungsaufgaben jedenfalls in einer seelsorgerischen kirchlichen Tradition. Im Übrigen entspricht es – wie die Rechtsbeschwerdeerwiderung zu Recht hervorhebt – gerade kirchlicher Selbstbestimmung, Erziehungsaufgaben auch unabhängig von der Konfessionszugehörigkeit zu übernehmen. Die Finanzierung durch öffentliche Zuschüsse und Elternbeiträge lässt, anders als die Rechtsbeschwerde meint, nicht auf eine wirtschaftliche Betätigung am Markt schließen; sowohl kirchliche als auch kommunale Kindergärten können regelmäßig nur mithilfe öffentlicher Subventionen betrieben werden (vgl. zur Defizitübernahme BayVerfGH, NVwZ-RR 2016, 601 ff.). Nichts anderes ergibt sich schließlich daraus, dass der Betrieb solcher Einrichtungen schon aufgrund der Personalverwaltung und als Voraussetzung für die Erlangung öffentlicher Subventionen eine betriebswirtschaftliche Organisation erfordert. Denn der wirtschaftliche Geschäftsbetrieb ist als notwendiges Hilfsmittel zur Erreichung der nichtwirtschaftlichen Ziele anzusehen und diesen zu- und untergeordnet (vgl. zu einem privaten Betreiber BGH, Beschluss vom 16.5.2017, II ZB 7/16,

WM 2017, 1059 Rdnr. 21 ff., vorgesehen zur Veröffentlichung in BGHZ).

14 cc) Schließlich sieht der Senat § 144 Abs. 1 Satz 1 KostO als verfassungsgemäß an. Eine Aussetzung des Verfahrens und Vorlage an das BVerfG (Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG) kommt nicht in Betracht.

15 (1) Mit Art. 3 Abs. 1 GG ist § 144 Abs. 1 Satz 1 KostO vereinbar. Allerdings werden die Notargebühren für private Einrichtungen, die gemeinnützige Zwecke verfolgen, gemäß § 144 Abs. 2 KostO nicht ermäßigt, also auch dann nicht, wenn der gemeinnützige Zweck in dem Betrieb einer Kindertagesstätte besteht. Da der Gebührenermäßigung im Hinblick auf die Grundrechte der Notare enge Grenzen gesetzt sind, muss der Gesetzgeber bei der Auswahl der privilegierten Kostenschuldner lediglich das Verbot willkürlicher Ungleichbehandlung beachten (vgl. Senat, Beschluss vom 19.6.2013, V ZB 130/12, NJW-RR 2014, 183 Rdnr. 14). Daran gemessen ist die getroffene Auswahl nicht zu beanstanden. Denn mit der institutionellen Förderung der in § 144 Abs. 1 Satz 1 KostO aufgeführten Kostenschuldner (namentlich Bund, Länder, Gemeinden und Kirchen) verfolgt der Gesetzgeber ein in sich geschlossenes und widerspruchsfreies System. Bund, Länder und Gemeinden nehmen öffentlichrechtliche Aufgaben wahr und sind deshalb auch von Gerichtsgebühren freigestellt. Die Kirchen unterliegen dem besonderen verfassungsrechtlichen Schutz der Weimarer Kirchenartikel (Art. 140 GG i. V. m. Art. 136 bis 139, 141 WRV); mit der Privilegierung wollte der Gesetzgeber ihrer besonderen Stellung und allgemein anerkannten Förderungswürdigkeit Rechnung tragen (vgl. zum Ganzen BT-Drucks. 11/4394, S. 10). Dass nur Angelegenheiten privilegiert werden, die im öffentlichen Interesse liegen, wird typisierend dadurch sichergestellt, dass von den genannten Kostenschuldnern betriebene wirtschaftliche Unternehmen ausgenommen werden. Zwar betreffen auch die von Privaten verfolgten, als gemeinnützig eingestuften Zwecke im Allgemeinen wichtige staatliche Aufgaben; dabei geht es aber auch und vor allem um eine qualitative Ergänzung und Bereicherung des staatlichen Leistungsangebots in höchst unterschiedlichen und breit gefächerten Bereichen (vgl. Senat, Beschluss vom 19.6.2013, V ZB 130/12, NJW-RR 2014, 183 Rdnr. 14 m. w. N.).

16 (2) Mit Art. 12 Abs. 1 GG ist die Bestimmung ebenfalls vereinbar. Der Gesetzgeber hat die Berufsausübung der Notare dahin gehend geregelt, dass für bestimmte Kostenschuldner in Angelegenheiten, die dem Gemeinwohl oder wichtigen staatlichen Aufgaben dienen, insbesondere bei höheren Geschäftswerten ermäßigte Gebühren anfallen. Dass die Notare hierdurch wirtschaftlich über Gebühr belastet werden, wie es bei einer Vorgängerregelung der Fall war (vgl. BVerfGE 47, 285, 317 ff.), ist weder ersichtlich noch wird es von der Rechtsbeschwerde geltend gemacht.

(...)

HINWEIS DER SCHRIFTLICHTUNG:

Der BGH bestätigt die Auffassung der Notarkasse A. d. ö. R., Streifzug durch das GNotKG, 12. Aufl. 2017, Rdnr. 1054.

ÖFFENTLICHES RECHT

26. Organschaftliche Vertretungsmacht des Bürgermeisters ohne Beschlussfassung des Gemeinderats

BGH, Urteil vom 1.6.2017, VII ZR 49/16 (Vorinstanz: OLG Stuttgart, Urteil vom 9.2.2016, 10 U 137/15)

BayGO Art. 37 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und 3, Art. 38 Abs. 1

LEITSATZ:

Die organschaftliche Vertretungsmacht des ersten Bürgermeisters einer bayerischen Gemeinde ist im Außenverhältnis allumfassend und unbeschränkt; infolgedessen wird die Gemeinde auch durch solche Rechtshandlungen des ersten Bürgermeisters berechtigt und verpflichtet, die dieser ohne die erforderliche Beschlussfassung des Gemeinderats vorgenommen hat (Bestätigung von BGH, Urteil vom 18.11.2016, V ZR 266/14, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt).

HINWEIS DER SCHRIFTLICHTUNG:

Die angesprochene Vorentscheidung ist abgedruckt in der MittBayNot 2017, 299 m. Anm. **Grziwotz**, MittBayNot 2017, 302.

STEUERRECHT

27. Ausscheiden aus Mitunternehmerschaft gegen Sachwertabfindung mit Einzelwirtschaftsgütern folgt Realteilungsgrundsätzen

BFH, Urteil vom 30.3.2017, IV R 11/15 (Vorinstanz: FG Düsseldorf vom 4.12.2014, 14 K 2968/09 F)

EStG § 16 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, Abs. 2 und 3

UmwStG § 24

LEITSATZ:

Auf das Ausscheiden eines Mitunternehmers aus der Mitunternehmerschaft gegen Sachwertabfindung aus dem mitunternehmerischen Vermögen finden die Grundsätze der Realteilung auch dann Anwendung, wenn die Abfindung nicht in der Übertragung eines Teilbetriebs oder Mitunternehmeranteils, sondern in der Übertragung einzelner Wirtschaftsgüter besteht (gegen BMF-Schreiben vom 20.12.2016, IV C 6-S 2242/07/10002:004, BStBl. I 2017, S. 36).

HINWEIS DER SCHRIFTLICHTUNG:

Siehe zu dieser Entscheidung auch BFH, Urteil vom 16.3.2017, IV R 31/14, MittBayNot 2017, 636 (in diesem Heft) mit Anmerkung von **Wendt**, MittBayNot 2017, 639 (in diesem Heft).

28. Echte und unechte Realteilung; Aufgabe des Gewerbebetriebs bei Auflösung einer Mitunternehmerschaft

BFH, Urteil vom 16.3.2017, IV R 31/14 (Vorinstanz:
FG Köln, Urteil vom 12.3.2014, 4 K 1546/10)

ESTG § 16 Abs. 3 Sätze 1 bis 4, Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und 3,
§ 6 Abs. 5 Satz 2

LEITSÄTZE:

1. Wird eine Mitunternehmerschaft aufgelöst, führt dies zur Aufgabe ihres Gewerbebetriebs im Sinne des § 16 Abs. 3 Satz 1 EStG.
2. Die Grundsätze der Realteilung gelten sowohl für die Auflösung der Mitunternehmerschaft und Verteilung des Betriebsvermögens („echte Realteilung“) als auch für das Ausscheiden (mindestens) eines Mitunternehmers unter Mitnahme von mitunternehmerischem Vermögen aus einer zwischen den übrigen Mitunternehmern fortbestehenden Mitunternehmerschaft („unechte Realteilung“). Ob im Einzelfall eine echte oder eine unechte Realteilung vorliegt, richtet sich danach, ob die Mitunternehmerschaft aufgelöst wird oder ob sie fortbesteht und nur (mindestens) ein Mitunternehmer unter Mitnahme von mitunternehmerischem Vermögen ausscheidet.

SACHVERHALT:

1 A. Die Kläger und Revisionsbeklagten (Kläger) sind die ehemaligen Gesellschafter der 1998 gegründeten A GmbH & Co. KG (KG 1). Gegenstand der KG 1 war die Aufstellung und der Vertrieb von Spielautomaten. Am Vermögen der KG 1 waren die Kläger seit dem Zeitpunkt der Gründung bis zu ihrer Auflösung unverändert wie folgt beteiligt: V zu 90 %, sein Sohn S zu 10 % und die A Verwaltungs-GmbH (GmbH) als Komplementärin zu 0 %.

2 Zeitgleich mit dem Gründungsvertrag der KG 1 war ein notarieller Einbringungsvertrag geschlossen worden, demzufolge V das von ihm bislang allein betriebene Unternehmen „Automaten ...“ in die KG 1 mit allen Aktiva und Passiva einzubringen hatte. Zu dem danach einzubringenden Vermögen gehörte auch eine noch zu vermessende Teilfläche des Grundstücks B-Straße 2 (Grundstück). Das Grundstück wurde fortan in der Gesamthandsbilanz der KG 1 bilanziert. Eine zivilrechtliche Umschreibung des Eigentums im Grundbuch erfolgte nicht.

3 Gemäß Gesellschafterbeschluss vom 22.3.2005 wurde die KG 1 zum 31.3.2005 aufgelöst und im April 2005 im Handelsregister gelöscht. Nach dem Auflösungsbeschluss sollte das vorhandene Gesellschaftsvermögen „wie folgt im Wege der Realteilung aufgeteilt“ werden: V sollte erhalten: zwei näher bezeichnete Anhänger (Buchwert jeweils 1 €), das Grundstück (Buchwert 63.947 €) sowie die Hälfte eines Umsatzsteuer-Erstattungsanspruchs (Wert 63.908 €).

4 S sollte alle übrigen positiven und negativen Vermögensgegenstände erhalten. Der Gesellschafterbeschluss sah außerdem vor, dass V die in seinem Eigentum befindlichen Anteile an der GmbH auf S überträgt. Zudem sollte S eine Verbindlichkeit gegenüber der GmbH aus nicht ausgezahlten Vergütungen und Gewinnanteilen übernehmen.

5 Nach Auflösung der Gesellschaft übten V und S jeweils weiterhin eine gewerbliche Tätigkeit mit dem Gegenstand der Aufstellung von Spielautomaten aus. S gründete hierzu ein Einzelunternehmen, in welches er das übernommene Betriebsvermögen einbrachte. V war Gesellschafter der C GmbH & Co. KG (KG 2), deren Gegenstand

das Aufstellen von Spielgeräten in Spielhallen war. Dieser KG 2 stellte er das Grundstück ab April 2005 zur Nutzung zur Verfügung; das Grundstück wurde dort im Sonderbetriebsvermögen des V geführt.

6 Im Oktober 2008 fand für die aufgelöste KG 1 unter anderem für das Streitjahr 2005 eine Betriebsprüfung statt, in deren Rahmen eine Ortsbesichtigung des Grundstücks durchgeführt wurde. Danach standen in der auf dem Grundstück befindlichen Garage ca. 50 alte, nicht mehr im Gebrauch befindliche Spielautomaten und Ähnliches. In der Garage befand sich außerdem eine Werkbank, die nach Auskunft des V benutzt wurde, um gelegentlich Reparaturen an den Geräten vorzunehmen.

7 Der Betriebsprüfer vertrat anschließend die Auffassung, dass keine Realteilung gegeben sei. Die Identität des bisherigen Betriebs sei erhalten geblieben, da zwischen der bisherigen und der künftigen betrieblichen Tätigkeit ein sachlicher und struktureller Zusammenhang insbesondere in wirtschaftlicher, finanzieller und organisatorischer Hinsicht bestehe. Der Vorgang stelle sich als Sachwertabfindung eines ausscheidenden Gesellschafters dar. V habe seinen Mitunternehmeranteil entgeltlich auf S übertragen. Zwar sei bei Übertragungsvorgängen zwischen nahen Angehörigen grundsätzlich von der Unentgeltlichkeit des Vorgangs auszugehen. Auch die Übernahme des negativen Kapitalkontos des V sei insoweit unschädlich. Denn dieses hätte durch eventuell vorhandene stille Reserven ausgeglichen werden können, sodass eine Gegenleistung des S nicht hätte angenommen werden können. Über das negative Kapitalkonto hinaus sei V aber auch das Grundstück mit einem Buchwert von 63.947 € und einem ggf. deutlich höheren Verkehrswert überlassen sowie eine Abfindung i. H. v. 63.908 € gezahlt worden. Damit habe der verbleibende Gesellschafter S insgesamt Schulden i. H. v. 193.354 € zur Übernahme des Betriebs übernommen. Das Grundstück, das dem Gesamthandsvermögen der KG 1 zuzuordnen sei, sei bei V Sonderbetriebsvermögen geworden und daher gemäß § 6 Abs. 5 Satz 3 Nr. 2 EStG zu Buchwerten übergegangen. Zur Ermittlung des Veräußerungsgewinns sei jedoch das Kapitalkonto des V um den Buchwert des Grundstücks zu mindern. Es ergebe sich danach folgender Veräußerungsgewinn des V:

„Abfindungszahlung (50 % Umsatzsteuer-Erstattungsanspruch)	63.908 €
abzgl. positives Festkapital	./ 46.016 €
zzgl. negatives variables Kapital (nach Entnahme des Grundstücks)	+ 175.462 €
= Veräußerungsgewinn	193.354 €.“

8 Da nicht alle stillen Reserven aufgedeckt worden seien, handele es sich um laufenden Gewinn, der weder nach § 16 Abs. 4 EStG noch nach § 34 EStG begünstigt sei. Gleichzeitig entstehe beim Betriebsübernehmer ein abschreibungsfähiges Wirtschaftsgut „Firmenwert“ i. H. v. 193.354 €.

(...)

11 Das FG gab der daraufhin erhobenen Klage mit Urteil vom 12.3.2014, 4 K 1546/10, statt. Die von den Klägern begründete Mitunternehmerschaft sei im Wege einer buchwertneutralen Realteilung und ohne Gewinnrealisierung beendet worden. Zwischen den Beteiligten sei nicht streitig, dass V und S im Zuge der Realteilung einzelne Wirtschaftsgüter in ihre jeweiligen Betriebsvermögen übertragen hätten. Dabei könne dahinstehen, ob das Grundstück, wie vom FA angenommen, dem Gesamthandsvermögen der KG 1 zuzurechnen gewesen sei, was nur der Fall gewesen sein könne, wenn die KG 1 jedenfalls wirtschaftliches Eigentum an dem Grundstück erlangt hätte. Denn anderenfalls wäre es dem Sonderbetriebsvermögen des V bei der KG 1 zuzurechnen gewesen und im Rahmen der Realteilung in das Sonderbetriebsvermögen des V bei der KG 2 überführt worden, was einer Buchwertfortführung nach § 16 Abs. 3 Satz 2 EStG nicht entgegenstehe. Auch die übrigen Voraussetzungen einer buch-

wertneutralen Realteilung lägen vor. Soweit jedenfalls die Finanzverwaltung verlange, dass eine wesentliche Betriebsgrundlage weiterhin Betriebsvermögen eines Realteilers darstellen müsse, könne dahinstehen, ob das Grundstück eine solche sei. Denn jedenfalls mit dem im übrigen Betriebsvermögen enthaltenen Firmenwert, den S zusammen mit den ihm verbliebenen Wirtschaftsgütern übernommen habe, sei eine wesentliche Betriebsgrundlage weiterhin steuerlich verstrickt. Die Beendigung des Betriebs der Gesellschaft sei kein Merkmal des § 16 EStG. Die bisherige Tätigkeit der KG 1 sei durch ihre Auflösung beendet worden.

(...)

AUS DEN GRÜNDEN:

15 B. Die Revision des FA ist nur zum Teil begründet. (...) Im Übrigen ist sie unbegründet und daher nach § 126 Abs. 2 FGO zurückzuweisen. Im Ergebnis zu Recht hat das FG der Klage des V stattgegeben. Das ergibt sich zwar unter den besonderen Umständen des Streitfalls nicht bereits daraus, dass das FA in dem angegriffenen Bescheid den Veräußerungsgewinn des V nicht als solchen bezeichnet, sondern insoweit „Betriebseinnahmen/Gewinn aus Gesamthandsbilanz (nicht nach Quote verteilt)“ festgestellt und in vollem Umfang V zugerechnet hat (dazu II.1.). Im Ergebnis zu Recht hat das FG die entsprechende Feststellung aber mit der Begründung aufgehoben, dass anlässlich der Auseinandersetzung der KG 1 kein Veräußerungsgewinn des V entstanden ist (dazu II. 2.).

(...)

21 II. Im Ergebnis zu Recht hat das FG der Klage des V stattgegeben. Die Rechtswidrigkeit der angegriffenen Feststellung ergibt sich zwar nicht bereits daraus, dass das FA in dem geänderten Gewinnfeststellungsbescheid nicht ausdrücklich einen Veräußerungsgewinn des V festgestellt hat (dazu II.1.). Die Feststellung eines Veräußerungsgewinns des V war jedoch deshalb rechtswidrig, weil im Streitfall eine Realteilung im Sinne des § 16 Abs. 3 Satz 2 EStG vorliegt und dabei jedenfalls im Streitfall allenfalls ein auf Ebene der Gesellschaft zu erfassender und auf die einzelnen Realteiler zu verteilender Aufgabegewinn entstanden sein kann, aber kein Veräußerungsgewinn des V (dazu II. 2.).

(...)

25 2. Die Feststellung eines Veräußerungsgewinns des V war jedoch deshalb rechtswidrig, weil im Streitfall eine Realteilung im Sinne des § 16 Abs. 3 Satz 2 EStG vorliegt und dabei jedenfalls im Streitfall allenfalls ein auf Ebene der Gesellschaft zu erfassender und auf die einzelnen Realteiler zu verteilender Aufgabegewinn entstanden sein kann, aber kein Veräußerungsgewinn des V.

26 a) Werden im Zuge der Realteilung einer Mitunternehmerschaft Teilbetriebe, Mitunternehmeranteile oder einzelne Wirtschaftsgüter in das jeweilige Betriebsvermögen der einzelnen Mitunternehmer übertragen, so sind bei der Ermittlung des Gewinns der Mitunternehmerschaft die Wirtschaftsgüter mit den Werten anzusetzen, die sich nach den Vorschriften über die Gewinnermittlung ergeben, sofern die Besteuerung der stillen Reserven sichergestellt ist; der übernehmende Mitunternehmer ist an diese Werte gebunden (§ 16 Abs. 3 Satz 2 EStG).

27 b) Der Begriff der „Realteilung“ wird vom Gesetz nur vorausgesetzt, aber nicht definiert. Er wurde ursprünglich in der Rechtsprechung entwickelt und erstmals in § 16 Abs. 3 Satz 2 EStG i. d. F. des Art. 1 Nr. 26b des Steuerentlastungsgesetzes 1999/2000/2002 vom 24.3.1999 (BGBl. 1999 I, S. 402, BStBl. I 1999, S. 304) mit Wirkung vom 1.1.1999 in das EStG aufgenommen. Die für den Streitzeitraum geltende Fassung erhielt § 16 Abs. 3 Satz 2 EStG durch Art. 1 Nr. 5b des Unternehmensteuerfortentwicklungsgesetzes vom 20.12.2001 (BGBl. 2001 I, S. 3858, BStBl. I 2002, S. 35).

28 aa) Der BFH verstand den Begriff der Realteilung in Anlehnung an das Zivilrecht zunächst ausschließlich als eine Form der Auseinandersetzung einer aufgelösten Mitunternehmerschaft. In Abgrenzung zur zivilrechtlichen Naturalteilung setzte die steuerrechtliche Realteilung zusätzlich voraus, dass die von den Beteiligten übernommenen Wirtschaftsgüter weiterhin Betriebsvermögen bleiben. Der BFH definierte Realteilung ertragsteuerlich daher als die Aufgabe einer Mitunternehmerschaft durch Aufteilung ihres Vermögens unter den Mitunternehmern, bei der zumindest einer der bisherigen Mitunternehmer ihm bei der Aufteilung zugewiesene Wirtschaftsgüter in ein anderes Betriebsvermögen überführt (zur Entwicklung des Begriffs mit Nachweisen aus der Rechtsprechung BFH, Urteil vom 17.9.2015, III R 49/13, BFHE 252, 17 = BStBl. II 2017, S. 37).

29 bb) Mit Urteil in BFHE 252, 17 = BStBl. II 2017, S. 37, hat der BFH demgegenüber entschieden, dass die Anwendung der Grundsätze der Realteilung nicht die vollständige Auflösung der Mitunternehmerschaft voraussetzt, sondern auch in Betracht kommt, wenn (mindestens) ein Mitunternehmer unter Mitnahme von Gesellschaftsvermögen aus einer – unter den übrigen Mitunternehmern fortgesetzten – Mitunternehmerschaft ausscheidet. Die Realteilung im Sinne des § 16 Abs. 3 Satz 2 EStG sei ein Sonderfall der Betriebsaufgabe im Sinne des § 16 Abs. 3 Satz 1 EStG; diese erfasse neben der Aufgabe des Gewerbebetriebs als gleichrangigen Aufgabebetstand die (vollständige) Aufgabe eines Mitunternehmeranteils oder des Anteils eines persönlich haftenden Gesellschafters einer KGaA. Insoweit werde das Ausscheiden eines Mitunternehmers unter Mitnahme von Gesellschaftsvermögen nicht mehr als Veräußerung eines Anteils, sondern als dessen Aufgabe beurteilt.

30 Nach neuerer Rechtsprechung finden die Regelungen über die Realteilung (§ 16 Abs. 3 Sätze 2 bis 4 EStG) danach sowohl – wie bisher – bei Auflösung der Mitunternehmerschaft und Verteilung des Betriebsvermögens („echte Realteilung“) als auch dann Anwendung, wenn (mindestens) ein Mitunternehmer unter Mitnahme von mitunternehmerischem Vermögen aus einer zwischen den übrigen Mitunternehmern fortbestehenden Mitunternehmerschaft ausscheidet („unechte Realteilung“). Ob im Einzelfall eine echte oder eine unechte Realteilung vorliegt, richtet sich also danach, ob die Mitunternehmerschaft aufgelöst wird (echte Realteilung) oder ob sie fortbesteht und nur (mindestens) ein Mitunternehmer unter Mitnahme von mitunternehmerischem Vermögen ausscheidet (unechte Realteilung).

31 cc) Im Streitfall kommt danach nur eine echte Realteilung in Betracht. Denn die KG 1 wurde durch Beschluss der Kläger als ihren Gesellschaftern zum 31.3.2005 aufgelöst und in der

Folgezeit (zivilrechtlich) im Wege der Naturalteilung auseinandergesetzt. Anders als das FA offenbar meint, liegt im Streitfall keine Aufgabe des Mitunternehmeranteils des V und Anwachsung bei S vor. Beschließen die Gesellschafter einer Gesellschaft deren Auflösung, liegt darin keine Aufgabe von Gesellschafts- oder Mitunternehmeranteilen, da es an einer Person fehlt, bei der die Anteile am Gesellschaftsvermögen anwachsen könnten. Zwar können gleichzeitig mehrere Gesellschafter ihre Anteile aufgeben und die entsprechenden Vermögensanteile beim letzten verbleibenden Gesellschafter mit der Folge anwachsen, dass er den Betrieb der Mitunternehmerschaft – nun als Einzelunternehmer – fortführt. Ein solcher Fall liegt hier aber nicht vor. Vielmehr haben die Kläger als Gesellschafter der KG 1 eindeutig deren Auflösung beschlossen. Erst recht liegt im Streitfall kein Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters aus einer zweigliedrigen Gesellschaft vor. Denn auch wenn die GmbH an der KG 1 vermögensmäßig nicht beteiligt war, war sie an ihr als Gesellschafter und Mitunternehmer beteiligt. Ein Ausscheiden (nur) des V hätte danach am Fortbestand der KG 1 und ihres Betriebs nichts geändert.

32 c) Nach dem Aufbau des § 16 Abs. 3 EStG ist die Realteilung allerdings ein Sonderfall der Betriebsaufgabe gemäß § 16 Abs. 3 Satz 1 EStG. Voraussetzung ist danach im Fall der unechten Realteilung die Aufgabe eines Anteils im Sinne des § 16 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 oder 3 EStG und im Fall der echten Realteilung die Aufgabe des Gewerbebetriebs. Anders als das FA meint, hat die KG 1 im Streitfall ihren Betrieb aufgegeben.

33 aa) Wird eine Mitunternehmerschaft aufgelöst, führt dies zur Aufgabe ihres Gewerbebetriebs im Sinne des § 16 Abs. 3 Satz 1 EStG (vgl. BFH, Urteil vom 19.1.1982, VIII R 21/77, BFHE 135, 282 = BStBl. II 1982, S. 456).

34 (1) Eine Betriebsaufgabe im Sinne von § 16 Abs. 3 Satz 1 Alt. 1 EStG liegt vor, wenn der Steuerpflichtige den Entschluss gefasst hat, seine betriebliche Tätigkeit einzustellen und seinen Betrieb als selbstständigen Organismus des Wirtschaftslebens aufzulösen, und wenn er in Ausführung dieses Entschlusses alle wesentlichen Grundlagen des Betriebs entweder insgesamt in das Privatvermögen überführt, anderen betriebsfremden Zwecken zuführt, an verschiedene Abnehmer veräußert oder teilweise veräußert und teilweise in das Privatvermögen überführt, sodass der Betrieb als selbstständiger Organismus des Wirtschaftslebens zu bestehen aufhört (st. Rspr., z. B. BFH-Urteile vom 16.12.1992, X R 52/90, BFHE 170, 363 = BStBl. II 1994, S. 838; vom 26.4.2001, IV R 14/00, BFHE 195, 290 = BStBl. II 2001, S. 798; vom 18.12.1990, VIII R 17/85, BFHE 163, 352 = BStBl. II 1991, S. 512).

35 (2) Erforderlich ist danach als selbstständiges Tatbestandsmerkmal unter anderem die Beendigung der bisherigen gewerblichen Tätigkeit. Denn der Begriff des Gewerbebetriebs im Sinne des § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Abs. 2 Satz 1 EStG ist tätigkeitsbezogen definiert. Er wird begründet durch eine mit Gewinnerzielungsabsicht unternommene, selbstständiges und nachhaltige Tätigkeit, die sich unter anderem als Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr darstellt. Der Gewerbetreibende muss daher die Tätigkeit aufgeben, die mit dem veräußerten bzw. in das Privatvermögen übernommenen oder anderen betriebsfremden Zwecken zugeführten Betriebsvermögen verbunden war. Das Betriebsvermögen muss aufhö-

ren, der gewerblichen Tätigkeit des Betriebs zu dienen, dem es zugerechnet wird. Die Beendigung der Tätigkeit ist daher objektiv auf ein bestimmtes Betriebsvermögen und in subjektiver Hinsicht auf ein bestimmtes Steuerrechtssubjekt bezogen (vgl. z. B. BFH-Urteile, BFHE 170, 363 = BStBl. II 1994, S. 838; und vom 22.10.2014, X R 28/11, Rdnr. 20).

36 (3) Eine Betriebsaufgabe setzt hingegen nicht voraus, dass die wesentlichen Betriebsgrundlagen des Betriebs an unterschiedliche Personen verteilt bzw. veräußert werden. Entscheidend ist vielmehr, dass das Betriebsvermögen aufhört, gerade der gewerblichen Tätigkeit desjenigen zu dienen, dem der Betrieb zugerechnet wird. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn eine Mitunternehmerschaft – nach der Rechtsprechung des BFH das Subjekt der Gewinnermittlung und Einkünftequalifikation – als Ergebnis ihrer Auflösung und Auseinandersetzung nicht mehr existiert.

37 Mit der Auflösung der Gesellschaft entfällt ihr Erwerbszweck; sie ist nun auf ihre Auseinandersetzung gerichtet. Diese kann, wie dargelegt, zivilrechtlich gesehen auch in einer Naturalteilung bestehen, d. h. in der Verteilung des Gesellschaftsvermögens unter den Gesellschaftern. Steuerrechtlich setzt dies die Verteilung des Betriebsvermögens der Gesellschaft voraus, zu dem auch das Sonderbetriebsvermögen der einzelnen Mitunternehmer gehört. Wie die Gesellschafter dieses Vermögen untereinander verteilen, ist für die Frage der Betriebsaufgabe ohne Bedeutung. Selbst wenn die Verteilung dergestalt erfolgt, dass ein Gesellschafter alle wesentlichen Betriebsgrundlagen erhält und die übrigen Gesellschafter nur unwesentliche Betriebsgrundlagen, liegt – aus der insoweit maßgeblichen Sicht der Gesellschaft – eine Betriebsaufgabe vor, denn das Betriebsvermögen dient fortan nicht mehr ihrer gewerblichen Tätigkeit. Unerheblich ist auch, ob derjenige, der alle wesentlichen Betriebsgrundlagen erhält, diese als Einzelunternehmer für eine gewerbliche Tätigkeit nutzt, die derjenigen der Gesellschaft entspricht. Denn das Betriebsvermögen dient nun seiner gewerblichen Tätigkeit als Einzelunternehmer und nicht mehr derjenigen der (aufgelösten und auseinandergesetzten) Gesellschaft.

38 bb) Im Streitfall haben die Kläger als Gesellschafter der KG 1 diese aufgelöst und sich im Anschluss im Wege der Naturalteilung auseinandergesetzt. Dieser Vorgang ist steuerrechtlich, wie dargelegt, eine Aufgabe des Betriebs durch die Gesellschaft.

39 d) Auch die übrigen Voraussetzungen einer (echten) Realteilung nach § 16 Abs. 3 Satz 2 EStG liegen vor.

40 aa) Im Zuge der Auseinandersetzung der KG 1 wurden einzelne Wirtschaftsgüter in das jeweilige Betriebsvermögen der einzelnen Mitunternehmer übertragen.

41 (1) Der Anwendung der Realteilungsgrundsätze steht im Streitfall nicht entgegen, dass der GmbH im Zuge der Auseinandersetzung der KG 1 keine Wirtschaftsgüter übertragen wurden. Zu Recht hat das FG insoweit darauf abgestellt, dass es im Zuge der Realteilung um die Aufteilung des Betriebsvermögens geht, sodass ein Mitunternehmer, der – wie hier die GmbH – an der Mitunternehmerschaft vermögensmäßig nicht beteiligt ist, im Zuge der Auseinandersetzung vermögensmäßig auch nicht zu berücksichtigen ist.

42 (2) Die Anwendung der Realteilungsgrundsätze setzt nicht voraus, dass alle Mitunternehmer die ihnen jeweils zugeteilten Teilbetriebe, Mitunternehmeranteile oder einzelnen Wirtschaftsgüter ausnahmslos in ein eigenes Betriebsvermögen übertragen. Vielmehr ist insoweit eine personen- und objektbezogene Betrachtung erforderlich. Ausreichend ist danach, dass jedenfalls einer der Realteiler eine der ihm zugeteilten Betriebsgrundlagen in ein eigenes Betriebsvermögen übernimmt (ebenso z. B. *Herrmann/Heuer/Raupach/Kulosa*, § 16 EStG Rdnr. 547; *Schmidt/Wacker*, EStG, 36. Aufl., § 16 Rdnr. 551), wobei es sich insoweit auch um sein Sonderbetriebsvermögen bei einer anderen Mitunternehmerschaft handeln kann (ebenso z. B. Schreiben des BMF vom 20.12.2016, IV C 6-S 2242/07/10002:004, BStBl. I 2017, S. 36, unter IV.1.). Dies ergibt sich aus dem Sinn und Zweck der Realteilung, Umstrukturierungsmaßnahmen durch die steuerneutrale Übertragung von Betriebsvermögen zu erleichtern, sofern das unternehmerische Engagement in anderer Form fortgesetzt wird (vgl. BT-Drucks. 14/6882, S. 34). Die steuerneutrale Buchwertfortführung soll dem einzelnen Realteiler (personenbezogen) zugutekommen, der das im Rahmen der Realteilung erhaltene Betriebsvermögen in einem anderen eigenen Betriebsvermögen weiternutzt und so sein unternehmerisches Engagement in anderer Form fortsetzt; der Aufschieb der Versteuerung anlässlich einer Betriebsaufgabe an sich aufzudeckender stiller Reserven soll andererseits (objektbezogen) nur insoweit erfolgen, als das erhaltene Betriebsvermögen tatsächlich in einem anderen eigenen Betriebsvermögen weitergenutzt wird. Soweit das nicht der Fall ist, werden die in den Wirtschaftsgütern ruhenden stillen Reserven durch Ansatz der gemeinen Werte nach § 16 Abs. 3 Satz 7 EStG aufgedeckt. Auf der Ebene der Gesellschaft entsteht insoweit ein Aufgabegewinn, der den einzelnen Realteilern entsprechend der allgemeinen Gewinnverteilungsquote zugerechnet wird.

43 Im Streitfall hat jedenfalls S die ihm im Rahmen der Auseinandersetzung der KG 1 zugeteilten Wirtschaftsgüter in ein anderes eigenes Betriebsvermögen übernommen, sodass dahinstehen kann, ob auch V mit ihm zugeteilten Wirtschaftsgütern entsprechend verfahren ist.

44 bb) Zudem ist, was zwischen den Beteiligten nicht im Streit steht, die Versteuerung der stillen Reserven sichergestellt.

45 3. Dahinstehen kann, ob und ggf. in welchem Umfang dadurch, dass V die ihm zugeteilten beiden Anhänger in sein Privatvermögen übernommen hat, stille Reserven aufgedeckt wurden. Denn festgestellt hat das FA einen Veräußerungsgewinn des V, d. h. einen Gewinn auf der Ebene der Gesellschafter. Ein etwaiger Gewinn aus der Aufdeckung stiller Reserven in Wirtschaftsgütern des Gesamthandsvermögens im Zuge einer echten Realteilung wäre hingegen als Aufgabegewinn auf der Ebene der Gesellschaft zu erfassen. Die Feststellung eines Veräußerungsgewinns auf der Ebene der Gesellschafter stellt aber gegenüber der Feststellung eines Aufgabegewinns auf der Ebene der Gesellschaft eine andere selbstständige Besteuerungsgrundlage dar. Auch die Verteilung eines auf Ebene der Gesellschaft entstandenen Aufgabegewinns auf die einzelnen Gesellschafter – vergleichbar der Aufteilung des auf der Ebene der Gesellschaft erzielten laufenden Gewinns auf die einzelnen Gesellschafter – ist mit der Feststellung eines

Veräußerungs- oder Aufgabegewinns auf der Ebene der Gesellschafter nicht identisch. Dementsprechend könnte im Streitfall ein im Zuge der gegebenen Realteilung auf der Ebene der KG 1 entstandener und ggf. auf V zu verteilender Aufgabegewinn nicht dazu führen, dass die im angegriffenen Bescheid insoweit allein getroffene Feststellung eines Veräußerungsgewinns des V betragsmäßig lediglich entsprechend anzupassen wäre.

46 Ebenso kann dahinstehen, ob und ggf. mit welcher Folge der BFH den zwischen den Beteiligten zwar unstrittigen, im Revisionsverfahren aber gleichwohl neuen Sachverortrag berücksichtigen könnte, demzufolge V das Grundstück bereits am 1.9.2010 aus dem Sonderbetriebsvermögen bei der KG 2 entnommen hat. Wäre das Grundstück vormals Teil des Gesamthandsvermögens der KG 1 gewesen, könnte eine Entnahme am 1.9.2010 zwar eine Sperrfristverletzung nach § 16 Abs. 3 Satz 3 EStG bedeuten. Ein daraus resultierender Gewinn wäre aber als Aufgabegewinn auf Ebene der Gesellschaft zu erfassen gewesen und hätte, wie dargelegt, keine Auswirkungen auf die allein angegriffene Feststellung eines Veräußerungsgewinns des V. Hätte das Grundstück vormals zum Sonderbetriebsvermögen des V bei der KG 1 gehört, stellte seine Entnahme aus dem Sonderbetriebsvermögen bei der KG 2 im Jahr 2010 schon keine Sperrfristverletzung nach § 16 Abs. 3 Satz 3 EStG dar. Denn auch im Rahmen einer Realteilung erfolgt die buchwertneutrale Überführung eines Wirtschaftsguts von einem Sonderbetriebsvermögen in ein anderes Sonderbetriebsvermögen desselben Steuerpflichtigen nicht nach § 16 Abs. 3 Satz 2 EStG, sondern nach § 6 Abs. 5 Satz 2 EStG (a. A. wohl BMF-Schreiben, BStBl. I 2017, S. 36, unter IX.). Dies folgt bereits aus dem Wortlaut des § 16 Abs. 3 Satz 2 EStG, der lediglich die Übertragung, nicht aber die Überführung von Wirtschaftsgütern erfasst. Anders als § 16 Abs. 3 Satz 3 EStG sieht § 6 Abs. 5 Satz 2 EStG keine Sperrfrist vor, bei deren Verletzung rückwirkend der gemeine Wert anzusetzen wäre. Ein etwaiger Gewinn des V infolge der Entnahme des Grundstücks im Jahr 2010 wäre also jedenfalls nicht im Streitjahr zu erfassen.

47 Die angegriffene Feststellung eines Veräußerungsgewinns des V ist danach in vollem Umfang aufzuheben, da ein solcher, wie dargelegt, nicht entstanden ist.

(...)

ANMERKUNG:

Von VRiBFH **Michael Wendt**, München

Die Urteile setzen eine im Jahr 2015 begonnene Rechtsprechungsentwicklung fort und stehen im offenen Widerspruch zu der erst im Dezember 2016 aktualisierten Auffassung der Finanzverwaltung. Insbesondere für Freiberufler-Sozietäten ermöglicht der BFH jetzt die Möglichkeit zum Ausscheiden einzelner Partner unter „Mitnahme“ von Teilen des Mandanten- oder Patientenstamms ohne einkommensteuerliche Risiken. Von zahlreichen in den Urteilen angesprochenen Rechtsfragen sind die drei nachstehend erörterten besonders hervorzuheben.

1. Für Sachwertabfindung mit Einzelwirtschaftsgütern gelten Realteilungsgrundsätze

Seit 2001 regelt § 16 Abs. 3 Satz 2 EStG, dass im Fall der Realteilung einer Personengesellschaft die Wirtschaftsgüter des Gesellschaftsvermögens, die von den Gesellschaftern zur weiteren Nutzung in einem eigenen Betrieb übernommen werden, zum Buchwert und damit ohne Aufdeckung stiller Reserven übergehen. Neuland hatte der BFH im Jahr 2015 dadurch betreten, dass er Realteilungsgrundsätze auch auf das Ausscheiden einer Gesellschafterin aus einer fortbestehenden Freiberufler-Sozietät gegen Abfindung mit einem Teilbetrieb der Sozietät angewendet hatte.¹ Das Urteil brach ausdrücklich mit dem bisher von der Rechtsprechung vertretenen Grundsatz, als Realteilung sei nur die Betriebsaufgabe der Mitunternehmerschaft zu verstehen. Dogmatisch wurde die neue Rechtsprechungslinie darauf gestützt, dass das Ausscheiden gegen Sachwertabfindung ein Anwendungsfall der Aufgabe des Mitunternehmeranteils sei, worauf sich die Regelung zur Realteilung in § 16 Abs. 3 Satz 2 EStG ebenfalls erstrecke. Während eine Abfindung mit Geld als Veräußerung des Mitunternehmeranteils im Sinne des § 16 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG angesehen wird und immer dann zu Gewinn führt, wenn der Ausscheidende eine den Buchwert seiner Beteiligung übersteigende Abfindung bekommt, entsteht bei der Übertragung eines Teilbetriebs mit einem den Buchwert der Beteiligung übersteigenden Verkehrswert danach kein Gewinn.

Erwartungsgemäß fand das Urteil aus dem Jahr 2015 eine lebhafte und weitgehend zustimmende Aufnahme im Schrifttum. Erfreulicherweise akzeptierte auch die Finanzverwaltung die dem sog. Realteilungserlass² widersprechende Entscheidung und änderte diesen Erlass im Dezember 2016.³ Dabei erweiterte sie die Anwendung der Realteilungsgrundsätze auf Fälle des Ausscheidens aus der Obergesellschaft einer doppelstöckigen Personengesellschaft gegen Abfindung mit Anteilen an der Untergesellschaft. Weiterhin nicht privilegiert sollte nach Meinung der Verwaltung aber eine Abfindung bestehend aus einzelnen Wirtschaftsgütern des Gesellschaftsvermögens sein.

Dieser Sichtweise tritt der BFH nun mit dem Urteil vom 30.3.2017, IV R 11/15 ausdrücklich entgegen. Auch die Abfindung mit einem oder mehreren Wirtschaftsgütern des Gesellschaftsvermögens ist nach seiner Überzeugung privilegiert. Dies betrifft insbesondere Freiberufler-Sozietäten, aus denen ein Gesellschafter unter „Mitnahme“ von Mandanten oder Patienten ausscheidet, ist darauf aber nicht beschränkt, wie der entschiedene Fall aus der Industrie zeigt. In den meisten Fällen würde zwar auch die von der Finanzverwaltung bisher vertretene Gesetzesauslegung zu einer Gewinnneutralität des Ausscheidens führen.⁴ Bei der Übernahme von Verbindlichkeiten oder fortbestehenden Haftungsansprüchen aus der bisherigen Gesellschafterstel-

lung bestünde jedoch das Risiko einer Gewinnrealisierung.⁵ Ein solches Risiko gibt es bei Anwendung der Realteilungsgrundsätze nicht.

2. Realteilung auch bei Fortführung des Betriebs durch einen Gesellschafter

Führt ein Gesellschafter den Betrieb einer Personengesellschaft mit wesentlichen Betriebsgrundlagen aus dem vormaligen Gesellschaftsvermögen fort, wird dem gesellschaftsrechtlich entweder eine Kündigung der anderen Gesellschafter oder eine Auflösung der Gesellschaft mit anschließender Naturalteilung des Gesellschaftsvermögens vorangegangen sein. Steuerrechtlich sind nach jetziger Auffassung des BFH beide Varianten nach Realteilungsgrundsätzen zu beurteilen, nämlich bei Kündigung eines Gesellschafters gegen Sachwertabfindung als „unechte“ Realteilung und bei Auflösung der Gesellschaft als „echte“ Realteilung. Dabei spielt es im Fall der echten Realteilung keine Rolle, ob nur ein Gesellschafter alle wesentlichen Betriebsgrundlagen erhält. Eine genauere Analyse der gesellschaftsrechtlichen Vorgänge wird für die steuerrechtliche Beurteilung insofern häufig entbehrlich sein.

3. Kurzfristige Zwischenschaltung einer Oberpersonengesellschaft nicht immer schädlich

Ist eine (Ober-)Personengesellschaft an einer (Unter-)Personengesellschaft beteiligt, führen das Ausscheiden der Obergesellschaft gegen Sachwertabfindung bzw. eine echte Realteilung dazu, dass Wirtschaftsgüter des Gesellschaftsvermögens der Untergesellschaft in das Gesellschaftsvermögen der Obergesellschaft übergehen. Dies geschieht bei Anwendung der Realteilungsgrundsätze zum Buchwert mit der Folge, dass die Gesellschafter der Obergesellschaft nun unmittelbar an den stillen Reserven der betreffenden Wirtschaftsgüter beteiligt sind. Wird die doppelstöckige Struktur erst kurz vor der Realteilung geschaffen, etwa durch Einbringung des Gesellschaftsanteils an der real geteilten Gesellschaft in eine andere Personengesellschaft, könnte dies den Zweck haben, stille Reserven nicht auf den bisherigen Gesellschafter, sondern auf andere Personen zu transferieren, die an der neuen Obergesellschaft beteiligt sind. Die Finanzverwaltung begegnet deshalb kurzfristigen Gestaltungen dieser Art mit Misstrauen und verweigert die Buchwertfortführung mit der Begründung, die Obergesellschaft sei nicht Mitunternehmer geworden.

Der BFH hatte bereits mit einem Urteil aus Dezember 2015⁶ entschieden, dass die kurzfristige Beteiligung für eine Stunde vor der Realteilung unschädlich sei, wenn an der Obergesellschaft nur Personen beteiligt seien, die zu den Gesellschaftern der real geteilten Gesellschaft gehören. Das Urteil wurde von der Finanzverwaltung zunächst ignoriert, nach Ergehen des hier besprochenen Urteils aber kommen-

1 BFH, Urteil vom 17.9.2015, III R 49/13, BStBl. II 2017, S. 37.

2 BMF, Schreiben vom 28.2.2006, BStBl. I 2006, S. 228.

3 BMF, Schreiben vom 20.12.2016, BStBl. I 2017, S. 36.

4 Anwendung des § 6 Abs. 5 Satz 3 EStG.

5 Bei Anwendung der sog. Trennungstheorie nach dem Verständnis der Finanzverwaltung (hierzu schwebt unter dem Az. GrS 1/16 ein Verfahren vor dem Großen Senat des BFH).

6 BFH, Urteil vom 16.12.2015, IV R 8/12, BStBl. II 2017, 766.

tarlos im BStBl. II abgedruckt⁷ und damit zur allgemeinen Anwendung freigegeben. Mit dem jetzigen Urteil vom 30.3.2017⁸ wiederholt der BFH seine Rechtsauffassung und stellt klar, dass sich die Mitunternehmerstellung der Obergesellschaft im Fall der Einbringung bereits aus der gesetzlichen Anordnung der Rechtsnachfolge in § 12 Abs. 3 Satz 1 UmwStG ergibt. Eine Buchwertfortführung nach Realteilungsgrundsätzen soll nach Meinung des BFH aber im Wege einer teleologischen Auslegung des § 16 Abs. 3 Satz 2 EStG insoweit nicht stattfinden, als an der Obergesellschaft Personen beteiligt sind, die nicht zu den bisherigen Gesellschaftern der Untergesellschaft gehören. Davon wird wiederum eine Rückausnahme für solche Drittgesellschafter zu machen sein, auf die aus anderen Gründen zum Buchwert übertragen werden kann (zum Beispiel infolge einer Schenkung, § 6 Abs. 3 EStG⁹).

7 BStBl. II 2017, S. 766

8 BFH, Urteil vom 30.3.2017, IV R 11/15, MittBayNot 2017, 635 (in diesem Heft).

9 So m. E. zutr. *Demuth*, BeSt 2016, 15, 18.

29. Keine Steuerbefreiung für eine Anteilsvereinigung aufgrund Einbringung schenkweise erhaltener Gesellschaftsanteile in eine KG

BFH, Urteil vom 22.2.2017, II R 52/14 (Vorinstanz: FG Düsseldorf vom 16.7.2014, 7 K 1910/13 GE)

GrEStG § 1 Abs. 3, § 3 Nr. 2, § 5 Abs. 1

LEITSÄTZE:

1. Eine Anteilsvereinigung ist nach § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG von der Grunderwerbsteuer befreit, wenn die Übertragung der Anteile an der grundbesitzenden Gesellschaft sowohl der Schenkungsteuer als auch der Grunderwerbsteuer unterliegt. Wird erst nach der Schenkung der Anteile aufgrund weiterer Rechtsvorgänge der Grunderwerbsteuerliche Tatbestand erfüllt, ist eine Steuerbefreiung nach § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG nicht gerechtfertigt.
2. Bei der Anteilsvereinigung in der Hand einer Gesamthandsgemeinschaft aufgrund einer Einbringung von Gesellschaftsanteilen wird nicht ein Grundstückserwerb von den einbringenden Gesellschaftern, sondern ein Grundstückserwerb von der grundbesitzenden Gesellschaft fingiert. Dieser (fiktive) Grundstückserwerb kann nicht dem Erwerb von Miteigentumsanteilen im Sinne des § 5 Abs. 1 GrEStG gleichgestellt werden.

SONSTIGES

HINWEISE FÜR DIE PRAXIS

Bewertung von Gebäuden gemäß § 46 GNotKG. Wertbestimmung anhand des Gebäudebrand- versicherungswertes¹

Neue Richtzahl ab 1.10.2017: 17,8

Prüfungsabteilung der **Notarkasse A. d. ö. R.**, München

Das Bayerische Staatsministerium der Justiz hat eine Neuberechnung der Richtzahlen zur Bewertung von Gebäuden nach dem Brandversicherungswert, die ab 1.10.2017 anzuwenden sind, erstellt.

Die Baukostenrichtzahl, die nach wie vor dem Euro-Umrechnungskurs angepasst ist, beträgt 17,8. Nicht auf Euro umgestellt sind wie bisher die Stammversicherungssummen 1914. Bei der Berechnung der Brandversicherungswerte ist daher die Versicherungssumme 1914 weiterhin in Mark mit der Baukostenrichtzahl zu vervielfältigen. Das Ergebnis ist bereits der Euro-Betrag, es hat keine Umrechnung auf Euro zu erfolgen (dies ist bereits durch die Umstellung der Richtzahl geschehen). Auf die Bewertungshinweise in MittBayNot 2006, 88; 2007, 80 und 2008, 80, und in Notarkasse A. d. ö. R., Streifzug durch das GNotKG, 12. Aufl. 2017, Anhang II, wird zur Vermeidung von fehlerhaften Wertbestimmungen hingewiesen.

Nach der Rechtsprechung des BayObLG (Beschluss vom 9.4.1976, BReg. 3 Z 54/74, BayObLGZ 1976, 89 = Rpfleger 1976, 375; Entscheidung vom 4.12.1986, 1 Z 43/86, Rpfleger 1987, 161; Entscheidung vom 9.2.1984, 1 Z 86/83, JurBüro 1984, 904; Beschluss vom 21.8.1985, BReg. 3 Z 125/85, JurBüro 1985, 434; Beschluss vom 12.11.1987, BReg. 3 Z 164/87, DNotZ 1988, 451; Beschluss vom 22.4.1993, 3Z BR 4/93, BayObLGZ 1993, 173) stellt insbesondere die Verwendung der Bodenrichtwerte nach § 196 BauGB (für Grund und Boden) und der Brandversicherungswerte (für das Gebäude) eine brauchbare und mit dem Gesetz zu vereinbarende Art der Wertermittlung bei bebauten Grundstücken dar. Bei der Wertermittlung des Grund und Bodens an Hand der Bodenrichtwerte ist nach Auffassung der Prüfungsabteilung der Notarkasse kein genereller Abschlag mehr vorzunehmen. Der von der Rechtsprechung bisher vorgesehene regelmäßige Abschlag in Höhe von 25 % ist nur mehr dann zu berücksichtigen, wenn Anhaltspunkte für wertmindernde Umstände im Einzelfall vorliegen (Notarkasse A. d. ö. R., Streifzug durch das GNotKG, Rdnr. 2164; *Korintenberg*, GNotKG, 20. Aufl. 2017, § 46 Rdnr. 16).

Im Hinblick auf etwa vorzunehmende Abschläge im Einzelfall bei der Verwendung der Brandversicherungswerte wird auf

Korintenberg, a. a. O., Rdnr. 61, verwiesen. Auch wenn Brandversicherungen überwiegend durch Selbstveranlagung (nicht Schätzung durch den Versicherer) erfolgen, wird man im Regelfall von einer sachgerechten Wertermittlung ausgehen können (*Korintenberg*, a. a. O., Rdnr. 61 ff.).

Damit eine möglichst einheitliche Bewertung von Grundbesitz durch die Gerichte und Notare erreicht wird, werden die Notare im Tätigkeitsbereich der Notarkasse gebeten, künftig nach der neuen Tabelle zur Berechnung des Gebäudebrandversicherungswertes dann zu verfahren, wenn die Beteiligten erforderliche Unterlagen vorlegen oder die Berechnung auf – allerdings nicht erzwingbaren – Angaben der Beteiligten beruhen. Die Anforderung der zur Bewertung notwendigen Unterlagen unmittelbar bei der Versicherungsgesellschaft ist nur mit Zustimmung der Beteiligten möglich (vgl. BT-Drucks. 17/11471 (neu), S. 168).

Materialien

- Beschluss des BayObLG vom 9.4.1976, 3 Z 54/74 (BayObLGZ 1976, 89 = Rpfleger 1976, 375 = JurBüro 1976, 1236 = DNotZ 1977, 434 = JMBI. 1976, 199)
- Wertermittlungsrichtlinien 2006 (WertR 2006)
- JMS vom 24.10.2005, Gz. 5604-VI-4032/04
- Richtzahl der Bayer. Landesbrandversicherung AG ab 1.10.2017 für Gebäude 17,8

Anleitung

Der nach der Art des Gebäudes und dessen Alter (in vollen Jahren) gefundene Vervielfältiger ist auf die „Versicherungssumme 1914“ anzuwenden. Im Vervielfältiger ist die technische (altersbedingte) Wertminderung der jeweiligen Gebäudeart (Anlage 8a WertR 2006 – nur für Eigentumswohnungen – bzw. Anlage 8 WertR 2006) und der vom BayObLG für erforderlich gehaltene generelle Abschlag von 20 % bereits eingearbeitet.

Das Ergebnis ist der Verkehrswert des jeweiligen Gebäudes nach dem Brandversicherungswert. Vgl. im Übrigen JMS vom 24.10.2005, Gz. 5604-VI-4032/04.

¹ Anschluss an MittBayNot 2017, 102.

Der Restwert von 30 % darf weder aus technischen noch aus wirtschaftlichen Wertminderungsgesichtspunkten unterschritten werden, wenn für das Gebäude noch eine Nutzung möglich ist.

Versicherungsscheine ohne Versicherungssumme 1914

Nicht aus allen Versicherungsscheinen lässt sich die Versicherungssumme 1914 entnehmen. Trotzdem ergeben sich aber oftmals Anhaltspunkte, die zur Berechnung der Versicherungssumme 1914 ausreichen (Gebäudetyp, Ausstattungsmerkmale, Wohnfläche, Sonderflächen). In diesen Fällen kann der Brandversicherungswert 1914 von Notar und Gericht selbst ermittelt werden. Ergeben sich diese Angaben nicht aus dem Versicherungsschein, können die maßgeblichen Angaben zum Gebäudetyp problemlos beim Kostenschuldner anhand eines Fragenkatalogs erfragt werden. Die Berechnung des Brandversicherungswertes 1914 erfolgt durch Übertragung der Angaben in die aus dem Internet abrufbaren Berechnungstabellen (z. B. unter http://www.versicherung-vergleich.de/gebäudeversicherung/gebäude_vergleich.php

oder: www.vsc-online-service.de/wert1914-rechner.htm oder www.mr-money.de/vergleiche/wohngebäude/wert1914/772.php). Werden keine zur Berechnung der Brandversicherungssumme 1914 erforderlichen Angaben gemacht, muss eine Geschäftswertfestsetzung nach freiem Ermessen erfolgen, wobei bei Kenntnis der Wohnfläche (diese Angaben sind regelmäßig bekannt oder leicht zu erfragen) die Brandversicherungssumme 1914 nach der Faustregel „Wohnfläche x 165“ (dieser Faktor zur Wertberechnung wird von der Allianz-Versicherung verwendet) berechnet werden kann. Im Falle der Allianz Versicherung kann überdies die in Euro ausgewiesene dynamische Neuwertsumme 2000 mit Hilfe des Faktors 10,313 in die Versicherungssumme 1914 umgerechnet werden (also dynamische Neuwertsumme 2000 geteilt durch 10,313 = Versicherungssumme 1914). Versicherungen bei anderen Versicherungsgesellschaften dürften vergleichbar sein. Diese Bewertungsmethode deckt sich mit der Auffassung der bayerischen Justiz (Ergebnis einer Arbeitsgruppe zur Überarbeitung der Richtlinien zur Grundbesitzberechnung in der Justiz Bayerns aus dem Jahre 2016).

Gebäudeart	Einfamilienhäuser, Reihenhäuser	Eigentumswohnungen	Gemischt genutzte Wohn- und Geschäftshäuser, Verwaltungs- und Bürogebäude, Mietwohngebäude ab 4 Wohnungen, Fertighäuser, Veranstaltungsbauwerke, Schulen, Hotels,	Industriegebäude, Werkstätten, Lagergebäude, Scheunen ohne Stallteil, Kauf- und Warenhäuser, Einkaufsmärkte, Garagen in Massivbauweise	Landwirtschaftliche Wirtschaftsgebäude, Reithallen, Ställe, Fertigaragen
Lebensdauer	100 Jahre	100 Jahre	80 Jahre	50 Jahre	30 Jahre
Gebäudealter in Jahren					
1	14,098	14,098	14,098	13,955	13,813
2	13,955	14,098	13,813	13,670	13,243
3	13,813	13,955	13,670	13,386	12,816
4	13,670	13,955	13,528	13,101	12,389
5	13,528	13,813	13,386	12,816	11,819
6	13,386	13,813	13,101	12,531	11,392
7	13,243	13,670	12,958	12,246	10,965
8	13,101	13,670	12,816	11,962	10,395
9	12,958	13,528	12,674	11,677	9,968
10	12,816	13,386	12,389	11,392	9,541
11	12,674	13,386	12,246	11,107	8,971
12	12,531	13,243	12,104	10,822	8,544
13	12,389	13,243	11,962	10,538	8,117
14	12,246	13,101	11,677	10,253	7,547
15	12,104	12,958	11,534	9,968	7,120
16	11,962	12,958	11,392	9,683	6,693
17	11,819	12,816	11,250	9,398	6,123
18	11,677	12,674	10,965	9,114	5,696

Gebäudeart	Einfamilienhäuser, Reihenhäuser	Eigentums- wohnungen	Gemischt genutzte Wohn- und Geschäfts- häuser, Verwaltungs- und Bürogebäude, Mietwohngebäude ab 4 Wohnungen, Fertig- häuser, Veranstaltungs- gebäude, Schulen, Hotels,	Industriegebäude, Werkstätten, Lagergebäude, Scheunen ohne Stallteil, Kauf- und Warenhäuser, Einkaufsmärkte, Garagen in Massivbauweise	Landwirtschaft- liche Wirtschafts- gebäude, Reithallen, Ställe, Fertig- garagen
Lebensdauer	100 Jahre	100 Jahre	80 Jahre	50 Jahre	30 Jahre
Gebäudealter in Jahren					
19	11,534	12,674	10,822	8,829	5,269
20	11,392	12,531	10,680	8,544	4,699
21	11,250	12,389	10,538	8,259	4,272
22	11,107	12,389	10,253	7,974	und darüber (Restwert = 30 %)
23	10,965	12,246	10,110	7,690	
24	10,822	12,104	9,968	7,405	
25	10,680	11,962	9,826	7,120	
26	10,538	11,962	9,541	6,835	
27	10,395	11,819	9,398	6,550	
28	10,253	11,677	9,256	6,266	
29	10,110	11,534	9,114	5,981	
30	9,968	11,392	8,829	5,696	
31	9,826	11,392	8,686	5,411	
32	9,683	11,250	8,544	5,126	
33	9,541	11,107	8,402	4,842	
34	9,398	10,965	8,117	4,557	
35	9,256	10,822	7,974	4,272	
36	9,114	10,822	7,832	und darüber (Restwert = 30 %)	
37	8,971	10,680	7,690		
38	8,829	10,538	7,405		
39	8,686	10,395	7,262		
40	8,544	10,253	7,120		
41	8,402	10,110	6,978		
42	8,259	9,968	6,693		
43	8,117	9,826	6,550		
44	7,974	9,683	6,408		
45	7,832	9,541	6,266		
46	7,690	9,398	5,981		
47	7,547	9,256	5,838		
48	7,405	9,114	5,696		
49	7,262	8,971	5,554		
50	7,120	8,829	5,269		
51	6,978	8,686	5,126		
52	6,835	8,544	4,984		

Gebäudeart	Einfamilienhäuser, Reihenhäuser	Eigentums- wohnungen	Gemischt genutzte Wohn- und Geschäfts- häuser, Verwaltungs- und Bürogebäude, Mietwohngebäude ab 4 Wohnungen, Fertig- häuser, Veranstaltungs- gebäude, Schulen, Hotels,	Industriegebäude, Werkstätten, Lagergebäude, Scheunen ohne Stallteil, Kauf- und Warenhäuser, Einkaufsmärkte, Garagen in Massivbauweise	Landwirtschaft- liche Wirtschafts- gebäude, Reithallen, Ställe, Fertig- garagen
Lebensdauer	100 Jahre	100 Jahre	80 Jahre	50 Jahre	30 Jahre
Gebäudealter in Jahren					
53	6,693	8,402	4,842		
54	6,550	8,259	4,557		
55	6,408	8,117	4,414		
56	6,266	7,974	4,272		
57	6,123	7,832	und darüber (Restwert = 30 %)		
58	5,981	7,690			
59	5,838	7,547			
60	5,696	7,405			
61	5,554	7,262			
62	5,411	7,120			
63	5,269	6,978			
64	5,126	6,835			
65	4,984	6,550			
66	4,842	6,408			
67	4,699	6,266			
68	4,557	6,123			
69	4,414	5,981			
70	4,272	5,696			
71	und darüber (Restwert = 30 %)	5,554			
72		5,411			
73		5,269			
74		5,126			
75		4,842			
76		4,699			
77		4,557			
78		4,414			
79		und darüber (Restwert = 30 %)			
80					

TAGUNGSBERICHT

Digitalisierung in der notariellen Praxis

Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht am 8.6.2017

Von Ass. jur. **Thomas Winkelmann**, Wissenschaftlicher Mitarbeiter der Ludwig-Maximilians-Universität München und Geschäftsführer der Forschungsstelle für Notarrecht, München

Am 8.6.2017 fand die Tagung des Sommersemesters 2017 der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München statt. Das Thema der Veranstaltung lautete „Digitalisierung in der notariellen Praxis“. Der geschäftsführende Direktor der Forschungsstelle, Professor Dr. *Hans Christoph Grigoleit*, begrüßte die Teilnehmerinnen und Teilnehmer und führte in das Tagungsthema ein. Anlass zur Wahl des Themas habe die lange Zeit nur stiefmütterliche Behandlung der Digitalisierung in Rechtswissenschaft und -pflege gegeben: Während die digitale Transformation das Zusammenleben der Menschen weltweit in den verschiedensten gesellschaftlichen Bereichen durchdrungen und fundamental verändert habe, sei die Sphäre des Rechts bislang nur oberflächlich vom digitalen Wandel berührt worden. Für Juristen hätten informatische Prozesse lediglich instrumentellen Charakter. Dies gelte etwa für die allseits präsenten Datenbanken, die nicht mehr als besonders benutzerfreundliche Bibliotheken seien. Das seit Jahrzehnten betriebene Spezialgebiet der Rechtsinformatik sei randständig geblieben. Insbesondere seien die Strukturen der Rechtssetzung, der Rechtsfindung und auch der Vertragsgestaltung von der Digitalisierung bislang kaum berührt worden. Die jüngste Entwicklungsphase der digitalen Revolution lasse aber auch in der Sphäre des Rechts einen Strukturwandel erwarten: Moderne Software und Online-Dienste unterstützten juristische Arbeitsprozesse oder führten sie gar gänzlich automatisiert durch. Legal Technology (vulgo „Legal Tech“) lasse die Rekonstruktion und den Ersatz menschlicher juristischer Entscheidungen zumindest möglich erscheinen. Wissenschaft und Praxis müssten hierauf gleichermaßen reagieren. Das interdisziplinäre Forschungsprogramm „LexAlyze“ von Informatikern der Technischen Universität München und Rechtswissenschaftlern der Ludwig-Maximilians-Universität München sei deshalb darauf gerichtet, Synergien zwischen Rechtswissenschaft und Informatik auszuloten und zu erschließen. In der Praxis seien Digitalisierungsprojekte Herausforderung und Chance zugleich. Sodann stellte *Grigoleit* die Referenten, Notar *Jens Kirchner*, München, und Professor Dr. Florian Matthes, Technische Universität München, vor und übergab das Wort an *Kirchner*, der zum Thema „Urkundenarchiv 2.0. Auskunftsbereich – Ausfertigungsregister“ „Blicke in die Zukunft“ warf.

Kirchner stellte das Fazit seines Referats voran: Das künftige elektronische Urkundenarchiv sei für Notare beherrschbar. Die amtliche Aufbewahrung von Notariatsunterlagen in ihrer heutigen Form werde nicht ersetzt, sondern lediglich der Datenspeicher geändert. Das Speichern von Daten sei und bleibe

typisch für Notare – unabhängig davon, ob ein analoger oder digitaler Datenträger gewählt werde.

Kirchner ging zunächst auf das geplante Urkundenarchiv bei der Bundesnotarkammer ein („Urkundenarchiv 1.0“), das mit dem am Tagungstag verkündeten Gesetz zur Neuordnung der Aufbewahrung von Notariatsunterlagen und zur Einrichtung des Elektronischen Urkundenarchivs bei der Bundesnotarkammer¹ eingerichtet werden soll. Mit Blick auf das gestiegene Urkundenvolumen und die erhebliche Kostenbelastung der Landesarchive und der bei Amtsniederlegung und Amtsnachfolge übernehmenden Stellen durch die überkommene Papierverwahrung würden Notariatsunterlagen künftig langfristig elektronisch verwahrt und die Aufbewahrungsfrist für die parallel in Papierform aufzubewahrenden Notariatsunterlagen verkürzt. Zugang zum digitalen Archiv habe weiterhin nur die verwahrende Stelle: Jeder Notar behalte seinen „Keller“, bei Amtsbeendigung übernehme die Verwahrung der Amtsnachfolger oder die Notarkammer. Die erforderliche Sicherheitsarchitektur mit voraussichtlich vier Schutzebenen befinde sich derzeit in Ausarbeitung.

Anschließend wandte sich *Kirchner* unter der Losung „Urkundenarchiv 2.0“ möglichen Fortentwicklungen des Urkundenarchivs zu. Die Verwahrung von Urkunden in elektronischer und damit zeitgemäßer Form im „Urkundenarchiv 1.0“ schaffe die Voraussetzung für eine Vertiefung des elektronischen Rechtsverkehrs im „Urkundenarchiv 2.0“.

Als erste „Zukunftsvision“ einer solchen Vertiefung wurde die Idee eines gesonderten elektronischen Auskunftsbereichs für die Justiz als Teilbereich des Urkundenarchivs bei der Bundesnotarkammer vorgestellt. Um Synergieeffekte zu erzielen, könne der bisherige doppelte Archivierungsaufwand bei der Speicherung notarieller Urkunden im Urkundenarchiv einerseits und der bei der Justiz einzureichenden elektronisch beglaubigten Abschriften andererseits entfallen. Es genüge, der Justiz den Zugriff auf die zur Antragsbearbeitung erforderlichen Dokumente aus dem Urkundenarchiv über im Registerarchiv abgelegte Links zu ermöglichen. Dieses schnellere und effizientere Verfahren sei sowohl für die Justiz als auch für den Notar vorteilhaft.

Durch die Einrichtung eines weiteren Teilbereichs des Urkundenarchivs (Titel- und Ausfertigungsregister) könne das Problem gelöst werden, dass es in der elektronischen Welt keine Urschrift gebe und nicht zwischen „e-Original“ und Ausferti-

¹ BGBl. I 2017, S. 1396. Zum gestaffelten Inkrafttreten vgl. Art. 6 des Gesetzes.

gung unterschieden werden könne, weil jeder Datensatz grundsätzlich beliebig oft vervielfältigbar sei. Das Problem lösen könne ein Register, jenes bewährte juristische Instrument, das auch in der elektronischen Welt nutzbar gemacht werden könne. Dies belege nicht zuletzt die Technik der Blockchain, die im Mittelpunkt des zweiten Referats stehen werde. Der analoge Vollstreckungstitel sei in §§ 733, 797 Abs. 3 i. V. m. § 757 ZPO als „Unikat“ ausgestaltet, ein elektronischer Vollstreckungstitel daher derzeit nicht möglich und die Vollstreckung zwingend „papiergebunden“. Ein papierloses Vollstreckungsverfahren könne aber dadurch ermöglicht werden, dass ein zentrales elektronisches Titelregister geschaffen werde, in das der Notar die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung eintrage und in dem die Vollstreckungsorgane Eintragungen vornehmen könnten, insbesondere etwa einen dem Gedanken des § 757 ZPO entsprechenden Vermerk über den „Titelverbrauch“. Die Vision betreffe zunächst ein Register für notarielle Titel im Urkundenarchiv bei der Bundesnotarkammer, könnte und sollte aber perspektivisch auf gerichtliche und behördliche Titel erweitert werden. Aus notarieller Sicht sei die Einrichtung eines Titelregisters die geeignetste Lösung zur Ermöglichung der papierlosen Zwangsvollstreckung. Insbesondere sei sie einer repressiv-pönalen Lösung vorzuziehen, weil vorsorgende Elemente schon aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit nicht zugunsten bloß repressiv wirkender Mittel aufgegeben werden sollten.

Vergleichbare Schwierigkeiten stellten sich, so *Kirchner*, im Zusammenhang mit einem Vertreter erteilten Vollmachtsurkunden, deren Vorlage in Urschrift oder Ausfertigung nach § 172 Abs. 1 BGB einen Rechtsschein für die Bevollmächtigung begründe. Weil eine elektronische Vollmacht beliebig dupliziert werden könne, seien elektronische Vollmachten für einen sicheren Rechtsverkehr ungeeignet. Abhilfe könne auch hier ein (Ausfertigungs-)Register im elektronischen Urkundenarchiv schaffen: Die analoge Erteilung der Ausfertigung könne ersetzt werden durch das Einstellen der Vollmacht in das Register, die analoge Rückforderung seitens des Vollmachtgebers durch einen entsprechenden Vermerk im Register („Rotschaltung“). Ein solches Auskunftsregister würde damit nicht zuletzt Vorteile für den Vollmachtgeber bringen, der den Rechtsschein der Vollmachtserteilung entsprechend § 172 Abs. 2, § 175 BGB künftig schnell beseitigen könnte, ohne die Rückgabe der Ausfertigung durchsetzen zu müssen.

Schließlich schaffe das Urkundenarchiv die Grundvoraussetzung für die vollständig papierlose, rein elektronische Urkundenaufzeichnung. Das elektronische Urkundenarchiv könne Ersatz sein für die Gewährfunktion durch den Notar als bislang verwahrende Stelle. Dies bedeute aber keinen Paradigmenwechsel: Elektronische Aufzeichnung sei nichts anderes als ein Wechsel des im Beurkundungsverfahren verwendeten Mediums weg vom – in nicht allzu ferner Zeit anachronistisch wirkenden – Papier hin zur digitalen Speicherung. Gerade nicht damit verbunden und aus heutiger Sicht auch nicht sinnvoll sei eine Änderung des Beurkundungsverfahrens selbst, etwa hin zu einer Online-Fernbeurkundung.

Kirchner schloss mit der These, dass der zur Einrichtung des Urkundenarchivs und seiner Teilbereiche erforderliche Aufwand groß, der Ertrag aber weit größer sein werde.

Es folgte das zweite Referat von *Matthes* mit dem Titel „Blockchain – Chance oder Bedrohung für die Rechtspflege?“. *Matthes* verfolgte das erklärte Ziel, mit einer Einführung in diese Thematik Fragen aufzuwerfen und den – bislang nicht sehr stark ausgeprägten – Dialog zwischen Juristen und Informatikern anzustoßen.

Zunächst erläuterte *Matthes*, wie die Konzepte, Strukturen und Akteure der Blockchain ineinandergreifen, um eine verteilte digitale Buchführung basierend auf kryptographischen Protokollen zu realisieren (*distributed digital ledger technology*). Ein digitales Hauptbuch (*digital ledger*) sei eine lineare Datenstruktur bestehend aus unveränderlichen Einträgen, die jeweils einen Vorgang (*transaction*) digital dokumentieren. Neue Einträge könnten nur an das Ende der Datenstruktur angefügt werden. Alle Einträge seien jederzeit für jedermann lesbar. Dabei würden aus Effizienzgründen mehrere Transaktionen zu einem Block (*block*) zusammengefasst. Jeder Block erhalte einen Zeitstempel (*time stamp*) und einen Verweis auf den unmittelbar vorangehenden Block. Die gesamte Datenstruktur werde auf viele Knoten (*nodes*) in einem Peer-to-Peer-Netzwerk repliziert. Die Akteure – Menschen oder digitale Prozesse – übernahmen dabei vier verschiedene Rollen: Der „Brieftaschenbesitzer“ (*wallet owner*) besitze zur Authentifizierung einen öffentlichen und einen privaten „Schlüssel“ (Signaturkarte). Der öffentliche Schlüssel erlaube die eindeutige, anonyme Identifikation des Besitzers; der private Schlüssel ermögliche es, Transaktionen im Namen des Besitzers zu autorisieren. Der Knoten verwalte basierend auf einem fest definierten Algorithmus eine Kopie des digitalen Hauptbuchs, füge diesem neue Blöcke hinzu und synchronisiere die Änderungen mit den Kopien anderer gleichberechtigter Knoten im Netzwerk. Dabei bediene sich der Knoten der Dienste von „Minerarbeitern“ (*miners*), die sehr zeitaufwendige mathematische Rechenaufgaben durch Ausprobieren im Wettbewerb miteinander lösten. Anreiz für das Tätigwerden der Minerarbeiter sei die Auslobung einer virtuellen Transaktionsgebühr. Die Spielregeln für die Zusammenarbeit, d. h. das Format der Transaktionen, die Algorithmen, die Kommunikationsprotokolle und die Netzwerktopologie, würden schließlich von Softwareentwicklern ausgearbeitet und programmiert.

Exemplifiziert wurde die Funktionsweise der Technologie am weltweit verwendbaren dezentralen Zahlungssystem „Bitcoin“, der ersten „Killerapplikation“ für eine Blockchain. Bitcoin bestehe im Kern aus einem Zahlungssystem und einer gleichnamigen digitalen Geldeinheit. Der Erfolg des Bitcoin-Systems sei, so *Matthes*, kein bloßer Zufall, sondern auf seine „ökonomische Macht“ zurückzuführen. Bei der transaktionalen Überweisung von Geld im Bitcoin-System von einem oder mehreren Knoten zu einem oder mehreren anderen Knoten weise die Bitcoin-Blockchain die sog. „ACID-Eigenschaften“ auf: *atomicity, consistency, isolation, durability*. Es sei gewährleistet, dass keine bloße Teilabwicklung stattfinde, die Geschäftsregeln eingehalten würden, insbesondere die Geldmenge nicht vermehrt werde und die Zustimmung des betroffenen Teilnehmers vorliege, Konflikte durch zeitgleiche Transaktionen weltweit ausgeschlossen seien und der Effekt den ungeplanten Ausfall einzelner Knoten überdauere. Ein implementiertes finanzielles Anreizsystem schaffe dabei die Voraussetzungen für das Überleben der Blockchain.

Sodann stellte *Matthes*, wiederum am Beispiel von Bitcoin, die Chancen und Vorteile den Risiken und Einschränkungen Blockchain-basierter Anwendungen gegenüber. Im formalisierten Vergleich mit Ansätzen zur digitalen Buchführung bedeute zunächst das dezentrale Management einen Vorteil der Blockchain-Technologie, weil nicht Vertrauen in eine einzige Partei erforderlich sei, sondern in ein System vieler Parteien. In diesem System seien alle Transaktionen transparent und die Transaktionshistorie, wie etwa im italienischen oder französischen Grundbuch, nachvollziehbar. Ferner von Vorteil könne die Pseudonymität der Brieftaschenbesitzer sein. Schließlich liege der Blockchain-Technologie aufgrund des bereits implementierten finanziellen Anreizsystems stets ein Geschäftsmodell zugrunde. Diesen Vorteilen stünden aus technischer Sicht aber auch gewisse Risiken und Beschränkungen gegenüber. *Matthes* wies auf Software-, Kommunikationsprotokoll- und verschiedene systemische Risiken hin, etwa im Hinblick auf die Skalierbarkeit, die Fehlertoleranz, die Volatilität, das Vertrauen der Teilnehmer, den Anreiz für die Akteure oder den Grad der Zentralisierung. Auch regulatorische Risiken seien zu berücksichtigen, allen voran ein Verbot bestimmter Anwendungen. Schließlich seien intrinsische Nachteile der Blockchain-Technologie gegenüber zentralisierten Ansätzen auszumachen, was den Durchsatz und die Latenzzeiten angehe. Für konkrete Nutzungsszenarien sei stets eine zusätzliche Analyse der ökonomischen, sozialen und rechtlichen Aspekte im Einzelfall erforderlich.

Anschließend wagte *Matthes* einen Ausblick auf spekulative Nutzungsszenarien der Blockchain-Technologie außerhalb des Finanzbereichs, wo die derzeit erfolgreichen Geschäftsmodelle lägen. Insbesondere im Rechtsverkehr seien Innovationen basierend auf Blockchains vorstellbar. Zu denken sei etwa an Computerprotokolle, die in Form eines unveränderlichen, durch Kryptographie gesicherten Codes in einer bestimmten Programmiersprache Verträge abbildeten („*Smart Contracts*“). Der an die Stelle der etwa für Bitcoin wesentlichen Datenstrukturen, Algorithmen und Protokolle tretende Code bilde eine vordefinierte vertragliche Regelung für bestimmte automatisch zu erfassende Sachstände ab. Seine Ausgestaltung sei von den an einer Transaktion beteiligten Parteien im Verhandlungswege zu bestimmen. Solche sich automatisch ausführende Digitalverträge könnten ein verteiltes Prozessmanagement und eine automatisch verteilte Fallbearbeitung ermöglichen. *Smart Contracts* könnten sogar als Basis dienen für die Interaktion vollständig digitaler, virtueller und dezentraler Organisationen (*Decentralized Autonomous Organisation*, kurz *DAO*) mit ihren – realen oder ihrerseits wiederum virtuellen – Aktionären, Mitarbeitern, Kunden, Lieferanten, Partnern etc. Als Netzwerk aus Verträgen könne eine solche *DAO* vollständig durch *Smart Contracts* gelenkt werden.

Matthes schloss mit einer Einladung zu interdisziplinärer Zusammenarbeit von interessierten Juristen und Informatikern, nicht nur im Bereich der Blockchain-Technologie. Informatiker und Juristen sollten „Freunde werden“ und das Potenzial bislang unentdeckter Synergien nutzen. Kooperationen etwa in Form von interdisziplinären Forschungsprojekten oder gemeinsamen Konferenzen und Seminaren könnten die Entwicklung innovativer Problemlösungen für rechtsbezogene Prozesse ermöglichen. Idealerweise würde die Zusammenar-

beit der Beteiligten aus Forschung, Entwicklung, Ausbildung und Praxis neue, qualitäts- oder effizienzsteigernde Impulse sowohl für die Gesetzgebung als auch für die Rechtsanwendung in der öffentlichen Verwaltung, der Rechtspflege und der Wirtschaft ergeben. Der Schlüssel für produktive Zusammenarbeit in turbulenten Zeiten sei dabei gegenseitige Wertschätzung.

Nach den Vorträgen eröffnete *Grigoleit* die freie Diskussion mit den Referenten, die sich den zahlreichen Fragen des Auditoriums stellten. Bei einem anschließenden Empfang hatten die Referenten sowie die Teilnehmerinnen und Teilnehmer die Möglichkeit zum weiteren fachlichen und persönlichen Austausch.

Veranstaltungshinweise

Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München

Der eingetragene Verein mit wirtschaftlichem Geschäftsbetrieb

Mittwoch, 8. November 2017, 17:30 Uhr s. t.

Senatssaal der Ludwig-Maximilians-Universität (E 106/110 im 1. Obergeschoss),

Geschwister-Scholl-Platz 1, 80539 München

Zum Ausklang der Veranstaltung wird zu einem kleinen Empfang geladen.

Aus dem Programm:

Neuordnung der Vereinsklassenabgrenzung – Die Kita-Rechtsprechung des BGH und die abgebrochene Vereinsrechtsreform (Prof. Dr. *Lars Leuschner*, Osnabrück)

Der Verein als Konzernspitze (Prof. Dr. *Mathias Habersack*, München)

Die Organisationsstruktur des FC Bayern München (Notar Prof. Dr. *Dieter Mayer*, München)

Tagungsbeitrag: kostenlos

Kontakt/Anmeldung: FS-Notarrecht@jura.uni-muenchen.de, Tel. 089 2180-1420, Fax 089 2180-13981

Aus organisatorischen Gründen wird um eine Anmeldung gebeten. Bitte teilen Sie auch mit, ob Sie am Empfang teilnehmen. Weitere Informationen über die Einrichtung finden Sie unter www.notarrechtsinstitut.de.

Veranstaltungen des DAI

1. **Aktuelle Entwicklungen im notariellen Kostenrecht**
(*Neie*)
3.11.2017 in Kiel
2. **Aktuelle Probleme der notariellen Gestaltung im Erb- und Familienrecht**
(*Keim/Müller/Reetz*)
4.11.2017 in Bochum
3. **Aktuelles aus dem Handelsregister – Update 2017**
(*Schmidt/Melchior*)
8.11.2017 in Berlin
10.11.2017 in Oldenburg
4. **Ausgewählte Gestaltungsfragen zum Überlassungsvertrag**
10.11.2017 in Heusenstamm (*Oertel*)
11.11.2017 in Berlin (*Krauβ*)
5. **Arbeits- und Sozialrecht im Notariat**
(*Schulte*)
15.11.2017 in Bochum
23.11.2017 in Heusenstamm
2.12.2017 in Köln
6. **Update Grundstückskaufvertrag**
(*Krauβ*)
18.11.2017 in Lingen
7. **Intensivkurs Gesellschaftsrecht**
(*Heckschen/Heidinger/Kirschstein*)
17.-18.11.2017 in Heusenstamm
8. **Aktuelles Kostenrecht im Notariat**
(*Fackelmann*)
20.11.2017 in Bochum
9. **Ausgewählte Fragen des Bauträgervertragsrechts**
(*Basty*)
24.11.2017 in München
10. **Unternehmensnachfolge in der notariellen Praxis**
(*Spiegelberger*)
24.11.2017 in Kassel
11. **Ehevertragsrecht: Aktuelle Entwicklungen und höchstrichterliche Rechtsprechung**
(*Reetz*)
25.11.2017 in Kiel
12. **Vertragsvorbereitung, -gestaltung und Abwicklung von Grundstücks-, Wohnungseigentums- und Erbbaurechtskaufverträgen**
(*Tondorf*)
29.11.2017 in Hamburg

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. Bachmann: Die kaiserliche Notariatspraxis im frühneuzeitlichen Hamburg. Böhlau, 2017. 354 S., 50 €
2. Baumann/Sikora (Hrsg.): Hand- und Formularbuch des Vereinsrechts. 2. Aufl., Beck, 2017. 1023 S., 149 €
3. Blaß: Richtig vorsorgen!. 2. Aufl., Bundesanzeiger, 2017. 72 S., 9,90 €
4. Bülow: Recht der Kreditsicherheiten. 9. Aufl., Müller, 2017. 705 S., 129,99 €
5. Dammert/Lenkeit/Oberhauser/Pause/Stretz: Das neue Bauvertragsrecht. Beck, 2017. 326 S., 39 €
6. Dethloff: Abstammung und Verantwortung. De Gruyter, 2017. 28 S., 29,95 €
7. Diehn/Volpert: Praxis des Notarkostenrechts. 2. Aufl., Heymanns, 2017. 750 S., 79 €
8. Engels: Steuerrecht für die familienrechtliche Praxis. 3. Aufl., Giesecking, 2017. 424 S., 59 €
9. Erman: BGB. 2 Bände, 15. Aufl., Schmidt, 2017. 7294 S., 439 €
10. Evangelischer Bundesverband für Immobilienwesen in Wissenschaft und Praxis (Hrsg.): Bauträgerhaftung. Tagungsband der 16. Weimarer Baurechtstage. Beck, 2017. 165 S., 89 €
11. Gebauer/Huber (Hrsg.): Gestaltungsfreiheit im Familienrecht. Mohr Siebeck, 2017. 191 S., 69 €
12. Gontschar: Umwandlungsmaßnahmen im Insolvenzplanverfahren. Nomos, 2017. 259 S., 68 €
13. Grziwotz (Hrsg.): MaBV. 3. Aufl., RWS, 2017. 352 S., 74 €
14. Heinemeyer: Der Grundsatz der Akzessorietät bei Kreditsicherungsrechten. Duncker & Humblot, 2017. 414 S., 99,90 €
15. Henrich: Internationales Scheidungsrecht. 4. Aufl., Giesecking, 2017. 148 S., 44 €
16. Herzog/Pruns: Der digitale Nachlass. Deutscher Notarverlag, 2017. 150 S., 49 €
17. Hölters (Hrsg.): AktG. 3. Aufl., Vahlen, 2017. 2754 S., 289 €
18. Hueck: Die Familienverfassung – Rechtliche Konturen eines Instruments der Governance in Familienunternehmen. Mohr Siebeck, 2017. 372 S., 74 €
19. Jarass/Kment: BauGB. 2. Aufl., Beck, 2017. 898 S., 79 €
20. Jungmann/Möhlmeier/Vajen/Wierichs: Rechtsanwalts- und Notarfachangestellte. 2. Aufl., EINS, 2017. 613 S., 35,95 €
21. Kaligin: Die Betriebsaufspaltung. 10. Aufl., Schmidt, 2017. 398 S., 59,80 €
22. Kern/Diehm: ZPO. Schmidt, 2017. 2090 S., 128 €
23. Krüger: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung. Band 3: §§ 946-1117. 5. Aufl., Beck, 2017. 2395 S., 329 €
24. Kummer/Schäfer/Wagner: Insolvenzanfechtung. 3. Aufl., Schmidt, 2017. 1232 S., 114 €
25. Lange: Erbrecht. 2. Aufl., Beck, 2017. 1076 S., 139 €
26. Lechner: Die Reichweite des Erbstatuts in Abgrenzung zum Sachenrechtsstatut anhand der Europäischen Erbrechtsverordnung 650/2012. Nomos, 2017. 344 S., 86 €
27. Lucaj: Grenzüberschreitende Verschmelzung mit Drittstaatenbezug. Nomos, 2017. 289 S., 75 €
28. Lwowski/Fischer/Gehrlein (Hrsg.): Das Recht der Kreditsicherung. 10. Aufl., Schmidt, 2017. 1216 S., 160 €
29. Maulbetsch/Klump/Rose (Hrsg.): UmwG. 2. Aufl., Müller, 2017. 1338 S., 149,99 €
30. Muscheler (Hrsg.): Hereditare – Jahrbuch für Erbrecht und Schenkungsrecht. Mohr Siebeck, 2017. 306 S., 59 €
31. Notarkasse A. d. ö. R./Haßelbeck: Wohnungs- und Teileigentum. Deutscher Notarverlag, 2017. 88 S., 19,90 €
32. Roemer/Wittkowski/Führ/Otto/Bamberger: Notariatskunde. 19. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2017. 1008 S., 69 €
33. Rowedder/Schmidt-Leithoff: GmbHG. 6. Aufl., Vahlen, 2017. 2202 S., 269 €
34. Rumpke: Der Wandel des Ehescheidungsrechts im 20. Jahrhundert. Kovac, 2017. 280 S., 96,80 €
35. Sagasser/Bula/Brünger: Umwandlungen. 5. Aufl., Beck, 2017. 1828 S., 159 €
36. Schmid: Das neue gesetzliche Bauvertragsrecht. Nomos, 2017. 127 S., 38 €
37. Schneider: Der Stimmbindungsvertrag. Mohr Siebeck, 2017. 430 S., 110 €
38. Schütze/Weipert/Rieder (Hrsg.): Münchener Vertrags-handbuch. Band 4: Wirtschaftsrecht III. 8. Aufl., Beck, 2017. 1300 S., 179 €
39. Semler/Volhard/Reichert (Hrsg.): Arbeitshandbuch für die Hauptversammlung. 4. Aufl., Vahlen, 2017. 1250 S., 168 €
40. Söffing/Thonemann-Micker: Gewerblicher Grundstücks-handel und private Veräußerungsgeschäfte mit Grundstücken. 5. Aufl., NWB, 2017. 350 S., 54,90 €

41. Staudinger: Kommentar zum BGB. Buch 1: Allgemeiner Teil, §§ 80-89. 16. Aufl., De Gruyter, 2017. 366 S., 139,95 €
42. Staudinger: Kommentar zum BGB. Buch 2: Schuldrecht, AGG. 17. Aufl., De Gruyter, 2017. 589 S., 219 €
43. Staudinger: Kommentar zum BGB. Buch 3: Sachenrecht, UmwelthaftungsR. 16. Aufl., De Gruyter, 2017. 947 S., 349 €
44. Stein/Jonas: ZPO. Band 8: §§ 802a-915h. 23. Aufl., Mohr Siebeck, 2017. 1300 S., 350 €
45. Ulmer/Schäfer: GbR, PartG. 7. Aufl., Beck, 2017. 696 S., 105 €
46. Ulrich: Der Erbvertrag als Problem von Rechtswissenschaft. Mohr Siebeck, 2017. 531 S., 99 €
47. Viskorf/Schuck/Wälzholz: ErbStG, BewG. 5. Aufl., NWB, 2017. 2043 S., 169 €
48. Vogt/Fleischer/Kalss (Hrsg.): Recht der Familiengesellschaften. Mohr Siebeck, 2017. 302 S., 74 €
49. Wieczorek/Schütze: ZPO. §§ 330-354. 4. Aufl., De Gruyter, 2017. 255 S., 169,95 €
50. Yu: Die Sonderbehandlung von Gesellschafterdarlehen im deutschen und im chinesischen Recht. Nomos, 2017. 239 S., 64 €

STANDESNACHRICHTEN

PERSONALÄNDERUNGEN

1. Verstorben:

Notar a. D. Karl Heinz Kuhn, Niederfüllbach,
verstorben am 15.8.2017

Notar a. D. Wolfgang Pürschel, Gilching,
verstorben am 11.9.2017

Notar a. D. Dr. Werner Schmidt, Augsburg,
verstorben am 14.10.2017

2. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung zum 1.10.2017:

Notar Dr. Wolfgang Brückner, Nürnberg

Mit Wirkung zum 1.12.2017:

Notar Andreas Albrecht, Türkheim

3. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung zum 1.10.2017:

Nürnberg (in Sozietät mit Notar Hagg)	dem Notar Dr. Philipp Lederer (bisher in Gerolzhofen)
---	---

Nürnberg (in Sozietät mit Dr. Lederer)	dem Notar Maximilian Hagg (bisher in Schwabach)
--	---

Weilheim	dem Notar Dr. Thomas Braun (bisher in Günzburg)
----------	---

4. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung zum 1.9.2017:

Jan Martin, Landstuhl
(Notarstelle Dr. Stuppi)

Mit Wirkung zum 1.10.2017:

Peter Hoffmann, Memmingen
(Notarstellen Gropengießer/Dr. Gropengießer)

Alexander Wagner, Würzburg
(Notarstellen Dr. Baumann/Sorge)

Mit Wirkung zum 1.11.2017:

Nadja Danninger, Vilsbiburg
(Notarstelle Dr. König)

Sebastian Egger, Trostberg
(Notarstellen Mehler/Dr. Vierling)

Benedikt Jugl, Erlangen
(Notarstellen Dr. Martini/Siegler)

Benedikt Mack, Amberg
(Notarstelle Dr. Frank)

5. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Notarassessor Dr. Tobias Andrissek, Regensburg,
wurde mit Wirkung vom 2.12.2016 promoviert

Notarassessor Christian Scheibengruber, München,
führt seit 16.10.2017 den Namen Esbjörnsson

Notarassessor Dr. Mathias Schmidt, Landstuhl
(Notarstelle Dr. Stuppi), ab 1.9.2017 in Kandel/Pfalz
(Notarstellen JR Dr. Kiefer/Dr. Pohl)

Notarassessor Dr. Philipp Aigner, Würzburg
(Notarstellen Dr. Baumann/Sorge), ab 1.11.2017
in München (Notarstellen Dr. Basty/Haasen)

Notarassessor Johannes Attenberger, München
(Notarstellen Dr. Steiner/Dr. Fronhöfer), ab 1.11.2017
in München (Notarstellen Dr. Götte/Lautner)

Notarassessor Andreas Bosch, Regensburg
(Notarstellen Dr. Albrecht/Franzmann), ab 1.11.2017
in Berlin (Bundesnotarkammer)

Notarassessorin Veronika Burghardt, Schwabmünchen
(Notarstellen Dr. Weigl/Grob), ab 1.11.2017
in München (Landesnotarkammer Bayern)

Notarassessor Dr. Sebastian Löffler, Memmingen
(Notarstellen Gropengießer/Dr. Gropengießer),
ab 1.11.2017 in Berlin (Bundesnotarkammer)

Notarassessorin Bianca Wengenmayer, Augsburg
(Notarstelle Hille), ab 1.11.2017 in Brüssel
(Bundesnotarkammer)

Notarassessorin Dr. Katharina Hermannstaller, Würzburg
(Notarstellen Prof. Dr. Limmer/Dr. Friederich),
ab 1.12.2017 in München
(Notarstellen Dr. Schemmann/Dr. Ludewig)

Notarassessor Dr. Thomas Raff, Kandel/Pfalz
(Notarstellen JR Dr. Kiefer/Dr. Pohl), ab 1.12.2017
in Berlin (Bundesnotarkammer)

Amtmann i. N. Arnulf Friedmann, Bad Staffelstein
(Notarstelle Dr. Fackelmann), ab 1.10.2017
in Burgkunstadt (Notarstelle Dr. Deutsch)

Amtfrau i. N. Bianca Meier, Burgkunstadt
(Notarstelle Dr. Deutsch), ab 1.10.2017
in Bad Staffelstein (Notarstelle Dr. Fackelmann)

Oberinspektorin i. N. Heike Schilder, Ingolstadt
(Notarstellen Prof. Dr. Wegmann/Dr. Auktor), ab
1.10.2017 in Ingolstadt (Notarstelle Prof. Dr. Wegmann)

Amtmann i. N. Jürgen Wittmann, Ingolstadt
(Notarstellen Prof. Dr. Wegmann/Dr. Auktor),
ab 1.10.2017 in Ingolstadt
(Notarstelle Prof. Dr. Wegmann)

6. Ausgeschiedene Beschäftigte:

Inspektor i. N. Michael Huber, München
(Notarstelle Dr. Wachter), zum 30.9.2017
ausgeschieden

Amtmann i. N. Georg Betz, Bamberg
(Notarstellen Dr. Eigner/Dr. Niemeyer), zum
31.12.2017 ausgeschieden

Amtfrau i. N. Maria Brunner, Hersbruck
(Notarstellen Dr. Lenz/Brückner), zum
31.12.2017 ausgeschieden

ANSCHRIFTEN- UND RUFNUMMERN- ÄNDERUNGEN:

Grünstadt, Notarstelle Dr. Philippsen
Östlicher Graben 24, 67269 Grünstadt

Ingolstadt, Notarstelle Dr. Auktor
Rathausplatz 3/III, 85049 Ingolstadt
Telefon: 0841 8854990
Telefax: 0841 88549911
E-Mail: info@notar-auktor.de

München, Notarstelle Kärtner
Telefon: 089 29160187
Telefax: 089 29160963
E-Mail: mail@notar-kaertner.de
Homepage: www.notar-kaertner.de

Forchheim, Notarstellen Reiß/Neumair
Paradeplatz 1, 91301 Forchheim

Abonnement

MittBayNot

Die **MittBayNot** erscheint jährlich mit sechs Heften und kann nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Telefon: (089) 551660, Telefax: (089) 55166234, E-Mail: info@mittbaynot.de, bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 53,00 € (zzgl. Versandkosten und zzgl. USt.) und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt. Einzelheft 13,00 € (inkl. Versandkosten, zzgl. USt.).

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an:
Universal Medien GmbH, Geretsrieder Straße 10, 81379 München,
Telefon: (089) 5482170, Telefax: (089) 555551, Internet: www.universalmedien.de/notarkammer.



Notare Bayern

www.notare.bayern.de