

2 MittBayNot

Begründet 1864

März/April 2015

Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern
Ottostraße 10
80333 München

Herausgeberbeirat:

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

Dr. Johann Frank,
Notar in Amberg

Dr. Susanne Frank,
Notarin in München

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

Prof. Dr. Dieter Mayer,
Notar in München

Dr. Eckhard Wälzholz,
Notar in Füssen

Dr. Dietmar Weidlich,
Notar in Roth

Schriftleitung:

Stefan Künkele,
Notarassessor

Anja Schaller,
Notarassessorin

ISSN 0941-4193

Aufsätze

Brockmann: Die sichere Übermittlung erbfolgerrelevanter empfangsbedürftiger Willenserklärungen 101

Albrecht/Albrecht: Patientenverfügung ohne Vertreter – geht das? 110

Weber/Serr: Die Genehmigung des Berechtigten in der Insolvenz des nichtberechtigten Grundstücksveräußerers 114

Rechtsprechung

Unwirksame Beschränkung des Sicherheitenrückgewähranspruchs auf Löschung
(BGH, Urteil vom 18.7.2014, V ZR 178/13) 122
mit Anmerkung *Rohe* 125

Anforderungen für Auflassungseintragung bei Grundstücksübergang Zug um Zug gegen Zahlung einer Geldsumme
(OLG München, Beschluss vom 11.9.2013, 34 Wx 314/13) 129
mit Anmerkung *Wolfsteiner* 131

Nachweis einer zugunsten einer GbR erteilten Finanzierungsvollmacht im Grundbuchverfahren
(KG, Beschluss vom 26.11.2013, 1 W 291/13) 134
mit Anmerkung *Lautner* 137

Änderungsbefugnis bei wechselbezüglicher Verfügung
(OLG Schleswig, Beschluss vom 27.1.2014, 3 Wx 75/13 Te) 145
mit Anmerkung *Keim* 148

Anforderungen an ein notarielles Nachlassverzeichnis
(OLG Koblenz, Beschluss vom 18.3.2014, 2 W 495/13) 149
mit Anmerkung *Müller* 151

Folgen der Löschung des Insolvenzvermerks im Grundbuch
(OLG Naumburg, Beschluss vom 1.11.2013, 12 Wx 43/13) 162
mit Anmerkung *Kreuzer* 163

Grunderwerbsteuerpflicht bei Übertragung eines Grundstücks im Rahmen eines Stiftungsgeschäfts
(BFH, Urteil vom 27.11.2013, II R 11/12 [NV]) 173
mit Anmerkung *Hübner* 175

Einbeziehung von abgefundenen Erbprätendenten in Gewinnfeststellung
(BFH, Urteil vom 16.5.2013, IV R 15/10) 178
mit Anmerkung *Vees* 181

Inhalt

Aufsätze

Brockmann: Die sichere Übermittlung erfolgerelevanter empfangsbedürftiger Willenserklärungen **101**

Albrecht/Albrecht: Patientenverfügung ohne Vertreter – geht das?
– zugleich Anmerkung zum Beschluss des BGH vom 17.9.2014, XII ZB 202/13 **110**

Weber/Serr: Die Genehmigung des Berechtigten in der Insolvenz des nichtberechtigten Grundstücksveräußerers – zugleich Anmerkung zum Beschluss des OLG Nürnberg vom 23.6.2014, 15 W 1126/14 **114**

Buchbesprechungen

Reibach/Seebach/Dahlkamp (Hrsg.): Praxis des Notariats (*Fembacher*) **119**

Ganter/Hertel/Wöstmann: Handbuch der Notarhaftung (*Schramm*) **119**

Böttcher/Habighorst/Schulte (Hrsg.): Umwandlungsrecht (*Meister*) **120**

Rechtsprechung

Bürgerliches Recht

Allgemeines

1. Unwirksame Beschränkung des Sicherheitenrückgewähranspruchs auf Löschung (BGH, Urteil vom 18.7.2014, V ZR 178/13) **122**
mit Anmerkung *Rohe* **125**
2. Zur Befreiung des Alleingesellschafter-Geschäftsführers von den Beschränkungen des § 181 BGB sowie zur Nichtigkeit eines unter die Anfechtungsvorschriften der InsO bzw. des AnfG fallenden Rechtsgeschäfts (OLG Düsseldorf, Urteil vom 20.5.2014, I-12 U 96/12) **125**

Sachen- und Grundbuchrecht

3. Zu den Voraussetzungen für die Löschung einer Grunddienstbarkeit (Geh- und Fahrtrecht) nach Teilung des herrschenden Grundstücks im Wege des Unrichtigkeitsnachweises (OLG München, Beschluss vom 10.11.2014, 34 Wx 346/14) **127**
4. Anforderungen für Auflassungseintragung bei Grundstücksübereignung Zug um Zug gegen Zahlung einer Geldsumme (OLG München, Beschluss vom 11.9.2013, 34 Wx 314/13) **129**
mit Anmerkung *Wolfsteiner* **131**
5. Notwendigkeit der Vorlage eines Erbscheins bei Vollzug eines Rechtsgeschäfts aufgrund einer trans- oder postmortalen Vollmacht (OLG Schleswig, Beschluss vom 15.7.2014, 2 W 48/14) **132**
6. Nachweis einer zugunsten einer GbR erteilten Finanzierungsvollmacht im Grundbuchverfahren (KG, Beschluss vom 26.11.2013, 1 W 291/13) **134**
mit Anmerkung *Lautner* **137**

Inhalt (Fortsetzung)

Familienrecht

7. Voraussetzungen zum Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen einer Wachkomapatientin (BGH, Beschluss vom 17.9.2014, XII ZB 202/13) **138**
8. Keine Anwendung neuen Zugewinnausgleichsrechts bei Scheidung vor der Reform (BGH, Urteil vom 16.7.2014, XII ZR 108/12) **143**
9. Wegfall der Geschäftsgrundlage: Ausgleichsanspruch nach Beendigung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft (Brandenburgisches OLG, Urteil vom 5.8.2014, 3 U 45/13) **145**

Erbrecht

10. Änderungsbefugnis bei wechselbezüglicher Verfügung (OLG Schleswig, Beschluss vom 27.1.2014, 3 Wx 75/13 Te) **145**
mit Anmerkung *Keim* **148**
11. Anforderungen an ein notarielles Nachlassverzeichnis (OLG Koblenz, Beschluss vom 18.3.2014, 2 W 495/13) **149**
mit Anmerkung *Müller* **151**
12. Zur Auslegung eines Erbvertrages zwischen Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft (OLG München, Beschluss vom 3.11.2014, 31 Wx 280/14) **152**

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

13. Gründungskosten von 60 % des Stammkapitals in einer GmbH-Satzung sind unzulässig (OLG Celle, Beschluss vom 22.10.2014, 9 W 124/14) **154**
14. Anforderungen an die Versicherung des Liquidators oder Geschäftsführers einer GmbH in Bezug auf Ausschlussgründe für seine Bestellung (OLG Schleswig, Beschluss vom 3.6.2014, 2 W 36/14) **155**
15. Einheitliche notarielle Beurkundung aller Beschlüsse einer nichtbörsennotierten AG bei nur einem Beschluss mit erforderlicher Dreiviertel-Mehrheit (OLG Jena, Urteil vom 16.4.2014, 2 U 608/13) **158**

Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

16. Zur Anwendung von § 878 BGB bei Verfügungen eines Nichtberechtigten (OLG Nürnberg, Beschluss vom 23.6.2014, 15 W 1126/14) **160**
17. Folgen der Löschung des Insolvenzvermerks im Grundbuch (OLG Naumburg, Beschluss vom 1.11.2013, 12 Wx 43/13) **162**
mit Anmerkung *Kreuzer* **163**
(zugleich Anmerkung zu OLG Hamm, Beschluss vom 20.3.2014, I-15 W 392/13)
18. Nachweis der Bewilligungsbefugnis nach Löschung eines Insolvenzvermerks (OLG Hamm, Beschluss vom 20.3.2014, I-15 W 392/13) **165**

Inhalt (Fortsetzung)

Beurkundungs- und Notarrecht

19. Notarielle Amtsverweigerung wegen Nichterfüllung von Gebührenansprüchen
(BGH, Beschluss vom 16.10.2014, V ZB 223/12) **166**

Kostenrecht

20. Bestimmung des Gegenstandswerts bei einem alsbaldigen Weiterverkauf einer Immobilie
(OLG München, Beschluss vom 1.9.2014, 34 Wx 358/14 Kost) **167**

Öffentliches Recht

21. Zur Anrechnung von Immobilienvermögen auf Leistungen der Grundsicherung
bei Erwerbsminderung
(LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 13.10.2014, L 20 SO 20/13) **168**

Steuerrecht

22. Grunderwerbsteuerpflicht bei Übertragung eines Grundstücks im Rahmen eines Stiftungsgeschäfts
(BFH, Urteil vom 27.11.2013, II R 11/12 [NV]) **173**
mit Anmerkung *Hübner* **175**
23. Einbeziehung von abgefundenen Erbprätendenten in Gewinnfeststellung
(BFH, Urteil vom 16.5.2013, IV R 15/10) **178**
mit Anmerkung *Vees* **181**

Hinweise für die Praxis

Koch: Der Abzug von Verbindlichkeiten vermögensverwaltender Kommanditgesellschaften
nach dem GNotKG im Erbscheinerteilungsverfahren **183**

Fischer: Auswirkungen der EuGVO-Reform auf die Notariatspraxis **184**

Streifzug durch das GNotKG, 11. Auflage 2015 (Stand 1.1.2015)
Übersicht über wichtige Änderungen, Klarstellungen und Neuerungen gegenüber der
10. Auflage 2013; Richtigstellung zu Hinweisen für die Praxis, MittBayNot 2015, 87 ff. **186**

Standesnachrichten **187**

Sonstiges **188**

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

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

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

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

AUFsätze

Die sichere Übermittlung erbfolgerrelevanter empfangsbedürftiger Willenserklärungen

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

Wer Shakespeares Tragödie „Romeo und Julia“ kennt, weiß, welche dramatischen Folgen es haben kann, wenn ein Brief seinen Empfänger nicht oder nicht rechtzeitig erreicht. Wäre doch der Suizid der wohl bekanntesten Liebenden der Weltliteratur niemals geschehen, wenn *Pater Lorenzos* Brief *Romeo* rechtzeitig erreicht hätte. Glücklicherweise wird man heutzutage ausschließen können, dass ein (Post-)Bote von der Pest aufgehalten wird. Gleichwohl bereitet auch heute noch die sichere Übermittlung empfangsbedürftiger Willenserklärungen besondere Schwierigkeiten, wie mitunter auch der Notar zu spüren bekommt. Der Grund hierfür besteht weniger darin, dass keine zuverlässigen Übermittlungsmöglichkeiten bestünden. Das Hauptproblem liegt vielmehr in der Beweisbarkeit des Zugangs einer Willenserklärung beim Empfänger. Denn eigenartiger Weise ist – wie jeder Jurist weiß – das Risiko, dass eine Erklärung ihren Empfänger „verfehlt“, dann besonders hoch, wenn sie für den Adressaten einen unangenehmen Inhalt hat. Dies gilt freilich vor allem für einseitige Willenserklärungen bzw. Rechtsgeschäfte. Aus diesem Grund werden im Folgenden Willenserklärungen, die auf den Abschluss eines mehrseitigen Rechtsgeschäfts gerichtet sind, ausgeblendet.

Auch der Notar hat mitunter mit dieser Herausforderung zu kämpfen, wenn er für die sichere Übermittlung einer Willenserklärung die Gewähr übernehmen soll. Besonders brisant ist diese Aufgabe im Erbrecht, weil dort eine fehlgeschlagene (oder nicht beweisbare) Übermittlung – wie im Folgenden aufgezeigt wird – häufig nicht mit Heilungswirkung nachgeholt werden kann. Die unangenehmen Folgen treffen – anders als bei *Shakespeare* – regelmäßig nicht den Empfänger, sondern den Absender und damit möglicherweise auch den Notar, der für einen entstandenen Schaden bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 19 BNotO haftet.

Um solchen Haftungsfällen vorzubeugen, sollen im Folgenden zunächst die relevanten Fälle erbfolgerrelevanter empfangsbedürftiger Willenserklärungen im Erbrecht aufgezeigt und erläutert werden. Sodann werden die rechtlichen Anforderungen an eine sichere Übermittlung erörtert, um anschließend Empfehlungen für die praktische Umsetzung zu geben.

I. Systematische Unterscheidungen

Das Erbrecht regelt zahlreiche Arten erbfolgerrelevanter Willenserklärungen. Die praktisch bedeutsamste erbfolgerrelevante Willenserklärung, das Testament, ist eine nicht empfangsbedürftige Willenserklärung.¹ Neben dem Testament als nicht empfangsbedürftiger Willenserklärung finden sich im Erbrecht jedoch auch zahlreiche empfangsbedürftige erbfolgerrelevante Willenserklärungen. Systematisch lässt sich im Hinblick auf erbfolgerrelevante empfangsbedürftige Erklärungen zum einen danach differenzieren, ob die Erklärung *vor* oder *nach* dem maßgeblichen Erbfall abzugeben ist, zum an-

deren danach, ob die Erklärung einer amtlichen Stelle oder einer Privatperson zugehen muss. Zu den *vor* dem maßgeblichen Erbfall abzugebenden erbfolgerrelevanten Erklärungen gehören die Anfechtung des Erbvertrags durch den Erblasser (§§ 2281 ff. BGB), der Rücktritt vom Erbvertrag (§§ 2293 bis 2296 BGB) und der Widerruf eines gemeinschaftlichen Testaments (§ 2271 BGB). In die andere Gruppe, nämlich die der *nach* dem Erbfall abzugebenden Erklärungen, fallen insbesondere² die Erbschaftsausschlagung (§§ 1943 ff. BGB) so-

² Ebenfalls hier verortet werden könnte die Anfechtung einer letztwilligen Verfügung in den Fällen des § 2081 BGB. Sie ist ebenfalls fristgebunden (§ 2082 BGB) und empfangsbedürftig. Sie bedarf jedoch keiner notariellen Form, so dass auf sie im Folgenden nicht näher eingegangen werden soll.

¹ *Staudinger/Otte*, vor § 2064 Rdnr. 4.

wie die Anfechtung der Annahme bzw. Ausschlagung einer Erbschaft (§§ 1954 ff. BGB).

Gemeinsam ist diesen erbförderrelevanten empfangsbedürftigen Willenserklärungen, dass sie sämtlich an bestimmte Fristen gebunden sind. Die erbförderrelevanten Erklärungen, die vor dem maßgeblichen Erbfall abzugeben sind, müssen dem Empfänger in den Fällen des Rücktritts vom Erbvertrag und des Widerrufs eines gemeinschaftlichen Testaments spätestens bis zu dessen Tod zugehen. Damit soll dem Adressaten die zumindest theoretische Möglichkeit gegeben werden, auf die Erklärung zu reagieren. Bei der Anfechtung eines Erbvertrags durch den Erblasser gilt hingegen wegen der abweichenden Interessenlage eine Jahresfrist (§ 2283 Abs. 1 BGB). Die nach dem maßgeblichen Erbfall abzugebenden Willenserklärungen sind innerhalb gesetzlich bestimmter Fristen abzugeben. Dabei dient die Frist dem Interesse an einer möglichst raschen Klärung der Erbfolge, letztlich also der Schaffung von Rechtsicherheit im Hinblick auf die Erbrechtslage.

Die beiden vorgenannten Gruppen erbförderrelevanter empfangsbedürftiger Willenserklärungen unterscheiden sich schließlich darin, dass die Erklärungen der zweiten Gruppe ausschließlich Auswirkungen auf die Erbfolge nach einer anderen Person, nämlich eines bereits verstorbenen Erblassers, haben. Demgegenüber haben die Erklärungen der ersten Gruppe in erster Linie Auswirkungen auf die Erbfolge nach dem Erklärenden, zugleich aber Auswirkungen auf Dritte, die im Hinblick auf bestehende erbrechtliche Bindungen des Erklärenden ein berechtigtes Interesse daran haben, von der Erklärung in Kenntnis gesetzt zu werden.

Im Folgenden sollen die genannten erbförderrelevanten empfangsbedürftigen Willenserklärungen im Einzelnen vorgestellt werden, bevor auf deren Übermittlung eingegangen wird.

1. „Erste Gruppe“

Den erbförderrelevanten Erklärungen der „ersten Gruppe“ ist gemeinsam, dass sie der Beseitigung einer bestehenden erbrechtlichen Bindung durch einen Erbvertrag oder ein gemeinschaftliches Testament dienen. Sie ermöglichen aufgrund ihrer kassatorischen Wirkung eine teilweise oder vollständige Loslösung aus der Bindung und beseitigen unter Umständen die bindende Verfügung damit insgesamt. Dadurch unterscheiden sie sich von der Ausübung bloßer Änderungsvorbehalte in erbrechtlich bindenden Verfügungen.³

a) Die Anfechtung des Erbvertrags durch den Erblasser (§§ 2281 ff. BGB)

Wer in einem Erbvertrag bindende letztwillige Verfügungen niedergelegt hat, kann sich nach Maßgabe der §§ 2281 ff. BGB von diesen lösen, wenn ein Anfechtungsgrund vorliegt. Dies ist wiederum der Fall, wenn er bei Errichtung der letztwilligen Verfügung einem Erklärungs-, Inhalts- oder Motivirrtum unterlag, durch Drohung zur Errichtung der Verfügung bestimmt wurde, oder er unbewusst einen Pflichtteilsberechtigten übergangen hat (siehe im Einzelnen §§ 2078, 2079 BGB i. V. m. § 2281 Abs. 1 BGB). Die Anfechtungserklärung bedarf der notariellen Beurkundung (§ 2282 Abs. 3 BGB) und hat – binnen Jahresfrist (§ 2283 BGB) – gemäß § 143 Abs. 2 BGB gegenüber dem Vertragspartner zu erfolgen.⁴

Wenn dieser bereits verstorben ist, so ist die Anfechtung gemäß § 2281 Abs. 2 BGB gegenüber dem Nachlassgericht zu

erklären. Unmittelbare Folge einer wirksamen Anfechtung ist die Nichtigkeit der angefochtenen Erklärung mit ex-tunc-Wirkung (§ 142 BGB). Zudem wirkt sich die Anfechtung unter Umständen auch auf die Wirksamkeit der weiteren im Erbvertrag enthaltenen Erklärungen aus, wobei zwischen ein- und zweiseitigen Erbverträgen zu unterscheiden ist.⁵

b) Der Widerruf eines gemeinschaftlichen Testaments (§ 2271 BGB)

Ein Ehegatte⁶ kann sich von seinen in einem gemeinschaftlichen Testament enthaltenen wechselbezüglichen Verfügungen durch einen Widerruf im Sinne des § 2271 BGB lösen. Ein Widerruf ist dabei nur zu Lebzeiten des anderen Ehegatten möglich (§ 2271 Abs. 2 Satz 1 BGB). Der Widerruf hat durch notariell beurkundete Erklärung gegenüber dem anderen Ehegatten zu erfolgen (§§ 2271 Abs. 1, 2296 Abs. 2 BGB). Durch den Widerruf wird die betreffende letztwillige Verfügung hinfällig, wobei dies gemäß § 2270 Abs. 1 BGB auch zur Unwirksamkeit der hierzu wechselbezüglichen Verfügung des anderen Ehegatten führt.

c) Der Rücktritt vom Erbvertrag (§§ 2293 ff. BGB)

Als Pendant zum Widerruf des gemeinschaftlichen Testaments besteht beim gegenseitigen⁷ Erbvertrag das Rücktrittsrecht, jedoch mit dem maßgeblichen Unterschied, dass ein allgemeines⁸ Rücktrittsrecht nicht kraft Gesetzes, sondern nur kraft entsprechender Vereinbarung besteht. Wie der Widerruf hat der Rücktritt durch notariell beurkundete Erklärung gegenüber dem anderen Vertragsschließenden zu erfolgen (§ 2296 Abs. 2 BGB). Die wirksame Erklärung des Rücktritts führt, wenn nicht ein anderer Wille der Vertragsschließenden anzunehmen ist, zur Aufhebung des gesamten Erbvertrags (§ 2298 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 BGB).

Wie der Widerruf eines gemeinschaftlichen Testaments ist auch der Rücktritt vom gegenseitigen Erbvertrag nur zu Lebzeiten des anderen Vertragsschließenden möglich (§ 2298 Abs. 2 Satz 2 BGB). Diese Regelung ist nur insofern dispositiv, als diese Frist verkürzt, nicht aber verlängert werden kann.⁹ Ansonsten könnte ein Erblasser entgegen § 2065 BGB die Entscheidung über den Bestand seiner letztwilligen Verfügung der freien Entscheidung eines Dritten überlassen, der diese Entscheidung wiederum durch bloßen Rücktritt vom Erbvertrag treffen könnte. Wird gleichwohl vereinbart, dass das Rücktrittsrecht über den Tod des anderen Vertragsschließenden hinaus fortbestehen soll, so ist dies richtigerweise als Änderungsvorbehalt auszulegen, der es dem Zurücktretenden ermöglicht, seine Verfügungen (nicht aber die des bereits verstorbenen anderen Vertragsschließenden) umfassend bzw. weitest möglich¹⁰ abzuändern.

⁵ Näher *Palandt/Weidlich*, § 2281 Rdnr. 8; *Staudinger/Kanzleiter*, § 2281 Rdnr. 33 ff.

⁶ Die nachfolgenden Ausführungen gelten entsprechend für eingetragene Lebenspartner, § 10 Abs. 4 LPartG.

⁷ Beim einseitigen Erbvertrag gilt nur im Detail Abweichendes, insbesondere im Hinblick auf die Möglichkeit der Ausübung eines vorbehaltenen Rücktrittsrechts nach dem Tod des anderen Vertragsschließenden.

⁸ Freilich enthalten die §§ 2294 f. BGB gesetzliche Rücktrittsrechte, die unabhängig von einer entsprechenden Vereinbarung gelten.

⁹ Zumindest ungenau daher BayObLG, Beschluss vom 21.12.1992, 1 Z BR 77/92, FamRZ 1994, 196; *Dohr*, MittRhNotK 1998, 382 (387); *Erman/Kappler/Kappler*, § 2298 Rdnr. 5; *Soergel/Wolf*, § 2298 Rdnr. 7; *Staudinger/Kanzleiter*, § 2298 Rdnr. 18.

¹⁰ Zur Streitfrage, ob ein Änderungsvorbehalt sämtliche Verfügungen des Erbvertrags erfassen darf, siehe *Keim*, ZEV 2005, 365 (368).

³ Zum Änderungsvorbehalt im Einzelnen, siehe *BeckOK/Litzenburger*, § 2278 Rdnr. 8 ff.; *Keim*, ZEV 2005, 365 ff.

⁴ *Palandt/Weidlich*, § 2281 Rdnr. 7.

2. „Zweite Gruppe“

Zur „zweiten Gruppe“ erbfolgerrelevanter Erklärungen gehören insbesondere solche förmlichen Erklärungen, die auf die Annahme oder Nichtannahme einer Erbschaft gerichtet sind. Dabei ist zu bemerken, dass die originäre Annahme der Erbschaft keiner förmlichen, amtsempfangsbedürftigen Erklärung bedarf.¹¹ Der Grund hierfür liegt darin, dass sie anders als die im Folgenden erläuterten Erklärungen keinen Einfluss auf die Erbfolge hat, da die Erbschaft nach dem Anfallsprinzip (§ 1942 BGB) auch ohne ausdrückliche Annahmeerklärung auf den oder die Erben übergeht.

a) Die Erbschaftsausschlagung (§§ 1943 ff. BGB)

Wer Erbe geworden ist, kann seine Erbenstellung rückwirkend durch Ausschlagung der Erbschaft beseitigen (§ 1953 Abs. 1 BGB). Die Ausschlagungserklärung ist form- und fristgebunden. Die Ausschlagungsfrist beträgt grundsätzlich sechs Wochen, beginnend ab dem Zeitpunkt, in welchem der Erbe von dem Anfall und dem Grund der Berufung Kenntnis erlangt (§ 1944 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 BGB). Die Ausschlagungserklärung hat zur Niederschrift des Nachlassgerichts oder in öffentlich beglaubigter Form zu erfolgen. Erklärungsadressat ist grundsätzlich das nach § 343 FamFG zuständige Nachlassgericht, also im Regelfall das Amtsgericht, in dessen Bezirk der Erblasser seinen letzten Wohnsitz hatte. Fristwährend kann die Ausschlagungserklärung jedoch seit Inkrafttreten des FamFG auch bei dem Nachlassgericht abgegeben werden, in dessen Bezirk der Ausschlagende seinen Wohnsitz hat (§ 344 Abs. 7 FamFG). Dies ist nach zutreffender Auffassung davon unabhängig, welche der in § 1945 Abs. 1 Hs. 2 BGB genannten Formen gewählt wird, da der Gesetzeswortlaut insoweit nicht differenziert.¹² Auch der Zweck des Gesetzes, das Risiko einer Fristversäumnis zu verringern, ist in beiden Fällen gleichermaßen gegeben.

b) Die Anfechtung der Annahme bzw. Ausschlagung der Erbschaft (§§ 1954 ff. BGB)

Annahme (einschließlich der Annahme durch Fristversäumnis, § 1956 BGB) und Ausschlagung der Erbschaft können angefochten werden, wenn ein Anfechtungsgrund vorliegt. In Betracht kommen zunächst die allgemeinen Anfechtungsgründe der §§ 119, 123 BGB, bei der Ausschlagung auch der besondere Anfechtungsgrund des § 2308 BGB. Die Wirkungen der Anfechtung ergeben sich aus § 1957 Abs. 1 BGB, der bestimmt, dass die Anfechtung der Annahme als Ausschlagung gilt und umgekehrt. Die Anfechtung ist an die in § 1954 BGB detailliert geregelten Fristen gebunden. Wie die Ausschlagung muss die Anfechtung der Annahme bzw. der Ausschlagung entweder zur Niederschrift des Nachlassgerichts oder in öffentlich-beglaubigter Form erklärt werden.

Welches Nachlassgericht zuständig ist, ergibt sich aus § 343 FamFG. Jedenfalls für die Anfechtung der Ausschlagung gilt wiederum die ergänzende Zuständigkeit des Nachlassgerichts, in dessen Bezirk der Anfechtende seinen Wohnsitz hat (§ 344 Abs. 7 FamFG). Umstritten ist jedoch, ob diese weitere Zuständigkeit auch für die Anfechtung der Annahme gilt.¹³ Da

die insofern bestehende Regelungslücke nicht intendiert war und die Interessenlage zu den in § 344 Abs. 7 FamFG genannten Fällen gleichgelagert ist, ist nach zutreffender Auffassung Raum für eine analoge Anwendung des § 344 Abs. 7 FamFG in den Fällen der Anfechtung der Annahme.¹⁴

II. Folgerungen für die Übermittlung der Erklärungen

Es zeigt sich, dass die beiden vorgestellten Gruppen erbfolgerrelevanter empfangsbedürftiger Willenserklärungen sich hinsichtlich des gesetzlich vorgesehenen Adressaten unterscheiden. Die vor dem maßgeblichen Erbfall abzugebenden Erklärungen müssen fast durchweg¹⁵ einer Privatperson (dem Erblasser oder einem Dritten) zugehen, während die Erklärungen der zweiten Gruppe fast durchweg¹⁶ gegenüber dem Nachlassgericht abzugeben sind.

Dies ist für die notarielle Praxis insofern relevant, als bei gegenüber dem Nachlassgericht abzugebenden Erklärungen vor allem sicherzustellen ist, dass die Erklärung zugeht, nicht aber auch, dass dies vollumfänglich beweisbar ist. Demgegenüber sollte der Absender einer Willenserklärung, die einer Privatperson zugehen soll, darauf achten, dass der Zugang vollumfänglich beweisbar ist, zumal wenn dieser – wie hier – fristgebunden ist. Denn anders als bei der Adressierung eines Gerichts muss die Möglichkeit in Betracht gezogen werden, dass der Zugang der Erklärung wahrheitswidrig bestritten wird und daher im Streitfall zu beweisen ist.

1. Gegenüber dem Nachlassgericht abzugebende Erklärungen

Dies bedeutet praktisch, dass für die Versendung von gegenüber dem Nachlassgericht abzugebenden Erklärungen (insbesondere also die der vorgenannten zweiten Gruppe) eine solche per einfachem Brief ausreicht. Wer darüber hinaus eine Bestätigung haben möchte, dass der Brief angekommen ist, sollte die Versendung per Einwurfeinschreiben in Betracht ziehen.¹⁷

Die Gewährleistung einer sicheren Übermittlung verliert zumindest im praktisch häufigsten Fall der Ausschlagung dadurch an Brisanz, dass als „Notanker“ die Anfechtung der Versäumung der Ausschlagungsfrist nach § 1956 BGB zur Verfügung steht, wenn die Übermittlung im Einzelfall fehlschlägt. Die Anfechtung der Fristversäumnis kommt nämlich auch dann in Betracht, wenn der Ausschlagende irrig davon ausgegangen ist, wirksam ausgeschlagen zu haben.¹⁸ Dies ist jedoch gerade auch dann der Fall, wenn die Ausschlagungserklärung auf dem Postweg verloren gegangen oder verzögert

¹⁴ Siehe auch die zutreffenden weiteren Erwägungen bei MünchKommFamFG/J. Mayer, § 344 Rdnr. 45.

¹⁵ Eine Ausnahme bildet die Anfechtung eines Erbvertrags durch den Erblasser nach dem Tode des Vertragspartners, § 2281 Abs. 2 BGB.

¹⁶ Etwas anderes gilt für die Anfechtung einer letztwilligen Verfügung in den Fällen des § 2081 BGB (dazu Fn. 2). Vgl. *Staudinger/Otte*, § 2081 Rdnr. 2 ff.

¹⁷ Andere Formen des Einschreibens schaffen demgegenüber bei gegenüber einem Gericht abzugebenden Erklärungen keinen Erkenntnisgewinn.

¹⁸ RGZ 143, 419, 424; OLG Hamm, Beschluss vom 10.6.1985, 15 W 131/85, OLGZ 1985, 286, 288; BayObLG, Beschluss vom 13.10.1993, 1Z BR 54/93, NJW-RR 1994, 586; OLG Zweibrücken, NJW-RR 2006, 1954, 1956; OLG Jena, Beschluss vom 9.5.2011, 6 W 51/11, MDR 2011, 790; *Palandt/Weidlich*, § 1956 Rdnr. 2.

¹¹ Siehe nur MünchKommBGB/Leipold, § 1943 Rdnr. 3.

¹² So auch *Palandt/Weidlich*, § 1945 Rdnr. 7; *Keidel/Zimmermann*, § 344 Rdnr. 48; MünchKommFamFG/J. Mayer, § 344 Rdnr. 47; *Heinemann*, DNotZ 2011, 498 (499 ff.); a. A. nur *Bestelmeyer*, Rpfleger 2010, 635, 637.

¹³ Bejahend MünchKommFamFG/J. Mayer, § 344 Rdnr. 45 m. w. N.; a. A. *Keidel/Zimmermann*, § 344 Rdnr. 52.

übermittelt¹⁹ worden ist. Es dürfte auch regelmäßig die Kausalität zu bejahen sein: In aller Regel wird man davon ausgehen können, dass der Erklärende alles daran gesetzt hätte, die Erklärung innerhalb der Ausschlagungsfrist nochmals abzugeben und dem Nachlassgericht zuzuleiten, wenn er rechtzeitig erfahren hätte, dass die zunächst abgegebene Erklärung nicht wie erwartet beim Nachlassgericht angekommen ist.

a) Adressat der Erklärung

Schwieriger zu beantworten ist die Frage, an welches Gericht eine notariell beglaubigte Erklärung der zweiten Gruppe gerichtet werden sollte, wenn der letzte Wohnsitz des Verstorbenen und der derzeitige Wohnort des Erklärenden räumlich so weit voneinander entfernt sind, dass die Zuständigkeiten nach § 343 FamFG und § 344 Abs. 7 FamFG auseinanderfallen. Diese Frage stellt sich vor allem dann, wenn der Erklärende die Erklärung bei seinem Wohnsitzgericht persönlich abgeben oder in den (Nacht-)Briefkasten einwerfen könnte, dies aber wegen der Entfernung beim nach § 343 FamFG zuständigen Gericht nicht ohne Weiteres möglich ist, zugleich aber die maßgebliche Frist bereits fast abgelaufen ist. Vor allem in diesen Fällen ist abzuwägen, ob lieber der rechtlich sichere, aber mit den (wenn auch nur geringen) Unwägbarkeiten des Postwegs verbundene Weg der Übermittlung an das nach § 343 FamFG zuständige Gericht beschritten wird, oder die schnellere, aber mit einer rechtlichen Restunsicherheit behaftete Alternative gewählt wird, die Erklärung bei dem in § 344 Abs. 7 FamFG genannten Gericht abzugeben. Ein Vorrang eines dieser Wege ist nicht auszumachen, es sei denn es erscheint selbst unter Berücksichtigung einer Postlaufzeit von einem Werktag²⁰ ausgeschlossen, dass die Erklärung fristgerecht beim Gericht ankommt. Dem Notar, der – jenseits des genannten Ausnahmefalls – einen dieser Wege empfiehlt oder einschlägt, wird man jedenfalls nicht den Vorwurf machen können, er habe den anderen einschlagen müssen.

b) Ausführung durch den Notar?

Für den Notar stellt sich schließlich die Frage, ob er selbst die Übermittlung der Ausschlagungserklärung übernimmt oder dies dem Erklärenden überlässt. Zur Übernahme der Übermittlungstätigkeit ist der Notar jedenfalls nicht verpflichtet. Insbesondere ergibt sich keine Verpflichtung aus § 15 BNotO, da es sich insoweit nicht um eine Beurkundungstätigkeit handelt. Angesichts der Haftungsträchtigkeit dieser Aufgabe²¹ wird man dem Notar nicht verübeln können, wenn er lediglich die Erklärung entwirft und die Unterschrift darunter beglaubigt, zumal eine gesonderte Kostenerhebung für die Übermittlung nicht zulässig ist (Ausnahme: Auslagen).²² Gleichwohl wird der Notar häufig unter Fürsorge- und Dienstleistungsgesichtspunkten die Übermittlung übernehmen.

¹⁹ Im Normalfall darf davon ausgegangen werden, dass Briefe durch die Deutsche Post am nächsten Werktag zugestellt werden (Beachtung der Leerungszeiten von Briefkästen sowie korrekte Frankierung und Adressierung vorausgesetzt). Davon geht auch die höchstrichterliche Rechtsprechung im Zusammenhang mit der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand aus, BVerwG, Urteil vom 20.6.2013, 4 C 2/12, NVwZ 2013, 1288; BGH, Beschluss vom 18.7.2007, XII ZB 32/07, NJW 2007, 2778, 2779; BGH, Beschluss vom 20.5.2009, IV ZB 2/08, NJW 2009, 2379, 2380; siehe auch § 3 Nr. 2 Satz 1 PUDLV.

²⁰ Siehe Fn. 19 zur Postlaufzeit.

²¹ Vgl. etwa OLG Celle, Beschluss vom 15.9.2009, 6 W 117/09, ZEV 2010, 365; LG Stralsund, Urteil vom 4.12.2002, 7 O 475/01, NotBZ 2004, 447.

²² Nur im praktischen Ausnahmefall, dass die Ausschlagungserklärung nicht vom beglaubigenden Notar entworfen wurde, erhält er eine Gebühr nach KV Nr. 22124 (Anlage 1 zum GNotKG).

2. Gegenüber einer Privatperson abzugebende Erklärungen

Als deutlich komplexer erweist sich demgegenüber die sichere Übermittlung von Erklärungen, die gegenüber einer Privatperson abzugeben sind. Aus diesem Grund übernimmt zumeist der die Erklärung beurkundende Notar diese Aufgabe, obgleich auch insoweit für die Übermittlung keine gesonderten Gebühren erhoben werden dürfen²³ und das Haftungspotential noch höher als bei der Übermittlung von Erklärungen gegenüber dem Nachlassgericht ist.²⁴ Es empfiehlt sich dabei, aus Klarstellungsgründen Auftrag und Vollmacht an den Notar, die Erklärung dem Adressaten zu übermitteln, in die zu beurkundende Erklärung aufzunehmen.

Übernimmt der Notar die Aufgabe, die Erklärung zu übermitteln, so stellen sich eine Reihe praktischer Fragen, auf die im Folgenden einzugehen sein wird. Dabei wird vom Regelfall ausgegangen, dass seitens des Erklärenden keine näheren Anweisungen zur Übermittlung erteilt werden. Solche Anweisungen sind jedoch, wie der BGH unlängst in der Bruno-Schubert-Entscheidung klargestellt hat, grundsätzlich zulässig und auch nicht beurkundungsbedürftig.²⁵

a) Gegenstand der Übermittlung

Zunächst stellt sich für den Notar im Anschluss an die Beurkundung der Erklärung die Frage, was er dem Erklärungsempfänger zu übermitteln hat. Da der Notar das Original der beurkundeten Erklärung grundsätzlich nicht aushändigen darf (§ 45 Abs. 2 BeurkG), kommt nur die Übermittlung einer Ausfertigung oder einer beglaubigten Abschrift in Betracht. Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung ist es für die Wirksamkeit der Erklärung erforderlich, dass eine Ausfertigung der Urkunde übermittelt wird.²⁶ Die Übermittlung

²³ Etwas anderes gilt nur, wenn der Notar gemäß § 20 Abs. 1 Satz 2 BNotO selbst die Zustellung vornimmt. Dann erhält er eine Gebühr nach KV Nr. 25104 (Anlage 1 zum GNotKG), vgl. *Kersten/Bühling/Terner*, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, § 15 Rdnr. 37.

²⁴ Unangenehm ist zudem, dass der Notar möglicherweise erst nach vielen Jahren mit Haftungsansprüchen konfrontiert wird. Die genannten Erklärungen der „Gruppe I“ entfalten ihre volle praktische Bedeutung nämlich erst nach dem Tod des Erklärenden und/oder des Erklärungsempfängers.

²⁵ BGH, Urteil vom 10.7.2013, IV ZR 224/12, BGHZ 198, 32; dazu *Bergmann*, MittBayNot 2014, 225; *Heyers*, JURA 2014, 11; *Schäfer*, NJW 2013, 3308; *Walker/Schmitt-Kästner*, FamRZ 2013, 1479; siehe auch die Vorentscheidung, OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 15.6.2012, 7 U 221/11, ZEV 2012, 542 m. Anm. *Keim*, ZEV 2012, 548.

²⁶ Zur Anfechtung eines Erbvertrags durch den Erblasser BayObLG, Beschluss vom 16.10.1963, BReg. 1 Z 173/62, NJW 1964, 205, 206; MünchKommBGB/*Musielak*, § 2282 Rdnr. 4; *Erman/Kappler/Kappler*, § 2282 Rdnr. 3; a. A. *Soergel/Wolf*, § 2282 Rdnr. 5; *Staudinger/Kanzleiter*, § 2282 Rdnr. 6; zum Rücktritt von einem Erbvertrag BGH, Urteil vom 22.1.1981, IVa ZR 97/80, NJW 1981, 2299, 2300; BGH, Urteil vom 13.7.1994, IV ZR 294/93, NJW 1995, 51, 52; OLG Celle, Beschluss vom 7.2.1963, 10 Wz 28/62, NJW 1964, 53; *Palandt/Weidlich*, § 2296 Rdnr. 2; *Erman/Kappler/Kappler*, § 2296 Rdnr. 3; MünchKommBGB/*Musielak*, § 2296 Rdnr. 5; NK-BGB/*Seiler/Horn*, § 2296 Rdnr. 8c; *J. Mayer in Reimann/Bengell/J. Mayer*, Testament und Erbvertrag, § 2296 Rdnr. 12; a. A. *Soergel/Wolf*, § 2296 Rdnr. 4; *Staudinger/Kanzleiter*, § 2296 Rdnr. 8; zum Widerruf eines gemeinschaftlichen Testaments BGH, Urteil vom 28.9.1959, III ZR 112/58, BGHZ 31, 5, 7; BGH, Beschluss vom 14.12.1961, V ZB 20/61, BGHZ 36, 201, 203; BGH, Beschluss vom 19.10.1967, III ZB 18/67, BGHZ 48, 374, 377; OLG Hamm, Beschluss vom 16.7.1991, 15 W 133/91, NJW-RR 1991, 1480; BeckOK-BGB/*Litzenburger*, § 2271 Rdnr. 11a; MünchKommBGB/*Musielak*, § 2271 Rdnr. 8; *J. Mayer*, in *Reimann/Bengell/J. Mayer*, Testament und Erbvertrag, § 2271 Rdnr. 11; a. A. KG, Beschluss vom 22.6.1961, 1 W 624/61, NJW 1961, 1424; *Hieber*, DNotZ 1960, 240 ff.; *Jansen*, NJW 1960, 475; *Röll*, DNotZ 1961, 312; *Soergel/Wolf*, § 2271 Rdnr. 8; siehe auch grundlegend *Staudinger/Singer*, § 130 Rdnr. 93 ff.

einer beglaubigten Abschrift genüge hingegen nicht, da lediglich die Ausfertigung die Urschrift im Rechtsverkehr ersetzt (§ 47 BeurkG). Ist dem Erklärungsempfänger lediglich eine beglaubigte Abschrift zugegangen, so soll die Übermittlung einer Ausfertigung auch nur innerhalb der für die Erklärung maßgeblichen Frist²⁷ nachgeholt werden können.²⁸ Die Möglichkeit einer späteren Heilung wird also nicht anerkannt. In der Literatur wird dieser Auffassung teilweise mit beachtlichen Argumenten entgegen getreten.²⁹ Es bestehe insbesondere kein legitimer Grund dafür, die Wirksamkeit der Erklärung an den Zugang einer Ausfertigung zu knüpfen, so dass die Übermittlung einer beglaubigten Abschrift genügen müsse. Seit Inkrafttreten des Zustellungsreformgesetzes³⁰ zum 1.7.2002 lässt sich zudem argumentieren, dass die Zustellung einer Ausfertigung in der Zivilprozessordnung nicht vorgesehen ist.³¹ Der im Zuge der Reform des Zustellungsrechts abgeschaffte § 170 Abs. 1 ZPO a. F., auf den der BGH im vorliegenden Zusammenhang in einer Entscheidung ausdrücklich Bezug genommen hat,³² hatte diese noch vorgesehen. Mit der ersatzlosen Streichung des § 170 Abs. 1 ZPO a. F. fehlt eine wesentliche Grundlage für die Rechtsauffassung der Rechtsprechung, denn die Zustellung einer Ausfertigung kann (materiellrechtlich) schlechterdings nicht verlangt werden, wenn das (formelle) Recht diese nicht mehr vorsieht. Die herrschende Meinung sollte daher überdacht werden.³³ Die notarielle Praxis wird sich freilich vorerst an der gefestigten BGH-Rechtsprechung orientieren und eine Ausfertigung übermitteln müssen.

b) Art und Weise der Übermittlung

Des Weiteren stellt sich die Frage, auf welche Art und Weise die Übermittlung erfolgen soll. Bei der Wahl des Übermittlungswegs ist zu bedenken, dass es wichtig ist, die Tatsache der Übermittlung im Streitfall vollumfänglich beweisen zu können. Auf den ersten Blick in Betracht kommende Übermittlungswege wie die Versendung per Einschreiben oder der Einwurf in den Briefkasten des Empfängers unter Zeugen bieten dabei nicht die wünschenswerte Sicherheit.³⁴ Dies gilt selbst dann, wenn beachtet wird, dass nicht nur die Tatsache des Zugangs einer Erklärung, sondern auch deren Inhalt (vor-

zugsweise durch Zeugen) bewiesen werden können muss.³⁵ Die in diesen Fällen zur Verfügung stehenden Beweismittel (Zustellungsbeleg der Post, Zeugenbeweis) unterliegen nämlich der freien Beweiswürdigung des Gerichts (§ 286 ZPO), so dass stets damit gerechnet werden muss, dass das Gericht nicht die erforderliche Überzeugung vom Zugang der Erklärung zu gewinnen vermag. In optimaler Weise kann der Zugang einer Erklärung daher nur bewiesen werden, wenn die Tatsache der Übermittlung in einer öffentlichen Urkunde (§ 415 ZPO) dokumentiert ist.

aa) Zugang unter Anwesenden

Am einfachsten ist dies freilich möglich, wenn der Erklärungsempfänger an der Beurkundung der Erklärung (des Rücktritts, des Widerrufs oder der Anfechtung) förmlich teilnimmt, insbesondere also die Urkunde mit unterschreibt.³⁶ Zusätzlich sollte aus Klarstellungsgründen in der Niederschrift festgehalten werden, dass der Erklärungsempfänger die Erklärung entgegennimmt. Auf diese Weise kann bewiesen werden, dass die Erklärung dem Erklärungsempfänger (unter Anwesenden) zugegangen ist.³⁷

Eine darüber hinausgehende Aushändigung einer körperlichen Erklärung (Ausfertigung) dürfte zum Bewirken des Zugangs nicht erforderlich sein, mag sie auch üblicherweise erfolgen.³⁸ Zwar könnte für ein solches zweischrittiges Verfahren (1. Beurkundung, 2. Übermittlung der beurkundeten Erklärung) sprechen, dass es vom Gesetzeswortlaut der § 2281 Abs. 3, § 2296 Abs. 2 BGB nahegelegt wird. Es wäre jedoch übertriebener Formalismus, ein solches Verfahren bei der Mitwirkung des Erklärungsempfängers an der Beurkundung zu verlangen. Selbst wenn man dies anders sähe, wäre in der Mitwirkung des Erklärungsempfängers an der Urkunde ein konkludenter Verzicht auf einen gesonderten Zugang der beurkundeten Erklärung zu erblicken.³⁹

In der Praxis wird häufig der Weg der Erklärung gegenüber einem anwesenden Erklärungsempfänger (insbesondere wegen dessen fehlender Mitwirkungsbereitschaft) nicht beschritten werden können. Auch in diesem Fall stehen jedoch Wege zur Verfügung, um den Zugang in öffentlichen Urkunden dokumentieren zu können.

bb) Zustellung gemäß § 132 BGB

Typischerweise wird dabei auf die Zustellung nach § 132 BGB verwiesen.⁴⁰ Dabei kann zwischen der Zustellung durch den Gerichtsvollzieher (§ 132 Abs. 1 BGB) und der öffentlichen Zustellung (§ 132 Abs. 2 BGB) unterschieden werden, wobei in den hier erörterten Fällen beide Wege grundsätzlich gangbar sind.

Der Vorteil der Zustellung durch den Gerichtsvollzieher besteht darin, dass mit der Zustellungsurkunde eine öffentliche

²⁷ D. h. beim Rücktritt vom Erbvertrag und beim Widerruf eines gemeinschaftlichen Testaments nur zu Lebzeiten des Empfängers; bei der Anfechtung des Erbvertrags durch den Erblasser innerhalb der Jahresfrist des § 2283 BGB.

²⁸ BGH, Beschluss vom 19.10.1967, III ZB 18/67, BGHZ 48, 374, 384; BGH, Urteil vom 12.12.1975, IV ZR 101/74, JZ 1976, 243, 244; OLG Hamm, Beschluss vom 16.7.1991, 15 W 133/91, NJW-RR 1991, 1480; *Erman/Kappler/Kappler*, § 2296 Rdnr. 3; Münch-KommBGB/*Musielak*, § 2296 Rdnr. 5; *Palandt/Weidlich*, § 2296 Rdnr. 3; *J. Mayer in Reimann/Bengell/J. Mayer*, Testament und Erbvertrag, § 2296 Rdnr. 13; *Staudinger/Kanzleiter*, § 2296 Rdnr. 10; a. A. OLG Celle, Beschluss vom 7.2.1963, 10 Wz 28/62, NJW 1964, 53, 55 mit Anm. *Bärmann*; NK-BGB/*Müssig*, § 2271 Rdnr. 16.

²⁹ *Kanzleiter*, DNotZ 1996, 931 ff.; *Dilcher*, JZ 1968, 188 f.; *Hieber*, DNotZ 1960, 240 ff.; *Jansen*, NJW 1960, 475; *Röll*, DNotZ 1961, 312 ff.; *Soergel/Wolf*, § 2296 Rdnr. 4; siehe aber auch etwa *Schippers*, DNotZ 2006, 726, 744.

³⁰ ZuStRG vom 25.6.2001, BGBI I, S. 1206 ff.

³¹ *Coenen*, DGVZ 2002, 5, 10; *Foerste*, NJW 2010, 3611, 3612; MünchKommZPO/*Häublein*, § 192 Rdnr. 5; *Zöller/Stöber*, § 192 Rdnr. 10.

³² BGH, Beschluss vom 14.12.1961, V ZB 20/61, BGHZ 36, 201, 206.

³³ So auch *Palandt/Weidlich*, § 2271 Rdnr. 5.

³⁴ Vgl. *Kaiser*, NJW 2009, 2187 f.; *Staudinger/Singer*, § 130 Rdnr. 108 m. w. N.

³⁵ Vgl. *Kaiser*, NJW 2009, 2187, 2188; *Schmidt*, IPrax 2004, 13, 19 f.
³⁶ Vgl. DNotI-Report 2014, 97, 98; OLG Hamm, FGPrax 2014, 71, 72.

³⁷ Genau genommen wird durch die öffentliche Urkunde nicht der Zugang bewiesen, sondern, dass der Erklärungsempfänger anwesend war (und ggf. erklärt hat, die Erklärung entgegengenommen zu haben). Damit sind jedoch alle Voraussetzungen für den Zugang einer Erklärung unter Anwesenden erfüllt, da insoweit lediglich erforderlich ist, dass der Erklärungsempfänger die Erklärung sinnlich wahrnehmen konnte.

³⁸ Anders wohl DNotI-Report 2014, 97, 98.

³⁹ Zur Zulässigkeit von Vereinbarungen über den Zugang BGH, Urteil vom 7.6.1995, VIII ZR 125/94, BGHZ 130, 71, 75; OLG Frankfurt, Urteil vom 14.5.2009, 26 U 31/8, ZEV 2009, 516, 518.

⁴⁰ Siehe nur *Palandt/Weidlich*, § 2271 Rdnr. 5; § 2296 Rdnr. 2.

Urkunde über den Zugang der Erklärung vorliegt (§§ 415, 418 BGB). Trotz der hohen Beweiskraft dieser Urkunde darf nicht verkannt werden, dass der Beweis der Unrichtigkeit der bezugten Tatsache durchaus zulässig ist (§ 418 Abs. 2 ZPO) und gerade bei (Post-)Zustellungsurkunden (§§ 193, 194, 182 ZPO) auch gelegentlich gelingt.⁴¹ Als weiterer Vorteil der Zustellung durch den Gerichtsvollzieher ist allerdings zu nennen, dass dabei auch die Ersatzzustellung nach Maßgabe der §§ 178 ff. ZPO möglich ist.⁴² Dies umfasst insbesondere die Möglichkeit, an bestimmte andere Personen zuzustellen (§ 178 ZPO) und die Zustellung durch Einlegen in den Briefkasten (§ 180 ZPO) bzw. durch Niederlegung beim AG (§ 181 ZPO) zu bewirken.

Die öffentliche Zustellung (§ 132 Abs. 2 ZPO) kommt hingegen nur dann in Betracht, wenn der Aufenthalt des Erklärungsempfängers unbekannt ist.⁴³ Die öffentliche Zustellung erfolgt nach Maßgabe der §§ 185 ff. ZPO. Zuständig ist das AG, in dessen Bezirk der Erklärungsempfänger den letzten (bekannt) Wohnsitz oder in Ermangelung eines solchen den letzten Aufenthalt hatte (§ 132 Abs. 2 Satz 2 Var. 2 BGB).⁴⁴

cc) Zustellung durch den Notar gemäß § 20 BNotO

Neben der Zustellung durch den Gerichtsvollzieher kommt die durch den Notar gemäß § 20 Abs. 1 Satz 2 BNotO in Betracht. Praktisch erfolgt diese, indem der Notar dem Erklärungsempfänger eine Ausfertigung der Erklärung aushändigt. Mithilfe der über diesen Vorgang errichteten notariellen Niederschrift (§§ 36, 37, 39 BeurkG) kann der Zugang der Erklärung bewiesen werden.⁴⁵ Der Vorteil der Zustellung durch den Notar liegt darin, dass es sich um einen schnellen und unkomplizierten Weg handelt, bei dem der Notar nicht Gefahr läuft, dass der Gerichtsvollzieher anstatt einer Ausfertigung nur eine beglaubigte Abschrift zustellt.⁴⁶ Nachteilig ist jedoch, dass dem Notar nicht die Möglichkeit der Ersatzzustellung zur Verfügung steht.⁴⁷ Der Notar ist folglich darauf angewiesen, dass er den Erklärungsempfänger antrifft und dieser die Annahme nicht verweigert. Außerdem unterliegt

die Zustellung durch den Notar der Einschränkung, dass der Notar die Zustellung nach Maßgabe der §§ 10 ff. BNotO grundsätzlich nur innerhalb seines Amtsbereichs vornehmen darf. Jedenfalls dann aber, wenn Fristablauf droht oder die Gefahr besteht, dass der Erklärungsempfänger stirbt, bevor die Zustellung durch den Gerichtsvollzieher erfolgt ist, wird der Notar die Zustellung durch ihn selbst in Betracht ziehen. In einem solchen Fall kann auch die Überschreitung des Amtsbereichs und sogar des Amtsbezirks wegen Gefahr im Verzug nach § 10a Abs. 2, § 11 Abs. 2 BNotO gerechtfertigt sein.

c) Adressat der Übermittlung in Sonderfällen

Schwierigkeiten bereitet die Auswahl des Erklärungsadressaten in bestimmten Sonderfällen. Gemeint sind die Fälle der Geschäftsunfähigkeit bzw. beschränkter Geschäftsfähigkeit des Erklärungsempfängers sowie des unter Betreuung stehenden Erklärungsempfängers.

Das Hauptproblem besteht zunächst darin, dass der Notar Kenntnis vom Vorliegen einer solchen Sonderkonstellation erlangen muss, um darauf reagieren zu können. Insoweit dürften den Notar im Regelfall keine Nachforschungsobliegenheiten⁴⁸ treffen. Vielmehr darf er mangels entgegenstehender Hinweise davon ausgehen, dass der Erklärungsempfänger unbeschränkt geschäftsfähig ist.

aa) Geschäftsunfähiger Erklärungsempfänger

Ist der Erklärungsempfänger geschäftsunfähig, so wird die ihm gegenüber abgegebene Erklärung nicht wirksam, bevor sie dem gesetzlichen Vertreter zugeht (§ 131 Abs. 1 BGB). Hat der Notar Kenntnis von der Geschäftsunfähigkeit des (eigentlichen) Erklärungsempfängers, sollte er daher die Übermittlung der Erklärung an dessen Betreuer veranlassen.⁴⁹ Dabei ist darauf zu achten, dass der Betreuer (auch) für den Aufgabenkreis der Vermögenssorge bestellt ist.⁵⁰ Ggf. ist die Einrichtung einer Betreuung zu veranlassen. In Eilfällen sollte der Notar auf die Einrichtung einer vorläufigen Betreuung (§§ 300 ff. FamFG) hinwirken.

bb) Beschränkt geschäftsfähiger Erklärungsempfänger

Auch in den Fällen der beschränkten Geschäftsfähigkeit des (eigentlichen) Adressaten, sollte die Erklärung dessen gesetzlichem Vertreter übermittelt werden, da die hier in Rede stehenden Fälle in den Anwendungsbereich des § 131 Abs. 2

⁴¹ Siehe etwa die harsche Kritik an der Zustellungspraxis bei *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, § 418 Rdnr. 2 und 11.

⁴² *Palandt/Ellenberger*, § 132 Rdnr. 2; *MünchKommBGB/Einsele*, § 132 Rdnr. 3; *Staudinger/Singer*, § 132 Rdnr. 3.

⁴³ Die Unkenntnis über die Person des Erklärungsempfängers (§ 132 Abs. 2 Satz 1 Var. 1 BGB) kommt bei den hier erörterten Fällen nicht in Betracht.

⁴⁴ Im vorliegenden Zusammenhang näher *BeckOK-BGB/Litzenburger*, § 2271 Rdnr. 11b; *Palandt/Weidlich*, § 2271 Rdnr. 5, § 2296 Rdnr. 2.

⁴⁵ Siehe dazu DNotI-Report 2005, 156; *Eylmann/Vaasen/Limmer*, § 20 BNotO Rdnr. 33; *Kersten/Bühling/Terner*, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, § 15 Rdnr. 43 ff. mit Muster-text.

⁴⁶ Auffällig ist, dass in den obergerichtlich bzw. höchstrichterlich entschiedenen Fällen, in denen lediglich eine beglaubigte Abschrift der Erklärung übermittelt wurde, vom Notar lege artis ein Auftrag zur Zustellung einer *Ausfertigung* erteilt worden war, vom Gerichtsvollzieher gleichwohl (weisungswidrig?) nur eine *beglaubigte Abschrift* zugestellt wurde; siehe etwa BGH, Urteil vom 28.9.1959, III ZR 112/58, BGHZ 31, 5; BGH, Beschluss vom 14.12.1961, V ZB 20/61, BGHZ 36, 201, 202; BGH, Beschluss vom 19.10.1967, III ZB 18/67, 48, 374; OLG Celle, Beschluss vom 7.2.1963, 10 Wz 28/62, NJW 1964, 53; OLG Hamm, Beschluss vom 16.7.1991, 15 W 133/91, NJW-RR 1991, 1480.

⁴⁷ Vgl. *Eylmann/Vaasen/Limmer*, § 20 BNotO Rdnr. 33; *Kersten/Bühling/Terner*, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, § 15 Rdnr. 43; *Schippell/Bracker/Reithmann*, BNotO, § 20 Rdnr. 64.

⁴⁸ In Betracht kommen insbesondere die Nachfrage beim Betreuungsgericht, ob ein Betreuungsverfahren anhängig ist, sowie ggf. die Einsichtnahme in die Betreuungsakten. Auf diese Auskünfte dürfte gemäß § 13 FamFG ein Anspruch bestehen. Allerdings wird die Nachforschung dadurch erschwert, dass das örtlich zuständige Gericht (§ 272 FamFG) nicht in jedem Fall ohne Weiteres ermittelt werden kann. Im Übrigen kann aus der fehlenden Anhängigkeit eines Betreuungsverfahrens nicht der sichere Schluss gezogen werden, dass die betreffende Person unbeschränkt geschäftsfähig ist. Auch umgekehrt lässt die Anordnung einer Betreuung keine sicheren Rückschlüsse auf die Frage der Geschäftsfähigkeit zu, jedoch dürften sich in diesem Fall häufig Anhaltspunkte hierfür aus den Betreuungsakten entnehmen lassen (ärztliche Gutachten, §§ 280 ff. FamFG).

⁴⁹ OLG Nürnberg, Beschluss vom 6.6.2013, 15 W 764/13, Mitt-BayNot 2014, 72 m. Anm. *Gerono*.

⁵⁰ OLG Nürnberg, Beschluss vom 6.6.2013, 15 W 764/13, Mitt-BayNot 2014, 72 m. Anm. *Gerono*; *NK-BGB/Seiler/Horn*, § 2296 Rdnr. 8c. Freilich genügt es auch, wenn die Betreuung speziell den Aufgabenkreis der Entgegennahme der jeweiligen Erklärung umfasst; vgl. etwa AG München, Beschluss vom 13.10.2010, 705 XVII 1559/08, NJW 2011, 618; *BeckOK-BGB/Litzenburger*, § 2271 Rdnr. 14.

Satz 1 BGB fallen. Die Ausnahmetatbestände des § 131 Abs. 2 Satz 2 BGB sind im vorliegenden Zusammenhang ohne praktische Bedeutung, da die Erklärungen nicht rechtlich lediglich vorteilhaft sind und der gesetzliche Vertreter auch kaum einmal vorab seine Einwilligung erteilen dürfte.

cc) Unter Betreuung stehender Erklärungsempfänger

Steht der Erklärungsempfänger unter Betreuung, ohne in seiner Geschäftsfähigkeit beschränkt zu sein, so kann die Erklärung gleichwohl wirksam dem Betreuer übermittelt werden, da dieser als gesetzlicher Vertreter empfangsbevollmächtigt ist (§ 1902 BGB), vorausgesetzt der Betreuer ist (auch) für den Aufgabenkreis der Vermögenssorge bestellt. Ist der Betreuer gemäß §§ 1908 i, 1795 BGB von der Vertretung ausgeschlossen, so ist auf die Bestellung eines Ergänzungsbetreuers (§ 1899 Abs. 4 BGB) hinzuwirken.⁵¹

dd) Vorsorgevollmacht des Erklärungsempfängers vorhanden

Besondere Schwierigkeiten bereitet es, wenn der Erklärungsempfänger eine Vorsorgevollmacht erteilt hat und – möglicherweise allein aus diesem Grund – keine Betreuung angeordnet wurde: Zum einen ist in einem solchen Fall möglicherweise unklar, ob Einschränkungen der Geschäftsfähigkeit bestehen. Zum anderen besteht aus rechtlicher Sicht das Problem, dass nicht abschließend geklärt ist, ob die Übersendung der Erklärung an den Bevollmächtigten genügt. Nach zutreffender Auffassung ist dies im Hinblick auf § 164 Abs. 3 BGB zu bejahen, da die hier in Rede stehenden Erklärungen dem Adressaten nicht höchstpersönlich zugehen müssen.⁵² Da dies aber nicht höchststrichtrichlerlich gesichert ist, dürfte sich folgende Vorgehensweise empfehlen: Zunächst sollte erwogen werden, auf die Anordnung einer Betreuung hinzuwirken, um die Erklärung dem Betreuer übermitteln zu können.⁵³ Wenn eine Betreuung nicht angeordnet wird, sollte eine Ausfertigung sowohl an den Vertretenen als eigentlichen Erklärungsempfänger als auch an dessen Vertreter gerichtet werden, um auch im Fall einer beschränkten oder fehlenden Geschäftsfähigkeit des Erklärungsempfängers möglichst einen wirksamen Zugang der Erklärung zu bewirken.

d) Exkurs: Auslandszustellung

Besondere Probleme wirft die Zustellung von Erklärungen im Ausland auf. Dies soll im Folgenden vertieft lediglich anhand der Zustellung an einen in der Europäischen Union wohnhaften Erklärungsempfänger erörtert werden. Insoweit findet die EU-ZustVO⁵⁴ Anwendung.

Umstritten ist bereits, ob eine Zustellung durch den Gerichtsvollzieher nach § 132 Abs. 1 BGB im Ausland zulässig bzw.

möglich ist.⁵⁵ Dagegen spricht im Anwendungsbereich der EU-ZustVO, dass der Gerichtsvollzieher keine zuständige Übermittlungsstelle nach dieser Verordnung ist.⁵⁶ Eine Zustellung nach der EU-ZustVO könnte im hier interessierenden Fall der Zustellung notarieller Urkunden vielmehr nur das gemäß § 1069 Abs. 1 Nr. 2 ZPO zuständige AG vornehmen, das die Ausfertigung der Notarurkunde, etwa per Einschreiben mit Rückschein nach Art. 16 i. V. m. Art. 14 EU-ZustVO übermitteln könnte.⁵⁷ Hierbei handelt es sich jedoch nicht um eine Zustellung unter Vermittlung des Gerichtsvollziehers, so dass die Zustellungsfiktion des § 132 Abs. 1 BGB nicht (unmittelbar) eingreift. Demnach kann eine Zustellung im Sinne des § 132 Abs. 1 BGB im Ausland nicht bewirkt werden. Zugleich kann aber auch nicht ohne Weiteres der Weg der öffentlichen Zustellung gewählt werden. Diese ist nicht allein deshalb zulässig, weil eine Zustellung durch den Gerichtsvollzieher im Ausland nicht möglich ist. Anders als im Anwendungsbereich des § 185 Nr. 3 ZPO genügt es im Übrigen im Rahmen des § 132 Abs. 2 BGB nicht, dass eine Zustellung im Ausland faktisch oder rechtlich nicht möglich ist.⁵⁸

Es besteht also das Dilemma, dass keine der Zustellungsmöglichkeiten des § 132 BGB zur Verfügung steht. Es dürfte dahingehend zu lösen sein, dass auf eine wirksame Zustellung nach Maßgabe des § 183 ZPO die Zustellungsfiktion des § 132 Abs. 1 BGB analog angewendet wird. Dem Notar kann daher am ehesten empfohlen werden, beim (nach § 1069 Abs. 1 Nr. 2 ZPO) zuständigen AG eine Zustellung per Einschreiben mit Rückschein nach Art. 16 i. V. m. Art. 14 EU-ZustVO zu beantragen. Dies sollte in der Weise erfolgen, dass der Notar sich an einen Gerichtsvollzieher wendet, mit der Bitte den Zustellungsauftrag an das AG weiterzuleiten.⁵⁹ Wirksam und ausreichend dürfte es aber auch sein, wenn der Notar das Gericht unmittelbar mit der Zustellung beauftragt.

Entsprechend sollte auch verfahren werden, wenn der Erklärungsempfänger nicht im räumlichen Anwendungsbereich der EU-ZustVO wohnt. Als zuständig ist insoweit wohl das AG

⁵⁵ Ablehnend die h. M.: BeckOK-BGB/Wendtland, § 132 Rdnr. 4; MünchKommZPO/Häublein, § 191 Rdnr. 3; Hornung, DGVZ 2003, 167, 168 f.; Prütting/Gehrlein/Tombrink/Kessen, § 191 Rdnr. 3; Stein/Jonas/H. Roth, § 183 Rdnr. 11; a. A. Möller, NJW 2003, 1571 ff.; Schmidt, IPRax 2004, 13, 17; diff. Wiczorek/Schütze/Rohe, vor § 183 Rdnr. 46; siehe auch Heidrich, EuZW 2005, 743, 744. In diesem Zusammenhang wird auch darauf hingewiesen, dass der Gerichtsvollzieher keine Zustellung durch Versendung der Erklärung per Einschreiben mit Rückschein vornehmen darf (Coenen, DGVZ 2002, 5, 10; Hornung, Rpfleger 2002, 493, 502; MünchKommZPO/Häublein, § 192 Rdnr. 2; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, § 74 Rdnr. 50; Thomas/Putzo/Hüßtege, § 192 Rdnr. 2). Dies ist jedoch die bei Auslandszustellungen nach der EU-ZustVO vorrangig in Betracht kommende Zustellungsart (§ 183 Abs. 1 Satz 2 Var. 1 ZPO; Art. 14 EU-ZustVO).

⁵⁶ LG Berlin, Magazindienst 2008, 822; MünchKommZPO/Häublein, § 191 Rdnr. 3; Wiczorek/Schütze/Rohe, vor § 183 Rdnr. 46; Zöller/Geimer, § 183 Rdnr. 1e.

⁵⁷ Zur Anwendbarkeit der EU-ZustVO auf Notarurkunden siehe EUGH, Urteil vom 25.6.2009, C-14/08, NJW 2009, 2513, 2515; siehe auch Halfmeier, LMK 2009, 288747; Sujecki, EuZW 2009, 358; ders., EuZW 2009, 585 f. Für den vorliegenden Zusammenhang BeckOK-BGB/Litzenburger, § 2271 Rdnr. 11b.

⁵⁸ Vgl. Staudinger/Singer, § 132 Rdnr. 6; AG Landstuhl, Beschluss vom 29.9.1993, 2 F 50/93, NJW-RR 1994, 332.

⁵⁹ So wohl auch Zöller/Geimer, § 183 Rdnr. 141; Geimer, Internationales Zivilprozessrecht, Rdnr. 2186. Der Gerichtsvollzieher dürfte zur entsprechenden Weiterleitung auch nach § 10 Abs. 2 Satz 1 GVGA verpflichtet sein.

⁵¹ Dazu OLG Nürnberg, Beschluss vom 6.6.2013, 15 W 764/13, MittBayNot 2014, 72 m. Anm. Gerono; BeckOK-BGB/Litzenburger, § 2271 Rdnr. 14; Keim, ZEV 2010, 358; ders., ZEV 2013, 452, 453.

⁵² LG Leipzig, Beschluss vom 1.10.2009, 4 T 549/08, FamRZ 2010, 403, 405; BeckOK-BGB/Litzenburger, § 2271 Rdnr. 14c; Jauernig/Stürner, § 2271 Rdnr. 2; Gerono, MittBayNot 2014, 74, 76; Keim, ZEV 2010, 358 ff.; ders., ZEV 2013, 452, 453; a. A. NK-BGB/Seiler/Horn, § 2296 Rdnr. 8c; Lange, ZEV 2008, 313, 319; Zimmer, ZEV 2007, 159, 162; ders., ZEV 2013, 307, 310.

⁵³ BeckOK-BGB/Litzenburger, § 2271 Rdnr. 14d; Gerono, MittBayNot 2014, 74, 76.

⁵⁴ VO Nr. 1393/2007.

anzusehen, in dessen Bezirk der Notar seinen Amtssitz hat (§ 797 Abs. 3 Satz 1, § 1069 Nr. 2 ZPO analog⁶⁰).

III. Praktische Fragen der Veranlassung einer förmlichen Zustellung nach § 132 Abs. 1 BGB

Da der Notar typischerweise für die Übermittlung der Erklärungen der ersten Gruppe eine Zustellung durch den Gerichtsvollzieher (§ 132 Abs. 1 BGB) wählen wird, sollen abschließend einige praktische Fragen dieses Übermittlungswegs beleuchtet werden. Die maßgeblichen Rechtsgrundlagen ergeben sich dabei zunächst aus den §§ 192 ff. ZPO. Daneben sind als für den Gerichtsvollzieher maßgebliche Rechtsvorschriften die GVGA (Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher) und die GVO (Gerichtsvollzieherordnung) von Interesse.

1. Gesetzliche Regelungslücke

Rechtliche wie praktische Probleme wirft es auf, dass in § 192 ZPO die Zustellung eines Originals bzw. einer Ausfertigung nicht vorgesehen ist.⁶¹ Vielmehr sieht das Gesetz in den §§ 192 ff. ZPO vor, dass dem Gerichtsvollzieher die Urschrift⁶² der zuzustellenden Erklärung übermittelt wird, dem Empfänger sodann eine von der Urschrift (durch den Auftraggeber oder den Gerichtsvollzieher) gefertigte beglaubigte Abschrift zugestellt wird und schließlich die Urschrift samt Zustellungsurkunde an den Absender rückübersandt wird. Bemerkenswerterweise folgt die herrschende Meinung hieraus, dass es für die Übermittlung einer Erklärung, die der Schriftform bedarf, genügt, dass eine beglaubigte Abschrift zugestellt wird.⁶³ Da die Rechtsprechung bei notariell beurkundeten Erklärungen diesen Schluss nicht zieht, sondern vielmehr die Zustellung einer Ausfertigung fordert,⁶⁴ ist besonderes Augenmerk darauf zu legen, dass der Gerichtsvollzieher tatsächlich auch so vorgeht. Es empfiehlt sich daher, dem Gerichtsvollzieher zwei Ausfertigungen der zuzustellenden Urkunde zu übermitteln, wobei er deutlich darauf hingewiesen wird, dass eine Ausfertigung dem Empfänger zuzustellen ist, und die andere als „Original“ dem Auftraggeber nach erfolgter Zustellung zurückzuleiten ist.⁶⁵

2. Fassung des Ausfertigungsvermerks

Des Weiteren stellt sich die Frage, wie bei diesen Ausfertigungen der Ausfertigungsvermerk (§ 49 Abs. 2 BeurkG) gefasst

werden sollte, insbesondere welche Person darin angegeben werden sollte. Für die Wirksamkeit der Zustellung ist unerheblich, welche Person im Ausfertigungsvermerk steht, solange dem richtigen Erklärungsempfänger eine Ausfertigung der Erklärung zugeht. Dies ergibt sich daraus, dass § 49 Abs. 2 Satz 1 BeurkG lediglich Soll-Vorschriften enthält, mit der Folge, dass selbst ein Unterbleiben einer Personenangabe die Wirksamkeit der Ausfertigung unberührt lässt.⁶⁶ Demnach kann es nicht darauf ankommen, ob im Ausfertigungsvermerk der Empfänger, der Gerichtsvollzieher oder der gesetzliche Vertreter des Empfängers angegeben ist.⁶⁷

Zu empfehlen ist jedoch, im Ausfertigungsvermerk (beider Ausfertigungen!) den Erklärungsempfänger anzugeben. In den Fällen des § 2281 Abs. 3 BGB ist dies das Nachlassgericht, nicht etwa der Dritte, da für die Wirksamkeit der Anfechtung lediglich der Zugang beim Nachlassgericht maßgeblich ist. In Vertretungsfällen sollten sowohl der Vertretene als auch der Vertreter im Ausfertigungsvermerk angeführt werden (... als gerichtlich bestellter Betreuer von ...; ... als Vorsorgebevollmächtigter von ...). In entsprechender Weise ist auch der Zustellungsadressat im Zustellungsauftrag zu bezeichnen.⁶⁸

3. Erteilung des Zustellungsauftrags

Die Ausfertigungen sind sodann mitsamt einem entsprechenden (formlosen) Auftrag an einen Gerichtsvollzieher zu übermitteln. Dabei sind die Ausfertigungen dem Gerichtsvollzieher so zu übermitteln, dass er von ihrem Inhalt Kenntnis nehmen kann (vgl. § 29 Abs. 2 GVGA).⁶⁹ Es steht aufgrund der weit gefassten Zuständigkeitsvorschriften (§§ 14, 16 GVO) nahezu im Belieben des Notars, welchem Gerichtsvollzieher der Zustellungsauftrag erteilt wird. Eine Zuständigkeit des Gerichtsvollziehers ist im Einzelnen begründet, wenn in seinem Bezirk der Erklärende seinen Wohnsitz hat, der beurkundende Notar seinen Amtssitz oder der Erklärungsempfänger seinen Wohnsitz hat. Die Zuständigkeitsbezirke der Gerichtsvollzieher lassen sich jedenfalls in Bayern online ermitteln.⁷⁰ Die unmittelbare Beauftragung eines Gerichts-

⁶⁶ Vgl. *Armbrüster/Preuß/Renner/Preuß*, BeurkG und DONot, § 49 Rdnr. 8; *Winkler*, BeurkG, § 49 Rdnr. 23.

⁶⁷ Ob die Fassung des Ausfertigungsvermerks im Hinblick auf die darin genannte Person rechtlich bedeutsam ist, wird zwar bei Vollmachten kontrovers diskutiert (bejahend KG, Beschluss vom 3.11.2011, 1 W 495/10, Rpfleger 2012, 200; OLG München, Beschluss vom 19.5.2008, 34 Wx 023/08, DNotZ 2008, 844, 845; Beschluss vom 23.11.2012, 34 Wx 319/12, DNotZ 2013, 372, 375; *Demharter*, GBO, § 19 Rdnr. 80; *Helms*, RNotZ 2002, 235 ff.; *Mehler/Braun*, DNotZ 2008, 810, 818; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 3584; *Waldner/Mehler*, Rpfleger 2002, 198 f.; *Winkler*, BeurkG, § 47 Rdnr. 4a; a. A. OLG Köln, Beschluss vom 9.7.2001 2 Wx 42/01, Rpfleger 2002, 197; *Palandt/Ellenberger*, § 172 Rdnr. 3; siehe auch OLG Frankfurt, Beschluss vom 8.11.2012, 20 W 324/12, FGPrax 2013, 103, 104. Selbst wenn man insoweit dem Ausfertigungsvermerk im Interesse des Rechtsverkehrs maßgebliche Bedeutung beimisst, ist zu berücksichtigen, dass die Interessenlage bei den hier in Rede stehenden Erklärungen eine andere ist. Insbesondere besteht bei den hier in Rede stehenden Erklärungen anders als bei Vollmachten keine Gefahr des Missbrauchs.

⁶⁸ Probleme mag das allerdings im Falle eines Vorsorgebevollmächtigten als Zustellempfänger schaffen, da § 24 Abs. 4 GVGA insoweit wenig praktikable Vorgaben enthält.

⁶⁹ Da der Notar nicht die Zustellung einer verschlossenen Sendung durch den Gerichtsvollzieher veranlassen kann, ist dies unter dem Gesichtspunkt der Verschwiegenheitspflicht (§ 18 BNotO) unproblematisch. Der Auftrag an den Notar, die Zustellung der Erklärung durch den Gerichtsvollzieher zu veranlassen, enthält insoweit eine konkludente Entbindung von der Schweigepflicht.

⁷⁰ <https://gerichtsvollzieher.justizregister.bayern.de/>

⁶⁰ Eine solche analoge Anwendung von § 797 Abs. 3 ZPO ist bei der öffentlichen Zustellung und der Auslandszustellung notarieller Urkunden im Rahmen der Zwangsvollstreckung weitgehend anerkannt, vgl. BayObLG, Beschluss vom 10.2.1989, BReg. 1 Z 8/89, NJW-RR 1990, 64; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO, § 797 Rdnr. 11; *Stein/Jonas/Münzberg*, § 797 Rdnr. 28; *Zöller/Stöber*, § 797 Rdnr. 23.

⁶¹ Siehe dazu bereits II. 2. a.

⁶² Dabei ist anerkannt, dass das Original auch in einer Ausfertigung bestehen kann, siehe nur MünchKommZPO/*Häublein*, § 192 Rdnr. 3; *Wieczorek/Schützel/Rohe*, § 193 Rdnr. 4; *Zöller/Stöber*, § 192 Rdnr. 5; vgl. auch BT-Drucks. 14/4554, S. 16.

⁶³ BGH, Urteil vom 25.1.1967, VIII ZR 173/64, NJW 1967, 823, 824; BeckOK-BGB/*Wendtland*, § 132 Rdnr. 5; MünchKommBGB/*Einsele*, § 132 Rdnr. 4; MünchKommZPO/*Häublein*, § 192 Rdnr. 5; *Palandt/Ellenberger*, § 132 Rdnr. 2; *Erman/Arnold*, § 132 Rdnr. 2; krit. *Foerste*, NJW 2010, 3611, 3613; *Prütting/Wegen/Weinreich/Ahrens*, § 132 Rdnr. 2. Unklar ist, ob diese Rechtsprechung nicht lediglich für den Sonderfall Geltung beansprucht, dass die Schriftform nicht gesetzlich vorgeschrieben und auch nicht vereinbart ist; so die Lesart von BGHZ 130, 71, 74; *Zöller/Stöber*, § 192 Rdnr. 10.

⁶⁴ Dazu siehe oben II. 2. a.

⁶⁵ Vgl. auch NK-BGB/*Seiler/Horn*, § 2296 Rdnr. 13.

vollziehers dürfte im Regelfall zu einer schnelleren Ausführung des Auftrags führen als die Inanspruchnahme der Vermittlung durch die Gerichtsvollzieherverteilerstelle (§§ 22 ff. GVO).

Zu berücksichtigen ist lediglich, dass der Gerichtsvollzieher eine *persönliche* Zustellung nur innerhalb seines Bezirks vornehmen darf (§ 14 Abs. 1 GVO, § 14 Satz 1 GVGA). Hat der Erklärungsempfänger seinen Wohnsitz nicht im betreffenden Gerichtsvollzieherbezirk, so wird der Gerichtsvollzieher eine Zustellung *durch die Post* (§ 194 ZPO) veranlassen.

Praktisch dürfte es sich empfehlen, einen Gerichtsvollzieher zu beauftragen, dem der Zustellungsauftrag durch einen Boten überbracht werden kann, um zu verhindern, dass die Erklärung auf dem Postweg zum Gerichtsvollzieher verloren geht. Falls es möglich ist, die Erklärung dem Gerichtsvollzieher zu überbringen, in dessen Zuständigkeitsbezirk der Erklärungsempfänger seinen Wohnsitz hat, erscheint es zudem sinnvoll, den Auftrag diesem unmittelbar zu überbringen, um die Zustellung zu beschleunigen.

Des Weiteren dürfte es ratsam sein, dass der Notar den Zustellungsauftrag im eigenen Namen (und nicht im Namen des Erklärenden) erteilt. Dadurch wird der Notar zwar zum Schuldner der Zustellungskosten (§ 13 Abs. 1 Nr. 1 GvKostG). Diese kann er dem Erklärenden allerdings als Auslagen in Rechnung stellen. Vor allem aber ist sichergestellt, dass der Notar als Auftraggeber nach erfolgter Zustellung die Zustellungsurkunde übersandt erhält und so die Ordnungsgemäßheit der Zustellung überprüfen kann.

4. Beschleunigung der Zustellung

Zur Dauer der Zustellung ist zu bemerken, dass § 5 Abs. 3 GVGA enge zeitliche Vorgaben für Gerichtsvollzieher enthält. Danach ist die Zustellung innerhalb von drei Tagen nach dem Empfang des Auftrags durchzuführen, möglichst jedoch schon am darauffolgenden Tag, wenn am Amtssitz des Gerichtsvollziehers oder unter seiner Vermittlung durch die Post zuzustellen ist. Jedoch gelten diese Fristen nicht, wenn die Eilbedürftigkeit der Sache eine noch frühere Erledigung des Auftrags erfordert. Erfahrungsgemäß werden wegen der hohen Belastung der Gerichtsvollzieher diese ambitionierten Vorgaben jedoch nicht immer eingehalten. In Eilfällen empfiehlt sich daher, den Gerichtsvollzieher auf die besondere Dringlichkeit der Zustellung hinzuweisen. Dabei ist zu bedenken, dass der Gerichtsvollzieher sich bei einer Verzögerung der Zustellung möglicherweise Amtshaftungsansprüchen aussetzt.⁷¹

Wenn der Notar den Zustellungsauftrag nicht im eigenen Namen erteilt,⁷² sollte er zumindest eine Kostenübernahmeerklärung abgeben, um zu verhindern, dass durch die Anforderung eines Kostenvorschusses (§ 4 GvKostG) eine Verzögerung eintritt. Zudem kann es sich im Einzelfall empfehlen, zu beantragen, die Uhrzeit der Zustellung auf der Zustellungsurkunde zu vermerken (vgl. § 182 Abs. 2 Nr. 7 ZPO).

5. Kosten der Zustellung

Die Kosten für eine Zustellung durch den Gerichtsvollzieher richten sich nach dem GvKostG und belaufen sich derzeit auf

⁷¹ Vgl. *Glenk*, NJW 2014, 2315, 2318.

⁷² Dazu soeben unter III. 3.

insgesamt ca. 15 € pro Zustellung. Diese Kosten kann der Notar gemäß Nr. 32004 KV-GNotKG dem Erklärenden in voller Höhe als Auslagen in Rechnung stellen.⁷³ Wenn der Notar den Zustellungsauftrag im eigenen Namen erteilt, hat der Notar auf diese Auslagen die Umsatzsteuer zu erheben.⁷⁴

6. Überprüfung der Zustellungsurkunde

Nach erfolgter Zustellung sollte der Notar die (mit der als „Urschrift“ fungierenden Ausfertigung verbundene) Zustellungsurkunde überprüfen, insbesondere darauf, ob sie die in § 182 Abs. 2 ZPO enthaltenen Angaben enthält und ob es Anhaltspunkte dafür gibt, dass der Gerichtsvollzieher weisungswidrig lediglich eine beglaubigte Abschrift zugestellt hat.⁷⁵ Misslich ist freilich, dass auf dem Vordruck der Zustellungsurkunde (Anlage 1 zur ZustVV) keine Angabe des Zustellers vorgesehen ist, ob eine Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift zugestellt wurde. Wenn dem Gerichtsvollzieher zwei Ausfertigungen zugeleitet wurden und eine davon mit der Zustellungsurkunde verbunden ist, kann allerdings im Regelfall davon ausgegangen werden, dass die andere Ausfertigung dem Erklärungsempfänger ordnungsgemäß zugestellt wurde.

Sodann sollte dieser Zugangsnachweis dem Erklärenden mit dem Hinweis zugeleitet werden, dass er ihn sorgfältig aufbewahren möge. Zudem dürfte es sich empfehlen, eine beglaubigte Abschrift des Zugangsnachweises bei den Nebenakten zu verwahren und dort – je nach zu erwartender Lebensdauer der Beteiligten – gemäß § 5 Abs. 4 Satz 1 DONot eine verlängerte Aufbewahrungsfrist zu bestimmen.

7. Formulierungsvorschlag

Abschließend soll eine Formulierung für einen Zustellungsauftrag an den Gerichtsvollzieher vorgeschlagen werden:

Anbei überreiche ich zwei Ausfertigungen meiner Urkunde URNr. .../2015 mit dem Auftrag, eine Ausfertigung Herrn/ Frau ... (Name, Anschrift des Erklärungsempfängers) gemäß § 132 Abs. 1 BGB zuzustellen. Die zweite Ausfertigung dient als „Urschrift“ im Sinne des § 193 Abs. 1 Satz 1, § 194 Abs. 1 Satz 2 ZPO. Bitte beachten Sie, dass aus rechtlichen Gründen zwingend eine der beigefügten Ausfertigungen (und nicht lediglich eine hiervon gefertigte beglaubigte Abschrift) zugestellt werden muss. [Die Angelegenheit ist in besonderem Maße eilbedürftig. Ich bitte daher um möglichst zügige Ausführung der Zustellung. Zudem bitte ich darum, die Uhrzeit der Zustellung auf der Zustellungsurkunde zu vermerken (§ 182 Abs. 2 Nr. 7 ZPO).] Nach erfolgter Zustellung bitte ich mir die Zustellungsurkunde sowie Ihre Kostennote zuzuleiten.

⁷³ Insbesondere ist der Notar nicht verpflichtet, sich auf die Berechnung der gerade in diesen Fällen deutlich zu gering bemessenen Pauschale von 3,50 € nach Nr. 32004 Abs. 2 i. V. m. Nr. 31002 KV-GNotKG zu beschränken; vgl. *Bormann/Diehn/Sommerfeldt/Diehn*, GNotKG, KV-Nr. 32004 Rdnr. 10.

⁷⁴ Vgl. zu diesem Kriterium nur Notarkasse, Streifzug durch das GNotKG, Rdnr. 422 ff.

⁷⁵ Zu dieser Überprüfungspflicht siehe BGH, Urteil vom 28.9.1959, III ZR 112/58, BGHZ 31, 5, 9.

Patientenverfügung ohne Vertreter – geht das?

– zugleich Anmerkung zum Beschluss des BGH vom 17.9.2014, XII ZB 202/13 –¹

Von Dr. *Elisabeth Albrecht*, Fachärztin für Innere Medizin, Palliativmedizinerin,
Teamleitung Spezialisierte Ambulante Palliativversorgung und Notar Dr. *Andreas Albrecht*, beide Regensburg

Die Entscheidung des BGH vom 17.9.2014 stellt einen weiteren Schritt auf der Gratwanderung dar, die Gesetzgeber und Rechtsprechung seit 2003 gehen, um das schwierige Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie, ärztlicher Behandlung und Schutz des Patienten für die medizinische und rechtliche Praxis handhabbar zu gestalten. Eine Reihe von bislang strittigen Fragen findet hier eine höchstrichterliche Antwort. Auf drei Bereiche wollen wir im Folgenden näher eingehen, die für den Notar, aber auch den Arzt in der täglichen Arbeit bei der Gestaltung und Anwendung von Patientenverfügungen von Bedeutung sein können.

I. Keine Beteiligung eines Vertreters erforderlich, wenn eine Patientenverfügung vorliegt

Bislang war unklar, ob bei Vorliegen einer Verfügung im Sinne des § 1901a Abs. 1 Satz 1 BGB (im Folgenden „Patientenverfügung“) diese den Arzt unmittelbar bindet oder ob (auch in solchen Fällen) Arzt und Bevollmächtigter oder (ggf. noch zu bestellender) Betreuer in einem dialogischen Verfahren nach § 1901b Abs. 1 Satz 2 BGB über die Interpretation der Verfügung, die weitere Behandlung oder auch den Behandlungsabbruch entscheiden müssen.

1. BGH-Entscheidung

Die vorliegende Entscheidung hat diese Frage nun dahingehend entschieden,² dass eine Beteiligung des Vertreters (Betreuers oder Bevollmächtigten) dann nicht erforderlich ist, wenn die Patientenverfügung eine Entscheidung über die Einwilligung oder Nichteinwilligung in bestimmte ärztliche Maßnahmen enthält, die auf die konkret eingetretene Lebens- und Behandlungssituation zutrifft. Grund dafür sei, dass dann der Patient diese Entscheidung selbst in einer alle Beteiligten bindenden Weise vorab getroffen habe. Soweit ein Betreuer vorhanden sei, obliege ihm nur noch, dem in der Patientenverfügung getroffenen Willen Ausdruck und Geltung zu verschaffen, § 1901a Abs. 1 Satz 2 BGB.

Liegt somit eine Patientenverfügung vor, die nach Ansicht des Arztes auf die eingetretene medizinische Situation passt, kann er sich als von ihr direkt angesprochen ansehen und hat dann ohne Weiteres die verlangten Maßnahmen auszuführen bzw. die ihm verbotenen zu unterlassen.

2. Gründe für die Gegenansicht

Bedauerlicherweise begründet das Gericht seine Ansicht nur durch kurze Hinweise auf die Gesetzesmaterialien und bestimmte Literaturstimmen, setzt sich aber nicht inhaltlich mit der Gegenansicht auseinander. Mindestens vier Argumente erscheinen uns jedoch weiterhin nicht widerlegt:

a) Eine eindeutige Antwort auf die Frage nach dem Erfordernis eines Vertreters bei der Anwendung einer Patientenverfügung gibt der Gesetzestext nicht. Vielmehr lässt die systematische Stellung der Regelung im Betreuungsrecht die Vermutung zu, dass auch die Anwendung des hier legal definierten, neuen Instruments Patientenverfügung dem Betreuer

obliegt; auch differenziert § 1901b Abs. 1 Satz 2 BGB in Bezug auf das vorgeschriebene dialogische Verfahren nicht zwischen der Patientenverfügung und dem Behandlungswunsch im Sinne des § 1901a Abs. 2 BGB. Ein Dialog setzt aber zwingend mehrere Personen voraus.

b) Das vom Gesetzgeber klug ausgedachte Wechselspiel zwischen Arzt und Vertreter nach § 1901b BGB dient dazu, den wahren Willen des Patienten durch ein bestimmtes Verfahren zu ermitteln.³ Es zielt darauf ab, ein Höchstmaß an Richtigkeit der Entscheidung zu erreichen, da es häufig um die schlechthin existentielle und irreversible Frage geht, ob das Leben eines Menschen zu Ende gehen soll oder nicht. Wenn die Entscheidung darüber vom Arzt im Monolog mit sich selbst und nicht im dialogischen Verfahren mit einem Vertreter getroffen wird, erscheint dies als Rückschritt in eine längst überwunden geglaubte Zeit des ärztlichen Paternalismus. Wie anhand von Beispielen aus dem medizinischen Alltag zu zeigen sein wird, erlauben auch scheinbar präzise Patientenverfügungen zum Beispiel ohne Kenntnis der Lebensumstände des Patienten, seiner Werte oder der Umstände, unter denen er seine Verfügung errichtet hat, es nicht, ihm in allen Fällen in dieser Extremsituation gerecht zu werden.

c) Die direkte Bindung des Arztes an eine unter Umständen schon Jahre alte Patientenverfügung ohne die Verpflichtung zum aktuellen Dialog mit einem dem Patienten meist nahestehenden Vertreter verhindert, dass gewandelte Ansichten des Patienten über seine nunmehr durch die Krankheit geprägte Lebenssituation, aber auch neue Erkenntnisse des medizinischen Fortschritts Eingang in die Entscheidung – meist über einen Behandlungsabbruch – finden können. Die vom BGH hier gefundene Ansicht könnte einer längst aufgegebenen Ansicht des Patienten Geltung verschaffen, die nicht seinem zuletzt geäußerten aktuellen Willen entspricht. Nach diesen häufig mündlichen Äußerungen überhaupt zu fragen, wird im medizinischen Alltag untergehen, insbesondere da meist in der Realität nur das Schriftliche als verbindlich angesehen wird. Die formlos mögliche Änderung der Verfügung oder ihr Widerruf⁴ sind nur wenig bekannt.

d) Spätestens seit dem sog. Kölner Fall des BGHSt⁵ ist die Strafbarkeit des Arztes und der Angehörigen beim klassischen

³ Im Sinne des Konzepts von *Niklas Luhmann* in „Legitimation durch Verfahren“, 1969; da in sozialen und rechtlichen Fragen keine selbstevidente naturwissenschaftliche Wahrheit zu finden ist, erfordert die Wahrheitsfindung einen besonderen Anerkennungsgrund. Diesen Anerkennungsgrund macht *Luhmann* in der Legitimität eines Verfahrens aus, das verbindliche Geltung verlangt.

⁴ § 1901a Abs. 1 Satz 3 BGB.

⁵ BGHSt, Beschluss vom 10.11.2010, NJW 2011, 161 = DNotZ 2011, 622 (Kölner Fall) Rdnr. 12 ff.

¹ BGH, Beschluss vom 17.9.2014, XII ZB 202/13, MittBayNot 2015, 138 (in diesem Heft).

² BGH, Beschluss vom 17.9.2014, XII ZB 202/13, MittBayNot 2015, 139, Ziff. II. 2. a. bb.

Behandlungsabbruch nur dann sicher ausgeschlossen, wenn das gesetzlich vorgeschriebene Verfahren eingehalten wurde. Für die Wahl des Verfahrens mit oder ohne Vertreter ist aber entscheidend, ob eine ausreichend präzise Patientenverfügung vorliegt. Regelmäßig wird diese Feststellung dem Arzt nicht leicht fallen; dies beweisen auch schon die wenig konkreten Aussagen des vorliegenden Beschlusses unter Ziffer II. 2. c) aa) (3), wonach die Bestimmtheit einer Verfügung „nur im Einzelfall beurteilt werden“ kann. Angesichts der weitreichenden Folgen der Wahl des richtigen Verfahrens kann es schon deshalb geraten sein, dem Arzt den sichersten Weg zu raten und zumindest Gravierendes wie einen Behandlungsabbruch nur im Dialog mit einem Vertreter zu entscheiden.

3. Justizpolitische Gründe

Nicht übersehen werden sollten die justizpolitischen Gründe, die in mehreren Gesprächen mit den Verfassern von Richtern geäußert wurden, wonach allein die jetzt vom BGH bestätigte Ansicht im Alltag praktikabel sei. Wenn zu jedem Behandlungsabbruch trotz Vorliegens einer Patientenverfügung auch noch ein dialogisches Verfahren durchgeführt werden müsste, wäre dazu in einer Vielzahl von Fällen eine Betreuerbestellung notwendig. Dies würde allerdings zu einem erheblichen finanziellen Mehraufwand führen, der nicht ohne Weiteres tragbar sei. Auch wenn die von den Ländern zu tragenden ungedeckten Kosten der Betreuung sicher hoch sind, ist allerdings zu fragen, ob finanzielle Belange hier entscheidend sein sollten.

4. Neue gesetzliche Gründe

Nicht vom BGH genannt wurde ein neuer gesetzlicher Grund für seine Rechtsprechung: § 630d Abs. 1 Satz 2 BGB. Nach dieser Vorschrift, die durch das Patientenrechtegesetz im Frühjahr 2013 in das BGB aufgenommen wurde, ist der Behandelnde grundsätzlich vor Durchführung von medizinischen Maßnahmen verpflichtet, die Einwilligung des Patienten einzuholen. Ist der Patient aber einwilligungsunfähig, ist die Einwilligung eines Vertreters erforderlich, „soweit nicht eine Patientenverfügung nach § 1901a Abs. 1 Satz 1 BGB die Maßnahme gestattet oder untersagt“. Damit ist klargestellt, dass ein Vertreterhandeln insoweit nicht erforderlich ist, als die Patientenverfügung reicht. Warum der BGH in seiner Entscheidung vom Herbst 2014 auf die insoweit geänderte, seine Ansicht stützende Rechtslage nicht eingegangen ist, ist leider nicht bekannt.

II. Wann liegt eine Patientenverfügung, wann ein Behandlungswunsch vor?

Nach der nunmehr von Gesetzgeber und Rechtsprechung geänderten Rechtslage ist es für die vorsorgende Rechtspflege wie für den Arzt von zentraler Bedeutung, ob er einerseits eine Patientenverfügung gestalten will oder anzuwenden hat oder andererseits einen Behandlungswunsch im Sinne des § 1901a Abs. 2 Alt. 1 BGB. Im ersteren Fall könnte der Notar sich darauf beschränken, eine Patientenverfügung ohne gleichzeitige Vollmacht in persönlichen Angelegenheiten (§ 1904 Abs. 5 BGB) oder ohne Betreuungsverfügung (§ 1897 Abs. 4 BGB) zu entwerfen. Im letzteren Fall würde er damit riskieren, dass das Betreuungsgericht noch einen Betreuer bestellen muss, sobald die in der Verfügung angesprochene medizinische Situation eingetreten ist und die dort niedergelegten Anordnungen umgesetzt werden sollen. Für den Arzt stellt sich dieselbe Frage aber vor einem straf- und haftungsrechtlichen Hintergrund: Verzichtet er auf den Dialog mit einem Vertreter in der Meinung, die ihm vorliegende Patientenverfügung sei

eine solche im technischen (engen) Sinne, und entscheidet allein über den Behandlungsabbruch, so riskiert er einschneidende persönliche Folgen, wenn später festgestellt wird, dass das vorliegende Papier nur als ein Behandlungswunsch ohne unmittelbare Wirkung angesehen werden konnte.

1. BGH-Entscheidung

Einfach ist die Antwort auf die Frage nach der Qualität der Verfügung, wenn diese nicht in Schriftform oder von einem Minderjährigen errichtet wurde. In diesen Fällen sind die Voraussetzungen des § 1901a Abs. 1 Satz 1 BGB nicht eingehalten; die Verfügung kann nur als Behandlungswunsch oder als Äußerung des mutmaßlichen Willens Anerkennung finden.

Schwierig ist zu entscheiden, ob die schriftliche Verfügung bestimmt genug in einen medizinischen Eingriff einwilligt (oder diesen untersagt). Der BGH⁶ und die Literatur wollen hier allgemeine Aussagen („Zulassen eines würdevollen Sterbens, wenn keine Heilung mehr möglich erscheint“, „kein Dahinvegetieren an Schläuchen“) nachvollziehbarer Weise nicht ausreichen lassen. Erforderlich sei, dass der Patient „umschreibend festlegt, was er in einer bestimmten Lebens- und Behandlungssituation“ angewendet haben will und was er ablehnt. Allerdings brauche er weder seine künftige Patientenbiographie noch den medizinischen Fortschritt voranzuzahlen. Hilfreich ist der Hinweis des BGH, dass für die Bestimmtheit der Patientenverfügung nicht die gleiche Präzision verlangt werden kann, die bei der aufgeklärten Einwilligung⁷ eines einwilligungsfähigen Patienten gefordert wird. Weniger können Notar und Arzt der Feststellung für ihre Arbeit abgewinnen, dass die Bestimmtheit einer Verfügung „nur im Einzelfall beurteilt werden“ kann.⁸

Schließlich liegt nur dann eine unmittelbar wirkende Patientenverfügung vor, wenn die darin enthaltenen Anweisungen auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zugeschnitten sind und somit Kongruenz besteht zwischen Verfügung und ärztlich indiziertem Eingriff.

2. Patientenverfügung/Behandlungswunsch ex ante entscheidbar?

Angesichts der beiden dargestellten für eine Patientenverfügung erforderlichen Merkmale (Bestimmtheit und Kongruenz) drängt sich einem die Feststellung auf, dass bei der Formulierung einer Verfügung noch nicht entschieden werden kann, ob diese später als Patientenverfügung oder als Behandlungswunsch gewertet werden wird.

So hatte eine Beteiligte in einem konkreten Fall mit viel Mühe und vermutlich ausreichender Bestimmtheit ihre Wünsche für die Behandlung der fortschreitenden Tumorerkrankung festgelegt. Allerdings erlitt sie wenig später einen Herzinfarkt und lag infolge missglückter Reanimation im Koma. Hier konnten die Bestimmungen der Verfügung mangels Kongruenz mit der späteren Lebenssituation als Behandlungswunsch herangezogen werden, bedurften aber auch nach heutiger Rechtslage der Umsetzung durch einen Vertreter.

In einem anderen Fall hatte die spätere Patientin präzise festgelegt, dass sie einen künstlichen Darmausgang ablehnt. Wenn sich während einer späteren Operation des Bauchraumes dies als alternativlos notwendig erweisen sollte, wolle sie

⁶ BGH, Beschluss vom 17.9.2014, XII ZB 202/13, MittBayNot 2015, 139, Ziff. II. 2. aa. (3).

⁷ Jetzt § 630d Abs. 2, § 630e BGB.

⁸ BGH, Beschluss vom 17.9.2014, XII ZB 202/13, MittBayNot 2015, 139, Ziff. II. 2. aa. (3).

lieber sterben. Als es nach Jahren notfallmäßig dennoch dazu kam und die Patientin aus der Narkose mit gerade dem ursprünglich abgelehnten künstlichen Darmausgang erwachte, war sie damit aber ausgesprochen zufrieden. Die Versorgung des Ausgangs, so stelle es sich für sie heraus, war wesentlich angenehmer geworden, als sie es Jahrzehnte vorher bei ihrer Schwester erlebt hatte. Deren damalige Schwierigkeiten hatten nämlich zu ihrer ablehnenden Haltung geführt. Dennoch hätte der Operateur nach den Buchstaben der Verfügung die Patientin versterben lassen müssen, weil die Verfügung bestimmt genug war und auch auf die Lebenssituation gepasst hat. Lediglich die Motivlage der Patientin in Verbindung mit dem medizinischen Fortschritt sprach gegen die ungeprüfte Umsetzung der Verfügung und für den Rekurs auf ihren mutmaßlichen Willen.

Beide Beispiele zeigen, dass auch eine ursprünglich bestimmte Patientenverfügung in der konkreten Behandlungssituation nur in Teilen als Behandlungswunsch oder sogar überhaupt nicht Berücksichtigung finden kann. Kurz gesagt: Die Überschrift über diesem Text besagt wenig über seine spätere Wirkung! Sie suggeriert eine Sicherheit, die sich aber erst „im Einzelfall“ zeigen wird.

3. Bedeutung in der medizinischen Praxis

Es fragt sich, in welchen Fällen die unmittelbare Wirkung der Patientenverfügung Bedeutung erlangen wird, wie sie vom BGH jetzt festgeschrieben wurde. Weiterhin als Paradebeispiel für eine eindeutige Patientenverfügung dient die Verweigerung einer jeglichen Bluttransfusion durch einen Zeugen Jehovas. Im Übrigen lassen sich Patientenverfügungen im Wesentlichen in eine der drei folgenden Kategorien einteilen:

- Ein gesunder Mensch erlebt, wie ein Bekannter/Versandter bewusstlos längere Zeit lebt. Er verfasst für den Fall eines unvorhergesehenen Ereignisses (Unfall, Herzinfarkt, Schlaganfall, vor einer Operation) eine Patientenverfügung, um zu verhindern, künstlich am Leben gehalten zu werden. Dies wird der am häufigsten beim Notar vorkommende Fall einer Patientenverfügung sein.
- Ein geistig gesunder Mensch leidet an einer fortschreitenden körperlichen Erkrankung. Er möchte im Hinblick auf eine akute Verschlechterung – in dieser Situation wäre er dann vielleicht nicht mehr einwilligungsfähig – bestimmte Vorgehensweisen festlegen, zum Beispiel bei einer weiteren Verschlechterung der Atmung nicht über Tracheostoma⁹ beatmet werden. Derartige Verfügungen werden eher beim Arzt und unter dessen Mithilfe formuliert werden.
- Eine unheilbare Erkrankung zeichnet sich ab, welche zunehmend die geistigen Fähigkeiten schwächen wird, zum Beispiel eine Alzheimer-Demenz. Bevor der Betroffene einwilligungsunfähig wird, verfasst er eine Patientenverfügung, meist ebenfalls unter Mithilfe des Arztes.

Das Szenarium der *unvorhergesehenen Erkrankung* (a) bedeutet eine Herausforderung für den behandelnden Arzt. Wird der Patient notfallmäßig in eine Klinik eingeliefert, ist das Ausmaß einer Schädigung des Gehirns bei derart akuten Ereignissen zunächst in der Regel nicht abschätzbar. Ein Behandlungsabbruch selbst auf der Grundlage einer präzisen Patientenverfügung, die wie häufig¹⁰ den Behandlungsabbruch bei dauerhaft irreversibler Hirnschädigung verlangt, verbietet sich solange, als nicht ausgeschlossen werden kann,

dass der Patient (weitgehend) wiederhergestellt werden kann. Im gesamten Verlauf der meist mehrwöchigen intensivmedizinischen Behandlung bis zur Stellung einer sicheren Prognose müssen Entscheidungen für und gegen medizinische Interventionen getroffen werden, die der Einwilligung eines Vertreters bedürfen. Deshalb wird meist sofort ein Bevollmächtigter involviert bzw. ein Betreuer bestellt. Insofern ist hier das BGH-Urteil irrelevant, da ein Vertreter des Patienten schon erforderlich ist, um die Behandlung so lange zu begleiten, bis die Irreversibilität des Hirnschadens und damit meist die Voraussetzung für das Eingreifen der Patientenverfügung feststehen kann. Dann kann aber auch der Behandlungsabbruch im Dialog zwischen Arzt und Vertreter entschieden werden.

Die *vorhersehbare Verschlechterung bei einer irreversiblen Erkrankung* (b) ist sicherlich ein Schwerpunkt für Patientenverfügungen, die nun gerichtlich gesichert auch einen bis dato fremden Arzt direkt binden: Die konkrete Lebens- und Behandlungssituation ist in der Regel absehbar. Sie wird zu meist zwischen Patient und behandelndem Arzt besprochen und gemeinsam schriftlich fixiert, etwa in Form eines palliativen Notfallplanes. Dort wird zum Beispiel das Vorgehen bei akuter, lebensbedrohlicher Blutung geregelt, ob Antibiotica bei Lungenentzündung zur Lebensverlängerung oder nur zur Reduzierung von Schleim oder aber überhaupt nicht verabreicht werden sollen. Häufig wird explizit festgelegt, ob eine Reanimation erfolgen soll oder nicht, selbst wenn eine behandelbare Ursache (zum Beispiel eine Herzrhythmusstörung) dem Notfall zugrunde liegt.

Es gehört zu einer qualitativ hochwertigen ärztlichen Begleitung, diese Planung mit dem noch einwilligungsfähigen Patienten immer wieder dem Krankheitsverlauf anzupassen. Lehrt doch gerade die Erfahrung mit diesen Patienten, dass die menschliche Psyche eine hohe Flexibilität aufweist, mit lebensbedrohlichen Erkrankungen zurechtzukommen. Was wichtig ist, verschiebt sich mit fortschreitender Erkrankung und damit einhergehendem Funktionsverlust immer wieder, so auch die eigenen Wünsche bezüglich medizinischer Betreuung, wie folgendes Beispiel zeigt:

Ein schwerstkranker, aber einwilligungsfähiger Patient und seine Ehefrau beschwerten sich massiv bei der neu hinzu gekommenen Palliativmedizinerin, dass niemand bereit sei, den Herzschrittmacher beim Patienten abzuschalten, obwohl der Patient im Krankenhaus darauf bestanden hätte. Das Abschalten des Schrittmachers würde dazu führen, dass bei der nächsten schwerwiegenden Herzrhythmusstörung das Herz versagt und der Patient verstirbt. Als die Ärztin kurz darauf mit dem zum Abschalten nötigen Magneten auf Hausbesuch kommt, ist die Ehefrau sehr dankbar. Der weiterhin einwilligungsfähige Patient antwortet auf die Frage der Ärztin, ob sie den Schrittmacher nun ausschalten soll: „Ach, jetzt noch nicht ...“ und verlangte es auch später nicht mehr.

Wenn schon bei einem einwilligungsfähigen Patienten derartige Sinneswandel häufig zu beobachten sind, ist zu vermuten, dass auch bei nicht einwilligungsfähigen Patienten sich der Wunsch nach Behandlung oder deren Abbruch ändern kann. Dem kann aber (wenn überhaupt) nur ein Vertreter unter Rückgriff auf den mutmaßlichen Willen des Patienten im Dialog mit dem Arzt Rechnung tragen.

In dem dritten Szenario des *drohenden geistigen Verfalls* (cc) wird üblicherweise eine Patientenverfügung als besonders wichtig angesehen, insbesondere ihre direkte Bindung an den Arzt gefordert ohne Umsetzung durch einen Vertreter. Gerade Angehörige in ihrer Funktion als Vertreter sehen sich nämlich bei derartigen Krankheitsverläufen durch ihr soziales Umfeld

⁹ Ein Tracheostoma ist eine operativ angelegte Öffnung der Luft-röhre (Trachea) nach außen.

¹⁰ Zum Beispiel Bayerisches Staatsministerium der Justiz, „Vorsorge für Unfall, Krankheit und Alter“, S. 35.

häufig unter Druck gesetzt, zum Beispiel in eine Ernährungs-sonde einzuwilligen („Sie wollen Ihre Mama doch nicht hungern lassen!“), auch wenn die Patientenverfügung gerade dies ablehnt. Wirkt die Patientenverfügung direkt, so die Überlegung, trifft der Vertreter keine Entscheidung und kann folglich auch nicht unter Druck gesetzt werden; dann entscheidet allein der Arzt.¹¹

Allerdings haben unter Demenz leidende Patienten wegen des meist langsam fortschreitenden geistigen Verfalls schon relativ häufig einen Vertreter, der zunehmend die Aufgaben übernimmt, die vom Kranken sukzessive nicht mehr wahrgenommen werden können. Entscheidend ist also auch hier, einen Bevollmächtigten oder Betreuer zu ernennen, der dem Patienten im Krankheitsprozess beisteht. Dieser setzt dann auch eine Patientenverfügung situationsgerecht und gemeinsam mit dem Arzt um.

4. Folge: Sicherheitshalber doch einen Vertreter vorsehen

Wegen der beschriebenen Schwierigkeiten, ex ante festlegen zu können, ob eine Patientenverfügung tatsächlich als solche wirken wird, wegen der unseres Erachtens erhöhten Richtigkeitsgewähr der getroffenen Entscheidung, wenn diese im Dialog erarbeitet wird, und wegen des größeren Schutzes vor einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit erscheint es uns ratsam, weiterhin auch in scheinbar eindeutigen Fällen nicht auf die unmittelbare Wirkung der Patientenverfügung zu vertrauen, sondern Arzt und Vertreter gemeinsam handeln zu lassen. Deshalb sollten weiterhin Patientenverfügung/Behandlungswunsch mit einer umfassenden Vollmacht in persönlichen Angelegenheiten kombiniert werden. Ob diese in einer Urkunde zusammengefasst und nur im zeitlichen oder logischen Zusammenhang errichtet werden, erscheint zweitrangig.

Denkbar ist darüber hinaus, die vom Gericht der Patientenverfügung nun zuerkannte unmittelbare Wirkung durch eine entsprechende Regelung in der Verfügung selbst wieder zu relativieren. So könnte ein zweifelnder Beteiligter in Sorge um eine möglicherweise seinen Vorstellungen widersprechende Interpretation durch einen Arzt ohne Mitwirkung eines Vertreters bestimmen, dass zur Umsetzung seiner Anordnungen auf jeden Fall ein Vertreter beigezogen werden muss. Ist ein Bevollmächtigter vorhanden wird dieser die (immer schwere) Aufgabe übernehmen; ist dies nicht der Fall, hat das Gericht hierzu einen Betreuer zu bestellen. Umgekehrt ist es auch denkbar, dass vielleicht ein schon erkrankter Patient gerade keinen weiteren dialogischen Prozess mehr wünscht, weil er sich sicher ist, dass seine Verfügung passgenau vom Arzt interpretiert wird. Hier wird die Patientenverfügung entsprechend der jetzt gesicherten Rechtslage zu gestalten sein.

III. Gerichtliche Mitwirkung

Auch zu der Frage der Notwendigkeit der Einbeziehung des Betreuungsgerichts enthält die BGH-Entscheidung die Bestätigung von bewährten Grundsätzen, aber auch Neues. Der BGH betont, dass, solange kein Verdacht eines missbräuchlichen Handelns des Vertreters oder des Arztes gegeben ist, es weiterhin keiner gerichtlichen Kontrolle bedarf; es genügt vielmehr die gegenseitige Kontrolle durch Arzt und Vertreter.

¹¹ Leider ist allerdings auch das Wissen bei Medizinern wenig verbreitet, dass Sondenernährung bei fortgeschrittener Demenz häufig nicht indiziert ist und es deshalb auf die Ablehnung dieser Maßnahme in der Patientenverfügung gar nicht ankommt, § 1901b Abs. 1 Satz 1 BGB.

1. Erforderlich in Konfliktfällen

Auch wenn der Patientenverfügung keine unmittelbare Wirkung zukommt, etwa weil keine Kongruenz zwischen der erwarteten und der tatsächlich eingetretenen Lebens- oder Behandlungssituation besteht und ein Vertreterhandeln erforderlich ist, bedarf die Entscheidung des Vertreters nach § 1901a Abs. 2 BGB nicht der Genehmigung des Betreuungsgerichts, wenn Vertreter und Arzt Einvernehmen darüber erzielen können, dass die Erteilung, Nichterteilung oder der Widerruf der Einwilligung in eine Behandlungsmaßnahme dem nach § 1901a Abs. 2 BGB festgestellten Willen des Patienten entspricht. Die gerichtliche Genehmigung ist nur in Konfliktfällen erforderlich. Konfliktfälle sind nach der Erfahrung der Verfasser selten: Eine Umfrage unter ca. 140 deutschen Betreuungsrichtern hat ergeben, dass in den fünf Jahren seit dem Inkrafttreten des Patientenverfügungsgesetzes am 1.9.2009 nur 1/5 der Befragten überhaupt Konfliktfälle zu entscheiden hatte; dem entsprechen die ärztlichen Erfahrungen. Auch diese geringe Anzahl spricht für die Effektivität und die Konfliktlösung des dialogischen Verfahrens zwischen Arzt und Vertreter.

2. Möglich in Zweifelsfällen

Neu sind die Ausführungen des BGH in dem Beschluss vom 17.9.2014 in Bezug auf die Möglichkeit eines gerichtlichen Verfahrens trotz des Einvernehmens zwischen Arzt und Vertreter über die Interpretation der Verfügung oder des mutmaßlichen Willens. Nach Ansicht des BGH muss das Betreuungsgericht auch dann ein Genehmigungsverfahren durchführen, wenn Arzt, Vertreter oder ein Dritter nur Zweifel haben, ob die geplante Maßnahme dem Willen des Patienten entspricht. Dieser Zweifel kann sich etwa dadurch äußern, dass einer der Beteiligten (den eigentlich unbegründeten) Antrag auf gerichtliche Genehmigung stellt. Das Gericht kann dann seine Mitwirkung nicht verweigern, auch wenn es vom Einvernehmen zwischen Arzt und Vertreter überzeugt ist; es hat vielmehr den Antrag auf Genehmigung abzulehnen und ein Negativzeugnis auszustellen, worin es seine Überzeugung äußert und deshalb das Erfordernis einer Genehmigung ausdrücklich ablehnt.

Der Vorteil dieser gerichtlichen Bestätigung der Rechtmäßigkeit der Entscheidung von Arzt und Vertreter liegt darin, dass in einem justizförmigen Verfahren der Wille des Patienten ermittelt werden kann. Dieses bietet die Möglichkeit, Zeugen und Sachverständige zu hören¹² und gewährleistet damit eine erhöhte Richtigkeit im Vergleich zu einem lediglich von Arzt und Vertreter durchgeführten Verfahren. So werden auch alle Beteiligten vor dem Risiko einer abweichenden strafrechtlichen Beurteilung ihres Handelns geschützt. Schließlich entlastet das Negativattest insbesondere Angehörige des Patienten in ihrer Rolle als Vertreter, weil sie subjektiv nicht allein die Verantwortung zum Beispiel für einen Behandlungsabbruch tragen müssen.

Dies kommt in der medizinischen Praxis, wie oben beschrieben, gerade bei Dementen häufig vor: Wenn nahe Verwandte als Vertreter eingesetzt sind und sie eine liebevolle Beziehung zum Kranken haben, geraten sie oft in innere Konflikte, sobald sie in eine in der Patientenverfügung festgelegte Beendigung lebenserhaltender Maßnahmen einwilligen sollen. Die Entscheidung wird als Todesurteil gesehen; der Vertreter befürchtet kritische Bemerkungen aus dem sozialen Umfeld. In diesen Fällen kann man nun den Betroffenen raten, das weitere Vorgehen vom Betreuungsgericht auch bei

¹² § 298 FamFG.

vorhandenem Einvernehmen zwischen Arzt und Vertreter bestätigen zu lassen. Allein diese Möglichkeit wird betroffene Bevollmächtigte oder Betreuer aufatmen lassen.

Nicht entschieden hat der BGH die – hier allerdings auch nicht relevante – Frage, ob auch der Arzt bei Zweifeln über den Inhalt einer unmittelbar wirkenden Patientenverfügung allein die Möglichkeit hat, sich die Richtigkeit seiner Sicht durch ein Negativattest des Betreuungsgerichts bescheinigen zu lassen. Dagegen spricht, dass das Betreuungsgericht immer nur die Entscheidungen des Vertreters genehmigt und nie ärztliches Handeln als solches. Der Arzt müsste somit zunächst einen Betreuer bestellen lassen und sodann das vom BGH eröffnete Verfahren beschreiten.

IV. Weitere Klärung

1. „irreversibel tödlicher Verlauf“

Bestätigt hat der BGH auch die Ansicht, dass die mit der Lübecker Entscheidung¹³ aufgestellte Voraussetzung des „irreversibel tödlichen Verlaufs“ der Grunderkrankung für die Rechtmäßigkeit des Behandlungsabbruchs nach dem Inkrafttreten des Patientenverfügungsgesetzes am 1.9.2009 nicht mehr besteht. Nach der neuen Rechtslage kommt es nicht mehr auf die Art und das Stadium der Krankheit an. Der Patient kann eine Heilbehandlung vielmehr auch dann wirksam im Vorhinein ablehnen, wenn der medizinische Eingriff seine zum Tod führende Erkrankung besiegen oder den Tod

¹³ BGH, Beschluss vom 17.3.2003, XII ZB 2/03, BGHZ 154, 205 = MittBayNot 2003, 387.

weit hinausschieben könnte. Auch wenn, wie der BGH betont, deswegen für die Feststellung des tatsächlichen oder mutmaßlichen Willens des Patienten strenge Maßstäbe gelten, ist damit die Patientenverfügung ein potentiell gefährliches Instrument. Für den Notar bedeutet dies, dass er den Beteiligten auf die damit verbundenen Gefahren hinweisen wird, wenn dieser einen so frühen Behandlungsabbruch wünscht. Unbenommen bleibt es aber dem künftigen Patienten, selbst zu bestimmen, dass die weitere Behandlung nur bei einem wahrscheinlich unumkehrbar tödlichen Verlauf ohne Aussicht auf Besserung abgebrochen werden soll. Das scheint nach der Erfahrung der Verfasser auch der Wunsch der überwiegenden Mehrheit der Beteiligten zu sein, die eine Patientenverfügung errichten.

2. „mutmaßlicher Wille“

Positiv zu werten sind die Ausführungen des BGH zum Verhältnis von Behandlungswunsch und mutmaßlichem Willen in § 1901a Abs. 2 BGB. Danach ist auf den mutmaßlichen Willen des Patienten richtigerweise erst abzustellen, wenn keine Behandlungswünsche auf der Grundlage konkreter Anhaltspunkte zu ermitteln sind. Der konkret festgestellte Behandlungswunsch hat Vorrang vor dem vom Vertreter als These aus früheren Äußerungen des Patienten ermittelten mutmaßlichen Willen. Der Betreuer/Bevollmächtigte darf gerade nicht Behandlungswünsche durch den Rückgriff auf den mutmaßlichen Willen des Patienten zu korrigieren versuchen, wenn alle übrigen Voraussetzungen für die Relevanz des Behandlungswunsches gegeben sind, insbesondere die oben angesprochene Kongruenz von Verfügung und Lebens- und Behandlungssituation.

Die Genehmigung des Berechtigten in der Insolvenz des nichtberechtigten Grundstücksveräußerers

– zugleich Anmerkung zum Beschluss des OLG Nürnberg vom 23.6.2014, 15 W 1126/14 –¹

Von Notarassessor Dr. *Johannes Weber*, LL.M. (Cambridge)
und Notarassessor Dr. *Stephan Serr*, beide Würzburg

Verfügt ein Nichtberechtigter über ein Grundstück, kann der Berechtigte die Verfügung nach § 185 Abs. 2 Satz 1 Alt. 1 BGB genehmigen. Zweifelhaft ist, ob der Erwerber das Grundstück erwerben kann, wenn der verfügende Nichtberechtigte zwischenzeitlich in die Insolvenz gefallen ist. Das OLG Nürnberg verneint dies. Die Ausführungen des Gerichts bedürfen einer kritischen Würdigung. Daneben wirft die Entscheidung interessante insolvenzrechtliche Folge- und Gestaltungsfragen auf.

I. Sachverhalt

Der Sachverhalt der Entscheidung ist kompliziert. Im Wesentlichen ging es um einen Fall der Mehrfachveräußerung. Der Veräußerer hatte ein Grundstück gekauft. Noch vor Eigentumsumschreibung veräußerte er das Grundstück an den Ersterwerber. Sodann veräußerte der Veräußerer dasselbe

¹ OLG Nürnberg, Beschluss vom 23.6.2014, 15 W 1126/14, MittBayNot 2015, 160 (in diesem Heft) = FGPrax 2014, 203 = NotBZ 2014, 386 = ZfIR 2014, 572 = RNotZ 2014, 594.

Grundstück an den Zweiterwerber. Kurze Zeit nachdem der Veräußerer und sodann der Ersterwerber als Eigentümer im Grundbuch eingetragen wurden, beantragten Veräußerer und Zweiterwerber die Eintragung des Zweiterwerbers als Eigentümer im Grundbuch. Dies lehnte das Grundbuchamt ab und berief sich dabei auf die fehlende Verfügungsbefugnis des Veräußerers, der nicht mehr Eigentümer des Grundstücks war. Kurze Zeit später ordnete das Insolvenzgericht die vorläufige Insolvenzverwaltung über das Vermögen des Veräußerers samt Verfügungsverbot an. Der Ersterwerber genehmigte daraufhin die Auflassung an den Zweiterwerber. Nach Auffas-

sung des Grundbuchamts und des OLG Nürnberg konnte die Genehmigung des Ersterwerbers wegen des zwischenzeitlichen Verfügungsverbots dennoch nicht (mehr) zur Eintragung des Zweiterwerbers führen.

II. Dingliche Rechtslage

Voraussetzung für die Eigentumsumschreibung ist zunächst, dass Veräußerer und (Zweit-)Erwerber die Auflassung erklärt haben (§ 873 Abs. 1, § 925 Abs. 1 BGB). Dies war der Fall. Weiter kann die Eigentumsumschreibung nur erfolgen, wenn der Verfügende im Zeitpunkt der Vollendung des Rechtserwerbs und damit im Zeitpunkt der Eintragung der Eigentumsumschreibung im Grundbuch Verfügungsbefugter ist.²

1. Verfügender Nichtberechtigter

Dem könnte zunächst das fehlende Eigentum des Veräußerers am Grundstück entgegenstehen. Der Veräußerer hatte zwar zwischenzeitlich das Eigentum am Grundstück erworben, dieses jedoch wieder durch die Weiterveräußerung an den Ersterwerber verloren. Die Eigentumsumschreibung auf den Ersterwerber war auch ohne Weiteres wirksam, da der Veräußerer im Zeitpunkt der Eintragung des Eigentumswechsels noch nicht in seiner Verfügungsbefugnis beschränkt war. Der Veräußerer war daher im Zeitpunkt der beantragten Eigentumsumschreibung auf den Zweiterwerber Nichtberechtigter.³

Allerdings wurde die Verfügung des nichtberechtigten Veräußerers mit der Zustimmung des berechtigten Ersterwerbers nach § 185 Abs. 2 Satz 1 Alt. 1, § 184 Abs. 1 BGB bzw. §§ 183, 185 Abs. 1 BGB wirksam.⁴ Dieser konnte die Genehmigung erteilen, da er – anders als der nichtberechtigte Veräußerer – nicht durch eine zwischenzeitliche Anordnung des (vorläufigen) Insolvenzverfahrens samt Verfügungsverbot in seiner Verfügungsbefugnis beschränkt war.

2. Insolvenzzrechtliche Verfügungsbeschränkung

Kernfrage war nun, ob der Eigentumsumschreibung der zwischenzeitliche Erlass des Verfügungsverbots (§ 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2, § 24 Abs. 1, § 81 Abs. 1 Satz 1 InsO) auf Seiten des Veräußerers entgegenstand. Das OLG Nürnberg bejaht dies. Ein Eigentumserwerb komme nur in Betracht, wenn § 878 BGB einschlägig sei. Nach § 878 BGB ist eine Verfügungsbeschränkung unbeachtlich, wenn sie eintritt, nachdem die Auflassung bindend erklärt und der Antrag beim Grundbuchamt gestellt wurde. Das OLG Nürnberg hält § 878 BGB allerdings nicht für anwendbar. Die Vorschrift greife nicht ein, wenn der Verfügende – so wie im vorliegenden Falle der Veräußerer durch die Eigentumschreibung auf den Ersterwerber – sein Recht, über das er verfügt habe, verliere. Die Genehmigung des Berechtigten ändere hieran nichts, da der Veräußerer aufgrund des Verfügungsverbots in seiner Verfügungsmacht

beschränkt sei und nicht mehr über das Grundstück verfügen könne.⁵ Die Wirkung des § 878 BGB könne nur eintreten, wenn die materiellrechtlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen gegeben seien. Dies gelte zum Beispiel für das Fehlen von privatrechtlichen oder öffentlichrechtlichen Genehmigungserklärungen.⁶ Deswegen komme auch die Genehmigung des Ersterwerbers zu spät.

Die Ausführungen des Gerichts zu § 878 BGB sind nicht zu beanstanden. Jedoch übersieht das OLG Nürnberg, dass § 878 BGB nur dann Bedeutung erlangt, wenn der Verfügende überhaupt in seiner Verfügung beschränkt ist. Denn nach § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 InsO sind nur Verfügungen unwirksam, die (ohne Zustimmung des Insolvenzverwalters) über Gegenstände der Insolvenzmasse getroffen werden.⁷ Zwar ist § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 InsO dem Wortlaut nach weiter gefasst und verbietet sämtliche Verfügungen des Schuldners. Allerdings gestaltet § 24 Abs. 1 InsO die Wirkungen des Verfügungsverbots nach § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 InsO dahingehend aus, dass das Verfügungsverbot für eröffnete Insolvenzverfahren nach § 81 InsO entsprechend gilt. Aus § 24 Abs. 1 InsO und seinem Verweis auf § 81 InsO ergibt sich damit, dass sich auch das Verfügungsverbot nach § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 InsO nur auf solche Gegenstände bezieht, die im Falle einer Eröffnung zur Insolvenzmasse gehören würden.⁸ Ein anderes Ergebnis wäre mit dem Sinn und Zweck des Verfügungsverbotes kaum zu vereinbaren, das der Sicherung der Insolvenzmasse für das spätere Insolvenzverfahren dient.⁹

Was zur Insolvenzmasse gehört, bestimmt § 35 Abs. 1 InsO. Danach erfasst die Insolvenzmasse das gesamte Vermögen, das dem Schuldner zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört. Der Verlust der Verfügungsbefugnis betrifft damit nur das schuldneigene Vermögen, nicht jedoch das Vermögen dritter Personen; dieses wird vom Insolvenzbeschlagnicht erfasst.¹⁰ So lag aber der vom OLG Nürnberg entschiedene Fall. Im Zeitpunkt der Anordnung des Verfügungsverbots und der Bestellung des vorläufigen Insolvenzverwalters gehörte das Grundstück bereits nicht mehr zum Vermögen des Veräußerers, sondern stand im Eigentum des Ersterwerbers. Daher war das Verfügungsverbot schlicht nicht einschlägig.

Dies übersieht das OLG Nürnberg. Das Gericht hält es für nicht entscheidend, dass der Ersterwerber seinerseits nicht in der Verfügung beschränkt ist, da es sich um eine Verfügung

² BayObLG, Beschluss vom 18.5.1956, BReg. 2 Z 64, 66/56, NJW 1956, 1279; *Staudinger/Gursky*, Neubearbeitung 2014, § 185 Rdnr. 18.

³ Vgl. zum zwischenzeitlichen Verlust der Eigentümerstellung *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 19 Rdnr. 33 f.; *Staudinger/Gursky*, Neubearbeitung 2012, § 873 Rdnr. 75. Ein Fall der Konvaleszenz gemäß § 185 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 BGB lag nicht vor, da die Eintragung des Berechtigten im Zeitpunkt der Vollendung des Rechtserwerbs keinen Bestand mehr hatte, vgl. *Staudinger/Gursky*, § 185 Rdnr. 65, § 878 Rdnr. 65.

⁴ Zur dogmatischen Frage, ob ein Fall der Einwilligung vorliegt, weil die Verfügung erst mit Abschluss des Rechtserwerbs (Grundbucheintragung) abgeschlossen ist, oder es sich um eine Genehmigung handelt, eingehend *Staudinger/Gursky*, § 873 Rdnr. 80, § 878 Rdnr. 64.

⁵ OLG Nürnberg, Beschluss vom 23.6.2014, 15 W 1126/14, MittBayNot 2015, 160 (in diesem Heft).

⁶ Näher hierzu *Staudinger/Gursky*, § 878 Rdnr. 38.

⁷ Im Falle eines allgemeinen Verfügungsverbots bzw. Zustimmungsvorbehalts liegt eine absolute Verfügungsbeschränkung vor. Zur str. Frage, ob dies auch dann gilt, wenn ein Verfügungsvorbehalt vom Insolvenzgericht nur bezüglich eines Einzelgegenstands angeordnet wird, vgl. *HambKommInsO/Schröder*, 5. Aufl. 2015, § 24 Rdnr. 2 m. w. N.

⁸ *MünchKommInsO/Haarmeyer*, 3. Aufl. 2013, § 24 Rdnr. 10; *Uhlenbruck/Uhlenbruck*, InsO, 13. Aufl. 2010, § 24 Rdnr. 3; *Nerlich/Römermann/Mönning/Zimmermann*, InsO, Stand: 26. Ergänzungslieferung 2014, § 24 Rdnr. 16.

⁹ BGH, Beschluss vom 14.12.2000, IX ZV 105/00, BGHZ 146, 165, 172 = NJW 2001, 1496; *K. Schmidt/Hölzle*, InsO, 18. Aufl. 2013, § 21 Rdnr. 3.

¹⁰ *K. Schmidt/Sternal*, § 81 Rdnr. 4; *MünchKommInsO/Ott/Vuia*, § 81 Rdnr. 7; *Braun/Kroth*, InsO, 6. Aufl. 2014, § 81 Rdnr. 4; *Kreft/Kayser*, InsO, 6. Aufl. 2011, § 81 Rdnr. 42. Wegen des fehlenden Massebezugs ist nach allgemeiner Ansicht zum Beispiel auch ein gutgläubiger Erwerb nach allgemeinen Bestimmungen möglich, vgl. *Jaeger/Windel*, InsO, 2007, § 81 Rdnr. 78; *Kreft/Kayser*, § 81 Rdnr. 42; *Hess*, InsO, 2. Aufl. 2013, § 81 Rdnr. 36; *Nerlich/Römermann/Wittkowski/Kruth*, § 81 Rdnr. 7.

des Veräußerers handele.¹¹ Auf den fehlenden Massebezug geht das Gericht nicht ein.

Die Verfügung des in seiner Verfügung beschränkten Veräußerers ist demzufolge wirksam geworden; die Frage nach der Anwendung von § 878 BGB stellte sich nicht, da der Veräußerer hinsichtlich des Grundstücks nicht in seiner Verfügungsmacht beschränkt war. Ein anderes Ergebnis wäre nur dann in Betracht gekommen, wenn der Veräußerer im Zeitpunkt der Genehmigung noch ein Anwartschaftsrecht gehabt und über dieses verfügt hätte.¹² Im vom OLG Nürnberg entschiedenen Fall war der Ersterwerber aber bereits Eigentümer des Grundstücks geworden, als das Verfügungsverbot erlassen wurde.

III. Grundbuchrecht

Für das Grundbuchamt stellt sich die Frage, ob das Grundstück auf den Zweiterwerber umgeschrieben werden kann. Dies setzt grundbuchverfahrensrechtlich voraus, dass der Eigentümer nach § 19 GBO die Eigentumsumschreibung bewilligt.¹³ Ferner muss nach § 20 GBO die Einigungserklärung vorliegen. Beide Nachweise sind in öffentlich beglaubigter Form zu erbringen (§ 29 Abs. 1 GBO). Ist die Auflassung mangels Berechtigung des Verfügenden unwirksam, kann das Grundbuchamt den Eigentumswechsel nur eintragen, wenn der wahre Berechtigte die Auflassung in öffentlich beglaubigter Form genehmigt bzw. bereits eingewilligt hat (§ 185 Abs. 2 Satz 1 Alt. 1, § 184 Abs. 1 BGB bzw. §§ 183, 185 Abs. 1 BGB i. V. m. § 29 Abs. 1 GBO, § 129 BGB).¹⁴ Voraussetzung ist lediglich, dass der Genehmigende im Grundbuch als Eigentümer eingetragen ist (§ 39 Abs. 1 GBO).¹⁵ Dies war im vorliegenden Fall gegeben. Das Grundbuchamt muss die Eigentumsumschreibung zwar auch ablehnen, wenn der Verfügende wegen einer (insolvenzrechtlichen) Verfügungsbeschränkung (zum Beispiel nach § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 InsO) nicht mehr über die erforderliche Verfügungsmacht verfügt.¹⁶ Nach herrschender Meinung soll dies sogar dann gelten, wenn die Verfügungsbeschränkung aus dem Grundbuch selbst nicht ersichtlich ist.¹⁷ Im vorliegenden Fall war für das Grundbuchamt jedoch ohne Weiteres erkennbar, dass das Verfügungsverbot über das Vermögen des Veräußerers erst erlassen war, nachdem der Ersterwerber bereits als Eigentümer im Grundbuch eingetragen war. Da die insolvenzrechtliche Verfügungsbeschränkung kein schuldnerfremdes Vermögen erfasst,¹⁸ durfte das Grundbuchamt die Eintragung nicht unter Hinweis auf das über das Vermögen des nichtberechtigten Veräußerers erlassene Verfügungsverbot verweigern.

¹¹ Vgl. Fn. 5.

¹² *Staudinger/Gursky*, § 878 Rdnr. 64: „Im Ergebnis zu spät kommt die Zustimmungserklärung des Berechtigten aber auch dann, wenn der Nichtberechtigte selbst vor dem Zugang der Zustimmungserklärung in Konkurs fällt (vorausgesetzt ist hier wieder, dass der Insolvenzbeschluss sich insoweit überhaupt auswirkt, weil die Verfügung über das fremde Liegenschaftsrecht zugleich eine Verfügung über ein eigenes Anwartschaftsrecht bzw. einen eigenen Anspruch enthält).“

¹³ Vgl. für die heute ganz h. M. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23.11.2009, 3 Wx 231/09, RNotZ 2010, 201, 202; BeckOK-GBO/Holzer, Stand: 1.10.2014, § 19 Rdnr. 12.

¹⁴ *Demharter*, GBO, 29. Aufl. 2014, § 20 Rdnr. 38, 22.

¹⁵ *Meikel/Böttcher*, GBO, 10. Aufl. 2009, § 20 Rdnr. 128.

¹⁶ Vgl. OLG Hamm, Beschluss vom 20.3.2014, 15 W 392/13, FGPrax 2014, 152; *Meikel/Böttcher*, Anhang §§ 19, 20 Rdnr. 77.

¹⁷ BayObLG, Beschluss vom 24.3.1994, 2Z BR 20/94, BayObLGZ 1994, 66, 72; *Bauerlv. Oefele/Kössinger*, GBO, 3. Aufl. 2013, § 19 Rdnr. 251; zum Ganzen auch *Tomasic*, MittBayNot 2014, 52 m. w. N.

¹⁸ Siehe oben II. 2.

IV. Exkurs: Kondiktionsrechtliche Folgen

Genehmigt der Ersterwerber die Verfügung, kann er vom Veräußerer nach § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB die Herausgabe des Erlangten verlangen. Denn der Veräußerer hat als Nichtberechtigter über einen Gegenstand verfügt, der dem Berechtigten (dem Ersterwerber) aufgrund dessen Genehmigung nach § 185 Abs. 2 Satz 1 Alt. 1 BGB gegenüber wirksam ist.¹⁹ Geht man davon aus, dass der Kaufvertrag zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens vom Schuldner und vom anderen Teil noch nicht oder noch nicht vollständig erfüllt war,²⁰ ist danach zu unterscheiden, ob der Insolvenzverwalter an Stelle des Schuldners den Vertrag erfüllt und die Erfüllung vom anderen Teil verlangt (§ 103 Abs. 1 InsO) oder die Erfüllung des Vertrags ablehnt (§ 103 Abs. 2 InsO).

Im erstgenannten Fall „erstarken“ die gegenseitigen Erfüllungsansprüche zu originären Masseforderungen und Masseverbindlichkeiten (§ 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO).²¹ Der Zweiterwerber hat den Kaufpreis an die Masse zu entrichten und kann Auflassung des Grundstücks verlangen. Der Veräußerer ist allerdings dem Ersterwerber nach § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB gegenüber verpflichtet, den Erlös auszukehren bzw. den Anspruch auf Kaufpreiszahlung gegen den Zweiterwerber abzutreten.²² Fraglich ist jedoch, ob dieser Anspruch insolvenzfest ist. Dies richtet sich nach § 48 InsO (Ersatzaussonderung).²³ Voraussetzung hierfür ist, dass der Schuldner vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens vom Schuldner bzw. der Insolvenzverwalter nach dessen Eröffnung einen Aussonderungsgegenstand *unberechtigt* veräußert hat. Nach herrschender Meinung erfordert § 48 InsO hingegen keine *wirksame* Veräußerung.²⁴ Der ursprünglich Aussonderungsberechtigte kann bei unwirksamer Übereignung entweder die noch ausstehende oder nach Insolvenzeröffnung zur Masse gelangte Gegenleistung oder vom Erwerber die Herausgabe der Sache selbst oder Wertersatz für sie fordern.²⁵ Ist der Kaufpreis allerdings schon gezahlt worden, besteht nach § 48 Satz 2

¹⁹ RG, Urteil vom 12.3.1923, IV 596/22, RGZ 106, 44, 45; BGH, Urteil vom 6.4.1972, VII ZR 118/70, NJW 1972, 1197; entgegen früherer Bedenken ist man sich heute darüber einig, dass die Rückwirkung der Genehmigung nichts (mehr) an der Tatsache der vormaligen Nichtberechtigung des Verfügenden ändert: *Staudinger/Lorenz*, Neubearbeitung 2007, § 816 Rdnr. 9.

²⁰ Hierzu eingehend *Piegsa*, RNotZ 2010, 433, 437 ff.

²¹ BGH, Urteil vom 25.4.2002, IX ZR 313/99, BGHZ 150, 353 = NJW 2002, 2783; BGH, Urteil vom 9.3.2006, IX ZR 55/04, NJW-RR 2006, 990.

²² Zur umstrittenen Frage nach dem Wert des Erlangten *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II/2, Besonderer Teil, 13. Aufl. 1994, § 72 I. 2. a, b, 267 ff.

²³ *Gerhardt*, KTS 2006, 1, 3; *Ganter*, NZI 2005, 1, 5; zur dogmatischen Einordnung des § 48 InsO *Jaeger/Henckel*, § 48 Rdnr. 4 ff.

²⁴ Zum Streitstand: *Uhlenbruck/Brinkmann*, § 48 Rdnr. 14; *Jaeger/Henckel*, § 48 Rdnr. 40 ff. Unabhängig davon ist die Frage zu beurteilen, ob die Veräußerung „unberechtigt“ ist: BGH, Versäumnisurteil vom 24.6.2003, IX ZR 120/02, NJW-RR 2003, 1375, 1377; BGH, Urteil vom 23.9.2010, IX ZR 212/09, NJW 2010, 3578, 3579; *Jaeger/Henckel*, § 48 Rdnr. 44 ff.; *MünchKommInsO/Ganter*, § 48 Rdnr. 27; *Gundlach*, KTS 1997, 211. Richtigerweise ändert die nachträgliche Genehmigung nichts an der fehlenden Veräußerungsberechtigung i. S. v. § 48 Satz 1 InsO: *Uhlenbruck/Brinkmann*, § 48 Rdnr. 20.

²⁵ BGH, Urteil vom 16.3.1977, VIII ZR 215/75, BGHZ 68, 199, 201 = NJW 1977, 901; *Braun/Bäuerle*, § 48 Rdnr. 12; *HambKomm-InsO/Büchler*, § 48 Rdnr. 9; *Nerlich/Römermann/Andres*, § 48 Rdnr. 8; a. A. *Häsemeyer*, KTS 1982, 1, 18 ff.; einschränkend *Jaeger/Henckel*, § 48 Rdnr. 43, nur für den Fall, dass sich der Kaufpreis schon vor der Genehmigung durch den Berechtigten in der Masse befand, da der Masse in diesem Fall ein Nachteil drohen kann.

InsO nur ein Anspruch, wenn der Kaufpreis noch unterscheidbar in der Insolvenzmasse vorhanden ist.²⁶

Entscheidet sich der Insolvenzverwalter für die Nichterfüllung, bleibt der Vertrag bestehen.²⁷ Während aber der Insolvenzverwalter mit Erfüllungsablehnung endgültig das Recht verliert, nach § 103 Abs. 1 InsO die Erfüllung des Vertrages zu verlangen,²⁸ tritt für den Gläubiger (den Zweiterwerber) neben den während des Insolvenzverfahrens endgültig undurchsetzbaren Erfüllungsanspruch, die *Berechtigung*, eine Insolvenzforderung wegen Nichterfüllung des Vertrages nach § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO geltend zu machen.²⁹ Entscheidet er sich dafür, den Erfüllungsanspruch weiter zu verfolgen, bleibt der Vertrag in der Lage bestehen, in der er sich bei Insolvenzeröffnung befand; die gegenseitigen Primäransprüche, die das ganze Insolvenzverfahren über unverändert materiellrechtlich fortbestehen, werden mit der Beendigung des Verfahrens wieder durchsetzbar.³⁰ Anschließend kann der Vertrag zwischen Veräußerer und Zweiterwerber abgewickelt werden.³¹ Meldet der Gläubiger demgegenüber seine Schadenersatzforderung aus § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO nach § 174 Abs. 1 Satz 1 InsO zur Tabelle an, wird das Vertragsverhältnis umgestaltet. Die Erfüllungsansprüche aus dem Schuldverhältnis erlöschen.³²

In dem der Entscheidung des OLG Nürnberg zugrundeliegenden Fall war freilich noch zu beachten, dass zunächst nur die vorläufige Insolvenzverwaltung angeordnet war. § 103 InsO war also noch nicht einschlägig.³³ Genehmigt der Ersterwerber bereits in dieser „Phase“, wird die Verfügung des Veräußerers wirksam; er hat mithin erfüllt, so dass eine Erfüllungsablehnung durch den Insolvenzverwalter nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht mehr möglich ist. Die gegen die Insolvenzmasse gerichtete Forderung auf Herausgabe des Erlangten nach § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB setzt sich richtigerweise in der Insolvenz des Veräußerers nach § 48 InsO fort.³⁴

V. Gestaltungsüberlegungen

Aus Sicht des Vertragsgestalters ist fraglich, ob es empfehlenswert ist, einen (neuen) Vertrag zwischen Ersterwerber und Zweiterwerber zu beurkunden oder die Genehmigung des Ersterwerbers einzuholen. Im letzteren Fall kann entgegen der Ansicht des OLG Nürnberg die Eigentumsumschreibung auf den Zweiterwerber auch dann erfolgen, wenn der Veräußerer zwischenzeitlich in die Insolvenz gefallen ist (siehe oben II. und III.). Welches Vorgehen ratsam ist, hängt aber maßgeblich von den Interessen der Beteiligten im Einzelfall ab, insbesondere davon, ob der Zweiterwerber seine Kauf-

preisschuld gegenüber dem Veräußerer noch zu begleichen hat und ob – was im Regelfall anzunehmen ist – der Erwerber die Genehmigung nur erteilt, wenn sichergestellt ist, dass er Zug-um-Zug gegen Eigentumsumschreibung den Kaufpreis erhält.³⁵ Der Ersterwerber wird die Genehmigung daher nur erteilen, wenn ihm ein Ersatzaussonderungsanspruch nach § 48 InsO zusteht. Dies ist umstritten, wenn der Kaufpreis bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens gezahlt wurde.³⁶ Der Ersterwerber wird in diesem Fall auch nicht das Risiko eingehen wollen, dass der Kaufpreis noch unterscheidbar in der Insolvenzmasse vorhanden ist (§ 48 Satz 2 InsO). Außerdem besteht die Gefahr, dass die Insolvenzmasse unzulänglich und der Anspruch aus § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht mehr werthaltig ist.

Bei einer Genehmigung des Ersterwerbers wird außerdem der Zweiterwerber nicht ohne Weiteres zu einer Direktzahlung des Kaufpreises an den Ersterwerber bereit sein, da er nicht durch eine Vormerkung (§ 883 Abs. 1 BGB) am Grundstück des (berechtigten) Ersterwerbers geschützt ist und dessen Insolvenzrisiko tragen müsste. Schützen ließe sich der Zweiterwerber durch eine Abwicklung über Notaranderkonto (§§ 54a ff. BeurkG). Der Kaufpreis wäre nach Eigentumsumschreibung an den Ersterwerber auszuzahlen. Bei der Verwahrungsanweisung müsste darauf geachtet werden, ab welchem Zeitpunkt sie mehrseitig und gegenüber dem genehmigenden Ersterwerber bindend sein soll (vgl. § 54c Abs. 1 und 2 BeurkG).³⁷ Insoweit könnte es sich anbieten, auf den Zeitpunkt des Vorliegens der Genehmigung mit dem entsprechenden Treuhandauftrag abzustellen. Der Treuhandauftrag könnte dahingehend lauten, dass erst nach Einzahlung des Betrags auf dem Notaranderkonto von der Genehmigungserklärung Gebrauch gemacht werden darf. Genehmigt der Ersterwerber die Auflassung des Veräußerers an den Zweiterwerber, hat der Veräußerer seine Pflicht zur Übereignung des Grundstücks erfüllt. Der Veräußerer kann daher vom Zweiterwerber Kaufpreiszahlung verlangen. Zahlt der Zweiterwerber aber den Kaufpreis direkt an den Ersterwerber, ist nicht zwangsläufig gesichert, dass er damit zugleich seine Kaufpreisschuld tilgt. Dieses Risiko ließe sich allenfalls dann eliminieren, wenn der Veräußerer an den Ersterwerber den Kaufpreiszahlungsanspruch in Erfüllung des Anspruchs aus § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB abtritt oder den Zweiterwerber anweisen würde, mit Erfüllungswirkung an den Ersterwerber zu zahlen (§ 362 Abs. 2, § 185 BGB).

Diese Gestaltung dürfte sich häufig nicht empfehlen, da es dem Willen des Zweiterwerbers entsprechen wird, dass ihm auch schuldrechtliche Ansprüche (etwa aus Kaufrecht) gegen den Ersterwerber zustehen. Hierfür wäre eine schuldrechtliche Grundlage erforderlich. Eine solche erscheint außerdem zweckmäßig, um das Risiko auszuschließen, dass Mängel im Verhältnis zwischen Veräußerer und Zweiterwerber (hinsichtlich des Kaufvertrags) auf das Verhältnis zwischen Erst- und

²⁶ Hierzu MünchKommInsO/Ganter, § 48 Rdnr. 58 ff.

²⁷ Braun/Kroth, § 103 Rdnr. 51.

²⁸ BGH, Urteil vom 27.11.1981, V ZR 144/80, NJW 1982, 768, 769; BGH, Urteil vom 29.1.1987, IX ZR 205/85, NJW 1987, 1702.

²⁹ Uhlenbruck/Wegener, § 103 Rdnr. 158.

³⁰ Uhlenbruck/Wegener, § 103 Rdnr. 159.

³¹ Ferner dürfen keine Hindernisse aus materiellem Recht, einem Insolvenzplan, einer Restschuldbefreiung des Schuldners oder einer Vollabwicklung der Schuldner-Gesellschaft bestehen: Uhlenbruck/Wegener, § 103 Rdnr. 159; MünchKommInsO/Kreft, § 103 Rdnr. 18.

³² MünchKommInsO/Kreft, § 103 Rdnr. 22; Uhlenbruck/Wegener, § 103 Rdnr. 161.

³³ BGH, Urteil vom 8.11.2007, IX ZR 53/04, NZI 2008, 36 = NJW-RR 2008, 560; Braun/Kroth, InsO, § 103 Rdnr. 45.

³⁴ Anderer Auffassung müsste für diesen Fall konsequenterweise Jaeger/Henckel, § 48 Rdnr. 43, sein.

³⁵ Zur Genehmigung Zug-um-Zug gegen Kaufpreiszahlung und zur Möglichkeit der Erteilung einer Genehmigung unter der auflösenden Bedingung bei Nichtbeitragsbarkeit der Forderung Staudinger/Gursky, § 185 Rdnr. 54 m. w. N. Bei der Grundstücksübertragung ist eine solche Zug-um-Zug-Abwicklung freilich nicht möglich. Zu Gestaltungsmöglichkeiten siehe sogleich im Text.

³⁶ Vgl. Fn. 26.

³⁷ Zur Gestaltung bei der Verwendung von Notaranderkonten: Hertel in Würzburger Notarhandbuch, 4. Aufl. 2015, Teil 2 Kap. 3. Rdnr. 689 ff.; Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 7. Aufl. 2014, Rdnr. 1631 ff.

Zweiterwerber durchschlagen und der Eigentumserwerb dann nicht kondiktionsfest ist.³⁸

Interessengerecht erscheint es daher, dass Ersterwerber und Zweiterwerber einen neuen (Kauf-)Vertrag abschließen, um eine sichere schuldrechtliche Grundlage zu schaffen. Ggf. empfiehlt sich auch der Abschluss eines dreiseitigen Vertrages (Aufhebungsvertrag zwischen Veräußerer und Zweiterwerber bei gleichzeitigem Neuabschluss eines Kaufvertrages zwischen Ersterwerber und Zweiterwerber).³⁹

Der Zweiterwerber sollte ferner darauf achten, einen Antrag auf Nichtfestsetzung der Grunderwerbsteuer hinsichtlich des mit dem Veräußerer geschlossenen Kaufvertrages zu stellen (§ 16 Abs. 1 Nr. 2 GrEStG). Voraussetzung hierfür wäre allerdings, dass er wegen Nichterfüllung vom Kaufvertrag

³⁸ Es handelt sich dann um einen Fall der rechtsgrundlosen, entgeltlichen Verfügung eines Nichtberechtigten, die nach Auffassung des BGH (Urteil vom 12.7.1962, VII ZR 28/61, BGHZ 37, 363, 368 ff. = WM 1962, 960) analog § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB zu behandeln ist; der Ersterwerber könnte mithin das Grundstück vom Zweiterwerber herausverlangen. Ferner wäre der Geldfluss übers Eck von Ersterwerber an Zweiterwerber rückabzuwickeln.

³⁹ Vgl. zu dreiseitigen Verträgen nach Ausübung eines Vorkaufsrechts *Hertel* in Würzburger Notarhandbuch, Teil 2 Kap. 8 Rdnr. 97.

wirksam zurückgetreten ist. Im Insolvenzverfahren kommt eine Nichtfestsetzung gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 2 GrEStG zudem wohl dann in Betracht, wenn der Insolvenzgläubiger seinen Schadensersatzanspruch aus § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO zur Tabelle anmeldet, da in diesem Zeitpunkt die Erfüllungsansprüche erlöschen.⁴⁰

VI. Fazit

Die Entscheidung des OLG Nürnberg überzeugt nicht. Auf die Anwendung von § 878 BGB kommt es von vornherein nicht an, wenn ein Nichtberechtigter über schuldnerfremdes Vermögen verfügt. Die Genehmigung des Berechtigten verhalf der Auflassung zur Wirksamkeit.

Auch wenn eine „Abwicklung“ mit Hilfe der Genehmigung nach § 185 BGB meist möglich ist, dürfte es sich regelmäßig empfehlen, dass Berechtigter und Erwerber einen neuen Kaufvertrag abschließen, um eine sichere schuldrechtliche Grundlage für die Eigentumsübertragung zu schaffen.

⁴⁰ Vgl. Fn. 33. Zur Nichtfestsetzung der Grunderwerbsteuer: BFH, Urteil vom 23.11.2006, II R 38/05, DStRE 2007, 433, 434; *Pahlke*, GrEStG, 5. Aufl. 2014, § 16 Rdnr. 63.

BUCHBESPRECHUNGEN

Reibach/Seebach/Dahlkamp (Hrsg.): Praxis des Notariats. 11. Aufl., Deubner, 2014. 648 S., 84,53 €

Das nunmehr in 11. Auflage erschienene Werk „Praxis des Notariats“ von *Reibach/Seebach/Dahlkamp* wendet sich nach der eigenen Darstellung in erster Linie an „Berufsanfänger und erfahrene Notarfachangestellte“, aber auch an „Notare, Rechtsanwälte und Lehrer an Berufsschulen“. In Bayern dürfte es weniger bekannt sein, da hier in der Regel das bestens eingeführte Standardwerk „Notariatskunde“ von *Fassbender/Grauel/Ohmen* Verwendung findet.

Der *Reibach/Seebach/Dahlkamp* wird mittlerweile von den beiden „rheinischen“ Notarassessoren Dr. *Daniel Seebach* und *Christoph Dahlkamp* bearbeitet und stellt ein umfassendes, prägnant und klar verständlich formuliertes Überblickswerk über die notarielle Tätigkeit, einschließlich des neuen Kostenrechts nach GNotKG dar.

Die Auswahl der behandelten Rechts- und Praxisgebiete überzeugt und lässt nichts zu wünschen übrig. Lediglich der Abschnitt zur Einführung in das Handels- und Gesellschaftsrecht ist im Vergleich zu den übrigen Ausführungen etwas knapp geraten und beschränkt sich auf das GmbH-Recht. Dies dürfte zwar der Realität an den meisten Notarstellen entsprechen, da Kassenangestellte und Notarfachangestellte nur relativ selten handels- und gesellschaftsrechtliche Vorgänge bearbeiten. Für Neuauflagen des Werks könnten die Autoren aber evtl. zumindest grundsätzliche Ausführungen auch über das Personengesellschaftsrecht aufnehmen, insbesondere über die häufigsten Anmeldungen im Bereich der Kommanditgesellschaft.

Lebzeitige Vermögensübertragungen werden teilweise im Abschnitt über das Erbrecht (§ 15) abgehandelt. Hier wäre, auch wenn es sich um ein Einführungswerk handelt, wün-

schenswert gewesen, die Problematik des fehlenden Anlaufs der 10-Jahres-Frist des § 2325 Abs. 3 Satz 2 BGB eingehender darzustellen. Der Vorbehaltsnießbrauch wird zwar als schädlich für den Fristanlauf herausgestellt. Jedoch fehlt ein Hinweis auf die im Wandel begriffene Rechtsprechung und Literatur zur Fristhemmung bei der Einräumung von Wohnungsrechten bzw. der Vereinbarung von Rückübertragungsansprüchen.

Insbesondere überzeugen die Ausführungen zum Grundstückskaufvertrag und zur Grundschuld, wobei für bayerische Verhältnisse die Abwicklung eines Kaufvertrages über Notaranderkonto einen relativ breiten Raum einnimmt. Positiv ist auch hervorzuheben, dass in § 2 Ziffer 8 des Werkes die 14-Tages-Frist für Verbraucherverträge nach § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG in der gebotenen Klarheit erörtert wird. Ausdrücklich wird hier auch auf die Notwendigkeit der Entwürfsversendung durch den Notar bzw. dessen Sozium hingewiesen.

Sehr übersichtlich und hervorragend strukturiert werden dem Leser auch die Voraussetzungen für die Teilnahme Minderjähriger am Rechtsverkehr nahegebracht (§ 14 Abschnitt IV). Wichtig für die Praxis ist hier vor allem der Hinweis darauf, dass die Schenkung einer Eigentumswohnung an Minderjährige wegen deren Eintritt in die Verpflichtungen innerhalb der Eigentümergemeinschaft nie rechtlich vorteilhaft ist.

Insgesamt bietet das Werk aber einen praxisnahen und umfassenden Überblick über nahezu sämtliche notariellen Fragestellungen und kann neben der „Notariatskunde“ von *Fassbender/Grauel/Ohmen* auch in Bayern zur Lektüre empfohlen werden.

Notar *Tobias Fembacher*, Ingolstadt

Ganter/Hertel/Wöstmann: Handbuch der Notarhaftung. 3. Aufl., Carl Heymanns Verlag, 2014. 784 S. inkl. Online-Ausgabe, 119 €

Zehn Jahre nach der Erstauflage im Jahr 2004 ist nunmehr die 3. Auflage des Handbuchs der Notarhaftung erschienen, jetzt nicht mehr im ZAP Verlag, sondern im Carl Heymanns Verlag. Ursprünglich begründet von Dr. *Horst Zugehör*, damals als Richter am BGH zuständig für Notar- und Anwaltshaftungssachen, wurde das Werk in 2. Auflage weitergeführt und in 3. Auflage mit unverändertem Autorenteam fortgesetzt von Dr. *Hans Gerhard Ganter*, Vorsitzender Richter am BGH a. D., 19 Jahre Mitglied des früher für Notarhaftungssachen zuständigen IX. Zivilsenats des BGH, von Notar *Christian Hertel* (Weilheim i. OB), der mehrere Jahre Geschäftsführer des Deutschen Notarinstituts in Würzburg war und von Richter am BGH *Heinz Wöstmann*, seit Mai 2007 Mitglied des ab 2002 für Notarhaftungssachen zuständigen III. Zivilsenats des BGH und des Notarsenats.

Das Handbuch wurde auf den Rechtsstand von Januar 2014 aktualisiert. An wichtigen Gesetzesänderungen notarielle Amtspflichten betreffend wurden insbesondere eingearbeitet

das Gesetz zur Übertragung von Aufgaben im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit auf Notare, das im Wesentlichen am 1.9.2013 in Kraft trat, und das Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im notariellen Beurkundungsverfahren, in Kraft seit 1.10.2013.

Im Mittelpunkt des Werkes steht weiterhin die systematische Darstellung der Rechtsprechung des BGH in Notarhaftungssachen. Neben dem nachstehend noch genannten Urteil vom 7.2.2013 besonders zu erwähnen sind dabei die neu aufgenommenen Entscheidungen vom 9.12.2010, III ZR 272/09 bzgl. der Amtspflicht zur Erforschung des Willens der Urkundsbeteiligten, vom 8.12.2011, III ZR 225/10 zur Belehrungspflicht bei der Beurkundung einer Annahmeerklärung und vom 22.7.2010, III ZR 293/09 zur Belehrungspflicht bei Eintragung eines Zwangsversteigerungsvermerks. Leider nicht mehr eingearbeitet werden konnte ein für die Haftungspraxis sehr wichtiges, jedoch erst nach Drucklegung verkündetes Urteil vom 15.5.2014, III ZR 375/12 zu den notariellen Belehrungspflichten eines vor 2001 beurkundeten Ehevertrags.

Das Handbuch erfüllt einerseits eine präventive Aufgabe. Jedem Notar ist zu empfehlen, es zur Fehlervermeidung mög-

lichst oft zur Hand zu nehmen. Beispielhaft sei auf die Ausführungen von *Ganter* zu § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG verwiesen (Rdnr. 1438 ff.). Die Vorschrift stand in den vergangenen Jahren im Mittelpunkt einer Vielzahl von Amtshaftungsprozessen bis zur grundlegenden Entscheidung des BGH vom 7.2.2013, III ZR 121/12, DNotZ 2013, 552 und wurde schließlich zur Eindämmung von flächendeckend beurkundeten Verkäufen von Schrottimmobilien, oft von Strukturvertrieben vermittelt, zum 1.10.2013 modifiziert. *Ganter* beschreibt ausführlich die Auswirkungen der Neuregelung für das Beurkundungsverfahren. Angeboten hätte sich – um die Wichtigkeit dieser Amtspflichten zu verdeutlichen – eventuell noch ein kurzer Hinweis auf den zeitgleich eingeführten § 50 Abs. 1 Nr. 9b BNotO, der bei einem wiederholt groben Verstoß des Notars gegen § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG die Amtsenthebung vorsieht.

Andererseits wird aber auch jeder mit einem Amtshaftungsfall befasste Jurist das Werk als wertvolle Hilfe schätzen, weil die aktuelle höchstrichterliche Rechtsprechung in gut strukturierter Form dargestellt wird. Dies gilt gleichermaßen für den Notar als Nutzer wie auch für den Richter, den Rechtsanwalt oder den Haftpflichtversicherer. Immer wieder lösen unwirksame AGB-Klauseln in notariellen Verträgen Haftpflichtfälle aus. *Ganter* befasst sich (Rdnr. 576 ff.) ausführlich mit dieser für den Notar sehr wichtigen Problematik und nennt diverse Einzelfälle unwirksamer Klauseln, auch unter Hinweis auf eine neuere Entscheidung des BGH vom 7.6.2013, V ZR 10/12, DNotZ 2013, 923 zur Unwirksamkeit einer Klausel mit unbefristeter Angebotsfortgeltung. Mit Amtspflichtverletzungen aus Betreuungstätigkeit (§§ 23, 24 BNotO) setzt sich *Hertel* (Rdnr. 1534 ff.) souverän auseinander, insbesondere auch mit dem für die Praxis wichtigen Fall des Widerrufs von Verwahranweisungen. *Wöstmann* gelangt in dem prozessual bedeutenden Kapitel der Kausalität, der Zurechnung und des Schadens (Rdnr. 2182 ff.) eine inhaltlich übersichtliche Darstellung der rechtlichen Brennpunkte, immer auch mit besonderem Blick auf die Beweislast

und belebt durch viele instruktive Beispielfälle aus der täglichen Praxis.

Das Handbuch ist zudem wichtiger Ratgeber des Notars in konfliktbehafteten Situationen der täglichen Praxis, beispielsweise bei Meinungsverschiedenheiten zwischen den Vertragsbeteiligten und dem Notar bzgl. der Verweigerung/Vornahme einer Amtstätigkeit. Mit der pragmatischen, jedoch in der Praxis viel zu selten genutzten Beschwerdemöglichkeit gemäß § 15 Abs. 2 BNotO und den Auswirkungen auf die Notarhaftung setzt sich das Handbuch an mehreren Stellen (insbesondere Rdnr. 778 ff., 212 ff.) fundiert auseinander, auch kritisch, wenn es um die umstrittene Frage der Beschwerdefähigkeit der angekündigten Vornahme einer Amtshandlung geht (Rdnr. 783). Das Beschwerdeverfahren wird in der gebotenen Kürze dargestellt (Rdnr. 792 ff.) unter Berücksichtigung der mit dem FGG-Reformgesetz zum 1.9.2009 eingetretenen Änderungen und der nach wie vor teilweise ungeklärten Rechtsfragen, beispielsweise zur Beschwerdefrist. Zu den amtshaftungsrechtlichen Konsequenzen bei Nicht-Einlegung der Beschwerde stellen die Autoren ihre unterschiedlichen Auffassungen dar (*Hertel*, Rdnr. 214 für Haftungsausschluss gemäß § 839 Abs. 3 BGB i. V. m. § 19 Abs. 1 Satz 3 BNotO, *Wöstmann*, Rdnr. 2282 und *Ganter*, Rdnr. 809 hingegen für Mitverschulden gemäß § 254 BGB). Für selten mit Amtshaftungsansprüchen befasste Juristen gibt die von *Wöstmann* erstellte „Checkliste für die Haftungsprüfung“ am Ende des Werkes eine gute Orientierungshilfe.

Die weitreichende Erfahrung von *Hertel* zu den Abläufen in der notariellen Praxis kombiniert mit der unübersehbaren Nähe von *Ganter* und *Wöstmann* zur höchstrichterlichen Rechtsprechung des BGH macht dieses Handbuch zum unersetzlichen Berater für alle mit Notarhaftungsfragen befassten Personenkreise, es kann und muss daher uneingeschränkt empfohlen werden.

Rechtsanwältin und Leitende Justitiarin der
Allianz Deutschland AG, *Sabine Schramm*, Schrobhausen

Böttcher/Habighorst/Schulte (Hrsg.): Umwandlungsrecht. 1. Aufl., Nomos, 2015. 1859 S., 178 €

Die schon umfangreiche Literatur zum Umwandlungsrecht zeugt nicht nur von der Bedeutung dieses Rechtsgebietes, sondern auch von dessen überaus großer Komplexität und dem unterschiedlichen Bedarf der Rechtsanwender. Neben wissenschaftlich ausgerichteten Kommentierungen finden sich praktische Erläuterungsbücher; berührte Spezialgebiete wie das Steuerrecht oder Arbeitsrecht werden in Anhänge nur zum Überblick verwiesen oder in ausführlichen Monographien behandelt. Jede Neuerscheinung ist daher zunächst in diesem Spektrum zu verorten.

Unter weitgehendem Verzicht auf erläuternde Einführungen oder Anhänge umfasst das vorliegende Werk eine dem Gesetzestext folgende Kommentierung des Umwandlungsgesetzes einschließlich der SE-VO, des Umwandlungssteuergesetzes und des Spruchverfahrensgesetzes. Es ist insoweit dem Kommentar von *Schmitt/Hörtnagl/Stratz* vergleichbar, jedoch mit deutlich geringerer Betonung der steuerlichen Materie. Auch im Umfang der Kommentierung des hier im Zentrum stehenden Umwandlungsgesetzes kommt es dem genannten Kommentar nahe, obwohl es mit seinem Volumen und Gewicht

dessen gerade bei mobilem Einsatz zu schätzende Handlichkeit nicht erreicht. Dafür gewinnt dieser neue Kommentar an Lesbarkeit mit klarem Druckbild durch die Vermeidung der von Kurzkommentaren vielfach geübten Praxis, geläufige Substantive im Fließtext abzukürzen oder diesen durch bisweilen umfangreiche Zitate zu unterbrechen, die hier in Fußnoten ausgegliedert worden sind. Für das Arbeitsgebiet der Notare wichtig ist auch, dass sich die Kommentierung auf den gesamten Gesetzesinhalt erstreckt, statt sich wie etwa der Kommentar von *Kallmeyer* auf die wirtschaftlich relevanten handelsrechtlichen Rechtsträger zu beschränken.

Der Kommentar hat sich das Ziel gesetzt, eine praxisorientierte Kommentierung zu liefern. Hierzu hat sich ein Team von 30 Autoren zusammengefunden, die ihre überwiegend in Großkanzleien erworbene berufliche Erfahrung als Rechtsanwalt, Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer auswerten konnten. Nicht minder zu schätzen ist aber auch die Ergänzung in Einzelbereichen durch wissenschaftlichen bzw. richterlichen Sachverstand, zumal häufig bei zeitsensiblen Vorgängen die reibungslose Abwicklung der Registerverfahren besonders wichtig ist. So mündet zum Beispiel die bei einem großen, respektablen Registergericht gesammelte Erfahrung in sonst vergebens gesuchten Erläuterungen zur notariellen Steuerung

von Kettenverschmelzungen oder der Rolle des Notars bei einem Freigabeverfahren. Gelegentlich eingestreute Formulierungshilfen, auf die die Herausgeber zum Nachweis der Praxisnähe hinweisen, dienen wohl der Verbildlichung der Kommentierung, ersparen aber bei Bedarf nicht den Griff zum Formularbuch und sind auch für das Gesamtbild der Kommentierung nicht kennzeichnend. Darüber hinaus werden im Text vielfache Praxistipps und Hinweise hervorgehoben, die für eine zügige Bearbeitung des jeweiligen Vorgangs hilfreich sind. Angesichts der Bedeutung der Beurkundungs- und Registervorgänge im Umwandlungsrecht ist es fast gängige Praxis geworden, Kostenhinweise in die Kommentierung aufzunehmen. Dem schließt sich auch der vorliegende Kommentar mit prägnanten und ausführlichen Erläuterungen an, ohne jedoch in jedem Falle dem notariellen Zwang zur kostengünstigen Gestaltung voll gerecht zu werden.

Die Aktualität der Kommentierung wird nicht dadurch beeinträchtigt, dass der ihr vorangestellte Text des UmwStG, der ohnehin mehrere Redaktionsversehen aufweist, die Gesetzesänderung vom 25.7.2014 – da nur von rein redaktionellem Gewicht – nicht berücksichtigt, sondern nur in einer Fußnote anmerkt. Die Beiträge der einzelnen Autoren sind nicht homogen zeitnah gestaltet. So sucht man bei der grenzüberschreitenden Sitzverlegung oder dem Analogieverbot in § 1 UmwG, Rdnr. 23, 44 ff. einen Hinweis auf OLG Nürnberg, Beschluss vom 19.6.2013, 12 W 520/13, NZG 2014, 349 bzw. die zugrundeliegende „Vale“-Entscheidung des EuGH, Urteil vom 12.7.2012, C-378/10, NZG 2012, 871 vergebens, während beide in § 190 UmwG, Rdnr. 22 ff. diskutiert werden. Viele Zitate bevorzugen die Kommentar-Literatur, vernachlässigen aber die zeitnahe Rechtsprechung. So wird zum Beispiel zur Spaltung zu Null (§ 128 UmwG, Rdnr. 6) neben älteren Urteilen von Untergerichten OLG München, Beschluss vom 10.7.2013, 31 Wx 131/13, NZG 2013, 951 nicht erwähnt. Auch wenn sich dieser jüngere Beschluss auf die zitierten Fundstellen stützt, können doch die größere Zeitnähe und Autorität des Gerichtes für Diskussionen mit allen Beteiligten wertvoll sein. Ähnliches trifft auch für OLG Hamm, Urteil vom 16.4.2014, 8 U 82/13, MittBayNot 2014, 551 zum Übergang vinkulierter GmbH-Anteile bei einer Spaltung (§ 131 UmwG, Rdnr. 30) zu. Im steuerlichen Bereich gilt dies verschiedentlich auch für unterbliebene Verweise auf Abschnitte des Umwandlungssteuererlasses, so zum Beispiel selbst trotz eines Hinweises auf dessen abweichende Meinung in § 20 UmwStG, Rdnr. 104. Hier bleiben Wünsche an künftige Auflagen offen.

Inhaltlich orientiert sich die Kommentierung mit übersichtlicher Gliederung und klarer Darstellung an den mitunter umfangreichen gesetzlichen Vorschriften und schließt die im Baukastensystem kraft Verweisung erlangte besondere Bedeutung für die zusätzlichen Umwandlungsarten ein. So wird die Frage, ob Teilbilanzen als Anlage zur Anmeldung einer Abspaltung ausreichen, bei § 129 UmwG nur mit einem kurzen Hinweis bedient, dafür aber im Rahmen der Verschmelzung in ausreichender Breite unter Darstellung der kontroversen Meinungen diskutiert. Bilanz- und bewertungsrechtlichen Fragen wird ein der Bedeutung der Materie entsprechender Platz eingeräumt; die Unternehmensbewertung wird unter Bezug auf die dazu ergangene Rechtsprechung in einem eigenen Anhang zum Spruchverfahrensgesetz dargestellt. Arbeitsrechtliche Aspekte werden nicht nur im Rahmen der umwandlungsrechtlichen Sondervorschriften, sondern auch als Gegenstand der gesetzlich geforderten Dokumentation und Berichte ausführlich diskutiert. Von besonderem Interesse für Notare ist auch, dass Fragen der Beurkundung aus der praktischen Erfahrung mit dem Verhandlungsprozess, der sich oftmals durch die Vielzahl der Beteiligten hinzieht, sowie der Ablauf der registerrichterlichen Prüfung ausgiebigen Platz finden.

In der Literatur und Rechtsprechung umstrittene Aspekte werden in der Regel mit Zitaten offengelegt und die eigene Meinung mehrfach nur zurückhaltend formuliert und im Interesse der Ablaufsicherheit eine vorherige Abstimmung mit den Registergerichten empfohlen, so etwa bei der Frage des Ausscheidens eines nicht am Kapital beteiligten Komplementärs einer verschmolzenen GmbH & Co. KG (§ 5 UmwG, Rdnr. 17) oder der dogmatisch verwandten Frage des Beitritts eines solchen Komplementärs bei dem Formwechsel einer Ein-Personen-Kapitalgesellschaft in eine GmbH & Co. KG. Überraschend ist dann gleichwohl, dass an anderer Stelle (§ 202 UmwG, Rdnr. 13) diese Frage etwas apodiktisch als durch ein obiter dictum des BGH geklärt dargestellt wird, auch wenn dies nach Änderung der früheren Ansicht mancher anderen Kommentare heute wohl der herrschenden Meinung entspricht.

Insgesamt bietet sich der vorliegende Kommentar durch seine umfassenden Erläuterungen, klare Darstellung und praxisnahe Problemanalyse als ein geeignetes Arbeitsmittel für die Lösung umwandlungsrechtlicher Aufgaben an. Er wird einen guten Beitrag zur Meinungsbildung sich neu stellender Probleme leisten können und hoffentlich einen gesicherten Platz unter den schon vorhandenen Kommentaren erlangen.

Rechtsanwalt, Steuerberater und
Notar a. D. Dr. *Norbert Meister*, Frankfurt am Main

RECHTSPRECHUNG

Bürgerliches Recht

1. BGB §§ 307, 1191 (*Unwirksame Beschränkung des Sicherheitenrückgewähranspruchs auf Löschung*)

Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Sicherungnehmers enthaltene Klausel, die den auf Rückgewähr der Grundschuld gerichteten Anspruch des Sicherungsgebers auf die Löschung des Grundpfandrechts beschränkt, hält der richterlichen Inhaltskontrolle jedenfalls dann nicht stand, wenn sie auch Fallgestaltungen erfasst, in denen der Sicherungsgeber im Zeitpunkt der Rückgewähr nicht mehr Grundstückseigentümer ist (Fortführung von BGHZ 106, 375 = NJW 1989, 1349).

BGH, Urteil vom 18.7.2014, V ZR 178/13

Der Beklagte war im Jahr 1997 Gesellschafter der K. und E. GmbH (im Folgenden: GmbH) sowie der K. und E. Bau- und Verwaltungsgesellschaft bürgerlichen Rechts (im Folgenden: GbR). Zweck der GbR war die Errichtung einer Arbeitshalle, die an die GmbH vermietet werden sollte. Eigentümer des zu bebauenden Grundstücks waren der Beklagte und sein Mitgesellschafter. 1997 nahm der Beklagte bei der klagenden Bank ein Darlehen auf, das er der GbR zur Verfügung stellte. Zur Sicherung der Darlehensforderung bestellte der Beklagte gemeinsam mit seinem Mitgesellschafter eine Buchgrundschuld über 645.000 DM an dem Grundstück; diese sicherte letztlich noch drei weitere Darlehen der GmbH und des Mitgesellschafters. Die zuletzt getroffene Sicherungsabrede aus dem Jahr 2002 enthält folgende Bestimmung:

„5. Erledigung des Sicherungszwecks

Soweit dem Sicherungsgeber nach Erledigung des vereinbarten Sicherungszwecks ein Rückgewähranspruch auf die oben bezeichnete Grundschuld zusteht, ist dieser auf den Anspruch auf Löschung der Grundschuld beschränkt, es sei denn, dass im Zeitpunkt der Rückgewähr das Eigentum an dem belasteten Grundstück durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung gewechselt hat.“

Im Dezember 2005 schied der Beklagte aus der GbR aus. Seit 2008 ist sein früherer Mitgesellschafter Alleineigentümer des Grundstücks. Im Juli 2008 kündigte die Klägerin das Darlehen. Im Zuge einer von dem Mitgesellschafter vorgenommenen Umschuldung der weiteren gesicherten Darlehen trat die Klägerin die Grundschuld an eine andere Bank ab.

Die Klageforderung von insgesamt 48.517,50 € setzt sich aus dem verbleibenden Darlehensbetrag und Zinsen zusammen. Der Beklagte macht ein Zurückbehaltungsrecht geltend, das er auf seinen Anspruch auf Rückgewähr der Grundschuld stützt. Das LG hat der Klage vollen Umfangs stattgegeben. Die Berufung des Beklagten hat das Kammergericht gemäß § 522 Abs. 2 ZPO in der Fassung vom 21.10.2011 durch einstimmigen Beschluss zurückgewiesen. Mit der von dem Senat im Hinblick auf die Verneinung eines Zurückbehaltungsrechts zugelassenen Revision will der Beklagte erreichen, dass seine Verurteilung zur Zahlung nur Zug um Zug gegen die Übertragung einer Teilgrundschuld in Höhe der Klageforderung nebst Zinsen erfolgt, hilfsweise gegen Zahlung eines Betrags in Höhe der Klageforderung nebst Zinsen.

Das Berufungsgericht meint, ein Zurückbehaltungsrecht wegen eines auf Rückgewähr der Grundschuld gerichteten Gegenanspruchs stehe dem Beklagten nicht zu. Ausweislich der Sicherungsabrede habe die Grundschuld auch die weiteren Darlehen sichern sollen. Der Klägerin sei eine Rückgewähr der Grundschuld subjektiv unmöglich, da deren Inhaberin nunmehr eine andere Bank sei. Im Übrigen hätten die Parteien in der Sicherungsabrede wirksam vereinbart, dass der Rückgewähranspruch auf die Löschung beschränkt sei. Die Löschung könne der Beklagte nicht beanspruchen, da er seit dem Jahr 2008 nicht mehr (Mit-)Eigentümer des Grundstücks sei.

Aus den Gründen:

II.

Die Revision hat Erfolg. Mit der von dem Berufungsgericht gegebenen Begründung kann ein Zurückbehaltungsrecht des Beklagten nicht verneint werden.

1. Im Ausgangspunkt stand dem Beklagten aufgrund der Sicherungsvereinbarung zunächst ein durch den Wegfall des Sicherungszwecks aufschiebend bedingter Rückgewähranspruch gegen die Klägerin zu, und zwar gemäß § 747 Satz 2, § 432 Abs. 1 Satz 1 BGB gemeinschaftlich mit seinem früheren Mitgesellschafter (vgl. BGH, Urteil vom 13.1.1993, XII ZR 212/90, WM 1993, 849, 854; Urteil vom 20.10.2010, XII ZR 11/08, BGHZ 187, 169 Rdnr. 12; *Lemke/Regenfus*, Immobilienrecht, § 1191 BGB Rdnr. 40). Dass der Beklagte nicht mehr Miteigentümer des Grundstücks ist, ist unerheblich, weil sich aus der Sicherungsvereinbarung ergibt, wer als Sicherungsgeber anzusehen ist (näher Senat, Urteil vom 20.11.2009, V ZR 68/09, NJW 2010, 935 Rdnr. 14 m. w. N.); in der maßgeblichen Sicherungsvereinbarung von 2002 werden der Beklagte und sein Mitgesellschafter ausdrücklich als Sicherungsgeber bezeichnet.

2. Entgegen der Auffassung der Klägerin ist der Beklagte auch nach seinem Ausscheiden aus der Gesellschaft Sicherungsgeber geblieben. Selbst wenn der Mitgesellschafter – wie es der Beklagte behauptet – im Innenverhältnis die Darlehensschuld übernommen haben sollte, ist im Außenverhältnis zu der Klägerin eine Schuldübernahme nicht erfolgt und der Beklagte infolgedessen nicht aus der persönlichen Haftung entlassen worden. Deshalb kann nicht davon ausgegangen werden, dass er den Rückgewähranspruch schon aufgrund der im Innenverhältnis erfolgten Schuldübernahme stillschweigend an seinen Mitgesellschafter abgetreten hat. Dies ist nach der Interessenlage nur für den Fall einer Tilgung der übernommenen Forderung durch den Mitgesellschafter anzunehmen (vgl. BGH, Urteile vom 5.2.1991, XI ZR 45/90, NJW 1991, 1821, 1822; vom 13.7.1983, VIII ZR 134/82, NJW 1983, 2502, 2503 unter II 1 b)). Diese (aufschiebende) Bedingung, unter der die stillschweigende Abtretung stand, ist gerade nicht eingetreten.

3. Die getroffenen Feststellungen tragen nicht die Annahme des Berufungsgerichts, ein Zurückbehaltungsrecht des Beklagten scheidet aus, weil der Klägerin die Erfüllung des Rückgewähranspruchs allein durch die Übertragung der Grundschuld auf eine andere Bank subjektiv unmöglich geworden sei. Hat der Schuldner eines Primäranspruchs den Leistungsgegenstand übertragen, ist ihm die Leistung nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht schon deshalb unmöglich, weil er über den Gegenstand nicht mehr verfügen kann und auf ihn auch keinen Anspruch hat, sondern nur dann, wenn er die Verfügungsmacht nicht mehr erlangen und zur Erfüllung des geltend gemachten Anspruchs auch nicht auf den Leistungsgegenstand einwirken kann. Darlegungs- und beweispflichtig für sein Unvermögen ist in diesem Fall der Schuldner, hier also die Klägerin; die fehlende Verfügungsmacht indiziert die Unmöglichkeit nicht (eingehend Senat, Urteil vom 26.3.1999, V ZR 368/97, BGHZ 141, 179, 181 ff.; zuletzt etwa noch BGH, Urteil vom 25.10.2012, VII ZR 146/11, NJW 2013, 152 Rdnr. 33). Dies gilt auch im Falle der Übertragung einer Grundschuld (vgl. BGH, Urteil vom 30.3.2010, XI ZR 200/09, BGHZ 185, 133 Rdnr. 36; Urteil

vom 25.10.1984, IX ZR 142/83, WM 1985, 12, 13; *Staudinger/Wolfsteiner*, 2009, vor §§ 1191 ff. Rdnr. 164 a. E.; *Palandt/Bassenge*, 73. Aufl., § 1191 Rdnr. 26).

4. Ebenso wenig kann das Zurückbehaltungsrecht – wie das Berufungsgericht meint – wegen der in der Sicherungsabrede enthaltenen Klausel verneint werden, die den Rückgewähranspruch auf einen Lösungsanspruch reduziert. Hierbei handelt es sich nach den Feststellungen der Vorinstanzen um eine von der Klägerin gestellte Allgemeine Geschäftsbedingung, die den Vorschriften über die richterliche Kontrolle des Inhalts Allgemeiner Geschäftsbedingungen (§§ 307 bis 309 BGB) unterliegt.

a) Die Klausel weicht von der gesetzlichen Regelung ab, nach der der Sicherungsgeber im Rahmen eines Wahlschuldverhältnisses (§§ 262 ff. BGB) zwischen drei Arten der Rückgewähr entscheiden kann. Er kann wählen, ob sein Anspruch entweder (erstens) durch Löschung der Grundschuld (§§ 875, 1183, 1192 Abs. 1 BGB) erfüllt werden soll, (zweitens) durch Abgabe einer Verzichtserklärung, die eine Eigentümergrundschuld entstehen lässt (§ 1168 Abs. 1, § 1192 Abs. 1 BGB), oder (drittens) durch Abtretung an sich oder einen Dritten (§§ 1154, 1192 Abs. 1 BGB; vgl. BGH, Urteil vom 9.2.1989, IX ZR 145/87, BGHZ 106, 375, 378; vom 6.7.1989, IX ZR 277/88, BGHZ 108, 237, 242 f.; *Erman/F. Wenzel*, BGB, 13. Aufl., § 1191 Rdnr. 62; *Staudinger/Wolfsteiner*, 2009, vor §§ 1191 ff. Rdnr. 153).

b) Höchststrichterlich ist bereits entschieden, dass eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Sicherungsnehmers enthaltene Klausel unwirksam ist, wenn sie die Wahlmöglichkeiten des Sicherungsgebers auch insoweit beschränkt, als im Zeitpunkt der Rückgewähr das Eigentum an dem belasteten Grundstück durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung gewechselt hat (BGH, Urteil vom 9.2.1989, IX ZR 145/87, BGHZ 106, 375, 380). Diesem Erfordernis trägt die verwendete Klausel Rechnung.

c) Noch nicht geklärt ist dagegen die Wirksamkeit der Klausel im Übrigen; der Senat hat diese Frage ausdrücklich offen gelassen (Urteil vom 4.2.2011, V ZR 132/10, BGHZ 188, 186 Rdnr. 15).

aa) In der Literatur ist die Frage umstritten.

(1) Teilweise wird eine Beschränkung des Rückgewähranspruchs auf die Löschung der Grundschuld für wirksam gehalten. In der langjährigen Praxis sei die „Löschungsbestimmung“ der Grundschuld in den Vordergrund gerückt, weil der Rückgewähranspruch regelmäßig nicht der Rangwahrung diene, sondern die Stellung nachrangiger Gläubiger verbessern solle; eine solche Rangverstärkung werde durch die Löschung erzielt. Verwiesen wird auch auf das Leitbild des gesetzlichen Lösungsanspruchs gemäß § 1179a BGB (*Gabardiell/Gladenbeck*, Kreditsicherung durch Grundschulden, 9. Aufl., Rdnr. 756 ff.; *Reithmann*, WM 1990, 1985, 1986 f.; wohl auch *Epp* in *Schimansky/Bunte/Lwowski*, Bankrechts-Handbuch, 4. Aufl., § 94 Rdnr. 414 ff.). Komme es zu einem nachträglichen Eigentumswechsel, trete der Erwerber regelmäßig in den Sicherungsvertrag ein, so dass die Identität von Sicherungsgeber und Eigentümer gewahrt bleibe (*Gabardiell/Gladenbeck*, a. a. O., Rdnr. 757 a. E).

(2) Nach anderer Auffassung sind derartige Klauseln unwirksam, sofern sie Geltung auch für den Fall beanspruchen, dass im Zeitpunkt der Rückgewähr Sicherungsgeber und Grundstückseigentümer verschieden sind (*Erman/F. Wenzel*, BGB, 13. Aufl., § 1191 Rdnr. 63 ff.; *ders.*, Sicherung von Krediten durch Grundschulden, 2001, Rdnr. 2418 f.; wohl auch *Jacoby* in *Derleder/Knops/Bamberger*, Handbuch zum

deutschen und europäischen Bankrecht, 2. Aufl., § 24 Rdnr. 92; *Wolf/Lindacher/Pfeiffer*, AGB-Recht, 5. Aufl., Klauseln G 222 a. E.; *Federlin* in *Kümpel/Wittig*, Bank- und Kapitalmarktrecht, 4. Aufl., Rdnr. 12.392).

(3) Weitergehend halten andere – gestützt auf § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB oder auf § 305c Abs. 1 BGB – die formularmäßige Verkürzung des Rückgewähranspruchs stets für unwirksam, weil dem Sicherungsgeber die Möglichkeit genommen werde, das Grundpfandrecht wiederholt als Kreditsicherungsmittel zu nutzen (*MünchKommBGB/Eickmann*, 6. Aufl., § 1191 Rdnr. 131; *Staudinger/Wolfsteiner*, 2009, vor §§ 1191 ff. Rdnr. 157 f.; *Lemke/Regenfus*, Immobilienrecht, § 1191 BGB Rdnr. 43; *Clemente* in *Assies/Beule/Heise/Strube*, Handbuch des Fachanwalts Bank- und Kapitalmarktrecht, 3. Aufl., Kap. 5 Rdnr. 1190 ff.; *ders.*, Recht der Sicherungsgrundschuld, 4. Aufl., Rdnr. 576 ff.; *Otten*, Sicherungsvertrag und Zweckerklärung, 2003, Rdnr. 674 ff.; *Müller*, RNotZ 2012, 199, 202). Ausnahmen sollen nur für Bauträgerverträge gelten (*MünchKommBGB/Eickmann*, 6. Aufl., § 1191 Rdnr. 131; *Clemente* in *Assies/Beule/Heise/Strube*, Handbuch des Fachanwalts Bank- und Kapitalmarktrecht, 3. Aufl., Kap. 5 Rdnr. 1193; *ders.*, Recht der Sicherungsgrundschuld, 4. Aufl., Rdnr. 585).

bb) Mit den beiden zuletzt genannten Auffassungen sieht der Senat eine derartige Klausel jedenfalls dann gemäß § 307 Abs. 1 und 2 Nr. 1 und 2 BGB als unwirksam an, wenn sie auch Fallgestaltungen erfasst, in denen der Sicherungsgeber – wie hier – nach einem Eigentumswechsel nicht mehr zugleich Grundstückseigentümer ist. Ob eine Beschränkung des Wahlrechts durch Allgemeine Geschäftsbedingungen stets unwirksam ist – also auch dann, wenn Eigentümer und Sicherungsgeber personenidentisch sind oder von Anfang an ein Dritter Eigentümer ist –, bedarf keiner Entscheidung.

(1) Der Anspruch des Sicherungsgebers auf Rückgewähr nach Erledigung des Sicherungszwecks gehört bei einer nicht akzessorischen Sicherheit unabdingbar zu dem Sicherungsvertrag; um einen solchen handelte es sich nämlich nicht, wenn der Sicherungsnehmer die Sicherheit behalten dürfte. Weil der Anspruch ein Wesensmerkmal der Sicherungsabrede ist, darf er nicht völlig ausgeschlossen oder in einer Weise beschränkt werden, die einem Ausschluss gleichkommt (*Staudinger/Wolfsteiner*, 2009, vor §§ 1191 ff. Rdnr. 156; *Gabardiell/Gladenbeck*, Kreditsicherung durch Grundschulden, 9. Aufl., Rdnr. 723, 754). Zu Letzterem führt die Beschränkung auf einen Lösungsanspruch jedenfalls dann, wenn bei einem Eigentumswechsel der neue Eigentümer nicht in den Sicherungsvertrag eintritt und der frühere Eigentümer aus diesem Grund Sicherungsgeber bleibt. Dann kommt die Löschung – ebenso wie nach dem Zuschlag in der Zwangsversteigerung – nicht dem Sicherungsgeber, sondern dem neuen Eigentümer zugute; eine effektive Rückgewähr an den Sicherungsgeber kann nur durch Abtretung der Grundschuld erfolgen.

(2) Demgegenüber geht der Hinweis auf eine „Löschungsbestimmung“ der Grundschuld, die sich unter anderem aus § 1179a BGB ergeben soll, und auf die Interessen der nachrangigen Grundpfandgläubiger schon im Ansatz fehl. Der Lösungsanspruch gemäß § 1179a BGB enthält kein gesetzliches Leitbild für die Rückgewähr von Grundschulden. Diese Norm regelt nämlich gerade nicht die Rückgewähr, sondern nur deren Folgen, wenn sie (nach Ausübung des Wahlrechts) durch Verzicht (§ 1192 Abs. 1, § 1168 Abs. 1 BGB) oder durch Übertragung an den Eigentümer zum Entstehen einer Eigentümergrundschuld geführt hat. Die Bestimmung bezweckt im Übrigen keineswegs die Besserstellung

nachrangiger Gläubiger, sondern soll der Entlastung der Grundbuchämter dienen (Senat, Urteil vom 27.4.2012, V ZR 270/10, BGHZ 193, 144 Rdnr. 15 m. w. N.). Nichts anderes folgt aus den Interessen der nachrangigen Gläubiger als solchen. Diese haben bei der AGB-Kontrolle ohnehin außer Betracht zu bleiben, weil die nachrangigen Gläubiger – sofern es solche gibt – an dem maßgeblichen Vertragsverhältnis nicht beteiligt sind. Zudem begünstigt der Rückgewähranspruch nachrangige Gläubiger nicht; diese können von dem Grundstückseigentümer kein Verhalten verlangen, das den Rückübertragungsanspruch entstehen lässt (zutreffend *Otten*, Sicherungsvertrag und Zweckerklärung, Rdnr. 677). Insbesondere steht es dem Eigentümer frei, die Grundschuld nach Tilgung der ursprünglichen Forderung zu revalutieren, indem ihr neue Forderungen unterlegt werden (Senat, Urteil vom 19.4.2013, V ZR 47/12, BGHZ 197, 155 Rdnr. 14; BGH, Urteil vom 25.10.1984, IX ZR 142/83, NJW 1985, 800, 803).

(3) Der Verstoß der Allgemeinen Geschäftsbedingungen gegen das gesetzliche Leitbild führt im Zweifel zu deren Unwirksamkeit. Anderes gilt, wenn die Leitbildabweichung sachlich gerechtfertigt ist und der gesetzliche Schutzzweck auf andere Weise sichergestellt wird (BGH, Urteil vom 7.3.2013, VII ZR 162/12, NJW 2013, 1431 Rdnr. 26 m. w. N.). Das ist nicht der Fall.

(a) Die Reduzierung auf den Lösungsanspruch macht zwar eine nähere Prüfung der Person des Sicherungsgebers entbehrlich und vereinfacht auf diese Weise die Vertragsabwicklung. Mögliche Regressansprüche wegen eines Irrtums über die Person des Sicherungsgebers können von vornherein ausgeschlossen werden. Diese Interessen des Sicherungsnehmers können den (faktischen) Ausschluss der Rückgewähr aber nicht rechtfertigen. Sie wiegen nämlich schon deshalb nicht schwer, weil der Sicherungsgeber ohne Mitwirkung des Sicherungsnehmers nicht ausgewechselt werden kann. Es liegt daher in der Hand des Sicherungsnehmers, Irrtümer durch eine sorgfältige Sachbearbeitung auszuschließen. Hierin liegt ein wesentlicher Unterschied zu einem in Allgemeinen Geschäftsbedingungen vorgesehenen Zustimmungsvorbehalt hinsichtlich der Abtretung von Rückgewähransprüchen, den der Senat wegen der Interessen der Bank an einer klaren und übersichtlichen Vertragsabwicklung unter bestimmten Voraussetzungen für wirksam erachtet hat (Urteil vom 9.2.1990, V ZR 200/88, BGHZ 110, 241, 244 ff.).

(b) Entgegen der Auffassung der Klägerin lässt sich die Wirksamkeit der Klausel auch nicht mit der Überlegung begründen, dass diese nur in seltenen Fällen einer effektiven Rückgewähr entgegensteht, die bei der im Rahmen der AGB-Kontrolle gebotenen generalisierenden Betrachtung außer Betracht bleiben könnten (so in der Tendenz *Gabardiell/Gladenbeck*, Kreditsicherung durch Grundschulden, 9. Aufl., Rdnr. 757 a. E.). Richtig ist zwar, dass Eigentümer und Sicherungsgeber personenidentisch bleiben, sofern der neue Eigentümer bei einer Veräußerung des Grundstücks in den Sicherungsvertrag eintritt und hierdurch Sicherungsgeber wird (*Gabardiell/Gladenbeck*, a. a. O., Rdnr. 636). Dies mag in der Regel der Fall sein; zwingend ist ein solcher Ablauf aber keineswegs, weil der Eintritt in den Sicherungsvertrag die Mitwirkung des Sicherungsnehmers voraussetzt. Gerade dann, wenn – wie hier – zwei (oder mehrere) Personen Grundstückseigentümer, Kreditnehmer und Sicherungsgeber sind und im späteren Verlauf einer von ihnen unter Übernahme der Schuld im Innenverhältnis Alleineigentümer wird, kann die Klausel den weichen Eigentümer gravierend benachteiligen, nämlich dann, wenn er im Außenverhältnis nicht aus der Haftung entlassen wird. Bei einer auf die Löschung beschränkten Rückgewähr liefe er Gefahr, im Außenverhältnis

die Kreditverbindlichkeit zurückführen zu müssen, ohne im Gegenzug die dingliche Sicherung zurückzuerhalten, die für die Durchsetzung seines Regressanspruchs im Innenverhältnis von wesentlicher Bedeutung sein kann (vgl. Senat, Urteil vom 20.11.1981, V ZR 245/80, NJW 1982, 928).

5. Infolge der Unwirksamkeit der formularmäßigen Beschränkung kann dem Beklagten und seinem Mitgesellschafter ein fälliger Anspruch auf Rückübertragung der Grundschuld zustehen, der das geltend gemachte Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273 BGB begründen kann.

a) Dem Zurückbehaltungsrecht steht nicht entgegen, dass der Beklagte gemeinsam mit seinem früheren Mitgesellschafter Sicherungsgeber ist und der ihnen zustehende Rückgewähranspruch nur gemeinschaftlich geltend gemacht werden kann, während allein der Beklagte Schuldner des inzwischen rechtskräftig zuerkannten Zahlungsanspruchs ist. Voraussetzung für ein Zurückbehaltungsrecht ist zwar die Gegenseitigkeit der Ansprüche; es reicht jedoch aus, wenn die Gegenforderung dem Zurückhaltenden (hier dem Beklagten) gemeinschaftlich mit anderen zusteht (vgl. BGH, Urteil vom 6.10.2004, XII ZR 323/01, NJW-RR 2005, 375, 377 m. w. N.).

b) Unerheblich ist auch, dass die Sicherungsgeber im Grundsatz zunächst das Wahlrecht gemeinschaftlich ausüben müssen. Da der Beklagte nicht mehr Grundstückseigentümer ist, kommen weder Löschung noch Verzicht als Wahlmöglichkeit in Betracht. Vielmehr ist allein die Rückübertragung an beide Sicherungsgeber gemeinschaftlich interessengerecht und entspricht billigem Ermessen im Sinne von § 745 Abs. 2 BGB; der Beklagte kann von seinem früheren Mitgesellschafter eine gemeinsame Forderungseinziehung verlangen (§ 754 Satz 2 BGB), mit der sein Anteil zum Tragen kommt (vgl. Senat, Urteil vom 20.11.1981, V ZR 245/80, NJW 1982, 928; *Gabardiell/Gladenbeck*, Kreditsicherung durch Grundschulden, 9. Aufl., Rdnr. 769).

c) Schließlich ist nach den bisher getroffenen Feststellungen nicht auszuschließen, dass der Rückgewähranspruch – wie es das Zurückbehaltungsrecht voraussetzt – fällig ist.

aa) Hierzu muss die aufschiebende Bedingung (§ 158 Abs. 1 BGB) eingetreten sein, unter der der Rückgewähranspruch regelmäßig steht und die in dem Wegfall des Sicherungszwecks zu sehen ist. Für die Begründung eines Zurückbehaltungsrechts reichte es aus, wenn die aufschiebende Bedingung mit der Zahlung des Beklagten einträte; denn es genügt, dass der Gegenanspruch mit der Erbringung der geschuldeten Leistung fällig wird (Senat, Urteil vom 6.12.1991, V ZR 229/80, BGHZ 116, 244, 247 f.; *Palandt/Grüneberg*, 73. Aufl., § 273 Rdnr. 7 m. w. N.).

bb) Wann die Bedingung eintritt, richtet sich nach der Sicherungsvereinbarung.

(1) Dient die Grundschuld der Sicherung einer bestimmten Darlehensforderung und sieht die Sicherungsabrede eine Revalutierung nicht vor (enger Sicherungszweck), müssen die Sicherungsgeber nur Zug um Zug gegen Rückgewähr der Grundschuld zahlen (BGH, Urteil vom 5.2.1991, XI ZR 45/90, NJW 1991, 1821). Wenn sich aus der Sicherungsvereinbarung nichts anderes ergibt, muss die Grundschuld auf Verlangen des Sicherungsgebers auch in Teilen zurückgewährt werden; dies setzt voraus, dass insoweit eine endgültige Übersicherung eingetreten ist, mit der der Sicherungszweck entfallen ist (Senat, Urteil vom 27.4.2013, V ZR 47/12, BGHZ 197, 155 Rdnr. 12; BGH, Urteil vom 10.11.2011, IX ZR 142/10, BGHZ 191, 277 Rdnr. 16 jeweils m. w. N.).

(2) Hier sicherte die Grundschuld insgesamt vier Darlehen, nämlich das von dem Beklagten aufgenommene und drei

weitere des Mitgesellschafters und der GmbH; eine Revaluierung sah der Sicherungsvertrag nicht vor. Die aufschiebende Bedingung kann deshalb eingetreten sein, wenn und soweit der Sicherungszweck endgültig entfallen ist. Auf eine etwaige anderweitige Vereinbarung im Zuge der Umschuldung kann sich die Klägerin gegenüber dem Beklagten nicht berufen, weil dieser an der Umschuldung nicht beteiligt worden ist. Feststellungen dazu, inwieweit die Grundsuld noch valutierte, hat das Berufungsgericht – von seinem rechtlichen Standpunkt aus folgerichtig – nicht getroffen.

Das angefochtene Urteil kann danach keinen Bestand haben (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Es ist aufzuheben und zurückzuverweisen, um den Parteien zunächst Gelegenheit zu ergänzendem Sachvortrag im Hinblick auf die Unmöglichkeit der Rückgewähr und den Bedingungseintritt zu geben. Sollte die Klägerin ihr Unvermögen zur Rückgewähr beweisen können, ist zu prüfen, ob der Beklagte ihr anstelle des Primäranspruchs den hilfsweise geltend gemachten Schadensersatzanspruch entgegenhalten kann. Voraussetzung hierfür ist unter anderem, dass er einen Schaden darlegt. Dieser kann darin zu sehen sein, dass er die Darlehensforderung ohne Aussicht auf Rückgewähr der Grundsuld begleichen muss; hätte sich der Anspruch nur auf die Rückgewähr eines (nachrangigen) Teils der Grundsuld gerichtet, ist entscheidend, ob und inwieweit dieser werthaltig gewesen wäre.

Anmerkung:

1. Rechtliche Rahmenbedingungen

Das in Begründung und Ergebnis überzeugende Urteil klärt unter anderem eine bedeutsame Frage des Rechts der Sicherungsgrundschuld. Aus dem Sicherungsvertrag ergibt sich ein obligatorischer Rückgewähranspruch für den Sicherungsgeber bei Entfall des Sicherungszwecks. Dieser Anspruch kann nach Wahl des Sicherungsgebers durch Abtretung der Grundschuld, Verzicht oder Löschung erfüllt werden. Die Löschung wiederum ist für den Sicherungsnehmer regelmäßig die bevorzugte Variante, macht sie doch anders als bei der Abtretung eine Prüfung der Person des Sicherungsgebers entbehrlich. In der hier entschiedenen Fallkonstellation hatte der Sicherungsgeber das Grundstück veräußert, war aber weiterhin Partei des Sicherungsvertrags und damit Inhaber des Rückgewähranspruchs geblieben.

2. Rückgewähr von Grundschulden bei Auseinanderfallen von Grundstückseigentum und Inhaberschaft des Rückgewähranspruchs

Der BGH hebt zu Recht hervor, dass jedenfalls dann, wenn der Inhaber des Rückgewähranspruchs nicht mehr Eigentümer des belasteten Grundstücks ist, die Löschung der Grundschuld nicht ihm, sondern nur dem neuen Eigentümer zugutekommt; dasselbe gälte für den Verzicht. Wenn dieser indes bei Erwerb des Grundstücks nicht in den Sicherungsvertrag eingetreten ist, war ein solches Ergebnis offenbar gerade nicht gewollt. Der Rückgewähranspruch als Kern des Rechts der Sicherungsgrundschuld wird also für derartige Konstellationen annähernd inhaltsleer. Hat der Sicherungsgeber diesen Anspruch zulässigerweise¹ vorab an Dritte abgetreten, sähe er sich zudem möglicherweise Ersatzansprüchen ausgesetzt. Solange es aber die Rechtsprechung meines Erachtens zu Recht zulässt, den Rückgewähranspruch zur rangwährenden Revaluierung des Grundpfandrechts zu nutzen, wäre es wider-

sprüchlich, angebliche generelle Rechte nachrangiger Gläubiger auf ein „Aufrücken“ zu postulieren. Die Berufung der Gegenansicht auf ein angebliches „gesetzliches Leitbild“ im Lösungsanspruch des § 1179a BGB geht deshalb im hier vorliegenden Zusammenhang ins Leere. So verstößt die Beschränkungsklausel in der Tat gegen § 307 Abs. 1 und 2 BGB. Das Gericht weitet mit dieser Entscheidung seine bereits im Urteil vom 9.2.1989 (IX ZR 145/87, BGHZ 106, 375) angebaute Rechtsprechung im Fall eines Eigentumswechsels durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung auf alle Fälle des Auseinanderfallens von Eigentum und Inhaberschaft am Rückgewähranspruch aus.

3. Mögliche weitere Konsequenzen für Beschränkungsklauseln

Im Übrigen mag der Sicherungsgeber auch bei fortdauernder Eigentümerstellung ein berechtigtes Interesse daran haben, dass die Grundschuld nicht gelöscht wird. Nur dann kann er sie für sich oder mögliche Zessionare rangwährend einsetzen. Der BGH hat im vorliegenden Urteil ausdrücklich offengelassen, ob seine Rechtsprechung auch für den Fall fortdauernden Gleichlaufs von Eigentum und Rückgewähranspruch gelten soll. Dafür spricht allerdings, dass mit der Einengung auf die Löschung auch in diesen Fällen gewichtige Interessen des Sicherungsgebers an der Nutzung seines Grundstücks zu Sicherungszwecken außer Acht gelassen werden, um dem Sicherungsnehmer einen vergleichsweise geringfügigen Vorteil bei der Abwicklung zu verschaffen. Auch der Wunsch, mit dieser Vertragsgestaltung den Sicherungsgeber an sich zu binden, rechtfertigt nicht die damit verbundene Einschränkung seiner Dispositionsfreiheit. Zu bedenken ist hierbei, dass Grundpfandrechte in der Regel besonders verlässliche Instrumente der Kreditsicherung darstellen und ihr Einsatz deshalb zu vergleichsweise günstigen Konditionen für Kredite führt. Gerade in langfristig angelegten Geschäftsbeziehungen vereinfacht die rangwährende Revaluierung die Abwicklung deutlich. Deshalb muss es meines Erachtens für den Sicherungsgeber möglich sein, auf diesem Wege einem anderen Darlehensgeber/Sicherungsnehmer den attraktiveren Vorrang des Sicherungsrechts zu erhalten. So finden sich auch einige im Urteil zitierte Stimmen in der Literatur, welche die formelmäßige Beschränkung des Rückgewähranspruchs auf die Löschung generell für unwirksam halten. Der Praxis ist vor diesem Hintergrund zu empfehlen, von derartigen Klauseln Abstand zu nehmen oder jedenfalls die Mandanten auf die damit verbundenen Durchsetzungsrisiken hinzuweisen.

Prof. Dr. Mathias Rohe, Erlangen

2. BGB §§ 134, 138, 181 BGB; GmbHG § 10 Abs. 1, § 15 Abs. 5, § 47 Abs. 1, § 54 Abs. 3 (*Zur Befreiung des Alleingesellschafter-Geschäftsführers von den Beschränkungen des § 181 BGB sowie zur Nichtigkeit eines unter die Anfechtungsvorschriften der InsO bzw. des AnfG fallenden Rechtsgeschäfts*)

1. Bei entsprechender Satzungsermächtigung kann die Befreiung des Alleingesellschafter-Geschäftsführers von den Beschränkungen des § 181 BGB auch durch notariell beurkundeten Beschluss des Alleingesellschafters erfolgen.
2. Ein auf Gläubigerbenachteiligung zielendes Rechtsgeschäft, das unter die Anfechtungsvorschriften der InsO (KO) bzw. des AnfG fällt, kann nur dann wegen

¹ Vgl. nur BGH, Urteil vom 19.4.2013, V ZR 47/12, BGHZ 197, 155 = NJW 2013, 2894.

Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz oder Sittenwidrigkeit nichtig sein, wenn besondere, über den Anfechtungstatbestand hinausgehende Umstände vorliegen.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 20.5.2014, I-12 U 96/12

Aus den Gründen:

II.

(...)

(b) Zu Unrecht ist das LG davon ausgegangen, die Befreiung des Schuldners von den Beschränkungen des § 181 BGB könne nicht durch Gesellschafterbeschluss vorgesehen werden. Dies trifft jedenfalls für einen – wie hier – notariell beurkundeten Beschluss des Alleingeschafters bei entsprechender Satzungsermächtigung nicht zu. Dass sich der Alleingeschafter-Geschäftsführer nach herrschender Meinung vom Verbot des Selbstkontrahierens nur kraft einer Regelung in der Satzung befreien kann, bedeutet nicht, dass die Befreiung selbst nur in der Satzung erfolgen kann und eine entsprechende Regelung stets eine Satzungsänderung darstellt. Vielmehr kann auch bei der Ein-Mann-GmbH die Satzung die Gesellschafterversammlung ermächtigen, den Geschäftsführer durch Gesellschafterbeschluss von den Beschränkungen des § 181 BGB zu befreien. Auch bei einer solchen Regelung des Gesellschaftsvertrages können sich nämlich die Geschäftspartner der Gesellschaft darauf einstellen, dass der geschäftsführende Alleingeschafter von dieser ihm durch die Satzung eingeräumten Befugnis auch tatsächlich Gebrauch macht (OLG Hamm, Beschluss vom 27.4.1998, 15 W 79/98, NZG 1998, 598 f.; vgl. auch BayObLG, Beschluss vom 7.5.1984, BReg 3 Z 163/83, JurionRS 1984, 15093; *Schneider/Schneider* in *Scholz*, GmbHG, 11. Aufl., § 35 Rdnr. 167; *Koppensteiner/Gruber* in *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG, 5. Aufl., § 35 Rdnr. 31; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 18. Aufl., § 35 Rdnr. 53; *Ensthaler/Füller/Schmidt*, GmbHG, 2. Aufl., § 35 Rdnr. 48; *Michalski/Lenz*, GmbHG, 2. Aufl. § 35 Rdnr. 97; *Paefgen* in *Ulmer/Habersack/Winter*, GmbHG, 1. Aufl., § 35 Rdnr. 65; MünchKommBGB/Schramm, 6. Aufl., § 181 Rdnr. 18; *Schilken* in *Staudinger*, Neubearb. 2009, § 181 Rdnr. 31; *Blasche/König*, NZG 2012, 812, 814; die Notwendigkeit einer Satzungsregelung überhaupt verneinend: *Stephan/Tieves* in MünchKommBGB, 1. Aufl., § 35 Rdnr. 187; *Roth/Altmeyen*, GmbHG, 7. Aufl., § 35 Rdnr. 87).

(...)

Dass bei einer entsprechenden Befreiungsmöglichkeit in der Satzung ein notariell beurkundeter Gesellschafterbeschluss ausreicht, um den Alleingeschafter-Geschäftsführer von den Beschränkungen des § 181 BGB zu befreien, ist auch in der Rechtsprechung des BGH anerkannt. Soweit die Kläger für ihre gegenteilige Auffassung das Urteil des IX. Zivilsenats vom 18.11.1999 (IX ZR 402/97, DStR 2000, 164 ff. m. Anm. *Goette*) anführen, ist dieses bereits deshalb nicht einschlägig, weil in jenem Fall in der Satzung ausdrücklich bestimmt war, dass die Geschäftsführer von den Beschränkungen des § 181 BGB nicht befreit sind. Der II. Zivilsenat des BGH geht demgegenüber davon aus, dass eine Satzungsänderung nicht erforderlich ist, wenn die Satzung die Befreiungsmöglichkeit vorsieht und die Befreiung durch notariell beurkundeten (also nicht einfachen) Gesellschafterbeschluss erfolgt. So hat der BGH in seinem Beschluss vom 8.4.1991, II ZB 3/91, DNotZ 1991, 614, 616, in dem es darum ging, ob die Befreiung des Geschäftsführers vom Verbot des Selbstkontrahierens auch dann bestehen bleibt, wenn sich die mehrgliedrige Gesellschaft in eine Einmann-GmbH verwandelt und der Geschäftsführer alleiniger Gesellschafter ist, ausgeführt, bei einer

bereits als Einmann-Gesellschaft bestehenden GmbH sei die erstmalige Erteilung einer bisher noch nicht bestehenden Ermächtigung des Alleingeschafters zur Vornahme von Insihgeschäften mit der Gesellschaft zwar regelmäßig nur durch eine entsprechende Satzungsänderung möglich. Ein Wille des Gesetzgebers, dass die in der Satzung bereits enthaltene Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB oder eine entsprechende Ermächtigung ihre Gültigkeit nach Vereinigung sämtlicher Geschäftsanteile in der Hand des einzigen Gesellschafter-Geschäftsführers verlieren solle und deshalb nunmehr erneut in die Satzung aufgenommen werden müsse, weil es zur Wirksamkeit der Befreiung stets „eines der Publizität zugänglichen Gesellschaftsvertrages einer Einmann-GmbH“ bedürfe, sei jedoch den Gesetzesmaterialien nicht zu entnehmen und habe jedenfalls auch keinen hinreichenden Ausdruck im Gesetz gefunden. Mit Beschluss vom 3.4.2000 (II ZR 379/99, DStR 2000, 697 m. Anm. *Goette*) hat der BGH die Revision gegen ein Urteil des 10. Zivilsenats des OLG Düsseldorf vom 10.6.1999 (10 U 142/93) nicht angenommen, dem u. a. zugrunde lag, dass ein Alleingeschafter, der aufgrund einer Satzungsermächtigung zum von den Beschränkungen des § 181 BGB befreiten, alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführer bestellt und entsprechend im Handelsregister eingetragen war, ein Insihgeschäft vorgenommen hatte. Im Leitsatz der Entscheidung bei *Goette* (a. a. O.) heißt es dazu: „Das Erfordernis, dass ein Alleingeschafter-Geschäftsführer einer GmbH nur aufgrund einer Satzungsregelung vom Selbstkontrahierungsverbot befreit werden kann, ist erfüllt, wenn die Satzung eine entsprechende Befreiungsmöglichkeit vorsieht, der Alleingeschafter sich vor dem Notar zum von den Beschränkungen des § 181 BGB befreiten Geschäftsführer bestellt und diese Tatsachen in das Handelsregister eingetragen werden; einer Satzungsregelung derart, dass der konkret benannte oder der jeweilige Alleingeschafter-Geschäftsführer dispensiert sein soll, bedarf es nicht.“

(c) Der Wirksamkeit der Befreiung des Schuldners als Geschäftsführer der C GmbH (Beklagten zu 1) von den Beschränkungen des § 181 BGB durch den notariell beurkundeten Gesellschafterbeschluss von 3.7.1995 steht nicht entgegen, dass die gemäß § 10 Abs. 1 Satz 2 GmbHG erforderliche Eintragung der Vertretungsbefugnis des Schuldners – konkret die Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens gemäß § 181 BGB – in das Handelsregister zu keinem Zeitpunkt erfolgt ist. Denn die Eintragung ist gemäß § 54 Abs. 3 GmbHG nur im – hier nicht vorliegenden – Falle der Satzungsänderung Wirksamkeitserfordernis.

(3.) Sonstige Gründe, die der Wirksamkeit der dem Schuldner in der notariellen Urkunde vom 3.7.1995 erteilten Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB und damit der Vertretung der Beklagten zu 1 bei der Geschäftsanteilsübertragung vom 16.8.1995 entgegenstehen, sind nicht ersichtlich.

(a) Ohne Erfolg macht die Klägerin zu 2 geltend, der Vertrag vom 3.7.1995, mit dem die D GmbH ihren Geschäftsanteil an der Beklagten zu 1 an den Schuldner veräußert hat, sei wegen der „extrem rechtsfeindlichen Absichten“ des Schuldners gemäß § 134 BGB nichtig. Ein Verstoß des Schuldners gegen ein Verbotsgesetz im Zusammenhang mit dem Abschluss dieses Vertrages ist nicht im Ansatz dargetan.

(...)

Fällt ein auf Gläubigerbenachteiligung zielendes Rechtsgeschäft unter die Bestimmungen der InsO bzw. KO, so ist es, weil diese als *lex specialis* vorgehen, nach Maßgabe der InsO (KO) anfechtbar und nicht nach § 134 oder § 138 BGB nichtig; entsprechendes gilt für das AnfG. Nur wenn besondere, über den Anfechtungstatbestand hinausgehende Umstände vorlie-

gen, kann ein Rechtsgeschäft, das auf Gläubigerbenachteiligung zielt, wegen Verbotsverstößes (oder wegen Sittenwidrigkeit; § 138) nichtig sein (MünchKommBGB/Armbrüster, 6. Aufl., § 134 Rdnr. 58; Jaeger/Henckel, KO, 9. Aufl., § 29 Rdnr. 200 ff.). Das gilt selbst dann, wenn der Anfechtungstatbestand im Einzelnen nicht einmal voll erfüllt, zum Beispiel der Benachteiligungsvorsatz (die Benachteiligungsabsicht) des Schuldners oder die Kenntnis des Anfechtungsgegners davon (§ 133 Abs. 1 InsO bzw. § 31 Nr. 1 KO) nicht festzustellen ist. Anders verhält es sich (nur), wenn das zu beurteilende Rechtsgeschäft – was hier indessen nicht in Betracht kommt – wenigstens eine wesentliche Anfechtungsvoraussetzung begrifflich nicht erfüllen kann (MünchKommInsO/Kirchhof, 3. Aufl., Vorbem. vor §§ 129 bis 147 Rdnr. 54). Derartige besondere Umstände lassen sich hier schon auf der Grundlage des Sachvortrags der Kläger nicht feststellen:

(1.) Die Übertragung des Geschäftsanteils an der B GmbH mit Vertrag vom 16.8.1995 verstieß nicht gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB). Soweit die Kläger darin eine Gläubigerbegünstigung im Sinne des § 283c StGB sehen, greift § 134 BGB nicht ein, denn die Strafnorm richtet sich einseitig gegen den Schuldner; die Mitwirkungshandlung des Gläubigers geht nicht über diejenige nach § 131 Abs. 1 Nr. 2 InsO (§ 30 Nr. 2 KO) hinaus. Aus gleichartigen Gründen kann § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB keine Nichtigkeit von Rechtsgeschäften begründen, durch die Vermögensbestandteile des Schuldners an einen Dritten „beiseite geschafft“ werden. Denn dessen Teilnahme verwirklicht regelmäßig allenfalls den Tatbestand des § 133 Abs. 1 InsO (§ 31 Nr. 1 KO) (MünchKommInsO/Kirchhof, 3. Aufl., Vorbem. vor §§ 129 bis 147 Rdnr. 46; s. a. Jaeger/Henckel, KO, 9. Aufl., § 29 Rdnr. 200). Dasselbe gilt für Verstöße gegen § 288 StGB, falls der Schuldner erst später insolvent wird, wobei die Kläger schon die Tatbestandsvoraussetzungen nicht hinreichend vorgetragen haben, insbesondere nicht das Merkmal der dem Schuldner „drohenden Zwangsvollstreckung“. Die Zwangsvollstreckung ist nämlich (erst) drohend, sobald nach den Umständen des Falles bei objektiver Betrachtung anzunehmen ist, dass der Gläubiger den ernsthaften Willen hat, seinen Anspruch alsbald zwangsweise durchzusetzen. Hierzu ist nichts vorgetragen.

Soweit die Klägerin zu 2 erstinstanzlich geltend gemacht hat, das Vorgehen des Schuldners erfülle den Tatbestand des § 283a StGB (besonders schwerer Fall des Bankrotts), kann dahinstehen, ob hiermit ein über die Anfechtungstatbestände der Konkursordnung bzw. Insolvenzordnung hinausgehendes Unrechtsverhalten beschrieben ist, denn es fehlt jeglicher Sachvortrag, der geeignet wäre, die Tatbestandsvoraussetzungen auszufüllen. Eines der in Satz 2 der Vorschrift genannten Regelbeispiele greift ersichtlich nicht ein: Gewinnsucht liegt (erst) vor, wenn das Erwerbsstreben des Täters ein ungewöhnliches, „ungesundes“ und sittlich anstößiges Maß aufweist (Heine in Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl., § 283a StGB Rdnr. 4); hierfür sind auch unter Berücksichtigung des Sachvortrags der Kläger keine Anhaltspunkte ersichtlich. Dass der Schuldner wesentlich viele Personen in die Gefahr des Verlustes ihrer ihm anvertrauten Vermögenswerte oder in wirtschaftliche Not gebracht hätte, scheidet ersichtlich aus. Zwar können neben den Regelbeispielen sonstige Umstände einen besonders schweren Fall begründen. Er ist anzunehmen, wenn die objektiven und subjektiven Umstände der Tat die erfahrungsgemäß vorkommenden und deshalb für den Strafrahmen des § 283 bereits berücksichtigten Fälle an Strafwürdigkeit so übertreffen, dass dieser Strafrahmen zur angemessenen Ahndung der Tat nicht ausreicht. Unter diesem Gesichtspunkt sind insbesondere die Fälle zu würdigen, in

denen besonders viele Gläubiger in Mitleidenschaft gezogen werden, ohne dass die Voraussetzungen der Nr. 2 vorliegen, oder in denen der den Betroffenen drohende oder zugefügte Schaden großes Ausmaß hat. Ferner kann sich die besondere Schwere aus den Auswirkungen des Zusammenbruchs auf die Volkswirtschaft oder andere Interessen der Allgemeinheit ergeben. Erforderlich ist in jedem Fall Vorsatz hinsichtlich der Unrechtsmerkmale, die eine besondere Schwere der Tat ergeben (Heine, a. a. O., Rdnr. 7 f.). Selbst wenn man aufgrund des Klägervorbringens annehmen wollte, dass der Verkauf des Geschäftsanteils an der B GmbH derartige schwerwiegende Auswirkungen gehabt hätte, fehlt bereits jeglicher Sachvortrag dazu, dass der Schuldner – über eine etwaige Gläubigerbenachteiligung im Sinne der anfechtungsrechtlichen Vorschriften hinaus – diese Auswirkungen jedenfalls als möglich erkannt und billigend in Kauf genommen hat.

(2.) Auch die Voraussetzungen einer Nichtigkeit gemäß § 138 BGB liegen nicht vor. Ein Rechtsgeschäft, das die Voraussetzungen der Anfechtung erfüllt, kann gegen die guten Sitten verstoßen, wenn über den bloßen Anfechtungstatbestand hinaus Umstände vorliegen, die der Verhaltensweise der Beteiligten den Stempel der Sittenwidrigkeit aufdrücken. Dies hat der BGH etwa angenommen, wenn ein Gläubiger im gewollten und bewussten Zusammenwirken mit dem Schuldner Gegenstände des Schuldnervermögens dem Vollstreckungszugriff eines anderen Gläubigers zu dem Zweck entzieht, sie wirtschaftlich dem Schuldner zu erhalten (BGH, Urteil vom 30.10.1973, VI ZR 27/71, zit. nach juris) oder wenn ein Schuldner planmäßig mit eingeweihten Helfern zusammenarbeitet, um sein wesentliches pfändbares Vermögen vor dem Zugriff von Gläubigern zu retten (BGH, Urteil vom 13.7.1995, IX ZR 81/94, zit. nach juris Rdnr. 57).

(...)

3. BGB §§ 1019, 1025 Satz 2; GBO §§ 22 Abs. 1, 53 Abs. 1 Satz 2, 71, 85 Abs. 2 (Zu den Voraussetzungen für die Löschung einer Grunddienstbarkeit [Geh- und Fahrrecht] nach Teilung des herrschenden Grundstücks im Wege des Unrichtigkeitsnachweises)

1. **Zu den Voraussetzungen für die Löschung einer Grunddienstbarkeit (Geh- und Fahrrecht) nach Teilung des herrschenden Grundstücks im Wege des Unrichtigkeitsnachweises.**
2. **Wird mit dem als Beschwerde bezeichneten Rechtsmittel neben der Grundbuchunrichtigkeit auch die – vom Grundbuchamt ausdrücklich verneinte – Gegenstandslosigkeit der Eintragung geltend gemacht, hat das Beschwerdegericht wegen des die Verneinung der Löschungsvoraussetzungen von Amts wegen betreffenden Entscheidungsteils das Rechtsmittel nicht zu verwerfen, sondern die Sache insoweit an das Grundbuchamt zur Entscheidung durch den Grundbuchrichter zurückzugeben.**

OLG München, Beschluss vom 10.11.2014, 34 Wx 346/14

Der Beteiligte zu 1 erwarb mit notariellem Vertrag vom 5.6.2013 Grundbesitz (Flst. ...) und ist seit 30.8.2013 als dessen Eigentümer im Grundbuch eingetragen. Ein Rechtsvorgänger des Beteiligten zu 1 hatte das aus dem früheren Flurstück ... herausgemessene Grundstück im Jahr 1957 erworben und hierbei der Verkäuferin und ihren Rechtsnachfolgern im Eigentum des restlichen Grundstücks Flst. ... als Grunddienstbarkeit das unentgeltliche und immerwährende Recht eingeräumt, über die erworbene Grundfläche jederzeit zu gehen und mit Fahrzeugen aller Art zu fahren. Das Recht ist auszuüben auf

einem drei Meter breiten Streifen entlang der Westgrenze des Grundstücks. Das Geh- und Fahrrecht wurde eingetragen am 11.6.1957.

Das herrschende Grundstück wurde in der Folgezeit mehrfach geteilt. Hinsichtlich einiger aus der Teilung hervorgegangener Grundstücke ist das Recht bereits gelöscht, zuletzt auch an dem dem dienenden Grundstück nördlich unmittelbar angrenzenden Flurstück Die noch berechtigten Grundstücke (Flst. ..., ..., ..., .../... und ...) befinden sich mit ihrer Westgrenze entlang einer gedachten geraden Linie nördlich des Flurstücks ... sowie des dienenden Grundstücks. Zwischen den Flurstücken ... und ... einerseits sowie den Flurstücken ... und ... andererseits verlaufen öffentliche Straßen. Unter anderen gehören die Beteiligten zu 3 und 4 zu den Eigentümern dieser Grundstücke. Ein das Grundstück der Beteiligten zu 2 betreffendes Lösungsersuchen wurde bereits in erster Instanz als verfrüht zurückgenommen.

Unter dem 9.5.2014 hat der Beteiligte zu 1 unter Verweis auf § 1025 Satz 2 BGB darum ersucht, das Geh- und Fahrrecht insgesamt zu löschen. Die Dienstbarkeit habe zum Zeitpunkt ihrer Bewilligung der Erschließung des angrenzenden Grundbesitzes gedient. Aufgrund der Teilung des herrschenden Grundstücks gereiche das Recht jedoch nur noch dem Eigentümer des unmittelbar angrenzenden Grundstücks Flst. ... zum Vorteil, nicht aber den Eigentümern der übrigen weiter entfernt liegenden, aus dem ehemaligen Flurstück ... herausgemessenen Grundstücke. Auch bestünden am Flurstück 538/1 zugunsten der nördlich gelegenen Grundstücke keine Dienstbarkeiten. Eine Zufahrt zu den als mitberechtigt eingetragenen Grundstücken über das dienende Grundstück Flst. ... sei somit faktisch ausgeschlossen.

Das Grundbuchamt hat den Eigentümern der herrschenden Grundstücke unter Fristsetzung eine Lösungsankündigung zugestellt. Einige von ihnen haben einer Löschung widersprochen. Mit Beschluss vom 24.6.2014 hat das Grundbuchamt den Antrag mit folgender Begründung zurückgewiesen: Die Gegenstandslosigkeit des Rechts sei nicht zweifelsfrei und in grundbuchtauglicher Form nachgewiesen. Der eingereichte Plan des Vermessungsamts gebe nur an, wer nach heutigem Stand Berechtigter des Geh- und Fahrrechts sei. Dass das Recht jetzt und auch in Zukunft keinem der formell Berechtigten zum Vorteil gereichen könne, sei in der Form des § 29 GBO nicht feststellbar, zumal einige der berechtigten Grundstückseigentümer Einwände gegen eine Löschung erhoben hätten.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde des Beteiligten zu 1. Dieser weist darauf hin, dass das Geh- und Fahrrecht nur das Grundstück Flst. ... betrifft und an dessen Nordgrenze endet. Weil nach § 1019 BGB die Belastung für die Benutzung des herrschenden Grundstücks einen Vorteil bieten müsse – ein rein persönlicher Vorteil für dessen Eigentümer reiche nicht aus –, komme es auf die objektive Nutzbarkeit des herrschenden Grundstücks an, die nach dessen Lage, Beschaffenheit oder Zweckbestimmung zu beurteilen sei. Der Vorteil müsse sich also aus der allgemeinen Grundstückssituation in Verbindung mit dem mit der Dienstbarkeitsbestellung verfolgten Zweck ergeben.

Notwendig sei eine „objektive Nützlichkeit“ der Dienstbarkeit für das herrschende Grundstück, ein mit der Benutzung nicht im Zusammenhang stehender Vorteil genüge nicht. Eine solche „objektive Nützlichkeit“ sei nicht ersichtlich. Die Eigentümer der herrschenden Grundstücke seien nicht Eigentümer von Flurstück ... Ein Vorteil im Sinne eines zusätzlichen Zugangs zu diesem Grundstück liege daher nicht vor. Es bestehe auch für die berechtigten Grundstücke kein zusätzliches Geh- und Fahrrecht an diesem Grundstück. Die Grunddienstbarkeit sei nachträglich nichtig geworden und daher wegen „unzulässigem Inhalt“ (§ 53 Abs. 1 Satz 2 GBO) bzw. Gegenstandslosigkeit der Eintragung (§§ 84 bis 87 GBO) auf Antrag gemäß § 22 GBO zu löschen“. Die Unrichtigkeit sei über den vorgelegten Lageplan in Verbindung mit der fehlenden Eintragung auf Flurstück ... grundbuchtauglich nachgewiesen. Eine zusätzliche Erklärung des Eigentümers von Flurstück 538/1, wonach auch eine schuldrechtliche Gestattung der Nutzung als Geh- und Fahrrecht nicht erteilt worden sei, könne vorgelegt werden.

Das Grundbuchamt hat der Beschwerde nicht abgeholfen.

Aus den Gründen:

II.

Soweit der Senat als Beschwerdegericht zu entscheiden hat, ist das Rechtsmittel ohne Erfolg.

1. Das vom Notar (§ 10 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 FamFG) eingelegte Rechtsmittel ist als Beschwerde zum OLG nach § 71 Abs. 1, § 72 GBO nur zulässig, soweit es sich gegen die Ablehnung des Berichtigungsantrags (§ 22 GBO) und der Abregung, die Eintragung als unzulässig zu löschen (§ 53 Abs. 1 Satz 2 GBO), richtet. Der angefochtene Beschluss dürfte aber auch die Einstellung eines mit der Zustellung der Lösungsankündigung (§ 87 lit. b GBO) eingeleiteten Amtslösungsverfahrens zum Gegenstand haben. Hiergegen ist nicht die Beschwerde gegeben (§ 85 Abs. 2 GBO), wohl aber die Erinnerung nach § 11 Abs. 2 RPflG (vgl. *Demharter*, GBO, 29. Aufl., § 85 Rdnr. 6), für die eine Zuständigkeit des Beschwerdegerichts nicht besteht, wohl aber die des Grundbuchrichters (§ 11 Abs. 2 Satz 6 RPflG). Der Rechtsbehelf ist insoweit nicht zu verwerfen, sondern die Sache an das AG zurückzugeben (vgl. *Waldner*, Rpfleger 2000, 472).

2. Die Beschwerde selbst ist unbegründet.

a) Unterstellt man, der Vorteil für die herrschenden Grundstücke ist nachträglich weggefallen, liegt damit trotzdem eine unzulässige Eintragung im Sinn von § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO nicht vor. Dies würde nämlich voraussetzen, dass das Recht mit dem Inhalt oder in der Ausgestaltung, wie es eingetragen ist, aus Rechtsgründen nicht bestehen kann (BayObLG, Rpfleger 1986, 378; *Demharter*, § 53 Rdnr. 42). Die Unzulässigkeit muss sich aus dem Eintragungsvermerk und der zulässigerweise in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung ergeben (KG, FGPrax 1997, 212; *Demharter*, a. a. O.). Dies ist nicht der Fall. Ein Geh- und Fahrrecht mit dem hier festgelegten Inhalt kann bestehen.

b) Die Unrichtigkeit des Grundbuchs (§ 22 GBO) ist ebenfalls nicht nachgewiesen. Eine Grunddienstbarkeit, die wegen Wegfalls des Vorteils für das herrschende Grundstück erloschen ist, kann zwar auch im Weg der Grundbuchberichtigung nach § 22 GBO gelöscht werden (BayObLG, NJW-RR 1989, 1495; *Staudinger/Mayer*, BGB Neubearb. 2009, § 1019 Rdnr. 17). So bestimmt bei Teilung des herrschenden Grundstücks § 1025 Satz 2 BGB, dass die Grunddienstbarkeit an den anderen Teilen erlischt, wenn sie nur einem der Teile zum Vorteil gereicht. Es handelt sich um ein Teilerlöschen, ohne dass im Grundbuch gelöscht worden wäre (*Palandt/Bassenge*, BGB, 73. Aufl., § 1025 Rdnr. 2), was dessen Unrichtigkeit zur Folge hat. Die Bestimmung ist als Ausnahmeregelung zu verstehen (KG, NJW 1975, 697/698; OLG Celle, FGPrax 2010, 224/225). Schon deswegen sind strenge Anforderungen an den Nachweis zu stellen. Formal muss der Wegfall des Vorteils regelmäßig in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden (KG, FGPrax 1997, 212/213; *Demharter*, § 22 Rdnr. 42; *Palandt/Bassenge*, § 1019 Rdnr. 1).

(1) Ein Wegfall ergibt sich nicht schon daraus, dass zwischen den herrschenden Grundstücken und dem dienenden Grundstück ein weiteres Grundstück liegt, durch das die Verbindung unterbrochen ist. Die unmittelbare Nachbarschaft von herrschendem und dienendem Grundstück ist nicht unbedingt notwendig (*Palandt/Bassenge*, § 1019 Rdnr. 2). Es genügt vielmehr eine derartige räumliche Beziehung zueinander, dass ein objektiver grundstücksbezogener Nutzen des herrschenden Grundstücks besteht, was sich nach dem Rechtsinhalt der Grunddienstbarkeit richtet (vgl. etwa *Staudinger/Mayer*, § 1019 Rdnr. 6 m. w. N.). So kann ein Wegrecht auch dann vorteilhaft sein, wenn zwischen dem herrschenden und dem dienenden Grundstück andere Grundstücke liegen. Es genügt, wenn der Eigentümer des herrschenden Grundstücks tatsächlich die Möglichkeit hat, ein dazwischen liegendes Grundstück zu überqueren oder dass er diese Möglichkeit hatte; ein späteres Verbot führt nicht zum dauernden Wegfall

des Vorteils; denn ein solches Verbot ist nicht unwiderruflich, ein Widerruf nach dem regelmäßigen Verlauf der Dinge auch nicht praktisch ausgeschlossen (vgl. *Staudinger/Mayer*, § 1019 Rdnr. 6). Die angebotene Erklärung des Eigentümers von Flurstück 538/1 genügt schon deshalb nicht zum Nachweis der Unrichtigkeit. Zudem wäre die Form des § 29 GBO nicht gewahrt. Vor der Teilung des ursprünglichen Grundstücks Flst. ... bot die Dienstbarkeit jedenfalls einen Vorteil für dessen Benutzung.

(2) Ein Wegfall ergibt sich schließlich auch nicht daraus, dass ohne die Inanspruchnahme des dienenden Grundstücks ein Zugang zu öffentlichen Straßen besteht. Denn dies schließt nicht aus, dass für Berechtigte der herrschenden Grundstücke die Benutzung des dienenden Grundstücks auf dem bezeichneten Streifen entlang der Westgrenze doch einen Vorteil – etwa den einer Abkürzung – bietet. Gegenteiliges ist in grundbuchmäßiger Form nicht nachweisbar.

(...)

4. BGB § 925 Abs. 1; ZPO §§ 726, 730, 894 (*Anforderungen für Auflassungseintragung bei Grundstücksübereignung Zug um Zug gegen Zahlung einer Geldsumme*)

1. **Voraussetzungen für die Eintragung der Auflassung im Grundbuch, wenn der Schuldner zur Grundstücksübereignung Zug um Zug gegen Zahlung einer Geldsumme verurteilt ist.**
2. **Ergibt die Auslegung der erteilten – qualifizierten – Vollstreckungsklausel, dass Gegenstand des Klauselerteilungsverfahrens nicht der Nachweis über die erbrachte Gegenleistung, sondern der Verzug des Schuldners mit der von ihm abzugebenden Willenserklärung war, ist die Klausel unwirksam und deshalb ungeeignet, die Willenserklärung des Schuldners als abgegeben zu fingieren.**

OLG München, Beschluss vom 11.9.2013, 34 Wx 314/13; mitgeteilt von *Edith Paintner*, Richterin am OLG München

Die Beschwerde der Beteiligten gegen den Beschluss des AG Starnberg – Grundbuchamt – vom 18.7.2013 wird zurückgewiesen.

(...)

Die Beteiligte zu 1 ist Inhaberin der vollstreckbaren Ausfertigung eines berufsgerichtlichen Endurteils vom 10.12.2007, wonach der Beklagte (ihr geschiedener Ehemann) an sie mehrere im Urteilstenor des erstinstanzlichen Gerichts näher bezeichnete Grundstücke Zug um Zug gegen Zahlung von 316.451,46 € herauszugeben und zu übereignen hat. Die vom Rechtspfleger des erstinstanzlichen Gerichts erteilte Vollstreckungsklausel lautet:

Vorstehende Ausfertigung des Endurteils des OLG (...), wird der Klägerin zum Zwecke der Zwangsvollstreckung erteilt.

Mit Niederschrift des Notars Dr. Sch. vom 26.3.2013, URNr. (...) wurde das Scheitern der Beurkundung der Auflassung aufgrund des Nichterscheinens des förmlich zum Notartermin geladenen Beklagten beurkundet. Der Beklagte befindet sich damit im Annahmeverzug.

Ferner wird bestätigt, dass das Endurteil des OLG vom 10.12.2007, in Rechtskraft erwachsen ist.

Mit notarieller Urkunde vom 30.4.2013 hat die Beteiligte erklärt, die Auflassung entgegen zu nehmen und beantragt, als Eigentümerin in das Grundbuch eingetragen zu werden. Den Vollzugsantrag vom 26.6.2013 hat das Grundbuchamt mit Beschluss vom 18.7.2013 zurückgewiesen. Es hat ausgeführt, die Klauselerteilung sei davon abhängig, dass die Beteiligte (Gläubigerin) die von ihr Zug um Zug zu erbringende Gegenleistung, nämlich die Zahlung, bereits erbracht oder den Schuldner insoweit in Annahmeverzug gesetzt habe. Die

Befriedigung des Schuldners oder dessen Annahmeverzug sei durch die vorgelegten Urkunden nicht nachgewiesen.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Beteiligten. Sie wird damit begründet, dass die vollstreckbare Ausfertigung erst erteilt worden sei, nachdem das Gericht den Annahmeverzug geprüft habe. Dieser ergebe sich aus der notariellen Urkunde vom 26.3.2013 und sei auch so vom Gericht bescheinigt worden. Die Willenserklärung des Schuldners werde durch die vollstreckbare Ausfertigung des Urteils ersetzt; dass die Gegenleistung erbracht sei, habe das Grundbuchamt nicht erneut zu prüfen.

Das Grundbuchamt hat mit Beschluss vom 2.8.2013 nicht abgeholt. Es komme nicht auf den „Beurkundungsverzug“, sondern auf die nicht nachgewiesene Zahlung der Gläubigerin an.

Aus den Gründen:

II.

Die nach § 71 Abs. 1, § 73 i. V. m. § 15 Abs. 2 GBO zulässige Beschwerde hat im Ergebnis keinen Erfolg. Das Grundbuchamt hat die Eintragung der Auflassung zu Recht versagt, weil die als qualifizierte Klausel erteilte Vollstreckungsklausel des erstinstanzlichen Gerichts unwirksam und deshalb ungeeignet ist, die Willenserklärung des Schuldners als abgegeben zu fingieren (vgl. § 894 ZPO).

1. Wird aufgrund eines Urteils aufgelassen, stellt sich die Rechtslage folgendermaßen dar (siehe *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 745 ff., 748; im Einzelnen auch BayObLG, Rpfleger 1983, 480; BayObLGZ 1983, 181/185):

a) Für den Fall der Verurteilung zur Abgabe einer Auflassungserklärung enthält § 894 ZPO keine Ausnahme von der Formvorschrift des § 925 Abs. 1 BGB. Die Willenserklärung des Schuldners gilt, vom Fall des § 895 ZPO abgesehen, erst mit der Rechtskraft des verurteilenden Erkenntnisses und nicht zu irgendeinem früheren Zeitpunkt als abgegeben. Der Gläubiger muss nun, um dem Erfordernis des § 925 Abs. 1 Satz 1 BGB Rechnung zu tragen, seinerseits unter Vorlage des Urteils die Auflassung vor dem Notar erklären; der zur Abgabe der Willenserklärung verurteilte Schuldner ist in der Form des vorliegenden verurteilenden Titels als gleichfalls anwesend anzusehen (BayObLGZ 1983, 181, 184 f.).

b) Steht die Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung, wie hier, unter dem Vorbehalt, Zug um Zug eine Gegenleistung zu erbringen, genügt, anders als im Regelfall des § 894 Satz 1 ZPO (BayObLGZ 1983, 181, 184; *Schöner/Stöber*, Rdnr. 748), nicht allein die Vorlage des rechtskräftigen Urteils im Beurkundungstermin und anschließend beim Grundbuchamt. Vielmehr bestimmt § 894 Satz 2 ZPO, dass die Wirkungen der Willenserklärung, die von einer Gegenleistung abhängt, erst eintreten, sobald nach den Vorschriften der §§ 726, 730 ZPO eine vollstreckbare Ausfertigung des Urteils erteilt ist. Die Vorlage einer Ausfertigung des Urteils mit dieser Vollstreckungsklausel ist dann notwendig, aber auch genügend. Denn die vollstreckbare Ausfertigung darf erst erteilt werden, wenn die Erfüllung der Gegenleistung nachgewiesen ist. Die Voraussetzungen für die Klauselerteilung durch den Rechtspfleger (§ 20 Nr. 12 RPflG, § 726 Abs. 2 ZPO; OLG Hamm, NJW-RR 1987, 957; *Zöller/Stöber*, ZPO, 29. Aufl., § 726 Rdnr. 8) sind allein im Klauselerteilungsverfahren, aber nicht mehr im Grundbucheintragungsverfahren zu prüfen (siehe auch *Alff*, Rpfleger 2004, 159 sowie *Zöller/Stöber*, § 894 Rdnr. 8). Für das Grundbuchamt gilt mit der Vorlage des rechtskräftigen und mit der Vollstreckungsklausel versehenen Urteils die Willenserklärung als abgegeben (BayObLG, Rpfleger 1983, 480/481). Die Vollstreckungswirkung, also die Fiktion, dass die Willenserklärung des

Schuldners abgegeben ist, tritt dann mit Hinausgabe der – vom funktionell zuständigen Rechtspfleger (§ 20 Nr. 12 RPfIG) wirksam erteilten – vollstreckbaren Ausfertigung ein (OLG Koblenz, FamRZ 2005, 224; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO, 71. Aufl., § 894 Rdnr. 22; Münch-Komm/Gruber, ZPO, 4. Aufl., § 894 Rdnr. 20; *Schöner/Stöber*, § 726 Rdnr. 8).

2. Anders ist dies bei von vornherein unwirksamen Klauseln. Dabei muss es sich aber der Art nach um grundlegend schwere Mängel handeln, die nicht nur die Fehlerhaftigkeit, sondern darüber hinaus die Nichtigkeit und damit die Unverbindlichkeit für jedermann begründen können (vgl. etwa BGHZ 121, 98, 102; *Musielak/Lackmann*, ZPO, 10. Aufl., vor § 704 Rdnr. 32). Bei dieser Beurteilung gelten für Vollstreckungsklauseln, deren Erteilung nicht selbst Teil des Vollstreckungsverfahrens ist, dieselben Maßstäbe wie für Vollstreckungsakte (BGH, WM 2012, 454, 455). Für die Beurteilung heranziehbar ist der Maßstab des § 44 VwVfG (BGHZ 121, 98, 102): hiernach ist ein Verwaltungsakt nichtig, wenn er an einem besonders schwerwiegenden Fehler leidet und dies bei verständiger Würdigung aller in Betracht kommenden Umstände offensichtlich ist. Die Offenkundigkeit des Mangels verlangt nicht, dass dieser von jedermann sofort erkannt wird; vielmehr gilt die sog. Evidenztheorie. Es kommt darauf an, ob die schwere Fehlerhaftigkeit für einen unvoreingenommenen mit den in Betracht kommenden Umständen vertrauten, verständigen Beobachter ohne Weiteres ersichtlich ist (BGH, a. a. O., unter Bezugnahme – u. a. – auf BVerwGE 75, 62, 65). Offenkundigkeit kann schon dann zu bejahen sein, wenn der besonders schwere Fehler nur für den „Insider“ offensichtlich ist (BGHZ 121, 98, 103; 114, 315, 327 f.).

Legt man diese Maßstäbe an, gilt Folgendes:

a) Die mit Hinweis auf die herangezogene notarielle Urkunde vom 26.3.2013 versehene sog. qualifizierte Vollstreckungsklausel (zur Notwendigkeit der Urkundenbezeichnung in der Vollstreckungsklausel siehe *Zöller/Stöber*, § 726 Rdnr. 7) ist auszulegen. Zur Auslegung der Klausel ist, wie für Grundbucheklärungen im Allgemeinen, auf Wortlaut und Sinn der Erklärung abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung der Erklärung ergibt (etwa BGHZ 92, 351, 355; 113, 374, 378). Nach ihrem objektiven Erklärungswert hat sie zum Inhalt, dass durch eine öffentliche Urkunde das Nichterscheinen des Beklagten (Schuldners) zum Termin zur Beurkundung der Auflassung bezeugt wird. Daraus wird das Scheitern der Auflassungsbeurkundung gefolgert und der rechtliche Schluss gezogen, der Beklagte (Schuldner) befinde sich („damit“) in Annahmeverzug.

(1) Annahmeverzug setzt in diesem Fall aber voraus, dass dem Schuldner die ihm gebührende Leistung in einer den Verzug der Annahme begründenden Weise (siehe §§ 294 ff. BGB) angeboten wurde (vgl. §§ 756, 765 ZPO). Das Nichterscheinen im Termin, der zur notariellen Beurkundung der Auflassung angesetzt war, begründet indessen nicht den Annahmeverzug des Schuldners hinsichtlich der ihm gebührenden Zahlung. Auf die dem Schuldner obliegende Leistung, nämlich die abzugebende Willenserklärung, kommt es in diesem Zusammenhang ersichtlich nicht an (vgl. § 726 Abs. 2 ZPO), weil diese durch die die Gegenleistung belegende Klauselerteilung als abgegeben gilt (vgl. § 894 Satz 2 ZPO). Nach dem Inhalt der Klausel war aber die Zug um Zug zu bewirkende Leistung der Gläubigerin, nämlich die Zahlung eines bestimmten Geldbetrags, gerade nicht Prüfungsgegenstand des Erteilungsverfahrens und der aus dem Nichterschei-

nen im Termin gezogene Schluss auf den Annahmeverzug offensichtlich verfehlt.

(2) Ohne dass es noch entscheidend darauf ankäme, bestätigt dieses Ergebnis auch die zu den Akten des Grundbuchamts gegebene notarielle Urkunde vom 26.3.2013 und die darauf aufbauende Beschwerdebegründung des Notars, die den Annahmeverzug in der Unmöglichkeit der Auflassungsbeurkundung erblickt, weil der Schuldner trotz förmlicher Ladung zum notariellen Termin nicht erschienen sei.

Auf die Rechtsprechung des BGH, wonach Annahmeverzug (u. a.) entsprechend § 299 BGB dann eintritt, wenn der Gläubiger dem formell mitgeteilten Termin fernbleibt (BGHZ 116, 244, 250; BGH, NJW 1997, 581; 2010, 1284, 1289 bei Rdnr. 54), kann sich die Beteiligte nicht berufen, weil den dortigen Entscheidungen konsequenterweise jeweils Fallgestaltungen zugrunde lagen, in denen es um die Auflassungserklärung als Gläubigerleistung (Zahlung Zug um Zug gegen Abgabe der Auflassungserklärung) ging.

(3) Der verfehlt Prüfungsgegenstand ist offenkundig, nämlich für einen unvoreingenommenen mit der maßgeblichen Vollstreckungssituation vertrauten, verständigen Beobachter – wie hier den Rechtspfleger des Grundbuchamts – ohne Weiteres ersichtlich. Denn bescheinigt werden soll mit Erteilung der Klausel gerade die erbrachte eigene Leistung als Voraussetzung dafür, dass die Erklärungsfiktion eintritt, nicht aber ein Verzug mit der Erklärung, deren Existenz unter den Voraussetzungen des § 894 Satz 2 ZPO fingiert wird.

b) Der Bewertung als nichtig und für das Grundbuchamt unbeachtlich steht nicht entgegen, dass auch Klauseln binden,

(1) wenn der Rechtspfleger sie fehlerhaft ohne den erforderlichen Nachweis nach § 726 Abs. 1 und 2 ZPO erteilt (siehe *Münzberg* in *Stein/Jonas*, ZPO, 22. Aufl., § 726 Rdnr. 22). Im gegebenen Fall geht es nämlich nicht um eine Fehlbewertung zum Nachweis der Gegenleistung, sondern bereits grundlegend um die Verknüpfung der im Klauselerteilungsverfahren nach § 726 ZPO zu prüfenden Tatsache der Gläubigerleistung.

(2) wenn sie die als bewiesen bestätigte Tatsache nicht aufführen, namentlich die herangezogenen Urkunden nicht bezeichnen. Insoweit liegt der Mangel im formellen Bereich; die Klausel selbst lässt ihrem Erklärungsgehalt nach (siehe oben zu a) dann aber regelmäßig schon nicht erkennen, dass nur eine andere als gerade die maßgebliche Gegenleistung geprüft wurde.

c) Schließlich ergibt sich die Unwirksamkeit der Klausel – und damit die Unverbindlichkeit für das Grundbuchamt – auch aus Art. 19 Abs. 4 GG (siehe BVerfG, FGPrax 2000, 103).

Nach § 894 Satz 2 ZPO gilt die Willenserklärung des Schuldners nicht mit der Rechtskraft des Urteils, sondern mit wirksamer Erteilung der vollstreckbaren Urteilsausfertigung als abgegeben (siehe *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, § 894 Rdnr. 22; MünchKomm/Gruber, § 894 Rdnr. 20; *Brehm* in *Stein/Jonas* § 894 Rdnr. 28). Die Vollstreckung ist mit der Klauselerteilung abgeschlossen, so dass dem Schuldner auch der Rechtsbehelf des § 732 ZPO gegen deren Erteilung (dazu BGH, WM 2012, 454, 455) nicht mehr zur Verfügung steht. Aus dem sofortigen Eintritt der Fiktion wird man im Allgemeinen folgern müssen, dass die Anhörung des Schuldners im Klauselerteilungsverfahren nicht nur fakultativ (vgl. § 730 ZPO; dazu BGH, Rpfleger 2005, 611), sondern obligatorisch ist (*Brehm* in *Stein/Jonas*, § 894 Rdnr. 29; *Münzberg*, Rpfleger 1991, 161). Ergibt sich aus der dem Grundbuchamt vorliegenden Klausel aber offensichtlich, dass der Schuldner im Erteilungsverfahren nicht, jedenfalls nicht zur Erbringung der

maßgeblichen Gegenleistung durch die Gläubigerin, gehört wurde, bildet dies einen derart schwerwiegenden Verstoß gegen den Grundsatz eines rechtsstaatlich fairen Verfahrens, dass der Klausel auch aus diesem Grund die Wirksamkeit versagt werden muss. Denn ersichtlich unbefriedigend – wie auch ungenügend – erscheint es, in einem derartigen Fall den Schuldner auf den Prozessweg zu verweisen (*Brehm in Stein/Jonas*, a. a. O.).

(...)

Anmerkung:

Die Entscheidung behandelt einen Fall, der bei notariellen vollstreckbaren Urkunden so nicht vorkommen kann, nämlich die Vollstreckung eines Urteils auf Abgabe einer Auflassungserklärung Zug um Zug gegen Zahlung eines Geldbetrags. Nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO sind notarielle Urkunden, die auf Abgabe einer Willenserklärung gerichtet sind, nicht vollstreckbar, jedenfalls nicht nach § 894 ZPO (ob nach § 888 ZPO als nicht vertretbare Handlung ist streitig).¹ Dasselbe gilt mangels Rechtskraftfähigkeit (obwohl nicht positivrechtlich bestimmt) für gerichtliche Vergleiche,² für Anwaltsvergleiche gemäß § 796a Abs. 2 ZPO und auch (weil ebenfalls nicht formeller oder materieller Rechtskraft fähig) für Gütestellenvergleiche im Sinn des § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO. Wohl aber sind Schiedsvergleiche als Schiedssprüche mit vereinbartem Wortlaut nach § 1053 Abs. 1 ZPO rechtskraftfähig, denn sie stehen nach § 1055 ZPO einem rechtskräftigen gerichtlichen Urteil gleich. Einschränkungen in ihrer Vollstreckbarkeit sieht das Gesetz für sie nicht vor, so dass Schiedsvergleiche auch Ansprüche auf Abgabe einer Willenserklärung vollstreckbar nach § 894 ZPO stellen können (dies scheint in der Rechtsliteratur nicht in Frage gestellt zu werden). Nur wenn ein Notar den Schiedsvergleich nach § 1053 Abs. 4 Satz 1 ZPO für vollstreckbar zu erklären hat, berührt die Entscheidung unmittelbar auch ihn.

§ 894 ZPO auch für notarielle Urkunden (und für gerichtliche Vergleiche) zuzulassen, sah der Gesetzgeber als überflüssig an, da die notarielle Urkunde die Willenserklärung selbst verkörpern und die Erbringung der Gegenleistung der Erklärung als aufschiebende Bedingung beigefügt werden kann. Bei der Auflassung scheidet das aber an deren Bedingungsfeindlichkeit nach § 925 Abs. 2 BGB, was der Gesetzgeber wohl übersehen hat. Für ein Urteil auf Auflassung Zug um Zug gegen Erbringung einer Gegenleistung gilt das Bedingungsverbot aber nach allgemeiner Auffassung nicht, was als so selbstverständlich angesehen zu werden scheint, dass die Frage in den gängigen Kommentaren gar nicht aufgeworfen wird. Der Notar wird dadurch doch mit der Besprechungsentscheidung konfrontiert, wenn er zu einem Zug-um-Zug-Auflassungsurteil die Auflassungserklärung des gewinnenden Teils zu beurkunden hat. Legt dieser im Sinn des § 894 Satz 2 ZPO die vollstreckbare Ausfertigung des Urteils vor, dann ersetzt sie die „gleichzeitige“ Anwesenheit des verurteilten Eigentümers, durch sie gilt der Eigentümer als virtuell anwesend. Man wird annehmen müssen, dass die vollstreckbare Ausfertigung bei Beurkundung der Auflassungserklärung des anderen Teils körperlich vorliegen muss;³ zumindest empfiehlt

¹ Siehe etwa MünchKommZPO/Wolfsteiner, 4. Aufl., § 794 Rdnr. 208.

² BGH, Entscheidung vom 19.6.1986, IX ZR 141/85, BGHZ 98, 127.

³ Andere Ansicht die wohl h. L., zum Beispiel MünchKommBGB/Kanzleiter, 6. Aufl., § 925 Rdnr. 19, dies zu fordern gehe über die (welche?) gesetzlichen Anforderungen hinaus; Staudinger/Pfeiffer, Bearb. 2011, § 925 BGB Rdnr. 84 m. w. N. auch zur Gegenansicht.

es sich für den Notar, darauf hinzuwirken, dass die vollstreckbare Ausfertigung vorgelegt wird, schon damit er die vom OLG geforderten Prüfungen vornehmen kann.

Weil der Notar nur wirksame Urkunden errichten darf,⁴ muss er in der Regel prüfen, ob die ihm vorgelegte vollstreckbare Ausfertigung wirksam ist. Nun darf und muss, worauf auch der Senat zutreffend hinweist, in der Regel eine äußerlich ordnungsgemäße, insbesondere formgerechte vollstreckbare Ausfertigung ohne Überprüfung als wirksam unterstellt werden;⁵ bei Urteilen auf Abgabe einer Willenserklärung besteht aber eine Sondersituation (auf die der Senat etwas flüchtig, nicht auf den ersten Blick sofort verständlich, aber inhaltlich uneingeschränkt richtig hinweist):

Die Erteilung einer Vollstreckungsklausel ist ein Akt öffentlicher Gewalt (jedenfalls für Klauseln nach § 726 ZPO ist das unstrittig), auf den Art. 19 Abs. 4 GG und in der Folge Art. 103 Abs. 1 GG anwendbar ist. Bei Erteilung einer Vollstreckungsklausel wird in der Regel rechtliches Gehör nachträglich durch einen Richter in Form der Klauselerinnerung nach § 732 gewährt; dass Gehör erst nachträglich gewährt wird, genügt den verfassungsrechtlichen Anforderungen.⁶ Nicht ausreichend ist die Anhörung durch den Rechtspfleger nach § 730 ZPO, denn dieser ist gemäß BVerfG⁷ kein Richter im Sinn des Art. 19 Abs. 4 GG. Deshalb geht auch die vom Senat aufgegriffene Meinung, § 730 ZPO müsse dahin verstanden werden, dass bei einer Klauselerteilung zu einer Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung die vorausgehende Anhörung obligatorisch sei, an der Sache vorbei; denn diese Anhörung erfolgt durch den Rechtspfleger, bedeutet also kein rechtliches Gehör im Sinn des Art. 103 Abs. 1 GG.

Die Sondersituation bei Urteilen auf Abgabe einer Willenserklärung besteht aber darin, dass das nachträgliche Gehör durch den Richter bei ihnen aus zwei Gründen fehlschlägt. Zum einen ist jedenfalls nach herrschender Lehre die Klauselerinnerung mangels Rechtsschutzbedürfnisses nicht mehr zulässig, wenn die Vollstreckung vollständig abgeschlossen ist.⁸ Zum anderen tritt beim Urteil auf Abgabe einer Willenserklärung nach § 894 ZPO die Erklärungsfiktion entweder sofort mit Urteilsrechtskraft ein, dann ist die Zwangsvollstreckung auch schon wieder beendet; oder sie tritt – beim Zug-um-Zug-Urteil – sofort mit Erteilung der Vollstreckungsklausel ein, auch dann ist die Zwangsvollstreckung endgültig beendet, so dass die Klauselerinnerung nie zulässig wäre. Aber auch wenn man die Klauselerinnerung ausnahmsweise zulassen würde, wäre sie ineffektiv, denn die Fiktion, dass die Erklärung abgegeben worden ist, kann im Erinnerungsverfahren nicht wieder zurückgerufen werden. Beim einfachen Auflassungstitel dürfte das unschädlich sein, denn der Eigentümer hatte ja rechtliches Gehör im Erkenntnisverfahren und eine Klausel ist zum Eintritt der Fiktionswirkung ohnehin

⁴ Vgl. etwa Preuß in Armbrüster/Preuß/Renner, 6. Aufl., § 4 BeurkG Rdnr. 12.

⁵ Gaul in Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl., § 5 Rdnr. 43.

⁶ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 8.1.1959, 1 BvR 396/55, BVerfGE 9, 89; BVerfG, Beschluss vom 9.3.1965, 2 BvR 176/63 BVerfGE 18, 399; BVerfG, Beschluss vom 3.4.1979, 1 BvR 994/76, BVerfGE 51, 97; weitere Nachweise bei MünchKommZPO/Wolfsteiner, § 730 Rdnr. 1.

⁷ BVerfG, Beschluss vom 18.1.2000, 1 BvR 321/96, BVerfGE 101, 397 = MittBayNot 2000, 311.

⁸ Statt vieler Musielak/Lackmann, ZPO, 11. Aufl., § 732 Rdnr. 7.

nicht erforderlich; handelt es sich aber um einen Zug-um-Zug-Titel mit Vollstreckungsklausel, ist die Situation vergleichbar mit der, die dem Beschluss des BVerfGE vom 18.1.2000⁹ zugrunde gelegen hat. Die (damalige) vormundschaftsgerichtliche Genehmigung machte das genehmigungsbedürftige Geschäft mehr oder minder sofort wirksam, ohne dass das Mündel noch Gelegenheit hatte, gegen sie vorzugehen. Zur Heilung hat das BVerfG in dieser Entscheidung die Einführung eines obligatorischen rechtsmittelfähigen Vorbescheids vorgeschlagen. Das bietet sich auch hier an.¹⁰

Zur Begründung der Nichtigkeit der Vollstreckungsklausel auf § 44 VwVfG zurückzugreifen, wie das der Senat in erster Linie tut, ist demgegenüber wenig überzeugend. Wegen des Verstoßes gegen Art. 19 Abs. 4, Art. 103 Abs. 1 GG kann es auf die Offenkundigkeit des Fehlers nicht ankommen. Vielmehr ist jede nach § 894 Satz 2 ZPO erteilte Vollstreckungsklausel nichtig, wenn der Schuldner keine Gelegenheit zu rechtmäßigem Gehör vor dem Richter hatte. Dem Rechtspfleger des Gerichts, der die Klausel zu erteilen hat, ist daher zu empfehlen, in der Klausel selbst darzustellen, auf welchem Weg das Gehör gewährleistet wurde.

Was sind die Konsequenzen für den Notar? Legt ihm der siegreiche Kläger einen einfachen Titel auf Abgabe einer Willenserklärung mit Rechtskraftzeugnis vor, so kann er ohne weitere Nachfrage die Auflassungserklärung des gewinnenden Teils dazu beurkunden. Handelt es sich aber um einen Zug-um-Zug-Titel, dann sollte er darauf hinweisen, dass der Titel wohl nichtig ist, wenn kein Vorbescheidsverfahren stattgefunden hat (was aus der vollstreckbaren Ausfertigung nicht ersichtlich sein muss, weil der Vermerk in der Klausel zwar ratsam aber nicht zwingend ist). Gegebenenfalls muss er nach § 17 Abs. 2 Satz 2 BeurkG auf die Zweifel an der Wirksamkeit hinweisen und, wenn der Beteiligte auf der Beurkundung besteht, die Belehrung und die dazu abgegebenen Erklärungen des Beteiligten in der Niederschrift vermerken.

Notar a. D. Dr. Hans Wolfsteiner, München

⁹ BVerfG, Beschluss vom 18.1.2000, 1 BvR 321/96, BVerfGE 101, 397 = MittBayNot 2000, 311.

¹⁰ An der generellen Ablehnung des Vorbescheids in MünchKommZPO/Wolfsteiner, § 732 Rdnr. 7 halte ich insoweit nicht fest.

5. GBO § 35 (*Notwendigkeit der Vorlage eines Erbscheins bei Vollzug eines Rechtsgeschäfts aufgrund einer trans- oder postmortalen Vollmacht*)

Der grundbuchliche Vollzug eines Rechtsgeschäftes, das ein Bevollmächtigter aufgrund einer trans- oder postmortal wirkenden Vollmacht des verstorbenen eingetragenen Berechtigten vornimmt, ist auch dann nicht von einem Erbnachweis nach § 35 GBO abhängig, wenn der Bevollmächtigte Miterbe ist.

OLG Schleswig, Beschluss vom 15.7.2014 – 2 W 48/14

Der Beteiligte begehrt den grundbuchlichen Vollzug einer Vereinbarung, die er aufgrund der Generalvollmacht seiner verstorbenen Ehefrau geschlossen hat.

Der betroffene Grundbesitz ist mit einem Gebäude mit fünf Wohnungen bebaut. Die Bauträgerin hatte die Wohnungen in der Weise vertrieben, dass sie jeweils ideelle Miteigentumsanteile sowie Wohnungsrechte an die einzelnen Erwerber veräußerte, zwischen denen zudem eine eingetragene Vereinbarung nach § 1010 BGB besteht.

Unter anderem ist seit dem 26.11.2002 die Ehefrau des Beteiligten, Frau S B, als Berechtigte des Miteigentumsanteils von 1.742/10.000 zur lfd. Nr. 2.3 in Abt. I sowie als Wohnungsberechtigte für die Wohnung Nr. 5 in Abt. II Nr. 11 eingetragen.

Die Eheleute hatten einander am 3.2.1999 wechselseitig in notarieller Form eine Generalvollmacht erteilt (URNr. .../... des Notars Peter S in H, ONr. 91 der Grundakten). Darin heißt es unter anderem:

- „1. Die Vertretungsmacht soll sich auf alle Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen erstrecken, die von dem jeweiligen Vollmachtgeber und dem jeweiligen Vollmachtgeber gegenüber nach dem Gesetz vorgenommen werden können, und zwar auch, soweit der Vollmachtgeber als Vertreter Dritter, insbesondere auch in seiner Eigenschaft als Gesellschafter, Geschäftsführer, Prokurist, Vorstand oder Inhaber eines Handelsunternehmens handelt.
2. Jeder Bevollmächtigte kann Untervollmacht erteilen.
3. Er ist von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit.
4. Diese Vollmacht soll mit dem Tode des jeweiligen Vollmachtgebers nicht erlöschen, sondern auch für dessen Erben wirksam sein.“

Am 27.12.2013 schloss der Beteiligte mit seiner am 26.12.1984 geborenen Tochter M S eine notarielle Vereinbarung (URNr. .../... des Notars S, ONr. 91) in Bezug auf den betroffenen Grundbesitz und handelte dabei „zugleich aufgrund der in Ausfertigung vorgelegten (...) Vollmacht für die Erben seiner verstorbenen Ehefrau und Mutter der Beteiligten zu 1, nämlich S B (...)“. Der Vertrag lautet auszusweise:

- „1. S B, geb. B, ist als Miteigentümerin des Grundstückes B, Str. 7 a – e in W verzeichnet im Grundbuch von W, Blatt ... eingetragen. Für sie ist in Abt. II Nr. 11 des Grundbuches ein Wohnungsrecht eingetragen. Wir, die Erschienenen, haben die Verstorbene gesetzlich je zu ½ beerbt.
2. Wir sind darüber einig, dass der vorbezeichnete Miteigentumsanteil auf den Erschienenen zu 2, E S als Alleineigentümer übergeht und bewilligen und beantragen dies in das Grundbuch einzutragen.
3. Gleichzeitig bewilligen und beantragen wir die Löschung des für S B eingetragenen Wohnungsrechtes und entsprechend dem in Abt. II Nr. 16 vorgemerkten Anspruchs die Eintragung eines inhaltsgleichen Wohnungsrechts für den Beteiligten zu 2 als Sonderrechtsnachfolger.“

Mit Schriftsatz vom 14.1.2014, beim Grundbuchamt eingegangen am 14.3.2014, hat der beurkundende Notar gemäß § 15 GBO beantragt, den Beteiligten als neuen Miteigentümer sowie das Wohnungsrecht für ihn einzutragen und die bisher in Abt. II Nr. 11 und Abt. III Nr. 3 eingetragenen Rechte zu löschen (ONr. 111).

Das Grundbuchamt hat mit Zwischenverfügung vom 19.3.2014 (ONr. 115, dort Ziffer 2) um Vorlage eines Erbscheins zum Nachweis der Erbfolge nach S B gebeten. Zur Begründung hat die Rechtspflegerin ausgeführt, der Beteiligte habe seine Vertretungsbefugnis für die Erben der verstorbenen Miteigentümerin nur insoweit durch die transmortalen Vollmacht nachgewiesen, als er für die andere angegebene Miterbin (seine Tochter) gehandelt habe. Soweit er nach eigenen Angaben selbst Erbe sei, könne er nicht als Vertreter handeln, weil Vertreter und Vertreter personenverschieden sein müssten. Insoweit habe er seine eigene Verfügungsbefugnis nach § 35 GBO durch Vorlage eines Erbscheins nachzuweisen. Die Rechtspflegerin hat für ihre Rechtsauffassung die Entscheidung des OLG Hamm vom 10.1.2013 (15 W 79/12) angeführt, der ein entsprechender Sachverhalt zugrunde liege. Dass der handelnde Bevollmächtigte dort Alleinerbe des verstorbenen Berechtigten gewesen sei, stelle keinen entscheidenden Unterschied dar.

Gegen die Zwischenverfügung vom 19.3.2014 hat der Beteiligte mit Schriftsatz des Notars vom 29.4.2014, auf den wegen der Einzelheiten Bezug genommen wird, Beschwerde eingelegt (ONr. 1112). Das Grundbuchamt hat zunächst bei dem für den letzten Wohnsitz der Erblasserin zuständigen Nachlassgericht des AG Winsen/Luhe ermittelt, dass dort keine Vorgänge vorhanden sind. Sodann hat die Rechtspflegerin der Beschwerde durch Verfügung vom 1.7.2014 (ONr. 1116), auf deren Begründung ebenfalls verwiesen wird, nicht abgeholfen und die Sache dem OLG vorgelegt.

Aus den Gründen:

II.

Die Beschwerde ist nach §§ 71 ff. GBO zulässig und hat auch in der Sache Erfolg. Das Grundbuchamt hat im Ergebnis zu Unrecht die angefochtene Zwischenverfügung im Sinne des § 18 GBO erlassen. Das angenommene Eintragungshindernis besteht nicht.

a. Der Vollzug der Anträge im Schriftsatz vom 14.1.2014 hängt davon ab, dass die Auflassung (von der eingetragenen Miteigentümerin bzw. ihren Rechtsnachfolgern auf den Beteiligten) sowie die erforderlichen Bewilligungen für alle Eintragungen nach Maßgabe der §§ 19, 20, 29 GBO nachgewiesen sind. Insoweit besteht zwischen dem Beteiligten und dem Grundbuchamt Einvernehmen. Weiter bestehen keine Zweifel daran, dass der Beteiligte seine eigene Erklärung als Auflassungsempfänger auf der Erwerberseite wirksam im eigenen Namen abgegeben hat.

Die angefochtene Zwischenverfügung und die Beschwerde beziehen sich auf die Frage, ob der Beteiligte auf der Veräußererseite die Auflassung und die Bewilligungserklärungen wirksam im Namen und in Vollmacht der Rechtsnachfolger der eingetragenen Berechtigten abgegeben hat.

b. Dabei besteht im Ansatz zutreffend zwischen dem Beteiligten und dem Grundbuchamt Einigkeit darüber, dass der Beteiligte durch die notariell beurkundete und damit nach § 29 GBO formgerechte Vollmacht vom 3.2.1999 seine Vertretungsmacht nicht nur für seine Ehefrau persönlich zu deren Lebzeiten hätte nachweisen können, sondern auch nach ihrem Tod seine Vertretungsmacht für ihre Erben belegen kann.

Die wechselseitig erteilte Generalvollmacht der Eheleute gilt ausdrücklich über den Tod des jeweiligen Vollmachtgebers hinaus, ist also als transmortale Vollmacht ausgestaltet (wegen der Abgrenzung zur postmortalen Vollmacht Münch-KommBGB/Schramm, 6. Aufl., § 168 Rdnr. 30 ff.). Im Grundbuchverfahren muss in dieser Konstellation grundsätzlich kein Erbnachweis in der Form des § 35 GBO geführt werden, weil der bzw. die Erben durch eine trans- oder postmortale Vollmacht des Erblassers gebunden sind, solange die Vollmacht nicht widerrufen wird (OLG Hamm, ZEV 2013, 314 ff.; OLG Frankfurt, DNotZ 2012, 140 f.; OLG München, ZEV 2012, 376 f. – zur Auslegung bei gleichzeitiger Testamentsvollstreckung; Demharter, GBO, 29. Aufl., § 19 Rdnr. 81.1). Anders läge es nur, wenn die Voreintragung des oder der Erben erforderlich wäre, weil für eine Grundbuchberichtigung der Erbnachweis unverzichtbar ist (Demharter, a. a. O., § 35 Rdnr. 9). Im Falle der Übertragung oder Aufhebung eines zum Nachlass gehörenden Rechts durch die Erben des eingetragenen Berechtigten bedarf es der vorherigen Grundbuchberichtigung aber nach § 40 GBO nicht.

Für einen Widerruf der Vollmacht durch die Ehefrau des Beteiligten oder durch ihre Rechtsnachfolger bestehen keine Anhaltspunkte. Wenn der Bevollmächtigte im Besitz der Vollmachtsurkunde ist, hat das Grundbuchamt regelmäßig vom Fortbestand der Vollmacht auszugehen (Demharter, a. a. O., § 19 Rdnr. 80 m. w. N.). Der Beteiligte hat bei der Beurkundung der Vereinbarung vom 27.12.2013 eine Ausfertigung der vom selben Notar am 3.2.1999 beurkundeten Generalvollmacht vorgelegt. Die Ausfertigung vertritt nach § 47 BeurkG im Rechtsverkehr die Urschrift. Es genügt, dass der Notar in der Urkunde vom 27.12.2013 die Vorlage der Ausfertigung bescheinigt und eine beglaubigte Kopie der Ausfertigung zur Urkunde genommen hat (vgl. Demharter, a. a. O., § 19 Rdnr. 80 m. w. N.).

Dass zugleich die Tochter des Beteiligten – offenbar vorsorglich – die Vereinbarung vom 27.12.2013 als Mitglied der Erbengemeinschaft im eigenen Namen mit abgeschlossen hat, ist für das Grundbuchverfahren zwar bedeutungslos, weil ihre Erbenstellung nicht nach Maßgabe des § 35 GBO nachgewiesen ist. Die eigenen Erklärungen der Tochter, die im Innenverhältnis zum Beteiligten für Rechtssicherheit sorgen mögen, sind aber auch unschädlich.

Der Beteiligte ist schließlich ausdrücklich von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit, so dass er seine Ehefrau bzw. deren Rechtsnachfolger auch bei einem Rechtsgeschäft mit sich selbst vertreten kann. Auf einen etwaigen Vollmachtsmissbrauch im Innenverhältnis deutet nichts hin, so dass das Grundbuchamt auf diese theoretische Möglichkeit zu Recht nicht abgestellt hat.

c. Die Bedenken des Grundbuchamts ergeben sich konkret aus der Erwägung, dass der Beteiligte sich insoweit selbst vertreten würde, als er Erbe der Vollmachtgeberin geworden sei. Dies mag materiellrechtlich als von vornherein bedeutungslos erscheinen, weil dann seine im eigenen Namen abgegebenen Erklärungen als Erbe wirksam wären. Da im Grundbuchverfahren aber für eigene Erklärungen des Erben der Erbnachweis nach § 35 GBO nötig ist (während dieser Nachweis, wie ausgeführt, für Erklärungen aufgrund einer transmortalen Vollmacht entbehrlich ist), können die Bedenken des Grundbuchamts entgegen der Auffassung des Beteiligten nicht als bloße „Schikane“ oder „Geldschneiderei“ bezeichnet werden. Sie greifen aber im Ergebnis nicht durch.

(1) Das Grundbuchamt bezieht sich auf die bereits zitierte Entscheidung des OLG Hamm vom 10.1.2013, ZEV 2013, 341 ff., nach der die transmortale Vollmacht erlischt, wenn der Bevollmächtigte Alleinerbe des Vollmachtgebers wird. In dem dort zu entscheidenden Fall hatte der bevollmächtigte Ehemann der eingetragenen Eigentümerin bei der Verfügung aufgrund der transmortalen Vollmacht zugleich erklärt, er sei Alleinerbe seiner Ehefrau geworden. Das OLG Hamm hat dazu ausgeführt, eine Vollmacht erlösche durch Konfusion, wenn der Bevollmächtigte den Vollmachtgeber allein beerbe, da § 164 BGB eine Personenverschiedenheit zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen voraussetze (so auch OLG Stuttgart, NJW 1947/48, 627; Huber, BWNotZ 2013, 91 ff.). Mit dem Erbfall sei der Nachlass mit dem Eigenvermögen des Erben zu einer rechtlichen Einheit verschmolzen, so dass die Annahme des Fortbestehens der Vollmacht für den Alleinerben auf eine Fiktion hinauslaufe, für die es im Gesetz keine Grundlage gebe und für deren Einführung auch kein zwingendes Bedürfnis bestehe.

Diese Auffassung ist schon für den entschiedenen Fall, dass der Bevollmächtigte zur positiven Kenntnis des Grundbuchamts Alleinerbe geworden ist, nicht unumstritten. Nach der in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Gegenauffassung wird die durch die wirksam erteilte transmortale Vollmacht geschaffene Legitimationswirkung auch durch das Zusammenfallen der Positionen des Bevollmächtigten und des Alleinerben nicht beseitigt (LG Bremen, Rpfleger 1993, 235, mit zustimmender Anmerkung Meyer-Stolte; BeckOK-GBO/Wilsch, § 35 Rdnr. 69; Palandt/Ellenberger, BGB, 73. Aufl., § 168 Rdnr. 4; Mensch, BWNotZ 2013, 91 ff.; Keim, DNotZ 2013, 692 ff.; Dutta, FamRZ 2013, 1513 ff.; Lange, ZEV 2013, 343).

Für den konkreten Fall bedarf es keiner abschließenden Entscheidung darüber, ob die dogmatischen Erwägungen des OLG Hamm durchgreifen oder ob der an den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs in Bezug auf die Legitimationswirkung einer Vollmacht orientierten Gegenauffassung der Vorzug zu

geben ist. Jedenfalls ist der Beteiligte nach seinen Angaben nicht etwa Alleinerbe geworden, sondern Miterbe neben seiner Tochter. Es liegt also auch unter Zugrundelegung der Auffassung des OLG Hamm kein Fall vor, in dem die transmortale Vollmacht erloschen ist. Im Beschluss vom 10.1.2013 hat das OLG Hamm ausdrücklich auf die Besonderheiten in dem dort zu entscheidenden Fall abgestellt, dass der Bevollmächtigte Alleinerbe geworden und sein Vermögen mit dem des Erblassers zu einer Einheit verschmolzen ist. Das Gericht hat betont, dass die Erklärungen aufgrund der Vollmacht wirksam seien, wenn der Bevollmächtigte „nicht als Erbe oder lediglich als Miterbe berufen“ sei. Die hier vom Grundbuchamt vertretene Auffassung findet für den Fall einer Erbengemeinschaft keine Stütze in der Entscheidung des OLG Hamm, welche mit dem Erlöschen der Vollmacht durch Konfusion begründet wird.

(2) Die für die Erben der eingetragenen Miteigentümerin S B abgegebenen Erklärungen des Beteiligten in der Vereinbarung vom 27.12.2013 sind entgegen der Auffassung des Grundbuchamts aber auch nicht teilweise unwirksam, soweit der Beteiligte selbst Mitglied der vertretenen Erbengemeinschaft ist. Diese Erwägung geht von dem dogmatischen Ansatz aus, dass § 164 BGB eine Personenverschiedenheit von Vertreter und (allen) vertretenen Personen voraussetze, und entspricht damit inhaltlich der von *Bestelmeyer*, notar 2013, 143 ff. vertretenen Auffassung.

Dies berücksichtigt jedoch nicht ausreichend die gesamthänderische Bindung des Nachlasses (DNotI-Gutachten, Abruf-Nr. 112811, Ziffer III. 2.; in diese Richtung auch *Keim*, DNotZ 2013, 693; *Dutta*, FamRZ 2013, 1514). Der Nachlass und das übrige Vermögen eines der Miterben sind gerade nicht zu einer Einheit verschmolzen. Selbst wenn der Bevollmächtigte Miterbe ist, handelt er nicht für sich selbst, sondern für die Miterben in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit (DNotI-Gutachten, a. a. O.). Die betroffenen Rechte der verstorbenen Vollmachtgeberin sollen von allen Mitgliedern der Gesamthandsgemeinschaft rechtsgeschäftlich auf eines ihrer Mitglieder übertragen werden.

Jedenfalls in dieser Konstellation, in der die Vollmacht nicht erloschen ist, treten in den Übrigen die von den Kritikern des Beschlusses des OLG Hamm vom 10.1.2013 angeführten Bedürfnisse des Rechtsverkehrs in Bezug auf die Legitimationswirkung der transmortalen Vollmacht in den Vordergrund. Materiellrechtlich ergeben sich, wie bereits ausgeführt, ohnehin keine Unterschiede, wenn die Erklärungen des Bevollmächtigten entweder aus eigenem Recht als Miterbe oder aufgrund wirksamer Stellvertretung wirksam sind. Im Grundbuchverfahrensrecht herrscht zwar eine besondere Formstrenge, um die Richtigkeit des Grundbuchs zu gewährleisten. Dies rechtfertigt es aber nicht, die Frage der Erforderlichkeit eines Erbnachweises unter dem Gesichtspunkt zu beurteilen, ob der Bevollmächtigte sich bei der rechtsgeschäftlichen Übertragung eines Nachlassgegenstandes streng genommen „selbst vertritt“. Wenn diese dogmatische Betrachtung schon materiellrechtlich ohne Bedeutung ist, kann sie nicht im Grundbuchrecht zum Selbstzweck erhoben werden.

Anders als bei einer Verfügung durch einen Alleinerben besteht bei Erklärungen eines Vertreters für die Erbengemeinschaft schließlich nicht die Gefahr, dass dieser die transmortale Vollmacht nur scheinbar nutzt, um die mit der Erteilung eines Erbscheins verbundenen Kosten zu vermeiden. In einer solchen Konstellation hat in Wirklichkeit eine Grundbuchberichtigung nach § 22 Abs. 1 Satz 1 GBO stattzufinden, die einen Erbnachweis nach § 35 GBO voraussetzt. Wenn das Grundbuchamt feststellt, dass der Bevollmächtigte in Wirk-

lichkeit ein Grundstück – scheinbar rechtsgeschäftlich – „von sich selbst auf sich selbst“ überträgt, muss es auf der Einhaltung der Vorschriften für die Grundbuchberichtigung bestehen. Bei einer Verfügung durch den Bevollmächtigten einer Erbengemeinschaft besteht diese Gefahr von vornherein nicht, weil selbst die Übertragung auf alle Miterben in Bruchteilseigentum durch rechtsgeschäftliche Übereignung erfolgen muss (BGHZ 21, 229; OLG München, FamRZ 2012, 154 f.) und keine verkappte Grundbuchberichtigung stattfinden würde.

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch den Beitrag von *Amann*, MittBayNot 2013, 367.

6. § 164 BGB, §§ 29, 47 Abs. 2 GBO (*Nachweis einer zugunsten einer GbR erteilten Finanzierungsvollmacht im Grundbuchverfahren*)

1. **Eine zugunsten einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts erteilte Belastungsvollmacht ist nicht in jedem Fall dahin auszulegen, dass zur Belastung des Grundstücks außer der Gesellschaft auch die zum Zeitpunkt der Vollmachtserteilung vertretungsberechtigten Gesellschafter gemeinschaftlich – unabhängig vom Fortbestehen ihrer Gesellschafterstellung bei Verwendung der Vollmacht – berechtigt sein sollen.**
2. **Tritt im Grundbuchverfahren eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Vertreter auf, so muss die Vertretungsberechtigung der für sie handelnden Gesellschafter in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden. Durch § 47 Abs. 2 GBO werden Nachweiserleichterungen in Bezug auf die Gesellschaft nicht begründet, soweit nicht das Verfahren um die Eintragung von Rechten der Gesellschaft bürgerlichen Rechts betroffen ist.**

KG, Beschluss vom 26.11.2013, 1 W 291/13

Die Beteiligte zu 1 unterbreitete in notarieller Verhandlung vom 23.2.2012 (URNr. (...) des Notars Dr. A. R.) der Gesellschaft bürgerlichen Rechts I. V. geb. W. und H. V. das Angebot zum Kauf des im Beschlusseingang bezeichneten Wohnungs- und Teileigentums. Das Angebot sollte nicht vor Ablauf von drei Jahren nach Beurkundung widerrufen werden können. Wenn die Entmietung des Objekts allein aus Gründen, die nicht vom Angebotsempfänger zu vertreten sind, innerhalb der ersten Dreijahresfrist nicht abgeschlossen ist, sollte die Bindungsfrist um bis zu drei Jahre verlängert werden können.

In Abschnitt I derselben Urkunde erteilte die Beteiligte zu 1 der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, bestehend aus den Gesellschaftern I. V. geb. W. und H. V., zum Zwecke der Finanzierung der Bewirtschaftungs-, Modernisierungs- und Entmietungskosten und des Kaufpreises Vollmacht zur Belastung des vorgenannten Grundbesitzes mit Grundpfandrechten in beliebiger Höhe und zur Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung in der Form des § 800 ZPO.

Der Beteiligte zu 3 bewilligte in derselben Urkunde die Löschung der für ihn in Abteilung III lfd. Nr. 1 eingetragenen Grundschuld. Die Beteiligte zu 1 beantragte die Löschung.

In notarieller Verhandlung vom 16.8.2012 (URNr. (...) des Notars Dr. A. R.) bestellte H. V. zulasten des im Beschlusseingang bezeichneten Grundbesitzes vier Grundschulden für den Beteiligten zu 2 nebst Zwangsvollstreckungsunterwerfung und bewilligte und beantragte die Eintragung, wobei er angab, er gebe die Erklärungen für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts I. V. geb. W. und H. V. ab, und zwar sowohl im eigenen Namen als auch im Namen der Mitgesellschafterin I. V. geb. W. Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts gebe die Erklärungen aufgrund der Vollmacht in Abschnitt I der URN. 3(...)/2(...)

des amtierenden Notars namens der Eigentümerin des zu belastenden Grundbesitzes ab.

In notarieller Verhandlung vom 27.8.2012 (URNr. 1/2 M des Notars Dr. H.-J. M.) bestätigte I. V., „handelnd zugleich für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die Eigentümerin des in der Urkunde genannten Grundbesitzes ist“, dass H. V. zur Abgabe der Erklärungen in der URNr. 1(...)/2(...) vom 16.8.2012 bevollmächtigt gewesen sei und genehmigte vorsorglich die Erklärungen in vollem Umfang.

Am 22.10.2012 hat der Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten die Anträge zur Löschung der Grundschuld Abteilung III lfd. Nr. 1 und zur Eintragung der Grundschulden und der Zwangsvollstreckungsunterwerfung gemäß URNr. 1(...)/2(...) gestellt.

Das Grundbuchamt hat mit Zwischenverfügung vom 15.11.2012 und 31.5.2013 neben weiteren, inzwischen erledigten Beanstandungen einen Nachweis der Vertretungsbefugnis des Herrn H. V. für die Beteiligte zu 1 per 16.8.2012 in der Form einer öffentlich beglaubigten Vollmacht oder einer öffentlich beglaubigten Genehmigung der Beteiligten zu 1 gefordert. Es hat dazu ausgeführt, die Belastungsvollmacht vom 23.2.2012 sei nicht Herrn und Frau V. erteilt, sondern der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die in der Urkunde als Käuferin bezeichnet ist. Es könne nicht in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden, dass Herr und Frau V. auch am 16.8.2012 noch die alleinigen zur Vertretung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts befugten Gesellschafter waren.

Die Beteiligten sind der Ansicht, nach der Rechtsprechung des BGH bedürfe es keines weiteren Vollmachtsnachweises als der Vollmachtsbestätigung vom 27.8.2012, weil Herr und Frau V. in dieser Urkunde erklärt hätten, dass die Gesellschaft bürgerlichen Rechts aus ihnen als Gesellschaftern bestehe. Zumindest sei die Belastungsvollmacht vom 23.2.2012 dahin auszulegen, dass sie auch den in der Urkunde benannten Gesellschaftern gemeinschaftlich erteilt sei.

Mit der Beschwerde vom 15.8.2013 gegen die nicht erledigten Beanstandungen der Zwischenverfügung verfolgen die Beteiligten diese Ansicht weiter. Im Beschwerdeverfahren haben sie außerdem eine weitere notariell beglaubigte Erklärung von I. V. geb. W. und H. V. (URNr. 2(...)/(...)) des Notars Dr. H.-J. M.) vorgelegt. Darin erklären Herr und Frau V., im Namen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die sie im Hinblick auf das zu URNr. 3(...)/(...) unterbreitete Verkaufsangebot gegründet hätten, bestätigten sie als alleinige Gesellschafter die von H. V. am 16.8.2012 zu URNr. 1(...)/(...) abgegebenen Erklärungen. Vorsorglich wiederholten sie mit dieser Erklärung die Gründung der Gesellschaft, an die sich das Angebot vom 23.2.2012 richte und genehmigten für die Gesellschaft alle Erklärungen, die sie, Herr und Frau V., als Gesellschafter bürgerlichen Rechts im Hinblick auf das hier betroffene Wohnungs- und Teileigentum abgegeben hätten.

Aus den Gründen:

II.

1. Das Rechtsmittel ist zulässig (§§ 71 ff. GBO). Es ist als im Namen aller drei Beteiligten eingelegt anzusehen. Erklärt der Notar bei der Einlegung der Beschwerde nicht, für welchen Beteiligten er gemäß § 15 Abs. 2 GBO tätig wird, so sind alle Antragsberechtigten als Beschwerdeführer anzusehen, wenn sich nicht aus den Umständen zweifelsfrei etwas anderes ergibt (*Demharter*, GBO, 28. Aufl., § 15 Rdnr. 20 m. w. N.). Antragsberechtigt sind hier (nur) die Beteiligten, deren Recht von der Eintragung betroffen oder zu deren Gunsten eine Eintragung erfolgen soll (§ 13 Abs. 1 Satz 2 GBO).

2. Die Beschwerde hat in der Sache jedoch nur insoweit Erfolg, als das Grundbuchamt auch die Löschung der Grundschuld Abteilung III lfd. Nr. 1 von der Behebung der aufgeführten und noch nicht behobenen Hindernisse abhängig gemacht hat. Für die Löschung dieser Grundschuld bedarf es eines Vollmachtsnachweises für H. V. ersichtlich nicht, weil dieser Erklärungen hierzu nicht abgegeben hat.

Das Grundbuchamt ist auch nicht wegen einer Verbindung der Anträge gemäß § 16 Abs. 2 GBO gehindert, die Löschung

der Grundschuld ohne die Eintragung der weiteren Grundschulden zu vollziehen. Eine solche Verbindung ist weder ausdrücklich erklärt, noch ergibt sie sich stillschweigend aus einem inneren Zusammenhang der Anträge. Es besteht kein Grund zu der Annahme, dass die Beteiligten eine Löschung der Grundschuld III/1 ohne die Eintragung der neuen Grundschulden nicht wollten. Allein die gleichzeitige Stellung der Anträge rechtfertigt die Annahme einer stillschweigenden Bestimmung nach § 16 Abs. 2 GBO nicht (*Demharter*, a. a. O., § 16 Rdnr. 11 m. w. N.).

3. Die weitergehende Beschwerde ist unbegründet. Das Grundbuchamt hat gemäß § 18 Abs. 1 GBO mit Recht einen Nachweis dafür gefordert, dass H. V. bei den Erklärungen zu URNr. 1(...)/(...) mit Vertretungsmacht für die Beteiligte zu 1 handelte.

a. Die Belastungsvollmacht vom 23.2.2012 zu URNr. 3(...)/(...) kann nicht dahin ausgelegt werden, dass neben der ausdrücklich bevollmächtigten Gesellschaft bürgerlichen Rechts auch Herr und Frau V. persönlich, also unabhängig von ihrer Vertretungsberechtigung für die als Käufer bezeichnete Gesellschaft bürgerlichen Rechts, gemeinschaftlich zur Vertretung der Beteiligten zu 1 bei der Belastung des Grundbesitzes berechtigt sein sollten.

Ein entsprechender Inhalt der Vollmacht ergibt sich nicht schon aus den Ausführungen des BGH in der Entscheidung vom 28.4.2011, V ZB 194/10, BGHZ 189, 274 zu der dort vorgenommenen Auslegung einer Belastungsvollmacht. Die Auslegung einer Vollmacht kann sich stets nur an den tatsächlichen Umständen des Einzelfalles orientieren. Ob die vom BGH berücksichtigten Einzelfallumstände mit dem vorliegenden Sachverhalt vergleichbar sind, ist der Entscheidung nicht zu entnehmen.

Bei der Auslegung von Vollmachten im Grundbuchverkehr ist wie bei der Auslegung von Grundbucheintragungen auf Wortlaut und Sinn der Erklärung abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung der Erklärung ergibt. Erteilt ein Vollmachtgeber die Vollmacht ausdrücklich einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, so spricht der Wortlaut für einen unbefangenen Betrachter zunächst dafür, dass als Bevollmächtigter tatsächlich die Gesellschaft tätig werden soll, und zwar vertreten durch diejenigen Gesellschafter, die in dem Zeitpunkt der Verwendung der Vollmacht zu deren Vertretung berechtigt sind. Gerade die Tatsache, dass der BGH in der Entscheidung vom 28.4.2011 die Problematik des Vertretungsnachweises bei Bevollmächtigung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts aufgezeigt und auf das Erfordernis der Auslegung der Vollmacht zurückgegriffen hat, spricht auch dafür, dass in Notarverträgen diese Frage fortan ausdrücklich geregelt wurde, um Auslegungsunsicherheiten zu vermeiden.

Auch nach dem Sinn und Zweck der Belastungsvollmacht könnte ein unbefangener Betrachter nicht davon ausgehen, dass ein Grundstückseigentümer, der eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts zur Belastung seines Grundstücks bevollmächtigt, damit zugleich auch die zu diesem Zeitpunkt aktuellen Gesellschafter selbst für den Fall bevollmächtigen will, dass sie zum Zeitpunkt der Belastung des Grundstücks nicht mehr (allein) zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt sind. Der Eigentümer würde hiermit die Anzahl der möglicherweise als Vertreter auftretenden Personen erhöhen, ohne dass sichergestellt wäre, dass diese mit gleichgerichteten Interessen handeln. Dass zum Beispiel ein inzwischen aus der Gesellschaft ausgeschiedener Gesellschafter von der Belastungsvollmacht sollte Gebrauch machen können, obgleich er nicht mehr an der intendierten Käuferin

und zukünftigen Eigentümerin des Grundbesitzes beteiligt ist, kann kaum den Interessen des Vollmachtgebers und derzeitigen Eigentümers entsprechen. Dies gilt in besonderem Maße, wenn – wie hier – die Belastungsvollmacht sogar schon vor Abschluss des Kaufvertrages erteilt wird, weil die etwaige Rückabwicklung bei einer Belastung des Grundstücks und anschließendem Scheitern des Kaufvertrages erschwert würde.

Im vorliegenden Einzelfall spricht ferner die Dauer der vereinbarten Bindungsfrist für das Kaufvertragsangebot gegen eine Auslegung der Vollmacht im vorgenannten Sinne. Gewöhnlich wird von Belastungsvollmachten, die im Kaufvertrag selbst erteilt werden, in unmittelbarer zeitlicher Nähe zur Beurkundung Gebrauch gemacht. Die Möglichkeit, dass vor der Verwendung der Belastungsvollmacht ein Gesellschafterswechsel bei der bevollmächtigten Erwerbengesellschaft eintritt, werden die Vertragsparteien jedoch umso eher berücksichtigen, je mehr es an einem solchen zeitlichen Zusammenhang fehlt.

Hier war nicht bereits nach dem Inhalt der Vollmacht vorauszusetzen, dass die erwerbende Gesellschaft bürgerlichen Rechts sofort von der Belastungsvollmacht Gebrauch machen würde. Soweit die Belastung des Grundstücks der Finanzierung des Kaufpreises dienen sollte, war dieser nicht vor dem Zustandekommen des Kaufvertrages fällig, wofür eine Frist von bis zu sechs Jahren eingeplant war. Auch soweit die Belastungsvollmacht die Finanzierung der Bewirtschaftungs- und Entmietungskosten ermöglichen sollte, ist nicht ersichtlich, dass mit einer zeitnahen Belastung des Grundstücks gerechnet wurde. Denn die Gesellschaft bürgerlichen Rechts sollte nach dem Vertragsangebot schon vor Vertragsschluss die Mieten aus dem Grundstück erhalten, wodurch finanzielle Mittel zur Bewirtschaftung zumindest in gewissem Umfang zur Verfügung standen. Dem entspricht es, dass die Belastung des Grundstücks tatsächlich erst am 16.8.2012 beurkundet wurde.

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass auch H. V. die Belastungsvollmacht nicht in dem Sinne verstanden hat, dass er selbst und Frau V. gemeinschaftlich persönlich – unabhängig von ihrer Stellung als Gesellschafter – zur Vertretung der Beteiligten zu 1 berechtigt sein sollten. Denn er hat von der Vollmacht ausdrücklich im Namen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts Gebrauch gemacht.

b. Ist zur Vertretung der Beteiligten zu 1 aufgrund der Vollmacht vom 23.2.2012 nur die Gesellschaft bürgerlichen Rechts berechtigt, so ist für die beantragte Eintragung der Grundschulden nebst Zwangsvollstreckungsunterwerfung nachzuweisen, dass Herr und Frau V. (allein) zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt waren.

Anderes ergibt sich auch nicht aus der Entscheidung des BGH vom 28.4.2011 (a. a. O.). Der BGH hat entgegen der von der Beschwerde vertretenen Ansicht nicht entschieden, dass eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Grundbuchverkehr allgemein den Bestand ihrer Gesellschafter nicht weitergehend als durch Eigenerklärung der Gesellschafter nachzuweisen braucht. Sowohl die Entscheidung des BGH als auch der von diesem zitierte Aufsatz von *Reymann*, ZNotP 2011, 84 betreffen die Frage, welche Nachweise über die rechtlichen Verhältnisse der Gesellschaft für die Grundbucheintragung bei Grundstückserwerb durch eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts zu fordern sind. Der BGH hat im Anschluss an *Reymann* aus § 47 Abs. 2 GBO, dessen systematischer Stellung und aus dem vom Gesetzgeber mit der Schaffung dieser Vorschrift verfolgten Zweck Nachweiserleichterungen für die

Eintragung von Rechten der Gesellschaft bürgerlichen Rechts gefolgert. Da das Recht der Gesellschaft bürgerlichen Rechts grundbuchrechtlich durch die Gesellschafter vermittelt werde, bedürfe es keiner auf die Gesellschaft selbst bezogenen Nachweise.

Im vorliegenden Fall geht es hingegen nicht um die Eintragung von Rechten der Gesellschaft, sondern um ein Auftreten der Gesellschaft als Vertreter des Eigentümers. Der Anwendungsbereich des § 47 Abs. 2 GBO ist in diesem Fall nicht berührt. Es gibt kein einzutragendes Recht der Gesellschaft, das grundbuchrechtlich durch die Gesellschafter vermittelt werden könnte und deshalb keiner auf die Gesellschaft bezogenen Nachweise bedürfte.

Für eine entsprechende Heranziehung des Rechtsgedankens aus § 47 Abs. 2 GBO, die Voraussetzung für die Geltung der aus diesem entwickelten Nachweiserleichterungen wäre, fehlt es an einer Gesetzeslücke. Der Gesetzgeber wollte ausweislich der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses (BT-Drucks. 16/13437) den Schwierigkeiten begegnen, die sich aus einer Eintragung der Gesellschaft ohne ihre Gesellschafter für den Nachweis von Existenz, Identität und Vertretung ergeben. Dass auch eine nicht im Grundbuch eingetragene Gesellschaft bürgerlichen Rechts auch außerhalb des Verfahrens um ihre eigene Eintragung im Grundbuchverkehr ebenso wie im Allgemeinen Rechtsverkehr erhebliche Schwierigkeiten haben kann, ihre Vertretungsverhältnisse nachzuweisen, und deshalb zum Beispiel nicht Verwalter nach dem WEG sein kann, war bekannt und Gegenstand höchstrichterlicher Rechtsprechung (BGH, Beschluss vom 26.1.2006, V ZB 132/05, BGH-Report 2006, 631). Trotzdem sah sich der Gesetzgeber nicht veranlasst, allgemeine Nachweis- oder Rechtsscheinsvorschriften hierzu zu entwickeln.

Es fehlt für eine Analogie aber auch an der Vergleichbarkeit der Interessenlage. Bei der Benennung der einzutragenden Gesellschafter in der Auflassung werden die Interessen der Beteiligten oder des Rechtsverkehrs nur in geringerem Maße berührt. Der Veräußerer ist an der Auflassung beteiligt und kann ggf. von dieser Abstand nehmen, wenn er die Angaben der Gesellschafter für unrichtig hält. Der Rechtsverkehr wird in seinem Vertrauen auf die angegebene und dann entsprechend eingetragene Zusammensetzung der Gesellschaft durch § 899a BGB geschützt. Demgegenüber geht es bei der Frage, durch welche Personen eine als Vertreter bevollmächtigte Gesellschaft bürgerlichen Rechts handeln kann, um Rechtswirkungen, die für und gegen den Vollmachtgeber begründet werden sollen, ohne dass dieser noch Einfluss darauf oder Kenntnis davon hätte, welche Eigenerklärung zur Zusammensetzung der Gesellschaft die – angeblichen – Gesellschafter bei der Verwendung der Vollmacht abgeben. Auch der Geschäftsgegner ist nicht durch Rechtsscheinsvorschriften in seinem Vertrauen darauf geschützt, dass die als Bevollmächtigte auftretende Gesellschaft bürgerlichen Rechts durch sämtliche vertretungsberechtigten Gesellschafter handelt.

c. Der Nachweis der Vertretungsberechtigung ist auch nicht durch die Erklärung vom 17.9.2013 geführt. Die Eigenerklärung von Herrn und Frau V. zur Zusammensetzung der Gesellschaft erbringt keinen urkundlichen Nachweis für deren inhaltliche Richtigkeit. Auch die Neugründung der Gesellschaft geht als Vertretungsnachweis ins Leere, weil die Gesellschafter der neu gegründeten Gesellschaft nicht bestimmen können, an welche Gesellschaft die Beteiligte zu 1 das Kaufangebot und die Belastungsvollmacht gerichtet hat.

(...)

Anmerkung:**1. Die Problemstellung**

Beim Erwerb von Grundbesitz durch eine bereits bestehende GbR stand in der Diskussion lange die Problematik im Vordergrund, ob und wie die GbR dem Grundbuchamt gegenüber im Rahmen der Prüfung des Vorliegens einer wirksamen Eintragung (§ 20 GBO) Identität und Existenz der Gesellschaft und die Vertretungsberechtigung der für sie handelnden Gesellschafter nachweisen kann. Diese Diskussion wurde – zumindest für die Praxis – mit der begrüßenswerten Entscheidung des BGH vom 28.4.2011¹ beendet: Nach Meinung des BGH genügt es wegen § 47 Abs. 2 Satz 1 GBO, dessen systematischer Stellung und Normzweck im Normalfall, wenn die GbR und ihre Gesellschafter in der notariell beurkundeten Auflassung benannt sind und die für die GbR Handelnden erklären, dass sie deren alleinige Gesellschafter sind. Schon in dieser Entscheidung des BGH trat aber ein weiteres im Zusammenhang mit dem Grundstückserwerb durch eine GbR stehendes Problem zutage² das auch Gegenstand der hier zu besprechenden Entscheidung des KG ist: Genügt eine im Erwerbsvertrag nach dem Wortlaut nur an die erwerbende GbR selbst erteilte Finanzierungsvollmacht den Nachweisanforderungen im Grundbuchverfahren, wenn aufgrund dieser Vollmacht eine Finanzierungsgrundschuld bestellt wird?

2. Die Rechtslage

a) Das Grundbuchamt hat bei seiner Prüfung, ob eine wirksame Eintragungsbewilligung (§ 19 GBO) zur Eintragung der Finanzierungsgrundschuld im Grundbuch vorliegt, auch die wirksame Vertretung des Grundstückseigentümers (= Veräußerers) zu prüfen, wenn der Erwerber von der Finanzierungsvollmacht Gebrauch gemacht hat. Wird die Vollmacht, wie hier, an eine GbR erteilt und handelt diese als solche aufgrund der Vollmacht, ist wiederum zu prüfen, ob die handelnde GbR mit der bevollmächtigten GbR identisch ist, existiert und durch ihre Gesellschafter als organschaftliche Vertreter (§ 709 Abs. 1, § 714 BGB) wirksam vertreten wurde. Dies ist mangels Registrierung der GbR dem Grundbuchamt in der Form des § 29 GBO nachzuweisen, was allein schon wegen theoretisch möglicher Änderungen im Gesellschafterbestand im Zeitraum zwischen der Erteilung und der Ausübung der Finanzierungsvollmacht scheitern wird.

§ 899a Satz 1 BGB, der auch im Grundbuchverfahren zu beachten ist,³ hilft hier nicht. Ein Recht ist für die GbR im Grundbuch gerade noch nicht eingetragen. Eine entsprechende Anwendung dieser Vorschrift auf in notariellen Urkunden erteilte Vollmachten scheitert schon mangels Vergleichbarkeit mit einer Grundbucheintragung. Die Anwendung sonstiger, im Grundbuchverfahren zu beachtender,⁴ Rechtsscheinsvorschriften auf die organschaftliche Vertretung der GbR, wie etwa die analoge Anwendung des § 172 BGB bei Vorlage von GbR-Gesellschaftsverträgen, wird vom KG in seinem Beschluss ebenso wie bisher von der übrigen Rechtsprechung⁵ abgelehnt.

Richtig führt das KG außerdem aus, dass die Erwägungen des BGH zu § 47 Abs. 2 Satz 1 GBO im Zusammenhang mit dem Erwerb von Grundbesitz durch eine GbR für die hier in Frage stehende Problematik nicht fruchtbar gemacht werden können. Dass in beiden Fällen schon völlig unterschiedliche Interessenlagen bestehen und auch der vom BGH hervorgehobene Normzweck des § 47 GBO bei einer Vollmachtserteilung an die Gesellschaft nicht passt, hat das KG in seiner Entscheidung ausführlich dargelegt. Darüber hinaus passt aber auch das weitere Argument des BGH nicht, wonach § 47 Abs. 2 Satz 1 GBO wie § 47 Abs. 1 GBO aufgrund seiner systematischen Stellung nicht die Voraussetzungen, sondern den Inhalt der Grundbucheintragung der GbR regle, so dass dafür § 29 GBO nicht gelte.⁶ Denn die Frage der wirksamen Vertretung der GbR ist eine Eintragungsvoraussetzung, und zwar für die Eintragung der Grundschuld, nicht für die der GbR als Berechtigter.

Eine Finanzierungsvollmacht, die nur der erwerbenden GbR selbst erteilt ist, ist daher im Grundbuchverfahren untauglich.⁷

b) Um das Problem zu umgehen, bietet sich deshalb an, natürlichen Personen oder registrierten Rechtsträgern, insbesondere den im Erwerbsvertrag auftretenden Gesellschaftern der GbR selbst, die Finanzierungsvollmacht zu erteilen. Geschieht dies nicht ausdrücklich, stellt sich die Frage, ob nicht wenigstens im Wege der Auslegung eine konkludente Vollmachtserteilung auch an die Gesellschafter ermittelt werden kann. Nach richtiger, jedoch nicht näher begründeter, Auffassung des BGH⁸ soll dies in der Regel der Fall sein.

Die Auslegung von Vollmachten ist im Grundbuchverfahren nach den für die Auslegung von Grundbucheintragungen geltenden Grundsätzen vorzunehmen.⁹ Dabei ist auf Wortlaut und Sinn der Vollmachtsurkunde abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung ergibt.¹⁰

Erkennbarer Sinn einer Finanzierungsvollmacht ist einerseits, dass dem Erwerber die Bestellung eines Finanzierungsgrundpfandrechts ermöglicht wird, ohne hierzu auf die nochmalige Mitwirkung des Veräußerers angewiesen zu sein. Andererseits möchte sich der Veräußerer selbst ein nochmaliges Erscheinen beim Notar ersparen. Die Vollmacht soll also das Beurkundungsverfahren zur Bestellung eines Finanzierungsgrundpfandrechts erleichtern. Auf die Person des Bevollmächtigten wird es dem Veräußerer dagegen normalerweise nicht ankommen,¹¹ da die Vollmachtsausübung ohnehin engen Bindungen unterliegt: Vor missbräuchlicher Verwendung der Vollmacht wird der Veräußerer bekanntermaßen durch die Bindung der Vollmachtsausübung an eine Notarstelle zur Überwachung der Einhaltung der vertraglichen Verpflichtung zur Einschränkung der Sicherungszweckerklärung bzw. die Aufnahme einer Regelung geschützt, wonach von der Voll-

¹ BGH, Beschluss vom 28.4.2011, V ZB 194/10, MittBayNot 2011, 393.

² BGH, Beschluss vom 28.4.2011, V ZB 194/10, MittBayNot 2011, 393, 396.

³ Demharter, GBO, 29. Aufl. 2014, § 47 Rdnr. 32.

⁴ Demharter, GBO, 29. Aufl. 2014, § 19 Rdnr. 80; Bauer/v. Oefele/Schaub, GBO, 3. Aufl. 2013, AT VII, Rdnr. 173.

⁵ Zum Beispiel OLG München, Beschluss vom 20.7.2011, 34 Wx 131/10, NZG 2011, 1144.

⁶ BGH, Beschluss vom 28.4.2011, V ZB 194/10, MittBayNot 2011, 393, 395.

⁷ Das gilt übrigens auch in dem Fall, dass die GbR im Erwerbsvertrag neu gegründet wurde.

⁸ BGH, Beschluss vom 28.4.2011, V ZB 194/10, MittBayNot 2011, 393, 396.

⁹ Demharter, GBO, 29. Aufl. 2014, § 19 Rdnr. 75.

¹⁰ BGH, Entscheidung vom 26.10.1984, V ZR 67/83, BGHZ 92, 355; BGH, Entscheidung vom 21.2.1991, V ZB 13/90, BGHZ 113, 378; Demharter, GBO, 29. Aufl. 2014, § 19 Rdnr. 28.

¹¹ Im Fall der GbR gilt dies umso mehr, als deren Rechtsfähigkeit immer noch ein relativ neues Phänomen ist, so dass der Veräußerer zwischen ihr und ihren Gesellschaftern in der Regel nicht unterscheidet wird.

macht nur bei wörtlicher Wiedergabe der im Erwerbsvertrag enthaltenen eingeschränkten Sicherungszweckerklärung wirksam Gebrauch gemacht werden kann.¹² Deshalb und weil, wie dargelegt, der Zweck der Finanzierungsvollmacht aus grundbuchverfahrenrechtlichen Gründen mit einer Vollmachtserteilung nur an die GbR selbst nicht erreichbar ist, muss und kann in der Regel von einer konkludenten Vollmachtserteilung (auch) an die in der notariellen Urkunde als Gesellschafter bezeichneten Personen ausgegangen werden.

3. Der Fall

Dennoch halte ich die Auffassung des KG im konkreten Fall aufgrund der besonderen Umstände für vertretbar. Schon die Tatsache, dass die Vollmacht mit sofortiger Wirksamkeit in einem Verkaufsangebot mit dreijähriger Bindungsfrist erteilt wurde, ist ungewöhnlich; auch dass sie nicht nur der Finanzierung des Kaufpreises, sondern auch der – sofortigen – Finanzierung der „Bewirtschaftungs-, Modernisierungs- und Entmietungskosten“ dienen sollte, spricht für eine andere Interessenlage als im Normalfall einer Finanzierungsvollmacht. Inwieweit hier nach den Bestimmungen des Verkaufsangebots der Verkäufer vor missbräuchlicher Vollmachtausübung gesichert war, lässt sich dem Sachverhalt leider nicht entnehmen. Wenn sich jedenfalls aus den vorliegenden Umständen möglicherweise erhöhte Risiken für den Verkäufer gegenüber dem Normalfall ergaben und es damit dem Verkäufer ersichtlich gerade nicht mehr gleichgültig sein konnte, wer die Finanzierungsgrundschuld bestellt, würde dies für die vom KG vorgenommene enge Auslegung der Vollmacht sprechen.¹³

4. Fazit

Dem Beschluss des KG ist daher in Begründung und Ergebnis zuzustimmen. Für die Praxis gilt: Zur Vermeidung von Zweifeln ist es unbedingt geboten, in solchen Fällen ausdrücklich nicht (nur) die Gesellschaft selbst, sondern die für sie im Erwerbsvertrag auftretenden Gesellschafter und/oder Dritte in der Finanzierungsvollmacht als Bevollmächtigte zu benennen, natürlich nur, soweit dies auch dem Willen des Veräußerers entspricht. Dies gilt umso mehr, als anderenfalls nicht nur die Eintragungsfähigkeit der Finanzierungsgrundschuld im Grundbuch von einer für die Beteiligten günstigen Auslegung der Vollmacht durch den Rechtspfleger abhängt. Denn selbst wenn die Grundschuld eingetragen wird, bleibt die materiellrechtliche Wirksamkeit der Grundschuldbestellung angesichts der bestehenden Auslegungszweifel bei der Finanzierungsvollmacht und des fehlenden rechtssicheren Nachweises für Existenz und Vertretungsberechtigung bei der GbR offen.

Notar Konrad Lautner, München

¹² Siehe hierzu zum Beispiel Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 7. Aufl. 2014, Rdnr. 1394, 1398.

¹³ Bei Zweifeln über den Inhalt einer Vollmacht ist der geringere anzunehmen, Bauer/v. Oefele/Schaub, AT VII, Rdnr. 166 m. w. N.

7. BGB §§ 1901a, 1904 (Voraussetzungen zum Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen einer Wachkomapatientin)

1. **Der Abbruch einer lebenserhaltenden Maßnahme bedarf dann nicht der betreuungsgerichtlichen Genehmigung nach § 1904 Abs. 2 BGB, wenn der Betroffene einen entsprechenden eigenen Willen bereits in einer wirksamen Patientenverfügung (§ 1901a Abs. 1 BGB) niedergelegt hat und diese auf die kon-**

kret eingetretene Lebens- und Behandlungssituation zutrifft. Im Übrigen differenziert § 1901a Abs. 2 Satz 1 BGB zwischen den Behandlungswünschen einerseits und dem mutmaßlichen Willen des Betroffenen andererseits.

2. **Das Vorliegen einer Grunderkrankung mit einem „irreversibel tödlichen Verlauf“ ist nicht Voraussetzung für den zulässigen Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen. Für die Verbindlichkeit des tatsächlichen oder mutmaßlichen Willens eines aktuell einwilligungsunfähigen Betroffenen kommt es nicht auf die Art und das Stadium der Erkrankung an (§ 1901a Abs. 3 BGB).**
3. **Für die Feststellung des behandlungsbezogenen Patientenwillens gelten strenge Beweismaßstäbe, die der hohen Bedeutung der betroffenen Rechtsgüter Rechnung zu tragen haben. Dabei ist nicht danach zu differenzieren, ob der Tod des Betroffenen unmittelbar bevorsteht oder nicht (Abgrenzung zu Senatsbeschluss BGHZ 154, 205 = FamRZ 2003, 748).**

BGH, Beschluss vom 17.9.2014, XII ZB 202/13

Das Verfahren betrifft die betreuungsgerichtliche Genehmigung der Einwilligung des Betreuers in den Abbruch der künstlichen Ernährung einer einwilligungsunfähigen Betroffenen.

Die 1963 geborene Betroffene erlitt am 18.9.2009 eine Gehirnblutung mit der Folge eines apallischen Syndroms im Sinne eines Wachkomas. Sie wird über eine PEG-Magensonde ernährt; eine Kontaktaufnahme mit ihr ist nicht möglich.

Mit Beschluss vom 22.9.2009 bestellte das AG den Ehemann und die Tochter der Betroffenen, die Beteiligten zu 2 und 3 (im Folgenden: Betreuer) im Wege der einstweiligen Anordnung zu deren Betreuern unter anderem für die Aufgabenkreise Gesundheits- und Vermögenssorge und die Vertretung gegenüber Ämtern und Behörden. Die Betreuung wurde mit Beschluss vom 12.4.2010 mit einer Überprüfungsfrist zum 1.4.2017 auch in der Hauptsache angeordnet. Am 27.7.2010 beantragten die Betreuer, ihnen zu genehmigen, in weitere lebenserhaltende ärztliche Maßnahmen nicht mehr einzuwilligen bzw. ihre Einwilligung in die Fortführung lebenserhaltender Maßnahmen zu widerrufen bzw. die Genehmigung zur Einstellung der künstlichen Ernährung zu erteilen. Am 29.9.2011 und am 15.2.2012 wiederholten sie diese Anträge und beantragten weiter hilfsweise festzustellen, dass die Einstellung der künstlichen Ernährung gemäß § 1904 Abs. 4 BGB nicht genehmigungsbedürftig sei. Mit der behandelnden Ärztin der Betroffenen bestehe Einvernehmen darüber, dass die Einstellung der künstlichen Ernährung dem Willen der Betroffenen entspreche.

Das AG hat den Antrag und den Hilfsantrag abgelehnt. Das LG hat die Beschwerde der Betreuer zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich ihre zugelassene Rechtsbeschwerde.

Aus den Gründen:

II.

Die Rechtsbeschwerde ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und zur Zurückverweisung der Sache an das LG.

1. Das LG hat zur Begründung ausgeführt, es habe nicht zweifelsfrei festgestellt werden können, dass die Betroffene eine Einstellung der künstlichen Ernährung im hier vorliegenden Fall gewollt hätte. In der Entscheidung, die künstliche Ernährung über die PEG-Magensonde einzustellen, liege ein Widerruf der früheren Einwilligung der Betreuer in die Behandlung und eine Verweigerung der Zustimmung in die hierauf gerichtete Behandlung. Die Genehmigung zur Nicht-einwilligung oder zum Widerruf der Einwilligung in einen ärztlichen Eingriff durch die Betreuer sei nach § 1904 Abs. 3 BGB zu erteilen, wenn dies dem Willen des Betreuten entspreche. In einem Fall, in dem – wie hier – keine Patienten-

verfügung vorliege, habe der Betreuer den mutmaßlichen Willen des Betroffenen festzustellen und auf dieser Grundlage zu entscheiden. An die Annahme des mutmaßlichen Willens seien erhöhte Anforderungen zu stellen, wenn zwar das Grundleiden des Betroffenen unumkehrbar sei und einen tödlichen Verlauf angenommen habe, aber der Tod nicht unmittelbar bevorstehe.

Auf der Grundlage des im Beschwerdeverfahren eingeholten Sachverständigenutachtens sei festzustellen, dass das Leiden der Betroffenen einen irreversiblen tödlichen Verlauf angenommen habe, ohne dass ihr Tod in kurzer Zeit bevorstehe. Da eine Kommunikation mit der Betroffenen aufgrund ihrer Erkrankung nicht möglich sei, sei für die vorliegend zu treffende Entscheidung auf ihren mutmaßlichen Willen abzustellen. Die Betreuer und die im Beschwerdeverfahren vernommenen Zeuginnen – die Mutter, die Schwester und die Freundin der Betroffenen – hätten grundsätzlich übereinstimmend und auch plausibel und nachvollziehbar berichtet, dass die Betroffene in der Vergangenheit mehrfach geäußert habe, keine lebenserhaltenden Maßnahmen in Anspruch nehmen, sondern für immer einschlafen zu wollen, wenn sie im Koma liege, ihren Willen nicht mehr äußern und am Leben nicht mehr aktiv teilnehmen könne. Der als Betreuer eingesetzte Ehemann der Betroffenen habe zudem dargetan, dass noch im September 2009 entsprechende Formulare für eine Patientenverfügung zu Hause gelegen hätten, man aber keine Zeit mehr gefunden habe, diese auszufüllen.

Es sei offenbar geworden, dass sich die Betroffene in der Vergangenheit bereits ernsthaft mit dieser Thematik auseinandergesetzt habe. Anlass hierfür sei meistens eine schwere Erkrankung Dritter gewesen, etwa die der Eltern der Betroffenen, der Nichte ihrer Freundin und weiterer fremder Personen, die aufgrund einer schweren Erkrankung auf einen (Liege-)Rollstuhl angewiesen gewesen seien. Auch wenn diese Meinungsäußerungen der Betroffenen sehr ernst zu nehmen seien, hätten sie gleichwohl nicht die Qualität und Tiefe von Erklärungen, die im Rahmen einer Patientenverfügung abgegeben werden. Soweit sich die Betroffene anlässlich der schweren Erkrankung ihres Vaters, der 2001 kurzzeitig ins Koma gefallen und sodann im Alter von 72 Jahren verstorben sei, zur Frage von lebenserhaltenden Maßnahmen geäußert habe, sei diese Situation mit der der Betroffenen nicht vergleichbar. Beim Vater der Betroffenen habe Todesnähe bestanden; zudem sei er wesentlich älter gewesen als die Betroffene. Den Äußerungen der Betroffenen anlässlich schwerer Schicksalsschläge Dritter komme nicht die Wertigkeit einer konkreten Selbstbestimmtheit für die Beendigung lebensverlängernder Maßnahmen beim Eintritt der jetzigen Situation zu. Die Freundin der Betroffenen habe dargelegt, dass die Frage, ob ein Anschluss an lebenserhaltende Geräte in jedem Fall ausgeschlossen werden solle oder nur, wenn es keine Chance auf Genesung und ein Wiedererwachen gebe, zwischen ihr und der Betroffenen nicht erörtert worden sei.

Der Ehemann der Betroffenen habe erklärt, dass die Betroffene keine lebenserhaltenden Maßnahmen gewollt habe, falls sie sich in einem Zustand des Leidens und der Qual befinde. Das Gericht habe jedoch nicht den Eindruck gewonnen, dass der derzeitige Zustand von der Betroffenen selbst als leidvoll oder quälend empfunden werde. Es habe daher nicht zweifelsfrei festgestellt werden können, ob für die Betroffene in der aktuell bestehenden Lebens- und Behandlungssituation lebenserhaltende Maßnahmen akzeptabel gewesen wären oder ob sie diese abgebrochen hätte. Gegen die Annahme, dass sich die Betroffene zu der hier relevanten Lebenssituation konkret und verbindlich positioniert haben könnte, spreche zudem der Umstand, dass mit dem Ehemann noch nicht

tiefergehend darüber gesprochen worden sei, welches konkrete Formular der Entwürfe von Patientenverfügungen gewählt werden sollte.

2. Diese Ausführungen halten nicht in allen Punkten der rechtlichen Überprüfung stand.

a) Zutreffend ist das Beschwerdegericht zunächst davon ausgegangen, dass im vorliegenden Fall die von den Betreuern beabsichtigte Einwilligung in den Abbruch der künstlichen Ernährung der einwilligungsunfähigen Betroffenen nach § 1904 Abs. 2 BGB der betreuungsgerichtlichen Genehmigung bedarf. Denn es liegt weder eine wirksame Patientenverfügung gemäß § 1901a Abs. 1 BGB vor noch besteht zwischen den Betreuern und dem behandelnden Arzt Einvernehmen darüber, dass die Nichterteilung oder der Widerruf der Einwilligung dem nach § 1901a BGB festgestellten Willen der Betroffenen entspricht (§ 1904 Abs. 4 BGB).

aa) Gemäß § 1904 Abs. 2 BGB bedarf die Nichteinwilligung oder der Widerruf der Einwilligung des Betreuers in einen ärztlichen Eingriff der Genehmigung des Betreuungsgerichts, wenn die Maßnahme medizinisch angezeigt ist und die begründete Gefahr besteht, dass der Betreute aufgrund des Abbruchs der Maßnahme stirbt. Die Vorschrift ist Bestandteil einer umfassenden betreuungsrechtlichen Neuregelung einer am Patientenwillen orientierten Behandlungsbegrenzung durch das Dritte Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts vom 29.7.2009 (BGBl I, S. 2286) – sog. Patientenverfügungsgesetz. Das am 1.9.2009 in Kraft getretene Gesetz führt erstmals eine gesetzliche Regelung zur Genehmigungspflicht von Entscheidungen des Betreuers ein, wenn dieser in bestimmte medizinisch angezeigte Maßnahmen entsprechend dem Willen des Betroffenen nicht einwilligen oder eine früher erteilte Einwilligung widerrufen will (§ 1904 Abs. 2 bis 4 BGB). Zutreffend ist das Beschwerdegericht davon ausgegangen, dass der Widerruf der Einwilligung in die mit Hilfe einer PEG-Magensonde ermöglichte künstliche Ernährung vom Anwendungsbereich der Vorschrift erfasst wird und grundsätzlich der betreuungsgerichtlichen Genehmigung bedarf, wenn – wie hier – durch den Abbruch der Maßnahme die Gefahr des Todes droht (NK-BGB/*Heitmann*, 3. Aufl., § 1904 Rdnr. 16; vgl. auch Senatsbeschluss, BGHZ 154, 205 = FamRZ 2003, 748, 750).

bb) Der Abbruch einer lebenserhaltenden Maßnahme bedarf jedoch dann nicht der betreuungsgerichtlichen Genehmigung nach § 1904 Abs. 2 BGB, wenn der Betroffene einen entsprechenden eigenen Willen bereits in einer wirksamen Patientenverfügung (§ 1901a Abs. 1 BGB) niedergelegt hat und diese auf die konkret eingetretene Lebens- und Behandlungssituation zutrifft.

Nach der Legaldefinition des § 1901a Abs. 1 BGB ist eine Patientenverfügung eine schriftliche Willensbekundung eines einwilligungsfähigen Volljährigen, mit der er Entscheidungen über die Einwilligung oder Nichteinwilligung in noch nicht unmittelbar bevorstehende ärztliche Maßnahmen für den Fall der späteren Einwilligungsunfähigkeit trifft. Enthält die schriftliche Patientenverfügung eine Entscheidung über die Einwilligung oder Nichteinwilligung in bestimmte ärztliche Maßnahmen, die auf die konkret eingetretene Lebens- und Behandlungssituation zutrifft, ist eine Einwilligung des Betreuers, die dem betreuungsgerichtlichen Genehmigungserfordernis unterfällt, in die Maßnahme nicht erforderlich, da der Betroffene diese Entscheidung selbst in einer alle Beteiligten bindenden Weise getroffen hat (BT-Drucks. 16/844, S. 14; BGHZ 154, 205 = FamRZ 2003, 748, 750; *Palandt/Götz*, 73. Aufl., § 1901a Rdnr. 2; *Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann*, Betreuungsrecht, 5. Aufl., § 1901a BGB Rdnr. 50;

HK-BUR/*Bauer*, [Stand: Juli 2011], § 1901a BGB, Rdnr. 27 f.; andere Ansicht *Erman/Roth*, BGB, 13. Aufl., § 1901a BGB Rdnr. 8; *Albrecht/Albrecht*, MittBayNot 2009, 426, 432 f.). Dem Betreuer obliegt es in diesem Fall nur noch, dem in der Patientenverfügung niedergelegten Willen des Betroffenen Ausdruck und Geltung zu verschaffen (§ 1901a Abs. 1 Satz 2 BGB).

Das Genehmigungserfordernis des § 1904 Abs. 2 BGB greift indes ein, wenn nicht sämtliche Voraussetzungen einer wirksamen Patientenverfügung nach § 1901a Abs. 1 BGB vorliegen oder die Patientenverfügung nicht auf die konkret eingetretene Lebens- und Behandlungssituation zutrifft. Da in diesem Fall der Willensbekundung des Betreuten keine unmittelbare Bindungswirkung zukommt (BT-Drucks. 16/8442, S. 11; vgl. auch BeckOK-BGB/G. Müller, § 1901a Rdnr. 23; *Palandt/Götz*, 73. Aufl., § 1901a Rdnr. 17), hat der Betreuer nach § 1901a Abs. 2 BGB die Entscheidung über die Einwilligung oder Nichteinwilligung in eine anstehende ärztliche Maßnahme zu treffen, wobei er den Behandlungswünschen oder dem mutmaßlichen Willen des Betroffenen Geltung zu verschaffen hat. Entschließt sich der Betreuer danach, in den Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen einzuwilligen, bedarf diese Entscheidung – vorbehaltlich der Regelung in § 1904 Abs. 4 BGB – der Genehmigung durch das Betreuungsgericht.

Im vorliegenden Fall hat die Betroffene nach den vom Beschwerdegericht getroffenen Feststellungen eine den formellen Anforderungen des § 1901a Abs. 1 BGB genügende schriftliche Patientenverfügung nicht erstellt. Die Betroffene und ihr Ehemann hatten sich zwar noch im September 2009 entsprechende Formulare für eine Patientenverfügung beschafft. Diese wurden jedoch nicht mehr ausgefüllt.

cc) Eine betreuungsgerichtliche Genehmigung der Entscheidung des Betreuers ist gemäß § 1904 Abs. 4 BGB dann nicht erforderlich, wenn zwischen diesem und dem behandelnden Arzt Einvernehmen darüber besteht, dass die Nichterteilung oder der Widerruf der Einwilligung dem nach § 1901a BGB festgestellten Willen des Betreuten entspricht.

(1) In § 1901b BGB findet sich nunmehr eine klarstellende gesetzliche Regelung des zur Ermittlung des Patientenwillens erforderlichen Gesprächs zwischen dem behandelnden Arzt und dem Betreuer. Liegt eine schriftliche Patientenverfügung im Sinne des § 1901a Abs. 1 BGB vor und besteht Einvernehmen zwischen dem Betreuer und dem behandelnden Arzt darüber, dass deren Festlegungen auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zutreffen, ist eine betreuungsgerichtliche Genehmigung bereits deshalb entbehrlich, weil es wegen des Fortwirkens der eigenen Entscheidung des Betroffenen keiner Nichteinwilligung und keines Widerrufs der Einwilligung in die ärztliche Maßnahme durch den Betreuer bedarf (BT-Drucks. 16/8442, S. 11). Für den Fall des Nichtvorliegens einer bindenden Patientenverfügung kommt es auf die Behandlungswünsche oder den mutmaßlichen Willen des Betroffenen gemäß § 1901a Abs. 2 BGB an. Soweit der Betreuer und der behandelnde Arzt Einvernehmen darüber erzielen können, dass die Erteilung, die Nichterteilung oder der Widerruf der Einwilligung dem nach § 1901a Abs. 2 BGB festgestellten Willen des Betroffenen entsprechen, werden die Entscheidungen des Betreuers nach § 1904 Abs. 4 BGB von der Genehmigungspflicht des Betreuungsgerichts ausgenommen (BT-Drucks. 16/8442, S. 18; vgl. auch BGHSt 55, 191 = FamRZ 2010, 1551 Rdnr. 17 sowie *Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann*, Betreuungsrecht, 5. Aufl., § 1904 BGB Rdnr. 137; *Jurgeleit/Kieß*, Betreuungsrecht, 3. Aufl. § 1904 BGB Rdnr. 97; *Palandt/Götz*, 73. Aufl., § 1904 Rdnr. 22; HK-BUR/

Bauer, Stand: Juni 2013, § 1904 BGB Rdnr. 96; andere Ansicht *BtKomm/Roth*, Teil E Rdnr. 24, demzufolge eine gerichtliche Genehmigung auch dann erforderlich ist, wenn Arzt und Betreuer übereinstimmend von einem mutmaßlichen Willen des Betroffenen ausgehen). Damit soll nach dem Willen des Gesetzgebers sichergestellt sein, dass eine gerichtliche Genehmigung nur in Konfliktfällen erforderlich ist. Liegt kein Verdacht auf einen Missbrauch vor, soll die Umsetzung des Patientenwillens nicht durch ein sich ggf. durch mehrere Instanzen hinziehendes betreuungsgerichtliches Verfahren belastet werden. Die Durchsetzung des Patientenwillens würde erheblich verzögert oder unmöglich gemacht, da für die Dauer des Verfahrens die in Rede stehenden ärztlichen Maßnahmen in der Regel fortgeführt werden müssten und damit ggf. massiv in das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen eingegriffen wird. Dem Schutz des Patienten vor einem etwaigen Missbrauch der Betreuerbefugnisse wird zum einen dadurch Rechnung getragen, dass eine wechselseitige Kontrolle zwischen Arzt und Betreuer bei der Entscheidungsfindung stattfindet. Zum anderen kann jeder Dritte, insbesondere der Ehegatte, Lebenspartner, Verwandte oder Vertrauenspersonen des Betreuten, aufgrund des Amtsermittlungsprinzips im Betreuungsverfahren jederzeit eine betreuungsgerichtliche Kontrolle der Betreuerentscheidung in Gang setzen (BT-Drucks. 16/8442, S. 19).

Angesichts des schwerwiegenden Eingriffs ist allerdings die Schwelle für ein gerichtliches Einschreiten nicht zu hoch anzusetzen (*Jurgeleit/Kieß*, Betreuungsrecht, 3. Aufl., § 1904 BGB Rdnr. 13). Das Betreuungsgericht muss das Genehmigungsverfahren nach § 1904 Abs. 2 BGB immer dann durchführen, wenn einer der Handelnden Zweifel daran hat, ob das geplante Vorgehen dem Willen des Betroffenen entspricht (vgl. *MünchKommBGB/Schwab*, 6. Aufl., § 1904 Rdnr. 53; *Jürgens/Marschner*, Betreuungsrecht, 5. Aufl., § 1904 BGB Rdnr. 14; vgl. auch BT-Drucks. 16/8442, S. 19). Das Verfahren bietet einen justizförmigen Rahmen, innerhalb dessen die rechtlichen Grenzen des Betreuerhandelns geklärt und der wirkliche oder mutmaßliche Wille des Betroffenen – im Rahmen des Möglichen – ermittelt werden kann. Dies vermittelt der Entscheidung des Betreuers damit eine Legitimität, die geeignet ist, den Betreuer subjektiv zu entlasten sowie seine Entscheidung objektiv anderen Beteiligten zu vermitteln, und die ihn vor dem Risiko einer abweichenden strafrechtlichen ex-post-Beurteilung schützen kann (Senatsbeschluss BGHZ 154, 205 = FamRZ 2003, 748, 755 m. w. N.; vgl. *Spickhoff*, Medizinrecht § 1901a BGB Rdnr. 14). Daher ist die Prüfungskompetenz des Betreuungsgerichts auch dann eröffnet, wenn zwar ein Einvernehmen zwischen Betreuer und behandelndem Arzt besteht, aber gleichwohl ein Antrag auf betreuungsgerichtliche Genehmigung gestellt wird (*Jurgeleit/Kieß*, Betreuungsrecht, 3. Aufl., § 1904 BGB Rdnr. 77 f.).

Stellt das Gericht dieses Einvernehmen im Sinne von § 1904 Abs. 4 BGB fest, hat es den Antrag auf betreuungsgerichtliche Genehmigung ohne weitere gerichtliche Ermittlungen abzulehnen und ein sog. Negativattest zu erteilen, aus dem sich ergibt, dass eine gerichtliche Genehmigung nicht erforderlich ist (LG Kleve, FamRZ 2010, 1841, 1843; AG Nordenham, FamRZ 2011, 1327, 1328; vgl. auch LG Oldenburg, FamRZ 2010, 1470, 1471; *MünchKommBGB/Schwab*, 6. Aufl., § 1904 Rdnr. 56; *Jürgens/Marschner*, Betreuungsrecht, 4. Aufl., § 1904 Rdnr. 13; HK-BUR/*Bauer*, Stand: Juni 2013, § 1904 Rdnr. 106; andere Ansicht *Jurgeleit/Kieß*, Betreuungsrecht, 3. Aufl. § 1904 BGB Rdnr. 11; *Palandt/Götz*, 73. Aufl., § 1904 Rdnr. 22, wonach die Erteilung eines Negativattests nicht angezeigt sei). Gleiches gilt, wenn das Gericht trotz Einvernehmens zunächst einen Anlass für die

Ermittlung des Patientenwillens mit den ihm zur Verfügung stehenden Ermittlungsmöglichkeiten sieht, aber nach der Prüfung zu dem Ergebnis gelangt, dass die Erteilung, die Nichterteilung oder der Widerruf der Einwilligung dem nach § 1901a BGB festgestellten Willen entspricht. Bei unterschiedlichen Auffassungen oder bei Zweifeln des behandelnden Arztes und des Betreuers über den Behandlungswillen des Betreuten muss das Betreuungsgericht hingegen nach der Kontrolle, ob die Entscheidung des Betreuers über die Nichterwilligung oder den Widerruf der Einwilligung tatsächlich dem ermittelten Patientenwillen entspricht, eine Genehmigung nach § 1904 Abs. 2 BGB erteilen oder versagen.

(2) Danach hat sich das Beschwerdegericht im vorliegenden Fall zu Recht nicht lediglich auf eine Prüfung nach § 1904 Abs. 4 BGB beschränkt, obwohl die Betreuer mit ihrem Antrag vom 15.2.2012 eine gemeinsame schriftliche Erklärung mit der behandelnden Ärztin der Betroffenen vorgelegt haben, wonach Einvernehmen darüber bestehe, dass die Nichterteilung oder der Widerruf der Einwilligung in die künstliche Ernährung dem Willen der Betroffenen entspreche. Nachdem ein Einvernehmen zwischen Betreuern und behandelnder Ärztin zunächst nicht vorgelegen hatte und die Gerichte Zweifel an einem entsprechenden Willen der Betroffenen hatten, waren sie aufgrund des Amtsermittlungsgrundsatzes gehalten, diesen im gerichtlichen Verfahren zu ermitteln (andere Ansicht MünchKommBGB/Schwab, 6. Aufl., § 1901a Rdnr. 56, wonach das Gericht auch bei eigenem Missbrauchsverdacht ein Negativattest zu erstellen und dann ein Kontrollverfahren nach § 1908i Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 1837 Abs. 2 bis 4 BGB einzuleiten habe). Jedenfalls im Zeitpunkt der Beschwerdeentscheidung konnte darüber hinaus ein Einvernehmen zwischen Betreuern und behandelnder Ärztin nicht mehr festgestellt werden, nachdem die Betroffene in ein anderes Pflegeheim verlegt worden war und sich die Person der behandelnden Ärztin geändert hatte.

b) Ebenfalls zu Recht ist das Beschwerdegericht noch unter Bezugnahme auf den zur früheren Rechtslage ergangenen Senatsbeschluss vom 17.3.2003 (BGHZ 154, 205 = FamRZ 2003, 748, 751) zu dem Ergebnis gelangt, dass das Vorliegen einer Grunderkrankung mit einem „irreversibel tödlichen Verlauf“ nicht Voraussetzung für den zulässigen Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen ist. Nach neuer Rechtslage ist in § 1901a Abs. 3 BGB klargestellt, dass es für die Verbindlichkeit des tatsächlichen oder mutmaßlichen Willens eines aktuell einwilligungsunfähigen Betroffenen nicht auf die Art und das Stadium der Erkrankung ankommt (BT-Drucks. 16/8442, S. 16; BGHSt 55, 191 = FamRZ 2010, 1551 Rdnr. 14 ff.; Frösche/Guckes/Kuhrke/Locher, Betreuungs- und Unterbringungsverfahren, § 298 FamFG Rdnr. 19). Auch wenn die Grunderkrankung noch keinen unmittelbar zum Tod führenden Verlauf genommen hat, d. h. der Sterbevorgang noch nicht eingesetzt hat, ist das verfassungsrechtlich verbürgte Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen zu achten, gegen dessen Willen eine ärztliche Behandlung weder eingeleitet noch fortgesetzt werden darf. Der Abbruch einer lebenserhaltenden Maßnahme ist bei entsprechendem Willen des Betroffenen als Ausdruck der allgemeinen Entscheidungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) und des Rechts auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG) grundsätzlich zulässig. Der Betroffene darf eine Heilbehandlung auch dann ablehnen, wenn sie seine ohne Behandlung zum Tod führende Krankheit besiegen oder den Eintritt des Todes weit hinausschieben könnte (BT-Drucks. 16/8442, S. 9).

c) Soweit das Beschwerdegericht auf der Grundlage der von ihm getroffenen Feststellungen zu der Würdigung gelangt ist, dass der Abbruch der künstlichen Ernährung nicht

dem mutmaßlichen Willen der Betroffenen entspricht, ist dies dagegen nicht frei von Rechtsfehlern. Zudem hat es sich nicht mit der vorrangigen Frage befasst, ob ein entsprechender Behandlungswunsch der Betroffenen vorliegt.

aa) Die betreuungsgerichtliche Genehmigung nach § 1904 Abs. 2 BGB ist zu erteilen, wenn die Nichterwilligung oder der Widerruf der Einwilligung dem Willen des Betreuten entspricht, § 1904 Abs. 3 BGB. Das Betreuungsgericht hat die Entscheidung des Betreuers zum Schutz des Betreuten dahingehend zu überprüfen, ob diese Entscheidung tatsächlich dem ermittelten Patientenwillen entspricht. Gerichtlicher Prüfungsmaßstab ist der individuelle Patientenwille, wobei für die Ermittlung des mutmaßlichen Willens die in § 1901a Abs. 2 BGB genannten Anhaltspunkte heranzuziehen sind (BT-Drucks. 16/8442, S. 18). Dabei differenziert § 1901a Abs. 2 Satz 1 BGB zwischen den Behandlungswünschen einerseits und dem mutmaßlichen Willen des Betroffenen andererseits.

(1) Behandlungswünsche im Sinne des § 1901a Abs. 2 BGB können etwa alle Äußerungen eines Betroffenen sein, die Festlegungen für eine konkrete Lebens- und Behandlungssituation enthalten, aber den Anforderungen an eine Patientenverfügung im Sinne des § 1901a Abs. 1 BGB nicht genügen, etwa weil sie nicht schriftlich abgefasst wurden, keine antizipierenden Entscheidungen treffen oder von einem minderjährigen Betroffenen verfasst wurden. Auch eine Patientenverfügung im Sinne des § 1901a Abs. 1 BGB, die jedoch nicht sicher auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation des Betroffenen passt und deshalb keine unmittelbare Wirkung entfaltet, kann als Behandlungswunsch Berücksichtigung finden (Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann, Betreuungsrecht, 5. Aufl., § 1901a BGB Rdnr. 57; Palandt/Götz, 73. Aufl. § 1901a Rdnr. 28; Jürgens/Jürgens, Betreuungsrecht, 5. Aufl., § 1901a BGB Rdnr. 16; HK-BUR/Bauer, Stand: Juli 2011, § 1901a BGB Rdnr. 71). Behandlungswünsche sind insbesondere dann aussagekräftig, wenn sie in Ansehung der Erkrankung zeitnah geäußert worden sind, konkrete Bezüge zur aktuellen Behandlungssituation aufweisen und die Zielvorstellungen des Patienten erkennen lassen (MünchKommStGB/Schneider, 2. Aufl., Vorbem. zu §§ 211 ff. Rdnr. 156). An die Behandlungswünsche des Betroffenen ist der Betreuer nicht nur nach § 1901a Abs. 2 BGB, sondern bereits nach § 1901 Abs. 3 BGB gebunden (andere Ansicht wohl Kutzer in FS Rissing-van Saan 2011, 337, 353, wonach der lediglich mündlich geäußerte Behandlungswunsch den Betreuer nicht unmittelbar binde, sondern nur in die Würdigung der Gesamtsituation durch den Betreuer miteinzubeziehen sei).

(2) Auf den mutmaßlichen Willen des Betroffenen ist demgegenüber abzustellen, wenn sich ein auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation bezogener Wille des Betroffenen nicht feststellen lässt. Der mutmaßliche Wille ist anhand konkreter Anhaltspunkte zu ermitteln, insbesondere anhand früherer mündlicher oder schriftlicher Äußerungen (die jedoch keinen Bezug zur aktuellen Lebens- und Behandlungssituation aufweisen), ethischer oder religiöser Überzeugungen und sonstiger persönlicher Wertvorstellungen des Betroffenen (§ 1901a Abs. 2 Satz 2 und 3). Der Betreuer stellt letztlich eine These auf, wie sich der Betroffene selbst in der konkreten Situation entschieden hätte, wenn er noch über sich selbst bestimmen könnte (Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann, Betreuungsrecht, § 1901a BGB Rdnr. 67 ff.).

Allerdings kommt die Berücksichtigung eines solchen mutmaßlichen Willens des Betroffenen nur hilfsweise in Betracht, wenn und soweit der wirkliche vor Eintritt der Einwilligungsunfähigkeit geäußerte Wille des Betroffenen nicht zu ermitteln ist (Senatsbeschluss, BGHZ 154, 205 = FamRZ 2003,

748, 752; BGHSt 55, 191 = FamRZ 2010, 1551 Rdnr. 17). Liegt eine Willensbekundung des Betroffenen vor, bindet sie als Ausdruck des fortwirkenden Selbstbestimmungsrechts den Betreuer. Der Wille des Patienten muss stets beachtet werden, unabhängig von der Form, in der er geäußert wird (BT-Drucks. 16/13314, S. 22 zu § 1901b BGB). Die Willensbekundung für oder gegen bestimmte medizinische Maßnahmen darf vom Betreuer nicht durch einen „Rückgriff auf den mutmaßlichen Willen“ des Betroffenen korrigiert werden (BGHZ 154, 205 = FamRZ 2003, 748, 752).

(3) Ebenso wie bei Vorliegen einer schriftlichen Patientenverfügung im Sinne des § 1901a Abs. 1 BGB genügt auch der ermittelte Behandlungswunsch nicht, wenn sich dieser auf allgemein gehaltene Inhalte beschränkt.

Unmittelbare Bindungswirkung entfaltet eine Patientenverfügung im Sinne des § 1901a Abs. 1 BGB nur dann, wenn ihr konkrete Entscheidungen des Betroffenen über die Einwilligung oder Nichteinwilligung in bestimmte, noch nicht unmittelbar bevorstehende ärztliche Maßnahmen entnommen werden können. Von vornherein nicht ausreichend sind allgemeine Anweisungen, wie die Aufforderung, ein würdevolles Sterben zu ermöglichen oder zuzulassen, wenn ein Therapieerfolg nicht mehr zu erwarten ist (HK-BUR/Bauer, Stand: Juli 2011, § 1901a BGB Rdnr. 39; Spickhoff, Medizinrecht, § 1901a BGB Rdnr. 7). Die Anforderungen an die Bestimmtheit einer Patientenverfügung dürfen aber auch nicht überspannt werden. Vorausgesetzt werden kann nur, dass der Betroffene umschreibend festlegt, was er in einer bestimmten Lebens- und Behandlungssituation will und was nicht. Maßgeblich ist nicht, dass der Betroffene seine eigene Biografie als Patient vorausahnt und die zukünftigen Fortschritte in der Medizin vorwegnehmend berücksichtigt (vgl. Palandt/Götz, 73. Aufl., § 1901a Rdnr. 18). Insbesondere kann nicht ein gleiches Maß an Präzision verlangt werden, wie es bei der Willenserklärung eines einwilligungsfähigen Kranken in die Vornahme einer ihm angebotenen Behandlungsmaßnahme erreicht werden kann (vgl. Spickhoff, FamRZ 2014, 1848 f.). Andernfalls wären nahezu sämtliche Patientenverfügungen unverbindlich, weil sie den Anforderungen an die Bestimmtheit nicht genügen (vgl. auch MünchKommStGB/Schneider, 2. Aufl., Vorbem. zu §§ 211 ff. Rdnr. 146; Jürgens/Jürgens, Betreuungsrecht, 5. Aufl., § 1901a BGB Rdnr. 8).

Ein vergleichbares Maß an Bestimmtheit ist auch bei der Beurteilung eines Behandlungswunsches im Sinne des § 1901a Abs. 2 BGB zu verlangen. Wann eine Maßnahme hinreichend bestimmt benannt ist, kann nur im Einzelfall beurteilt werden. Ebenso wie eine schriftliche Patientenverfügung sind auch mündliche Äußerungen des Betroffenen der Auslegung zugänglich.

(4) Maßgeblich ist weiter, ob die entsprechenden Anweisungen, welche zu einem Zeitpunkt erteilt wurden, als ein bestimmter ärztlicher Eingriff noch nicht unmittelbar bevorstand, auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zugeschnitten sind (sog. Kongruenz von Patientenverfügung und ärztlich erforderlichem Eingriff).

bb) Diesen Grundsätzen wird die angegriffene Entscheidung nicht in vollem Umfang gerecht.

(1) Nachdem eine schriftliche Patientenverfügung im Sinne des § 1901a Abs. 1 BGB nicht vorlag, hat das Beschwerdegericht zur Ermittlung des Willens der Betroffenen zutreffend auf § 1901a Abs. 2 BGB abgestellt. Allerdings ist das Beschwerdegericht ohne weitere Differenzierung zwischen Behandlungswunsch einerseits und mutmaßlichem Willen andererseits davon ausgegangen, dass der mutmaßliche Wille der Betroffenen zu ermitteln sei. Hierbei hat das Beschwerde-

gericht, wie die Rechtsbeschwerde insoweit zu Recht rügt, die Bekundungen der Zeugin L. nicht hinreichend berücksichtigt.

Das Beschwerdegericht hätte Anlass zur Prüfung gehabt, ob es sich bei der mündlichen Äußerung der Betroffenen gegenüber der Zeugin L. um einen Behandlungswunsch im Sinne des § 1901a Abs. 2 Satz 1 BGB handelte, mit dem sie Festlegungen für eine konkrete Lebens- und Behandlungssituation getroffen hat, welche mit der aktuellen Lebens- und Behandlungssituation übereinstimmt. Ein Rückgriff auf den mutmaßlichen Willen der Betroffenen wäre in Anbetracht dessen ausgeschlossen (vgl. auch BGHSt 55, 191 = FamRZ 2010, 1551 Rdnr. 5, 17).

Die Betroffene hatte sich nach den Angaben der Zeugin L. auch anlässlich der Erkrankung von deren Nichte geäußert, die im Alter von 39 Jahren ins Wachkoma gefallen war. Ausweislich des Vermerks über die Anhörung der Zeugin L. hat die Betroffene angegeben, dass sie selbst, sollte sie sich in einem Zustand wie die Nichte befinden, nicht künstlich am Leben erhalten bleiben wolle. Nach Auffassung des Beschwerdegerichts haben zudem beide Betreuer sowie die Zeuginn übereinstimmend, plausibel und nachvollziehbar erklärt, dass die Betroffene in der Vergangenheit mehrfach geäußert habe, keine lebensverlängernden Maßnahmen in Anspruch nehmen zu wollen, wenn sie im Koma liege, ihren Willen nicht mehr äußern und am Leben nicht mehr aktiv teilnehmen könne.

(2) Die angegriffene Entscheidung begegnet zudem rechtlichen Bedenken, weil sie darüber hinaus erhöhte Anforderung an die Ermittlung und Annahme des mutmaßlichen Willens stellt, wenn der Tod des Betroffenen – wie hier – nicht unmittelbar bevorsteht.

Diese Auffassung steht nicht im Einklang mit § 1901a Abs. 3 BGB, der in erster Linie klarstellen will, dass es für die Beachtung und Durchsetzung des Patientenwillens nicht auf die Art und das Stadium der Erkrankung ankommt.

Aus § 1901a Abs. 3 BGB folgt aber zugleich, dass keine höheren Anforderungen an die Ermittlung und die Annahme von Behandlungswünschen oder des mutmaßlichen Willens zu stellen sind, wenn der Tod des Betroffenen nicht unmittelbar bevorsteht. Für die Feststellung des behandlungsbezogenen Patientenwillens gelten beweismäßig strenge Maßstäbe, die der hohen Bedeutung der betroffenen Rechtsgüter – dem aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG und Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG folgenden Selbstbestimmungsrecht einerseits (vgl. insoweit auch BVerfG, FamRZ 2011, 1927 Rdnr. 35 f.) und dem in Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG garantierten Schutz des Lebens andererseits – Rechnung zu tragen haben. Dies hat insbesondere zu gelten, wenn es beim Fehlen einer schriftlichen Patientenverfügung um die Feststellung eines in der Vergangenheit mündlich geäußerten Patientenwillens geht (vgl. auch BGHSt 55, 191 = FamRZ 2010, 1551 Rdnr. 38; BGH Beschluss vom 10.11.2010, 2 StR 320/10, FamRZ 2011, 108 Rdnr. 12). Insbesondere bei der Ermittlung des mutmaßlichen Willens des Betroffenen ist darauf zu achten, dass nicht die Werte und Vorstellungen des Betreuers zum Entscheidungsmaßstab werden. Die bei der Ermittlung und der Annahme des mutmaßlichen Willens zu stellenden strengen Anforderungen gelten aber unabhängig davon, ob der Tod des Betroffenen unmittelbar bevorsteht oder nicht (andere Ansicht LG Kleve, FamRZ 2010, 1841, 1843; AG Nordenham, FamRZ 2011, 1327, 1328; MünchKommBGB/Schwab, 6. Aufl., § 1901a Rdnr. 50; Kutzer in FS Rissing-van Saan, 2011, 337, 354; zur früheren Rechtslage: Senatsbeschluss BGHZ 154, 205 = FamRZ 2003, 748, 751 unter Bezugnahme auf BGH, Urteil vom 13.9.1994, 1 StR 357/94, NJW 1995, 204).

Das Beschwerdegericht geht demgegenüber von einem falschen Maßstab aus, wenn es ausführt, an die Ermittlung und Annahme des mutmaßlichen Willens seien höhere Anforderungen zu stellen, wenn der Tod des Betroffenen noch nicht unmittelbar bevorsteht.

3. Die Entscheidung des Beschwerdegerichts kann demnach keinen Bestand haben. Bei seiner erneuten Prüfung wird das Beschwerdegericht etwaige Behandlungswünsche und ggf. den mutmaßlichen Willen der Betroffenen unter Berücksichtigung der Angaben der Zeugin L. und unter Anlegung des korrekten Prüfungsmaßstabs erneut zu ermitteln haben. Der Senat weist dazu auf Folgendes hin:

a) Die Äußerung der Betroffenen ist auch nicht deswegen unbeachtlich, weil sie bei ihrem Gespräch mit der Zeugin L. nicht im Einzelnen danach differenziert hat, ob lebenserhaltende Maßnahmen für alle Fälle ausgeschlossen werden sollten oder nur, wenn es keine Chance auf Genesung und ein Wiedererwachen gebe. Denn das Beschwerdegericht hat sich dem im Beschwerdeverfahren eingeholten Sachverständigen-gutachten angeschlossen, wonach das Leiden der Betroffenen einen irreversiblen tödlichen Verlauf angenommen habe. Weiter haben die Sachverständigen ausgeführt, dass – auch wenn es immer wieder vereinzelte Fallberichte zu klinischen Besserungen nach langer Zeit gebe – die Wahrscheinlichkeit für ein bewusstes, unabhängiges Leben bei 0 % liege, wenn der fortdauernde vegetative Status eines Patienten, wie bei der Betroffenen, länger als sechs Monate andauere.

b) Die mündlichen Äußerungen der Betroffenen werden nicht dadurch relativiert, dass die Betroffene keine schriftliche Patientenverfügung angefertigt hatte, obwohl entsprechende Vordrucke bei ihr zu Hause gelegen hatten. Diesem Umstand kann weder entnommen werden, dass die Betroffene von der Errichtung einer Patientenverfügung (vorerst) Abstand nehmen wollte, weil sie sich noch nicht konkret und verbindlich positionieren wollte, noch dass sie schon inhaltlich festgelegt wäre. Nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts kann lediglich als sicher angenommen werden, dass die Betroffene zu einem Zeitpunkt, als ihre Erkrankung noch gänzlich ungewiss war, eine Patientenverfügung erstellen wollte, aber noch keines der unterschiedlichen Formulare ausgewählt hatte, bevor sie unvorhersehbar erkrankte.

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch den Beitrag von *Albrecht/Albrecht*, Mitt-BayNot 2015, 110 (in diesem Heft)

8. BGB § 1378 Abs. 2, § 1384; EGBGB Art. 229 § 20 Abs. 2 (*Keine Anwendung neuen Zugewinnausgleichsrechts bei Scheidung vor der Reform*)

Die Vorschriften der § 1378 Abs. 2, § 1384 BGB in der seit dem 1.9.2009 geltenden Fassung, nach denen im Falle der Ehescheidung für die Höhe der Ausgleichsforderung an die Stelle der Beendigung des Güterstands der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags tritt, sind nicht anwendbar, wenn die Ehe vor dem 1.9.2009 rechtskräftig geschieden worden ist.

BGH, Urteil vom 16.7.2014, XII ZR 108/12

Die Antragstellerin nimmt den Antragsgegner in einer abgetrennten Scheidungsfolgesache auf Zahlung von Zugewinnausgleich in Anspruch.

Die Ehe der Parteien ist auf den am 28.6.1997 zugestellten Antrag durch Urteil vom 20.12.2006, rechtskräftig seit dem 17.4.2007, geschieden worden.

Zum Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags verfügte der Antragsgegner nach Auffassung der Antragstellerin über ein Endvermögen von 3.103.330,14 DM, sein Zugewinn belief sich unter Berücksichtigung des Anfangsvermögens danach auf 2.922.527,35 DM. Die Antragstellerin hat keinen Zugewinn erzielt.

Das AG ist von einem Endvermögen des Antragsgegners von 554.830,22 DM und einem Zugewinn von 394.170,82 DM ausgegangen. Es hat den Antragsgegner verurteilt, an die Antragstellerin 197.058,91 DM (100.754,64 €) zu zahlen. Die weitergehende Klage hat es abgewiesen. Auf die Berufung des Antragsgegners hat das Kammergericht unter Zurückweisung der Berufung der Antragstellerin das angefochtene Urteil abgeändert und die Klage insgesamt abgewiesen. Dagegen richtet sich die zugelassene Revision der Antragstellerin, mit der sie die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung erstrebt.

Aus den Gründen:

II.

Die Revision ist nicht begründet.

1. Die Annahme des Kammergerichts, der Berechnungszeitpunkt für die Begrenzung der Zugewinnausgleichsforderung sei durch die Neufassung des § 1384 BGB vorverlagert worden, ist rechtlich nicht zu beanstanden. Schon vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Änderung des Zugewinnausgleichs- und Vormundschaftsrechts vom 6.7.2009 am 1.9.2009 sah § 1384 BGB a. F. vor, dass im Fall der Scheidung für die Berechnung des Zugewinns an die Stelle der Beendigung des Güterstands der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags tritt. Nach § 1378 Abs. 2 BGB a. F. wurde die Höhe der Ausgleichsforderung aber durch den Wert des Vermögens begrenzt, das nach Abzug der Verbindlichkeiten bei Beendigung des Güterstands vorhanden war. Die Regelung entspricht jetzt § 1378 Abs. 2 Satz 1 BGB.

In der Neufassung bestimmt § 1384 BGB unverändert die Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags als den für die Berechnung des Zugewinns maßgeblichen Zeitpunkt. Die Vorschrift regelt aber darüber hinaus, dass es auch für die Begrenzung der Ausgleichsforderung auf die Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags ankommt. Mit dieser Neuregelung soll erreicht werden, dass Vermögensänderungen nach Zustellung des Scheidungsantrags die Höhe des Anspruchs nicht mehr beeinflussen können. Dadurch soll die Rechtsposition des von einer illoyalen Vermögensminderung betroffenen Ehegatten gestärkt werden (BT-Drucks. 16/10798, S. 18).

Eine einschränkende Auslegung dahin, dass von der Neuregelung nur Fälle erfasst werden, in denen der Ausgleichspflichtige für den bis zur Beendigung des Güterstands eingetretenen Vermögensverlust verantwortlich ist, kommt angesichts des insoweit klaren Wortlauts der § 1378 Abs. 2 Satz 1, § 1384 BGB, die in ihrer Zielrichtung sowohl der Gesetzesbegründung als auch der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses entsprechen, nicht in Betracht (Senatsurteil vom 4.7.2012, XII ZR 80/10, FamRZ 2012, 1479 Rdnr. 30).

2. Danach ist es entscheidungserheblich, ob im vorliegenden Fall die § 1378 Abs. 2 Satz 1, § 1384 BGB in ihrer neuen Fassung heranzuziehen sind oder ob § 1378 Abs. 2 BGB a. F. maßgeblich ist. Die Annahme des Kammergerichts, auf den Sachverhalt sei das bis zum 31.8.2009 geltende Recht anzuwenden, bezeugt keinen rechtlichen Bedenken.

a) Die Frage, ob das zum 1.9.2009 in Kraft getretene Zugewinnausgleichsrecht auch dann anwendbar ist, wenn vor diesem Zeitpunkt die Rechtskraft der Scheidung bereits eingetreten und der Güterstand damit beendet ist, wird nicht einheitlich beantwortet.

aa) Teilweise wird die Auffassung vertreten, nach dem in Art. 229 § 20 Abs. 2 EGBGB zum Ausdruck gekommenen Willen des Gesetzgebers solle das neue Zugewinnausgleichsrecht – mit Ausnahme der Vorschrift des § 1374 BGB in Verfahren, die vor dem 1.9.2009 anhängig geworden sind – generell zur Anwendung gelangen. Bei Rechtskraft der Scheidung stehe häufig noch nicht fest, welcher Ehegatte ausgleichsberechtigt sei. Die Ausgleichsforderung sei auch noch nicht voll verkehrsfähig; das sei erst der Fall, wenn sie durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden sei. Verfassungsrechtliche Gesichtspunkte stünden dieser Beurteilung nicht entgegen, da die Reform des Zugewinnausgleichs seit Ende 2003 diskutiert worden sei und der Referentenentwurf mit der Übergangsvorschrift des Art. 229 § 20 Abs. 2 EGBGB vom 1.11.2007 datiere. Deshalb seien die Neuregelungen seitdem bekannt gewesen. Im Hinblick hierauf hätte auch ein Antragsgegner den Zugewinnausgleich, etwa durch eine Stufenklage, anhängig machen können (*Schwab*, FamRZ 2009, 1961; *Schwamb*, FamRB 2009, 394; *Klein*, Reform der Zugewinnngemeinschaft 2009 Rdnr. 32 f.; *Büte*, FPR 2010, 87 f. und FPR 2012, 73, 74 f.; *Götsche*, ZFE 2010, 164, 168 f.; vgl. auch OLG Hamm, FamRZ 2011, 566, 567 für die Auskunfts-pflicht nach § 1379 BGB n. F.).

bb) Zum anderen wird vertreten, aus Art. 229 § 20 Abs. 2 EGBGB lasse sich nichts dafür entnehmen, dass das geänderte Zugewinnausgleichsrecht auf bereits vor dem 1.9.2009 rechtskräftig abgeschlossene Scheidungsverfahren anwendbar sei. Der Gesetzgeber habe diese Problematik nicht gesehen. Deshalb sei Art. 229 § 20 Abs. 2 EGBGB ausgehend von allgemeinen Prinzipien, die einen rückwirkenden legislativen Eingriff in einen abgeschlossenen Sachverhalt und eine entstandene Forderung untersagten, verfassungskonform dahin auszulegen, dass bei vor dem 1.9.2009 eingetretener Rechtskraft der Scheidung altes Zugewinnausgleichsrecht auch dann anzuwenden sei, wenn das Verfahren erst nach diesem Zeitpunkt eingeleitet werde (*Gutdeutsch/Hauß*, FamRB 2009, 325; *Hauß*, FamRB 2009, 394 f.; *Kogel*, FamRB 2010, 87, 88 f.).

cc) Schließlich wird die Auffassung geäußert, für den Zugewinnausgleich gelte abgesehen von dem in Art. 229 § 20 Abs. 2 EGBGB erfassten Regelungsgegenstand ab 1.9.2009 das neue Recht, vorausgesetzt der Güterstand sei zu diesem Zeitpunkt noch nicht beendet und die Ausgleichsforderung noch nicht entstanden. Dagegen sei das neue Recht nicht heranzuziehen, wenn die Ehe vor dem 1.9.2009 rechtskräftig geschieden, der Zugewinnausgleich aber erst nach diesem Zeitpunkt anhängig geworden sei. Da in dieser Konstellation die Zugewinnausgleichsforderung bei einem Vermögensverfall zum Zeitpunkt der Rechtskraft der Scheidung nach altem Recht nicht entstanden sei, würde das neue Recht in verfassungsrechtlich unzulässiger Weise rückwirkend auf einen abgeschlossenen Sachverhalt angewandt. Da es keine Anhaltspunkte dafür gebe, dass der Gesetzgeber eine solche Rückwirkung gewollt habe, sei davon auszugehen, dass sich die Inkraftsetzung des Gesetzes zum 1.9.2009 nur auf die güterrechtlichen Fälle erstrecke, in denen der Ausgleichsanspruch noch nicht entstanden sei (MünchKommBGB/*Koch*, 5. Aufl., Art. 229 § 20 Rdnr. 1; *Braeuer*, NJW 2010, 351, 352; *Koch*, FamRZ 2011, 1261, 1262, 1264; OLG Karlsruhe, FamRZ 2014, 940, 941).

b) Der Senat hält die Neufassung der § 1378 Abs. 2, § 1384 BGB nicht für anwendbar, wenn die Ehe bei Inkrafttreten der gesetzlichen Neuregelung am 1.9.2009 bereits rechtskräftig geschieden war.

Der Vorschrift des Art. 229 § 20 Abs. 2 EGBGB lässt sich nicht entnehmen, dass das geänderte Zugewinnausgleichs-

recht auch in den Fällen zur Anwendung gelangen soll, in denen die Ehe bei Inkrafttreten der Neuregelung bereits rechtskräftig geschieden und der Güterstand beendet ist. Die Bestimmung besagt allein, dass für Verfahren über den Ausgleich des Zugewinns, die vor dem 1.9.2009 anhängig werden, für den Zugewinnausgleich § 1374 BGB in der bis zu diesem Tag geltenden Fassung anzuwenden ist.

Wären im Fall der am 1.9.2009 bereits rechtskräftigen Scheidung die § 1378 Abs. 2 Satz 1, § 1384 BGB anzuwenden, würde ein Ausgleichsanspruch, der bei Rechtskraft der Scheidung wegen eines seit der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags eingetretenen Vermögensverlusts des Ausgleichspflichtigen nicht bestanden hat, nachträglich entstehen. Denn nach § 1378 Abs. 2 BGB a. F. ist die Höhe der Ausgleichsforderung durch den Wert des Vermögens begrenzt, das nach Abzug der Verbindlichkeiten bei Beendigung des Güterstandes vorhanden war. Die Nichtanwendung dieser Bestimmung, die das neue Recht nicht mehr enthält, würde einen Eingriff in einen bereits abgeschlossenen Sachverhalt darstellen. Eine Rechtsnorm entfaltet „echte“ Rückwirkung, wenn ihre Rechtsfolge mit belastender Wirkung schon vor dem Zeitpunkt ihrer Verkündung für bereits abgeschlossene Tatbestände gelten soll („Rückbewirkung von Rechtsfolgen“). Das ist grundsätzlich verfassungsrechtlich bedenklich und steht mit den allgemeinen Grundsätzen über die zeitliche Geltung von Gesetzen (vgl. BGHZ 44, 192 = NJW 1966, 155; *Staudinger/Mertens*, 2005, Einl. zu Art. 157 bis 218 EGBGB Rdnr. 8) nicht in Einklang. Bis zur Verkündung der gesetzlichen Neuregelung, zumindest aber bis zum endgültigen Gesetzesbeschluss, muss der von einem Recht Betroffene grundsätzlich darauf vertrauen können, dass seine auf geltendes Recht gegründete Rechtsposition nicht durch eine zeitlich rückwirkende Änderung der gesetzlichen Rechtsfolgenanordnung nachteilig verändert wird (BVerfGE 127, 1, NJW 2010, 3629 Rdnr. 56 m. w. N.).

Im Hinblick darauf ist die Annahme nicht gerechtfertigt, dass der Gesetzgeber eine solche Rückwirkung anordnen wollte. Dafür spricht auch die Formulierung der Gesetzesbegründung, Abs. 2 sehe bewusst nur eine Übergangsregelung für § 1374 BGB vor, denn nur in Bezug auf die Einführung des negativen Anfangsvermögens bestehe ein schutzwürdiges Interesse am Fortbestand der alten Rechtslage, die übrigen Bestimmungen dienten vor allem dem Schutz vor Manipulationen, das Vertrauen auf den Fortbestand einer Manipulationsmöglichkeit sei nicht schutzwürdig (BT-Drucks. 16/10798, S. 25). Danach sollte ausgehend von dem Grundsatz, dass der zeitliche Geltungsbereich eines Gesetzes eindeutig zum Ausdruck kommen muss, gewährleistet werden, dass § 1374 BGB n. F. selbst in anhängigen Verfahren noch nicht zur Anwendung gelangt. Abgeschlossene Sachverhalte werden durch Art. 229 Abs. 2 EGBGB dagegen nicht geregelt. Mit Rücksicht darauf bedarf es einer verfassungskonformen Auslegung nicht; die Vorschrift des § 1378 Abs. 2 BGB a. F. ist vielmehr auf vor dem 1.9.2009 abgeschlossene Sachverhalte, nämlich den durch rechtskräftige Scheidung beendeten Güterstand, weiter anzuwenden, weil etwas anderes nicht bestimmt worden ist. Das gilt unabhängig davon, ob ein Zugewinnausgleichsverfahren am 1.9.2009 bereits anhängig war oder noch nicht. Soweit der Rechtsprechung des Senats insofern etwas anderes entnommen werden könnte (Senatsurteile vom 11.5.2011, XII ZR 33/09, FamRZ 2011, 1039 Rdnr. 11; vom 17.11.2010, XII ZR 170/09, FamRZ 2011, 183 Rdnr. 62 und vom 6.10.2010, XII ZR 10/09, FamRZ 2011, 25 Rdnr. 26), hält er hieran nicht fest.

c) Danach hat das Berufungsgericht die Klage zu Recht abgewiesen. Nach den getroffenen Feststellungen verfügte der Antragsgegner bei Rechtskraft der Scheidung jedenfalls

über ein negatives Endvermögen, und zwar ungeachtet der sich aus den Rügen der Antragstellerin ergebenden Möglichkeiten einer etwas anderen Bewertung. Gegen diese Feststellungen, gegen die die Revision keine Einwendungen erhoben hat, ist auch aus Rechtsgründen nichts zu erinnern. Auf die vom Berufungsgericht hilfsweise aufgeworfene Frage, ob dem Antragsgegner im Hinblick auf den Vermögensverlust zwischen Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags und Rechtskraft der Scheidung gemäß § 1381 BGB ein Leistungsverweigerungsrecht zusteht (vgl. hierzu Senatsurteil vom 4.7.2012, XII ZR 80/10, FamRZ 2012, 1479 Rdnr. 32 f.), kommt es deshalb nicht an.

9. BGB §§ 242, 313 (*Wegfall der Geschäftsgrundlage: Ausgleichsanspruch nach Beendigung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft*)

1. **Ein Ausgleichsanspruch nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) kommt in Betracht, soweit gemeinschaftsbezogenen Zuwendungen – eine Finanzierungsbeteiligung und Zahlungen auf die monatlichen Hauskreditraten kommen als solche in Betracht – die Vorstellung oder Erwartung zugrunde lag, die Lebensgemeinschaft werde Bestand haben.**
2. **Es ist sachgerecht, auf den Maßstab der Unbilligkeit zurückzugreifen, der für den Ausgleich von Zuwendungen unter Ehegatten gilt, die im Güterstand der Gütertrennung leben.**
3. **Haben die Parteien bei Abschluss des Darlehensvertrages über 150.000 DM das Ziel verfolgt, den gemeinsam aufgenommenen Hauskredit in nur zehn Jahren vollständig zu tilgen und haben sie den Kredit bei einem jährlichen Tilgungsanteil von 7,5% wie geplant zurückgeführt, so dass auf Seiten einer Partei ein messbarer und noch vorhandener erheblicher Vermögenszuwachs entstand, dem keine entsprechende Vermögensmehrung auf Seiten der anderen Partei gegenüberstand, erscheint die Beibehaltung der Vermögensmehrung allein auf Seiten einer Partei nach Treu und Glauben nicht zumutbar.**
4. **Die Ausgleichszahlung ist wegen des erheblichen Vermögenszuwachses nicht anhand der fiktiv aufzubringenden Mietkosten zu berechnen.**
5. **Bildete die fortbestehende Lebensgemeinschaft die Geschäftsgrundlage für den im gemeinsam abgeschlossenen Darlehensvertrag vereinbarten hohen Tilgungsanteil, kann der Ausgleichsbetrag in dem Differenzbetrag zwischen tatsächlicher und fiktiver üblicher Kredittilgung in Höhe von ein bis zwei Prozent bzw. des Mittelwerts bestehen.**

Brandenburgisches OLG, Urteil vom 5.8.2014, 3 U 45/13

10. BGB §§ 2270, 2271 (*Änderungsbefugnis bei wechselbezüglicher Verfügung*)

Setzen sich Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testament gegenseitig zu Alleinerben ein und bestimmen anschließend – vor der nachfolgenden Schlusserebeneinsetzung der gemeinsamen Kinder –, der Längstlebende

solle „über den beiderseitigen Nachlass frei verfügen können“, spricht angesichts des nicht eindeutigen Wortlauts und fehlender Anhaltspunkte außerhalb des Testaments jedenfalls die systematische Stellung dieses Satzes im Gefüge des Testaments dafür, dass nur eine lebzeitige Verfügungsfreiheit gemeint ist und dem Längstlebenden nicht das Recht eingeräumt werden soll, die wechselbezügliche Schlusserebeneinsetzung zu ändern.

OLG Schleswig, Beschluss vom 27.1.2014, 3 Wx 75/13 Te

Die Beteiligten streiten um die Erbfolge nach der am ... 2012 verstorbenen X. Die Beteiligte zu 1 ist die Tochter, der Beteiligte zu 2 der Sohn der Erblasserin.

Am 20.10.1978 errichteten die Erblasserin und ihr Ehemann, Herr Y, handschriftlich ein gemeinschaftliches Testament. Darin heißt es:

„Unser letzter gemeinsamer Wille!

Wir, die unterzeichneten Y und X, setzen uns hiermit zu Erben ein. Der Längstlebende von uns soll über den beiderseitigen Nachlass frei verfügen können.

Nach dem Tod des Längstlebenden sollen Erben sein, und zwar zu gleichen Teilen

1.) unser Sohn A

2.) unsere Tochter B“

Die Erblasserin war gemeinsam mit ihrem Bruder und ihrer Schwester Erbin zu je einem Drittel nach ihrer im Jahre 1965 verstorbenen Mutter. Im Nachlass befand sich ein Grundstück der Familie der Erblasserin im heutigen Bundesland Mecklenburg-Vorpommern. Am 1.8.1991 schlossen die Erblasserin und ihre Schwester mit dem Beteiligten zu 2 einen notariellen Erbanteilsüberlassungsvertrag.

Der Ehemann der Erblasserin verstarb am 23.3.1994.

Am 1.6.2007 errichtete die Erblasserin ein Testament, das von dem Notar K beurkundet wurde (URNr. ...). Darin heißt es unter anderem:

„Ich will ein Testament errichten und bin durch frühere Verfügungen von Todes wegen daran nicht gehindert.

[...] Ich setze meine Tochter B zu meiner alleinigen Erbin ein.“

Die Beteiligte zu 1 hat über den Notar Z einen von diesem am 20.4.2012 beurkundeten Antrag auf Erteilung eines Erbscheins gestellt, der sie als Alleinerbin ausweisen solle.

Sie hat vorgetragen, der Anteil der Erblasserin an dem Grundstück in Mecklenburg-Vorpommern (ca. 21 ha landwirtschaftliche Fläche) habe schon zum Zeitpunkt der Erbteilsübertragung etwa einen Wert von 167.000 € gehabt. Ihre Einsetzung als Alleinerbin durch das Testament aus 2007 sei als Ausgleich für die Zuwendung dieser Fläche an den Beteiligten zu 2 im Jahre 1991 erfolgt. Die Widerruflichkeit der Schlusserebeneinsetzung ergebe sich bereits aus der Wortwahl des gemeinschaftlichen Testaments, da dieses eine Verfügung des Längstlebenden über den „beiderseitigen Nachlass“ gestatte. Die Erblasserin habe die Zuwendung an den Beteiligten zu 2 (Fläche in Mecklenburg-Vorpommern) folgerichtig nicht unter Lebenden ausgeglichen, da sie von der Möglichkeit einer Regelung von Todes wegen ausgegangen sei.

Der Beteiligte zu 2 ist dem Antrag entgegengetreten. Die Erblasserin habe das Testament von 1978 nicht einseitig widerrufen können. Der übertragene Erbteil sei im Zeitpunkt der Übertragung lediglich 55.000 DM wert gewesen; zu diesem Preis habe er im Jahre 1993 den Erbteil des Bruders der Erblasserin dessen Erben abgekauft.

Das AG – Nachlassgericht – (...) hat den Antrag der Beteiligten zu 1 auf Erteilung eines sie als Alleinerbin ausweisenden Erbscheins mit Beschluss vom 15.4.2013, dem Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten zu 1 am 19.4.2013 zugestellt, zurückgewiesen. Die Erblasserin habe das gemeinschaftliche Testament von 1978 gemäß § 2271 Abs. 2 BGB nicht widerrufen können, da die Schlusserebeneinsetzung der gemeinsamen Kinder zur jeweiligen Erbeinsetzung des Ehegatten als Alleinerbe wechselbezüglich sei. Die Widerruflichkeit sei auch nicht in dem Testament von 1978 angeordnet gewesen. Wenn die Eheleute dort von „beiderseitigen Nachlass“ gesprochen hätten, sei damit nicht gemeint, dass nach dem Tode des ersten Ehegatten der andere von Todes wegen frei verfügen könne solle. Vielmehr spreche die Systematik des Testaments gegen eine solche Auslegung.

Die Bestimmung sei nämlich bereits nach der beiderseitigen Erbeinsetzung zum Alleinerben des Erstversterbenden eingefügt worden und nicht etwa erst nach der Schlusserbeneinsetzung. Dies lege nahe, dass die Eheleute nur hätten klarstellen wollen, dass der alleinerbende Überlebende von ihnen keinerlei Verfügungsbeschränkungen zu Lebzeiten unterliege. Auch aus den von den Beteiligten vorgebrachten Indizien – hier die 13 Jahre nach Testamentserrichtung liegende Grundstückübertragung auf den Beteiligten zu 2 – ergebe sich kein anderes Ergebnis.

Die Beteiligte zu 1 hat gegen den Beschluss mit Schriftsatz vom 30.4.2013, beim AG eingegangen am 2.5.2013, Beschwerde eingelegt. Sie führt zur Begründung aus:

Die Frage der Wechselbezüglichkeit der Verfügungen könne dahinstehen. Eheleute könnten sich das Recht einräumen, eigene wechselbezügliche Verfügungen nach dem ersten Erbfall aufzuheben oder zu ändern, wobei sich solches auch im Wege der ergänzenden Testamentsauslegung ergeben könne. So liege der Fall hier.

Dafür spreche bereits die Wortbedeutung des Satzes „Der Längstlebende von uns soll über den beiderseitigen Nachlass frei verfügen können“. Dem stehe die vom AG herangezogene systematische Stellung dieses Satzes innerhalb des Testamentes nicht entgegen. Es sei widersprüchlich, wenn das AG einerseits von einem Irrtum der Eheleute – als juristische Laien – bei den gewählten Begrifflichkeiten ausgehe, andererseits dann aber der systematischen Stellung dieses Satzes ausschlaggebende Bedeutung beimesse.

Das AG habe die unstreitige Tatsache, dass der Beschwerdegegner zu Lebzeiten beider Eltern von Seiten der Mutter Vermögenszuwendungen erhalten habe, nicht ausreichend und sachgerecht gewürdigt. Zu diesem Zeitpunkt hätten beide Ehegatten noch die Möglichkeit gehabt, das gemeinschaftliche Testament zu ändern. Da dies nicht erfolgt sei, lasse sich der Schluss ziehen, dass die Eltern der Beteiligten solches nicht für erforderlich gehalten hätten, weil sie davon ausgegangen seien, dass ggf. auch noch der Überlebende später eine Testamentsänderung zur Herbeiführung einer gerechten Vermögensverteilung vornehmen könne. Die Erblasserin sei davon jedenfalls gerade ausgegangen, wie sich aus ihrem späteren Testament ergebe. Das AG hätte in diesem Zusammenhang die streitige Frage klären müssen, ob es sich um eine erhebliche lebzeitige Vermögenszuwendung zugunsten des Beschwerdegegners gehandelt habe, wie die Beschwerdeführerin vorgetragen habe. Gehe man von einem erheblichen Wert aus und unterstelle grundsätzlich, dass die Eheleute ihre Kinder im Wesentlichen gleich behandeln wollten, spreche das dafür, dass dem Überlebenden das Recht eingeräumt sein solle, die Schlusserbeneinsetzung abzuändern. Bei der Testamenterrichtung 2007 habe sich die Erblasserin von dem Gedanken leiten lassen, dass der Beschwerdegegner bereits lebzeitig erhebliche Vermögenswerte erhalten habe. Insoweit habe der Beschwerdegegner selbst ausgeführt, die Eheleute hätten sicherstellen wollen, dass das elterliche Vermögen zu gleichen Teilen an die Kinder falle. Ohne die tatsächlich bestehende Abänderungsbefugnis des überlebenden Ehegatten hinsichtlich der Schlusserven hätten die Eheleute unter den gegebenen Umständen das Testament nach der lebzeitigen Vermögensübertragung noch zu Lebzeiten des Vaters der Beteiligten geändert. Weil das nicht erfolgt sei, müsse der o. g. Schluss auf die Abänderungsbefugnis des Überlebenden gezogen werden.

Das AG hat dieser Beschwerde mit Beschluss vom 21.6.2013 nicht abgeholfen und zur Begründung ergänzend ausgeführt, die Zuwendung an den Beschwerdegegner zu Lebzeiten lasse nicht zwingend den Schluss auf eine Abänderungsbefugnis des Überlebenden in Bezug auf die Schlusserbeneinsetzung zu. Es hätte vielmehr nahegelegen, die ungleiche Zuwendung des Vermögens an die Kinder sogleich und zu Lebzeiten beider Eltern zu beseitigen, als bis zum Tode des Letztversterbenden zuzuwarten. Nichts Zwingendes ergebe sich auch aus der Äußerung der Erblasserin in ihrem Testament aus dem Jahr 2007. Es hätte vielmehr nahegelegen, dass die Erblasserin bei der Errichtung des neuen Testamentes konkret auf das vorherige hingewiesen und erklärt hätte, ihr sei die Möglichkeit zur anderweitigen Verfügung eingeräumt worden.

Aus den Gründen:

II.

Die Beschwerde ist nach den §§ 58 ff. FamFG zulässig, insbesondere fristgerecht eingereicht worden.

Sie ist jedoch unbegründet, denn die Entscheidung des AG und seine Argumentation in dem angegriffenen Beschluss sowie ergänzend in dem Nichtabhilfebefehl sind zutreffend und überzeugend.

(...)

Das Nachlassgericht hat den Antrag der Beteiligten zu 1 auf Erteilung eines sie als Alleinerbin ausweisenden Erbscheins zu Recht zurückgewiesen. Ihren Antrag stützt die Beteiligte zu 1 auf das Testament der Erblasserin vom 1.6.2007, das aber unwirksam ist, weil es durch die Einsetzung der Beteiligten zu 1 als Alleinerbin der Schlusserbeneinsetzung der Beteiligten zu 1 und 2 zu gleichen Teilen in dem formwirksam errichteten gemeinschaftlichen Testament der Erblasserin mit ihrem vorverstorbenen Ehemann vom 20.10.1978 widerspricht. Die dortige Schlusserbeneinsetzung war gemäß § 2271 Abs. 2 Satz 1 BGB seit dem Tode des Ehemannes der Erblasserin im Jahre 1994 und der Annahme des Erbes durch die Erblasserin nicht mehr widerruflich.

Unter Berücksichtigung dieser Vorschrift können bindend gewordene wechselbezügliche Verfügungen im Sinne des § 2270 BGB nicht nach Maßgabe der §§ 2253 ff. BGB durch Errichtung eines neuen Testamentes des Überlebenden geändert werden. Gemäß § 2270 Abs. 1 BGB sind solche Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament wechselbezüglich, von denen anzunehmen ist, dass die Verfügung des einen nicht ohne die Verfügung des anderen getroffen worden sein würde. Hier sind die Einsetzung der Erblasserin durch ihren Ehemann zu dessen Alleinerbin und ihre eigene Schlusserbeneinsetzung der gemeinsamen Kinder wechselbezüglich.

Die Wechselbezüglichkeit ergibt sich bereits aus der individuellen Auslegung des Testamentes. Bei der Auslegung eines Testamentes ist der wirkliche Wille des Erblassers im Zeitpunkt der Testamenterrichtung zu ermitteln (§§ 133, 2084 BGB). Im Falle eines gemeinschaftlichen Testamentes kommt es auf den Willen beider Ehegatten an (BGH, Urteil vom 7.10.1992, IV ZR 160/91, NJW 1993, 256 f., bei juris Rdnr. 12). In einer intakten Familie ist davon auszugehen, dass der eine Ehegatte die gemeinsamen Abkömmlinge auf den eigenen Todesfall nur unter der Voraussetzung zugunsten des anderen Ehegatten übergeht, dass ihnen das gemeinschaftliche Vermögen mit dem Tod des Letztversterbenden zufallen wird (OLG Oldenburg, Urteil vom 17.11.1998, 5 U 120/98, FamRZ 1999, 1537 f., bei juris Rdnr. 23; vgl. auch OLG Hamm, Beschluss vom 27.9.2001, 15 W 88/01, FamRZ 2002, 777 ff., bei juris Rdnr. 31). Hinsichtlich der Beziehung des Herrn Y zu seinen Kindern sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass er sie auch erbt und seine Ehefrau zur Alleinerbin eingesetzt hätte, wenn die Erblasserin die Kinder nicht ihrerseits zu Schlusserven eingesetzt hätte. Dieses Auslegungsergebnis entspricht im Übrigen auch der Zweifelsregelung des § 2270 Abs. 2 BGB.

Die Erblasserin war auch nicht abweichend von § 2271 Abs. 2 Satz 1 BGB von der Bindungswirkung freigestellt. Ehegatten können sich allerdings – was die Beschwerde zu Recht hervorhebt, ohne dass das AG diesen Gesichtspunkt indes übersehen hätte – abweichend von § 2271 Abs. 2 Satz 1 BGB gegenseitig das Recht einräumen, wechselbezügliche Verfügungen nach dem Tode des Erstversterbenden zu ändern (OLG Hamm, a. a. O., Rdnr. 32; MünchKommBGB/Musielak, 6. Aufl. 2013, § 2271 Rdnr. 31). Die Freistellung erfolgt durch Testament und kann sich auch aus der ergänzenden Auslegung des Testamentes ergeben (OLG Hamm, a. a. O.; Palandt/Weidlich, 73. Aufl. 2014, § 2271 Rdnr. 21 m. w. N.).

Eine solche Klausel enthält das Testament von 1978 indes nicht. Aus der Formulierung, der Längstlebende könne über den „beiderseitigen Nachlass“ frei verfügen, lässt sich nicht ersehen, dass der jeweilige Überlebende nach dem Willen der Testatoren im Zeitpunkt der Testamentserrichtung das Recht haben sollte, die Schlusserbeneinsetzung durch Verfügung von Todes wegen abzuändern.

Der Wortlaut des Testamentes ist allerdings nicht eindeutig und mithin auslegungsbedürftig. Eindeutig wäre eine Formulierung, nach der der Längstlebende „auch von Todes wegen“ oder aber „nur unter Lebenden“ frei verfügen können sollte. Solche klarstellenden Formulierungen fehlen hier. Im Zweifel ist indes eine Regelung, nach der der Letztversterbende über das gemeinsame Vermögen frei verfügen kann, nicht dahingehend auszulegen, dass er auch von Todes wegen von dem gemeinschaftlichen Testament abweichend verfügen können soll (OLG Hamm, a. a. O., Rdnr. 33; BayObLG, FamRZ 1985, 209, 210, jeweils m. w. N.), weil ein solches Verständnis mit der ausdrücklich getroffenen Schlusserbenregelung in einem Spannungsverhältnis stehen würde.

Der Verwendung des Wortes „Nachlass“ anstatt des Wortes „Vermögen“ durch die Testierenden als juristische Laien ist mit dem AG entgegen der Auffassung der Beteiligten zu 1 keine entsprechende Eindeutigkeit beizumessen. Selbst wenn eine Verfügung über den eigenen Nachlass auch unter Laien gemeinhin als Verfügung von Todes wegen verstanden werden mag, ist es vorliegend ebenso denkbar, dass die Verfasser mit „beiderseitigem Nachlass“ verkürzend den „Nachlass des Erstversterbenden und das Eigenvermögen des Längstlebenden“ gemeint haben und lediglich klarstellen wollten, dass keine Vor- und Nacherbschaft gewollt war. Für eine solche Klarstellung spricht, dass die Testatoren sowohl voneinander als auch von ihren gemeinsamen Kindern als „Erben“ sprechen – nicht von Voll- und Schlusserben bzw. Vor- und Nacherben, so dass sich allein aus der Wortwahl die gewollte Konstellation nicht ergibt.

Bei ähnlichen Formulierungen von testierenden Eheleuten sind auch andere Gerichte nicht allein wegen des Wortlauts zu einer Verfügungsfreiheit des überlebenden Ehegatten von Todes wegen gekommen. In der zitierten Entscheidung des OLG Hamm sollte der Letztversterbende „über das beiderseitige Vermögen“ frei verfügen können (OLG Hamm, Beschluss vom 27.9.2001, 15 W 88/01, FamRZ 2002, 777 ff.). Das OLG München ist in einer weiteren Entscheidung nicht von einer Befreiung des Letztversterbenden von der Bindungswirkung ausgegangen, in der der Überlebende „über den Nachlass verfügen“ können sollte (OLG München, Beschluss vom 1.12.2011, 31 Wx 249/10, FamRZ 2012, 581 ff., bei juris Rdnr. 31). Die dortigen Testatoren bezogen sich auf „unseren derzeitigen Nachlass“.

Für die Auslegung der Klausel als bloße Klarstellung der gegenseitigen Vollerbeneinsetzung und nur lebzeitigen Verfügungsfreiheit spricht entscheidend die systematische Stellung des fraglichen Satzes im Gefüge des Testamentes. Das hat das AG zu Recht hervorgehoben. Der Satz folgt ohne Zeilenumbruch oder Absatz unmittelbar auf die gegenseitige Erbeinsetzung, während die Schlusserbenregelung hiervon durch einen Zeilenumbruch und Einrückung der ersten Zeile als neuer Absatz abgetrennt ist (vgl. BayObLG, FamRZ 1985, 209, 210; OLG Hamm, Beschluss vom 27.9.2001, 15 W 88/01, FamRZ 2002, 777 ff., bei juris Rdnr. 33, dort steht die fragliche Regelung im selben Satz wie die gegenseitige Erbeinsetzung der Ehegatten). Wäre eine Änderungsmöglichkeit des Längstlebenden bezüglich der Schlusserbeneinsetzung – also insoweit eine Freiheit des Überlebenden zu abweichenden

Verfügungen von Todes wegen – gewollt gewesen, hätte auch für einen juristischen Laien eine Regelung im Anschluss an diese Schlusserbeneinsetzung nahegelegen, wie sie hier gerade nicht vorliegt. Denn es entspricht der menschlichen und nicht nur der juristischen Logik, eine Abänderungsbefugnis als Ausnahme im Anschluss an die aufgestellte Regel zu normieren.

Bei der Auslegung eines Testamentes ist der Wille des Erblassers im Zeitpunkt der Testamentserrichtung maßgeblich. Für die Auslegung können dennoch spätere Umstände Bedeutung haben, wenn sie nämlich Aufschluss über den Erblasserwillen bei der Testamentserrichtung geben (BayObLG, Beschluss vom 23.5.1995, 1 Z BR 128/94, NJW 1996, 133 f., bei juris Rdnr. 20). Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin lässt sich aber dem Umstand, dass die Erblasserin dem Beschwerdegegner 1991 einen nicht unbeträchtlichen Vermögenswert unter Lebenden zugewendet hat, ohne dass die Eheleute – der Ehemann lebte noch bis 1994 – dies zum Anlass einer Testamentsänderung genommen haben, kein Anhalt dafür entnehmen, dass die Eheleute zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung von einer Änderungsbefugnis des Überlebenden in Bezug auf die Schlusserbeneinsetzung ausgegangen sind.

Beide Beteiligten heben zwar hervor, die Eheleute hätten ihre Kinder gleich behandeln wollen. Tatsächlich hat aber in Bezug auf die Erbanteilsüberlassung 1991 ein lebzeitiger Ausgleich und damit eine lebzeitige Gleichbehandlung der Beteiligten gerade nicht stattgefunden. Für die Erblasserin haben seinerzeit vielmehr offenbar andere Gesichtspunkte eine ausschlaggebende Rolle gespielt, etwa der Umstand, dass der landwirtschaftliche Familienbesitz in den neuen Bundesländern – insbesondere auch ihr Anteil von rund 21 ha – in einer Hand bleiben sollte. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die fraglichen 21 ha auch nach den Angaben des Beschwerdegegners (nach anteiligem Abzug der Belastungen rd. 22.000 € im Übertragungszeitpunkt; die Beschwerdeführerin geht sogar von 167.000 € aus) einen erheblichen Wert dargestellt haben (der durchschnittliche Kaufwert veräußerter Flächen landwirtschaftlicher Nutzung in Mecklenburg-Vorpommern betrug 1991 pro ha allerdings 2.194 €; Quelle: www.agrar.de/pachtspiegel, beruhend auf Agrarberichten der Landesregierung Mecklenburg-Vorpommern), den lebzeitig weder die Erblasserin noch deren Ehemann im Sinne einer Gleichbehandlung der Beschwerdeführerin ausgeglichen haben. Es hat aber auch seinerzeit 1991 bis zum Tode des Ehemannes 1994 keine Testamentsänderung stattgefunden, obwohl eine solche – wenn denn Gleichbehandlung zwischen den Kindern jedenfalls nach dem Tode des Überlebenden erreicht werden sollte – angesichts des übertragenen Erbteils und seines Wertes (der Flächenwert stieg in den Folgejahren weiter an) sehr nahegelegen hätte. Im Zeitpunkt der Erbteilsübertragung der Erblasserin an den Beteiligten zu 2 im Jahre 1991 waren die Eheleute bereits 73 bzw. 79 Jahre. Dennoch änderten sie ihr gemeinschaftliches Testament weder ab, noch wendeten sie der Beteiligten zu 1 einen Ausgleichsbetrag oder etwas Vergleichbares zu. Der Senat vermag nicht zu erkennen, warum gerade aus dem fehlenden Ausgleich unter Lebenden und der fehlenden Testamentsänderung bis zum Tod des Ehemannes der Schluss gezogen werden können sollte, die Eheleute seien von einer Änderungsbefugnis des Überlebenden in Bezug auf die Schlusserbeneinsetzung ausgegangen. Ein solcher Schluss lässt sich daraus vielmehr nicht ziehen. Der geschilderte Umstand gibt keinen Anhalt dafür, ob sich die Eheleute im Zeitpunkt der Testamentserrichtung 1978 eine solche Änderungsbefugnis vorgestellt haben.

Auch die Erblasserin selbst hat im Übrigen nach dem Tod des Ehemannes 1994 zunächst keinen Anlass zu einer Testamentsänderung und damit zu einem Ausgleich der lebzeitigen Zuwendung für den Beschwerdegegner durch eine Verfügung von Todes wegen zugunsten der Beschwerdeführerin gesehen, sondern hat erst viele Jahre später – 2007 – abweichend testiert. Die Annahme, die Erblasserin habe eine Regelung bis ins hohe Alter unterlassen, da sie davon ausging, nach den Vorstellungen auch ihres Ehemannes bei der Testamenterrichtung 1978 immer noch letztwillig den Ausgleich vornehmen zu können, ist angesichts der vorstehenden Ausführungen fernliegend. Der einseitigen Testamenterrichtung durch die Erblasserin erst im Jahre 2007 kann eine Indizwirkung für die Widerruflichkeit des gemeinschaftlichen Testamentes nicht entnommen werden. In diesem Zeitpunkt lag die Errichtung des gemeinschaftlichen Testamentes bereits beinahe 30 Jahre zurück. Ein Rückschluss auf den damaligen Willen der Erblasserin und ihres Ehemannes lässt sich vor diesem Hintergrund nicht ziehen, auch nicht, wenn – wie hier durch die Erblasserin – vor dem Notar erklärt wird, dass keine Bindung durch frühere Testamente bestehe (vgl. MünchKomm/Musielak, a. a. O., § 2270 Rdnr. 7 m. w. N.; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.4.2011, 3 Wx 46/11, bei juris Rdnr. 21). Zudem wäre angesichts der Existenz des Testamentes von 1978 eine konkrete Bezugnahme auf dieses – gerade dann, wenn die Eheleute dort nach Vorstellung der Erblasserin eine Widerruflichkeit bzw. Änderungsbefugnis des Überlebenden in Bezug auf die Schlusserven gewollt hätten – zu erwarten gewesen. Ein solcher Hinweis fehlt aber in dem Testament aus dem Jahr 2007, so dass sich auch insoweit kein Indiz für eine Änderungsbefugnis ergibt, worauf das AG im Nichtabhilfebeschluss bereits zutreffend hingewiesen hat.

Die Beschwerde war mit der Kostenfolge aus § 84 FamFG zurückzuweisen.

(...)

Anmerkung:

1. Problemstellung

Der ausführlich begründete Beschluss des OLG Schleswig macht deutlich, wie schwierig die Feststellung der Bindungswirkung wechselbezüglicher Verfügungen vor allem bei eigenhändigen gemeinschaftlichen Testamenten sein kann. Für die OLG-Richter wirkt sich dabei außerdem die FGG-Reform aus dem Jahr 2009 arbeitsbelastend aus. Da sie nunmehr nach § 119 Abs. 1 Nr. 1b GVG als Beschwerdegericht Tatsacheninstanz sind, müssen sie nicht nur die Auslegung der unterinstanzlichen Gerichte auf Rechtsfehler überprüfen, sondern die Testamente eigenständig auslegen. Enthält das Ehegattentestament zusätzlich, so wie in diesem Fall, eine Freistellungsklausel, erleichtert dies nicht etwa die Auslegung, sondern erschwert sie meistens noch. Das Gericht hat zunächst in einem ersten Schritt die Wechselbezüglichkeit zur Einsetzung des überlebenden Ehegatten durch den zuerst Verstorbenen festzustellen. Im zweiten Schritt muss es dann prüfen, ob und inwieweit die Freistellungsklausel dem länger lebenden Ehegatten abweichende Verfügungen von Todes wegen erlaubt.¹

2. Die Auslegung im vorliegenden Fall

Das OLG Schleswig löst diese Aufgabe schulmäßig korrekt und trotzdem hinterlässt das Ergebnis ein ungutes Gefühl.

Völlig richtig bejaht der Senat die Wechselbezüglichkeit und damit die nach dem Tod des Vaters nach § 2271 Abs. 2 BGB grundsätzlich eintretende Bindungswirkung der Schlusserbeneinsetzung der Kinder. Da meistens außer der Verfügung von Todes wegen selbst kein weiteres Auslegungsmaterial zur Verfügung steht, ergibt sich dieses Ergebnis aber wohl nur aus der Zweifelsregelung des § 2270 Abs. 2 BGB. Wenn die Gerichte immer wieder die individuelle Feststellung der Korrespondenz mit den „intakten Familienverhältnissen“ begründen, so umschreibt dies eigentlich nur den gesetzgeberischen Grund für die Vorschrift des § 2270 Abs. 2 BGB und bringt keine weiteren Erkenntnisse.

Die Auslegung der Klausel „Der Längstlebende von uns soll über den beiderseitigen Nachlass frei verfügen können“ bereitet die größeren Schwierigkeiten: Es fragt sich, ob es sich um eine Bestimmung handelt, die dem überlebenden Partner auch die Befugnis einräumt, eigene wechselbezügliche Verfügungen nach dem Tode des anderen Ehegatten einseitig aufzuheben oder zu ändern. Trotz eines so weit gehenden Änderungsvorbehaltes würde die Verfügung auch in diesem Fall wechselbezüglich bleiben, da sie zu Lebzeiten beider Partner nur nach den Formvorschriften der §§ 2271 Abs. 1, 2296 BGB widerrufenlich wäre. Solche oder ähnliche Formulierungen sind recht häufig Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen.² Das OLG Schleswig geht mit der überwiegenden Meinung davon aus, dass derartige Klauseln mangels anderweitiger Anhaltspunkte nur die Ermächtigung zur Verfügung unter Lebenden, nicht aber die zur freien Verfügung von Todes wegen beinhalten.³ Die Rechtsprechung ist allerdings nicht einheitlich. Nach einer früheren Entscheidung des BayObLG kann eine letztwillige Bestimmung, nach der der Überlebende berechtigt ist, über seinen Nachlass frei zu verfügen, auch als Freistellung von der Bindungswirkung des § 2271 Abs. 2 BGB ausgelegt werden.⁴ Dem Gericht ist darin Recht zu geben, dass der Gebrauch des Wortes „Nachlass“ keine eindeutige Interpretation als Freistellung von der erbrechtlichen Bindung erlaubt. Der Begriff beschreibt nur das ererbte Vermögen, über das der Überlebende möglicherweise aber doch nur unter Lebenden frei verfügen darf. Das vom OLG hier gebrauchte Argument, gegen eine Freistellung spreche die systematische Stellung des Vorbehalts im Testament, nämlich vor der Schlusserbeneinsetzung, ist allerdings recht schwach. Ob es, wie das OLG betont, wirklich der „menschlichen und nicht nur der juristischen Logik“ entspricht, eine Änderungsbefugnis als Ausnahme im Anschluss an die aufgestellte Regel zu normieren, muss doch sehr bezweifelt werden. Selbst notariell beurkundete Testamente lassen manchmal durchaus einen logisch stringenten Aufbau vermischen. Im Übrigen sieht der juristische Laie nach meiner Erfahrung überwiegend die völlige Testierfreiheit des Längstlebenden nicht als Ausnahme, sondern als den Regelfall an. Meines Erachtens ist eine eindeutige Auslegung für oder gegen eine Freistellung von der Bindung ohne weitere Anhaltspunkte kaum möglich. Es mag zwar für die Beteiligten unbefriedigend sein, aber so dürfte der Fall auch hier zu beurteilen sein. Am Ergebnis ändert sich dadurch freilich nichts, da die materielle Beweislast dafür, dass eine Freistellung trotz der positiv festgestellten Wechselbezüglichkeit vorliegt, derjenige trägt,

² Aktuell zum Beispiel OLG München, MittBayNot 2012, 300 mit Anm. Braun.

³ So schon KG, JW 1936, 3264; MünchKommBGB/Musielak, 6. Aufl., § 2271 Rdnr. 32 m. w. N.

⁴ BayObLG, FamRZ 1987, 638, ähnlich OLG Hamm, FamRZ 2007, 678.

¹ Staudinger/Kanzleiter, 2014, § 2271 Rdnr. 56.

der sich zur Begründung seines Erbrechts auf die Freistellungsklausel beruft.⁵

3. Freistellungsklausel und §§ 2287, 2288 BGB

Kommt man zum Ergebnis der herrschenden Meinung, wonach dem Überlebenden regelmäßig nur lebzeitige Verfügungen gestattet werden, so fragt sich weiter, ob damit auch beeinträchtigende Schenkungen gestattet und Ansprüche des Erben nach §§ 2287, 2288 BGB ausgeschlossen sein sollen. Nach überwiegender Auffassung wäre auch ein solcher Vorbehalt zulässig.⁶ Klauseln der vorgenannten Art dürften aber nicht ohne Weiteres auch eine solche Freistellung beinhalten. Denn es handelt sich bei den §§ 2287, 2288 BGB um ein zentrales Mittel des flankierenden Schutzes des durch Erbvertrag bzw. gemeinschaftliches Testament Bedachten, ohne welches dessen Absicherung weitgehend leer laufen würde.⁷ Das OLG Frankfurt hat in einem Fall die Befugnis zu beeinträchtigenden Schenkungen bejaht, weil der Erblasser dem gemeinschaftlichen Testament eine Art Generalvollmacht zur freien Verfügung über das gesamte Vermögen beigelegt hatte.⁸

4. Fazit

Auch wenn die Auslegung des Gerichts gut begründet ist, sollte man solche Freistellungsklauseln vielleicht tendenziell nicht zu eng interpretieren, da den meisten nicht beratenen Erblassern die Bindungswirkung des § 2271 BGB nicht bewusst sein dürfte. Der Kautelarjurist ist gefordert, in gemeinschaftlichen Testamenten und Erbverträgen die Reichweite der Wechselbezüglichkeit und der erbvertraglichen Bindung sowie Änderungsvorbehalte exakt zu formulieren.

Ceterum censeo: Die Zweifelsregelung des § 2270 Abs. 2 BGB, nach der die Schlusserbeneinsetzung der Kinder im Berliner Testament regelmäßig wechselbezüglich zur gegenseitigen Erbeinsetzung der Eltern ist, ist rechtspolitisch verfehlt⁹ und sollte geändert werden.

Notar Prof. Dr. *Christopher Keim*, Bingen

⁵ Zur Beweislast im Erbscheinsverfahren *Palandt/Weidlich*, § 2358 Rdnr. 12.

⁶ MünchKommBGB/*Musielak*, BGB, 6. Aufl., § 2287 Rdnr. 24; *Staudinger/Kanzleiter*, 2014, § 2287 Rdnr. 28; OLG Köln, ZEV 2003, 76; *J. Mayer*, ZEV 2003, 78; a. A. *Kipp/Coing*, Erbrecht, § 38 IV c.

⁷ *J. Mayer*, ZEV 2003, 79.

⁸ OLG Frankfurt, ZEV 2010, 152.

⁹ So zuletzt *Kanzleiter*, ZEV 2014, 225, 231.

11. BGB § 2003 Abs. 1 Satz 1, § 2314 Abs. 1; BeurkG § 37 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 (*Anforderungen an ein notarielles Nachlassverzeichnis*)

Bei Errichtung eines notariellen Nachlassverzeichnisses entscheidet der Notar unter Berücksichtigung der Einzelfallumstände nach eigenem Ermessen, welche konkreten Ermittlungen er vornimmt. Das Ergebnis dieser eigenen Ermittlungen muss er in der Urkunde niederlegen und als eigene Erklärung zum Ausdruck bringen, dass nach diesen Ermittlungen weitere Nachlassgegenstände nicht vorhanden sind.

OLG Koblenz, Beschluss vom 18.3.2014, 2 W 495/13

Am (...) 2012 verstarb Herr H. Dieser war mit der Schuldnerin verheiratet. Der Gläubiger ist eines von vier Kindern der Eheleute.

Durch notariellen Erbvertrag vom 11.10.2010 setzten sich der Erblasser und die Schuldnerin wechselseitig zu alleinigen und unbeschränkten Erben ein. Der Gläubiger hat im Wege einer Stufenklage seine – sowie ihm von zwei weiteren Geschwistern abgetretene – Pflichtteilsansprüche geltend gemacht. Durch Teil-Anerkenntnisurteil vom 8.10.2012 hat das LG die Schuldnerin zur Auskunftserteilung, und zwar durch Vorlage eines notariellen Nachlassverzeichnisses verurteilt. Zu den Einzelheiten, die das notarielle Nachlassverzeichnis zu umfassen hatte, wird auf das Teil-Anerkenntnisurteil Bezug genommen.

Am 8.11.2012 hat die Schuldnerin vor dem Notar Dr. F. in H. – unter ausdrücklicher Verneinung weiterer Nachlasspositionen bei gleichzeitiger Versicherung an Eides statt – folgende Erklärung abgegeben:

„Mein Ehemann H. ist verstorben und hat mich als Alleinerbin eingesetzt.

Von einem unserer Kinder wurde ich aufgefordert, ein notarielles Nachlassverzeichnis vorzulegen.

Ich erkläre hiermit, dass die Aktiva und Passiva des Nachlasses meines vorgenannten Ehemannes sich aus der beigelegten Anlage 1 ergeben. Bezüglich Ziffer 9 der Anlage verweise ich auf die dem Notar in Kopie vorgelegte Urkunde Nummer 436/1976 des Notars S. in S.

An den Sohn A. sind folgende Schenkungen erfolgt:

– im Jahre 2009 das Anwesen H.-Straße 33 in B. unter Nießbrauchsvorbehalt für meinen Ehemann und mich.

Die entsprechende Urkunde lag dem Notar nicht vor, befindet sich jedoch im Besitz von Herrn Rechtsanwalt S. in R.

– im Jahre 2011 ein Porsche 911 Baujahr 2000 mit einer Laufleistung von circa 103.000 Kilometern.“

Der notariellen Urkunde beigelegt ist eine – ursprünglich am 2.4.2012 für das Nachlassgericht gefertigte und von einem Bevollmächtigten unterzeichnete – Nachlassaufstellung, die handschriftlich ausgefüllt ist, diverse nicht beigelegte Anlagen in Bezug nimmt und mehrfach den Hinweis „bei RA S.“ enthält.

Der Gläubiger stuft dieses Nachlassverzeichnis als unzureichend ein und hat unter dem 20.6.2013 Antrag auf Festsetzung von Zwangsmitteln gemäß § 888 ZPO gestellt. Die Schuldnerin hat die Angaben in der Urkunde als vollständig verteidigt und ihre Verpflichtung zur Vorlage eines notariellen Nachlassverzeichnisses als erfüllt angesehen.

Durch seinen angegriffenen Beschluss hat das LG den Antrag des Gläubigers als unbegründet zurückgewiesen. Die Schuldnerin habe ihre ausgeurteilte Verpflichtung erfüllt. Das vorgelegte notarielle Verzeichnis genüge den an ein solches gemäß § 2314 Abs. 1 BGB zu stellenden Anforderungen. Durch seine eigene Unterschrift habe der Notar sich die ihm vorgelegte Nachlassaufstellung zu eigen gemacht. Ob der Notar zuvor seiner Ermittlungspflicht ordnungsgemäß nachgekommen sei, erweise sich als unerheblich, da er durch die eigenhändige Unterzeichnung für den ausgewiesenen Nachlassbestand Verantwortung übernommen habe. Eine eventuelle inhaltliche Unrichtigkeit des Verzeichnisses könne der Gläubiger auf der dritten Stufe seiner Klage geltend machen.

Gegen diesen Beschluss wendet sich der Gläubiger mit seiner form- und fristgerecht eingelegten sofortigen Beschwerde, mit welcher er rügt, dass die vorgelegte notarielle Urkunde schon ihrem Wortlaut nach keine eigene Erklärung des Notars beinhalte, sondern ausdrücklich nur eine von der Schuldnerin abgegebene Erklärung niederlege. Dem Sinn und Zweck eines notariellen Nachlassverzeichnisses werde diese Vorgehensweise nicht gerecht, vielmehr solle durch Einschaltung des Notars gerade sichergestellt werden, dass die Vermögensgegenstände so detailliert angegeben würden, dass ihre Identität feststehe. Aus diesem Grunde sei der Notar auch zu eigenen Ermittlungen verpflichtet und dürfe nicht in schlichter Weise die Vorgaben seines Auftraggebers ungeprüft übernehmen. Schließlich gehe auch der Verweis des LG auf die dritte Stufe der Klage fehl, da die dort seitens des Gläubigers geschuldete Anspruchsbezeichnung gerade eine ordnungsgemäße vorherige Auskunftserteilung durch die Schuldnerin voraussetze.

Die Schuldnerin ist der sofortigen Beschwerde entgegengetreten mit dem Hinweis, der Notar habe „alles in seiner Macht mögliche getan“. Er sei keine Ermittlungsbehörde, die irgendwelche Auskünfte bei

Banken, Finanzbehörden etc. einfordern könne und habe auch rein faktisch keine Möglichkeit, die Angaben der Schuldnerin zu überprüfen. Ihrer Auskunftspflicht sei die Schuldnerin somit umfassend nachgekommen, so dass der Gläubiger ggf. die weiteren Stufen seiner Klage aufrufen möge. So lasse der gläubigerseitige Vortrag jegliche Anhaltspunkte dafür vermissen, inwiefern das eingereichte Nachlassverzeichnis inhaltlich zu dessen Nachteil falsch sein solle. Folge man den Ausführungen des Gläubigers, dass – auch – er nicht zur Benennung eines anderen Notars in der Lage sei, der bereit sei, das Nachlassverzeichnis aufzunehmen, belege dies die Unmöglichkeit der Erfüllung der ihr durch das landgerichtliche Teil-Anerkenntnisurteil auferlegten Verpflichtung.

Das LG hat der sofortigen Beschwerde nicht abgeholfen und diese dem OLG zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

II.

Die zulässige sofortige Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg. Die Schuldnerin ist ihren Verpflichtungen aus dem Teil-Anerkenntnisurteil vom 8.10.2012 durch Vorlage der notariellen Urkunde des Notars Dr. F. vom 8.11.2012 (URNr. (...)/2012) nicht in der geschuldeten Weise nachgekommen.

So ist der Anspruch auf Auskunft über den Bestand des Nachlasses des am 20.1.2012 verstorbenen H. durch Vorlage eines notariellen Nachlassverzeichnisses weder durch die eigentliche notarielle Urkunde noch durch die als Anlage zu dieser Urkunde genommene Nachlassaufstellung erfüllt (vgl. *Schreinert*, RNotZ 2008, 61, 71 m. w. N.). Ausweislich der notariellen Urkunde, die entgegen § 37 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BeurkG über eigene Wahrnehmungen des Notars zu dem Bestand des Nachlasses nichts enthält, hat der Notar lediglich Erklärungen der Schuldnerin entgegengenommen, aber keine eigenen Feststellungen zu dem Bestand des Nachlasses getroffen, obwohl er hierzu nicht nur berechtigt, sondern im Rahmen pflichtgemäßen Ermessens auch verpflichtet war (vgl. BGHZ 33, 373; OLG Saarbrücken, FamRZ 2010, 2026). Dies zeigt sich hier besonders deutlich anhand der mehrfachen Verweise auf Rechtsanwalt S., ohne dass erkennbar wird, ob der Notar hier schlichte Angaben der Schuldnerin übernommen oder deren Richtigkeit bei Rechtsanwalt S. überprüft hat. Auch die unleserliche und zudem unzureichende Angabe zu Grundstücken in der Nachlassaufstellung sollte durch die Einschaltung einer Amtsperson gerade vermieden werden.

Dass der Notar Dr. F. mit Schreiben vom 23.10.2013 hier weitere Unterlagen in Form von Grundbuchauszügen nachgereicht hat, untermauert die berechtigten Einwände des Gläubigers gegen das bislang vorgelegte Nachlassverzeichnis, ohne die bestehenden Mängel in der geschuldeten Weise zu beheben. So stellt der Notar in seinem Anschreiben – welches gerade nicht Bestandteil des notariellen Nachlassverzeichnisses in der Urkunde vom 8.11.2012 ist – selbst fest, dass ein inhaltlicher Widerspruch zwischen den ursprünglichen Angaben und seinen zwischenzeitlichen Ermittlungen besteht, ohne dass er diesen abschließend aufgeklärt hat.

Eine Auskunft, wie sie hier durch die Schuldnerin vorgelegt worden ist, bringt dem Gläubiger nicht denjenigen Vorteil gegenüber der Privatauskunft durch den Erben, den das Gesetz bezweckt. Die Aufnahme des Verzeichnisses durch eine Amtsperson soll dem Pflichtteilsberechtigten einen höheren Grad an Richtigkeit der Auskunft gewährleisten als die Privatauskunft des Erben (vgl. OLG Celle, ZErB 2003, 382; *Schreinert*, RNotZ 2008, 61, 68). Sie ist schon begrifflich eigene Bestandsaufnahme, nicht Aufnahme nur von Erklärungen einer anderen Person (vgl. auch OLG Saarbrücken, FamRZ 2010, 2026), wie der Vergleich mit den Vorschriften über das

Nachlassinventar zeigt, dessen Inhalt sich im Kern mit demjenigen des Nachlassverzeichnisses nach § 2314 Abs. 1 Satz 1 und 3 BGB deckt. Diese Vorschriften unterscheiden zwischen dem Inventar, welches der Erbe selbst aufnimmt und zu welchem er den Notar nur hinzuzieht (§ 2002 BGB), und demjenigen, welches der Erbe durch eine Amtsperson aufnehmen lässt (§ 2003 Abs. 1 Satz 1 BGB). Den danach an die von der Schuldnerin zu erteilende Auskunft gerade durch Vorlage eines notariellen Nachlassverzeichnisses zu stellenden besonderen Anforderungen wird die vom Notar Dr. F. errichtete Urkunde vom 8.11.2012 nicht gerecht.

Insoweit genügt auch nicht die landgerichtliche Überlegung, dass der Notar durch seine Unterschrift auch für ein unzureichendes Nachlassverzeichnis Verantwortung übernehme, da diese Verantwortung weitgehend theoretischer Natur bleibt. Um im Falle eines unzureichenden Nachlassverzeichnisses gegenüber dem Notar einen Amtshaftungsanspruch geltend machen zu können, würde der Geschädigte nämlich genau jene Angaben benötigen, von deren Ermittlung der Notar durch seine pflichtwidrige (Un-)Tätigkeit Abstand genommen hat. Der Senat verkennt dabei auch nicht, dass ein Notar letztlich nur bedingt den Nachlass einer fremden Person ermitteln kann. Die vorgelegte notarielle Urkunde lässt indes keine Rückschlüsse zu, inwieweit der Notar hier überhaupt versucht hat, eine eigene Bestandsaufnahme des Nachlasses des am 20.1.2012 verstorbenen H. vorzunehmen. Als solche eigene Ermittlungstätigkeiten eines Notars erscheinen beispielsweise denkbar:

- eigene Ermittlung von Grundbesitz,
- Veranlassung der Einholung von Bewertungsgutachten durch den Auskunftsverpflichteten,
- Überprüfung eingeholter Wertgutachten auf Plausibilität,
- Einsichtnahme in die (vollständigen) Kontoauszüge, Sparbücher oder vergleichbare Bankunterlagen für einen 10-Jahres-Zeitraum,
- Einholung einer Vollmacht des Auskunftsverpflichteten, bei Bankinstituten (einschließlich Sparkassen), die in der Nähe des letzten Wohnortes des Erblassers eine Zweigstelle unterhalten, anzufragen, ob im genannten 10-Jahres-Zeitraum eine Kundenverbindung zum Erblasser bestanden habe, nebst entsprechender Anfrage,
- Zusammenstellung der einen bestimmten Betrag übersteigenden Verfügungen über die ermittelten Konten, soweit diesen Schenkungen oder sonstige Zuwendungen zugrunde liegen (könnten).

Die aufgeführten Beispiele sind dabei weder abschließend noch stellen sie einen in jedem Einzelfall durch den Notar zu gewährleisten Mindeststandard dar. Der Notar entscheidet insoweit unter Berücksichtigung der Einzelfallumstände nach eigenem Ermessen, welche Ermittlungen er vornimmt (vgl. *Schreinert*, a. a. O., 69). Das Ergebnis dieser eigenen Ermittlungen muss er aber in der Urkunde niederlegen und als eigene Erklärung zum Ausdruck bringen, dass nach diesen Ermittlungen weitere Nachlassgegenstände nicht vorhanden sind. Seine Verantwortung für die abgegebene Erklärung kann er dabei dadurch eingrenzen, dass er die von ihm vorgenommenen Ermittlungen offenlegt, so dass deutlich wird, in welchem Umfang er überhaupt eigene Feststellungen treffen konnte (vgl. OLG Saarbrücken, FamRZ 2011, 1258). Der – wie hier – Verzicht auf jegliche eigene Ermittlungstätigkeit, ohne dass hierfür tragfähige Gründe benannt würden, genügt den Anforderungen an ein notarielles Nachlassverzeichnis indes nicht.

Auch eine eidesstattliche Versicherung der Schuldnerin hinsichtlich der hier von ihr zu notariellem Protokoll gegebenen Nachlassaufstellung ersetzt diese eigenen Ermittlungen des Notars nicht. Hierdurch versichert die Schuldnerin nämlich nur, auf Grundlage ihres laienhaften Rechtsverständnisses vollständige Angaben gemacht zu haben, während das notarielle Nachlassverzeichnis – neben anderem – gerade sicherstellen soll, dass sämtliche nach der objektiven Rechtslage geschuldeten Angaben festgehalten werden. Die Berufung des Gläubigers auf ein bislang noch nicht ordnungsgemäß erstelltes notarielles Nachlassverzeichnis erweist sich vor diesem Hintergrund daher trotz der hier bereits vorgreiflich abgegebenen – grundsätzlich „höherstufigen“ – eidesstattlichen Versicherung der Schuldnerin auch nicht als rechtsmissbräuchlich (vgl. OLG Schleswig, FamRZ 2011, 1821).

Sollte der von der Schuldnerin beauftragte Notar Dr. F. die Erstellung eines ordnungsgemäßen Nachlassverzeichnisses verweigern, wird die Schuldnerin gegen diesen dienstrechtliche Maßnahmen einzuleiten oder einen anderen Notar mit der Erstellung des Nachlassverzeichnisses zu beauftragen haben. Dass sowohl der Gläubiger wie auch die Schuldnerin Schwierigkeiten sehen, einen zur Übernahme dieser Angelegenheit bereiten Notar zu finden, führt – schon im Hinblick auf die denkbaren dienstrechtlichen Maßnahmen – nicht zur Unmöglichkeit der schuldnerseitigen Erfüllungsmöglichkeit. Dem sich abzeichnenden Erfordernis, hier erst dienstrechtliche Maßnahmen einleiten zu müssen, ist jedoch dergestalt Rechnung zu tragen, dass der Schuldnerin noch eine weitere „Schonfrist“ zur Beibringung des geschuldeten notariellen Nachlassverzeichnisses einzuräumen ist. Inwieweit die Schuldnerin über diese „Schonfrist“ hinaus im Zuge eingeleiteter dienstrechtlicher Maßnahmen oder notarieller Ermittlungstätigkeiten vorübergehend noch an der Vorlage des notariellen Nachlassverzeichnisses gehindert ist, wird im Rahmen eines eventuellen Beitreibungsantrages des Gläubigers zu berücksichtigen sein.

Die Höhe des festgesetzten Zwangsgeldes und die Dauer der für den Fall seiner Uneinbringlichkeit ersatzweise verhängten Zwangshaft tragen dem Interesse des Gläubigers an der Durchsetzung der titulierten Forderung und dem für das Hauptsacheverfahren zu erwartenden Streitwert Rechnung.

(...)

Anmerkung:

1. Schon wieder eine Gerichtsentscheidung zum Nachlassverzeichnis? Das werden sicher viele denken, die den Beschluss des OLG Koblenz sehen. Bei den zahlreichen oberlandesgerichtlichen Entscheidungen, die in den letzten Jahren quer durch die Bundesrepublik zum Thema „notarielles Nachlassverzeichnis“ ergangen sind, ist dies gut nachvollziehbar. Angesichts der Fülle veröffentlichter Rechtsprechung bedürfen eigentlich nur noch die Gerichtsentscheidungen, die entweder eine bislang ungeklärte Rechtsfrage betreffen oder aber von der Linie der bisher herrschenden Ansicht abweichen, einer besonderen Erwähnung. Letzteres ist bei dem obigen Beschluss des OLG Koblenz – zumindest in Teilaspekten – der Fall.

2. Zuzustimmen ist dem OLG Koblenz zunächst in der Annahme, dass hier mangels eigener Bezeugung des Notars – dieser hat lediglich die Erklärungen des Auskunftspflichtigen zum Nachlassbestand entgegengenommen – kein von einem Notar aufgenommenes Nachlassverzeichnis im Sinne von § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB vorliegt. Denn ein solches setzt (wie im Falle des § 2003 BGB) voraus, dass der Notar den

Nachlassbestand selbst ermittelt hat und er durch Unterzeichnung des Bestandsverzeichnisses als von ihm aufgenommen zum Ausdruck bringt, dass er für dessen Inhalt verantwortlich ist. Dies ist mittlerweile absolut herrschende Meinung, der sich seit einer grundlegenden Entscheidung des BGH im Jahr 1960¹ nahezu alle OLG im Bundesgebiet angeschlossen haben.² Bestätigt wurde die Richtigkeit der herrschenden Ansicht unlängst im Zusammenhang mit der Reform der Gerichts- und Notargebühren durch das GNotKG, wo der Gesetzgeber die Notargebühren für das notariell erstellte Verzeichnis von einer halben auf eine 2,0-fache Gebühr angehoben hat (vgl. Nr. 23500 KV GNotKG) und dies ausschließlich mit den umfangreichen Ermittlungspflichten des Notars und dem damit verbundenen Aufwand, der über die bloße Beurkundungstätigkeit hinaus gehe, begründet hat.³

Zustimmen lässt sich auch dem amtlichen Leitsatz, wonach der Notar unter Berücksichtigung der Einzelfallumstände nach eigenem Ermessen entscheidet, welche konkreten Ermittlungen er vornimmt.⁴ Dies muss allein schon angesichts des breiten Spektrums der in Betracht kommenden Lebenssachverhalte (Nachlass ist überschaubar und klar strukturiert – Nachlass besteht aus den unterschiedlichsten Gegenständen im In- und Ausland; Erbfall ist erst eingetreten – Erbfall liegt schon mehrere Jahre zurück; Nachlassgegenstände sind noch alle vorhanden und können in der Erblasserwohnung besichtigt werden – Nachlassgegenstände sind bereits veräußert oder entsorgt und die Erblasserwohnung ist aufgelöst; Erbe ist mitwirkungsbereit und hat sorgfältig privates Verzeichnis erstellt – Erbe erschwert die Feststellung des Nachlassbestandes, usw.) so sein. Dies bedeutet aber auch, dass es weder einen gesetzlich vorgegebenen Weg noch allgemeingültige Maßstäbe für die Errichtung des notariellen Nachlassverzeichnisses gibt. Dies sollten Gerichte, wenn sie über die Vollständigkeit und Ordnungsmäßigkeit des vorgelegten Nachlassverzeichnisses judizieren, im Auge behalten und nicht die Anforderungen an die Ermittlungstätigkeit des Notars überspannen.⁵

3. Kritisch zu würdigen ist allerdings der vom OLG Koblenz aufgeführte Beispielskatalog der denkbaren eigenen Ermittlungstätigkeiten des Notars: Die Punkte „Ermittlung von Grundbesitz“ (mithilfe Durchsicht der Unterlagen, Anfrage bei örtlichem Grundbuchamt, usw.) und „Einsichtnahme in die (vollständigen) Kontoauszüge, Sparbücher oder vergleichbare Bankunterlagen für einen 10-Jahres-Zeitraum“ können zwar noch – nach den Umständen des Einzelfalls – als geeignete Ermittlungsmaßnahmen zur Feststellung des für die

¹ BGH, Urteil vom 2.11.1960, V ZR 124/59, BGHZ 33, 373, 377 = NJW 1961, 602.

² Vgl. OLG Celle, Beschluss vom 21.1.2002, 4 W 318/01, DNotZ 2003, 62 ff. m. Anm. *Nieder*; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 21.8.2006, 15 W 23/06, NJW-RR 2007, 881 = ZEV 2007, 329 ff. m. Anm. *Keim* = MittBayNot 2007, 412; OLG Saarbrücken, Beschluss vom 26.4.2010, 5 W 81/10, ZEV 2010, 416 = MittBayNot 2011, 245 f. m. Anm. *G. Müller*; OLG Saarbrücken, Beschluss vom 28.1.2011, 5 W 312/10, ZEV 2011, 373 ff. = FamRZ 2011, 1258; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 31.7.2007, I-7 W 60/07, RNotZ 2008, 105; OLG Schleswig, Urteil vom 25.1.2011, 3 U 36/10, NJW-RR 2011, 946 ff.; OLG Köln, Beschluss vom 21.5.2012, 2 W 32/12, RNotZ 2013, 127 ff.; a. A. *Zimmer*, ZEV 2008, 365, 367 ff.; *Heidenreich*, ZErB 2011, 71 ff.; kritisch auch *Sagmeister*, MittBayNot 2013, 519; dagegen *Kuhn/Trappe*, ZEV 2011, 347 ff.

³ BT-Drucks. 17/11471, S. 227 f.

⁴ So beispielsweise auch *Kuhn/Trappe*, ZEV 2011, 347, 351.

⁵ Der Notar verfügt weder über detektivische Kenntnisse noch über prophetische Fähigkeiten; vgl. dazu bereits die Urteilsanmerkung zum Beschluss des OLG Saarbrücken vom 26.4.2010, 5 W 81/10, MittBayNot 2011, 246.

Berechnung der Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche maßgeblichen Ist- bzw. Sollbestandes in Betracht kommen (wenn man von der grundsätzlichen Schwierigkeit absieht, dass Kontoauszüge häufig nicht vorliegen und gegen extrem hohe Gebühren⁶ erst von der Bank beschafft werden müssen). Die vom OLG Koblenz genannten Punkte „Veranlassung der Einholung von Bewertungsgutachten durch den Auskunftspflichteten“ und „Überprüfung eingeholter Wertgutachten auf Plausibilität“ verdienen aber eindeutig Widerspruch. Denn nach absolut herrschender Ansicht hat der Notar bei Erstellung eines notariellen Nachlassverzeichnisses die einzelnen Gegenstände lediglich aufzunehmen, nicht auch eine Bewertung derselben vorzunehmen.⁷ Bei dem Wertermittlungsanspruch nach § 2314 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB handelt es sich vielmehr um einen selbständigen Anspruch, der vom Auskunftsanspruch zu unterscheiden ist⁸ und durch den Auskunftspflichteten (nicht durch den Notar) zu erfüllen ist. Eine Bewertung der Nachlassgegenstände erfolgt erst nach Erstellung des Nachlassverzeichnisses auf Basis desselben,⁹ wobei hierfür ggf. – auf Kosten des Nachlasses – Sachverständige hinzugezogen werden müssen (zum Beispiel bei Unternehmen, Immobilien, Schmuck, Antiquitäten, usw.).¹⁰ Wenn aber die Wertermittlung nicht zu den Aufgaben des Notars bei Erstellung des Nachlassverzeichnisses gehört, dann sollte sich der Notar meines Erachtens auch insoweit zurückhalten und dies dem Auskunftspflichteten überlassen (was nicht ausschließt, etwaige bereits vorhandene Wertgutachten bzw. Wertangaben informationshalber in das Nachlassverzeichnis aufzunehmen).

Zumindest fraglich erscheint auch der Punkt „Zusammenstellung der einen bestimmten Betrag übersteigenden Verfügungen über die ermittelten Konten, soweit diesen Schenkungen oder sonstige Zuwendungen zugrunde liegen (könnten)“. Denn einerseits führen materiellrechtlich betrachtet alle Schenkungen – egal, welcher Höhe – (mit Ausnahme der in § 2330 BGB genannten Pflichtschenkungen und solchen, die wegen Fristablaufs im Sinne von § 2325 Abs. 3 BGB ausgeschlossen sind) zu Pflichtteilsergänzungsansprüchen, während andererseits eine Klärung des Rechtsgrundes einer Vermögenstransaktion bei Nichtangabe des entsprechenden Verwendungszwecks regelmäßig nicht möglich ist. Müsste man aber alle unklaren Vermögensverfügungen (ab welcher „bestimmten“ Höhe, bleibt nach der Entscheidung des OLG Koblenz unklar) im Nachlassverzeichnis als (potenzielle) Schenkungen aufführen, wäre dies eine nicht zu lösende Aufgabe. Man wird sich daher beispielsweise im Falle von Kontenverfügungen eher beschränken müssen auf Verfügungen, bei denen nach dem angegebenen Verwendungszweck, einer Mitteilung des Erben oder den sonstigen Unterlagen ein ernst zu nehmendes Indiz für den Charakter einer Schenkung oder ehebdingten Zuwendung besteht.

4. Fazit: Das OLG Koblenz räumt selbst ein, dass der von ihm aufgestellte Beispielskatalog weder abschließend ist

⁶ In dem vom BGH beanstandeten Fall der Commerzbank (BGH, Urteil vom 17.12.2013, XI ZR 66/13, BGHZ 199, 281 ff. = NJW 2014, 922) betrug die Gebühren für einen nachträglich erstellten Kontoauszug 15 €.

⁷ Gutachten DNotI-Report 2003, 137, 138; Braun, MittBayNot 2008, 351, 352; Schreinert, RNotZ 2008, 62, 74.

⁸ OLG Frankfurt, Urteil vom 24.7.2012, 11 U 117/10, BeckRS 2012, 20979 = FuR 2012, 678; Weidlich, ErbR 2013, 134, 137.

⁹ OLG Frankfurt, Urteil vom 24.7.2012, 11 U 117/10, BeckRS 2012, 20979 = FuR 2012, 678; JurisPK-BGB/Birkenheier, 7. Aufl. 2014, § 2314 Rdnr. 83 m. w. N.

¹⁰ Vgl. zur Wertermittlung ausführlich insbesondere JurisPK-BGB/Birkenheier, § 2314 Rdnr. 83 ff..

noch einen in jedem Einzelfall durch den Notar zu gewährleistenden Mindeststandard darstellt. Mehr noch als das lässt sich jedoch feststellen, dass der vom OLG Koblenz aufgestellte Beispielskatalog zu weitgehend ist und die Grenzen der notariellen Ermittlungstätigkeit z. T. überdehnt.¹¹ Vor einer kritiklosen Übernahme der vom OLG Koblenz aufgestellten Grundsätze kann daher nur gewarnt werden.

Abschließend bleibt zumindest zu hoffen, dass die Gerichte zukünftig die Anforderungen an ein notarielles Nachlassverzeichnis nicht weiter ins Uferlose verschärfen. Denn: Der Notar weiß und kann viel, aber eben nicht alles. Oder wie der Lateiner sagen würde: „Sunt certi denique fines.“ Und das gilt auch für die Ermittlungstätigkeit des Notars.

Rechtanwältin Dr. Gabriele Müller, Würzburg

¹¹ So auch Hager, DNotZ 2014, 783 ff. in seiner Anmerkung zum Beschluss des OLG Koblenz.

12. BGB § 2278 Abs. 1, § 2289 Abs. 1 (Zur Auslegung eines Erbvertrages zwischen Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft)

Der überlebende Vertragspartner kann im Einzelfall an die Erbeinsetzung eines seiner eigenen Kinder gebunden sein, das mehrere Jahre im gemeinsamen Haushalt gelebt und dem vorverstorbenen Vertragspartner besonders nahe gestanden hat.

OLG München, Beschluss vom 3.11.2014, 31 Wx 280/14; mitgeteilt von Margaretha Förth, Richterin am OLG München

Die 1930 geborene Erblasserin ist die Mutter der Beteiligten zu 1 bis 3, die zwischen 1948 und 1956 geboren sind. Die Beteiligten zu 4 und 5 sind die Töchter einer weiteren vorverstorbenen Tochter. Der Ehemann der Erblasserin verstarb am (...) 1963. Ab 1968 lebte die Erblasserin mit dem vorverstorbenen J. Sch. in nichtehelicher Lebensgemeinschaft. Von den Töchtern lebte nur die jüngste, die Beteiligte zu 3 seit Beginn der Beziehung bis 1975 im Haushalt der Erblasserin und ihres damaligen Lebensgefährten. In dem notariellen Testament der Erblasserin vom 19.2.1973 heißt es unter anderem:

„Ich bin seit dem (...) 1963 verwitwet. Seit etwa fünf Jahren lebe mit mir in Hausgemeinschaft Herr J. Sch., (...) Er ist geschieden und hat zwei Söhne. Ich selbst habe vier Töchter. Ich bin Alleineigentümerin des Grundstücks der Gemarkung (...)

In der Zeit, in der ich mit Herrn Sch. in Hausgemeinschaft lebe, haben wir das Wohnhaus umgebaut und renoviert bzw. modernisiert. Herr Sch. hat hierzu sein gesamtes Einkommen zur Verfügung gestellt (...)

Im Folgenden setzte die Erblasserin J. Sch. zu ihrem Vorerben sowie ihre vier Töchter und den ehelichen bzw. vorehelichen Sohn des geschiedenen Herrn Sch. je zu 1/6 als Nacherben ein.

Am (...) 1980 schlossen J. Sch. und die Erblasserin folgenden notariellen Erbvertrag:

„1) Wir setzen uns gegenseitig zu alleinigen und unbeschränkten Erben ein.

2) Zu Erben des Längstlebenden von uns bestimmen wir die Tochter der Erschienenen zu 1, Fräulein M. M., geboren am ..., wohnhaft in (...)

Falls die eingesetzte Erbin den Erbfall nicht erleben sollte, sollen deren Abkömmlinge, zu gleichen Teilen an ihre Stelle treten.

3) Dem Überlebenden von uns beiden wird das Recht eingeräumt, hinsichtlich des beiderseitigen Vermögens bzw. Nachlasses Teilungsanordnungen, und zwar auch im Wege der letztwilligen Verfügung zu treffen. Er soll insbesondere auch ermächtigt sein, den oder die Übernehmer des von uns hinterlassenen Grundbesitzes zu bestimmen sowie Höhe und Fälligkeit even-

tuell zu leistender Auszahlungen festzulegen und dabei abweichend von vorstehender Ziffer 2) die Erbteile der einzelnen Erben auch verschieden groß zu bestimmen.“

Mit notariellem Testament vom 17.6.1994 setzte die Erblasserin die Beteiligten zu 1 und 2 als Erben ein; mit notariellem Testament vom 31.7.2006 setzte sie die Beteiligte zu 2 als Alleinerbin ein und schließlich mit notariellem Testament vom 11.4.2011 die Beteiligte zu 1.

Mit Beschluss vom 28.4.2014 hat das AG die erforderlichen Tatsachen zur Erteilung des von der Beteiligten zu 3 beantragten Alleinerbscheins für festgestellt erachtet. Dagegen richtet sich die Beschwerde der Beteiligten zu 1. Der Erbvertrag aus dem Jahre 1980 gebe die von der Beteiligten zu 3 behauptete erbvertragliche Bindung nicht her, die für ein besonderes Näheverhältnis angeführten Gründe seien nicht überzeugend. Insbesondere hätten der vom AG angehörte Ehemann der Beteiligten zu 3 und deren Sohn nur Angaben zu den Verhältnissen nach Vertragsschluss gemacht.

Aus den Gründen:

II.

Die Beschwerde ist nicht begründet. Das Nachlassgericht hat zu Recht einen Alleinerbschein für die Beteiligte zu 3 bewilligt. Diese ist durch den Erbvertrag vom 23.10.1980 erbvertraglich bindend zur Alleinerbin der Erblasserin eingesetzt. Die abweichenden späteren letztwilligen Verfügungen der Erblasserin sind nach § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB unwirksam. Die im Erbvertrag vereinbarte Abänderungsbefugnis umfasst nicht die Möglichkeit, einen anderen Schlusserben zu bestimmen.

1. Der Erbvertrag vom 23.10.1980 bezeichnet keine der getroffenen Verfügungen ausdrücklich als „vertragsmäßig“. Ein Erbvertrag muss mindestens eine vertragsmäßige Verfügung enthalten, weil nur eine solche die dem Erbvertrag eigentümliche erbvertragliche Bindung herbeiführt. Eine letztwillige Verfügung ist aber nicht schon deshalb vertragsmäßig getroffen, weil sie in einem Erbvertrag steht. Es muss deshalb im Wege der Vertragsauslegung (§§ 133, 157 BGB) für jede Verfügung gesondert ermittelt werden, ob sie als vertragsmäßig gewollt und damit bindend anzusehen ist. Bei einer Zuwendung an den Vertragspartner liegt die Annahme einer vertragsmäßigen Verfügung besonders nahe. Desgleichen ist eine Zuwendung an eine mit dem Vertragspartner verwandte oder diesem nahe stehende Person in der Regel als bindend und vertragsmäßig gewollt, vor allem, wenn ein Vertragsteil ein Interesse an der Bindung des Erblassers hatte (vgl. *Palandt/Weidlich*, 73. Aufl., § 2278 Rdnr. 2-4 m. w. N.).

2. Hier ergibt die Auslegung, dass nicht nur die gegenseitige Erbeinsetzung der beiden Vertragspartner vertragsmäßig getroffen ist, sondern auch die Bestimmung der Beteiligten zu 3 zur Erbin des Überlebenden.

a) Schon der Inhalt der Urkunde legt das nahe, denn die Vertragsschließenden räumen dem Überlebenden von ihnen nur eine eingeschränkte Abänderungsbefugnis hinsichtlich der Schlusserbenbestimmung ein. In Ziffer 3 des Erbvertrages wird dem Überlebenden ausdrücklich nur das Recht eingeräumt, Teilungsanordnungen zu treffen oder den Übernehmer des Grundbesitzes zu bestimmen sowie Höhe und Fälligkeit etwaiger Auszahlungen festzulegen und dabei die Erbteile der einzelnen Erben verschieden groß zu bestimmen. Daraus folgt, dass der Überlebende nicht berechtigt ist, einen anderen Erben einzusetzen. Dem steht nicht entgegen, dass die Befugnis zu Teilungsanordnungen und abweichender Bestimmung der Erbteile nur in dem Fall Bedeutung erlangen konnte, dass die eingesetzte Alleinerbin den Erbfall nicht erleben und mehrere Abkömmlinge an ihre Stelle treten würden (vgl. Ziffer 2

Satz 2 des Erbvertrages). Das ändert nichts daran, dass eine Abänderungsbefugnis hinsichtlich der Person der eingesetzten Erbin und der Ersatzerben nicht eröffnet wird. Dabei haben die Vertragspartner nicht danach unterschieden, wer von beiden der Überlebende sein würde.

b) Auch die persönlichen Verhältnisse sprechen dafür, dass die Vertragsschließenden eine Bindung auch der Erblasserin an die Erbeinsetzung der Beteiligten zu 3 gewollt haben. Die Beteiligte zu 3 ist zwar nur mit der Erblasserin verwandt und nicht mit dem Vertragspartner. In der Regel hat der Vertragspartner kein Interesse daran, den anderen hinsichtlich der Zuwendung an dessen Verwandte zu binden (vgl. BGH, NJW 1961, 120). Hier liegen aber besondere Umstände vor, die ein Interesse des Vertragspartners an der erbvertraglichen Bindung der Erblasserin an die Erbeinsetzung ihrer eigenen Tochter begründen.

Wie ausdrücklich im Testament aus dem Jahre 1973 festgehalten ist, hatte sich die Erblasserin mit ihrem Erbvertragspartner bereits 1968 zu einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft zusammengefunden. Ihr jüngstes Kind, die Beteiligte zu 3, war damals 12 Jahre alt. Sie lebte in den folgenden Jahren im gemeinsamen Haushalt. Die Erblasserin hatte sich im Zuge der gemeinsamen Vermögensplanung mit ihrem Lebenspartner 1973 zunächst dazu entschlossen, diesen als Vorerben und beider Kinder als Nacherben zu je $\frac{1}{6}$ einzusetzen. Für die Renovierung des Wohnhauses, das der Erblasserin allein gehörte, hatte auch ihr Lebenspartner eigene finanzielle Mittel eingesetzt. Sieben Jahre später – die Beteiligte zu 3 hatte den gemeinsamen Haushalt mittlerweile verlassen – entschlossen sich die Vertragspartner, abweichend von der vorherigen Planung die Beteiligte zu 3, die als einziges Kind der Erblasserin im gemeinsamen Haushalt gewohnt hatte, zur (alleinigen) Schlusserbin einzusetzen. Aus alledem wird deutlich, dass auch der Lebensgefährte der Erblasserin ein eigenes Interesse an der Schlusserbeneinsetzung der Beteiligten zu 3 hatte, für die er ab 1968 Vaterstelle eingenommen hatte.

3. Weder die Vermögensverhältnisse der Vertragspartner noch die spätere Entwicklung der persönlichen Beziehungen sprechen entscheidend gegen die Vertragsmäßigkeit der Schlusserbeneinsetzung. Zwar war formal nur die Erblasserin vermögend, denn sie war Alleineigentümerin der gemeinsam bewohnten Immobilie. Unterschiedliche Vermögensverhältnisse führen jedoch nicht ohne Weiteres dazu, dass eine Bindung des vermögenden Vertragspartners an die Schlusserbeneinsetzung verneint werden müsste (BGH, NJW-RR 2012, 207 Rdnr. 9). Die Erblasserin und ihr Lebensgefährte haben bei ihrer gemeinsamen Vermögensplanung nicht darauf abgestellt, wem die Immobilie rechtlich zuzuordnen war. Ausweislich des Testaments vom 19.2.1973 hatte sich der Lebensgefährte der Erblasserin „mit seinem gesamten Einkommen“ an dem Umbau bzw. der Renovierung des Hauses beteiligt. Es ist deshalb naheliegend, dass die Vertragsschließenden die unterschiedlichen (rechtlichen) Vermögensverhältnisse nicht als maßgeblichen Gesichtspunkt betrachtet haben. Die gegenseitige Erbeinsetzung und die gemeinsame Bestimmung der Beteiligten zu 3 als Schlusserbin stellt sich vielmehr als Fortführung der gemeinschaftlichen Vermögensplanung dar.

Unerheblich ist, wie sich das persönliche Verhältnis des verstorbenen J. Sch. zur Beteiligten zu 3 nach Vertragsschluss weiter entwickelt hat, denn es ist vielmehr auf die Verhältnisse bei Vertragsschluss abzustellen. Ohne Belang ist auch, in welchem Verhältnis er zu den anderen Kindern der Erblasserin stand.

(...)

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

13. GmbHG § 5; AktG § 26 Abs. 2 analog (*Gründungskosten von 60 % des Stammkapitals in einer GmbH-Satzung sind unzulässig*)

Sieht eine GmbH-Satzung vor, dass die GmbH mit einem Stammkapital von 25.000 € Gründungskosten bis zu 15.000 € trägt, so sind diese Kosten unangemessen; diese Satzungsgestaltung ist unzulässig und steht der Eintragung im Handelsregister entgegen. Das ist auch dann nicht anders, wenn diese GmbH im Wege der Umwandlung entsteht und als Sacheinlage eine Kommanditgesellschaft eingebracht wird.

OLG Celle, Beschluss vom 22.10.2014, 9 W 124/14

Mit am 22.8.2014 beim Registergericht ... eingegangenem Antrag hat die Beschwerdeführerin die Eintragung des von ihrer Gesellschafterversammlung am 21.8.2014 beschlossenen Formwechsels in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung unter der Firma „I GmbH“ beantragt. Die künftige Gesellschaft hat ein Stammkapital von 25.000 €.

§ 17 des von der Gesellschafterversammlung festgestellten Gesellschaftsvertrags der (künftigen) Gesellschaft mit beschränkter Haftung lautet wie folgt:

§ 17

Schlussbestimmungen

(1) ...

(2) Die Gesellschaft trägt den im Zusammenhang mit ihrer Gründung entstehenden Aufwand (Notars-, Gerichts- und Veröffentlichungskosten, Beratungskosten, behördliche Gebühren) bis zur Höhe von 15.000 €.

Das Registergericht hat mit Zwischenverfügungen vom 27.8.2014 (Bl. 39 f. d. A.) sowie 8.9.2014 (Bl. 41 f. d. A.) Bedenken gegen die Eintragungsfähigkeit dieser Bestimmung geltend gemacht. Es hat u. a. die Auffassung vertreten, dass Gründungskosten i. H. v. 15.000 € eine unzulässige Vorbelastung des 25.000 € betragenden Stammkapitals der (künftigen) GmbH darstellten, wodurch der Gläubigerschutz beeinträchtigt werde. Im Übrigen müsse der in § 17 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrages geregelte Gründungsaufwand dahingehend spezifiziert werden, dass zu den mit der Gründung der Gesellschaft verbundenen Beratungskosten auch Steuerberaterkosten gehörten, deren Unternehmensbezug zudem nachzuweisen sei.

Mit ihren sich gegen die Beanstandungen des Registergerichts wendenden Eingaben vom 2.9.2014 (Bl. 40 a d. A.) sowie 15.9.2014 (Bl. 44 d. A.) – die Letztere hat das Registergericht als Beschwerde gegen seine Zwischenverfügungen ausgelegt – hat die Beschwerdeführerin die Auffassung vertreten, dass – jedenfalls in Fällen des Formwechsels einer bereits bestehenden Gesellschaft – die Übernahme eines Gründungsaufwands durch die neue Gesellschaft bis zur Höhe des satzungsmäßigen Stammkapitals zulässig sei, da es eine gesetzliche Obergrenze für die Übernahme derartiger Kosten nicht gebe. Anders als im Fall der Neugründung sei beim Formwechsel die Gesellschaft von vornherein selbst originärer Kostenschuldner und nicht deren Gesellschafter. Auch die vom Registergericht verlangte, über die bereits vorgenommene Aufschlüsselung der Gründungskosten hinausgehende weitere Spezifizierung der einzelnen erfassten Positionen sei nicht erforderlich. Der in § 17 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrages verwendete Begriff „Beraterkosten“ umfasse als Oberbegriff sowohl die Kosten für die juristische als auch die steuerliche Beratung.

Aus den Gründen:

II.

(...)

2. In der Sache bleibt die Beschwerde allerdings ohne Erfolg.

a) Zu Recht ist das Registergericht davon ausgegangen, dass die Fassung von § 17 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrages einer Eintragung des beschlossenen Formwechsels in das Handelsregister entgegensteht. Die hierin vorgesehene Belastung des 25.000 € betragenden Stammkapitals der (künftigen) GmbH mit Gründungskosten i. H. v. 15.000 € stellt einen Verstoß gegen den das GmbH-Recht beherrschenden, dem Gläubigerschutz dienenden Grundsatz der Kapitalaufbringung und -erhaltung im Sinne von § 30 GmbHG dar. Dieser Verstoß wird nicht dadurch ausgeräumt, dass eine entsprechende Offenlegung des nach der Vorstellung der Gesellschafter von der Gesellschaft zu tragenden Gründungs- bzw. Umwandlungsaufwands im beschlossenen Gesellschaftsvertrag der künftigen GmbH erfolgt.

aa) Beim Stammkapital einer GmbH handelt es sich um einen Haftungsfonds für die Gesellschaftsgläubiger. Deswegen ist das Stammkapital im Rahmen der Kapitalaufbringung effektiv zu leisten und ein späterer offener oder verdeckter Rückfluss an die Gesellschafter ist zu verhindern. Auf diese Weise soll das Gesellschaftsvermögen bis zur Höhe der Stammkapitalziffer vor einer Zweckentfremdung durch die Gesellschafter geschützt und damit die Funktion des Stammkapitals als Mindestbetriebsvermögen und Befriedigungsreserve für die Gesellschaftsgläubiger erhalten werden (*Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, 20. Aufl., § 30 Rdnr. 5 m. w. N.).

Zwar kann der im Zusammenhang mit der Gründung einer GmbH entstehende, nach der Intention des Gesetzgebers grundsätzlich die Gesellschafter als Gründer treffende Kostenaufwand (sog. Gründerkosten) – solche für notarielle Beurkundung, Handelsregistereintragung, Bekanntmachung, Aufwendungen für Rechtsanwälte und Steuerberater sowie etwaige im Zusammenhang mit der Gründung anfallende Steuern – der Gesellschaft auferlegt werden, so dass diese den Gründungsaufwand zulasten ihres Nominalkapitals zu tragen hat; dies gilt jedenfalls dann, wenn der Gründungsaufwand analog § 26 Abs. 2 AktG im Gesellschaftsvertrag als Gesamtbetrag gesondert festgesetzt worden ist. Da die in dieser Norm geregelte Verteilung der Kosten Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens ist, der für alle Kapitalgesellschaften gleichermaßen gilt, findet § 26 Abs. 2 AktG nach der Rechtsprechung des BGH auch im Recht der GmbH entsprechende Anwendung (BGH, Beschluss vom 20.2.1989, II ZB 10/88, juris-Rdnr. 13; *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, 20. Aufl., § 5 Rdnr. 57). Diese Möglichkeit ist jedoch nicht uneingeschränkt eröffnet:

Selbst dann, wenn im Gesellschaftsvertrag eine entsprechende Kostenübernahmeregelung vorgesehen ist, gewährt diese allerdings nur dann eine Befreiung von der Bindung des § 30 GmbHG, wenn es sich um notwendige Aufwendungen für solche Kosten handelt, die kraft Gesetzes oder nach Art und Umfang angemessen die GmbH treffen (*Fastrich*, a. a. O., § 5 Rdnr. 57 m. w. N.). In der Praxis wird vielfach eine Grenze von 10 % des Stammkapitals angewendet, weil eine bezifferte gesetzliche Obergrenze sich nicht findet.

Dass jedoch eine solche Obergrenze Geltung beansprucht, erschließt sich aus dem Recht der mittels Musterprotokolls gegründeten Unternehmergesellschaft. Zwar kann bei ihr im Fall der Gründung mit einem Stammkapital bis 300 € die Tragung von Gründungskosten bis zur Höhe des gesamten Stammkapitals in der Satzung vorgesehen werden.

Bei Unternehmergesellschaften mit einem höheren Stammkapital, also im Bereich bis zu 24.999 €, ist die Tragung von Gründungskosten jedoch gesetzlich auf den Betrag von 300 € beschränkt. Gerade diese Gestaltung zeigt, dass das Gesetz

dort, wo ein nennenswertes, zur Verfolgung des Gesellschaftszwecks verwendbares Stammkapital aufzubringen ist, dieses nicht überwiegend durch Gründungskosten aufgezehrt werden darf.

bb) Diese Angemessenheitsgrenze, bei deren Einhaltung es gestattet ist, unter Durchbrechung von § 30 GmbHG den Gründungsaufwand der (künftigen) GmbH aufzuerlegen, ist, auch wenn eine bestimmte Obergrenze, innerhalb der eine Vorbelastung als zulässig anzusehen wäre, gesetzlich nicht – über das Beispiel der UG hinaus – normiert ist (vgl. *Spindler/Stilz/Limmer*, Aktiengesetz, München 2007, § 26 Rdnr. 9; *Wachter*, Aktiengesetz, 2. Aufl., § 26 Rdnr. 13), im vorliegenden Fall überschritten. Eine Aufzehrung des Stammkapitals im Umfang von 60 Prozent durch die mit der Gründung verbundenen Kosten, wie sie in § 17 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrags vorgesehen ist, stellt eine so erhebliche Schmälerung der der Sicherung der Gläubiger dienenden Mindesthaftungsmasse dar, dass sich dies mit dem in § 30 GmbHG geregelten Prinzip der Kapitalbindung und -erhaltung, das einen Vorverbrauch und eine Rückzahlung des Stammkapitals grundsätzlich verbietet, in keiner Weise mehr in Einklang bringen lässt.

Dem steht auch nicht entgegen, dass im Streitfall im Gesellschaftsvertrag die Höhe der Gründungskosten von 60 Prozent des Stammkapitals in der Satzung aufgedeckt wird. Denn bei § 26 Abs. 2 AktG handelt es sich um eine Regelung, die von ihrem Schutzzweck her darauf ausgerichtet ist, gläubigerschützende Grundsätze des Gesellschaftsrechts, wie sie in § 30 GmbHG geregelt sind, zu sichern (BGH, a. a. O., juris-Rdnr. 13), nicht hingegen, diese zugunsten der Gesellschaft oder ihrer Gesellschafter einzuschränken oder zu durchbrechen.

cc) Dass im vorliegenden Fall die (künftige) GmbH aus der Umwandlung eines bereits bestehenden Rechtsträgers hervorgeht, und bei einem Formwechsel – anders als bei der Neugründung einer GmbH – Kostenschuldner für die mit der Errichtung des Rechtsträgers in neuer Rechtsform verbundenen Kosten der bestehende Rechtsträger und nicht seine Gesellschafter sind, führt nach Auffassung des Senats zu keiner anderen Beurteilung. Die Gesellschaftsgläubiger einer durch einen Formwechsel entstandenen GmbH sind in nicht geringerem Maße schützenswert als diejenigen einer durch Neugründung entstandenen GmbH. Entsprechend gilt daher auch hier der Grundsatz der Kapitalbindung und -erhaltung, da gemäß § 197 UmwG auf den Formwechsel grundsätzlich die für die neue Rechtsform geltenden Gründungsvorschriften anzuwenden sind, mangels abweichender Bestimmung durch das Umwandlungsgesetz insbesondere auch die Regelungen für den Gründungsaufwand (*Lutter/Decher/Hoger*, UmwG, 5. Aufl., § 197 Rdnr. 23), dem im Fall des Formwechsels die Kosten der Umwandlung entsprechen. Im Streitfall ist nichts aufgezeigt, was die Gründer, in deren Interesse die Umwandlung offenbar liegt, hindern würde, die Gründungskosten als Gründerkosten ihrerseits zu tragen. Im Streitfall spräche – angesichts des Vortrages zum Wert der eingebrachten KG (Satz 2 des Schriftsatzes vom 2.9.2014, GA 40 b) aber auch nichts dagegen, für die künftige Gesellschaft einen Stammkapitalbetrag vorzusehen, der zu satzungsmäßigen Gründungskosten von bis zu 15.000 € in einem angemessenen Verhältnis stünde. Nachvollziehbare und damit in die Entscheidung des Senats einbeziehbare Gründe der künftigen GmbH-Gesellschafter (Gründer), die sie zu einer Gestaltung des künftigen Rechtsträgers mit dem Mindeststammkapital einer GmbH, das von den Gründungs- bzw. Umwandlungskosten bereits zu 60 Prozent aufgezehrt wird, bewogen haben, werden nicht aufgedeckt.

b) Ob sich darüber hinaus vorliegend ein weiteres Eintragungshindernis auch daraus ergibt, dass die einzelnen Kostenpositionen des Gründungsaufwands nicht ausreichend namentlich benannt sind, weil in § 17 Abs. 2 der Satzung anstelle von „Steuerberatungskosten“ nur von „Beratungskosten“ die Rede ist, bedarf nach dem Vorstehenden im Streitfall keiner Entscheidung.

(...)

14. GmbHG § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 und 3, Satz 3, § 66 Abs. 4, § 67 Abs. 3 Satz 1; FamFG § 382 Abs. 4 (*Anforderungen an die Versicherung des Liquidators oder Geschäftsführers einer GmbH in Bezug auf Ausschlussgründe für seine Bestellung*)

1. **Die gegenüber dem Registergericht abzugebende Versicherung des Liquidators oder Geschäftsführers einer GmbH in Bezug auf die Ausschlussgründe nach § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 und 3, Satz 3 GmbHG darf nicht durch bloße Wiedergabe des jeweiligen Wortlautes von § 8 Abs. 3 Satz 1, § 39 Abs. 3 Satz 1, § 67 Abs. 3 Satz 1 GmbHG erfolgen.**
2. **Der Liquidator oder Geschäftsführer muss eine Versicherung abgeben, in der das Vorliegen konkreter Tatsachen verneint wird, die seiner Bestellung entgegenstehen würden.**
3. **Dies gilt auch dann, wenn der von der Gesellschafterversammlung bestellte Liquidator zuvor bereits Geschäftsführer der betroffenen Gesellschaft war und als solcher im Handelsregister eingetragen ist.**

OLG Schleswig, Beschluss vom 3.6.2014, 2 W 36/14

Die Betroffene wendet sich dagegen, dass das Registergericht die Anmeldung der Liquidation und des bisherigen Geschäftsführers als Liquidator zurückgewiesen hat, weil die vom Liquidator abzugebende Versicherung zum Fehlen von Bestellungshindernissen nicht den gesetzlichen Vorgaben entspreche. Alleingesellschafterin der Betroffenen ist die V. P. ApS in Kalundborg/Dänemark. Diese berief durch Gesellschafterbeschluss vom 17.1.2010 Herrn J. P. H., den jetzigen Beteiligten, als alleinigen Geschäftsführer der Betroffenen. Der Beteiligte meldete seine Bestellung sowie die Abberufung des vorherigen Geschäftsführers mit notariell beglaubigter Erklärung vom 19.1.2010 zur Eintragung in das Handelsregister an. In der Anmeldung versicherte er unter anderem, ihm sei nicht die Ausübung eines Berufes/Berufszweiges oder eines Gewerbes/Gewerbe-zweiges untersagt worden und er sei in den letzten fünf Jahren nicht wegen bestimmter, näher bezeichneter Straftaten verurteilt worden. Der Beteiligte wurde am 29.3.2010 als Geschäftsführer der Betroffenen eingetragen. Am 31.12.2013 beschloss die Alleingesellschafterin der Betroffenen die Auflösung der Gesellschaft zum Ablauf desselben Tages. Der Beteiligte wurde in dem Beschluss als Geschäftsführer abberufen und zum alleinigen Liquidator bestellt. Mit notariell beglaubigter Erklärung vom 27.2.2014 hat der Beteiligte die Auflösung der Gesellschaft, seine Abberufung als Geschäftsführer sowie seine Bestellung als Liquidator und die Verhältnisse zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet. Zu Ziffer 5. der Anmeldungserklärung gab der Beteiligte folgende Versicherung ab:

„Ich, der unterzeichnete Herr J. P. H., versichere, dass keine Umstände vorliegen, die meiner Bestellung nach § 66 Abs. 4 i. V. m. § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 und 3 sowie Satz 3 GmbHG entgegenstehen, und dass ich über meine unbeschränkte Auskunftspflicht gegenüber dem Gericht nach § 53 Abs. 2 BZRG durch den Notarvertreter belehrt worden bin.“

Das Registergericht hat mit formlosem Schreiben den Hinweis erteilt, dass die Versicherung des bestellten Liquidators nicht den Erfordernissen des § 66 Abs. 4 i. V. m. § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 und 3, Satz 3 GmbHG entspreche. Mit Schriftsatz vom 4.4.2014 haben sich für die Gesellschaft deren anwaltliche Bevollmächtigte gemeldet und nochmals um Vollzug der Anmeldung, anderenfalls um rechtsmittelfähige

Entscheidung, gebeten. Durch Beschluss vom 17.4.2014 hat das Registergericht die Anmeldung vom 27.2.2014 zurückgewiesen. Dagegen hat die Betroffene Beschwerde eingelegt.

Aus den Gründen:

II.

Die Beschwerde ist nach §§ 58 ff. FamFG zulässig, insbesondere form- und fristgerecht durch die Verfahrensbevollmächtigten der Betroffenen eingelegt worden. Die betroffene Gesellschaft ist nach § 59 Abs. 1 und 2 FamFG beschwerdeberechtigt (vgl. *Keidel/Meyer-Holz*, FamFG, 18. Aufl., § 59 Rdnr. 86).

In der Sache hat das Rechtsmittel jedoch nur insoweit Erfolg, als das Registergericht die Anmeldung vom 27.2.2014 nicht ohne vorherigen Erlass einer förmlichen, gesondert anfechtbaren Zwischenverfügung hätte zurückweisen dürfen (1.). Der Senat weist das Registergericht hingegen nicht an, die angemeldeten Eintragungen zu vollziehen, weil es zu Recht von einem Eintragungshindernis ausgeht (2.).

1. Wenn eine Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister unvollständig ist oder der Eintragung ein anderes durch den Antragsteller behebbares Hindernis entgegensteht, hat das Registergericht dem Antragsteller nach § 382 Abs. 4 Satz 1 FamFG eine angemessene Frist zur Beseitigung des Hindernisses zu bestimmen. Eine Zwischenverfügung in diesem Sinne ist nach § 382 Abs. 4 Satz 2 FamFG gesondert mit der Beschwerde anfechtbar.

Auf diese Weise wird es dem Antragsteller ermöglicht, etwaige Fehler und Mängel der Anmeldung vor einer endgültigen Antragszurückweisung zu beheben. Ein solches Verfahren ist aus rechtsstaatlicher Sicht geboten, um dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu genügen (*Keidel/Heinemann*, FamFG, 18. Aufl., § 382 Rdnr. 20). Der Antragsteller erhält die Möglichkeit, in Bezug auf ein bestimmtes behebbares Eintragungshindernis die Rechtsauffassung des Registergerichts vorab zur Überprüfung durch das Rechtsmittelgericht zu stellen und sodann zu entscheiden, ob das Hindernis zur Vermeidung der Antragszurückweisung behoben werden soll.

Diese Möglichkeit muss auch für die Betroffene bestehen, so dass der Senat den Zurückweisungsbeschluss aufhebt. Es liegt kein Fall vor, in dem der Erlass einer Zwischenverfügung von vornherein sinnlos erscheinen muss, weil der Anmeldende ernsthaft und endgültig zu erkennen gegeben hat, dass er nicht gewillt ist, die Anmeldung anzupassen (vgl. zu einem solchen Fall OLG Düsseldorf, NJW-RR 2013, 746). Die Betroffene hat auf den formlosen Hinweis des Registergerichts vom 3.3.2014 lediglich ausgeführt, warum sie die darin vertretene Auffassung für unzutreffend hält, und um rechtsmittelfähige Entscheidung gebeten. Dass sie nicht bereit ist, das Eintragungshindernis zu beheben, wenn ein Beschwerdeverfahren gegen eine Zwischenverfügung die Rechtsauffassung des Registergerichts bestätigen sollte, ist nicht ersichtlich. Da die Behebung des konkreten Hindernisses sehr einfach und schnell möglich ist, ist ihr offensichtlich an einer Klärung gelegen und nicht daran, unter allen Umständen eine Anpassung der vom Liquidator abzugebenden Versicherung zu vermeiden.

2. Anstelle des Zurückweisungsbeschlusses ergeht die aus dem Tenor ersichtliche Zwischenverfügung, mit der der Betroffenen Gelegenheit gegeben wird, das bestehende Eintragungshindernis zu beheben. Das Registergericht geht in der Sache zutreffend davon aus, dass die in der Anmeldung vom 27.2.2014 enthaltene Versicherung des Beteiligten als Liquidator nicht den Erfordernissen der § 67 Abs. 3 Satz 1, § 66

Abs. 4, § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 und 3, Satz 3 GmbHG entspricht.

a) Nach § 67 Abs. 3 Satz 1 GmbHG hat der Liquidator in der Anmeldung zu versichern, dass keine Umstände vorliegen, die seiner Bestellung nach § 66 Abs. 4 i. V. m. § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 und 3, Satz 3 GmbHG entgegenstehen, und dass er über seine unbeschränkte Auskunftspflicht gegenüber dem Gericht belehrt worden ist.

In § 66 Abs. 4, § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 GmbHG ist geregelt, dass Liquidator nicht sein kann, wer aufgrund eines gerichtlichen Urteils oder einer vollziehbaren Entscheidung einer Verwaltungsbehörde einen Beruf, einen Berufszweig, ein Gewerbe oder einen Gewerbebetrieb nicht ausüben darf, sofern der Unternehmensgegenstand ganz oder teilweise mit dem Gegenstand des Verbots übereinstimmt. Nach § 66 Abs. 4, § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3, Satz 3 GmbHG kann Liquidator nicht sein, wer wegen einer der dort näher bezeichneten vorsätzlich begangenen Straftaten bzw. wegen einer vergleichbaren Tat im Ausland verurteilt worden ist.

b) Der Beteiligte hat in seiner Versicherung vom 27.2.2014 den Gesetzeswortlaut des § 67 Abs. 3 Satz 1 GmbHG wiederholt, wonach keine Umstände vorliegen, die seiner Bestellung nach § 66 Abs. 4 i. V. m. § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 und 3, Satz 3 GmbHG entgegenstehen. Dies genügt nicht. Auch unter Berücksichtigung der aktuellen Rechtsprechung des BGH in seinen Beschlüssen vom 17.5.2010 (FGPrax 2010, 246) und vom 7.6.2011 (FGPrax 2011, 237) ist es erforderlich, dass der Geschäftsführer bzw. der Liquidator eine Versicherung abgibt, in der das Vorliegen konkreter Tatsachen verneint wird, die der Bestellung entgegenstehen würden (1). Die Abgabe einer solchen Versicherung ist im konkreten Fall auch nicht deshalb entbehrlich, weil der Beteiligte zuvor bereits Geschäftsführer der Betroffenen war (2).

(1) Dass der Geschäftsführer bzw. der Liquidator die in § 8 Abs. 3, § 39 Abs. 3, § 67 Abs. 3 GmbHG vorgesehenen Versicherungen abzugeben hat, dient dem Zweck, das Anmeldungs- und Prüfverfahren für das Registergericht zu erleichtern. Der Gesetzgeber wollte verhindern, dass das Gericht zur Überprüfung der Umstände, die gemäß § 6 Abs. 2 Satz 2 und 3 GmbHG einer Bestellung entgegenstehen, selbst Auskunft aus dem Zentralregister einholen muss. Die Versicherung hat den Zweck, dem Registergericht auf einfache und schnelle Art diejenigen Informationen zu vermitteln, die es sich ansonsten – unter erhöhtem Verwaltungsaufwand – durch Auskunftsersuchen selbst verschaffen müsste (BGH, FGPrax 2010, 246, unter Bezugnahme auf BT-Drucks. 8/1347, S. 34).

Eine davon zu trennende Frage ist, ob die Versicherung richtig und vollständig ist. Die Richtigkeit und Vollständigkeit wird nach dem Willen des Gesetzgebers zum einen dadurch sichergestellt, dass der Geschäftsführer/Liquidator einer strafrechtlichen Verantwortung nach § 82 Abs. 1 Nr. 5 GmbHG unterworfen ist (BGH, FGPrax 2010, 246, unter Bezugnahme auf BT-Drucks. 8/1347, S. 34). Zum anderen muss sich die Versicherung nach § 8 Abs. 3, § 39 Abs. 3, § 67 Abs. 3 GmbHG darauf beziehen, dass der Erklärende von einer rechtskundigen Person über seine unbeschränkte Auskunftspflicht belehrt worden ist. Eventuell verbleibende Unklarheiten über Umfang und Bedeutung der zu versichernden Umstände hat der Geschäftsführer zur Vermeidung von Haftungsrisiken durch Inanspruchnahme rechtlicher Beratung zu klären (BGH, FGPrax 2010, S. 246).

Unter Berücksichtigung des dargestellten Gesetzeszwecks hat der BGH in dem genannten Beschluss vom 17.5.2010 der bisher ganz herrschenden Meinung, wonach der Erklä-

rende ausdrücklich die einzelnen Straftatbestände des Katalogs in § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 GmbHG zu benennen und zu verneinen habe, eine Absage erteilt (zur früher herrschenden Meinung vgl. aus der Rechtsprechung nur OLG München, NJW-RR 2009, 971, m. w. N.; aus der Literatur *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, 10. Aufl., § 67 Rdnr. 12 m. w. N.; *MünchKommGmbHG/H. F. Müller*, § 67 Rdnr. 18; *Michalski/Nerlich*, GmbHG, 2. Aufl., § 67 Rdnr. 15; *Lutter/Hommelhoff/Kleindiek*, GmbHG, 17. Aufl., § 67 Rdnr. 8).

Der BGH hat im Beschluss vom 17.5.2010 ausgeführt, die Versicherung, der Erklärende sei „noch nie, weder im Inland noch im Ausland, wegen einer Straftat verurteilt worden“, genüge den gesetzlichen Anforderungen für die Versicherung in Bezug auf strafrechtliche Verurteilungen. Der Wortlaut des § 8 Abs. 3 GmbHG verlange die ausdrückliche Benennung der einzelnen Straftatbestände nicht. Der Gesetzeszweck werde vollständig erreicht, wenn das Registergericht mit der weit gefassten Versicherung auch die darin selbstverständlich enthaltene Information erhalte, dass der Erklärende nicht wegen der im Katalog des § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 genannten Straftaten verurteilt worden sei.

Aus dem Beschluss des BGH vom 17.5.2010 ist darüber hinaus teilweise hergeleitet worden, dass die Versicherung nach § 8 Abs. 3, § 39 Abs. 3, § 67 Abs. 3 GmbHG sich auf die Wiedergabe des Gesetzestextes beschränken dürfe (OLG Stuttgart, GmbHR 2013, 91, mit zustimmender Anmerkung *Oppenländer*; *Kunkel* in jurisPR-HaGesR 3/2013 Anm. 1; *Wachter*, ZIP 2010, 1339, 1341). Die Begründung des BGH passe auch für eine Versicherung mit diesem Inhalt. Der Gesetzeswortlaut verlange eine weitergehende Versicherung nicht. Das Registergericht erhalte auch mit einer dem Gesetzestext wörtlich entsprechenden Versicherung alle für die Eintragung erforderlichen Informationen. Allenfalls für das versichernde Organmitglied sei das Risiko, unbewusst eine falsche Versicherung abzugeben, größer.

Dieser Auffassung tritt der Senat nicht bei. Auch wenn die Versicherung des Geschäftsführers/Liquidators in Bezug auf den Ausschlussgrund nach § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 GmbH in der Verneinung jeglicher Verurteilung wegen Straftaten bestehen kann, bedeutet dies nicht, dass sogar eine Versicherung ausreicht, die lediglich den Gesetzeswortlaut wiedergibt.

Das Registergericht hat im Nichtabhilfebeschluss zutreffend ausgeführt, dass eine Versicherung, wie sie Gegenstand des Beschlusses des BGH vom 17.5.2010 war, hier gerade nicht abgegeben worden sei. Der Beteiligte hat auch keine teilweise auf das Gesetz verweisende Erklärung etwa mit dem Inhalt abgegeben, dass er unter Bezugnahme auf § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 GmbH versichert, er sei wegen keiner der dort genannten Straftaten oder im Ausland wegen vergleichbarer Taten rechtskräftig verurteilt worden (vgl. dazu OLG Hamm, NJW-RR 2011, 833; *Tebben*, RNotZ 2008, 441, 449). Vielmehr hat der Beteiligte in der Versicherung vom 27.2.2014 überhaupt keine konkreten Tatsachen genannt, die sich auf etwaige Berufsverbote (§ 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 GmbHG) oder strafrechtliche Verurteilungen (§ 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3, Satz 3 GmbH) beziehen. Aus der Versicherung ergibt sich nicht mehr, als dass er selbst geprüft hat, ob aufgrund der ihm bekannten und nicht dem Registergericht mitgeteilten Tatsachen einer der Ausschlussgründe in § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 und 3, Satz 3 GmbHG eingreift, und dass er das Ergebnis seiner Rechtsanwendung mitteilt.

Die Versicherung nach § 8 Abs. 3, § 39 Abs. 3, § 67 Abs. 3 GmbHG soll nach der Rechtsprechung des BGH indes nur die eigene Tatsachenermittlung durch das Gericht ersetzen, nicht aber eine rechtliche Wertung anstelle des Registergerichts

vornehmen (*Wohlrab*, DNotZ 2011, 792). Die Prüfung, ob ein Bestellungshindernis vorliegt, obliegt dem Registergericht (*Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, 20. Aufl., § 8 Rdnr. 16).

Insbesondere in Bezug auf das Bestellungshindernis nach § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 GmbH wird deutlich, dass eine bloße Wiedergabe des Gesetzestextes nicht zur umfassenden Information des Registergerichts führt, weil das Registergericht und nicht der Geschäftsführer/Liquidator die Wertung zu treffen hat, ob der Unternehmensgegenstand ganz oder teilweise mit dem Gegenstand des Berufsverbotes übereinstimmt (OLG Frankfurt, GmbHR 2011, 1156; GmbHR 2010, 918; *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG, 5. Aufl., § 8 Rdnr. 24). Der Gesetzgeber hat in § 8 Abs. 3, § 39 Abs. 3, § 67 Abs. 3 GmbHG keine Formulierung des erforderlichen bzw. ausreichenden Wortlauts der Versicherung vorgegeben, sondern lediglich eine inhaltliche Vorgabe dahingehend gemacht, dass sich aus der Versicherung ergeben muss, dass keine Umstände vorliegen, die der Bestellung entgegenstehen (OLG Frankfurt, GmbHR 2011, 1156).

Aber auch in Bezug auf das Bestellungshindernis nach § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3, Satz 3 GmbH wird die zuverlässige Tatsachenfeststellung durch das Registergericht erschwert, wenn der Geschäftsführer/Liquidator lediglich das Ergebnis seiner eigenen Rechtsanwendung mitteilt, statt zum Vorliegen strafrechtlicher Verurteilungen konkrete Tatsachen anzugeben. Dies wird deutlich anhand des Falls, der dem Beschluss des BGH vom 7.6.2011 (FGPrax 2011, 790) zugrunde lag. Ein neu bestellter Geschäftsführer hatte in seiner Versicherung zunächst den Wortlaut des § 39 Abs. 3 GmbHG wiederholt und dies sodann dahin präzisiert, dass er „während der letzten fünf Jahre“ nicht wegen vorsätzlicher Straftaten verurteilt worden sei. Damit offenbarte er seinen Rechtsirrtum darüber, dass die Fünfjahresfrist nach § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 GmbHG nicht mit der Verurteilung, sondern mit der Rechtskraft des Urteils zu laufen beginnt. Auf diese Weise teilte er eine wesentliche Tatsache nicht mit, nämlich ob er vor mehr als fünf Jahren strafrechtlich verurteilt worden und die Verurteilung lediglich innerhalb der letzten fünf Jahre rechtskräftig geworden ist.

In dem vom BGH entschiedenen Fall konnte das Gericht den Rechtsirrtum bemerken, weil der Geschäftsführer nicht nur mit dem Wortlaut des § 39 Abs. 3 GmbHG das Ergebnis seiner eigenen Prüfung mitgeteilt, sondern zusätzlich die aus seiner Sicht maßgeblichen Tatsachen mitgeteilt hatte. Wenn aber der Geschäftsführer/Liquidator nur noch das Ergebnis seiner eigenen Subsumtion mitteilen müsste, würde der Erklärende damit dem Registergericht keine Tatsachen für dessen rechtliche Bewertung zur Verfügung stellen, sondern seine eigene Beurteilung über das Fehlen von Bestellungshindernissen an die Stelle der Prüfung durch das Registergericht setzen. Dies wäre auch dann nicht hinzunehmen, wenn der Geschäftsführer/Liquidator für die Folgen seines fahrlässigen Rechtsirrtums möglicherweise nach § 82 Abs. 1 Nr. 5 GmbHG bestraft werden könnte (zu den Schwierigkeiten bei der Abgrenzung von Tatbestandsirrtum nach § 16 StGB und Verbotirrtum nach § 17 StGB vgl. nur *Baumbach/Hueck/Haas*, GmbHG, 20. Aufl., § 82 Rdnr. 6 m. w. N.). Dem Registergericht muss jedenfalls durch die Angabe von Tatsachen eine eigene Prüfung ermöglicht werden.

(2) Schließlich ist die Versicherung des Beteiligten nach § 67 Abs. 3 GmbH auch nicht deshalb entbehrlich, weil dieser bereits Geschäftsführer der Betroffenen war und als solcher am 19.1.2010 versichert hatte, ihm sei nicht die Ausübung eines Berufes/Berufszweiges oder eines Gewerbes/Gewerbe-

zweiges untersagt worden, und er sei in den letzten fünf Jahren nicht wegen bestimmter, näher bezeichneter Straftaten verurteilt worden.

Teilweise wird die Auffassung vertreten, bei geborenen Liquidatoren nach § 66 Abs. 1 GmbHG könne die Bezugnahme auf eine frühere Versicherung genügen, falls diese den Anforderungen des Gesetzes entsprochen habe (*Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 10. Aufl., § 67 Rdnr. 12*, unter Hinweis auf die Amtskontinuität). Die herrschende Meinung verlangt dagegen auch von geborenen Liquidatoren die Abgabe einer neuen Versicherung, weil das Gesetz für die abzugebende Erklärung nicht zwischen „geborenen“ und „gekorenen“ Liquidatoren differenziert und der Geschäftsführer/Liquidator nunmehr ein neues Amt mit verändertem Aufgabenbereich antrete (*MünchKommGmbHG/H. F. Müller, § 67 Rdnr. 22*; so auch *Michalski/Nerlich, GmbHG, 2. Aufl., § 67 Rdnr. 15; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, 17. Aufl., § 67 Rdnr. 8; Pfeifer, Rpfleger 2008, 408, 411*).

Dazu bedarf es hier keiner Entscheidung. Der Beteiligte ist bereits nicht allein kraft seiner Eigenschaft als bisheriger Geschäftsführer geborener Liquidator, sondern ausdrücklich als Geschäftsführer abberufen und als Liquidator neu bestellt worden. Ferner hat er in seiner Erklärung vom 27.2.2014 nicht auf seine – immerhin vier Jahre zurückliegende – Versicherung vom 19.1.2010 Bezug genommen, sondern die Auffassung vertreten, die abzugebende Versicherung könne in der Wiedergabe des Gesetzestextes bestehen. Schließlich würde die seinerzeit abgegebene Versicherung zum Fehlen strafrechtlicher Verurteilungen auch nicht den Vorgaben des BGH im Beschluss vom 7.6.2011 entsprechen, weil der Beteiligte den Zeitraum von fünf Jahren nicht an den Zeitpunkt der Rechtskraft einer etwaigen Verurteilung geknüpft hat.

(...)

15. AktG § 130 Abs. 1 (*Einheitliche notarielle Beurkundung aller Beschlüsse einer nichtbörsennotierten AG bei nur einem Beschluss mit erforderlicher Dreiviertelmehrheit*)

Wird in der Hauptversammlung einer nicht börsennotierten Gesellschaft auch nur ein Beschluss gefasst, für den das Gesetz eine Dreiviertel- oder größere Mehrheit bestimmt, so kommt die Formelerleichterung des § 130 Abs. 1 Satz 3 AktG insgesamt nicht in Betracht. Vielmehr sind sämtliche Beschlüsse der Hauptversammlung notariell zu beurkunden. (Leitsatz der Schriftleitung)

OLG Jena, Urteil vom 16.4.2014, 2 U 608/13

Die Klägerin begehrt die Feststellung, dass die auf der Hauptversammlung der nicht börsennotierten Beklagten vom 29.8.2008 zu den Tagesordnungspunkten 3 ff. gefassten Beschlüsse nichtig sind.

Mit dem angefochtenen Urteil vom 20.6.2013 hat das LG die Nichtigkeit der gefassten Beschlüsse antragsgemäß festgestellt. Wegen der tatsächlichen Feststellungen und der Entscheidungsgründe wird auf die angefochtene Entscheidung Bezug genommen, § 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO.

Mit ihrer Berufung rügt die Beklagte, das LG gehe unzutreffend von dem angeblichen Grundsatz der Unteilbarkeit der Protokollierung aus. Der Wortlaut des § 130 Abs. 1 AktG spreche eindeutig nur von einer Beurkundungspflicht eines jeden Beschlusses, nicht jedoch von der Beurkundungspflicht der Hauptversammlung insgesamt. Letzteres würde den Gründen der Einführung der sogenannten „kleinen Aktiengesellschaft“ widersprechen, da es Ziel gewesen sei, solche Aktiengesellschaften von den allzu starren Vorschriften für die börsennotierten Aktiengesellschaften zu befreien, und dem auch die geänderte Fassung des § 130 AktG dienen solle. Es sei nicht erkennbar,

weshalb bei klar trennbaren Beschlüssen solche Beschlüsse, welche nach dem Gesetz keine Dreiviertel- oder größere Mehrheit vorsehen würden, nicht der erleichterten Protokollierungsform unterfallen sollten. Ordentlich protokollierte Beschlüsse würden sich nicht widersprechen und es sei nicht erkennbar, weshalb Verfahrensbeschlüsse nicht eindeutig zuordenbar sein sollten. Bei richtiger Auslegung des § 130 Abs. 1 AktG gelange man zum Gegenteil des angeblichen Grundsatzes der Unteilbarkeit des Hauptversammlungsprotokollens.

Selbst wenn man aber der Rechtsauffassung des LG zur „Unteilbarkeit der Protokollierung“ folgte, habe das LG doch übersehen, dass der Beschluss zu Tagesordnungspunkt 4 in keinem Zusammenhang mit einem Formmangel und dessen Heilung und auch nicht im Zusammenhang mit der sogenannten „Unteilbarkeit der Protokollierung“ stünde. Vielmehr gehe es bei dieser Beschlussfassung um Ergänzungen und Änderungen der Satzung. Zwar treffe es zu, dass die Satzungsänderung in § 7 der Satzung gegen § 202 Abs. 1 AktG verstoße. Die übrigen Satzungsänderungen seien jedoch nicht zu beanstanden. Es handele sich inhaltlich mithin um einen Beschluss, der in einem Teil fehlerhaft und in den übrigen Teilen einwandfrei beschlossen worden sei. Darauf könne § 139 BGB angewendet werden. Hätte das LG sich damit beschäftigt, wäre es zu dem Ergebnis gelangt, dass die Annahme der Nichtigkeit der von dem Mangel nicht erfassten Teilbeschlüsse nicht geboten sei.

Die Beklagte beantragt, unter Abänderung des Urteils des LG Mühlhausen, Az. 1 HK O 67/12, die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Die Klägerin trägt vor, das LG habe zu Recht die Auffassung vertreten, dass sämtliche Verstöße wegen Verstoßes gegen § 241 Nummer 2 AktG nichtig seien. Der Grundsatz von der Unteilbarkeit der Hauptversammlung entspreche der ganz herrschenden Meinung im Schrifttum. Eine Aufteilung in eine notarielle und privatschriftliche Niederschrift würde entgegen § 130 Abs. 5 AktG dazu führen, dass zwei Niederschriften mit einem womöglich einander widersprechenden Inhalt zum Handelsregister einzureichen wären. Verfahrensbeschlüsse könnten mangels eindeutiger Zuordnung zu dem einen oder anderen Sachbeschluss nicht hinreichend erfasst werden. Schließlich wäre auch nicht klar, welcher der beiden Protokollführer jederzeit mögliche Widersprüche zu protokollieren hätte.

§ 139 BGB finde auf Beschlüsse in der Hauptversammlung von Aktiengesellschaften keine Anwendung. Selbst wenn man § 139 BGB bei „zusammengesetzten Beschlüssen“ für grundsätzlich anwendbar halte, sei der angegriffene Beschluss zur Satzungsänderung nicht teilbar. Der Wortlaut des Beschlusses spreche eindeutig von einer Neufassung der Satzung. Damit komme klar zum Ausdruck, dass gerade nicht nur einzelne Bestimmungen geändert werden sollten. Es sei für die Aktionäre nicht ersichtlich, ob einzelne geänderte Bestandteile auch isoliert geändert werden sollten. Vielmehr lasse sich aus dem Wortlaut des Beschlusses allein entnehmen, dass die Beklagte eine komplett neue Satzung erhalten sollte.

Ergänzend wird auf die im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze und die Niederschrift der mündlichen Verhandlung vom 12.3.2014 Bezug genommen.

Aus den Gründen:

II.

Die Berufung ist unbegründet. Das LG hat zu Recht festgestellt, dass die auf der Hauptversammlung der Beklagten vom 29.8.2008 zu den Tagesordnungspunkten 3 ff. gefassten Beschlüsse gemäß § 241 Nummer 2, 3 AktG bzw. 23 Abs. 5 Satz 1 AktG nichtig sind, weil sie

– entgegen § 130 Abs. 1 AktG nicht sämtlich durch eine über die Verhandlung notariell aufgenommene Niederschrift beurkundet worden sind und

– der Beschluss zu Tagesordnungspunkt 4 auch inhaltlich an einem zur Nichtigkeit führenden Mangel leidet.

Nach § 130 Abs. 1 Satz 1 AktG ist jeder Beschluss der Hauptversammlung durch eine über die Verhandlung notariell aufgenommene Niederschrift zu beurkunden. Nach § 241 Nr. 2

AktG ist ein Beschluss der Hauptversammlung nichtig, wenn er nicht nach § 130 Abs. 1 AktG i. V. m. § 130 Abs. 2 Satz 1 und Abs. 4 AktG beurkundet ist. Die Beschlüsse zu TOP 3, 5 ff. sind nichtig, weil keine formgerechte Niederschrift über die Beschlussfassung in der Hauptversammlung erstellt worden ist.

a) Die auf der Hauptversammlung der Beklagten am 29.8.2008 gefassten Beschlüsse ergeben sich aus der notariellen Niederschrift, die die Klägerin in Anlage K1 in Kopie vorgelegt hat (betreffend die Beschlüsse zu TOP 3 und 4) und aus der privatschriftlichen Niederschrift, die die Klägerin in Anlage K2 in Kopie vorgelegt hat. In Bezug auf die zu den Tagesordnungspunkten 3 und 5-8 gefassten Beschlüsse sieht das Aktiengesetz nicht vor, dass sie mit einer Dreiviertel- oder größeren Mehrheit gefasst werden müssten. Auf die Beschlussfassung zu Tagesordnungspunkt 4, mit dem die Hauptversammlung die Satzung der Gesellschaft zumindest in verschiedener Hinsicht geändert oder aber neugefasst hat, ist hingegen § 179 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 AktG anzuwenden, so dass der Beschluss einer Mehrheit bedarf, die mindestens drei Viertel des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals umfasst; diese Beschlussfassung wird durch § 130 Abs. 1 Satz 3 AktG daher nicht erfasst.

b) Dass auf der Hauptversammlung ein Beschluss gefasst worden ist, der nicht § 130 Abs. 1 Satz 3 AktG unterfällt, führt dazu, dass die gesamte Niederschrift über die Hauptverhandlung zur Beurkundung der Beschlussfassung notariell aufzunehmen war.

Legt man bei dem Verständnis des § 130 Abs. 1 AktG das Gewicht auf den einzelnen Beschluss („Jeder Beschluss...“; „... soweit keine Beschlüsse ...“), kann man zu dem Ergebnis gelangen, dass von den auf einer privatschriftlich protokollierten Hauptversammlung einer nicht börsennotierten Aktiengesellschaft gefassten Beschlüssen nur diejenigen nichtig sind, die nicht § 130 Abs. 1 Satz 3 AktG unterfallen. Nach dieser Auffassung genügt dies dem Sinn und Zweck der notariellen Niederschrift, der Beweissicherung der in der Hauptversammlung gefassten Beschlüsse und abgegebenen Erklärungen zu dienen, entspricht dies dem Regelungszweck, mit dem eine Gleichstellung mit den Vorschriften der GmbH angestrebt wurde und lässt sich auch nur auf diesem Wege die beabsichtigte Kostensenkung für die Beurkundung von Hauptversammlungsbeschlüssen erreichen (vgl. *Blanke*, BB 1995, 681, 682).

Legt man hingegen bei dem Verständnis der Norm das Gewicht auf die Gesamtheit der Verhandlung („... über die Verhandlung ...“, „... soweit keine Beschlüsse ...“), gelangt man über den Grundsatz der Unteilbarkeit des Hauptversammlungsprotokolles zu dem entgegengesetzten Ergebnis. Dieser Auffassung schließt sich der Senat an. Hierfür spricht zunächst § 130 Abs. 5 AktG, der offenkundig voraussetzt, dass lediglich eine Niederschrift über die Hauptversammlung gefertigt und beim Handelsregister eingereicht wird. Dafür spricht auch, dass ein beurkundungsbedürftiger Sachbeschluss nicht sinnvoll von einem zu diesem gehörigen, ebenfalls beurkundungsbedürftigen Verfahrensbeschluss getrennt werden kann, ebenso wenig wie von einer Beurkundung nach § 131 Abs. 5 AktG und der Beurkundung eines Widerspruches gemäß § 245 Nr. 1 AktG, welcher während der gesamten Dauer der Hauptversammlung in zulässiger Weise erhoben werden kann. Die Hauptversammlung bildet deshalb eine Einheit, die entweder insgesamt notariell zu beurkunden oder, soweit zulässig, privatschriftlich zu protokollieren ist (*Hüffer*, AktG, 10. Aufl., § 130 AktG, Rdnr. 14c; *Faßbender*, RnotZ 2009, 425, 428; *MünchKommAktG/Kubis*, 3. Aufl., § 130

AktG, Rdnr. 30; *Bürgers/Körber-Reger*, AktG, 2. Aufl., § 130 AktG, Rdnr. 33; *Schmidt/Lutter-Ziemonis*, Aktiengesetz, 2. Aufl., § 130 AktG, Rdnr. 35, 37).

c) Die Anwendung des Grundsatzes der Unteilbarkeit des Protokolles über die Hauptversammlung führt zu dem Ergebnis, dass auch diejenigen Beschlüsse, die zum Gegenstand des notariell beurkundeten Protokollteiles geworden sind, nicht der notwendigen Form genügen und nichtig sind, da andernfalls die Niederschrift der Hauptversammlung in verschiedene Teile zerfiele. Auch die zu den Tagesordnungspunkten 3 und 4 gefassten Beschlüsse sind daher wegen Formmangels nichtig. Der Formmangel des Beschlusses zu TOP 4 ist allerdings gemäß § 242 Abs. 1 AktG geheilt, da dieser Beschluss am 19.5.2009 in das Handelsregister eingetragen wurde.

2. Aber auch der Beschluss zu Tagesordnungspunkt 4 ist gemäß § 241 Nr. 3, § 23 Abs. 5 Satz 1 AktG nichtig. Die Nichtigkeit ist nicht gemäß § 242 Abs. 2 AktG geheilt.

a) Der Beschluss zu Tagesordnungspunkt 4 enthält unter anderem eine Änderung des § 7 der Satzung, welche gegen § 202 Abs. 2 Satz 1, § 202 Abs. 3 Satz 1 AktG verstößt.

aa) Für die Feststellung des Inhaltes einer Beschlussfassung der Hauptversammlung ist dessen objektives Verständnis, ausgehend von seinem Wortlaut, maßgeblich (*Henssler/Strohn-Drescher*, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., § 241 Aktiengesetz, Rdnr. 10; OLG München, Urteil vom 27. August 2008, 7 U 5678/07, zitiert nach juris, Rdnr. 55).

Der Wortlaut der in der Einladung zur Hauptversammlung angekündigten Beschlussvorlage und des ausweislich der notariell protokollierten Niederschrift zur Abstimmung gestellten Beschlusses könnte zwar darauf hindeuten, dass die Hauptversammlung lediglich den in der Satzung ausgewiesenen DM-Betrag auf einen Euro-Betrag umstellen wollte. Dem steht aber entgegen, dass der Vorsitzende vor der Beschlussfassung ausdrücklich auf den in Anlage 3 der Niederschrift beigefügten Wortlaut der Satzungsneufassung – mit welchem die Eintragung in das Handelsregister auch erfolgt ist – verwiesen und die Hauptversammlung daraufhin die Neufassung der Satzung beschlossen hat. Diese enthält unter § 7, 1. nicht lediglich die Umstellung des Währungsbetrages, sondern auch den Wegfall der unter § 7, 1. der geänderten Satzung noch enthaltenen Befristung. Da die ursprüngliche Befristung zudem bereits am 31.12.1999 ausgelaufen war, lässt die Aufnahme der geänderten Fassung objektiv den Schluss auf den Willen der Hauptversammlung zu, den Vorstand durch die Satzungsänderung neuerlich im Sinne des § 202 Abs. 2 Satz 1, Abs. 1 AktG zu ermächtigen.

bb) Die geänderte Fassung verstößt gegen § 202 Abs. 2 Satz 1 AktG, weil sie für die Ausübung der Ermächtigung keine Befristung enthält, und gegen § 202 Abs. 3 Satz 1 AktG, weil der Nennbetrag des genehmigten Kapitals von € die Hälfte des zur Zeit der Beschlussfassung vorhandenen Grundkapitals der Gesellschaft von ausweislich des in Kopie vorgelegten Handelsregisterauszuges € übersteigt.

b) Infolge dieses Verstoßes ist die Beschlussfassung gemäß § 241 Nr. 3 AktG bzw. § 23 Abs. 5 Satz 1 AktG jedenfalls insoweit nichtig, als sie die Änderung des § 7 der Satzung enthält (*Henssler/Strohn-Vetter*, a. a. O., § 23 AktG, Rdnr. 25; *Drescher*, a. a. O., § 241 AktG, Rdnr. 35).

c) Damit ist die Beschlussfassung zu Tagesordnungspunkt 4 in ihrer Gesamtheit nichtig, weil sich nicht feststellen lässt, dass die Hauptversammlung den Beschluss auch ohne den nichtigen Teil gefasst haben würde, § 139 BGB.

§ 139 BGB ist anwendbar. Die nichtige Änderung des § 7 der Satzung ist von dem übrigen zum Gegenstand der Beschluss-

fassung gewordenen Inhalt der Satzung objektiv trennbar. Es ist somit durch Auslegung des Beschlusses zu ermitteln, ob die Hauptversammlung, wenn sie die Nichtigkeit des Teiles gekannt hätte, am Beschluss im Übrigen festgehalten hätte (Hanseatisches OLG Hamburg, Urteil vom 29.10.1999, 11 U 71/99, zitiert nach juris, Rdnr. 64).

Ausweislich der Ankündigung zur Beschlussvorlage in der Tagesordnung, die mit der Einladung zur Hauptversammlung verschickt worden ist und der notariellen Niederschrift vom 29.8.2008 zu Punkt 4 wurden die verschiedenen Änderungen und die Entscheidung über die Neufassung der Satzung von vornherein nur einheitlich zur Abstimmung gestellt. Die Aktionäre auf der Hauptversammlung haben ihren Willen nur angesichts der Gesamtheit der Änderungen bilden können. Es lässt sich daher nicht feststellen, dass die Aktionäre den Willen hatten, fehlerfreie Teile des Beschlusses ohne den fehlerhaften Teil zu beschließen; die Beschlussfassung ist somit insgesamt nichtig (vgl. *Henssler/Strohn-Drescher*, a. a. O., § 241 AktG, Rdnr. 45; OLG Stuttgart, Urteil vom 29.2.2012, 20 U 3/11, zitiert nach juris, Rdnr. 265). Dies gilt umso mehr, als die mit der Neufassung der Satzung beschlossene, geänderte Fassung des § 7 nicht lediglich eine Formalie enthält, sondern wegen der Erteilung einer neuen Ermächtigung an den Vorstand von erheblicher inhaltlicher Bedeutung ist.

d) Die Geltendmachung der Nichtigkeit durch die Klägerin ist nicht gemäß § 242 Abs. 2 Satz 1 AktG ausgeschlossen.

(...)

Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

16. BGB § 878 (*Zur Anwendung von § 878 BGB bei Verfügungen eines Nichtberechtigten*)

1. **Zur Anwendung von § 878 BGB bei Verfügungen eines Nichtberechtigten.**
2. **Verliert der Auflassende seine Verfügungsbefugnis nach Antragstellung beim Grundbuchamt, ist der Verlust der Rechtsinhaberschaft nicht durch die Regelung des § 878 BGB auszugleichen. (Leitsatz der Schriftleitung)**

OLG Nürnberg, Beschluss vom 23.6.2014, 15 W 1126/14

Mit Kaufvertrag vom 20.6.2013 verkaufte die Beschwerdeführerin zu 2 die beim AG Nürnberg im Grundbuch für ... Blatt 1... und 2... vorgetragenen Grundstücke an den Beschwerdeführer zu 1. Unter II. 2. des Vertrages erklärten die Vertragsparteien die Auflassung; zugleich bewilligten und beantragten sie die Eintragung im Grundbuch.

Eigentümer des Grundstücks 2 waren zunächst zwei Erbengemeinschaften zu je ½. Mit Vertrag vom 11.10.2011 verkaufte die eine der Erbengemeinschaften ihren Miteigentumsanteil an die Beschwerdeführerin zu 2. Am 13.9.2012 verkaufte auch die zweite Miterbengemeinschaft ihren Anteil an die Beschwerdeführerin zu 2; in dem Vertrag erklärten die Parteien die Auflassung. Am 12.12.2012 legte der Notar die erste, am 2.9.2013 die zweite Urkunde dem Grundbuchamt vor; zugleich bewilligte und beantragte er aufgrund der ihm in den Verträgen erteilten Vollmacht die Eintragung des Eigentumsübergangs. Die Eigentumsumschreibung auf die Beschwerdeführerin zu 2 erfolgte hinsichtlich des ersten Vertrages am 20.2.2013, hinsichtlich des zweiten Vertrages am 1.10.2013.

Am 3.12.2012 verkaufte die Beschwerdeführerin zu 2 das Grundstück an die B GmbH; die Vertragsparteien erklärten die Auflassung und bewilligten und beantragten die Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuch. Am 1.10.2013 wurde das Eigentum an den Grundstücken von der Beschwerdeführerin zu 2 auf die B. GmbH umgeschrieben.

Mit Schreiben vom 9.10.2013 wurde der Vollzug des Kaufvertrages vom 20.6.2013 beantragt.

Am 16.10.2013 wies das Grundbuchamt mit Zwischenverfügung darauf hin, dass die Veräußerin bei der Auflassung als Nichtberechtigte gehandelt habe und daher eine Genehmigung der eingetragenen Eigentümerin erforderlich sei. Zur Beibringung der Genehmigung wurde eine Frist bis 16.11.2013 gesetzt.

Mit Beschluss vom 11.11.2013 ordnete das AG – Insolvenzgericht – Nürnberg die vorläufige Insolvenzverwaltung über das Vermögen der X GmbH (also der Beschwerdeführerin zu 2) an, bestellte eine vorläufige Insolvenzverwalterin und bestimmte, dass Verfügungen der Schuldnerin nur mit Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters wirksam seien.

Am 6.12.2013 stimmte die B GmbH in notariell beglaubigter Form allen Erklärungen im Kaufvertrag vom 20.6.2013 zu. Die Erklärung wurde dem Grundbuchamt am 12.12.2013 vorgelegt.

Am 20.1.2014 führte das Grundbuchamt die Eigentumsumschreibung bezüglich des Grundstücks 1 durch. Mit Schreiben vom gleichen Tag teilte es mit, dass eine Eigentumsumschreibung hinsichtlich des Grundstücks 2 nicht erfolgen könne, weil bis zum 11.11.2013 keine wirksame Einigung vorgelegen habe; die nachträgliche Genehmigung des wahren Eigentümers könne sich gegenüber der Verfügungsbeschränkung nicht mehr auswirken.

Die Beschwerdeführer vertraten daraufhin die Ansicht, dass es auf die Verfügungsbeschränkung nicht ankomme, weil die zwischenzeitlich in der Verfügung beschränkte Beschwerdeführerin zu 2 als Nichtberechtigte gehandelt habe, der wahre Berechtigte aber in der Verfügung nicht beschränkt sei.

Mit dem angefochtenen Beschluss vom 19.3.2014 hat das Grundbuchamt den Eintragungsantrag hinsichtlich des Grundstücks 2 zurückgewiesen. Die Beschwerdeführerin zu 2 habe als Nichtberechtigter gehandelt. Zwar habe der Berechtigte am 6.12.2013 die Auflassung genehmigt. Die Auflassung vom 20.6.2013 sei jedoch unwirksam. § 878 BGB sei weder unmittelbar noch entsprechend anwendbar, wenn ein Nichtberechtigter handle. Selbst wenn die Bestimmung zur Anwendung komme, sei die Genehmigung des Berechtigten erst nach Eintritt der Verfügungsbeschränkung erteilt worden.

Gegen den am 24.3.2014 zugestellten Beschluss haben die Beschwerdeführer mit Schriftsatz vom 14.4.2014, bei Gericht eingegangen am 15.4.2014, Beschwerde eingelegt. Zur Begründung nahmen sie Bezug auf ihre Ausführungen gegenüber dem Grundbuchamt und ein beigefügtes Gutachten des Deutschen Notarinstitutes vom 28.3.2014, in dem die Auffassung vertreten wird, dass § 878 BGB nicht einschlägig sei, weil die Nichtberechtigte im Hinblick auf das in Frage stehende Recht eines Dritten nicht in der Verfügung beschränkt sei.

Das Grundbuchamt hat der Beschwerde nicht abgeholfen. Entscheidend sei, dass der Erklärende über ein Recht am Grundstück verfüge, ohne diese Rechtsposition inne zu haben. Es komme nicht darauf an, ob eigene Rechtspositionen des Verfügenden in Frage stünden.

Aus den Gründen:

II.

Die zulässigen Beschwerden sind unbegründet. Das Grundbuchamt hat zu Recht den Eintragungsantrag des Beschwerdeführers zu 1 abgelehnt, weil die Beschwerdeführerin zu 2 nicht mehr Verfügungsbefugte ist.

1. Beschwerdeführer sind Käufer (Beschwerdeführer zu 1) und Verkäufer (Beschwerdeführerin zu 2) aus dem Kaufvertrag vom 20.6.2013, weil unter II. 2 und 7 beide die Umschreibung des Eigentums beantragt haben. Beide sind als Antragsberechtigte (§ 13 Abs. 1 Satz 2 GBO) auch beschwerdebefugt.

2. Die Voraussetzungen für die Eintragung des Beschwerdeführers zu 1 als Eigentümer sind nicht gegeben, weil die Beschwerdeführerin zu 2 vor der Eintragung ihre Verfügungsbefugnis verloren hat.

a) Es kann offen bleiben, ob der Eintragungsantrag der Beschwerdeführerin zu 2 mit der Anordnung der vorläufigen Insolvenzverwaltung unwirksam geworden ist, weil sie ihre Verfügungsbefugnis verloren hat; grundsätzlich muss die Antragsbefugnis noch bei Vollendung der Eintragung bestehen (*Demharter*, GBO, 28. Aufl., § 13 Rdnr. 54). Denn der Beschwerdeführer zu 1 hat ebenfalls einen Eintragungsantrag gestellt.

b) Die zur Auflassung erforderliche Einigung ist allerdings wirksam erklärt.

aa) Nach § 20 GBO darf im Fall der Auflassung die Eintragung im Grundbuch nur erfolgen, wenn die erforderliche Einigung des Berechtigten und des anderen Teils erklärt ist. Dem Grundbuchamt muss – zusätzlich zu der nach § 19 GBO notwendigen Bewilligung – die nach §§ 873, 925 BGB zu erklärende Einigung in der grundbuchmäßigen Form des § 29 GBO so nachgewiesen sein, wie sie nach dem materiellen Recht zur Herbeiführung der Rechtsänderung notwendig ist (*Demharter*, GBO, 28. Aufl., § 20 Rdnr. 38). Die Einigungserklärung muss der Verfügungsberechtigte abgeben; bei der Auflassung ist das regelmäßig der Eigentümer (BayObLG, Rpfleger 1973, 296). Beim Handeln eines Nichtberechtigten muss deshalb auch die nach § 185 BGB erforderliche Einwilligung oder Genehmigung in der Form des § 29 GBO nachgewiesen sein (*Demharter*, a. a. O., § 20 Rdnr. 38, 21).

Das Grundbuchamt hat von Amts wegen zu prüfen, ob die Einigungserklärung von dem Verfügungsberechtigten abgegeben wurde und ob der Bewilligende Verfügungsbeschränkungen unterliegt (BayObLG, Rpfleger 1973, 296; BGH, NZM 2013, 438).

bb) Die Beschwerdeführerin zu 2 war bei Abschluss des Kaufvertrages vom 20.6.2013 und der darin enthaltenen Erklärung der Auflassung nicht in vollem Umfang Eigentümerin des Grundstücks 2. Die Umschreibung des Eigentums an dem hälftigen Miteigentumsanteil, den die X GmbH mit Vertrag vom 11.10.2011 erworben hatte, war zwar am 20.2.2013 erfolgt. Der Vertrag vom 13.9.2012 über den Erwerb des anderen Miteigentumsanteils war aber hinsichtlich der Übertragung des Eigentums noch nicht vollzogen; die Umschreibung des Eigentums wurde erst am 2.9.2013 beantragt und am 1.10.2013 vollzogen. Es kann dahinstehen, ob die Auflassung im Vertrag vom 20.6.2013 dahin ausgelegt werden kann, dass zumindest die Auflassung des der Verkäuferin zustehenden Miteigentumsanteils erklärt sein soll; jedenfalls handelte sie hinsichtlich des anderen Miteigentumsanteils als Nichtberechtigte. Denn Nichtberechtigter ist auch der nicht voll Berechtigte, der allein über eine ihm gemeinsam mit anderen gehörende Sache verfügt (*Palandt/Ellenberger*, 73. Aufl., § 185 Rdnr. 5); auch ihm steht die erforderliche Verfügungsmacht nicht zu. Die zur Auflassung erforderliche Einigung war deshalb nach § 20 GBO nur „erklärt“, wenn die Zustimmung der Eigentümerin vorlag oder die Verfügung aus anderen Gründen wirksam geworden war.

Die Auflassung ist wirksam geworden, als die Beschwerdeführerin zu 2 am 1.10.2013 auch als Eigentümerin des zweiten Miteigentumsanteils im Grundbuch eingetragen wurde. Auf die am 6.12.2013 erklärte Genehmigung der aktuell im Grundbuch eingetragenen B GmbH kommt es nicht an. Denn mit ihrer Eintragung am 1.10.2013 hat die Beschwerdeführerin zu 2 das volle Eigentum am Grundstück erworben (§ 185 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 BGB).

c) Die Beschwerdeführerin zu 2 hat am 20.6.2013 auch hinsichtlich der Bewilligung der Eigentums Umschreibung als Nichtberechtigte gehandelt, weil sie nur Miteigentümerin zur Hälfte an dem aufgelassenen Grundstück war; zur Bewilli-

gung berechtigt ist nur der wahre Inhaber des betroffenen Rechts (BGH, FGPrax 2010, 223; *Demharter*, a. a. O., § 19 Rdnr. 44, 46). Eine Bewilligung der damaligen Miteigentümerinnen des Grundstücks lag nicht vor. Die Erklärung der Auflassung unter § 4.2 des Vertrages vom 13.9.2012 enthält ausdrücklich weder Bewilligung noch Eintragungsantrag; der beurkundende Notar wird bevollmächtigt, beides zu erklären. Von dieser Vollmacht hat der Notar aber erst am 2.9.2013 Gebrauch gemacht.

Es kann offen bleiben, ob in dieser Bewilligung vom 2.9.2013 auch die Genehmigung der Auflassung an den Beschwerdeführer zu 1 enthalten ist; jedenfalls ist die Bewilligung der Beschwerdeführerin zu 2 auch insoweit entsprechend § 185 Abs. 2 Satz 1 2. Fall BGB wirksam geworden, als die Beschwerdeführerin zu 2 als Eigentümerin auch des zweiten Miteigentumsanteils im Grundbuch eingetragen wurde.

d) Der Eintragung des Beschwerdeführers zu 1 steht aber entgegen, dass die Beschwerdeführerin zu 2 ihre Verfügungsbefugnis durch Eintragung der B GmbH am 1.10.2013 wieder verloren hat. Als die Verfügungsbefugnis durch die Genehmigungserklärung vom 6.12.2013 wieder hergestellt wurde, war die Beschwerdeführerin zu 2 bereits durch Anordnung der vorläufigen Insolvenzverwaltung beschränkt; diese Beschränkung ist nicht nach § 878 BGB unbeachtlich.

aa) Maßgebender Zeitpunkt für die Beurteilung der Verfügungsbefugnis ist der Zeitpunkt der Eintragung, weil sich erst dann die verfahrensrechtliche Verfügung über das betroffene Recht verwirklicht; der nachträgliche Eintritt einer Verfügungsbeschränkung ist daher zu beachten (BayObLG, Rpfleger 2003, 573; *Demharter*, a. a. O., § 19 Rdnr. 60, 61 m. w. N.). Auf die Bewilligung ist § 185 BGB entsprechend anzuwenden (BGH, FGPrax 2010, 223; *Demharter*, a. a. O., § 19 Rdnr. 73).

bb) Folgt die Eintragung – wie regelmäßig – der Einigung nach, muss der Erklärende grundsätzlich noch im Zeitpunkt der Eintragung Verfügungsbefugter Berechtigter oder sonst Verfügungsbefugt sein; denn erst mit der Eintragung wird die Verfügung wirksam (MünchKommBGB/*Kohler*, 6. Aufl., § 873 Rdnr. 72; BGHZ 27, 366; BayObLG, NJW-RR 1999, 1392). Das ergibt sich für Rechtsänderungen an Grundstücken mittelbar aus § 878 BGB, der die Voraussetzungen regelt, unter denen nachträglich eintretende Verfügungsbeschränkungen unbeachtlich bleiben. Zwischenzeitlicher Erwerb Dritter vereitelt oder beeinträchtigt daher den Rechtserwerb (*Kohler*, a. a. O., § 873 Rdnr. 72; BayObLG, NJW-RR 1999, 1392).

Zum Zeitpunkt der Genehmigung vom 6.12.2013 war die Beschwerdeführerin zu 2 aber durch die am 11.11.2013 ergangene Anordnung, dass Verfügungen nur mit Zustimmung der vorläufigen Insolvenzverwalterin wirksam sind, in ihrer Verfügungsbefugnis nachträglich beschränkt worden; denn Verfügungen ohne Zustimmung der vorläufigen Insolvenzverwalterin sind unwirksam (§ 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2, § 24 Abs. 1, § 81 Abs. 1 Satz 1 InsO).

cc) Diese Verfügungsbeschränkung ist auch nicht gemäß § 878 BGB unbeachtlich. Die Voraussetzungen des § 878 BGB sind nicht erfüllt.

Zwar war am 11.11.2013 die Auflassungserklärung der Beschwerdeführerin zu 2 notariell beurkundet und sie hatte einen Eintragungsantrag beim Grundbuchamt gestellt (§§ 878, 873 Abs. 2 BGB); die am 20.6.2013 fehlende Verfügungsbefugnis hatte sie mit ihrer Eintragung als Eigentümerin am 1.10.2013 erworben (§ 185 Abs. 2 Satz 1 BGB). Ebenfalls am 1.10.2013 hatte sie die Verfügungsbefugnis aber wieder

verloren, weil B GmbH als Eigentümerin des Grundstücks eingetragen worden war. Auf einen Verlust der Rechtsinhaberschaft zwischen Antragstellung und Eintragung ist § 878 BGB aber nicht anwendbar (*Palandt/Bassenge*, a. a. O., § 878 Rdnr. 2; *Staudinger/Gursky*, BGB, Neubearb. 2012, § 878 Rdnr. 18; *Kohler*, a. a. O., § 878 Rdnr. 29; OLG Frankfurt, OLGZ 1980, 100; OLG München, FGPrax 2009, 12).

dd) Die fehlende Verfügungsbefugnis der Beschwerdeführerin zu 2 ist auch nicht durch die Genehmigungserklärung der B GmbH vom 6.12.2013 geheilt worden mit der Folge, dass die Verfügung der Beschwerdeführerin zu 2 gemäß § 185 Abs. 2 Satz 1 BGB wirksam geworden wäre.

Denn die zwischenzeitlich eingetretene Verfügungsbeschränkung der Beschwerdeführerin zu 2 durch Anordnung der vorläufigen Insolvenzverwaltung steht dem Wirksamwerden der Auflassung entgegen. Sie ist nicht gemäß § 878 BGB unbeachtlich, weil die Beschwerdeführerin zu 2 bei Stellung des Eintragungsantrags nicht verfügungsbefugt war und ihre Verfügungsbefugnis erst nach der Anordnung der vorläufigen Insolvenzverwaltung hergestellt wurde.

Im vorliegenden Fall ist die Bindungswirkung nicht schon damit eingetreten, dass die Auflassungserklärung der Beschwerdeführerin zu 2 notariell beurkundet und der Eintragungsantrag gestellt war. Denn die Beschwerdeführerin zu 2 war bei Stellung des Eintragungsantrags am 9.10.2013 Nichtberechtigter; Eigentümerin des Grundstücks war zu diesem Zeitpunkt bereits B GmbH, so dass die Übertragung des Eigentums auf den Beschwerdeführer zu 1 nur mit ihrer Zustimmung wirksam werden konnte (§ 185 BGB). Besteht eine durch Zustimmung eines Dritten überwindbare Verfügungsbeschränkung, tritt Bindung aber erst mit Wirksamwerden der erforderlichen Einwilligung oder Genehmigung ein (*MünchKommBGB/Kohler*, 6. Aufl., § 873 Rdnr. 84). Die Verfügung bleibt trotz § 878 BGB unwirksam, da der ohne Einwilligung Verfügende noch nicht alle ihm obliegenden privatrechtlichen Erwerbsvoraussetzungen erfüllt hatte (*Kohler*, a. a. O., § 878 Rdnr. 14; *Staudinger/Gursky*, BGB, Neubearb. 2012, § 878 Rdnr. 64; *Palandt/Bassenge*, a. a. O., § 878 Rdnr. 7, 15). Das ergibt sich aus dem Zweck des § 878 BGB, der den Verfügungsempfänger gegen Gefahren schützen soll, die sich daraus ergeben können, dass der Verfügende während des Grundbuchverfahrens unmittelbar durch Gesetz oder aufgrund behördlicher oder gerichtlicher Anordnung in seiner Verfügungsbefugnis beschränkt wird (BGH, Rpfleger 1988, 543; *Gursky*, a. a. O., § 878 Rdnr. 1 f.). Ein solcher Schutz ist erst dann geboten, wenn die sonstigen Erwerbsvoraussetzungen vorliegen.

Nicht entscheidend ist, dass die B GmbH ihrerseits nicht in der Verfügung beschränkt ist. Denn es handelt sich um eine Verfügung der Beschwerdeführerin zu 2 – die Übertragung des Grundstückseigentums auf den Beschwerdeführer zu 1 aufgrund des Kaufvertrages vom 20.6.2013 –, die mit der Genehmigung wirksam werden soll.

Eine Bindungswirkung wäre damit frühestens am 6.12.2013 eingetreten. Zu diesem Zeitpunkt war die vorläufige Insolvenzverwaltung schon angeordnet.

e) Der Beschwerdeführer zu 1 ist nicht als Eigentümer einzutragen, weil er von der Beschwerdeführerin zu 2 deren Anwartschaftsrecht auf Erwerb des hälftigen Miteigentumsanteils am Grundstück 2 erworben hätte. Mit der bindenden Erklärung der Auflassung und der Eintragung einer Auflassungsvormerkung entsteht ein Anwartschaftsrecht des Erwerbers (BGH, NJW 1991, 2019; *Palandt/Bassenge*, a. a. O., § 925 Rdnr. 25). Das Anwartschaftsrecht kann in der Form des § 925 BGB übertragen werden (BGH, NJW 1968,

493; NJW 1991, 2019). Wird der Zweiterwerber im Grundbuch eingetragen, erwirbt er das Eigentum unmittelbar vom Eigentümer, ohne dass ein Zwischenerwerb des Eigentums durch den Ersterwerber und Anwartschaftsveräußerer stattfindet und ohne dass dessen Zustimmung nötig ist (BGH, NJW 1968, 493).

Im vorliegenden Fall enthält der Kaufvertrag vom 20.6.2013 keine Übertragung des Anwartschaftsrechts. Weder ist sie ausdrücklich vorgesehen noch wird die zugunsten der Beschwerdeführerin zu 2 bestehende Auflassungsvormerkung überhaupt erwähnt. Als Sicherung des Käufers ist lediglich die Eintragung einer Auflassungsvormerkung vorgesehen (Ziffer II. 3 des Vertrages). Ein unmittelbarer Eigentumsübergang von den bisherigen Eigentümerinnen auf den Beschwerdeführer zu 1 hätte auch nicht dem Willen der Beschwerdeführerin zu 2 entsprochen. Denn er hätte die Übertragung des Eigentums auf die B GmbH verhindert.

Unabhängig davon ermöglicht die Übertragung des Anwartschaftsrechts zwar einen unmittelbaren Eigentumserwerb des Erwerbers; Voraussetzung dafür ist jedoch seine Eintragung als Eigentümer. Im vorliegenden Fall ist dagegen die Beschwerdeführerin zu 2 als Eigentümerin eingetragen worden.

f) Der Beschwerdeführer zu 1 hat das Eigentum am Grundstück auch nicht gutgläubig erworben (§ 892 BGB). Denn zum maßgeblichen Zeitpunkt des Eintragungsantrags (§ 892 Abs. 2 BGB) war im Grundbuch bereits die B GmbH als Eigentümerin eingetragen.

(...)

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch den Beitrag von *Weber/Serr*, MittBayNot 2015, 114 (in diesem Heft)

17. GBO § 29 (Folgen der Löschung des Insolvenzvermerks im Grundbuch)

Die Löschung des Insolvenzvermerks im Grundbuch führt für sich betrachtet nicht zur Wiedererlangung der Verfügungsbefugnis des als Eigentümer eingetragenen Schuldners. Das Grundbuchamt kann daher vor dem Vollzug von Verfügungen des Schuldners über das Grundstückseigentum den Nachweis des Ausscheidens der Liegenschaft aus der Masse verlangen. Die hierzu notwendige Freigabeerklärung des Treuhänders bedarf der Form des § 29 GBO.

OLG Naumburg, Beschluss vom 1.11.2013, 12 Wx 43/13

Die Beteiligten zu 1 und 2 sind als Miteigentümer des im Grundbuch von O., Blatt 2062 eingetragenen Grundstücks zu je 1/2-Anteil im Grundbuch eingetragen. Über das Vermögen der Beteiligten zu 1 ist mit Beschluss des AG Magdeburg – Insolvenzgericht – (...) das Verbraucherinsolvenzverfahren eröffnet worden. Zum Treuhänder wurde Rechtsanwalt W. K. bestellt. Am 9.7.2012 wurde ein Insolvenzvermerk im Grundbuch eingetragen, der am 19.12.2012 wieder gelöscht wurde.

Mit notariellem Vertrag vom 4.4.2013 des Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten (URNr. (...)/2013) veräußerten die Beteiligten zu 1 und 2 das Grundstück an die Beteiligten zu 3 und 4 zu einem Kaufpreis i. H. v. 20.000 €. In § 3 des Vertrages heißt es, dass zur Sicherung des Anspruchs des Käufers auf Übertragung des Eigentums an dem gekauften Grundstück der Verkäufer die Eintragung einer entsprechenden Vormerkung gemäß § 883 BGB im Grundbuch an rangbereiter Stelle bewillige und der Käufer diese beantrage und schon heute wiederum die Löschung derselben Zug um Zug mit der Umschreibung im Grundbuch, vorausgesetzt, dass Zwischenein-

tragungen ohne Zustimmung des Käufers nicht erfolgt seien. In § 9 des Vertrages beauftragten die Beteiligten ihren Verfahrensbevollmächtigten, den Vollzug des Vertrages durchzuführen.

Mit Schreiben vom 8.4.2013 hat dieser gemäß § 15 GBO beantragt, die Auflassungsvormerkung zugunsten der Erwerber in das Grundbuch einzutragen. Mit Zwischenverfügung vom 10.4.2013 hat das AG Haldensleben – Grundbuchamt – ihn darauf hingewiesen, dass der beantragten Eintragung einer Auflassungsvormerkung Hindernisse entgegenstünden, zu deren formgerechter Behebung gemäß § 18 GBO eine Frist von sechs Wochen bestimmt werde. Über das Vermögen der Beteiligten zu 1 sei das Insolvenzverfahren eröffnet worden. Die Löschung des Insolvenzvermerks sei kein Nachweis dafür, dass diese ihre Verfügungsmacht wiedererlangt habe. Zum Nachweis, dass sie über ihren Miteigentumsanteil wieder frei verfügen könne, seien dem Grundbuchamt in der Form des § 29 GBO die Freigabeerklärung des Treuhänders nebst Nachweis des Zugangs an die Schuldnerin oder Nachweis der Beendigung des Insolvenzverfahrens vorzulegen.

Gegen diesen Beschluss hat der Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten mit Schreiben vom 11.7.2013 beim AG Haldensleben Beschwerde eingelegt. Zur Begründung hat er ausgeführt, dass nicht nachvollziehbar sei, warum ein gelöschter Insolvenzvermerk das Grundbuchamt berechtigen solle, den Antrag auf Eintragung der Auflassungsvormerkung zurückzuweisen. Mit Verfügung vom 15.7.2013 hat das AG der Beschwerde unter Verweis auf den Beschluss des OLG Naumburg vom 28.6.2013, 12 Wx 8/13 nicht abgeholfen und die Sache dem Senat zur Entscheidung vorgelegt.

Mit Schriftsatz vom 23.7.2013 hat der Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten beim AG Haldensleben ein Schreiben des AG Magdeburg vorgelegt, in dessen Anlage ihm eine einfache und nicht unterschriebene Abschrift des Treuhänders der Beteiligten zu 1. zur Kenntnisnahme übersandt wurde, in dem dieser ausführt, dass er in seiner Eigenschaft als Treuhänder erkläre, dass das Grundvermögen, Grundbuch von O., Blatt 2062 aus der Insolvenzmasse freigegeben werde.

Aus den Gründen:

II.

Die Beschwerde gegen die Zwischenverfügung des Grundbuchamtes (§ 18 Abs. 1 GBO) ist nach § 71 Abs. 1, § 73 GBO statthaft und auch im Übrigen zulässig. Sie ist zwar seitens des Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten nicht ausdrücklich in deren Namen („lege ich Beschwerde ein“) gestellt worden. Allerdings ist sie dahin auszulegen, dass sie im Namen aller Beteiligten (§ 15 Abs. 2 GBO) eingelegt worden ist (zum Beispiel BGH, NJW 1985, 3070; *Demharter*, GBO, Rdnr. 20 zu § 15 m. N.).

Die Beschwerde ist jedoch nicht begründet. Das Grundbuchamt hat zu Recht den Nachweis der Freigabe des Grundstücks aus der Insolvenzmasse in der Form des § 29 GBO gefordert, auch wenn der Insolvenzvermerk inzwischen gelöscht worden ist. Denn während eines fortdauernden Insolvenzverfahrens ist stets vom Bestehen einer Verfügungsbeschränkung im Sinne der § 304 Abs. 1 Satz 1, §§ 80, 81 InsO auszugehen. Diese tritt durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens ein. Die Eintragung des Insolvenzvermerks im Grundbuch (§ 32 Abs. 1 InsO) hat keine konstitutive Bedeutung. Er teilt nur eine außerhalb des Grundbuches bereits kraft Gesetzes oder aufgrund richterlicher Anordnung entstandene Verfügungsbeschränkung mit. Dasselbe gilt für die Löschung des Insolvenzvermerks. Diese rechtfertigt jedenfalls nicht den Schluss, dass der Treuhänder keine Verfügungsbefugnis mehr habe. Der Insolvenzvermerk im Grundbuch oder seine dort vermerkte Löschung kann keine verbindliche Auskunft darüber geben, ob der in Rede stehende Grundbesitz noch zur Insolvenzmasse gehört oder nicht. Er gibt nur die Einschätzung des Insolvenzgerichts wieder (zum Beispiel OLG Brandenburg, NotBZ 2012, 384). Für das Grundbuchverfahren ergibt sich daraus, dass die Funktion des Insolvenzvermerks sich darauf

beschränkt, den nach § 892 Abs. 1 Satz 2 BGB geschützten öffentlichen Glauben des Grundbuchs an die unbeschränkte Verfügungsmacht des eingetragenen Eigentümers über den Gegenstand zu zerstören (zum Beispiel OLG Naumburg, Beschluss vom 28.2.2011, 12 Wx 14/11).

Die Vermutung des § 891 Abs. 1 BGB, die auch vom Grundbuchamt zu beachten ist, erstreckt sich nicht auf den Umstand, dass der eingetragene Rechtsinhaber über sein Recht unbeschränkt verfügen kann (zum Beispiel OLG Brandenburg, a. a. O.). Ist demnach im Grundbuchverfahren von der Verfügungsbefugnis des Treuhänders auszugehen, so ist der Wegfall dieser Befugnis und die damit verbundene Wiedererlangung der Befugnis des Schuldners nachzuweisen, wenn der Schuldner während eines fortdauernden Insolvenzverfahrens über den Grundbesitz verfügen will.

Darüber hinaus darf das Grundbuchamt nach dem Inhalt des Legalitätsprinzips nicht wissentlich bei einem gutgläubigen Erwerb mitwirken (zum Beispiel OLG Saarbrücken, ZInsO 2013, 2031). Weder das Ansuchen des Insolvenzgerichts, noch der Antrag des Treuhänders auf Löschung des Insolvenzvermerks erbringen gegenüber dem Grundbuchamt den in der Form des § 29 GBO zu erbringenden Nachweis, dass das insolvenzrechtliche Verfügungsverbot nach §§ 80, 81 InsO wieder entfallen ist. Verlangt das Grundbuchamt diese Nachweise, vermeidet es damit vielmehr gleichzeitig, an einem gutgläubigen Erwerb mitzuwirken.

Der Insolvenzbeschluss kann allerdings durch eine Freigabe des Treuhänders beendet werden. Diese erfolgt durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung gegenüber dem Insolvenzschuldner. Eine Freigabeerklärung gegenüber dem Grundbuchamt genügt nicht. Die Erklärung selbst bedarf zu ihrer Wirksamkeit zwar grundsätzlich keiner besonderen Form, im Grundbuchverfahren sind allerdings die Formvorgaben des § 29 GBO zu beachten (zum Beispiel OLG Naumburg, Beschluss vom 12.6.2013, 12 Wx 8/13). Der Nachweis hat sich dabei nicht nur auf die Freigabeerklärung als solche zu erstrecken, sondern auch auf den Zugang beim Schuldner. Der Treuhänder ist daher auch grundsätzlich verpflichtet, in diesen Fällen die Freigabe in der Form des § 29 GBO zu erteilen. Diesen Vorgaben genügt die von dem Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten eingereichte formlose schriftliche Erklärung des Treuhänders erkennbar nicht.

(...)

Anmerkung:

Beide Entscheidungen betreffen die Situation, dass ein insolventer Eigentümer seine Immobilie veräußert und im Grundbuch der Insolvenzvermerk wieder gelöscht ist. Rechtlich prägend sind §§ 35, 80, 81 InsO. Mit Insolvenzeröffnung geht grundsätzlich die Verfügungsbefugnis auf den Insolvenzverwalter über; eine Ausnahme gilt für Vermögensgegenstände, die der Insolvenzverwalter freigegeben hat. Die InsO sieht eine solche Freigabeerklärung ausdrücklich für eine „selbständige Tätigkeit“ des Schuldners vor (§ 35 Abs. 2 InsO). Die Praxis dehnt diese Befugnis auf alle Vermögenswerte aus. Die Entscheidungen behandeln die Frage, ob überhaupt und ggf. welche Nachweise der Eigentümer führen muss, um zu belegen, wieder verfügungsbefugt zu sein.

1. Das OLG Hamm¹ kommt zum Ergebnis, dass der Eigentümer frei verfügen kann, weil die Löschung des Insolvenz-

¹ OLG Hamm, Beschluss vom 20.3.2014, I-15 W 392/13 mit zustimmender Anmerkung von *Zimmer*, ZfIR 2014, 434.

vermerks die Freigabe indiziere. Das OLG Naumburg² kommt zum gegenteiligen Ergebnis. Es wertet die Löschung des grundbuchlichen Insolvenzvermerks nicht als Wiedererlangung der Verfügungsbefugnis des Eigentümers. Förmlich verlangt es den Nachweis des Ausscheidens des Grundstücks aus der Masse durch Freigabeerklärung des Insolvenzverwalters bzw. Treuhänders die Form des § 29 GBO. Das OLG Naumburg schließt sich damit der Rechtsprechung des OLG Potsdam³ an, die NJW-Spezial 2012, 323 als zutreffend bezeichnet, *Reul*⁴ kritisch erläutert und das DNotI⁵ ablehnend begutachtet.

2. Beide Entscheidungen betonen die Pflicht des Grundbuchamts, nicht bewusst mitwirken zu dürfen, einen rechtswidrigen Zustand zu schaffen. Diese Selbstverständlichkeit gilt allerdings für jedermann und damit auch für den Insolvenzverwalter, das Insolvenzgericht, den Notar und die unmittelbar Handelnden.

Im Kern geht es um etwaige Ausnahmen von dem Grundsatz, dass der Rechtsverkehr im Zweifel in die Verfügungsfähigkeit des Eigentümers vertrauen darf.⁶ Unstreitig fehlt schützenswertes Vertrauen, wenn der Eigentümer ersichtlich insolvent ist; dies gilt schon, wenn das Grundbuch noch keine Verfügungsbeschränkung enthält. Streitig ist vielmehr, ob dann schützenswertes Vertrauen wieder hergestellt ist, wenn der Eigentümer zwar insolvent ist, im verkaufsbetroffenen Grundbuch aber der Insolvenzvermerk gelöscht ist.

Die Abläufe im Hintergrund sind dadurch geprägt, dass das Insolvenzgericht nach Insolvenzeröffnung die Eintragung einer Verfügungsbeschränkung im Grundbuch des Insolvenzschuldners (§ 23 Abs. 3 InsO) veranlasst mit der Folge, dass der Rechtsverkehr gewarnt ist. Damit kann der Eigentümer nicht mehr veräußern, weil seine insolvenzbedingte Verfügungsbeschränkung bekannt (§ 892 Abs. 1 Satz 2 BGB) ist.⁷ Anderes gilt, wenn der Insolvenzverwalter (bei Privatinsolvenz: der Treuhänder) der Veräußerung zustimmt – und zwar in der Form des § 29 GBO. Das kostet Zeit und Geld.

Stattdessen kann der Insolvenzverwalter vorab einzelne Werte wie eine Immobilie freigeben. Er wird das nicht leichtfertig tun, denn mit Amtsübernahme übernimmt er einen umfassenden Pflichtenkreis. Verletzt er schuldhaft Pflichten, macht er sich schadensersatzpflichtig (§ 60 InsO) und zwar insbesondere gegenüber den Gläubigern und gegenüber dem „redlichen“ (arg e § 1 Satz 2 InsO) Schuldner. Die InsO sieht eine solche Freigabe ausdrücklich vor, wenn der Schuldner selbständig tätig ist (§ 35 Abs. 2 Satz 1 InsO). Aus der Verantwortlichkeit gegenüber den Insolvenzgläubigern folgt die Kompetenz zur Freigabe auch dann, wenn eine Immobilie dauerhaft keinen laufenden oder keinen Versteigerungsertrag erwarten lässt; dies ist in der Praxis nicht selten, weil oft die Immobilie über ihren mutmaßlichen Wert beliehen ist und zusätzlich vielleicht gar zwangsverwaltet (§§ 146 ff. ZVG) wird, schlecht vermietet ist, vom Insolvenzschuldner eigen-

bewohnt wird oder vielleicht gar keinen Wert hat – „Schrottimmobilie“ –, weil sie etwa stark kontaminiert ist oder nach baulichem Zustand und örtlichen Marktverhältnissen nicht mehr wirtschaftlich nutzbar ist. Meist kommt ein erheblicher Instandhaltungsrückstand dazu. Der Insolvenzverwalter wird sie freigeben, um sich von Risiko und Betriebskosten zu entlasten. Die Freigabe erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Insolvenzschuldner und durch Anzeige an das Insolvenzgericht (§ 35 Abs. 3 Satz 1 und Abs. 4, Satz 1 InsO). Sie erweist sich nicht schon als falsch, wenn der Insolvenzschuldner bald nach Freigabe einen Käufer findet. Bisweilen sind es bei einem Dritterwerber verwandtschaftliche Hilfs- oder sonstige private Motive oder oft auch ein unternehmerischer Geist, den der Insolvenzverwalter nicht wecken kann oder konnte.

Entscheidet sich der Insolvenzverwalter für die Freigabe der Immobilie, erklärt er das schon aus Eigenschutz zunächst dem Insolvenzschuldner, auf den jetzt wieder die Gebäudehaftpflicht übergeht, sodann auch für Zwecke steuerlicher Zuordnung der beim GrESt-Finanzamt ansässigen Bewertungsstelle, für Betriebszwecke den Energielieferungs- und anderen mit dem Betrieb befassten Unternehmen und nicht zuletzt zwecks Senkung seiner Beiträge seinem Haftpflichtversicherer. Eine Immobilie kann also nicht leichthin freigegeben werden.

Das Insolvenzgericht kann solche Freigaben „nur“ im Rahmen des § 35 Abs. 3 Satz 4 InsO auf ihre Richtigkeit prüfen. Es darf also natürlich nicht bei der Schaffung rechtswidriger Verhältnisse mitwirken. Veranlasst aber kein Gläubiger eine Prüfung der insolvenzverwalterischen Freigabe durch Antrag auf „Unwirksamkeitserklärung“ und hat das Insolvenzgericht keine anderen Erkenntnisse, muss es keine weitere Prüfung vornehmen. Es sind die Insolvenzgläubiger, die den Insolvenzverwalter prüfen. Das reicht nach aller praktischen Erfahrung und gesetzgeberischen Vorgabe. Das System kontrolliert sich selbst; das Insolvenzgericht hat keine weitere Aufklärungspflicht und keine weitere Entscheidungsaufgabe. Es macht sich letztlich inzident die Entscheidung des Insolvenzverwalters zu eigen, publiziert die Freigabe (§ 35 Abs. 3 Satz 2 InsO) und informiert insbesondere das Grundbuchamt zur Veranlassung der Streichung des Insolvenzvermerks (§ 32 Abs. 3 InsO).

3. Das OLG Naumburg bewertet dieses System als bloße „Einschätzung des Insolvenzgerichts“ und bezieht sich dabei auf die zitierte Rechtsprechung des OLG Potsdam.⁸

Richtig ist dessen Eingangsüberlegung, dass die schiere Existenz eines Insolvenzverfahrens eine Beschränkung im Sinn des § 80 InsO indiziert und zwar auch vor grundbuchlicher Eintragung (§ 32 Abs. 1 Nr. 1 InsO), siehe oben.

Unrichtig ist die Folgeüberlegung, dass dieses Indiz auch nach Löschung des Insolvenzbeschlages fortbestehe, hat doch das Grundbuchamt selbst diesen gelöscht und zwar in simpler Umsetzung der in § 32 Abs. 3 InsO angeordneten Zusammenarbeit mit dem Insolvenzgericht, das seinerseits nichts anderes tut, als gesetzliche Vorgaben umzusetzen. Das OLG Potsdam seinerseits bezieht sich dazu „auf die einschlägige Rechtsprechung“,⁹ die das aber gerade nicht stützt. Die von ihm zitierten Beschlüsse des LG Berlin¹⁰ betreffen den guten

² OLG Naumburg, Beschluss vom 12.11.2013, 12 Wx 43/13 mit ablehnender Anmerkung *Wegener*, Freigabe einer Immobilie aus dem Insolvenzbeschluss, VIA 2014, 37.

³ OLG Potsdam, Beschluss vom 18.1.2012, 5 Wx 114/11, MittBayNot 2013, 76.

⁴ *Reul*, Eintragung und Löschung des Insolvenzvermerks im Grundbuch versus gutgläubiger Erwerb, MittBayNot 2013, 16.

⁵ DNotI-Report 2013, 145, Gutachten 127.456.

⁶ St. Rspr. für güterrechtliche Beschränkungen: BGH, Beschluss vom 28.4.1961, V ZB 17/60, BGHZ 35, 135 = NJW 1961, 1301 sowie Beschluss vom 21.2.2013, V ZB 15/12, FamRZ 2013, 948 Rdnr. 8.

⁷ Ausführlicher *Staudinger/Gursky*, 2013, § 892 Rdnr. 238.

⁸ OLG Potsdam, Beschluss vom 18.1.2012, 5 Wx 114/11, MittBayNot 2013, 76.

⁹ Ebd.

¹⁰ LG Berlin, Beschluss vom 15.7.2003, 86 T 549/03, RPflegler 2003, 648 sowie vom 9.9.2003, 86 T 856/03, RPflegler 2004, 158.

Glauben bei Insolvenz und derjenige des KG¹¹ bei güterrechtlichen Beschränkungen. Sie setzen ganz im Gegenteil dem Aufklärungsauftrag des Grundbuchamts Schranken.

Inhaltlich unterlässt das OLG Potsdam eine Auseinandersetzung mit der vom BGH erst wieder im Beschluss vom 21.2.2013¹² jedenfalls für güterrechtliche Beschränkungen bestätigten Rechtsprechung, dass das Grundbuchamt zu Beanstandungen nur berechtigt und verpflichtet ist, wenn es vom Vorliegen der Verfügungsbeschränkung Kenntnis hat oder „wenn aus den Eintragungsunterlagen oder aufgrund bekannter bzw. nach der Lebenserfahrung naheliegender Umstände begründeter Anlass zu einer solchen Annahme besteht“. Dafür müssen „konkrete Anhaltspunkte“ bestehen.¹³ Eine solche Konkretheit fehlt gerade in den Streitgegenständlichen Situationen, in denen das Insolvenzgericht im Rahmen seines justiziellen Verfahrens die Freigabe verfügt und das Grundbuchamt zur Löschung des Insolvenzvermerks veranlasst. Das Grundbuchamt ist keine Stelle, die einer anderen amtsgerichtlichen Abteilung übergeordnet ist. Die insolvenzgerichtliche Verfügung birgt gerade keine Vermutung ihrer Fehlerhaftigkeit in sich. Die Freigabe belegt gerade das Gegenteil, nämlich die begrenzte Verfügungsfreiheit des Eigentümers im Rahmen der insolvenzgerichtlichen Anweisung infolge Löschung im Grundbuch.

4. Das OLG Hamm¹⁴ grenzt sich von der Potsdamer Entscheidung ab. Es spricht zwar auch der Löschung des Insolvenzvermerks eine eigenständige rechtliche Bedeutung ab, betont aber das faktische Fehlen eines Anlasses, an der unbeschränkten Verfügungsbefugnis des eingetragenen Eigentümers über das eingetragene Recht zu zweifeln. Die Löschung des Insolvenzvermerks lasse den Grund wegfallen, „bezogen auf den Zeitpunkt der beantragten Eintragung an der Verfügungsbefugnis des eingetragenen Eigentümers zu zweifeln“ und entnimmt dies dem konkreten Verfahren, der Gesetzesbegründung¹⁵ und dem Gesetzeszweck.

Die Entscheidung überzeugt, sieht man davon ab, dass das OLG Hamm den Beschluss des OLG Naumburg nicht zitiert und wohl nicht kannte, aber doch den Beschluss des OLG Potsdam und gleichwohl die divergierenden Rechtsstandpunkte nicht dem BGH zur Entscheidung vorlegt.

5. Daher müssen für die Länder Brandenburg und Sachsen-Anhalt Nachweise geführt werden, die das Verfahren verlangsamten und wegen Massearmut eine Belastung der Landeskassen erwarten lassen.¹⁶ Der Hammer OLG-Bezirk und die übrigen Länder dürfen irgendwann auf eine Entscheidung des BGH hoffen, die sich mutmaßlich in die Tradition der Beschlüsse des BGH vom 28.4.1961¹⁷ und vom 21.2.2013¹⁸ stellt und die Hammer Linie bestätigt.

Notar Dr. *Heinrich Kreuzer*, München

¹¹ KG, Beschluss vom 12.12.1972, 1 W 1781/72, NJW 1973, 428.

¹² BGH, V ZB 15/12, FGPrax 2013, 142.

¹³ OLG Potsdam, Beschluss vom 18.1.2012, 5 Wx 114/11, MittBayNot 2013, 76.

¹⁴ OLG Hamm, Beschluss vom 20.3.2014, I-15 W 392/13.

¹⁵ BT-Drucks. 12/2443, S. 120.

¹⁶ *Wegener*, VIA 2014, 37 unter Bezug auf § 4 InsVV.

¹⁷ BGH, V ZB 17/60, BGHZ 35, 135 = NJW 1961, 1301.

¹⁸ BGH, V ZB 15/12, FamRZ 2013, 948 Rdnr. 8.

18. InsO § 32, GBO § 19, GBO § 29 (*Nachweis der Bewilligungsbefugnis nach Löschung eines Insolvenzvermerks*)

Das Grundbuchamt hat von der Bewilligungsbefugnis des eingetragenen Eigentümers auszugehen, wenn zeitlich zurückliegend ein Insolvenzvermerk zunächst eingetragen worden, dann aber auf Ersuchen des Insolvenzgerichts gelöscht worden ist (Abweichung von OLG Brandenburg, MittBayNot 2013, 76 = BeckRS 2012, 08558).

OLG Hamm, Beschluss vom 20.3.2014, I-15 W 392/13

Die Beteiligten zu 1 und 2 sind als Miteigentümer zu 1/2 im Grundbuch eingetragen. Am 12.11.2010 ist auf dem Miteigentumsanteil des Beteiligten zu 1 auf Ersuchen des Insolvenzgerichts ein Insolvenzvermerk eingetragen worden. Im Oktober 2011 hat das Insolvenzgericht um Löschung des Vermerks ersucht. Die Löschung erfolgte am 10.10.2011.

Die Beteiligten zu 1 und 2 haben das Grundstück nunmehr an den Beteiligten zu 3 verkauft und hierbei eine Auflassungsvormerkung bewilligt. Den Antrag auf Eintragung derselben hat das Grundbuchamt mit der angefochtenen Zwischenverfügung beanstandet. Es hält einen gesonderten Nachweis der Verfügungsbefugnis des Beteiligten zu 1 für erforderlich, da sich aus dem Lösungsersuchen des Insolvenzgerichts kein Grund für das Ersuchen ergebe. Der hiergegen gerichteten Beschwerde hat das Grundbuchamt nicht abgeholfen. Im Rahmen des Beschwerdeverfahrens haben die Beteiligten die Kopie eines an den Beteiligten zu 1 gerichteten Schreibens des Insolvenzverwalters vom 22.11.2010 vorgelegt, in welchem dieser die Freigabe des wertausschöpfend belasteten Miteigentumsanteils erklärt.

Aus den Gründen:

II.

Die zulässige Beschwerde ist begründet.

Die Zwischenverfügung des Grundbuchamtes begegnet schon insoweit Bedenken, als in ihr keine konkreten Möglichkeiten zum Nachweis der Verfügungsbefugnis des Beteiligten zu 1 aufgezeigt werden. Im Ergebnis entspricht die Beanstandung allerdings der wohl herrschenden Auffassung.

Nach allgemeiner Auffassung hat das Grundbuchamt im Eintragungsverfahren aufgrund eines allgemeinen Erfahrungssatzes davon auszugehen, dass der eingetragene Berechtigte auch verfügungsbefugt ist (*Bauer/v. Oefele/Knothe*, GBO, 3. Aufl., § 29 Rdnr. 165). Anderes gilt erst dann, wenn dem Grundbuchamt Verfügungsbeschränkungen aufgrund konkreter Tatsachen bekannt werden. So liegt der Fall, wenn dem Grundbuchamt – zumeist durch das Eintragungsersuchen nach § 32 Abs. 1 InsO – bekannt wird, dass über das Vermögen des Berechtigten das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist, da der Gemeinschuldner hierdurch seine Verfügungsbefugnis an den Insolvenzverwalter verliert, § 80 Abs. 1 InsO. Das Eintragungsersuchen bzw. der Insolvenzvermerk sind in diesem Zusammenhang nur von tatsächlicher, nicht von rechtlicher Bedeutung. Ihre rechtliche Bedeutung erschöpft sich in der Verhinderung eines gutgläubigen Erwerbs von dem nicht mehr verfügungsbefugten Berechtigten (§§ 891, 892 BGB). Hinsichtlich des Verlustes der Verfügungsbefugnis sind sie hingegen lediglich deklaratorisch (*Harmeyer/Mitter*, InsO, 2. Aufl., § 32 Rdnr. 15). Das heißt, dass das Grundbuchamt auch dann einen Nachweis der (unbeschränkten) Verfügungsbefugnis verlangen muss, wenn ein Insolvenzvermerk nicht eingetragen wurde und auch kein entsprechendes Ersuchen gestellt wurde, es jedoch aus anderer Quelle sichere Kenntnis von der Eröffnung des Insolvenzverfahrens hat.

Aus diesem rechtlichen Zusammenhang, der als solcher praktisch unbestritten ist, folgert insbesondere das OLG Brandenburg, dass auch die Löschung des Insolvenzvermerks infolge eines Ersuchens des Insolvenzgerichts oder eines Antrags des

Insolvenzverwalters (§ 32 Abs. 3 InsO) als *actus contrarius* zur Eintragung des Insolvenzvermerks für die grundbuchverfahrensrechtliche Behandlung eines Eintragungsantrages aufgrund einer Verfügung des Berechtigten bedeutungslos sei. Da die Löschung nichts daran ändere, dass dem Grundbuchamt die Eröffnung des Insolvenzverfahrens und damit der Wegfall der Verfügungsbefugnis bekannt sei, habe der Antragsteller die Wiedererlangung der Verfügungsbefugnis durch den Berechtigten nachzuweisen, und zwar – nach allgemeinen Regeln – in der Form des § 29 GBO (so OLG Brandenburg, MittBayNot 2013, 76; ebenso OLG Zweibrücken, FGPrax 2013, 206 f.; BeckOK-GBO/Otto, § 29 Rdnr. 47 sowie *Wilsch*, ebendort, Insolvenzzrecht Rdnr. 70). Dem kann sich der Senat nicht anschließen.

Zunächst ist die unbestrittene Feststellung, dass die Löschung des Insolvenzvermerks keine eigenständige rechtliche Bedeutung hat, ungeeignet, ein Argument für die Lösung der vorliegenden Problemstellung zu erbringen. Denn die entscheidende Fragestellung ist tatsächlicher Natur. Fraglich ist allein, ob nach der Löschung des Insolvenzvermerks für das Grundbuchamt in tatsächlicher Hinsicht noch Anlass besteht, an der unbeschränkten Verfügungsbefugnis des eingetragenen Eigentümers über das eingetragene Recht zu zweifeln. Dies ist zu verneinen.

Mit der Löschung des Insolvenzvermerks fällt dessen Funktion, die Verfügungsbeschränkung publik zu machen und so einen gutgläubigen Erwerb zu verhindern, weg. In aller Regel besteht dann aber auch für das Grundbuchamt kein Grund mehr, bezogen auf den Zeitpunkt der beantragten Eintragung an der Verfügungsbefugnis des eingetragenen Eigentümers zu zweifeln.

Dies folgt zunächst aus rein tatsächlichen Überlegungen, wenn man den rechtlichen Zusammenhang, in welchem ein solches Lösungsersuchen gestellt werden kann, in Betracht nimmt. Die Löschung des Insolvenzvermerks kann gemäß § 32 Abs. 3 InsO durch das Insolvenzgericht nachgesucht oder den Insolvenzverwalter beantragt werden, wenn der Insolvenzverwalter das Grundstück zugunsten des Schuldners freigibt oder dieses veräußert. Letzteres wird der Insolvenzverwalter schon im eigenen Haftungsinteresse nicht tun, bevor nicht der Erwerber grundbuchlich gesichert ist, so dass ein solcher Vorgang notwendig zur Kenntnis des Grundbuchamtes gelangen wird. Die Freigabe zugunsten des Schuldners überführt das betroffene Recht aus der Insolvenzmasse in das insolvenzfremde Vermögen des Schuldners und stellt insoweit dessen Verfügungsbefugnis wieder her (*Mitter*, a. a. O., Rdnr. 13). Auch alle anderen Gründe, die zu einem Ersuchen um Löschung des Insolvenzvermerks führen können (vgl. hierzu die Darstellungen bei *Reul*, Eintragung und Löschung des Insolvenzvermerks, MittBayNot 2013, 16; MK-InsO/*Schmahl/Busch*, 3. Aufl., §§ 32, 33 Rdnr. 79), führen zur Wiederherstellung der Verfügungsbefugnis des eingetragenen Eigentümers.

Als weiterer Grund für ein Lösungsersuchen oder einen Lösungsantrag (im Folgenden nur noch Lösungsersuchen), mit dem keine Wiederherstellung der Verfügungsbefugnis korrespondiert, käme danach praktisch nur noch ein Versehen des Insolvenzgerichts oder des Insolvenzverwalters in Betracht. Ein solches mag nicht außerhalb aller praktischen Möglichkeiten liegen, wird aber doch eher als eine seltene Ausnahme anzusehen sein. Danach spricht jedoch ein Ersuchen um Löschung des Insolvenzvermerks, ohne dass eine Veräußerung durch den Insolvenzverwalter ersichtlich ist, mit ganz überwiegender Wahrscheinlichkeit für einen Vorgang, der zur Wiederherstellung der Verfügungsbefugnis des

Schuldners führt. Einen Fehler auf Seiten des Insolvenzgerichts oder des Insolvenzverwalters kann das Grundbuchamt nie ausschließen, wollte es nicht die Insolvenzzakten auswerten, wozu es im Rahmen des Eintragungsverfahrens weder verpflichtet, noch befugt ist. Vielmehr weist das Gesetz, sieht man § 32 Abs. 1 InsO in seinem verfahrensrechtlichen Zusammenspiel mit § 38 GBO, die Verantwortung für den Schutz der Insolvenzmasse vor unberechtigten Verfügungen des Eigentümers in erster Linie dem Insolvenzgericht zu.

Schließlich spricht aber auch der Zweck der erleichterten Löschungsmöglichkeit nach § 32 Abs. 3 InsO gegen die Annahme, dass das Grundbuchamt nach einer solchen Löschung noch den grundbuchverfahrensrechtlichen Nachweis der Wiedererlangung der Verfügungsbefugnis verlangen könnte oder gar müsste. Die Gesetzesbegründung zu § 32 Abs. 3 InsO (BT-Drucks. 12/2443, S.120 f.) befasst sich mit dem eigentlichen Sinn des Lösungsersuchens nicht, sondern stellt nur die – hier nicht einschlägigen – Veränderungen gegenüber den §§ 113, 114 KO heraus. Die Regelungen über Eintragung und Löschung des Insolvenzvermerks im Grundbuch sind erstmals durch das Gesetz zur Reform der Konkursordnung von 1898 in die KO eingefügt worden. Die Begründung des damaligen Gesetzesentwurfs (Begründung zu den Entwürfen eines Gesetzes, betreffend Änderungen der Konkursordnung, [...] Verhandlungen des Reichstages, Bd. 163, S. 1012 und 1022) führt zur vereinfachten Löschung des Konkursvermerks sinngemäß aus, dass durch diese Erleichterung die aufwändige – ggf. über § 894 BGB zu erzwingende – Grundbuchberichtigung vermieden werden soll. Aus der objektiven Sicht des Konkurs- oder heute Insolvenzzrechts kann der Sinn des amtswegigen Lösungsersuchens danach nur darin bestehen, der Masse die Inanspruchnahme des Konkurs-/Insolvenzverwalters auf Abgabe einer der Form des § 29 GBO genügenden Erklärung zu ersparen.

Die so verstandene Zielsetzung des § 32 Abs. 3 InsO würde offenkundig vereitelt, wenn das Grundbuchamt von der Bewilligungs-/Verfügungsbefugnis des eingetragenen Eigentümers bereits dann nicht mehr ausgehen dürfte, wenn ein zwischenzeitlich gelöschter Insolvenzvermerk eingetragen war. Denn im Falle der Freigabe müsste dann bei einer Verfügung des Berechtigten in der Konsequenz der Rechtsprechung des OLG Brandenburg gleichwohl ein förmlicher und kosten trächtiger Nachweis geführt werden. Es fragt sich dann jedoch, warum der Insolvenzvermerk im Falle der Freigabe von Gesetzes wegen überhaupt einer erleichterten Löschung zugänglich sein soll, wenn bei einer späteren Verfügung ohnehin der förmliche Nachweis der Tatsachen erforderlich ist, die den Wegfall der Massezugehörigkeit begründen und damit zu einer Grundbuchberichtigung führen müssten.

Beurkundungs- und Notarrecht

19. BeurkG § 53; KostO § 10 Abs. 1, § 141; BNotO § 15 Abs. 2 (*Notarielle Amtsverweigerung wegen Nichterfüllung von Gebührenansprüchen*)

Der mit dem Vollzug eines Kaufvertrags betraute Notar kann ein Tätigwerden hinsichtlich der Eigentumsbeschreibung nicht nach § 141 i. V. m. § 10 Abs. 1 KostO mit der Begründung verweigern, der Käufer habe Gebührenansprüche noch nicht erfüllt.

BGH, Beschluss vom 16.10.2014, V ZB 223/12

Mit von der Beteiligten zu 4 (im Folgenden: Notarin) beurkundetem Vertrag vom 27.5.2011 kaufte der Beteiligte zu 1 von den Beteiligten

zu 2 und 3 ein Grundstück. Dabei wurde die Notarin angewiesen, die Eigentumsumschreibung nach Zahlung des Kaufpreises zu veranlassen. Da der Beteiligte zu 1 eine bestehende Grundschuld übernehmen sollte, beglaubigte die Notarin unter anderem eine Abtretungserklärung und stellte dem Beteiligten zu 1 dafür 207,66 € in Rechnung. Nach Entrichtung des Kaufpreises verweigerte sie ein Tätigwerden hinsichtlich der Eigentumsumschreibung mit der Begründung, der Beteiligte zu 1 habe die Kosten noch nicht gezahlt. Darauf hat der Beteiligte zu 1 beantragt, die Notarin anzuweisen, den Eintragungsantrag bei dem Grundbuchamt zu stellen.

(...)

Nach Ansicht des Beschwerdegerichts steht der Notarin kein Zurückbehaltungsrecht nach §§ 141, 10 Abs. 1 KostO zu. Die Regelung des § 10 Abs. 1 KostO sei schon ihrem Wortlaut nach nicht einschlägig. Im Übrigen sei der grundbuchrechtliche Vollzug aus Gründen der Rechtssicherheit zügig abzuwickeln. Dies stehe einer Ausdehnung des Zurückbehaltungsrechts auf Fälle wie den vorliegenden entgegen. Die Anhöhrungsrüge nach § 44 FamFG sei zulässig, weil die Notarin nicht über ihren Verfahrensbevollmächtigten angehört worden sei. Die vorgetragenen Argumente rechtfertigten aber in der Hauptsache keine andere Entscheidung. Allerdings sei die Rechtsbeschwerde zuzulassen, weil die Frage des Zurückbehaltungsrechts umstritten sei und der höchstrichterlichen Klärung bedürfe.

Aus den Gründen:

II.

(...)

In der Sache bleibt der Rechtsbeschwerde jedoch der Erfolg versagt. Das Berufungsgericht hat jedenfalls im Ergebnis zu Recht ein Zurückbehaltungsrecht der Notarin nach den hier gemäß § 136 Abs. 1 Nr. 4 u. Abs. 3 GNotKG weiterhin anwendbaren Regelungen der §§ 141, 10 Abs. 1 KostO verneint.

Ob dies, wie das Beschwerdegericht meint, bereits zwingend aus dem Wortlaut des § 10 Abs. 1 KostO folgt, kann im Hinblick darauf dahin gestellt bleiben, dass der aus § 53 BeurkG folgenden Amtspflicht jedenfalls der Vorrang einzuräumen ist (ebenso etwa OLG Köln, Beschluss vom 18.9.2009, 2 Wx 78/09, juris Rdnr. 9 m. w. N.; OLGR Naumburg 2003, 307, 308; OLG Düsseldorf, MDR 1999, 771, 772; andere Ansicht etwa *Eylmann/Vaasen/Limmer*, BNotO/BeurkG, 3. Aufl., § 53 BeurkG Rdnr. 16; *Lappe in Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 18. Aufl., § 10 Rdnr. 22; *Preuß in Armbrüster/Preuß/Renner*, BeurkG, 6. Aufl., § 53 Rdnr. 18 m. w. N.).

Nach § 53 BeurkG hat der Notar, der bei dem Grundbuchamt einzureichende Willenserklärungen beurkundet hat, die Amtspflicht, diese Urkunden nach dem Eintritt der Vollzugsreife bei dem Grundbuchamt einzureichen (vgl. BayObLGZ 1998, 6, 8; OLG Düsseldorf, FGPrax 1999, 72). Hat er auch die Vollzugstätigkeit übernommen, steht diese in einem so engen Zusammenhang mit der Urkundstätigkeit, dass dies bei der gebotenen wertenden Betrachtung noch als deren Bestandteil anzusehen ist (vgl. nur OLG Köln, Beschluss vom 18.9.2009, 2 Wx 78/09, juris Rdnr. 9 m. w. N.). Zu Recht geht das Beschwerdegericht dabei davon aus, dass der grundbuchrechtliche Vollzug aus Gründen der Rechtssicherheit zügig abzuwickeln ist. Danach ist der Notar verpflichtet, bei dem Grundbuchamt einzureichende Willenserklärungen und Unterlagen mit der ihm möglichen und zumutbaren Beschleunigung einzureichen (vgl. BGH, Urteil vom 13.6.2002, IX ZR 196/01, NJW 2002, 3391, 3392).

Dass sich damit die Annahme eines Zurückbehaltungsrechts nach § 10 Abs. 1 KostO nicht verträgt, liegt zum einen auf der Hand und wird zum anderen dadurch bestätigt, dass der Gesetzgeber mit § 11 GNotKG unter inhaltlicher Übernahme

des Regelungsgehalts von § 10 Abs. 1 KostO eine Nachfolge-regelung geschaffen und dabei gerade im Hinblick auf § 53 BeurkG nunmehr ausdrücklich den Ausschluss des Zurückbehaltungsrechts angeordnet hat. Den Gesetzgebungsmaterialien ist eindeutig zu entnehmen, dass hierdurch die Rechtslage nicht umgestaltet, sondern mit Blick auf die umstrittene Rechtsfrage lediglich klargestellt werden sollte, dass den Amtspflichten des Notars aus § 53 BeurkG der Vorrang zukommt (BT-Drucks. 17/11471, S. 157); der Regelungsgehalt des bisherigen § 10 Abs. 1 KostO sollte lediglich verdeutlicht werden. Untermauert wird diese authentische Selbstinterpretation des Gesetzgebers noch dadurch, dass der Notar hinreichend durch die Möglichkeit geschützt ist, seine Tätigkeit von der Zahlung eines Vorschusses nach § 141 i. V. m. § 8 KostO (§ 15 GNotKG) abhängig zu machen (vgl. auch BT-Drucks., a. a. O.).

(...)

Kostenrecht

20. GNotKG § 46 Abs. 1, 47 Satz 1 und 3, § 59 (*Bestimmung des Gegenstandswerts bei einem alsbaldigen Weiterverkauf einer Immobilie*)

Auch unter Geltung des GNotKG kann bei einem alsbaldigen Weiterverkauf der hierbei erzielte Erlös, nicht der merklich niedrigere ursprüngliche Kaufpreis, den für die Bewertung maßgeblichen Verkehrswert der Immobilie bilden.

OLG München, Beschluss vom 1.9.2014, 34 Wx 358/14 Kost; mitgeteilt von *Edith Paintner*, Richterin am OLG München

Für die Umschreibung des Eigentums an drei Miteigentumsanteilen je verbunden mit dem Sondereigentum an vermieteten Wohn- und sonstigen Räumen sowie für die Katasterfortführung setzte das Grundbuchamt zum Zweck der Gebührenbemessung zunächst den im Kaufvertrag vom 17.6.2013 mit dem Beteiligten zu 1 als Erwerber bestimmten Kaufpreis von 550.000 € an (1.015 € zuzüglich 304,50 €). Das Eigentum wurde auf Antrag vom 30.1.2014, Eingang 31.1.2014, am selben Tag auf den Erwerber umgeschrieben. Am 10.2.2014 verkaufte der Beteiligte zu 1 den Grundbesitz zum Kaufpreis von 817.000 € weiter, wovon 7.000 € auf bewegliche Gegenstände entfielen. Daraufhin führte der Kostenbeamte am 19.2.2014 eine Nacherhebung durch. Ausgehend von einem angenommenen Wert von 817.000 € belief sich die Differenz auf 624 €. Gegen die Nacherhebung richtete sich eine Erinnerung des Beteiligten zu 1, der geltend machte, der Verkehrswert bestimme sich nach den Gegebenheiten des Marktes und nicht nach etwaigen Kaufverträgen, es müssten Verhandlungsgeschick und Werbestrategie berücksichtigt werden, so dass nicht vom Verkaufserlös auf den Verkehrswert geschlossen werden könne.

Mit Beschluss vom 10.6.2014 hat das Grundbuchamt – Rechtspflegerin – nach Beteiligung des Bezirksrevisors (des Beteiligten zu 2) den Geschäftswert für die Eigentumsumschreibung am 31.1.2014 auf 817.000 € festgesetzt. Das AG hat als Verkehrswert den höheren Wert gemäß dem Weiterverkauf für maßgeblich erachtet. Wertsteigernde Maßnahmen am Objekt hätten in der kurzen Zeit zwischen Eigentumsumschreibung und Weiterverkauf erkennbar nicht stattgefunden; Verhandlungsgeschick und Werbestrategie rechtfertigten keinen Abschlag, zumal keine Anhaltspunkte für einen überteuerten Preis beim Weiterverkauf vorlägen.

Gegen den am 12.6.2014 zugestellten Beschluss richtet sich die am 23.7.2014 eingegangene und nicht weiter begründete Beschwerde, der das Grundbuchamt mit Vorlage an den Senat vom 25.8.2014 nicht abgeholfen hat.

Aus den Gründen:

II.

Die Gebührenerhebung, die Wertfestsetzung und das Verfahren richten sich nach dem am 1.8.2013 in Kraft getretenen GNotKG, weil der Eintragungsantrag nach diesem Zeitpunkt gestellt wurde.

Die nach § 79, § 83 Abs. 1 Satz 1, 3 und 5, § 81 Abs. 3 und 5 Satz 1 und 4 GNotKG, § 10 Abs. 2 Satz 1 FamFG zulässige Beschwerde ist im Wesentlichen unbegründet. Zu entscheiden hat hierüber der Einzelrichter des Senats (§ 81 Abs. 6 Satz 1 GNotKG).

1. Der Wert der Eintragung als Eigentümer richtet sich im Zusammenhang mit dem Kauf nach § 47 GNotKG. Danach bestimmt in erster Linie der Kaufpreis den Wert der Sache (§ 47 Satz 1 GNotKG). Die Vorschrift dient der Vereinfachung (*Diehn in Bormann/Diehn/Sommerfeldt* GNotKG § 47 Rdnr. 2; *Hartmann*, Kostengesetze, 44. Aufl., § 47 GNotKG Rdnr. 2). Jedoch ist bei einem Kaufpreis, der niedriger ist als der Verkehrswert, der Verkehrswert maßgebend (§ 47 Satz 3 GNotKG). Im Kern übernommen wird die frühere Regelung in § 20 Abs. 1 KostO (*Diehn in Bormann/Diehn/Sommerfeldt*, a. a. O.; *Hartmann*, § 47 GNotKG Rdnr. 1). Um dem Vereinfachungszweck der Regelung Rechnung zu tragen, ist der Wert der Sache – also der Verkehrswert – nur dann festzustellen, wenn Anhaltspunkte vorhanden sind, dass der Kaufpreis nicht annähernd so hoch ist wie sich der aus § 47 Satz 1 GNotKG ergebende Wert (BayObLGZ 1974, 422/425; BayObLG, JurBüro 1989, 824/825). Im Wesentlichen können die unter Geltung der Kostenordnung entwickelten Grundsätze beibehalten werden (dazu BGH, JurBüro 2006, 209 mit Anm. *Schmidt*; BayObLGZ 1974, 422/424; BayObLG, JurBüro 1989, 824/825; auch Senat vom 4.7.2013, 34 Wx 266/13 Kost, bei juris; *Rohs/Wedewer* KostO 108. Aktualisierung – Stand Juli 2011 – § 20 Rdnr. 1).

Kommt es bis zur Grundbucheintragung zu Veränderungen im Grundstückswert, gilt im Ausgangspunkt ebenfalls § 47 Satz 1 GNotKG; zu berücksichtigen ist aber auch § 47 Satz 3 GNotKG, so dass mindestens der Verkehrswert im Zeitpunkt des Antrags auf Eigentumsumschreibung anzusetzen ist (§ 59 GNotKG; *Diehn in Bormann/Diehn/Sommerfeldt* § 47 Rdnr. 13 i. V. m. Rdnr. 34).

Für die Wertbemessung nicht beachtlich – d. h. herauszurechnen – ist aber in jedem Fall der Wert mitverkauften Zubehörs (*Hartmann*, § 47 GNotKG Rdnr. 29; *Diehn in Bormann/Diehn/Sommerfeldt*, § 47 Rdnr. 13). Denn der gebührenausslösende Vorgang bezieht sich nur auf das Grundstück selbst.

Anhaltspunkte für einen abweichenden Verkehrswert lassen sich namentlich dem Umstand entnehmen, dass bei einem alsbaldigen Weiterverkauf der Immobilie ein Kaufpreis erzielt wird, der auf einen den ursprünglichen Kaufpreis deutlich übersteigenden Verkehrswert schließen lässt (siehe etwa OLG Düsseldorf, MittBayNot 1994, 360). Nach der Rechtsprechung des BayObLG kann es sogar genügen, dass sich der höhere Verkehrswert im Verkaufsangebot des Grundstückserwerbers niederschlägt (BayObLG, JurBüro 1996, 602), ein erfolgreicher Verkauf also gar nicht stattgefunden haben muss.

2. Nach diesen Grundsätzen ist es nicht zu beanstanden, dass der Wert des Grundstücks nicht nach dem Kaufpreis im Vertrag vom 17.6.2013, sondern nach dem Verkaufspreis gemäß dem etwa sieben Monate später geschlossenen Vertrag vom 10.2.2014 bestimmt wurde. Der letztgenannte Zeitpunkt liegt deutlich näher an dem hier für die Wertberechnung

erheblichen Zeitpunkt der Antragstellung am 31.1.2014. Wertsteigernde Maßnahmen am Kaufobjekt vor der Weiterveräußerung sind nicht ersichtlich. Anhaltspunkte dafür, dass die Käuferin übervorteilt wurde, sind ebenso wenig erkennbar. Dagegen spricht deutlich auch die zeitgleiche Beleihung des Objekts mit einer Grundschuld i. H. v. 570.000 €, also ca. 70 % des Kaufpreises, durch eine örtliche Sparkasse. Dann aber sprechen die Umstände mit Deutlichkeit dafür, dass sich der Wert des Objekts in dem Preis widerspiegelt, der beim Weiterverkauf am 10.2.2014 erzielt wurde.

Mit der Maßgabe, dass der von den Vertragsparteien für Zubehör angesetzte Wert von 7.000 € in Abzug zu bringen ist, erweist sich demnach das Rechtsmittel als erfolglos.

(...)

Öffentliches Recht

21. SGB XII § 90 Abs. 2 Nr. 8; BGB § 2044; BSHG § 88 Abs. 2 Nr. 7; SGB XII § 90 Abs. 3 Satz 2 (*Zur Anrechnung von Immobilienvermögen auf Leistungen der Grundsicherung bei Erwerbsminderung*)

- Ein Anteil an einem mit einem Mehrfamilienhaus bebauten Grundstück, das Bestandteil einer ungeteilten Erbengemeinschaft ist, stellt bei der Beurteilung eines sozialhilferechtlichen Bedarfs grundsätzlich ein verwertbares Vermögen dar, selbst wenn durch letztwillige Verfügung die Auseinandersetzung des Erbes ausgeschlossen ist. Dies gilt insbesondere dann, wenn innerhalb der Erbengemeinschaft die Bereitschaft besteht, den Erbteil zu erwerben.**
- Ein mit einem Mehrfamilienhaus bebautes Grundstück, bei dem die darin befindlichen Wohnungen jedenfalls teilweise fremdvermietet werden (hier: Wohnhaus mit sieben separaten Wohnungen), stellt kein geschütztes Vermögen in Form eines angemessenen Familienheims dar und unterliegt damit der Verwertung zur vorrangigen Sicherung eines sozialhilferechtlichen Bedarfs. Soweit an diesem Grundstück lediglich ein Miteigentumsanteil gehalten wird, gilt diese Verwertungspflicht jedenfalls dann, wenn sich der Miteigentumsanteil auf mehr erstreckt als nur einen selbst genutzten Wohnraum von im jeweiligen Einzelfall angemessener Größe.**
- Die Verwertung einer Immobilie durch Vermietung genügt jedenfalls dann nicht der Verwertungspflicht zur vorrangigen Deckung eines sozialhilferechtlichen Bedarfs, wenn die erzielte Miete den Bedarf des Hilfebedürftigen nicht ausreichend decken kann.**
- Allein der Umstand, dass es sich bei einer Immobilie um das Elternhaus eines Hilfebedürftigen handelt, stellt bei der Frage der Verwertung der Immobilie zur Bedarfssicherung keinen Grund zur Annahme einer unzumutbaren Härte dar.**

LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 13.10.2014, L 20 SO 20/13

Die Beteiligten streiten um die Gewährung von Leistungen der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung nach dem Vierten Kapitel des SGB XII bzw. von Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem Dritten Kapitel des SGB XII.

Die 1955 geborene, ledige Klägerin leidet an einer psychischen Erkrankung in Form einer Schizophrenie. Für sie ist mindestens seit

Mitte 2005 eine Betreuung angeordnet. Bis zum 31.3.2007 bezog sie Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende. Die Leistungsbewilligung nach dem SGB II hob die damalige ARGE N (als Rechtsvorgängerin des heutigen Jobcenters) mit Wirkung vom 1.4.2007 wegen Wegfalls der Erwerbsfähigkeit auf (Bescheid vom 6.3.2007). Zuvor war eine dauerhafte Erwerbsminderung der Klägerin aufgrund ihrer Erkrankung durch den ärztlichen Dienst der Bundesagentur für Arbeit festgestellt worden. Derzeit bezieht sie eine Rente wegen voller Erwerbsminderung i. H. v. jedenfalls 177,97 € monatlich (Stand: Juli 2013).

Die Prozessbevollmächtigte der Klägerin beantragte als ihre (damalige) Betreuerin mit Schreiben vom 27.3.2007 bei der Beklagten Leistungen der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung. Zu diesem Zeitpunkt verfügte die Klägerin über ein Girokonto mit einem Guthaben von 919,37 € und ein Sparguthaben mit einem Guthaben von 508,24 €. In ihrem Antrag gab sie an, in einer Wohnung in einem Mehrfamilienhaus in der I-Straße 00 in N zu wohnen, welches sie zu einem Anteil von einem Drittel von ihren Eltern geerbt habe. Den restlichen Anteil von zwei Dritteln halte ihr Bruder B C. Dem vorgelegten Ehe- und Erbvertrag der Eltern der Klägerin vom 23.7.1976 ist zu entnehmen, dass die Klägerin und ihre beiden Geschwister zu gleichen Teilen Erben des letztversterbenden Ehegatten (der Mutter der Klägerin) geworden sind. Zudem enthält der Vertrag eine Teilungsanordnung, wonach die drei Kinder Miterben zu gleichen Teilen werden sollten. Die Erbengemeinschaft solle dahingehend aufgelöst werden, dass der Bruder die Nutzung des Erdgeschosses, die Schwester die Nutzung der zweiten Etage und die Klägerin die Nutzung der ersten Etage erhalte; das Dachgeschoss (35 m²) sollte allen dreien gemeinschaftlich zustehen. Den Anteil der bereits verstorbenen Schwester erwarb zwischenzeitlich der Bruder der Klägerin. Entsprechend der Verfügung der Eltern bewohnt die Klägerin eine 72 m² große Wohnung im ersten Obergeschoss. Aus der zweiten Wohnung auf dieser Etage (48 m²) erhält sie Mieteinnahmen in Höhe von 238,77 € monatlich. Eine kurze gutachterliche Äußerung des Immobilienkaufmanns N L vom 21.12.2004 schätzt für Dezember 2004 für das gesamte Hausgrundstück einen Verkehrswert von 195.000 €.

Ab April 2007 betrug der monatliche Abschlag der Klägerin für Erdgas 51 Euro, für Strom 25 Euro und für Wasser 47 €. Darüber hinaus fielen im August 2007 Kosten für notwendige Reparaturen und die Wohngebäudeversicherung i. H. v. 100,90 € an. Nach dem Grundbesitzabgabenbescheid waren für das Jahr 2007 für das gesamte Haus 1.152,61 € zu zahlen, anteilig fällig jeweils vierteljährlich zur Quartalsmitte. Ab 1.4.2007 betragen die Beiträge der Klägerin an die Deutsche BKK monatlich 115,15 € für die Kranken- bzw. 15,92 € für die Pflegeversicherung.

Die Beklagte lehnte die Gewährung von Leistungen nach dem Vierten Kapitel des SGB XII ab dem 1.4.2007 ab (Bescheid vom 21.1.2008). Die Klägerin verfüge über einen Eigentumsanteil von 30,1 % an ihrem Elternhaus. Dies entspreche einer Wohnfläche von 118 m², wovon 59 m² vermietet seien. Der Wert des Hauses habe 2004 bei 195.000 € gelegen, der Anteil der Klägerin betrage somit 58.695 €. Der nicht von ihr selbst bewohnte Teil sei nicht geschützt und für ihren Lebensunterhalt zu verwerten. Die Gewährung eines Darlehens sei ebenfalls nicht möglich, da eine Verwertung der Immobilie jedenfalls durch Aufnahme eines privaten Darlehens erfolgen könne.

Die Klägerin erhob dagegen durch ihre Bevollmächtigte Widerspruch (Schreiben vom 28.1.2008). Sie beantragte erneut Leistungen ab dem 1.2.2008 (Schreiben vom 7.2.2008). Auf diesen Antrag forderte die Beklagte mit Schreiben vom 12.3.2008 die Klägerin auf, entsprechende Unterlagen einzureichen, sofern kein Vermögen über der Freigrenze mehr vorhanden sei. Sollte der Antrag zur Fristwahrung für einen Zeitpunkt in der weiteren Zukunft gestellt worden sein, so bestehe ein Anspruch erst wieder ab dem Zeitpunkt, in dem das Vermögen die Freigrenze nicht mehr überschreite. Eine jetzige Antragstellung sei daher unerheblich. Die Ablehnung vom 21.1.2008 bleibe bestehen.

Mit Widerspruchsbescheid vom 12.11.2009 (zugestellt am 13.11.2009) wies die Beklagte den Widerspruch nach Beteiligung sozial erfahrener Dritter zurück. Da Leistungen aufgrund der wirtschaftlichen Verhältnisse der Klägerin abgelehnt worden seien, habe man nicht geprüft, ob sie dauerhaft voll erwerbsgemindert sei. Auch die Höhe des Grundsicherungsbedarfs der Klägerin sei nicht bekannt, da keine Unterlagen zu den Unterkunftskosten für die selbstbewohnte

Wohnung vorlägen. Jedenfalls sei die Verwertung des Miteigentumsanteils an dem Haus I-Straße 00 in N nicht nach § 90 SGB XII ausgeschlossen. Ihr Drittel-Anteil entspreche etwa 131 m² Wohnfläche; sein Wert betrage rund 65.000 €. Der Wohnflächenanteil sei für eine Alleinstehende nicht angemessen. Anhaltspunkte für eine außergewöhnliche, vom Regelfall abweichende Bedarfslage bestünden nicht. Auch eine besondere Härte liege nicht vor, da eine Veräußerung es der Klägerin ermöglichen würde, zeitweise unabhängig von Sozialhilfe zu leben. Ihre psychische Erkrankung allein könne eine besondere Härte ebenfalls nicht begründen, zumal sie nur einen Teil ihres Erbes veräußern müsse. Auch eine Darlehensgewährung scheide aus; denn die Klägerin habe keine Gründe vorgetragen, die einer Verwertung entgegenstünden.

Am 14.12.2009 (Montag) hat die Prozessbevollmächtigte für die Klägerin Klage erhoben. Das Haus sei 1895/1910 erbaut und sanierungsbedürftig. Die von der Klägerin selbst genutzte Wohnung verfüge nicht über Heizkörper; Feuchtigkeit und Schimmel bestimmten ihren Zustand. Renovierungsarbeiten scheiterten an fehlender Liquidität, so dass mit einem hohen Wertverlust binnen kurzer Zeit zu rechnen sei. Die Klägerin sei zudem psychisch krank. Sie leide an Schizophrenie und sei in regelmäßiger Behandlung. Nach Rücksprache mit der behandelnden Psychologin bestehe Suizidgefahr. Das Haus stelle den letzten Bezug zur verstorbenen Mutter der Klägerin dar, der sie sich sehr verbunden fühle; ein Umzug sei deshalb nicht zumutbar. Die Verwertung des Miteigentumsanteils bedeute außerdem eine besondere Härte, weil ein Verkauf an ihren Bruder ihren Gesundheitszustand extrem gefährden würde. Ein Fremder aber würde zwei Eigentumswohnungen in einem heruntergekommenen Mehrfamilienhaus nicht zum Preis von 60.000 € erwerben. Schließlich habe die selbst genutzte Wohnung eine angemessene Größe.

Die Klägerin hat beantragt, die Beklagte unter Aufhebung des Bescheides vom 21.1.2008 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 12.11.2009 zu verurteilen, ihr ab dem 1.4.2007 Leistungen der Sozialhilfe in Gestalt der Leistungen nach dem Vierten Kapitel des SGB XII, hilfsweise als Darlehen, zu gewähren.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Sie hat vorgetragen, für eine fehlende Verwertbarkeit des Miteigentumsanteils bestünden keine Anhaltspunkte. Eine Verwertung sei im Übrigen nicht nur durch Verkauf, sondern auch durch Beleihung möglich. Die psychische Erkrankung der Klägerin könne eine besondere Härte nicht begründen. Die Klägerin werde ohnehin nicht auf die Verwertung des gesamten Miteigentumsanteils verwiesen. Sofern sie lediglich die vermietete Wohnung verwerte, verbleibe ihr immer noch die selbst bewohnte Wohnung zur eigenen Nutzung.

Während des Klageverfahrens hat die Bevollmächtigte zwei Schreiben des Rechtsbeistands des Bruders der Klägerin vom 16.3.2011 und 22.8.2011 vorgelegt; danach sei dieser bereits seit September 2005 bereit gewesen und sei es auch weiterhin, den Miteigentumsanteil der Klägerin zu erwerben, allerdings nur dann, wenn die Klägerin aus der von ihr bewohnten Wohnung ausziehe. Zudem hat sie einen Grundbuchauszug überreicht, aus dem eine Pfändung des Erbteils der Klägerin für die Q gGmbH in N hervorgeht. Gleichfalls hat sie einen Vollstreckungsbescheid dieser gGmbH vom 2.10.2009 vorgelegt, mit dem eine Forderung gegenüber der Klägerin i. H. v. 6.123,69 € titulierte wird.

Das Sozialgericht hat Beweis erhoben durch Einholung eines Sachverständigengutachtens vom 24.5.2012 des Dipl.-Ing. (Arch.) und Bausachverständigen K T zum Wert des Hauses I-Straße 00 in N. Danach handelt es sich um ein Mehrfamilienhaus mit sieben Wohnungen auf einem 341 m² großen Grundstück in mittlerer Wohnlage. Der Verkehrswert der Gesamtimmobilie habe im März 2007 bei 270.000 € gelegen. Für die Klägerin ergebe sich wegen eines Abschlags aufgrund mangelhaften Wohnungszustandes (die Modernisierung des ersten Obergeschosses sei letztmals 1959/60 erfolgt, die Wohnung weise umfangreiche Schäden auf, die Technik sei veraltet, es sei nur ein Elektroheizofen vorhanden) gegenüber den modernisierten Wohnungen ein Wertanteil am Objekt von 76.000 €. Durch zwischenzeitliche Wertveränderungen seien zum Zeitpunkt der Gutachtenerstellung die entsprechenden Werte mit 300.000 € bzw. 84.000 € anzunehmen.

Mit Urteil vom 18.10.2012 hat das Sozialgericht die Klage abgewiesen. Allein aufgrund des im (Mit-)Eigentum der Klägerin befindlichen Hausgrundstücks sei von einem den Schonbetrag übersteigenden Vermögen auszugehen. Das Hausgrundstück sei verwertbar und

gehöre nicht zum Schonvermögen, weil es kein angemessenes Hausgrundstück im Sinne des § 90 Abs. 2 Nr. 8 SGB XII darstelle. Mehrfamilienhäuser unterfielen offensichtlich nicht dem Schutzbereich der Norm. Die Verwertung stelle auch keine besondere Härte dar. Die Verwertung von nicht unter § 90 Abs. 2 Nr. 8 SGB XII fallenden Immobilien entspreche grundsätzlich dem Willen des Gesetzgebers. Offen bleiben könne, ob die Verwertung durch Verkauf wegen der psychischen Erkrankung der Klägerin eine besondere Härte darstelle. Aufgrund des Verkehrswertes des Grundstücks gehe das Gericht davon aus, dass die Aufnahme eines Bankdarlehens gegen eine dingliche Belastung des Grundstücks möglich sei. Anhaltspunkte für die Notwendigkeit einer darlehensweisen Leistungsgewährung lägen ebenfalls nicht vor.

Gegen das der Klägerin am 21.12.2012 zugestellte Urteil richtet sich deren Berufung vom 11.1.2013. Die Klägerin fühle sich ihrem Elternhaus extrem verbunden. Die Notwendigkeit einer Veräußerung rufe bei ihr Angst und Panik hervor; sie habe bereits ernstzunehmend mit Suizid gedroht. Aufgrund des Zustandes sei der Miteigentumsanteil auch nicht veräußerbar. Die Verwertung sei darüber hinaus unverhältnismäßig. Die Klägerin wohne in ihrer Wohnung kostenfrei und erziele durch den Mieterlös aus der anderen Wohnung Einkommen. Bei einem Verkauf müsste sie eine Wohnung anmieten. Nach den Vorgaben der Beklagten stünde ihr ein Mietzins von bis zu 428 € zuzüglich Heizkosten zu. Von dem Verkaufserlös müssten die notwendigen Sanierungskosten in Abzug gebracht werden, so dass der Erlös unerheblich sei.

Die Klägerin beantragt, das Urteil des Sozialgerichts Münster vom 18.10.2012 aufzuheben und die Beklagte unter Aufhebung des Bescheides vom 21.2.2008 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 12.11.2009 zu verurteilen, der Klägerin Leistungen der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung ab dem 1.4.2007 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

(...)

Aus den Gründen:

II.

Die nach § 144 Abs. 1 Satz 2 SGG statthafte und auch im Übrigen zulässige Berufung ist unbegründet. Zu Recht hat es das Sozialgericht abgelehnt, die Beklagte zur Erbringung von Leistungen der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung bzw. der Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem SGB XII als Zuschuss oder als Darlehen zu verurteilen.

1. Gegenstand des Verfahrens ist der Bescheid vom 21.1.2008 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 12.11.2009, mit dem es die Beklagte ohne zeitliche Begrenzung abgelehnt hat, der Klägerin Leistungen der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung für die Zeit ab 1.4.2007 zu gewähren. Streitbefangen ist daher der Zeitraum vom 1.4.2007 bis zur zweitinstanzlichen mündlichen Verhandlung vom 13.10.2014.

Eine zeitliche Begrenzung des streitbefangenen Zeitraums ergibt sich nicht etwa aus dem Neuantrag der Klägerin im Schreiben vom 7.2.2008. Denn die daraufhin erfolgte Mitteilung der Beklagten vom 12.3.2008 stellt bereits keine erneute Ablehnungsentscheidung dar. Diesem Schreiben fehlt jeglicher Regelungscharakter. Nach seinem Inhalt war der Beklagten bereits nicht klar, ob es sich um einen Neuantrag wegen einer Änderung der Vermögensverhältnisse oder aber um einen fristwährenden Neuantrag für einen Zeitraum in der Zukunft handeln sollte. Die Ausführungen der Beklagten können auch nicht im Sinne einer Wahlfeststellung dahingehend verstanden werden, dass unabhängig von der Tatsachengrundlage in jedem der beiden Alternativfälle eine Ablehnung erfolgen sollte. Vielmehr wären bei einem Wegfall des Vermögens weitere Nachweise einzureichen gewesen, wogegen es bei unveränderter Tatsachengrundlage bei der bereits erfolgten Ablehnung verblieben wäre. Lässt die Beklagte danach aber

offen, welche Rechtsfolge sie an den Antrag der Klägerin knüpfen will, so trifft sie von vornherein keine Regelung. Das Schreiben war vielmehr als Aufforderung zu verstehen, den (ggf. gemeinten) Neuantrag zu präzisieren, was jedoch in der Folgezeit nicht geschehen ist.

Gegen den angefochtenen Bescheid wendet sich die Klägerin mit ihrer zulässigen kombinierten Anfechtungs- und Leistungsklage (§ 54 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 4 i. V. m. § 56 SGG). Für die von der Klägerin geltend gemachten Leistungen nach §§ 41 ff. SGB XII ist die Beklagte sachlich und örtlich zuständiger Leistungsträger (§ 3 Abs. 1 und 2, § 97 Abs. 1, § 98 Abs. 1 Satz 2 SGB XII).

2. Ein Anspruch der Klägerin auf Leistungsgewährung besteht weder in Form eines Zuschusses noch eines Darlehens. Dabei kann offen bleiben, ob die Klägerin grundsätzlich nach dem Dritten oder nach dem Vierten Kapitel des SGB XII leistungsberechtigt wäre. Denn sie erfüllte im streitgegenständlichen Zeitraum die Anspruchsvoraussetzungen weder des § 19 Abs. 1 SGB XII (i. d. F. ab 1.1.2005) bzw. 27 SGB XII (i. d. F. ab 1.1.2011) noch des § 19 Abs. 2 SGB XII (in der jeweils geltenden Fassung) bzw. des § 41 SGB XII (i. d. F. ab 1.1.2011). Die Klägerin hatte zwar durch ihren Wohnsitz in N ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Inland. Sie ist auch voll erwerbsgemindert, wobei die Frage, ob diese Erwerbsminderung auch auf Dauer besteht, offen bleiben kann.

Denn zwar konnte die Klägerin ihren Bedarf nicht vollständig aus ihrem Einkommen decken. Ihr monatlicher Bedarf bestand zumindest i. H. v. 445 € (347 € Regelbedarf (Stand 2007) sowie Unterkunftskosten mindestens i. H. v. monatlich 51 € für Erdgas, 47 € monatlich für Wasser und ggf. 25 € für Strom; letzterer ist zumindest teilweise zu berücksichtigen, weil die Klägerin ausweislich des vom Sozialgericht eingeholten Gutachtens einen Elektroheizofen für das Heizen der Wohnung besitzt). Hinzu kommen noch vierteljährlich anfallende Grundbesitzabgaben, Kosten für Versicherungen sowie einmalige Reparaturen, die jeweils im Fälligkeitsmonat zu berücksichtigen sind. Dem standen lediglich monatliche Einkünfte aus einer Rente i. H. v. etwa 177,97 € (so der Stand am 1.7.2013) sowie aus Mieteinnahmen i. H. v. 238,77 €, insgesamt also von 416,74 € gegenüber. Bei der Klägerin verbleibt daher ein monatlicher Bedarf für (ergänzende) Leistungen von mindestens 28,26 €; in einigen Monaten dürfte er noch wesentlich höher liegen.

Voraussetzung für Leistungen sowohl nach dem Dritten als auch nach dem Vierten Kapitel des SGB XII ist jedoch überdies, dass der Hilfebedürftige seinen notwendigen Lebensunterhalt nicht aus eigenem Vermögen bestreiten kann. Diese Voraussetzung erfüllt die Klägerin nicht.

Nach § 90 Abs. 1 SGB XII ist das gesamte verwertbare Vermögen einzusetzen. Als verwertbares Vermögen kommt bei der Klägerin ihr erbengemeinschaftlicher Drittel-Anteil am Nachlass ihrer Eltern in Betracht, namentlich also am Haus I-Straße 00 in N, in dem die Klägerin unter anderem auch selbst wohnt.

a) Rechtliche oder tatsächliche Hindernisse für eine Verwertbarkeit des Erbteils bestehen nicht. Solange die ungeteilte Erbengemeinschaft fortbesteht, kann die Klägerin grundsätzlich ihren Anteil durch Verkauf – insbesondere an den zum Kauf bereiten Bruder – oder aber durch Verpfändung verwerten (vgl. zu diesen Verwertungsmöglichkeiten bereits BSG, Urteil vom 27.1.2009, B 14 AS 42/07 R Rdnr. 27). Darüber hinaus bestand und besteht für sie auch die Möglichkeit, eine Auseinandersetzung des Erbes nach §§ 2042 ff. BGB zu verlangen.

aa) Ein etwa angeordneter Ausschluss der Auseinandersetzung durch letztwillige Verfügung nach § 2044 BGB stünde einer solchen Verwertungsmöglichkeit nicht entgegen. Denn zum einen kann durch einen solchen lediglich die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft, nicht aber der Verkauf des Erbteils ausgeschlossen werden, so dass ein Verkauf des Erbteils insbesondere an den Bruder der Klägerin weiterhin möglich bliebe. Zum anderen erfährt § 2044 BGB nach dessen Abs. 1 Satz 2 eine Einschränkung durch die entsprechende Anwendung des § 749 Abs. 2 BGB. Danach ist auch bei einem Ausschluss der Auseinandersetzung letztere bei Vorliegen eines wichtigen Grundes möglich. Ein solcher dürfte – ohne dass der Senat dies abschließend entscheiden müsste – jedoch bei Eintritt der Sozialhilfebedürftigkeit eines Erben gegeben. Würde man dies anders sehen, so würde eine entsprechende letztwillige Verfügung eine solche zulasten Dritter, hier des Sozialhilfeträgers, darstellen. Dies wäre mit dem Nachranggrundsatz der Sozialhilfe nicht zu vereinbaren. Unbeschadet dessen war ohnehin ein Ausschluss der Auseinandersetzung im Sinne des § 2044 BGB durch die Erblasser – die Eltern der Klägerin – ersichtlich nicht gewollt. Denn der Erbvertrag enthält eindeutig Vorgaben gerade zu einer Auflösung der Erbengemeinschaft im Rahmen einer Teilungsanordnung im Sinne des § 2048 BGB.

bb) Würde die Klägerin daher gegenüber ihrem Bruder anstelle eines Verkaufs ihres Miteigentumsanteils die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft verlangen, so erlaubte die von ihren Eltern (ggf.) getroffene Teilungsanordnung jedenfalls eine Zuweisung von Alleineigentum an die Klägerin an den beiden Wohnungen im ersten Stock sowie ein Drittel-Miteigentumsanteil an der Wohnung im Dachgeschoss. Auf diese Weise wäre die Klägerin jedenfalls in der Lage, die zurzeit vermietete Wohnung sowie den Miteigentumsanteil an der Dachgeschosswohnung zu veräußern. Bislang hat sich die Klägerin allerdings nicht um eine entsprechende Auseinandersetzung (wie überhaupt um eine Verwertung ihres Miteigentumsanteils) bemüht. Sofern ein Hilfebedürftiger an der Auseinandersetzung einer Erbengemeinschaft aber nicht interessiert ist und den Auseinandersetzungsanspruch nicht ernstlich geltend gemacht hat, besteht von vornherein kein tatsächliches Verwertungshindernis (BSG, Urteil vom 27.1.2009, B 14 AS 42/07 R Rdnr. 34).

b) Die Verwertung des Miteigentumsanteils der Klägerin ist auch nicht nach § 90 Abs. 2 Nr. 8 SGB XII ausgeschlossen. Die Vorschrift bestimmt, dass die Sozialhilfe nicht abhängig gemacht werden darf vom Einsatz oder von der Verwertung eines angemessenen Hausgrundstücks, das von der nachfragenden Person oder einer anderen in den § 19 Abs. 1 bis 3 genannten Person allein oder zusammen mit Angehörigen ganz oder teilweise bewohnt wird und nach ihrem Tod von ihren Angehörigen bewohnt werden soll. Der Miteigentumsanteil der Klägerin ist jedoch im Sinne der Vorschrift nicht „angemessen“.

aa) Die Angemessenheit bestimmt sich nach der Zahl der Bewohner, dem Wohnbedarf (zum Beispiel behinderter, blinder oder pflegebedürftiger Menschen), der Grundstücksgröße, der Hausgröße, dem Zuschnitt und der Ausstattung des Wohngebäudes sowie dem Wert des Grundstücks einschließlich des Wohngebäudes (§ 90 Abs. 2 Nr. 8 Satz 2 SGB XII).

Der Senat hat insoweit bereits ausgeführt (vgl. Urteil vom 5.5.2014, L 20 SO 58/13 Rdnr. 41 ff.), dass der Gesetzgeber mit dieser Formulierung zur Angemessenheit die sog. Kombinationstheorie aufgegriffen hat, die vom BVerwG zur Auslegung des § 88 Abs. 2 Nr. 7 BSHG (i. d. F. bis 31.12.1990) entwickelt worden war. Nach dieser Vorschrift durfte die

Sozialhilfe nicht abhängig gemacht werden vom Einsatz oder von der Verwertung eines kleinen Hausgrundstücks, besonders eines Familienheims. Die Eigenschaft eines Hausgrundstücks als „klein“ sollte sich nach der Rechtsprechung des BVerwG nach personenbezogenen Kriterien (Zahl der Bewohner und deren besondere Bedürfnisse) sowie nach sachbezogenen und wertbezogenen Kriterien (Größe, Zuschnitt und Ausstattung der Baulichkeit; Größe des Grundstücks; Wert des Grundstücks einschließlich der Baulichkeit) richten (vgl. BVerwG, Urteile vom 17.10.1974, V C 50.73 sowie vom 17.1.1980, 5 C 48/78).

Das BSG hat sich dieser Kombinationstheorie des BVerwG angeschlossen. Danach ist die Angemessenheit nach Maßgabe und Würdigung aller in § 88 Abs. 2 Nr. 7 BSHG (jetzt § 90 Abs. 2 Nr. 8 SGB XII) bezeichneten personen-, sach- und wertbezogenen Kriterien zu beurteilen. Soweit ein einzelnes Kriterium unangemessen ist, führt dies also nicht automatisch zur Unangemessenheit des Hausgrundstücks (vgl. BSG, Urteil vom 19.5.2009, B 8 SO 7/08 R). Dieser Rechtsprechung hat sich der erkennende Senat angeschlossen (vgl. Urteil vom 5.5.2014, L 20 SO 58/13 Rdnr. 41 ff.).

Auch nach der danach erforderlichen Gesamtbetrachtung kann der Anteil der Klägerin an dem Hausgrundstück nicht als angemessen angesehen werden. Das Haus I-Straße 00 in N ist ein Siebenfamilienhaus mit einer Gesamtwohnfläche von etwa 384 m². Für die Bewertung der Angemessenheit ist allerdings nicht auf diese Gesamtwohnfläche abzustellen, sondern lediglich auf die Fläche, die dem Anteil der Klägerin am Gesamthandsvermögen entspricht. Das BSG hat (im Urteil vom 22.3.2012, B 4 AS 99/11 R Rdnr. 17 unter Rückgriff auf die Rechtsprechung des Gerichts zum Arbeitslosenhilferecht sowie auf BVerwG, Urteil vom 25.6.1992, 5 C 19/89 Rdnr. 12) insofern ausgeführt, dass für die Beurteilung der Angemessenheit eines im Miteigentum stehenden Hausgrundstücks allein auf den vom Leistungsempfänger als Wohnung genutzten Teil des gesamten Hausgrundstücks abgestellt werden kann, wenn das Wohneigentum des Miteigentümers durch die ihren Anteilen entsprechende Nutzung der anderen Miteigentümer auf einen seinem ideellen Miteigentumsanteil entsprechenden realen Grundstücks- und Gebäudeteil beschränkt ist. Abzustellen ist danach grundsätzlich auf den Miteigentumsanteil, soweit die tatsächliche Nutzung diesem entspricht. Wird allerdings durch den Hilfebedürftigen nur ein geringerer Teil genutzt, so muss auch dann auf seinen tatsächlichen Anteil abgestellt werden, weil der Hilfeempfänger eine seinem tatsächlichen Anteil entsprechende Nutzung rechtlich beanspruchen könnte.

Entsprechendes muss auch im vorliegenden Fall für den Anteil der Klägerin am Gesamthandsvermögen der Erbengemeinschaft gelten. Zwar ist die Klägerin als deren Teil Miteigentümerin der gesamten Immobilie. Ausweislich der von den Eltern getroffenen und von den Erben im Wesentlichen auch „gelebten“ Teilungsanordnung kommt der Klägerin die ausschließliche Nutzung der ersten Etage sowie die gemeinschaftliche Nutzung des Dachgeschosses zu. Dies entspricht einer Wohnfläche von 131,7 m² (120 m² im ersten Obergeschoss zuzüglich der anteiligen Wohnfläche im Dachgeschoss, also einem Drittel von 35 m² = 11,7 m²) und damit etwas mehr als einem Drittel der Gesamtwohnfläche. Zwar nutzt die Klägerin seit Antragstellung bis heute lediglich die erste Etage, in welcher sie eine der beiden Wohnungen selbst bewohnt und die andere vermietet, während die Dachgeschosswohnung offenbar ausschließlich durch ihren Bruder genutzt wird. Weder diese tatsächliche Nutzung der Dachgeschosswohnung allein durch den Bruder noch die Vermietung einer der beiden Wohnungen im ersten Obergeschoss ändern

jedoch etwas daran, dass für die Beurteilung der Angemessenheit der vollständige Anteil der Klägerin am Gesamthandsvermögen zu berücksichtigen ist. Denn zum einen vermittelt die Teilungsanordnung im Ehe- und Erbvertrag ihrer Eltern einen schuldrechtlichen Anspruch der Klägerin auf eine entsprechende Auseinandersetzung (vgl. zu dieser Wirkung der Teilungsanordnung nur BGH, Urteil vom 17.4.2002, IV ZR 226/00 sowie *Palandt/Weidlich*, 73. Aufl., § 2048 Rdnr. 4). Zum anderen beschränkt auch die Vermietung eines Teils der Wohnfläche die grundsätzliche Verwertbarkeit nicht (so bereits Urteil des Senats vom 5.5.2014, L 20 SO 58/13 Rdnr. 46).

Die der Klägerin bei einer Auseinandersetzung des Gesamthandsvermögens insgesamt zustehende Wohnfläche von mehr als 130 m² ist mithin bei der Beurteilung der Angemessenheit zugrunde zu legen. Sie ist für die Klägerin, die das Haus nicht mit Angehörigen, insbesondere nicht mit ihrem Bruder bewohnt, unangemessen groß. Nach der Rechtsprechung des BSG zum SGB II ist die angemessene Größe eines selbst genutzten Hausgrundstücks nach den Vorgaben des Zweiten Wohnungsbaugesetzes (II. WobauG) mit einem Grenzwert von 130 m² für einen Vierpersonenhaushalt zu bestimmen; für jede weitere Person erhöht sich der Anteil um 20 m², für jede Person weniger verringert er sich um 20 m² (vgl. BSG, Urteile vom 7.11.2006, B 7 b AS 2/05 R, vom 16.5.2007, B 11 b AS 37/06 R, vom 19.9.2008, B 14 AS 54/07 R und vom 12.12.2013, B 14 AS 90/12 R). Bei einer Belegung des Hauses mit nur einer Person sei die Grenze allerdings typisierend auf 90 m² festzusetzen (vgl. BSG, Urteil vom 12.12.2013, B 14 AS 90/12 R). Darüber hinaus sei bei einer Überschreitung der Wohnflächenobergrenze um nicht mehr als 10 % mit Rücksicht auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz noch von einer angemessenen Wohnfläche auszugehen (vgl. BSG, Urteil vom 7.11.2006, B 7 b AS 2/05 R). Der für die Sozialhilfe zuständige 8. Senat des BSG hat sich dieser Rechtsprechung – auch aus Gründen der Harmonisierung (zu deren Notwendigkeit vgl. *Coseriu in Bender/Eicher*, Sozialrecht – eine Terra incognita, 2009, 225, 255 f.; *Stölting/Greiser*, SGB 2010, 631 ff.) – angeschlossen (vgl. BSG, Urteil vom 19.5.2009, B 8 SO 7/08 R). Der erkennende Senat ist dieser Rechtsprechung grundsätzlich gefolgt (Urteil vom 5.5.2014, L 20 SO 58/13 Rdnr. 45).

Vorliegend ist darüber hinaus zu berücksichtigen, dass es sich bei dem von der Klägerin teilweise bewohnten Haus nicht um ein Familienheim mit (nur) einer Wohnung im Sinne des § 39 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 II. WobauG handelt, sondern um ein Mehrfamilienhaus mit sieben abgeschlossenen Wohneinheiten. Dies rechtfertigt es, bei der Frage nach der angemessenen Wohnfläche für einen Vierpersonenhaushalt auf die Regelung des § 39 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 II. WobauG zurückzugreifen, die nicht Einfamilienhäuser, sondern Eigentumswohnungen betrifft. Danach ist für eigengenutzte Eigentumswohnungen und Kaufeigentumswohnungen eine maximale Wohnfläche von 120 m² vorgesehen. Diese im Vergleich zu Einfamilienhäusern reduzierte Wohnfläche rechtfertigt sich aus dem Umstand, dass in letzteren typischerweise mehr Raum für Flure und Treppen benötigt wird, als er bei Wohnungen anfällt. Dementsprechend stellt auch das BSG bei einer Eigentumswohnung auf eine angemessene Wohnfläche von 120 m² (für vier Personen; mit entsprechenden Änderungen je nach Personenzahl wie bei Einfamilienhäusern) ab (vgl. BSG, Urteil vom 7.11.2006, B 7 b AS 2/05 R Rdnr. 22).

Danach wäre für die Klägerin im Hause I-Straße 00 in N eine Wohnfläche von 80 m² als angemessen anzusehen. Auch der Umstand, dass es sich bei den der Klägerin zur Nutzung zur Verfügung stehenden Wohnungen um mehrere abgeschlossene Wohneinheiten handelt, führt zu keiner abweichenden

Beurteilung hinsichtlich der Angemessenheit. Denn jedenfalls sind die Wohnungen eigentumsrechtlich bislang nicht voneinander getrennt, so dass sich eine separate Betrachtung schon aus diesem Grund verbietet. Selbst wenn man eine Überschreitung der angemessenen Wohnfläche (80 m²) um 10 % als unbeachtlich ansehen wollte, überstiege die tatsächliche Wohnfläche von 131,7 m² die dann zu berücksichtigenden 88 m² noch erheblich.

bb) Schließlich wird auch unter Anwendung der Kombinationstheorie die unangemessene Größe der Wohnfläche nicht aufgewogen. Zwar liegt die Grundstücksgröße mit 341 m² durchaus im Bereich des Angemessenen, und auch die Ausstattung der von der Klägerin genutzten Wohnung ist aufgrund des vom Gutachter ermittelten niedrigen Standards nicht als unangemessen anzusehen. Die Zahl der Bewohner des streitgegenständlichen Hauses rechtfertigt allerdings keine andere Bewertung, weil sie sämtlich nicht mit der Klägerin verwandt sind. Dass ein weiterer Wohnbedarf aufgrund bei der Klägerin vorliegender, spezifischer Umstände vorliegt, ist nicht ersichtlich. Aus dem Wert der Immobilie schließlich folgt nichts, was im Rahmen der Gesamtbetrachtung einer Verwertungspflicht entgegenstünde. Der Sachverständige T hat – bestätigt vom Sachverständigen Homann – den Verkehrswert der gesamten Immobilie im März 2007 auf 270.000 € beziffert, der sich bis zum Jahr 2012 durch Steigerung des Bodenwertes, höherer Bauindexwerte und Mietsteigerungen auf 300.000 € erhöht hat. Den auf die Klägerin entfallenden Anteil hat er insoweit mit 76.000 € (2007) bzw. 84.000 € (2012) angegeben und dies mit dem mangelhaften baulichen Zustand des von ihr genutzten Hausteiles im Vergleich zur übrigen Immobilie begründet. Diese Wertfestsetzung berücksichtigt allerdings nur die Wohnungen im ersten Obergeschoss und lässt den auf die Klägerin nach dem Ehe- und Erbvertrag ihrer Eltern ebenfalls zur Nutzung zukommenden Anteil am Dachgeschoss außer Betracht. Letzterem käme unter Zugrundelegung der gutachterlich ermittelten Werte nochmals ein Wert von rund 8.600 € bzw. 9.575 € zu. Das Vermögen der Klägerin hatte daher zum Zeitpunkt der Antragstellung im März 2007 einen Wert von etwa 84.600 €. Angesichts dessen, dass die Klägerin bei Antragstellung erst 51 Jahre alt war und aufgrund ihrer Erkrankung auf unabsehbare Zeit auf (ergänzende) staatliche Transferleistungen angewiesen sein würde, wenn sie diesen erheblichen Vermögenswert nicht zur Vermeidung von Sozialhilfebedürftigkeit einsetzen müsste, kann eine Freistellung dieses Immobilienvermögens von der Verwertungspflicht sozialhilferechtlich nicht angemessen sein. Daran ändert es auch nichts, dass der Miteigentumsanteil der Klägerin zwischenzeitlich wegen einer Forderung i. H. v. knapp 7.000 € gepfändet wurde; denn auch dann verbleibt ein erheblicher Vermögenswert, der zur Vermeidung von Sozialhilfebedürftigkeit eingesetzt werden kann.

c) Die Klägerin kann einer Einsatzzpflicht ihres Vermögens schließlich nicht entgegenhalten, dass eine Verwertung bereits durch teilweise Vermietung erfolge. Denn die monatlichen Mieteinnahmen betragen lediglich 238,77 €. Angesichts des schlechten baulichen Zustandes der vermieteten Wohnung – den die Klägerin selbst mehrfach betont (fehlende Heizkörper und Schimmelbefall) und der aufgrund ihrer Einkommens- und Vermögensverhältnisse auch nicht beseitigt werden kann – ist schon fraglich, ob eine Vermietung auch weiterhin dauerhaft möglich sein wird. Jedenfalls aber führt die Vermietung nicht zu Einnahmen in einer Höhe, die einen (ergänzenden) Sozialhilfebedarf der Klägerin nachhaltig vermeiden würde; dann aber kann dem Nachrang der Sozialhilfe (§ 2 Abs. 1 SGB XII) nur durch eine Verwertung entsprochen

werden, die prognostisch für einen langen Zeitraum jegliche Hilfebedürftigkeit beseitigt.

d) Eine Verwertung des Anteils der Klägerin am Gesamtvermögen würde schließlich keine Härte bedeuten, die der Klägerin nicht zuzumuten wäre. Nach § 90 Abs. 3 Satz 1 SGB XII darf die Sozialhilfe nicht vom Einsatz oder von der Verwertung eines Vermögens abhängig gemacht werden, soweit dies für den, der das Vermögen einzusetzen hat, und für seine unterhaltsberechtigten Angehörigen eine Härte bedeuten würde. Die Vorschrift soll Fälle erfassen, die wegen ihrer atypischen Ausgestaltung nicht bereits von den Regelatbeständen des Schonvermögens erfasst werden, diesen aber in Bezug auf den Regelungszweck grundsätzlich gleichwertig sind (vgl. *Mecke* in jurisPK-SGB XII, 2. Aufl., § 90 Rdnr. 94, Stand: 1.5.2014). Für die Prüfung des Vorliegens einer Härte sind alle Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen und daraufhin zu überprüfen, ob sie in ihrem Zusammenwirken eine bei anderen Hilfebedürftigen regelmäßig nicht anzutreffende, also atypische schwere Belastung des Vermögensinhabers ergeben. Eine Härte liegt danach vor, wenn aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalles, wie zum Beispiel der Art, Schwere und Dauer der Hilfe, des Alters, des Familienstands oder der sonstigen Belastungen des Vermögensinhabers und seiner Angehörigen, eine typische Vermögenslage deshalb zu einer besonderen Situation wird, weil die soziale Stellung der nachfragenden Person insbesondere wegen einer Behinderung, Krankheit oder Pflegebedürftigkeit nachhaltig beeinträchtigt ist (vgl. *Mecke*, a. a. O., Rdnr. 98).

aa) Eine solche Härte bei Verkauf des Anteils der Klägerin am Gesamtvermögen ist nicht ersichtlich. Sie folgt insbesondere nicht daraus, dass es sich bei der Immobilie um das Elternhaus der Klägerin handelt. Die Herkunft des Vermögensgegenstandes spielt vielmehr für sich genommen keine Rolle (vgl. BVerwG, Urteil vom 17.10.1974, V C 50.73 Rdnr. 30). Dass die Klägerin mit diesem Haus viele Erinnerungen verbindet und daran eine emotionale Verbindung knüpft, ändert daran nichts; denn dies ist nur die typische Situation eines Familienerbes bzw. eines Eigentümers einer über längere Zeit selbst bewohnten Immobilie. Kommt zudem gerade der Bruder der Klägerin als Käufer ihres Miteigentumsanteils in Betracht, würde das Haus ohnehin im Eigentum eines Mitglieds der Familie der Klägerin verbleiben. Dies würde auch dem Willen der verstorbenen Eltern entgegenkommen, dass das Haus nicht verkauft werde.

bb) Dass die Klägerin in ihrem Miteigentumsanteil eine Alterssicherung sieht, begründet ebenfalls keine Härte im Sinne des § 90 Abs. 3 SGB XII. Es ist bereits fraglich, ob ein Härtefall nicht schon deshalb ausscheidet, weil die Klägerin Leistungen nach dem Vierten Kapitel des SGB XII begehrt, § 90 Abs. 3 Satz 2 SGB XII die Aufrechterhaltung einer angemessenen Alterssicherung aber ausdrücklich nur für Leistungen nach dem Fünften bis Neunten Kapitel als Grund für eine Härte vorsieht. Die deshalb aufgeworfene Frage, ob der Rechtsgedanke des § 90 Abs. 3 Satz 2 SGB XII auch auf Leistungen der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung anzuwenden ist, kann jedoch dahinstehen. Denn die derzeitige Einkommenssituation der Klägerin und ihr gesundheitlicher Zustand rechtfertigt keinerlei Prognose, dass sie im Alter unabhängig von staatlichen Transferleistungen leben können. Schon jetzt reichen ihr Renteneinkommen und die Mieteinnahmen nicht aus, um ihren Grundsicherungsbedarf zu decken. Dass sich ihre Rente bis zum oder mit Erreichen der Altersgrenze signifikant erhöhen wird, ist angesichts der Schwere ihrer Erkrankung und ihrer (bei verständiger Prognose als dauerhaft anzusehenden) Erwerbsminderung nicht zu erwarten. Zudem weisen die von ihr genutzte sowie

die vermietete Wohnung einen erheblichen Renovierungsrückstand auf, der von der Klägerin aus eigener wirtschaftlicher Kraft ersichtlich nicht behoben werden kann; es liegt deshalb nahe, dass die Mieteinnahmen nicht einmal mehr auf längere Dauer erzielt werden können. Eine Alterssicherung durch Nichtverwertung des Vermögens der Klägerin erscheint deshalb bei verständiger Betrachtung von vornherein nicht möglich.

cc) Soweit für die Klägerin schließlich für den Fall einer Verwertung ihres Miteigentumsanteils eine Suizidgefahr geltend gemacht wird, führt dies ebenfalls zu keinem anderen Ergebnis. Ob eine solche Gefahr tatsächlich besteht, kann der Senat offen lassen. Selbst wenn sie bestehen sollte, könnte sie nicht – zulasten der die Sozialhilfe mit Steuern aufbringenden Allgemeinheit – einen erheblichen Vermögenswert von der sozialhilferechtlichen Verwertungspflicht freistellen. Einer Suizidgefährdung wäre vielmehr ggf. durch Hilfsmaßnahmen zu begegnen, die allgemein in solchen Situationen bereitstehen (etwa Maßnahmen nach dem PsychKG oder sonstige psychiatrische bzw. medizinische Intervention); im sozialhilferechtlichen Regelungsgefüge selbst sind solche Maßnahmen nicht zu verorten, und sie können dieses Gefüge auch nicht konterkarieren.

e) Besteht kein Anspruch der Klägerin auf die geltend gemachten Sozialhilfeleistungen als nicht rückzahlbarer Zuschuss, so hat die Beklagte im Übrigen auch zu Recht eine darlehensweise Sozialhilfe abgelehnt. Ein Darlehen setzt nach § 91 Satz 1 SGB XII voraus, dass der sofortige Verbrauch oder die sofortige Verwertung des Vermögens nicht möglich ist oder für die Person, die es einzusetzen hat, eine besondere Härte bedeuten würde. Unbeschadet der Frage, ob der Klägerin bereits eine sofortige Verwertung durch raschen Verkauf ihres Miteigentumsanteils an ihren zum Kauf bereiten Bruder möglich wäre, liegen die Voraussetzungen für ein Darlehen jedenfalls deshalb nicht vor, weil die Klägerin von vornherein nicht bereit ist, ihren Anteil überhaupt zu verwerfen. In einem solchen Fall wird die mit § 91 Satz 1 SGB XII geregelte Lebenssituation verfehlt; diese setzt für ein Darlehen voraus, dass eine Verwertung jedenfalls grundsätzlich in Angriff genommen wird und lediglich ihre „sofortige“ Verwirklichung eine Härte bedeuten würde oder nicht möglich ist.

(...)

Steuerrecht

22. GrEStG § 1 Abs. 1 Nr. 1; § 3 Nr. 2 (*Grunderwerbsteuerpflicht bei Übertragung eines Grundstücks im Rahmen eines Stiftungsgeschäfts*)

1. Ein Stiftungsgeschäft, bei dem im Wege der Zustiftung ein Grundstück mit einem noch zu errichtenden Gebäude an eine Stiftung übertragen wird, führt nicht zur Erhebung von Grunderwerbsteuer gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG. Die Grunderwerbsteuer entsteht erst mit dem zwischen dem Übertragenden und der Stiftung abgeschlossenen Vertrag, der schuldrechtliche Vereinbarungen über die Grundstücksübertragung sowie zur Auflassung und Eigentumschreibung enthält; erst mit diesem steht der Stiftung ein Eigentumsverschaffungsanspruch zu.
2. Die Verpflichtung zur Übertragung eines Grundstücks auf die Stiftung ist nicht nach § 3 Nr. 2 GrEStG von der Grunderwerbsteuer befreit. Bei der Zustiftung handelt es sich nicht um eine Grundstücksschen-

Kung unter Lebenden im Sinne des Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetzes.

BFH, Urteil vom 27.11.2013, II R 11/12 (NV)

Die Klägerin und Revisionsbeklagte (Klägerin), eine rechtsfähige Stiftung des bürgerlichen Rechts, wurde durch schriftliches Stiftungsgeschäft vom ... 2004 von der Stadt A (Stadt) und vom Förderverein B e. V. (Förderverein) mit Sitz in A gegründet. Das Stiftungsgeschäft enthält neben Regelungen zum Stiftungszweck und zum Stiftungsvorstand und Stiftungsrat u. a. eine Regelung, wonach die Klägerin durch die Stadt und den Förderverein nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen näher bezeichnetes Grundstockvermögen erhält, und zwar durch die Stadt u. a. „das Eigentum am Grundstück und dem von der Stadt errichteten Neubau des Museumsgebäudes einschl. Außenanlagen und Parkplätzen, welche die Stadt der Stiftung nach Betriebsfertigkeit des Gebäudes im Wege der Zustiftung übertragen wird, im Gesamtwert von rd. (... € + ... € =) ... €“ (Ziffer 2 Buchst. a Nr. 3 des Stiftungsgeschäfts). Die Klägerin wurde durch Urkunde des zuständigen Innenministeriums vom ... 2004 als rechtsfähig anerkannt.

Mit notariell beurkundetem Vertrag vom ... 2010 übertrug die Stadt das mit dem Museum bebaute, mit der postalischen Anschrift, den entsprechenden Angaben im Grundbuch, der Größe sowie einem dem Vertrag beigelegten Lageplan im Einzelnen bezeichnete Grundstück auf die Klägerin. Eine Gegenleistung brauchte die Klägerin nicht zu erbringen. Die im Vertrag näher bezeichneten Parkplätze wurden nicht auf die Klägerin übertragen, sondern stehen ihr nur zur Nutzung im Rahmen des Gemeingebrauchs zur Verfügung. Ferner wurden in dem Vertrag die Auflassung erklärt und die Eigentumsumschreibung auf die Klägerin im Grundbuch bewilligt und beantragt.

Der Beklagte und Revisionskläger (das Finanzamt – FA) nahm an, dass mit Abschluss des Vertrags vom ... 2010 Grunderwerbsteuer entstanden sei, und setzte die Steuer gegen die Klägerin auf der Grundlage des gesondert festgestellten Grundbesitzwertes fest. Das FA erklärte die Steuerfestsetzung durch den Änderungsbescheid vom 30.3.2011 gemäß § 165 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 und 4 AO für vorläufig hinsichtlich der Frage, ob die Heranziehung der Grundbesitzwerte im Sinne des § 138 BewG als Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer verfassungsgemäß ist. Der Einspruch blieb erfolglos.

Das Finanzgericht (FG) gab der auf Aufhebung der Steuerbescheide und der Einspruchsentscheidung gerichteten Klage durch das in Entscheidungen der Finanzgerichte 2012, 1184 veröffentlichte Urteil mit der Begründung statt, der Vertrag vom ... 2010 erfülle nicht die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG. Die Grunderwerbsteuer sei bereits mit dem Wirksamwerden der staatlichen Anerkennung der Klägerin entstanden. Ab diesem Zeitpunkt habe der Stiftung ein Rechtsanspruch gegen die Stadt auf Übereignung des Grundstücks zugestanden. Dass das Stiftungsgeschäft nicht notariell beurkundet worden sei, stehe dem nicht entgegen.

Mit der Revision vertritt das FA die Ansicht, die Grunderwerbsteuer sei erst mit Abschluss des Vertrags vom ... 2010 entstanden. Zum einen habe die Stadt nicht beabsichtigt, sich bereits mit dem Stiftungsgeschäft vom ... 2004 zur Grundstücksübertragung zu verpflichten. Dies ergebe sich insbesondere aus dem im Stiftungsgeschäft angebrachten Zusatz „im Wege der Zustiftung“ sowie daraus, dass die Übertragungsverpflichtung von der Betriebsfertigkeit des Gebäudes, einem ungewissen Ereignis, abhängig gemacht worden sei. Da das zu übertragende Grundstück im Stiftungsgeschäft nicht konkret mit Angaben über Lage und Größe sowie zum Grundbuch bezeichnet worden sei, fehle es zudem an der für eine wirksame Übereignungsverpflichtung erforderlichen inhaltlichen Bestimmtheit. Davon abgesehen hätte eine Verpflichtung der Stadt zur Übertragung von Grundbesitz auf die Klägerin im Stiftungsgeschäft der notariellen Beurkundung bedurft; sie habe somit nicht durch bloße Schriftform begründet werden können.

Das FA beantragt, die Vorentscheidung aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin ist der Revision entgegengetreten.

Sie teilt hinsichtlich der Frage der erforderlichen Form des Stiftungsgeschäfts die Auffassung des FG und bringt ferner vor, dass auf die Stiftung zu übertragende Grundstück sei nach den gesamten Umständen schon im Stiftungsgeschäft hinreichend bestimmt gewesen. Es seien bereits damals nahezu alle wesentlichen grundstücks-/gebäude-

bezogenen Strukturen festgelegt gewesen. Lediglich Nebensachverhalte seien noch offen gewesen, wie zum Beispiel die Frage, ob die mitzuübertragenden Kfz-Stellplätze auf die Ostseite des Gebäudes beschränkt bleiben oder auch die Südseite einschließen sollten und ob die Fußgängerbrücke (Verbindung des Museumsgebäudes mit der danebengelegenen Stadthalle) auf die Klägerin übertragen werden sollte. Die Unbestimmtheit der Grundstücksbeschreibung im Stiftungsgeschäft sei allein durch praktisch-technische Gegebenheiten bedingt gewesen und nicht durch gewollte oder tatsächliche Rechtsvorbehalte. Der Begriff „Zustiftung“ sei irrtümlich verwendet worden.

Aus den Gründen:

II.

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der Vorentscheidung und zur Abweisung der Klage (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FGO). Das FG hat den angefochtenen Steuerbescheid in Gestalt der Einspruchsentscheidung zu Unrecht aufgehoben.

1. Die Grunderwerbsteuer ist erst mit Abschluss des Vertrags vom ... 2010 entstanden. Das Stiftungsgeschäft hat weder im Zeitpunkt der staatlichen Anerkennung der Klägerin noch bei Betriebsfertigkeit des Gebäudes zur Entstehung von Grunderwerbsteuer geführt.

a) Gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG unterliegt ein Kaufvertrag oder ein anderes Rechtsgeschäft, das den Anspruch auf Übereignung eines inländischen Grundstücks begründet, der Grunderwerbsteuer. Dem Erwerber muss ein Eigentumsverschaffungsanspruch zustehen. Ein bloßer Anspruch auf Abschluss eines Vorvertrags genügt nicht, es sei denn, dass aus dem Vorvertrag selbst ausnahmsweise auf Erklärung der Auflassung geklagt werden kann (BFH, Urteil vom 22.9.2004, II R 45/02, BFH/NV 2005, 1137 m. w. N.).

b) Auch wenn man entgegen einer in der Literatur vertretenen Ansicht (Wachter, DStR, 2012, 1900) annimmt, dass unter anderen Rechtsgeschäften im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG nicht nur Verträge, sondern auch Stiftungsgeschäfte unter Lebenden, also einseitige Rechtsgeschäfte, zu verstehen sind, wenn sich der Stifter im Stiftungsgeschäft (§ 80 Abs. 1, § 81 BGB) zur Übereignung eines inländischen Grundstücks auf die Stiftung verpflichtet hat und diese Verpflichtung gemäß § 82 Satz 1 BGB dadurch wirksam geworden ist, dass die zuständige Behörde die Stiftung nach § 80 Abs. 1 und 2 BGB als rechtsfähig anerkannt hat, ist im Streitfall die Grunderwerbsteuer erst mit Abschluss des Vertrags vom ... 2010 entstanden. Die Stadt hat sich im Stiftungsgeschäft entgegen der Ansicht des FG noch nicht zur Übereignung eines Grundstücks auf die Klägerin verpflichtet.

aa) Die Auslegung eines Stiftungsgeschäfts obliegt dem FG als Tatsacheninstanz und ist für den BFH gemäß § 118 Abs. 2 FGO grundsätzlich bindend. Hat das FG jedoch wesentlichen Auslegungssstoff außer Acht gelassen und somit gegen die gesetzlichen Auslegungsregeln (§ 133 BGB) verstoßen, ist der BFH als Revisionsgericht an die Auslegung durch das FG nicht gebunden und kann, wenn weitere tatsächliche Feststellungen nicht erforderlich sind, die Auslegung des Stiftungsgeschäfts selbst vornehmen (vgl. BFH, Urteil vom 27.9.2012, II R 52/11, BFH/NV 2013, 938, Rdnr. 12 m. w. N.). Dabei sind neben dem Wortlaut der abgegebenen Willenserklärungen alle Begleitumstände sowie der verfolgte Zweck und die bestehende Interessenlage zu berücksichtigen (vgl. BFH, Urteil vom 27.9.2012, BFH/NV 2013, 938, Rdnr. 12 m. w. N.).

bb) Das FG hat Ziffer 2 Buchst. a Nr. 3 des Stiftungsgeschäfts so ausgelegt, dass sich bereits daraus ein lediglich von der staatlichen Anerkennung abhängiger Rechtsanspruch der Klägerin gegen die Stadt auf Übereignung des „Grundstücks“

ergeben habe. Diese Auslegung hat das FG nicht im Einzelnen begründet. Es hat vielmehr wesentlichen Auslegungstoff außer Acht gelassen. Der BFH kann daher die Auslegung des Stiftungsgeschäfts selbst vornehmen, da weitere tatsächliche Feststellungen nicht erforderlich sind.

Unter Berücksichtigung des Wortlauts des Stiftungsgeschäfts und der Begleitumstände ist dessen Ziffer 2 Buchst. a Nr. 3 so auszulegen, dass die Stadt seinerzeit der Klägerin noch keinen lediglich von deren staatlicher Anerkennung und der Betriebsfertigkeit des Gebäudes abhängigen gerichtlich durchsetzbaren Anspruch auf eine Grundstücksübereignung einräumen wollte. Dies ergibt sich insbesondere aus der Formulierung, nach der das Grundstück auf die Klägerin „im Wege der Zustiftung“ übertragen werden sollte. Es gibt keine konkreten Anhaltspunkte dafür, dass diese Formulierung irrtümlich verwendet wurde und die Klägerin einen lediglich von der Erfüllung der genannten Voraussetzungen abhängigen Rechtsanspruch auf Grundstücksübereignung erhalten sollte. Wie sich aus der im Stiftungsgeschäft fehlenden näheren Konkretisierung des auf die Klägerin zu übertragenden Grundstücks und den Ausführungen der Klägerin dazu im Revisionsverfahren ergibt, wollte sich die Stadt die genaue Bestimmung des Grundstücks vorbehalten und der Klägerin daher (allenfalls) einen Anspruch auf eine auf das Grundstück bezogene Zustiftung gewähren. Von diesem Vorbehalt hat die Stadt im Vertrag vom ... 2010 insbesondere hinsichtlich der Parkplätze und der Abgrenzung des Gebäudes tatsächlich Gebrauch gemacht.

Die zur Entstehung von Grunderwerbsteuer führende Verpflichtung der Stadt zur Grundstücksübereignung wurde somit erst durch den Vertrag vom ... 2010 begründet, durch den das zu übertragende Grundstück konkretisiert und das diesem zugeordnete Gebäude abgegrenzt wurde. Erst dadurch wurde ein unmittelbar durchsetzbarer Anspruch der Klägerin auf Eigentumsverschaffung begründet. Die Vertragsparteien haben sich im Vertrag vom ... 2010 nicht darauf beschränkt, die Aufklärung zu erklären und die Eintragung der Eigentumsumschreibung im Grundbuch zu bewilligen und zu beantragen. Sie haben vielmehr eingehende schuldrechtliche Vereinbarungen über die Grundstücksübertragung einschließlich der Konkretisierung des auf die Klägerin zu übertragenden Grundstücks getroffen.

Im Übrigen ermöglichten erst die im Vertrag vom ... 2010 vorgenommenen Konkretisierungen die Feststellung des Grundbesitzwertes, der der Besteuerung nach § 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 GrEStG i. V. m. § 138 Abs. 3 BewG zugrunde zu legen ist.

c) Auf die Frage, ob das Stiftungsgeschäft der notariellen Beurkundung bedurft hätte, wenn die Stadt der Klägerin bereits in diesem einen gerichtlich durchsetzbaren Anspruch auf Grundstücksübertragung eingeräumt hätte, und welche Folgen die fehlende Beurkundung für die Grunderwerbsteuer gehabt hätte, braucht danach nicht eingegangen zu werden.

d) Da das FG von einer anderen Ansicht ausgegangen ist, war die Vorentscheidung aufzuheben.

2. Die Sache ist spruchreif. Die Klage ist unbegründet und war daher abzuweisen. Die Verpflichtung der Stadt zur Übertragung des Grundstücks auf die Klägerin ist nicht nach § 3 Nr. 2 GrEStG von der Grunderwerbsteuer befreit. Bei der Zustiftung handelt es sich nicht um eine Grundstücksschenkung unter Lebenden im Sinne des ErbStG.

a) Unentgeltliche Vermögensübertragungen von Trägern öffentlicher Verwaltung erfolgen regelmäßig nicht freigebig und sind daher in der Regel keine Schenkungen unter Leben-

den. Aufgrund der Bindung der vollziehenden Gewalt an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG), darunter auch an die jeweils maßgebenden haushaltsrechtlichen Vorschriften, ist im Regelfall anzunehmen, dass Träger öffentlicher Verwaltung in Wahrnehmung der ihnen obliegenden Aufgaben und somit nicht freigebig handeln. Vermögensübertragungen durch Träger öffentlicher Verwaltung steht regelmäßig die Erfüllung der ihnen obliegenden Aufgaben gegenüber. Nur wenn ein Träger öffentlicher Verwaltung den Rahmen seiner Aufgaben eindeutig überschreitet, kommt eine freigebige Zuwendung im Sinne von § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG in Betracht (BFH, Urteile vom 1.12.2004, II R 46/02, BFHE 208, 426, BStBl II 2005, S. 311, und vom 29.3.2006, II R 15/04, BFHE 213, 232, BStBl II 2006, S. 557).

Dies gilt auch, wenn ein Träger öffentlicher Verwaltung Vermögen auf eine Stiftung überträgt, und zwar unabhängig davon, ob der Vermögensübergang aufgrund eines Stiftungsgeschäfts unter Lebenden (§ 7 Abs. 1 Nr. 8 Satz 1 ErbStG) oder durch Zustiftung erfolgt. Die Voraussetzungen der Steuerbarkeit sind bei § 7 Abs. 1 Nr. 8 Satz 1 ErbStG dieselben wie bei § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG (BFH, Urteile vom 9.12.2009, II R 22/08, BFHE 228, 165, BStBl II 2010, S. 363, Rdnr. 15, und vom 13.4.2011, II R 45/09, BFHE 233, 178, BStBl II 2011, S. 732, Rdnr. 15).

b) Da die Stadt bei der Errichtung der Klägerin und der Übertragung von Vermögen auf diese den Rahmen ihrer Aufgaben nicht eindeutig überschritten hat, scheidet somit eine Steuerbefreiung nach § 3 Nr. 2 GrEStG im Streitfall aus.

Anmerkung:

1. Eine Kommune verpflichtete sich im Rahmen eines in Schriftform abgefassten Stiftungsgeschäfts, ein Grundstück zum Betrieb eines Museums „im Wege der Zustiftung“ auf eine Stiftung (§§ 80 ff. BGB) zu übertragen. Nach Anerkennung der Stiftung wurde in einem beurkundeten „Übertragungsvertrag zur Erfüllung eines Stiftungsgeschäfts“ der Stiftung das Eigentum übertragen. Das beklagte Finanzamt stützte die Festsetzung der Grunderwerbsteuer nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG auf diesen „Übertragungsvertrag“.

Die Frage, ob das Stiftungsgeschäft bereits eine durchsetzbare Verpflichtung zur Eigentumsübertragung enthalten hatte (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG), die durch die Anerkennung der Stiftung wirksam geworden wäre (§ 14 Nr. 1 GrEStG), wurde vom erstinstanzlichen Gericht (FG)¹ und vom BFH unterschiedlich beantwortet. Während das FG in dem Stiftungsgeschäft eine derartige (auch formwirksame) Verpflichtung erkannt hatte, verwarf der BFH die finanzgerichtliche Auslegung des Stiftungsgeschäfts mit der Begründung, das FG habe wesentlichen Auslegungstoff nicht beachtet. Der BFH nahm an, dass eine durchsetzbare Übereignungsverpflichtung erst in dem Übertragungsvertrag begründet worden war und schloss sich der Rechtsauffassung des Finanzamts an.

Ohne Kenntnis der Aktenlage lässt sich nicht beurteilen, ob die Auslegung des FG oder des BFH zutrifft. Ob man die Auslegung des BFH darauf stützen kann, dass das Grundstück „im Wege der Zustiftung“ übertragen wurde, erscheint eher zweifelhaft. Mehr Gewicht kommt dem Gesichtspunkt zu, dass das zu übertragende Grundstück – so der BFH – im Zeitpunkt des Stiftungsgeschäfts noch nicht hinreichend bestimmt gewesen sei, die Kommune die Konkretisierung des zu übertragenden Grundstücks sich zunächst noch habe offenhalten

¹ FG Schleswig-Holstein, Urteil vom 8.3.2012, 3 K 118/11, EFG 2012, 1184 = DStRE 2012, 945.

wollen und eine Konkretisierung erst im Rahmen des Übertragungsvertrages erfolgt sei.

2. Folgt man der Auslegung des FG, stellt sich die Frage, ob das Finanzamt mit der Besteuerung des Übertragungsvorgangs den zutreffenden Erwerbsvorgang besteuert hat. Das hatte das FG mit der folgenden Begründung verneint:

Ein „anderes Rechtsgeschäft“ im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG ist auch ein einseitiges Rechtsgeschäft, kann also auch ein Stiftungsgeschäft sein².

Da im Zeitpunkt des Stiftungsgeschäfts die Stiftung noch nicht anerkannt war, konnte das Stiftungsgeschäft erst im Zeitpunkt der Anerkennung wirksam werden. Es war auf den Zeitpunkt der Anerkennung aufschiebend bedingt und erzeugte grunderwerbsteuerliche Wirkung erst im Zeitpunkt des Bedingungseintritts (§ 14 Nr. 1 GrEStG).³ Mit der Frage, wie eine Stiftung im Gründungsstadium zu qualifizieren ist, insbesondere ob eine „Vor-Stiftung“ anzuerkennen ist,⁴ die ggf. bereits Träger von Rechten und Pflichten sein könnte, hat sich das FG nicht befasst.

Das Stiftungsgeschäft war ungeachtet des Umstandes (form-) wirksam, dass es nicht notariell beurkundet war. Das Gericht befasst sich ausführlich mit der umstrittenen Frage, ob der Formzwang des § 311b BGB auch für einseitige Rechtsgeschäfte gilt⁵ und lehnt dies jedenfalls insoweit ab, als spezielle Formvorschriften (hier: § 81 Abs. 1 Satz 1 BGB) eingreifen.

Folgt man dem, hat das Finanzamt einen Erwerbsvorgang besteuert, der nicht der Besteuerung unterlag, nämlich die in dem Übertragungsvertrag vorgenommene Auflassung (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 GrEStG). Die Auflassung ist jedoch nur dann steuerbar, wenn ihr kein Rechtsgeschäft vorausgegangen ist, das den Anspruch auf Übereignung begründet. Die Steuerfestsetzung auf dieser Grundlage war dann rechtswidrig. Zugleich muss man davon ausgehen, dass das Finanzamt im Zeitpunkt der Entscheidung des FG (2012) den tatsächlich steuerbaren Erwerbsvorgang (Stiftungsgeschäft, 2004) nicht mehr besteuern konnte, weil insoweit Festsetzungsverjährung eingetreten war.

3. a. Der BFH kommt auf der Grundlage einer anderen Auslegung des Stiftungsgeschäfts, zu der er sich berufen fühlt, weil das FG „wesentlichen Auslegungstoff außer Acht gelassen und somit gegen die gesetzlichen Auslegungsregeln (§ 133 BGB) verstoßen“ habe, zu dem Ergebnis, dass das Stiftungsgeschäft eine durchsetzbare Übereignungsverpflichtung noch nicht begründet habe. Demgegenüber habe sich der Übertragungsvertrag nicht auf die Auflassung beschränkt, sondern vielmehr „eingehende schuldrechtliche Vereinbarungen über die Grundstücksübertragung einschließlich der Konkretisierung des auf die Klägerin zu übertragenden Grundstücks getroffen“. Diese Auslegung des Übertragungsvertrages, die der ausführlich begründeten Sachverhaltsausdeutung durch das FG ebenfalls widerspricht, ohne dass der BFH dem FG auch insoweit (ausdrücklich) einen Verstoß gegen die Auslegungsregeln vorwirft, zielt offenbar darauf ab, eine steuer-

wirksame Rückabwicklung der Eigentumsübertragung auszuschießen, die – die Auslegung des Stiftungsgeschäfts durch den BFH als richtig unterstellt – nach § 16 Abs. 2 Nr. 2 GrEStG ohne zeitliche Beschränkung möglich wäre: Würde die im Stiftungsgeschäft fehlende Übertragungsverpflichtung nicht im Rahmen des Übertragungsvertrages nachgeholt, wäre die Übereignung kondizierbar (§ 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB). Das müsste die Rechtsfolge des § 16 Abs. 2 Nr. 2 GrEStG auslösen⁶.

b. *Hüttemann*⁷ weist zutreffend darauf hin, dass bei der vom BFH vorgenommenen Auslegung das Stiftungsgeschäft nicht hätte genehmigt werden dürfen, weil es dafür einer ausreichenden und verbindlichen Vermögenswidmung bedürfte: ohne diese verbindliche und durchsetzbare Vermögenswidmung wäre die Lebensfähigkeit der Stiftung nicht gesichert gewesen.

c. Der BFH kommt auf der Grundlage seiner Auslegung beider Verträge zu dem Zwischenergebnis, dass das Finanzamt den zutreffenden Erwerbsvorgang besteuert hat und dass der Übertragungsvertrag originär eine durchsetzbare Übereignungsverpflichtung begründet habe, die der Besteuerung nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG unterliegt.

d. An dieses Zwischenergebnis schließt sich die Frage an, ob die Zuwendung des Grundstücks, sei es aufgrund des Stiftungsgeschäfts (§ 7 Abs. 1 Nr. 8 ErbStG), sei es als Zustiftung (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG) der Schenkungsteuer unterlag und deshalb (§ 3 Nr. 2 GrEStG) von der Grunderwerbsteuer befreit war. Diese Frage verneint der BFH mit der Begründung, dass Träger öffentlicher Verwaltung zu freigebigen Vermögensverfügungen nicht befugt seien, sondern öffentliche Mittel unter Bindung an die einschlägigen haushaltsrechtlichen Vorschriften zur Erfüllung der ihnen obliegenden öffentlichen Aufgaben einsetzen müssten. Grundsätzlich und insbesondere auch im vorliegenden Fall habe die Kommune mit der Vermögensübertragung eine öffentliche Aufgabe wahrgenommen. Die Annahme einer steuerbaren Schenkung komme nur ausnahmsweise und nur dann in Betracht, wenn ein Träger öffentlicher Verwaltung „den Rahmen seiner Aufgaben eindeutig überschreitet“.

Dies gelte sowohl für den Fall einer Zustiftung (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG) als auch für den Fall einer Zuwendung durch ein Stiftungsgeschäft (§ 7 Abs. 1 Nr. 8 Satz 1 ErbStG). Die Voraussetzungen der Steuerbarkeit im Fall des § 7 Abs. 1 Nr. 8 Satz 1 ErbStG seien dieselben wie im Fall des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG. Das bedeute, dass auch in diesem Fall der subjektive Tatbestand im Sinne des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG erfüllt sein müsse: Der Stifter muss in dem Bewusstsein der Freigebigkeit handeln.

Der BFH begründet diese Aussage nicht. Er beruft sich lediglich auf Urteile vom 9.12.2009⁸ und vom 13.4.2011⁹, die sich indessen ihrerseits einer Begründung dieser These enthalten: das Urteil vom 9.12.2009 enthält lediglich ein obiter dictum¹⁰ mit der schlichten Aussage, die Voraussetzungen der Steuer-

² A. A. *Wachter*, DStR 2012, 1900 f.

³ Das FG stellt in seiner Entscheidung auf § 14 Nr. 2 GrEStG ab (Genehmigung). Richtiger dürfte es sein, § 14 Nr. 1 GrEStG heranzuziehen.

⁴ Vgl. dazu etwa (bejahend) *Staudinger/Hüttemann/Rawert*, § 81 Rdnr. 15; *MünchKommBGB/Kanzleiter*, § 311b Rdnr. 24; verneinend *MünchKommBGB/Reuter*, § 81 Rdnr. 7; vgl. a. jüngst zur Vorstiftung *Autenrieth*, Festschrift *Binz*, 2014, S. 15 ff.

⁵ Vgl. dazu etwa (de lege lata ablehnend) *Staudinger/Hüttemann/Rawert*, § 80 Rdnr. 37 ff.; *Hüttemann* in *FS Spiegelberger*, 2009, S. 1292 ff.; (zustimmend) *Wachter*, ZEV 2003, 445.

⁶ Vgl. *Boruttau/Loose*, GrEStG, § 16 Rdnr. 165. Zwar fordert der Gesetzeswortlaut die Nichtigkeit des zur Übereignung verpflichtenden Vertrages. Dem muss aber der Fall gleichstehen, wenn das Rechtsgeschäft keine wirksame Übereignungsverpflichtung begründet und der Eigentumserwerb deshalb kondizierbar ist.

⁷ *Hüttemann*, nopr 2014, 40.

⁸ BFH, Urteil vom 9.12.2009, II R 22/08, BStBl II 2010, S. 363 Rdnr. 15.

⁹ BFH, Urteil vom 13.4.2011, II R 45/09, BStBl II 2011, S. 732 Rdnr. 15.

¹⁰ Zu entscheiden war über den Fall einer Zustiftung.

barkeit in den Fällen des § 7 Abs. 1 Nr. 8 ErbStG seien dieselben wie im Fall des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG. Die Entscheidung vom 13.4.2011 wiederholt die Aussage der Entscheidung vom 9.12.2009, befasst sich in der Sache indessen nur mit der objektiven Unentgeltlichkeit der Vermögensübertragung.

4. Dabei hätte es durchaus nahegelegen, sich grundsätzlich mit der Frage des Gesetzeswortlauts und dessen Auslegung zu beschäftigen. Eine Besonderheit des Wortlauts des gesamten § 7 ErbStG besteht darin, dass dort der Steuertatbestand der Schenkung unter Lebenden (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG) durch Fiktionen ausgefüllt wird. Selbst der „Grundtatbestand“ der freigebigen Zuwendung, der dort lediglich als Katalogtatbestand den anderen Tatbeständen gleichgestellt ist, wird nicht als eigenständiger Steuertatbestand ausformuliert, sondern als Fiktion (Rechtsfolgenverweisung) einer Schenkung unter Lebenden. Folgt man allein dem Gesetzeswortlaut, ist ein originärer Steuertatbestand nur in § 1 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG formuliert, soweit dort auf den Schenkungstatbestand des BGB Bezug genommen wird. Sämtliche Tatbestände des § 7 ErbStG, also auch die „Sondertatbestände“ der Absätze 7 und 8 „gelten“ als Schenkungen im Sinne dieser Norm, d. h., sie verweisen auf die Rechtsfolgen des § 1 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG.

Diese bemerkenswerte Gesetzestechnik, die in der Literatur nicht weiter problematisiert wird, führt zu der Frage, an welcher Stelle des Gesetzes eigentlich der subjektive Tatbestand zu verorten ist. Ist dies § 7 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 ErbStG oder ist dies § 1 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG? Obwohl bereits die Anknüpfung an den zivilrechtlichen Schenkungsbegriff in § 1 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG subjektive Elemente erhält, wird der subjektive Tatbestand üblicherweise in § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG („freigebig“) verortet, während das Gesetz ihn dort nach dem Wortlaut nur für den Tatbestand des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG regelt und im Verhältnis zu § 1 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG allenfalls modifiziert. Dann aber stellt sich die Frage, ob und weshalb bei anderen Tatbeständen des § 7 ErbStG (zum Beispiel nach dem Besprechungsurteil für § 7 Abs. 1 Nr. 8 Satz 1 ErbStG), deren Verwirklichung als Schenkung „gilt“, ein subjektiver Tatbestand im Sinne des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG gefordert werden kann, obwohl diese Tatbestände nicht auf § 7 Abs. 1 Nr. 1, sondern allein auf § 1 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG verweisen. Sachlogisch würde das eine Ausstrahlung des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG auf den subjektiven Tatbestand des § 1 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG voraussetzen und weiter, dass andere Tatbestände des § 7 ErbStG nicht als reine Rechtsfolgenverweisung, sondern als Tatbestandsverweisung auf § 1 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG zu verstehen sind.

5. Zu § 7 Abs. 7 ErbStG in der im Streitjahr (1983) geltenden Fassung¹¹ hat der BFH entschieden, dass das subjektive Merkmal des Bewusstseins der Unentgeltlichkeit nicht „zum gesetzlichen Tatbestand des § 7 Abs. 7 ErbStG“ gehört.¹² Er hat dies wie folgt begründet:

„Weder knüpft diese Vorschrift, wie § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG 1974, an den bürgerlich-rechtlichen Begriff der freigebigen Zuwendung als Oberbegriff der Schenkung an, aus dem Rechtsprechung und Schrifttum die Maßgeblichkeit des subjektiven Tatbestandsmerkmals auch für das Schenkungssteuerrecht ableiten,¹³ noch verweist § 7 Abs. 7 ErbStG 1974 auf § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG

1974, noch lässt sich dem Wortlaut der Vorschrift entnehmen, dass ein subjektives Merkmal Bestandteil des gesetzlichen Tatbestandes sei, an den das Gesetz die Rechtsfolge der Besteuerung knüpfe. Vielmehr wird angeordnet, dass die Rechtsfolge der Schenkung (unter Lebenden, § 1 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG 1974) auch für den Tatbestand des § 7 Abs. 7 ErbStG 1974 gilt. Es handelt sich, wie durch die Verwendung des Wortes ‚gilt‘ verdeutlicht wird, um eine gesetzliche Fiktion, denn es wird für die Zwecke der Besteuerung der unter den gesetzlichen Tatbestand des § 7 Abs. 7 ErbStG 1974 zu subsumierende Sachverhalt der Erfüllung eines davon abweichenden Sachverhalts, nämlich der Schenkung, gleichgesetzt. Diese Beurteilung wird durch die Entstehungsgeschichte bestätigt (Begründung des Gesetzesentwurfs der Regierung vom 4.5.1972, BT-Drucks. VI/3418). Danach sollte als Reaktion auf die Entscheidung des BFH in BStBl III 1953, S. 199 die objektive Bereicherung, die ein Gesellschafter beim Ausscheiden eines Mitgesellschafters aufgrund entsprechender gesellschaftsvertraglicher Vereinbarungen auf Kosten des ausscheidenden Gesellschafters erfährt, der Schenkungssteuer unterworfen werden.“

Diese Begründung macht deutlich, dass dem BFH die vorstehend unter 4. angesprochene Problematik wohl bewusst ist. Der BFH stützt die Auslegung, wonach eine reine Rechtsfolgenverweisung anzunehmen ist und deshalb die angeordnete Rechtsfolge nicht von der Erfüllung eines subjektiven Tatbestands abhängt, darauf, dass der Gesetzgeber die einschlägigen (Anwachungs-)Fälle besteuern wollte, obwohl in diesen Fällen schon die objektive Unentgeltlichkeit zweifelhaft ist, der subjektive Tatbestand auf keinen Fall erfüllt ist. Der BFH leitet also – methodisch zutreffend – die Qualifikation der Fiktion/Verweisung aus dem Gesetzeszweck ab.

Umso mehr fällt das ins Auge, dass das Besprechungsurteil auf eine substantielle Begründung für sein Ergebnis verzichtet.

6. Eine ähnliche Problematik stellt sich bei der Anwendung des § 7 Abs. 8 ErbStG. Nach der Gesetzesbegründung wollte der Gesetzgeber Missbräuche vermeiden und die Besteuerung einschlägiger Fälle „in Richtung auf eine gleichheitsgerechte Besteuerung von Schenkungen“ fortentwickeln.¹⁴ Orientiert man sich an dieser Zielsetzung, kommen meines Erachtens nur zwei Auslegungsmöglichkeiten in Betracht, die aber beide die angeordnete Rechtsfolge von der Verwirklichung eines subjektiven Tatbestand abhängig machen müssen, wenn sie das Ziel einer gleichheitsgerechten Besteuerung erreichen wollen. Der Gesetzeszweck zwingt entgegen der Verwaltungsauffassung¹⁵ dazu, die Rechtsfolge von der Verwirklichung des subjektiven Tatbestandes abhängig zu machen.

Beispiel:

Eine Ein-Mann-GmbH (alt: GmbH & Co. KG) gerät in wirtschaftliche Schwierigkeiten. Die Hausbank erlässt der Gesellschaft einen über EUR 5 Mio. gewährten Kredit in Höhe der Hälfte in der Hoffnung, dass die Gesellschaft jedenfalls die andere Hälfte zurückzahlen kann.

Nimmt man an, dass es für die Anwendung des § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG allein auf den objektiven Tatbestand ankommt, liegt eine steuerbare Schenkung nur im Ausgangsfall vor (Bereicherung des Gesellschafters in Höhe von EUR 2,5 Mio.

¹¹ Die aktuelle Fassung erhielt § 7 Abs. 7 Satz 1 ErbStG durch Gesetz vom 24.3.1999 mit Wirkung ab dem 1.1.1999 (Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002, BGBl 1999 I, S. 402).

¹² BFH, Urteil vom 1.7.1992, II R 12/90, BStBl II 1992, S. 925.

¹³ Statt aller *Schulze-Osterloh*, StuW 1977, 122 zu B. I.

¹⁴ Bericht des Finanzausschusses, BT-Drucks. 17/7524, S. 7 f., 25 f.

¹⁵ Ländererlasse vom 14.3.2012, BStBl I, S. 331, Tz. 3.1.

[Annahme]; Steuerklasse III, keine Anwendung des § 13a ErbStG; zusätzlich: Körperschaftsteuer und Gewerbesteuer auf den Gewinn aus dem Erlass).

In der Sachverhaltsalternative ist der Tatbestand des § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG nicht erfüllt, so dass sich die Steuerbarkeit nur aus § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG ergeben kann. Eine Besteuerung scheidet daran, dass der subjektive Tatbestand einer freigebigen Zuwendung nicht erfüllt ist.

Von einer „gleichheitsgerechten Besteuerung“ kann bei diesen unterschiedlichen Ergebnissen keine Rede sein.

In Betracht kommt zunächst die Annahme eines eigenständigen Steuertatbestands, der aber auf einen subjektiven Tatbestand aus dem genannten Grund nicht verzichten kann. Diese Auslegung hat den Nachteil, dass stets eine Abgrenzung zwischen der Anwendung des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG und § 7 Abs. 8 ErbStG erforderlich ist.

Richtig und naheliegend scheint mir deshalb eine Auslegung, die § 7 Abs. 8 ErbStG nicht als eigenständigen Steuertatbestand, sondern als eine klarstellende Ergänzung des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG begreift,¹⁶ innerhalb dessen die Verwirklichung des subjektiven Tatbestandes unstreitig unverzichtbar ist. Dadurch würde § 7 Abs. 8 ErbStG auf die Funktion beschränkt, die durch die Rechtsprechung des BFH entstandenen Verwerfungen an der Stelle korrigieren, an der sie entstanden sind, nämlich innerhalb der Auslegung des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG. Ferner würden sich die Probleme, die der ausufernde objektive Tatbestand der Norm nach seinem Wortlaut für die Praxis aufwirft, weithin auflösen.

Dr. Heinrich Hübner, Rechtsanwalt Steuerberater, Stuttgart

¹⁶ Vgl. dazu bereits Hübner in Moench/Hübner, Erbschaftsteuer, 3. Aufl. 2012, Rdnr. 918.

23. AO § 179 Abs. 2 Satz 2, § 180 Abs. 1 Nr. 2 lit. a; FGO § 60 Abs. 3, § 68, § 118 Abs. 2; HGB § 177; BGB §§ 133, 157 (Einbeziehung von abgefundenen Erbprätendenten in Gewinnfeststellung)

1. **Wird nach dem Tod des Gesellschafters einer unternehmerisch tätigen Personengesellschaft ein Streit darüber, wer infolge seiner Stellung als Erbe Gesellschafter geworden ist, durch einen Vergleich beigelegt, aufgrund dessen jemand gegen Erhalt eines Geldbetrags auf die Geltendmachung seiner Rechte als Erbe verzichtet, und war diese Person gesellschaftsrechtlich nicht von der Rechtsnachfolge in den Gesellschaftsanteil ausgeschlossen, steht sie einem Miterben gleich, der im Rahmen einer Erbauseinandersetzung aus der Personengesellschaft ausscheidet.**
2. **Die Abfindung führt in einem solchen Fall zu einem tarifbegünstigten Gewinn, der im Rahmen der gesonderten und einheitlichen Feststellung der Einkünfte aus der Personengesellschaft festgestellt wird.**

BFH, Urteil vom 16.5.2013, IV R 15/10

Am (...) März 2004 verstarb Frau H (H). Sie war bis zu ihrem Tod einzige Kommanditistin der am 1.2.2004 gegründeten X-GmbH & Co. KG (Beigeladene und Revisionsklägerin – Revisionsklägerin zu 1 und einzige Gesellschafterin der X-GmbH (Revisionsklägerin zu 5, welche wiederum Komplementärin der Revisionsklägerin zu 1 und an dieser nicht vermögensmäßig beteiligt war.

Durch Beschluss des zuständigen AG wurde zur Ermittlung der Erben nach der H und zur Verwaltung des Nachlasses Nachlasspflegschaft angeordnet. Am 8.6.2004 veräußerte der eingesetzte Nachlasspfleger mit wirtschaftlicher Wirkung zum 1.1.2004 die im Sonderbetriebsvermögen der Revisionsklägerin zu 1 bilanzierte Beteiligung an der Y-GmbH. Auszahlungen an Erben erfolgten nicht.

Später wurde ein als „Gemeinschaftliches Testament“ bezeichnetes und am (...) Oktober 1999 aufgesetztes Schriftstück der H und ihrer bereits am ... Juli 2003 verstorbenen Mutter (M) aufgefunden. Darin war für den Fall, dass H und M „gleichzeitig zu Tode kommen“ würden, verfügt, dass alle Verwandten einschließlich der Kläger zu 1 und 2 – Kläger – als Erben ausgeschlossen werden sollten und der Beigeladene „unsere rechtliche, verantwortliche Position im Betrieb (...) übernehmen“ sollte, „um den Fortbestand der Firma (...) in unserem Sinne in eine Stiftung gesichert zu sehen“.

Nach der Eröffnung der letztwilligen Verfügung entbrannte angesichts der Tatsache, dass H und M nicht am selben Tage verstorben waren, Streit über die Wirksamkeit derselben. Am (...) Dezember 2004 einigten sich die potentiellen Erben im Rahmen eines Vergleichs vor dem Nachlassgericht dahingehend, dass von den Revisionsklägern zu 2 bis 4 ein Erbscheinsantrag in der Form gestellt werde, dass der Revisionskläger zu 2 zu 50 %, die Revisionsklägerin zu 3 zu 30 % und die Revisionsklägerin zu 4 zu 20 % Erben geworden seien. Die Erben hatten zudem an die Kläger jeweils 450.000 € und an den Beigeladenen einen Betrag von 600.000 € zu zahlen.

Am 16.8.2005 reichte die Revisionsklägerin zu 1 beim Beklagten und Revisionsbeklagten (Finanzamt – FA) eine Feststellungserklärung für das Jahr 2004 (Streitjahr) ein. Darin wurden die Einkünfte des Gewerbebetriebs anteilig auf die Revisionskläger zu 2 bis 4, den Beigeladenen und die Kläger verteilt. Dem folgte das FA zunächst durch unter dem Vorbehalt der Nachprüfung ergangenen und einzeln beantragte Bescheid vom 24.2.2006.

Die Kläger und der Beigeladene legten dagegen jeweils Einspruch ein und trugen vor, als Vermächtnisnehmer seien sie nicht in die Gewinnfeststellung einzubeziehen.

Auf Antrag der Revisionskläger zu 2 und 3 änderte das FA zwar den Feststellungsbescheid am 20.11.2006 dahingehend, dass – nach den Feststellungen des Finanzgerichts (FG) – für alle Gesellschafter nun ein Veräußerungsfreibetrag nach § 16 Abs. 4 des Einkommensteuergesetzes in der im Streitjahr geltenden Fassung (EStG) berücksichtigt wurde. Auch wurden die Revisionskläger zu 2 bis 4 zum Einspruchsverfahren hinzugezogen. Mit Einspruchsentscheidungen vom 16.4.2007 wies das FA die Einsprüche der Kläger und des Beigeladenen aber als unbegründet zurück.

Dagegen wehrten sich die Kläger mit einer Klage vor dem FG. Nachdem während des FG-Verfahrens am 23.4.2009 ein weiterer Änderungsbescheid erging, gab das FG der Klage statt und hob mit seinem in Entscheidungen der Finanzgerichte 2010, 918 veröffentlichten Urteil den Bescheid für 2004 über die gesonderte und einheitliche Feststellung von Besteuerungsgrundlagen in der Fassung der Einspruchsentscheidung den Klägern gegenüber auf. Zur Begründung führte es aus, die Kläger seien weder Erben nach der H geworden noch hätten sie eine mitunternehmerähnliche Stellung erlangt; vielmehr hätten sie die auf sie entfallenden Zahlungen als Vermächtnisse erhalten.

Dagegen richtet sich die auf die Verletzung materiellen Rechts gestützte Revision der Revisionskläger, mit der sie geltend machen, die Revisionskläger zu 2 bis 4 hätten eine Gegenleistung von den Klägern und vom Beigeladenen erhalten, die im Verzicht auf die weitere Geltendmachung des behaupteten Erbrechts bestehe. Die erbrechtlichen Meinungsverschiedenheiten seien durch den Vergleich vom (...) Dezember 2004 beigelegt und es seien Abfindungen an die Kläger sowie den Beigeladenen vereinbart und gezahlt worden. Darin liege eine Vergütung für das Ausscheiden als behauptete Miterben, die zur Versteuerung eines Veräußerungsgewinns führen müsse.

In der Feststellungserklärung und der ursprünglichen Veranlagung durch das FA sei der geschlossene Vergleich ertragsteuerlich nach den Grundsätzen der Erbauseinandersetzung behandelt worden. Dabei sei zwischen der Erbauseinandersetzung von Betriebsvermögen und der von Privatvermögen differenziert worden. Es seien die jeweiligen Ausgleichszahlungen im Verhältnis der Verkehrswerte der Mitunternehmeranteile und der anteiligen Verkehrswerte der Wirtschaftsgüter des Privatvermögens verteilt und sodann beide Nachlassteile getrennt betrachtet und schließlich hinsichtlich des

Nachlassanteils Betriebsvermögen die geltenden Regeln über das Ausscheiden aus einer Gesellschaft angewandt worden.

Die Anerkennung einer Rückwirkung setze nach dem Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen (BMF) vom 14.3.2006, IV B 2 – S. 2242 – 7/06 (BStBl I 2006, S. 253, Tz. 8 und 9) voraus, dass die Auseinandersetzungsvereinbarung den Übergang von Nutzen und Lasten für die von der Auseinandersetzung betroffenen Wirtschaftsgüter auf den Zeitpunkt des Erbfalls festlege. Eine tatsächliche Rückwirkung sei im Streitfall aber nicht vereinbart worden. Deshalb könne die Auseinandersetzung auch erst ab dem (...) Dezember 2004 gelten. Die Kläger könnten keine steuerliche Rückwirkung beanspruchen, denn eine solche sei nicht vereinbart worden und von den Revisionsklägern auch nicht gewollt gewesen.

Es sei auch nicht richtig, dass die Kläger aufgrund der bestehenden Nachlasspflegschaft nicht wie Mitunternehmer hätten handeln können. Der Nachlasspfleger sei nur Treuhänder der zukünftigen Erben und könne deshalb nicht Mitunternehmer sein. Mitunternehmer könne nur der künftige Erbe sein. Insoweit sei auch zu berücksichtigen, dass den Klägern keine laufenden Einkünfte zugeflossen seien und die gewährte Abfindung zum (...) Dezember 2004 das zu diesem Zeitpunkt vorliegende Vermögen einschließlich der Einkünfte aus den bis dahin abgelaufenen Geschäftsvorfällen umfasst habe. Entsprechend seien die laufenden Einkünfte bis zum Vergleich allen Erbprätendenten mangels Vereinbarung eines rückwirkenden Zeitpunkts anteilig zuzurechnen und in dem Vergleich eine Erbauseinandersetzung über einen Mischnachlass mit den ertragsteuerlichen Folgen von Erbanteilsverkäufen und Anschaffungskosten der Wirtschaftsgüter zu sehen.

Die Revisionskläger beantragen, das angefochtene Urteil aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Das FA beantragt, die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

Das FG habe zu Recht entschieden, dass die Kläger im Streitjahr weder aufgrund des Erbfalls Mitunternehmer der Revisionsklägerin zu 1 geworden noch ansonsten als Mitunternehmer anzusehen seien. Entgegen der eigenen ursprünglich entgegengesetzten Auffassung folge dies mit dem FG daraus, dass die Kläger niemals Erben geworden seien, weil sie im Vergleich lediglich als Zahlungsempfänger aufgeführt seien.

Die Kläger beantragen, die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

Zwar sei es richtig, dass sie, die Kläger, einen Erbschein beantragt hätten. Dies hätten sie aber nur getan, weil das Nachlassgericht das Testament zunächst für ungültig gehalten habe. Nachdem der Nachlassrichter diese Auffassung später revidiert und Unsicherheit bestanden habe, wie eine gerichtliche Entscheidung ausfallen würde, hätten die Parteien Abfindungszahlungen vereinbart. Diese stellten aber keine Zahlung an weichende Erben dar. Dies folge letztlich auch daraus, dass der Beigeladene eine höhere Abfindung bekommen habe. Es sei zwar richtig, dass eine ausdrückliche Rückwirkungsregelung in der Vergleichsvereinbarung wünschenswert gewesen wäre. Allerdings sei im Auslegungswege der tatsächliche Wille der Parteien zu ermitteln, und es spreche aus Sicht eines objektiven Empfängers alles dafür, dass die Kläger nicht am Erbe und damit auch nicht am Unternehmen beteiligt werden sollten. Vielmehr sei beabsichtigt gewesen, mit der Abfindungszahlung die gesamte Auseinandersetzung zu erledigen.

Aus den Gründen:

II.

Die Revision der Revisionsklägerin zu 5 ist unzulässig und war daher zu verwerfen (§ 126 Abs. 1 FGO; dazu nachfolgend 1.). Im Übrigen ist die Revision begründet und führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das FG (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 FGO; dazu nachfolgend 2. und 3.).

1. Die Revisionsklägerin zu 5 ist durch die Vorentscheidung nicht beschwert (§ 40 Abs. 2 FGO).

Gegenstand des Klageverfahrens vor dem FG war die Frage, wer als Mitunternehmer der Revisionsklägerin zu 1 anzuse-

hen ist und wem die Einkünfte ihres Gewerbebetriebs für das Streitjahr zuzurechnen waren. Da die Revisionsklägerin zu 5 am Vermögen der Revisionsklägerin zu 1 nicht beteiligt war und ihr dementsprechend auch weder ein Anteil an den streitgegenständlichen Einkünften zugerechnet noch von ihr eine entsprechende Zurechnung begehrt wurde, kann sich der Rechtsstreit auf sie nicht auswirken. Sie ist daher durch das angegriffene Urteil nicht beschwert. Abweichendes ergibt sich auch nicht daraus, dass sie zum Klageverfahren beigegeben wurde und somit Beteiligte des Verfahrens geworden ist. Da sie mangels eigener Betroffenheit (§ 40 Abs. 2 FGO) nicht klagebefugt war, war sie zum Verfahren nicht notwendig beizuladen (§ 60 Abs. 3 Satz 2 FGO). Einer zu Unrecht beigegebenen fehlt für die Einlegung der Revision die Beschwer, wenn – wie im Fall der Revisionsklägerin zu 5 – ihre rechtlichen Interessen vom Ausgang des Verfahrens nicht berührt werden (vgl. BFH, Urteil vom 4.10.2006 VIII R 7/03, BFHE 215, 183, BStBl II 2009, S. 772).

2. Das Urteil des FG ist bereits aus verfahrensrechtlichen Gründen aufzuheben, denn das FG hat über einen nicht mehr wirksamen Bescheid entschieden. Gegenstand des finanzgerichtlichen Verfahrens war zunächst der geänderte Gewinnfeststellungsbescheid 2004 vom 20.11.2006 in Gestalt der Einspruchsentscheidung vom 16.4.2007. Während des Klageverfahrens erließ das FA am 23.4.2009 einen geänderten Bescheid, der nach § 68 Satz 1 FGO zum Gegenstand des Verfahrens wurde. Das FG hat jedoch den Feststellungsbescheid in Gestalt der Einspruchsentscheidung aufgehoben und damit über einen Bescheid entschieden, der keine Rechtswirkungen mehr hatte (BFH, Beschluss des Großen Senats, 25.10.1972 GrS 1/72, BFHE 108, 1, BStBl II 1973, S. 231). Das FG-Urteil kann danach keinen Bestand haben und muss aufgehoben werden.

Daraus folgt jedoch noch nicht, dass das Verfahren zwingend an das FG zurückzuverweisen ist. Berührt der Änderungsbescheid die streitige Frage nicht, stellt der Kläger in diesem Zusammenhang keinen weiter gehenden Antrag und gibt es keinen Anhaltspunkt dafür, dass das FG bewusst über den früheren Bescheid entschieden hat, bedarf es keiner Zurückverweisung. Im Hinblick auf den Normzweck des § 68 FGO, das Verfahren aus prozessökonomischen Gründen fortzusetzen, reicht nach ständiger Rechtsprechung des BFH die Richtigstellung in der Rechtsmittelentscheidung aus (vgl. BFH, Beschluss vom 7.8.2008 I B 161/07, BFH/NV 2008, 2053, unter II. 2. a. m. w. N.). Kann das Verfahren aber nicht fortgesetzt werden, weil der BFH mangels Spruchreife nicht abschließend entscheiden kann, kommt eine Richtigstellung durch das Revisionsgericht nicht in Betracht (BFH, Urteil vom 13.12.2006 VIII R 31/05, BFHE 216, 214, BStBl II 2007, S. 393, unter II. 1. m. w. N.). Es bedarf dann auch keiner Prüfung, ob der unbeachtet gebliebene Änderungsbescheid die streitige Frage berührt und ob das FG bewusst über den früheren Bescheid entschieden hat. So verhält es sich hier.

3. Die Feststellungen des FG reichen nicht aus, um abschließend beurteilen zu können, ob die Kläger in die Gewinnfeststellung des Streitjahres einzubeziehen waren oder nicht.

a) Beteiligte der Gewinnfeststellung sind nach § 179 Abs. 2 Satz 2, § 180 Abs. 1 Nr. 2 lit. a AO die an den Einkünften beteiligten Personen. Die Kläger konnten nur dann an den festzustellenden Einkünften beteiligt sein, wenn sie Rechtsnachfolger in den Gesellschaftsanteil der H geworden sind. Eine solche Rechtsnachfolge in den Gesellschaftsanteil ergibt sich nicht aus der Stellung der betroffenen Personen als Erbe, sondern aus der gesellschaftsrechtlichen Sonderrechtsnachfolge. Nach § 177 HGB werden die Erben Rechtsnachfolger

in den Gesellschaftsanteil, wenn vertraglich nichts anderes bestimmt ist. Ob im Streitfall eine von § 177 HGB abweichende gesellschaftsvertragliche Regelung bestand, kann der Senat nicht beurteilen, denn das FG hat keine Feststellungen dazu getroffen, wie der Gesellschaftsvertrag der Revisionsklägerin zu 1 ausgestaltet ist. Der Gesellschaftsvertrag befindet sich auch nicht in den Steuerakten.

b) Sollte es aufgrund einer entsprechenden Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages der Revisionsklägerin zu 1 ausgeschlossen sein, dass die Kläger Rechtsnachfolger der H als Gesellschafter und damit Mitunternehmer werden konnten, so wären sie schon aus diesem Grunde nicht in die Gewinnfeststellung des Streitjahres einzubeziehen. Sollte der Gesellschaftsvertrag hingegen keine von § 177 HGB abweichende Regelung enthalten, so wären die Kläger – entgegen der Auffassung des FG – in die Gewinnfeststellung 2004 einzubeziehen. Die Klärung der Frage, wer Rechtsnachfolger in den Gesellschaftsanteil nach der H geworden ist, ist insoweit nicht deshalb unerheblich, weil das FG den am (...) Dezember 2004 geschlossenen Vergleich dahingehend verstanden hat, dass die Kläger nur Vermächtnisnehmer waren und deshalb nicht Mitunternehmer sein konnten.

aa) Der Senat ist zunächst an die vom FG vorgenommene Auslegung des Vergleichs vom (...) Dezember 2004 nicht gebunden, wonach die Kläger die Geldzahlungen in Höhe von jeweils 450.000 € als Vermächtnis erhalten haben sollen. Zwar obliegt die Auslegung der maßgeblichen Vertragsbestimmungen dem FG als Tatsacheninstanz; sie bindet den BFH gemäß § 118 Abs. 2 FGO aber nur dann, wenn sie den Grundsätzen der §§ 133, 157 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entspricht und nicht gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze verstößt, d. h. wenn sie jedenfalls möglich ist (ständige Rechtsprechung, vgl. zum Beispiel BFH, Urteil vom 25.2.2009, IX R 76/07, BFH/NV 2009, 1268 m. w. N.). Die Auslegung des FG, wonach die Kläger weder Erben nach der H geworden sind noch eine mitunternehmerähnliche Stellung erlangt, sondern die auf sie entfallenden Zahlungen als Vermächtnisse erhalten haben, ist aber schon deshalb nicht möglich, weil ein Vermächtnis nur vom Erblasser eingeräumt und nicht nachträglich durch Vergleich geregelt werden kann.

bb) Der Senat legt den Vergleich vielmehr dahingehend aus, dass alle Beteiligten potentiell Erben sein konnten. Insoweit haben sich die potentiellen Erben im Rahmen des Vergleichs vom (...) Dezember 2004 dahingehend geeinigt, dass alleine die Revisionskläger zu 2 bis 4 – rückwirkend auf den Tag des Todes der H, also den (...) März 2004 – als Erben anzusehen sein sollten. Dies folgt bereits daraus, dass die Vergleichsparteien ausdrücklich festgelegt haben, sie wollten das Verfahren unter ihnen einvernehmlich dadurch beenden, dass ein Erbscheinsantrag von den Revisionsklägern zu 2 bis 4 in der Form gestellt werde, dass diese zu unterschiedlichen Teilen Erben „geworden sind“. Bereits diese Formulierung spricht dafür, dass durch den Vergleich der Streit über die Frage, wer Erbe nach der H geworden ist, rückwirkend bereinigt werden sollte. Ausweislich der Vergleichsvereinbarung waren es auch „die Erben“, welche an die Kläger jeweils 450.000 € und an den Beigeladenen einen Betrag von 600.000 € zu zahlen hatten. Daraus folgt, dass die Kläger bzw. der Beigeladene gerade nicht als Erben anzusehen seien, sondern für den Verzicht auf ihre vermeintlichen Rechtspositionen jeweils eine Abfindung in Geld erhalten sollten.

cc) In seinem Urteil vom 14.3.1996 IV R 9/95 (BFHE 180, 142, BStBl II 1996, S. 310) hat der Senat bereits ausgeführt, dass Abfindungszahlungen, welche nach einer zwischen mehreren Erbprätendenten abgeschlossenen Vergleichsvereinba-

rung von den im Vergleich als Erben festgelegten Personen an solche Personen gezahlt werden, die zunächst ebenfalls behauptet haben, zum Kreis der Erben zu gehören, jedenfalls dann nach den Grundsätzen zu behandeln sind, die für die Auseinandersetzung zwischen Miterben gelten, wenn die Abfindung für den Verzicht auf die weitere Geltendmachung des behaupteten Erbrechts gezahlt wird. So liegt nach den Ausführungen unter II. 3. b) bb) auch der Streitfall.

dd) Die Anerkennung der Auseinandersetzung ist nicht deshalb ausgeschlossen, weil sie mit einer Rückwirkung von mehr als einem halben Jahr vereinbart worden ist. Auch hinsichtlich der Frage einer zulässigen Rückwirkung ist eine zwischen mehreren Erbprätendenten abgeschlossene Vergleichsvereinbarung nach den Grundsätzen über die Auseinandersetzung zwischen Miterben zu behandeln. Zwar überschreitet die im Vergleich vom (...) Dezember 2004 – nach der vorgenannten Auslegung – vorgesehene Rückwirkung auf den (...) März 2004 die im BMF-Schreiben vom 11.1.1993, IV B 2 - S 2242 - 86/92 (BStBl I 1993, S. 62, Tz. 8 und 9) vorgesehene Sechs-Monats-Frist. Abgesehen davon, dass diese Frist dort aber nur als Maßstab für den „Regelfall“ genannt und in Ausnahmefällen auch eine den angesprochenen Zeitraum überschreitende Rückwirkung zugelassen wird, hat der Senat bereits in seinem Urteil vom 4.5.2000, IV R 10/99 (BFHE 191, 529, BStBl II 2002, S. 850) für den Fall einer testamentarischen Auseinandersetzungsanordnung, die dahingehend zu verstehen war, dass der Gewinn des einem der Erben zugeteilten Unternehmens von einem vor der Verteilung liegenden Zeitpunkt an dem Übernehmer zustehen sollte, ausgeführt, diese Vereinbarung sei auch dann steuerlich anzuerkennen, wenn die Auseinandersetzung erst nach Ablauf der im vorgenannten BMF-Schreiben (in BStBl I 1993, S. 62, Tz. 8 und 9) enthaltenen Frist von sechs Monaten nach dem Erbfall stattfinde. In seinem Beschluss vom 5.7.1990, GrS 2/89 (BFHE 161, 332, BStBl II 1990, S. 837) hat der Große Senat des BFH insoweit ausgeführt, dass sich die steuerliche Anerkennung einer rückwirkenden Auseinandersetzungsvereinbarung nach der auch sonst zur Rückwirkung von Vereinbarungen vertretenen Auffassung des BFH richtet. Er hat dabei u. a. auf das Urteil vom 23.4.1975, I R 234/74 (BFHE 115, 488, BStBl II 1975, S. 603) verwiesen, wonach die Rechtsprechung die steuerliche Rückwirkung von Vergleichen wiederholt anerkannt hat. Im Streitfall ist zudem zu berücksichtigen, dass nicht bereits eingetretene Steuerrechtsfolgen rückwirkend verändert werden sollten, sondern auf den Todeszeitpunkt der H festgelegt wurde, wer als Erbe gelten sollte.

ee) Aus der vorgenannten Auslegung der Vergleichsvereinbarung folgt – das Fehlen einer von § 177 HGB abweichenden Regelung im Gesellschaftsvertrag der Revisionsklägerin zu 1 vorausgesetzt –, dass die Kläger an der Gewinnfeststellung für das Streitjahr zu beteiligen gewesen wären. Sie wären nämlich an den Einkünften der Revisionsklägerin zu 1 zumindest derart beteiligt, dass ihnen die Abfindungen als Veräußerungsgewinne zuzurechnen wären. Die Abgefundenen begeherten ursprünglich, als Miterbe oder Mitgesellschafter anerkannt zu werden; den Verzicht auf die Durchsetzung ihrer entsprechenden Rechtspositionen ließen sie sich vergüten. Der Vorgang wäre wie die Veräußerung eines Mitunternehmeranteils zu behandeln, denn es gibt keinen vernünftigen Grund dafür, die Abgefundenen anders zu besteuern als einen unangefochtenen Miterben oder Mitgesellschafter, der aus der Gemeinschaft oder Gesellschaft gegen eine Abfindung ausscheidet. Insoweit hat der Senat bereits im Urteil in BFHE 180, 142, BStBl II 1996, S. 310 entschieden, dass hinsichtlich des Nachlasses „Betriebsvermögen“ die vom Großen Senat

des BFH in seinem Beschluss in BFHE 161, 332, BStBl II 1990, S. 837 (unter C. II. 1. b) aufgestellten Regeln über das Ausscheiden aus einer Gesellschaft (entsprechend) gelten. Danach muss der Verzicht auf die angesprochenen Rechtspositionen gegen Entgelt in Form der Abfindungen zur Annahme der Veräußerung eines Mitunternehmeranteils im Sinne von § 16 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG führen. Der Veräußerungsgewinn des Abgefundenen ist dabei wie bei der Übertragung eines Gesellschaftsanteils zu ermitteln. Dabei kann offenbleiben, ob die Kläger aufgrund der Rückbeziehung der Vereinbarung auf den Erbfall für eine „logische Sekunde“ Mitunternehmer der Revisionsklägerin zu 1 geworden sind (in diese Richtung für den Fall eines „weichenden Erben“ bereits BFH-Urteil in BFHE 180, 142, BStBl II 1996, S. 310; zum Fall der auf den Erbfall zurückbezogenen Erbaueinandersetzung hinsichtlich eines Besitzunternehmens auch BFH, Urteil vom 21.4.2005, III R 7/03, BFH/NV 2005, 1974).

4. Das FG wird daher im zweiten Rechtsgang die Feststellung dazu nachzuholen haben, wie der Gesellschaftsvertrag der Revisionsklägerin zu 1 im Zeitpunkt des Erbanfalls ausgestaltet war. Sollte sich ergeben, dass die Kläger nach dem Gesellschaftsvertrag nicht als Erben in die Mitunternehmerstellung der H einrücken konnten, so ist ihrer Klage schon aus diesem Grund stattzugeben. Sollte dies jedoch nicht der Fall sein, so sind die Kläger in die Gewinnfeststellung des Streitjahres einzubeziehen.

Anmerkung:

1. Der Sachverhalt

Frau H war bis zu ihrem Tod einzige Kommanditistin der H Vermögensverwaltung GmbH & Co. KG (Beigeladene zu 1 und Revisionsklägerin zu 1) sowie Alleingesellschafterin der – nicht vermögensmäßig beteiligten – Komplementärin, der H Verwaltungs-GmbH (Beigeladene zu 6 und Revisionsklägerin zu 5). Sie starb am 31.3.2004.

Nach einem zunächst nicht aufgefundenen und als „Gemeinschaftliches Testament“ bezeichneten Schriftstück der Erblasserin und ihrer vorverstorbenen Mutter vom 20.10.1999 sind alle Verwandten von der Erbfolge ausgeschlossen.

Dieser Ausschluss betraf neben den beiden Klägern auch die Beigeladenen zu 2, 3 und 4. Vor dem Hintergrund, dass die letztwillige Verfügung von Frau H und ihrer Mutter aufgesetzt worden war, stellte der zuständige Nachlassrichter in der Mitteilung zu der am 8.9.2004 stattgefundenen Testamentseröffnung hinsichtlich der Wirksamkeit des Testaments fest: „Das Testament vom 20.10.1999 spricht eindeutig von dem Fall, ‚dass wir gleichzeitig zu Tode kommen‘. Ein wirksames Einzeltestament für den Fall des Nachverstehens einer der beiden Damen H ist nicht gewollt. Es verbleibt bei der gesetzlichen Erbfolge.“

Am 8.6.2004 – und damit noch vor Auffinden des Testaments – hatte der Nachlasspfleger rückwirkend auf den 1.1.2004 die für die Kläger, die Beigeladenen zu 2 bis 4 sowie den Beigeladenen zu 5 im Sonderbetriebsvermögen bei der KG bilanzierte Beteiligung an der H Metallwerke GmbH veräußert.

Der Beigeladene zu 5 ist ein Studienfreund der Erblasserin und ab Anfang/Mitte der 90er Jahre für diese als Berater in Bezug auf die Firmennachfolge tätig gewesen. Das Testament vom 20.10.1999 bestimmte für ihn, „unsere rechtliche, verantwortliche Position im Betrieb zu übernehmen (...)“.

Am 21.12.2004 einigten sich die potentiellen Erben im Rahmen eines Vergleichs vor dem Nachlassgericht dahingehend, dass die Beigeladenen zu 2, 3 und 4 Erben geworden sind,

nämlich mit einer Quote von 50 %, 30 % und 20 %. Sie hatten an die Kläger und an den Beigeladenen 450.000 € bzw. 600.000 € zu zahlen.

Die KG gab eine Erklärung zur einheitlichen und gesonderten Feststellung für das Streitjahr 2004 ab, mit der sie die Einkünfte anteilig den Klägern sowie den Beigeladenen zu 2 bis 5 zurechnete.

Die von den Klägern hiergegen eingelegte finanzgerichtliche Klage hatte Erfolg. Nach Auffassung des FG sind die Kläger weder Erben noch Mitunternehmer geworden. Die gezahlten Geldbeträge seien ihnen als Vermächtnis zugeflossen. Die von der KG, den Beigeladenen 2 bis 4 (Revisionskläger zu 2 bis 4) sowie der Komplementär-GmbH (Revisionskläger zu 5) angestrebte Revision hielt der BFH für begründet, verwies die Sache aber mangels Spruchreife an das FG zurück.

Im Ergebnis hatten sich die Kläger in der ersten Instanz gegen die Annahme eines betrieblichen Veräußerungsgewinns gewandt. Ihr erstinstanzlicher Erfolg führte jedoch für die Beigeladenen 2, 3 und 4 zur Versagung entsprechender Anschaffungskosten. Folgerichtig gingen sie als Revisionskläger 2, 3 und 4 gegen diese Entscheidung vor. Das Finanzamt korrigierte in der Revision seine Haltung erster Instanz und verneinte für die Revisionskläger 2, 3 und 4 eine Stellung als Mitunternehmer.

2. Die Entscheidung

Der BFH stellt zunächst fest, dass die Erbfolge in die Position eines Mitunternehmers der KG und damit gemäß § 180 Abs. 1 Nr. 2 lit. a AO eines Beteiligten der Feststellung ihrer gewerblichen Einkünfte nicht nur die Erbenstellung voraussetzt, sondern auch das Einrücken in die Stellung eines Gesellschafters. Hier verweist der BFH zu Recht auf § 177 HGB und gibt der ersten Instanz die Prüfung auf, ob der Gesellschaftsvertrag der gesetzlichen Anordnung zur Fortsetzung der KG entgegensteht.

Zugleich macht der BFH klar, dass dann, wenn die KG gemäß § 177 HGB mangels abweichender gesellschaftsvertraglicher Regelung fortgesetzt wird, die Revisionskläger zu 2, 3 und 4 als Mitunternehmer zu behandeln sind. Zur Begründung stützt er sich auf die Überlegungen der Entscheidung des BFH vom 14.3.1996, IV R 9/95.¹

Denn vorliegend gehe es wie in der seinerzeitigen Entscheidung um die zwischen potentiellen Erben getroffene Vereinbarung, wer als Erbe anzusehen sei. Die Kläger (und damit auch der Beigeladene zu 5 der ersten Instanz) hätten sich die Verneinung ihrer behaupteten Miterbenstellung (und damit auch die Gesellschafterstellung, vgl. die o. g. Annahme) vergüten lassen. Die erhaltene Zahlung diene damit der Abgeltung von Ansprüchen, mit denen die Miterben- (und damit auch Gesellschafterstellung) geltend gemacht werde. Folglich seien die Kläger an der Gewinnermittlung für das Streitjahr 2004 zu beteiligen gewesen. Damit zeigt der BFH auf, dass die Abfindung zur Abwendung des Anspruchs auf eine Miterben-/Gesellschafterstellung nicht anders zu behandeln ist, als die Veräußerung eines unbestrittenen Mitunternehmeranteils.

MR Dr. Carl Friedrich Veas, Stuttgart

Ergänzende Hinweise der Schriftleitung:

Die Entscheidung des BFH vom 16.5.2013 betrifft lediglich die Einkommensteuer. Einkommensteuerlich wird also auch der Erbprätendent, der gegen eine Zahlung auf das geltend

¹ BFHE 180, 142, BStBl II 1996, S. 310.

gemachte Erbe verzichtet, wie ein Mitunternehmer behandelt und damit einer Einkommensbesteuerung unterworfen. Erbschaftsteuerrechtlich ist dies jedoch gerade anders. So hat der BFH² entschieden, dass Ausgleichszahlungen an einen lästigen Erbprätendenten bei diesem nicht erbschaftsteuerpflichtig sind, da der Tatbestand des § 3 ErbStG Ausgleichszahlungen an vermeintliche Miterben nicht erfasse und nicht der Erbschaftsteuer unterwerfe. Einkommensteuerrecht und Erbschaftsteuerrecht gehen insoweit getrennte Wege.

Auch im Übrigen können entsprechende Erbvergleiche erbschaftsteuerrechtlich in der Gestaltungspraxis genutzt werden. Hat beispielsweise ein Erblasser ein unwirksames oder

unklares oder in der Wirksamkeit zweifelhaftes Testament verfasst und wollen die Beteiligten gleichwohl den geäußerten Wunsch des Erblassers erfüllen, obwohl dieser tatsächlich oder voraussichtlich nicht wirksam seinen Niederschlag im Testament gefunden hat, so wird die Erfüllung der unwirksamen Verfügung von Todes wegen der Erbschaftsbesteuerung zugrunde gelegt. Auf diese Art und Weise lassen sich regelmäßig vor allem Geschwisterzuwendungen vermeiden, wenn beispielsweise ein Kind zum Alleinerben eingesetzt wurde, aufgrund späterer Äußerungen jedoch eindeutig auch das andere Kind Leistungen erhalten sollte.³

² BFH, Urteil vom 4.5.2011, II R 34/09, MittBayNot 2012, 161 mit Anmerkung *Wartenburger* = NJW 2011, 2607 = ZEV 2011, 438 mit Anmerkung *Fischer*.

³ Siehe dazu *Benn*, FR 2004, 1102; *von Proff*, ZEV 2010, 348; *Wälzholz* in *Viskorf/Knobel/Schugg/Wälzholz*, Kommentar zum ErbStG, 4. Aufl. 2012, § 3 Rdnr. 124; BFH, Urteil vom 24.7.1972, II R 35/70, BStBl II 1972, S. 886.

HINWEISE FÜR DIE PRAXIS

Der Abzug von Verbindlichkeiten vermögensverwaltender Kommanditgesellschaften nach dem GNotKG im Erbscheinserteilungsverfahren

I. Problem

Geschlossene Fonds als Kapitalanlageprodukte sind weit verbreitet. Zumeist sind diese geschlossenen Fonds in der Rechtsform einer Kommanditgesellschaft organisiert. Die Anleger beteiligten sich als Kommanditisten an der Gesellschaft, die das Investitionsobjekt – beispielsweise eine Immobilie, ein Flugzeug oder ein Handelsschiff – erwirbt. Neben dem von den Anlegern zur Verfügung gestellten Kapital nehmen die Gesellschaften üblicherweise zusätzliche Darlehen zur Finanzierung auf.

In einem Verfahren zur Erteilung eines Erbscheins und auch bei Abnahme einer eidesstattlichen Versicherung hierzu muss im Rahmen der Kostenermittlung durch Nachlassgericht oder Notar auch diese Beteiligung bewertet werden. Manche Nachlassgerichte stellen sich hier auf den Standpunkt, dass ein Abzug der Verbindlichkeiten im Gesellschaftsvermögen nicht zulässig sei. Dieser Beitrag soll darlegen, dass diese Sichtweise unzutreffend ist.

II. Systematische Einordnung des § 54 Satz 3 GNotKG

Ausgangspunkt für die Frage des Schuldenabzugs bei vermögensverwaltenden Gesellschaften ist § 54 Satz 3 GNotKG. Dort wird bestimmt, dass bei überwiegend vermögensverwaltenden Gesellschaften Verbindlichkeiten grundsätzlich nicht abzugsfähig sind. Entscheidend für die hier zu untersuchende Frage ist zunächst die systematische Einordnung dieser Vorschrift.

1. § 38 GNotKG bestimmt, dass Verbindlichkeiten, die auf einer Sache ruhen, bei der Geschäftswertermittlung nach dem GNotKG außer Betracht bleiben müssen (sog. Bruttoprinzip). Dies wird dadurch gerechtfertigt, dass darauf lastende Verbindlichkeiten keinen unmittelbaren Einfluss auf den Wert eines Gegenstandes haben, sondern willkürlich entstehen;¹ auch wegen des Haftungsrisikos und der wirtschaftlichen Bedeutung für die Beteiligten ist grundsätzlich an den Aktivwert anzuknüpfen.² Im GNotKG sind selbst allerdings zahlreiche Ausnahmen von diesem Bruttoprinzip geregelt.

2. So lässt § 54 Satz 1 GNotKG für bestimmte Gesellschaften ausdrücklich den Schuldenabzug zu und ist deswegen als Ausnahmevorschrift zu § 38 GNotKG zu verstehen. § 54 Satz 3 GNotKG stellt hiervon wiederum eine Rückausnahme dar, und bestimmt, dass bei überwiegend vermögensverwaltenden Gesellschaften Schulden doch nicht abgezogen werden dürfen, es also beim Grundsatz des § 38 GNotKG verbleibt. Sinn dieser Rückausnahme ist es, eine Ungleichbehandlung von Rechtsgeschäften über die unmittelbare Übertragung von Vermögensgegenständen und von Rechtsgeschäften über die Übertragung von Beteiligungen an ver-

mögensverwaltenden Gesellschaften ohne eigenes operatives Geschäft zu vermeiden.³

III. Keine Anwendung des § 54 Satz 3 GNotKG im Erbscheinserteilungsverfahren

Im Verfahren zur Erteilung eines Erbscheins muss im Hinblick auf den Abzug von Schulden von vermögensverwaltenden Personengesellschaften aber etwas anderes gelten.

1. Für Verfahren zur Erbscheinserteilung bestimmt § 40 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GNotKG, dass Erblasserschulden generell abgezogen werden dürfen. Im Verfahren zur Erbscheinserteilung ist somit der Grundsatz des § 38 GNotKG von vornherein nicht anwendbar. Dann kann aber auch die Rückausnahme des § 54 Satz 3 GNotKG, der den Grundsatz des Schuldenabzugsverbots für vermögensverwaltende Gesellschaften in anderen Verfahren nach dem GNotKG wieder herstellen will, im Erbscheinsverfahren keine Anwendung finden.

2. Ein anderes Ergebnis ergibt sich auch nicht daraus, dass § 40 Abs. 1 Satz 2 GNotKG nur den Abzug von vom Erblasser herrührenden Verbindlichkeiten zulässt. Durch diese Gesetzesformulierung soll zum Ausdruck kommen, dass lediglich Erblasserschulden, nicht aber auch Erbfallschulden zum Abzug gebracht werden können.⁴ So sollen insbesondere Vermächtnisse, Pflichtteile, Auflagen und eine etwa anfallende Erbschaftsteuer, aber auch Beerdigungskosten und Nachlasskosten ausgeklammert werden, da die Ermittlung dieser oft unsicheren Abzugsposten in keinem Verhältnis zum kostenrechtlichen Zweck steht. Solche Erbfallschulden entstehen erst anlässlich des Erbfalls⁵ und betreffen den Erben als solchen.⁶ Erblasserschulden haben dagegen bereits dem Erblasser gegenüber bestanden.⁷ Diese Differenzierung zwischen Erblasser- und Erbfallschulden knüpft inhaltlich an die Vorschrift des § 1967 BGB an.⁸

Bei den im Gesamthandsvermögen der vermögensverwaltenden Kommanditgesellschaften bestehenden Verbindlichkeiten handelt es sich nicht um derartige Erbfallschulden, die erst anlässlich des Erbfalls entstanden sind, sondern um abzugsfähige Erblasserschulden. Der Rechtsgrund dieser Verbindlichkeiten wurde bereits vor dem Erbfall gelegt. Zutreffend

³ NK-GNotKG/Leiß, § 54 Rdnr. 13; Bormann/Diehn/Sommerfeldt/Diehn, GNotKG, 1. Aufl. 2014, § 54 Rdnr. 2; Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 17/11471, S. 172.

⁴ Korintenberg/Sikora, GNotKG, § 40 Rdnr. 3; NK-GNotKG/Greipl, § 40 Rdnr. 6; LK-GNotKG/Zimmer, 1. Aufl. 2013, § 40 Rdnr. 6 ff.; Bormann/Diehn/Sommerfeldt/Pfeiffer, GNotKG, § 40 Rdnr. 3 ff.; vgl. auch die Gesetzesbegründung in BT-Drucks. 17/11471, S. 165.

⁵ Pfeiffer, a. a. O., Rdnr. 4.

⁶ Greipl, a. a. O., Rdnr. 6.

⁷ Sikora, a. a. O., Rdnr. 3.

⁸ Sikora, a. a. O., Rdnr. 3; Zimmer, a. a. O., Rdnr. 7.

¹ Vgl. NK-GNotKG/Heinemann, 1. Aufl. 2013, § 38 Rdnr. 2.

² Korintenberg/Bormann, GNotKG, 19. Aufl. 2015, § 38 Rdnr. 1.

ist zwar, dass eine Kommanditgesellschaft selbst rechtsfähig ist. Träger des Gesellschaftsvermögens ist aber nicht ein von den Gesellschaftern verschiedenes Rechtssubjekt, sondern es sind die Gesellschafter selbst, in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit.⁹ Auch der Kommanditist haftet den Gläubigern der Gesellschaft gegenüber für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft, wenn auch nur nach Maßgabe der betreffenden Vorschriften des HGB.

Dieses Ergebnis bestätigt auch ein Vergleich mit der inhaltlich vergleichbaren Vorschrift des § 1967 BGB. Die Kommentierungen hierzu gehen ebenfalls davon aus, dass Gesellschaftsverbindlichkeiten einer Kommanditgesellschaft Erblässerschulden in diesem Sinne sind, wenngleich eine Haftung nur nach Maßgabe der Vorschriften des HGB besteht.¹⁰

3. Eine andere Auffassung würde zu dem seltsamen Ergebnis führen, dass im Verfahren zur Erteilung eines Erbscheins alle möglichen Verbindlichkeiten abgezogen werden können, insbesondere auch persönliche Verbindlich-

⁹ BGH, Urteil vom 16.2.1961, III ZR 71/6, BGHZ 34, 296; 110, 128; *Baumbach/Hopt/Roth*, HGB, 36. Aufl. 2014, § 124 Rdnr. 1.

¹⁰ Vgl. zum Beispiel *Palandt/Weidlich*, 74. Aufl. 2015, § 1967 Rdnr. 4 – dort wird die Einordnung als Erblässerschuld durch die Gliederung besonders deutlich; *MünchKommBGB/Küpper*, 6. Aufl. 2013, § 1967 Rdnr. 45; *BeckOK-BGB/Lohmann*, Stand: 1.11.2014, § 1967 Rdnr. 22.

keiten des Erblassers und auch Verbindlichkeiten in Gesellschaften, die nicht nur vermögensverwaltend tätig sind. Ausschließlich und alleine bei vermögensverwaltenden Gesellschaften wäre ein Schuldenabzug unzulässig. Ein sachlicher Grund, warum ausschließlich solche Verbindlichkeiten aus vermögensverwaltenden Gesellschaften nicht abgezogen werden können, ist nicht ersichtlich. Vielmehr würde durch eine solche Handhabung der Zweck der Rückausnahme des § 54 Satz 3 GNotKG, eine Ungleichbehandlung zu Einzelvermögensgegenständen zu vermeiden (siehe oben), gerade in sein Gegenteil verkehrt, indem er eine solche Ungleichbehandlung begründen würde. Das kann im Ergebnis nicht richtig sein.

Dadurch wird schließlich auch deutlich, dass dieses Ergebnis nicht nur für vermögensverwaltende Kommanditgesellschaften, sondern auch für jede andere Beteiligung an überwiegend vermögensverwaltenden Gesellschaften gilt. Die Systematik des Gesetzes und die wertungsmäßige Überprüfung sprechen dafür, dass bei den in § 40 GNotKG genannten Verfahren Gesellschaftsverbindlichkeiten abgezogen werden können, und zwar unabhängig von der Rechtsform der Gesellschaft und unabhängig davon, ob es sich um eine gewerblich tätige Gesellschaft oder um eine vermögensverwaltende Gesellschaft handelt.

Notar Dr. *Christoph Koch*, Obernburg a. Main

Auswirkungen der EuGVO-Reform auf die Notariatspraxis

Der europäische Gesetzgeber hat mit Wirkung zum 10.1.2015 eine Reform des europäischen Vollstreckungsrechts für Zivil- und Handelssachen durchgeführt, indem er die sog. Brüssel-I-Verordnung¹ (auch unter dem Namen EuGVO bekannt) durch die sog. Brüssel-Ia-Verordnung² (im Folgenden EuGVO n. F.) ersetzt hat. Die wichtigste Neuerung besteht darin, dass sich der europäische Gesetzgeber für eine weitere Vereinfachung der Vollstreckung in Zivil- und Handelssachen³ auf europäischer Ebene entschieden hat und aus diesem Grund das Exequaturverfahren gänzlich abgeschafft hat.

Im Hinblick auf die notarielle Praxis stellt sich die Frage, welche Auswirkungen die Reform auf die Vollstreckung notarieller Urkunden haben wird – insbesondere auch im Verhältnis zur Vollstreckungstitel-Verordnung (EuVTVO).⁴

¹ Verordnung (EG) Nr. 44/2001 vom 22.12.2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl, EG Nr. L 12 vom 16.1.2001, S. 1.

² Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 vom 12.12.2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl, EU Nr. L 351/1 vom 20.12.2012, S. 1.

³ Siehe zum Anwendungsbereich der Verordnung Art. 1 EuGVO n. F.

⁴ Verordnung (EG) Nr. 805/2004 vom 21.4.2004 zur Einführung eines europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen (EuVTVO), ABl, EU Nr. L 143 vom 30.4.2004, S. 15.

Die EuVTVO hat bereits im Jahr 2004 in Zivil- und Handelssachen das Exequaturverfahren für unbestrittene Forderungen⁵ abgeschafft – u. a. auch in Bezug auf öffentliche Urkunden.⁶ Erforderlich für die Vollstreckung ist seitdem allein, dass die vollstreckbare öffentliche Urkunde gemäß Art. 25 Abs. 1 i. V. m. Anhang III EuVTVO auf Antrag als Europäischer Vollstreckungstitel im Ursprungsland bestätigt wird.⁷ Gemäß § 1079 Nr. 1 ZPO sind für die Ausstellung der Bestätigung die Gerichte, Behörden oder Notare zuständig, sofern ihnen die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung des Titels obliegt. Im Fall von öffentlichen Urkunden sind nach § 797 Abs. 2 ZPO also die Notare selbst zuständig. Die EuVTVO i. V. m. § 1079 Nr. 1 ZPO erfasst dabei alle notariellen Urkunden im Sinne des § 794 Nr. 5 ZPO.⁸

Die EuVTVO verdrängte bei ihrer Einführung die EuGVO in Form der Brüssel-I-Verordnung im Hinblick auf öffentliche Urkunden nicht, sondern galt seither neben ihr, Art. 27 EuVTVO. Die EuGVO n. F. widmet sich in ihren Art. 58 ff.

⁵ Siehe zum Gegenstand und Anwendungsbereich der Verordnung Art. 1, 2 EuVTVO.

⁶ *Guillaume/Schwitzer*, Europäische und schweizerische öffentliche Urkunden als Vollstreckungstitel, AJP 2006, 660, 661.

⁷ Siehe näher hierzu *Guillaume/Schwitzer*, Europäische und schweizerische öffentliche Urkunden als Vollstreckungstitel, AJP 2006, 660, 662.

⁸ *MünchKommZPO/Adolphsen*, 4. Aufl. 2013, § 1079 Rdnr. 8.

ausdrücklich öffentlichen Urkunden, so dass sich an der Dualität der Anwendungsbereiche nichts geändert hat.

Die Vollstreckungsvoraussetzungen nach der Brüssel-Ia-Verordnung sind durch die Reform stark vereinfacht worden, indem das Exequaturverfahren auch hier vollständig abgeschafft wurde. Es erfolgt keinerlei Anerkennungsverfahren, keine Vollstreckbarerklärung oder gar eine inhaltliche Überprüfung im ersuchten Mitgliedstaat, vgl. Art. 36, 39, 52 EuGVO n. F. Erforderlich für die Vollstreckung von Entscheidungen in anderen Mitgliedstaaten ist gemäß Art. 42 Abs. 1 lit. b EuGVO n. F. allein eine nach Art. 53 EuGVO n. F. ausgestellte Bescheinigung, mit der vom Ursprungsgericht bestätigt wird, dass die Entscheidung vollstreckbar ist, und die einen Auszug aus der Entscheidung sowie gegebenenfalls relevante Angaben zu den erstattungsfähigen Kosten des Verfahrens und der Berechnung der Zinsen enthält.

Gemäß Art. 58 Abs. 1 Unterabschnitt 2 EuGVO n. F. sind u. a. die vorgenannten Vorschriften sinngemäß auf öffentliche Urkunden anzuwenden. Art. 60 EuGVO n. F. präzisiert, dass die zuständige Behörde oder das Gericht des Ursprungsmitgliedstaates auf Antrag eines Berechtigten die Bescheinigung mit einer Zusammenfassung der in der öffentlichen Urkunde beurkundeten vollstreckbaren Verpflichtung unter Verwendung des Formblatts in Anhang II ausfüllt. Für notarielle Urkunden gilt zudem gemäß Art. 58 Abs. 1 Satz 2 EuGVO n. F. – anders als für gerichtliche Entscheidungen – ein *ordre-public*-Vorbehalt, der jedoch in der Praxis kaum einmal eine Rolle spielen dürfte.

Der deutsche Gesetzgeber hat mit dem – wie die Brüssel-Ia-Verordnung am 10.1.2015 in Kraft getretenen – „Gesetz zur Durchführung der Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 [...]“⁹ die §§ 1110 ff. in die Zivilprozessordnung eingefügt. In § 1110 ZPO – ebenso wie in § 1079 ZPO für die EuVTVO – werden für die Ausstellung der Bescheinigung nach den Art. 53 und 60 der Brüssel-Ia-Verordnung die Notare für zuständig erklärt, sofern die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung obliegt, so dass auch hier § 797 Abs. 2 ZPO Anwendung findet. § 1111 ZPO präzisiert für das Verfahren – ebenfalls inhaltsgleich zu der Parallelvorschrift des § 1080 Abs. 1 ZPO zur EuVTVO –, dass die Bescheinigungen nach den Art. 53 und 60 Brüssel-Ia-Verordnung ohne Anhörung des Schuldners auszustellen sind und sodann eine Ausfertigung der Bescheinigung dem Schuldner von Amts wegen zustellen ist. Ebenso wie nach § 1080 Abs. 1 Satz 2 ZPO im Rahmen der EuVTVO gilt die Zustellungspflicht auch im Fall der notariellen Bestätigung, weil hierfür keine Ausnahme von der Zustellungspflicht vorgesehen ist.¹⁰

Die grenzüberschreitende Zustellung sollte nach der Europäischen Zustellungsverordnung (EuZVO)¹¹ vorgenommen werden;¹² Art. 16 EuZVO ermöglicht für notarielle Urkunden im Sinne von „außergerichtlichen Schriftstücken“ die Anwendung des Zustellverfahrens nach der EuZVO. Nach Art. 2

⁹ BGBl I 2014, S. 890 ff.

¹⁰ Vgl. *Völmer* in Würzburger Notarhandbuch, 3. Aufl. 2012, Teil 1 Kap. 3 Rdnr. 102; *Franzmann*, MittBayNot 2005, 470, 473; *Wolfsteiner*, Die vollstreckbare Urkunde, Rdnr. 53.103.

¹¹ Verordnung (EG) Nr. 1393/2007 über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- oder Handelssachen in den Mitgliedstaaten (EuZVO) ABl. EU Nr. L 324 vom 10.12.2007, S. 79.

¹² Die Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 18/823, S. 20 f., formuliert hier etwas schwammig: „Soll an einen Schuldner im Ausland zugestellt werden, sind in erster Linie die Vorschriften zu beachten, die aus deutscher Sicht nach Unions- oder Völkerrecht auf die betreffende grenzüberschreitende Zustellung anzuwenden sind.“

EuZVO sind die zu übermittelnden außergerichtlichen Schriftstücke der vom Ausgangsstaat benannten *Übermittlungsstelle* zu übergeben. Übermittlungsstelle ist in Deutschland bei notariellen Urkunden dasjenige Amtsgericht, in dessen Bezirk der beurkundende Notar seinen Amtssitz hat (§ 1069 Abs. 1 Nr. 2 ZPO – bei Betreiben der Zustellung durch die Beteiligten selbst auch das Amtsgericht, in dessen Bezirk die Person, welche die Zustellung betreibt, ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt hat).¹³ Das nach Art. 4 Abs. 3 EuZVO beizufügende Formblatt mit dem Antrag wird sodann unmittelbar vom AG als Übermittlungsstelle ausgefüllt und zusammen mit der zuzustellenden Bescheinigung der Empfangsstelle des Empfangsstaates übermittelt.¹⁴

Eine Vollstreckungsklausel ist – nach überwiegender Ansicht – für die Erteilung einer entsprechenden Bescheinigung nicht erforderlich, denn die Verordnungen sehen ein solches Erfordernis nicht vor.¹⁵ Vielmehr ist es nach beiden Verordnungen sogar möglich, die Bestätigung nach Art. 6, 25 EuVTVO bzw. die Bescheinigung nach Art. 53, 60 Brüssel-Ia-Verordnung mehrfach zu erteilen.¹⁶ Eine Übersetzung für die grenzüberschreitende Vollstreckung im Ausland ist grundsätzlich nicht erforderlich.¹⁷

Zusammenfassend lässt sich damit hinsichtlich der Vollstreckung inländischer vollstreckbarer Urkunden festhalten, dass eine Vollstreckung ohne Exequaturverfahren in anderen EU-Mitgliedstaaten nunmehr sowohl über die EuGVO n. F. als auch über die EuVTVO möglich ist, weil beide Verordnungen hinsichtlich vollstreckbarer notarieller Urkunden im Sinne des § 794 Nr. 5 ZPO Anwendung finden. Für den Notar besteht somit eine Wahlmöglichkeit, nach welcher Verordnung er das grenzüberschreitende Vollstreckungsverfahren in die Wege leitet. Für die jeweils allein erforderliche Bestätigung bzw. Bescheinigung, die als vorgefertigte Formblätter den Verordnungen angehängt sind, ist der Notar jeweils selbst zuständig. Vollstreckungsklauseln und Übersetzungen sind nicht erforderlich. Die Zustellung erfolgt über das Amtsgericht am Sitz des Notars nach den Regeln der EuZVO.

In Bezug auf den zeitlichen Anwendungsbereich der Brüssel-Ia-Verordnung ist freilich zu beachten, dass die Verordnung nach Art. 66 Abs. 1 EuGVO n. F. nur auf öffentliche Urkunden Anwendung findet, die am 10.1.2015 oder danach förmlich errichtet worden sind.

Rechtsreferendar *Christoph Fischer*, LL. M. (Paris I),
M. Jur. (Oxon), Brüssel

¹³ DNotI-Report 2007, 121, 124

¹⁴ Ebda.

¹⁵ Vgl. für die Brüssel-Ia-Verordnung insbesondere BT-Drucks. 18/823, S. 20, sowie außerdem *Rauscher/Pabst*, Europäisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2006, Art. 25 EuVTVO Rdnr. 5 i. V. m. Art. 6 Rdnr. 7; *Leible/Lehmann*, NotBZ 2004, 453, 458; *Rellermeyer*, Rpfleger 2005, 189, 199; a. A. *Franzmann*, MittBayNot 2005, 470, 472; *Wolfsteiner*, Die vollstreckbare Urkunde, 2. Aufl. 2006, Rdnr. 53.100.

¹⁶ Vgl. in Bezug auf die Brüssel-Ia-Verordnung BT-Drucks. 18/823, S. 20.

¹⁷ Wie § 1113 ZPO verdeutlicht, kann eine (deutsche) Übersetzung nur für die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Titel in Deutschland erforderlich sein, vgl. auch Art. 57 Brüssel-Ia-Verordnung. Das Übersetzungserfordernis des Art. 8 EuZVO wird im Übrigen von der EuVTVO und der Brüssel-Ia-Verordnung jeweils als *lex specialis* verdrängt, die ein solches Übersetzungserfordernis nicht vorsehen.

Streifzug durch das GNotKG, 11. Auflage 2015 (Stand 1.1.2015)

Richtigstellung zu Hinweisen für die Praxis, MittBayNot 2015, 87 ff.

Bei der Übersicht über wichtige Änderungen, Klarstellungen und Neuerungen in der 11. Auflage gegenüber Streifzug 10. Auflage 2013 ist in **MittBayNot 2015, 88 unter 7. e)** ein Versehen unterlaufen.

Vereinbarung nach § 1378 Abs. 3 Satz 2 BGB

Bei der Vereinbarung nach § 1378 Abs. 3 Satz 2 BGB handelt es nicht um einen Ehevertrag gemäß § 1408 BGB.

Richtig sind die Hinweise in Streifzug 11. Auflage 2015 unter Rdnr. 473a. Es liegt vielmehr eine Vereinbarung über einen güterrechtlichen Anspruch vor, die unter § 100 Abs. 2 GNotKG fällt. Bei Vereinbarung über den Ausgleich eines

Anspruchs nach § 1378 Abs. 3 Satz 2 BGB liegt ein Austauschvertrag nach § 97 Abs. 3 GNotKG vor. Dem Wert des Anspruchs ist die Gegenleistung gegenüberzustellen. Bei Wertgleichheit ist nur ein Wert anzunehmen, bei unterschiedlichen Werten der höherwertige. Damit ist auch die Anwendung des § 111 Nr. 2 GNotKG ausgeschlossen. Neben einer Übertragungsvereinbarung als Austauschvertrag ist damit die güterrechtliche Vereinbarung über den Ausgleichsanspruch nicht gesondert zu bewerten.

Um Beachtung wird gebeten.

Prüfungsabteilung der Notarkasse A. d. ö. R., München

STANDESNAHRICHTEN

Personaländerungen

1. Verstorben:

Notar a. D. Hermann Volland, Geisenfeld,
verstorben am 7.1.2015

Notar a. D. Dr. Werner Hausladen, Gräfelfing,
verstorben am 13.1.2015

2. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung zum 1.4.2015:

Notar Dr. Peter Bastian, Kandel
Notar Hans-Frieder Koch, Bischofsheim a. d. Rhön

Mit Wirkung zum 1.6.2015:

Notar Dr. Ernst Wahl, Nürnberg

3. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung zum 1.1.2015:

Mühldorf a. Inn dem Notarassessor
(in Sozietät mit Maximilian Hain
Notar Weishäupl) (bisher in München
Notarstellen Dr. Basty/Haasen)

Mit Wirkung zum 31.1.2015:

Ingolstadt der Notarin a. D.
(in Sozietät mit Marion Ampenberger
Notar Fembacher)

Mit Wirkung zum 1.3.2015:

Neu-Ulm der Notarassessorin
(in Sozietät mit Stefanie Exner
Notar Dr. Lutz) (bisher in München
Notarstellen Dr. Görk/
Dr. Berringer)

Ochsenfurt der Notarassessorin
(in Sozietät mit Dr. Melanie Falkner
Notarin Grömer) (bisher in Bamberg
Notarstellen Dr. Eue/Dr. Dietz)

4. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Notar Christian Betz, Oettingen i. Bay.,
wurde mit Wirkung vom 9.7.2014 promoviert

Notar Hannes Weishäupl, Mühldorf a. Inn,
wurde mit Wirkung vom 16.12.2014 promoviert

Notarassessor Georg von Zimmermann,
Bischofsheim a. d. Rhön (Notarstelle Koch),
wurde mit Wirkung vom 3.11.2014 promoviert

Notarassessorin Judith Ulshöfer, Annweiler a. Tr.,
(Notarstelle Spall), wurde mit Wirkung vom 19.12.2014
promoviert

Notarassessor Johannes Attenberger, Augsburg
(Notarstelle Hille), ab 1.1.2015 in München
(Landesnotarkammer Bayern und Notarkasse A.d.ö.R.)

Notarassessor Josef Hölzlein, Neu-Ulm (Notarstellen
Dr. Winkler/Stelzer), ab 1.2.2015 in München (Notarstellen
Dr. Schemmann/Dr. Ludewig)

Notarassessor Dr. Benedikt Schreindorfer, München
(Landesnotarkammer Bayern und Notarkasse A.d.ö.R.),
ab 1.2.2015 in München (Notarstellen Kirchner/Thiede)

Notarassessor Christian Häusler, Füssen (Notarstellen
Dr. Malzer/Dr. Wälzholz), ab 1.3.2015 in München
(Notarstellen Dr. Götte/Lautner)

Notarassessor Markus Müller, Pegnitz (Notarstelle
Heinrich), ab 1.3.2015 in München (Notarstelle
Dr. Schaub)

Oberinspektorin i. N. Tiziana Brummer, München
(Notarstellen Dr. Frank/Dr. Schneeweiß), ab 19.9.2014
in Augsburg (Notarstelle Röder)

Oberinspektorin i. N. Martina Schmidbauer, Regensburg
(derzeit in Elternzeit), ab 1.1.2015 in Kelheim
(Notarstelle Dr. Benz)

Amtsrat i. N. Anton Gammertshofer, Wegscheid
(Notarstelle Dr. Röhl), ab 1.3.2015 in Freyung
(Notarstelle Massinger)

Inspektorin i. N. Carolin Kandler, Mitterfels
(Notarstelle Haubold), ab 1.3.2015 in Regensburg
(Notarstelle Dr. Huber)

Amtmann i. N. Christian Stiller, Freyung
(Notarstelle Massinger), ab 1.3.2015 in Mitterfels
(Notarstelle Haubold)

5. Ausgeschiedene Angestellte:

Oberamtsrat i. N. Alfred Heinrich, Aichach
(Notarstellen Riedel/Dr. Kilian), ab 1.3.2015
im Ruhestand

Oberamtsrätin i. N. Gertrud Niggel, Rosenheim
(Notarstellen Dr. Leiß/Wartenburger), ab 1.3.2015
im Ruhestand

Oberamtsrat i. N. Norbert Schlereth, Aschaffenburg
(Notarstellen Schiller/Holzheu), ab 1.4.2015
im Ruhestand

Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Aschaffenburg, Notarstellen Klotz/Dr. Morhard
E-Mail: post@notarekm.de
Homepage: www.notarekm.de

SONSTIGES

„Tagung zum Recht der AGB“

Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München

Mittwoch, 22. April 2015, 16.30 Uhr s. t.
Senatssaal der Ludwig-Maximilians-Universität (E 106/110 im 1. Obergeschoss)

Referenten: **Professor Dr. Wolfgang Wurmnest**
(Universität Augsburg)

Notar Robert Martin, Altötting

Im Anschluss an die Vorträge besteht die Möglichkeit zur Diskussion. Zum Ausklang der Veranstaltung wird zu einem kleinen Empfang geladen.

Anmeldung und Information:

Forschungsstelle für Notarrecht,
Prof.-Huber-Platz 2, 80539 München,
Tel: 089 2180-1420,
Fax: 089 2180-13981,
E-Mail: FS-Notarrecht@jura.uni-muenchen.de

Die Teilnahme ist kostenfrei und steht jedem Interessierten offen. Aus organisatorischen Gründen wird um eine Anmeldung gebeten. Bitte teilen Sie auch mit, ob Sie am Empfang teilnehmen. Teilnahmebescheinigungen gemäß § 15 FAO werden auf Wunsch im Anschluss an die Tagung gegen eine Zahlung von € 50 in bar persönlich ausgehändigt.

Weitere Informationen über die Einrichtung finden Sie unter www.notarrechtsinstitut.de.

Achtung: Die Tagung findet nicht, wie in MittBayNot 1/2015, 98 angekündigt, am 11. April 2014, sondern am 22. April 2015 statt.

Symposium „Scheidungsfolgenvereinbarungen“

im Alten Schloss Dornburg,
Max-Krehan-Straße 3, 07774 Dornburg-Camburg
am Freitag, 10. April 2015

Referenten: Prof. Dr. Dr. h.c. *Dieter Schwab*, Regensburg: „Ehe- und Scheidungsvereinbarungen in Zeiten wandelbaren Familienrechts“

Dr. *Christof Münch*, Notar in Kitzingen: „Vereinbarungen zum Zugewinnausgleich“

Dr. *Stephan Hammer*, Richter am Amtsgericht, Tempelhof-Kreuzberg: „Elternvereinbarungen über den Verbleib und die Finanzierung der Kinder“

Dr. *Meo-Micaela Hahne*, Vorsitzende Richterin am XII. Zivilsenat des BGH a. D.: „Scheidungsfolgenvereinbarungen in der Rechtsprechung des BGH“

Dr. *Wolfgang Reetz*, Notar in Köln: „Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich“

Anmeldungen sind bis zum 27.3.2015 per Fax oder Mail an das Notarinstitut der FSU Jena zu richten.

Tagungsbeiträge:

- 90,00 € für Mitglieder der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e.V.
- 150,00 € für Nichtmitglieder
- 45,00 € für Notarassessoren und Rechtsanwälte mit höchstens dreijähriger Zulassung
- frei für Notarassessoren, die Mitglied der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e.V. sind, für Geschäftsführer anderer Notarinstitute, Mitarbeiter der FSU Jena, für Studierende

Kontaktdaten:

Telefon: 03641 9-42510

Telefax: 03641 9-42512

E-Mail: notarinstitut@uni-jena.de

Anmeldeformular und Veranstaltungsdaten unter:

http://www.rewi.uni-jena.de/Institut_fuer_Notarrecht_Aktuelles.html

15. Wissenschaftliches Symposium des Instituts für Notarrecht an der Universität Würzburg

„Aktuelle gesellschaftsrechtliche Herausforderungen“

in der Neubaukirche der Julius-Maximilians-Universität
Domerschulstraße 16, 97070 Würzburg
am Freitag, 3. Juli 2015

09.30 Uhr	<p>Begrüßung <i>Sebastian Herrler</i>, Notar, München, Tagungsleiter</p>	<p>anschließend: 18. NotRV-Mitgliederversammlung mit Neuwahlen</p>
09.45 Uhr	<p>Registergericht und Notar <i>Dr. Ulrich Kühn</i>, Leiter des Registergerichts München anschließend Diskussion</p>	<p>Organisatorische Hinweise: Die Veranstaltung richtet sich an alle vertragsgestaltend und forensisch tätigen Praktiker sowie an einschlägig interessierte Wissenschaftler, also nicht nur an Notare bzw. Mitglieder der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. Die Teilnehmer erhalten nach dem Symposium eine Teilnahmebescheinigung sowie einen Tagungsband per Post.</p>
10.45 Uhr	<p>Kaffeepause im historischen Innenhof der Alten Universität</p>	<p>Tagungsbeitrag (inklusive Verköstigung, Teilnahmebescheinigung und Tagungsband):</p> <ul style="list-style-type: none"> • frei für Notarassessoren, die Mitglied der NotRV sind • 40 € für Notare a. D., die Mitglied der NotRV sind • 85 € für Notare a. D., Notarassessoren und Rechtsanwälte mit höchstens dreijähriger Zulassung • 155 € für Mitglieder der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. (NotRV) • 205 € für Nichtmitglieder
11.15 Uhr	<p>Probleme der GmbH – Gesellschafterliste (Arbeitstitel) <i>Dr. Marc Löbbe</i>, Rechtsanwalt, SZA – Schilling, Zutt & Anschutz, Frankfurt anschließend Diskussion</p>	<p>Der Tagungsbeitrag ist vor Beginn der Tagung und nach Erhalt der Rechnung auf das Konto der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. mit Verwendungszweck „Symposium 2015“ wie folgt zu überweisen: HypoVereinsbank Uni-Credit AG Würzburg, IBAN: DE 29790200760006671594. Rückerstattung des Tagungsbeitrages bei Nichtteilnahme erfolgt nur bei Abmeldung bis 7 Tage vor der Veranstaltung. Für zurückzuzahlende Teilnahmegebühren wird eine Stornogebühr i. H. v. 10 € berechnet.</p>
12.15 Uhr	<p>Öffentliches Recht und Gesellschaftsrecht im Spannungsfeld <i>Prof. Dr. Martin Burgi</i>, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Umwelt- u. Sozialrecht, LMU München anschließend Diskussion</p>	<p>Anmeldungen richten Sie bitte an: Institut für Notarrecht an der Universität Würzburg, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg, Tel.: 0931 355760, Fax: 0931 35576225, E-Mail: notrv@dnoti.de; Aufgrund der Neugestaltung der NotRV-Internetseite ist eine online-Anmeldung derzeit leider nicht möglich.</p>
13.15 Uhr	<p>Mittagessen im historischen Innenhof der Alten Universität</p>	
14.45 Uhr	<p>Besonderheiten der Gründung, Satzungsgestaltung und Auflösung einer gemeinnützigen GmbH <i>Dr. Jörg Ihle</i>, Notar, Bergisch Gladbach- Bensberg anschließend Diskussion</p>	
15.45 Uhr	<p>Aktuelle Entwicklungen bei der grenzüberschreitenden Umwandlung <i>Prof. Dr. Christoph Teichmann</i>, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Deutsches und Europäisches Handels- und Gesellschaftsrecht, Universität Würzburg anschließend Diskussion</p>	
17.00 Uhr	<p>Schlusswort <i>Sebastian Herrler</i>, Tagungsleiter</p>	

Schriftleitung: Notarassessor Stefan Künkele
Notarassessorin Anja Schaller

Ottostraße 10, 80333 München
ISSN 0941-4193

Die Mitteilungen erscheinen jährlich mit sechs Heften und können nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Telefon 089 551660, Fax 089 55166234, info@mittbaynot.de, bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 53,00 € zuzüglich 6,00 € Versandkosten und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt. Einzelheft 13,00 € einschließlich Versandkosten.

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an:
Mediengruppe Universal, Kirschstraße 16, 80999 München, Telefon 089 5482170, Fax 089 555551.

Bestellen Sie Einbanddecken gerne auch im Internet unter www.mediengruppe-universal.de/notarkammer.

Veranstaltungen des DAI

1. Aktuelles Steuerrecht für Notare
(*Wälzholz*)
4.3.2015 in Bochum
2. Workshop: Elektronischer Rechtsverkehr im Grundbuchbereich
(*Klein/Kühnelt*)
4.3.2015 in Kiel
3. Workshop: Elektronischer Rechtsverkehr im Grundbuchbereich
(*Klein/Kühnelt*)
5.3.2015 in Kiel
4. Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung im Immobilienrecht 2014/2015
(*Herrler/Hertel/Kessler*)
6.3.2015 in Kiel
5. Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung im Immobilienrecht 2014/2015
(*Herrler/Hertel/Kessler*)
7.3.2015 in Berlin
6. Aktuelles aus dem Handelsregister – Update 2015
(*Kühnelt/Melchior*)
13.3.2015 in Kiel
7. Die Notarprüfung
(*Schäfer/Blaeschke*)
13.3.2015 in Heusenstamm
8. 13. Gesellschaftsrechtliche Jahresarbeitstagung
(*Heckschen/Crezelius/Schmidt/Bergmann/Ziemons/Ney/Grünwald/Köln*)
20.3.2015 in Hamburg
9. Intensivkurs Kostenrecht
(*Tiedtke/Fackelmann*)
20.3.2015 in Berlin
10. 24. Vorbereitungslehrgang auf die notarielle Fachprüfung
(*Huttenlocher/Simon/Krauß/Monreal/Block/Hügel*)
23.3.2015 in Heusenstamm
11. Update WEG
(*Hügel/Elzer*)
27.3.2015 in Kassel
12. Die Gestaltung von Eheverträgen
(*Reetz*)
28.3.2015 in Bochum
13. Haftungsfallen im Gesellschaftsrecht
(*Heckschen/Heidinger*)
17.4.2015 in Berlin
14. Notarkosten: Spezielle Sachverhalte aus dem Gesellschafts- und Registerrecht
(*Tiedtke/Schmidt*)
22.4.2015 in Heusenstamm
15. Die Europäische Erbrechtsverordnung in der notariellen Praxis
(*Keim/Wandel*)
24.4.2015 in Oldenburg

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. Bonefeld/Mayer (Hrsg.): Testamentsvollstreckung. 4. Aufl., Zerb, 2015. 796 S., 99 €
2. Bormann/Kaucka/Ockelmann (Hrsg.): Handbuch GmbH-Recht. 3. Aufl., ZAP, 2015. 998 S., 129 €
3. Fleischer/Goette (Hrsg.): Münchener Kommentar zum GmbH-Recht. Band 1: §§ 1-34. 2. Aufl., Beck, 2015. 2712 S., 319 €
4. Frank/Wachter (Hrsg.): Handbuch Immobilienrecht in Europa. 2. Aufl., C. F. Müller, 2015. 1877 S., 179,95 €
5. Gehrlein/Ekkenga/Simon (Hrsg.): GmbHG. 2. Aufl., Heymanns, 2015. 2084 S., 129 €
6. Grziwotz/Heinemann (Hrsg.): BeurkG. 2. Aufl., Heymanns, 2015. 740 S., 99 €
7. Happ/Groß (Hrsg.): Aktienrecht. 4. Aufl., Heymanns, 2015. 2320 S., 289 €
8. Heckschen/Herrler/Starke/Waldner/Brambring/Jerschke (Hrsg.): Beck'sches Notarhandbuch. 6. Aufl., Beck, 2015. 2062 S., 139 €
9. v. Holt/Koch: Gemeinnützige GmbH. 3. Aufl., Beck, 2015. 269 S., 49 €
10. Klein (Hrsg.): Handbuch Familienvermögensrecht. 2. Aufl., Luchterhand, 2015. 1732 S., 129 €
11. Krauß: Vermögensnachfolge in der Praxis. 4. Aufl., Heymanns, 2015. 1972 S., 149 €
12. Langenfeld/Miras: GmbH-Vertragspraxis. 7. Aufl., Schmidt, 2015. 512 S., 89,80 €
13. Meikel (Hrsg.): GBO. 11. Aufl., Heymanns, 2015. 2820 S., 259 €
14. Otto (Hrsg.): Handbuch der Stiftungspraxis. 2. Aufl., Heymanns, 2015. 628 S., 109 €
15. Riecke/Schmid (Hrsg.): WEG-Kommentar. 4. Aufl., Luchterhand, 2014. 1668 S., 129 €
16. Ries (Hrsg.): Praxis- und Formularbuch zum Registerrecht. 3. Aufl., RWS, 2015. 696 S., 84 €
17. Säcker/Rixecker (Hrsg.): Münchener Kommentar zum BGB. Band 10: Internationales Privatrecht I. 6. Aufl., Beck, 2015. 2795 S., 279 €
18. Stumpf/Suerbaum/Schulte/Pauli (Hrsg.): Stiftungsrecht: StiftR. 2. Aufl., Beck, 2015. 816 S., 115 €
19. Tanck/Krug (Hrsg.): NotarFormulare Testamente. 5. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2015. 882 S., 119 €
20. Zöllner/Noack (Hrsg.): Kölner Kommentar zum Aktiengesetz. Band 5. Teil 2 §§ 278-290 AktG. 3. Aufl., Heymanns, 2015. 276 S., 84 €

Landesnotarkammer Bayern, Ottostr. 10, 80333 München
PVSt, Deutsche Post AG • Entgelt bezahlt • B 13022 F