

**Herausgeber:**

Landesnotarkammer Bayern  
Ottostraße 10  
80333 München

**Herausgeberbeirat:**

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

Dr. Johann Frank,  
Notar in Amberg

Dr. Susanne Frank,  
Notarin in München

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

Prof. Dr. Dieter Mayer,  
Notar in München

Dr. Eckhard Wälzholz,  
Notar in Füssen

Dr. Dietmar Weidlich,  
Notar in Roth

**Schriftleitung:**

Boris Pulyer,  
Notarassessor

Stefanie Tafelmeier,  
Notarassessorin

ISSN 0941-4193

**Aufsätze**

*Wälzholz:* Die Poolabrede im Sinne des § 13b Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 und Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Satz 2 ErbStG in der notariellen Praxis 281

*Menzel:* Die negative Erbfreiheit 289

**Rechtsprechung**

Zuweisungsvorbehalt betreffend Sondernutzungsrechte an bestimmten Gemeinschaftsflächen  
(OLG Stuttgart, Beschluss vom 11.5.2012, 8 W 164/11) 306

mit Anmerkung *Kreuzer* 308

Zur Bindungswirkung wechselbezoglicher Verfügungen im Ehegattentestament bei einer Pflichtteilsstrafklausel  
(OLG Hamm, Beschluss vom 27.11.2012, I-15 W 134/12) 313

mit Anmerkung *Braun* 314

Auslegungsregel für vertragsmäßige Ersatzerbfolge  
(OLG Celle, Beschluss vom 5.11.2012, 6 W 197/12) 315

mit Anmerkung *Keim* 316

Regelfrist von zwei Wochen im Beurkundungsverfahren steht nicht zur Disposition der Urkundsbeteiligten  
(BGH, Urteil vom 7.2.2013, III ZR 121/12) 325

mit Anmerkung *Rieger* 329

Gewinn aus der Veräußerung des nach Formwechsel entstandenen Mitunternehmeranteils eines zuvor nicht wesentlich beteiligten Gesellschafters  
(BFH, Urteil vom 12.7.2012, IV R 39/09) 338

mit Anmerkung *Stelzer* 341

Geltendmachung des Pflichtteils nach Tod des Verpflichteten durch dessen Alleinerben  
(BFH, Urteil vom 19.2.2013, II R 47/11) 342

mit Anmerkung *Selbherr* 344

**Hinweise für die Praxis**

Bürgermeisterdienstbarkeiten und Grundbuch (*Grziwotz*) 346

## Inhalt

### Aufsätze

*Wälzholz*: Die Poolabrede im Sinne des § 13b Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 und Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Satz 2 ErbStG in der notariellen Praxis **281**

*Menzel*: Die negative Erbfreiheit **289**

### Buchbesprechungen

Hoffmann-Becking/Rawert (Hrsg.): Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht (*Selbherr*) **295**

Seibt (Hrsg.): Beck'sches Formularbuch Mergers & Acquisitions (*Kilian*) **295**

Carlé/Korn/Stahl/Strahl: Umwandlungen – Der neue Umwandlungsteuer-Erlass (*Weiler*) **296**

Gottwald: Grunderwerbsteuer (*Reimann*) **297**

### Rechtsprechung

#### Bürgerliches Recht

##### Allgemeines

1. Garten-Öltank als wesentlicher Wohnhausbestandteil und Überbauregeln bei Grundstücksteilung (BGH, Beschluss vom 18.12.2012, V ZR 263/11) **299**
2. Sachmangel bei zu Wohnzwecken genutztem Grundstück – Begriff negativer Beschaffenheit der Kaufsache (BGH, Urteil vom 30.11.2012, V ZR 25/12) **301**

##### Sachen- und Grundbuchrecht

3. Kein Sondereigentum an wesentlichen Gebäudeteilen – Leistungsstrang mit Funktion „Exklusivversorgung“ (BGH, Urteil vom 26.10.2012, V ZR 57/12) **304**
4. Zuweisungsvorbehalt betreffend Sondernutzungsrechte an bestimmten Gemeinschaftsflächen (OLG Stuttgart, Beschluss vom 11.5.2012, 8 W 164/11) **306**  
mit Anmerkung *Kreuzer* **308**

##### Familienrecht

5. Unterhaltsrechtliche Obliegenheit zur Geltendmachung eines Pflichtteilsanspruchs (BGH, Urteil vom 28.11.2012, XII ZR 19/10) **309**
6. Zum beabsichtigten Verzicht des Betreuers auf ein zugunsten des Betreuten bestelltes Wohnungsrecht (BGH, Beschluss vom 25.1.2012, XII ZB 479/11) **312**

## Inhalt (Fortsetzung)

### Erbrecht

7. Zur Bindungswirkung wechselbezüglicher Verfügungen im Ehegattentestament bei einer Pflichtteilsstrafklausel  
(OLG Hamm, Beschluss vom 27.11.2012, 15 W 134/12) **313**  
mit Anmerkung *Braun* **314**
8. Auslegungsregel für vertragsmäßige Ersatzerbfolge  
(OLG Celle, Beschluss vom 5.11.2012, 6 W 197/12) **315**  
mit Anmerkung *Keim* **316**

### Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

9. Wirksamkeit der Gesellschafterbeschlüsse einer Publikumspersonengesellschaft  
(*nur Leitsatz*)  
(BGH, Urteil vom 16.10.2012, II ZR 239/11) **318**
10. Notwendiger Inhalt der Berichtigungsbewilligung, die auf die Eintragung eines neuen GbR-Gesellschafters gerichtet ist  
(OLG Hamm, Beschluss vom 14.2.2013, 15 W 50/13) **318**
11. Vollmacht an Aufsichtsratsmitglieder  
(OLG München, Urteil vom 19.12.2012, 7 U 1711/12) **319**

### Internationales Privatrecht

12. Eintragung einer Lebenspartnerschaft einer ausländischen gleichgeschlechtlichen Ehe  
(OLG München, Beschluss vom 6.7.2011, 31 Wx 103/11) **321**

### Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

13. Insolvenzfestigkeit des Löschanpruchs des nachrangigen Grundschuldgläubigers  
(BGH, Urteil vom 27.4.2012, V ZR 270/10) **321**
14. Zu den Auswirkungen der Anordnung eines Zustimmungsvorbehalts  
(BGH, Urteil vom 26.4.2012, IX ZR 136/11) **324**

### Beurkundungs- und Notarrecht

15. Regelfrist von zwei Wochen im Beurkundungsverfahren steht nicht zur Disposition der Urkundsbeteiligten  
(BGH, Urteil vom 7.2.2013, III ZR 121/12) **325**  
mit Anmerkung *Rieger* **329**
16. Keine Ausnahme von der Verschwiegenheitspflicht des Notars bei der Einsichtnahme in Nebenakten zur Ausforschung eines vermuteten Sachverhalts  
(BGH, Beschluss vom 31.1.2013, V ZB 168/12) **331**

### Kostenrecht

17. Erstellung von Strukturdaten im XML-Format und ihre Übermittlung an das Registergericht  
(BGH, Beschluss vom 20.02.2013, II ZB 27/12) **333**

## Inhalt (Fortsetzung)

### Öffentliches Recht

18. Vertragliche Verpflichtung zur Leistung einer Ausgleichszahlung durch den Erwerber eines Grundstücks im Sinne der Einheimischenförderung (OLG Düsseldorf, Urteil vom 19.6.2012, I-23 U 108/11) **336**

### Steuerrecht

19. Gewinn aus der Veräußerung des nach Formwechsel entstandenen Mitunternehmeranteils eines zuvor nicht wesentlich beteiligten Gesellschafters (BFH, Urteil vom 12.7.2012, IV R 39/09) **338**  
mit Anmerkung *Stelzer* **341**
20. Geltendmachung des Pflichtteils nach Tod des Verpflichteten durch dessen Alleinerben (BFH, Urteil vom 19.2.2013, II R 47/11) **342**  
mit Anmerkung *Selbherr* **344**

### Hinweise für die Praxis

- Bürgermeisterdienstbarkeiten und Grundbuch (*Grziwotz*) **346**

### Standesnachrichten **347**

### Sonstiges **III**

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

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

Schriftleitung: Notarassessoren Boris Pulyer,  
 Stefanie Tafelmeier  
 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 Poolabrede im Sinne des § 13b Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 und Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Satz 2 ErbStG in der notariellen Praxis

Von Notar Dr. Eckhard Wälzholz, Füssen

Die Poolabrede im Sinne des § 13b Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 und Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Satz 2 ErbStG ist in der Praxis ein sehr wichtiger Baustein der erbschaftsteuerlichen Gestaltungsberatung. Für Betriebsvermögen sieht das aktuelle Erbschaftsteuerrecht erhebliche Vergünstigungen nach §§ 13a, 13b, 19a ErbStG vor. Dies wird für Anteile an Kapitalgesellschaften nur ab einer Beteiligungsquote von mehr als 25 % gewährt. Anteile an Kapitalgesellschaften mit einer Beteiligungsquote von 25 % oder weniger sind ferner schädliches Verwaltungsvermögen im Sinne des § 13b Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 ErbStG. An dieser Stelle setzt die Poolabrede an. Durch die Poolabrede müssen die beiden Erfordernisse der einheitlichen Verfügung und Stimmrechtsausübung sichergestellt werden, damit für die Ermittlung der 25 %-Grenze die Anteile aller mit der Poolabrede verbundenen Gesellschafter zusammengerechnet werden können. Die Gestaltung einer solchen Poolabrede wirft zahlreiche Fragen auf, die im Folgenden dargestellt und einer praxistauglichen Lösung zugeführt werden.

#### I. Einführung

Begünstigtes Betriebsvermögen im Sinne der §§ 13, 13b, 19a ErbStG liegt bei Anteilen an Kapitalgesellschaften grundsätzlich nur vor, wenn der Erblasser oder Schenker am Nennkapital dieser Gesellschaft zu mehr als 25 % unmittelbar beteiligt war (Mindestbeteiligung). Nach § 13b Abs. 2 Nr. 2 ErbStG kann auch eine Beteiligungsquote von weniger als 25 % in der Hand des Erblassers/Schenkers genügen, falls die Beteiligung 25 % überschreitet, wenn sie zusammengerechnet wird mit anderen Gesellschaftern, mit denen der Gesellschafter das Stimmrecht stets einheitlich ausübt und nur einheitlich mit diesen Mitgesellschaftern Verfügungen über Gesellschaftsanteile vornimmt (Poolabrede).<sup>1</sup> Verfügungen zugunsten anderer

Poolmitglieder sind auch ohne Zustimmung aller anderen möglich; ob dies später eine schädliche Verfügung im Sinne

gewerbesteuerliche Verlust- und Zinsvorträge, DStR 2010, 1261; *Groß*, Die vertragliche Ausgestaltung von Poolvereinbarungen, ErbStB 2009, 396; ErbStB 2010, 24; *Kalbfleisch*, Poolvereinbarungen – notwendiger und hinreichender Inhalt aus Sicht der Praxis, UVR 2010, 343; *Kramer*, Erb- und gesellschaftsrechtliche Aspekte bei der Gestaltung von Poolverträgen, GmbHR 2010, 1923; *Kreklaue*, Die Poolvereinbarung im Lichte des neuen Erbschaftsteuergesetzes, BB 2009, 748; *Lahme/Zikesch*, Erbschaftsteuerliche Begünstigung von Kapitalgesellschaftsanteilen mittels Poolvereinbarungen, DB 2009, 527; *Langenfeld*, Gestaltungen zur Vermeidung des Entfallens einer Poolvereinbarung nach § 13b Abs. 1 ErbStG, ZEV 2009, 596; *Leitzen*, Teilnichtigkeit von Poolvereinbarungen bei Beschränkung der Testierfreiheit, ZEV 2010, 401; *von Oertzen*, Der erbschaftsteuerliche Poolvertrag gemäß § 13b Abs. 1 Nr. 3 ErbStG – ein Beispiel interdisziplinärer Beratung, FS Schaumburg, Köln 2009, S. 1045; *Rödter*, Das neue Unternehmenserbschaftsteuerrecht – die wesentlichen Prüfungspunkte aus Sicht von Familienunternehmen, DStR 2008, 997; *Schulz/Althoff/Markl*, Der Regierungsentwurf zur Erbschaftsteuerreform: Ausgewählte Zweifelsfragen bei Verwaltungsvermögen, Lohnsumme und der Begünstigung von Kapitalgesellschaftsanteilen, BB 2008, 528; *Stahl*, Poolvereinbarung im neuen Erbschaftsteuerrecht, KÖSDI 2010, 16820; *Weber/Schwind*, Die neuen Erlasse der Länder zu Poolvereinbarungen über Anteile an Kapitalgesellschaften, DStR 2011, 13; *Wunsch*, Börsennotierte Aktien als Gegenstand erbschaftsteuerrechtlich veranlasseter Poolvereinbarungen, BB 2011, 2315; *Zippel/Lahme*, Poolvereinbarungen als Mittel für die erbschaftsteuerliche Begünstigung von Kapitalgesellschaftsanteilen, DStZ 2009, 615.

<sup>1</sup> Siehe zu den Problemen einer Poolabrede im erbschaftsteuerrechtlichen Sinne *Balmes/Felten*, Erbschaftsteuer: Gestaltungsmöglichkeiten für Familienkapitalgesellschaften nur für gleich gepo(o)lte Gesellschafter?, FR 2009, 1077; *Brüggemann*, Steuerbefreiung: Anforderungen an den Poolvertrag bei Kapitalgesellschaften, ErbStG. 2011, 68; *Elicker/Zillmer*, Böses Erwachen beim Körperschaftsteuerbescheid – was tun, wenn Poolverträge vermeintlich Verlust- und Zinsvorträge zerstört haben?, BB 2009, 2620; *Feick/Nordmeier*, Der Abschluss von Poolvereinbarungen nach dem neuen Erbschaftsteuerrecht – Empfehlungen und erste Erfahrungen aus der Praxis, DStR 2009, 893; *Felten*, Neue „Poolerlasse“: Sind alle Zweifelsfragen zur Poolvereinbarung nach § 13b Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 ErbStG geklärt?, ZEV 2010, 627; *Felten*, Erbschaft- und schenkungsteuerliche motivierte Poolverträge als Verlustfalle? – Prüfung etwaiger Auswirkungen auf körperschaft- und

des § 13a Abs. 5 Nr. 5 ErbStG ist, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab; es ist allemal für die Frage der erstmaligen Begünstigung im Sinne des § 13b Abs. 1 Nr. 2 ErbStG bedeutungslos. Auch wenn der Gesetzgeber bei der Schaffung der Möglichkeit einer Poolabrede vor allem an Familiengesellschaften gedacht hat, können auch anderen Gesellschaften und Gesellschafter von dieser Möglichkeit Gebrauch machen.<sup>2</sup>

Die Poolabrede muss im Zeitpunkt der Steuerentstehung vorliegen; eine Vorlaufzeit ist hingegen nach zutreffender Ansicht nicht erforderlich.<sup>3</sup> Die Entstehung der Poolabrede erst beim Erwerb ist hingegen nicht ausreichend.<sup>4</sup>

Maßgeblich ist grundsätzlich die Beteiligung des Schenkers oder Erblassers am Nennkapital der Kapitalgesellschaft. Soweit eine Gesellschaft eigene Anteile hält, lockert die Finanzverwaltung insoweit ihre Auffassung, indem eigene Anteile das Nennkapital der Gesellschaft mindern und die Beteiligungsquote des Gesellschafters entsprechend erhöhen.<sup>5</sup>

Die Bedeutung der Poolabrede ist am besten anhand der folgenden Beispiele darzustellen:

**Beispiel 1:** G1 und seine vier Mitgesellschafter sind zu je 20 % an der werthaltigen X-GmbH beteiligt. Der gemeine Wert der GmbH beträgt rund 10 Mio. €. Da jeder Gesellschafter zu unter 25 % an der GmbH beteiligt ist, können alle Gesellschafter in den Genuss der erbschaftsteuerlichen Vergünstigungen für Betriebsvermögen kommen, wenn sie alle miteinander eine Poolabrede abschließen. Ausreichend wäre es auch, wenn jeweils nur zwei oder drei Gesellschafter diese Vereinbarung treffen.

**Beispiel 2:** G1 ist zu 20 % an der werthaltigen X-GmbH beteiligt. Einen weiteren Anteil an der gleichen X-GmbH hält eine GmbH & Co. KG, an der G1 zu 100 % beteiligt ist. Der gemeine Wert der X-GmbH beträgt rund 10 Mio. €. Da die Beteiligungsquoten bei Personengesellschaften und ihren Gesellschaftern nicht zusammengerechnet werden<sup>6</sup>, können die erbschaftsteuerlichen Vergünstigungen für Betriebsvermögen nur in Anspruch genommen werden, wenn G1 und seine KG miteinander eine Poolabrede abschließen. Dann ist die Beteiligung des G1 begünstigtes Betriebsvermögen im Sinne des § 13b Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 ErbStG und ist die Beteiligung der KG kein schädliches Verwaltungsvermögen im Sinne des § 13b Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 ErbStG.

**Beispiel 3:** G1 und seine vier Mitgesellschafter sind zu je 20 % an der werthaltigen X-GmbH beteiligt. Der gemeine Wert der GmbH beträgt rund 10 Mio. €. Die Anteile an der X-GmbH befinden sich im Sonderbetriebsvermögen einer Besitz-GbR im Rahmen einer Betriebsaufspaltung, bei der die Besitz-GbR umfangreichen Grundbesitz an die GmbH verpachtet. Das Besitzunternehmen hat einen gemeinen Wert von 8 Mio. €. Grundsätzlich sind Gewerbebetriebe einer Betriebsaufspaltung begünstigt nach § 13b Abs. 1 Nr. 2 ErbStG. Die Vergünstigungen sind allerdings zu versagen, wenn sich überwiegend schädliches Verwaltungsvermögen im Betriebsvermögen befindet. Dies wäre durch die GmbH-Anteile von je 20 % hier der Fall, da diese mehr als 50 % des gemeinen

Wertes des Gesamtanteils ausmachen; da jeder Gesellschafter zu unter 25 % an der GmbH beteiligt ist, können alle Gesellschafter Verwaltungsvermögen im Sinne des § 13b Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 ErbStG vermeiden, wenn sie alle miteinander eine Poolabrede abschließen. Ausreichend wäre es auch, wenn jeweils nur zwei oder drei Gesellschafter diese Vereinbarung treffen.

## II. Die Gestaltung der Poolabrede

Die entsprechende Vereinbarung der Poolabrede kann als Satzungsregelung oder Bestandteil eines selbständigen Gesellschaftsvertrags getroffen werden.<sup>7</sup> Die Regelung in der Satzung der Kapitalgesellschaft kann sich empfehlen, weil auf diese Weise eine Verdinglichung der Absicherung der Einhaltung der Verpflichtungen erreicht werden kann. Insoweit ist auch eine Satzungsbestimmung möglich, wonach mehrere Inhaber bestimmter Geschäftsanteile das Stimmrecht nur einheitlich ausüben können.<sup>8</sup> Soweit entsprechende gesellschaftsvertragliche Regelungen vereinbart werden, sollte jeder gebundene Gesellschafter einen Anspruch darauf erhalten, außerhalb der Bindungsfrist der § 13a Abs. 5, Abs. 8 ErbStG die ersatzlose Aufhebung dieser Sonderbestimmungen zu verlangen. Denn kein Gesellschafter möchte dauerhaft und unabwehrbar an derartige Bestimmungen gebunden bleiben.

**Hinweis:** Bei einer AG können die entsprechenden Regelungen nicht in der Satzung geregelt werden.<sup>9</sup> Der Grundsatz der Satzungsstrenge verbietet nach § 23 Abs. 5 AktG selbst bei Zustimmung aller Gesellschafter entsprechende Abreden. Bei einer AG sind die entsprechenden Abreden daher stets in einer schuldrechtlichen Abrede als Innen-GbR zu vereinbaren.

### 1. Keine Schaffung von Gesamthandsvermögen einer vermögensverwaltenden GbR/OHG/KG mit Privatvermögen

Das Gesetz spricht in § 13b Abs. 1 Nr. 3 ErbStG und in § 13b Abs. 2 Nr. 2 ErbStG von einer unmittelbaren Beteiligung des Erblassers/Schenkers. Zum bisher geltenden Recht hat die Finanzverwaltung insoweit in R 53 ErbStR 2003 (ebenso R E 13b.6 Abs. 2 Satz 3 ErbStR 2011) ausgeführt:<sup>10</sup>

„Unterbeteiligungen oder über eine andere Kapitalgesellschaft oder eine Personengesellschaft gehaltene mittelbare Beteiligungen des Erblassers oder Schenkers sind selbst nicht begünstigt und bleiben bei der Prüfung seiner Beteiligungshöhe unberücksichtigt.“

Dies führt dazu, dass eine vermögensverwaltende Personengesellschaft, die 100 % der Anteile an einer Kapitalgesellschaft hält, nicht nach §§ 13a, 13b ErbStG begünstigt wäre, selbst wenn nur zwei Gesellschafter mit je 50 % daran beteiligt sind. Dies war auch bereits nach bisherigem Recht so.<sup>11</sup>

<sup>7</sup> R E 13b.6 Abs. 6 ErbStR 2011; ebenso *S. Viskorf in Viskorf/Knobel/Schuck/Wälzholz*, ErbStG, 4. Aufl. 2012, § 13b Rdnr. 126; *Tiedtke/Wälzholz in Tiedtke*, ErbStG 2009, § 13b Rdnr. 50.

<sup>8</sup> Die nachträgliche Einführung bedarf der Zustimmung aller betroffenen Gesellschafter, § 53 Abs. 3 GmbHG.

<sup>9</sup> *S. Viskorf in Viskorf/Knobel/Schuck/Wälzholz*, ErbStG, 4. Aufl. 2012, § 13b Rdnr. 126.

<sup>10</sup> Kritisch dazu *Jülicher in Troll/Gebel/Jülicher*, ErbStG, § 13b Rdnr. 216 f. m. w. N.; *Hannes/Onderka*, ZEV 2008, 16, 19; *Kamps*, FR 2009, 353, 356; *M. Söffing/Thonemann*, DB 2009, 1836, 1839; siehe auch *Geck*, Ausgewählte Fragen der mittelbaren Beteiligung an Personen- und Kapitalgesellschaften – Zivilrecht, Ertragsteuer und Erbschaftsteuer, KÖSDI 2012, 17774 ff.

<sup>11</sup> *Moench*, ErbStG, § 13a Rdnr. 40.

<sup>2</sup> *Geck in Kapp/Ebeling*, ErbStG, § 13b Rdnr. 56.

<sup>3</sup> *S. Viskorf in Viskorf/Knobel/Schuck/Wälzholz*, ErbStG, 4. Aufl. 2012, § 13b Rdnr. 126.

<sup>4</sup> *Geck in Kapp/Ebeling*, ErbStG, § 13b Rdnr. 55.

<sup>5</sup> R E 13b.6 Abs. 2 Satz 2 ErbStR 2011.

<sup>6</sup> Siehe R E 13b.15 Abs. 2 ErbStR 2011; dies gilt nicht nur für diese Konstellation, sondern allgemein für mehrstufige Beteiligungsverhältnisse; nur für Beteiligungen eines Konzerns unter einheitlicher Leitung macht die Finanzverwaltung eine Ausnahme und verzichtet auf formelle Poolvereinbarungen, R E 13b.15 Abs. 1 ErbStR 2011.

Soweit das FG Köln<sup>12</sup> im Jahre 2011 eine abweichende Ansicht vertreten hat, ist dies zwar aus Sicht der Gestaltungspraxis zu begrüßen, deckt sich aber nicht mit dem Gesetzwortlaut und mit der Systematik des ErbStG. Auch treuhänderisch gehaltene Beteiligungen erfüllen dieses Unmittelbarkeitsfordernis zumindest aus Sicht der Finanzverwaltung nicht.<sup>13</sup>

Um diesem Problem aus dem Wege zu gehen, sind die Anteile als sicherster Weg nicht in ein Gesamthandsvermögen einzubringen, sondern die Absicherung als reine Innengesellschaft auszugestalten.<sup>14</sup> Diese Gestaltung hat jedoch den Nachteil, dass ein Verstoß gegen die Bindungen möglich, wenn auch verboten ist.

**Hinweis:** Die Einbringung in ein Gesamthandsvermögen ist jedoch zulässig, wenn es sich um eine gewerblich geprägte GmbH & Co. KG handelt, da dann § 13b Abs. 1 Nr. 2 ErbStG einschlägig ist.<sup>15</sup> Die GmbH-Beteiligung im Gesamthandsvermögen muss dann über 25 % am Stammkapital betragen, da es sich sonst um Verwaltungsvermögen im Sinne des § 13b Abs. 2 ErbStG handeln würde. Dann bedarf es keiner weiteren Poolabrede.

## 2. Widerruflichkeit, Kündbarkeit, Dauer

Eine Unkündbarkeit oder Unwiderruflichkeit ist nicht primäre Voraussetzung für die Anerkennung der Poolvereinbarung.<sup>16</sup>

Teilweise wird empfohlen, den Poolvertrag auf die Dauer von fünf bzw. sieben Jahren abzuschließen. Dies ist meines Erachtens zu kurz gedacht. Entsprechende Poolabreden sollten unabhängig vom Zeitpunkt einer vorweggenommenen Erbfolge abgeschlossen werden und stets bestehen, da nur auf diese Weise auch für den unerwarteten Todesfall Vorsorge getroffen ist. In derartigen Fällen ist nicht erkennbar, wann die Fristen zu laufen beginnen. Daher sollte grundsätzlich die jederzeitige Kündigung der Poolabrede zugelassen werden – außer in den folgenden fünf bzw. sieben Jahren ab Eintritt eines erbschaftsteuerlichen Vorgangs, bei dem §§ 13a, 13b ErbStG und/oder § 19a ErbStG wegen der Poolabrede zur Anwendung gelangt sind. Die Finanzverwaltung stellt die Kündigung der Aufhebung der Poolabrede im Sinne des § 13a Abs. 5 ErbStG gleich.<sup>17</sup> Daher sollte die Poolabrede innerhalb der Haltefristen des § 13a Abs. 5 Nr. 5 bzw. Abs. 8 ErbStG nicht frei kündbar sein.

## 3. Das Gebot der einheitlichen Verfügung

Klargestellt ist zwischenzeitlich, dass das Gebot der einheitlichen Verfügung nicht meint, dass stets nur gemeinschaftlich an die gleiche Person zu gleichen Konditionen über die Geschäftsanteile/Aktien verfügt werden darf.<sup>18</sup> Zulässig und ausreichend ist auch eine Verfügungsbeschränkung, wonach eine Verfügung eines Gesellschafters nur mit Zustimmung

aller oder der Mehrheit der Mitgesellschafter ausreicht; ungeklärt ist aber, inwiefern spätere Erweiterungen des Kreises der Gesellschafter der Innengesellschaft schädlich sind. Letzteres sollte meines Erachtens offen gehalten werden, um neue Poolmitglieder aufnehmen zu können. Bloße Vinkulierungsklauseln sind nach Ansicht der Finanzverwaltung ausreichend,<sup>19</sup> sofern sie hinreichend bestimmt sind. Diese müssen aber alle Rechtsgeschäfte erfassen, die wirtschaftlich auf die Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums gerichtet sind.<sup>20</sup> Bloße Vorkaufsrechte genügen hingegen nicht.<sup>21</sup>

Ob die Zustimmung auch an die Mehrheit der Stimmrechte der Poolmitglieder geknüpft werden kann, sagt die Finanzverwaltung nicht, die insoweit nach dem Wortlaut nach Köpfen, nicht nach Stimmrechten zählt. Meines Erachtens muss aber auch eine Zustimmung der Mehrheit der Stimmrechte möglich sein.

Ausreichend sind auch allgemeine Verfügungsbeschränkungen, die Verfügungen nur an einen bestimmten geschlossenen Gesellschafterkreis zulassen,<sup>22</sup> wie an bestimmte Familienmitglieder oder eine Familienstiftung. Die Finanzverwaltung denkt dabei offensichtlich stets an Familienmitglieder. Wie geschlossen der Gesellschafterkreis im Einzelfall sein muss, bleibt jedoch ungeklärt. So könnte die Verfügung zugunsten jedes weiblichen Gesellschafters deutscher Staatsangehörigkeit zugelassen werden. Damit würde den Anforderungen einer Poolvereinbarung jedoch wohl nicht genüge getan werden. Die Grenzziehung ist insoweit unklar.

Die Beendigung dieser Vereinbarung durch Aufhebung führt zum Erlöschen der Steuererminderung von 85 %, § 13a Abs. 5 Nr. 5 ErbStG. Ob dies auch für den Fall der Kündigung aus wichtigem Grund oder Insolvenz eines Gesellschafters gilt, ist offen;<sup>23</sup> die Finanzverwaltung bejaht dies wohl,<sup>24</sup> sofern dadurch die 25 %-Grenze unterschritten wird. Regelmäßig wird dies daher vorerst nur den ausscheidenden Gesellschafter treffen, sofern weitere Gesellschafter mit insgesamt über 25 %-Anteilen verbleiben.

Das Gesetz sieht zwei alternative Arten von Verfügungsbeschränkungen vor: Einheitliche Verfügung oder Verfügung nur zugunsten von Personen, die auch der Poolabrede unterliegen. Klar ist insoweit, dass sowohl die Stimmrechtsbindung als auch die Verfügungsbeschränkung kumulativ vereinbart werden müssen. Ob hingegen das bloße Verfügungsverbot zugunsten anderer Poolbeteiligter reicht, wie dies teilweise vertreten wird, ist meines Erachtens zweifelhaft.<sup>25</sup> Diese Ansicht stützt sich auf den Wortlaut des Gesetzes, wonach nicht beide Ausnahmen vom Verfügungsverbot kumulativ vereinbart werden dürften, sondern wegen des „oder“ im Gesetzeswortlaut nur alternativ. Die Finanzverwaltung<sup>26</sup> folgt der hier vertretenen Ansicht und fordert die Vereinbarung beider Alternativen des Verfügungsverbot, wobei die zweite Alternative faktisch eine Lockerung der ersten Alternative ist.

<sup>12</sup> FG Köln, Urteil vom 16.11.2011, 9 K 3087/10, DStRE 2012, 429, n. rkr., BFH: II R 4/12; siehe dazu auch S. Viskorf in Viskorf/Knobel/Schuck/Wälzholz, ErbStG, 4. Aufl. 2012, § 13b Rdnr. 111.

<sup>13</sup> Zweifelnd insoweit Jülicher in Troll/Gebel/Jülicher, ErbStG, § 13b Rdnr. 219; Geck in Kapp/Ebeling, ErbStG, § 13b Rdnr. 54.2.

<sup>14</sup> Vgl. Langenfeld, ZEV 2009, 596; Balmes/Felten, FR 2009, 1077; Wachter, GmbH-StB 2006, 356, 358.

<sup>15</sup> So allgemein zu Anteilen an Kapitalgesellschaften in einem Betriebsvermögen Geck in Kapp/Ebeling, ErbStG, § 13b Rdnr. 49.

<sup>16</sup> Siehe Tiedtke/Wälzholz in Tiedtke, ErbStG 2009, § 13b Rdnr. 49.

<sup>17</sup> BayLfSt vom 11.8.2010 a. E. mit dem ähnlichen Gestaltungsrat wie hier Korezkij, DStR 2011, 1733, 1735.

<sup>18</sup> R E 13b.6 Abs. 4 Satz 4 ErbStR 2011; Weber/Schwind, DStR 2011, 13; Wachter in Fischer/Jüptner/Pahlke/Wachter, ErbStG, § 13b Rdnr. 73; siehe zu den anfänglichen Auslegungsproblemen Tiedtke/Wälzholz in Tiedtke, ErbStG. 2009, § 13b Rdnr. 51.

<sup>19</sup> R E 13b.6 Abs. 4 ErbStR 2011; a. A. Wachter in Fischer/Jüptner/Pahlke/Wachter, ErbStG, § 13b Rdnr. 80.

<sup>20</sup> Jülicher in Troll/Gebel/Jülicher, ErbStG, § 13b Rdnr. 208; siehe auch Wachter in Fischer/Jüptner/Pahlke/Wachter, ErbStG, § 13b Rdnr. 64 ff; zurückhaltender Geck in Kapp/Ebeling, ErbStG, § 13b Rdnr. 63.

<sup>21</sup> Überzeugend Wachter in Fischer/Jüptner/Pahlke/Wachter, ErbStG, § 13b Rdnr. 79.

<sup>22</sup> R E 13b.6 Abs. 4 Satz 3 ErbStR 2011.

<sup>23</sup> Vgl. Geck in Kapp/Ebeling, ErbStG, § 13a Rdnr. 106; Wälzholz, DStR 2009, 1605; Jülicher in Troll/Gebel/Jülicher, ErbStG, § 13a Rdnr. 347.

<sup>24</sup> R E 13a.10 Abs. 2 Nr. 3 ErbStR 2011.

<sup>25</sup> Im Ergebnis wie hier Wehage, ErbStB 2009, 148, 149.

<sup>26</sup> R E 13b.6 Abs. 3 Satz 3 ErbStR 2011.

Eine Übertragung ausschließlich auf andere derselben Verpflichtung unterliegende Anteilseigner ist auch gegeben und damit unschädlich, wenn der Erwerber zeitgleich mit der Übertragung der Poolvereinbarung beitreten muss.<sup>27</sup>

Ob auch Belastungen<sup>28</sup> und andere Verfügungen als Übertragungen unter den Begriff der Verfügung im Sinne des ErbStG fallen, wird zu Recht bestritten<sup>29</sup> und ist inzwischen durch die Finanzverwaltung in der Weise geklärt, dass keine schädliche Verfügung vorliegt.

Teilweise und wohl auch durch die Finanzverwaltung wird auch die Begründung einer atypischen Unterbeteiligung oder die Vereinbarung einer Vereinbarungstreuhand als schädliche Verfügung angesehen.<sup>30</sup> Daher sollte auch folgende Abrede in die Poolabrede aufgenommen werden:

#### Formulierungsvorschlag:

Auch Vereinbarungen, die nur zum Übergang des wirtschaftlichen Eigentums führen, werden von dieser Abrede erfasst.

#### 4. Verfügungen von Todes wegen?

Teilweise wird davon ausgegangen, dass das Gebot der einheitlichen Verfügung auch für Übergänge des Geschäftsanteils von Todes wegen gelte.<sup>31</sup> Dies ist meines Erachtens abzulehnen<sup>32</sup> und daher im nachfolgenden Formulierungsvorschlag nur als Option enthalten. Der Todesfall oder der Übergang im Todesfall kann nicht von einer Einheitlichkeit der Verfügung abhängig gemacht werden. Und ein Zwang zum Übergang auf andere Poolmitglieder kann ebenso wenig gewollt sein. Im Übrigen kann durch Vererblichkeit der Beteiligung an der Innengesellschaft sichergestellt werden, dass vorsorglich der Erbe stets auch Poolmitglied wird.

**Hinweis:** In jedem Fall ist ein Verstoß gegen § 2302 BGB zu vermeiden.<sup>33</sup> Eine Verpflichtung zur Errichtung bestimmter Testamente hat daher zu unterbleiben. Es sollte allemal mit salvatorischen Klauseln gearbeitet werden. Ausreichend sollten insoweit Einziehungsklauseln bzw. Abtretungsklauseln sein, die die Einziehung oder Zwangsabtretung bei Übergang der Anteile von Todes wegen auf andere Personen als nachfolgeberechtigte Personen vorsieht.

#### 5. Einheitliche Stimmrechtsausübung

Eine einheitliche Stimmrechtsausübung kann auf folgende Weisen geregelt werden:

<sup>27</sup> R E 13b.6 Abs. 4 Satz 5 ErbStR 2011; ebenso *Wachter in Fischer/Jüptner/Pahlke/Wachter*, ErbStG, § 13b Rdnr. 82.

<sup>28</sup> Insbesondere Verpfändung und Nießbrauch.

<sup>29</sup> *Lahme/Zikesch*, DB 2009, 527, 528; *Balmes/Felten*, FR 2009, 1077, 1081; *S. Viskorf in Viskorf/Knobel/Schuck/Wälzholz*, ErbStG, 4. Aufl. 2012, § 13b Rdnr. 134; siehe auch *Wachter in Fischer/Jüptner/Pahlke/Wachter*, ErbStG, § 13b Rdnr. 64.

<sup>30</sup> *Jülicher in Troll/Gebel/Jülicher*, ErbStG, § 13b Rdnr. 208; *Schwindt*, ZEV 2009, 16, 18; *Tiedtke/Wälzholz in Tiedtke*, ErbStG, 2009, § 13b Rdnr. 51.

<sup>31</sup> *Wachter in Fischer/Jüptner/Pahlke/Wachter*, ErbStG, § 13b Rdnr. 70; *Jülicher in Troll/Gebel/Jülicher*, ErbStG, § 13b Rdnr. 207; v. *Oertzen*, Ubg 2008, 59, 61; *Hannes/Onderka*, ZEV 2008, 16, 20; *Lahme/Zikesch*, DB 2009, 527, 528; *Wehrheim/Rupp*, DB 2008, 1455, 1457; *Weber/Schwindt*, ZEV 2009, 16, 17 ff.; *Wehage*, ErbStB 2009, 148, 151; *Balmes/Felten*, FR 2009, 1077, 1083; *Weber/Schwindt*, DStR 2011, 13 f.; offen insoweit *S. Viskorf in Viskorf/Knobel/Schuck/Wälzholz*, ErbStG, 4. Aufl. 2012, § 13b Rdnr. 132.

<sup>32</sup> *Geck in Kapp/Ebeling*, ErbStG, § 13b Rdnr. 64 ff.; ebenso schon *Tiedtke/Wälzholz in Tiedtke*, ErbStG, 2009, § 13b Rdnr. 51.

<sup>33</sup> *S. Viskorf in Viskorf/Knobel/Schuck/Wälzholz*, ErbStG, 4. Aufl. 2012, § 13b Rdnr. 132; *Leitzen*, ZEV 2010, 401 ff.

- Bestimmung eines Stellvertreters für alle Poolmitglieder;
- Verzicht einzelner Anteilseigner auf ihr Stimmrecht zugunsten der Poolgemeinschaft;
- reine Stimmbindungsvereinbarung im Innenverhältnis einer Innen-GbR.<sup>34</sup> Letzteres wird von der Finanzverwaltung jedoch nicht ausdrücklich erwähnt, dürfte aber in der Praxis der häufigste Fall sein.

Eine Poolabrede kann auch für alle Gesellschafter der Gesellschaft getroffen werden.<sup>35</sup> Dann ist streng zwischen der Abstimmung in der Versammlung der Poolmitglieder und der Abstimmung in der Gesellschafterversammlung der Kapitalgesellschaft zu unterscheiden. In der Versammlung der Poolmitglieder kann jedes Poolmitglied sein Stimmrecht frei ausüben, in der Gesellschafterversammlung der Kapitalgesellschaft hingegen ist in diesen Fällen stets eine einstimmige Beschlussfassung erforderlich. Dies ist angemessen zu dokumentieren. Treffen alle Gesellschafter eine Poolvereinbarung, erhalten alle Gesellschafter nach Ansicht der Finanzverwaltung die Begünstigung, obwohl kein nichtgebundener Gesellschafter im Sinne des § 13b Abs. 1 Nr. 3 ErbStG vorhanden ist. Die Poolversammlung und die anschließende Versammlung der Kapitalgesellschaft können unmittelbar nacheinander erfolgen, sind rechtlich jedoch streng voneinander zu trennen. Dies ist entsprechend zu dokumentieren.

Die Mitglieder der Stimmbindungsabrede und die Mitglieder des Verfügungspools müssen nicht identisch sein,<sup>36</sup> so dass auch der folgende Sachverhalt begünstigt ist.

**Beispiel:**<sup>37</sup> Eine GmbH wird von zwei Familienstämmen gehalten. Gruppe X hält 77 % der Anteile, Gruppe Y insgesamt 23 %. Keiner der einzelnen Gesellschafter hat für sich genommen mehr als 25 %. Die Vereinbarung sieht vor, dass

- die Stimmpoolung zwischen allen Gesellschaftern unabhängig von ihrer Zugehörigkeit zur X- oder Y-Gruppe erfolgt, während
- die (entgeltliche oder unentgeltliche) Anteilsübertragung jeweils auf Mitglieder innerhalb der jeweiligen Gruppen (sowie deren Angehörige) zugelassen ist.

Die Stimmpoolung aller Gesellschafter hat den Vorteil, dass davon keine wirtschaftliche Beeinträchtigung ausgeht, da die Mehrheitsverhältnisse bei der Stimmbildung nicht verändert werden, sofern in der Poolabrede die Mehrheitsverhältnisse und die Mehrheitserfordernisse der Kapitalgesellschaft zutreffend abgebildet werden.

Nach Ansicht der Finanzverwaltung (R E 13b.6 Abs. 5 Satz 4 ErbStR 2011) kommt es nicht auf die tatsächliche Stimmrechtsausübung an, sondern nur auf die abstrakte Vereinbarung der Stimmbindung. Diese Auffassung ist jedoch zweifelhaft. Wird nachhaltig gegen die Stimmbindungsabrede verstoßen, so kann darin eine Kündigung, Teilkündigung oder konkludente Aufhebung der gesellschaftsvertraglichen Vereinbarung liegen, die wiederum den Nachsteuertatbestand des § 13a Abs. 5 Nr. 5 ErbStG erfüllt.

<sup>34</sup> *Preißer in Preißer/Rödl/Seltenreich*, ErbStG, 2. Aufl. 2013, § 13b Rdnr. 312.

<sup>35</sup> *S. Viskorf in Viskorf/Knobel/Schuck/Wälzholz*, ErbStG, 4. Aufl. 2012, § 13b Rdnr. 142.

<sup>36</sup> *Geck in Kapp/Ebeling*, ErbStG, § 13b Rdnr. 57.

<sup>37</sup> Nach BayLfSt vom 11.8.2010, S 3812 b.1.1 – 1 St 34, DStR 2010, 2134. In den ErbStR 2011 findet sich kein Hinweis mehr auf diese Problematik.

Die bloße Anordnung einer Dauertestamentsvollstreckung in einer Verfügung genügt den gesetzlichen Anforderungen nicht.<sup>38</sup>

## 6. Poolabrede bei stimmrechtslosen Anteilen

Nach R E 13b.6 Abs. 5 S.1 Halbsatz 2 ErbStR 2011 können stimmrechtslose Anteile an einer Kapitalgesellschaft nicht Gegenstand einer Poolvereinbarung sein.<sup>39</sup> Denn eine einheitliche Stimmrechtsausübung im Sinne des § 13b Abs. 3 Satz 3 Nr. 2 bedeute, dass die Einflussnahme einzelner Anteilseigner zum Zwecke einer einheitlichen Willensbildung zurücktreten müsse; dies könne bei stimmrechtslosen Anteilen nicht herbeigeführt werden. Diese könnten daher nicht in eine Poolabrede einbezogen werden. Diese Ansicht ist abzulehnen.

In seiner Verfügung vom 30.1.2013 erläutert das Bayerische Staatsministerium der Finanzen<sup>40</sup> diese Ansicht anhand mehrerer Beispiele, die mit den obersten Finanzbehörden der anderen Länder abgestimmt sind.

**Beispiel:** S schenkt B unmittelbar gehaltene stimmrechtslose Vorzugsaktien der S-AG. Seine Beteiligung am Nennkapital (Stammaktien und Vorzugsaktien) beträgt

- mehr als 25 %,
- weniger als 25 %,
- 22 % stimmrechtslose Vorzugsaktien und 5 % stimmberichtigte Aktien.

Nach Ansicht der Finanzverwaltung ist die Schenkung der Aktien im Fall a) begünstigt, im Fall b) hingegen nicht. Auch Fall c) ist nach Ansicht der Finanzverwaltung begünstigt, da insgesamt mehr als 25 % Beteiligungsquote dem Schenker gehören. Die stimmrechtslosen Vorzugsaktien sind dabei nicht auszuscheiden. Lediglich im Rahmen einer Poolabrede können diese Anteile nicht gepoolt werden. Auch die Beteiligungsquote des Gesellschafters an dem Stammkapital/Grundkapital der Gesellschaft wird nach Ansicht der Finanzverwaltung unter Berücksichtigung der stimmrechtslosen Anteile ermittelt.

## 7. Form der Poolabrede

Die Finanzverwaltung verlangt keine besondere Form für den Abschluss einer Poolabrede im Sinne des ErbStG. Dies ist überzeugend, sofern in der Poolabrede keine besondere Vereinbarung getroffen wird, nach der ein GmbH-Geschäftsanteil übertragen werden muss.<sup>41</sup> Diese Problematik lässt sich vermeiden, indem die Gebote der einheitlichen Verfügung durch eine satzungsmäßige Vinkulierungsklausel erfüllt werden. Für den Fall der Beteiligung an einer AG stellt sich die Formfrage nicht.

Aus Nachweisgründen ist die Poolvereinbarung stets mindestens schriftlich abzufassen.

<sup>38</sup> Ebenso S. Viskorf in Viskorf/Knobel/Schuck/Wälzholz, ErbStG, 4. Aufl. 2012, § 13b Rdnr. 127.

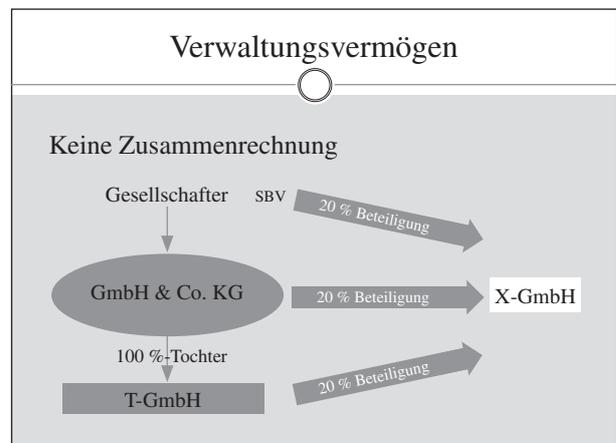
<sup>39</sup> Kritisch dazu Riedel, DB 2011, Kurzkomentar H. 37, S. 10-12; siehe auch Geck in Kapp/Ebeling, ErbStG, § 13b Rdnr. 60.

<sup>40</sup> FinMin. Bayern, Erlass vom 30.1.2013, 34 – S 3812 b – 006 – 3 801/13.

<sup>41</sup> S. Viskorf in Viskorf/Knobel/Schuck/Wälzholz, ErbStG, 4. Aufl. 2012, § 13b Rdnr. 128; Weber/Schwind, DStR 2011, 13; Geck in Kapp/Ebeling, ErbStG, § 13b Rdnr. 61.1; für die grds. Formbedürftigkeit Tiedtke/Wälzholz in Tiedtke, ErbStG, 2009, § 13b Rdnr. 52; siehe auch differenzierend Wachter in Fischer/Jüptner/Pahlke/Wachter, ErbStG, § 13b Rdnr. 95 ff.

## 8. Der Pool über mehrere Beteiligungsebenen

Die Beteiligungsquoten an einer GmbH über mehrere Beteiligungsebenen werden weder bei der Kapitalgesellschaft noch bei der Personengesellschaft aufaddiert.



Im vorstehenden Beispielsfall sind die Beteiligungsquoten an der X-GmbH auf jeder Ebene getrennt zu betrachten. Diese Problematik lässt sich jedoch durch geschickte Gestaltung vermeiden, nämlich durch Einbringen der Anteile aus dem Sonderbetriebsvermögen des Gesellschafters nach § 6 Abs. 5 Satz 3 EStG unter Buchwertfortführung in das Gesamthandsvermögen oder umgekehrt. Bei der Beteiligung in der Tochter-GmbH lässt sich dies nicht problemlos ertragsteuerverneutral gestalten.

Die Beteiligungen können aber auch durch eine Poolabrede miteinander verknüpft werden; dann handelt es sich nicht mehr um schädliches Verwaltungsvermögen.<sup>42</sup>

Beträgt die Beteiligungsquote im Zeitpunkt der geplanten Übertragung 25 % oder weniger, so kann die Beteiligungsquote vor der Übertragung auf über 25 % aufgestockt werden. Eine Zwei-Jahres-Frist, wie bei jungem Verwaltungsvermögen, ist in diesem Fall nicht mehr einzuhalten, da dann im Zeitpunkt der Übertragung kein Verwaltungsvermögen mehr vorliegt.<sup>43</sup>

## 9. Besonderheiten der AG, § 136 Abs. 2 AktG

Bei der AG sind folgende Besonderheiten insbesondere nach § 136 AktG und nach dem WpÜG zu beachten.

a) Werden durch die Poolabrede mehr als 30 % der Aktien an einer deutschen börsennotierten AG gepoolt, so kann dies zu einem Pflichtangebot auf Übernahme nach §§ 35 ff., 29 ff. WpÜG führen.<sup>44</sup> Das Überschreiten der 30 %-Grenze kann sich auch aus der Zurechnung von Stimmrechten aufgrund einer Poolabrede ergeben. Schließlich können sich aus der Poolabrede Mitteilungspflichten nach dem WpHG ergeben, sofern es sich um eine börsennotierte AG handelt.

b) Grundsätzlich sind Stimmbindungsabreden auch bei der AG zulässig.<sup>45</sup> Das Stimmrechtsverbot des § 136 Abs. 1 AktG darf durch die Stimmbindungsabrede jedoch nicht ausgehöhlt werden. Dies ist bei der Auslegung der Stimmbindungsabrede zu beachten. Gleiches gilt für Stimmverbote im Sinne des

<sup>42</sup> BayLfSt vom 10.1.2011, S 3812 b.1.-1 St 34, ZEV 2011, 215, DStR 2011, 413.

<sup>43</sup> So überzeugend Scharfenberg/Müller, DB 2009, 2681.

<sup>44</sup> Siehe Wunsch, BB 2011, 2315 ff.

<sup>45</sup> Hüffer, AktG, § 133 Rdnr. 27 f. m. w. N. auch zur Rechtsprechung.

§ 47 Abs. 4 GmbHG.<sup>46</sup> Danach darf ein Gesellschafter sein Stimmrecht in der Poolversammlung nicht ausüben, wenn er es in der Gesellschafterversammlung der Kapitalgesellschaft nicht ausüben dürfte. Problematischer ist hingegen § 136 Abs. 2 AktG, da dies zur Nichtigkeit der Stimmbindungsabrede und damit der Poolabrede führen kann.<sup>47</sup> § 136 Abs. 2 AktG ist insoweit Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB. Diese Norm ist ferner als Ordnungswidrigkeit nach § 405 Abs. 3 AktG sanktioniert. Voraussetzung ist jedoch eine Stimmbindungsabrede in der Form, dass eine Bindung an Weisungen der Gesellschaft oder deren Organe oder Bindung an die jeweiligen Verwaltungsvorschläge begründet wird. Dies wird durch die vorliegend relevanten Poolabreden nicht begründet, so dass insoweit keine Verstöße gegen § 136 Abs. 2 AktG eintreten können. Auch Umgehungsgeschäfte sind meines Erachtens nicht anzunehmen.

### 10. Nebenwirkungen von Poolvereinbarungen

Bei Verwendung von erbschaftsteuerlichen Poolabreden sollte beachtet werden, dass möglicherweise unerwünschte Nebenwirkungen in anderen Bereichen eintreten können.

Nach Ansicht der Finanzverwaltung<sup>48</sup> können Stimmbindungsverträge auch eine ähnliche Gestaltung darstellen, die zu einem Verlust des Verlustvortrags nach § 8c KStG führen können, wenn die Stimmbindungsabrede eine Wirkung wie eine Übertragung erreicht. Überzeugend wird dies in der Rechtslehre<sup>49</sup> zumindest für die vorliegenden Fälle abgelehnt, wenn die entsprechenden Abreden ausschließlich mit derzeitigen Gesellschaftern getroffen werden und nicht mit Dritten. Sofern sie im Übrigen der unentgeltlichen Nachfolge dienen, die keinen schädlichen Übertragungsvorgang darstellen, kann das Minus einer bloßen Poolabrede insoweit nicht schädlich sein.

Durch die Poolabrede kann sich der Einfluss einzelner Gesellschafter wesentlich ändern, so dass hierdurch Sozialversicherungsfreiheit für einen Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer eintreten kann, weil plötzlich der Minderheitsgesellschafter ein faktisches Vetorecht erlangt. Insoweit kommt es auf die genaue Ausgestaltung des Poolvertrags und die dort bestehenden Mehrheitsverhältnisse an.

### III. Formulierungshilfen

Da die Poolabreden sowohl in der Satzung als auch in einer Innen-GbR geregelt werden können, sind nachfolgend sowohl für den einen als auch für den anderen Fall Formulierungshilfen wiedergegeben, die sich an den Vorgaben der Finanzverwaltung orientieren.

#### 1. Formulierungsvorschlag als Ergänzung für die Satzung einer GmbH

##### Poolabrede:<sup>50</sup>

§ ... Pool-Stimmbindung, Verfügungsbeschränkung

Das Stimmrecht aus den Geschäftsanteilen Nummer ... und ... (gepoolte Anteile) in der aktuellen Gesellschafterliste

<sup>46</sup> Siehe S. Viskorf in Viskorf/Knobel/Schuck/Wälzholz, ErbStG, 4. Aufl. 2012, § 13b Rdnr. 147.

<sup>47</sup> Siehe Hüffer, AktG, § 133 Rdnr. 28, § 136 Rdnr. 25 ff.

<sup>48</sup> BMF vom 4.7.2008, BStBl I 2008, S. 736, Tz. 7.

<sup>49</sup> Überzeugend Elicker/Zillmer, BB 2009, 2620.

<sup>50</sup> Die Einführung dieser Regelung als Satzungsänderung bedarf der allgemeinen Mehrheit für eine Satzungsänderung und der Zustimmung der betroffenen Gesellschafter nach § 53 Abs. 3 GmbHG.

kann nur einheitlich ausgeübt werden. Wird das Stimmrecht von den Inhabern der genannten Geschäftsanteile unterschiedlich ausgeübt, so gilt dies als Stimmenthaltung. Die Verfügung über die genannten Geschäftsanteile kann stets nur mit Zustimmung der Gesellschafter aller anderen gepoolten Geschäftsanteile erfolgen. Diese Regelung erfasst auch alle Rechtsgeschäfte, die auf die Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums an den gepoolten Anteilen gerichtet sind.

Die allgemeine Vinkulierungsklausel dieser Satzung bleibt im Übrigen unberührt und erfasst auch diese gepoolten Anteile.

Die Aufhebung dieser Abrede durch Satzungsänderung kann nur mit Zustimmung aller Inhaber der vorstehend genannten Geschäftsanteile erfolgen. Alle übrigen Mitgesellschafter sind stets verpflichtet, auf gemeinsames Verlangen der Inhaber der betroffenen gepoolten Geschäftsanteile der Aufhebung dieser Satzungsbestimmung zuzustimmen.

§ ... Einziehung<sup>51</sup>

1. Die Einziehung eines Geschäftsanteils kann mit Zustimmung des betroffenen Gesellschafters jederzeit erfolgen. Ohne Zustimmung des betroffenen Gesellschafters kann ein Geschäftsanteil eingezogen werden, wenn – im Todesfall eines Gesellschafters der Geschäftsanteil nicht innerhalb von drei Monaten nach Ableben des Gesellschafters auf ausschließlich leibliche, eheliche Abkömmlinge übergegangen ist,

– ...

2. (weitere übliche Regelungen zur Einziehung und Zwangsabtretung)

#### 2. Formulierungsvorschlag zur Vereinbarung als Innen-GbR

##### Formulierungsvorschlag: Stimmrechts- und Verfügungsvereinbarung:

§ 1. Die Unterzeichneten schließen sich hiermit zu einem Stimmrechts- und Verfügungspool zusammen, um gemeinsam ihre Interessen in der ... GmbH mit dem Sitz in ... wahrzunehmen. Gesamthands- oder Miteigentum wird hinsichtlich der gepoolten Anteile nicht begründet.

Bevor die Unterzeichneten in Gesellschafterversammlungen der bezeichneten Gesellschaft ihre Stimme abgeben, werden sie sich untereinander konsultieren. Dies gilt für sämtliche Beschlussgegenstände.

§ 2. Die Unterzeichneten werden vor jeder Gesellschafterversammlung der GmbH eine Vorversammlung als Versammlung der Poolmitglieder abhalten, in der sie mit einfacher Mehrheit über die Stimmabgabe jedes Gesellschafters entscheiden. Bei einer Stimmenmehrheit von über 50 Prozent sind also alle Gesellschafter zur einheitlichen Stimmabgabe entsprechend dem gefassten Mehrheitsbeschluss verpflichtet.<sup>52</sup> Jedes Poolmitglied hat so viele Stimmen in der Poolversammlung, wie er Stimmen in der Gesellschafterversammlung der Kapitalgesellschaft hat. Sofern für den Beschlussgegenstand in der Gesellschafterversammlung der Kapitalgesellschaft eine qualifizierte Mehrheit erforderlich ist, gilt dies auch für

<sup>51</sup> Einziehungsregelung nur für die satzungsmäßige Poolabrede erforderlich, sofern man auch den Übergang von Todes wegen als schädliche Verfügung im Sinne des ErbStG ansieht.

<sup>52</sup> Die Herausnahme einzelner Beschlussgegenstände aus dem Zustimmungsvorbehalt wird zu Recht als unzulässig angesehen, siehe Wachter, GmbH-StB 2006, 356, 359.

die Abstimmung in der Poolversammlung. Sofern ein Poolgesellschafter in der Gesellschafterversammlung der Kapitalgesellschaft vom Stimmrecht ausgeschlossen wäre, so hat er auch in der Poolversammlung kein Stimmrecht. Bis auf Weiteres sind die Beteiligten bindend darüber einig, dass für alle gebundenen Gesellschafter nur Herr/Frau... mit Wirkung für alle das Stimmrecht einheitlich ausübt. Er/sie wird hiermit entsprechend für die Dauer dieser Vereinbarung unwiderruflich bevollmächtigt. Von § 181 BGB wird Befreiung erteilt.<sup>53</sup> Mit Dreiviertelmehrheit der Stimmen der Poolmitglieder kann ein neuer Sprecher der Poolgesellschafter bestimmt werden. Alle anderen Poolgesellschafter haben sich des Stimmrechts in der Gesellschafterversammlung der Kapitalgesellschaft zu enthalten.

§ 3. Für jeden Fall der Zuwiderhandlung ist jeder Unterzeichnete zur Zahlung einer Vertragsstrafe in Höhe von 20 Prozent des Gegenstandswertes der Beschlussfassung verpflichtet.<sup>54</sup> Soweit aus einem Verstoß Schäden entstehen, sind alle Schäden im Verstoßfall zu ersetzen.

§ 4. Bevor die Unterzeichneten über Anteile an der bezeichneten Gesellschaft verfügen, werden sie sich untereinander konsultieren. Jeder Unterzeichnete ist verpflichtet, Verfügungen über Anteile an der Gesellschaft nur einheitlich, also mit Zustimmung aller (*alternativ*: mehr als 50 % der Mitglieder dieser Poolvereinbarung) Unterzeichner dieser Vereinbarung vorzunehmen oder zugunsten eines anderen Gesellschafters dieser Vereinbarung oder einer Person, die zeitgleich<sup>55</sup> mit der Verfügung dieser Poolvereinbarung beitrifft.

Auch Vereinbarungen, die nur zum Übergang des wirtschaftlichen Eigentums führen, wie atypische Unterbeteiligungen oder eine Vereinbarungstreuhand, werden von dieser Abrede erfasst. Atypisch Unterbeteiligte müssen auch den Bindungen dieser Poolabrede beitreten und sich bindend diesen unterwerfen.

Die vorstehende Verfügungsbeschränkung gilt nicht bei Verfügungen zugunsten von Mitgesellschaftern oder Abkömmlingen von Gesellschaftern der Kapitalgesellschaft.

(*Vorsorgliche Ergänzung*: Diese Bindung gilt auch für den Übergang von Geschäftsanteilen von Todes wegen. Im Todesfall dürfen Geschäftsanteile nur auf Personen übergehen, die mit den derzeitigen Poolmitgliedern in gerader Linie verwandt sind oder denen alle Poolmitglieder zustimmen.<sup>56</sup> Eine Verpflichtung zur Errichtung einer bestimmten Verfügung von Todes wegen wird nicht begründet, § 2302 BGB.)

§ 5. Die heutige Vereinbarung gilt auf unbestimmte Zeit und ist einseitig unkündbar<sup>57</sup> auf die Dauer von fünf Jahren

<sup>53</sup> Ein entsprechendes Erfordernis besteht nach dem Gesetzeswortlaut nicht. Ebenso wenig muss die Satzung der Gesellschaft entsprechend geändert werden.

<sup>54</sup> Eine Schadenspauschalierung oder Vertragsstrafe ist keine zwingende Voraussetzung für die Anerkennung der Poolabrede, BayLfSt vom 10.1.2011 S 3812 b.1.1 – 1 St 34, DB 2011, 681 = DSfR 2011, 413; siehe S. Viskorf in Viskorf/Knobel/Schuck/Wälzholz, ErbStG, 4. Aufl. 2012, § 13b Rdnr. 131 (nicht zwingend erforderlich).

<sup>55</sup> Vgl. R E 13b.6 Abs. 4 Satz 5 ErbStR 2011; BayLfSt vom 10.1.2011, S 3812 b.1.1 – 1 St 34, DB 2011, 681 = DSfR 2011, 413.

<sup>56</sup> Wird im Verstoßfall eine Verpflichtung zur Übertragung von Gesellschaftsrechten auf die Poolmitglieder als Sanktion begründet, so führt dies bei einer GmbH zur Beurkundungspflicht der Poolabrede nach § 15 GmbHG.

<sup>57</sup> Diese Regelung sollte aufgenommen werden, um den gesetzgeberischen Anforderungen gerecht zu werden. Diese Regelung ist jedoch wohl nach § 723 Abs. 3 BGB unwirksam und unbeachtlich.

ab dem Fall einer Steuerentstehung nach § 9 ErbStG durch Übergang eines Geschäftsanteils an der Kapitalgesellschaft für auch nur ein Mitglied dieser Vereinbarung – auch wenn keine Steuer festgesetzt wird. Außerhalb einer solchen Fünfjahresfrist ist die Vereinbarung stets kündbar mit einer Frist von drei Monaten zum nächsten Jahresende. Macht der dem ErbStG unterliegende Erwerber eines Geschäftsanteils von der Möglichkeit des § 13a Abs. 8 ErbStG Gebrauch, so verlängert sich die Frist von fünf auf sieben Jahre. Das Recht auf Kündigung aus wichtigem Grund bleibt unberührt. Die Kündigung durch einen Gesellschafter führt zu dessen Ausscheiden aus der Innengesellschaft und Fortsetzung der Innengesellschaft mit den verbleibenden Gesellschaftern. Wird über das Vermögen eines Gesellschafters das Insolvenzverfahren eröffnet, so scheidet bei Eintritt dieses Ereignisses der Gesellschafter aus der Poolvereinbarung aus, wenn die verbleibenden Gesellschafter dies beschließen. Sie wird mit den verbleibenden Mitgliedern fortgesetzt.

§ 6. Die Poolabrede wird mit eventuellen (Gesamt-) und Einzelrechtsnachfolgern fortgesetzt und endet im Todesfall eines Gesellschafters nicht. Mit wirksamer Übertragung eines Geschäftsanteils an einen Dritten ist der Übertragende verpflichtet und bevollmächtigt, den Erwerber mit in diesen Gesellschaftsvertrag aufzunehmen. Für die Aufnahme eines solchen Einzelrechtsnachfolgers, der auch den dazugehörigen GmbH-Anteil erwirbt, genügt dessen Beitrittserklärung zu dieser Vereinbarung in schriftlicher Form. Einer weiteren Annahmeerklärung oder formellen Aufnahme bedarf es nicht mehr, da diese bereits hiermit von allen Beteiligten erklärt wird.

§ 7. (*Übliche Bestimmungen zur Ladung und Abhaltung von Gesellschafterversammlungen der Poolgesellschaft*)

§ 8. Die Unwirksamkeit einzelner Bestimmungen lässt die Wirksamkeit des Vertrages im Übrigen unberührt. Etwaige unwirksame Regelungen oder Vertragslücken sind durch den Zweck des Gesellschaftsvertrages und der Regelung am nächsten kommende Regelungen zu ersetzen.

Unterschriften

#### IV. Aufhebung der Poolabrede, § 13a Abs. 5 Nr. 5 ErbStG

##### 1. Begünstigungsfälle

Die Poolabrede muss für die fünfjährige Haltefrist des § 13a Abs. 5 ErbStG aufrechterhalten bleiben und darf nicht aufgehoben werden, § 13a Abs. 5 Nr. 5 ErbStG. Macht ein Erwerber von dem Antragsrecht nach § 13a Abs. 8 ErbStG Gebrauch und will er so die vollständige Steuerfreistellung des Erwerbs erreichen, so verlängert sich die Frist auf sieben Jahre. Zweifelsfrei ist eine Vertragsaufhebung der Poolabrede innerhalb der Frist schädlich und führt zur abschmelzenden Nachversteuerung. Folgende Fälle sind nach Ansicht der Finanzverwaltung<sup>58</sup> hingegen unschädlich:

Wenn

- ein Gesellschafter an seinem Anteil einen Nießbrauch bestellt **und** das Stimmrecht beim Nießbrauchbesteller verbleibt;
- ein Gesellschafter seinen Anteil verpfändet. Das Mitgliedschafts- und Stimmrecht geht in einem solchen Fall nicht auf den Pfandgläubiger über. Schädlich ist

<sup>58</sup> R E 13a.10 Abs. 1 ErbStR 2011.

erst die Verwertung des Pfandguts durch den Pfandgläubiger (§ 13a Abs. 5 Satz 1 Nr. 4 ErbStG). Die verbleibenden Poolmitglieder verlieren ihre bisher gewährte Begünstigung nicht;

- eine Vereinigung aller Anteile bei dem letzten Poolgesellschafter einer Poolgemeinschaft eintritt, weil die Anteile des vorletzten Poolgesellschafters auf ihn übergegangen sind.

Zu begrüßen ist die Feststellung der Finanzverwaltung, dass die Verpfändung von Geschäftsanteilen durch einen Gesellschafter ungeschädlich ist. Schädlich sei erst die Verwertung des Pfandgutes durch den Pfandgläubiger (§ 13a Abs. 5 Nr. 4 ErbStG), da grundsätzlich der bisherige Gesellschafter weiterhin zur Stimmrechtsausübung befugt sei. Dementsprechend sollte die Verpfändung so ausgestaltet werden, dass das Stimmrecht tatsächlich nicht per Vollmacht auf den Pfandgläubiger übertragen wird.

Gleiches gilt für die Nießbrauchsbestellung. Für die ist jedoch bei der Ausgestaltung im Einzelfall darauf zu achten, dass der Gesellschafter weiterhin der Poolvereinbarung und damit der Stimmbindung unterliegt. Gleichzeitig wird durch den Nießbrauch ein gesetzliches Schuldverhältnis begründet. Dieses ist meist auch mit Stimmbindungsabreden verbunden. Dabei sollte sichergestellt werden, dass die Einhaltung der erbschaftsteuerrechtlichen Poolabrede auch für den Nießbraucher vorrangig gilt und einzuhalten ist. Eine Übertragung des Stimmrechts auf den Nießbraucher hat daher zu unterbleiben.

Nach A 14 Abs. 2 des koordinierten Ländererlasses vom 25.6.2009<sup>59</sup> führte die Übertragung eines Anteils durch ein Poolmitglied nur bei diesem zum Verlust der Begünstigung. Diese Ansicht hat die Finanzverwaltung in den ErbStR 2011 nunmehr eingeschränkt. Jede Form der Beschränkung der Beteiligungsquote innerhalb des Pools auf unter 25 % durch Handeln einzelner Gesellschafter soll danach zu einem Verstoß gegen § 13a Abs. 5 Nr. 5 ErbStG führen – und zwar für alle Poolmitglieder, R E 13a.10 Abs. 2 ErbStR 2011.<sup>60</sup> Dies gilt auch, falls ein Gesellschafter die Poolabrede kündigt oder eine Kapitalerhöhung bei der Gesellschaft durchgeführt wird. Dem kann nicht zugestimmt werden, da nur die Aufhebung der Poolabrede, nicht aber die sonstige Beschränkung der Poolabrede oder ein Abschmelzen auf unter 25 % schädlich sein kann. Dies ist vom Gesetzeswortlaut nicht mehr gedeckt.

Auch durch eine Kapitalerhöhung soll ein Verstoß gegen § 13a Abs. 5 Nr. 5 ErbStG verwirklicht werden, wenn dadurch die Beteiligungsquote der gepoolten Gesellschafter auf 25 % oder weniger sinkt.<sup>61</sup>

## 2. Aufhebung der Poolvereinbarung bei Verwaltungsvermögenstest, § 13b Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 S. 2 ErbStG

**Beispiel:** A ist an der A-GmbH mit einem gemeinen Wert von 10 Mio. € zu 100 % beteiligt. Im Vermögen der A-GmbH befindet sich ein Anteil an der X-GmbH von 20 % mit einem gemeinen Wert von 6 Mio. €. Sonstiges Verwaltungsvermögen

ist nicht vorhanden. Zur Erlangung der erbschaftsteuerlichen Begünstigung nach §§ 13a, 13b Abs. 1 und 2 ErbStG hat die A-GmbH mit einem Mitgesellschafter der X-GmbH, nämlich X, eine Poolabrede im Sinne des § 13b Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Satz 2 ErbStG abgeschlossen. X hält an der X-GmbH einen Anteil von 20 %. A verschenkt seinen Anteil an der A-GmbH an seinen Sohn S. Sechs Monate nach der Durchführung der vorweggenommenen Erbfolge verstreiten S und X sich und heben die Poolabrede wieder auf.

Der Anteil des A an der A-GmbH ist begünstigtes Betriebsvermögen gemäß § 13b Abs. 1 Nr. 3 ErbStG, da A an der GmbH zu mehr als 25 % unmittelbar beteiligt ist. Für die Begünstigung kommt es im ersten Prüfungsschritt auf das Vorliegen der Poolabrede nicht an.

Im zweiten Prüfungsschritt ist das Vorliegen schädlichen Verwaltungsvermögens zu prüfen, § 13b Abs. 2 ErbStG. Die A-GmbH hat kein Verwaltungsvermögen außer der GmbH-Beteiligung an der X-GmbH. Diese macht mehr als 50 % des gemeinen Wertes des Betriebs der A-GmbH aus und könnte daher die Begünstigung verhindern. Da jedoch eine Poolabrede im Sinne des § 13b Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Satz 2 ErbStG abgeschlossen wurde und im Zeitpunkt der Steuerentstehung im Sinne des § 9 ErbStG vorlag, ist die Beteiligung an der X-GmbH kein Verwaltungsvermögen. Maßgeblich für den Verwaltungsvermögenstest ist grundsätzlich der Zeitpunkt der Steuerentstehung gemäß § 9 ErbStG.<sup>62</sup>

Fraglich ist hingegen, welche Folgen aus der nachträglichen Aufhebung der Poolabrede zu ziehen sind. Soweit es um die primäre Begünstigung nach § 13b Abs. 1 Nr. 3 ErbStG geht, regelt dies § 13a Abs. 5 Nr. 5 ErbStG. Eine entsprechende Bestimmung fehlt jedoch im Anwendungsbereich des § 13b Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 ErbStG. Die Finanzverwaltung<sup>63</sup> wendet insoweit das Gesetz streng und zutreffend an und sieht daher die Aufhebung der Poolabrede als ungeschädlich an. § 13a Abs. 5 Nr. 5 ErbStG kann insoweit nicht analog angewandt werden, wenn die Poolabrede innerhalb von fünf bzw. sieben Jahren nach der Steuerentstehung aufgehoben wird. Das begünstigte Vermögen wird also nicht rückwirkend in Verwaltungsvermögen umfunktioniert.

## V. Zusammenfassung

Poolabreden im Sinne des Erbschaftsteuerrechts sind immer dann erforderlich, wenn ein Gesellschafter nicht zu mehr als 25 % am Stamm- oder Grundkapital einer Kapitalgesellschaft beteiligt ist oder sich ein entsprechender Anteil an einer Kapitalgesellschaft in einem Betriebsvermögen befindet. Die Poolabrede erfordert eine einheitliche Verfügung und eine einheitliche Stimmrechtsausübung aller gebundenen Gesellschafter. Diese Abrede ist auf fünf bzw. sieben Jahre seit der Steuerentstehung aufrecht zu erhalten. Besondere Formvorschriften sind für diese Poolabreden nach Ansicht der Finanzverwaltung nicht einzuhalten, es sei denn, es werden Übertragungspflichten von GmbH-Anteilen begründet. Meist werden derartige Poolvereinbarungen in einem Gesellschaftsvertrag einer Innen-GbR vereinbart. Möglich ist allerdings auch die Vereinbarung in der Satzung einer GmbH.

<sup>59</sup> BStBl I 2009, S. 713 ff.

<sup>60</sup> Siehe auch S. Viskorf in Viskorf/Knobel/Schuck/Wälzholz, ErbStG, 4. Aufl. 2012, § 13b Rdnr. 128.

<sup>61</sup> Kritisch insoweit zu Recht Korezki, DStR 2011, 1733, 1735 f.

<sup>62</sup> R E 13b.8 Abs. 2 ErbStR 2011.

<sup>63</sup> R E 13b.15 Abs. 1 Satz 3 ErbStR 2011; BayLfSt vom 10.1.2011, S 3812 b.1.1 – 1 St 34, DB 2011, 681 = DStR 2011, 413 Tz. 2; zustimmend Korezki, DStR 2011, 1733.

## Die negative Erbfreiheit

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

Der BGH hat in einem grundlegenden Urteil vom 19.1.2011<sup>1</sup> entschieden, dass ein Pflichtteilsverzicht eines behinderten Sozialleistungsbeziehers grundsätzlich nicht sittenwidrig ist. Dies begründet der BGH unter anderem mit der „negativen Erbfreiheit“ des Erben bzw. des Pflichtteilsberechtigten. Die überwiegende Literatur hat diese Entscheidung positiv begrüßt.<sup>2</sup> Der nachfolgende Beitrag beleuchtet diese „negative Erbfreiheit“ im Spannungsfeld mit Drittinteressen und zeigt die aktuelle Rechtslage auf.

### I. Der Sachverhalt

Der Entscheidung des BGH lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Ehegatten mit drei Kindern, von denen eines unter einer Lernbehinderung leidet und Sozialhilfe bezieht, errichteten ein notarielles gemeinschaftliches Testament, in dem sie sich gegenseitig zu Alleinerben und ihre drei Kinder zu Schlusserven bestimmten. Für den Erbteil des lernbehinderten Kindes nach dem Tod des letztversterbenden Elternteils wurden dabei die klassischen Instrumente des Behindertentestaments herangezogen, d. h. das lernbehinderte Kind wurde mit einer Quote knapp über dem Pflichtteil nur als nicht befreiter Vorerbe eingesetzt. Zudem wurde über diesen Vorerbteil Dauertestamentsvollstreckung angeordnet.

Um das Entstehen eines (überleitbaren) Pflichtteilsanspruchs nach dem Tod des erstversterbenden Elternteils zu verhindern, hat das lernbehinderte, aber geschäftsfähige<sup>3</sup> Kind zusammen mit seinen beiden nicht behinderten Geschwistern in Ergänzung zu den testamentarischen Verfügungen auf sein Pflichtteilsrecht nach dem Tod des erstversterbenden Elternteils verzichtet. Damit wurde eine Vorerbeinsetzung des behinderten Kindes samt Anordnung einer Dauertestamentsvollstreckung nach dem Tod des erstversterbenden Elternteils entbehrlich.<sup>4</sup>

### II. Die Begründung des BGH

Man hätte die Sittenwidrigkeit des Pflichtteilsverzichts des Sozialleistungsbeziehers in dieser Konstellation bereits mit der Begründung ablehnen können, dass hier aner kennenswerte Motive für die Abgabe eines solchen Verzichts vorlagen, die zur Verneinung des subjektiven Tatbestandes des § 138 BGB hätten

führen können. Schließlich war die bestehende Sozialhilfebedürftigkeit des Verzichtenden nicht der maßgebliche Beweggrund für den Abschluss des Pflichtteilsverzichts, sondern die Absicherung des überlebenden Ehegatten, was auch durch den Verzicht der anderen Kinder entsprechend dokumentiert wurde.<sup>5</sup> Dass ein solcher Verzicht insbesondere im Hinblick auf die Ausstrahlungswirkung des Art. 6 Abs. 1 GG nicht gegen das „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“ verstößt, erscheint offensichtlich. Alle Vorinstanzen<sup>6</sup> zur BGH-Entscheidung haben daher zu Recht die Klage des sich auf die Sittenwidrigkeit berufenden Sozialhilfeträgers abgewiesen.

Der BGH stützt seine Ausführungen aber nicht nur auf diese Sonderkonstellation. Die ausführlich begründete Entscheidung hat vielmehr grundlegende Bedeutung für die Gestaltungspraxis von Behindertentestamenten.<sup>7</sup> Einige bislang äußerst strittige Fragen werden hierbei vom BGH geklärt, andererseits lässt das Gericht aber auch zahlreiche Fragen offen.<sup>8</sup> Im Folgenden sollen jedoch die Auswirkungen der Entscheidung auf die Gestaltung von klassischen Behindertentestamenten nicht weiter vertieft werden.<sup>9</sup> Im Fokus des nachfolgenden Beitrags stehen vielmehr die Ausführungen des BGH zur Entschließungsfreiheit des letztwillig Bedachten und des Pflichtteilsberechtigten, also die Freiheit, sich für oder gegen den erbrechtlichen Erwerb zu entscheiden. Der BGH führt hierzu unter anderem Folgendes an:

#### 1. Verfassungsrechtliche Aspekte

Nach Ansicht des BGH sei der Erbrechtsgarantie in Art. 14 GG auch ein Gegenstück im Sinne einer „negativen Erbfreiheit“ zu entnehmen. Der BGH führt aus, dass die grundsätzliche Ablehnungsmöglichkeit gegenüber Zuwendungen notwendiger Widerpart sei, der einen unmittelbar wirksamen Vermögensübergang ohne eigenes Zutun erst rechtfertige. Für einen erbrechtlichen Erwerb von Vermächtnis- oder Pflichtteilsansprüchen könne im Grundsatz nichts anderes gelten. Der BGH führt ausdrücklich aus, dass Pflichtteilsberechtigten für einen Verzicht nicht nur die durch Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistete Privatautonomie, sondern auch der Grundgedanke der Erbfreiheit zur Seite stehe.

Die negative Erbfreiheit als Bestandteil der verfassungsrechtlichen Erbrechtsgarantie anzusehen, ist – wie *Leipold* zutreffend konstatiert – eine „kühne Neuerung“.<sup>10</sup> Dieser Begriff

<sup>1</sup> BGH, MittBayNot 2012, 138 m. Anm. *Spall*; hierzu *Wendt*, ZErB 2012, 313 ff. m. w. N.

<sup>2</sup> Vgl. u. a. *Ivo*, DNotZ 2011, 387 ff.; *Spall*, MittBayNot 2012, 141 ff.; *Kleensang*, BWNNotZ 2011, 158; *Dreher/Gönnner*, NJW 2011, 1761 ff.; *Odersky*, Notar 2011, 97; *Wellenhofer*, JuS 2011, 837; *Röhel*, LMK 2011, 317533; *Frhr. v. Proff*, RNotZ 2012, 272 ff.; kritisch jedoch *Leipold*, ZEV 2011, 528; *Zimmer*, ZEV 2011, 263; *Armbrüster*, ZErB 2013, 77 ff.

<sup>3</sup> Die Frage der Geschäftsfähigkeit ist in diesen Konstellationen allerdings nicht immer einfach festzustellen. Der Notar sollte hier große Sorgfalt auf die Niederlegung seiner Wahrnehmungen verwenden (vgl. *Bernhard*, Beck'sches Notar-Handbuch, Teil G, Rdnr. 75). In Grenzfällen sollte er auch im Interesse der anderen Vertragsteile auf die Vorlage eines fachärztlichen Attests hinwirken.

<sup>4</sup> Dass anstelle eines Pflichtteilsverzichts eine sog. Pflichtteilsstrafklausel im gemeinschaftlichen Testament eine Überleitung nicht verhindert hätte und damit keine Option gewesen wäre, wurde bereits vom BGH entschieden, vgl. BGH, ZEV 2005, 117 ff.; BGH, ZEV 2006, 76; hierzu auch *Spall*, MittBayNot 2003, 356; ders. ZEV 2004, 28; ders., DNotZ 2005, 299, 300 m. w. N.; kritisch nunmehr zu dieser Rechtsprechung *Wendt*, ZErB 2012, 313, 314 (vgl. hierzu auch nachfolgenden Abschn. III. 2).

<sup>5</sup> Vgl. hierzu auch *Menzel*, Entschließungsfreiheiten im Erbrecht und Drittinteressen, S. 258 f.

<sup>6</sup> Vgl. insbesondere die Vorinstanz: OLG Köln, RNotZ 2010, 139 m. Anm. *Vaupel*.

<sup>7</sup> Vgl. u. a. *Ivo*, DNotZ 2011, 387 ff.; *Spall*, MittBayNot 2012, 141 ff.; *Wendt*, ZErB 2012, 313 ff. jeweils m. w. N.

<sup>8</sup> Ausführungen zu den offenen Fragen im nachfolgenden Abschn. III.

<sup>9</sup> Hierzu u. a. *Dreher/Gönnner*, NJW 2011, 1761 ff.; *Frhr. v. Proff*, RNotZ 2012, 272 ff.; *Wendt*, ZErB 2012, 313 ff. jeweils m. w. N.

<sup>10</sup> Vgl. *Leipold*, ZEV 2011, 528.

war vor der BGH-Entscheidung weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur anzutreffen.<sup>11</sup> Auch den Begriff einer allgemeinen „negativen Eigentumsfreiheit“ sucht man vergeblich.<sup>12</sup> Als gesichert dürfte gelten, dass eine negative Eigentumsfreiheit – und damit auch eine negative Erbfreiheit – jedenfalls als Bestandteil der negativen Privatautonomie über Art. 2 Abs. 1 GG geschützt wird.<sup>13</sup> Ob darüber hinaus auch ein Grundrechtsschutz über Art. 14 Abs. 1 GG vorhanden ist, wie es der BGH nun für die negative Erbfreiheit postuliert hat, ist verfassungsrechtlich nicht gesichert und erscheint eher zweifelhaft.<sup>14</sup> Art. 14 Abs. 1 GG dient dazu, Eingriffe gegen den Erwerb und den Erhalt von Eigentum (und erbrechtlichen Positionen) abzuwehren.<sup>15</sup> Die negative Erbfreiheit ist nach vorzugswürdiger Auffassung nur eine besondere Form des allgemeinen Prinzips des „invito beneficium non datur“ und Bestandteil der (negativen) Privatautonomie des Einzelnen, wie sie in Art. 2 Abs. 1 GG garantiert wird.<sup>16</sup>

## 2. Zur Sittenwidrigkeit der Erbausschlagung

Der BGH hat zur Begründung auch den Fall der Ausschlagung einer bereits angefallenen Erbschaft herangezogen und sich hierbei klar gegen die Entscheidungen des OLG Stuttgart<sup>17</sup> und des OLG Hamm<sup>18</sup> positioniert. Er entschied, dass auch die Ausschlagung einer Erbschaft und eines Vermächtnisses grundsätzlich nicht sittenwidrig sei.<sup>19</sup> Dem ist im Ergebnis mit der ganz herrschenden Meinung zuzustimmen. Die Anwendung des § 138 BGB auf die Erbausschlagung ist bereits deshalb verfehlt, weil durch die in § 138 BGB angeordnete Nichtigkeitsfolge der Erbe zur Annahme der Erbschaft gezwungen würde. § 138 BGB dient aber nicht dazu, ein moralisches Verhalten (hier die Erbschaftsannahme) zu erzwingen, sondern hat lediglich eine die Privatautonomie begrenzende Funktion.<sup>20</sup> Wie *Leipold* zutreffend festgestellt hat, ist das Recht zur Erbausschlagung primär ein Korrelat zum gesetzlichen Vonselbsterwerb.<sup>21</sup> *Leipold* ist dabei vollumfänglich zuzustimmen, wenn er warnt, diese Prinzipien mit „leichter Hand auf die Ebene des Verfassungsrechts [jedenfalls auf die Ebene von Art. 14 Abs. 1 GG] hochzuhieven“.<sup>22</sup>

Unter diesem Gesichtspunkt erscheint es aber nicht zwingend, die Anwendung des § 138 BGB auch auf den Pflichtteilsverzicht von vornherein abzulehnen. Schließlich würden durch die Unwirksamkeit des Pflichtteilsverzichts dem Betroffenen zunächst keine Vermögenswerte unmittelbar aufgedrängt. Als eine die Privatautonomie begrenzende Norm kann daher § 138 Abs. 1 BGB beim Pflichtteilsverzicht grundsätz-

lich Anwendung finden.<sup>23</sup> Nach wie vor offen und auch durch die Entscheidung des BGH nicht geklärt ist die Frage, ob die Ausschlagung durch den Sozialleistungsbezieher sozialrechtliche Sanktionen, insbesondere in Form einer Leistungskürzung nach § 26 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB XII, nach sich ziehen kann.<sup>24</sup> Ebenso ungeklärt ist dies für den Pflichtteilsverzicht. Überwiegend wird hier eine Anwendung des § 26 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB XII verneint, weil das Pflichtteilsrecht als bloße Chance nicht zum Vermögen des Verzichtenden gehöre.<sup>25</sup> Auch eine Kostenersatzpflicht nach § 103 SGB XII dürfte wohl nicht in Betracht kommen.<sup>26</sup> Insgesamt sind die sozialrechtlichen Sanktionen von Erbschaftsausschlagungen und Verzichtserklärungen aber noch nicht höchstrichterlich entschieden.

## 3. Zur Überleitung des Ausschlagungsrechts

Der BGH hat sich in seiner Entscheidung mit der ganz herrschenden Meinung auch klar gegen die Überleitung des Ausschlagungsrechts auf den Sozialhilfeträger ausgesprochen.<sup>27</sup> Eine Überleitung kommt bereits aufgrund der fehlenden gesetzlichen Ermächtigung nicht in Betracht, da es sich beim Ausschlagungsrecht um ein Gestaltungsrecht und keinen überleitbaren Anspruch gemäß § 93 SGB XII handelt. Ausgehend von den Ausführungen des BGH zur „negativen Erbfreiheit“ stellt sich nun aber die Frage, ob der Gesetzgeber überhaupt in der Lage wäre, durch Gesetz eine solche Überleitung anzuordnen oder ob er hierdurch gegen Art. 14 GG verstoßen würde.<sup>28</sup>

## III. Offene Fragen zur Reichweite der negativen Erbfreiheit

Wie bereits ausgeführt, hat der BGH in seiner Grundsatzentscheidung zur Sittenwidrigkeit des Pflichtteilsverzichts des Sozialleistungsbeziehers einige Fragen offengelassen.<sup>29</sup> Im Folgenden sollen einige Aspekte im Hinblick auf die Reichweite der negativen Erbfreiheit näher beleuchtet werden.

### 1. Pflichtteilsverzicht nach dem letztversterbenden Elternteil

Der BGH hatte nur über den Pflichtteilsverzicht nach dem Tod des erstversterbenden Elternteils zu entscheiden. Der amtliche Leitsatz („Der Pflichtteilsverzicht eines behinderten Sozialleistungsbeziehers ist grundsätzlich nicht sittenwidrig“) und die zum Teil allgemein gehaltenen Entscheidungsgründe wecken die Hoffnung, dass möglicherweise auch ein Totalverzicht des Leistungsbeziehers dem Verdikt des § 138 BGB standgehalten hätte.<sup>30</sup> In diesem Sinne wird der BGH

<sup>11</sup> Zutreffend *Leipold*, ZEV 2011, 528.

<sup>12</sup> Anerkannt ist lediglich, dass das Eigentumsgrundrecht auch das Recht erfasst, über den Eigentumsgegenstand nicht zu verfügen oder ihn nicht zu nutzen, vgl. *Frhr. v. Proff*, RNotZ 2012, 272, 274.

<sup>13</sup> Vgl. *Leipold*, ZEV 2011, 528; *Menzel*, a. a. O. (Fn. 5), S. 129.

<sup>14</sup> Zutreffend *Leipold*, ZEV 2011, 528; a. A. *Frhr. v. Proff*, RNotZ 2012, 272 m. w. N.

<sup>15</sup> Zutreffend *Leipold*, ZEV 2011, 528; kritisch auch *Zimmer*, ZEV 2011, 262, 263; ablehnend auch bereits *Menzel*, a. a. O. (Fn. 5), S. 129.

<sup>16</sup> A. A. *Frhr. v. Proff*, RNotZ 2012, 272.

<sup>17</sup> OLG Stuttgart, NJW 2001, 3484.

<sup>18</sup> OLG Hamm, ZEV 2009, 471 m. zust. Anm. *Leipold*.

<sup>19</sup> Siehe hierzu u. a. *Vaupel*, RNotZ 2009, 497, 507 f.; *Menzel*, a. a. O. (Fn. 5), 43 ff. jeweils m. w. N.

<sup>20</sup> *Pohl*, AcP 177 (1977), 52, 69; *Menzel*, a. a. O. (Fn. 5), S. 50 ff. m. w. N.

<sup>21</sup> *Leipold*, ZEV 2011, 528.

<sup>22</sup> Vgl. *Leipold*, ZEV 2011, 528.

<sup>23</sup> Vgl. *Menzel*, a. a. O. (Fn. 5), 255 ff. m. w. N.; näher hierzu unter Abschn. III. 4.

<sup>24</sup> Vgl. *Vaupel*, RNotZ 2009, 497, 508 m. w. N.

<sup>25</sup> Vgl. *Frhr. v. Proff*, RNotZ 2012, 272, 277; *Spall*, MittBayNot 2012, 141.

<sup>26</sup> Vgl. *Frhr. v. Proff*, RNotZ 2012, 272, 277.

<sup>27</sup> Vgl. BGH, MittBayNot 2012, 138, 140 m. w. N.; hierzu auch *Menzel*, a. a. O. (Fn. 5), S. 63 ff. m. w. N.

<sup>28</sup> Kritisch zu einer solchen Änderung de lege ferenda daher *Ivo*, DNotZ 2011, 387; *Dreher/Gönner*, NJW 2011, 1761, 1762; hierzu auch *Leipold*, ZEV 2011, 52.

<sup>29</sup> Vgl. hierzu auch *Frhr. v. Proff*, RNotZ 2012, 272, 278 ff.

<sup>30</sup> In diesem Sinne auch der an der Entscheidung mitwirkende Richter des BGH, *Roland Wendt*, siehe ZErB 2012, 313, 320. Wie *Frhr. v. Proff* zutr. vorträgt, greifen alle Argumente des BGH – bis auf dasjenige, dass der überlebende Elternteil die berechnete Erwartungshaltung habe, von Pflichtteilsansprüchen verschont zu bleiben – auch für den Totalverzicht (*Frhr. v. Proff*, RNotZ 2012, 272, 278 f.).

auch von der überwiegenden Literatur interpretiert.<sup>31</sup> Ob dem vollumfänglich zuzustimmen ist, wird unter der nachfolgenden Nr. 4 näher erörtert.

## 2. Zur Überleitung des Pflichtteilsanspruchs

Nicht auseinandergesetzt hat sich der BGH in der betreffenden Entscheidung auch mit seiner Rechtsprechung zur Überleitung des Pflichtteilsanspruchs auf den Sozialhilfeträger gemäß § 93 Abs. 1 Satz 1 SGB XII.<sup>32</sup> Bekanntlich hat der BGH entschieden, dass es aufgrund der Regelung in § 93 Abs. 1 Satz 4 SGB XII nicht darauf ankomme, ob der Pflichtteilsberechtigte seinen Anspruch geltend gemacht hat oder nicht.<sup>33</sup> Die Überleitung kann also unabhängig von den Voraussetzungen des § 852 ZPO erfolgen. *Zimmer*<sup>34</sup> fragt zu Recht, wie sich dies mit der neuen Entscheidung des BGH zur Verneinung der Sittenwidrigkeit des Pflichtteilsverzichts verträgt. Nimmt man die Aussagen des BGH zur „negativen Erbfreiheit“ ernst und postuliert einen derart weitgehenden grundrechtlichen Schutz, ist fraglich, ob § 93 Abs. 1 Satz 4 SGB XII im Licht des Art. 14 Abs. 1 GG überhaupt verfassungsgemäß ist oder ob er nicht wenigstens einschränkend dahingehend auszulegen ist, dass eine Überleitung des Pflichtteilsanspruchs oder zumindest eine Geltendmachung durch den Sozialhilfeträger nur bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO möglich ist.<sup>35</sup> Nach Ansicht von *Frhr. v. Proff* ändert die BGH-Entscheidung dagegen nichts an der Überleitbarkeit des Pflichtteilsanspruchs durch den Sozialleistungsträger.<sup>36</sup> Andernfalls hätte der BGH dem klagenden Leistungsträger schon die Aktivlegitimation abgesprochen und die Klage als unzulässig verworfen.<sup>37</sup>

Angesichts der klaren und meines Erachtens verfassungsgemäßen Bestimmung des § 93 Abs. 1 Satz 4 SGB XII bestehen an der grundsätzlichen Überleitungsmöglichkeit des Pflichtteilsanspruchs durch den Sozialhilfeträger keine Zweifel. Allerdings hat sich *Wendt*<sup>38</sup> bereits selbstkritisch mit der Rechtsprechung des BGH zur Überleitung des Pflichtteilsanspruchs bei Bestehen einer Pflichtteilssanktionsklausel im Rahmen von gemeinschaftlichen Behindertentestamenten geäußert und sich gefragt, ob es nicht bereits damals konsequenter gewesen wäre, dem Sozialhilfeträger die Überleitung mit Blick auf die Sanktionsklausel insgesamt zu versagen. Hier bleibt die weitere Entwicklung abzuwarten. Für die Vertragsgestaltung ist und bleibt die Verwendung der Pflichtteilssanktionsklausel im Behindertentestament, wie *Wendt* zutreffend anmerkt, eine „holprige Wegstrecke“.<sup>39</sup>

## 3. Der Erlassvertrag über den bestehenden Pflichtteilsanspruch

Auch nicht behandelt hat der BGH die Frage der Sittenwidrigkeit eines etwaigen Erlassvertrages über einen bestehenden Pflichtteilsanspruch. Wandelt man den Sachverhalt des BGH dahingehend ab, dass die Kinder erst nach dem Tod des erst-

versterbenden Ehegatten auf ihren bereits entstandenen Pflichtteilsanspruch – vor einer etwaigen Überleitung auf den Sozialhilfeträger<sup>40</sup> – durch formlosen<sup>41</sup> Erlassvertrag (§ 397 BGB) verzichtet hätten, wurde bisher überwiegend, wenn auch mit unterschiedlicher Begründung, von einer Sittenwidrigkeit des Erlassvertrages zulasten des Sozialhilfeträgers ausgegangen.<sup>42</sup> Legt man nunmehr die vom BGH aufgestellten Grundsätze dem abgewandelten Sachverhalt zugrunde, könnte man argumentieren, dass auch die Sittenwidrigkeit des Erlassvertrages stets zu verneinen sei.<sup>43</sup> Hierfür sprechen insbesondere die Ausführungen des BGH, dass es keine Pflicht zu erben gebe und für einen erbrechtlichen Erwerb von Pflichtteilsansprüchen im Grundsatz nichts anderes gelten könne. Anders als die Vorinstanz<sup>44</sup> und manche Stimmen in der Literatur<sup>45</sup> misst der BGH dem Umstand, dass beim Pflichtteilsverzicht nur auf eine bloße Erwerbchance verzichtet wird, keine entscheidende Bedeutung bei.<sup>46</sup>

Ist der Erlassvertrag als wirksam anzusehen, sind allerdings die sozialrechtlichen Folgen zu beachten. Insbesondere dürfte eine Leistungskürzung nach § 26 Abs. 1 Nr. 1 SGB XII in Betracht kommen, da der Pflichtteilsanspruch einzusetzendes Vermögen darstellt.<sup>47</sup> Ferner ist zu beachten, dass dann, wenn dem Erlassvertrag wie häufig eine Schenkung zugrunde liegt, ein Anspruch nach § 528 BGB droht, den der Sozialleistungsträger auf sich überleiten kann,<sup>48</sup> da § 517 BGB in dieser Konstellation nach herrschender Meinung keine Anwendung findet.<sup>49</sup> Demnach bleibt festzuhalten, dass unabhängig von der Frage nach der Sittenwidrigkeit die Vereinbarung eines Erlassvertrages mit dem geschäftsfähigen Sozialleistungsbezieher den Zugriff des Trägers auf den entstandenen Pflichtteil im Regelfall nicht verhindern wird. Eine Ausweitung der Rechtsprechung des BGH auch auf den Erlassvertrag dürfte damit entgegen *Wendt*<sup>50</sup> in eine Sackgasse führen.

## 4. Eigene Stellungnahme

Nun wäre es aus Gründen der Rechtssicherheit und damit auch für die Beratungspraxis durchaus wünschenswert, die negative Erbfreiheit – wie es beim BGH anklingt – über jegliche Dritttinteressen zu stellen und damit die Sittenwidrigkeit eines Totalverzichts und eines Erlassvertrages über einen bestehenden Pflichtteilsanspruch stets zu verneinen.<sup>51</sup>

<sup>40</sup> Anders als im Rahmen des ALG II, für welches § 33 Abs. 1 Satz 1 SGB II eine Legalzession anordnet, findet bei der Sozialhilfe kein Übergang kraft Gesetzes statt. Vielmehr bewirkt erst die schriftliche Überleitungsanzeige, dass der Pflichtteilsanspruch auf den Träger übergeht (hierzu auch *Frhr. v. Proff*, RNotZ 2012, 282, 275 ff. m. w. N.).

<sup>41</sup> Vgl. MünchKommBGB/Lange, 5. Aufl., § 2317 Rdnr. 9 m. w. N.

<sup>42</sup> Grundlegend VGH Baden-Württemberg, NJW 1993, 2953; hierzu *Menzel*, a. a. O. (Fn. 5), S. 250 ff. m. w. N.; vgl. auch die Nachweise bei *Frhr. v. Proff*, RNotZ 2012, 272, 279 (dort Fn. 98); *Wendt*, ZErB 2012, 313, 317 (dort Fn. 89).

<sup>43</sup> So insbesondere *Frhr. v. Proff*, RNotZ 2012, 272, 279; *Wendt*, ZErB 2012, 313, 321; a. A. *Kleensang*, BWNNotZ 2011, 158.

<sup>44</sup> OLG Köln, RNotZ 2010, 139 m. Anm. *Vaupel*.

<sup>45</sup> Vgl. *Littig/J. Mayer*, Sozialhilferegress gegenüber Erben und Beschenkten, Rdnr. 177.

<sup>46</sup> Vgl. *Kleensang*, BWNNotZ 2011, 162, 163; kritisch gegen die Differenzierung auch *Menzel*, a. a. O. (Fn. 5), S. 257 f. m. w. N.

<sup>47</sup> Vgl. *Menzel*, a. a. O. (Fn. 5), S. 275.

<sup>48</sup> Vgl. *Frhr. v. Proff*, RNotZ 2012, 272, 280; *Menzel*, a. a. O. (Fn. 5), S. 198.

<sup>49</sup> Vgl. *Muscheler*, ZEV 2005, 119, 120 m. w. N.

<sup>50</sup> Vgl. *Wendt*, ZErB 2012, 313, 321.

<sup>51</sup> In diese Richtung *Frhr. v. Proff*, RNotZ 2012, 272, 279; sehr weitgehend auch *Wendt*, ZErB 2012, 313, 317 ff.

<sup>31</sup> Vgl. *Spall*, MittBayNot 2012, 141, 143; *Ivo*, DNotZ 2011, 387, 388; *Wellenhofer*, JuS 2011, 837; *Frhr. v. Proff*, RNotZ 2012, 272, 278 f.

<sup>32</sup> Vgl. BGH, ZEV 2005, 117 ff.; BGH, ZEV 2006, 76.

<sup>33</sup> Ausführlich *Menzel*, a. a. O. (Fn. 5), S. 193 ff. m. w. N.

<sup>34</sup> *Zimmer*, ZEV 2011, 258; ebenso *Leipold*, ZEV 2011, 528.

<sup>35</sup> In diese Richtung *Spall*, MittBayNot 2012, 141, 144.

<sup>36</sup> *Frhr. v. Proff*, RNotZ 2012, 272, 274.

<sup>37</sup> *Frhr. v. Proff*, RNotZ 2012, 272, 274.

<sup>38</sup> *Wendt*, ZErB 2012, 313, 314.

<sup>39</sup> *Wendt*, ZErB 2012, 313, 314.

Meines Erachtens ginge man damit zu weit. Trotz der im Grundsatz anzuerkennenden negativen Erbfreiheit muss ein Eingriff in diese gestattet sein, denn schließlich unterliegt sie einem Schrankenvorbehalt, sei es aus Art. 2 Abs. 1 oder Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG. Dabei ist richtig, dass zunächst das Sozialrecht selbst die Reichweite der Regressmöglichkeiten von Sozialhilfeträgern festlegt<sup>52</sup> und damit auch die Grenzen der negativen Erbfreiheit im Sozialrecht bestimmt. Andererseits bildet § 138 BGB, wie *Armbrüster*<sup>53</sup> in dieser hitzigen Diskussion zutreffend feststellt, ein Bindeglied zwischen Sozial- und Erbrecht und kann als Generalklausel im Einzelfall dort zur Anwendung kommen, wo der Nachranggrundsatz vereitelt wird, ohne dass dies durch konkrete Vorschriften des Sozialrechts geregelt wird.<sup>54</sup> Ebensovienig wie jemand auf die Idee kommen würde, die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses gemäß § 138 Abs. 1 BGB für unwirksam zu halten,<sup>55</sup> würde man umgekehrt auch nicht einen ärztlichen Behandlungsvertrag zur Amputation zwecks Einschränkung der eigenen Erwerbsfähigkeit (zur Erlangung sozialrechtlicher Leistungen) als nicht sittenwidrig erachten.

Es erscheint daher nicht vertretbar, den Pflichtteilsverzicht (und erst recht einen Erlassvertrag über einen bestehenden Pflichtteilsanspruch) a priori vom Makel der Sittenwidrigkeit freizustellen. Auch das Argument des BGH, dass der Behinderte durch seine Verzichtserklärung (oder einen Erlassvertrag) nur eine Situation herbeiführt, die in vergleichbarer Weise durch eine testamentarische Gestaltung der Eltern – in Form eines klassischen Behindertentestaments – hätte erreicht werden können,<sup>56</sup> überzeugt nicht. Die Eltern verfolgen mit dem Behindertentestament primär das Ziel, ihrem Kind zusätzliche Leistungen zukommen zu lassen, um dessen Lebensqualität zu steigern.<sup>57</sup> Es besteht ein qualitativer Unterschied zwischen einem Pflichtteilsverzicht und der Hinnahme einer Erbeinsetzung, auch wenn diese durch entsprechende Anordnungen beschränkt ist.<sup>58</sup>

Klarestellt sei aber, dass in der Fallgestaltung, die der Entscheidung des BGH zugrunde lag, die Wirksamkeit des Pflichtteilsverzichts anzuerkennen ist, da hier – wie bereits ausgeführt – aner kennenswerte Motive<sup>59</sup> für die Abgabe eines solchen Verzichts vorlagen. Insoweit ist dem BGH im Ergebnis zuzustimmen. Ob darüber hinaus aber auch ein Totalverzicht in jedem Fall (!) dem Verdikt der Sittenwidrigkeit standhalten würde, erscheint fraglich. Maßgeblich ist hier eine einzelfallbezogene Gesamtwürdigung.<sup>60</sup> In einer Vielzahl von Fällen wird man dabei aber durchaus die Sittenwidrigkeit von Pflichtteilsverzicht von geschäftsfähigen Sozialleistungsbezieher verneinen müssen. Hierfür spricht, wie der BGH zutreffend ausführt, dass das sozialhilferechtliche Nachrangprinzip ohnehin in erheblichem Maße durchbrochen ist.<sup>61</sup>

<sup>52</sup> Vgl. *Wendt*, ZErB 2012, 313, 320.

<sup>53</sup> Vgl. *Armbrüster*, ZErB 2013, 77, 80.

<sup>54</sup> Vgl. *Armbrüster*, ZErB 2013, 77, 80.

<sup>55</sup> Vgl. *Wendt*, ZErB 2012, 313, 318.

<sup>56</sup> BGH, MittBayNot 2012, 138, 140.

<sup>57</sup> Vgl. *Dreher/Görner*, NJW 2011, 1761, 1762; *Führ*, Einwirkungen der Grundrechte auf die Testierfreiheit, S. 167 ff. jeweils m. w. N.; kritisch *Armbrüster*, ZErB 2013, 77, 78.

<sup>58</sup> Zutreffend *Engelmann*, Letztwillige Verfügungen zugunsten Verschuldeter oder Sozialhilfebedürftiger, 2. Aufl., S. 27.

<sup>59</sup> Zur Bedeutung von Zweck und Motiv für die Sittenwidrigkeitskontrolle siehe *Armbrüster*, ZErB 2013, 77, 78.

<sup>60</sup> Hierzu generell *Armbrüster*, ZErB 2013, 77, 78 f.

<sup>61</sup> Vgl. BGH, MittBayNot 2012, 139; *Wendt*, ZErB 2012, 313, 318; hierzu auch *Frhr. v. Proff*, RNotZ 2012, 272, 273 m. w. N.; kritisch *Armbrüster*, ZErB 2013, 77, 78 ff.

Überdies versorgen Eltern ihr behindertes Kind häufig ihr Leben lang unter Aufbietung aller persönlichen und finanziellen Kräfte,<sup>62</sup> so dass auch unter diesem Gesichtspunkt der vollständige Pflichtteilsverzicht ein angemessenes Gestaltungsmittel darstellen dürfte.

## 5. Folgerungen für die Praxis

Bevor der BGH nicht ausdrücklich auch den Totalverzicht des Sozialleistungsbezieher absegnet hat, sollte man sich in der notariellen Praxis bei geschäftsfähigen Behinderten an der Entscheidung des BGH orientieren.<sup>63</sup> Nicht zu empfehlen ist jedenfalls ein Totalverzicht unter kompletter Enterbung des behinderten Kindes. Wenn ein Totalverzicht gewollt ist, kann dieser für den Schlusserbfall nur als flankierende Maßnahme zur Minimierung des Ausschlagungsdrucks gedacht sein,<sup>64</sup> d. h., dass für den Schlusserbfall dennoch auch testamentarische Anordnungen zugunsten des behinderten Kindes (in Form eines Behindertentestaments) getroffen werden sollten. Andernfalls droht möglicherweise nicht nur die Nichtigkeit des Pflichtteilsverzichts nach § 138 BGB, sondern auch die der letztwilligen Verfügungen.

Um zu verhindern, dass bei einer etwaigen Unwirksamkeit eines Totalverzichts auch der an sich zulässige Pflichtteilsverzicht nach dem Erstversterbenden nichtig ist, sollte man bei der Formulierung des Pflichtteilsverzichts des geschäftsfähigen behinderten Sozialleistungsbezieher eine Differenzierung zwischen dem Pflichtteilsverzicht nach dem erstversterbenden Elternteil und dem Pflichtteilsverzicht bezüglich des Schlusserbfalls vornehmen und diese Verzichte sodann mit folgender Klausel versehen:

### Formulierungsvorschlag

Jeder Pflichtteilsverzicht ist rechtlich selbständig und unabhängig vom jeweils anderen wirksam. Die etwaige Unwirksamkeit eines Verzichts lässt die Wirksamkeit des anderen Verzichts ausdrücklich unberührt.

Wünschen die Beteiligten einen Totalverzicht, empfiehlt es sich ferner, einen entsprechenden Hinweis in die Urkunde mitaufzunehmen.

### Formulierungsvorschlag

Der Notar hat auf die aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) zur Sittenwidrigkeit des Pflichtteilsverzichts hingewiesen, insbesondere darauf, dass der BGH nur über den Pflichtteilsverzicht des Sozialleistungsbezieher nach dem Tod des erstversterbenden Elternteils entschieden hat. Trotz Hinweises des Notars auf die damit verbundenen Risiken (mögliche Unwirksamkeit eines Totalverzichts nach § 138 BGB, sozialrechtliche Sanktionen) wünschen die Beteiligten, wie im vorigen Abschnitt vereinbart, einen vollständigen Pflichtteilsverzicht.

(Mögliche Ergänzung: Die Beteiligten erklären hierzu, dass der Verzichtende bereits abgefunden wurde durch zahlreiche persönliche und finanzielle Leistungen, die der Erblasser gegenüber dem Verzichtenden, insbesondere auch im Hinblick auf seine Behinderung, erbracht hat.)

<sup>62</sup> Vgl. *Dreher/Görner*, NJW 2011, 1761, 1762.

<sup>63</sup> A. A. *Ivo*, DNotZ 2011, 388, der einen vollständigen Pflichtteilsverzicht empfiehlt.

<sup>64</sup> So auch *Ivo*, DNotZ 2011, 388; *Spall*, MittBayNot 2012, 141, 143.

Soll entgegen der obigen Empfehlung eine vollständige Enterbung des behinderten Kindes nach Abgabe eines Totalverzichts stattfinden, sollte die mögliche Unwirksamkeit auch im Testament/Erbsvertrag bedacht und hilfsweise Verfügungen getroffen werden:

### Formulierungsvorschlag

... (Name behindertes Kind) hat mit einer vorausgehenden diesamtlichen Urkunde vom heutigen Tage, UR-Nr. ..., auf sein Pflichtteilsrecht an unserem Nachlass verzichtet. Für den Fall, dass der vorstehend genannte Pflichtteilsverzicht und/oder die vorstehenden Verfügungen unwirksam sein sollten, so dass unserem behinderten Kind ein Pflichtteilsanspruch oder bei Unwirksamkeit der heutigen Verfügungen ein gesetzlicher Erbteil zustehen würde, bestimmen wir Folgendes:

(... es folgen die hilfsweisen Verfügungen in Form eines klassischen Behindertentestaments).

## IV. Die negative Erbfreiheit im Spannungsfeld mit weiteren Drittinteressen

### 1. Insolvenzrecht

Die ablehnende Entscheidung des BGH zur Sittenwidrigkeit des Pflichtteilsverzichts reiht sich ein in die Entscheidungen, die das Gericht im Insolvenzrecht im Spannungsfeld zur negativen Erbfreiheit getroffen hat. Auch hier hat das höchste deutsche Zivilgericht die Entschließungsfreiheit des letztwillig Bedachten und des Pflichtteilsberechtigten gestärkt.

In seinem Beschluss vom 25.6.2009<sup>65</sup> hatte der BGH entschieden, dass der Verzicht auf die Geltendmachung des Pflichtteils in der Wohlverhaltensperiode keine Obliegenheitsverletzung darstelle und damit nicht zur Versagung der Restschuldbefreiung führen könne. Darauf nimmt der BGH auch in seiner Entscheidung zur Sittenwidrigkeit des Pflichtteilsverzichts Bezug.

In einem weiteren Beschluss vom 10.3.2011<sup>66</sup> hat er folgerichtig entschieden, dass auch keine Obliegenheit zur Geltendmachung eines Vermächtnisanspruches während der Wohlverhaltensperiode bestehen kann. Vielmehr entsteht die Obliegenheit, die Hälfte des Wertes des Vermächtnisses an den Treuhänder abzuführen, erst mit der Annahme des Vermächtnisses (während der Wohlverhaltensperiode). Der BGH begründet sein Ergebnis maßgeblich mit der höchstpersönlichen Natur<sup>67</sup> des Entscheidungsrechts des letztwillig Bedachten und des Pflichtteilsberechtigten.

In einem aktuellen Urteil vom 20.12.2012 hat der BGH diese Grundsätze des erbrechtlichen Erwerbs im Insolvenzverfahren auch auf die Vertragsfreiheit des vertraglich eingesetzten Erben erstreckt und entschieden, dass die Mitwirkung des Erben an der Aufhebung seiner Erbeinsetzung höchstpersönlich sei und daher nicht durch den Insolvenzverwalter angefochten werden könne.<sup>68</sup> Nach Ansicht des BGH unterscheide sich der Vertragserbe nicht wesentlich von dem Erben bzw. Vermächtnisnehmer, der die Erbschaft bzw. das Vermächtnis ausschlägt, und dem Pflichtteilsberechtigten, der seinen Anspruch gegen

den Erben nicht geltend macht. Aufgrund der Wertung des § 83 Abs. 1 InsO ist dieser Entscheidung vollumfänglich zuzustimmen. Mit einer Anfechtung der Aufhebung des Erbvertrages wäre dem Insolvenzverwalter nicht geholfen, weil der Erbe die dann an ihn anfallende Erbschaft unbestritten gemäß § 83 InsO immer noch ausschlagen könnte.<sup>69</sup>

### 2. Unterhaltsrecht

Betrachtet man die vorgenannten aktuellen Entscheidungen des BGH, sieht man eine klare Tendenz zur Stärkung der Entscheidungsfreiheit letztwillig Bedachter (und Pflichtteilsberechtigter). Gleichwohl ist zu bedenken, dass in anderen Rechtsgebieten dieser erbrechtlichen Entschließungsfreiheit durchaus Grenzen aufgezeigt werden.

So hat der BGH<sup>70</sup> beispielsweise im Unterhaltsrecht erkannt, dass die negative Erbfreiheit Einschränkungen unterliegen kann:

„Auch wenn sich ein Pflichtteilsberechtigter hiernach im Allgemeinen Rechtsverkehr für oder gegen die Realisierung eines Pflichtteilsanspruchs entscheiden kann, bedeutet das nicht, dass für den Bereich des Unterhaltsrechts notwendig dieselben Grundsätze zu gelten hätten.“

Nach gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung besteht dabei regelmäßig zwar kein einklagbarer Anspruch,<sup>71</sup> wohl aber eine Obliegenheit zur Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs, und zwar sowohl für den Unterhaltsbedürftigen<sup>72</sup> als auch für den Unterhaltsschuldner.<sup>73</sup> Hier muss nach der gefestigten Rechtsprechung unter bestimmten Umständen das Recht des Unterhaltsverpflichteten auf freie Entscheidung über die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs, also seine negative Erbfreiheit, hinter die sich als höherwertig erweisende familienrechtliche Unterhaltspflicht zurücktreten. Offen ist, ob auch eine Obliegenheit zur Annahme einer werthaltigen Erbschaft besteht oder ob hier das Ausschlagungsrecht des Erben stets höher zu bewerten ist.<sup>74</sup>

### 3. Deliktsrecht

Am Rande sei noch erwähnt, dass auch im Bereich des Deliktsrechts eine Einschränkung der negativen Erbfreiheit anerkannt wird, wenngleich die Einzelheiten umstritten sind. Die Ausgangslage ist hierbei folgende: Eine Person, die aufgrund des § 844 Abs. 2 BGB vom Schädiger eine Geldrente beansprucht, schlägt die Erbschaft nach dem vom Schädiger Getöteten aus bzw. macht seinen Pflichtteil nicht geltend, damit jedenfalls die Erträge<sup>75</sup> nicht etwa im Wege der Vorteilsausgleichung zur Minderung seines Schadens eingesetzt werden. Nach der Rechtsprechung<sup>76</sup> kann sich der Geschädigte nicht in jedem Fall auf seine negative Erbfreiheit berufen. Im Ein-

<sup>69</sup> Vgl. *Kruth*, NZI 2013, 137, 140.

<sup>70</sup> Vgl. BGH, NJW 1982, 2771 ff.

<sup>71</sup> Zutreffend BGH, ZEV 2013, 92 ff.

<sup>72</sup> Vgl. BGH, NJW 1993, 1920; OLG Celle, FamRZ 1987, 1038; ausführlich *Menzel*, a. a. O. (Fn. 5), S. 107 ff. m. w. N.

<sup>73</sup> Vgl. RG, WarnRspr. 1919 (Nr. 98), 151 f.; BGH, NJW 1982, 2771; BGH, ZEV 2013, 92 ff.; ausführlich *Menzel*, a. a. O. (Fn. 5), S. 107 ff. m. w. N.

<sup>74</sup> Vgl. *Menzel*, a. a. O. (Fn. 5), S. 115 ff. m. w. N.

<sup>75</sup> Nach der h. M. sind grundsätzlich nur die Erträge, soweit sie aus dem schadensbedingten vorzeitigen Anfall der Erbschaft stammen, anzurechnen (vgl. BGHZ 8, 325, 328 f.; *Palandt/Grüneberg*, Vorbemerkung vor § 249 Rdnr. 92 m. w. N.).

<sup>76</sup> Vgl. u. a. RG, JW 1938, 573 f.; BGH, NJW 1961, 119 f.; BGH, VersR 1962, 322, 324 f.

<sup>65</sup> BGH, MittBayNot 2010, 52 m. Anm. *Menzel*.

<sup>66</sup> BGH, MittBayNot 2011, 421; hierzu auch *Menzel*, MittBayNot 2011, 374.

<sup>67</sup> Kritisch zur angeblichen Höchstpersönlichkeit des Ausschlagungsrechts *van de Loo*, ZEV 2006, 473, 474; *Menzel*, a. a. O. (Fn. 5), S. 64 ff.

<sup>68</sup> Vgl. BGH, ZErb 2013, 58 ff. = NZI 2013, 137 ff. m. Anm. *Kruth*.

zelfall kann der Erbe/Pflichtteilsberechtigte so behandelt werden, als ob er seine Interessen in zumutbarer Weise gewahrt, also die Erbschaft nicht ausgeschlagen oder seinen Pflichtteil geltend gemacht hätte.<sup>77</sup> Auch hier wird die negative Erbfreiheit im Interesse Dritter eingeschränkt.

## V. Zusammenfassung

Wo die genauen Grenzen der „negativen Erbfreiheit“ liegen, bleibt – trotz der ablehnenden Entscheidung des BGH zur Sittenwidrigkeit des Pflichtteilsverzichts des behinderten Sozialleistungsbeziehers – offen. Die nachfolgende Übersicht fasst den aktuellen Entwicklungsstand zusammen:

	Sittenwidrigkeit	Pfändung/Insolvenzverfahren	Wohlverhaltensperiode	Sozialhilfe	Unterhaltsrecht
Erbschaftsausschlagung	Nein	keine Pfändung Ausschlagungsrecht keine Sanktion im laufenden Insolvenzverfahren, § 83 Abs. 1 Satz 1 InsO	keine Sanktion keine Obliegenheit zur Annahme	keine Überleitung Ausschlagungsrecht strittig, ob Leistungskürzung nach § 26 Abs. 1 Nr. 1 SGB XII möglich	Obliegenheit zur Annahme einer werthaltigen Erbschaft (str.)
Vermächtnisausschlagung	Nein	keine Pfändung Ausschlagungsrecht keine Sanktion im laufenden Insolvenzverfahren, § 83 Abs. 1 Satz 1 InsO	keine Sanktion keine Obliegenheit zur Annahme	keine Überleitung Ausschlagungsrecht strittig, ob Leistungskürzung nach § 26 Abs. 1 Nr. 1 SGB XII möglich	Obliegenheit zur Annahme eines Vermächtnisses (str.)
Entstandener Pflichtteil	Sittenwidrigkeit des Erlassvertrages? (str.)	pfändbar, aber vor Geltendmachung nicht verwertbar, § 852 ZPO (gilt auch im Rahmen der Insolvenz)	keine Obliegenheit zur Geltendmachung	Überleitbarkeit nach § 93 Abs. 1 Satz 1 SGB XII unabhängig von Geltendmachung	Obliegenheit zur Geltendmachung: ja (herrschende Meinung)
Pflichtteilsverzicht	Nein (stets?)	möglich, keine Sanktion	keine Sanktion	wohl keine Sanktion (str.)	wohl keine Sanktion (str.)

<sup>77</sup> Einzelheiten bei Menzel, a. a. O. (Fn. 5) S. 101 ff. m. w. N.

## BUCHBESPRECHUNGEN

### **Hoffmann-Becking/Rawert (Hrsg.): Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht. 11. Aufl., Beck, 2013. 2624 S. + CD-ROM, 119 €**

Etwa alle drei Jahre erscheint eine Neuauflage des hier zu besprechenden Beck'schen Formularbuchs, das sich seit vielen Jahren als aktuelles Standardformularbuch zum Wirtschaftsrecht bewährt. Die inhaltliche Konzeption des Formularbuchs, das sich nunmehr auf dem Rechtsstand 1.8.2012 befindet, ist unverändert. Umfang und Preis haben durch Überarbeitung und Aktualisierung im Vergleich zur Voraufgabe um circa zehn Prozent zugelegt. Für die Neuauflage war diesmal – anders als für die Voraufgabe – keine Flut an Gesetzesänderungen zu verarbeiten; Angaben zu Judikatur und Literatur wurden wie stets in allen Bearbeitungsteilen aktualisiert.

Die mit Abstand umfangreichste Erweiterung wurde unter III. A. zum Unternehmenskauf vorgenommen. Hier finden sich nunmehr von diversen Formularen zur Due Diligence und Datenraumregeln über verschiedenste Gestaltungsvarianten eines Unternehmenskaufvertrages (z. B. käuferfreundlich, verkäuferfreundliche, ausgewogen) bis zum Closing Memorandum Formulare für alle Phasen eines Unternehmenskaufs moderner Prägung. Neu hinzugekommen sind unter anderem ein Kurzformular für einen Aktienkauf, Vorschläge für den Unternehmenskauf aus der Insolvenz, ein Verkäufendarlehen, eine Gesellschaftervereinbarung betreffend einen Unternehmenserwerb und anderes mehr. Den Bedürfnissen der Praxis entsprechend sind die Muster dieses Abschnitts überwiegend

zweisprachig (deutsch/englisch) gehalten. Besonders dieser Abschnitt, aber auch andere Formulare, z. B. die (neue) Legal Opinion (II. 25.) oder die Formulare D. 12. und D. 13. zum Gewerberaummietrecht, führen einem die Anglo-Amerikanisierung jedenfalls der grenzüberschreitenden Vertragsgestaltung deutlich vor Augen, wie auch die Herausgeber in ihrem Vorwort zur Neuauflage nüchtern konstatieren.

Für die notarielle Praxis empfiehlt sich das Formularbuch auch in seiner aktuellen Auflage durch seine bemerkenswerte Bandbreite bei der nach wie vor durchgehaltenen Beschränkung auf einen Band. Es werden alle wesentlichen notarrelevanten Gebiete des materiellen Rechts mit sachgerechter Schwerpunktsetzung behandelt (angeregt sei allerdings die Aufnahme eines Formulars einer unterhaltsverstärkenden Vereinbarung unter Eheleuten), wenngleich – dem Konzept entsprechend – nicht stets in der Tiefe z. B. eines Notarhandbuchs. Dafür aber finden sich hier für den Notar zusätzlich nützliche Hilfen für Beratungen, die über den Kernbereich notarieller Tätigkeit hinausgehen, wie auch Hilfen für den Notar in seiner Rolle als freiberuflicher Unternehmer und Arbeitgeber, die z. B. Notarhandbücher nicht bieten. Als Beispiel seien willkürlich und nicht abschließend genannt: Merkblatt für die Gründung und Führung eines eingetragenen Vereins (I. A. 3.), Pachtvertrag über ein landwirtschaftliches Grundstück (III. D. 18.), der gesamte arbeitsrechtliche Teil (II. D.) und Formulare für Verschmelzungen unter Beteiligung ausländischer Rechtsträger (XI. 19. bis XI. 25.). Auch die Neuauflage ist daher eine echte Bereicherung für die Bibliothek des Notars.

Notar Dr. *Benedikt Selbherr*, Weilheim i. OB

### **Seibt (Hrsg.): Beck'sches Formularbuch Mergers & Acquisitions. 4. Aufl., Beck, 2011. 2099 S. + CD-ROM, 169 €**

Das nunmehr in der zweiten Auflage erschienene Formularbuch für den Unternehmenskauf ist in allen Teilen an die Rechtslage nach MoMiG und Drittem Gesetz zur Änderung des Umwandlungsrechts angepasst worden und berücksichtigt obergerichtliche Rechtsprechung und Literatur bis einschließlich Januar 2011. Es enthält neben vielen vollständigen Musterverträgen auch Checklisten für die richtige Wahl der Transaktionsstruktur, vorbereitende Begleitdokumente und Formulare für Post-Akquisitionsmaßnahmen. Es ist auch in der zweiten Auflage auf den „großen“ Deal zugeschnitten, so dass die Muster für den Alltagsgebrauch oft überdimensioniert erscheinen. Die Anschaffung des Werks empfiehlt sich daher nur für den regelmäßig mit M&A-Transaktionen befassten Notar. Die Anmerkungen zu den Mustern ermöglichen es nämlich, sich besser in die Denkweise der die Vertragsverhandlungen begleitenden Anwälte hineinzusetzen. Hat man als Notarassessor zum ersten Mal mit einer internationalen Großtransaktion zu tun, erleichtert das Buch zudem das Verständnis der vom angelsächsischen Rechtssystem geprägten Vertragsklauseln in den Unternehmenskaufverträgen. Das Formularbuch kann eine wertvolle Hilfe sein, wenn es darum geht, in diesem Bereich kurzfristig Kompetenz aufzubauen.

Hervorzuheben ist, dass die zentralen Muster zum share deal (GmbH- und GmbH & Co. KG-Anteilskaufverträge) jeweils in Form einer käufer- und einer verkäuferfreundlich formulierten Variante angeboten werden. Während der Aktienkaufvertrag als verkäuferfreundlich gekennzeichnet ist, sollen die Formulierungsvorschläge für die Verträge über den Kauf einer OHG und einer Grundstücks-GbR „ausgewogen“ sein. Aus Notarsicht bedauerlich ist, dass kein ausgewogenes GmbH-Anteilskaufvertragsmuster Eingang in die Neuauflage gefunden hat. Das Werk enthält darüber hinaus auch ein Muster für einen Unternehmensverkauf durch Übertragung von Einzelwirtschaftsgütern (asset deal) und zur Unternehmensbeteiligung durch Sachkapitalerhöhung sowie einen Beteiligungsvertrag samt Gesellschaftervereinbarung für den Erwerb einer Minderheitsbeteiligung durch einen Finanzinvestor (venture capital agreement). Ebenfalls enthalten sind auf über 400 Seiten Formulare für die zahlreichen Varianten des Umwandlungsrechts. Neu gegenüber der Voraufgabe und deshalb besonders zu erwähnen ist das Muster einer grenzüberschreitenden Hineinverschmelzung nach den §§ 122a ff. UmwG (Verschmelzung einer ausländischen AG auf eine deutsche GmbH). Wenn man sich erstmals mit einer solchen Konstellation befassen darf, kann dieses Formular als erste Arbeitsgrundlage wertvolle Dienste leisten, zumal sich für grenzüberschreitende Fusionskonstellationen sonst noch wenige Musterverträge finden lassen.

Die Neuauflage reagiert auf die zunehmende Internationalisierung der M&A-Praxis. Die wichtigsten Formulare sind jetzt zweiseitig sowohl in deutscher als auch in englischer Sprachfassung abgedruckt. Sämtliche Texte werden zudem leicht zugänglich auf einer CD-ROM mitgeliefert, was den Nutzen des Werks nochmals erhöht.

Einige der von Weigl in der Besprechung der Voraufgabe (MittBayNot 2008, 464) aufgezeigten Mängel wurden behoben. So wird jetzt durchgehend von der Auslandsbeurkundung abgeraten (vgl. dazu näher *Olk/Nikoleyczik*, DStR 2010, 1576, und *Hermanns*, RNtZ 2010, 38), wobei dies nicht nur unter Hinweis auf die Werthöchstgrenze bei der Berechnung der Notargebühren geschieht. Zutreffend wird gegen die Auslandsbeurkundung auch das neue Erfordernis des § 40 Abs. 2 GmbHG ins Feld geführt, wonach der beurkundende Notar das Wirksamwerden der Änderung des Gesellschafterbestands in der Gesellschafterliste zu bescheinigen und die Liste sonach beim Registergericht einzureichen hat.

Immer noch nicht gelöst ist der Widerspruch zwischen der Anmerkung 2 zu Formular C. IV. 2 und Anmerkung 5 zu Muster D. I. So rät Seibt beim Vertrag über den Erwerb sämtlicher Anteile an einer GmbH & Co. KG zutreffend davon ab, nur die dingliche Abtretung der GmbH-Anteile zu beurkunden und damit die Formunwirksamkeit eines zuvor privatschriftlich geschlossenen Verpflichtungsgeschäfts zu heilen, wenn darin enthaltene Vollzugsvoraussetzungen (im Sinne von Wirksamkeitsbedingungen) noch offen sind. Denn ohne schuldrechtlich wirksamen Vertrag besteht keine Verpflichtung der Parteien, überhaupt zum Closing, d. h. zur Beurkundung der GmbH-Anteilsabtretung zu erscheinen. Unverständlich ist deshalb, warum Bastuck in der vergleichbaren Konstellation

des asset deals dazu rät, den Unternehmenskaufvertrag zunächst privatschriftlich zu schließen. Der schuldrechtliche Veräußerungsvertrag und die Auflassung betreffend den Unternehmensgrundbesitz könne sonach auch gesondert beim closing beurkundet werden. Hier wäre etwas mehr Konsistenz zwischen den einzelnen Teilbereichen des Werks dahingehend wünschenswert, dass durchgängig zur Einhaltung des Gebots des sichersten Weges geraten wird.

Bei der Einarbeitung der Entscheidung des BGH vom 9.5.2005, DNotZ 2005, 864 (Nicht-Notwendigkeit der Treuhändlung bei Formwechsel einer GmbH in eine GmbH & Co. KG), hätte man mutiger vorgehen können. Zwar hat der BGH die Konstruktion eines Beitritts der Komplementär-GmbH erst im Augenblick des Wirksamwerdens der Umwandlung nur im Rahmen eines obiter dictum als gesetzeskonform gebilligt. Inzwischen hat sich dieses Modell aber so weit verbreitet und wurde von den Registergerichten auch gemeinhin akzeptiert, dass man es allein hätte zugrundelegen können. Seibt hat sich demgegenüber entschlossen, im Muster zwar grundsätzlich auf die Übertragungstreuhandvereinbarung zu verzichten, diese aber jeweils als Alternativlösung gekennzeichnet einzubinden. Es ist bedauerlich, dass in diesem Zuge nicht wenigstens die Anmerkungen zum Treuhandmodell weitergehend gekürzt wurden.

Zusammenfassend handelt es sich beim besprochenen Buch um eine schöne Ergänzung der Bibliothek. Wirklich brauchen werden das Buch als Nachschlagewerk jedoch nur diejenigen Notare, die regelmäßig mit der Beurkundung großer internationaler M&A-Transaktionen betraut werden.

Notar Dr. Thomas Kilian, Aichach

### **Carlé/Korn/Stahl/Strahl: Umwandlungen – Der neue Umwandlungssteuer-Erlass. 2. Aufl., Stollfuß, 2012. 302 S., 49 €**

Knapp fünf Jahre nach Inkrafttreten des im Zuge des SEStG vom 7.12.2006 vollständig neu gefassten Umwandlungssteuergesetzes ist – es mag eher lustiger Zufall als karnevaleske Ironie sein – am 11.11.2011 der neue Umwandlungssteuererlass ergangen. Diese von der Praxis dringend erwartete Verwaltungsanweisung war Anlass für das Autorenteam, ihr im Jahr 2007 erstmals erschienenen Werk in der Reihe „Brennpunkte der Steuerberatung“ neu aufzulegen.

Wie schon die Voraufgabe richtet sich der Band an den Praktiker der mittelständischen Beratung, dem die wichtigsten Umstrukturierungsvorgänge unter Heranziehung der neuen Verwaltungsvorschriften erläuternd dargestellt werden. Der Aufbau des Werkes unterscheidet sich dabei in weiten Teilen von der Voraufgabe. Gegliedert in drei große Abschnitte befasst sich das Werk zunächst mit der Umwandlung der Kapitalgesellschaft in die Mitunternehmerschaft, um anschließend den umgekehrten Weg der Umwandlung der Personenunternehmen in eine Kapitalgesellschaft darzustellen. Im dritten Teil behandeln die Autoren den Fall der Einbringung betrieblicher Sachgesamtheiten und Personengesellschaften. In dem knapp 150 Seiten umfassenden Anhang sind das Umwandlungssteuergesetz und der gesamte Umwandlungssteuererlass 2011 abgedruckt, was es dem Leser ermöglicht, die Verweise im Rahmen der Abhandlung unmittelbar nachzuvollziehen.

Inhaltlich legen die Autoren – ihrem Tätigkeitsschwerpunkt und dem Titel der Werkreihe entsprechend – wie schon in der Voraufgabe einen Schwerpunkt auf die steuerliche Seite von Umstrukturierungen. Die zivilrechtlichen Hinweise treten demgegenüber noch viel deutlicher als in der ersten Auflage in den Hintergrund. So beschränken sich beispielsweise die Hinweise zur zivilrechtlichen Seite einer Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine Mitunternehmerschaft auf knapp sieben Seiten, wobei die Verschmelzung gar nicht und der Formwechsel nur oberflächlich behandelt wird.

Auf der anderen Seite wird – entsprechend der Zielsetzung des Werkes – das Umwandlungssteuerrecht nicht nur ausführlich, sondern unter Betonung der Folgen des Umwandlungssteuererlasses 2011 sehr strukturiert und verständlich dargestellt. Als von erheblichem Nutzen für den Zivilrechtler erweisen sich dabei die zahlreichen Praxishinweise und Grafiken, welche das Verständnis der umwandlungssteuerrechtlichen Zusammenhänge deutlich erleichtern.

Im Ergebnis ist der Band demnach denjenigen Notaren zu empfehlen, die sich in die steuerrechtliche Seite von Umstrukturierungen und insbesondere den neuen Umwandlungssteuererlass und dessen Folgen einarbeiten möchten. Wer hingegen die Beantwortung zivilrechtlicher Fragestellungen sucht, wird mit anderen Werken besser bedient sein.

Notar Dr. Simon Weiler, München

**Gottwald: Grunderwerbsteuer. 4. Aufl.,  
Carl Heymanns, 2013. 456 S., 54 €**

Das Werk von *Gottwald* zur Grunderwerbsteuer liegt jetzt in der 4. Auflage vor. Es erscheint nunmehr im Carl Heymanns Verlag, ebenso wie der Verlag der Voraufgabe eine Marke von Wolters Kluwer Deutschland GmbH. Der Umfang hat gegenüber der 3. Auflage um ca. 60 Seiten zugenommen. Das Buch stellt eine Erfolgsstory dar. Dies ist nicht nur auf die gestiegene Bedeutung der Grunderwerbsteuer zurückzuführen, sondern vor allem auf Inhalt und Duktus des Werkes. *Gottwald* versteht es, das Grunderwerbsteuerrecht verständlich darzustellen und dabei die praktischen Probleme, vor allem diejenigen der notariellen Gestaltungspraxis, so zu akzentuieren, dass man das, was man sucht, auch findet. Insoweit darf auf die Besprechungen zu den Voraufgaben, in Sonderheit auf die Besprechung der 3. Auflage in MittBayNot 2010, 116, verwiesen werden.

Die 4. Auflage berücksichtigt Rechtsprechung und Literatur, die seit der 3. Auflage zu verzeichnen sind. Sie erfasst darüber hinaus die gesetzlichen Änderungen, insbesondere die „kleine Konzernklausel“ des § 6a GrEStG und die dazu ergangenen Verwaltungsanweisungen. Überarbeitet wurden darüber hinaus die Kapitel zu Umsatzsteuer (Teil A Rdnr. 4 bis 34) und über die Berechnung der Grunderwerbsteuer (Rdnr. 882 bis 888), über die Steuerschuld (Rdnr. 888.1 bis 936.2), die örtliche Zuständigkeit des Finanzamtes für die Grunderwerbsteuerfestsetzung und ggf. für die gesonderte Feststellung (Rdnr. 1033 bis 1042), die Anzeigepflichten und die Unbedenklichkeitsbescheinigung (Rdnr. 1043 bis 1074) sowie die ertragsteuerliche Behandlung der Grunderwerbsteuer (Rdnr. 1075 bis 1094).

Mit § 6a GrEStG wurde im Rahmen des Wachstumsbeschleunigungsgesetzes eine Grunderwerbsteuerregelung eingeführt, die Umstrukturierungen im Konzern erleichtern und planungssicherer machen sollte. Hierzu hat die Finanzverwaltung am 1.12.2010 gleichlautende Erlasse der Obersten Finanzbehörden der Länder veröffentlicht. *Gottwald* nimmt die Positionierung der Finanzverwaltung zum Anlass, den Anwendungsbereich des § 6a GrEStG für die Praxis darzustellen und auf verbliebene Zweifelsfragen hinzuweisen (Rdnr. 583.1 ff.). Die Neuregelung betrifft ausschließlich Umwandlungsvorgänge nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 UmwG oder eine entsprechende Umwandlung nach dem Recht eines Mitgliedsstaates von EU/EWR, wobei an dem Umwandlungsvorgang ausschließlich ein herrschendes Unternehmen oder ein oder mehrere von diesen herrschenden Unternehmen abhängige Gesellschaften oder mehrere von einem herrschenden Unternehmen abhängige Gesellschaften beteiligt sein dürfen. Nicht privilegiert sind weiterhin Einbringungen im Wege der Einzelrechtsnachfolge sowie gewöhnliche Grundstücksverkäufe oder Anteilsabtretungen von mindestens 95 % der Anteile an grundstückshaltenden Kapitalgesellschaften innerhalb eines Konzerns. Für die aufgrund einer Umwandlung übergehende Verwertungsbefugnis im Sinne von § 1 Abs. 2 GrEStG wird dagegen die Grunderwerbsteuer nach § 6a S. 1 GrEStG nicht erhoben, sofern die übrigen Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind. *Gottwald* weist darauf hin (Rdnr. 583.6), dass das Gesetz keine Befreiung für einen Formwechsel nach § 1 Abs. 1 Nr. 4 UmwG enthält. Der Gesetzgeber hat sich hier offenbar von dem Grundsatz leiten lassen, dass der Formwechsel ohnehin keine Grunderwerbsteuer auslöst. Ein quotenverschiebender Formwechsel kann jedoch dann Grunderwerbsteuerpflicht begründen, wenn er erstmals zu einer Anteilsvereinigung auf Ebene des Gesellschafters des formwechselnden Rechtsträgers führt. Insoweit wäre nach

*Gottwald* eine Einbeziehung in die Befreiungsvorschriften wünschenswert gewesen. Auch nach Auffassung der Finanzverwaltung ist die formwechselnde Umwandlung nicht begünstigt. Die Anwachsung wird durch § 6a GrEStG ebenfalls nicht privilegiert. Anwachsungsfälle sind daher stets mit besonderer Vorsicht zu betreiben. Beispiele für Anwachsungsfälle sind etwa die Ausgliederungen aller Kommanditanteile an einer KG auf die Komplementär-GmbH oder die Verschmelzung von zwei Kapitalgesellschaften, die die einzigen Gesellschafter einer Personengesellschaft sind. In beiden Fällen ist die Anwachsung lediglich unvermeidbare Folge des Umwandlungsvorgangs, so dass nach *Gottwald* an sich § 6a GrEStG eingreifen sollte. Der Erlass der Finanzverwaltung vom 1.12.2010 verschafft insoweit keine Rechtssicherheit. Die kleine Konzernklausel ist in ihrer Bedeutung darüber hinaus dadurch relativiert, dass herrschender Rechtsträger nur ein „Unternehmen“ sein kann, wobei die Finanzverwaltung auf die Unternehmereigenschaft im umsatzsteuerlichen Sinne abstellt. Dies setzt eine Markteteiligung des herrschenden Rechtsträgers voraus, rein vermögensverwaltende Rechtsträger sind deshalb nicht begünstigt, insbesondere nicht die reine Finanzholding, deren Zweck sich allein auf das Halten und Verwalten gesellschaftsrechtlicher Beteiligungen beschränkt und die keine Leistungen gegen Entgelt erbringt. Demgegenüber ist eine Holding, die im Sinne einer einheitlichen Leistung aktiv in das laufende Tagesgeschäft ihrer Tochtergesellschaft eingreift (Führungs- oder Funktionsholding) unternehmerisch tätig. *Gottwald* erläutert in diesem Zusammenhang auch die Probleme bei einer mehrstufigen Beteiligungskette mit Beispielen (Rdnr. 583.13). Er stellt auch die Kriterien dar, die auf Seiten der abhängigen Gesellschaft erfüllt sein müssen, besonderen Raum nimmt das Ausschließlichkeitskriterium des § 6a S. 3 GrEStG ein. Danach dürfen ausschließlich herrschende Unternehmen und abhängige Gesellschaften an dem Umwandlungsvorgang beteiligt sein (siehe auch Tz. 2.1 des Erlasses). Bei Umwandlung unter Beteiligung einer nicht abhängigen Gesellschaft ist daher in der Gestaltungspraxis Vorsicht geboten. Im Einzelfall kann es sich empfehlen, einen Umwandlungsvorgang in einen Teil unter ausschließlicher Beteiligung abhängiger Gesellschaften und einen weiteren Teil unter ausschließlicher Beteiligung der nicht abhängigen Gesellschaften aufzuteilen. *Gottwald* behandelt darüber hinaus die Vorbehaltens- und Nachbehaltensfristen, die sich aus § 6a GrEStG ergeben (Rdnr. 583.17 bis 583.29). Derartige Fristen werden vom Gesetzgeber immer häufiger eingeführt, es handelt sich hier um ausgesprochene Fallstricke, so dass die diesbezüglichen Ausführungen von *Gottwald* besonders verdienstvoll sind.

Dies gilt auch für die überarbeiteten Abschnitte über die Gestaltung gesellschaftsrechtlicher Vorgänge unter Berücksichtigung der Änderung im Verwaltungsvollzug. Die Abschnitte Rdnr. 223 bis 367 (Fälle des § 1 Abs. 2a, 3 GrEStG) geben den neuesten Stand zu dieser Problematik wieder. Unübersichtlich ist das Verhältnis von Grunderwerbsteuer zu anderen Steuerarten, insbesondere zu Umsatzsteuer und zur Erbschaftsteuer. *Gottwald* behandelt das Konkurrenzverhältnis von Grunderwerbsteuer und Umsatzsteuer in den Rdnr. 4 bis 34, das Verhältnis zu Erbschaftsteuern in den Randziffern 391 bis 452.7. Es werden alle denkbaren Varianten durchgespielt, der Grundstückserwerb durch Erbanfall, die Vor- und Nacherbschaft, die Grundstücksübertragung als Gegenleistung für die Ausschlagung einer Erbschaft bzw. für einen Pflichtteilsverzicht, Grundstücksübertragungen zur Erfüllung eines Vermächtnisses aufgrund eines geltend gemachten Pflichtteilsanspruchs, der Grundstückserwerb durch Schenkung auf den Todesfall, aufgrund eines vom Erblasser ge-

schlossenen Vertrages zugunsten Dritter und der Vermögensübergang auf eine vom Erblasser gegründete Stiftung. *Gottwald* weist auf die Möglichkeiten der sog. Interpolation hin. Dabei handelt es sich um das Zusammentreffen von Befreiungstatbeständen, die in ihrer Zusammenschau einen neuen eigenständigen übergesetzlichen Befreiungstatbestand ergeben. Entsprechend dieser interpolierenden Betrachtung sind etwa von der Grunderwerbsteuer ausgenommen die Übertragung des vermachten Gegenstandes durch den Erben in Erfüllung des Vermächtnisses auf (a) den Ehegatten des Vermächtnisnehmers (Zusammenschau mit § 3 Nr. 4 GrEStG), (b) den geschiedenen Ehegatten des Vermächtnisnehmers, wenn sich der Erwerb im Rahmen der Vermögensauseinandersetzung nach Scheidung vollzieht (Zusammenschau mit

§ 3 Nr. 5 GrEStG) und (c) einen mit dem Vermächtnisnehmer in gerader Linie Verwandten bzw. ihm Gleichgestellten (Zusammenschau mit § 3 Nr. 6 GrEStG). Insoweit können auch Transaktionskosten gespart werden, da aus Grunderwerbsteuerlicher Sicht nur ein Übertragungsvertrag nötig ist (Rdnr. 417 ff.).

Weitere Beispiele für den praktischen Nutzwert des Werkes von *Gottwald* ließen sich in Fülle geben. Der Leser mag sich selbst davon überzeugen. Insgesamt kann das Lob zu den früheren Auflagen nur wiederholt werden: Es handelt sich um ein höchst informatives Werk, das noch dazu flüssig und gut lesbar geschrieben ist. Dem Autor ein herzliches *gratulor*.

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

## RECHTSPRECHUNG

### Bürgerliches Recht

1. BGB § 94 Abs. 2, § 199 Abs. 1, § 912 Abs. 1, §§ 1004, 242 (*Garten-Öltank als wesentlicher Wohnhausbestandteil und Überbauregeln bei Grundstücksteilung – Störer-Begriff nach Stilllegung des Tanks, stillschweigend vereinbarte Grunddienstbarkeitsbestellungspflicht bei Angewiesenbleiben des Teilenden auf Versorgung*)

1. **Ein Öltank ist auch dann wesentlicher Bestandteil eines Wohnhauses, dessen Beheizung er dient, wenn er nicht in das Gebäude, sondern in das Erdreich eingebracht worden ist. (Amtlicher Leitsatz)**
2. **Auf einen solchen Tank finden die Regelungen der §§ 912 ff. BGB über den Überbau weder unmittelbare noch entsprechende Anwendung. (Amtlicher Leitsatz)**
3. **Eine stillschweigende Verpflichtung zur Begründung einer Grunddienstbarkeit kann einem Übergabevertrag nach Grundstücksteilung – Fällen vergleichbar, in denen der Teile eines Grundstücks Verkaufende auf die weitere Nutzung von Anlagen auf dem verkauften Grundstücksteil angewiesen bleibt – entnommen werden. (Leitsatz der Schriftleitung)**

BGH, Beschluss vom 18.12.2012, V ZR 263/11

Die Mutter des Klägers und des Vaters der Beklagten ließ 1959 auf ihrem Grundstück einen Heizöltank für die Ölheizung ihres Wohnhauses in die Erde einbringen. Eine von ihr 1975 vorgenommene Grundstücksteilung führte dazu, dass Wohnhaus und Öltank auf unterschiedlichen Grundstücken liegen. 1987 übertrug die Mutter das Eigentum an dem mit dem Wohnhaus bebauten Grundstück dem Vater der Beklagten, der es diesen weiterübertrug, und das andere Grundstück, auf dem sich der Tank befindet, dem Kläger. In dem Übertragungsvertrag mit dem Kläger, an dem der Vater der Beklagten mitwirkte, räumte der Kläger diesem Grunddienstbarkeiten zur Absicherung der Nutzung der vorhandenen Leitungen für Strom, Wasser und Abwasser ein.

Die Beklagten benutzten den Tank für die Beheizung des Wohnhauses bis etwa Mitte Juni 2010. Danach legten sie ihn still. Der Kläger verlangt, soweit hier von Interesse, von den Beklagten die Beseitigung des Heizöltanks von seinem Grundstück und es zu unterlassen, diesen Tank weiter zu benutzen und wieder in Betrieb zu nehmen. Die Beklagten erheben die Einrede der Verjährung.

Das LG hat die Klage abgewiesen. Das OLG hat die Beklagten unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung des Klägers zur Beseitigung des Öltanks verurteilt. Mit der zugelassenen Revision streben die Beklagten die vollständige Abweisung der Klage an. Der Kläger hat sich der Revision unter der Bedingung angeschlossen, dass der Öltank nach Auffassung des Senats in seinem Eigentum steht oder – hilfsweise – dass der Revision stattgegeben wird. In diesem Fall will er den Unterlassungsantrag weiterverfolgen.

*Aus den Gründen:*

#### I.

Das Berufungsgericht meint, die Beklagten hätten den Öltank nach § 1004 BGB zu beseitigen. Der Tank stehe als wesentlicher Bestandteil des Wohnhauses in ihrem Eigentum. Diesen habe der Kläger nach den Grundsätzen über den Eigengrenzüberbau zunächst dulden müssen. Die Duldungspflicht habe aber mit der Stilllegung des Tanks im Juni 2010 geendet. Der Beseitigungsanspruch sei erst zu diesem Zeitpunkt entstanden und daher nicht verjährt.

#### II.

Diese Erwägungen halten einer rechtlichen Überprüfung im Ergebnis stand. Die Revision der Beklagten ist unbegründet. Der Kläger kann von den Beklagten nach § 1004 Abs. 1 BGB die Beseitigung des Heizöltanks verlangen. Er wird durch den Tank beeinträchtigt. Diese Beeinträchtigung hatte er zunächst zu dulden; dazu ist er nicht mehr verpflichtet. Der Beseitigungsanspruch ist auch nicht verjährt.

1. Der Kläger wird durch den Tank in der Nutzung seines Grundstücks beeinträchtigt. Für diese Beeinträchtigung sind die Beklagten als Zustandsstörerinnen verantwortlich.

a) Der Öltank beeinträchtigt das Eigentum des Klägers an seinem Grundstück in anderer Weise als durch Entziehung. Denn der Kläger kann sein Grundstück in dem Bereich, in dem der Öltank vergraben ist, nicht mehr nach Belieben nutzen. Daran ändert es nichts, dass die Beklagten berechtigt sind, auf diesem Teil des Grundstücks ihre Fahrzeuge abzustellen. Diese Berechtigung betrifft nur einen Teil der von dem Öltank belegten Fläche und hinderte den Kläger nicht daran, diesen Teil seines Grundstücks unterirdisch etwa zur Erweiterung des Kellers des dort befindlichen Gebäudes zu nutzen.

b) Die Beklagten sind Zustandsstörerinnen, weil ihnen die Beeinträchtigung des Eigentums des Klägers bei wertender Betrachtung zurechenbar ist und ihnen der Tank jedenfalls bis zur Stilllegung gehörte.

aa) Eine Eigentumsstörung kann nach ständiger Rechtsprechung des BGH dem Eigentümer oder Besitzer der störenden Sache nur zugerechnet werden, wenn sie wenigstens mittelbar auf seinen Willen zurückgeht (BGH, Urteil vom 17.12.2010, V ZR 44/10, NJW 2011, 753, 754 Rdnr. 13 m. w. N.). Diese Voraussetzung liegt hier vor. Die Beklagten haben den Tank nach jahrelanger Nutzung auf dem Grundstück des Klägers zurückgelassen, obwohl sie in der Lage sind, ihn zu beseitigen. Sie mögen zwar keinen unmittelbaren Besitz an dem Öltank haben. Da der Kläger aber von ihnen die Beseitigung verlangt, hängt diese nur noch von ihrem Willen ab.

bb) Der Tank stand jedenfalls bis zur Stilllegung im Eigentum der Beklagten, weil er wesentlicher Bestandteil des Wohngebäudes auf deren Grundstück war und sich an dieser Zuordnung durch die Teilung des Grundstücks und die Veräußerung der neu entstandenen Grundstücke an den Kläger und den Vater der Beklagten nichts geändert hatte.

(1) Zu den wesentlichen Bestandteilen eines Gebäudes gehören nach § 94 Abs. 2 BGB alle Bauteile, die zur Errichtung in das Gebäude eingefügt werden und dem Gebäude sein spezifisches Gepräge geben (BGH, Urteil vom 13.3.1970, V ZR 71/67, BGHZ 53, 324, 325). Zu diesen zählt jedenfalls bei einem Wohnhaus nach der Rechtsprechung des Senats auch die Heizungsanlage (BGH, Urteil vom 13.3.1970, V ZR 71/67, BGHZ 53, 324, 325 f.; ebenso BGH, Beschluss vom 17.9.1987, III ZR 222/86, BGHR BGB § 94 Abs. 2 Stallgebäude 1). Das gilt nicht nur für die Teile der Heizungsanlage, die im Zusammenhang mit ihrem Ersteinbau in das Gebäude eingefügt werden, sondern auch für solche, deren Einbau im Zusammenhang mit einer Erneuerung oder einem Austausch der Heizungsanlage erfolgt (BGH, Urteil vom 13.3.1970, V ZR 71/67, BGHZ 53, 324, 326; RGZ 158, 362, 367 für Holztäfelung in einem Schloss). Wesentliche Bestandteile des Gebäudes werden nicht nur die Aggregate der Hei-

zungsanlage, die in das Gebäude selbst eingefügt werden, sondern auch solche, die außerhalb des Gebäudes aufgestellt werden. Entschieden ist das für den in 15 m Entfernung von dem Wohngebäude stehenden Wärmetauscher einer in das Gebäude eingebauten Wärmepumpenheizung (BGH, Urteil vom 15.11.1989, IVa ZR 212/88, NJW-RR 1990, 158, 159). Für den außerhalb des Wohngebäudes im Erdreich vergrabenen Öltank einer Ölheizung gilt nichts anderes (Münch-KommBGB/Stresemann, 6. Aufl., § 94 Rdnr. 15 Fn. 55; Motzke, NJW 1987, 363).

(2) An dieser Zuordnung des Öltanks hat die Grundstücks-teilung von 1975 nichts geändert. Etwas anderes lässt sich entgegen der Auffassung der Beklagten auch nicht aus der Vorschrift des § 94 Abs. 1 BGB ableiten, nach der zu den wesentlichen Bestandteilen eines Grundstücks die mit dem Grund und Boden fest verbundenen Sachen gehören.

Danach könnte ein Öltank, für sich genommen, ähnlich wie das Gebäude selbst wesentlicher Bestandteil des Grundstücks werden, wenn er mit diesem durch das Eingraben fest verbunden würde. Ob das der Fall ist, ist zweifelhaft, weil ein Öltank, auch wenn er in das Grundstück eingegraben wird, ohne selbst beschädigt zu werden und ohne das Grundstück oder das auf ihm stehende Gebäude zu beschädigen, wieder ausgebaut werden könnte (LG Gießen, NJW-RR 1999, 1538; MünchKommBGB/Stresemann, 6. Aufl., § 94 Rdnr. 15). Darauf kommt es aber nicht an. Die Vorschrift des § 94 Abs. 1 BGB wird bei einem Öltank, der in die Heizungseinlage eines Wohngebäudes eingebaut wird, durch die Sondervorschrift des § 94 Abs. 2 BGB verdrängt. Er wird zum Bestandteil des Gebäudes. Bestandteil welchen Grundstücks er wird, bestimmt sich allein danach, welchem Grundstück das Gebäude zugeordnet ist.

c) Unerheblich ist, ob die Stilllegung des Tanks und die damit verbundene Auflösung des Bestandteilsverbands zwischen dem Tank und dem Wohnhaus dazu geführt hat, dass das Eigentum an dem Tank nach § 94 Abs. 1 BGB dem Kläger zugefallen ist. Die Störung des Eigentums des Klägers liegt in dem Vorhandensein des Tanks auf seinem Grundstück. Eine solche Störung dauert bis zu der Entfernung des störenden Gegenstands von dem Grundstück an. Daran ändert es nichts, wenn der Eigentümer sein Eigentum an dem störenden Gegenstand aufgibt (BGH, Urteil vom 30.3.2007, V ZR 179/06, NJW 2007, 2182 Rdnr. 10) oder wenn er es durch Verbindung mit dem Grundstück nach § 946 BGB (BGH, Urteil vom 4.2.2005, V ZR 142/04, NJW 2005, 1366, 1367) oder – wie möglicherweise hier – auf andere Weise verliert.

2. Zutreffend ist auch die weitere Annahme des Berufungsgerichts, dass der Kläger den Öltank auf seinem Grundstück jetzt nicht mehr dulden muss, so dass der Beseitigungsanspruch nicht nach § 1004 Abs. 2 BGB ausgeschlossen ist.

a) Zu einer Duldung des Tanks nach § 912 Abs. 1 BGB war der Kläger ohnehin nie verpflichtet. Zwar sind die Vorschriften über den Überbau auch anwendbar, wenn die Aufteilung eines Grundstücks dazu geführt hat, dass ein auf ihm stehendes Gebäude von der Grenze der neu gebildeten Grundstücke durchschnitten wird (BGH, Urteil vom 26.4.1961, V ZR 203/59, LM § 912 BGB Nr. 9; BGH, Urteil vom 4.12.1987, V ZR 274/86, BGHZ 102, 311, 314; BGH, Urteil vom 12.10.2001, V ZR 268/00, NJW 2002, 54). Die hier zu beurteilende Aufteilung hat aber nicht zu einem Überbau geführt.

aa) Der Öltank befindet sich allerdings infolge der Aufteilung des Grundstücks auf dem Grundstück des Klägers. § 912 Abs. 1 BGB ist indessen nicht auf jede Überschreitung der Grundstücksgrenze mit Teilen eines Gebäudes entsprechend anwendbar. Mit der Pflicht zur Duldung eines Überbaus soll

die Zerstörung wirtschaftlicher Werte verhindert werden (zu diesem Gesichtspunkt: BGH, Urteil vom 4.12.1987, V ZR 274/86, BGHZ 101, 311, 314; BGH, Urteil vom 16.1.2004, V ZR 243/03, BGHZ 157, 301, 304). Die Regelung in § 912 Abs. 1 BGB ist für den Fall gedacht, dass sich eine Beseitigung des Überbaus nicht auf diesen beschränken lässt, sondern die Gebäudeeinheit beeinträchtigt und auf diese Weise zwangsläufig zu einem Wertverlust der innerhalb der Grundstücksgrenzen befindlichen Gebäudeteile führt. Daran fehlt es insbesondere bei Gebäudeteilen wie Fensterläden und Markisen, weil bei deren Beseitigung nicht von der Zerstörung wirtschaftlicher Werte gesprochen werden kann (BGH, Urteil vom 19.9.2008, V ZR 152/07, NJW-RR 2009, 24 Rdnr. 10).

bb) Für einen Öltank der nicht in das Gebäude eingefügt ist, dessen Beheizung er dient, gilt nichts anderes. Ein solcher Tank lässt sich von dem Nachbargrundstück entfernen, ohne dass das Wohngebäude ganz oder teilweise zerstört wird oder auch nur in Mitleidenschaft gerät. Er kann – wie im vorliegenden Fall auch geschehen – durch einen Tank auf dem eigenen Grundstück ersetzt oder an eine andere Stelle auf dem eigenen Grundstück verlegt werden.

b) Aus den Grundsätzen über das nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis ergibt sich eine Verpflichtung des Klägers zur Duldung des Tanks auf seinem Grundstück ebenfalls nicht. Diese Grundsätze sind zwar nach der Rechtsprechung des Senats auch auf das Verhältnis von Grundstückseigentümern anzuwenden, deren Grundstücke aus der Aufteilung eines einheitlichen Grundstücks entstanden sind. Sie schränken die Befugnis des Eigentümers aber nur in zwingenden Ausnahmefällen ein (BGH, Urteil vom 21.10.1983; V ZR 166/82, BGHZ 88, 344, 351; BGH, Urteil vom 5.5.2006; V ZR 139/05, NJW-RR 2006, 1160, 1161 f.). Ein solcher Ausnahmefall könnte nur angenommen werden, wenn der bisherige Zustand schon lange Zeit besteht und einzelne Eigentümer der bei der Aufteilung des Gesamtgrundstücks entstehenden Einzelgrundstücke auf die weitere Benutzung der vorhandenen Anlage angewiesen sind (vgl. BGH, Urteil vom 31.1.2003, V ZR 143/02, NJW 2003, 1392, 1393). Solche Voraussetzungen sind hier weder festgestellt noch sonst ersichtlich. Der Heizöltank befand sich zwar schon seit über 20 Jahren auf dem heute dem Kläger gehörenden Grundstück, als er dieses von seiner Mutter erhielt. Die Beklagten waren aber auf dessen Nutzung nicht zwingend angewiesen, sondern in der Lage, eine andere Lösung zu finden.

c) Der Kläger war indessen nach Treu und Glauben verpflichtet, den Öltank zum Betrieb der Ölheizung der Beklagten auf seinem Grundstück zu dulden, weil er verpflichtet war, seinem Bruder und später den Beklagten eine Grunddienstbarkeit hierfür einzuräumen. Diese Duldungspflicht endete jedoch mit der Stilllegung des Tanks.

aa) Eine ausdrückliche Verpflichtung des Klägers zur Begründung einer Grunddienstbarkeit für den Heizöltank bestand allerdings nicht. Sie ist auch in dem Übergabevertrag mit seiner Mutter, an dem der Vater der Beklagten beteiligt war, nicht enthalten. Dieser Vertrag enthält aber eine stillschweigende Verpflichtung dazu.

(1) Eine derartige stillschweigende Verpflichtung hat der Senat bislang in Fällen angenommen, in denen Teile eines Grundstücks verkauft worden sind, der Verkäufer aber auf die weitere Nutzung von Anlagen auf dem verkauften Grundstücksteil angewiesen war (BGH, Urteil vom 12.5.1999, V ZR 183/98, VIZ 1999, 489; BGH, Urteil vom 7.11.2003, V ZR 65/03, VIZ 2004, 278, 279). Dies ist aber nur einer der denkbaren Anwendungsfälle für eine stillschweigende Verpflichtung zur Bestellung einer Dienstbarkeit. Die Rechtsprechung

des Senats geht auf das Reichsgericht zurück, das eine stillschweigende Verpflichtung zur Begründung einer Dienstbarkeit auch dann angenommen hat, wenn die Beteiligten den bestehenden Zustand ungeschmälert erhalten wollten und dies nur durch die Einräumung von Dienstbarkeiten zu erreichen war (JW 1912, 361, 362). Mit der Frage, ob der Vertrag des Klägers mit seiner Mutter eine stillschweigende Verpflichtung zur Begründung einer Dienstbarkeit auch für den Tank enthält, hat sich das Berufungsgericht, von seinem Standpunkt aus folgerichtig, nicht befasset. Die erforderliche Auslegung kann der Senat aber nachholen, da der Text des Vertrags vorliegt und die relevanten Umstände feststehen.

(2) Danach enthält der Vertrag die stillschweigende Verpflichtung zur Bestellung einer Grunddienstbarkeit, nach der der Kläger den Öltank zum Betrieb der Heizung der Beklagten dulden muss. In der Vereinbarung ist vorgesehen, dass die Leitungen zur Versorgung aller Gebäude mit Strom und Wasser und Leitungen zur Entsorgung von Abwasser auf den beiden Grundstücken „auf alle Zeiten an den Plätzen verlegt bleiben“ dürfen und durch wechselseitige Grunddienstbarkeiten abgesichert werden sollen. Es sollte sich also an der Versorgungssituation nichts ändern. Diese umfasste aber jedenfalls nach der Übertragung der beiden Grundstücke auf den Kläger und den Vater der Beklagten auch den Heizöltank, der das Wohnhaus auf dem Grundstück der Beklagten mit Heizöl versorgte. Ein Anhaltspunkt, dass der Kläger, seine Mutter und der Vater der Beklagten für diesen Tank eine andere Regelung treffen wollten, insbesondere, dass der Kläger berechtigt sein sollte, die Beseitigung des Heizöltanks zu verlangen, ist nicht erkennbar. Vielmehr sollten die Nutzungsverhältnisse auch insoweit so bleiben wie sie waren. Das war ebenso wie bei den ausdrücklich angesprochenen Leitungen für Wasser, Abwasser und Strom auch bei dem Heizöltank nur durch eine Grunddienstbarkeit zu erreichen, zu deren Bestellung der Kläger sich deshalb gegenüber dem an dem Vertrag beteiligten Vater der Beklagten stillschweigend ebenfalls verpflichtet hatte. Dem entsprechend ist der Heizöltank in den auf den Übergabevertrag folgenden etwa 20 Jahren auch in dem Grundstück des Klägers verblieben.

bb) Nach Treu und Glauben war der Kläger an der Geltendmachung seines Beseitigungsanspruchs aber nur solange gehindert, wie er verpflichtet war, den Zustand, dessen Beseitigung er verlangt, durch eine Grunddienstbarkeit dinglich abzusichern. Das ist jetzt nicht mehr der Fall. Der Kläger sollte die Nutzung des Öltanks auf seinem Grundstück zum Betrieb der Heizung auf dem Grundstück der Beklagten dinglich absichern. Er war deshalb an einem Beseitigungsverlangen nur solange gehindert, wie die Beklagten den Öltank für diesen Zweck nutzten. Mit der Aufgabe dieser Nutzung ist das Hindernis entfallen. Die weitere von dem damaligen Zustand abweichende Nutzung seines Grundstücks durch die Beklagten hat der Kläger nicht dinglich abzusichern und deshalb auch nicht zu dulden.

3. Dieser Anspruch ist nicht verjährt.

a) Unbegründet sind allerdings die Zweifel des Berufungsgerichts daran, dass der Anspruch des Grundstückseigentümers aus § 1004 Abs. 1 BGB überhaupt der Verjährung unterliegt. Das ist nach ständiger Rechtsprechung des Senats der Fall (BGH, Urteil vom 28.1.2011, V ZR 141/10, NJW 2011, 1068 f. Rdnr. 6 m. w. N).

b) Zu Recht nimmt das Berufungsgericht indes an, dass die regelmäßige Verjährungsfrist, der der Anspruch unterliegt, nicht abgelaufen ist. Sie begann weder mit dem Erwerb des Eigentums durch den Kläger noch gemäß Art. 229 § 6 Abs. 4 Satz 1 EGBGB mit dem 1.1.2002, sondern erst mit der Stillle-

gung des Tanks im Juni 2010 zu laufen. Erst damit ist der Anspruch fällig geworden und i. S. v. § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB entstanden, weil der Kläger bis dahin zur Duldung des Tanks verpflichtet war. Die Verjährung des Beseitigungsanspruchs ist deshalb durch die im Mai 2010 erhobene Klage auf Beseitigung des Tanks rechtzeitig gehemmt worden.

### III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

2. BGB § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 (*Sachmangel bei zu Wohnzwecken genutztem Grundstück – Begriff negativer Beschaffenheit der Kaufsache*)

**Ein zu Wohnzwecken genutztes Grundstück ist mit einem Sachmangel im Sinne des § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB behaftet, wenn es von Grundwasser durchströmt wird, das mit Giftstoffen (Cyanide) belastet ist.**

BGH, Urteil vom 30.11.2012, V ZR 25/12

Mit notariellem Vertrag vom 12. (Angebot der Kläger) und 22.11.2005 (Annahme der Beklagten) kauften die Kläger von der Beklagten eine Eigentumswohnung in einer Wohnanlage in B zu einem Preis von 136.970 €. Das dazugehörige Grundstück ist Teil einer Gesamtfläche, auf der bis zum Jahre 1953 eine Gasanstalt betrieben wurde. Die Fläche wurde in dem Bodenbelastungskataster des Landes B als Altlast geführt, worüber die Behörde die Beklagte im Jahre 2003 schriftlich unterrichtet hatte. Nach Durchführung von Bodenuntersuchungen hatte die Behörde der Beklagten in einem Schreiben vom 10.8.2005 mitgeteilt, dass sie das Grundstück hinsichtlich aller Wirkungspfade vom Verdacht auf schädliche Bodenveränderungen befreie; das Grundstück werde jedoch von cyanidhaltigem Wasser durchströmt, weshalb bei Bauarbeiten, die bis in den Grundwasseranschnitt reichten, in Abstimmung mit der Verwaltung eine Reinigung des während der Baumaßnahme geförderten Grundwassers erforderlich sei.

In dem notariellen Vertrag ist die Haftung der Verkäuferin für Sachmängel des Kaufgegenstands ausgeschlossen worden. Die Angebotsklärung enthält die Hinweise, dass die Fläche im Bodenbelastungskataster als Altlast geführt wurde, die Senatsverwaltung für Stadtentwicklung jedoch mit Schreiben vom 10.8.2005 bestätigt habe, dass das verkaufte Flurstück hinsichtlich aller Wirkungspfade vom Verdacht auf schädliche Bodenveränderungen befreit sei, und den Vermerk, dass dem Erwerber der Inhalt dieses Schreibens bekannt sei.

Die Kläger erklärten im Juli 2008 den Rücktritt vom Kaufvertrag mit der Begründung, dass die Erklärungen der Beklagten den wahren Sachverhalt bezüglich der im Boden und im Grundwasser enthaltenen Altlasten nur bruchstückhaft und beschönigend wiedergegeben hätten. Die in der Urkunde zitierten behördlichen Schreiben seien ihnen nicht bekannt gewesen. Ihre Klage auf Rückzahlung des Kaufpreises zuzüglich Zinsen Zug um Zug gegen Rücküberweisung der Wohnung, auf Freistellung von den zur Finanzierung des Kaufs aufgenommenen, über den Kaufpreis hinausgehenden Darlehensschulden sowie von weiteren, ihnen durch den Erwerb entstandenen Verbindlichkeiten, auf Feststellung des Annahmeverzugs und Verurteilung zur Zahlung außergerichtlicher Kosten i. H. v. 2.895,03 € nebst Zinsen hat das LG abgewiesen. Die Berufung der Kläger ist erfolglos geblieben. Mit der von dem Kammergericht zugelassenen Revision verfolgen die Kläger ihre Klageanträge weiter.

*Aus den Gründen:*

### II.

(...) 1. Das Berufungsgericht verneint rechtsfehlerhaft Ansprüche der Kläger auf Rückzahlung des Kaufpreises wegen eines Sachmangels (§ 437 Nr. 2 Alt. 1, §§ 440, 323, 326 Abs. 5, § 346 Abs. 1 BGB).

a) Ein Sachmangel eines Grundstücks im Sinne des § 434 Abs. 1 BGB kann auch dann vorliegen, wenn zwar nicht der

Boden, aber das durch das Grundstück fließende Grundwasser mit giftigen Schadstoffen belastet ist. So ist es hier.

aa) Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, dass das Grundwasser, auf das sich das Eigentumsrecht des Verkäufers am Grundstück nicht erstreckt (BVerfGE 58, 300, 332 f.), nicht Teil der Kaufsache ist. Die den Mangel auslösende Beschaffenheit der Kaufsache wird in diesem Fall durch die tatsächliche Beziehung des Grundstücks zu seiner Umwelt begründet, hier durch dessen Nachbarschaft zu einem kontaminierten Grundstück, von dem aus Schadstoffe über das Grundwasser emittiert werden. Dass ein Sachmangel in den wirtschaftlichen, sozialen oder rechtlichen Beziehungen der Sache zu ihrer Umwelt begründet sein kann, die die Brauchbarkeit oder den Wert der Sache beeinflussen, entspricht der ständigen Rechtsprechung (vgl. BGH, Urteil vom 9.7.1976, V ZR 256/75, BGHZ 67, 134, 136; BGH, Urteil vom 18.11.1977, V ZR 172/76, BGHZ 70, 47, 49; BGH, Urteil vom 10.7.1987, V ZR 236/85, NJW-RR 1988, 10, 11; BGH, Urteil vom 22.2.1991, V ZR 299/89, NJW 1991, 1673, 1675).

(1) Nach dem bis zum 31.12.2001 geltenden Gewährleistungsrecht stellten Umweltbeziehungen, die die Brauchbarkeit oder den Wert der Kaufsache negativ beeinflussen, allerdings nur dann einen Fehler im Sinne des § 459 Abs. 1 BGB a. F. dar, wenn sie ihren Grund in der Beschaffenheit der Sache hatten und sich nicht erst durch Heranziehung von außerhalb des Kaufgegenstands liegenden Verhältnissen oder Umständen ergaben (vgl. BGH, Urteil vom 9.7.1976, V ZR 256/75, a. a. O.; BGH, Urteil vom 18.11.1977, V ZR 172/76, a. a. O.; BGH, Urteil vom 10.7.1987, V ZR 236/85, a. a. O. und BGH, Urteil vom 22.2.1991, V ZR 299/89, a. a. O.). Der Senat hat vor diesem Hintergrund offengelassen, ob über die Luft vermittelte, von einem benachbarten Klärwerk ausgehende Geruchsbelästigungen einen Fehler im Sinne des § 459 Abs. 1 BGB darstellen (BGH, Urteil vom 10.7.1987, V ZR 236/85, a. a. O.).

(2) Nach dem seit dem 1.1.2002 geltenden und hier anzuwendenden Kaufrecht sind solche von einem benachbarten Grundstück ausgehende, über die Luft oder das Grundwasser übertragene Umwelteinwirkungen als eine (negative) Beschaffenheit der Kaufsache im Sinne des § 434 Abs. 1 BGB anzusehen. Der Senat hat bereits ausgeführt, dass die Neuregelung die frühere Unterscheidung zwischen Fehlern (§ 459 Abs. 1 BGB a. F.) und zusicherungsfähigen Eigenschaften (§ 459 Abs. 2 BGB a. F.) eingeebnet hat (BGH, Urteil vom 5.11.2010, V ZR 228/09, NJW 2011, 1217, 1218). Als Eigenschaften einer Sache sind neben ihrer physischen Beschaffenheit alle tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse anzusehen, welche die Beziehung der Sache zur Umwelt betreffen und wegen ihrer Art und Dauer die Brauchbarkeit oder den Wert der Sache beeinflussen (vgl. BGH, Urteil vom 19.12.1980, V ZR 185/79, BGHZ 79, 183, 185). Vor diesem Hintergrund gehören die Beziehungen der Kaufsache zur Umwelt jedenfalls dann zu ihrer Beschaffenheit im Sinne des § 434 Abs. 1 BGB, wenn sie in irgendeiner Weise mit ihren physischen Eigenschaften zusammenhängen (vgl. *Bamberger/Roth/Faust*, BGB, 3. Aufl., § 434 Rdnr. 22; *Erman/Grunewald*, BGB, 13. Aufl., § 434 Rdnr. 4; *MünchKommBGB/Westermann*, 6. Aufl., § 434 Rdnr. 9). Ein solcher Zusammenhang ist bei Grundwasser gegeben, das den zum verkauften Grundstück(santeil) gehörenden Erdkörper durchströmt. Ist das Grundwasser mit Cyanid belastet, weil das Grundstück in der Nähe einer anderen kontaminierten Fläche liegt, von dem aus die Schadstoffe emittiert werden, kann ein Sachmangel auch dann vorliegen, wenn das verkaufte Grundstück – wie hier – selbst nicht kontaminiert ist (vgl. *Frey*, Haftung für Altlasten, S. 124; *Knoche*, NJW 1995, 1985, 1987).

bb) Die verkaufte Eigentumswohnung ist deswegen mit einem Sachmangel behaftet.

(1) Dies ist hier nach § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB zu beurteilen, da die Vertragsparteien weder eine sog. negative Beschaffenheitsvereinbarung vereinbart (§ 434 Abs. 1 Satz 1 BGB) noch eine besondere Verwendung nach dem Vertrag vorausgesetzt (§ 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BGB) haben. Das Grundstück ist zwar als Altlastenverdachtsfläche verkauft worden. Hierin ist aber keine Beschaffenheitsvereinbarung, sondern (nur) ein Haftungsausschluss für Bodenkontaminationen zu sehen (dazu unter b). Wollen die Vertragsparteien, dass das Grundstück als eine mit Schadstoffen kontaminierte Fläche verkauft sein soll, müssen sie eine entsprechende konkrete Beschaffenheitsvereinbarung treffen (vgl. *Faust* in FS Picker, S. 185, 189; *Hertel* in *Krüger/Hertel*, Der Grundstückskauf, 10. Aufl., Rdnr. 1111 ff.). Davon kann jedoch keine Rede sein, wenn – wie hier – das Grundstück als ein von dem Verdacht auf schädliche Bodenveränderungen freigestelltes Grundstück verkauft worden ist. Eine besondere Verwendungseignung der verkauften Eigentumswohnung ist ebenfalls weder vereinbart noch nach dem Vertrag vorausgesetzt worden.

(2) Nach § 434 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 BGB ist die Sache nur dann frei von Sachmängeln, wenn sie sich für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann. Die in der Vorschrift genannten Merkmale der Sache (Verwendungseignung und übliche Beschaffenheit) müssen kumulativ vorliegen, damit die Sache mangelfrei ist (*Bamberger/Roth/Faust*, BGB, 3. Aufl., § 434 Rdnr. 53). Das ist hier nicht der Fall.

(a) Zwar mag die Kaufsache zur gewöhnlichen Verwendung (zum Wohnen) geeignet sein, weil schädigende Einwirkungen durch von dem kontaminierten Grundwasser ausgasenden Cyanwasserstoff weder auf die Hausbewohner noch auf die Anpflanzungen zu erwarten sind. Die Kaufsache weist aber nicht die übliche Beschaffenheit eines zu Wohnzwecken genutzten Grundstücks auf.

(b) Zu dieser Beschaffenheit gehört die Freiheit von nicht nur unerheblichen Kontaminationen des Grundwassers. Mit den giftigen Stoffen (Cyaniden) sind nämlich besondere Gefahren und Risiken verbunden, die ein Käufer in der Regel ohne Weiteres nicht hinzunehmen bereit ist. Solche ergeben sich schon daraus, dass die Höhe des Grundwasserstands nicht konstant ist und in besonderen Situationen (Hochwasserlagen) das Grundwasser an die Erdoberfläche treten und in die Untergeschosse eindringen kann. Zur üblichen Beschaffenheit eines bebauten Grundstücks gehört es auch nicht, dass – wie in dem Schreiben der Behörde vom 10.8.2005 ausgeführt – bei Baumaßnahmen auf dem Grundstück, die eine Grundwasserhaltung erfordern, besondere Schutzmaßnahmen zur Dekontamination des an die Oberfläche geförderten Grundwassers notwendig sind. Dass solche Baumaßnahmen in absehbarer Zeit nicht zu erwarten sind, rechtfertigt entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts keine andere Beurteilung. Abgesehen davon, dass es im Rahmen von § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB auf die objektive Beschaffenheit von Sachen gleicher Art und somit auf eine abstrakte Sichtweise ankommt, können Baumängel, Um- oder Ausbauten am Gebäude oder auch außergewöhnliche Ereignisse (Brand, Explosion) eine Grundwasserhaltung erfordernde Baumaßnahme vor Ablauf der üblichen Nutzungsdauer des Hauses erforderlich machen.

b) Die Ansprüche der Kläger wegen dieses Sachmangels sind nicht schon deshalb ausgeschlossen, weil das Grund-

stück als Altlastenverdachtsfläche verkauft und ein Haftungsausschluss für Sachmängel vereinbart worden ist.

aa) Allerdings nimmt das Berufungsgericht zutreffend an, dass der Grundstücksverkäufer grundsätzlich nicht haftet, sofern er den Käufer vor Vertragsschluss (was allerdings notwendig ist: BGH, Urteil vom 12.7.1991, V ZR 121/90, NJW 1991, 2900, 2901; BGH, Urteil vom 3.3.1995, V ZR 43/94, NJW 1995, 1549, 1550; BGH, Urteil vom 2.2.1996, V ZR 239/94, BGHZ 132, 30, 32; BGH, Urteil vom 1.10.1999, V ZR 218/98, NJW 1999, 3777, 3778, und BGH, Urteil vom 20.10.2000, V ZR 285/99, NJW 2001, 64) auf den Altlastenverdacht hingewiesen hat. Der Käufer, der nach einem solchen Hinweis das Grundstück unter Vereinbarung eines Haftungsausschlusses kauft, trägt das Risiko, dass sich der Verdacht als begründet erweist.

bb) Anders verhält es sich jedoch, wenn der Verkäufer bei Vertragsschluss bereits weiß, dass der Verdacht begründet ist; denn ein Verkäufer, der einen Mangel arglistig verschweigt, kann sich nach § 444 BGB nicht auf den vertraglich vereinbarten Haftungsausschluss berufen (vgl. BGH, Urteil vom 20.10.2000, V ZR 285/99, NJW 2001, 64). Das kommt hier in Betracht.

(1) Die Beklagte hatte aufgrund des Schreibens der Behörde vom 10.8.2005 Kenntnis von der Belastung des Grundwasserstroms. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts hätte sie die Kläger darüber aufklären müssen. Der Verkäufer darf sein konkretes Wissen über Schadstoffbelastungen nicht zurückhalten (BGH, Urteil vom 20.10.2000, V ZR 285/99, a. a. O.). Er muss den Käufer nicht nur über Schadstoffbelastungen des verkauften Grundstücks selbst (über schädliche Bodenveränderungen im Sinne des § 2 Abs. 3 BBodSchG), sondern auch über die Zuführung von giftigen Schadstoffen informieren, die von einem kontaminierten Nachbargrundstück ausgehen (vgl. OLG Schleswig, OLGR 2005, 709, 711). Die von dort emittierten Schadstoffe können – wie im Boden vorhandene – die Verwendungseignung des verkauften Grundstücks beeinträchtigen oder Gefahren und Risiken dafür darstellen.

(2) Das bewusste Zurückhalten solcher Informationen stellte sich als ein arglistiges Verschweigen des Mangels dar. Ob die Beklagte die Kontamination des Grundwassers rechtlich zutreffend als Sachmangel gewürdigt hat, ist ohne Belang (BGH, Beschluss vom 8.12.2006, V ZR 249/05, NJW 2007, 835, 836 Rdnr. 8). Ein arglistiges Verschweigen kommt nämlich bereits dann in Betracht, wenn der Verkäufer den Mangel kennt oder ihn zumindest für möglich hält, wobei es genügt, dass er die den Mangel begründenden Umstände kennt (vgl. BGH, Urteil vom 7.3.2003, V ZR 437/01, NJW-RR 2003, 989, 990 und BGH, Urteil vom 16.3.2012, V ZR 18/11, NJW-RR 2012, 1078, 1079 Rdnr. 24).

2. Nicht von Rechtsfehlern frei sind auch die Ausführungen des Berufungsgerichts zu einem Schadensersatzanspruch wegen Verschuldens bei Vertragsschluss nach § 280 i. V. m. § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB.

a) Die Klage kann auch auf einen solchen Anspruch gestützt werden. Zwar sind Ansprüche aus vorvertraglichem Verschulden, wenn es um Verhaltenspflichten des Verkäufers im Zusammenhang mit der Beschaffenheit der Kaufsache geht, grundsätzlich durch die vorrangigen Vorschriften über die Haftung des Verkäufers wegen Sachmängeln nach §§ 434 ff. BGB ausgeschlossen. Das gilt jedoch nicht, wenn dem Verkäufer ein vorsätzliches Verhalten zur Last fällt (BGH, Urteil vom 27.3.2009, V ZR 30/08, BGHZ 180, 205, 210 ff.).

b) Das kommt hier im Hinblick darauf in Betracht, dass in dem Kaufvertrag nur der für die Beklagte günstige Teil des Schreibens der Behörde vom 10.8.2005 – die Befreiung des verkauften Grundstücks von dem Verdacht einer schädlichen Bodenveränderung – mitgeteilt, die für diese ungünstige Information über die Schadstoffbelastung des Grundwassers aber nicht erwähnt worden ist. Diese stellt aber – wie vorstehend ausgeführt – einen Mangel und damit auch einen für den Vertragsentschluss eines Käufers wesentlichen Umstand dar, über den die Beklagte die Kläger von sich aus hätte informieren müssen.

### III.

Das Berufungsurteil kann daher keinen Bestand haben. Es ist aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, da der Rechtsstreit auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen nicht entscheidungsfähig ist.

1. Die Beklagte hätte allerdings bereits ihrer Aufklärungspflicht Genüge getan, wenn, wie von ihr behauptet, der Vermittler W den Klägern (eine Kopie) des Schreibens der Behörde vom 10.8.2005 übergeben hätte. Ein Verkäufer muss auf einen Mangel nicht ausdrücklich hinweisen, wenn er dem Käufer vor Vertragsschluss Unterlagen überreicht hat, aus denen sich die Mangelhaftigkeit der Sache ergibt, und er deswegen die berechnete Erwartung haben kann, dass der Käufer diese Unterlagen unter diesem Gesichtspunkt gezielt durchsehen und zur Grundlage seiner Kaufentscheidung machen wird (vgl. BGH, BGHZ 188, 43, 46; NJW 2012, 846 Rdnr. 7). Davon kann in dem Revisionsverfahren jedoch nicht ausgegangen werden, da das Vorbringen der Beklagten von den Klägern bestritten worden ist und die von den Parteien dazu angebotenen Beweise nicht erhoben worden sind.

2. Das Berufungsgericht hat zudem – von seinem Standpunkt aus folgerichtig – keine Feststellungen zum subjektiven Tatbestand des arglistigen Verschweigens des durch die Kontamination des Grundwassers begründeten Mangels getroffen.

a) Das ist jedoch erforderlich, weil ein arglistiges Verschweigen neben der Kenntnis des Verkäufers von dem Mangel voraussetzt, dass dieser weiß oder zumindest damit rechnet und billigend in Kauf nimmt, dass der Käufer den Mangel nicht kennt und bei Offenbarung den Vertrag nicht oder nicht mit dem vereinbarten Inhalt geschlossen hätte (BGH, Beschluss vom 8.12.2006, V ZR 249/05, NJW 2007, 835, 836 Rdnr. 9; BGH, Urteil vom 12.11.2010, V ZR 181/09, BGHZ 188, 43, 48 Rdnr. 14).

b) In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Beklagte sich auf die im notariellen Angebot enthaltene Erklärung der Kläger, ihnen sei der Inhalt des Schreibens der Behörde vom 10.8.2005 bekannt, nicht wird berufen können, wenn es sich hierbei um eine von ihr gestellte Vertragsbedingung im Sinne von § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB handelt. Dies ergibt sich aus der Vorschrift des § 309 Nr. 12b BGB, nach der von dem Verwender vorformulierte Bestätigungen von Tatsachen durch die andere Vertragspartei, welche die Beweislast zu deren Nachteil ändern oder auch nur die Anforderungen an die Beweisführung erhöhen, unwirksam sind (vgl. BGH, Urteil vom 28.1.1987, IV ZR 173/85, BGHZ 99, 374, 380, und BGH, Urteil vom 20.4.1989, IX ZR 214/88, NJW-RR 1989, 817). Dass es sich hier um vorformulierte Vertragsbedingungen handelt liegt zwar nahe, weil zunächst die Beklagte Kenntnis vom Altlastenverdacht und den an sie gerichteten behördlichen Schreiben hatte, ist aber von dem Berufungsgericht nicht festgestellt worden. Das wird ggf. nachzuholen sein.

3. WEG § 5 Abs. 1, 2, § 10 Abs. 4, §§ 14, 30 Abs. 3 Satz 2; BGB §§ 93, 94 (*Kein Sondereigentum an wesentlichen Gebäudeteilen – Leistungsstrang mit Funktion „Exklusivversorgung“*)

1. **Durch die Teilungserklärung kann Sondereigentum an wesentlichen Bestandteilen des Gebäudes nicht begründet werden; diese kann die Grenze zwischen dem gemeinschaftlichen Eigentum und dem Sondereigentum nur zugunsten, nicht aber zuungunsten des gemeinschaftlichen Eigentums verschieben (Bestätigung von Senat, BGHZ 50, 56, 60 = NJW 1968, 1230).**
2. **Versorgungsleitungen, die wesentliche Bestandteile des Gebäudes sind, stehen zwingend im Gemeinschaftseigentum, soweit sie im räumlichen Bereich des Gemeinschaftseigentums verlaufen. Das gilt auch dann, wenn ein Leistungsstrang ausschließlich der Versorgung einer einzelnen Wohnung dient (Abgrenzung zu BGH, NJW 2011, 2958).**

BGH, Urteil vom 26.10.2012, V ZR 57/12

Die Parteien bilden eine Wohnungserbbaurechtsgemeinschaft. Zur Wohnung der Kläger gehören Räume im Dachgeschoss. Diese werden durch eine Wasserleitung versorgt, welche vor ihrem Eintritt in den Bereich des Sondereigentums in einer Dachabseite verläuft. Die Dachabseite gehört zum gemeinschaftlichen Eigentum. Durch eine Wandöffnung können die Kläger den sich in der Dachabseite befindlichen, ausschließlich ihre Einheit versorgenden Teil der Leitung sehen und erreichen.

In der Teilungserklärung heißt es:

„Gegenstand des Sondereigentums sind die in § 3 ... bezeichneten Räume sowie die zu diesen Räumen gehörenden Bestandteile des Gebäudes, die verändert, beseitigt oder eingefügt werden können, ohne dass dadurch das gemeinschaftliche Eigentum oder ein auf Sondereigentum beruhendes Recht eines anderen Wohnungserbbauberechtigten über das nach § 14 WEG zulässige Maß hinaus beeinträchtigt oder die äußere Gestaltung des Gebäudes verändert wird. Mithin gehören zum Sondereigentum:

...

e) die Wasserleitungen vom Anschluss an die gemeinsame Steigleitung an ...“

In der Eigentümerversammlung vom 18.6.2009 wurde der Antrag der Kläger abgelehnt, die in der Dachabseite verlaufende Wasserleitung wegen einer Beschädigung durch wiederholtes Einfrieren austauschen zu lassen und die anfallenden Kosten der Gemeinschaft aufzuerlegen (TOP 11a). Stattdessen wurde ein Beschluss gefasst, wonach es sich bei der Leitung um Sondereigentum handele, für das die Kläger verantwortlich seien (TOP 11b).

Die Kläger haben den Beschluss zu TOP 11 angefochten und dessen gerichtliche Ersetzung durch einen dem Antrag zu TOP 11a entsprechenden Beschluss verlangt. Das AG hat die Klage abgewiesen. Während des Berufungsverfahrens haben die Kläger die Reparatur der Leitung auf eigene Kosten veranlasst. Der ursprüngliche Klageantrag ist von den Parteien sodann übereinstimmend für erledigt erklärt worden. Die Kläger haben stattdessen beantragt festzustellen, dass die in der Dachabseite befindliche Leitung im Gemeinschaftseigentum steht. Das Berufungsgericht hat antragsgemäß entschieden. Mit der zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Kläger beantragen, möchten die Beklagten die Abweisung des Feststellungsantrags erreichen; ferner erstreben sie die Änderung der zu ihren Lasten ergangenen Kostenentscheidung auch insoweit, als diese den übereinstimmend für erledigt erklärten Teil des Rechtsstreits betrifft.

Aus den Gründen:

## I.

Das Berufungsgericht lässt offen, ob es sich bei dem in der Dachabseite befindlichen Teil der Wasserleitung um einen

Abzweig von der Hauptleitung im Sinne der Teilungserklärung handelt. Eine Leitung, die außerhalb des Sondereigentums streckenweise durch das Gemeinschaftseigentum verlaufe, sei jedenfalls zwingend dem Gemeinschaftseigentum zuzuordnen; das gelte auch dann, wenn diese Leitung nur eine Sondereigentumseinheit versorge.

## II.

Die Revision ist unbegründet.

A. Die Stattgabe des Feststellungsantrags hält rechtlicher Nachprüfung stand.

1. Zutreffend geht das Berufungsgericht von einem Feststellungsinteresse der Kläger im Verhältnis zu den Beklagten aus (§ 256 Abs. 1 ZPO). Dem steht nicht entgegen, dass die Wohnungserbbaurechtsgemeinschaft als Verband nach § 10 Abs. 6 i. V. m. § 30 Abs. 3 Satz 2 WEG rechtsfähig ist. Die (Teil-)Rechtsfähigkeit beschränkt sich auf die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums. Streitigkeiten über die sachenrechtlichen Grundlagen der Gemeinschaft, insbesondere über die Abgrenzung von Gemeinschafts- und Sondereigentum, fallen nicht in diese Verwaltungszuständigkeit, sondern sind dem Gemeinschaftsverhältnis vorgelagert (vgl. Senat, Urteil vom 30.6.1995, V ZR 118/94, BGHZ 130, 159, 164 f. und Beschluss vom 2.6.2005, V ZB 32/05, BGHZ 163, 154, 177 f.; *Klein in Bärmann*, WEG, 11. Aufl., § 43 Rdnr. 55).

2. Zu Recht nimmt das Berufungsgericht ferner an, dass die in der Dachabseite befindliche Wasserleitung im gemeinschaftlichen Eigentum der Wohnungserbbauberechtigten steht.

a) Auf die Regelung in der Teilungserklärung, nach der die Wasserleitungen vom Anschluss an die gemeinsame Steigleitung an zum Sondereigentum gehören, kommt es allerdings nicht an. Durch eine Teilungserklärung kann Sondereigentum an wesentlichen Bestandteilen des Gebäudes (§§ 93, 94 BGB), zu denen die innerhalb des Gebäudes verlegten Wasserleitungen zählen, nämlich nicht begründet werden.

Welche wesentlichen Gebäudebestandteile im Sondereigentum stehen, bestimmt sich allein nach den gesetzlichen Regelungen in § 5 Abs. 1 bis 3 WEG. Der Teilungserklärung kommt dabei nur indirekte Bedeutung zu. Zum einen bestimmt sie, welche Räume Gegenstand des Sondereigentums sind, so dass die zu diesen Räumen gehörenden Bestandteile nach § 5 Abs. 1 WEG kraft Gesetzes ebenfalls Sondereigentum werden. Zum anderen kann sie Bestandteile, die nach § 5 Abs. 1 WEG im Sondereigentum stünden, dem Gemeinschaftseigentum zuordnen (§ 5 Abs. 3 WEG). Den umgekehrten Weg, also die konstitutive Zuordnung von wesentlichen Gebäudebestandteilen zum Sondereigentum durch die Teilungserklärung, sieht das Gesetz hingegen nicht vor; die Teilungserklärung kann die Grenze zwischen dem gemeinschaftlichen Eigentum und dem Sondereigentum nur zugunsten, nicht aber zu Ungunsten des gemeinschaftlichen Eigentums verschieben (Senat, Beschluss vom 3.4.1968, V ZB 14/67, BGHZ 50, 56, 60; OLG Hamburg, ZMR 2004, 291, 293; *Armbrüster in Bärmann*, WEG, 11. Aufl., § 5 Rdnr. 19; *BeckOK-WEG/Timme/Kessler*, Stand 1.1.2013, § 5 Rdnr. 51; *Riecke/Schmid/Schneider*, WEG, 3. Aufl., § 5 Rdnr. 6; *Staudinger/Rapp* [2005], § 5 WEG Rdnr. 26; *Kümmel* in *Festschrift für Merle*, S. 207, 216 f.; *Jennißen*, ZMR 2011, 974; *Hügel/Elzer*, DNotZ 2012, 4, 5 f.; *Schmitz*, MittBayNot 2012, 180, 181). Wesentliche Bestandteile, die nicht kraft Gesetzes im Sondereigentum stehen, sind vielmehr zwingend dem gemeinschaftlichen Eigentum zugeordnet (vgl. auch § 1 Abs. 5 WEG). Aus der Entscheidung des Senats zur Sondereigentumsfähigkeit von Heizkörpern, die teilweise anders verstanden worden ist (vgl.

nur *Hügel/Elzer*, DNotZ 2012, 4, 7 f.), ergibt sich nichts Abweichendes. Denn die dort maßgebliche Teilungserklärung entsprach der gesetzlichen Regelung (BGH, Urteil vom 8.7.2011, V ZR 176/10, NJW 2011, 2958 ff.; dazu *Rüscher*, ZfIR 2011, 836; *Armbrüster*, ZWE 2011, 392, 393).

b) Aus der Vorschrift des § 5 WEG, die aufgrund der in § 30 Abs. 3 Satz 2 WEG enthaltenen Verweisung auch bei einer Wohnungserbaurechtsgemeinschaft für die Abgrenzung von Gemeinschafts- und Sondereigentum maßgeblich ist, ergibt sich, dass die in der Dachabseite befindliche Leitung im gemeinschaftlichen Eigentum der Erbbauberechtigten steht.

aa) Nach § 5 Abs. 1 WEG sind Gegenstand des Sondereigentums die zu den im Sondereigentum stehenden Räumen gehörenden Bestandteile des Gebäudes, die verändert, beseitigt oder eingefügt werden können, ohne dass dadurch das gemeinschaftliche Eigentum oder ein auf Sondereigentum beruhendes Recht eines anderen Wohnungseigentümers über das nach § 14 WEG zulässige Maß hinaus beeinträchtigt oder die äußere Gestaltung des Gebäudes verändert wird.

(1) Ob danach Leitungen, die in tragenden und damit im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Wänden (unter Putz) verlegt sind, zwingend dem Gemeinschaftseigentum zuzurechnen sind, weil mit dem Vorgang ihres Einfügens, Veränderns oder Beseitigens zwangsläufig das Aufschlagen der Wand verbunden ist (so OLG München, Beschluss vom 4.9.2009, 32 Wx 44/09, juris Rdnr. 9; OLG Hamburg, ZMR 2003, 527, 528; BayObLG, WuM 1993, 79, 80; vgl. auch KG, WuM 1989, 89), oder ob maßgeblich auf das Ergebnis eines solchen Vorgangs abzustellen ist (so *Vandenhouten* in *Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten*, WEG, 10. Aufl., § 5 Rdnr. 22; *Kümmel* in Festschrift für Merle, S. 207, 214 f.), bedarf keiner Entscheidung. Denn die hier zu beurteilende Leitung ist nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ohne Weiteres zugänglich.

(2) Wann wesentliche Bestandteile des Gebäudes, die sich zwar im Bereich des Gemeinschaftseigentums befinden, aber nur einer Sondereigentumseinheit dienen, i. S. d. § 5 Abs. 1 WEG zu den Räumen dieser Einheit „gehören“, ist umstritten.

(a) Teils wird ein räumlicher Zusammenhang des Bestandteils zu den Räumen für erforderlich gehalten; dabei wird eine Verbindung durch Zuleitungen in der Regel als ausreichend erachtet (BGB-RGRK/*Augustin*, 12. Aufl., § 5 WEG Rdnr. 14; jurisPK-BGB/K. *Schmidt*, 5. Aufl., § 5 Rdnr. 14; *Grziwotz* in *Jennißen*, WEG, 3. Aufl., § 5 Rdnr. 15; *Vandenhouten* in *Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten*, WEG, 10. Aufl., § 5 Rdnr. 21). Bei Leitungen soll dies jedoch nicht genügen; vielmehr müssten diese sich im räumlichen Bereich der Wohnung befinden und stünden dort von den einzelnen Abzweigungen von der Hauptleitung an im Sondereigentum (LG München I, ZWE 2011, 186, 187; *Armbrüster* in *Bärman*, WEG, 11. Aufl., § 5 WEG Rdnr. 90; *Schmid* in *Schmid/Kahlen*, WEG, § 5 Rdnr. 117; ähnlich BeckOK-WEG/*Timme/Kesseler*, Stand 1.1.2013, § 5 Rdnr. 46 für Stromleitungen; *Grziwotz* in *Jennißen*, WEG, 3. Aufl., § 5 Rdnr. 63). Führten die Anschlussleitungen von der Abzweigung zunächst durch fremdes Sondereigentum oder gemeinschaftliches Eigentum, stünden sie bis zu dem Übergang in das Sondereigentum im Gemeinschaftseigentum (BayObLG, WuM 1993, 79, 80; OLG Stuttgart, Der Wohnungseigentümer 1989, 144; KG, WE 1989, 97, 98; AG Hannover, ZMR 2008, 670; *Rieckel/Schmid/Schneider*, WEG, 3. Aufl., § 5 Rdnr. 59; *Bamberger/Roth/Hügel*, BGB, 3. Aufl., § 5 WEG Rdnr. 10; *Bertram*, Der Wohnungseigentümer 1988, 97, 98); ob und wann sie nach diesem Übergang im Sondereigentum stehen, wird unterschiedlich beantwortet.

(b) Andere halten grundsätzlich einen rein funktionalen, dienenden Zusammenhang für ausreichend. Bezogen auf Wasserleitungen soll das Gemeinschaftseigentum von dem Punkt an enden, ab dem sie nur noch eine Einheit versorgen (BayObLG, OLG München, OLGR 2002, 140; WE 1989, 147; *Weitnauer/Briesemeister*, WEG, 9. Aufl., § 5 Rdnr. 25; *Spielbauer/Then*, WEG, 2. Aufl., § 5 Rdnr. 12 Stichwort „Leitungen“ mit Fn. 116; MünchKommBGB/*Commichau*, 5. Aufl., § 5 WEG Rdnr. 12; BeckOK-*Timme/Kesseler*, WEG, Stand 1.1.2013, § 5 Rdnr. 19, 34 für Abwasserleitungen; *Kümmel* in Festschrift für Merle, S. 207, 210 ff.; *H. Müller*, Praktische Fragen des Wohnungseigentums, 5. Aufl., 2. Teil Rdnr. 18, 31). Zur Begründung wird angeführt, dass der Wortlaut des § 5 Abs. 1 WEG keinen räumlichen Zusammenhang vorschreibe. Auch sei kein sachlicher Grund ersichtlich, weshalb ein Gebäudebestandteil, der ausschließlich einer Sondereigentumseinheit diene und beseitigt, verändert oder eingefügt werden könne, ohne die anderen Wohnungseigentümer zu beeinträchtigen, zwingend zum Gemeinschaftseigentum gehören müsse (*Kümmel*, a. a. O., S. 212).

(c) In Betracht kommt allerdings auch, alle wesentlichen Bestandteile des Gebäudes, die sich außerhalb der im Sondereigentum stehenden Räume befinden, als gemeinschaftliches Eigentum anzusehen. Hierfür ließe sich anführen, dass rechtliche Grundlage des Wohnungseigentums das Miteigentum an dem Grundstück (bzw. hier: die Mitberechtigung an dem Erbbaurecht) ist, welches durch das Wohnungseigentumsgesetz lediglich eine besondere Ausgestaltung erfahren hat (vgl. Senat, Urteil vom 3.4.1968, V ZB 14/67, BGHZ 50, 56, 60). Nach dem allgemeinen sachenrechtlichen Grundsatz, wonach an wesentlichen Bestandteilen eines Gebäudes keine anderen Rechte als am Grundstück bestehen können (§§ 93, 94 BGB), ist daher das Gemeinschaftseigentum die Regel, während das Sondereigentum an solchen Gebäudeteilen eine Ausnahme bildet. Als Ausnahmebestimmung von den Grundsätzen des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist § 5 Abs. 1 WEG im Verhältnis zu diesen eng und nicht ausdehnend auszulegen (Senat, Urteil vom 3.4.1968, V ZB 14/67, a. a. O., S. 61). Bei einer solchen Sichtweise, die zudem zu einer klaren Grenzziehung zwischen Sondereigentum und gemeinschaftlichem Eigentum führte, beschränkte sich der normative Regelungsgehalt des § 5 Abs. 2 WEG auf Bestandteile, die sich innerhalb von im Sondereigentum stehenden Räumen befinden, und sähe nur darauf bezogen unter bestimmten Voraussetzungen die Entstehung von Gemeinschaftseigentum vor.

bb) Diese noch ungeklärten Fragen zu § 5 WEG, die das Berufungsgericht der Sache nach richtigerweise zur Zulassung der Revision veranlasst haben, bedürfen hier allerdings keiner Entscheidung. Denn die Leitung, um deren dingliche Zuordnung die Parteien streiten, steht auch dann zwingend im Gemeinschaftseigentum, wenn mit der wohl einhelligen Auffassung davon ausgegangen wird, dass auch wesentliche Gebäudebestandteile, die sich außerhalb von im Sondereigentum stehenden Räumen befinden, sondereigentumsfähig sind. Bei dieser Prämisse folgt dies aus der Vorschrift § 5 Abs. 2 WEG, nach der Teile des Gebäudes, die für dessen Bestand oder Sicherheit erforderlich sind, sowie Anlagen und Einrichtungen, die dem gemeinschaftlichen Gebrauch der Wohnungseigentümer dienen, nicht Gegenstand des Sondereigentums sind.

(1) Versorgungsleitungen lassen sich zwar bautechnisch in viele einzelne Teile zerlegen. Soweit sie sich im räumlichen Bereich des Gemeinschaftseigentums befinden, sind sie rechtlich jedoch als Einheit anzusehen. Sie bilden ein der Bewirtschaftung und Versorgung des Gebäudes dienendes

Leitungsnetz und damit eine Anlage i. S. v. § 5 Abs. 2 WEG (vgl. BGH, Urteil vom 10.10.1980, V ZR 47/79, BGHZ 78, 225, 227 a. E.). Eine solche Betrachtung entspricht der natürlichen Anschauung und trägt darüber hinaus der Interessenslage der Wohnungseigentümer Rechnung. Sie erhält ihnen die gemeinschaftliche Verfügungsbefugnis über das Leitungsnetz und ermöglicht so Veränderungen daran, beispielsweise die Verwendung von Leitungen, die nur eine Wohneinheit versorgen, auch für andere Zwecke; ferner erleichtert sie die Durchführung von Instandsetzungsarbeiten oder Modernisierungsmaßnahmen an den Versorgungsleitungen. Demgegenüber sind schützenswerte Interessen des einzelnen Sondereigentümers daran, dass sich seine Verfügungs- und Gestaltungsmacht auch auf Leitungen erstreckt, die außerhalb seiner Räume liegen, typischerweise nicht gegeben. Dass einzelne Teile des Leitungsnetzes, die sich – wie die hier zu beurteilende Leitung – im räumlichen Bereich des gemeinschaftlichen Eigentums befinden, nur eine Sondereigentums-einheit versorgen, bleibt daher für ihre dingliche Zuordnung außer Betracht; es gilt nichts anderes als für den Abschnitt eines Treppenhauses, der ausschließlich den Zugang zu einer einzelnen Wohnung ermöglicht und gleichwohl eine Einheit mit dem übrigen Treppenhaus bildet.

(2) Zu dem im Gemeinschaftseigentum stehenden Versorgungsnetz gehören die Leitungen nicht nur bis zu ihrem Eintritt in den räumlichen Bereich des Sondereigentums (so aber *Bamberger/Roth/Hügel*, BGB, 3. Aufl., § 5 WEG Rdnr. 10; *Schmid* in *Schmid/Kahlen*, WEG, § 5 Rdnr. 120), sondern jedenfalls bis zu der ersten für die Handhabung durch den Sondereigentümer vorgesehenen Absperrmöglichkeit (so zu Recht *Klein* in *Bärmann*, WEG, 11. Aufl., § 1 Rdnr. 28). Je nach Bauweise kann das schon daraus folgen, dass eine – nicht durch Ventile, Eckverbindungen oder ähnliche Zwischenstücke – unterteilte Leitung eine einheitliche Sache ist, an der nur einheitliches Eigentum bestehen kann. In erster Linie ist hingegen maßgeblich, dass Wasser- und Heizungsleitungen erst von dem Punkt an ihre Zugehörigkeit zu dem Gesamtnetz verlieren, an dem sie sich durch eine im räumlichen Bereich des Sondereigentums befindliche Absperrvorrichtung hiervon trennen lassen. Aus der Heizkörperentscheidung des Senats, in der auch die sich in den Wohnungen befindlichen Anschlussleitungen der Heizkörper als Teil des Sondereigentums angesehen worden sind (Urteil vom 8.7.2011, V ZR 176/10, NJW 2011, 2958 Rdnr. 14, 16), folgt nichts anderes.

B. Die Revision bleibt auch ohne Erfolg, soweit sie sich gegen den nach § 91a ZPO ergangenen Teil der Kostenentscheidung richtet. Insoweit hätte sie ohnehin nur darauf gestützt werden können, dass das Berufungsgericht die Voraussetzungen dieser Bestimmung verkannt habe (vgl. BGH, Urteil vom 25.11.2009, VIII ZR 322/08, NJW 2010, 2053 Rdnr. 9; Urteil vom 21.12.2006, IX ZR 66/05, NJW 2007, 1591, Rdnr. 24). Das zeigt die Revision indes nicht auf.

(...)

4. WEG § 10 Abs. 3 (*Vorbehalt der Zuweisung von Sondernutzungsrechten*)

1. **Der teilende Eigentümer kann sich in der Gemeinschaftsordnung vorbehalten, bei Verkauf der Wohnungseigentumseinheiten dem jeweiligen Erwerber das Sondernutzungsrecht an bestimmten Flächen einzuräumen und dessen Inhalt näher zu bestimmen.**
2. **Die Gemeinschaftsordnung kann das Recht auch auf Zeiträume ausdehnen, in denen der Aufteilende nicht**

**mehr Wohnungseigentümer, sondern außenstehender Dritter ist.**

3. **Die Zuweisung muss billigem Ermessen folgen. Andernfalls ist sie unwirksam. Dem sich darauf berufenden Wohnungseigentümer steht gegen den (schein-) begünstigten Wohnungseigentümer der Rechtsweg nach § 43 Nr. 2 WEG offen.**

(Nichtamtliche Leitsätze)

OLG Stuttgart, Beschluss vom 11.5.2012, 8 W 164/11

Auf der Grundlage der Teilungserklärung vom 13.12.1999 und des Nachtrags zu derselben vom 24.2.2002 hat die Beteiligte zu 1 gegenüber dem Notariat R IX – Grundbuchamt – unter dem 28.1.2011 Zuweisungserklärungen betreffend verschiedene Sondernutzungsrechte zugunsten der jeweiligen Eigentümer der Einheit Nr. 6 in der Wohnungseigentumsanlage ... in ... abgegeben und zugleich jeweils die Eintragung dieser Gebrauchsregelung im Grundbuch bewilligt und beantragt. Die beantragten Eintragungen wurden vom Grundbuchamt am 24.2.2011 vollzogen. Die Sondernutzungsrechte betreffen drei Stellplätze im 1. Untergeschoss und einen Abstellraum sowie ein Lager im 2. Untergeschoss.

§ 8 der Teilungserklärung vom 13.12.1999 enthält folgende Regelungen:

„1. Nachbenannter Abstellraum, die nachgenannten Stellplätze und die nachgenannten Flurabschnitte werden aufschließend bedingt durch die nachgenannte Zuweisung durch die ... Gesellschaft mit beschränkter Haftung von der gemeinschaftlichen Nutzung durch die Wohnungs- und Teileigentümer ausgenommen: ...

2. Die ... Gesellschaft mit beschränkter Haftung behält sich vor, jeweils die Person des Sondernutzungsberechtigten durch notariell beurkundete oder notariell beglaubigte Erklärung gegenüber dem zuständigen Grundbuchamt zu bestimmen. Das Sondernutzungsrecht kann auch mehreren Berechtigten als gemeinschaftliches Recht zugewiesen werden. Das Sondernutzungsrecht an jeden in vorstehend Ziffer 1 genannten Teil ist jeweils aufschließend bedingt durch den Eingang dieser Bestimmungserklärung beim zuständigen Grundbuchamt. Das Sondernutzungsrecht steht dem jeweiligen Eigentümer des so bestimmten Wohnungs- bzw. Teileigentums zu und kann dann ohne dessen Zustimmung weder geändert noch aufgehoben werden. Das Bestimmungsrecht kann von der ... Gesellschaft mit beschränkter Haftung auch dann noch ausgeübt werden, wenn sie nicht mehr Wohnungs- oder Teileigentümer im Objekt ist. Schuldrechtlich, also nicht als Inhalt des Sondereigentums, wird bestimmt, dass ein für die Zuweisung des Sondernutzungsrechts gewährtes Entgelt ausschließlich der ... Gesellschaft mit beschränkter Haftung zusteht. ...

3. Bei den Stellplätzen Nr. 43 bis Nr. 45 handelt es sich um Parkplätze auf einer Verschiebeeinrichtung; die Stellplätze Nr. 43 und 44 sind auf einer Tandemparkplatte und der Stellplatz Nr. 45 auf einer Einzelparkplatte. Jede Parkplatte ist um ihre eigene Länge auf einer Verschiebeeinrichtung verschiebbar. Der Verschieberegion jeder dieser beiden Parkplatten ist auf Blattnummer A-02 des Aufteilungsplanes ersichtlich gemacht. Durch die Verschiebung der jeweiligen Parkplatte wird die Zu- und Abfahrt von anderen Stellplätzen in der Tiefgarage ermöglicht bzw. erleichtert. Das Sondernutzungsrecht an den Stellplätzen Nr. 43 bis 45 geht jeweils dahin, auf der Parkplatte den betreffenden Stellplatz zu benutzen und gleichzeitig aber dulden zu müssen, dass die Parkplatte (und damit auch der betreffende Stellplatz, ggf. mit dem darauf parkenden Fahrzeug) durch beliebige andere Nutzer von Stellplätzen in der Tiefgarage jederzeit im Verschieberegion der Parkplatte verschoben wird.“

Im Nachtrag vom 24.2.2011 zur Teilungserklärung wurde unter anderem folgende Regelung getroffen:

„3. Durch veränderte Bauausführung im 2. Untergeschoss im Bereich der ‚Grube 04 Doppelparker‘ (so eingezeichnet und gekennzeichnet im Aufteilungsplan Anlage 1 zu gegenwärtiger Niederschrift, Grundrissplan 2. Untergeschoss, Ebene -02) ist zusätzlicher Raum entstanden. In diesem Bereich befindet sich auch ein Raumabschnitt, der im Aufteilungsplan Anlage 1 zu

dieser Niederschrift (Grundrissplan 2. Untergeschoss, Ebene -02) mit ‚Lager‘ bezeichnet und rot umrandet und mit den Eckpunkten A5-B5-C5-D5-A5 bezeichnet ist. In § 8 Ziffer 1 und 2 der Teilungserklärung vom 13.12.1999 wurde ein Zuweisungsvorbehalt für Sondernutzungsrechte getroffen, der durch die Grundbucheintragung Inhalt des Sondereigentums wurde. In diese Regelung wird nunmehr auch das vorbezeichnete Lager einbezogen. Dieses Lager wird aufschiebend bedingt durch die Zuweisung durch die ... GmbH von der gemeinschaftlichen Nutzung durch die Wohnungs- und Teileigentümer ausgenommen. Die in § 8 Ziffer 1 und 2 der Teilungserklärung vom 13.12.1999 getroffene Regelung gilt nunmehr auch für dieses Lager. Die ... GmbH bewilligt und beantragt die Eintragung dieser Regelung als Inhaltsänderung des Sondereigentums im Grundbuch.“

Durch Schriftsatz an das Grundbuchamt vom 8.3.2011 hat die Beteiligte zu 2 die Eintragung eines Amtswiderspruchs gegen die Eintragung der Sondernutzungsrechte zugunsten der Sondereigentumseinheit Nr. 6 an den verschiebbaren Stellplätzen Nr. 43 bis 45 beantragt. Zur Begründung wurde vorgetragen, die Eintragung sei zu Unrecht erfolgt. Der Zuweisungsvorbehalt in § 8 Nr. 2 der Teilungserklärung sei unwirksam. Abgesehen davon sei das Zuweisungsrecht untergegangen, weil es vor der jetzt erfolgten Eintragung im Grundbuch – soweit bekannt – zur Veräußerung von Sondereigentumseinheiten gekommen sei. Die Eintragung der Sondernutzungsrechte sei daher unter Verstoß gegen gesetzliche Bestimmungen geschehen. Die Beteiligte zu 2 verweist zudem darauf, dass die Beteiligte zu 1 in dem Objekt nur noch 4 Pkw-Stellplätze habe. Eine Wohnung oder eine Teileigentumseinheit gehörten ihr schon lange nicht mehr. Mit dem Verkauf der letzten Wohnung (oder Gewerbeinheit) sei ihr Zuweisungsrecht erloschen.

Durch Schreiben an die Beteiligte zu 2 vom 29.3.2011 lehnte das Grundbuchamt die Eintragung eines Amtswiderspruches ab. Hiergegen wendet sich die Beteiligte zu 2 mit ihrer Beschwerde.

Das Notariat Reutlingen IX – Grundbuchamt – hat der Beschwerde nicht abgeholfen und die Akten dem OLG Stuttgart zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

## II.

Die zulässige Beschwerde der Beteiligten zu 2 hat in der Sache keinen Erfolg.

1. Die Beschwerde ist gemäß §§ 71 ff. GBO statthaft und auch im Übrigen zulässig. Die Beschwerde nach § 71 Abs. 1 GBO ist statthaft, wenn das Grundbuchamt die von einem Beteiligten angeregte Eintragung eines Amtswiderspruchs ablehnt (OLG München, 34 Wx 143/10, Beschluss vom 10.3.2011 [zitiert nach juris]; *Demharter*, GBO, 28. Aufl. 2012, § 53 Rdnr. 32 und § 71 Rdnr. 26). Beschwerdeberechtigt ist (nur) derjenige, dem der Anspruch nach § 894 BGB zusteht, für den also der Widerspruch gebucht werden müsste (OLG München, a. a. O.). Das sind vorliegend die Beteiligte zu 2 bzw. die einzelnen weiteren Eigentümer, in deren Namen die Beschwerde zugleich eingelegt ist.

2. Das Grundbuchamt hat die Eintragung eines Widerspruches gegen die verfahrengegenständlichen Eintragungen zu Recht abgelehnt. Die Voraussetzungen für die Eintragung eines Amtswiderspruches gemäß § 53 Abs. 1 GBO sind nicht gegeben.

Gemäß § 53 Abs. 1 GBO ist von Amts wegen ein Widerspruch einzutragen, wenn sich ergibt, dass das Grundbuchamt unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften eine Eintragung vorgenommen hat, durch die das Grundbuch unrichtig geworden ist. Die Gesetzesverletzung muss feststehen, die Unrichtigkeit des Grundbuchs dagegen nur glaubhaft sein (*Demharter*, a. a. O., § 53 Rdnr. 28 m. w. N.).

Was die Verletzung gesetzlicher Vorschriften bei einer Eintragung anbelangt, ist allerdings der begrenzte Umfang der

Prüfungspflicht und der Prüfungsmöglichkeiten im Eintragsverfahren zu berücksichtigen (*Meikel/Böttcher*, GBO, 10. Aufl. 2009, § 53, Rdnr. 73). Bestehen durch Tatsachen oder Tatsachenbehauptungen begründete Zweifel an dem wirksamen Vorliegen der Eintragungsvoraussetzungen, so muss das Grundbuchamt zwar grundsätzlich den Sachverhalt aufklären, § 18 GBO (vgl. *Meikel/Böttcher*, a. a. O., Einl. H, Rdnr. 62 m. w. N.). Dem Grundbuchamt ist aber regelmäßig eine abschließende Beurteilung materieller Rechtsbeziehungen auf der Grundlage der im Eintragsverfahren vorzulegenden Unterlagen nicht möglich. Die Entscheidung über Fragen wie jene nach der Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts gemäß § 138 BGB oder nach einem Verstoß gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) setzt eine wertende Beurteilung in Kenntnis des gesamten Sachverhaltes und aller Umstände voraus, die dem Grundbuchamt im Regelfall nicht zur Verfügung stehen (vgl. *Meikel/Böttcher*, a. a. O., Einl. H, Rdnr. 88; *Schöner/Stöber*, a. a. O., Rdnr. 210). Zu eigenen Ermittlungen gemäß § 12 FGG bzw. nunmehr § 26 FamFG über den Urkundeninhalt hinaus ist das Grundbuchamt weder verpflichtet noch berechtigt (*Schöner/Stöber*, a. a. O., Rdnr. 209 m. w. N.). Nur wenn das Grundbuchamt aufgrund feststehender Tatsachen zur sicheren Kenntnis oder Überzeugung kommt, dass durch die beantragte Eintragung das Grundbuch unrichtig würde, kann es die Eintragung beanstanden (*Schöner/Stöber*, a. a. O., Rdnr. 209a). Die Eintragung eines Amtswiderspruches ist bei einer unsicheren Rechtslage ebenso wenig gerechtfertigt wie bei einer bloßen Vermutung oder gedachten Möglichkeit des unrichtigen Grundbuchs (*Meinke in Bauer/von Oefele*, GBO, 2. Aufl. 2006, § 53 Rdnr. 64).

Im vorliegenden Fall ist zu beachten, dass Zuweisungsvorbehalte betreffend Sondernutzungsrechte an bestimmten Gemeinschaftsflächen, insbesondere Kellerräumen oder Stellplätzen, grundsätzlich rechtlich möglich sind (vgl. im Überblick zu den einzelnen Gestaltungen *Kümmel in Niedenführ/Kümmel/Vanderhouten*, WEG, 9. Aufl. 2010, § 13 Rdnr. 31). Im vorliegenden Fall wurde eine Gestaltung gewählt, nach der unter der aufschiebenden Bedingung der Zuweisung eines Sondernutzungsrechts an einen bestimmten Wohnungseigentümer die anderen Wohnungs- und Teileigentümer vom Mitgebrauch des gemeinschaftlichen Eigentums hinsichtlich der Gegenstände des Sondernutzungsrechts ausgeschlossen sind. Eine solche Gestaltung ist rechtlich grundsätzlich zulässig (BayObLGZ 1985, 378; OLG Stuttgart/Senat Justiz 2002, 408; *Schöner/Stöber*, a. a. O., Rdnr. 2913a m. w. N. in Fn. 175). Die in der Teilungserklärung nebst Nachtrag getroffenen Regelungen wirken über § 10 Abs. 3 WEG auch gegenüber Sonderrechtsnachfolgern anderer Wohnungs- und Teileigentümer (vgl. BayObLGZ 1985, 378). Eine Eintragungsbewilligung der übrigen Eigentümer und deren dinglich Berechtigter ist nicht nötig, auch wenn die Zuweisung des Gebrauchs erst nach der Eintragung der Gemeinschaftsordnung erfolgt (*Schöner/Stöber*, a. a. O., Rdnr. 2913a).

In der Teilungserklärung vom 13.12.1999 und dem Nachtrag vom 24.2.2002 wurden die verfahrengegenständlichen Sondernutzungsrechte im Übrigen auch hinreichend bestimmt bezeichnet. Auch dass die Sondernutzungsrechte Stellplätze auf Verschiebeeinrichtungen zum Gegenstand haben, ist unschädlich, da gleichwohl räumlich und gegenständlich hinreichend bestimmt ist, worauf sich das Sondernutzungsrecht bezieht. Es handelt sich um eine Nutzungsregelung hinsichtlich einer Teilfläche in der Garage, die im Gemeinschaftseigentum steht. Die technische Konstruktion einer Verschiebeeinrichtung betrifft lediglich die Art der Nutzung.

Aus dem Vorgesagten ergibt sich zum Ersten, dass entgegen der Auffassung der Beteiligten zu 2 das Zuweisungsrecht nicht durch zwischenzeitliche Veräußerungen von Sonder Eigentumseinheiten „untergegangen“ ist, sondern gemäß § 10 Abs. 3 WEG grundsätzlich auch gegenüber Sonderrechtsnachfolgern anderer Wohnungs- und Teileigentümer wirkt. Der Ausschluss aller nicht begünstigter Wohnungseigentümer vom Mitgebrauch („negative Komponente“) wurde in der hier gewählten Gestaltung bereits durch die Teilungserklärung seinem ganzen Inhalt nach begründet (vgl. BayObLGZ 1985, 378 = MittBayNot 1986, 24).

Entgegen der Auffassung der Beteiligten zu 2 rechtfertigen auch deren Ausführungen zur Wirksamkeit des vorliegenden Zuweisungsvorbehalts nicht die Eintragung eines Amtswiderspruchs. Das Bestimmungsrecht kann nach dem Inhalt der vorliegenden Teilungserklärung auch dann noch ausgeübt werden, wenn die Beteiligte zu 1 nicht mehr Wohnungs- oder Teileigentümerin im Objekt ist. Die Beteiligte zu 2 macht geltend, der vorliegende Zuweisungsvorbehalt sei unwirksam, da ihm jegliche zeitliche und sachliche Grenze fehle. Die Beteiligte zu 2 verweist insoweit auf das Urteil des AG Reutlingen vom 30.03.2012 (9 C 1939/10 WEG). Das AG Reutlingen ist in jener im Verhältnis zwischen den Beteiligten des vorliegenden Verfahrens ergangenen, noch nicht rechtskräftigen Entscheidung aufgrund einer Gesamtabwägung zu dem Ergebnis gekommen, dass der in der vorliegenden Teilungserklärung festgeschriebene unbegrenzte Fortbestand des Zuweisungsrechts die Erwerber entgegen dem Gebot von Treu und Glauben unangemessen benachteilige und deshalb unwirksam sei. Die Zuweisungserklärung der Beteiligten Ziffer 1 vom 28.1.2011 sei deshalb mangels vertraglicher Grundlage unwirksam, § 242 BGB. Wie oben ausgeführt, ist im Grundbuchverfahren die in Bezug auf § 242 BGB erforderliche wertende Beurteilung, die eine Kenntnis des gesamten Sachverhalts und aller Umstände voraussetzt, regelmäßig nicht möglich. Allenfalls unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben ließe sich aber eine Unwirksamkeit der Regelung in der Teilungserklärung begründen. Die Ablehnung der Eintragung eines Amtswiderspruches durch das Grundbuchamt ist daher unabhängig davon, ob den Erwägungen des AG Reutlingen in der Sache letztlich gefolgt werden kann, nicht zu beanstanden.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der von der Beteiligten zu 2 herangezogenen Entscheidung des BGH vom 2.12.2011 (NJW 2012, 676 = MittBayNot 2012, 380). Auch diese unterzieht die in der dortigen Teilungserklärung getroffenen Regelungen zur Zuweisung von Sondernutzungsrechten einer an den rechtlichen Maßstäben von § 242 BGB ausgerichteten Inhaltskontrolle, wobei im vom BGH zu entscheidenden Fall dem Zuweisenden zusätzlich auch die Ausgestaltung der Nutzung im Einzelnen vorbehalten war. Der BGH führt in seiner Entscheidung aus, dass es sich auch ohne ausdrückliche Regelung von selbst verstehe, dass die Ermächtigung mit der letzten Veräußerung von Wohnungseigentum an einen Erwerber ende. Im vorliegenden Fall sieht die Teilungserklärung aber gerade anderes vor, weshalb es nach dem Wortlaut des hier vereinbarten Zuweisungsvorbehalts auch nicht darauf ankommt, ob es zu dessen Ausübung ausreichte, dass die Beteiligte zu 1 nur noch Eigentümerin von Stellplätzen ist. Die entscheidende Frage, inwieweit die Wirksamkeit der vorliegenden Regelung zum Zuweisungsvorbehalt nach § 242 BGB in Frage gestellt werden kann, liegt, wie gezeigt, außerhalb des Grundbuchverfahrens auf Eintragung eines Amtswiderspruchs.

(...)

### Anmerkung:

Der Fall betrifft die Grenzen eines Zuweisungsvorbehalts (1), erläutert lehrbuchartig die Grenzen grundbuchamtlicher Entscheidungsfindung (2) und provoziert die Frage, wie der Rechtsuchende umfassenden Rechtsschutz erhalten kann (3).

Ein Bauträger behielt sich bei wohnungseigentumsrechtlicher Aufteilung in der Gemeinschaftsordnung vor, unter anderen näher bezeichnete Stellplätze in Parkplätzen einzelnen Wohnungseigentümern als Sondernutzungsrecht zuzuweisen und definierte sein Bestimmungsrecht auch für die Zeit, dass er nicht mehr Wohnungseigentümer im Objekt ist. Als Parkplätzen verstehen sich technisch raffinierte Autoparksysteme, bei denen die Fahrzeuge über Parkplätzen platzsparend verschoben werden können.

Nach Veräußerung aller Einheiten übte der Bauträger dieses Zuweisungsrecht aus und begründete einem Wohnungseigentümer – „Drittbegünstigter“ – ein Sondernutzungsrecht an näher bezeichneten Plattenplätzen. Gegen die Eintragung des Grundbuchamts hat der mit „2“ bezifferte Beteiligte – „Drittbetroffener“ – die Eintragung eines Amtswiderspruches beantragt. Er hielt das Zuweisungsrecht für unwirksam, hilfsweise für erloschen, weil zwischenzeitlich einzelne Einheiten bereits weiterveräußert worden seien.

Grundbuchamt und OLG hielten einen Amtswiderspruch für unzulässig und wiesen seinen Antrag bzw. die Beschwerde dagegen ab.

### 1. Die Grenzen eines Zuweisungsvorbehalts

Der Fall ähnelt der Situation in BGH vom 2.12.2011 (V ZR 74/11 = MittBayNot 2012, 380; Erläuterung in DNotI-Report 2012, 21). *Häublein* hat in der Urteilsbesprechung die verschiedenen Begründungsvorbehalte in MittBayNot 2012, 382, erläutert. Danach kann die Gemeinschaftsordnung den teilenden Eigentümer ermächtigen, bei Veräußerung von Wohnungseigentumseinheiten dem jeweiligen Erwerber ein Sondernutzungsrecht an bestimmten Flächen einzuräumen und dessen Inhalt näher zu bestimmen.

Materiell stellt die Rechtsbegründung eine einseitige Leistungsbestimmung dar, die das BGB dem Grund nach in §§ 315 f. BGB vorsieht und zwar gemäß §§ 315 f. BGB durch den Vertragspartner und gemäß §§ 317 ff. BGB durch einen Dritten. In beiden Fällen muss die Bestimmung nach billigem Ermessen (§ 315 Abs. 1, § 317 Abs. 1 BGB) erfolgen, darf also nicht „offenbar unbillig“ (arg. e. § 319 Abs. 1 BGB) sein. Für Zwecke der Inhaltskontrolle misst BGH vom 2.12.2011 (V ZR 74/11 = MittBayNot 2012, 380) die Leistungsbestimmung am Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) und bezweifelt passim, ob das AGB-Recht der §§ 305 ff. BGB direkte oder analoge Anwendung findet (zweifelnd bereits BGH vom 20.6.2002, V ZB 39/01 = DNotZ 2002, 945 m. Anm. *Häublein* und Erläuterung in DNotI-Report 2002, 141; offen in BGH vom 13.10.2006, V ZR 289/05 = MittBayNot 2007, 43, mit Erläuterung DNotI-Report 2006, 194). Die Inhaltskontrolle nach § 242 BGB ist geprägt von der Analyse, dass der Aufteilende die Bedürfnisse der Erwerber nicht abschließend beurteilen kann und durch die Ermächtigung spätere Erkenntnis einbringen kann. Vertrauensschutzgesichtspunkte der Erwerber fallen nicht ins Gewicht, weil sie die Änderung vorhersehen konnten.

Nach BGH vom 2.12.2011 (V ZR 74/11 = MittBayNot 2012, 380) endet das Zuweisungsrecht in zwei Fällen, erstens mit erstmaliger Zuweisung und zweitens mit der letzten Veräußerung von Wohnungseigentum an einen Erwerber.

Das OLG Stuttgart vom 11.5.2012, 8 W 164/11 bildet zum zweiten Beendigungsgrund eine Ausnahme dann, wenn die Gemeinschaftsordnung ausdrücklich bestimmt, dass der Aufteilende sein Bestimmungsrecht noch zu Zeiten ausüben kann, in denen er nicht mehr Wohnungseigentümer im Objekt ist.

Der Entscheidung ist für den konkreten Fall zuzustimmen, weil die Bestimmung klar gefasst und damit nicht überraschend oder sonst wie unbillig ist. Sie ist im konkreten Fall insbesondere sachlich begründet, weil der Gebäudeerstellung noch schwierige technische Bauanlagen wie hier u. a. eine Garage mit Parkplatten folgten, also wertvolle Wirtschaftsgüter, die wohnungseigentumsrechtlich nicht abgeschlossen und darum nicht sondereigentumsfähig sind und wohl auch einem langsameren Bautempo folgen. Anderenfalls müsste sich der Bauträger einen Nebenraum im Sondereigentum zurückbehalten, ohne dass sich eine andere Notwendigkeit als die des grundbuchlichen Verfahrensrechts ergäbe. Gerade bei wertvollen Innenstadtsanierungen kann die spätere Schaffung von Parkraum viele sachliche Gründe haben.

Solche Gestaltungen bergen eine Vielzahl von Problemen, beginnend mit Verkehrssicherungs- und anderen Haftungs-pflichten und solchen der Eigentumszuordnung. Häufig sind sie nicht, sind aber von Immobilienfactoring mit Heiz-, Lüftungs- und ähnlichen technischen Anlagen bekannt.

Das OLG diskutiert nicht, ob und wann ein verbal zeitlich unbegrenzter Zuweisungsvorbehalt endet. Denkbar sind eine Verjährung analog § 196 BGB gerechnet ab Inbetriebnahme der jeweiligen Anlage oder unter Aspekten der Verwirkung.

## 2. Die Grenzen grundbuchamtlicher Entscheidungsfindung

Ein Widerspruch im Grundbuch des drittbegünstigten Wohnungseigentümers zur Nichtigkeit des Sondernutzungsrechts ist – wäre – nur einzutragen, wenn a) das Grundbuchamt die Eintragung zu Unrecht vorgenommen hat und b) das Grundbuch deswegen unrichtig geworden ist. Das OLG betont, dass die Gesetzesverletzung nach a) feststehen, hingegen die Unrichtigkeit des Grundbuchs nach b) dagegen nur glaubhaft sein muss und bezieht sich dazu auf *Demharter*, GBO, 28. Aufl. 2012, § 53 Rdnr. 28.

Die Eintragung eines Widerspruchs scheidet konkret daran, dass eine solche Gesetzesverletzung aus grundbuchlicher Sicht nicht feststeht. Das Grundbuchamt – so das OLG mit umfangreichen Belegen aus der Rechtslehre – kann eine Gesetzesverletzung nur in begrenztem Umfang feststellen, weil sich seine Prüfungsmöglichkeiten auf Umstände begrenzen, die es im Eintragungsverfahren erfährt. Insbesondere kann es materielle Rechtsfragen wie die nach Sittenwidrigkeit oder Verstoß gegen Treu und Glauben nicht aus dem Urkundeninhalt ermittelt. Zu weiteren Ermittlungen ist es nicht aufgerufen. Eine nur unsichere Rechtslage rechtfertigt keinen Widerspruch.

## 3. Andere Rechtsschutzwege

Das OLG hatte keine Gelegenheit zur Erörterung der Frage, wie der Drittbetroffene umfassenden Rechtsschutz erhalten kann.

Wäre der Zuweisungsberechtigte noch Wohnungseigentümer, würde seine Zuweisung als Rechtsgestaltung aus dem Schuldverhältnis Verband und Gemeinschaft folgen, denn das WEG versteht die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer als besondere Gemeinschaft gegenüber der nach §§ 741 ff. BGB,

vgl. § 10 Abs. 1 Satz 1 WEG. Sie ihrerseits ist ein „rechtsgeschäftliches Schuldverhältnis“ der im BGB, Buch 2, Abschnitt 8 „Einzelne Schuldverhältnisse“ genannten Art mit Pflichten nach § 311 Abs. 1, § 241 Abs. 2 BGB und damit mit den Pflichten aus §§ 315, 242 BGB.

Ist er nicht mehr Wohnungseigentümer, könnte sich dieselbe Antwort erschließen, wenn der Zuweisungsberechtigte nämlich Vertragspartner z. B. aus Bauträgervertrag des Recht-suchenden war.

Spätestens aber, wenn dem Ersterwerb vom Bauträger ein Verkauf an einen Dritten oder ein sonstiger rechtsgeschäftlicher Eigentumswechsel folgt, bestehen zwischen Zuweisungsberechtigtem oder Rechtsuchenden keine rechtsgeschäftlichen oder rechtsgeschäftsähnlichen Schuldverhältnisse mehr. Der Zuweisungsberechtigte ist nun ein Dritter, den das BGB in §§ 317-319 BGB abhandelt. Meist handelt es sich um Schiedsgutachter. Die Situation des Zuweisungsberechtigten unterscheidet sich darin, das er anders als ein Schiedsgutachter eigene Interessen verfolgt und zwar aus Kauf- und Werkvertragsrecht gegenüber dem zuweisungsbe-günstigten Wohnungseigentümer, nicht aber gegenüber den sonstigen Wohnungseigentümern.

Die Ergebnisse sind aber dieselben. Trifft ein Dritter eine unbillige Entscheidung, ist sie unwirksam und nichtig (§ 319 Abs. 1 BGB) mit der Folge, dass bei materiell fehlerhafter Ausübung eines Zuweisungsrechts kein Sondernutzungsrecht entstanden ist. Der drittbetroffene Wohnungseigentümer macht die Nichtigkeit unter der wohnungseigentumsrechtli-chen Zuständigkeit nach § 43 Nr. 2 WEG gegen den begünstigten Wohnungseigentümer geltend. Gegen den Zuweisungs-berechtigten kann er nicht vorgehen, weil er zu ihm in einem vertrags- oder sonstigen Schuldverhältnis steht. Der drittbegünstigte Wohnungseigentümer hingegen wird durch Streit-verkündung den Zuweisungsberechtigten einbinden, um seine Rechte aus Kauf-, Werk- oder sonstigem Vertrag geltend machen zu können.

Der Drittbetroffene wird möglicherweise im Weg der einstweiligen Verfügung einen Widerspruch zur Eintragung bringen lassen, um gutgläubigen Erwerb des Sondernutzungs-rechts bei Veräußerung der zuweisungsbegünstigten Wohnung durch eine Person, die auf die Richtigkeit des grundbuchli-chen Eintrags vertraut, zu vermeiden.

Notar Dr. *Heinrich Kreuzer*, München

5. BGB §§ 1601, 1603 Abs. 2 Satz 1, §§ 1612, 2303, 528; ZPO § 852 (*Unterhaltsrechtliche Obliegenheit zur Geltend-machung eines Pflichtteilsanspruchs*)

**Verletzt der Unterhaltspflichtige die Obliegenheit, Vermö-genswerte zu realisieren, ist er unterhaltsrechtlich so zu behandeln, als habe er die Obliegenheit erfüllt. Ein ein-klagbarer Anspruch auf Rückforderung einer Schenkung oder Geltendmachung eines Pflichtteilsanspruchs besteht dagegen nicht.**

BGH, Urteil vom 28.11.2012, XII ZR 19/10

Die Kläger verlangen von dem Beklagten die Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen gegenüber seiner Schwester.

Der Beklagte ist der Vater der am 2.11.1996 bzw. am 23.1.1998 gebo-renen Kläger. Er hat seine Vaterschaft sowie die Verpflichtung zur Zahlung des Regelunterhalts zuzüglich eines Zuschlags von 25 % bezüglich des Klägers zu 1 und von 10 % bezüglich des Klägers zu 2 jeweils durch vollstreckbare Jugendamtsurkunden anerkannt.

Im Januar 2001 tötete der Beklagte die Mutter der Kläger; er verbüßt deshalb eine lebenslange Freiheitsstrafe. Die Kläger leben bei ihren Großeltern mütterlicherseits, die zu ihren Vormündern bestellt worden sind.

Im Jahr 2005 verstarben kurz nacheinander die Mutter und der Vater des Beklagten. Sie hatten sich testamentarisch gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt und als Erben des Letztversterbenden die (einzige) Schwester des Beklagten bestimmt. Der Nachlass besteht im Wesentlichen aus einem Hausgrundstück, das an zwei Mietparteien vermietet ist. Mit Schreiben vom 12.11.2005 erklärte der Beklagte, dass er etwaige Pflichtteilsansprüche gegenüber seiner Schwester nicht geltend machen werde. Die Schwester hat diesen Verzicht angenommen.

Die Kläger haben in erster Instanz beantragt, den Beklagten zu verurteilen, die ihm gegen seine Schwester zustehenden Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche nach dem Tod der gemeinsamen Eltern geltend zu machen, hilfsweise, den Beklagten zu verpflichten, gegenüber seiner Schwester zu erklären, dass er von ihr die Schenkung in Höhe der vorgenannten Ansprüche zurückfordere und ihn weiter zu verurteilen, die Ansprüche gegenüber seiner Schwester geltend zu machen. Zur Begründung haben die Kläger sich auf die ihnen gegenüber bestehende gesteigerte Unterhaltspflicht des Beklagten gestützt.

Das LG hat den Hilfsanträgen stattgegeben. Die hiergegen gerichtete Berufung des Beklagten ist erfolglos geblieben. Auf die Anschlussberufung der Kläger hat das OLG den Beklagten zusätzlich verurteilt, für den Fall, dass seine Schwester sich weigere, die Pflichtteilsansprüche zu erfüllen, die Ansprüche im Wege der Klage geltend zu machen. Dagegen hat der Beklagte zugelassene Revision eingelegt, mit der er seinen Klageabweisungsantrag weiterverfolgt.

#### Aus den Gründen:

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und in Abänderung des Urteils des LG zur Klageabweisung.

#### I.

Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet:

Das LG habe den Beklagten unter Rückgriff auf die § 1601, §1603 Abs. 2 BGB zu Recht verpflichtet, seine in dem Verzicht auf Pflichtteilsansprüche liegende Schenkung gegenüber der Schwester nach § 528 BGB zurückzufordern und anschließend die ihm dann wieder zustehenden Ansprüche geltend zu machen. Zwar sei die Entscheidung, ob der Pflichtteilsanspruch gegen den Erben durchgesetzt werden solle, grundsätzlich dem Pflichtteilsberechtigten überlassen. Bei Bestehen einer gesteigerten Unterhaltspflicht sei aber anerkannt, dass der Unterhaltspflichtige zur Herstellung seiner Leistungsfähigkeit auch Pflichtteilsansprüche geltend zu machen habe, soweit dies nicht aus besonderen Gründen unzumutbar sei. Insofern sei der Unterhaltsberechtigte als „Minus“ zu seinem Unterhaltsanspruch berechtigt, die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs und hier zusätzlich des Schenkungsrückforderungsanspruchs zu verlangen. Der vorliegende Fall zeige nämlich, dass es nicht ausreiche, den Pflichtteilsanspruch fiktiv bei der Ermittlung der Leistungsfähigkeit einzubeziehen. Denn dem langjährig inhaftierten Beklagten sei es auf lange Sicht nicht möglich, seinen Unterhaltspflichten anders als durch Geltendmachung seines Pflichtteilsanspruchs nachzukommen.

Trotz der vorliegenden Unterhaltstitel fehle es nicht am Rechtsschutzbedürfnis der Kläger, weil sie derzeit ihre Unterhaltsansprüche nicht durchsetzen könnten. Nach § 852 Abs. 1 ZPO sei der Pflichtteilsanspruch der Pfändung nur unterworfen, wenn er durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden sei. Das Gleiche gelte nach § 852 Abs. 2 ZPO für den Anspruch aus § 528 BGB. Die Pfändung der Ansprüche im Hinblick auf die gesteigerte Unterhaltspflicht gleichwohl

zuzulassen, widerspreche dem Grundsatz, dass das Zwangsvollstreckungsverfahren formal streng durchzuführen sei und bei der Auslegung der Normen die vom Wortlaut gesetzte Grenze nicht überschritten werden dürfe. Deshalb sei auch dem mit der Anschlussberufung verfolgten Begehren zu entsprechen, den Beklagten zu verpflichten, den Pflichtteilsanspruch erforderlichenfalls klageweise geltend zu machen. Denn nur auf diese Weise könne die Grundlage für eine Pfändung und damit für die Durchsetzung der Unterhaltsansprüche der Kläger geschaffen werden. Auch über die zuvor notwendige Rückforderung der Schenkung nach § 528 BGB habe der Schenker zwar grundsätzlich allein zu entscheiden, weil es sich um einen höchstpersönlichen Anspruch handle. Bei einer gesteigerten Unterhaltspflicht sei der Unterhaltspflichtige aber gehalten, alle Vermögensbestandteile zu realisieren. Insofern könne daher für den Anspruch aus § 528 BGB, dessen Voraussetzungen erfüllt seien, nichts anderes gelten als für die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs.

Soweit der Beklagte seine Unterhaltspflicht in Abrede gestellt habe, greife dies nicht durch. Dem Unterhaltspflichtigen sei zwar das sozialhilferechtliche Schonvermögen zu belassen, das sich nach § 1 Abs. 1 Ziffer 1 a der Verordnung zur Durchführung von § 90 Abs. 2 Nr. 9 SGB XII auf derzeit 1.600 € belaufe. Der mögliche Pflichtteilsanspruch, den der Beklagte mit ca. 5.000 € beziffert habe, übersteige diesen Betrag jedoch. Die Kläger seien auch trotz der ihnen zustehenden Halbweisenrente, der Leistungen nach dem Opferentschädigungsgesetz und des Kindergeldbezugs unterhaltsbedürftig. Der Beklagte schulde als verbleibender Elternteil Bar- und Betreuungsunterhalt. Letzterer könne wegen der Gleichwertigkeit mit dem Barunterhalt in dessen Höhe monetarisiert werden. Ausgehend von dem Mindestunterhalt nach der Düsseldorfer Tabelle (Stand: 1.1.2008) ergebe sich deshalb ein Unterhaltsbedarf von 730 € (365 € x 2) für den Kläger zu 1 und von 644 € (322 € x 2) für den Kläger zu 2. Nach Abzug von Halbweisenrente und Kindergeld verbleibe ein Bedarf von 367,85 € (Kläger zu 1) bzw. von 281,90 € (Kläger zu 2). Soweit für die Kläger Kosten der Erziehung als Bestandteil des Pflegegeldes gewährt würden, handle es sich nicht um Einkommen des Pflegelings, sondern um solches der Pflegeperson. Daher komme es auch nicht darauf an, ob die Leistungen nach dem Opferentschädigungsgesetz von jeweils 265 € monatlich bedarfsdeckend seien; denn es verbleibe in jedem Fall ein ungedeckter Bedarf der Kläger.

#### II.

Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung in wesentlichen Punkten nicht stand.

1. Zu Recht hat das Berufungsgericht allerdings ein Rechtsschutzbedürfnis für die Klage bejaht.

a) Die Kläger besitzen zwar bereits Unterhaltstitel gegen den Beklagten, aus denen sie die Zwangsvollstreckung betreiben könnten. Aufgrund der langjährigen Inhaftierung des Beklagten verfügte dieser aber nur über die Pflichtteilsansprüche gemäß § 2303 Abs. 1 BGB nach dem Tod seiner Eltern als einzigen Vermögenswert, mit dem er die Unterhaltsansprüche jedenfalls teilweise hätte erfüllen können. Nachdem er auf die Ansprüche zugunsten seiner Schwester als testamentarischer Alleinerbin verzichtet und diese den Verzicht nach den getroffenen Feststellungen angenommen hat, besteht jedoch allenfalls ein Anspruch auf Rückforderung einer Schenkung gemäß § 528 BGB gegen die Schwester. Erst nach dessen erfolgreicher Geltendmachung kommen die Pflichtteilsansprüche zur Befriedigung der Unterhaltsansprüche in Betracht. Ein solcher Anspruch ist der Pfändung indessen nur unterworfen, wenn er durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden

ist (§ 852 Abs. 1 und 2 ZPO). Denn mit Rücksicht auf die familiäre Verbundenheit von Erblasser und Pflichtteilsberechtigtem soll allein Letzterem die Entscheidung überlassen werden, ob der Anspruch gegen den Erben durchgesetzt werden soll (BGHZ 123, 183, FamRZ 1993, 1307, 1308 und BGH, Urteil vom 7.7.1982, IVb ZR 738/80, FamRZ 1982, 996, 997).

Trotz des Wortlauts des § 852 Abs. 1 ZPO ist nach der Rechtsprechung des BGH ein Zugriff der Gläubiger auf den Pflichtteilsanspruch möglich, bevor die Voraussetzungen der Norm vorliegen. Gepfändet wird dann der in seiner zwangsweisen Verwertbarkeit durch die Erfüllung der Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO aufschiebend bedingte Anspruch (BGHZ 123, 183, FamRZ 1993, 1307, 1308 und BGH, Beschluss vom 26.2.2009, VII ZB 30/08, FamRZ 2009, 869 Rdnr. 7). Der gepfändete Anspruch darf jedoch nur unter den Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO verwertet werden. Damit hängt nicht die Pfändbarkeit, sondern erst die Verwertbarkeit von einem vertraglichen Anerkenntnis bzw. von der Rechtshängigkeit ab (BGH, Urteil vom 26.2.2009, VII ZB 30/08, FamRZ 2009, 869 Rdnr. 7).

b) In Rechtsprechung und Schrifttum wird vertreten, die Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO seien ebenso zu beachten, wenn die Pfändung wegen Unterhaltsansprüchen erfolge (OLG Celle, OLGR 2004, 414, 415; *Musielak/BeckerK*, ZPO, 9. Aufl., § 852 Rdnr. 1). Für diese Auffassung spricht, dass eine Lücke im Gesetz oder ein Versehen des Gesetzgebers, die Voraussetzung für eine dem Wortlaut der Norm zuwiderlaufende einschränkende Auslegung sind, nicht ersichtlich sind. Dem Gesetzgeber war die Möglichkeit der Privilegierung von Unterhaltsgläubigern gegenüber anderen Gläubigern bewusst, wie sich aus der Bestimmung des § 850d Abs. 1 ZPO ergibt. Gleichwohl hat er von einer solchen Privilegierung im Rahmen des § 852 ZPO abgesehen (ebenso OLG Celle, OLGR 2004, 414, 415). Deshalb ist am Wortlaut des § 852 ZPO auch für Unterhaltsansprüche festzuhalten, so dass ein Rechtsschutzbedürfnis der Kläger für ihr Begehren, eine Verurteilung des Beklagten zur Geltendmachung eines Anspruchs aus § 528 BGB sowie im Weiteren zur Geltendmachung der Pflichtteilsansprüche zu erreichen, zu bejahen ist.

2. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts besteht für das Klagebegehren aber keine Anspruchsgrundlage. Insbesondere aus den §§ 1601 ff. BGB lassen sich die Ansprüche nicht herleiten. Dabei kann dahinstehen, ob der vom Berufungsgericht festgestellte Verzicht des Beklagten auf die Pflichtteilsansprüche nach dem Tod seiner Eltern eine Schenkung an seine Schwester darstellt und dem Beklagten gemäß § 528 BGB ein Rückforderungsanspruch zusteht.

a) Zutreffend ist das Berufungsgericht allerdings davon ausgegangen, dass der Beklagte den minderjährigen Klägern gegenüber dem Grunde nach gemäß §§ 1601 ff. BGB unterhaltspflichtig ist. Unter der Voraussetzung, dass kein anderer unterhaltspflichtiger Verwandter vorhanden ist, der den Unterhalt der Kinder ohne Gefährdung seines eigenen angemessenen Bedarfs aufbringen könnte, trifft den Beklagten sogar eine gesteigerte Unterhaltspflicht. Er hat in diesem Fall alle verfügbaren Mittel zu seinem und der Kinder Unterhalt gleichmäßig zu verwenden (§ 1603 Abs. 2 Satz 1 BGB). Ob die vorgenannte Voraussetzung erfüllt ist, hat das Berufungsgericht indessen nicht festgestellt. Aber selbst wenn eine gesteigerte Unterhaltspflicht zugrunde gelegt wird, kann dem Klagebegehren nicht entsprochen werden.

b) Zu Recht hat das Berufungsgericht weiter angenommen, dass der Beklagte nach dem Tod der Mutter der Kinder diesen sowohl Bar- als auch Betreuungsunterhalt schuldet, weil der

Unterhalt den gesamten Lebensbedarf der Kinder umfasst (§ 1610 Abs. 2 BGB). Dabei ist der Betreuungsunterhalt wegen der Gleichwertigkeit mit dem Barunterhalt (§ 1606 Abs. 3 Satz 2 BGB) grundsätzlich pauschal in dessen Höhe zu monetarisieren (vgl. BGH, Urteil vom 30.8.2006, XII ZR 138/04, FamRZ 2006, 1597 Rdnr. 11, 15).

c) Der Unterhalt ist grundsätzlich durch Entrichtung einer Geldrente zu gewähren (§ 1612 Abs. 1 Satz 1 BGB). Im Rahmen der Unterhaltspflicht treffen den Unterhaltspflichtigen indessen verschiedene Obliegenheiten, die dazu führen sollen, dass er finanziell in der Lage ist, den Unterhalt zu gewähren. Für die Eltern besteht insbesondere eine Obliegenheit zur gesteigerten Ausnutzung ihrer Arbeitskraft. Insoweit haben sie alle zumutbaren Erwerbsmöglichkeiten auszuschöpfen (BGH, Urteil vom 3.12.2008, XII ZR 182/06, FamRZ 2009, 314 Rdnr. 20), müssen sich besonders intensiv um eine Erwerbstätigkeit bemühen und dabei auch Gelegenheitsarbeiten oder berufsfremde Tätigkeiten unterhalb ihrer gewohnten Lebensstellung übernehmen (BGH, Urteil vom 15.12.1993, XII ZR 172/92, FamRZ 1994, 372, 373). Darüber hinaus obliegt es dem Unterhaltspflichtigen, vorhandenes Vermögen in zumutbarem Rahmen so ertragreich wie möglich anzulegen, ggf. umzuschichten oder erforderlichenfalls zu verwerten (vgl. etwa BGH, Urteil vom 19.12.1989, IVb ZR 9/89, FamRZ 1990, 269, 271 und BGH, Urteil vom 21.4.1993, XII ZR 248/91, FamRZ 1993, 1065, 1066 zur Obliegenheit des Unterhaltsberechtigten, einen Pflichtteilsanspruch geltend zu machen).

d) Verletzt der Unterhaltspflichtige die ihn treffenden Obliegenheiten, hat dies zur Folge, dass er so behandelt wird, als habe er die Obliegenheit erfüllt. Im Fall eines Verstoßes gegen die Erwerbsobliegenheit muss der Unterhaltsschuldner sich deshalb fiktiv das erzielbare Einkommen anrechnen lassen. Er kann zwar nicht zur Aufnahme einer Tätigkeit verpflichtet werden, muss aber als Sanktion unterhaltsrechtlich die Folgen seines Unterlassens tragen (st. Rspr., vgl. etwa BGH, Urteil vom 20.1.1982, IVb ZR 651/80, FamRZ 1992, 365, 366 und BGH, Urteil vom 8.4.1981, IVb ZR 566/80, FamRZ 1981, 539, 540; *Wendl/Gutdeutsch*, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 8. Aufl., § 4 Rdnr. 605; *Staudinger/Engler/Kaiser*, § 1603 Rdnr. 148; *MünchKommBGB/Maurer*, 5. Aufl., § 1581 Rdnr. 4 für den Unterhaltsberechtigten). Darin erschöpfen sich allerdings die Auswirkungen einer Obliegenheitsverletzung. Den Unterhaltspflichtigen trifft – außer der Verpflichtung zur Unterhaltszahlung – keine einklagbare Pflicht zu einem bestimmten Handeln oder Unterlassen (vgl. auch BVerfG, FamRZ 1985, 143, 145: mittelbarer Zwang zur Berufstätigkeit).

e) Dem entspricht auch die Rechtsprechung des Senats, soweit er mit der unterhaltsrechtlichen Obliegenheit zur Geltendmachung eines Pflichtteilsanspruchs befasst war. In diesen Fällen ist der Frage nachzugehen, ob trotz der grundsätzlich freien Entscheidung des Pflichtteilsberechtigten, ob er einen ihm zustehenden Pflichtteil verlangen will, unterhaltsrechtlich eine anderweitige Obliegenheit, nämlich eine solche zur Durchsetzung des Anspruchs, besteht (BGH, Urteil vom 21.4.1993, XII ZR 248/91, FamRZ 1993, 1065, 1066 und BGH, Urteil vom 7.7.1982, IVb ZR 738/80, FamRZ 1982, 996, 997 f.). Ist das der Fall, so ist der Pflichtteilsberechtigte lediglich fiktiv so zu behandeln, als habe er den Anspruch geltend gemacht. Dementsprechend hatte schon das Reichsgericht es nicht beanstandet, dass ein für seine minderjährigen Kinder unterhaltspflichtiger Vater mit Rücksicht auf einen Pflichtteilsanspruch als leistungsfähig behandelt und zur Zahlung von Kindesunterhalt verurteilt worden ist (RG Warn, 1919 Nr. 88, 151 f.).

3. Das angefochtene Urteil kann danach keinen Bestand haben. Der Senat kann in der Sache abschließend entscheiden. Da die geltend gemachten Ansprüche nicht bestehen, ist die Klage abzuweisen.

6. BGB §§ 1804, 1821 Abs. 1, § 1907 Abs. 1; FamFG § 299 (Zum beabsichtigten Verzicht des Betreuers auf ein zugunsten des Betreuten bestelltes Wohnungsrecht)

**Zum beabsichtigten Verzicht des Betreuers auf ein zugunsten des Betreuten bestelltes Wohnungsrecht, welches dieser nicht mehr nutzen kann.**

BGH, Beschluss vom 25.1.2012, XII ZB 479/11; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Der 77 Jahre alte Betroffene ist an Demenz erkrankt und lebt seit 2010 auf eigenen Wunsch in einem Pflegeheim. Eine Rückkehr in seine frühere Wohnung steht nach den Angaben der Betreuerin nicht zu erwarten und werde von ihm auch nicht angestrebt.

Für die frühere Wohnung ist zugunsten des Betroffenen ein lebenslanges unentgeltliches Wohnungsrecht im Grundbuch eingetragen. Dieses hatte ihm die Wohnungseigentümerin, seine frühere Lebensgefährtin, bedingt für den Fall ihres Vorversterbens und mit der Maßgabe bestellt, dass das Wohnungsrecht nicht einem Dritten zur Ausübung überlassen werden dürfe und dass der Berechtigte Hausgelder und die anfallenden Nebenkosten insgesamt zu tragen habe. Im September 2008 verstarb die frühere Lebensgefährtin; sie wurde testamentarisch von ihren Enkeln beerbt.

Die Beteiligte zu 1 hat als Betreuerin beantragt, ihr die Bewilligung der Löschung des eingetragenen Wohnungsrechts gerichtlich zu genehmigen, da der Betroffene durch die laufenden Hausgelder und Nebenkosten, für die er aufzukommen habe, belastet sei, ohne noch irgendeinen Nutzen aus dem Wohnungsrecht ziehen zu können. Er könne das Wohnungsrecht nicht mehr selbst ausüben und es auch nicht anderweitig verwerten, da es ihm nicht gestattet sei, es einem Dritten zur Ausübung zu überlassen. Eine Kapitalabfindung für den Verzicht auf das Wohnungsrecht hätten die derzeitigen Eigentümer abgelehnt.

Das Betreuungsgericht hat den Antrag der Betreuerin abgelehnt; das Beschwerdegericht hat die Beschwerde des Betroffenen zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die zugelassene Rechtsbeschwerde des Betroffenen.

Aus den Gründen:

II.

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

1. Das LG hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt: Die beabsichtigte Löschungsbewilligung sei ein nach § 1908i Abs. 1, § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB genehmigungsbedürftiges Geschäft. Der mit der Löschung bezweckte Verzicht auf das Wohnungsrecht ohne jegliche Gegenleistung stelle der Sache nach eine Schenkung dar. Diese sei nur genehmigungsfähig, wenn sie unter Berücksichtigung der materiellen und immateriellen Belange letztlich im Interesse des Betroffenen liege. Das sei hier nicht der Fall, denn es sei eine Abfindung des Wohnungsrechts durch die Eigentümer unterhalb des nach der Lebenserwartung berechneten Restmietwerts denkbar.

2. Die Entscheidung des LG hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

a) Gemäß § 1908i Abs. 1, § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB bedarf der Betreuer zur Verfügung über ein Grundstück oder über ein Recht an einem Grundstück einer Genehmigung des Betreu-

ungsgerichts. Bei dem im Grundbuch eingetragenen Wohnungsrecht des Betroffenen handelt es sich um eine besondere Art der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit (§ 1093 Abs. 1 Satz 1 BGB), somit um ein Recht an einem Grundstück, über das die Beteiligte zu 1 nur mit gerichtlicher Zustimmung verfügen kann. Außerdem folgt die Genehmigungsbedürftigkeit aus einer entsprechenden Anwendung des § 1907 Abs. 1 BGB, da die Aufgabe des Wohnungsrechts eine endgültige Wohnungsauflösung bedeutet und deshalb nach dem Schutzzweck des § 1907 BGB der Kündigung eines Mietverhältnisses über Wohnraum gleichsteht. Da es sich bei der beabsichtigten Löschungsbewilligung um ein einseitiges Rechtsgeschäft handelt, ist über die gerichtliche Genehmigung vorab zu entscheiden (§ 1831 BGB).

b) Maßstab für die gerichtliche Entscheidung über die Genehmigung ist das Interesse des Betreuten. Das Gericht hat dabei eine Gesamtabwägung aller Vor- und Nachteile sowie der Risiken des zu prüfenden Geschäfts für den Betreuten vorzunehmen (vgl. OLG Hamm, Rpfleger 2004, 214, 216; *Staudinger/Engler*, § 1828 Rdnr. 16; *MünchKommBGB/Wagenitz*, 5. Aufl., § 1828 Rdnr. 17).

Die Abwägung aller für die Entscheidung in Betracht kommenden Gesichtspunkte ist Aufgabe des Tatrichters. Sie kann – ähnlich einer Ermessensentscheidung – vom Rechtsbeschwerdegericht nur darauf hin überprüft werden, ob der Tatrichter die gesetzlichen Grenzen seines Beurteilungsspielraums überschritten oder einen unsachgemäßen, dem Sinn und Zweck des Gesetzes zuwiderlaufenden Gebrauch von seiner Entscheidungsbefugnis gemacht hat (vgl. BGH, Beschluss vom 30.11.2011, XII ZB 79/11, juris Rdnr. 21; *Keidel/Meyer-Holz*, FamFG, 17. Aufl., § 72 Rdnr. 8 m. w. N.). Letzteres ist hier allerdings der Fall.

c) Die Genehmigung richtet sich nach dem sonstigen Interesse des Betreuten unter Berücksichtigung seiner Wünsche (§ 1901 Abs. 3 BGB).

Hat der Betreute den Willen gefasst, endgültig nicht mehr in die frühere Wohnung zurückzukehren, bedarf es einer Aufrechterhaltung des Wohnungsrechts für diesen Zweck nicht mehr.

Eine anderweitige Nutzung des Wohnungsrechts durch den Betreuten, insbesondere im Wege der Vermietung, ist ausgeschlossen.

Das dingliche Wohnungsrecht ist eine besondere Art der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit (§ 1093 Abs. 1 Satz 1 BGB). Deshalb darf Dritten, wenn sie nicht zu den in § 1093 Abs. 2 BGB genannten Personen gehören, die Allein- oder Mitbenutzung der Wohnung nur bei Gestattung durch den Eigentümer überlassen werden (§ 1092 Abs. 1 Satz 2 BGB). Für eine solche Gestattung bedarf es einer Vereinbarung zwischen dem Eigentümer und dem Berechtigten (BGH, Urteil vom 19.1.2007, V ZR 163/06, FamRZ 2007, 632, 634 m. w. N.). Eine solche ist nicht abgeschlossen.

Vielmehr hat die frühere Lebensgefährtin dem Betreuten lediglich ein Wohnungsrecht zugewendet, das er nur persönlich ausüben darf. Dieses folgt bereits aus der in die Bewilligungserklärung vom 9.1.2007 aufgenommenen Bestimmung, wonach die Überlassung des Wohnungsrechts zur Ausübung an einen Dritten ausdrücklich ausgeschlossen ist.

d) Das LG hat seine Entscheidung schließlich darauf gestützt, dass dem Wohnungsrecht des Betreuten ein Vermögenswert beizumessen sei, welchen die Betreuerin nicht schenkweise, ohne eine angemessene Abfindung, weggeben dürfe. Diese Einschätzung beruht jedoch auf einem unzutreffenden Schenkungsbegriff.

Gemäß § 1908i Abs. 2 Satz 1, § 1804 BGB darf der Betreuer nicht in Vertretung des Betreuten Schenkungen machen. Der Zweck dieser Vorschrift liegt in dem Schutz des Vermögens des Betreuten, aus dem nichts zu seinem Nachteil unentgeltlich weggegeben werden soll. Nach diesem Schutzzweck kann auch der Erlass einer Forderung unter den Schenkungsbegriff des § 1804 BGB fallen (OLG Stuttgart, FamRZ 1969, 39, 40), ebenso der Verzicht auf ein im Grundbuch eingetragenes Recht. Voraussetzung ist jedoch, dass die Rechtsposition, die der Betreuer weggibt, einen realen Vermögenswert des Betreuten darstellt. Eine Rechtsposition, die keinen Vermögenswert darstellt, und deren Weggabe dem Betreuten keinen Nachteil zufügt, untersteht nicht dem Schutz des § 1804 BGB.

Das vom Betreuten innegehaltene Wohnungsrecht stellt einen aktiven Vermögenswert insoweit dar, als es ihm persönlich die Wohnnutzung ermöglicht. Daher läge in dem Verzicht auf das Wohnungsrecht eine dem § 1804 BGB unterfallende Vermögenszuwendung, solange eine Wiederaufnahme der Wohnnutzung durch den Betreuten in Betracht kommt. Bestünde jedoch das Interesse an der Wohnnutzung endgültig nicht mehr, verlöre das Wohnungsrecht seinen Nutzwert und – da es auch durch Vermietung nicht fruchtbar gemacht werden kann – seinen Vermögenswert insgesamt. Der Verzicht auf ein wertlos gewordenes Wohnungsrecht erfüllte nicht den Begriff der Schenkung i. S. d. § 1804 BGB.

Die Rechtsposition, die der Betreute dann noch innehat, entfaltet lediglich eine Sperrwirkung. Sie hat zur Folge, dass die dem Wohnungsrecht unterliegenden Räume nach dem Umzug des Berechtigten in das Pflegeheim von niemandem genutzt werden könnten. Der Betreute ist aus tatsächlichen Gründen gehindert, sein Recht wahrzunehmen; die Erben wären angesichts des fortbestehenden Wohnungsrechts nicht befugt, die Räume ohne Zustimmung des Betreuten selbst zu nutzen oder Dritten zu überlassen.

e) Hier steht dem verbliebenen Vorteil, die Wohnnutzung im Bedarfsfalle wiederaufnehmen zu können, eine laufende Kostenbelastung durch Hausgeld und Nebenkosten gegenüber. Je unwahrscheinlicher eine Rückkehr in die frühere Wohnung ist, desto mehr entspricht die Aufgabe des Wohnungsrechts dem Interesse des Betreuten, um sich der monatlichen Kostenlast zu entledigen. Der Aufklärung dieser für die Genehmigung des Rechtsgeschäfts entscheidenden Frage dient die persönliche Anhörung des Betroffenen (§ 299 Satz 1, 2 FamFG), welche noch aussteht.

7. BGB §§ 2074, 2270 (Zur Bindungswirkung wechselbezüglicher Verfügungen im Ehegattentestament bei einer Pflichtteilsstrafklausel)

1. **Die Bindungswirkung wechselbezüglicher Verfügung in einem gemeinschaftlichen Ehegattentestament erstreckt sich auch auf die Anwachsung für Miterben in der Schlusserbfolge, die sich aus einem Pflichtteilsverlangen nach dem erstverstorbenen Ehegatten aufgrund einer Pflichtteilsstrafklausel ergibt.**
2. **Ein Ehegattentestament kann im Einzelfall dahin auszulegen sein, dass die Bindungswirkung für den überlebenden Ehegatten für den von der Pflichtteilsstrafklausel betroffenen Erbteil entfällt.**
3. **Für eine solche Annahme, die im Wortlaut des notariell beurkundeten Testaments keine Grundlage findet, reicht der Umstand allein, dass die eingesetzten**

### **Schlusserben nicht gemeinschaftliche, sondern ersteheliche Kinder des erstverstorbenen Ehegatten sind, nicht aus.**

OLG Hamm, Beschluss vom 27.11.2012, I-15 W 134/12; mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG Hamm

*Aus den Gründen:*

Die zulässige Beschwerde ist unbegründet.

Das AG hat im Ergebnis zu Recht die für die Erteilung des von der Beteiligten zu 1 beantragten Erbscheins notwendigen Tatsachen für festgestellt erachtet. Die Beteiligte zu 1 ist aufgrund des gemeinschaftlichen Testaments der Erblasserin und ihres vorverstorbenen Ehemannes O vom ... 1977 (UR-Nr. .../1977 Notar Dr. X in F) alleinige Erbin geworden.

Nach dem Wortlaut des Testaments ist die Beteiligte zu 1 zur Schlusserbin nach der Erblasserin als dem überlebenden Ehegatten eingesetzt. Für den Senat ist es dabei nicht zweifelhaft, dass ihr der ½-Erbeil ihrer Schwester E angewachsen ist (§ 2094 Abs. 1 Satz 1 BGB), nachdem diese als Mitschlusserbin weggefallen ist, weil sie durch die Forderung des Pflichtteils nach ihrem Vater die in der Pflichtteilsstrafklausel liegende auflösende Bedingung herbeigeführt hat. Soweit die Beteiligten hierüber gestritten haben, verkennen sie, dass die Frage der Anwachsung mit der weiteren Frage, welche Auswirkungen das Auslösen der Pflichtteilssanktion auf die Bindung des überlebenden Ehegatten hat, in keinem direkten Zusammenhang steht. Denn die Anwachsung bedeutet nicht zwingend, dass die Erblasserin hinsichtlich des anwachsenden Erbeils noch gebunden war, sondern zunächst nur, dass insoweit keine gesetzliche Erbfolge nach der Erblasserin eintritt. Dass dies dem Willen der testierenden Eheleute entsprach, kann angesichts des Gesamtinhalts des Testaments kaum zweifelhaft sein. Denn durch die Schlusserbeinsetzung der Kinder des Ehemannes der Erblasserin wurde dessen Verwandtschaft der Vorrang vor der weiteren Verwandtschaft der Erblasserin eingeräumt. Anhaltspunkte dafür, dass nur eines der Kinder keinesfalls Alleinerbe werden oder die gesetzlichen Erben der Erblasserin wenigstens hilfsweise zum Zuge kommen sollten, bestehen nicht. Bei dieser Sachlage bleibt es dann aber bei dem anerkannten Erfahrungssatz, dass beim Wegfall eines von mehreren Schlusserben die Anwachsung am ehesten dem Willen der Testatoren entspricht, wenn keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass eine Ersatzschlusserbfolge gewollt war (OLG Hamm, FGPrax 2011, 169; BayObLG 2004, 654).

Soweit die Beschwerde hier davon ausgehen will, dass die Erblasserin als „Stiefelerteil“ keinen Anlass gehabt habe, das Stiefkind, das den Pflichtteil nicht verlangt, dafür zu belohnen, dass das andere Stiefkind ihn geltend macht, werden zwei Gesichtspunkte verkannt. Zunächst kommt es, auch soweit es um ihre Verfügung geht, nicht alleine auf die Sicht der Erblasserin, sondern auf die korrespondierende Willensrichtung beider Ehegatten an, die hier aber gerade die Begünstigung der Stiefkinder zulasten der Angehörigen der Erblasserin vorsah. Im Übrigen kann die Anwachsung auch aus der Sicht des überlebenden Ehegatten durchaus Sinn machen, da der verbliebene Schlusserbe hierdurch einen erhöhten Anreiz erhält, den Pflichtteil nun erst recht nicht geltend zu machen.

Im Weiteren ist das AG zutreffend davon ausgegangen, dass die Schlusserbeinsetzung – jedenfalls für den Fall, dass kein Kind den Pflichtteil geltend macht – wechselbezüglich zur Erbinsetzung der Erblasserin und damit für diese bindend war. Hierfür streitet bereits die allgemeine Lebenserfahrung. Vorliegend konnte der Ehemann der Erblasserin diese dazu

bewegen, seine Kinder zu ihren Schlusserben einzusetzen. Wenn bei der hieraus erkennbaren Präferenz für seine Kinder der Ehemann diese für den Fall seines Erstversterbens gleichwohl zugunsten der Erblasserin enterbt, so liegt es mehr als nahe, dass diese Regelung in Wechselwirkung mit der Schlusserbeneinsetzung der Kinder durch die Erblasserin steht. Anhaltspunkte für ein anderweitiges Verständnis des beiderseitigen Willens der Testatoren sind nicht ersichtlich. Insbesondere ist allein die Erklärung der Erblasserin anlässlich des Abschlusses des Erbvertrages mit M. vom 30.9.2006, sie sei erbrechtlich nicht gebunden, keine hinreichende Grundlage für eine andere Beurteilung. Derartige Erklärungen finden sich bei dem hier vorliegenden zeitlichen Abstand erfahrungsgemäß häufig, und zwar selbst dann, wenn die Bindung des überlebenden Ehegatten angesichts des Inhalts des Ehegattentestaments objektiv überhaupt nicht bestritten werden kann.

Die Bindung des überlebenden Ehegatten erfasst grundsätzlich auch eine in dem gemeinschaftlichen Testament enthaltene Pflichtteilsstrafklausel (OLG Hamm a. a. O.), und zwar auch hinsichtlich der hieraus ergebenden Rechtsfolgen. Die entscheidende Frage ist vorliegend also, ob das gemeinschaftliche Testament dahingehend ausgelegt werden kann, dass mit dem Auslösen der Pflichtteilssanktion die gesetzliche Erbfolge nach der Erblasserin zwar ausgeschlossen blieb (vgl. oben), jedoch die Bindungswirkung hinsichtlich des ½-Erbanteils entfiel, mit der Folge, dass die Erblasserin hinsichtlich dieses ½-Erbanteils nunmehr wirksam verfügen konnte. Eine derartige testamentarische Anordnung wäre grundsätzlich wirksam, so dass einer dahingehenden Auslegung keine grundsätzlichen Bedenken entgegenstehen. Im Ergebnis sieht der Senat vorliegend jedoch keine hinreichende Grundlage für ein solches Verständnis des beiderseitigen Erblasserwillens.

Dabei ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die Prüfung dieser Möglichkeit überhaupt nur deshalb notwendig erscheint, weil die Beteiligte zu 1 und ihre Schwester lediglich die Stiefkinder der Erblasserin waren. Würden sich die vorliegenden testamentarischen Anordnungen auf gemeinsame Kinder der Testatoren beziehen, wäre eine solche Prüfung entbehrlich, wenn sich nicht aus der Testamentsurkunde selbst besondere Anhaltspunkte für eine bedingte Freistellung des überlebenden Ehegatten ergeben. Bei der vorliegenden Konstellation einer Schlusserbeneinsetzung von Stiefkindern in Verbindung mit einer Pflichtteilsstrafklausel ist der Gedankengang, dass sich der Stiefelternteil nur hinsichtlich der Kinder binden wollte, die sich zu seinen Lebzeiten „wohlverhalten“, hingegen nicht ganz von der Hand von zu weisen.

Gleichwohl bedarf es nach Auffassung des Senats auch bei der vorliegenden Konstellation besonderer Anhaltspunkte um zur Annahme einer auf bestimmte Erbteile beschränkten, bedingten Freistellung des überlebenden Ehegatten zu kommen. Denn auch hier steht zunächst die Überlegung im Vordergrund, dass (auch) der Stiefelternteil den Kindern seines Ehegatten den Vorrang vor seinen eigenen Angehörigen oder sonst nahestehenden Personen eingeräumt hat und sich grundsätzlich gebunden hat. Soweit dies nicht aufgrund einer eigenen emotionalen Affinität zu den erstehelichen Kindern des Ehegatten geschieht, ordnet er sich damit jedenfalls den Vorstellungen des Ehegatten unter. Diese Willensausrichtung trägt auch die Annahme der Anwachsung (vgl. oben). Es müssen danach konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Stiefelternteil seine Bindung, z. B. aufgrund der familiären Verhältnisse in emotionaler oder wirtschaftlicher Hinsicht, nur insoweit wollte, als jeder einzelne der eingesetzten Schlusserben den Nachlass zu Lebzeiten des Stiefelternteils nicht in Anspruch nahm.

Solche Anhaltspunkte kann der Senat hier nicht erkennen. Der Vortrag der Beteiligten gibt für die Motivlage der Testatoren zur Zeit der Testamentserrichtung, auf die allein es ankommt, nichts her. Anhaltspunkte für eine weitere amtswegige Aufklärung sind ebenfalls nicht zu erkennen. Die Überlegung, dass eine Pflichtteilsstrafklausel regelmäßig dem Schutz des überlebenden Ehegatten vor einer Inanspruchnahme dient, führt im vorliegenden Zusammenhang auch zu keiner weiteren Erkenntnis. Denn dieser Schutz bezieht sich auf die Lebzeiten des überlebenden Ehegatten, besagt also nichts zu der Frage, ob er eine abweichende letztwillige Verfügung treffen kann.

Gegen die Annahme einer auf den Erbteil eines Abkömmlings beschränkten und durch das Pflichtteilsverlangen bedingten Freistellung des überlebenden Ehegatten spricht, dass es sich hierbei um eine recht differenzierte Regelung handeln würde. Der beurkundete Text des Testaments lässt die Möglichkeit greifbar nahe erscheinen, dass nur eine der beiden Töchter des Ehemannes ihren Pflichtteil geltend machen würde. Deshalb liegt es ebenso nahe, dass der Urkundsnotar eine die Wechselbezüglichkeit für diesen Fall beschränkende Sonderregelung in die Urkunde aufgenommen hätte, wenn die Ehegatten der überlebenden Ehefrau für diese Konstellation eine beschränkte Testierfreiheit hätten vorbehalten wollen.

Die Entscheidung über die Erstattung außergerichtlicher Kosten beruht auf § 84 FamFG, von dessen Regelwirkung abzuweichen der Senat keinen hinreichenden Grund sieht.

Die Wertfestsetzung beruht auf den §§ 131, 30 KostO.

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde nach § 70 Abs. 2 FamFG liegen nicht vor.

#### Anmerkung:

Bei der Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments oder eines Erbvertrages wollen Ehegatten regelmäßig den länger lebenden Teil absichern und das Vermögen erst nach dessen Tod auf die (einseitigen oder gemeinschaftlichen) Kinder verteilen. Das Verlangen des Pflichtteils nach dem Tod des Erstversterbenden kann diesen Plan empfindlich stören. Das zur Befriedigung des Pflichtteils aufgewendete Vermögen fehlt dem Längerlebenden für seinen eigenen Unterhalt. Der den Pflichtteil Fordernde ist, soweit er nach dem Tod des Längerlebenden weiter Berücksichtigung findet, wirtschaftlich bevorzugt. Die zur Lösung dieser Problematik vielfach verwendeten Pflichtteilsstrafklauseln sind nicht nur auf der Tatbestandsseite problematisch.<sup>1</sup> Auch die Rechtsfolgen führen, wie der vorliegende Beschluss des OLG Hamm einmal mehr zeigt, immer wieder zu Diskussionen.

Auch wenn die Pflichtteilsstrafklausel in der Entscheidung nicht ausdrücklich genannt ist, sprechen die Gründe der Entscheidung dafür, dass es sich um eine sog. „automatische Pflichtteilsstrafklausel“ handelt. Bei diesen automatischen Pflichtteilsstrafklauseln sind auf der Rechtsfolgenseite stets zwei Problembereiche zu trennen:

#### 1. Ersatzberufung

Die Geltendmachung des Pflichtteils führt bei der automatischen Pflichtteilsstrafklausel zum Eintritt einer auflösenden Bedingung für die Erbeinsetzung und damit (auch ohne weitere Handlungen) zur Enterbung der den Pflichtteil for-

<sup>1</sup> Vgl. nur das Urteil des OLG Hamm vom 28.2.2013, 10 U 71/12, BeckRS 2013, 05749, zur Geltendmachung durch den Sozialhilfeträger.

dernden Person, § 2075 BGB. Der frei werdende Erbteil kann entweder bei den weiteren Erben anwachsen (§ 2094 BGB), im Wege einer Ersatzberufung anderen Personen zugeordnet werden (§ 2096 BGB) oder – wenn die Pflichtteilsstrafklausel rein enterbenden Charakter hat – frei bleiben, so dass insoweit gesetzliche Erbfolge eintritt. Sind die Rechtsfolgen in der Pflichtteilsstrafklausel nicht eindeutig definiert, ist der Wille der Ehegatten durch (ergänzende) Auslegung zu ermitteln. Maßgeblich ist dabei der übereinstimmende Wille im Zeitpunkt der Errichtung des Testaments.

Das OLG Hamm ging in seiner Entscheidung davon aus, dass die Pflichtteilsstrafklausel nicht nur zu einer Enterbung führt, sondern auch zum Anwachsen bei der verbleibenden Mitschlusserbin. Diesem Ergebnis ist zuzustimmen. Wie das OLG Hamm zutreffend ausführt, zeigt die Einsetzung der einseitigen Abkömmlinge des Ehemannes zu Schlusserben, dass die Ehegatten diesen Personen Vorrang vor der weiteren Verwandtschaft geben wollen; ein „frei werdender Erbteil“ würde diesem Willen nicht gerecht werden.

## 2. Bindung

Kommt man zum Ergebnis, dass die Pflichtteilsstrafklausel nicht nur rein enterbenden Charakter hat, ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob die in der Klausel enthaltene Anwachsung bzw. Ersatzberufung der erbrechtlichen Bindung unterliegt und, sollte die Bindungswirkung bejaht werden, ein Abänderungsrecht besteht. Auch hier ist, sofern eine ausdrückliche Regelung im Testament nicht enthalten ist, der Wille durch (ergänzende) Auslegung zu ermitteln. Hilfsweise kann auf die Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB zurückgegriffen werden.

Dem OLG Hamm kann hier im Ergebnis zugestimmt werden,<sup>2</sup> allerdings verdient seine Begründung zwei Anmerkungen. Das OLG Hamm führt aus, dass die „Bindung des überlebenden Ehegatten (...) grundsätzlich auch eine (...) Pflichtteilsstrafklausel (...) auch hinsichtlich der (...) hieraus ergebenden Rechtsfolgen“ erfasse. Dies ist – im Gegensatz zum ersten Leitsatz der Entscheidung – begrifflich ungenau. Wechselbezüglich können nur die in § 2270 Abs. 3 BGB genannten Verfügungen sein, also Erbeinsetzungen, Vermächtnisse und Auflagen. Die in der Pflichtteilsstrafklausel quasi als Basis enthaltene Enterbung wird dagegen in § 2270 Abs. 3 BGB nicht genannt, kann also selbst nicht der Bindung unterliegen. Bei einer Pflichtteilsstrafklausel können nur die in ihr möglicherweise enthaltene „positiven“ Komponenten, also Ersatzberufung oder Anwachsung, in wechselbezüglicher Weise angeordnet werden.<sup>3</sup> Handelt es sich um eine Anwachsung und ist die zugrundeliegende Erbeinsetzung wechselbezüglich, ist – wie das OLG Hamm zutreffend ausführt – grundsätzlich auch die Anwachsung wechselbezüglich.

Weiter beschäftigt sich das OLG Hamm (richtigerweise) mit der Frage, ob aufgrund der Besonderheiten des Einzelfalls der angewachsene Erbteil frei ist, also nicht der Bindung unterliegt. Auch hier ist dem OLG Hamm zuzustimmen, dass ohne besondere Anknüpfungspunkte im Wortlaut des (zumal nota-

riell beurkundeten) Testaments eine solche Auslegung nicht in Betracht kommt. Da es sich aufgrund der Anwachsung um einen einheitlichen Erbteil handelt, sollte meines Erachtens im Rahmen der Auslegung aber besser danach gefragt werden, ob bei fortbestehender Bindung für den (einheitlichen) Erbteil ein Abänderungsrecht des Längerlebenden besteht, das sich auf die aus der Anwachsung ergebende Erhöhung bezieht. Weiter sollte meines Erachtens das vom OLG Hamm angedeutete „Rangverhältnis“ umgekehrt werden. Gerade bei einseitigen Kindern des Erstversterbenden ist im Rahmen der Auslegung die Hürde für ein Entfallen der Bindung oder die Annahme eines Abänderungsrechtes höher zu setzen als bei gemeinschaftlichen Abkömmlingen.<sup>4</sup> Da der Erstversterbende die nur mit ihm verwandten Personen im ersten Erbfall zurückstellt, will er gerade für den zweiten Erbfall die Umsetzung seines Willens sichergestellt wissen. Dieses Verhältnis der Verfügungen liegt letztlich auch der Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB zugrunde.

Da das OLG Hamm seine Entscheidung allein auf Basis der Auslegung des gemeinschaftlichen Testaments getroffen hat, bestand kein Bedürfnis, sich mit der Frage, ob eine Bindungswirkung auch aus der Kumulation von Auslegungs- bzw. Zweifelsregelungen folgen kann,<sup>5</sup> zu beschäftigen.

## 3. Fazit

Die Entscheidung des OLG Hamm zeigt, dass bei der Gestaltung einer Pflichtteilsstrafklausel nicht nur die auslösenden Momente genau definiert werden sollten, sondern auch die Rechtsfolgen. Der Gestalter hat dabei besonderes Augenmerk auf die Bindung und ihre etwaige Durchbrechung zu legen.

Notar *Christian Braun*, Ottobereuren

<sup>4</sup> Das Bedürfnis für ein Nachdenken über diese Problematik stellt sich somit, anders als vom OLG Hamm erwähnt, vielmehr bei gemeinschaftlichen als bei einseitigen Abkömmlingen.

<sup>5</sup> BGH, Beschluss vom 16.1.2002, IV ZB 20/01, DNotZ 2002, 661 m. Anm. Schmucker = ZEV 2002, 150 m. Anm. Otte zur Kumulation von §§ 2069, 2270 Abs. 2 BGB; vgl. auch *Keim*, ZEV 2002, 437, und *Ivo*, ZEV 2004, 202, 205 zur Frage der Übertragbarkeit der Argumentation auf andere Auslegungs- und Zweifelsregelungen.

8. BGB §§ 2069, 2279 Abs. 1 (*Geltung der Auslegungsregel des § 2069 BGB auch für vertragsmäßige Verfügungen in Erbvertrag*)

**Die erbvertragsmäßige Bindung an die Erbeinsetzung eines Abkömmlings kann sich, wenn dieser wegfällt, allein aufgrund der Auslegungsregel des § 2069 BGB auf dessen Abkömmlinge erstrecken, weil die Vorschrift des § 2279 Abs. 1 BGB für vertragsmäßige Zuwendungen auf die für (einseitige) letztwillige Zuwendungen geltenden Vorschriften verweist.**

OLG Celle, Beschluss vom 5.11.2012, 6 W 197/12

*Aus den Gründen:*

Die Beschwerde ist unbegründet.

Die Tatsachen zur Begründung des Hauptantrags der Beteiligten zu 1 auf Erteilung eines Erbscheins, der sie – die Beteiligte zu 1 – zur Hälfte als Voll- und zur Hälfte als Vorerbin ausweist, über den allein das AG entschieden hat, sind nicht für festgestellt zu erachten (§ 2359 BGB). Die Beteiligte zu 1 ist insgesamt nur befreite Vorerbin des Erblassers bei Nach-

<sup>2</sup> Da der Wortlaut des gemeinschaftlichen Testaments in der Entscheidung nicht abgedruckt wurde, kann auf die sich aus dem Wortlaut für die Auslegung ergebenden und vom OLG Hamm angesprochenen Fragen nicht eingegangen werden.

<sup>3</sup> *Ivo*, ZEV 2002, 202, 205, der zutr. auch darauf hinweist, dass die Anwachsung an der Bindung teilhaben kann, wenn die zugrundeliegende Erbeinsetzung bindend ist; *Reimann/Bengel/J. Mayer/J. Mayer*, Testament und Erbvertrag, 5. Aufl. 2006, § 2269 BGB Rdnr. 87.

erfolge ihrer Tochter, der Beteiligten zu 2, zu ein Halb, und ihrer Enkel, Kinder ihres vorverstorbenen Sohnes J, der Beteiligten zu 3 bis 5 zu je einem Sechstel aufgrund des Erbvertrages vom ... 1989, den der Erblasser, die Beteiligten zu 1 und 2 sowie J E geschlossen haben. Die Bestimmung der Beteiligten zu 1 zur alleinigen Vollerbin durch den Erblasser in beider gemeinschaftlichem Testament vom ... 2002 ist nicht nur insoweit unwirksam, als sie die vertragsmäßige Einsetzung der Beteiligten zu 2 als Nacherbin nach dem Erblasser zur Hälfte beeinträchtigt, sondern auch insoweit, als die vertragsmäßige Bestimmung der Beteiligten zu 3 bis 5 zu Ersatznacherben anstelle J E betroffen ist, den für die andere Hälfte in dem Erbvertrag vertragsmäßig vorgesehenen Nacherben (§ 2289 Abs. 1 Satz 1, 2 Hs. 1 BGB).

a) Aufgrund der Auslegungsregel des § 2069 BGB ist anzunehmen, dass die Beteiligten zu 3 bis 5 als die Abkömmlinge ihres durch seinen Tod nach dem Erbvertrag vom 11. ... 1989 am 9. ... 2001 als Nacherbe weggefallenen Vaters J E als vertragsmäßige Nacherben des Erblassers insoweit an jenes Stelle getreten sind, als sie den Erblasser anstelle ihres Vaters kraft Gesetzes beerbten.

aa) Diese Auslegungsregel erfasst die vertragsmäßige Bindung des Erblassers gegenüber den Beteiligten zu 3 bis 5, obwohl diese an dem Erbvertrag nicht beteiligt sind. Dem steht nicht entgegen, dass der BGH (Beschluss vom 16.1.2002, IV ZB 20/01, zitiert nach juris Rdnr. 17) die Annahme der Bindungswirkung an eine nur mit Hilfe der Auslegungsregel des § 2069 BGB gewonnene Einsetzung von Verwandten des erstversterbenden Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testament für den von diesem bedachten überlebenden Ehegatten und das OLG München (Beschluss vom 28.9.2011, 31 Wx 216/11) für einen Erbvertrag dieses Inhalts zwischen Ehegatten ablehnen. Der Grund dafür, dass allein das Zusammenwirken zweier Auslegungsregeln, die des § 2069 BGB und die des § 2270 Abs. 2 Fall 2 BGB, nicht ohne Rücksicht auf die Ermittlung eines wenigstens hypothetischen Willens der Testierenden zur Bindung an die Erbfolge im gemeinschaftlichen Testament nicht erwähnter Personen führen darf, trifft auf die Bindung an eine einzelne vertragsmäßige Verfügung in einem Erbvertrag, wenn an die Stelle des durch diese Bedachten dessen Abkömmlinge treten, nicht zu. Diese Bindung ergibt sich nicht aus einer Auslegungsregel, sondern aus vertraglicher Vereinbarung zugunsten des Weggefallenen. Denn die Vorschrift des § 2279 Abs. 1 BGB verweist für vertragsmäßige Verfügungen einschränkungslos auf die Vorschriften, die für (einseitige) letztwillige Zuwendungen gelten und damit auf § 2069 BGB. Hätte die Verweisung nur klarstellende Bedeutung und keinen eigenständigen Regelungsgehalt, namentlich des Inhalts, dass sie die Vertragsmäßigkeit letztwilliger Verfügungen über die Auslegungsregel des § 2069 BGB auf Abkömmlinge des vertragsmäßig Bedachten erstreckt, wäre sie überflüssig. Die Überstellung der Frage, ob die Regelung als selbstverständlich zu streichen sei, an die Redaktionskommission (Prot. V S. 373), spricht nicht dafür, dass bei jener nur an Klarstellung gedacht war. Aus den Motiven (V S. 320) ergibt sich durch Verweisung auf diejenigen *Mommsens* (Mot. S. 267), dass die mit dem Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs Befassten den Inhalt des einseitig testamentarischen und des erbvertraglichen Rechtsgeschäfts als inhaltsgleich angesehen und nur bezüglich Bedingungen für die erbvertragliche Verfügung Ausnahmen für nötig befunden haben.

bb) Der Nacherbteil des Vaters der Beteiligten zu 3 bis 5 ist nicht der Beteiligten zu 2 angewachsen (§ 2094 Abs. 1 Satz 1 BGB). Das Recht der Beteiligten zu 3 bis 5 als Ersatznacherben des Erblassers für ihren Vater geht dem Anwachungsrecht der Beteiligten zu 2 vor (§ 2099 BGB).

b) Der Auslegungsregel des § 2069 BGB gegenüber ist dem Erbvertrag nicht der vorrangige Wille des Erblassers zu entnehmen (§ 133 BGB), die Abkömmlinge seines Sohnes von der Erbfolge auszuschließen.

aa) Kein Anzeichen dafür ist, dass der Erblasser Enkel zu Ersatznacherben nicht bestimmt hat, obwohl drei seiner sechs Enkel schon geboren waren, als er den Erbvertrag schloss. Zum einen war sein Sohn bei Abschluss des Erbvertrages noch kinderlos, zum anderen mit dessen Ableben vor ihm – dem Erblasser – aus seiner – des Erblassers – Sicht nicht zu rechnen. Der Erblasser war nahezu 32 Jahre älter als sein Sohn.

bb) Der Wille des Erblassers am ... 2002, als er zusammen mit seiner Ehefrau, der Beteiligten zu 1, testierte, den Stamm seines Sohnes, der drei Mädchen hinterließ, nicht zu bedenken, lässt nicht auf den allein maßgeblichen Willen des Erblassers schließen, als er den Erbvertrag schloss. Sein Wille damals konnte sich bis zum ... 2002 geändert haben, was sogar nahe liegt. Erst der Tod seines Sohnes am ... 2001 mag ihn auf den Gedanken gebracht haben, dessen Stamm bei der Erbfolge nach ihm – dem Erblasser – nicht mehr zu berücksichtigen.

cc) Das Vorbringen der Beteiligten zu 1, dass das Mehrfamilienhausgrundstück R in A ihrer und des Erblassers Altersversorgung habe dienen und ihrer beider Sohn in das auf eigenem weiteren Grundstück betriebene Architekturbüro des Erblassers habe hineinwachsen sollen, gibt für den Willen des Erblassers bei Abschluss des Erbvertrages, Kinder seines Sohnes von der Erbfolge auszuschließen auch vor dem Hintergrund nichts her, dass die Kinder des Erblassers als dessen Nacherben unter Einlage des Nachlasses eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit dem Zweck der Verwaltung des geerbten Vermögens gründen sollten. Die Frage, wer dem Erblasser als Nacherbe folgte, stellte sich erst nach dessen und der Beteiligten zu 1 Tode, wenn die Frage beider Altersversorgung keine Rolle mehr spielte. Auch wenn der Sohn des Erblassers als Unternehmensnachfolger ausschied und die Gründung einer Gesellschaft mit ihm nicht möglich war, folgte daraus nicht, dass allein die Tochter, die Beteiligte zu 2, Nacherbin wurde. Der dem Erbvertrag zu entnehmende Wille, dass nur die Kinder des Erblassers zur Verwaltung dessen Nachlasses als Nacherben vorgesehen waren und keine anderen Personen bedeutet nicht, dass andere Personen, namentlich die Beteiligten zu 3 bis 5, als Ersatznacherben nicht in Betracht kamen. Die Verwaltung des Nachlasses und von dem Erblasser weiter gewünschte Erhaltung des Grundeigentums war, wenn die Beteiligte zu 2 ihn allein als Nacherbin beerbte, ebenso wenig gewährleistet wie bei Nacherbfolge der Beteiligten zu 2 und derjenigen zu 3 bis 5. Im ersten Fall gab es niemanden, der die Veräußerung der Nachlassgegenstände verhindern konnte, im zweiten Falle drohte deren Umsetzung in Geld im Wege der Erbaueinandersetzung, zumal der Erhalt des Grundeigentums schon in der Person der Beteiligten zu 1 nicht gesichert ist. Als befreite Vorerbin (§ 2113 Abs. 1, § 2136 BGB) kann sie sämtliches Grundeigentum entgeltlich veräußern, ohne dass die Veräußerungen bei Eintritt des Nacherbfalls unwirksam sind.

(...)

#### Anmerkung:

1. Für diese Zeitschrift ist der Beschluss nicht nur deshalb interessant, weil er zumindest scheinbar von einem Beschluss des OLG München<sup>1</sup> abweicht. Vielmehr zeigt der Fall

<sup>1</sup> OLG München, FamRZ 2010, 1846.

Probleme auf, die für den Gestalter letztwilliger Verfügungen bedenkenswert sind.

2. Da die Entscheidung keine Sachverhaltsdarstellung enthält, möchte ich zunächst die wesentlichen Fakten zusammenfassen:

Die Eheleute haben zusammen mit ihrem Sohn und ihrer Tochter einen Erbvertrag geschlossen, in dem sie sich gegenseitig zu alleinigen befreiten Vorerben und ihre beiden Kinder, ihren Sohn und ihre Tochter, zu Nacherben bestimmt haben. Eine ausdrückliche Ersatznacherbeneinsetzung der Enkel enthält die Verfügung von Todes wegen nicht. Nach dem Tod des Sohnes haben die Eheleute ein gemeinschaftliches Testament errichtet, in welchem sie sich gegenseitig zu alleinigen Vollerben eingesetzt haben. Nach dem Tod des Vaters stellte sich die Frage, inwieweit dieses zweite Testament wegen der Beeinträchtigung der vertraglich bindend eingesetzten Erben gemäß § 2289 Abs. 1 BGB unwirksam war.

3. Die Einsetzung der Ehefrau zur Vollerbin beeinträchtigt zunächst einmal eindeutig die Nacherbenstellung der Tochter aus dem Erbvertrag, so dass das spätere gemeinschaftliche Testament jedenfalls für diesen hälftigen Erbanteil unwirksam war, § 2289 Abs. 1 BGB. Es blieb daher allein zu klären, ob die Vollerbeinsetzung der Ehefrau auch insofern unwirksam war, als eine mögliche Ersatzerbenstellung der Kinder des verstorbenen Sohnes beeinträchtigt wurde. Dies setzt zweierlei voraus:

- Die Enkel müssten zunächst überhaupt zu Ersatzerben bestimmt worden sein.
- Und außerdem müsste diese stillschweigende Ersatzerbeneinsetzung erbvertragliche Bindung haben.

Nach der Auslegungsregel des § 2069 BGB ist im Zweifel anzunehmen, dass die Abkömmlinge des verstorbenen Sohnes insoweit stillschweigend bedacht sind, als sie bei der gesetzlichen Erbfolge an dessen Stelle treten würden. Ob ein diese Auslegungsregel widersprechender Erblasserwille anzunehmen ist, ist eine Frage des Einzelfalles. Das OLG Celle hat hier einen abweichenden Erblasserwillen nicht feststellen können und daher eine Ersatzerbeneinsetzung angenommen.

Dogmatisch interessanter ist die zweite Frage: Für gemäß § 2069 BGB berufene Ersatzschlusslerben in einem gemeinschaftlichen Ehegattentestament hat bekanntlich der BGH die Vermutung der Wechselbezüglichkeit gemäß § 2270 Abs. 2 BGB verneint.<sup>2</sup> Danach könne Wechselbezüglichkeit nur bejaht werden, wenn sich hinreichend konkrete Anhaltspunkte für einen darauf gerichteten Willen des Erblassers-Ehegatten feststellen ließen.<sup>3</sup> Diese Rechtsprechung hat das OLG München in einem späteren Beschluss<sup>4</sup> auch auf einen inhaltlich einem Berliner Testament entsprechenden Erbvertrag übertragen. Dem tritt das OLG Celle im obigen Beschluss entgegen:

Beim Erbvertrag ergäbe sich die Bindung nicht aus dem Zusammenwirken der beiden Auslegungsregeln der §§ 2069 und 2270 Abs. 2 BGB, sondern bereits aus der vertraglichen Bindung der Erbeinsetzung des verstorbenen Sohnes. Da § 2279 Abs. 1 BGB für vertragliche Verfügungen auch auf § 2069 BGB verweise, erstrecke sich die Bindung auch auf diese stillschweigende Ersatzerbenregelung, ohne dass es auf die Anwendung des § 2270 Abs. 2 BGB ankomme.

Diese Argumentation ist allerdings nicht überzeugend. Denn die Frage, ob eine Verfügung vertraglich oder lediglich einseitig getroffen worden ist, muss für jede Verfügung gesondert beantwortet werden. Die Erfahrung lehrt dabei, dass ein Vertragsschließender, der durch eine Verfügung im Erbvertrag begünstigt wird, allgemein ein Interesse daran hat, dass diese Verfügung bis zum Erbfall bestehen bleibt. Es ist daher davon auszugehen, dass Verfügungen, die den Vertragspartner selbst begünstigen, im Zweifel bindend getroffen worden sind.<sup>5</sup> Auch die Erbeinsetzung der Kinder ist regelmäßig erbvertraglich bindend, gleich ob diese am Erbvertrag selbst beteiligt sind oder nicht. Wenn in § 2279 Abs. 1 BGB die Vorschrift des § 2069 BGB auch für erbvertragliche Vereinbarungen für anwendbar erklärt wird,<sup>6</sup> so bedeutet dies nur, dass im Zweifel genau wie bei einem Testament auch in einem Erbvertrag die Enkel an die Stelle des weggefallenen Sohnes getreten sind. Damit ist aber noch nicht gesagt, dass auch dieser stillschweigenden Ersatzerbenregelung erbvertragliche Bindung zukommt. Für diese aufgrund der Auslegungsregel gefundene Erbenbestimmung muss gesondert festgestellt werden, ob sie erbvertraglich bindend oder nur einseitig gewollt ist. Zur Auslegung des Erblasserwillens kann dabei die rechtsähnliche Regelung des § 2270 BGB über die Wechselbezüglichkeit von Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament mit herangezogen werden.<sup>7</sup> Falls eine individuelle Auslegung zu keinem eindeutigen Ergebnis führt, stellt sich also erneut die Frage, ob man die beiden Auslegungsregeln der §§ 2069 und 2270 Abs. 2 BGB kumulativ anwendet oder nicht.<sup>8</sup> Folgt man der neueren Rechtsprechung des BGH, so muss man die erbvertragliche Bindung dieser stillschweigenden Ersatzerbenbestimmung im Zweifel genauso wie für das gemeinschaftliche Testament auch für den Erbvertrag ablehnen.

4. Im vorliegenden Fall haben aber die beiden Kinder an dem Erbvertrag als Beteiligte selbst mitgewirkt. Klar dürfte damit sein, dass die Erbeinsetzung des Sohnes selbst mit vertraglicher Bindung erfolgt ist. Wegen dieser starken Stellung der Kinder spricht meines Erachtens nach einiges dafür, dass hier auch eine Bindung für den Fall des Vorversterbens hinsichtlich der als Ersatzerben eingetretenen Enkel gewollt war. Wenn die Kinder ein so großes Interesse an einer gleichmäßigen Erbeinsetzung hatten, dass ohne ihre Mitwirkung selbst bei einem übereinstimmenden Willen der Eltern hiervon nicht abgewichen werden durfte, so stellt dies ein starkes Indiz dafür dar, dass auch die beiden Stämme insgesamt mit bindender Wirkung gleichbehandelt werden sollten. Dies ergibt sich aber entgegen der Argumentation des OLG Celle nicht für jeden Erbvertrag allein aus § 2279 Abs. 1 BGB, sondern folgt aus der hier gewählten besonderen Form des Erbvertrages unter Mitbeteiligung der Kinder.

Der Beschluss zeigt allerdings auch, dass man von diesem Gestaltungsmittel im Zweifel nur sehr vorsichtig Gebrauch machen sollte, da eine Lösungsmöglichkeit von dem Erbvertrag nach dem Tod eines der Beteiligten häufig Schwierigkeiten bereitet. Im vorliegenden Fall hätte nach dem Tod des Sohnes ein Aufhebungsvertrag gemäß § 2290 BGB nicht mehr geschlossen werden können, um die Bindungswirkung zu beseitigen, da gemäß § 2299 Abs. 1 Satz 2 BGB nach dem Tod eines Vertragsbeteiligten eine Aufhebung nicht mehr erfolgen kann. Da die Enkel selbst nicht an dem Erbvertrag

<sup>5</sup> MünchKommBGB/Musielak, 5. Aufl. 2010, § 2278 Rdnr. 3 f.

<sup>6</sup> Staudinger/Kanzleiter, 2006, § 2279 Rdnr. 3.

<sup>7</sup> Staudinger/Kanzleiter, 2006, § 2278 Rdnr. 10; BGH, DNotZ 1970, 356.

<sup>8</sup> Kritisch dazu MünchKommBGB/Leipold, 5. Aufl. 2010, § 2069 Rdnr. 22.

<sup>2</sup> BGHZ 149, 363 = NJW 2002, 1126 = DNotZ 2002, 660 m. Anm. Schmucker = ZEV 2002, 150 m. abl. Anm. Otte.

<sup>3</sup> Dazu MünchKommBGB/Leipold, 5. Aufl. 2010, § 2069 Rdnr. 22.

<sup>4</sup> OLG München, FamRZ 2010, 1846.

beteiligt waren, könnte mit ihnen noch ein Zuwendungsverzicht gemäß § 2352 BGB vereinbart werden. Ob dies auch mit der am ursprünglichen Erbvertrag selbst beteiligten Tochter möglich ist, dürfte zwar mit der herrschenden Meinung im Ergebnis zu bejahen sein,<sup>9</sup> ist aber wegen des entgegenstehenden Wortlauts des § 2352 Satz 2 BGB nicht als völlig gesichert anzusehen.

Notar Prof. Dr. *Christopher Keim*, Bingen am Rhein

<sup>9</sup> So aktuell OLG Hamm, ZEV 2012, 266 m. krit. Anm. *Gockel; Keim*, RNotZ 2012, 496.

### Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

9. BGB § 709 Abs. 2, HGB §§ 105, 161 (*Wirksamkeit der Gesellschafterbeschlüsse einer Publikumpersonengesellschaft*)

**Sieht der Gesellschaftsvertrag einer Publikumpersonengesellschaft für bestimmte Beschlussgegenstände, zu denen auch Änderungen des Gesellschaftsvertrags gehören, eine qualifizierte Mehrheit von  $\frac{3}{4}$  der anwesenden Stimmen vor und bestimmt er außerdem, dass für diese Beschlussgegenstände bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen eine höhere Mehrheit erforderlich ist, kann die Regelung über die höheren Mehrheitserfordernisse grundsätzlich mit  $\frac{3}{4}$ -Mehrheit aufgehoben werden, wenn zum Zeitpunkt der Beschlussfassung die Voraussetzungen für ihre Anwendbarkeit nicht erfüllt sind und sich dem Gesellschaftsvertrag auch nicht im Wege der Auslegung entnehmen lässt, dass die Aufhebung der höheren Mehrheitserfordernisse auch dann nur mit diesen höheren Mehrheiten möglich sein soll, wenn die Voraussetzungen, an die der Gesellschaftsvertrag ihre Geltung knüpft, nicht gegeben sind.**

BGH, Urteil vom 16.10.2012, II ZR 239/11

#### Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung ist abgedruckt in WM 2013, 37, und NZG 2012, 63, sowie abrufbar unter BeckRS 2012, 25539.

10. BGB §§ 705, 899a; GBO § 47 Abs. 2 (*Notwendiger Inhalt der Berichtigungsbewilligung, die auf die Eintragung eines neuen GbR-Gesellschafters gerichtet ist*)

**Zum notwendigen Inhalt der Berichtigungsbewilligung, die auf die Eintragung eines neuen Gesellschafters der GbR gerichtet ist.**

OLG Hamm, Beschluss vom 14.2.2013, 15 W 50/13; mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG Hamm

In dem eingangs genannten Grundbuch sind in Abt. I als Eigentümer eingetragen:

„A und B in Gesellschaft bürgerlichen Rechts.“

Am 27.12.2012 erklärten die beiden Gesellschafter A und B sowie C in einer vom Notar entworfenen und unterschiftsbeglaubigten Urkunde, dass Gesellschafter der im Grundbuch eingetragenen Gesellschaft nicht nur A und B, sondern auch C sei. Sie bewilligten und beantragten daher, in Abt. I des Grundbuchs als Eigentümerin einzutragen die

A, B und C GbR – Gebäudeverwaltung,

bestehend aus:

A, geb. L-O, geb. ...1940,

B, geb. ...1941,

C, geb. ...1968

Mit Zwischenverfügung vom 22.1.2013 wies das Grundbuchamt darauf hin, der Eintragung stehe entgegen, dass die Berichtigungsbewilligung nicht einen schlüssigen Vortrag enthalte, der die materiellrechtlichen Vorgänge darlege, die zur Änderung der Gesellschafterzusammensetzung geführt hätten. Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Beteiligten, der das Grundbuchamt nicht abgeholfen hat.

*Aus den Gründen:*

#### II.

Die namens der Beteiligten vom Urkundsnotar (§ 15 GBO) eingelegte Beschwerde ist nach §§ 71, 73 GBO zulässig (vgl. *Bauer/von Oefele/Budde*, GBO, 3. Aufl., § 71 Rdnr. 11).

In der Sache hat die Beschwerde Erfolg und führt zur Aufhebung der angefochtenen Zwischenverfügung.

Die Eintragung eines Gesellschafterwechsels bei einer GbR erfolgt im Wege der Grundbuchberichtigung auf Antrag nach § 22 Abs. 1 GBO, wenn alle Betroffenen die Eintragung formgerecht bewilligen (§§ 19, 29 GBO) oder die Unrichtigkeit des Grundbuchs nachgewiesen ist. Vorliegend haben alle Betroffenen die Eintragung in der Form des § 29 GBO beantragt und bewilligt, nämlich die bereits als Gesellschafter im Grundbuch eingetragenen A und B sowie ihr Sohn C, der nach seiner eigenen Erklärung und der Erklärung seiner Eltern Mitgesellschafter der im Grundbuch eingetragenen GbR geworden ist. Zweifel an der Richtigkeit dieser Angaben bestehen bei dieser Sachlage nicht, weil A und B bereits im Grundbuch eingetragen waren und kein Grund zu der Annahme besteht, dass sie und der hinzugetretene Gesellschafter falsche Angaben hinsichtlich der Zusammensetzung der Gesellschaft machen.

Wird die Grundbuchberichtigung aufgrund einer Bewilligung der Beteiligten beantragt, muss die Erklärung der Beteiligten zwar den Rechtsübergang außerhalb des Grundbuchs schlüssig darstellen. Dafür reicht es indessen aus, wenn der Rechtsübergang als solcher im Ergebnis aus dem Inhalt der Erklärung abgeleitet werden kann. Dafür genügt hier bereits die einverständliche Erklärung der Beteiligten, dass C als Mitgesellschafter in die BGB-Gesellschaft eingetreten ist. Da die Gesellschaft bürgerlichen Rechts auf einem formfrei abzuschließenden Vertrag beruht (§ 705 BGB), reicht bereits die formlose Übereinstimmung der Beteiligten, C künftig als Mitgesellschafter der bestehenden Gesellschaft zu behandeln, aus, um ihm die Stellung eines Mitgesellschafters einzuräumen. Nur auf den Erwerb der Gesellschafterstellung als solche kommt es für die nach § 47 Abs. 2 GBO vorzunehmende Eintragung eines (weiteren) Mitgesellschafters und die daran nach § 899a BGB anknüpfende Vermutungswirkung an. Unerheblich ist, aufgrund welcher gesellschaftsvertraglichen Vereinbarungen im Einzelnen die Gesellschafterstellung erworben worden ist. Unerheblich ist auch, welcher Anteil ihm am Gesellschaftsvermögen vertraglich eingeräumt ist. Unerheblich ist erst recht, welche weitergehenden schuldrechtlichen Vereinbarungen einer etwa erfolgten (Teil-)Übertragung bestehender Gesellschafteranteile zugrundeliegen. Das Grundbuchamt muss bei der Bemessung der inhaltlichen Anforderungen an die schlüssige Darlegung in einer Berichtigungsbewilligung das berechnete Interesse der Beteiligten berücksichtigen, zu den Grundakten nicht ohne zwingenden

Grund ihre privaten schuldrechtlichen Vereinbarungen offen legen zu müssen, die nach den § 12 GBO, § 46 GBV dem Einsichtsrecht Dritter unterliegen können (BGH, NJW-RR 2011, 1651).

#### 11. AktG § 108 (Vollmacht an Aufsichtsratsmitglieder)

**Bei einem Vertrag zwischen einer Aktiengesellschaft und einem Vorstandsmitglied bedarf der Zustimmungsbeschluss des Aufsichtsrats besonderer Präzision. Ein Beschluss des Aufsichtsrats, in welchem einem Aufsichtsratsmitglied nur Vollmacht zum Vertragsabschluss mit dem Vorstandsmitglied zum Erwerb eines Gesellschaftsanteils erteilt wird, reicht dann nicht aus, wenn der Umfang der Verpflichtung der Gesellschaft zum Zeitpunkt der Vollmachterteilung noch nicht feststand.**

OLG München, Urteil vom 19.12.2012, 7 U 1711/12

Die Parteien streiten im Urkundsprozess um einen Zahlungsanspruch aus einem Kaufvertrag über einen GmbH-Anteil an der BKW F GmbH.

Das Erstgericht hat die Klage abgewiesen, da ein wirksamer Kaufvertrag mangels wirksamer Vertretung der Beklagten zur Abgabe der entsprechenden Willenserklärung beim notariellen Kaufvertrag vom 1.8.2008 nicht zustande gekommen sei.

Wegen der tatsächlichen Feststellungen und Entscheidungsgründe wird auf das Urteil des LG München I Bezug genommen, § 540 Abs. 1 ZPO.

Hiergegen richtet sich die Berufung des Klägers, der sein erstinstanzliches Begehren weiter verfolgt.

Der Kläger ist der Auffassung, bereits in der Aufsichtsratsitzung vom 11.10.2007 (Anlage K6) sei der Kauf beschlossen worden. In der Aufsichtsratsitzung vom 28.2.2008 (Anlage K10) sei die Vollmacht zum Anteilskauf gemäß den besagten Konditionen gegengezeichnet worden. Eine abschließende Besprechung des Kaufprozederes sei aus Zeitgründen auf die nächste Sitzung verschoben worden. Mit der Berufungsbegründungsschrift trägt der Kläger nunmehr vor, in der Aufsichtsratsitzung vom 17.7.2008 (TOP 6, Anlage K11) sei nochmals beschlossen worden, dass der Kauf gemäß den vorgetragenen Bedingungen getätigt werden solle, wie dies auch am 1.8.2008 tatsächlich erfolgt sei.

Der Kläger beantragt daher:

1. Das Urteil des LG München I vom 5.4.2012 wird aufgehoben.
2. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 600.000 € nebst Zinsen in Höhe von acht Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 650.000 € für den Zeitraum 3.9.2008 bis 11.12.2008 sowie aus 600.000 € seit dem 12.12.2008 zu zahlen.
3. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 5.122,71 € an außergerichtlichen Anwaltskosten nebst Zinsen hieraus in Höhe von acht Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte beantragt die Zurückweisung der Berufung.

Die Beklagte verteidigt das angefochtene Ersturteil. Der vom Kläger erstmals im Berufungsverfahren erfolgte Sachvortrag sowie die hierzu vorgelegten Dokumente seien gemäß § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO als Beweismittel präkludiert. Ausweislich der Protokolle sei der Kläger bei sämtlichen Sitzungen persönlich anwesend gewesen, so dass er auch zeitnah Zugang zu den Protokollen gehabt haben müsse. Zudem fehle dem im Protokoll vom 17.7.2008 (Anlage K11) gefassten Beschluss das erforderliche Ausdrücklichkeitsgebot, wonach ein Beschluss den Beschlussgegenstand eindeutig erkennen lassen müsse. Danach standen die Konditionen des Kaufvertrags zum damaligen Zeitpunkt noch gar nicht fest. Dies ergebe sich auch aus der nachfolgenden E-Mail vom 31.7.2008 (Anlage B7). Damit habe noch nicht einmal unmittelbar vor Abschluss des Kaufvertrags Klarheit darüber geherrscht, aufgrund welcher Bilanz der Kaufpreis ermittelt werden sollte, d. h. zu welchem Kaufpreis das Geschäft abgeschlossen bzw. anhand welcher Parameter der Kaufpreis ermittelt werden sollte.

Hinsichtlich der Präklusion gab der Kläger – auch auf Nachfrage des Senats in der mündlichen Verhandlung vom 26.9.2012 – an, sämtliche Unterlagen aus der Zeit seiner Tätigkeit als Vorstand der Beklagten befänden sich noch in den Geschäftsräumen der Beklagten. Die Beklagte verwehre ihm den Zugang zu seinen Unterlagen.

(...)

Aus den Gründen:

#### II.

Die zulässige Berufung des Klägers ist unbegründet.

Der Kläger hat keinen Anspruch auf Zahlung des Restkaufpreises in Höhe von 600.000 € aus Ziffer II.1 des Kaufvertrags vom 1.8.2008. Der Senat schließt sich der Auffassung des Erstgerichts an, dass ein wirksamer Kaufvertrag mangels wirksamer Vertretung der Beklagten zur Abgabe der entsprechenden Willenserklärung am 1.8.2008 nicht zustande gekommen ist. Eine wirksame Vertretung der Beklagten liegt nicht vor, weil kein wirksamer und noch gültiger Beschluss des Aufsichtsrats vorliegt, mit dem der Erwerb des Gesellschaftsanteils an der BKW F GmbH durch die Beklagte legitimiert wäre. Auf die zutreffenden Gründe des Erstgerichts (dort unter I.) wird Bezug genommen.

Ergänzend wird ausgeführt:

Ein ausdrücklicher Beschluss des Aufsichtsrats zum Erwerb des GmbH-Anteils an der BKW F GmbH wurde zwar in der Sitzung vom 11.10.2007 (Anlage B2, dort TOP 3) gefasst; allerdings enthielt dieser eine aufschiebende Bedingung i. S. v. § 158 Abs. 1 BGB dergestalt, dass das Bezahlungsprozedere bis Ende Oktober 2007 einvernehmlich geklärt sein sollte. Nach dem unstreitigen Sachverhalt trat diese Bedingung indes nicht ein.

In der Vollmachterteilung vom 28.2.2008 ... kann kein Beschluss zur Abgabe der auf den Vertragsabschluss hinsichtlich des Erwerbs des Gesellschaftsanteils gerichteten Willenserklärung gesehen werden.

Der Senat verkennt nicht, dass auch in einer als „Vollmachterteilung“ bezeichneten und von sämtlichen Aufsichtsratsmitgliedern unterschriebenen Urkunde im Wege der Auslegung nicht nur eine Vollmachterteilung an den Aufsichtsratsvorsitzenden als bloßer „Erklärungsvertreter“ (vgl. *Luther in Schmidt/Luther*, AktG, § 112 Rdnr. 14), sondern auch ein ausdrücklich gefasster Beschluss des Aufsichtsrats grundsätzlich gesehen werden könnte (vgl. BGH II ZR 74/88), da das Gebot der ausdrücklichen Beschlussfassung nicht völlig ausschließt, dass ein Beschluss des Aufsichtsrats ausgelegt werden kann. Jedoch steht die Auslegung im Spannungsverhältnis zu dem hinter dem Erfordernis der ausdrücklichen Beschlussfassung stehenden Ziel der Rechtssicherheit und -klarheit, so dass der Annahme konkludenter Erklärungen im Rahmen eines Beschlusses sehr enge Grenzen zu ziehen sind (vgl. *Spindler in Spindler/Stilz*, AktG, 2. Aufl., § 108 Rdnr. 11). Zwar spricht für die Annahme einer Beschlussfassung die Tatsache, dass alle Aufsichtsratsmitglieder diese Vollmachterteilung unterschrieben haben.

Dagegen spricht aber vorliegend der Umstand, dass in der Sitzung des Aufsichtsrats vom selben Tage, d. h. vom 28.2.2008 (Anlage K10) unter TOP 6 „Sonstiges“ unter anderem festgehalten wurde: „... Weitere Diskussionen und Beschlüsse wurden auf die nächste möglichst zeitnahe Aufsichtsrats-sitzung vertagt. Die Vorstellung der Budgetplanungen für BTA International, BKW F und Agraserv wurden ebenfalls auf die nächste Aufsichtsrats-sitzung verschoben. Info über Status Anteilsübertragung BKW F (Besprechungsprotokoll

vom 26.10.2007) ... werden in die nächste Aufsichtsratssitzung verschoben.“

In dieser Sitzung, die dasselbe Datum trägt wie die Vollmachterteilung vom 28.2.2008, wird damit erkennbar zum Ausdruck gebracht, dass der Meinungsbildungsprozess zum Ankauf des streitgegenständlichen GmbH-Anteils offensichtlich gerade noch nicht abgeschlossen war, sondern eine weitere Erörterung und zwar zeitnah in der nächsten Aufsichtsratssitzung geplant war. Die vom selben Tag stammende Vollmachterteilung kann daher letztlich nur als Bevollmächtigung des Aufsichtsratsvorsitzenden als Erklärungsvertreter des Aufsichtsrats gesehen werden und nicht als Beschluss in der Sache selbst.

Soweit der Kläger erstmals mit der Berufungsbegründung unter Vorlage von Anlage K11 vorträgt, zuletzt sei in der Sitzung des Aufsichtsrats vom 17.7.2008, TOP 6, beschlossen worden, dass der Kauf gemäß den vorgetragenen Bedingungen getätigt werden solle, war dieser Vortrag als im Berufungsverfahren verspätet zurückzuweisen (§ 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO). Der Kläger hat diesen Vortrag in erster Instanz nachlässig nicht vorgetragen. Der Kläger hat hierzu lediglich angegeben, sämtliche Unterlagen aus der Zeit seiner Tätigkeit als Vorstand der Beklagten befänden sich noch in den Geschäftsräumen der Beklagten. Er habe daher bisher im Prozess sämtliche Unterlagen, welche ihm größtenteils vom Aufsichtsratsvorsitzenden Bö. zur Verfügung gestellt worden seien, sobald als möglich vorgelegt. Ihm werde der Zugang zu seinen Unterlagen verwehrt.

Allein aus diesem Vortrag kann der Senat nicht die Überzeugung gewinnen, dass der Ausnahmetatbestand des § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO vorliegt. Da das Gesetz zumindest leichte Fahrlässigkeit vermutet, muss sich vorliegend der Kläger entlasten. Dies ist ihm nicht gelungen. Der Umstand, dass der Kläger möglicherweise keinen Zugang zu seinen Unterlagen hatte/hat, hätte ihn gleichwohl nicht daran gehindert, die nunmehr behaupteten Tatsachen rechtzeitig bereits in erster Instanz vorzutragen. Immerhin gab der Kläger erstinstanzlich an, dass die Parteien am 1.8.2008 einen Kaufvertrag geschlossen haben und verweist hinsichtlich der erforderlichen Bevollmächtigung auf den Beschluss des Aufsichtsrats vom 11.10.2007 und die Vollmachterteilung vom 28.2.2008. Die nunmehr vorgelegte behauptete Beschlussfassung des Aufsichtsrats in der Sitzung vom 17.7.2008 (Anlage K11) erfolgte nur ca. zwei Wochen vor dem notariellen Kaufvertragstermin vom 1.8.2008. Auch war der Kläger ausweislich der Urkunde (Anlage K11) persönlich in der Aufsichtsratssitzung vom 17.7.2008 anwesend. Wieso der Kläger diese doch für den unmittelbar zeitlich bevorstehenden notariellen Kaufvertragstermin maßgebliche Sitzung des Aufsichtsrats nicht bereits erstinstanzlich vorgetragen hat bzw. nicht vortragen konnte, erschließt sich dem Senat nicht. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob dem Kläger seitens der Beklagten der Zugang zu Unterlagen verwehrt wurde/wird. Auch ohne Vorlage von Unterlagen hätte der Kläger entsprechend substantiierten Vortrag bereits erstinstanzlich bringen können, dass es unmittelbar vor dem Kaufvertragstermin eine erneute Sitzung des Aufsichtsrats und Beschlussfassung gegeben haben soll, an der er persönlich anwesend gewesen sei.

Soweit er dann tatsächlich mangels Weigerung der Beklagten an der Vorlage der Beschlussfassung gehindert gewesen wäre, hätte es im Rahmen der sekundären Darlegungs- und Beweislast ggf. der Beklagten oblegen, diese entsprechende Urkunde vorzulegen. Das Fehlen der Urkunde allein machte aber entsprechenden Vortrag seitens des Klägers nicht entbehrlich.

Soweit der Kläger im nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 29.10.2012 weiter angibt, sobald der ehemalige Aufsichtsrats-

vorsitzende Bö. an ihn herangetreten sei, seien sämtliche Unterlagen im jeweiligen Prozessstadium sofort vorgelegt worden, ist dies ausweislich des erstinstanzlich vorgelegten Schreibens von Herrn Bö. an ihn, anscheinend schon spätestens zum Zeitpunkt des Schreibens vom 16.3.2012 erfolgt. Wieso aber gleichwohl erstinstanzlich weiterhin entsprechender Vortrag nicht erfolgt ist und dies erstmals mit der Berufungsbegründung hätte erfolgen können, wurde nicht näher dargetan. Der Senat gewinnt vielmehr aus den Schriftsätzen des Klägervertreters den Eindruck, dass mangelnder Vortrag hierzu auf grob nachlässigem Verhalten beruht.

Die dem Kläger obliegende Darlegungs- und Beweislast, dass keine Nachlässigkeit vorliegt, konnte der Kläger daher nicht zur Überzeugung des Senats erbringen.

Vorsorglich wird ausgeführt, dass selbst unter Berücksichtigung der Anlage K11 der Kläger den Nachweis für die behauptete Beschlussfassung nicht erbringen konnte.

Zwar wird im Beschluss der Aufsichtsratssitzung vom 17.7.2008 (Anlage K11), dort unter TOP 6 „Sonstiges“ wie folgt festgehalten:

„Beschluss des AR:

Der Aufsichtsratsvorsitzende Herr Bö. sowie der Aufsichtsrat Herr Ba. sind zur Unterzeichnung des Verkaufs bzw. der Abtretung der Anteile von Hans F. an der BKW F GmbH an die Agra Ferntechnologies AG berechtigt.“

Der hier gefasste Beschluss ist aber nicht eindeutig. Der Formulierung zufolge könnte dies auch eine bloße Berechtigung der Herren Bö. und Ba. zum Handeln als sog. Erklärungsvertreter für die Beklagte beim geplanten Kaufvertragsabschluss bedeuten. Hierfür spricht insgesamt der Umstand, dass zum Zeitpunkt der Beschlussfassung vom 17.7.2008 immer noch nicht feststand, aufgrund welcher Bilanz der Kaufpreis ermittelt werden sollte, d. h. zu welchem Kaufpreis das Geschäft abgeschlossen bzw. anhand welcher Parameter der Kaufpreis ermittelt werden sollte. Dies ergibt sich aus der beklagten Seite vorgelegten E-Mail vom 31.7.2008 (Anlage B7), gerichtet an den stellvertretenden Vorsitzenden des Aufsichtsrats, Herrn Ba., stammend von der Anwaltskanzlei der Beklagten Seite. Danach wird von einem Kaufvertrag „in der letzten Version von Herrn Notar S.“ gesprochen. Auch wird unter Ziffer 1. und 2. wie folgt ausgeführt:

1. „Der Entwurf sieht nunmehr die Berechnung des Kaufpreisanzahlungsanspruchs auf Basis einer Unternehmensbewertung zum 31.12.2010 vor. In der letzten Version war das Datum der Bewertung noch offen gelassen und Ende 2010 sowie Ende 2012 als Alternativen angegeben.“
2. Der Vertrag sieht nun vor, dass Sie die Vertretung des Gesamtaufichtsrates durch einen schriftlichen Ermächtigungsnachweis belegen, der unverzüglich nachzureichen ist. Dafür ist ein entsprechender Aufsichtsratsbeschluss, der Herrn Bö. und Sie zur Vertretung im Rahmen des Vertragsabschlusses ermächtigt, erforderlich.“

Insbesondere aus Ziffer 2. wird klar, dass die Parteien offenbar selbst noch davon ausgingen, dass ein weiterer Aufsichtsratsbeschluss erforderlich ist. Auf die Vollmachterteilung vom 28.2.2008 (Anlage K4) wird nicht verwiesen, ein Indiz hierfür, dass auch die Parteien diese Vollmachterteilung als nicht ausreichende Ermächtigungsgrundlage angesehen haben mögen.

Letztlich kann daher auch trotz der Beschlussfassung vom 17.7.2008 keine ausreichende Ermächtigungsgrundlage seitens des Aufsichtsrats gesehen werden. Trotz der vorgelegten Urkunde (Anlage K11) konnte daher der Kläger im Urkun-

denprozess nicht nachweisen, dass ein entsprechender erforderlich ausdrücklicher und konkreter Beschluss durch den Aufsichtsrat gefasst worden ist.

Die Berufung des Klägers war daher als unbegründet zurückzuweisen.

(...)

## Internationales Privatrecht

12. EGBGB Art. 17b; PStG § 35 (*Eintragung einer Lebenspartnerschaft einer ausländischen gleichgeschlechtlichen Ehe*)

**Eine nach ausländischem Recht geschlossene gleichgeschlechtliche Ehe ist als eingetragene Lebenspartnerschaft im Sinne von Art. 17b EGBGB zu qualifizieren und in das Lebenspartnerschaftsregister einzutragen.**

OLG München, Beschluss vom 6.7.2011, 31 Wx 103/11

Die Beteiligten zu 1 und 2 sind ein Deutscher und ein Spanier männlichen Geschlechts. Sie haben 2007 in Puerto de la Cruz, Teneriffa/ Spanien, die Ehe geschlossen. Sie leben nunmehr in Deutschland und haben hier die Nachbeurkundung im Lebenspartnerschaftsregister beantragt. Das Standesamt hat die Eintragung abgelehnt. Auf Antrag hat das AG das Standesamt angewiesen, die beantragte Eintragung vorzunehmen. Mit der Beschwerde möchte die Standesamtsaufsicht eine obergerichtliche Klärung der anstehenden Rechtsfrage herbeiführen.

*Aus den Gründen:*

### II.

Die zulässige Beschwerde (§§ 51, 53 Abs. 2 PStG, §§ 58 ff. FamFG) führt zur Bestätigung der amtsgerichtlichen Entscheidung. Eine im Ausland nach ausländischem Recht geschlossene gleichgeschlechtliche Ehe ist als eingetragene Lebenspartnerschaft im Sinne von Art. 17b EGBGB zu qualifizieren und nach Art. 35 PStG im deutschen Lebenspartnerschaftsregister einzutragen.

1. Allerdings wird die Auffassung vertreten, dass eine im Ausland nach der dortigen Rechtsordnung in zulässiger Weise geschlossene gleichgeschlechtliche Ehe über Art. 13 EGBGB – der für die Ehe geltenden Kollisionsnorm – anzuknüpfen ist (vgl. *Palandt/Thorn*, BGB, 70. Aufl., Art. 17b EGBGB Rdnr. 1; *Röthel*, IPRax 2002, 496; *Kissner*, StAZ 2010, 119). Nach dieser Meinung wäre die im Ausland geschlossene Ehe eines Deutschen wegen der Heimatrechtsanknüpfung in Art. 13 EGBGB aus deutscher Sicht unwirksam; denn in Deutschland ist die Ehe verschiedengeschlechtlichen Paaren vorbehalten (vgl. BVerfG, NJW 1993, 3058). Dieses Ergebnis wird indes weder den Interessen der Beteiligten noch dem Umstand gerecht, dass beide Rechtsordnungen eine gleichgeschlechtliche rechtsförmliche Verbindung zulassen, sei es, wie in Spanien, in der Form der Ehe, sei es, wie in Deutschland, in der als aliud zur Ehe verstandenen Form der eingetragenen Lebenspartnerschaft.

2. Zu Recht geht die Rechtsprechung und nunmehr herrschende Meinung einen anderen Weg und knüpft über Art. 17b EGBGB – der für die eingetragene Lebenspartnerschaft geltenden Kollisionsnorm – an (vgl. BFH, IPRax 2006, 287; KG, StAZ 2011, 181; OLG Zweibrücken, StAZ 2011, 184; LG Kaiserslautern, StAZ 2011, 114; AG Schöneberg, Beschluss vom 22.12.2010, 70 III 130/10; AG Münster, StAZ 2010, 211; VG Karlsruhe, IPRax 2006, 284; VG Berlin, IPRax 2011, 270; *Staudinger/Mankowski*, Art. 17b EGBGB Rdnr. 22 ff./24

m. w. N.; *MünchKommBGB/Coester*, 5. Aufl., Art. 17b EGBGB Rdnr. 143 ff./146 f. m. w. N.; *Bamberger/Roth/Heiderhoff*, BGB, 3. Aufl., Art. 17b EGBGB Rdnr. 12; *Hepting*, Deutsches und Internationales Familienrecht im Personenstandsrecht, 1. Aufl. 2010, Rdnr. III-860 ff./866; *Andrae/Abbas*, StAZ 2011, 97/102; *Mankowski/Höffmann*, IPRax 2011, 247/250 f.; *Bruns* StAZ 2010, 187 f.; *Buschbaum*, RNotZ 2010, 73/82; *Henrich*, FamRZ 2002, 137/138; *Krömer*, StAZ 2005, 239/240). Die Anknüpfung an Art. 17b EGBGB hält auch der Senat für richtig. Der Gesetzgeber hat das Institut der eingetragenen Lebenspartnerschaft mit einer eigenen Kollisionsnorm, Art. 17b EGBGB, flankiert. Sie kann bei der gebotenen funktionalen Betrachtung ohne Weiteres als spezielles Anknüpfungsregime für jede rechtlich anerkannte, rechtsförmliche, gleichgeschlechtliche Verbindung verstanden werden, unabhängig davon, ob die ausländische Rechtsordnung für eine solche rechtsförmliche gleichgeschlechtliche Verbindung das Institut der Ehe oder eine andere Form rechtlich anerkannter Partnerschaft (oder, wie im Fall der Niederlande, wahlweise beides) zur Verfügung stellt. Die in Art. 17b EGBGB vorgesehene Anknüpfung an das Recht des Registrierungsortes hilft zudem, sog. hinkende Rechtsverhältnisse zu vermeiden, die ansonsten in wachsender Zahl zu befürchten wären (vgl. zur Entwicklung gleichgeschlechtlicher Ehen im Ausland *Mankowski/Höffmann*, IPRax 2011, 247/248 ff.). Sie führt zu einem rechtspolitisch erwünschten und den Interessen der Beteiligten gerecht werdenden Ergebnis.

3. Die in Spanien nach dem Recht des Registerstaates wirksam geschlossene gleichgeschlechtliche Ehe wird nicht in das deutsche Eheregister eingetragen (Art. 34 PStG; hierzu AG Köln StAZ 2010, 114). Richtig ist, wie hier auch beantragt, die Eintragung in das Lebenspartnerschaftsregister (Art. 35 PStG). Insoweit ist Art. 35 PStG in dem gleichen (kollisionsrechtlich weiten) Sinn zu verstehen wie Art. 17b EGBGB (vgl. *MünchKommBGB/Coester*, Art. 17b EGBGB Rdnr. 102). Die Entstehungsgeschichte der Vorschrift bestätigt diese Sichtweise, wie mehrere Gerichte und Autoren bereits ausführlich dargelegt haben, auf deren Ausführungen hier Bezug genommen werden kann (vgl. nur OLG Zweibrücken, LG Kaiserslautern, *Bruns*, je a. a. O., unter Hinweis auf BR-Drucks. 616/05, S. 13/14; BT-Drucks. 16/1831, S. 75). Die inländischen Wirkungen der im Ausland eingegangenen rechtsförmlichen gleichgeschlechtlichen Verbindung gehen nicht weiter als nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs und des Lebenspartnerschaftsgesetzes vorgesehen (Art. 17b Abs. 4 EGBGB).

(...)

## Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

13. BGB § 1179a Abs. 1 Satz 1 und 3; InsO § 106 Abs. 1 Satz 1 (*Insolvenzfestigkeit des Lösungsanspruchs des nachrangigen Grundschuldgläubigers*)

- Der Anspruch aus § 1179a Abs. 1 Satz 1 BGB ist insolvenzfest (Aufgabe von BGHZ 166, 319 = NJW 2006, 2408).**
- Der Anspruch aus § 1179a Abs. 1 Satz 1 BGB mit den Wirkungen des Satzes 3 der Norm ist auch gegeben, wenn der vorrangige (oder gleichrangige) Grundpfandrechtsgläubiger auf sein Recht erst nach erfolgter Versteigerung des Grundstücks im Verteilungsverfahren verzichtet.**

BGH, Urteil vom 27.4.2012, V ZR 270/10; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Der Beklagte ist Verwalter in dem Insolvenzverfahren, das am 9.5.2006 über das Vermögen von G. K. (im Folgenden: Schuldner) eröffnet wurde. Die klagende Sparkasse hatte dem Schuldner ein Darlehen i. H. v. 100.000 € gewährt und einen Kontokorrentkredit i. H. v. 50.000 € eingeräumt. Zur Sicherung der Forderungen wurden zwei Grundschulden bestellt. Die Zweckerklärung vom 20.1.2004 enthält eine Abtretung des „auch zukünftigen oder bedingten Anspruch(s) des Sicherungsgebers auf Rückgewähr aller vor- und gleichrangigen Grundschulden (Anspruch auf Übertragung oder Löschung oder Verzicht sowie auf Zuteilung des Versteigerungserlöses)“ an die Klägerin.

Im Zeitpunkt der Eintragung der beiden Grundschulden war das Grundstück bereits mit einer zugunsten der Volksbank D eG (im Folgenden: Volksbank) eingetragenen Grundschuld belastet, die der Absicherung auch zukünftiger Ansprüche diente. Dieses Grundpfandrecht valutierte nicht mehr, nachdem die gesicherten Forderungen aufgrund einer von der Volksbank am 6.2.2006 erklärten Kündigung zurückgeführt worden waren. Mit Schreiben vom 16.5.2006 zeigte die Klägerin die Abtretung der Rückgewähransprüche gegenüber der Volksbank an, die die Anzeige bestätigte. Der Beklagte erklärte die insolvenzrechtliche Anfechtung der Kündigung und der Abtretung.

Im Juli 2008 wurde das belastete Grundstück versteigert. Von dem Erlös wurden an den Beklagten mit Blick auf die nicht mehr valutierende Grundschuld 27.003,35 € ausgekehrt, nachdem die Volksbank am 21.10.2008 auf das Grundpfandrecht verzichtet hatte. Diesen Betrag beansprucht die Klägerin. Das LG hat der Klage stattgegeben. Das OLG hat sie abgewiesen. Mit der von ihm zugelassenen Revision, deren Zurückweisung der Beklagte beantragt, möchte die Klägerin die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils erreichen.

*Aus den Gründen:*

## I.

Nach Ansicht des Berufungsgerichts, dessen Entscheidung in ZIP 2011, 188 veröffentlicht ist, kann die Klägerin keine Befriedigung aus der Insolvenzmasse nach § 106 Abs. 1 Satz 1 InsO verlangen. Ein Vormerkungsschutz nach § 1179a Abs. 1 Satz 3, § 1192 Abs. 1 BGB sei erst aufgrund des von der Volksbank erklärten Verzichts auf deren vorrangiges Grundpfandrecht und damit nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstanden. Zu diesem Zeitpunkt habe die Klägerin indes gemäß § 91 InsO keine Rechte an der Insolvenzmasse mehr erwerben können. Zwar sei auch ein künftiger Anspruch grundsätzlich vormerkungsfähig. Das gelte aber nicht, wenn der Schuldner selbst oder im Zusammenwirken mit Dritten darüber bestimmen könne, ob der Anspruch entstehe, und damit noch nicht der für die Sicherung künftiger Ansprüche erforderliche sichere Rechtsboden gelegt worden sei. So liege es hier, weil die Volksbank und der Schuldner die Sicherungsabrede nach Belieben hätten erweitern können.

Ein Anspruch nach § 170 Abs. 1 Satz 2, § 51 Nr. 1 InsO scheitere daran, dass durch die Abtretung des aus der Sicherungsabrede folgenden – durch den Wegfall des Sicherungszwecks aufschiebend bedingten – Rückgewähranspruchs kein Absonderungsrecht zugunsten der Klägerin begründet worden sei; dem Erwerb eines solchen Rechts nach der Insolvenzeröffnung stehe ebenfalls § 91 InsO entgegen. Auch insoweit sei der Besonderheit Rechnung zu tragen, dass die Klägerin vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch keine sichere Rechtsposition erlangt habe. Dem abgetretenen Rückgewähranspruch komme bei wertender Betrachtung insolvenzrechtlich keine andere Qualität zu als dem gesetzlichen Lösungsanspruch nach § 1179a Abs. 1 Satz 1 BGB.

## II.

Die Revision ist begründet und führt zur Wiederherstellung der Entscheidung des LG. Die Klägerin kann, nachdem der

Teilungsplan ausgeführt worden ist, gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB von dem Beklagten die Herausgabe des an diesen ausgekehrten Anteils an dem Versteigerungserlös verlangen; der Geltendmachung des Anspruchs stünde es nicht entgegen, wenn die Klägerin – wozu das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen hat – dem Teilungsplan nicht widersprochen haben sollte (§ 878 Abs. 2 ZPO; vgl. BGH, Urteil vom 13.3.1963, V ZR 108/61, NJW 1963, 1497 [insoweit in BGHZ 39, 242 nicht abgedruckt]; BGH, Urteil vom 22.9.1994, IX ZR 251/93, NJW 1994, 3299, 3301 m. w. N.; Münch-KommZPO/Eickmann, 3. Aufl., § 878 Rdnr. 31 m. w. N.).

1. Die Insolvenzmasse hat den Erlösanteil i. H. v. 27.003,35 € unmittelbar auf Kosten der Klägerin ohne rechtlichen Grund erlangt. Der Erlösanteil gebührte nach § 106 Abs. 1 Satz 1 InsO der Klägerin. Durch die Auskehrung an die Masse ist in diese Güterzuordnung zulasten der Klägerin eingegriffen worden, ohne dass es hierfür eine Rechtsgrundlage gäbe.

Nach § 106 Abs. 1 Satz 1 InsO kann ein Gläubiger Befriedigung aus der Insolvenzmasse verlangen, wenn ihm ein Anspruch auf Aufhebung eines Rechts an einem Grundstück des Schuldners zusteht, zu dessen Sicherung eine Vormerkung im Grundbuch eingetragen ist. Dem steht nach § 1179a Abs. 1 Satz 3 BGB der Fall gleich, dass der Gläubiger einer Hypothek nach § 1179a Abs. 1 Satz 1 BGB von dem Eigentümer die Löschung einer vorrangigen oder gleichrangigen Hypothek verlangen kann, wenn diese im Zeitpunkt der Eintragung der Hypothek des Gläubigers mit dem Eigentum in einer Person vereinigt ist oder eine solche Vereinigung später eintritt. So ist es hier.

a) Die Klägerin konnte als nachrangige Grundschuldgläubigerin nach der gemäß § 1192 Abs. 1 BGB auf die Grundschuld anwendbaren Vorschrift des § 1179a Abs. 1 Satz 1 BGB Löschung der ihren Rechten vorgehenden Grundschuld der Volksbank beanspruchen.

aa) Allerdings fehlt es an einer Vereinigung der vorgehenden Grundschuld mit dem Eigentum. Denn die Volksbank hat erst nach der Erteilung des Zuschlags auf ihre vorrangige Grundschuld verzichtet mit der Folge, dass sich die Grundschuld aufgrund ihres Erlöschens (§ 91 Abs. 1 ZVG) nicht mehr nach § 1168 Abs. 1, § 1192 Abs. 1 BGB in eine Eigentümergrundschuld umwandeln konnte, deren Löschung die Klägerin hätte beanspruchen können.

bb) Darauf kommt es bei wertender Betrachtung aber nicht an. Durch die Zuschlagserteilung ist nämlich der Versteigerungserlös im Wege gesetzlicher Surrogation an die Stelle des Grundstücks getreten; an ihm setzen sich die erloschenen Rechte und früheren Rechtsbeziehungen fort, soweit dies nicht durch den veränderten Gegenstand (Erlös statt Grundstück) ausgeschlossen ist (st. Rspr., vgl. etwa BGH, Urteil vom 26.6.1957, V ZR 191/55, WM 1957, 979 f.; BGH, Urteil vom 23.10.1957, V ZR 235/56, BGHZ 25, 382, 384; BGH, Urteil vom 23.2.1973, V ZR 10/71, BGHZ 60, 226, 228 und BGH, Urteil vom 27.2.1981, V ZR 9/80, NJW 1981, 1505, 1506; *Stöber*, ZVG, 19. Aufl., § 91 Anm. 2 m. w. N.). Folge dessen ist, dass die Klägerin rechtlich genauso zu behandeln ist wie in dem Fall eines Verzichts der Volksbank vor Zuschlagserteilung. Dann hätte ihr der Lösungsanspruch nach § 1179a Abs. 1 Satz 1 BGB mit der Wirkung des Satzes 3 der Norm zugestanden (vgl. BGH, Urteil vom 13.3.1963, V ZR 108/61, BGHZ 39, 242, 246; OLG Köln, OLGR 1998, 433, 434; *Stöber*, Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, 9. Aufl., Rdnr. 534 b; *ders.*, WM 2006, 607, 609 f.).

b) Dass die Voraussetzungen für den Anspruch aus § 1179a Abs. 1 Satz 1 BGB bzw. für die dem gleich zu achtende Rechtsposition der Klägerin erst nach Insolvenzeröffnung

entstanden sind, ist entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ohne Belang.

aa) Das zeigt ein Blick auf die Rechtslage vor dem Inkrafttreten des § 1179a BGB am 1.1.1978. Nach § 1179 BGB in der bis dahin geltenden Fassung (a. F.) konnte ein von dem Eigentümer für den Fall, dass diesem die Hypothek zufiel, einem Dritten vertraglich eingeräumter Anspruch auf Löschung des Grundpfandrechts dadurch gesichert werden, dass zugunsten des Dritten eine Vormerkung in das Grundbuch eingetragen wurde. Der durch die Vormerkung gesicherte Lösungsanspruch erwies sich gemäß § 24 KO (jetzt § 106 InsO) als konkursfest (vgl. OLG Hamburg, OLGZ 1966, 288, 291; *Staudinger/Scherübl*, BGB, 12. Aufl., § 1179 a. F. Rdnr. 49; *Planck/Strecker*, BGB, 5. Aufl., § 1179 Anm. 4 e; *Güthe/Triebel*, GBO, 6. Aufl., Vorbem. S. 212; *Zagst*, Das Recht der Löschungsvormerkung und seine Reform, 1973, S. 128). Darauf, ob die Voraussetzungen des Lösungsanspruchs bei der Eröffnung des Konkursverfahrens bereits gegeben waren, kam es nicht an, weil die Vormerkung ab dem Zeitpunkt ihrer Eintragung rechtliche Wirkungen entfaltete und daher ihrem Inhaber den durch § 24 KO gewährten Schutz vermittelte. Dieser konnte also auch dann, wenn die Vereinigung von Hypothek und Eigentum erst nach der Konkursöffnung eintrat, wegen seines Lösungsanspruchs Befriedigung aus der Konkursmasse erlangen (vgl. *Staudinger/Scherübl*, a. a. O.; *Zagst*, a. a. O.).

bb) Daran hat sich durch die Einfügung des § 1179a BGB nichts geändert (ebenso *Alff*, Rpfleger 2006, 486, 487; *Böttcher*, ZfIR 2007, 395, 396; *Rein*, NJW 2006, 3470, 3471).

(1) Das ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte und dem Zweck der Norm. Bis zu dem Inkrafttreten des § 1179a BGB war es in der Praxis üblich, dass bei der Bestellung eines Grundpfandrechts zugleich eine Vormerkung zur Sicherung des Lösungsanspruchs nach § 1179 BGB a. F. eingetragen wurde. Dies führte zu einer erheblichen Belastung der Grundbuchämter, der durch die Einräumung eines gesetzlichen Lösungsanspruchs zugunsten des nachrangigen Grundpfandrechtsgläubigers begegnet werden sollte (vgl. BT-Drucks. 8/89, S. 1, 10 f. sowie die Begründung der Bundesregierung anlässlich der parlamentarischen Beratung des Gesetzentwurfs, abgedruckt in DRiZ 1977, 185 f.). Eine Änderung gegenüber der bisherigen Rechtslage, was die Sicherung des Anspruchs anbelangt, war damit nicht verbunden. Durch die Einführung eines gesetzlichen Vormerkungsschutzes nach § 1179a Abs. 1 Satz 3 BGB wurde lediglich sichergestellt, dass der begünstigte Gläubiger den Lösungsanspruch auch gegenüber demjenigen durchsetzen kann, der von dem jeweiligen Schuldner des Lösungsanspruchs das Eigentum erworben hat; der Vorschrift kommt damit die gleiche Funktion zu, wie sie im Fall des § 1179 BGB a. F. die Eintragung einer Vormerkung hatte (BT-Drucks. 8/89, S. 11; vgl. auch OLG Hamburg, NZI 2009, 556, 557). Daraus folgt, dass die Regelung des § 1179a Abs. 1 Satz 3 BGB – wie jene (siehe oben) – dem begünstigten Gläubiger in der Insolvenz des Eigentümers unabhängig davon ein Befriedigungsrecht nach § 106 Abs. 1 Satz 1 InsO verschafft, ob die Voraussetzungen des Lösungsanspruchs bereits vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorlagen oder ob sich das Eigentum erst zu einem späteren Zeitpunkt mit dem vorrangigen Grundpfandrecht in einer Person vereinigt (vgl. *Windel* in *Jaeger*, InsO, § 91 Rdnr. 70).

(2) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts und der Revisionserwiderung scheitert der insolvenzrechtliche Schutz des nachrangigen Gläubigers auch nicht daran, dass der Eigentümer und der Inhaber des vorrangigen Grundpfand-

rechts bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens den Eintritt des Vereinigungsfalls verhindern können, indem etwa der Eigentümer seinen aus der Sicherungsabrede resultierenden Rückgewähranspruch an einen Dritten abtritt oder eine nicht mehr valutierende Grundschuld mit neuen Krediten unterlegt wird (vgl. BGH, Urteil vom 9.3.2006, IX ZR 11/05, BGHZ 166, 319, 325 Rdnr. 17). Auch ein zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung noch nicht entstandener Anspruch ist nicht von vornherein dem Anwendungsbereich des § 106 InsO entzogen (vgl. BGH, Urteil vom 14.9.2001, V ZR 231/00, BGHZ 149, 1, 7). Soweit der Senat (a. a. O., S. 9) in diesem Zusammenhang darauf abgestellt hat, ob zumindest der für die Vormerkungsfähigkeit des Anspruchs erforderliche sichere Rechtsboden bereits so weit vorbereitet war, dass die Entstehung des Anspruchs nur noch von dem Willen des Begünstigten abhängig war (dazu Senat, a. a. O., S. 3, sowie Beschluss vom 5.12.1996, V ZB 27/96, BGHZ 134, 182, 184 f., jeweils m. w. N.), ging es um die Insolvenzfähigkeit eines vormerkungsgesicherten künftigen Anspruchs i. S. v. § 883 Abs. 1 Satz 2 BGB. Davon ist der Lösungsanspruch nach § 1179a Abs. Satz 1 BGB zu unterscheiden. Er gewährt seinem Inhaber ein Befriedigungsrecht nach § 106 InsO, ohne dass im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung zusätzliche Voraussetzungen erfüllt sein müssen (a. A. OLG Celle, WM 2010, 1976, 1980; *Uhlenbruck/Wegener*, InsO, 13. Aufl., § 106 Rdnr. 21). Das folgt aus der Funktion des seiner Sicherung dienenden gesetzlichen Vormerkungsschutzes nach § 1179a Abs. 1 Satz 3 BGB, durch den die Eintragung einer – ihrerseits insolvenzfesten (siehe oben) – Löschungsvormerkung entbehrllich gemacht werden sollte (vgl. BT-Drucks. 8/89, S. 10).

cc) Eine andere Beurteilung stünde zudem in Widerspruch zu der Regelung des § 1179 BGB in der seit dem 1.1.1978 geltenden Fassung (n. F.).

(1) Nach § 1179 BGB n. F. kann nach allgemeiner Auffassung auch weiterhin eine Vormerkung in das Grundbuch eingetragen werden, durch die ein vertraglicher Anspruch auf Löschung eines dem Eigentümer anfallenden Grundpfandrechts gesichert wird. Eine sachliche Änderung erfuhr die Vorschrift lediglich insoweit, als die Eintragung einer Löschungsvormerkung zugunsten des Inhabers eines (nachrangigen) Grundpfandrechts ausgeschlossen wurde. Dadurch wollte der Gesetzgeber verhindern, dass sich einzelne Grundpfandrechtsgläubiger zusätzlich zu ihrem gesetzlichen Lösungsanspruch nach § 1179a BGB durch eine Löschungsvormerkung absichern, da andernfalls die mit der Neuregelung bezweckte Entlastung der Grundbuchämter in Frage gestellt worden wäre (vgl. BT-Drucks. 8/89, S. 9).

(2) Im Übrigen kommt einer auf der Grundlage von § 1179 BGB n. F. eingetragenen Vormerkung die gleiche Rechtswirkung zu wie einer solchen nach der früheren Regelung. Die Löschung kann mithin gemäß § 106 Abs. 1 Satz 1 InsO auch in der Insolvenz des Eigentümers durchgesetzt werden, selbst wenn sich das Grundpfandrecht erst nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens mit dem Eigentum in einer Person vereinigt (vgl. OLG Köln, ZIP 2005, 1038, 1039; *Soergel/Konzen*, BGB, 13. Aufl., § 1179 Rdnr. 14; *MünchKommBGB/Eickmann*, 5. Aufl., § 1179 Rdnr. 43 mit Fn. 68; *Palandt/Bassenge*, 69. Aufl., § 1179 Rdnr. 17; *Staudinger/Wolfsteiner*, Bearb. 2002, § 1179 Rdnr. 64; anders jetzt *Palandt/Bassenge*, 70. Aufl., Rdnr. 16; *Staudinger/Wolfsteiner*, Bearb. 2009, Rdnr. 67 – jeweils im Anschluss an BGH, Urteil vom 9.3.2006, IX ZR 11/05, BGHZ 166, 319). Ein sachlicher Grund dafür, weshalb der gesetzliche Vormerkungsschutz nach § 1179a Abs. 1 Satz 3 BGB anders zu behandeln ist als eine eingetragene Vormerkung nach § 1179 BGB n. F., ist nicht erkennbar (vgl. *Alff*, Rpfleger 2006, 486, 487).

2. Ob die Klägerin darüber hinaus auch aufgrund des ihr durch den Schuldner abgetretenen Rückgewähranspruchs den Erlösanteil von dem Beklagten herausverlangen kann (dazu BGH, Urteil vom 10.11.2011, IX ZR 142/10, NJW 2012, 229 Rdnr. 9 ff.), bedarf nach alledem keiner Entscheidung.

3. Soweit der IX. Zivilsenat in dem Urteil vom 9.3.2006 (IX ZR 11/05, BGHZ 166, 319, 324 ff. Rdnr. 14 ff.) hinsichtlich der Insolvenzfestigkeit des Lösungsanspruchs nach § 1179a Abs. 1 Satz 1 BGB und in dem Urteil vom 22.7.2004 (IX ZR 131/03, BGHZ 160, 168, 171 f.) hinsichtlich der Rechte an dem Versteigerungserlös bei einem erst im Verteilungsverfahren erklärten Verzicht des Gläubigers auf sein vorrangiges Grundpfandrecht eine andere Rechtsauffassung vertreten hat, hat er mitgeteilt, dass er hieran nicht festhält.

(...)

14. InsO § 21 Abs. 2 Nr. 2, § 24 Abs. 1, § 81 Abs. 1 Satz 1 (Zu den Auswirkungen der Anordnung eines Zustimmungsvorbehalts)

**Ist die dingliche Einigung erfolgt und der Eintragungsantrag gestellt, hindert die Anordnung eines Zustimmungsvorbehalts nicht den Eintritt des Verfügungserfolgs.**

BGH, Urteil vom 26.4.2012, IX ZR 136/11

Der Kläger ist Verwalter in dem am 1.8.2008 eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen der I GmbH (fortan: Schuldnerin). Diese hatte bei der Beklagten ein Darlehen aufgenommen, das durch eine Grundschuld gesichert werden sollte. Das Land B bestellte mit notariellem Vertrag vom 30.10.2007 zugunsten der Schuldnerin ein Erbbaurecht. Nach § 8 Abs. 1 des Vertrages bedurfte die Belastung des Erbbaurechts mit Grundpfandrechten der vorherigen schriftlichen Zustimmung des Grundstückseigentümers. Die Schuldnerin bewilligte mit notarieller Urkunde vom 20.12.2007 zugunsten der Beklagten eine erstrangige Buchgrundschuld an dem noch nicht eingetragenen Erbbaurecht. Am 12.3.2008 gingen die Anträge auf Anlegung des Erbbaugrundbuchs und Eintragung der Grundschuld beim zuständigen Grundbuchamt ein. Unter dem 7.5.2008 erklärte das Land B die Zustimmung zur Bestellung der Grundschuld und zu deren Eintragung im neu anzulegenden Erbbaugrundbuch.

Am 20.5.2008 beantragte die Schuldnerin die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über ihr Vermögen. Mit Beschluss vom selben Tage bestellte das zuständige Insolvenzgericht den jetzigen Kläger zum vorläufigen Insolvenzverwalter und ordnete an, dass Verfügungen über das Vermögen der Schuldnerin nur mit Zustimmung des vorläufigen Verwalters wirksam waren. Am 23.5.2008 legte das Grundbuchamt das Erbbaugrundbuch an und trug die Grundschuld zugunsten der Beklagten ein.

Der Kläger verlangt im Wege der Grundbuchberichtigung, hilfsweise im Wege der Insolvenzanfechtung die Bewilligung der Löschung der Grundschuld. Das LG hat die Klage abgewiesen; das OLG hat die Beklagte antragsgemäß verurteilt. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision will die Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils erreichen.

*Aus den Gründen:*

(...) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts hinderte § 91 InsO nicht den Erwerb der Grundschuld durch die Beklagte. Die Vorschrift des § 91 InsO gilt erst von der Eröffnung des Insolvenzverfahrens an. Im Eröffnungsverfahren ist sie nicht – auch nicht entsprechend – anwendbar (BGH, Urteil vom 14.12.2006, IX ZR 102/03, BGHZ 170, 196 Rdnr. 8; BGH, Urteil vom 5.5.2011, IX ZR 144/10, NZI 2011, 602 Rdnr. 15).

III.

Das angefochtene Urteil erweist sich nicht aus anderen Gründen als richtig (§ 561 ZPO).

1. Grundlage des Begehrens des Klägers ist § 894 BGB. Steht der Inhalt des Grundbuchs in Ansehung eines Rechts an dem Grundstück, eines Rechts an einem solchen Recht oder einer Verfügungsbeschränkung der in § 892 Abs. 1 BGB bezeichneten Art mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklang, so kann derjenige, dessen Recht nicht oder nicht richtig eingetragen oder durch die Eintragung einer nicht bestehenden Belastung oder Beschränkung beeinträchtigt ist, die Zustimmung zu der Berichtigung des Grundbuchs von demjenigen verlangen, dessen Recht durch die Berichtigung betroffen wird.

2. Das Grundbuch ist nicht zum Nachteil des Klägers unrichtig. Die Beklagte ist Inhaberin der im Erbbaugrundbuch eingetragenen Grundschuld.

a) Die im Beschluss vom 20.5.2008 angeordnete und im Zeitpunkt ihrer Anordnung wirksam gewordene (§ 27 Abs. 2 Nr. 3, Abs. 3 InsO analog; HK-InsO/Kirchhof, 6. Aufl., § 21 Rdnr. 56; Uhlenbruck, InsO, 13. Aufl., § 24 Rdnr. 11; vgl. BGH, Beschluss vom 14.12.2000, IX ZR 41/98, NZI 2001, 203 zu § 106 KO) Verfügungsbeschränkung stand der Entstehung der Grundschuld nicht entgegen. Die Wirkungen einer nach § 21 Abs. 2 Nr. 2 InsO angeordneten Verfügungsbeschränkung richten sich nach § 24 Abs. 1, §§ 81, 82 InsO. Verfügungen des Schuldners nach Anordnung der durch einen Zustimmungsvorbehalt bewirkten Verfügungsbeschränkungen sind gemäß § 24 Abs. 1, § 81 Abs. 1 Satz 1 InsO unwirksam. Die Vorschrift des § 81 Abs. 1 Satz 1 InsO erfasst jedoch nur Verfügungshandlungen des Schuldners. Sie hindert nicht den Eintritt des Verfügungserfolgs, wenn im Zeitpunkt der Eröffnung – oder im Fall des § 24 InsO im Zeitpunkt der Anordnung der Verfügungsbeschränkung – die dingliche Einigung erfolgt und der Eintragsantrag gestellt worden ist, die erforderliche Eintragung jedoch noch ausstand (HK-InsO/Kayser, 6. Aufl., § 81 Rdnr. 17 f.; Uhlenbruck, InsO, 13. Aufl., § 81 Rdnr. 9; Jaeger/Windel, InsO, § 81 Rdnr. 43; Bork, Einführung in das Insolvenzrecht, 4. Aufl., Rdnr. 137, 137 a; Hmb-Komm-InsO/Kuleisa, 3. Aufl., § 81 Rdnr. 8; andere Ansicht MünchKommInsO/Ott/Vuia, 2. Aufl., § 81 Rdnr. 10; Häsemeyer, Insolvenzrecht, 4. Aufl., Rdnr. 10.29 ff.; Eickmann, FS Uhlenbruck, 2000, S. 149, 151 f.).

aa) Der Wortlaut des § 81 Abs. 1 Satz 1 InsO lässt zwei mögliche Deutungen zu. Der Begriff der Verfügung umfasst regelmäßig auch den Verfügungserfolg. § 81 Abs. 1 Satz 1 InsO verwendet jedoch nicht das Substantiv, sondern beschreibt eine Handlung des Schuldners („Hat der Schuldner ... verfügt ...“); näher liegt daher, an die Schuldnerhandlung anzuknüpfen. Der BGH hat im Anschluss an ältere Rechtsprechung in zwei zur Insolvenzzordnung ergangenen Entscheidungen zwischen Verfügungstatbestand und Verfügungserfolg unterschieden und angenommen, ein nach erfolgter Forderungsbetretung angeordneter Zustimmungsvorbehalt nach § 81 InsO hindere nicht den Rechtserwerb, obwohl die Rechtswirksamkeit der Abtretung noch vom Eintritt einer Bedingung abhing (BGH, Urteil vom 22.10.2009, IX ZR 90/08, NZI 2009, 888 Rdnr. 9; BGH, Urteil vom 10.12.2009, IX ZR 1/09, NZI 2010, 138 Rdnr. 25). Der Revisionserwiderung ist zuzugeben, dass diese Rechtsprechung den Streitfall nicht unmittelbar löst, weil die Grundbucheintragung, die bei Anordnung des Zustimmungsvorbehalts noch ausstand, bei Grundstücksgeschäften zum Verfügungstatbestand gehört. Die Gesetzgebungsgeschichte spricht jedoch ebenfalls für eine Beschränkung des Anwendungsbereichs der Vorschrift des § 81 Abs. 1 Satz 1 InsO auf Verfügungshandlungen des Schuldners. Der amtlichen Begründung zu § 92 RegE-InsO (BT-Drucks. 12/2443, S. 135 f.) zufolge sollte § 81 InsO im Grundsatz § 7 KO entsprechen. Nach § 7 Abs. 1 KO waren Rechtshandlungen, welche der Gemeinschuldner nach der

Eröffnung des Verfahrens vorgenommen hat, den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam; die Vorschriften der §§ 892, 893 BGB und §§ 16, 17 SchRG (Gesetz über Rechte an eingetragenen Schiffen und Schiffsbauwerken) blieben unberührt. In § 81 Abs. 1 InsO wurde der Begriff der „Rechtshandlung“ durch denjenigen der „Verfügung“ ersetzt. Dazu heißt es in der amtlichen Begründung:

„Während dieser (§ 7 KO) allerdings allgemein von „Rechtshandlungen“ des Schuldners spricht und damit Verfügungs- und Verpflichtungsgeschäfte sowie sonstige Handlungen mit rechtlicher Wirkung erfasst, ist die neue Vorschrift auf Verfügungen beschränkt. Dass Verpflichtungen, die der Schuldner nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens begründet hat, im Verfahren nicht geltend gemacht werden können, ergibt sich bereits aus § 45 des Entwurfs. Sonstige Rechtshandlungen des Schuldners haben nach der ergänzenden Vorschrift des § 102 des Entwurfs (§ 91 InsO), die dem bisherigen § 15 KO entspricht, keine Wirkungen für die Insolvenzmasse.“

Die Neufassung sollte den Anwendungsbereich der Vorschrift also gegenüber § 38 InsO (§ 45 RegE) und § 91 InsO (§ 102 RegE) abgrenzen, nicht jedoch ihn durch Einbeziehung des von der Verfügungshandlung des Schuldners unabhängigen Verfügungserfolges noch erweitern. Die Beschränkung auf die Verfügungshandlung erklärt auch, warum § 81 Abs. 1 InsO ebenso wie § 7 KO die Gutgläubensvorschriften der §§ 892, 893 BGB und §§ 16, 17 SchRG in Bezug nimmt, nicht jedoch auf § 878 BGB verweist. Der in § 878 BGB beschriebene Fall, dass eine bindende dingliche Einigung vorliegt und der Eintragungsantrag gestellt wurde, fällt schon nicht unter § 81 Abs. 1 Satz 1 InsO, so dass die Wirksamkeit der Verfügung unter den Voraussetzungen des § 878 BGB nicht eigens angeordnet werden musste.

bb) Sinn und Zweck der Vorschriften der §§ 21 ff., 24 InsO, nachteilige Veränderungen in der Vermögenslage des Schuldners zu verhindern (§ 21 Abs. 1 Satz 1 InsO, BT-Drucks. 12/2443, S. 116 zu § 25 RegE), könnten allerdings eine erweiternde Auslegung im Sinne einer Einbeziehung des Verfügungserfolges verlangen. Ergebnis dieser Auslegung wäre jedoch, dass die Wirkungen einer Verfügungsbeschränkung im Eröffnungsverfahren weiter reichten als diejenigen des Übergangs der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf den Insolvenzverwalter nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens (§ 80 InsO). Nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens findet die Vorschrift des § 878 BGB über die Verweisung in § 91 Abs. 2 InsO entsprechende Anwendung. Diese schützt den Erwerber eines eintragungspflichtigen dinglichen Rechts vor nachteiligen Veränderungen der Rechtslage zwischen dem Eintragungsantrag und der Eintragung, auf deren Zeitpunkt die Parteien keinen Einfluss haben (*Mugdan*, Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band III, S. 190 f.). Der Schutz der Insolvenzmasse tritt insoweit hinter dem Schutz des Erwerbers zurück; auch der anfechtungsrechtliche Schutz der Masse ist, wie sich aus § 140 Abs. 2 Satz 1 InsO ergibt, entsprechend eingeschränkt, soweit der andere Teil – nicht der Schuldner – den Eintragungsantrag gestellt hat. Einen weitergehenden Schutz als §§ 80 ff. InsO beabsichtigt § 24 InsO im Zweifel nicht, wie auch die Verweisung auf §§ 81, 82 InsO ergibt.

b) Die übrigen Voraussetzungen für den Erwerb der Grundschuld waren ebenfalls erfüllt. Die Belastung eines Erbbaurechts mit einer Grundschuld erfolgt gemäß § 11 Abs. 1 Satz 1 ErbbauRG, § 873 BGB durch die Einigung des Berechtigten und des anderen Teils über den Eintritt der Rechtsänderung und die Eintragung der Rechtsänderung in das Erbbaugrundbuch. Im maßgeblichen Zeitpunkt der Eintragung der Grund-

schuld am 23.5.2008 war die Schuldnerin Inhaberin des Erbbaurechts und zu dessen Belastung berechtigt.

aa) Ein Erbbaurecht entsteht gemäß § 11 Abs. 1 Satz 1 ErbbauRG, § 873 Abs. 1 BGB durch Einigung und Eintragung, wobei die Eintragung zunächst im Grundbuch des Grundstücks zu erfolgen hat. Die Eintragung ist konstitutiv für das Entstehen des Erbbaurechts. Sie erfolgte am 23.5.2008. Die am 20.5.2008 angeordnete und entsprechend § 27 Abs. 2 Nr. 3, Abs. 3 InsO mit ihrer Anordnung wirksam gewordene Verfügungsbeschränkung gemäß § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Fall 2 InsO hinderte den Erwerb des Erbbaurechts durch die Schuldnerin nicht, weil die erforderlichen Verfügungshandlungen – die Einigung und der Eintragungsantrag – bereits abgeschlossen waren (siehe oben).

bb) Als Inhaberin des Erbbaurechts war die Schuldnerin berechtigt, dieses zu belasten. Ist der Verfügende im Zeitpunkt der Einigung noch Nichtberechtigter, hat er das Verfügungsobjekt aber bei Eintragung bereits erworben, so ist das ursprüngliche Wirksamkeitshindernis der fehlenden Rechtsinhaberschaft rechtzeitig ausgeräumt und das Verfügungsgeschäft vom Augenblick seiner Komplettierung an wirksam (*Staudinger/Gursky*, 2007, § 878 Rdnr. 65; *MünchKommBGB/Kohler*, 5. Aufl., § 878 Rdnr. 14).

cc) Die Grundschuld ist schließlich in das Erbbaurechtsgrundbuch eingetragen worden. Bei der Eintragung in das Grundbuch des Grundstücks wird von Amts wegen ein besonderes Grundbuchblatt, das Erbbaugrundbuch, angelegt (§ 14 ErbbauRG), in dessen Abteilung III sodann Grundschulden und andere Grundpfandrechte eingetragen werden können. Dies ist hier am 23.5.2008 geschehen.

#### IV.

Das angefochtene Urteil kann folglich keinen Bestand haben. Es ist aufzuheben; die Sache ist zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO). Dieses wird sich nunmehr mit dem hilfsweise geltend gemachten Anfechtungsanspruch zu befassen haben.

### Beurkundungs- und Notarrecht

15. BeurkG § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2; BNotO § 19 Abs. 1; BGB §§ 13, 14 (*Regelfrist von zwei Wochen im Beurkundungsverfahren steht nicht zur Disposition der Urkundsbeteiligten*)

- 1. Die Regelfrist von zwei Wochen nach § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG steht nicht zur Disposition der Urkundsbeteiligten.**
- 2. Ein Abweichen von der Regelfrist kommt nur dann in Betracht, wenn im Einzelfall nachvollziehbare Gründe – auch unter Berücksichtigung der Schutzinteressen des Verbrauchers – es rechtfertigen, die dem Verbraucher zugeordnete Schutzfrist zu verkürzen. Voraussetzung für die Nichteinhaltung der Frist ist deshalb ein sachlicher Grund.**
- 3. Der Notar hat, so die Regelfrist von zwei Wochen nicht abgelaufen ist und die Zwecke dieser Wartefrist nicht anderweitig erfüllt sind, die Amtspflicht, eine Beurkundung auch dann abzulehnen, wenn diese von den Urkundsbeteiligten gewünscht wird.**

BGH, Urteil vom 7.2.2013, III ZR 121/12

Die Kläger erwarben mit von dem Beklagten beurkundeten Kaufvertrag vom 16.4.2007 von dem Verkäufer Erich S. zwei in H, F-Straße,

gelegene, bei Vertragsschluss vermietete Eigentumswohnungen zu einem Kaufpreis von insgesamt 151.000 €. Der Verkäufer S hatte die Vertragsobjekte seinerseits erst kurz zuvor erworben und war bei Vertragsschluss noch nicht als Eigentümer im Grundbuch eingetragen, worauf im Kaufvertrag mit den Klägern hingewiesen wurde, ebenso wie auch darauf, dass der grundbuchliche Vollzug der vom Beklagten beurkundeten Teilungserklärung des (Vor-)Eigentümers noch ausstehe. Der Kaufvertrag vom 16.4.2007 enthielt weiter folgende Vorbemerkung:

„Vorliegend handelt es sich um ein Verbrauchergeschäft i. S. d. § 13 BGB. Dies ist der Fall, wenn der Verkäufer in Ausübung einer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt (§ 14 Abs. 1 BGB). Bei einem Verbrauchergeschäft hat der Notar gemäß § 17 BeurkG darauf hinzuwirken, dass den Käufern der Entwurf der notariellen Verhandlung 14 Tage vor der Beurkundung vorliegt.

Hier ist diese Überlegungsfrist nicht gewahrt. Die Käufer werden eindringlich belehrt, dass es ratsam ist, sich vor einem Immobilienkaufvertrag mit Vertrauenspersonen zu besprechen, um sich die Risiken klarzumachen und dass der Gesetzgeber die 14-tägige Überlegungsfrist als Regelfall vorsieht.

Die Käufer werden darauf hingewiesen, dass sie sich mit der Finanzierung der Immobilie für fast 30 Jahre binden und sie wegen des aufzunehmenden Kredits mit der Wohnung und ihrem gesamten persönlichen Vermögen haften. Dies gilt umso mehr, wenn Mieter die Miete nicht zahlen sollten. Die Käufer wollen auch nach dieser Belehrung noch unbedingt heute beurkunden und lehnen den Vorschlag des Notars ab, die 14-tägige Überlegungsfrist abzuwarten. Sie bestehen also trotz der geschilderten tatsächlichen und rechtlichen Umstände und Bedenken des Notars auf die heutige Beurkundung.“

Mit Schriftsatz ihrer Bevollmächtigten vom 7.5.2007 erklärten die Kläger dem Verkäufer S gegenüber wegen arglistiger Täuschung und Irrtums die Anfechtung des mit ihm geschlossenen – für sie wirtschaftlich nachteiligen – Kaufvertrags sowie daneben den Rücktritt vom Vertrag. Nachdem der Verkäufer dem mit Schreiben vom 10.5.2007 entgegengetreten war und auf Abwicklung des seines Erachtens wirksam zustande kommenden Kaufvertrags bestanden hatte, einigten sich die Kläger anschließend mit ihm im Rahmen einer so bezeichneten Aufhebungsvereinbarung vom 16.6.2007 darauf, dass der Verkäufer sie gegen Zahlung von 5.000 € bei gleichzeitiger Freistellung des Verkäufers von sämtlichen Kosten und Steuern aus dem Vertrag entließ. Für ihre anwaltliche Vertretung gegenüber dem Verkäufer S erteilten die Bevollmächtigten der Kläger diesen eine Rechnung über 5.870,87 €. Mit Schreiben ihrer Bevollmächtigten vom 25.6.2007 forderten die Kläger den Beklagten sodann unter Berücksichtigung der von ihnen seinerzeit noch akzeptierten Notarkosten für die Erstellung des Vertragsentwurfs mit Fristsetzung bis zum 15.7.2007 zur Zahlung von 10.515,71 € auf.

Gegen die ihnen erteilte Kostenrechnung des Beklagten legten die Kläger Kostenbeschwerde ein, der das LG Dortmund nach Anhörung der Parteien und Beweisaufnahme durch Vernehmung der Zeugen B und Be mit Beschluss vom 8.6.2010 stattgab. Zur Begründung führte es aus, dass der Beklagte die Zwei-Wochen-Frist des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG nicht eingehalten habe.

Unter dem 23.9.2009 stellte der Beklagte seine Beurkundungskosten auch dem Verkäufer S als Zweitschuldner i. H. v. 745 € in Rechnung. Dieser glied diese Forderung aus und machte sie seinerseits gegenüber den Klägern wegen der in der Aufhebungsvereinbarung vereinbarten Kostenübernahme der Kläger geltend. Sie wurden vom AG Iserlohn verurteilt, diesen Betrag an den Verkäufer S. zu zahlen.

Mit ihrer Klage verlangen die Kläger von dem Beklagten mit dem Vorwurf einer Verletzung notarieller Amtspflichten Ersatz der ihnen durch den Abschluss des von ihm beurkundeten Kaufvertrags entstandenen Kosten in Gestalt der an den Verkäufer S geleisteten Abstandszahlung von 5.000 € sowie der ihnen in diesem Zusammenhang durch die Einschaltung ihrer Bevollmächtigten erwachsenen Rechtsanwaltskosten; daneben begehren sie Erstattung ihrer an den Verkäufer S gezahlten Notarkosten sowie Freistellung von den Kosten ihrer vorgerichtlichen Rechtsverfolgung i. H. v. 1.025,30 € gemäß der Rechnung ihrer Bevollmächtigten vom 9.6.2010.

Die Kläger machen dem Beklagten zum Vorwurf, dieser habe die Frist des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG nicht eingehalten.

Das LG hat die Klage als derzeit unbegründet abgewiesen, weil den Klägern eine anderweitige Ersatzmöglichkeit in Form von Ansprüchen gegen den Zeugen Be zustehen könnte.

Gegen das Urteil haben die Kläger Berufung und der Beklagte Anschlussberufung eingelegt. Das Berufungsgericht hat unter Zurückweisung der Berufung der Kläger auf die Anschlussberufung des Beklagten das landgerichtliche Urteil abgeändert und die Klage endgültig abgewiesen.

Hiergegen richtet sich die vom Berufungsgericht zugelassene Revision der Kläger, mit der sie ihren Klageantrag weiterverfolgen.

*Aus den Gründen:*

Die Revision hat Erfolg.

I.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt, dass der Beklagte zwar seine ihm gegenüber den Klägern bestehende Amtspflicht aus § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG verletzt habe. Den Klägern sei ein Entwurf des Vertrags nicht mindestens 14 Tage vor dem Beurkundungstermin überlassen worden. Tatsächlich seien dem Beklagten auch nach eigenem Vortrag Gründe für die von ihm verlangte Beurkundung des Kaufvertrags ohne Einhaltung der Frist des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG nicht genannt worden. Es sei deshalb für ihn völlig ungewiss gewesen, ob und inwieweit die Kläger im Vorfeld der Beurkundung über deren Gegenstand, Bedeutung und Tragweite ausreichend unterrichtet waren. Er hätte sich deshalb durch Nachfrage bei den Beteiligten und hier insbesondere bei den Klägern selbst ein Bild davon machen müssen, ob diese tatsächlich ernsthaft und aus welchem Grunde überhaupt aus eigenem Entschluss Willens waren, den Vertrag ohne Einhaltung der Frist abzuschließen. Die unterlassene Nachfrage des Beklagten stelle sich als Verletzung der ihm nach § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG obliegenden Amtspflicht zur Hinwirkung auf eine Einhaltung der dort für den Regelfall vorgesehenen (Überlegungs-)Frist dar.

Angesichts der Gesamtumstände liege die Annahme nahe, dass die Kläger bei entsprechender Nachfrage des Beklagten von einem Vertragsschluss abgesehen hätten. Sofern freilich die Kläger auf konkrete Nachfrage hin keine plausible Erklärung für eine besondere Eilbedürftigkeit des Geschäfts hätten bieten können, aber gleichwohl unbeirrt auf der sofortigen Beurkundung bestanden hätten, wäre der Beklagte allerdings berechtigt und verpflichtet gewesen, die Beurkundung vorzunehmen.

Die Frage der Kausalität bedürfe allerdings keiner abschließenden Feststellung. Denn die Kläger hätten durch den Abschluss ihrer mit dem Verkäufer S. geschlossenen Aufhebungsvereinbarung vom 16.6.2007 den Zurechnungszusammenhang zwischen der Amtspflichtverletzung des Beklagten und ihrem geltend gemachten Schaden unterbrochen, da es für diese auf freier Willensentschließung beruhende Vereinbarung an einem rechtfertigenden Anlass gefehlt habe. Sie habe sich bei gegebener und auch für die anwaltlich vertretenen Kläger überschaubarer Sachlage als eine ungewöhnliche, völlig unsachgemäße und unvertretbare Reaktion dargestellt. Den Klägern habe ein Schadensersatzanspruch wegen schuldhafter Verletzung der dem Verkäufer obliegenden Beratungspflichten zugestanden. Aufgrund dieses Schadensersatzanspruchs seien sie so zu stellen gewesen, als hätten sie vom Abschluss des Kaufvertrags abgesehen. Dies stelle sich auch zugleich als anderweitige Ersatzmöglichkeit i. S. d. § 19 Abs. 1 Satz 2 BNotO dar. Ein Beratungsvertrag mit dem Verkäufer sei hier in Vertretung durch den Zeugen Be zustande gekommen. Verhandele der Verkäufer mit dem Käufer nicht nur über die Bedingungen des angestrebten Kaufvertrags, sondern erteile er ihm unabhängig davon einen Rat, werde die Beratung zur Hauptpflicht des Verkäufers aus einem selbständigen Beratungsvertrag. Dies gelte insbesondere dann, wenn der Verkäu-

fer dem Käufer Berechnungsbeispiele über Kosten und finanzielle Vorteile des Erwerbs vorlege, die diesen zum Vertragsabschluss bewegen sollen. Dies sei vorliegend insbesondere nach den Erläuterungen der Kläger vor dem LG im Rahmen des Kostenbeschwerdeverfahrens zum Inhalt der mit dem Zeugen Be geführten Gespräche sowie auch nach dem Inhalt der vom Beklagten in den Kaufvertrag aufgenommenen Vorbemerkung mit dem darin enthaltenen Hinweis unter anderem auf die Bedeutung laufender Mieteinnahmen für die Sicherung der Finanzierung der Kläger ersichtlich der Fall gewesen. Dass der Zeuge Be als selbständiger Finanzberater aufgetreten sei, spreche hier nicht entscheidend gegen die Annahme eines selbständigen Beratungsvertrags zwischen den Klägern und dem Verkäufer S neben dem anschließend geschlossenen Kaufvertrag. Sei der Zeuge Be – wie die Kläger dies darstellten – durch den Verkäufer S damit betraut gewesen, die wesentlichen Vertragsverhandlungen mit den Kaufvertragsinteressenten zu führen, und sei ihm hierbei weitgehend freie Hand gelassen worden, genüge dies nach der Rechtsprechung, ihn bei der gebotenen Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls als Erfüllungsgehilfen des Verkäufers anzusehen. Abgesehen davon könne sich, sofern sich bei der Vermittlung eines Kaufvertrags die Aufgabe einer Beratung des Kaufinteressenten stelle und diese vom Verkäufer dem mit den eigentlichen Vertragsverhandlungen befassten Vermittler oder Makler überlassen werde, dessen stillschweigende Bevollmächtigung zum Abschluss des Beratungsvertrags aus den Umständen ergeben. Habe aber ein selbständiger Beratungsvertrag zwischen den Klägern und dem Verkäufer S bestanden, sei dieser zu richtiger und vollständiger Information über die tatsächlichen Umstände verpflichtet gewesen, die für den Kaufabschluss der Kläger von wesentlicher Bedeutung gewesen seien oder hätten sein können. Diese Pflicht habe der Verkäufer bzw. sein für ihn hier als Erfüllungsgehilfe tätig gewordener Vermittler Be verletzt, als er den Klägern ein unzutreffendes Bild vom Wert der berechtigten Ertragsersparung der ihnen angebotenen Immobilie gegeben und sie so maßgeblich zum Vertragsschluss veranlasst habe. Die Kläger könnten dem auch nicht mit Erfolg entgegenhalten, eine streitige Auseinandersetzung mit dem Verkäufer S sei ihnen nicht zuzumuten gewesen, da sie in diesem Fall den Nachweis fehlerhafter Beratung nur durch den Zeugen Be hätten führen können. Denn neben den von ihnen vorgetragenen objektiven Kriterien – Kaufpreis der erworbenen Eigentumswohnung weit über Verkehrswert, fehlende Eignung des Erwerbs als Basis eines an sich beabsichtigten Erwerbs einer zur Eigennutzung gedachten Immobilie – hätten sich die Kläger zum Beweis für den Inhalt zudem ergänzend auch auf das Zeugnis des Beklagten berufen können, in dessen Gegenwart ihnen der Vertragsschluss noch als einmalige Gelegenheit angepriesen worden sein solle, obwohl damals die Finanzierung des Kaufs noch gar nicht geklärt gewesen sei und ihnen insbesondere weder die erworbene Wohnung von innen noch der Inhalt der hierüber bestehenden Mietverträge bekannt gewesen seien.

## II.

Die Klageabweisung durch das Berufungsgericht hält einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Den Klägern steht vielmehr ein Schadensersatzanspruch in der ausgeurteilten Höhe nach § 19 Abs. 1 Satz 1 BNotO gegen den Beklagten zu.

1. Der Beklagte hat die den Klägern gegenüber obliegende Amtspflicht aus § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG durch die Vornahme der Beurkundung des hier Streitgegenständlichen Kaufvertrags am 16.4.2007 verletzt. Die Ausführungen des Berufungsgerichts halten insoweit einer rechtlichen Überprüfung nur im Ergebnis stand. Die dagegen erhobenen Gegenrügen des Beklagten bleiben ohne Erfolg.

Der Notar hat nicht darauf hingewirkt, dass die Kläger als Verbraucher ausreichend Gelegenheit erhielten, sich vor der Beurkundung mit dem Gegenstand der Beurkundung auseinanderzusetzen; er hat nicht gewährleistet, dass zwei Wochen vor der Beurkundung der abzuschließende Vertrag den Klägern zur Verfügung gestellt worden ist.

a) Bei den Klägern handelt es sich um Verbraucher und bei dem Verkäufer S. um einen Unternehmer. Der abzuschließende Kaufvertrag war beurkundungsbedürftig gemäß § 311b Abs. 1 Satz 1 BeurkG. Damit war der Notar grundsätzlich verpflichtet, darauf hinzuwirken, dass die Kläger ausreichend Gelegenheit erhalten, sich vorab mit dem Gegenstand der Beurkundung auseinanderzusetzen. In Verbraucherverträgen hat er im Regelfall dafür Sorge zu tragen, dass dem Verbraucher der beabsichtigte Text des Rechtsgeschäfts zwei Wochen vor der Beurkundung zur Verfügung gestellt worden ist.

b) Hiervon durfte der Beklagte in der maßgeblichen Beurkundung am 16.4.2007 nicht absehen. Ein rechtfertigender Anlass, bereits an diesem Termin die Beurkundung vorzunehmen, bestand nicht.

aa) Die nach § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 Hs. 2 BeurkG einzuhaltende Regelfrist von zwei Wochen zwischen Zurverfügungstellung des Vertragsentwurfs und der Beurkundung steht in einem Spannungsverhältnis zu § 15 Abs. 1 BNotO, denn nach dieser Vorschrift darf der Notar seine Urkundstätigkeit nicht ohne ausreichenden Grund verweigern. Den Beteiligten steht insoweit ein Anspruch auf die Amtstätigkeit des Notars zu. Dieses Spannungsverhältnis ist mit dem Gesetzeszweck des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG aufzulösen. Dem Gesetzgeber stand bei der Neuregelung des § 17 Abs. 2a Satz 2 BeurkG vor Augen, dass die Möglichkeiten der Aufklärung durch den Notar anlässlich der Beurkundung nicht ausreichend genutzt werden, wenn (namentlich) Verbraucher unvorbereitet zum Notartermin erscheinen. Das liege in einem Teil der Fälle daran, dass die Terminabsprachen sehr kurzfristig getroffen würden und die Beurkundung dann vorgenommen werde, ohne dass sich der Verbraucher mit dem Text des beabsichtigten Rechtsgeschäfts vertraut machen und sich überlegen könne, welche Fragen er an den Notar richten wolle. Oft erfahre der Verbraucher auch erst im Notartermin, dass der Notar einige für ihn ausschlaggebende Fragen gar nicht zu prüfen habe. Viele Verbraucher scheuten sich dann, einen Termin „platzen zu lassen“. Im Ergebnis bleibe dann das Aufklärungspotential des Beurkundungsverfahrens ungenutzt (BT-Drucks. 14/9266, S. 50).

Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers ist der Zweck des Gesetzes, (insbesondere) den Verbraucher vor unüberlegtem Handeln zu schützen, regelmäßig erreicht, wenn er nach Mitteilung des Textes des beabsichtigten Rechtsgeschäfts eine Überlegungsfrist von zwei Wochen hat. Diese – an die für Widerrufsrechte bei Verbraucherverträgen geltende Zwei-Wochen-Frist des § 355 Abs. 2 BGB angelehnte – Frist ist als Regelfrist ausgestaltet; diese kann im Einzelfall unterschritten werden, in besonderen Fällen kann aber auch ein Überschreiten dieser Frist geboten sein (BT-Drucks. 14/9266, S. 51). Durch diese flexible Ausgestaltung kann und soll zwar (auch) vermieden werden, dass sich die Zwei-Wochen-Frist als unnötige „Beurkundungssperre“ auswirkt. Andererseits darf der Gedanke des Verbraucherschutzes nicht in den Hintergrund treten. Ein Abweichen von der Regelfrist kommt nur dann in Betracht, wenn im Einzelfall nachvollziehbare Gründe – auch unter Berücksichtigung der Schutzinteressen des Verbrauchers – es rechtfertigen, die dem Verbraucher zugedachte Schutzfrist zu verkürzen. Voraussetzung für die Nichteinhaltung der Frist ist deshalb ein sachlicher Grund für

ihre Abkürzung. Der vom Gesetz bezweckte Übereilungs- und Überlegungsschutz muss auf andere Weise als durch die Einhaltung der Regelfrist gewährleistet sein (vgl. KG, DNotZ 2009, 47, 48; *Staudinger/Hertel*, Vorbem. zu §§ 127a, 128 Rdnr. 529; *Ganter in Ganter/Hertel/Wöstmann*, Handbuch der Notarhaftung, 2. Aufl., Rdnr. 1409; *Bücker/Viefhues*, ZNotP 2008, 106, 107 f.; *Armbrüster*, NotBZ 2009, 54 f.; *Rieger*, MittBayNot 2002, 325, 334). Die Einhaltung der Frist steht dabei nicht zur Disposition der Beteiligten (KG a. a. O.; *Staudinger/Hertel* a. a. O. Rdnr. 530; *ders.*, ZNotP 2002, 286, 289; *Grziwotz*, ZfIR 2009, 627, 629; *Solveen*, RNotZ 2002, 318, 325; *Weingärtner/Wöstmann*, Richtlinienempfehlungen der BNotK/Richtlinien der Notarkammern, S. 188 Rdnr. 28; a. A. *Litzenburger*, NotBZ 2002, 280, 283). Dabei ist auch im Blick zu behalten, dass sich jemand, der sich überhastet zu einem Grundstückskaufvertrag überreden und unmittelbar die Beurkundung bei einem Notar durchführen lässt, ohne sich hinreichend mit dem Gegenstand des Vertrages vertraut gemacht zu haben, auch dazu drängen lassen wird, auf die Einhaltung der Pflichten aus § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG zu verzichten. Der vom Gesetzgeber bezweckte Verbraucherschutz ist daher – entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts – nur dann ausreichend gewahrt, wenn dem Notar, so die Regelfrist von zwei Wochen nach § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 Hs. 2 BeurkG nicht abgelaufen ist und die Zwecke dieser Wartefrist nicht anderweitig erfüllt sind, die Amtspflicht auferlegt wird, eine Beurkundung trotz eines entgegenstehenden Wunsches der Urkundsbeteiligten abzulehnen (KG a. a. O.; *Brambring*, ZfIR 2002, 597, 606; *Bücker/Viefhues*, ZNotP 2008, 106, 108; *Philippson*, NotBZ 2003, 137, 140; *Weingärtner/Wöstmann* a. a. O. Rdnr. 29; *Winkler*, BeurkG, 16. Aufl., § 17 Rdnr. 197; *Armbrüster in Armbrüster/Preuss/Renner*, BeurkG/DONot, 6. Aufl., § 17 Rdnr. 227; so wohl auch *Armbrüster*, NotBZ 2009, 54, 56; a. A. *Prinz in Eylmann/Vaasen*, BNotO/BeurkG, 3. Aufl., § 17 BeurkG Rdnr. 39 g; *Bohrer*, DNotZ 2002, 579, 593).

bb) Im vorliegenden Fall hatte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts keine hinreichende Auseinandersetzung der Kläger mit dem zu beurkundenden Kaufvertrag stattgefunden. Sie hatten die Wohnung nicht besichtigt und die Finanzierung war nicht geklärt. Der Beklagte selbst hat angegeben, dass er nicht mitbekommen habe, welchen Grund die Kläger hatten, den Kaufvertrag sofort beurkunden zu lassen. Lediglich der Aufforderung zur Beurkundung ist er nachgekommen. Der Beklagte hat deshalb auch nicht ansatzweise irgendwelche Feststellungen dazu getroffen, dass die Zwecke der Regelwartefrist nach § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 Hs. 2 BeurkG gewahrt waren. Er hätte deshalb die Beurkundung am 16.4.2007 nicht durchführen dürfen.

cc) Die Gegenrügen des Beklagten insoweit bleiben ohne Erfolg. Er konnte, wovon das Berufungsgericht zutreffend ausgegangen ist, nicht durch die Vorbemerkung im Kaufvertrag und den Hinweis auf die Verbindlichkeit des beurkundeten Kaufvertrages seine Pflicht zur Gestaltung des Beurkundungsverfahrens in der Weise, dass eine hinreichende Gelegenheit zur Auseinandersetzung mit dem zu schließenden Vertrag besteht, erfüllen. Die Zwecke des Wartebots des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 Hs. 2 BeurkG konnten mit dem Hinweis auf die Verbindlichkeit des abgeschlossenen Vertrages nicht erreicht werden.

2. Die Amtspflichtverletzung hat der Beklagte zumindest fahrlässig verwirklicht. Die entsprechenden Feststellungen nehmen die Revisionskläger als für sich günstig hin. Gegenrügen hat der Beklagte insoweit nicht erhoben.

Soweit die Kläger geltend machen, die Pflichtverletzung sei vorsätzlich erfolgt, kann dies hier dahingestellt bleiben, da

auch die fahrlässige Amtspflichtverletzung zur Haftung führt und diese hier nicht durch das Vorliegen einer anderweitigen Ersatzmöglichkeit ausgeschlossen wird (siehe dazu unter 4.), wofür allein die Frage der vorsätzlichen Begehung von Bedeutung sein könnte.

3. Aufgrund der Amtspflichtverletzung des Beklagten ist der Vertrag unter Missachtung der Regelfrist am 16.4.2007 beurkundet worden. Durch die „vorzeitige“ Beurkundung sind die hier geltend gemachten Schäden eingetreten. Die vom Berufungsgericht geäußerten Zweifel hinsichtlich der Kausalität bestehen nicht; sie gründen allein auf der – verfehlten – Auffassung, dass die Einhaltung der gesetzlichen Regelfrist zur Disposition der Urkundsbeteiligten steht und deshalb auch bei pflichtgemäßem Vorgehen an diesem Tage eine Beurkundung hätte erfolgen können. Dies trifft, wie ausgeführt, nicht zu.

4. Soweit das Berufungsgericht eine Haftung des Notars verneint, weil die Kläger durch den Abschluss des Aufhebungsvertrages den Zurechnungszusammenhang zwischen der Amtspflichtverletzung des Beklagten und dem geltend gemachten Schaden unterbrochen hätten, hält dies einer rechtlichen Überprüfung nicht stand.

Das Berufungsgericht hat der Beurteilung zugrunde gelegt, dass aufgrund der Äußerungen des Zeugen Be gegenüber den Klägern ein Beratungsvertrag mit dem Verkäufer der Wohnung zustande gekommen sei. Schon in diesem Ausgangspunkt begegnet, wie die Revision zu Recht rügt, die Auffassung des Berufungsgerichts durchgreifenden Bedenken.

a) Zwar ist in der Rechtsprechung des BGH anerkannt, dass die Beratung zur selbständigen Hauptpflicht des Verkäufers aus einem Beratungsvertrag wird, wenn der Verkäufer im Rahmen eingehender Vertragsverhandlungen und auf Befragen des Käufers einen ausdrücklichen Rat erteilt. Dabei steht es einem auf Befragen des Käufers erteilten Rat gleich, wenn der Verkäufer als Ergebnis intensiver Vertragsverhandlung ein Berechnungsbeispiel über Kosten und finanzielle Vorteile des Erwerbs vorlegt, das zur Förderung der Vermittlung des Geschäfts dienen soll (vgl. BGH, Urteil vom 14.3.2003, V ZR 308/02, NJW 2003, 1811, 1812 und BGH, Urteil vom 13.10.2006, V ZR 66/06, NJW 2007, 1874 Rdnr. 13 jeweils m. w. N.). Erforderlich ist aber, um einen entsprechenden Rechtsbindungswillen annehmen zu können, dass eine über allgemeine Informationen hinausgehende Auskunft erteilt wird (vgl. BGH, Urteil vom 13.10.2006 a. a. O. Rdnr. 14; *Bamberger/Roth/Fischer*, BGB, 3. Aufl., § 675 Rdnr. 82). In der Rechtsprechung des BGH ist deshalb ein Beratungsvertrag zwischen dem Käufer und dem Verkäufer einer Immobilie nur angenommen worden, wenn die Berechnungsbeispiele individuell zugeschnitten waren und insoweit über allgemeine Informationen und eine Anpreisung hinausgehen (vgl. BGH, Urteil vom 18.7.2008, V ZR 71/07, NJW 2008, 3059 Rdnr. 10 ff.; BGH, Urteil vom 13.6.2008, V ZR 114/07, NJW 2008, 2852 Rdnr. 11 ff.; 13.10.2006 a. a. O.; 8.10.2004 – V ZR 18/04, NJW 2005, 820, 822; BGH, Urteil vom 31.10.2003, V ZR 423/02, BGHZ 156, 371, 374 ff.; BGH, Urteil vom 14.3.2003, V ZR 308/02, NJW 2003, 1811, 1812 f.; BGH, Urteil vom 27.11.1998, V ZR 344/97, BGHZ 140, 111, 115 f.).

b) Das Berufungsgericht stellt hier für den Vertragsschluss darauf ab, was die Kläger im Kostenbeschwerdeverfahren zum Inhalt der Gespräche mit dem Zeugen Be ausgeführt haben. Dort haben die Kläger zwar ausgeführt, dass der Zeuge Be ihnen nicht nur die Immobilie allgemein als günstige Kaufgelegenheit angeboten hätte, sondern auch einige Bemerkungen hinsichtlich der Finanzierung der Wohnungen gemacht hätte. Dass hier jedoch ein konkretes, auf die persön-

lichen Verhältnisse der Kläger zugeschnittenes Berechnungsbeispiel mündlich gemacht worden sei, haben die Kläger im Notarkostenbeschwerdeverfahren nicht vorgetragen; solches ist nicht ersichtlich und vom Berufungsgericht nicht festgestellt. Die von den Klägern im Notarkostenbeschwerdeverfahren wiedergegebenen Äußerungen des Zeugen Be sind so allgemein gehalten, dass sich auf der Grundlage der Rechtsprechung des V. Zivilsenats schwerlich der (konkludente) Abschluss eines Beratungsvertrags mit selbständigen Pflichten zwischen den Klägern und dem Verkäufer begründen ließe, deren Verletzung Schadensersatzansprüche der Kläger nach sich ziehen könnten. Gleiches gilt hinsichtlich der vom Beklagten in den Kaufvertrag aufgenommenen Vorbemerkung mit dem darin (unter anderem) enthaltenen Hinweis auf die Bedeutung laufender Mieteinnahmen für die Sicherung und Finanzierung der Kläger. Auch hier ist nicht erkennbar, dass durch den Zeugen Be eine konkrete Beratung der Kläger hinsichtlich der Finanzierung der Immobilie mit individuellen Zahlen vorgenommen worden ist. Wie das Berufungsgericht selbst festgestellt hat, war die Finanzierung zum damaligen Zeitpunkt noch gar nicht festgelegt.

Ausgehend hiervon kann in dem Abschluss des Vergleichs keine Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs gesehen werden. Vielmehr stellte sich dies als eine verständliche, gut nachvollziehbare Maßnahme dar, die bei einer Inanspruchnahme durch den Verkäufer drohenden finanziellen Risiken zu begrenzen.

5. Dem Schadensersatzanspruch der Kläger steht auch nicht entgegen, dass eine anderweitige Ersatzmöglichkeit besteht oder bestanden hätte.

a) Eine solche anderweitige Ersatzmöglichkeit kommt nicht in Betracht in Form eines Schadensersatzanspruchs gegen den Verkäufer S. Wie ausgeführt bestanden keine hinreichenden Anhaltspunkte für das Zustandekommen eines selbständigen Beratungsvertrags zwischen den Klägern und dem Verkäufer S; die Erhebung einer Schadensersatzklage wäre den Klägern jedenfalls mangels hinreichender Erfolgsaussichten nicht zumutbar. Für kaufrechtliche Gewährleistungsansprüche oder das Bestehen von Anfechtungsgründen hinsichtlich des Kaufvertrags ist nichts dargetan oder ersichtlich und vom Berufungsgericht auch nichts festgestellt.

b) Auch Ansprüche gegen den Zeugen Be kommen als anderweitige Ersatzmöglichkeit nicht in Betracht. Voraussetzung für einen solchen Anspruch wäre der Abschluss eines Anlageberatungs- oder Auskunftsvertrags hinsichtlich der getätigten „Kapitalanlage“ und im Anschluss daran eine unzutreffende Auskunft oder Beratung. Selbst wenn man – dem LG folgend – unterstellt, dass diese Voraussetzungen vorlagen, so standen den Klägern jedoch keinerlei Beweismittel zur Verfügung. Sie hätten sich allein auf die Parteivernehmung des Be als eines möglichen Prozessgegners berufen können. Die Erfolgsaussicht eines solchen Schadensersatzprozesses wäre mehr als gering gewesen. Ein Nachweis hinsichtlich des Abschlusses des Vertrages und einer Falschberatung konnte auch nicht durch den Beklagten als Zeugen erbracht werden, da dieser bei dem Beratungsgespräch und einem möglichen mündlichen Vertragsschluss nicht dabei war. Die allgemeine Äußerung anlässlich der Beurkundung, bei dem Kaufvertrag handele es sich um eine günstige Gelegenheit, hält sich für sich genommen im Bereich einer allgemeinen Anpreisung. Eine zumutbare andere Ersatzmöglichkeit besteht aber dann nicht, wenn derjenige, der durch eine Amtspflichtverletzung eines Notars geschädigt wurde, mit einer Klage gegen einen angeblich ersatzpflichtigen Dritten wegen Beweisschwierigkeit abgewiesen werden müsste

(BGH, Urteil vom 25.6.1959, III ZR 72/58, VersR 1959, 997, 998; *Wöstmann* in *Ganter/Hertel/Wöstmann*, Handbuch der Notarhaftung, 2. Aufl., Rdnr. 2199). Der Senat kann dies selbst entscheiden, da eine weitere Aufklärung nicht zu erwarten ist.

6. Das Berufungsurteil war daher aufzuheben. Der Senat kann selbst entscheiden, da die Sache zur Endentscheidung reif ist (vgl. § 562 Abs. 1, § 563 Abs. 3 ZPO).

Die erhobene Verjährungseinrede hinsichtlich der Schadensersatzforderung wegen der Zahlung von 745 € Notarkosten an den Verkäufer, zu denen die Kläger durch Urteil des AG Iserlohn vom 9.9.2011 verurteilt worden sind, greift nicht durch. Sie hatten mit ihrer Kostenbeschwerde die Kostenforderung des Beklagten wegen der streitgegenständlichen Beurkundung erfolgreich bekämpft. Das LG hat durch Beschluss vom 8.6.2010 die Kostenberechnung des Beklagten wegen unrichtiger Sachbehandlung gemäß §§ 141, 16 KostO aufgehoben. Bei dieser Sachlage mussten die Kläger nicht damit rechnen, dass der Beklagte daraufhin wegen dieser Beurkundung dem Verkäufer im Wege der Zweitschuldnerhaftung am 23.9.2009 eine Kostenrechnung stellen würde und sie darüber hinaus wegen dieser Rechnung vom Verkäufer in Regress genommen werden könnten. Die Verjährungsfrist konnte daher frühestens mit der Zuleitung dieser Kostenrechnung durch den Verkäufer an die Kläger beginnen; somit war sie bei Erhebung der entsprechenden Schadensersatzforderung hier im Prozess noch nicht abgelaufen.

#### Anmerkung:

1. Das Urteil kann nicht überraschen. Es ruft in Erinnerung, dass § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG dem Notar Pflichten auferlegt, deren Schutzzweck außerordentlich weit über Fragen der rechtlichen Vertragsgestaltung hinausgeht, und dass der Notar für aus der Verletzung dieser Pflichten entstehende Schäden haftet.

Die 2002 eingefügte Vorschrift verpflichtet den Notar, bei nach § 311b Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 BGB beurkundungspflichtigen Verbraucherverträgen darauf hinzuwirken, dass dem Verbraucher der beabsichtigte Vertragstext zwei Wochen vor der Beurkundung zur Verfügung gestellt wird. Das Urteil stellt klar, dass diese Amtspflicht nicht zur Disposition der geschützten Verbraucher steht. Leider kann es nur andeuten, unter welchen Voraussetzungen nach Auffassung des BGH die 14-Tages-Frist abgekürzt werden darf.

2. Der BGH schließt sich der überwiegenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur an, dass der Verbraucher auf die Einhaltung der 14-Tages-Frist nicht voraussetzungslos verzichten kann (Abschnitt II Ziffer 1 b aa 2. Absatz). Dies ergibt sich zwingend aus der Entstehungsgeschichte<sup>1</sup> des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG und dessen Normzweck, den Verbraucher vor übereilten Vertragsabschlüssen zu schützen. Das Beurkundungsverfahren schützt nach dem gesetzgeberischen Grundgedanken den Verbraucher nur dann effizient, wenn ihm vor der Beurkundung ausreichend Vorbereitungszeit zur Verfügung steht.

Im Allgemeinen räumt das Verbraucherschutzrecht Widerstandsrechte ein, um übereilte Vertragsabschlüsse *nachträglich* korrigieren zu können. Die spezielle Konzeption des Übereilungsschutzes bei notariell beurkundeten Verträgen zieht dagegen zu Recht die Absicherung einer *vorvertraglichen* Überlegungsfrist vor: Die Beurkundungsverhandlung nach §§ 8 ff. BeurkG ist auf einen verbindlichen Abschluss hin aus-

<sup>1</sup> Hierzu *Schmucker*, DNotZ 2002, 510.

gerichtet. Dies übt auf die Beteiligten einen zuweilen heilsamen Zwang aus, sich der Frage zu stellen, ob der vorliegende Vertrag ihren Interessen gerecht wird, und die Chance zu nutzen, sich durch den Notar die Rechtsfolgen des Vertrags und etwaige Gestaltungsalternativen individuell erläutern zu lassen. Widerrufsrechte begründen dagegen die Gefahr, dass der Verbraucher dieser durchaus auch unangenehmen Zuspitzung im Bewusstsein der Widerrufsmöglichkeit ausweicht, so die Chance der Beurkundung nicht nützt, den Vertrag einfach schließt und später dennoch der Neigung nachgibt, bis zum Ablauf der Widerrufsfrist passiv zu bleiben. Gehört es doch nicht zufällig zum Repertoire geschulter Vertriebspezialisten, Verbraucher zu spontanen Abschlüssen gerade mit dem Argument zu bewegen, sie seien ja aufgrund (bisweilen nur vermeintlich) bestehender Widerrufsrechte noch unverbindlich.

Tritt die Vorbereitungsfrist damit funktional an die Stelle gesetzlicher, nicht verzichtbarer Widerrufsrechte, kann sie konsequenterweise nicht zur freien Disposition des Verbrauchers stehen. Zudem trifft der Hinweis des BGH schlichtweg zu, dass der zum übereilten Vertragsschluss bereite Käufer gleichermaßen übereilt auf gesetzliche Überlegungsfristen verzichten wird.

3. Der BGH räumt das Spannungsverhältnis zwischen Übereilungsschutz und Urkundsgewährungspflicht des Notars ein (Abschnitt II Ziffer 1 b aa). Allerdings besteht dies nicht, wenn der Verbraucher eindeutig von der Beurkundungssituation überrascht wird: Denn auch aufgrund der Urkundsgewährungspflicht schuldet der Notar eben nur (und gerade!) eine Beurkundung, die dem Zweck des Beurkundungsverfahrens gerecht wird.

Die Zwei-Wochen-Frist ist als „Regelfall“ ausgestaltet. Wann von dieser Regel abgewichen werden darf, ist die zentrale Frage für die Anwendung des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG. Angesichts des Charakters der Vorschrift als indisponibler Schutznorm ist es offensichtlich, dass ein „rechtfertigender Anlass“ bestehen muss. Der BGH fordert einen sachlichen Grund für die Abkürzung der Frist. Der vom Gesetz bezweckte Übereilungs- und Überlegungsschutz müsse auf andere Weise gewährleistet sein (Abschnitt II Ziffer 1 b).

Unklar bleibt, ob der Senat hierin zwei kumulative Voraussetzungen im Sinne eines sachlichen Grundes für die Eilbedürftigkeit<sup>2</sup> einerseits und weiterer kompensatorischer Maßnahmen zur Wahrung des Übereilungs- und Überlegungsschutzes andererseits sieht oder ob er bereits in der Wahrung des Schutzzwecks zugleich den sachlichen Grund erkennen will. Leider bot der entschiedene Fall keinen Anlass, sich mit diesen und weiteren Zweifelsfragen auseinanderzusetzen, die in der Praxis häufig auftreten. Hier war der Übereilungsschutz offensichtlich verfehlt worden und der Notar hatte keinerlei Maßnahmen getroffen, als allgemein auf die Risiken einer übereilten Entscheidung hinzuweisen. Offen bleiben daher z. B. die Fälle, in denen keine besondere Eilbedürftigkeit besteht, aber auch ohne Wahrung der Frist keine übereilte und uninformierte Entscheidung des Verbrauchers zu befürchten ist, z. B. weil er als in hohem Maße geschäftserfahren anzusehen ist. Hier erfüllt die gesetzliche Regelfrist keinen Zweck, der eine Verweigerung der Beurkundung rechtfertigen könnte.<sup>3</sup> Zudem dürfte bei ausreichend fundier-

ter Entscheidung des Verbrauchers keine adäquate haftungsrechtliche Kausalität hinsichtlich der Folgen des Vertragsschlusses bestehen, da der Verbraucher dann nach Fristablauf nicht anders entschieden hätte. An diese Ausnahmefälle sind allerdings, angesichts des über die rechtliche Belehrung hinausgehenden Schutzzwecks der Überlegungsfrist, hohe Anforderungen zu stellen.<sup>4</sup>

Immerhin deutet der BGH Mindestkriterien für die Wahrung des Schutzzweckes der Überlegungsfrist an, wenn er feststellt, dass im konkreten Fall weder eine Besichtigung des Vertragsobjektes erfolgt noch die Finanzierung des Käufers geklärt gewesen sei. Dies verdeutlicht wiederum, dass zur Kompensation einer verkürzten Frist auch Fragen zu klären sind, die gerade nicht Gegenstand der notariellen Belehrungspflicht sind. Dabei kann die Befassung des Verbrauchers mit weiteren Aspekten erforderlich sein wie z. B. steuerlichen Konsequenzen, wirtschaftlichen Auswirkungen bei Anlageobjekten oder technischen Vorgaben, insbesondere im Zusammenhang mit Bauleistungen. Umgekehrt bedeutet dies für die nicht seltenen Fälle, in denen sich der Verbraucher bereits seit Wochen oder gar Monaten mit einem möglichen Kauf befasst hat, ohne dass der Vertragstext vorlag, dass dieser Umstand jedenfalls im Zusammenwirken mit anderen Gründen zur Rechtfertigung einer Abkürzung der 14-Tages-Frist beitragen kann.

Keine Zweifel lässt der BGH daran, dass der Notar selbst verpflichtet ist, das Vorliegen der Voraussetzungen für eine Fristabkürzung zu ermitteln und zu beurteilen (Abschnitt II Ziffer 1 b bb). Dem sachgerecht ermittelnden Notar stellt sich in der Praxis die Frage, ob er Angaben des Verbrauchers überprüfen muss. Im Ergebnis muss sich der Notar jedoch auf plausible Auskünfte des Verbrauchers verlassen dürfen, ohne deren Wahrheitsgehalt weiter zu überprüfen. Ein Verbraucher, der den Aufwand einer bewussten Täuschung des Notars betreibt, kann später nicht ernsthaft für sich in Anspruch nehmen, von der Situation überrumpelt worden zu sein.

Wenn objektive Umstände dafür sprechen, von einer Einhaltung der 14-Tages-Frist abzusehen, ist letztlich immer eine Bewertung erforderlich, ob der gesetzlich geforderte Übereilungs- und Überlegungsschutz im Einzelfall gewahrt ist. Daher sollte dem Notar ein von der ex post urteilenden Rechtsprechung zu respektierender Beurteilungsspielraum verbleiben. Andernfalls würde das vom BGH angesprochene Spannungsverhältnis zwischen Übereilungsschutz und Urkundsgewährungspflicht dazu führen, dass der Verbraucher ungünstige wirtschaftliche Folgen seiner Kaufentscheidung allzu leicht auf den Notar überwälzen könnte.

4. Die einleitenden Aussagen des BGH zum Anwendungsbereich der 14-Tages-Frist (Abschnitt II Ziffer 1 a) sind insoweit etwas missverständlich, als die unglückliche Satzstellung den Eindruck erwecken könnte, dass die Zwei-Wochen-Frist für alle Verbraucherverträge gelte. Zur Erinnerung: Der Notar ist stets und seit jeher (also nicht erst seit Einfügung des § 17 Abs. 2a Satz 2 BeurkG) verpflichtet, das Beurkundungsverfahren so zu gestalten, dass die Einhaltung seiner Amtspflichten gewährleistet ist. Für Verbraucherverträge i. S. d. § 310 Abs. 3 BGB gilt unter anderem die Verpflichtung darauf hinzuwirken, dass der Verbraucher ausreichend Gelegenheit erhält, sich vorab mit dem Gegenstand der Beurkundung auseinanderzusetzen. Die Regelfrist von 14 Tagen, innerhalb derer der beabsichtigte Text des Rechtsgeschäfts vorab zur Verfügung stehen soll, gilt wiederum unmittelbar nur für

<sup>2</sup> Z. B. Wahrung steuerlicher Vorteile, persönliche Gründe wie bevorstehende Abwesenheit des Verbrauchers usw.; vgl. *Winkler*, BeurkG, 17. Aufl., § 17 Rdnr. 187 ff.

<sup>3</sup> *Bohrer*, DNotZ 2002, 579, 586; *Winkler*, BeurkG, 17. Aufl., § 17 Rdnr. 185 u. 191.

<sup>4</sup> Vgl. die kritischen Ausführungen von *Grziwotz* in *Grziwotz/Heinemann*, BeurkG, § 17 Rdnr. 87 zur „Geschäftserfahrung“.

Verbraucherverträge, die nach § 311b Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 BGB beurkundungspflichtig sind. Im Gesetzgebungsverfahren hatte sich die Einsicht durchgesetzt,<sup>5</sup> dass vor allem bei Grundstückskaufverträgen die Bedeutung wirtschaftlicher und technischer Fragen sowie deren rechtliche Komplexität die Anordnung einer Regelfrist erforderlich macht. Daher kann die 14-Tages-Frist unmittelbar nur gelten, wenn die Vertragspflicht zum Erwerb oder zur Veräußerung von Grundbesitz gegenüber einem Unternehmer besteht – also nicht schon, wenn in einem beurkundungspflichtigen Grundstückskaufvertrag zwischen Verbrauchern andersartige Verpflichtungen gegenüber einem Unternehmer übernommen werden wie z. B. durch eine Schuldübernahme gegenüber einem Kreditinstitut oder eine Maklerklausel.<sup>6</sup> In diesen Fällen verbleibt es bei der allgemeinen Amtspflicht, darauf hinzuwirken, dass ausreichend Gelegenheit zur Vorbereitung der Beurkundung besteht. Bei komplexen Vertragsverhältnissen, z. B. einem Bauwerkvertrag mit einem Unternehmer, der zugleich mit einem Grundstückskauf unter Verbrauchern geschlossen wird, kann diese jedoch zu einer vergleichbar langen Vorbereitungsfrist führen.

5. Der Gesetzgeber scheint im Übrigen aufgrund von Berichten, denen zufolge nach wie vor Verbraucher von Beurkundungsterminen überrumpelt werden, für eine Klarstellung sorgen zu wollen: Das „Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im notariellen Beurkundungsverfahren“<sup>7</sup> wird den Beginn der 14-Tages-Frist ausdrücklich davon abhängig machen, dass der Notar selbst bzw. dessen Sozium den Entwurfstext übermittelt. Der Gesetzgeber ging zwar möglicherweise bereits 2002 von einer Übermittlung durch den Notar aus, brachte dies aber im Gesetzestext nicht zum Ausdruck und nannte zudem die Übermittlung durch den Unternehmer beispielhaft als Grund für eine zulässige Fristverkürzung.<sup>8</sup> Aus Sicht der Notare ist diese Gesetzesänderung zu begrüßen, da sie die deren unabhängige Stellung beim Vertragsschluss herausstellt. Der Notar erhält durch die Entwurfsübermittlung nicht nur Gelegenheit, deren Zeitpunkt objektiv festzustellen, sondern kann dabei gegenüber dem Verbraucher den gesetzlichen Auftrag des Notars und dessen Grenzen klarstellen.<sup>9</sup> Der Gesetzgeber stärkt damit die unabhängige Position des Notars. Gleichzeitig drückt sich darin der gesetzgeberische Auftrag an die Notare aus, eine klar erkennbare Distanz von ausschließlich auf den Abschlusserfolg hin orientierten Vertriebspraktiken in der Immobilienbranche zu wahren. Der Notar wird nicht nur durch die Haftungsrechtsprechung und die Notaraufsicht<sup>10</sup> daran gemessen werden, ob er dem gerecht wird.

Notar Dr. Gregor Rieger, Prien a. Chiemsee

<sup>5</sup> Weitergehender noch die Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses des Bundestages BT-Drucks. 14/9266, S. 24.

<sup>6</sup> Winkler, BeurkG, 17. Aufl., § 17 Rdnr. 156; a. A. Grziwotz, ZfIR 2010, 601, 603; Suppliet, DNotZ 2012, 270, 284. Die berufsrechtlichen Bedenken gegen die pauschale Verwendung von Maklerklauseln sind damit freilich nicht ausgeräumt.

<sup>7</sup> BT-Drucks. 17/12035 und 17/13137.

<sup>8</sup> BT-Drucks. 14/9266, S. 51.

<sup>9</sup> Vgl. den Vorschlag für ein Begleitschreiben bei der Entwurfsübermittlung von Brambring, Amann/Brambring/Hertel, Vertragspraxis nach neuem Schuldrecht, 2. Aufl., S. 445.

<sup>10</sup> § 50 Abs. 1 Nr. 9 BNotO-E soll künftig klarstellen, dass der wiederholte grobe Verstoß gegen die Verpflichtungen nach § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG eine Amtsenthebung rechtfertigt.

16. BeurkG § 51 Abs. 3; BNotO § 18 Abs. 1 (*Keine Ausnahme von der Verschwiegenheitspflicht des Notars bei der Einsichtnahme in Nebenakten zur Ausforschung eines vermuteten Sachverhalts*)

- 1. Die Erteilung einer Auskunft kann – als Nebentätigkeit – auch dann eine im Notarbeschwerdeverfahren durchsetzbare notarielle Amtstätigkeit sein, wenn die Haupttätigkeit und deren Vollzug abgeschlossen sind.**
- 2. Dient die Einsichtnahme in die Nebenakten des Notars der Ausforschung eines vermuteten Sachverhalts, besteht keine Ausnahme von der Verschwiegenheitspflicht des Notars.**

BGH, Beschluss vom 31.1.2013, V ZB 168/12

Der Antragsteller ist Testamentsvollstrecker über den Nachlass der am 2.4.2011 verstorbenen Dr. S. W. (nachfolgend: Erblasserin). Diese verkaufte den weiteren Urkundsbeteiligten mit einem am 9.5.2006 von dem amtlichen Vertreter des in dem Eingang dieses Beschlusses genannten Notars beurkundeten Kaufvertrag (URNr. 172/2006) ein Grundstück für 430.000 €.

Nach Ansicht des Antragstellers war die Erblasserin im Zeitpunkt des Vertragsschlusses geschäftsunfähig. Der Kaufvertrag sei von ihrem damaligen Lebensgefährten und einem zwischenzeitlich verstorbenen Rechtsanwalt initiiert worden, um die Erblasserin zu schädigen.

Zur Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen hat der Antragsteller von dem Notar Auskünfte, hilfsweise Einsicht in die Handakten, zu dem Urkundsgeschäft verlangt. Das hat der Notar verweigert. Die Beschwerde, mit welcher der Antragsteller die Anweisung an den Notar hat erreichen wollen, ihm eine Ablichtung der die Beurkundung betreffenden Haupt- und Nebenakten auszuhändigen, hilfsweise ihm Einsicht in diese Akten zu gewähren, ferner ihm Auskunft über die Beteiligung des damaligen Lebensgefährten der Erblasserin und des zwischenzeitlich verstorbenen Rechtsanwalts an dem Geschäft sowie über alle bei Vertragsschluss anwesenden Personen zu erteilen, hat das LG – nachdem die weiteren Urkundsbeteiligten den Notar nicht von seiner Verschwiegenheitspflicht entbunden haben – hinsichtlich der Auskunftsanträge als unzulässig verworfen und hinsichtlich der Aushändigungs- und Einsichtsansprüche zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt der Antragsteller sämtliche Anträge weiter.

Aus den Gründen:

## II.

Nach Ansicht des Beschwerdegerichts kann offenbleiben, ob dem Antragsteller nach materiellem Recht Auskunftsansprüche gegen den Notar zustehen. Jedenfalls könnten sie nicht im Beschwerdeweg nach § 15 Abs. 2 BNotO durchgesetzt werden, weil es dem Antragsteller nicht um die Vornahme einer Amtshandlung des Notars gehe, sondern nur um das Erlangen von Informationen.

Dem Herausgabe- und Einsichtsverlangen dürfe der Notar aufgrund seiner Pflicht zur Verschwiegenheit nicht nachkommen. Eine Ausnahme von dieser Pflicht aufgrund einer Güter- und Interessenabwägung bestehe nicht, weil es nicht um die Verhütung eines drohenden Schadens gehe, sondern um die Durchsetzung von Ansprüchen auf Ersatz eines nach Auffassung des Antragstellers bereits mit der Vertragsbeurkundung entstandenen Schadens.

## III.

Die Rechtsbeschwerde ist aufgrund der Zulassung in dem angefochtenen Beschluss statthaft (§ 70 Abs. 1, Abs. 2 FamFG i. V. m. § 15 Abs. 2 Satz 3 BNotO und § 54 Abs. 2 Satz 2 BeurkG) und auch im Übrigen zulässig (§ 71 FamFG). Sie ist jedoch unbegründet.

1. Zu Recht sieht das Beschwerdegericht die Beschwerde als unzulässig an, soweit der Antragsteller Auskunft verlangt.

Denn das Rechtsmittel nach § 15 Abs. 2 BNotO ist nicht zulässig, wenn der Notar zu einem Verhalten angewiesen werden soll, welches keine Amtstätigkeit darstellt (siehe nur *Arndt/Lerch/Sandkühler*, BNotO, 7. Aufl., § 15 Rdnr. 92). So verhält es sich hier.

a) Zu den Amtstätigkeiten gehören zum einen die Urkundstätigkeiten (§ 15 Abs. 1 BNotO). Das sind nach §§ 20-22 BNotO die Beurkundungen und Beglaubigungen, die Ausstellung bestimmter Bescheinigungen, in besonderen Fällen die Abnahme von Eiden und die Durchführung eidlicher Vernehmungen sowie die Aufnahme von eidesstattlichen Versicherungen. Zum anderen gehören zu den Amtstätigkeiten i. S. v. § 15 Abs. 2 BNotO nach dem Wortlaut und der Systematik des Gesetzes (Erster Teil, 3. Abschnitt der Bundesnotarordnung mit der Überschrift „Die Amtstätigkeit“) die Aufbewahrung und Ablieferung von Wertgegenständen (notarielles Verwaltungsverfahren, § 23 BNotO) sowie die Betreuung und Vertretung der Beteiligten (§ 24 BNotO).

b) Hilfs- und Nebentätigkeiten, die der Notar im Zusammenhang mit den vorstehend bezeichneten Tätigkeiten erbringen muss, sind ebenfalls Amtstätigkeiten i. S. v. § 15 Abs. 2 BNotO. Um eine solche Tätigkeit handelt es sich beispielsweise dann, wenn der Notar aus Anlass und im Zusammenhang mit einem Beurkundungsgeschäft eine Auskunft erteilt (BGH, Urteil vom 10.6.1983, V ZR 4/82, WM 1983, 964, 965). Das gilt unabhängig davon, ob der Auskunftsempfänger ein Urkundsbeteiligter oder eine an dem Geschäft nicht unmittelbar beteiligte, aber durch das Beurkundungsgeschäft begünstigte Person ist, die sich an den Notar gewandt und ihm eigene Belange anvertraut hat (BGH, Urteil vom 10.6.1983, V ZR 4/82, a. a. O.).

c) Eine Auskunftserteilung kann auch dann eine notarielle Amtstätigkeit sein, wenn die Haupttätigkeit, z. B. eine Beurkundung, und deren Vollzug abgeschlossen sind (a. A. OLG Hamm, FGPrax 1998, 159). Entscheidend für die Einordnung als Amtstätigkeit ist nicht der Zeitpunkt der Auskunftserteilung, sondern die Antwort auf die Frage, ob der Notar grundsätzlich in diesem Zeitpunkt die Auskunft erteilen muss. Wird diese Frage bejaht, ist das Beschwerdeverfahren nach § 15 Abs. 2 BNotO der richtige Weg, um die Erteilung der Auskunft gerichtlich durchzusetzen. Es muss geprüft werden, ob der Notar seiner grundsätzlich bestehenden Auskunftspflicht in dem konkreten Fall nachzukommen hat, oder ob es Gründe gibt, die ihn zur Verweigerung der Auskunftserteilung berechtigen. Jedoch ist das Beschwerdeverfahren nicht eröffnet, wenn eine Auskunft verlangt wird, deren Erteilung von vornherein keine Amtstätigkeit ist. Denn dann verweigert der Notar keine Amtstätigkeit; demgemäß ist die Beschwerde nicht – wie geboten – darauf gerichtet, ihn zur Vornahme einer solchen Tätigkeit anzuweisen. Diese Beschwerde ist deshalb unzulässig.

d) Letzteres ist hier der Fall. Der Antragsteller verfolgt das Ziel, Informationen über die Beteiligung Dritter an dem Zustandekommen des Kaufvertrags zu erhalten, um Ansprüche wegen einer von ihm vermuteten Schädigung der Erblasserin geltend machen zu können. Es geht ihm damit um eine in das Auskunftsverlangen gekleidete Ausforschung. Es soll ein Sachverhalt geklärt werden, welcher mit dem vorgenommenen Beurkundungsgeschäft selbst und dessen Vollzug nichts zu tun hat. Eine solche allgemeine Auskunftspflicht des Notars sieht das Gesetz nicht vor (OLG Hamm, a. a. O.; OLG Brandenburg, AnwBl. 1996, 474, 475; *Eylmann/Vaasen/Limmer*, BNotO/BeurkG, 3. Aufl., § 51 BeurkG Rdnr. 16; *Staudinger/Hertel*, [2012], Vorbem. zu §§ 127a und 128 BeurkG Rdnr. 650).

e) Eine besondere Pflicht zur Erteilung einer Auskunft nach der Beurkundung des Kaufvertrags und dem Vollzug der Urkunde mit der Folge, dass die Auskunftserteilung als Amtstätigkeit anzusehen wäre, hat der Notar nicht gegenüber der Erblasserin und erst recht nicht gegenüber dem Antragsteller übernommen.

f) Das von dem Antragsteller in der Rechtsbeschwerdebeurteilung hervorgehobene zeitliche Argument – auf der einen Seite eine beschwerdefähige Auskunftspflicht, solange der Vertrag noch nicht „unter Dach und Fach“ sei, auf der anderen Seite die Rechtlosigkeit der Partei nach diesem Zeitpunkt – geht ins Leere. Wie ausgeführt, kann in beiden Zeitpunkten eine Auskunftspflicht bestehen.

g) Auch ist – anders als der Antragsteller meint – das Beschwerdeverfahren nicht deshalb eröffnet, weil es auch dazu diene, den Verdacht der Parteilichkeit des Notars zu vermeiden. Die Regelungen in § 15 Abs. 2 BNotO gewähren Rechtsschutz gegen die Weigerung des Notars, eine bestimmte Amtshandlung vorzunehmen (vgl. BGH, Beschluss vom 7.10.2010, V ZB 147/09, NJW-RR 2011, 286 Rdnr. 5). Verfahrensgegenstand ist das Recht des Antragstellers oder eines sonstigen Beteiligten auf Vornahme dieser Amtshandlung (*Arndt/Lerch/Sandkühler*, BNotO, 7. Aufl., § 15 Rdnr. 85; *Schippel/Bracker/Reithmann*, BNotO, 9. Aufl., § 15 Rdnr. 80). Aus der von dem Antragsteller für seine Ansicht herangezogenen Literaturstelle (*Schippel/Bracker/Reithmann*, a. a. O., Rdnr. 81) ergibt sich nichts anderes. Dort wird vertreten, dass der Notar eine beabsichtigte Entscheidung, die beantragte Amtstätigkeit nicht vorzunehmen, in einem Vorbescheid ankündigen soll, um seine unparteiliche Stellung nicht zu gefährden, weil die bloße Verweigerung der Tätigkeit den Notar dem Verdacht der Parteilichkeit aussetzen könnte. Das hat nichts mit dem Zweck des Beschwerdeverfahrens zu tun.

2. Ebenfalls zu Recht hält das Beschwerdegericht die Herausgabeanträge für unbegründet. Eine Rechtsgrundlage für das Herausgabeverlangen ist nicht ersichtlich. Der Antragsteller greift die Beschwerdeentscheidung insoweit auch nicht an.

3. Schließlich verneint das Beschwerdegericht ein Recht des Antragstellers auf Einsichtnahme in die Nebenakten des Notars ebenfalls fehlerfrei. Dem Einsichtsverlangen steht zumindest die fehlende Entbindung des Notars von der Verschwiegenheitspflicht entgegen.

a) Das Recht auf Einsicht beschränkt sich nach § 51 Abs. 3 BeurkG auf die Urschrift derjenigen Urkunden, von denen die in § 51 Abs. 1 BeurkG bezeichneten Personen Ausfertigungen oder Abschriften verlangen können. Ob daneben ein Recht auf Einsicht in die Nebenakten des Notars besteht, in denen die nicht zur Urkundensammlung zu nehmenden Schriftstücke aufbewahrt werden (§ 22 Abs. 1 DONot), ist gesetzlich nicht geregelt; § 13 FamFG, in dem – wie früher in § 34 FGG – die Einsichtnahme in Gerichtsakten geregelt ist, ist nicht anwendbar (BGH, Urteil vom 30.11.1989, III ZR 112/88, BGHZ 109, 260, 273 zu § 34 FGG). In der Rechtsprechung ist diese Frage bisher offen gelassen worden (BGH, Urteil vom 30.11.1989, III ZR 112/88, a. a. O.; KG, DNotZ 2004, 202; OLG Zweibrücken, DNotZ 2003, 125, 126; LG Frankfurt a. M., DNotZ 1990, 393, 394). Lediglich die Einsichtnahme in Schriftstücke, welche von dem um Einsicht Nachsuchenden selbst stammen (OLG Zweibrücken, a. a. O.) oder in die der Notar einen Vermerk – nicht, wie geboten, in die Niederschrift (§ 11 BeurkG) – aufgenommen hat (BayObLGZ 1992, 220, 222), wird für durchsetzbar erachtet.

b) Die Frage braucht auch hier nicht entschieden zu werden. Denn die von dem Antragsteller verlangte Einsichtnahme in

die Nebenakten bedürfte jedenfalls des Einverständnisses aller Beteiligten (vgl. BGH, Urteil vom 30.11.1989, III ZR 112/88, a. a. O.; OLG Zweibrücken, a. a. O.). Sie müssten den Notar von der Verschwiegenheitspflicht entbunden haben. Daran fehlt es hier.

c) Entgegen der Auffassung des Antragstellers ist diese Entbindung nicht entbehrlich.

aa) Ohne Erfolg beruft er sich auf eine Entscheidung des OLG Karlsruhe, nach welcher die Pflicht des Notars aus § 51 BeurkG dessen Verschwiegenheitspflicht gemäß § 18 BNotO vorgeht (DNotZ 2008, 139, 141). Denn anders als dort geht es hier nicht um die Pflicht des Notars zur Erteilung von Urkundenabschriften (§ 51 Abs. 3 BNotO). Dass ein im Gesetz vorgesehener Anspruch auf eine solche Erteilung nicht an dem fehlenden Einverständnis der übrigen an dem Urkundsgeschäft Beteiligten scheitern kann, liegt auf der Hand. Denn die Verschwiegenheitspflicht des Notars besteht im Interesse derjenigen, deren persönliche oder wirtschaftliche Verhältnisse er bei seiner Amtstätigkeit erfahren hat (BGH, Urteil vom 30.11.1989, III ZR 112/88, BGHZ 109, 260, 273). Diese Verhältnisse haben sie, soweit für das Urkundsgeschäft von Belang, bereits in der Urkunde preisgegeben. Der Inhalt der Urkunde ist deshalb den in § 51 Abs. 1 BeurkG bezeichneten Personen bekannt, also auch denjenigen, die um die Erteilung einer Urkundenabschrift nachsuchen können. Ein Interesse der anderen Urkundsbeteiligten an der Geheimhaltung ihrer persönlichen oder wirtschaftlichen Verhältnisse ist nicht schutzwürdig. Etwas anderes gilt jedoch für solche Verhältnisse, die nicht in der Urkunde selbst, sondern in anderen Schriftstücken zutage treten, welche der Notar in den Nebenakten aufbewahrt. Deren Weitergabe ohne Einverständnis der Betroffenen ist nicht durch die Regelungen in § 51 BeurkG gerechtfertigt (Winkler, BeurkG, 17. Aufl., § 51 Rdnr. 41).

bb) Zu Recht stützt das Beschwerdegericht seine Beurteilung auf die in den Entscheidungen des BGH vom 30.11.1989 (III ZR 112/88, a. a. O.) und des OLG Zweibrücken vom 10.7.2002 (DNotZ 2003, 125, 126) enthaltenen Grundsätze zur Verschwiegenheitspflicht des Notars. Dort wie hier geht es um die durch die Regelung in § 18 Abs. 1 BNotO geschützten Belange der übrigen Urkundsbeteiligten. Denn der Antragsteller verlangt Einsichtnahme in die gesamten Nebenakten, nicht nur in solche Teile, welche keine über die in der Urkunde preisgegebenen hinausgehenden Hinweise auf die persönlichen oder wirtschaftlichen Verhältnisse der weiteren Urkundsbeteiligten enthalten können.

Falls er sein Einsichtsverlangen auf die in dem Hilfsantrag beispielhaft genannten Schriftstücke beschränken will, hat er auch insoweit kein Einsichtsrecht. Zum einen ist nicht erkennbar, welches Beurkundungsgeschäft die Unterlagen über die Bestellung und Eintragung einer Grundschuld betreffen. Es ist jedenfalls ein anderes als das, bei welchem der Grundstückskaufvertrag Gegenstand ist. Nur die zu diesem Geschäft geführten Nebenakten will der Antragsteller jedoch einsehen. Im Übrigen kann er, falls die Erblasserin als vormalige Grundstückseigentümerin – ggf. vertreten durch Bevollmächtigte – an der Grundschuldbestellung mitgewirkt hat, gemäß § 51 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 BeurkG von dem Notar Ausfertigungen und Abschriften der Bestellungsurkunde verlangen und die Urschrift einsehen (Winkler, BeurkG, 17. Aufl., § 51 Rdnr. 10, 13). Einem solchen Verlangen muss der Notar nachkommen, ohne dass andere Beteiligte ihn von der Verschwiegenheitspflicht entbinden. Zum anderen geht es dem Antragsteller im Hinblick auf die Eintragungsnachrichten des Grundbuchsamts, die er einsehen will, wiederum – wie schon bei dem Auskunftsverlangen – um die Ausforschung eines

Sachverhalts, von dem ihm nicht bekannt ist, dass es ihn gibt. Nach dem in dem angefochtenen Beschluss wiedergegebenen Rechtsschutzziel will der Antragsteller nicht den Inhalt der Grundbuchnachrichten in Erfahrung bringen, sondern ihren Empfänger herausfinden. Dass dies der Notar selbst ist, liegt nahe. Anderenfalls hätte er die Nachrichten nicht in den Nebenakten aufbewahrt. Ob er sie – anders als üblich – nicht von dem Grundbuchamt, sondern von anderen Empfängern erhalten hat, unterliegt ebenfalls der Verschwiegenheitspflicht. Diese erstreckt sich auch darauf, ob und an wen der Notar eventuell die Nachrichten weitergeleitet hat. Denn das Geheimhaltungsinteresse der Beteiligten bezieht sich auch darauf, dass bestimmte Umstände wie die Tatsache, die Zeit und der Ort der Inanspruchnahme des Notars und die Identität aller beteiligten Personen, der Inhalt von Gesprächen zwischen den Urkundsbeteiligten und dritten Personen, die bei der Amtshandlung zugegen waren, sowie die eigenen Erklärungen und Handlungen des Notars nicht über den Kreis der Personen hinaus bekannt werden, die an den Verhandlungen teilgenommen haben (vgl. BGH, Beschluss vom 9.12.2004, IX ZB 279/03, NJW 2005, 1948, 1949). Und die Pflicht zur Verschwiegenheit besteht nicht nur gegenüber den unmittelbar am Gegenstand der Amtshandlung formell beteiligten Personen, also den Urkundsbeteiligten, sondern gegenüber allen, deren persönliche oder wirtschaftlichen Verhältnisse dem Notar bei seiner Amtsausübung bekannt geworden sind (Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, 7. Aufl., § 18 Rdnr. 44; Eylmann/Vaasen/Eylmann, BNotO/BeurkG, 3. Aufl., § 18 BNotO Rdnr. 31; Schippel/Bracker/Kanzleiter, BNotO, 9. Aufl., § 18 Rdnr. 51).

cc) Eine Ausnahme von der Verschwiegenheitspflicht des Notars unter dem Gesichtspunkt der Güter- und Interessenabwägung besteht nicht. Zwar kann danach, worauf der Antragsteller abhebt, die Aufklärungspflicht des Notars zur Schadensverhütung den Vorrang vor seiner Verschwiegenheitspflicht haben (BGH, Urteil vom 14.5.1992, IX ZR 262/91, NJW-RR 1992, 1178, 1181). Auch tritt diese Pflicht hinter die Pflicht zurück, dem Unrecht zu wehren. Ein Notar muss deshalb ein unter seine Schweigepflicht fallendes Wissen preisgeben, wenn er dadurch strafbare Handlungen verhindern kann (BGH, Urteil vom 22.11.1977, VI ZR 176/76, WM 1978, 190, 191). Aber darum geht es hier nicht. Vielmehr soll der Notar mit der Gestattung der Akteneinsicht Umstände offenbaren, von denen nicht einmal der Antragsteller weiß, ob es sie gibt. Eine solche Ausforschung hat keinen Vorrang vor der Verschwiegenheitspflicht. Hinzu kommt, dass der Notar mit der Preisgabe seines Wissens weder einen Schadenseintritt noch eine strafbare Handlung verhindern kann. Beides könnte allenfalls bereits geschehen sein, wenn die Vermutungen des Antragstellers zutreffen.

(...)

## Kostenrecht

17. KostO § 147 Abs. 2, § 146 Abs. 3 (*Erstellung von Strukturdaten im XML-Format und ihre Übermittlung an das Registergericht*)

**Der Notar erhält für die Erstellung einer XML-Datei mit Strukturdaten und ihre Übermittlung an das Registergericht keine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO.**

BGH, Beschluss vom 20.02.2013, II ZB 27/12

Der Beteiligte zu 1 (nachfolgend: Notar) beglaubigte unter der UR-Nr. 139/2008 eine Handelsregisteranmeldung des Beteiligten zu 2

und reichte diese nebst einer sog. XML (Extensible Markup Language)-Datei mit Strukturdaten auf elektronischem Wege bei dem Registergericht ein. In seiner Kostenberechnung brachte der Notar unter anderem eine Gebühr gemäß §§ 32, 147 Abs. 2 KostO für „die Übertragung der Anmeldung in die XML-Datei“ in Ansatz. Dies beanstandete der Präsident des LG im Rahmen einer Geschäftsprüfung und wies den Notar am 15.3.2011 an, die Entscheidung des LG herbeizuführen.

Das LG hat die Kostenberechnung abgeändert und ohne die Gebühr nach §§ 32, 147 Abs. 2 KostO neu gefasst. Die hiergegen gerichtete Beschwerde des Notars ist erfolglos geblieben. Mit der von dem OLG zugelassenen Rechtsbeschwerde beantragt der Notar die Aufhebung der Entscheidungen der Vorinstanzen und die Wiederherstellung seiner Kostenberechnung in voller Höhe.

*Aus den Gründen:*

## II.

1. Die Rechtsbeschwerde ist aufgrund der Zulassung durch das Beschwerdegericht statthaft und auch im Übrigen zulässig, § 156 Abs. 4 Satz 1, § 156 Abs. 5 Satz 3 KostO, § 70 Abs. 1, § 71 FamFG.

2. In der Sache hat das Rechtsmittel keinen Erfolg. Das Beschwerdegericht hat die Beschwerde des Notars gegen die Abänderung der Kostenberechnung zu Recht zurückgewiesen. Der Notar erhält für die Erstellung einer XML-Datei mit Strukturdaten und ihre Übermittlung an das Registergericht keine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO.

Nach § 147 Abs. 2 KostO erhält der Notar die Hälfte der vollen Gebühr, wenn für eine im Auftrag eines Beteiligten ausgeübte Tätigkeit eine Gebühr nicht bestimmt ist. Dieser Gebührentatbestand kommt nur zur Anwendung, wenn die Kostenordnung für die betreffende Notartätigkeit keine Gebühr bestimmt und auch keine Regelung enthält, aus der sich ergibt, dass dem Notar für diese Tätigkeit keine gesonderte Gebühr erwachsen soll (BGH, Beschluss vom 14.2.2012, II ZB 18/10, ZIP 2012, 720 Rdnr. 15; BGH, Beschluss vom 12.7.2007, V ZB 113/06, NJW 2007, 3212 Rdnr. 5; BGH, Beschluss vom 13.7.2006, V ZB 87/05, WM 2006, 1974 Rdnr. 8). Zwar erfüllen die Erstellung einer XML-Datei und deren Übermittlung an das Registergericht keinen Gebührentatbestand nach der Kostenordnung; aus deren weiteren Regelungen folgt aber auch, dass dem Notar für diese Tätigkeiten keine besondere Gebühr zustehen soll.

a) Die Voraussetzungen einer Vollzugstätigkeit nach der Vorschrift des § 146 Abs. 3 KostO, der eine die Anwendung des § 147 Abs. 2 KostO im Regelfall ausschließende Gebührenregelung für Vollzugstätigkeiten enthält (BGH, Beschluss vom 14.2.2012, II ZB 18/10, ZIP 2012, 720 Rdnr. 17), sind nicht erfüllt.

aa) Nach § 146 Abs. 3 KostO erhält der Notar für den Vollzug eines Geschäfts, zu dem unter anderem Registersachen zählen (BGH, Beschluss vom 14.2.2012, II ZB 18/10, ZIP 2012, 720 Rdnr. 16; BGH, Beschluss vom 12.7.2007, V ZB 113/06, NJW 2007, 3212 Rdnr. 12), neben der Beurkundungs- oder Entwurfsgebühr die Hälfte der vollen Gebühr, wenn es erforderlich ist, Anträge oder Beschwerden, die er aufgrund einer von ihm aufgenommenen, entworfenen oder geprüften Urkunde bei Gerichten, Behörden oder anderen Dienststellen einreicht, tatsächlich oder rechtlich näher zu begründen, und der Beteiligte dies verlangt. Dem Vollzug eines Geschäfts dienen alle Tätigkeiten, die zu den beurkundeten Vereinbarungen der Beteiligten notwendigerweise hinzukommen müssen, um deren Wirksamkeit herbeizuführen und ihre Ausführung zu ermöglichen (BGH, Beschluss vom 14.2.2012, II ZB 18/10, ZIP 2012, 720 Rdnr. 16; BGH, Beschluss vom 12.7.2007,

V ZB 113/06, NJW 2007, 3212 Rdnr. 8 f.). Eine solche Vollzugstätigkeit liegt nicht vor. Das Geschäft, das hier vollzogen wird, ist die Anmeldung der Erklärung des Beteiligten zu 2 zur Eintragung in das Handelsregister gemäß § 12 HGB. Die Erstellung einer XML-Datei und deren Übermittlung an das Registergericht sind für die Wirksamkeit oder die Ausführung der Handelsregistereintragung und der Anmeldung nicht notwendig und dienen damit nicht deren Vollzug (ebenso *Elsing*, RNotZ 2009, 673, 674; a. A. *Bund*, JurBüro 2009, 649, 651).

Seit dem Inkrafttreten des Gesetzes über elektronische Handels- und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister (EHUG) vom 10.11.2006 (BGBl 2006 I, S. 2553) am 1.1.2007 sind Anmeldungen zur Eintragung in das Handelsregister elektronisch in öffentlich beglaubigter Form (§ 12 Abs. 1 Satz 1 HGB) und Dokumente elektronisch (§ 12 Abs. 2 Satz 1 HGB) einzureichen. Für die Übertragung von dem Notariat zu dem Registergericht ist es zunächst erforderlich, die für die Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister notwendigen, in Papierform beurkundeten Erklärungen in ein elektronisches Dokument umzuwandeln (OLG Stuttgart, NZG 2010, 476; OLG Düsseldorf, JurBüro 2009, 652). Hierfür sind die Papierdokumente entweder einzuscannen oder unmittelbar aus der Textverarbeitung oder der Notarsoftware als Bilddatei abzuspeichern (*Jeep/Wiedemann*, NJW 2007, 2439, 2440). Mit dem Eingang der erstellten und eingereichten Bilddatei bei dem Registergericht ist die Anmeldung im Sinne des § 12 HGB wirksam erfolgt (*Jeep/Wiedemann*, NJW 2007, 2439, 2440) und die Veröffentlichung der Eintragung kann dort vorgenommen werden.

Für diesen Vorgang bedarf es der Erstellung einer XML-Datei mit den Strukturdaten und deren Übermittlung an das Registergericht nicht. Die Erstellung der XML-Datei und ihre Übermittlung an das Registergericht erleichtern lediglich durch die Möglichkeit einer automatischen Übernahme einer Vielzahl von Daten aus der Anmeldung die Arbeit der Registergerichte, vermeiden Fehler bei der manuellen Übertragung und beschleunigen das Eintragungsverfahren (OLG Stuttgart, NZG 2010, 476; OLG Düsseldorf, JurBüro 2009, 652, 653; *Willer/Krafka*, DNotZ 2006, 885, 886). Hierin erschöpft sich der Zweck einer XML-Datei und ihrer Übermittlung an das Registergericht. Denn die XML-Datei selbst enthält keine für die Handelsregisteranmeldung notwendigen Bilddateien, sondern strukturierte Daten, die unmittelbar in die Registersoftware der Registergerichte übernommen werden können (*Filzek*, KostO, 4. Aufl., § 1a Rdnr. 12; *Jeep/Wiedemann*, NJW 2007, 2439, 2440; *Otto*, JurBüro 2007, 120, 121). Dazu werden von dem Notar in einem XML-Dokument als elektronisches Formular die Standardbestandteile der Handelsregistereintragung eingegeben; sodann wird durch das Computerprogramm der Entwurf der Registereintragung erzeugt (*Willer/Krafka*, DNotZ 2006, 885, 887). Diese Daten werden an das Registergericht übermittelt, dort automatisch in die jeweilige Registersoftware eingespielt und können anschließend auf Richtigkeit und Vollständigkeit anhand der von dem Notar daneben eingereichten Bilddateien überprüft werden (*Jeep/Wiedemann*, NJW 2007, 2439, 2440).

bb) Für den Notar besteht auch keine amtliche Verpflichtung zu der Erstellung der Strukturdaten im XML-Format und ihrer Übermittlung an das Registergericht. Nach Nr. 6 der aufgrund § 10 der ERegister-VO NRW vom 19.12.2006 (GV NRW 2006, S. 606) erfolgten Bekanntmachung der Landesjustizverwaltung des Landes Nordrhein-Westfalen zum Elektronischen Gerichts- und Verwaltungspostfach (abrufbar unter [www.egvp.de](http://www.egvp.de)) muss lediglich eine XML-Datei mit dem gerichtlichen Aktenzeichen, einer schlagwortartigen Bezeichnung des Gegenstands der Anmeldung, dem Firmennamen

und dem Namen des Einreichers übermittelt werden, also eine Art elektronisches Deckblatt, damit der Vorgang eingeordnet werden kann (OLG Düsseldorf, JurBüro 2009, 652; OLG Hamm, FGPrax 2009, 133, 134). Die hier in Frage stehende XML-Datei enthält über diese geforderten Daten hinaus sämtliche anmelderelevanten Informationen und ermöglicht die komplette elektronische Steuerung und Bearbeitung des Anmeldevorgangs (vgl. OLG Düsseldorf, JurBüro 2009, 652; OLG Hamm, FGPrax 2009, 133, 134).

b) Aus den weiteren Regelungen der Kostenordnung folgt, dass dem Notar für die Erstellung einer XML-Datei und deren Übermittlung an das Registergericht keine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO entstanden ist.

aa) Dies ergibt sich zwar nicht schon aus der Regelung des § 147 Abs. 4 Nr. 1 KostO. Danach erhält der Notar keine Gebühr für die Übermittlung von Anträgen an das Registergericht, wenn der Antrag mit einer anderen gebührenpflichtigen Tätigkeit im Zusammenhang steht. Der Antrag im Sinne des § 147 Abs. 4 Nr. 1 KostO erfasst in dem vorliegenden Fall nur die elektronische Einreichung der für die Handelsregistereintragung nach § 12 HGB erforderlichen Dokumente, nicht aber die hierüber hinausgehende Erstellung einer XML-Datei mit Strukturdaten und deren Übermittlung an das Registergericht (OLG Düsseldorf, JurBüro 2009, 652; *Korintenberg/Bengell Tiedtke*, KostO, 18. Aufl., § 147 Rdnr. 43e; *Tiedtke*, ZNotP 2009, 247, 248; *Diehn*, NotBZ 2009, 282; *Sikora*, MittBayNot 2009, 326, 327 f.; a. A. *Bund*, JurBüro 2008, 625, 627).

bb) Die Geltendmachung der Gebühr gemäß § 147 Abs. 2 KostO ist aber nach § 147 Abs. 3 KostO ausgeschlossen.

(1) Der Anwendung des § 147 Abs. 3 KostO steht nicht entgegen, dass der Gesetzgeber bei der Einführung des elektronischen Handelsregisters keine Gebührenfreiheit für die Erstellung einer XML-Datei und deren Übermittlung an das Registergericht in § 147 Abs. 4 KostO angeordnet hat. Hieraus kann ebenso wenig auf eine Gebührenpflichtigkeit für diese Tätigkeiten geschlossen werden (OLG Stuttgart, NZG 2010, 476, 477; OLG Düsseldorf, JurBüro 2009, 652, 653; a. A. *Diehn*, NotBZ 2009, 282) wie aus dem Umstand, dass der Entwurf der Bundesregierung für ein Zweites Gesetz zur Modernisierung des Kostenrechts vom 31.8.2012 (BR-Drucks. 517/12) einen eigenen Gebührentatbestand (Nr. 22114) für die Erzeugung von strukturierten Daten in Form der XML-Datei enthält (vgl. OLG Düsseldorf, JurBüro 2009, 652, 653).

(2) Die Voraussetzungen des § 147 Abs. 3 KostO sind erfüllt. Danach erhält der Notar für die ein Geschäft vorbereitende oder fördernde Tätigkeit die Gebühr des § 147 Abs. 2 KostO nur, wenn diese Tätigkeit nicht schon als Nebengeschäft im Sinne des § 35 KostO durch eine dem Notar für das Hauptgeschäft zustehende Gebühr abgegolten wird. Als Nebengeschäft im Sinne des § 35 KostO ist alles anzusehen, was mit dem Hauptgeschäft so eng zusammenhängt, dass es nicht als ein selbständiges Geschäft in Erscheinung tritt, sowie im Verhältnis zum Hauptgeschäft als minder wichtig erscheint und dazu dient, das Hauptgeschäft vorzubereiten oder zu fördern (BGH, Beschluss vom 14.2.2012, II ZB 18/10, ZIP 2012, 720 Rdnr. 34; OLG Stuttgart, NZG 2010, 476; OLG Düsseldorf, JurBüro 2009, 652; OLG Hamm, FGPrax 2009, 133, 134; OLG Frankfurt, NZG 2007, 919, 920).

Danach liegt hier ein Nebengeschäft vor. Die über die elektronische Übermittlung der für die Anmeldung zum Handelsregister notwendigen Dokumente hinausgehende Datenerfassung hat gegenüber dem Hauptgeschäft, namentlich der Registeranmeldung im Sinne des § 12 HGB als solcher, keine

selbständige Bedeutung, ist das minder wichtige Geschäft und dient dazu, den Vollzug des Hauptgeschäfts zu fördern (OLG Stuttgart, NZG 2010, 476; OLG Celle, FGPrax 2009, 279; OLG Düsseldorf, JurBüro 2009, 652; OLG Hamm, FGPrax 2009, 133, 124; im Ergebnis auch *Hartmann*, Kostengesetze, 42. Aufl., § 147 Rdnr. 23; *Rohs/Wedewer*, KostO, Stand April 2012, § 147 Rdnr. 29b; a. A. *Diehn*, NotBZ 2009, 282, 283; *Sikora*, MittBayNot 2009, 326, 327; *Elsing*, RNotZ 2009, 673, 674; *Otto*, JurBüro 2007, 120, 123). Die Eintragung in das Handelsregister kann ohne Übermittlung einer XML-Datei erfolgen, jedoch nicht umgekehrt die Eintragung allein auf der Grundlage der übermittelten XML-Datei (vgl. OLG Hamm, FGPrax 2009, 133, 134). Dass der Notar zu der umfassenden Datenaufbereitung im XML-Format nicht verpflichtet ist, hindert die Einordnung als Nebengeschäft ebenso wenig (OLG Stuttgart, NZG 2010, 476, 477; OLG Düsseldorf, JurBüro 2009, 652, 653; OLG Celle, FGPrax 2009, 279; OLG Hamm, FGPrax 2009, 133, 134) wie der mit der Tätigkeit verbundene Aufwand (vgl. BGH, Beschluss vom 12.5.2005, V ZB 40/05, NJW 2005, 3218, 3219; OLG Düsseldorf, JurBüro 2009, 652, 653; OLG Hamm, FGPrax 2009, 133, 134; a. A. *Filzek*, KostO, 4. Aufl., § 1a Rdnr. 18; *Jeep/Wiedemann*, NJW 2007, 2439, 2446; *Tiedtke/Sikora*, MittBayNot 2006, 393, 396).

Der Notar wird mit der Erstellung der XML-Datei und deren Übermittlung an das Registergericht auch nicht möglicher Adressat einer Zwischenverfügung und trägt kein daraus folgendes Haftungsrisiko (so aber *Tiedtke*, ZNotP 2009, 247, 248). Das Fehlen oder die Fehlerhaftigkeit einer XML-Datei mit Strukturdaten kann eine Zwischenverfügung des Registergerichts nicht rechtfertigen, weil eine wirksame Registeranmeldung trotz fehlender oder fehlerhafter XML-Strukturdaten vorliegt (*Weingärtner/Gassen*, DONot, 11. Aufl., 2. Teil „Elektronischer Rechtsverkehr“, Rdnr. 169). Nach der im Zeitpunkt der Amtshandlung geltenden Fassung des § 26 Satz 2 HRV konnte eine Zwischenverfügung ergehen, wenn eine Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister unvollständig war oder der Eintragung ein anderes Hindernis entgegenstand. Da die XML-Datei für die Registeranmeldung nicht maßgebend ist, entsteht für den Notar durch die Übermittlung einer XML-Datei auch kein besonderes Haftungsrisiko.

cc) Eine Betreuungsgebühr kann entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde auch nicht mit dem Beschluss des BGH vom 14.2.2012, II ZB 18/10 (ZIP 2012, 720) begründet werden. In dieser Entscheidung hat der Senat das Entstehen einer Betreuungsgebühr für die Erstellung einer Gesellschafterliste (§ 8 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG) durch den Notar nach der Rechtslage vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen vom 23.10.2008 (MoMiG; BGBl 2008 I, S. 2026) verneint und für die Zeit ab dem Inkrafttreten des MoMiG am 1.11.2008 eine andere Beurteilung erwogen (BGH, Beschluss vom 14.2.2012, II ZB 18/10, ZIP 2012, 720 Rdnr. 25). Das beruht darauf, dass § 40 Abs. 2 GmbHG unter den dortigen Voraussetzungen die gesetzliche Verpflichtung des Notars enthält, eine von ihm unterschriebene Gesellschafterliste, die nach § 16 GmbHG eine größere Bedeutung für den Rechtsverkehr erhalten hat, zum Handelsregister einzureichen. Damit ist der vorliegende Sachverhalt nicht vergleichbar. Er betrifft lediglich die Erstellung einer Datei mit strukturiert aufbereiteten Daten, die über die Erleichterung der Bearbeitung beim Registergericht hinaus keinerlei Bedeutung für den Rechtsverkehr hat und zu der keine Verpflichtung besteht. (...)

## Öffentliches Recht

18. BGB §§ 462, 242; BauGB §§ 11 Abs. 2 Satz 1; GG Art. 11 (*Vertragliche Verpflichtung zur Leistung einer Ausgleichszahlung durch den Erwerber eines Grundstücks im Sinne der Einheimischenförderung*)

1. **Unter Berücksichtigung des städtebaulichen Ziels der sog. Einheimischenförderung führt eine vereinbarte Bindungsdauer von bis zu 30 Jahren, während derer die Verkäuferin zum Wiederkauf bzw. zur Geltendmachung einer Ausgleichszahlung berechtigt ist, nicht zur Annahme einer unangemessenen Vertragsgestaltung und die fristgerechte Geltendmachung des Wiederkaufsrechts bzw. einer entsprechenden Ausgleichszahlung durch die Verkäuferin führt nicht zu einer unzumutbaren Belastung der Erwerber.**
2. **Dies gilt insbesondere, wenn das Wiederkaufsrecht nach den vertraglichen Regelungen bei einem Verkauf oder einer Übertragung durch die Erwerber an ihre Kinder oder Kindeskinde oder deren Ehegatten nicht eingreift, da den Erwerbern dadurch im Rahmen einer Nutzung des Objekts durch andere Familienmitglieder entsprechend flexible und ggf. auch mehr als eine Generation übergreifende Möglichkeiten offenstehen, die Ausübung des Wiederkaufsrechts bzw. die Geltendmachung einer Ausgleichszahlung durch die Verkäuferin zu vermeiden.**
3. **Erweist sich die vorgesehene Haltedauer des Anwesens aus Gründen aus der alleinigen Sphäre der Erwerber (wie z. B. Arbeitslosigkeit, Scheidung, Krankheit, Tod des Ehegatten) als undurchführbar, verwirklicht sich ein allgemeines Lebensrisiko der Erwerber, dem die Gemeinde als Verkäuferin nicht schon im Rahmen des Grundstückskaufvertrages Rechnung tragen muss.**
4. **Die besonderen persönlichen Umstände des jeweiligen Einzelfalles können jedoch im Rahmen der von der Gemeinde als Verkäuferin zu treffenden Ermessensentscheidung gemäß § 242 BGB dahingehend zu berücksichtigen sein, ob, wie und in welcher Höhe der Anspruch aus dem Wiederkaufsrecht geltend gemacht wird.**

OLG Düsseldorf, Urteil vom 19.6.2012, I-23 U 108/11

### Aus den Gründen:

Die zulässige Berufung der Beklagten ist begründet. Die Entscheidung des LG beruht auf einer Rechtsverletzung (§ 546 ZPO) und die nach § 529 ZPO zugrunde zu legenden Tatsachen rechtfertigen eine andere Entscheidung (§ 513 ZPO).

### I.

Den Klägern steht ein Anspruch gegen die Beklagte auf Rückzahlung der – unter Vorbehalt geleisteten – Ausgleichszahlung i. H. v. 16.961,86 € weder aus § 812 Abs. 1 BGB noch aus einer anderen Anspruchsgrundlage zu, da die Beklagte diese Ausgleichszahlung mit rechtl. Grund in Gestalt der wirksamen Vereinbarung zu § 3a des notariellen Kaufvertrages vom 5.8.1986 geltend gemacht und durch die Kläger erhalten hat.

1. Als Prüfungsmaßstab ist das nunmehr in § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB kodifizierte Gebot angemessener Vertragsgestaltung heranzuziehen (vgl. BGH, Urteil vom 29.11.2002, V ZR 105/02, NJW 2003, 888, dort Rdnr. 10). Obwohl Gemeinden mit der Bereitstellung von Bauland für ortsansässige

Bürger im Rahmen des sog. Einheimischenmodells eine öffentliche Aufgabe auf dem Gebiet des Städtebaurechts erfüllen, ist das zwischen den Parteien bestehende Vertragsverhältnis privatrechtlicher Natur. Die Regelungen unter § 3a des notariellen Vertrages, die der Absicherung der städtebaulichen Ziele der Beklagten dienen, geben dem Vertrag wegen ihres Zusammenhanges mit der Grundstücksveräußerung als Hauptgegenstand des Vertrages kein derartiges Gepräge, dass er – unbeschadet seiner sonstigen Regelungen – als öffentlichrechtlicher Vertrag anzusehen wäre (BGH, Urteil vom 29.11.2002, a. a. O., Rdnr. 11, 12, 14–20 m. w. N.). Die Zuordnung des Vertrages zum Privatrecht ändert nichts an der Maßgeblichkeit des Gebots angemessener Vertragsgestaltung. § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB (als Klarstellung und Absicherung der vor dessen Inkrafttreten geltenden Rechtslage) gilt als Ausformung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit für alle städtebaulichen Verträge unabhängig davon, ob sie als privatrechtlich oder als öffentlichrechtlich zu qualifizieren sind (BGH, Urteil vom 29.11.2002, a. a. O., Rdnr. 13)

2. Den Regeln des Angemessenheitsgebots i. S. v. § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB halten die Vereinbarungen in § 3a des notariellen Kaufvertrages vom 5.8.1986 stand.

a) Das von den Klägern zu § 3a des notariellen Kaufvertrages übernommene Wiederkaufsrecht der Beklagten stellt einen Teil der von ihnen für den Grundstückserwerb zu errichtenden Gegenleistung dar, der neben ihre Verpflichtung zur Kaufpreiszahlung trat. Damit sollte dem Umstand Rechnung getragen werden, dass die Beklagte den Klägern das Grundstück im Rahmen eines Einheimischenmodells zu einem unter dem Verkehrswert liegenden Preis veräußerte (220 DM pro qm statt 330 DM pro qm). Eine solche Veräußerung unter dem objektiven Verkehrswert ist den Gemeinden aus haushaltsrechtlichen Gründen wegen des Gebots der sparsamen Verwendung öffentlicher Mittel nur dann gestattet, wenn dies der Erfüllung legitimer öffentlicher Aufgaben – wie hier der Förderung des (Einheimischen-) Wohnungsbaus – dient und darüber hinaus die zweckentsprechende Mittelverwendung sichergestellt wird. Die Beklagte war daher nicht nur berechtigt, sondern vielmehr verpflichtet, für eine vertragliche Absicherung des – den verbilligten Grundstückskauf rechtfertigenden – Ziels der Einheimischenförderung Sorge zu tragen. Hierzu musste sie sicherstellen, dass die bevorzugten ortsansässigen Käufer die auf den Grundstücken zu errichtenden Eigenheime zumindest für einen bestimmten Zeitraum tatsächlich selbst nutzten und nicht auf Kosten der Allgemeinheit Spekulationsgewinne erzielten, indem sie das verbilligte Bauland vor Ablauf der vertraglichen Wiederkaufsfrist zum Verkehrswert weiterveräußerten. Dementsprechend sieht das zwischen den Parteien streitige Wiederkaufsrecht im Ergebnis vor, dass der volle Wert des Grundstücks den Käufern erst nach Ablauf einer Bindungsfrist zugutekommen soll. Diese Bindung, die der Preis für den verbilligten Erwerb der Grundstücke ist, stellt als solche keine unverhältnismäßige Belastung der Kläger dar. Mit ihr wurden vielmehr die rechtlichen Voraussetzungen für die Vergabe preisgünstigen Baulands überhaupt erst geschaffen. Zudem ist wegen der zeitlichen begrenzten Bindung eine Realisierung des vollen Grundstückswerts durch die Kläger als Käufer nicht ausgeschlossen, sondern lediglich bis zum Fristablauf aufgeschoben (BGH, Urteil vom 29.11.2002, a. a. O., Rdnr. 22 m. w. N.; BGH, Urteil vom 16.4.2010, V ZR 175/09, NJW 2010, 3505, dort Rdnr. 12 m. w. N.).

Die Beklagte durfte nach alledem grundsätzlich berücksichtigen, dass die Kläger durch den Verkauf des Grundstücks vor Fristablauf dessen vollen Verkehrswert realisieren und sich dadurch – in einer nach den Zielen der Einheimischenförde-

nung nicht zu vereinbarenden und daher sachlich nicht gerechtfertigten Weise – letztlich auf Kosten der Allgemeinheit bereichern würden (vgl. BGH, Urteil vom 30.9.2005, V ZR 37/05, NJW-RR 2006, 298, dort Rdnr. 10), wenn sie nicht ihr Wiederkaufsrecht bzw. einen entsprechenden Ausgleichsbeitrag geltend machen würde.

b) Unter Berücksichtigung des vorstehend beschriebenen städtebaulichen Ziels führt auch die vereinbarte Bindungsdauer von 30 Jahren, während derer die Beklagte als Verkäuferin zum Wiederkauf bzw. zur Geltendmachung einer Ausgleichszahlung berechtigt war, nicht zur Annahme einer unangemessenen Vertragsgestaltung und die fristgerechte Geltendmachung des Wiederkaufsrechts bzw. einer entsprechenden Ausgleichszahlung durch die Beklagte führt nicht zu einer unzumutbaren Belastung der Kläger. Soweit eine Bindungsfrist der Sicherung der mit der Bauleitplanung in zulässiger Weise verfolgten Ziele dient, kann sie jedenfalls und zumindest für einen der regelmäßigen Geltungsdauer eines Bebauungsplanes entsprechenden Zeitraum von etwa 15 Jahren wirksam vereinbart werden (vgl. BGH, Urteil vom 29.11.2002, a. a. O., Rdnr. 24 m. w. N.). Soweit eine Bindungsfrist der Sicherung der mit der Einheimischenförderung in zulässiger Weise verfolgten Ziele dient, kann sie – bei einer insoweit erfolgten Reduzierung des Grundstückskaufpreises gegenüber dem Verkehrswert von bis zu 30 % – jedenfalls für einen Zeitraum von bis zu 20 Jahren (vgl. BGH, Urteil vom 30.9.2005, a. a. O., dort Rdnr. 18) bzw. – unter Berücksichtigung der Dauer einer Generation (vgl. BGH, Urteil vom 21.7.2006, V ZR 252/05, NJW-RR 2006, 1452, dort Rdnr. 15/16 m. w. N.) – auch für den hier vereinbarten Zeitraum von 30 Jahren wirksam vereinbart werden (vgl. BGH, Urteil vom 16.4.2010, V ZR 175/09, NJW 2010, 3505, dort Rdnr. 16, 17 m. w. N.; BGH, Urteil vom 29.10.2010, V ZR 48/10, NJW 2011, 515, dort Rdnr. 18 m. w. N.; BGH, Urteil vom 20.5.2011, V ZR 76/10, NJW-RR 2011, 1582, dort Rdnr. 18, 20 m. w. N.).

aa) Unter Berücksichtigung der vorstehenden Grundsätze der Rechtsprechung des BGH ist die hier vereinbarte Frist von 30 Jahren, die als (Maximal-)Frist nach dem gesetzlichen Wortlaut des § 462 BGB bei Grundstücken ausdrücklich vorgesehen ist, auch deswegen nicht zu beanstanden, weil das Wiederkaufsrecht zu § 3a des notariellen Kaufvertrages bei einem Verkauf oder einer Übertragung durch die Kläger an ihre Kinder oder Kindeskinde oder deren Ehegatten nicht eingreift. Dadurch standen den Klägern hier im Rahmen einer Nutzung des Objekts durch andere Familienmitglieder (eigene Nachkommen, deren Nachkommen und jeweils deren Ehegatten) entsprechend flexible und ggf. auch mehr als eine Generation (bzw. einen entsprechenden Zeitraum von ca. 30 Jahren) übergreifende Möglichkeiten offen, die Ausübung des Wiederkaufsrechts durch die Beklagte bzw. die Geltendmachung einer Ausgleichszahlung durch die Beklagte auch bei einem eigenen Auszug aus dem Objekt innerhalb des für einen Zeitraum von 30 Jahren vertraglich vereinbarten Wiederkaufsrechts der Beklagten sicher zu vermeiden. Insoweit ist auch das erstmalige Berufungsvorbringen der Kläger und die Frage dessen Präklusion (§ 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO) nicht entscheidungserheblich, bei Bezug der Objekte im Baugebiet „H“ seien die Kinder der Erwerber durchschnittlich bereits fünf Jahre alt gewesen und diese seien bereits nach ca. 20 Jahren dort wieder ausgezogen.

bb) Grundrechte der Kläger als Subventionsempfänger, insbesondere deren Grundrecht auf Freizügigkeit (Art. 11 GG) werden durch die hier vereinbarte Dauer des Wiederkaufsrechts nicht beeinträchtigt. Es stand den Klägern frei, auch vor Ablauf von 30 Jahren jederzeit fortzuziehen. Dass sie in

diesem Fall – soweit das Objekt nicht durch Kinder, Kindeskinde oder deren Ehegatten weitergenutzt wurde – die unter der Bedingung der Selbstnutzung erhaltene Subvention zurückgewähren müssen, ist Folge ihrer Entscheidung, seinerzeit an dem Einheimischenmodell teilzunehmen statt ein Grundstück zu einem dann deutlich höheren Preis auf dem freien Markt zu erwerben (vgl. BGH, Urteil vom 16.4.2010, V ZR 175/09, NJW 2010, 3505, dort Rdnr. 15 m. w. N.).

cc) Die Dauer des Wiederkaufsrechts von 30 Jahren führt auch nicht zu einer unzumutbaren Belastung der Kläger im Sinne einer unangemessenen Einschränkung ihrer wirtschaftlichen Dispositionsfreiheit. Es hinderte die Kläger insbesondere nicht daran, das Grundstück zu einem Preis zu verkaufen, der in einem angemessenen Verhältnis zu den von ihnen erbrachten Leistungen stand. Da der Wiederkaufspreis für das Grundstück (bzw. der Abgeltungsbetrag) dem von den Klägern an die Beklagte gezahlten Kaufpreis zuzüglich einer am statistischen Lebenshaltungskostenindex orientierten Wertsteigerung entspricht, sind ihnen die für den Erwerb des Grundstücks aufgewendeten Mittel – insoweit abweichend von der Vermutung des § 456 Abs. 2 BGB – wertgesichert erhalten geblieben; die auf dem Grundstück befindlichen Bauten waren zudem zusätzlich nach ihrem Verkehrswert zu entschädigen (vgl. BGH, Urteil vom 30.9.2005, a. a. O., dort Rdnr. 19).

d) Die Vertragsklausel führt auch nicht deshalb zu einer unzumutbaren Belastung der Kläger, weil sie sich nach ihrer Darstellung aus gesundheitlichen Gründen des Klägers zu 1 von dem Anwesen trennen. Solche höchstpersönlichen Motive fallen ausschließlich in den Risikobereich der Erwerber. Erweist sich die vorgesehene Haltedauer des Anwesens aus Gründen aus der alleinigen Sphäre der Erwerber (wie z. B. Arbeitslosigkeit, Scheidung, Krankheit, Tod des Ehegatten) als undurchführbar, verwirklicht sich ein allgemeines Lebensrisiko der Erwerber, dem die Gemeinde nicht schon im Rahmen des Grundstückskaufvertrages Rechnung tragen muss (BGH, Urteil vom 29.11.2002, a. a. O., Rdnr. 25 m. w. N.).

e) Dies besagt jedoch nicht, dass die besonderen Umstände des jeweiligen Einzelfalles ohne jede Bedeutung wären. Vielmehr können sie im Rahmen der von der Gemeinde zu treffenden Ermessensentscheidung dahingehend zu berücksichtigen sein, ob und wie der Anspruch aus dem Wiederkaufsrecht bzw. der Anspruch auf Zahlung des Mehrerlöses überhaupt geltend gemacht wird. Auch im Bereich des Verwaltungsprivatrechts hat die Gemeinde nicht nur die Schranken von Treu und Glauben (§ 242 BGB) zu beachten, sondern ist weitergehenden Bindungen unterworfen, zu denen insbesondere die Einhaltung des Übermaßverbots gehört. Hierbei können auch die persönlichen Verhältnisse der betroffenen Bürger Bedeutung erlangen (vgl. BGH, Urteil vom 29.11.2002, a. a. O., Rdnr. 27 m. w. N.; vgl. auch BGH, Urteil vom 21.7.2006, V ZR 252/05, NJW-RR 2006, 1452, dort Rdnr. 10-12 m. w. N.; BGH, Urteil vom 16.4.2010, a. a. O., dort Rdnr. 18 m. w. N.).

Vorliegend ist die Beklagte bei Ausübung ihres Ermessens – auch mit Blick auf die angestrebte Einheimischenförderung – nicht gezwungen, den Interessen der Kläger noch weiter entgegenzukommen, als sie dies bereits mit der Ermäßigung des auf Basis eines Wiederkaufspreises von 220 DM/qm zzgl. Indexsteigerung bzw. dem Verkehrswert im Wiederkaufzeitpunkt von 290 €/qm ermittelten Ausgleichsbetrages von 23.230,92 € um 30,86 % auf 16.061,86 € getan hat, ohne dass die Kläger diesem Beklagtenvortrag in beiden Instanzen hinreichend entgegengetreten sind. Zudem machen die Kläger auch nicht geltend, aufgrund ihrer finanziellen Situation

nicht in der Lage zu sein, den an die Beklagte unter Vorbehalt gezahlten Betrag zur Ablösung des Wiederkaufrechts auch endgültig wirtschaftlich zu tragen.

(...)

## Steuerrecht

19. EStG § 6 Abs. 1 Nr. 5, § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, § 16 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, Abs. 2 Satz 1 und 2, § 17 Abs. 1; UmwG § 207; UmwStG 1995 §§ 3, 4 Abs. 4 und 6, § 5 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3, §§ 7, 13 Abs. 2 Satz 3, § 14; GG Art. 3 Abs. 1 (*Gewinn aus der Veräußerung des nach Formwechsel entstandenen Mitunternehmeranteils eines zuvor nicht wesentlich beteiligten Gesellschafters*)

**Die ursprünglichen Anschaffungskosten eines nicht wesentlich beteiligten Gesellschafters für den Erwerb der Gesellschaftsanteile einer GmbH mindern, nachdem die GmbH formwechselnd in eine Personengesellschaft umgewandelt worden ist, nicht den Gewinn aus einer späteren Veräußerung des Mitunternehmeranteils.**

BFH, Urteil vom 12.7.2012, IV R 39/09

Streitig ist die Höhe eines Veräußerungsgewinns im Sinne von § 16 EStG aus der Veräußerung einer Kommanditbeteiligung.

Die Beigeladenen zu 2 und 3, R und S, sowie HW – der verstorbene Ehemann der Beigeladenen zu 1, W erwarben in 1998 mit notariellen Kauf- und Abtretungsverträgen von dem sich auf 100.000 DM belaufenden und voll eingezahlten Stammkapital der X GmbH (im Folgenden GmbH) Gesellschaftsanteile von jeweils 3.000 DM zu Kaufpreisen i. H. v. je 100.000 DM. Die Gesellschaftsanteile hielten sie im Privatvermögen.

Mit notariellem Umwandlungsbeschluss vom 22.8.2000 beschlossen die Gesellschafter der GmbH (im Rahmen einer Gesellschafterversammlung) einstimmig, diese formwechselnd in eine Personengesellschaft, die X GmbH & Co. KG, die Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin), umzuwandeln (§§ 190 ff. UmwG).

Nach dem Umwandlungsbeschluss entsprachen die (Haft-)Einlagen der Beigeladenen wie auch der anderen Gesellschafter betragsmäßig ihren Stammeinlagen an der GmbH. Die Kapital- und Kommanditeinlagen sollten durch das den Gesellschaftern zuzurechnende Eigenkapital der GmbH gedeckt werden. Soweit das Eigenkapital der GmbH (gezeichnetes Kapital zuzüglich Kapital- und Gewinnrücklagen, Jahresüberschuss und Gewinnvortrag, abzüglich Jahresfehlbetrag und Verlustvortrag) die Summe der Kapitaleinlage der Komplementärin und der Kommanditeinlagen der Kommanditisten überstieg, wurde der überschießende Teil des Eigenkapitals den Darlehenskonten der Gesellschafter nach einem im Einzelnen festgelegten Maßstab gutgebracht. Im „Innenverhältnis“ sollte der Formwechsel zum 31.12.1999 (Umwandlungsstichtag = steuerlicher Übertragungsstichtag) als erfolgt gelten. Die GmbH setzte die übergehenden Wirtschaftsgüter in ihrer steuerlichen Schlussbilanz mit den Buchwerten an.

Für den im März 2002 verstorbenen Kommanditisten HW wurde seine Ehefrau, die Beigeladene zu 1 (W), Kommanditistin der Klägerin.

Die Beigeladenen veräußerten mit Wirkung zum 1.1.2004 ihre Kommanditbeteiligungen i. H. v. nominell je 3.000 DM für 25.000 € (Beigeladene W) bzw. jeweils 51.129,19 € (Beigeladene R und S). Die Forderungen bzw. Verbindlichkeiten aus den Darlehenskonten waren nicht Gegenstand der Veräußerung und von den Vertragsparteien auszugleichen.

In dem Bescheid für 2004 (Streitjahr) über die gesonderte und einheitliche Feststellung der Besteuerungsgrundlagen (im Weiteren Gewinnfeststellungsbescheid) stellte der Beklagte und Revisionsbeklagte (das Finanzamt – FA –) in Abweichung von der Feststellungserklärung der Klägerin für die zum 1.1.2004 ausgeschiedenen Gesellschafter – die Beigeladenen – aus der Veräußerung von deren Kommanditbeteiligungen Veräußerungsgewinne fest. Diese ermittelte das FA in der Weise, dass es von dem für die Veräußerung des Komman-

ditanteils vereinnahmten Kaufpreis die nominelle Beteiligung (= Wert des anteiligen Kapitalkontos) abzog.

Hiergegen wandte sich die Klägerin nach erfolglos gebliebenem Vorverfahren mit der Klage, mit der sie begehrte, die Veräußerungsgewinne der Beigeladenen R und S auf 0 DM und für die Beigeladene W als Rechtsnachfolgerin des HW einen Veräußerungsverlust i. H. v. 26.129,19 € festzustellen. Zur Begründung führte die Klägerin im Wesentlichen aus, dass die von den Beigeladenen getragenen Anschaffungskosten der Gesellschaftsanteile bei der Ermittlung des Veräußerungsgewinns bzw. des Veräußerungsverlustes zu berücksichtigen seien. Denn diese Anschaffungskosten seien im Rahmen der Umwandlung der GmbH auf die Klägerin nicht berücksichtigt worden, weil die Beigeladenen an der GmbH nicht wesentlich im Sinne des § 17 EStG in der im Jahr der Umwandlung geltenden Fassung beteiligt gewesen seien.

Die Klage hatte keinen Erfolg. Zur Begründung hat das FG im Wesentlichen ausgeführt, dass das FA die jeweiligen Veräußerungsgewinne gemäß § 16 Abs. 2 Satz 1 EStG der Höhe nach zutreffend ermittelt habe. Eine Berücksichtigung der früheren Aufwendungen für die Anschaffung der GmbH-Anteile komme nicht in Betracht. Dies ergebe sich aus dem eindeutigen Wortlaut des § 16 EStG und dem Fehlen einer entsprechenden Regelung im Umwandlungssteuergesetz in der im Jahr der Umwandlung geltenden Fassung (UmwStG 1995). Die Beigeladenen könnten den Veräußerungsgewinn auch nicht durch die Aufstellung einer Ergänzungsbilanz neutralisieren. Mit Ablauf der sechsmonatigen Spekulationsfrist nach § 23 EStG a. F. seien die Anschaffungskosten für die Gesellschaftsanteile endgültig verloren. Ein Verstoß gegen höherrangiges Recht, insbesondere Art. 3 GG, liege ebenfalls nicht vor. Die Ungleichbehandlung der Beigeladenen mit den Kommanditisten, die im Sinne des § 17 EStG wesentlich an der GmbH beteiligt gewesen seien, oder deren Beteiligung zum Betriebsvermögen gehört habe, sei sachlich gerechtfertigt. Denn solche Beteiligungen seien auch vor der Umwandlung der GmbH auf die Klägerin auf der Gesellschafterebene steuerstrickt gewesen.

Mit ihrer Revision rügt die Klägerin die Verletzung materiellen Rechts. Im Rahmen der Umwandlung der GmbH sei bei den Beigeladenen ein Übernahmeverlust entstanden, da die Anschaffungskosten der Beteiligung von je 100.000 DM (51.129,19 €) über den jeweiligen Übernahmewert von je 11.518 € (Wert des anteilig auf die Beigeladenen entfallenden Betriebsvermögens zum Umwandlungsstichtag) gelegen hätten. Die Übernahmeverluste seien aber weder bei den nicht wesentlich beteiligten Beigeladenen im Zeitpunkt der Umwandlung steuerlich berücksichtigt noch seien sie in einer Ergänzungsbilanz oder in ihrer Gesamthandsbilanz erfasst worden. Im Ergebnis würden die stillen Reserven, die bereits vom (ursprünglichen) Veräußerer der Gesellschaftsanteile nach § 17 EStG versteuert worden seien, noch einmal versteuert.

Der Einbeziehung der Anschaffungskosten in die Ermittlung eines eventuellen Veräußerungsgewinns stehe § 5 Abs. 2 Satz 2 i. V. m. § 7 UmwStG 1995 nicht entgegen. Aus dieser Regelung ergebe sich nur, dass die Anteile der Gesellschafter, die nicht wesentlich im Sinne des § 17 EStG an der umgewandelten GmbH beteiligt seien, in deren Privatvermögen gehalten würden. (...)

*Aus den Gründen:*

## II.

Die Revision ist unbegründet und daher gemäß § 126 Abs. 2 FGO zurückzuweisen.

Der angefochtene Gewinnfeststellungsbescheid ist rechtmäßig. Das FA hat zu Recht die ursprünglichen Anschaffungskosten der Beigeladenen für den Erwerb der Gesellschaftsanteile an der GmbH bei der Ermittlung des Gewinns aus der Veräußerung der Mitunternehmeranteile (Kommanditanteile) an der Klägerin nicht abgezogen.

1. Zu den Einkünften aus Gewerbebetrieb gehören auch Gewinne, die bei der Veräußerung des gesamten Anteils eines Gesellschafters erzielt werden, der als Mitunternehmer des Betriebes im Sinne des § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG anzusehen ist (§ 16 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG). Veräußerungsgewinn

ist in diesen Fällen gemäß § 16 Abs. 2 Satz 1 EStG der Betrag, um den der Veräußerungspreis nach Abzug der Veräußerungskosten den Wert des Anteils am Betriebsvermögen übersteigt. Maßgeblich ist daher die Differenz zwischen dem Ausschneidenden aus diesem Anlass zugewandten Leistungen und seinem Kapitalkonto (vgl. Beschluss des BFH vom 9.6.2004, IV B 167/03, BFH/NV 2004, 1526). Der Wert des Anteils am Betriebsvermögen (Kapitalkonto) ist für den Zeitpunkt des Ausscheidens nach § 4 Abs. 1 oder § 5 EStG zu ermitteln (§ 16 Abs. 2 Satz 2 EStG).

a) Dementsprechend ist von den an die Beigeladenen für die Übertragung ihrer Gesellschaftsanteile gezahlten Kaufpreisen i. H. v. 25.000 € (Beigeladene zu 1) bzw. je 51.129,19 € (Beigeladene zu 2 und 3) lediglich der Wert der anteiligen Kapitalkonten in zwischen den Beteiligten unstrittiger Höhe von jeweils 3.000 DM abzuziehen, da die Forderungen bzw. Verbindlichkeiten aus den ihnen des Weiteren zuzurechnenden variablen Darlehenskonten entsprechend den Bestimmungen in den notariellen Übertragungsverträgen aus Juni 2004 gesondert auszugleichen waren und, was zwischen den Beteiligten auch unstrittig ist, auch tatsächlich ausgeglichen wurden.

b) Die ursprünglichen Anschaffungskosten der Beigeladenen für den Erwerb der Gesellschaftsanteile an der formwechselnd umgewandelten GmbH sind bei der Ermittlung des Gewinns aus der Veräußerung der Mitunternehmeranteile (Kommanditanteile) an der Klägerin nicht abzuziehen (a. A. *Haritz*, BB 1996, 1409, 1414; *Schwetlik*, GmBHR 1998, 817, 823). Diese Anschaffungskosten haben nach den hier einschlägigen Vorschriften des UmwStG 1995 keinen Eingang in das anteilige Kapitalkonto der Beigeladenen bei der Personengesellschaft – hier der Klägerin – gefunden. Ebenso wenig können die Anschaffungskosten durch die Aufstellung einer positiven Ergänzungsbilanz berücksichtigt und bei der Veräußerung der Mitunternehmeranteile (Kommanditanteile) in Abzug gebracht werden (a. A. *Schultz*, DStR 1996, 854, 859; *Parczyk*, DStR 1997, 1195).

aa) Zwischen den Beteiligten ist unstrittig, dass die Beigeladenen im Zeitpunkt der formwechselnden Umwandlung der GmbH in die Personengesellschaft, die Klägerin, nicht wesentlich im Sinne des § 17 EStG beteiligt waren und die Beigeladenen die Anteile im Privatvermögen gehalten haben. Der Senat sieht insoweit von weiteren Ausführungen ab.

bb) Der nicht wesentlich beteiligte Gesellschafter, der seine Beteiligung an der umgewandelten Kapitalgesellschaft im Privatvermögen hält, nimmt nach § 4 Abs. 4 Satz 3 UmwStG 1995 nicht an der Ermittlung des Übernahmeergebnisses der Personengesellschaft teil. Der Wert seines Anteils an den Wirtschaftsgütern bleibt bei der Ermittlung des Übernahmeertrags oder des Übernahmeverlustes außer Ansatz. Ungeachtet dessen nimmt der nicht wesentlich beteiligte Gesellschafter insoweit an der formwechselnden Umwandlung teil, als er Gesellschafter der Personengesellschaft wird. Sein Anteil an der Personengesellschaft bestimmt das Kapitalkonto seines Mitunternehmeranteils zum steuerlichen Übertragungsstichtag. Werden die von der Kapitalgesellschaft übertragenen Wirtschaftsgüter bei der übernehmenden Personengesellschaft – wie vorliegend – mit dem Buchwert fortgeführt, bestimmt sich der Anteil des vormals nicht wesentlich beteiligten Gesellschafters an der Personengesellschaft nunmehr ausschließlich nach dem anteiligen Buchwert der (Mitunternehmer-)Beteiligung. Die ursprünglichen Anschaffungskosten der Beteiligung an der GmbH fließen mithin nicht in seinen Kapitalanteil ein. Auch eine Aufstockung des Buchwerts um einen etwaigen Übernahmeverlust gemäß § 4 Abs. 6

UmwStG 1995 kommt für den vormals nicht wesentlich beteiligten Gesellschafter der GmbH nicht in Betracht.

Insoweit ist der Klägerin zuzugeben, dass ein vormals nicht wesentlich beteiligter Gesellschafter bei der Veräußerung seines Mitunternehmeranteils auch die vor dem steuerlichen Übertragungsstichtag entstandenen stillen Reserven zu versteuern hat, die er, soweit sie auf den Zeitraum vor der Anschaffung der Gesellschaftsanteile (hier an der GmbH) entfallen, möglicherweise bereits im Rahmen dieser Anschaffung dem Veräußerer der Gesellschaftsanteile vergütet hatte.

cc) Gleichwohl können die ursprünglichen Anschaffungskosten für die nicht wesentliche Beteiligung an der GmbH nicht durch die Bildung einer Ergänzungsbilanz berücksichtigt und bei der Veräußerung des Mitunternehmeranteils abgezogen werden. Eine Ergänzungsbilanz ist sowohl nach dem Wortlaut als auch nach der Systematik und dem Zweck der Regelung der §§ 3 ff. UmwStG 1995 i. V. m. § 14 UmwStG 1995 ausgeschlossen.

(1) Gemäß § 4 Abs. 4 Satz 3 UmwStG 1995 bleibt der Wert der übergegangenen Wirtschaftsgüter bei der Ermittlung eines Übernahmeertrags oder eines Übernahmeverlustes außer Ansatz, soweit er auf Anteile an der übertragenden Körperschaft entfällt, die am steuerlichen Übertragungsstichtag nicht zum Betriebsvermögen der übernehmenden Personengesellschaft gehören. Die Aufstockung der Wirtschaftsgüter im Wege einer Ergänzungsbilanz ist gemäß § 4 Abs. 6 UmwStG 1995 nur für den Fall vorgesehen, dass ein Übernahmeverlust verbleibt. Ein Übernahmeverlust kann aber gemäß § 4 Abs. 4 Sätze 1 und 2 i. V. m. § 5 Abs. 2 und 3 UmwStG 1995 nur insoweit entstehen, als er auf bisher steuerverstrickte Anteile an der übertragenden Kapitalgesellschaft entfällt. Im Umkehrschluss folgt daraus, dass eine Ergänzungsbilanz nicht aufzustellen ist, soweit ein Übernahmeverlust auf bisher nicht steuerverstrickte Anteile an der übertragenden Kapitalgesellschaft entfällt.

(2) Die Bildung einer positiven Ergänzungsbilanz für den nicht wesentlich beteiligten Gesellschafter der Kapitalgesellschaft würde zudem dem erkennbaren Gesetzeszweck widersprechen. Ergänzungsbilanzen sind zu bilden, um Wertansätze in der Steuerbilanz (= Gesamthandsbilanz) der Personengesellschaft für den einzelnen Mitunternehmer zu korrigieren (vgl. zur Bildung einer Ergänzungsbilanz BFH, Urteil vom 18.2.1993, IV R 40/92, BFHE 171, 422, BStBl II 1994, S. 224 m. w. N.). Bezugsgröße sind einerseits das anteilige Eigenkapital an der Mitunternehmerschaft und andererseits die Anschaffungskosten bzw. die Tauschwerte der in die Mitunternehmerschaft eingebrachten Wirtschaftsgüter (*Hoffmann/Lüdenbach*, NWB Kommentar Bilanzierung, 3. Aufl., § 246 Rdnr. 376 ff.). Aufwendungen für den Erwerb der Beteiligung an der umgewandelten GmbH sind Anschaffungskosten der GmbH-Beteiligung. Die Aufwendungen können daher nicht auch noch als Anschaffungskosten für die neu entstandenen Kommanditanteile an der Personengesellschaft, hier der Klägerin, berücksichtigt werden. Die Bildung einer Ergänzungsbilanz käme im Streitfall daher nur in Betracht, wenn die formwechselnde Umwandlung als ein Anschaffungsvorgang in Form eines Tausches zu verstehen wäre. In diesem Fall wäre der gemeine Wert der „tauschweise“ hingegabenen GmbH-Anteile zum steuerlichen Übertragungsstichtag, soweit dieser den Betrag des übergehenden Kapitalkontos in der Steuerbilanz der Personengesellschaft überstiege, in einer steuerlichen Ergänzungsbilanz zu aktivieren. Nur soweit der gemeine Wert der GmbH-Anteile zum steuerlichen Übertragungsstichtag den ursprünglichen Anschaffungskosten der

GmbH-Anteile entsprochen hätte, wären Letztere weiterhin steuerlich relevant; denn ein bis zum Übertragungstichtag eingetretener Wertverlust der GmbH-Anteile wäre der steuerlich nicht relevanten Privatsphäre zuzuordnen.

Die formwechselnde Umwandlung basiert jedoch – insbesondere im Hinblick auf den nicht wesentlich beteiligten Anteilseigner – nicht auf der Annahme eines Anschaffungsvorgangs; ihr liegt vielmehr der Gedanke der privilegierten Liquidationsbesteuerung zugrunde. So hat der nicht wesentlich beteiligte Gesellschafter gemäß § 7 UmwStG 1995 das anteilige verwendbare Eigenkapital mit Ausnahme des EK 04, also die offenen Reserven, einschließlich der anzurechnenden Körperschaftsteuer (Körperschaftsteuerguthaben) als Einkünfte aus Kapitalvermögen zu versteuern. Der nicht wesentlich Beteiligte wird mithin, so auch ausdrücklich die Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 12/6885, S. 19), im Ergebnis derselben Rechtsfolge unterworfen, die § 20 Abs. 1 Nr. 1 und 2 EStG für die Fälle der Liquidation einer Kapitalgesellschaft enthält. Der Grundsatz der Buchwertfortführung in §§ 3 ff. UmwStG 1995 führt allerdings dazu, dass nur die offenen Reserven und nicht auch die stillen Reserven als Einkünfte aus Kapitalvermögen zugerechnet werden. Gleichwohl wollte der Gesetzgeber nicht auf die Besteuerung der stillen Reserven verzichten. Nach der Gesetzesbegründung hat der nicht wesentlich beteiligte Anteilseigner als Mitunternehmer die stillen Reserven erst zu versteuern, wenn sie bei der übernehmenden Personengesellschaft aufgelöst werden (BT-Drucks. 12/6885, S. 19). Daraus folgt aber zugleich, dass die Besteuerung der im Buchwert nicht repräsentierten und im Zuge der Umwandlung nicht aufgedeckten stillen Reserven, auf die im Fall einer Liquidation zu gemeinen Werten zugegriffen würde, nicht durch die Bildung einer Ergänzungsbilanz unterlaufen werden darf.

c) Die ursprünglichen Anschaffungskosten der Beigeladenen können auch nicht gemäß § 6 Abs. 1 Nr. 5 EStG berücksichtigt werden. Diese Regelung ist auf den vorliegenden Sachverhalt weder unmittelbar noch analog anwendbar.

§ 6 Abs. 1 Nr. 5 EStG setzt als Bewertungsvorschrift die Einlage eines Wirtschaftsgutes in das Betriebsvermögen, hier der Klägerin, voraus. Die nicht wesentlich an der GmbH beteiligten Beigeladenen haben ihre Kapitalbeteiligung aber nicht in das Gesellschaftsvermögen der Klägerin eingelegt. Mit der Eintragung des Umwandlungsbeschlusses in das Handelsregister sind die Beigeladenen vielmehr kraft Gesetzes an dem neuen Rechtsträger, hier der Klägerin, beteiligt (§ 202 Abs. 1 Nr. 2 UmwG). Allein der Umstand, dass die ehemals nicht steuerverstrickte Kapitalbeteiligung der Beigeladenen durch den Formwechsel zu einer steuerverstrickten Mitunternehmerbeteiligung erstarkt ist, rechtfertigt nicht die Annahme, dass die Beteiligung in das Betriebsvermögen der Klägerin eingelegt worden ist.

Eine analoge Anwendung des § 6 Abs. 1 Nr. 5 EStG scheidet schon deshalb aus, weil es an einer planwidrigen Regelungslücke fehlt. Gemäß § 5 Abs. 2 UmwStG 1995 gelten zum Zwecke der Ermittlung des Übernahmegewinns die Anteile an der übertragenden Kapitalgesellschaft im Sinne des § 17 EStG, die am Übertragungstichtag nicht zum Betriebsvermögen gehörten, als in das Betriebsvermögen der neuen Personengesellschaft mit den Anschaffungskosten eingelegt. Aus dieser Regelungsfiktion folgt zum einen, dass der Gesetzgeber im Zusammenhang mit der formwechselnden Umwandlung grundsätzlich nicht von einer Einlage der Anteile an der übertragenden Kapitalgesellschaft ausgeht, und zum anderen, dass er die Annahme einer „fiktiven“ Einlage nur auf die bisher steuerverstrickte Kapitalbeteiligung und nicht auch auf

die bisher nicht steuerverstrickte Kapitalbeteiligung der nicht wesentlich beteiligten Anteilseigner erstrecken wollte.

d) Ein anderes Ergebnis lässt sich auch nicht aus der Regelung des § 13 Abs. 2 Satz 3 UmwStG 1995 ableiten (so aber *Börst* in *Haritz/Menner*, Umwandlungsteuergesetz, 3. Aufl., § 7 Rdnr. 53, und wohl auch *Crezelius*, DB 1997, 195, 199). Diese Vorschrift erfasst den Fall, dass anlässlich einer Verschmelzung bislang nicht wesentliche Beteiligungen bei der übertragenden Kapitalgesellschaft zu wesentlichen im Sinne des § 17 Abs. 1 EStG bei der übernehmenden Kapitalgesellschaft werden. Für diese Anteile gilt der gemeine Wert am steuerlichen Übertragungstichtag als Anschaffungskosten. Mit dieser Regelung wollte der Gesetzgeber klarstellen, dass die in der Zeit der Nicht-Verstrickung angesammelten stillen Reserven nicht in die Besteuerung einbezogen werden. Diese Wertung kann indes nicht auf den vorliegenden Fall einer formwechselnden Umwandlung übertragen werden. Der Verschmelzung oder Vermögensübertragung gemäß §§ 11 ff. UmwStG 1995 liegt nämlich – jedenfalls im Hinblick auf den nicht wesentlich beteiligten Anteilseigner – der Gedanke eines Anteilstausches und damit einer Anschaffung zugrunde. Entsprechend der Bewertungsregelung in § 6 Abs. 6 EStG sind daher die nunmehr steuerverstrickten Anteile durch den Verschmelzungsvorgang vom nunmehr wesentlich beteiligten Anteilseigner angeschafft worden und daher mit dem gemeinen Wert zu bewerten. Diese Anschaffungskosten sind im Fall einer Veräußerung der neuen Beteiligung nach § 17 Abs. 2 EStG gewinnmindernd zu berücksichtigen. Demgegenüber liegt der formwechselnden Umwandlung, wie dargelegt (II.1. b cc (2)), der Gedanke der Liquidationsbesteuerung zugrunde.

e) Die Nichtberücksichtigung der ursprünglichen Anschaffungskosten eines nicht wesentlich beteiligten Gesellschafters begegnet auch keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, insbesondere liegt insoweit kein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG vor.

Zwar wird die Gruppe der nicht wesentlich beteiligten Anteilseigner gegenüber der Gruppe der Anteilseigner, deren Kapitalbeteiligung steuerverstrickt war, insoweit ungleich behandelt, als bei Letzteren die Anschaffungskosten der Kapitalbeteiligung durch den Ansatz des Buchwerts bzw. der Einlagefiktion bei der Ermittlung des Übernahmegewinns bzw. -verlustes nach § 4 Abs. 4 und 6, § 5 Abs. 2 und 3 UmwStG 1995 berücksichtigt werden. Soweit sich danach ein Übernahmeverlust ergibt, ist dieser auf die im Buchwert bzw. den Anschaffungskosten enthaltenen gekauften stillen Reserven zurückzuführen (s. auch BT-Drucks. 12/6885, S. 18). Ein Übernahmeverlust wird sodann – gekürzt um die anzurechnende Körperschaftsteuer – durch die Aufstockung der Wirtschaftsgüter in den Ergänzungsbilanzen der vormals wesentlich im Sinne des § 17 EStG beteiligten Gesellschafter steuerlich berücksichtigt (§ 4 Abs. 5 und 6 UmwStG 1995). Diese unterschiedliche Behandlung ist jedoch zum einen dadurch gerechtfertigt, dass die Beteiligungen bereits vor dem Formwechsel steuerverstrickt waren, und zum anderen dadurch, dass auch nur für diese Gesellschafter ein Übernahmegewinn gemäß § 4 Abs. 4 UmwStG 1995 festgestellt werden kann. Des Weiteren kann nicht unberücksichtigt bleiben, dass die von der Klägerin gerügte Ungleichbehandlung letztlich Folge des noch von den Gesellschaftern der formwechselnden Kapitalgesellschaft gewählten Buchwertansatzes der übergehenden Wirtschaftsgüter in deren steuerlichen Schlussbilanz ist. Dem haben ersichtlich auch die Beigeladenen zugestimmt. Den mit dem Formwechsel verbundenen steuerlichen Rechtsfolgen hätten die Beigeladenen zudem ausweichen können, indem sie dem Umwandlungsbeschluss gemäß § 207 UmwG

widersprochen und gegen eine angemessene Abfindung ihre Kapitalbeteiligung vor dem erfolgten Formwechsel an den formwechselnden Rechtsträger, hier die GmbH, hätten veräußern können. In diesem Fall hätten sie die in den Kapitalanteilen enthaltenen stillen Reserven steuerfrei realisieren können. Alternativ hätten sie neben dem in § 207 UmwG eingeräumten Widerspruchsrecht die Möglichkeit gehabt, die Anteile an der GmbH vor deren Umwandlung „freihändig“ zu veräußern und sodann die Mitunternehmeranteile an der formwechselnden errichteten KG zurück zu erwerben (vgl. dazu die Rechtsprechung zur Realisierung von Spekulationsverlusten bei der Veräußerung von Wertpapieren BFH, Urteil vom 25.8.2009, IX R 60/07, BFHE 226, 252, BStBl II 2009, S. 999, und zur Anteilsrotation BFH, Urteil vom 7.12.2010, IX R 40/09, BFHE 232, 1, BStBl II 2011, S. 427). Soweit die Anschaffungskosten das anteilige Kapital bei der Mitunternehmerschaft überstiegen hätten, wäre der Differenzbetrag in einer positiven Ergänzungsbilanz zu erfassen gewesen.

Insbesondere unter Berücksichtigung der zivilrechtlich nicht zwingenden Mitwirkung der Beigeladenen an der durchgeführten Umwandlung und der bestehenden Möglichkeit einer Ausweichgestaltung wäre auch ein im Einzelfall etwa vorliegender Verstoß gegen das Prinzip der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit nicht von einem derartigen Gewicht, dass er zur Verfassungswidrigkeit der hier einschlägigen Regelungen des UmwStG 1995 führen oder eine verfassungskonforme, erweiternde Normauslegung erforderlich machen könnte (vgl. insoweit Beschluss des BVerfG vom 17.11.2009, 1 BvR 2192/05, BVerfGE 125, 1, BFH/NV 2010, 803).

(...)

#### Anmerkung:

1. Die vorliegende Entscheidung beendet die bisherigen Streitfrage, ob ein Gewinn aus der Veräußerung von Mitunternehmeranteilen nach formwechselnder Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft auch insoweit steuerpflichtig ist, als er auf vor der Umwandlung gebildete stille Reserven entfällt und der Gesellschafter vor der Umwandlung eine nicht wesentliche Beteiligung an der Kapitalgesellschaft im Privatvermögen gehalten hat. Während die Finanzverwaltung in den Umwandlungsteuererlass zum UmwStG 1995 den gesamten Veräußerungsgewinn als steuerpflichtig erachtete,<sup>1</sup> wird dies in der Literatur als benachteiligend für den nicht wesentlich privat Beteiligten angesehen. So werden in der Literatur folgende, in der Entscheidung diskutierte Lösungsansätze angeboten, um die Steuerpflicht auf den die ursprünglichen Anschaffungskosten übersteigenden Veräußerungserlös zu begrenzen:

a) durch Bildung einer Ergänzungsbilanz für den zuvor nicht wesentlich privat beteiligten Anteilseigner bei der Personengesellschaft, in der die Buchwerte der auf ihn entfallenden Wirtschaftsgüter auf die von ihm getragenen anteiligen Anschaffungskosten aufgestockt werden. Durch die steuerliche Gesamtbetrachtung von Gesamthand- und Ergänzungsbilanz erhöht sich durch die Aufstockung der Kapitalanteil des Gesellschafters und es reduziert sich somit der Veräußerungsgewinn aus einer späteren Veräußerung.

b) durch (analoge) Anwendung der Bewertungsvorschrift des § 6 Abs. 1 Nr. 5 EStG zur Berücksichtigung der ursprünglichen Anschaffungskosten.

c) durch analoge Anwendung des § 13 Abs. 2 Satz 2 UmwStG.<sup>2</sup> Diese Regelung betrifft die Verschmelzung zweier Kapitalgesellschaften und regelt insbesondere den Fall, dass im Rahmen der Verschmelzung an die Stelle einer wesentlichen Beteiligung eine nicht wesentliche tritt oder umgekehrt. Die gewährte Beteiligung tritt für die Frage der steuerlichen Verstrickung an die Stelle der Beteiligung an der übertragenden Gesellschaft. Unter analoger Anwendung auf die formwechselnde Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft würde so die Beteiligung eines vormals nicht wesentlichen privat Beteiligten in einen nicht steuerverstrickten Teil (die stillen Reserven vor Umwandlung betreffend) und in einen steuerverstrickten Teil aufgeteilt werden.

2. Der entschiedene Fall verdeutlicht anschaulich die Benachteiligung des nicht wesentlich privat beteiligten Anteilseigners.

a) Die Geschäftsanteile zu jeweils nominell 3.000 DM des insgesamt 100.000 DM betragenden Stammkapitals wurden im Jahr 1998 zu einem Kaufpreis i. H. v. 100.000 DM erworben. Die Anteile waren unter Geltung des § 17 EStG in der bis zum 31.12.1998 geltenden Fassung (mehr als 25 %) und in der bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung (mehr als 10 %) nicht wesentliche im Privatvermögen gehaltene Anteile, die nach Ablauf der Spekulationsfrist des § 23 Abs. 1 Nr. 2 EStG a. F. steuerfrei veräußert werden konnten. Bei einem Verkauf der Anteile im Vorfeld der Umwandlung wären also sämtliche stillen Reserven, insbesondere auch die nach dem Erwerb gebildeten, steuerfrei gewesen. Dies ist die eine Seite der Benachteiligung.

b) Die andere Seite der Benachteiligung ist, dass die im Rahmen des Erwerbs vorhandenen stillen Reserven nach der Umwandlung ebenfalls versteuert werden müssen, obwohl sie im Rahmen des Kaufpreises entgeltlich erworben wurden. Bei wesentlichen Anteilen im Sinne des § 17 EStG oder Anteilen im Betriebsvermögen wird dies dadurch vermieden, dass diese gemäß § 5 Abs. 2 UmwSt in das Vermögen der aufnehmenden Personengesellschaft zum Buchwert bzw. Anschaffungskosten eingelegt gelten. Diese Anteilseigner nehmen sodann bei der Berechnung des Übernahmeergebnisses des § 4 Abs. 4 UmwStG insofern Teil, als der auf den Anteilseigner entfallende Wert des auf die Personengesellschaft übergegangenen Vermögens mit dem Buchwert bzw. der Anschaffungskosten der fiktiv eingelegten Anteile verglichen wird. Hat der Anteilseigner durch den Kauf stiller Reserven höhere Anschaffungskosten als der Wert der anteiligen übergehenden Wirtschaftsgüter, erzielt er einen Veräußerungsverlust. Ein Veräußerungsverlust entsteht insbesondere dann, wenn die übernehmende Personengesellschaft die Wirtschaftsgüter mit dem Buchwert ansetzt. Dieser Verlust kann im Rahmen des § 4 Abs. 6 UmwStG dadurch berücksichtigt werden, als er die vom Anteilseigner im Rahmen der Umwandlung gemäß § 7 UmwStG zu versteuernden offenen Rücklagen (soweit solche vorhanden sind)<sup>3</sup> mindert.

Eine solche Verlustanrechnung ist einem nicht wesentlich privat beteiligten Anteilseigner verwehrt.

<sup>1</sup> Tz. 05.11 des Umwandlungsteuererlasses vom 25.3.1998 (BStBl I 1998, S. 268). Eine entsprechende Aussage findet sich im Umwandlungsteuererlass vom 11.11.2011 (BStBl I 2011, S. 1314) nicht mehr. Es ist aber auch keine Stellungnahme enthalten, ob die in der Kapitalgesellschaft gebildeten stillen Reserven steuerfrei sein sollen.

<sup>2</sup> § 13 Abs. 3 Satz 2 UmwStG 1995.

<sup>3</sup> Verfügt die übertragende oder formwechselnde Kapitalgesellschaft über keine oder nicht ausreichende offene Reserven, scheidet in diesen Fällen auch bei wesentlich privat beteiligten Anteilseignern sowie bei Anteilseignern, die ihre Beteiligung im Betriebsvermögen halten, mangels Anrechnungsgrundlage eine Verlustanrechnung aus.

3. Die Bedeutung der Entscheidung für aktuelle Sachverhalte ist aus zweierlei Gründen gemindert. Zum einen wurde seit dem Veranlagungszeitraum 2002 die Wesentlichkeitsschwelle des § 17 Abs. 1 Satz 1 EStG von 10 % ohne Übergangsregelung auf 1 % gesenkt. Die bis zum Veranlagungszeitraum 2001 zwischen 1 % und unter 10 % beteiligten Anteilseigner nehmen daher mittlerweile bei Umwandlungsvorgängen an der Einlagefiktion des § 5 Abs. 2 UmwStG n. F. teil. Zum anderen sieht nunmehr § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG auf für den nicht wesentlich privat an einer Kapitalgesellschaft Beteiligten unabhängig vom Besitzzeitraum eine Besteuerung des Veräußerungsgewinnes vor. Dadurch ist die vorstehend in Ziffer 2 lit. a) erwähnte Benachteiligung entfallen. Freilich ist zu beachten, dass diese Veräußerungsteuer nur für Anteile gilt, die nach dem 31.12.2008 erworben wurden, § 52a Abs. 10 Satz 1 EStG. Für Altanteile besteht die Benachteiligung fort.

4. Sollen die ursprünglichen Anschaffungskosten bei einer Umwandlung zur Vermeidung der vorstehend in Ziffer 2. lit. b) aufgezeigten Benachteiligung berücksichtigt werden, kann dies nur durch eine Ausweichgestaltung erreicht werden.

a) Der BFH erwähnt selbst in Rdnr. 31 der besprochenen Entscheidung die Möglichkeit, dem Umwandlungsbeschluss gemäß § 207 UmwG mit der Folge der steuerfreien Veräußerung der Beteiligung zu widersprechen oder die Beteiligung vor der Umwandlung steuerfrei freihändig zu veräußern. Dies hätte allerdings für den nicht wesentlich privat beteiligten Gesellschafter das Ausscheiden aus der Gesellschaft zur Folge. Bieten ihm die verbleibenden Gesellschafter nicht eine seiner bisherigen Beteiligung entsprechende neue Beteiligung an der Personengesellschaft an, verliert er seine Beteiligung. Diese Ausweichgestaltung funktioniert also nur dann, wenn die weiteren Gesellschafter auch „mitspielen“. Es ist daher vor diesem Hintergrund bemerkenswert, dass der BFH diese Ausweichgestaltung als verfassungsrechtliche Rechtfertigung heranzieht.

b) Eine andere, vom BFH nicht erwähnte, Ausweichgestaltung bestünde darin, die Gesellschaftsanteile vor der Umwandlung in ein Betriebsvermögen einzulegen.<sup>4</sup> Dadurch würden die Anteile an der Einlagefiktion des § 5 Abs. 3 UmwStG teilnehmen. Ein Übernahmeverlust könnte ohne Wartezeit<sup>5</sup> berücksichtigt werden.

5. Für den notariellen Bereich gibt die Entscheidung zusätzlich Anlass, die Behandlung des die Kapitaleinlage am Zielrechtsträger übersteigenden Werts des übertragenen Vermögens zu reflektieren. Im entschiedenen Fall wurden den Gesellschaftern bei der formgewechselten Kommanditgesellschaft Kapitalanteile entsprechend ihrer Stammeinlagen gewährt. Da der Buchwert des übertragenen Vermögens diese Kapitalanteile überstieg, wurde der übersteigende Betrag den Darlehenskonten der Gesellschafter gutgeschrieben.

Unter Geltung des § 3 Abs. 2 Nr. 3 UmwStG nach Inkrafttreten des SStEG<sup>6</sup> darf das übergehende Vermögen bei der übertragenden Kapitalgesellschaft auf Antrag nur dann zu Buchwerten angesetzt werden, wenn den Anteilsinhabern entweder keine Gegenleistung gewährt wird oder diese in Gesell-

schaftsrechten besteht. Werden den Gesellschaftern weitere Gegenleistungen gewährt, die nicht in Gesellschaftsrechten bestehen, ist insoweit ein Buchwertansatz unzulässig. Als solche weitere Gegenleistung wird insbesondere die Gewährung eines Darlehens angesehen.<sup>7</sup> Soll der übersteigende Betrag auf einem Darlehenskonto des Gesellschafter gutgeschrieben werden, muss jedoch differenziert werden. Zunächst ist allein die Bezeichnung des Kontos für die Versagung des Buchwertansatzes nicht ausreichend. Es muss vielmehr auf die Ausgestaltung des Kontos abgestellt werden. Bei Ausgestaltung als variables Kapitalkonto des Gesellschafter ist die Gutschrift Teil der gewährten Gesellschaftsrechte. Bei Ausgestaltung als reines Darlehenskonto ist die Gutschrift weitere Gegenleistung. Abgrenzungskriterium pro Kapitalkonto ist insbesondere, ob auf dem Gesellschafterkonto auch Verluste gebucht werden.<sup>8</sup>

Will man Abgrenzungsrisiken vermeiden, empfiehlt sich die Buchung auf einer gesamthänderisch gebundenen Kapitalrücklage.

Notar Jochen Stelzer, Neu-Ulm

<sup>7</sup> H. M., vgl. BMF, Umwandlungssteuererlass vom 11.11.2011, Rdnr. 03.21; Schmitt in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG/UmwStG, 5. Aufl., § 3 UmwStG Rdnr. 109.

<sup>8</sup> Näher hierzu BMF vom 30.05.1997 (BStBl I, S. 627).

20. ErbStG § 3 Abs. 1 Nr. 1, § 9 Abs. 1 Nr. 1, § 10 Abs. 3, 5; AO § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 (*Geltendmachung des Pflichtteils nach Tod des Verpflichteten durch dessen Alleinerben*)

**Ist der Pflichtteilsberechtigte der Alleinerbe des Verpflichteten, so bleibt trotz des zivilrechtlichen Erlöschens des Pflichtteilsanspruchs erbschaftsteuerrechtlich sein Recht zur Geltendmachung des Pflichtteils als Folge der Regelung in § 10 Abs. 3 ErbStG bestehen. Erklärt der Berechtigte in einem solchen Fall gegenüber dem Finanzamt, er mache den Anspruch geltend, ist dies erbschaftsteuerrechtlich unabhängig davon zu berücksichtigen, ob der Verpflichtete damit rechnen musste, den Anspruch zu Lebzeiten erfüllen zu müssen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Pflichtteilsanspruch im Zeitpunkt der Mitteilung an das Finanzamt noch nicht verjährt ist.**

BFH, Urteil vom 19.2.2013, II R 47/11

Der im Jahr 2003 verstorbene Vater (V) der Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin) wurde von seiner Ehefrau, der Mutter (M) der Klägerin, aufgrund eines sog. Berliner Testaments allein beerbt. Erbschaftsteuer war für diesen Erwerb von Todes wegen nicht festzusetzen, weil die der M zustehenden Freibeträge (§§ 16 und 17 des Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetzes in der unter anderem für die Jahre 2003 und 2004 geltenden Fassung – ErbStG –) nicht überschritten waren. Die Klägerin ist die Alleinerbin der im August 2004 verstorbenen M.

Der Beklagte und Revisionsbeklagte (das Finanzamt – FA) setzte die Erbschaftsteuer gegen die Klägerin durch den unter dem Vorbehalt der Nachprüfung (§ 164 Abs. 1 Satz 1 AO) ergangenen Bescheid vom 25.2.2005 fest, ohne den der Klägerin wegen der Enterbung durch V gemäß § 2303 Abs. 1 BGB zustehenden Pflichtteilsanspruch als Nachlassverbindlichkeit abzuziehen.

Mit Schreiben vom 5.4.2005 teilte die Klägerin dem FA mit, sie mache als Tochter des V ihren Pflichtteil geltend, da sie durch das Testament ihrer Eltern von der Erbfolge nach V ausgeschlossen gewesen sei. Der Pflichtteilsanspruch sei noch nicht verjährt. Sie bitte um entsprechende Reduzierung des auf sie übergegangenen Nachlasses der M.

Das FA folgte diesem Begehren weder im Änderungsbescheid vom 22.9.2005 noch in der Einspruchsentscheidung vom 10.9.2007, in der

<sup>4</sup> Widmann in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, § 7 UmwStG, Rdnr. 126, m. w. N.

<sup>5</sup> Eine Wartezeit besteht bei Anteilen i. S. d. § 17 EStG. Bei solchen kann ein Übernahmeverlust gemäß § 4 Abs. 5 Satz 6 UmwStG i. V. m. § 17 Abs. 2 Satz 6 EStG nur berücksichtigt werden, wenn diese nicht innerhalb der letzten fünf Jahre erworben worden sind.

<sup>6</sup> Gesetz über steuerliche Begleitmaßnahmen zur Einführung der Europäischen Gesellschaft und zur Änderung weiterer steuerlicher Vorschriften (SStEG) vom 7.12.2006 (BGBl I, S. 2782).

es die Erbschaftsteuer ausgehend von einem steuerpflichtigen Erwerb von 556.165 € vor Abrundung (§ 10 Abs. 1 Satz 5 ErbStG) auf 98.850 € festsetzte.

Das FG wies die Klage mit der Begründung ab, der sich auf 70.536 € belaufende Pflichtteilsanspruch der Klägerin sei nicht als Nachlassverbindlichkeit abziehbar. Es sei nicht feststellbar, dass die Klägerin den Anspruch gegenüber M im Sinne von § 10 Abs. 5 Nr. 2 ErbStG geltend gemacht habe und er für M deshalb eine wirtschaftliche Belastung dargestellt habe. Der Erklärung der Klägerin im Schreiben vom 5.4.2005, sie mache den Pflichtteil geltend, komme keine Bedeutung zu.

Mit der Revision bringt die Klägerin vor, sie habe den Pflichtteil mit dem Schreiben vom 5.4.2005 gegenüber dem Finanzamt wirksam geltend gemacht. Der Pflichtteilsanspruch sei daher bei der Festsetzung der Erbschaftsteuer für ihren Erwerb als Alleinerbin der M als Nachlassverbindlichkeit abzuziehen.

Die Klägerin beantragt, die Vorentscheidung aufzuheben und die Erbschaftsteuer unter Änderung des Erbschaftsteuerbescheids vom 22.9.2005 in Gestalt der Einspruchsentscheidung vom 10.9.2007 in der Weise festzusetzen, dass der Pflichtteilsanspruch von 70.536 € als weitere Nachlassverbindlichkeit berücksichtigt wird.

Das FA beantragt, die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

*Aus den Gründen:*

## II.

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der Vorentscheidung und zur antragsgemäßen Herabsetzung der Erbschaftsteuer (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FGO). Das FG hat zu Unrecht angenommen, dass der Pflichtteilsanspruch der Klägerin nicht als Nachlassverbindlichkeit abziehbar sei.

1. Zu den nach § 10 Abs. 1 Satz 2 ErbStG abzugsfähigen Nachlassverbindlichkeiten gehören gemäß § 10 Abs. 5 Nr. 2 ErbStG unter anderem Verbindlichkeiten aus geltend gemachten Pflichtteilen (§§ 2303 ff. BGB). Damit übereinstimmend gilt ein Pflichtteilsanspruch gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG erst dann als Erwerb von Todes wegen, wenn er geltend gemacht wird.

a) Dem bloßen Entstehen des Anspruchs auf einen Pflichtteil mit dem Erbfall (§ 2317 Abs. 1 BGB) kommt erbschaftsteuerrechtlich noch keine Bedeutung zu, und zwar sowohl gegenüber dem Berechtigten als auch gegenüber dem Verpflichteten. Dieses zeitliche Hinausschieben der erbschaftsteuerrechtlichen Folgen eines Pflichtteilsanspruchs ist im Interesse des Berechtigten geschehen und soll ausschließen, dass bei ihm auch dann Erbschaftsteuer anfällt, wenn er seinen Anspruch zunächst oder dauerhaft nicht erhebt (BFH, Urteil vom 7.10.1998, II R 52/96, BFHE 187, 50, BStBl II 1999, S. 23; BFH, Urteil vom 19.7.2006, II R 1/05, BFHE 213, 122, BStBl II 2006, S. 718, und FG München, Urteil vom 31.3.2010, II R 22/09, BFHE 229, 374, BStBl II 2010, S. 806 Rdnr. 11).

b) Die „Geltendmachung“ des Pflichtteilsanspruchs besteht in dem ernstlichen Verlangen auf Erfüllung des Anspruchs gegenüber dem Erben. Der Berechtigte muss seinen Entschluss, die Erfüllung des Anspruchs zu verlangen, in geeigneter Weise bekunden (BFHE 213, 122, BStBl II 2006, S. 718). Ist dies geschehen, entsteht die Erbschaftsteuer für den Erwerb des Pflichtteilsanspruchs (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG) nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 b ErbStG mit dem Zeitpunkt der Geltendmachung. Hinsichtlich des Abzugs des Pflichtteils als Nachlassverbindlichkeit wirkt dessen Geltendmachung hingegen auf den Zeitpunkt der Entstehung der Steuer gegenüber dem Erben, also auf den Zeitpunkt des Todes des Erblassers (§ 9 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG) zurück, stellt also ein rückwirkendes Ereignis im Sinne des § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO dar. Nachlassverbindlichkeiten können nicht isoliert, sondern nur im Rahmen der Festsetzung der Erbschaftsteuer berücksichtigt werden.

c) Verstirbt der Pflichtteilsverpflichtete seinerseits, bevor der Pflichtteilsanspruch durch Erfüllung (§ 362 Abs. 1 BGB) oder aus anderen Gründen, etwa aufgrund eines Erlassvertrags (§ 397 Abs. 1 BGB), erloschen ist, geht die Verbindlichkeit gemäß §§ 1922, 1967 Abs. 1 BGB zivilrechtlich auf dessen Erben über, ohne dass es auf die vorherige Geltendmachung des Anspruchs ankommt. Die Verpflichtung zur Zahlung des Pflichtteils stellt dabei abweichend vom Zivilrecht erbschaftsteuerrechtlich nur dann eine vom Pflichtteilsverpflichteten als Erblasser herrührende Schuld und somit eine gemäß § 10 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. Abs. 5 Nr. 1 ErbStG abziehbare Nachlassverbindlichkeit dar, wenn der Pflichtteilsberechtigte den Pflichtteilsanspruch zu Lebzeiten des Verpflichteten geltend gemacht hatte oder ihn nunmehr geltend macht. So kann etwa der Berechtigte, der den Verpflichteten nicht beerbt, den Pflichtteil gegenüber dessen Erben geltend machen.

Geschieht dies vor der Verjährung des Anspruchs (§§ 195, 202 Abs. 2 BGB, früher § 2332 Abs. 1 BGB, vgl. dazu Art. 229 § 23 EGBGB), so gilt der Pflichtteilsanspruch gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG als Erwerb des Pflichtteilsberechtigten von Todes wegen. Der Erbe des Verpflichteten kann dann die Verbindlichkeit aus dem geltend gemachten Pflichtteilsanspruch gemäß § 10 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. Abs. 5 Nr. 1 ErbStG als Nachlassverbindlichkeit abziehen.

Dies gilt auch dann, wenn der ursprüngliche Verpflichtete nicht damit rechnen musste, den Pflichtteilsanspruch zu Lebzeiten erfüllen zu müssen, und deshalb durch diesen nicht wirtschaftlich belastet war; denn die Geltendmachung des Pflichtteils wirkt, wie bereits dargelegt, hinsichtlich dessen Abzugs als Nachlassverbindlichkeit auf den Eintritt des ursprünglichen Erbfalls (hier: Tod des V) zurück. Der BFH hat bereits mit Urteil vom 2.3.2011, II R 5/09 (BFH/NV 2011, S. 1147 Rdnr. 87) auf die eingeschränkte Bedeutung des Kriteriums der wirtschaftlichen Belastung des Erblassers für den Abzug von Nachlassverbindlichkeiten hingewiesen.

Welche Folgen sich ergeben, wenn der Berechtigte den Pflichtteil erst nach dessen Verjährung gegenüber dem Erben des ursprünglichen Verpflichteten geltend macht und dieser den Anspruch trotz der Verjährung erfüllt, kann in der vorliegenden Streitsache dahingestellt bleiben.

d) Ist der Pflichtteilsberechtigte der Alleinerbe des Verpflichteten, so erlöschen sowohl der Pflichtteilsanspruch als auch die entsprechende Verbindlichkeit des ursprünglichen Erben durch die Vereinigung von Forderung und Schuld in einer Person (Konfusion, vgl. dazu z. B. BGH, Urteil vom 23.4.2009, IX ZR 19/08, NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht 2009, S. 1059 Rdnr. 19 f.; BFH, Urteil vom 7.3.2006, VII R 12/05, BFHE 212, 388, BStBl II 2006, S. 584). Zivilrechtlich kann die Erfüllung des Anspruchs dann im Regelfall nicht mehr verlangt werden. Nur in bestimmten Ausnahmefällen gelten die infolge des Erbfalls durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit erloschenen Rechtsverhältnisse zivilrechtlich als nicht erloschen, so bei Nachlassverwaltung und Nachlassinsolvenzverfahren (§ 1976 BGB) sowie bei der Erhebung der Dürftigkeitseinrede (§ 1991 Abs. 2 BGB).

Das Erbschaftsteuerrecht folgt hinsichtlich der Konfusion nicht der zivilrechtlichen Beurteilung. Vielmehr gelten die infolge des Erbanfalls durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit oder von Recht und Belastung erloschenen Rechtsverhältnisse gemäß § 10 Abs. 3 ErbStG als nicht erloschen. Diese Fiktion umfasst auch das Recht des Pflichtteilsberechtigten, der der Alleinerbe des Pflichtteilsverpflichteten ist, die Geltendmachung des Pflichtteils fiktiv nachzuholen. Gibt der Pflichtteilsberechtigte dem zuständigen Finanzamt

gegenüber vor der Verjährung des Pflichtteilsanspruchs eine entsprechende Erklärung ab, hat es diese zu berücksichtigen und sowohl hinsichtlich der Besteuerung des Erwerbs des Pflichtteils gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG als auch hinsichtlich des Abzugs der Pflichtteilsschuld als Nachlassverbindlichkeit die sich hieraus unter Berücksichtigung der jeweils maßgebenden Freibeträge ergebenden steuerrechtlichen Folgerungen zu ziehen (ebenso *Troll/Gebel/Jülicher*, ErbStG, § 3 Rdnr. 232, § 10 Rdnr. 98, 183; *Viskorf/Knobel/Schuck*, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, Bewertungsgesetz, 4. Aufl., § 10 ErbStG Rdnr. 85; *Christoffel/Geckle/Pahlke*, ErbStG, 1. Aufl. 1998, § 10 Rdnr. 61; *Muscheler*, ZEV 2001, 377, 381 f.; *Moench*, DStR 1987, 139, 144; *Hardt*, ZEV 2004, 408; a. A. FG München, Beschluss vom 27.7.1990, 10 V 3806/89, EFG 1991, 199; *Geck* in *Kapp/Ebeling*, § 10 ErbStG Rdnr. 78; *Tetens* in *Rödl/Preißer* u. a., Erbschaft- und Schenkungsteuer, 2009, § 10 Kap. 6.3.3; *Högl* in *Gürsching/Stenger*, Bewertungsrecht, § 10 ErbStG Rdnr. 57).

Wie zu entscheiden ist, wenn der Pflichtteilsanspruch bereits beim Tod des Verpflichteten oder bei der fiktiven Nachholung der Geltendmachung des Pflichtteils durch Erklärung gegenüber dem Finanzamt verjährt war, kann im vorliegenden Fall auf sich beruhen (vgl. dazu einerseits BFH, Beschluss vom 15.5.2009, II B 155/08, BFH/NV 2009, S. 1441; FG München, Urteil vom 7.10.1992, 4 K 5239/89, Umsatzsteuer- und Verkehrssteuer-Recht 1993, 55, und FG München, Urteil vom 24.7.2002, 4 K 1286/00, EFG 2002, 1625; FG München, Beschluss vom 30.11.2006, 4 V 4323/06, EFG 2007, 369; *Weinmann* in *Moench/Weinmann*, § 10 ErbStG Rdnr. 67; andererseits *Gebel*, a. a. O., § 3 Rdnr. 232, § 10 Rdnr. 98, 183; *Muscheler*, ZEV 2001, 377, 383 f.).

2. Der der Klägerin wegen der Enterbung durch V zustehende Pflichtteilsanspruch ist danach unabhängig davon, ob ihn die Klägerin bereits gegenüber M geltend gemacht hatte und ob M damit rechnen musste, den Anspruch zu Lebzeiten erfüllen zu müssen, als Nachlassverbindlichkeit bei der Festsetzung der Erbschaftsteuer für den Erwerb der Klägerin als Erbin der M abzuziehen. Die Klägerin hat vor der Verjährung des Pflichtteilsanspruchs gegenüber dem Finanzamt erklärt, sie mache ihn geltend, und damit die Geltendmachung mit für das Steuerrecht verbindlicher Wirkung fiktiv nachgeholt.

Daraus ergibt sich folgende Steuerberechnung:

Steuerpflichtiger Erwerb vor Abrundung bisher 556.165 €

./. Pflichtteil 70.536 €

steuerpflichtiger Erwerb vor Abrundung 485.629 €

steuerpflichtiger Erwerb nach Abrundung 485.600 €

Steuersatz gemäß § 19 Abs. 1 ErbStG: 15 %

festzusetzende Erbschaftsteuer 72.840 €.

### Anmerkung:

Das Urteil hat einen praxistypischen Versuch zum Gegenstand, erbschaftsteuerliche Nachteile eines sog. „Berliner Testaments“ abzumildern, und bringt Klarheit zu einigen bislang umstrittenen Frage der Erbschaftsbesteuerung von Pflichtteilsansprüchen.

### 1. Pflichtteilsansprüche als erbschaftsteuerliches Gestaltungsmittel

Der Sachverhalt ist in seiner Grundstruktur klassisch: Vater und Mutter hatten sich gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt. Der Vater verstirbt und die enterbte Tochter hält pflichtteilsrechtlich still. Ein Jahr nach dem Vater verstirbt auch die Mutter, die von dieser Tochter allein beerbt wird. Es verwirklichen sich die

typischen erbschaftsteuerrechtlichen Nachteile der Testamentsgestaltung der Ehegatten und Eltern, so dass beinahe 100.000 € Erbschaftsteuer bei der Tochter anfallen. Diese überlegt, wie sie ihre Erbschaftsteuerlast reduzieren kann.

Ein wichtiges Mittel zur „Korrektur“ erbschaftsteuerrechtlicher Nachteile eines Berliner Testaments ist die Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen der Kinder nach dem Erstverstorbenen. Die Erbschaftsbesteuerung des Pflichtteilsanspruchs setzt nämlich nicht bei dessen zivilrechtlicher Entstehung mit Eintritt des Erbfalls, § 2317 Abs. 1 BGB, sondern bei dessen Geltendmachung an, § 3 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 4, § 9 Abs. 1 Nr. 1b ErbStG. Geltendmachung liegt vor, sobald der Pflichtteilsberechtigte seinen Entschluss, die Erfüllung des Pflichtteils ernstlich zu verlangen, in geeigneter Weise bekundet (vgl. Ziffer 1b).<sup>1</sup> Grund für das Abstellen auf die Geltendmachung ist, dass der Pflichtteilsberechtigte stets in seiner Entscheidung darüber frei sein soll, ob und inwieweit er seinen Pflichtteilsanspruch durchsetzen will oder nicht. Zur Erhaltung der Entscheidungsfreiheit und gewissermaßen als Ersatz für das (zivilrechtlich) nicht vorhandene Ausschlagungsrecht des Pflichtteilsberechtigten ist konsequenterweise der Verzicht auf die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 11 ErbStG steuerbefreit, sofern und soweit für diesen Verzicht keine Abfindung geleistet wird, § 3 Abs. 2 Nr. 4 ErbStG.<sup>2</sup> Die Geltendmachung führt zu einem Erwerb von Todes wegen der Kinder nach dem Erstverstorbenen, § 3 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 4 ErbStG. Der längerlebende Ehegatte als Erbe kann diese Forderungen aus einem geltend gemachten Pflichtteilsanspruch als Nachlassverbindlichkeit von seinem Erwerb abziehen, § 10 Abs. 5 Nr. 2 ErbStG. Das mindert seine Steuerlast, wohingegen der Erwerb der Kinder von deren – bislang nicht genutzten – Freibeträgen (§ 16 ErbStG) aufgefangen, jedenfalls aber abgedeckt wird. Die Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen bietet mithin interessante Gestaltungsmöglichkeiten nach Eintritt des Erbfalls.

### 2. Geltendmachung trotz Konfusion

Die Besonderheiten des hier entschiedenen Falles lagen darin, dass der längerlebende Elternteil verstarb, bevor die Tochter ihren – noch nicht verjährten – Pflichtteilsanspruch nach dem Erstverstorbenen geltend gemacht hatte, sowie darin, dass die Tochter als Pflichtteilsberechtigte ihre Mutter als Pflichtteilsverpflichtete allein beerbte, was zivilrechtlich zum Erlöschen des Pflichtteilsanspruchs durch Konfusion führte. Für gerade diese Fallkonstellation war bislang aber umstritten, ob der gegen den längerlebenden Elternteil bestehende Pflichtteilsanspruch nach dessen Tod erbschaftsteuerrelevant geltend gemacht werden könne.<sup>3</sup> Dies wurde vor allem mit der Begründung abgelehnt, der geltend zu machende Anspruch sei ja bereits erloschen und es fehle gewissermaßen an einem tauglichen Gegenüber für die Geltendmachung.<sup>4</sup>

Der BFH entscheidet den Fall hingegen zutreffend unter Rückgriff auf § 10 Abs. 3 ErbStG (Ziffer 1d). Diese Norm bestimmt, dass die infolge des Anfalls durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit zivilrechtlich erloschenen Rechtsverhältnisse als nicht erloschen gelten. Hieraus zieht das

<sup>1</sup> *Troll/Gebel/Jülicher*, ErbStG, (Kommentar, Loseblatt, Stand Januar 2013), § 3 Rdnr. 226.

<sup>2</sup> Instruktiv zum Ganzen *Crezelius*, ZErB 2002, 142; *Muscheler*, ZEV 2001, 377.

<sup>3</sup> Vgl. hierzu die in Ziffer 1d des Urteils genannten Fundstellen; anschaulich *Muscheler*, ZEV 2001, 377, 381 ff. m. w. N.

<sup>4</sup> So insbesondere FG München, Urteil vom 27.7.1990, 10 V 3806/89, EFG 1991, 199, und vom 7.10.1992, 4 K 5239/89, UVR 1993, 55 m. w. N.; a. A. *Troll/Gebel/Jülicher*, § 3 Rdnr. 232, und *Muscheler*, ZEV 2001, 377, 381 ff., beide m. w. N.

Gericht für den konkreten Fall folgende Schlüsse: Wenn das ErbStG den Pflichtteilsanspruch trotz Konfusion als fortbestehend fingiert, muss der Pflichtteilsanspruch auch nach dem Tod des Pflichtteilsverpflichteten im erbschaftsteuerrechtlichen Sinne geltend gemacht werden können. Der BFH lässt die Geltendmachung auch nicht daran scheitern, dass mit der Mutter der eigentlich „zuständige Erklärungsempfänger“ bereits verstorben ist. Nach der Diktion des BFH ist „die Geltendmachung des Pflichtteils fiktiv nachzuholen“, und zwar durch Erklärung gegenüber dem zuständigen Finanzamt. Diese fiktive Geltendmachung soll dieselben, oben beschriebenen erbschaftsteuerrechtlichen Wirkungen haben wie die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs gegenüber dem Pflichtteilsverpflichteten. Im entschiedenen Fall führt dies dazu, dass die Tochter den Wert ihres Pflichtteilsanspruchs nach dem Vater gemäß § 10 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. Abs. 5 Nr. 1 ErbStG als Nachlassverbindlichkeit beim Erwerb von Todes wegen nach ihrer Mutter abziehen kann, und damit zu einer Erbschaftsteuerersparnis von immerhin 26.000 € (allerdings bei den Steuersätzen vor dem ErbStRG); die Abmilderung durch den auch hier einschlägigen § 27 ErbStG wäre wie meist in Fällen wie diesem geringer ausgefallen.

### 3. „Wirtschaftliche Belastung“

Für den konkreten Fall geht der BFH – anders als die Vorinstanz – weiter davon aus, dass dies auch gelte, wenn die pflichtteilsverpflichtete Mutter „nicht damit rechnen musste, den Pflichtteilsanspruch zu Lebzeiten erfüllen zu müssen, und deshalb durch diesen nicht wirtschaftlich belastet war“ (Ziffer 1c, dritter Absatz). Diese Sichtweise war nicht unbedingt zu erwarten. Der BFH hatte nämlich immer wieder entschieden<sup>5</sup>, dass der Abzug von Nachlassverbindlichkeiten und damit insbesondere auch von Pflichtteilsverbindlichkeiten bei der Berechnung der Bemessungsgrundlage der Erbschaftsteuer voraussetze, dass die Verbindlichkeit den Erblasser im Todeszeitpunkt „wirtschaftlich belastet habe“. An der „wirtschaftlichen Belastung“ soll es vor allem fehlen, wenn der Erblasser als Schuldner mit der Erfüllung dieser Verbindlichkeiten nicht ernsthaft rechnen musste. Dieses Tatbestandsmerkmal findet zwar im ErbStG keinerlei Stütze, wird aber – basierend auf zwei Grundlagenentscheidungen des RFH und von der Literatur kaum hinterfragt – vom BFH gerne als Korrektiv für die im Erbschaftsteuerrecht eigentlich maßgebliche Zivilrechtssituation herangezogen, um Nachlassverbindlichkeiten bei der Ermittlung der erbschaftsteuerrechtlichen Bemessungsgrundlage auszuklammern, deren Abziehbarkeit als unbillig empfunden wird.<sup>6</sup> Wie so oft führt auch dieses ungeschriebene Tatbestandsmerkmal letztlich zu reinen Einzelfallentscheidungen mit der zwingend daraus folgenden Rechtsunsicherheit, wie das hier besprochene Urteil belegt. Der BFH sieht sich daher immer wieder zu einschränkenden Aussagen über die eigentliche Bedeutung der „wirtschaftlichen Belastung“ gezwungen,<sup>7</sup> so auch hier: Die Mutter sei zwar nicht „wirtschaftlich belastet“ gewesen, das sei aber nicht entscheidend, denn – so der BFH – die Geltendmachung wirke „hinsichtlich

des Abzugs des Pflichtteils als Nachlassverbindlichkeit (...) auf den Zeitpunkt der Entstehung der Steuer gegenüber dem Erben [hier: der Mutter], also auf den Zeitpunkt des Todes des Erblassers [hier: des Vaters] zurück“. (Ziffer 1c, dritter Absatz). Nun ja. Das reichlich unscharfe Kriterium der „wirtschaftlichen Belastung“ bleibt letztlich kaum greifbar und damit unbefriedigend.

### 4. Mögliche Auswirkungen einer Verjährung

Im konkreten Fall konnte der BFH offen lassen, ob bei Verjährung des Pflichtteilsanspruchs zum Zeitpunkt des Todes der pflichtteilsverpflichteten Mutter ebenso zu entscheiden gewesen wäre. Er weist indes selbst auf einen eigenen (Nichtzulassungs-)Beschluss<sup>8</sup> hin (Ziffer 1d dritter Absatz), der einen Sachverhalt genau wie hier zum Gegenstand hatte mit der Ausnahme, dass der Pflichtteilsanspruch des Berechtigten und Alleinerben zum Zeitpunkt des Todes des Verpflichteten bereits verjährt war. Die Anerkennung der Abziehbarkeit der Pflichtteilslast scheiterte hier im Ergebnis zwar in erster Linie an nicht erfolgter Geltendmachung des Pflichtteils; gerade in der Zusammenschau mit dem hier besprochenen Urteil scheint indes wohl auch der Tatsache der Verjährung entscheidende Bedeutung zugekommen zu sein. Denn wegen der bereits eingetretenen Verjährung konnte hier der Erblasser als Schuldner davon ausgehen, den Pflichtteilsanspruch nicht mehr erfüllen zu müssen (§ 214 BGB), war also nicht „wirtschaftlich belastet“. Im Ergebnis wird der Gestalter also von Folgendem auszugehen haben: Die Verjährung des Pflichtteilsanspruchs schließt dessen erbschaftsteuerrechtlich anzuerkennende Geltendmachung zwar nicht zwingend aus. So wird man von einer erbschaftsteuerrelevanten Geltendmachung insbesondere dann ausgehen müssen, wenn der pflichtteilsverpflichtete trotz Verjährung leistet.<sup>9</sup> Verstirbt allerdings der Schuldner eines verjäherten Pflichtteilsanspruchs vor Geltendmachung, wird sich die erbschaftsteuerrechtliche Anerkennung einer nach dem Ableben erfolgten Geltendmachung schwierig gestalten. Insbesondere ist eher zweifelhaft, ob auch eine solche Geltendmachung nach Ansicht des BFH auf den Erbfall des Erstverstorbenen „zurückwirkt“ und damit eine „wirtschaftliche Belastung“ des Zweitverstorbenen entbehrlich macht.<sup>10</sup>

### 5. Ausblick

Im Ergebnis bringt das hier besprochene Urteil immerhin Klarheit zur konkret behandelten Sachverhaltskonstellation. Es könnte zudem Pate für die Lösung einer anderen, für die notarielle Praxis durchaus interessanten erbschaftsteuerrechtlichen Frage stehen: Kann der Schenker, der sich am verschenkten Vermögensgegenstand ein Rückforderungsrecht für den Fall des Vorversterbens des Beschenkten vorbehalten hatte und diesen nunmehr alleine beerbt, diesen Vermögensgegenstand im Sinne von § 29 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG zurückfordern, obgleich der (bedingte) Rückforderungsanspruch wegen Konfusion erloschen ist?<sup>11</sup> Bei konsequenter Anwendung von § 10 Abs. 3 ErbStG gemäß den hier behandelten Vorgaben ist diese Frage zu bejahen;<sup>12</sup> ein entsprechendes Gestaltungsrecht wäre gegenüber dem zuständigen Finanzamt auszuüben.

Notar Dr. Benedikt Selbherr, Weilheim i. OB

<sup>5</sup> So besonders prominent aus jüngerer Zeit BFH, Urteil vom 27.6.2007, II R 30/05, BStBl II 2007, S. 651 (hier hatten die Kinder die Pflichtteilsansprüche gegen den längerlebenden Elternteil gestundet!), oder auch der bereits genannte Beschluss vom 15.5.2009, II B 155/08, BFHNV 2009, 141.

<sup>6</sup> Vgl. hierzu z. B. BFH, Urteil vom 11.4.1975, III R 93/72, BStBl II 1975, S. 657, 659, und BFH, Urteil vom 27.1.1999, II R 81/96, BFH/NV 1999, S. 913; zum Kriterium der „wirtschaftlichen Belastung“ zu Recht sehr kritisch Schuck in FS Spiegelberger, 2009, S. 409 passim.

<sup>7</sup> Hierzu sei beispielsweise hingewiesen auf die Begründungsvermerkungen des BFH in den Tz. 81-90 seines Urteils vom 2.3.2011, II R 5/09, BFH/NV 2011, S. 1147.

<sup>8</sup> BFH, Urteil vom 15.9.2009, II B 155/08, NV 2009, S. 1441.

<sup>9</sup> Troll/Gebel/Jülicher, ErbStG, § 3 Rdnr. 232, § 10 Rdnr. 183.

<sup>10</sup> Ablehnend z. B. FG München vom 7.10.1992, 4 K 5239/89, UVR 1993, 55.

<sup>11</sup> Vgl. z. B. Reimann, ZEV 2010, 174, 176 m. w. N.

<sup>12</sup> Ebenso Troll/Gebel/Jülicher, ErbStG, § 29 Rdnr. 59 m. w. N.; a. A. jedoch Troll/Gebel/Jülicher, ErbStG, § 10, Rdnr. 98.

## HINWEISE FÜR DIE PRAXIS

### Bürgermeisterdienstbarkeiten und Grundbuch

Zur Einsparung von Notarkosten werden häufig Dienstbarkeiten von Kommunen an ihrem Grundbesitz (z. B. Stromleitungsrechte, Wasser- und Kanalleitungsrechte) lediglich mit Unterschrift des Bürgermeisters und Beidrückung des Dienstsiegels bestellt. Der Erklärung ist meist eine Kopie der Geschäftsordnung der Gemeinde beigelegt, nach der der Bürgermeister in Grundstücksangelegenheiten bis zu einer bestimmten Wertgrenze zur Vertretung der Kommune berechtigt ist, wenn dadurch grundsätzliche Rechte der Gemeinde nicht gefährdet werden. Ein Gemeinderatsbeschluss wird meist nicht eingeholt. Die Mustergeschäftsordnung sieht vor, dass zu den Aufgaben des ersten Bürgermeisters, die dieser in eigener Zuständigkeit erledigt, insbesondere auch Handlungen jeder Art mit Auswirkungen für die Gemeinde gehören („Handlungen ... jeder Art mit Auswirkungen für die Gemeinde, insbesondere der Abschluss von Verträgen und sonstiger Rechtsgeschäfte sowie die Wahrnehmung von Rechten und Pflichten der Gemeinde, bis zu einer Wertgrenze von ... Euro“; vgl. *Busse/Keller*, Taschenbuch für Gemeinde- und Stadträte in Bayern, 3. Aufl. 2008, S. 285, 292).

Der erste Bürgermeister vertritt die Gemeinde zwar nach außen (Art. 38 Abs. 1 GO). In Bayern muss er jedoch seine Kompetenzen beachten. Falls er nicht eigenständig zur Entscheidung befugt ist, hat er einen Beschluss des Gemeinderats und eines zuständigen Ausschusses herbeizuführen. Art. 38 GO gibt ihm kein allumfassendes gesetzliches Vertretungsrecht. Ohne Entscheidung des Gemeinderats oder eines beschließenden Ausschusses handelt er in zivilrechtlicher Diktion somit als Vertreter ohne Vertretungsmacht (*Busse/Keller*, Taschenbuch für Gemeinde- und Stadträte in Bayern, 3. Aufl. 2008, S. 66; *Knemeyer*, Bayerisches Kommunalrecht, 12. Aufl. 2007, Rdnr. 256; krit. und einschränkend nunmehr zu Recht *Bauer/Böhle/Ecker*, Bayerische Kommunalgesetze, Stand: September 2012, Art. 38 Rdnr. 4). Grundsätzlich soll im Zweifel eine Vermutung für die Zuständigkeit des Gemeinderats sprechen (BayObLG, BayVBl 1973, 133; BayObLG, BayVBl 1974, 706/707).

Durch die Geschäftsordnung kann der Gemeinderat dem ersten Bürgermeister Angelegenheiten zur selbstständigen Erledigung übertragen (Art. 37 Abs. 2 Satz 1 GO; zur Rechtsnatur vgl. *Lissack*, Bayerisches Kommunalrecht, 3. Aufl. 2009, § 5 Rdnr. 10). Jede Übertragung muss in der Geschäftsordnung (Art. 45 GO) festgelegt werden. Erfolgt die Übertragung von Grundstücksgeschäften bis zu einer bestimmten Wertgrenze oder bis zu einer Grenze mit der Einschränkung, dass dadurch die Rechte der Gemeinde nicht beeinträchtigt werden dürfen, stellt sich für das Grundbuchamt das Problem, wie dies im Grundbuchverfahren überwacht werden kann. Hinsichtlich der bloßen Wertgrenze genügt nicht, dass eine bloße Wertangabe gemacht wird. Wertangaben erfolgen nämlich häufig zur (versuchten) Einsparung

von Kosten wesentlich geringer, als der Wert der betreffenden Grundstücksbelastung ist. Dies ist in der grundbuchrechtlichen Praxis vor allem von Wertangaben für Mobilfunkanlagen hinlänglich bekannt. Auch Wertangaben der Gemeinde bei von ihr bestellten Dienstbarkeiten können vom Grundbuchamt nicht ungeprüft übernommen werden. Allerdings hat das Grundbuchamt auch keine Möglichkeit, eigenständig den Wert einer Grundstücksbelastung festzustellen, wenn dies nicht von vornherein offenkundig ist.

Noch komplizierter wird es, wenn eine Einschränkung in der Geschäftsordnung dahingehend erfolgt, dass auch unterhalb der angegebenen Wertgrenze das Geschäft keine erheblichen Verpflichtungen für die Gemeinde erwarten lassen darf. Diese und entsprechende Formulierungen lehnen sich an Art. 37 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GO an, wonach der erste Bürgermeister in eigener Zuständigkeit die laufenden Angelegenheiten erledigt, die für die Gemeinde keine grundsätzliche Bedeutung haben und keine erheblichen Verpflichtungen erwarten lassen. Es handelt sich dabei um unbestimmte Rechtsbegriffe. Ihre Feststellung liegt nicht im Ermessen des handelnden ersten Bürgermeisters (BayVGH, BayVBl 2005, 405; *Bauer/Böhle/Ecker*, Bayerische Kommunalgesetze, Stand: September 2012, Art. 37 Rdnr. 4). Gemeint ist damit die „tägliche Routinearbeit“, die es nicht erfordert, dass sich das Kollegialorgan mit ihr befasst (*Knemeyer*, Bayerisches Kommunalrecht, 12. Aufl. 2007, Rdnr. 246). Deshalb sind mit den Geschäften, die für die Gemeinde keine grundsätzliche Bedeutung haben und keine erheblichen Verpflichtungen erwarten lassen, die früheren einfachen Geschäfte der laufenden Verwaltung gemeint (*Knemeyer*, Bayerisches Kommunalrecht, 12. Aufl. 2007, Rdnr. 247; vgl. BGHZ 178, 192). Dies ist vom Standpunkt der Gemeinde aus zu beurteilen. Wenn der Gemeinderat hierzu keine Kompetenzrichtlinie erlässt, ergibt sich für das Grundbuchamt wiederum das Problem, dass es unbestimmte Rechtsbegriffe auslegen soll. Eine zeitlich unbeschränkte Belastung einer Immobilie der Kommune dürfte im Regelfall zudem nicht unter den Begriff des „Alltagsgeschäfts“ zu subsumieren sein (vgl. *Ruff*, KommJur 2009, 201 ff. zur Beschlussfassung).

Die vorstehende Problematik betrifft nicht nur die Grundbuchämter, sondern auch die Notare, wenn nicht siegelführende Zweckverbände entsprechende Erklärungen vom Verbandsvorsitzenden unterzeichnen und dessen Unterschrift unter Beifügung einer Geschäftsordnung mit den vorstehend erörterten Regelungen notariell beglaubigen lassen. Der Notar kann die kommunale Körperschaft darauf hinweisen, dass das Grundbuchamt einen Beschluss der Verbandsversammlung fordern kann. Bei unentgeltlichen Dienstbarkeitsbestellungen müssen die kommunalen Körperschaften zudem Art. 75 Abs. 3 GO beachten.

Notar Prof. Dr. Dr. Herbert *Grziwotz*, Regen/Zwiesel

## STANDESNAHRICHTEN

### Personaländerungen

#### 1. Ehrungen/Ehrenämter:

Notar Dr. Andreas Albrecht, Regensburg, wurde am 22.2.2013 das Verdienstkreuz am Bande des Verdienstordens der Bundesrepublik Deutschland verliehen

#### 2. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung zum 1.5.2013:

Notar Dr. Florian Meininghaus, Bamberg (Geschäftsführer der Landesnotarkammer Bayern)

Mit Wirkung zum 1.6.2013:

Notar Hans-Peter Holderbach, Würzburg

Mit Wirkung zum 1.7.2013:

Notar Dr. Claus Gastroph, München

Mit Wirkung zum 1.8.2013:

Notar Dr. Manfred Schmied, München

#### 3. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung zum 1.5.2013:

Bamberg dem Notarassessor  
Dr. Florian Meininghaus  
(Geschäftsführer der Landesnotarkammer Bayern)

Bamberg der Notarassessorin  
Dr. Bernadette Bord  
(bisher in München  
Landesnotarkammer Bayern)

Mit Wirkung zum 1.6.2013:

Kronach dem Notarassessor  
Arne Henn  
(bisher in Schweinfurt  
Notarstellen Dr. Weiß/Muschel)

Mit Wirkung zum 15.6.2013:

Fürth der Notarassessorin  
Stefanie Gläser  
(bisher in München  
Notarstellen Dr. Walz/  
Dr. Vollrath)

Mit Wirkung zum 1.7.2013:

Garmisch-Partenkirchen dem Notar  
(in Sozietät mit Notar  
Dr. Pannhausen) Michael Andreas Müller  
(bisher in Burgkunstadt)

Geisenfeld der Notarassessorin  
Kathrin Kuhne  
(bisher in München  
Notarstelle Dr. Krauß)

Miesbach dem Notar  
(in Sozietät mit Notar  
Dr. Kirchner) Christian Schmitt  
(bisher in Burgau)

Mindelheim der Notarassessorin  
Marion Strümpell  
(bisher in München  
Notarstellen Spoerer/Dr. Wicke)

München dem Notar  
(in Sozietät mit Notarin  
Dr. Lorenz-Czarnetzki) Martin Schmid  
(bisher in Zusmarshausen)

Sonthofen dem Notar  
(in Sozietät mit Notarin  
Caspary) Rolf Metzger  
(bisher in Pappenheim)

Mit Wirkung zum 1.8.2013:

München dem Notar a. D.  
(in Sozietät mit Notar  
Dr. Regler) Dr. Markus Sikora  
(bisher in München  
Geschäftsführer der  
Notarkasse A.d.ö.R.)

#### 4. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung zum 1.5.2013:

Stefan Künkele, Trostberg  
(Notarstellen Mehler/Dr. Vierling)

Christian Scheibengruber, Memmingen  
(Notarstellen Gropengießer/Dr. Gropengießer)

Benjamin Weingarten, Würzburg  
(Notarstellen Dr. Baumann/Sorge)

#### 5. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Notar Michael Müller-von Münchow, Garmisch-Partenkirchen, führt seit 7.5.2013 den Namen Michael Andreas Müller

Notarin Silvia Paulöhr, Passau, ab 1.7.2013 in Sozietät mit Notar Gottfried Braun, Passau

Die Notarstelle Rosenheim (bis 31.7.2013 Notar Dr. Hans-Christian Düwel) wurde mit Wirkung zum 1.8.2013 aufgehoben; Notar Tobias Aigner verwahrt die Urkunden von Notar Dr. Hans-Christian Düwel

Notarassessor Dr. Josef Zintl, München (Notarstellen Dr. Götte/Lautner), ab 15.5.2013 in München (Notarkasse A.d.ö.R.)

Notarassessor Maximilian Hain, Memmingen (Notarstellen Gropengießer/Dr. Gropengießer), ab 1.6.2013 in Amberg (Notarstelle Dr. Frank)

Notarassessor Dr. Christian Fackelmann, Würzburg (Notarstellen Dr. Baumann/Sorge), ab 1.7.2013 in Schweinfurt (Notarstellen Dr. Weiß/Muschel)

Oberinspektorin i. N. Sandra Schmid, Passau (derzeit in Elternzeit), ab 1.6.2013 in Passau (Notarstellen Dr. Bandel/Pich)

Oberinspektorin i. N. Petra Duchardt, Obergünzburg (Notarstelle Hofmann), ab 1.7.2013 in Kempten (Notarstellen Dr. Bülow/Hoffmann)

**6. Ausgeschiedene Beschäftigte:**

Oberamtsrat i. N. Herbert Reichel, Ansbach (Notarstellen  
Dr. Anderle/Dr. Dietrich), ab 1.7.2013 im Ruhestand

Amtsrat i. N. Rudolf Leix, Günzburg (Notarstellen  
Wachter/Dr. Braun), ab 1.9.2013 im Ruhestand

**Anschriften- und Rufnummernänderungen:**

Arnstorf, Notarstelle Dr. Kappler  
E-Mail: [notarin@notariat-arnstorf.de](mailto:notarin@notariat-arnstorf.de)

Dillingen a. d. Donau, Notarstelle Egner  
Gabelsbergerstraße 7, 89407 Dillingen a. d. Donau

Passau, Notarstellen Braun/Paulöhrl  
Bahnhofstraße 10, 94032 Passau  
Telefon: 0851 8517980  
Telefax: 0851 85179828  
E-Mail: [info@notare-br-pa.de](mailto:info@notare-br-pa.de)  
Homepage: [www.notare-braun-pauloehrl.de](http://www.notare-braun-pauloehrl.de)

München, Notarstellen Dr. Tietgen/Dr. Ott  
E-Mail: [info@tietgen-ott.de](mailto:info@tietgen-ott.de)

---

Schriftleitung: Notarassessor Boris Pulyer  
Notarassessorin Stefanie Tafelmeier

Ottostraße 10, 80333 München  
ISSN 0941-4193

Die Mitteilungen erscheinen jährlich mit sechs Heften und können nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern,  
Ottostraße 10, 80333 München, Telefon 089 551660, Fax 089 55166234, [info@mittbaynot.de](mailto:info@mittbaynot.de), bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 53,00 € zuzüglich 6,00 € Versandkosten und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt.  
Einzelheft 13,00 € einschließlich Versandkosten.

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an:  
Mediengruppe Universal, Kirschstraße 16, 80999 München, Telefon 089 5482170, Fax 089 555551.

Bestellen Sie Einbanddecken gerne auch im Internet unter [www.mediengruppe-universal.de/notarkammer](http://www.mediengruppe-universal.de/notarkammer).

**Wissenschaftliches Symposium**  
**„Die Europäische Erbrechtsverordnung“**  
**im Fürstensaal der Residenz in Würzburg**

am Freitag, 11.10.2013

- |   |  |
|---|--|
| <p>09.00 Uhr <b>Begrüßung</b><br/>Notar a. D. <i>Sebastian Herrler</i><br/>Geschäftsführer des Deutschen Notarinstituts</p> <p><b>Grußwort</b><br/>Notar a. D. Prof. Dr. <i>Rainer Kanzleiter</i><br/>Vorsitzender der NotRV</p> <p>09.10 Uhr <b>Die Entwicklung der Erbrechtsverordnung – Eine Einführung zum Gesetzgebungsverfahren</b><br/>Notar a. D. <i>Kurt Lechner</i><br/>ehem. Mitglied des Europäischen Parlaments,<br/>Kaiserslautern</p> <p><b>Block I: Grundlagen des neuen Erbkollisionsrechts</b></p> <p>09.30 Uhr <b>Die allgemeine Kollisionsnorm (Art. 21, 22 EuErbVO)</b><br/>Prof. Dr. <i>Dennis Solomon</i><br/>Universität Passau</p> <p>09.50 Uhr <b>Das Statut der Verfügung von Todes wegen (Art. 24 ff. EuErbVO)</b><br/>Prof. Dr. <i>Andrea Bonomi</i><br/>Universität Lausanne</p> <p>10.10 Uhr Diskussion, anschließend Kaffeepause</p> <p><b>Block II: Ausgewählte Probleme des neuen Erbkollisionsrechts</b></p> <p>11.00 Uhr <b>Die Abgrenzung des Erbstatuts vom Güterstatut</b><br/>Prof. Dr. <i>Heinrich Dörner</i><br/>Universität Münster</p> <p>11.30 Uhr <b>Die Abgrenzung des Erbstatuts vom Sachenrechtsstatut und vom Gesellschaftsstatut</b><br/>Notar <i>Christian Hertel</i>, Weilheim</p> <p>11.50 Uhr <b>Probleme des allgemeinen Teils des Internationalen Privatrechts</b><br/>Prof. Dr. <i>Michael Hellner</i><br/>Universität Stockholm</p> <p>12.10 Uhr <b>Internationaler Pflichtteilsschutz und Reaktionen des Erbstatuts auf lebzeitige Zuwendungen</b><br/>Prof. Dr. <i>Stephan Lorenz</i><br/>Ludwig-Maximilians-Universität München,<br/>Mitglied des BayVerfGH</p> <p>12.30 Uhr Diskussion, anschließend Mittagessen</p> | <p><b>Block III: Das neue internationale Erbverfahrensrecht</b></p> <p>14.00 Uhr <b>Die internationale Zuständigkeit in Erbsachen</b><br/>Prof. Dr. <i>Burkhard Hess</i><br/>Max-Planck-Institute Luxembourg for International, European und Regulatory Procedural Law</p> <p>14.30 Uhr <b>Die „Annahme“ ausländischer öffentlicher Urkunden</b><br/>Notar a. D. Prof. Dr. Dr. h. c. (Aristoteles Universität zu Thessaloniki) <i>Reinhold Geimer</i>, München</p> <p>14.50 Uhr <b>Das Europäische Nachlasszeugnis – Fokus „gutgläubiger Erwerb“</b><br/>Prof. Dr. <i>Knut Werner Lange</i><br/>Universität Bayreuth</p> <p>15.10 Uhr Diskussion, anschließend Kaffeepause</p> <p><b>Block IV: Das Verhältnis zu Drittstaaten</b></p> <p>16.10 Uhr <b>Vorrang bestehender bilateraler Abkommen der Mitgliedsstaaten</b><br/>Dr. <i>Rembert Süß</i><br/>Deutsches Notarinstitut Würzburg</p> <p>16.30 Uhr <b>Die Erbrechtsverordnung aus Sicht der Drittstaaten</b><br/>Dr. <i>Eva Lein</i><br/>British Institute of International and Comparative Law, London</p> <p>16.50 Uhr Diskussion</p> <p>17.30 Uhr <b>Schlusswort</b><br/>PD Dr. <i>Anatol Dutta</i><br/>Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg</p> <p>Tagungsbeitrag inkl. Verköstigung und Tagungsband:<br/>170 € für Nichtmitglieder/120 € für NotRV-Mitglieder/<br/>70 € für NotRV-Mitglied Notarassessoren und Notare a. D./<br/>frei für Universitätsangehörige (ohne Tagungsband)</p> <p>Anmeldung: Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19<br/>97070 Würzburg, Tel. 0931 355760, Fax: 0931 53376225,<br/>www.dnoti.de, E-Mail: r.lehrieder@dnoti.de</p> |
|---|--|

### Veranstaltungen des DAI

1. Intensivkurs Grundstücksrecht  
(Krauß, Wälzholz, Wegerhoff)  
25.–27.7.2013 in Lübeck
2. Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht in der  
notariellen Praxis  
(Wälzholz)  
24.8.2013 in Heusenstamm
3. Aktuelles aus dem Handelsregister – Update 2013  
(Melchior)  
28.8.2013 in Bochum

**Soweit nicht anders vermerkt, handelt es sich um Veranstaltungen des Fachinstituts für Notare.** Anfragen sind ausschließlich zu richten an das Deutsche Anwaltsinstitut e. V., Fachinstitut für Notare, Postfach 25 02 54, 44740 Bochum, Telefon 0234 970640, Fax 0234 703507, E-Mail: notare@anwaltsinstitut.de.

### Neuerscheinungen

- |   |   |
|---|---|
| <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Bärmann: WEG. 12. Aufl., Beck, 2013. 1730 S., 139 €</li> <li>2. Elzer: WEG-Recht. 1. Aufl., Haufe, 2013. 360 S., 39,95 €</li> <li>3. Fackelmann: Notarkosten nach dem neuen GNotKG. Einführung – Berechnungsbeispiele – Synopse. 1. Aufl., Nomos, 2013. 547 S., 48 €</li> <li>4. Krenzler: Vereinbarungen bei Trennung- und Scheidung. 5. Aufl., Beck, 2013. 221 S., 34,90 € + CD-ROM</li> <li>5. Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch: Bd. 5: Viertes Buch, Handelsgeschäfte. Erster Abschnitt. All-</li> </ol> | <p>gemeine Vorschriften. Zweiter Abschnitt. Handelskauf. Dritter Abschnitt. Kommissionsgeschäft §§ 343-406. Wiener UN-Übereinkommen über Verträge über den internationalen Warenkauf – CISG. 3. Aufl., Beck, 2013. 1447 S., 209 €, Vorzugspreis bei Gesamtabnahme: 179 €</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>6. Preißer/Rödl/Seltenreich (Hrsg.): Erbschaft- und Schenkungsteuer. 2. Aufl., Schäffer-Poeschel, 2012. Rund 1360 S., ca. 129,95 €</li> <li>7. Roth/Maulbetsch/Schulte: Vermächtnisrecht. Beck, 2012. 287 S., 69 €</li> </ol> |
|---|---|



Landesnotarkammer Bayern, Ottostr. 10, 80333 München  
PVSt, Deutsche Post AG • Entgelt bezahlt • B 13022 F