

# 6 MittBayNot

Begründet 1864

November/Dezember 2011 Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

## Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern  
Ottostraße 10  
80333 München

## Herausgeberbeirat:

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

Dr. Johann Frank,  
Notar in Amberg

Dr. Susanne Frank,  
Notarin in München

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

Prof. Dr. Dieter Mayer,  
Notar in München

Dr. Jörg Mayer,  
Notar in Simbach

Dr. Eckhard Wälzholz,  
Notar in Füssen

## Schriftleitung:

Dr. Ulrich Gößl,  
Notarassessor

Eliane Schuller,  
Notarassessorin

ISSN 0941-4193

## Aufsätze

*Mayer*: Testamentsgestaltung bei überschuldeten Erben (Teil I) 445

*Weidlich*: Testamentsvollstreckung und erbvertragliche Bindungswirkung 453

*Krafka*: Vertragliche Bestimmungen der Leistungszeit 459

*Döbereiner*: Der Kommissionsvorschlag für das internationale Ehegüterrecht 463

## Rechtsprechung

Individualvertraglicher Gewährleistungsausschluss bei Neubauten  
(OLG Köln, Urteil vom 23.2.2011, 11 U 70/10) 480  
mit Anmerkung *Brambring* 483

Verwalterwechsel zwischen Abgabe der Veräußerungszustimmung und Grundbucheintragung  
(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11.5.2011, I-3 Wx 70/11) 484  
mit Anmerkung *Kössinger* 487

Grenzen der Auslegung bei Klauselumschreibung nach Grundschuldzession – Eintritt in Sicherungsvertrag  
(BGH, Beschluss vom 29.6.2011, VII ZB 89/10) 489  
mit Anmerkung *Volmer* 493

Bevollmächtigung eines Nichtgesellschafters zur Löschung eines Grundpfandrechtes durch sämtliche Gesellschafter einer GbR  
(BGH, Beschluss vom 20.1.2011, V ZB 266/10) 494  
mit Anmerkung *Lautner* 495

Wechselbezügliche Erbeinsetzung von Kindern aus früherer Ehe eines Ehegatten  
(OLG München, Beschluss vom 28.3.2011, 31 Wx 93/10) 505  
mit Anmerkung *Kanzleiter* 508

Lauf der Anfechtungsfrist bei Rechtsirrtum  
(OLG Köln, Beschluss vom 21.7.2010, 2 Wx 81/10) 510  
mit Anmerkung *Musielak* 513

Löschungsgebühr für Globalgrundschuld  
(OLG Köln, Beschluss vom 31.8.2010, 2 Wx 90/10) 519  
mit Anmerkung *Tiedtke* 521

Nichtigkeit eines Erschließungsvertrags  
(BVerwG, Urteil vom 1.12.2010, 9 C 8/09) 523  
mit Anmerkung *Dirnberger* 529

## Inhalt

### Aufsätze

- Mayer*: Testamentsgestaltung bei überschuldeten Erben (Teil I) **445**
- Weidlich*: Testamentsvollstreckung und erbvertragliche Bindungswirkung **453**
- Krafka*: Vertragliche Bestimmungen der Leistungszeit **459**
- Döbereiner*: Der Kommissionsvorschlag für das internationale Ehegüterrecht **463**

### Buchbesprechungen

- Walz: Beck'sches Formularbuch Zivil-, Wirtschafts- und Unternehmensrecht  
Deutsch – Englisch (*Franck*) **468**
- Sikora/Mayer: Kautelarjuristische Klausuren im Zivilrecht (*Pelikan*) **469**
- Müller/Sieghörtner/Emmerling de Oliveira: Adoptionsrecht in der Praxis (*Grziwotz*) **470**
- Münch: Ehebezogene Rechtsgeschäfte (*Everts*) **471**
- Fleischer/Goette: Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften  
mit beschränkter Haftung – GmbHG (*Kroier*) **472**
- Hensler/Strohn: Gesellschaftsrecht (*Stemmer*) **473**
- Semler/Volhard/Reichert: Arbeitshandbuch für die Hauptversammlung  
(*Vedder/Rachlitz*) **474**
- Boruttau: GrEStG (*Gottwald*) **475**

### Rechtsprechung

#### Bürgerliches Recht

##### Allgemeines

1. Analoge Anwendung von Mieterschutzrechten bei Realteilung eines mit Reihenhäusern bebauten Grundstücks  
(BVerfG, Beschluss vom 4.4.2011, 1 BvR 1803/08) **477**  
mit Anmerkung *Volmer* **479**
2. Individualvertraglicher Gewährleistungsausschluss bei Neubauten  
(OLG Köln, Urteil vom 23.2.2011, 11 U 70/10) **480**  
mit Anmerkung *Brambring* **483**
3. Verwalterwechsel zwischen Abgabe der Veräußerungszustimmung und Grundbucheintragung  
(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11.5.2011, I-3 Wx 70/11) **484**
4. Verwalterwechsel zwischen Abgabe der Veräußerungszustimmung und Grundbucheintragung  
(OLG München, Beschluss vom 27.6.2011, 34 Wx 135/11) **486**
5. Wirksamkeit der Verwalterzustimmung  
(OLG Hamburg, Beschluss vom 15.3.2011, 13 W 15/11) (*nur Leitsatz*) **487**  
mit Anmerkung *Kössinger* **487**

## Inhalt (Fortsetzung)

### Sachen- und Grundbuchrecht

6. Grenzen der Auslegung bei Klauselumschreibung nach Grundschuldzession –  
Eintritt in Sicherungsvertrag  
(BGH, Beschluss vom 29.6.2011, VII ZB 89/10) **489**  
mit Anmerkung *Volmer* **493**
7. Bevollmächtigung eines Nichtgesellschafters zur Löschung eines Grundpfandrechtes durch  
sämtliche Gesellschafter einer GbR  
(BGH, Beschluss vom 20.1.2011, V ZB 266/10) **494**  
mit Anmerkung *Lautner* **495**

### Familienrecht

8. Verlängerung des nachehelichen Betreuungsunterhalts aus kindbezogenen Gründen  
(BGH, Versäumnisurteil vom 15.6.2011, XII ZR 94/09) **497**
9. Einbeziehung des bei Eheschließung im Alleineigentum stehenden Hausrats in das An-  
fangsvermögen  
(BGH, Urteil vom 11.5.2011, XII ZR 33/09) **499**
10. Namensänderung bei Volljährigenadoption  
(OLG Hamm, Beschluss vom 30.6.2011, II-4 UF 186/10) **501**

### Erbrecht

11. Berechtigung auf Grund einer späteren testamentarischen Verfügung des Vertragserblassers  
(BGH, Urteil vom 6.4.2011, IV ZR 232/09) **502**
12. Wechselbezügliche Erbeinsetzung von Kindern aus früherer Ehe eines Ehegatten  
(OLG München, Beschluss vom 28.3.2011, 31 Wx 93/10) **505**  
mit Anmerkung *Kanzleiter* **508**
13. Lauf der Anfechtungsfrist bei Rechtsirrtum  
(OLG Köln, Beschluss vom 21.7.2010, 2 Wx 81/10) **510**  
mit Anmerkung *Musielak* **513**

### Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

14. Haftung bei einer wirtschaftlichen Neugründung einer Vorrats- oder Mantelgesellschaft  
(BGH, Urteil vom 12.7.2011, II ZR 71/11) **514**
15. Zugang der Amtsniederlegungserklärung des Geschäftsführers im Ausland  
(*nur Leitsatz*)  
(BGH, Beschluss vom 21.6.2011, II ZB 15/10) **515**
16. Stimmberechtigung herrschender Gesellschafter bei Kündigung von Beherrschungs-  
und Gewinnabführungsverträgen  
(BGH, Urteil vom 31.5.2011, II ZR 109/10) **515**
17. Prüfungspflicht des Registergerichts gem. § 9 c Abs. 1 Satz 1 GmbHG  
(OLG Stuttgart, Beschluss vom 13.7.2011, 8 W 252/11) **518**

## Inhalt (Fortsetzung)

### Beurkundungs- und Notarrecht

18. Kein Einsichtsrecht des Pflichtteilsberechtigten  
(LG München II, Beschluss vom 21.7.2011, 8 T 2753/11) **518**

### Kostenrecht

19. Lösungsgebühr für Globalgrundschuld  
(OLG Köln, Beschluss vom 31.8.2010, 2 Wx 90/10) **519**  
mit Anmerkung *Tiedtke* **521**

### Öffentliches Recht

20. Nichtigkeit eines Erschließungsvertrags  
(BVerwG, Urteil vom 1. 12. 2010, 9 C 8/09) **523**  
mit Anmerkung *Dirnberger* **529**

### Steuerrecht

21. Teilentgeltlichkeit bei Erwerb durch Vermächtnis  
(BFH, Urteil vom 29.6.2011, IX R 63/10) **530**

**Standesnachrichten 532**

**Sonstiges III**

# 6 | MittBayNot

Begründet 1864

November/Dezember 2011 | Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

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

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

Schriftleitung: Notarassessoren Dr. Ulrich Gößl,  
Eliane Schuller

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

### Testamentsgestaltung bei überschuldeten Erben (Teil I)

Von Notar Dr. Jörg Mayer, Simbach am Inn

Immer häufiger verschulden sich in der Bundesrepublik Deutschland die Menschen. Auf der Internetseite des Statistischen Bundesamtes (Destatis) fanden sich 2010 folgende Informationen: Im Jahr 2009 haben die deutschen Amtsgerichte 32 687 Unternehmensinsolvenzen gemeldet. Damit lagen die Unternehmensinsolvenzen im Jahr 2009 erstmals seit 2003 wieder höher als im Vorjahr (+ 11,6 %). Damals erreichte die Anzahl an Unternehmensinsolvenzen mit 39 320 Fällen den Höchststand. Auch die Zahl der Insolvenzen von Verbrauchern nahm zu. 2009 haben 101 102 Personen eine Verbraucherinsolvenz beantragt, das waren 3 % mehr als im Vorjahr. Im Jahr 2008 waren die Verbraucherinsolvenzen zum ersten Mal seit Einführung der Insolvenzordnung im Jahr 1999 zurückgegangen (- 7,1 % gegenüber 2007). Die Insolvenzen von Personen, die früher einer selbständigen Tätigkeit nachgegangen sind, lagen mit 24 634 Fällen um 3 % über dem Vorjahresniveau. Für diesen Personenkreis gibt es für die Verbraucher die Möglichkeit der Restschuldbefreiung und der Stundung der Verfahrenskosten.

Die Gesamtzahl aller Insolvenzen einschließlich der 2 808 Nachlassinsolvenzen und der 1 676 Insolvenzen von natürlichen Personen, die als Gesellschafter größerer Unternehmen von einer Insolvenz betroffen waren, belief sich im Jahr 2009 auf 162 907 (+ 5 % gegenüber 2008). Die Gerichte bezifferten die voraussichtlichen Forderungen der Gläubiger im Jahr 2009 auf rund 85 Mrd. €. Dies war die bisher höchste Forderungssumme und ist auf die Insolvenzen einiger wirtschaftlich bedeutender Unternehmen zurückzuführen. Im Jahr 2008 beliefen sich die Forderungen auf 33,5 Mrd. €. Zum Zeitpunkt des Insolvenzantrages waren 2009 bei den insolventen Unternehmen 250 813 Personen beschäftigt. Im Vorjahr waren 121 675 Arbeitnehmer von Insolvenzen betroffen. Allerdings konnten die Gerichte in beiden Jahren bei etwa 16 % der insolventen Unternehmen keine Angaben über die Zahl der betroffenen Beschäftigten machen.

Beim vorliegenden Beitrag handelt es sich um einen vollständig überarbeiteten Vortrag, den der Verfasser anlässlich des 13. Erbrechtsymposiums der DVEV in Heidelberg am 9.10.2010 gehalten hat. Teil I des Beitrags beschäftigt sich mit der grundsätzlichen Problemstellung, den Problemen bei einer unterlassenen erbrechtlichen Regelung, der Enterbung sowie mit der sog. Erbschaftslösung. Teil II behandelt die sog. Versorgungsvermächtnisse und die Besserungsklauseln.

#### I. Einführung

##### 1. Ausgangsüberlegungen – Gestaltungsziele

Bei überschuldeten Angehörigen droht die Gefahr, dass die Gläubiger sich aus dem Erb- oder Pflichtteil derselben befriedigen und daher für die Angehörigen und ihre Nachkommen nichts mehr übrig bleibt. Zudem möchte kein Erblasser, dass das, was er sich meist mühsam während seines Lebens erspart hat, von den Gläubigern seiner Erben gepfändet und verwertet wird. Den alten Spruch des *Sachsenspiegels*: „Alle Schuld muss man bezahlen“<sup>1</sup> möchten daher die Erblasser zumindest

hinsichtlich ihrer Hinterlassenschaft insoweit ausschließen, dass nicht die Eigengläubiger der Erben hierauf zugreifen können.

Daher werden bei der Gestaltung von Testamenten zugunsten überschuldeter Erben üblicherweise folgende Ziele verfolgt:<sup>2</sup>

- Vermeidung der Pfändung und Verwertung durch die Eigengläubiger im Wege der Einzelvollstreckung,
- Vermeidung des Vermögenszugriffs des Insolvenzverwalters,

<sup>2</sup> Wälzholz, FamRB 2006, 252; von Dickhuth-Harrach, Handbuch der Erbfolge-Gestaltung, 2011, § 69 Rdnr. 1; R. Kössinger in Nieder/Kössinger, Handbuch der Testamentsgestaltung, 3. Aufl. 2008, § 21 Rdnr. 116 ff.

<sup>1</sup> Ssp. Ldr. I 65 § 4; „alle scult mut men wol gelten“; dazu Schmidt-Wiegand, Deutsche Rechtsregeln und Rechtssprichwörter, 1996, 300.

- keine Verletzung der Obliegenheitspflichten innerhalb der Wohlverhaltensphase (§ 287 Abs. 2 InsO) nach § 295 InsO, um die Restschuldbefreiung nicht zu gefährden,
- möglichst umfassende Begünstigung des überschuldeten Erben nach der Beendigung der Überschuldung, insbesondere bei erfolgreicher Durchführung des Restschuldbefreiungsverfahrens.

Die genannten Ziele lassen sich nicht immer durch die gleiche Gestaltung erreichen und auch nicht immer in vollem Umfang. Hier wie auch anderswo kommt es vielmehr darauf an, stets den jeweiligen Einzelfall zu betrachten und die möglichen Besonderheiten zu berücksichtigen.

## 2. Szenario: Was passiert, wenn nichts gemacht wird

Es ist eine weit verbreitete Verhaltensweise, Probleme einfach zu verdrängen. Dass eine solche „Vogel-Strauß-Politik“ aber äußerst gefährlich sein kann, zeigt sich geradezu exemplarisch im Zusammenhang mit der letztwilligen Zuwendung an überschuldete Angehörige. Dies wird deutlich, wenn man sich zunächst vor Augen führt, welche Folgen eintreten, wenn die in einer solchen Situation im Falle des Eintritts des Erbfalls kraft Gesetzes ergebenden Probleme nicht beachtet werden.<sup>3</sup>

### a) Die Erbschaft als Objekt des Vollstreckungszugriffs und des Insolvenzverfahrens – „alles ist futsch“?

Mit dem Erbfall geht im Wege der Universalsukzession und aufgrund des Prinzips des „Vonselbsterwerbs“ (§ 1922 BGB) automatisch die gesamte Erbschaft mit allen damit verbundenen Rechten und Pflichten auf den Erben über. Sind keine weiteren Anordnungen getroffen, so sind die im Nachlass befindlichen pfändbaren Vermögenswerte einer uneingeschränkten Pfändung durch die Gläubiger des Erben unterworfen. In dem Falle, dass der überschuldete Angehörige aber nur einen Erbteil erbt, ist dieser Erbteil pfändbar. Hat der Erblasser daher nicht durch eine entsprechende Testamentsgestaltung gegen diese Probleme vorgebeugt, so bleibt den Erben nur die Möglichkeit, in der sehr kurzen Ausschlagungsfrist des § 1944 Abs. 2 BGB die Erbschaft auszuschlagen. Allerdings stellt sich dann die Frage, ob eine solche Maßnahme nicht als Gläubigerbenachteiligung anzusehen und daher unwirksam ist. Jedoch greift insoweit die Wertung des § 83 InsO ein (dazu gleich nachstehend). Wenn sogar der in einem Insolvenzverfahren befindliche Erbe sanktionslos die Erbschaft ausschlagen kann, so muss dies auch dem Erben möglich sein, gegen den nur Einzelvollstreckungsmaßnahmen zu befürchten sind. Dies wird zwar teilweise im Zusammenhang mit einem Sozialhilferegress von manchen Obergerichten anders gesehen,<sup>4</sup> ist aber im Zusammenhang mit anderen Gläubigern nahezu unbestritten.

Ist bereits ein Insolvenzverfahren über das Vermögen des Insolvenzschuldners eröffnet und wird dieser während des laufenden Insolvenzverfahrens Erbe, so stellt sich ebenfalls die Frage, ob eine Ausschlagung der Erbschaft möglich ist und wer hierüber entscheidet. Dies ist in § 83 InsO geregelt. Dort ist ausdrücklich bestimmt, dass in dem Fall, dass dem Schuldner vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens eine Erbschaft oder ein Vermächtnis angefallen ist oder dies während des Verfahrens geschieht, allein dem Insolvenzschuldner

die Entscheidung über die Annahme oder Ausschlagung zusteht.<sup>5</sup> Nimmt er die Erbschaft oder das Vermächtnis an, fällt dies in die Insolvenzmasse. Der erbrechtliche Erwerb wird damit im Rahmen der §§ 35, 36 InsO Massebestandteil. Er steht daher den Insolvenzgläubigern zur Befriedigung ihrer Ansprüche zu. Der Insolvenzverwalter selbst hat dann keine Möglichkeit mehr, die Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft oder des Vermächtnisses selbst zu erklären oder zu beeinflussen. Er kann auch die Erbschaft nicht im Ganzen von der Insolvenz freigeben.<sup>6</sup> Jedoch besteht keine Verpflichtung des Schuldners zur Annahme der Erbschaft oder des Vermächtnisses.<sup>7</sup>

Schlägt der Insolvenzschuldner die Erbschaft oder das Vermächtnis aus, so fällt der erbrechtliche Erwerb an den dann berufenen Erben oder Vermächtnisnehmer (§§ 1953, 2180 BGB). Erbe oder Vermächtnisnehmer ist dann rückwirkend allein der dann berufene Erbe bzw. Vermächtnisnehmer mit allen sich daraus ergebenden Rechten und Pflichten (§ 1953 Abs. 2 BGB). Nach ganz herrschender Meinung kann die Ausschlagungsentscheidung des Insolvenzschuldners nicht nach den §§ 129 ff. InsO angefochten werden,<sup>8</sup> was sich letztlich wiederum aus der Wertung des § 83 InsO ergibt. Durch den noch nicht endgültigen Erwerb ist die Masse noch nicht vermindert.<sup>9</sup>

Verzichtet der Insolvenzschuldner vor Eintritt des Erbfalls auf sein gesetzliches Erb- oder Pflichtteilsrecht (§ 2346 BGB), so soll Gleiches wie bei einer Ausschlagung einer Erbschaft gelten. Denn Gegenstand des Verzichts ist eine mehr oder weniger unsichere bloße „Erwerbschance“.<sup>10</sup> Daher ist auch ein während des Bezugs von Sozialhilfe erklärter unentgeltlicher Verzicht nicht sittenwidrig.<sup>11</sup> Anders liegt es, wenn erst nach Eintritt des Erbfalls ein entsprechender Verzicht erklärt wird. Denn Gegenstand dieses Verzichts, der dann auf § 397 BGB beruht, ist dann eine bereits bestehende, gefestigte Vermögensposition.<sup>12</sup> Erfolgt allerdings die Ausschlagung oder der Erbverzicht gegen eine Abfindung, so fällt diese bei laufendem Verfahren in die Insolvenzmasse, § 35 InsO.

### b) Obliegenheiten in der Restschuldbefreiung

Nach erfolgreichem Abschluss des Insolvenzverfahrens und Ablauf der Wohlverhaltensphase von sechs Jahren kann der Schuldner eine Restschuldbefreiung erlangen. Dann unterliegt der erbrechtliche Erwerb nicht mehr den vorstehend geschilderten Gefahren. Allerdings verlangt das Gesetz bis

<sup>5</sup> Für die während des Insolvenzverfahrens eintretenden Erwerbe war dies nicht selbstverständlich, da nach dem neuen Insolvenzrecht auch der Neuerwerb vom Insolvenzbeschlag erfasst wird (§ 35 InsO), vgl. dazu *Leipold* in FS Gaul, S. 367, 368; Bedenken gegen diese durch die InsO eingeführte Regelung bei *Dieckmann* in *Leipold*, Insolvenzrecht im Umbruch, 1991, 127, 132 f.

<sup>6</sup> RGZ 84, 347; *Nerlich/Römermann/Wittkowski*, InsO, Stand September 2010, § 83 InsO Rdnr. 6.

<sup>7</sup> *Leipold* in FS Gaul, S. 367, 368.

<sup>8</sup> BGH, NJW 1997, 2384; *Limmer*, ZEV 2004, 133, 134; *Nerlich/Römermann/Wittkowski*, § 83 InsO Rdnr. 8; *Uhlenbruck*, InsO, 12. Aufl. 2003, § 83 Rdnr. 9; MünchKommInsO/*Schumann*, InsO, 2. Aufl. 2006 f., § 83 Rdnr. 4 m. w. N.

<sup>9</sup> RGZ 54, 289; 67, 431.

<sup>10</sup> *Bamberger/Roth/J. Mayer*, BGB, 3. Aufl. 2011, § 2346 Rdnr. 2; *Ivo*, Zerb 2003, 250, 253; MünchKommBGB/*Wegerhoff*, 5. Aufl. 2010, § 2346 Rdnr. 5 m. w. N.

<sup>11</sup> BGH, FamRZ 2011, 472 und OLG Köln ZEV 2010, 85 als Vorinstanz m. krit. Anm. *Armbrüster*; *Vaupel*, RNotZ 2009, 497, 508; *Littig/J. Mayer*, Sozialhilferegress gegenüber Erben und Beschenkten, 1999, Rdnr. 177.

<sup>12</sup> A. A. BGH, FamRZ 2011, 472; *Kleensang*, ZErB 2011, 121, 124.

<sup>3</sup> Vgl. dazu etwa Gutachten, DNotI-Report 2003, 179; *Wälzholz*, FamRB 2006, 252.

<sup>4</sup> OLG Hamm, ZEV 2009, 471 m. zust. Anm. *Leipold*; a. M. LG Aachen, FamRZ 2005, 1506 = ZEV 2005, 120 und jetzt vor allem BGH, FamRZ 2011, 472 = DNotZ 2011, 381.

dahin die Einhaltung gewisser Obliegenheiten, damit eine solche Restschuldbefreiung erlangt werden kann. Hierzu bestimmt § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO in unserem Zusammenhang, dass Vermögen, welches der Insolvenzschuldner innerhalb der Wohlverhaltensphase von Todes wegen erwirbt, zur Hälfte des Wertes an den Treuhänder zur Durchführung des Restschuldbefreiungsverfahrens herauszugeben ist. Allerdings betrifft diese Obliegenheit nach herrschender Meinung nur einen solchen erbrechtlichen Erwerb, den der Insolvenzschuldner tatsächlich angenommen hat. Schlägt er jedoch im Rahmen der erbrechtlichen Bestimmungen wirksam aus, so handelt es sich nur um einen vorläufigen Erwerb, so dass dies nach überwiegender Auffassung kein Verstoß gegen die Wohlverhaltenspflicht des § 295 InsO darstellt.<sup>13</sup> Gleiches soll auch hier für einen vor Eintritt des Erbfalls abgegebenen Erb- oder Pflichtteilsverzicht (§ 2346 BGB) gelten. Der BGH hat diese Auffassung erst unlängst ausdrücklich bestätigt.<sup>14</sup>

### 3. Grundsätzliche Gestaltungsmöglichkeiten

Aus dem Vorstehenden ergeben sich drei grundsätzliche Gestaltungsmöglichkeiten. In Betracht kommt

- die völlige Enterbung des Überschuldeten,
- die Zuwendung von Versorgungsvermächtnissen an den Überschuldeten
- die „klassische“ Erbschaftslösung mit Vor- und Nacherbschaft und Anordnung einer Verwaltungsvollstreckung.

Bei der nachstehenden Darstellung wird davon ausgegangen, dass der Überschuldete ein Abkömmling und somit ein Pflichtteilsberechtigter des Erblassers ist. Denn dann ergeben sich durch das Bestehen des Pflichtteilsrechts des Betroffenen zusätzliche Probleme, während es bei der Zuwendung an einen anderen, nicht pflichtteilsberechtigten Überschuldeten diese Problemdimension nicht gibt.

## II. Enterbung

### 1. Einzelvollstreckung

Wird der Überschuldete enterbt, so steht ihm, wenn er ein Pflichtteilsberechtigter ist, ein Pflichtteils- und ggf. auch Pflichtteilsergänzungsanspruch zu (§§ 2303, 2317, 2325 BGB). Aus dem Gesichtspunkt des „primären Gestaltungsziels“, nämlich eine Verwertung von Nachlassbestandteilen zu verhindern, klingt dies insofern gut, als § 852 Abs. 1 ZPO ausdrücklich bestimmt, dass der Pflichtteilsanspruch der Pfändung nur unterworfen ist, wenn er durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig gemacht wurde. Kommt es daher zu keiner solchen Vorgehensweise des Pflichtteilsberechtigten, so erscheint es möglich, dass ohne weitere Probleme der Pflichtteilsanspruch dem Gläubigerzugriff entzogen werden kann. Jedoch ist nach der Rechtsprechung des BGH in Erweiterung von § 852 Abs. 1 ZPO ein Pflichtteilsanspruch schon vor vertraglicher Anerkennung oder Rechtshängigkeit als in seiner zwangsweisen Verwertbarkeit aufschiebend bedingter Anspruch pfändbar. Der Anspruch ist dann ohne Einschrän-

kung mit einem Pfandrecht belegt, darf aber erst verwertet werden, wenn die Voraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO vorliegen.<sup>15</sup> Dem Pflichtteilsschuldner kann es also passieren, dass ihm ein Pfändungsbeschluss ins Haus „flattert“ und die Gläubiger des Pflichtteilsberechtigten gleichsam „lauern“, bis die Verwertungsreife des Pflichtteilsanspruchs nach § 852 Abs. 1 ZPO eingetreten oder der Pflichtteilsanspruch verjährt ist. Daher empfiehlt es sich durchaus, dass noch rechtzeitig zu Lebzeiten des Erblassers ein entsprechender Pflichtteilsverzicht nach § 2346 BGB beurkundet wird, der nach den oben gezeigten Gesichtspunkten auch nicht als sittenwidrig und nichtig anzusehen ist und auch nicht nach den Bestimmungen der Insolvenzordnung angefochten werden kann.<sup>16</sup>

### 2. Insolvenz

Im Hinblick auf diese zeitlich erweiterte Pfändungsmöglichkeit gehört die Pflichtteilsforderung von Anfang an zur Insolvenzmasse (§§ 35, 36 Abs. 1 InsO),<sup>17</sup> jedoch kann bis zur Anerkennung oder Rechtshängigkeit des Anspruchs der Insolvenzverwalter die Forderung nicht einziehen.<sup>18</sup> Umgekehrt hindert der Insolvenzbeschlagnahme den Pflichtteilsberechtigten nicht, eine Anerkennung zu erwirken oder Klage auf Zahlung zu erheben, lässt ihn aber auch die Entscheidungsfreiheit hierfür.<sup>19</sup> Da entsprechend den Grundsätzen zur Einzelzwangsvollstreckung die Entschließungsfreiheit des Pflichtteilsberechtigten geschützt werden muss, ist auch ein nach Insolvenzeröffnung vom Insolvenzschuldner erklärter Verzicht (§ 397 BGB) dem Insolvenzverwalter gegenüber wirksam, wenn die Verwertungsreife nach § 852 ZPO noch nicht eingetreten ist<sup>20</sup> und bis dahin auch nicht anfechtbar.<sup>21</sup> Unterlässt der Pflichtteilsberechtigte die Geltendmachung des Anspruches, so wird damit für den Pfändungsgläubiger dessen Realisierung unmöglich; er kann auch nicht nach den Vorschriften über die Gläubigeranfechtung die Geltendmachung erzwingen.<sup>22</sup> Die sich aus § 852 Abs. 1 ZPO für den Gläubiger ergebende Beschränkung gilt auch dann, wenn der Berechtigte zu Leb-

<sup>15</sup> BGHZ 123, 183 = NJW 1993, 2876 = DNotZ 1994, 780; ausdrücklich bestätigt von BGH, VII ZB 30/08, NJW-RR 2009, 997 = ZNotP 2009, 192 = ZEV 2009, 247; dazu *Adolf-Kapgenoff*, jurisPR-FamR 13/2009 Anm. 1.

<sup>16</sup> Eingehend dazu m. Nachw. zum Streitstand *Bamberger/Roth/J. Mayer*, BGB, 3. Aufl. 2011, § 2346 Rdnr. 2; *Ivo*, ZErB 2003, 250, 253.

<sup>17</sup> OLG Brandenburg, FamRZ 1999, 1436; NK-BGB/*Bock*, BGB, 3. Aufl. 2010, § 2317 Rdnr. 23; *Ivo*, ZErB 2003, 250, 254; *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 5. Aufl. 2001, § 37 VIII 2b; *Soergel/Dieckmann*, BGB, 12. Aufl. 2002, § 2317 Rdnr. 17; *Klumpp*, ZEV 1998, 123, 128; MünchKommBGB/*Lange*, 5. Aufl. 2010, § 2317 Rdnr. 17; *Staudinger/Haas*, Bearb. 2006, § 2317 Rdnr. 58; *Muscheler*, Universalsukzession und Vonselbsterwerb, 2002, S. 218; a. A. *Smid*, InsO, 2001, § 35 InsO Rdnr. 29; MünchKommInsO/*Schuhmann*, § 35 Rdnr. 13.

<sup>18</sup> BGH, NJW 2011, 1448 = ZEV 2011, 87 m. Anm. *Reul*, dazu *Lindner*, jurisPR-BGHZivilR 7/2011 Anm. 3; OLG Brandenburg, FamRZ 1999, 1436; NK-BGB/*Bock*, § 2317 Rdnr. 23; *Staudinger/Haas*, Bearb. 2006, § 2317 Rdnr. 58.

<sup>19</sup> NK-BGB/*Bock*, § 2317 Rdnr. 23; *Ivo*, ZErB 2003, 250, 254; *Klumpp*, *Kuchinke*, *Dieckmann*, MünchKommBGB/*Lange*, jeweils a. a. O. (Fn. 17); *Staudinger/Haas*, § 2317 Rdnr. 58; *Muscheler*, Universalsukzession und Vonselbsterwerb, 2002, S. 219.

<sup>20</sup> *Muscheler*, Universalsukzession und Vonselbsterwerb, 2002, S. 219; anders aber offenbar *Ivo*, ZErB 2003, 250, 254.

<sup>21</sup> *Uhlenbruck/Hirte*, § 129 InsO Rdnr. 100; HK-InsO/*Kreft*, § 129 Rdnr. 19; a. A. *Klumpp*, ZEV 1998, 123, 127; *Ivo*, ZErB 2003, 250, 255.

<sup>22</sup> BGH, NJW 1997, 2384; dazu *Klumpp*, ZEV 1998, 123, 125; *Staudinger/Haas*, § 2317 Rdnr. 57 m. w. N.; *Ivo*, ZErB 2003, 250, 255.

<sup>13</sup> *Nerlich/Römermann/Römermann*, § 295 InsO Rdnr. 27; *Uhlenbruck/Vallender*, § 295 Rdnr. 34; MünchKommInsO/*Stricker*, § 295 Rdnr. 64; HKInsO/*Landermann*, 4. Aufl. 2006, § 295 Rdnr. 14; *Wenzel* in *Kübler/Prütting/Bork*, InsO, Stand 2008, § 295 Rdnr. 19 b; siehe auch *Lohr*, RNotZ 2003, 208, 209; *Hartmann*, ZNotP 2005, 82, 82 f.; a. A. *Bartels*, KTS 03, 41, 64; *Thora*, ZInsO 2002, 176, 177.

<sup>14</sup> ZEV 2009, 469 = NJW-RR 2010, 121 = DNotZ 2009, 862 m. Anm. *Goltzsche*; *Nerlich/Römermann/Römermann*, § 295 InsO Rdnr. 28.

zeiten des Erblassers diesen dazu bewogen hat, nicht ihn, sondern einen anderen als Erben einzusetzen, um damit einen Gläubigerzugriff zu verhindern.<sup>23</sup> Wird jedoch auf den bereits anerkannten oder rechtshängig gemachten Pflichtteilsanspruch verzichtet, so ist dies insolvenzrechtlich anfechtbar.<sup>24</sup> Entgegen der bislang herrschenden Meinung hat der BGH<sup>25</sup> nunmehr entschieden, dass der Verzicht auf die Geltendmachung eines Pflichtteilsanspruchs in der Wohlverhaltensphase – wie die Ausschlagung einer Erbschaft oder der Verzicht auf ein Vermächtnis – keine Obliegenheitsverletzung darstellt. Der Halbteilungsgrundsatz des § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO greift erst ein, wenn der Schuldner die Erbschaft angenommen hat oder den Pflichtteilsanspruch rechtshängig gemacht hat oder dieser anerkannt ist. Vielmehr sei der persönliche Charakter des Ausschlagungsrechts, der auf den besonderen Beziehungen des Erben zum Erblasser beruht, auch in der Wohlverhaltensphase zu beachten. Er darf nicht durch einen mittelbaren Zwang zur Annahme der Erbschaft oder zur Geltendmachung des Pflichtteils unterlaufen werden.

*Praxistipp:* Vor der genannten BGH-Entscheidung zur Herausgabeobligiertheit des Pflichtteilsanspruchs wurde teilweise empfohlen, den Überschuldeten zum unbeschränkten Erben mit einer Quote über dem Pflichtteil einzusetzen, soweit man sicher sein konnte, dass der überschuldete Erbe danach tatsächlich ausschlägt. Denn in diesem Fall, bei dem § 2306 BGB gerade nicht eingreift, verliert er durch die Ausschlagung alles.<sup>26</sup> Auf die Ausführung dieses etwas zweifelhaften, und im ersten Moment paradox klingenden Rats, kann nunmehr verzichtet werden.

Dennoch kann sich eine ganz erhebliche insolvenzrechtliche Langzeitwirkung des Pflichtteilsanspruchs ergeben: Denn in seinem Beschluss vom 2.12.2010<sup>27</sup> hat der BGH nunmehr entschieden, dass auch wenn der während des Insolvenzverfahrens entstandene Pflichtteilsanspruch erst nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens anerkannt oder rechtshängig gemacht wird, er der Nachtragsverteilung nach § 203 Abs. 1 Nr. 3 InsO unterliegt. Für dieses Verfahren gibt es keinerlei Verfristung.<sup>28</sup>

### III. Erbschaftslösung mit Vorerbeneinsetzung des Überschuldeten und Anordnung einer Testamentsvollstreckung

#### 1. Grundsätzliches, insbesondere zur Zulässigkeit solcher Anordnungen

##### a) Die Pflichtteilsbeschränkung in guter Absicht als Gestaltungsmodell

Eine ganz wichtige Gestaltungsaufgabe ist daher angesichts der zunehmenden Überschuldung in der modernen Gesellschaft, den Nachlass des Erblassers vor dem Zugriff von Eigengläubigern des Erben zu schützen. Mit welchen Mitteln

dies geschehen kann, zeigt uns das Gesetz selbst bei der Möglichkeit der Pflichtteilsbeschränkung in guter Absicht (§ 2338 BGB). Im wohlverstandenen Interesse des Pflichtteilsberechtigten weist uns das Gesetz dort den Weg, wie dies geschehen kann. Voraussetzung dafür ist, dass sich ein Abkömmling in solchem Maß der Verschwendung ergeben hat oder er in solchem Maße überschuldet ist, dass sein späterer Erwerb erheblich gefährdet ist. Dann kann sogar hinsichtlich des sonst zwingenden Pflichtteilsrechts<sup>29</sup> eine schützende Anordnung des Erblassers getroffen werden. Das Gesetz ermöglicht dann, dass der Erblasser

- das Pflichtteilsrecht des Abkömmlings durch die Anordnung beschränkt, dass nach dem Tod des Abkömmlings dessen gesetzliche Erben das ihm Hinterlassene oder den ihm gebührenden Pflichtteil als Nacherben (§§ 2100 ff. BGB) oder als Nachvermächtnisnehmer (§ 2191 BGB) nach dem Verhältnis ihrer gesetzlichen Erbteile erhalten (§ 2338 Abs. 1 Satz 1 BGB) und/oder
- auf Lebenszeit des Abkömmlings die Verwaltung des dem Pflichtteilsberechtigten Hinterlassenen einem Testamentsvollstrecker überträgt, wobei der Abkömmling dann Anspruch auf den jährlichen Reinertrag hat (§ 2338 Abs. 1 Satz 2 BGB).

Zu beachten ist allerdings, dass die Vorgaben des § 2338 BGB genau zu beachten sind, damit diese Bestimmung seine pflichtteilsrechtlichen Wirkungen gegenüber der umfassenden Vorschrift zum Schutz des Erbenpflichtteils nach § 2306 BGB verwirklichen kann.<sup>30</sup> Besondere Bedeutung haben die von § 2338 BGB eröffneten Möglichkeiten zur Gläubigerabwehr auch dann, wenn der Erblasser durch gemeinschaftliches Testament oder Erbvertrag erbrechtlich gebunden ist, denn die §§ 2289 Abs. 2, 2271 Abs. 3 BGB ermöglichen ausnahmsweise in Durchbrechung dieser erbrechtlichen Bindung die Anordnung der entsprechenden schützenden Maßnahmen.

##### b) Keine unzulässige Gläubigerbenachteiligung

Da sogar im Zusammenhang mit dem verfassungsrechtlich besonders geschützten Pflichtteil der Abkömmlinge der Gesetzgeber dem Erblasser eine so weitreichende Gestaltungs- und Eingriffsmöglichkeit gibt, kann dieser Vorschrift weiter entnommen werden, dass ganz allgemein der Testierfreiheit als Teil der verfassungsrechtlich geschützten Erb- und Privatautonomie (Art. 14 Abs. 1 GG) der Vorrang vor etwaigen Interessen der Eigengläubiger des Erben zukommt, so dass in solchen Gestaltungen keine sittenwidrige Gläubigerbenachteiligung<sup>31</sup> zu sehen ist.<sup>32</sup> Dies gilt umso mehr, als ein Gläubiger des Erben kein schützenswertes Vertrauen darauf besitzt, dass sein Schuldner einmal eine werthaltige und für Zwecke des Gläubigers auch verwertbare Erbschaft erhält. Dies entspricht auch der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung, wonach nach Eröffnung eines Insolvenzverfahrens allein der Gemeinschuldner berechtigt ist, die ihm angefallene Erbschaft auszuschlagen (§ 83 InsO). Für diese Sichtweise spricht auch, dass der BGH<sup>33</sup> nunmehr entschieden hat, dass es nicht zu den Obliegenheiten des Schuldners i. S. v. § 295

<sup>23</sup> BGH, NJW 1997, 2384; Gestaltungsmöglichkeiten bei drohender Pfändung bei *Keim*, ZEV 1998, 127.

<sup>24</sup> *Uhlenbruck/Hirte*, § 129 InsO Rdnr. 100; *Staudinger/Haas*, § 2317 Rdnr. 57.

<sup>25</sup> ZEV 2009, 469 = NJW-RR 2010, 121 = DNotZ 2009, 862 m. Anm. *Goltzsche*; *Nehrlich/Römermann*, § 295 InsO Rdnr. 24; a. A. früher *Uhlenbruck/Vallender*, § 295 InsO Rdnr. 35; *Döbereiner*, Die Restschuldbefreiung nach der InsO, 1997, S. 165 f.; *Münch-KommInsO/Ehrliche*, § 295 Rdnr. 57; *Ivo*, ZErB 2003, 250, 255.

<sup>26</sup> *Wälzholz*, FamRB 2006, 252, 253; ebenso jetzt im Zusammenhang mit dem Sozialhilferecht *Vaupel*, RNotZ 2009, 497.

<sup>27</sup> FamRZ 2011, 212 = ZEV 2011, 87 m. Anm. *Reul*.

<sup>28</sup> *Reul*, ZEV 2011, 88.

<sup>29</sup> Zum verfassungsrechtlich geschützten Pflichtteil der Abkömmlinge siehe BVerfGE 112, 332 = NJW 2005, 1561.

<sup>30</sup> Zum Verhältnis der beiden Vorschriften siehe *MünchKommBGB/Lange*, 5. Aufl. 2010, § 2338 Rdnr. 24 f.

<sup>31</sup> Zu solchen von der Rspr. entschiedenen Fällen siehe etwa *Palandt/Ellenberger*, BGB, 70. Aufl. 2011, § 138 Rdnr. 61 ff.; *Staudinger/Sack*, BGB, Bearb. 2003, § 138 Rdnr. 348 ff.

<sup>32</sup> In diesem Zusammenhang jedoch zur Vorsicht mahnend *Wälzholz*, FamRB 2006, 256.

<sup>33</sup> ZEV 2009, 469 = NJW-RR 2010, 121 = DNotZ 2009, 862 m. Anm. *Goltzsche*.



Abs. 1 Nr. 2 InsO gehört, eine in der Wohlverhaltensphase anfallende Erbschaft nicht auszuschlagen oder einen Pflichtteilsanspruch, der in diesem Zeitraum anfällt, zu verfolgen. Dies entspricht der herrschenden Meinung in der Literatur.<sup>34</sup>

## 2. Schutz vor Pfändungen der Eigengläubiger des Vorerben

### a) Grundsätzliches: Notwendigkeit der Kombination von Nacherbschaft und Testamentsvollstreckung

#### aa) Die Wirkungen der Vor- und Nacherbschaft

Wie bereits der Blick auf § 2338 BGB gezeigt hat, ist das klassische Gestaltungsmittel bei einem überschuldeten Erben die Anordnung der Vor- und Nacherbschaft (§§ 2100 ff. BGB). Damit wird der der Nacherbfolge unterliegende Nachlass gegen Vollstreckungsmaßnahmen der Eigengläubiger des Vorerben durch § 2115 BGB geschützt. Dieser Schutz wird ergänzt durch § 773 ZPO, wonach keine Veräußerung und Beweissicherung im Weg der Zwangsvollstreckung möglich ist, und § 83 InsO, wonach ein Verfügungsverbot des Insolvenzverwalters besteht, wenn die Verfügung im Falle des Eintritts der Nacherbfolge dem Nacherben gegenüber unwirksam ist. Jedoch ist durch § 2115 BGB nur die Verwertung untersagt. Denn wenn auch der Vorerbe nur Erbe des Erblassers auf Zeit ist (bis zum Eintritt des Nacherbfalls), so ist er doch solange echter Erbe. Daher können auch Eigengläubiger des Vorerben in der Zeit der Vorerbschaft in den Nachlass vollstrecken. Etwa begründete Pfandrechte sind während der Dauer der Vorerbschaft wirksam, ebenso die Beschlagnahmewirkung im Insolvenzverfahren.<sup>35</sup> Denn gemäß § 2115 BGB sind Verfügungen, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung oder durch den Insolvenzverwalter erfolgen, erst im Zeitpunkt des Eintritts des Nacherbfalls insoweit unwirksam, als sie das Recht des Nacherben beeinträchtigen würden. Vor dieser „Halbvollstreckung“ kann der Erblasser den Nacherben nur durch die Anordnung einer Testamentsvollstreckung schützen.<sup>36</sup>

Dies bedeutet aber, dass während der Dauer der Vorerbschaft zunächst alle anderen Zwangsvollstreckungsmaßnahmen wirksam sind, insbesondere die Begründung von Pfändungspfandrechten oder Zwangssicherungshypotheken oder auch die Durchführung einer Zwangsverwaltung (§ 146 ZVG).<sup>37</sup>

In einem Restschuldbefreiungsverfahren scheidet eine Obliegenheit zur Herausgabe der hälftigen Erbschaft, die einer Nacherbfolge unterliegt, nach § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO zumindest dann aus, wenn der Vorerbe nicht von den Beschränkungen des § 2136 BGB befreit ist. Denn dann darf er auch keine entgeltlichen Verfügungen vornehmen. Ist dagegen der Vorerbe von diesen Beschränkungen befreit, dann dürfte er auch die Nachlasssubstanz zur Tilgung von Eigenschulden verwenden, ohne gegen das allgemeine Schenkungsverbot des § 2113 Abs. 2 BGB zu verstoßen.<sup>38</sup> Dies spricht für eine entsprechende Herausgabeobliegenheit.<sup>39</sup> Daher rät die Gestal-

tungspraxis dazu, den Vorerben nicht von diesen Beschränkungen zu befreien.<sup>40</sup>

Demgegenüber stehen die Nutzungen der Erbschaft dem Vorerben zu. Sie gehören dann zu seinem eigenen Vermögen und unterliegen nicht dem Vollstreckungsschutz des § 2115 BGB. Daher können sie in einem Insolvenzverfahren des Vorerben für die Masse verwertet werden; § 83 InsO entfaltet insoweit keinen Schutz. Hat der Insolvenzschuldner nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens (§ 289 Abs. 2 Satz 2 InsO) die Abtretungserklärung zugunsten des Treuhänders abgegeben, um nach Ablauf der Wohlverhaltensphase die Restschuldbefreiung zu erhalten, so muss er dementsprechend auch die Hälfte der Nutzungen der Erbschaft i. S. d. § 100 BGB an den Treuhänder herausgeben (§ 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO). Zu den Nutzungen gehören nicht nur die Erträge eines Rechts oder einer Sache, sondern auch die Gebrauchsvorteile (§ 100, Alt. 2 BGB). Die Zwangsvollstreckung in die dem Vorerben zustehenden Nutzungen, die gerade nicht durch § 2115 BGB ausgeschlossen ist, geschieht im Falle der Selbstnutzung einer Immobilie dadurch, dass nach § 148 Abs. 2 ZVG die Zwangsverwaltung angeordnet wird. Nach § 149 Abs. 1 ZVG sind jedoch dem Schuldner, der bei Beschlagnahme das Grundstück selbst nutzt, die für seinen Hausstand unentbehrlichen Räume zu belassen, ohne dass er dafür eine Nutzungsentschädigung zu bezahlen hat. Er hat jedoch die anteiligen Nebenkosten des Bewohnens, wie des Verbrauchs und der Instandhaltung zu tragen.<sup>41</sup>

Ist der Vorerbe nur Miterbe, so erfasst das Verwertungsverbot des § 2115 BGB nicht den Miterbenanteil als solchen, über den der Vorerbe ohne Zustimmung des Nacherben selbst verfügen könnte. Daher kann ein Gläubiger diesen bis zur Erbauseinandersetzung pfänden. Die Pfändung des Vorerbenanteils erlischt allerdings mit dem Eintritt des Nacherbfalls, da der Nacherbe nicht Schuldner des Pfändungsgläubigers ist (§§ 2100, 2139, 2144 Abs. 1 BGB).<sup>42</sup> Der eigentliche Sinn der Anordnung der Nacherbschaft liegt aber in der durch den Tod des überschuldeten Vorerben eintretenden Nachlassseparierung: Während auf dessen Eigennachlass seine Gläubiger zugreifen können, geht die Nacherbschaft eigene Wege: Die Nacherben, die zugleich Erben des Eigennachlasses des Vorerben sind, können die überschuldete Erbschaft ausschlagen und erhalten dennoch die Nacherbschaft. Und trotz Beendigung der Testamentsvollstreckung durch den Tod des Vorerben können dessen Eigengläubiger nicht mehr darauf zugreifen.<sup>42a</sup>

#### bb) Der Schutz durch die Testamentsvollstreckung

Während § 2115 BGB nur die Verwertung im Wege der Zwangsvollstreckung verhindert, schützt die Testamentsvollstreckung nach § 2214 BGB bereits gegen eine Pfändung durch Eigengläubiger des Erben ab dem Erbfall. Allerdings muss dies der Testamentsvollstrecker im Wege der Erinnerung nach § 766 ZPO geltend machen. Wegen dieses besonderen Pfändungsschutzes bietet die Testamentsvollstreckung, und zwar in der Form der Verwaltungs- oder Dauervollstreckung (§ 2209 BGB), gegenüber der bloßen Anordnung der

<sup>34</sup> Zum Streitstand siehe oben, Fn. 13.

<sup>35</sup> Vgl. etwa nur *Krauß*, Überlassungsverträge in der Praxis, 2. Aufl. 2010, Rdnr. 4838.

<sup>36</sup> *Langenfeld*, Testamentsgestaltung, 4. Aufl. 2010, Rdnr. 318; *Kessel*, MittRhNotK 1991, 137, 142 f.

<sup>37</sup> *Palandt/Edenhofer*, § 2215 Rdnr. 4.

<sup>38</sup> *Soergel/Harder/Wegmann*, § 2113 Rdnr. 19.

<sup>39</sup> Dagegen wendet sich *Hartmann*, ZNotP 2005, 85, weil während eines Regelinsolvenzverfahrens der Vorerbe nur die Nutzungen herauszugeben hätte, und will deshalb § 83 InsO analog anwenden.

<sup>40</sup> *Everts*, Zerb 2005, 358; *Krauß*, Überlassungsverträge, Rdnr. 4851; Gutachten DNotI-Report 2006, 103; *Bisle*, DStR 2011, 526, 529, wobei dessen Auffassung, dass der nur für den Vorerben eingesetzte Testamentsvollstrecker nicht mehr Rechte haben kann, als der Vorerbe ohne einen Testamentsvollstrecker, äußerst umstritten ist, anders etwa RG JW 1938, 1454; OLG Stuttgart, BWNNotZ 1980, 92; *Winkler*, Testamentsvollstreckung, 17. Aufl. 2005, Rdnr. 215; für die Angleichung der Befugnisse aber *Palandt/Weidlich*, § 2205 Rdnr. 25; *MünchKommBGB/Zimmermann*, § 2205 Rdnr. 64.

<sup>41</sup> Vgl. dazu *Stöber*, ZVG, 18. Aufl. 2006, § 149 Rdnr. 2.3.

<sup>42</sup> *Van de Loo*, NJW 1990, 2853.

<sup>42a</sup> Vgl. etwa *Teerstegen*, Zerb 2011, 234, 235.

Vor- und Nacherbschaft für den Nachlass eine wesentlich bessere Sicherheit.

## b) Die Reichweite des Vollstreckungsschutzes nach § 2214 BGB<sup>43</sup>

### aa) Betroffene Verbindlichkeiten

Das Zugriffsverbot des § 2214 BGB betrifft nur persönliche Forderungen der Eigengläubiger der Erben. Hierzu gehören auch solche, die der Erbe ohne Zustimmung des Testamentsvollstreckers hinsichtlich der der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Nachlassgegenstände eingegangen ist; aus solchen Rechtsgeschäften wird nur der Erbe, nicht aber der Nachlass selbst verpflichtet.<sup>44</sup> Nicht betroffen werden von diesem Zugriffsverbot die echten, wirksam begründeten Nachlassverbindlichkeiten (§ 1967 BGB) und bereits früher wirksam bestellte dingliche Verwertungsrechte an Nachlassgegenständen (Grundpfandrechte, Pfandrechte), mögen diese auch zur Sicherung von privaten Schulden des Erben bestellt worden sein.<sup>45</sup> Auch wenn ein Sozialhilfeträger bei einem Berliner Testament (§ 2209 BGB) wegen eines früheren Erbfalls einen Pflichtteilsanspruch eines behinderten Kindes nach § 94 Abs. 1 SGB XII überleitet, so ist der dem Behinderten aufgrund des Schlusserbfalls nach dem Tod des länger lebenden Elternteils zugewandte Erbteil durch die Verwaltungsvollstreckung wegen § 2214 BGB vor dem Zugriff geschützt.<sup>46</sup>

Nicht erfasst werden vom Zugriffsverbot Ansprüche des Erben gegen den Testamentsvollstreckter

- auf Freigabe von Nachlassgegenständen nach § 2217 Abs. 1 BGB.<sup>47</sup> So lange aber der Testamentsvollstreckter die Nachlassgegenstände zur Erfüllung seiner Aufgaben benötigt, besteht kein Recht des Erben auf Freigabe. Daher ist insbesondere während der Dauer der Verwaltungsvollstreckung das sich aus einer solchen Pfändung ergebende Risiko gering.<sup>48</sup>
- auf Auskehrung von Nachlasserträgen.<sup>49</sup> Ein solcher Anspruch ergibt sich nach der herrschenden Meinung aus dem Gebot der ordnungsgemäßen Nachlassverwaltung (§ 2216 Abs. 1 BGB), wenn der Erblasser nicht aufgrund einer Verwaltungsanordnung etwas anderes bestimmt hat (§ 2216 Abs. 2 Satz 1 BGB). Jedoch ist bei der Pflichtteilsbeschränkung in guter Absicht der Vollstreckungsschutz des § 863 Abs. 1 Satz 2 ZPO zu beachten. Zudem besteht eine Pfändungsbeschränkung bei fortlaufenden Einkünften, die ein Schuldner „aufgrund Fürsorge und Freigebigkeit eines Dritten“ bezieht (§ 850 b Abs. 1 Nr. 3 ZPO); siehe dazu IV. 1 (im nächsten Heft).

### bb) Sachliche Reichweite des Zugriffsverbots

#### (1) Arten der Testamentvollstreckung

Die Zugriffssperre des § 2214 BGB gilt für jede Art der Testamentvollstreckung, mit Ausnahme der rein beaufsichtigenden Vollstreckung (§ 2208 Abs. 2 BGB). Der Vollstreckungs-

schutz hat aber bei der Verwaltungsvollstreckung die größte Bedeutung, weil damit jahrzehntelang der Zugriff der Eigengläubiger ausgeschlossen werden kann (§§ 2209, 2210 BGB). Aber auch bei der Abwicklungsvollstreckung (§§ 2203 f. BGB) ist dies praktisch bedeutsam,<sup>50</sup> denn auch diese kann sich über Jahre hinziehen und sichert auch hier etwa die einem Vermächtnisnehmer zustehenden Objekte vor dem Zugriff der Eigengläubiger des Erben. Ist die Testamentvollstreckung nach § 2208 Abs. 1 Satz 2 BGB gegenständlich beschränkt, so erfasst der Schutz des § 2214 BGB nicht die Teile des Nachlasses, die nicht der Testamentvollstreckung unterliegen.

Welche fatalen Folgen eine solche gegenständliche Beschränkung der Testamentvollstreckung haben kann, zeigt der vom OVG Münster mit Beschluss vom 18.7.2008<sup>51</sup> unlängst entschiedene Fall, bei dem im Rahmen eines „klassischen Behindertentestaments“ ausgerechnet das Kapitalvermögen von der Testamentvollstreckung ausgenommen und damit dem Zugriff des Sozialhilfeträgers ausgeliefert war.

#### (2) Pfändung eines Erbteils

Auch ein Erbanteil eines Miterben oder eines Vorerben kann wirksam gepfändet werden (§ 859 Abs. 2 ZPO), denn er unterliegt nicht der Testamentvollstreckung. Hieraus ergeben sich folgende Konsequenzen: Im Allgemeinen wirkt zwar ein ausdrücklich verfürgtes Auseinandersetzungsverbot nach § 2044 BGB an sich nicht gegenüber einem Pfändungsgläubiger, der einen nicht nur vorläufig vollstreckbaren Titel besitzt (§§ 2044 Abs. 1 Satz 2, 751 Satz 2 BGB), weil niemand durch eine Vereinbarung sein Vermögen dem Vollstreckungszugriff entziehen kann; Gleiches gilt von einer entsprechenden Anordnung des Erblassers durch Verfügung von Todes wegen. Damit ist jedoch nicht vergleichbar, wenn der Erblasser eine Testamentvollstreckung angeordnet hat. Durch die Anordnung der Testamentvollstreckung hat der Erblasser den Miterben die Befugnis zur Verfügung über die der Vollstreckung unterliegenden Bestandteile seines Nachlasses entzogen und so gegen eine Verfügung der Miterben gesichert, die seinem Willen widerspricht. Hierüber können sich die Miterben nicht ohne Zustimmung des Testamentsvollstreckers hinwegsetzen. Ein Anspruch eines Miterben auf ein solches Handeln des Testamentsvollstreckers kommt nicht in Betracht. Für die Gläubiger eines Miterben kann nichts Anderes gelten. Daher schließt die Ernennung eines Testamentsvollstreckers die Anordnung der Versteigerung eines Grundstücks zum Zwecke der Aufhebung der Gemeinschaft an einem der Testamentvollstreckung unterliegenden Grundstück auch gegenüber einem Gläubiger eines Miterben aus, der dessen Anteil an dem Nachlass gepfändet hat.<sup>52</sup> Ob es sich dabei um eine einfache Abwicklungs- oder eine länger dauernde Verwaltungsvollstreckung (§ 2209 BGB) handelt, ist dabei ohne Belang. Würde man anders entscheiden, so würde ansonsten der Alleinerbe mit einem umfassenden Vollstreckungsschutz bevorzugt und der Vollstreckungsschutz des § 863 ZPO durch die vorzeitige Auseinandersetzung des Nachlasses unterlaufen. Auf die Frage, ob in der Anordnung einer echten Dauervollstreckung zwangsläufig ein befristetes Erbteilungsverbot

<sup>43</sup> Ausführlich hierzu *Bamberger/Roth/J. Mayer*, § 2214 Rdnr. 2 ff.

<sup>44</sup> *Soergel/Damrau*, § 2214 Rdnr. 2.

<sup>45</sup> *Staudinger/Reimann*, § 2214 Rdnr. 2; *MünchKommBGB/Zimmermann*, § 2214 Rdnr. 6.

<sup>46</sup> BGH, NJW-RR 2005, 369 = ZErB 2005, 120.

<sup>47</sup> Vgl. etwa *Staudinger/Reimann*, § 2214 Rdnr. 7.

<sup>48</sup> *Gutbell*, ZEV 2001, 260, 262.

<sup>49</sup> *Staudinger/Reimann*, § 2214 Rdnr. 7; *MünchKommBGB/Zimmermann*, § 2214 Rdnr. 4. Zu Gestaltungsregelungen siehe *Gutbell*, ZEV 2001, 260, 261; zum Pfändungsschutz der Erträge nach § 850 b Abs. 1 Nr. 3 ZPO siehe OLG Frankfurt, NJW-RR 2001, 367 = ZEV 2001, 156 m. Anm. *Gutbell* sowie sogleich oben im Text.

<sup>50</sup> Dazu BGH, NJW 2009, 2458 = ZErB 2009, 221.

<sup>51</sup> 12 A 2471/06 = ZEV 2009, 402.

<sup>52</sup> BGH, NJW 2009, 2458 = ZEV 2009, 391 m. Anm. *Kiderlen* = *MittBayNot* 2010, 136 m. Anm. *Damrau*; *Bengel* in *Bengel/Reimann*, Handbuch Testamentvollstreckung, I Rdnr. 223; *Soergel/Damrau*, § 2214 Rdnr. 2; *MünchKommBGB/Zimmermann*, § 2214 Rdnr. 4; wohl auch *Lange/Kuchinke*, § 31 VI 4 k; *Zimmermann*, Testamentvollstreckung, 3. Aufl., Rdnr. 622; *Winkler*, Der Testamentvollstreckter, 19. Aufl. 2008, Rdnr. 18; a. A. BayObLG ZEV 2006, 209, 212; *Ensthaler*, Rpfleger 1988, 94.

enthalten ist,<sup>53</sup> kommt es daher in diesem Zusammenhang nicht an.

### cc) Zeitliche Dauer des Zugriffsverbots

Die Zugriffssperre beginnt bereits mit dem Erbfall, nicht erst mit der Amtsannahme des Testamentsvollstreckers (§ 2202 BGB). Die Beschränkung des Vollstreckungszugriffs endet bezüglich einzelner Nachlassgegenstände, wenn der Testamentsvollstrecker diese freigibt (§ 2217 BGB), und bezüglich einzelner Nachlassgegenstände oder hinsichtlich des gesamten Nachlasses, wenn die Testamentsvollstreckung insoweit endet.

### dd) Art der Zwangsvollstreckung, insbesondere bei Insolvenz

Das Zugriffsverbot betrifft jede Art der Zwangsvollstreckung; dies gilt zum einen für die Einzelvollstreckung, und zwar auch dann, wenn sie bedingt durch die Beendigung der Testamentsvollstreckung erfolgt.<sup>54</sup> Umstritten war bis vor kurzem, ob ein Nachlass, für den Testamentsvollstreckung angeordnet ist, Bestandteil der Insolvenzmasse ist, wenn über das Vermögen des Erben das Insolvenzverfahren eröffnet wird. Die wohl überwiegende Meinung hatte dies unter Bezug auf § 36 Abs. 1 Satz 1 InsO und das Zugriffsverbot nach § 2214 BGB abgelehnt.<sup>55</sup> Demgegenüber bejaht der BGH nun im Urteil vom 11.5.2006 die Zugehörigkeit eines solchen Nachlasses zur Insolvenzmasse.<sup>56</sup> Allerdings besteht auch nach Auffassung des BGH während des Insolvenzverfahrens die Testamentsvollstreckung fort, was zur Folge hat, dass

- die Verfügungsbeschränkung des Erben nach § 2211 BGB auch für den Insolvenzverwalter gilt,
- die Eigengläubiger keine Befriedigung aus den der Testamentsvollstreckung unterliegenden Gegenständen verlangen können, weil insoweit noch das Zugriffsverbot des § 2214 BGB weiter gilt,
- der Testamentsvollstrecker im Rahmen seiner Befugnisse den Nachlass weiter verwalten und über Nachlassgegenstände verfügen kann.

Bis zur Beendigung der Testamentsvollstreckung kann daher der Insolvenzverwalter den Nachlass nicht verwerten. Erst danach unterliegt er seinem Verwertungsrecht. Dadurch wird nach Ansicht des BGH auch dem Umstand Rechnung getragen, dass der der Testamentsvollstreckung unterliegende Nachlass nach § 2214 BGB nicht schlechthin unpfändbar ist, sondern nur für die Eigengläubiger des Erben. Vielmehr bildet der der Testamentsvollstreckung unterliegende Nachlass eine Sondermasse, aus der nur die echten Nachlassgläubiger zu befriedigen sind. Zu diesen gehören insbesondere die Pflichtteilsberechtigten, um deren Ansprüche es in dem entschiedenen Fall ging. Die Befugnis zur Ausschlagung der mit der Testamentsvollstreckung belasteten Erbschaft steht allerdings allein dem Erben zu (§ 83 Abs. 1 InsO).

Ein Erbteil eines Miterben ist dagegen pfändbar und fällt demnach in die Insolvenzmasse.

<sup>53</sup> Anders und entgegen der h. M. *Scheuren/Brandes*, ZEV 2007, 306.

<sup>54</sup> Vgl. RG LZ 1916, 1473.

<sup>55</sup> So etwa *Soergel/Damrau*, § 2214 Rdnr. 1, 3; *MünchKommBGB/Zimmermann*, 4. Aufl., § 2214 Rdnr. 3; Vorauf. Rdnr. 558.

<sup>56</sup> BGHZ 167, 352 = NJW 2006, 2698 = ZErB 2006, 272 = ZEV 2006, 405 m. Anm. *Siegmann*; dazu auch *Kessler*, RNotZ 2006, 474; *Stahlschmidt*, EWiR 2006, 659; *Lüke*, LMK 2006, II 77; *Kummer*, jurisPR-BGHZivilR 28/2006 Anm. 4; *Weidlich*, MittBayNot 2007, 61 mit Hinweis zur Durchsetzung von Pflichtteilsansprüchen bei angeordneter Testamentsvollstreckung; kritisch zu den praktischen Auswirkungen der BGH-Entscheidung *A. Schindler*, ZInsO 2007, 484.

Der von § 2214 BGB vermittelte Schutz wirkt auch im Restschuldbefreiungsverfahren, zumindest beim Alleinerben. Da dieser aufgrund der angeordneten Testamentsvollstreckung nach § 2211 BGB über die einzelnen Nachlassgegenstände nicht verfügen kann, besteht für ihn auch keine Herausgabeobliegenheit nach § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO.<sup>57</sup> Ob dies bei einem Miterben ebenso ist, ist deshalb fraglich, weil diesen die Testamentsvollstreckung nicht an der Verfügung über seinen Erbteil hindert (siehe dazu 4).

Für die dem Schuldner als Erben gebührenden Nachlasserträge besteht die Herausgabeobliegenheit nur insoweit, als er gegen den Testamentsvollstrecker einen entsprechenden Auskehrungsanspruch besitzt, sei es aufgrund einer ausdrücklichen Anordnung des Erblassers, unter dem Gesichtspunkt der ordnungsgemäßen Nachlassverwaltung (§ 2216 Abs. 1 BGB) oder weil der Testamentsvollstrecker diese Erträge nach § 2217 BGB freigibt.

### ee) Durchsetzung des Zugriffsverbots

Eine gegen § 2214 BGB verstoßende Vollstreckung ist unzulässig, was vom Vollstreckungsgericht von Amts wegen zu beachten ist.<sup>58</sup> Sie ist aber nicht nichtig,<sup>59</sup> weshalb der Testamentsvollstrecker Erinnerung nach § 766 ZPO erheben muss,<sup>60</sup> auch eine Drittwiderspruchsklage ist möglich.<sup>61</sup> Eine Klage des Eigengläubigers gegen den Testamentsvollstrecker auf Duldung der Zwangsvollstreckung in den verwalteten Nachlass (§ 2213 Abs. 3 BGB) ist materiellrechtlich unbegründet.<sup>62</sup>

*Fazit:* Gegenüber der Anordnung der Vor- und Nacherbschaft (§ 2115 BGB) gewährt die Testamentsvollstreckung den besseren Pfändungsschutz des Nachlasses vor den Eigengläubigern, denn bei der Testamentsvollstreckung ist bereits die Pfändung und nicht erst die Verwertung unzulässig und auch die Erträge können bei entsprechender Anordnung dem Zugriff entzogen werden.<sup>63</sup>

*Praxistipp:* Regelmäßig ist bei der Fallgruppe des „überschuldeten Erben“ die Anordnung der Vor- und Nacherbschaft mit einer Verwaltungs- oder Dauertestamentsvollstreckung zu kombinieren.<sup>64</sup>

## 3. Schwachstellen der Gestaltung

### a) Allgemeine Schwächen

Die dargestellte Erbschaftslösung mit Vor- und Nacherbschaft und Anordnung einer Testamentsvollstreckung hat aber auch Schwächen:

Besitzt der überschuldete Erbe einen Miterbenanteil, so bleibt dieser dennoch pfändbar (dazu näher III. 2 b) bb) (2) und kann trotz der Testamentsvollstreckung vom Miterben auch einem anderen übertragen werden. Daneben unterliegen die Ansprüche, die dem Erben gegen den Testamentsvollstrecker zustehen und pfändbar sind, uneingeschränkt dem Gläubigerzugriff. Hierzu gehören

<sup>57</sup> *Damrau*, MDR 2000, 256; *Everts*, Zerb 2005, 356.

<sup>58</sup> *Winkler*, Der Testamentsvollstrecker, Rdnr. 180.

<sup>59</sup> *Schmidt*, DJZ 1935, 552.

<sup>60</sup> *Staudinger/Reimann*, Bearb. 2003, Rdnr. 4; *MünchKommBGB/Zimmermann*, Rdnr. 5 je zu § 2214.

<sup>61</sup> *Soergel/Damrau*, § 2214 Rdnr. 3.

<sup>62</sup> *MünchKommBGB/Zimmermann*, § 2214 Rdnr. 5.

<sup>63</sup> *Staudinger/Reimann*, § 2214 Rdnr. 6.

<sup>64</sup> NK-BGB/*Weidlich*, § 2214 Rdnr. 8; vgl. auch *App*, NotBZ 2003, 103, 104; *Uhlenbruck*, InsO, § 83 Rdnr. 5, 18; zurückhaltender jetzt *Teerstegen*, ZErB 2011, 234, 236.

- der Anspruch des Erben auf Auskehrung der Nachlasserträge, soweit dies ordnungsgemäßer Nachlassverwaltung nach § 2216 BGB entspricht (siehe auch III. 2. b) aa)).<sup>65</sup> Vorrangig sind diesbezüglich allerdings die Verwaltungsanordnungen des Erblassers, die dieser nach § 2216 Abs. 2 Satz 1 BGB treffen kann. Diesbezüglich wird allerdings vertreten, dass ein entsprechender Herausgabeanspruch des Erben auch auf solche Erträge, die pfändbar sind, ausgeschlossen werden kann.<sup>66</sup>
- der Anspruch auf Freigabe nach § 2217 BGB, der ebenfalls pfändbar ist. Jedoch kann dieser durch ausdrückliche Anordnung des Erblassers ausgeschlossen werden, vgl. § 2220 BGB.

Noch nicht abschließend geklärt ist auch die Frage, inwieweit solche Gestaltungen nach § 138 BGB sittenwidrig sein können. Dazu bereits oben, insbesondere III. 1. b).

#### b) Pflichtteilsrechtliche Grenzen

Daneben gilt es aber die pflichtteilsrechtlichen Grenzen zu beachten:

Ist der überschuldete Erbe ein Pflichtteilsberechtigter, so kann er nach § 2306 Abs. 1 BGB immer ausschlagen und stattdessen den Pflichtteil verlangen, der seinerseits nach Maßgabe des § 852 Abs. 1 ZPO pfändbar ist. Etwas anderes gilt nur dann, wenn wirksam eine Pflichtteilsbeschränkung in guter Absicht nach § 2338 BGB angeordnet wurde. Schlägt der Pflichtteilsberechtigte aus, was er auch hier wählen kann, so gehen die zulässigerweise nach § 2338 BGB vom Erblasser getroffenen Anordnungen auf den Pflichtteil über; dann unterliegt dieser etwa der angeordneten Testamentvollstreckung.<sup>67</sup>

Durch die zum 1.1.2010 mit Wirkung für die dann eintretenden Erbfälle in Kraft getretene Erbrechtsreform sind allerdings die Gefahren, die von § 2306 BGB für das Testament eines Überschuldeten auftreten, erheblich reduziert worden.<sup>68</sup> Nunmehr sind die schützenden Anordnungen zunächst immer wirksam, auch wenn der dem überschuldeten Erben zugewandte Erbteil nicht über der Hälfte seines gesetzlichen Erbteils liegt. Denn die frühere Regelung des § 2306 Abs. 1 Satz 1 BGB, wonach in solchen Fällen die belastenden Anordnungen kraft Gesetzes unwirksam waren, wurde aufgehoben. Der Erbe hat aber immer das Wahlrecht, ob er sich den belastenden, aber vor dem Gläubigerzugriff schützenden Anordnungen unterwirft, oder den Pflichtteil wählt.<sup>69</sup>

#### 4. Weitere Probleme aufgrund des Restschuldbefreiungsverfahrens

Weitere ungeklärte Fragen bestehen bei der Restschuldbefreiung (§§ 286 InsO)<sup>70</sup>: Während der sechsjährigen Wohlverhal-

tensphase obliegt es dem Erben, die Hälfte der Erbschaft an den Treuhänder zur Verteilung an die Gläubiger herauszugeben (§ 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO). Bei der reinen Abwicklungsvollstreckung muss der Testamentvollstrecker nach Durchführung der Nachlasteilung die dem verschuldeten Erben gebührenden Erbschaftsgegenstände in Höhe der Hälfte des ihm Zugeteilten an den Treuhänder herausgegeben. Besteht aber eine Vollstreckung nach § 2209 BGB, so kann der Alleinerbe mangels Verfügungsbefugnis (§ 2211 BGB) vor Beendigung dieser Testamentvollstreckung dieser Obliegenheit aus Rechtsgründen nicht nachkommen, der Nachlass bleibt ihm also ungekürzt erhalten, wenn die Wohlverhaltensphase bis dahin beendet ist. Schwieriger liegt es beim Miterben; dieser ist durch die Testamentvollstreckung nicht gehindert, über den Erbteil zu verfügen; er hat daher grundsätzlich dessen Hälfte an den Treuhänder abzutreten. Damit steht der Miterbe in diesem Verfahren schlechter als der Alleinerbe, weshalb teilweise vertreten wird, dass der Treuhänder verpflichtet sei, nach § 242 BGB auf die Herausgabe zu verzichten,<sup>71</sup> was angesichts des Zwecks dieses Verfahrens wohl zu weit geht.<sup>72</sup> Die als ungerecht empfundene Benachteiligung des Miterben lässt sich auch nicht dadurch vermeiden, dass dieser mit einer Erbteilstvollstreckung belastet wird, denn diese nimmt dem Miterben nicht das Recht, über den Erbteil zu verfügen.<sup>73</sup> Ist der Miterbe auch mit einer Nacherbschaft belastet, die mit seinem Tod eintritt, so ist der Miterbenanteil allerdings wirtschaftlich ohnehin weitgehend wertlos.

#### 5. Alternativen zur belastenden Vor- und Nacherbschaft

##### a) Nachvermächtnis

Wegen der belastenden Wirkungen, die mit der Anordnung der Vor- und Nacherbschaft verbunden sind, wird teilweise als Alternative erwogen, ein Vor- und Nachvermächtnis mit Dauertestamentsvollstreckung anzuordnen.<sup>74</sup> Dem liegt die zutreffende Ausgangsüberlegung zugrunde, dass auch bezüglich eines reinen Vermächtnisobjekts auf längere Zeit die Anordnung einer Testamentvollstreckung möglich ist, bei der es sich dann aber nicht um eine reine Vermächtnisvollstreckung i. S. v. § 2223 BGB handelt, sondern um eine normale Verwaltungsvollstreckung (§ 2209 BGB). Da die Vollstreckungsbeschränkung des § 2214 BGB auch insoweit gilt, kann für die Dauer der Testamentvollstreckung dadurch verhindert werden, dass Eigengläubiger des Vorvermächtnisnehmers auf den Vermächtnisgegenstand zugreifen können.<sup>75</sup> Auch für den Fall der Insolvenz des Vermächtnisnehmers ist allgemein anerkannt, dass sich aus § 2214 BGB ein entsprechendes Zugriffsverbot ergibt (siehe III. 2. b) dd)). Jedoch ist diese Streitfrage ohne praktische Auswirkung. Die bloße Anordnung dieser Testamentvollstreckung genügt nur dann zur Sicherung des Vermächtnisobjektes, wenn der Vermächtnisnehmer

<sup>65</sup> BGH, NJW-RR 1986, 1069; *Everts*, ZErB 2005, 353, 355 m. w. N.

<sup>66</sup> *Engelmann*, MittBayNot 1999, 509, 511; *Chr. Hartmann*, ZNotP 2005, 82, 86 m. w. N.; vgl. auch den Fall von OLG Bremen, FamRZ 1984, 213, 214; wohl auch *Eichenhofer*, JZ 1999, 226, 229.

<sup>67</sup> Dazu *J. Mayer/Süß*, Handbuch Pflichtteilsrecht, 2. Aufl. 2010, § 8 Rdnr. 111 m. Nachw. zu den hier bestehenden unterschiedlichen Auffassungen.

<sup>68</sup> Unverständlicherweise übersehen bei *Bisle*, DStR 2011, 526, 529, der noch von der alten Rechtslage ausgeht.

<sup>69</sup> Eingehend dazu etwa *Lange* in Bonefeld/Kroiß/Lange, Die Erbrechtsreform, 2009, § 8 Rdnr. 1 ff.; *J. Mayer*, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 3 Rdnr. 5 ff.

<sup>70</sup> Eingehend dazu *Damrau*, MDR 2000, 255, 256; *Limmer*, ZEV 2004, 133; vgl. auch *Zimmermann*, Die Testamentvollstreckung, Rdnr. 648; demgegenüber verkennt *Kessler* (RNotZ 2003, 557) die Chancen, welche die Testamentvollstreckung für den Erwerb von Todes wegen in diesem Verfahren bietet.

<sup>71</sup> *Damrau*, MDR 2000, 256.

<sup>72</sup> Dagegen auch NK-BGB/*Weidlich*, § 2214 Rdnr. 5.

<sup>73</sup> *Muscheler*, AcP 195 (1995), 35, 62 m. w. N.; a. A. KGJ 28 A 16, 19. Demgegenüber bejaht *Soergel/Damrau*, § 2214 Rdnr. 4 bei einer Erbteilstvollstreckung nach § 2209 BGB wenigstens den Pfändungsschutz des § 2214 BGB, weshalb sich daraus auch die Unzulässigkeit der Verwertung in der Restschuldbefreiung (also Ersatzform der Einzelvollstreckung) ergeben könnte; anders aber die h. M., die auch bei einer Erbteilstvollstreckung die Pfändung nach § 857 ZPO zulässt (vgl. etwa *Muscheler*, a. a. O., S. 65).

<sup>74</sup> Eingehend dazu etwa DNotI-Gutachten vom 7.9.2004, iv-fi M/II/1 – § 2191 BGB – 52397 (Faxpool).

<sup>75</sup> *Staudinger/Reimann*, § 2223 Rdnr. 15; NK-BGB/*Weidlich*, § 2224 Rdnr. 6.

vor Beendigung der Testamentsvollstreckung schuldenfrei wird, und damit die Pfändungsgefahr entfällt.

Ist aber bei Beendigung der Testamentsvollstreckung, insbesondere im Fall des Todes des Vermächtnisnehmers, die Haftungsgefahr noch gegeben, so ergibt sich bei dieser Gestaltungsvariante kein Schutz gegen Pfändungen durch Eigengläubiger, den sonst die Nacherbschaft über § 2115 BGB vermittelt. Es stellt sich daher die Frage, ob ein vergleichbarer Schutz nicht durch die Anordnung eines Nachvermächtnisses (§ 2191 BGB) hergestellt werden kann. Allerdings wirkt dieses nicht dinglich, sondern gibt nur einen schuldrechtlichen Anspruch des Nachvermächtnisnehmers gegen die Erben des verstorbenen Vorvermächtnisnehmers auf Erfüllung des Nachvermächtnisses. Daher ist zu klären, wie eine derartige Forderung aus einem Nachvermächtnis bei Insolvenz des verstorbenen Vorvermächtnisnehmers zu behandeln ist.

Teilweise wird allerdings davon ausgegangen, dass das Nachvermächtnis in der Insolvenz den zweitschlechtesten Rang hat, was mit dem bloßen Wortlaut des § 327 Abs. 1 Nr. 2 InsO begründet wird.<sup>76</sup> Jedoch wird diese Auffassung von der überwiegenden Meinung abgelehnt.<sup>77</sup> Dies wird zutreffender Weise damit begründet, dass die Anwendung dieser Vorschrift voraussetzen würde, dass es sich um ein erst von dem Vorvermächtnisnehmer angeordnetes Vermächtnis handelt. Demgegenüber trifft die Verpflichtung zur Erfüllung des Nachvermächtnisses die Erben des Vorvermächtnisnehmers nicht erst als Erbfallsschuld, wie dies diese Vorschrift meint, sondern bereits als zeitlich vor dem Erbfall bestehende Erblässerschuld. Bereits im Fall der Insolvenz des Vorvermächtnisnehmers wäre sie mit den damals gegen diesen bestehenden Verbindlichkeiten gleichberechtigte Insolvenzforderung gewesen;

<sup>76</sup> Zawar, Das Vermächtnis in der Kautelarpraxis, 1983, S. 61.

<sup>77</sup> Ausf. Baltzer, Das Vor- und Nachvermächtnis in der Kautelarijurisprudenz, 2007, Rdnr. 322; Muscheler, AcP 208 (2008), 70, 94; Randt, BWNNotZ 2001, 73, 76; Watzek, MittRhNotK 1999, 37, 41.

durch den Tod des Vorvermächtnisnehmers kann insoweit keine Verschlechterung der Rechtstellung eintreten. Jedoch fehlt höchstrichterliche Rechtsprechung hierzu, welche diese Gestaltung absichern würde.

#### b) Schutz der Vermächtniserfüllung durch Testamentsvollstreckung

Wegen der nur schuldrechtlichen Wirkung des Nachvermächtnisses besteht aber trotz des insolvenzrechtlichen Vorrangs desselben vor Eigenschulden des Vorvermächtnisnehmers die Gefahr, dass die Eigengläubiger durch Pfändung der dem Nachvermächtnis unterliegenden Vermächtnisobjekte die Vermächtniserfüllung vereiteln können. Den besten Schutz dagegen bietet eine Testamentsvollstreckung. Wird der Vorvermächtnisnehmer hinsichtlich seines Vermächtnisses mit einer Verwaltungsvollstreckung (§ 2209 BGB) belastet, so ist allerdings umstritten, ob der Verwaltungsvollstreckter bei Eintritt des Nachvermächtnisfalles noch berechtigt ist, das Nachvermächtnis zu erfüllen. Eine entsprechende Erfüllungsbefugnis wird teilweise verneint,<sup>78</sup> überwiegend aber bejaht.<sup>79</sup> Nach einer zu folgenden vermittelnden Auffassung ist zumindest eine ausdrückliche Erweiterung der Aufgaben des Testamentsvollstreckers erforderlich.<sup>80</sup>

#### Hinweis der Schriftleitung:

Der Beitrag wird in einem der nächsten Hefte fortgesetzt.

<sup>78</sup> Damrau in FS A. Kraft, 1998, S. 37; Damrau/J. Mayer, ZEV 2001, 293.

<sup>79</sup> Baltzer (Fn. 77), Rdnr. 466 ff. m. w. N.; Hartmann, ZEV 2001, 89, 92; Muscheler, AcP 208 (2008), 70, 91 f.; NK-BGB/Weidlich, § 2223 Rdnr. 4; Spall, ZEV 2002, 5; ausf. zum Streitstand J. Mayer in Mayer/Bonefeld, Testamentsvollstreckung, § 22 Rdnr. 92.

<sup>80</sup> Kornexl, Nachlassplanung bei Problemkindern, Rdnr. 416, Rdnr. 328.

## Testamentsvollstreckung und erbvertragliche Bindungswirkung

– zugleich Anmerkung zu BGH, Urteil vom 6.4.2011, IV ZR 232/09<sup>1</sup> –

Von Notar Dr. Dietmar Weidlich, Roth b. Nürnberg

Das Herrscherhaus der Hohenzollern beschäftigt einmal mehr die deutsche Justiz. Nach dem Beschluss vom 22.3.2004,<sup>2</sup> in dem sich das BVerfG mit der Einschränkung der Eheschließung durch eine Ebenbürtigkeitsklausel im Erbvertrag zu beschäftigen hatte und dem Urteil des BGH vom 5.12.2007,<sup>3</sup> in dem es um die zeitlichen Grenzen einer Testamentsvollstreckung ging,<sup>4</sup> behandelt das neue, für die amtliche Sammlung vorgesehene Grundsatzurteil die Frage der Beeinträchtigung des Vertragserben durch die Auswechslung des Testamentsvollstreckergremiums. Dies gibt Anlass auf das Verhältnis von Testamentsvollstreckernanordnung und erbvertraglicher Bindungswirkung näher einzugehen.

### I. Die gesetzliche Ausgangslage

Ausgangspunkt aller Überlegungen sind die Vorschriften der § 2278 Abs. 2 BGB und § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB. § 2278 Abs. 2 BGB beschränkt die Möglichkeit vertragsmäßiger Ver-

fügungen auf die Fälle der Erbeinsetzung sowie der Anordnung von Vermächtnissen und Auflagen. § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB sieht vor, dass spätere Verfügungen von Todes wegen unwirksam sind, sofern sie das Recht des vertragsmäßig Bedachten beeinträchtigen. Diese Vorschrift wird hinsichtlich der Anordnungen wechselbezüglicher Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament entsprechend angewendet.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> MittBayNot 2011, 502 (in diesem Heft).

<sup>2</sup> NJW 2004, 2008.

<sup>3</sup> MittBayNot 2008, 301.

<sup>4</sup> Vgl. hierzu auch Reimann in FS Spiegelberger, 2009, S. 1095 ff.

<sup>5</sup> Siehe zuletzt OLG München, FGPrax 2011, 129, 130.

## II. Die nachträgliche Anordnung einer Testamentvollstreckung

**Fall 1:** Die Ehegatten M und F schließen miteinander einen Erbvertrag, indem sie sich gegenseitig zum alleinigen Erben und den Sohn S zum alleinigen Erben des Überlebenden einsetzen. Nach dem Ableben der F ordnet M in einem Einzeltestament nachträglich erstmals für seinen Nachlass eine Testamentvollstreckung an und bestimmt T zum Testamentvollstrecker.

### 1. Unwirksamkeit einer nachträglichen Anordnung

Die nachträgliche Anordnung der Testamentvollstreckung ist gemäß § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB unwirksam, wenn sie den vertragsmäßig Bedachten beeinträchtigt. Eine Beeinträchtigung seines Rechts liegt vor, wenn zum Zeitpunkt des Erbfalls die anderweitige letztwillige Verfügung die vertragsmäßige Zuwendung mindert, beschränkt, belastet oder gegenstandslos machen würde.<sup>6</sup> Da die Testamentvollstreckeranordnung die Rechtsstellung des als Schlusserben bedachten S beschränkt, insbesondere aufgrund der dem Testamentvollstrecker zustehenden Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis (§§ 2205, 2211 BGB), ist dies problemlos zu bejahen.<sup>7</sup> Die Tatsache, dass es sich dabei um eine einseitige Verfügung handelt, die nach § 2278 Abs. 2 BGB nicht vertragsmäßig getroffen werden kann, ist insoweit unerheblich.

### 2. Möglichkeit einseitiger Abänderungen

Ausnahmen vom Verbot der Beeinträchtigung vertragsmäßiger Verfügungen sieht die Vorschrift des § 2289 BGB vor, wenn der Erblasser auch nach dem Ableben des Erstversterbenden zum Rücktritt berechtigt ist (§ 2297 BGB). Des Weiteren bestimmt § 2289 Abs. 2 BGB im Wege eines gesetzlichen Änderungsvorbehalts, dass ein pflichtteilsberechtigter Abkömmling auch nachträglich durch die Anordnung einer Testamentvollstreckung beschränkt werden kann, wenn ein Fall des § 2338 BGB gegeben ist. Auf diese Änderungsbefugnis kann verzichtet werden.<sup>8</sup>

Wollen sich die Vertragsparteien ansonsten die Möglichkeit einer nachträglichen Testamentvollstreckeranordnung offen halten, ist dies durch die Vereinbarung eines dementsprechenden Änderungsvorbehalts im Erbvertrag möglich. Grundsätzlich unterliegt es dem Willen der Vertragsparteien, den Umfang der Bindung eines Erbvertrags festzulegen. Der Erblasser kann sich im Erbvertrag ausdrücklich oder stillschweigend das Recht vorbehalten, in einem bestimmten Rahmen über seinen Nachlass einseitig und anders als im Vertrag vorgesehen zu testieren.<sup>9</sup> Im Umfang des Vorbehalts, der ggf. durch Auslegung des Erbvertrags zu ermitteln ist, behält er dann seine Testierfreiheit.<sup>10</sup> Nur wenn der Erblasser die Grenzen des Vorbehalts überschreitet, ist das Recht des vertragsmäßig Bedachten beeinträchtigt und die beeinträchtigende Verfügung unwirksam.<sup>11</sup> Für die rechtsgestaltende Praxis ist zu beachten, dass Änderungsvorbehalte durch die Gerichte häufig restriktiv ausgelegt werden.<sup>12</sup> Verwiesen sei insoweit auf eine

neuere Entscheidung des OLG München.<sup>13</sup> Die Befugnis des überlebenden Ehepartners, die Schlusserbeinsetzung innerhalb der gemeinsamen Abkömmlinge einseitig abzuändern oder zu ergänzen, so dass er also die Erbquoten unter den Abkömmlingen ändern oder einen anderen Abkömmling zum Erben einsetzen, gemeinschaftlichen Abkömmlingen Vermächtnisse zuwenden, andere auf den Pflichtteil setzen oder – falls die Voraussetzungen vorliegen – den Pflichtteil entziehen kann, hat das Gericht nicht für ausreichend erachtet, um die nachträgliche Anordnung einer Testamentvollstreckung zu rechtfertigen. Es empfehlen sich daher klare und eindeutige Formulierungen.<sup>14</sup>

### 3. Änderung unter Mitwirkung des Vertragserben

Wurde die Vereinbarung eines Änderungsvorbehalts zu Lebzeiten des anderen Ehegatten versäumt oder will er einen solchen nachträglich nicht mehr vereinbaren, besteht noch die Möglichkeit, die nachträgliche Anordnung der Testamentvollstreckung mit Zustimmung des vertragsmäßig Bedachten zu verwirklichen. Das rechtliche Instrumentarium hierzu ist der Zuwendungsverzicht nach § 2352 BGB. Ein solcher muss sich nicht zwingend auf sämtliche Zuwendungen erstrecken, sondern ermöglicht auch die Zulassung nachträglicher Beschränkungen wie die Anordnung einer Testamentvollstreckung.<sup>15</sup> Der Zuwendungsverzicht führt aber im Rahmen seines Umfangs nur zur Aufhebung der aus dem Erbvertrag sich ergebenden Bindungswirkung. Wegen seiner rein negativen Wirkung bewirkt er nicht die Anordnung der Testamentvollstreckung. Hierzu ist eine zusätzlich zu errichtende Verfügung von Todes wegen notwendig.<sup>16</sup> Nach herrschender Meinung nicht ausreichend ist dagegen eine isolierte Zustimmung des Bedachten zur geänderten letztwilligen Verfügung<sup>17</sup> und zwar selbst dann nicht, wenn sie nach dem Erbfall durch den Bedachten erklärt wird. Hiergegen spricht auch das Verbot einer Teilausschlagung (§ 1951).<sup>18</sup>

## III. Die nachträgliche Aufhebung der Testamentvollstreckung

**Fall 2:** Wie Fall 1 mit dem Unterschied, dass die Anordnung der Testamentvollstreckung mit der Bestimmung von T als Testamentvollstrecker bereits im Erbvertrag erfolgt und M nachträglich ein Einzeltestament errichtet, indem er die angeordnete Testamentvollstreckung wieder aufhebt.

### 1. Kein Ausschluss durch erbvertragliche Regelung

Wird eine angeordnete Testamentvollstreckung nachträglich wieder aufgehoben, scheidet die Aufhebung nicht an der Vorschrift des § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB. Die Aufhebung beseitigt die durch die Anordnung der Testamentvollstreckung sich ergebende Beschränkung und verbessert damit die Rechtsstellung des als Schlusserben eingesetzten S. Auch § 2278 BGB steht der Aufhebung nicht entgegen, da die An-

<sup>6</sup> Siehe Tz. 29 des BGH-Urteils; OLG Hamm, OLGZ 74, 378, 379.

<sup>7</sup> OLG München, MittBayNot 2009, 53, 54 m. w. N.

<sup>8</sup> Bamberger/Roth/Litzenburger, 2. Aufl. 2008, § 2289 Rdnr. 12.

<sup>9</sup> BGH, NJW 1982, 441, 442; BayObLG, NJW-RR 1997, 1027, 1028.

<sup>10</sup> BayObLGZ 61, 206, 210; OLG Köln, NJW-RR 1994, 651, 652; OLG Hamm, MittBayNot 1996, 46.

<sup>11</sup> Keim, ZEV 2005, 365, 368.

<sup>12</sup> Vgl. Keim, ZEV 2005, 365, 370 m. w. N. und zuletzt OLG Hamm, BeckRS 11, 18455.

<sup>13</sup> MittBayNot 2009, 53.

<sup>14</sup> Vgl. z. B. den Formulierungsvorschlag von Nieder/Kössinger, Handbuch der Testamentgestaltung, 3. Aufl. 2008, § 21 Rdnr. 11.

<sup>15</sup> Siehe BGH, NJW 1978, 1159; OLG Köln, FamRZ 1983, 837, 838; ablehnend Kornel, Der Zuwendungsverzicht, 1998, Rdnr. 545.

<sup>16</sup> J. Mayer, ZEV 1996, 127, 128.

<sup>17</sup> Einschränkung Stumpf, FamRZ 1990, 1057, wenn ein dementsprechender Änderungsvorbehalt besteht.

<sup>18</sup> Ivo, ZEV 2003, 58; a. A. Soergel/Wolf, BGB, 13. Aufl. 2002, § 2289 Rdnr. 14, sofern die Zustimmung den §§ 1944, 1945 entspricht.

ordnung einer Testamentsvollstreckung gemäß Abs. 2 nicht vertragsmäßig getroffen werden kann. Unerheblich ist es dabei auch, ob M das Einzeltestament vor oder nach dem Ableben der F errichtet. Sofern M allerdings der Erstversterbende ist, wirkt sich die von ihm verfügte Aufhebung nicht aus.

Da die Anordnung der Testamentsvollstreckung nicht erbvertraglich bindend vereinbart werden kann, ist M jederzeit in der Lage, eine von F beabsichtigte sinnvolle, unter Umständen auch im Interesse des Schlusserven liegende Nachlassstrukturierung zu unterlaufen.<sup>19</sup> Besonders misslich wirkt sich dies aus, wenn das Vermögen der Ehegatten hauptsächlich vom erstversterbenden Ehegatten stammt.

## 2. Vermeidungsstrategien

Dem erstversterbenden Ehegatten ist es verwehrt, unmittelbar auf die Verfügungen des Überlebenden einzuwirken und ihn von der Aufhebung der Testamentsvollstreckung abzuhalten. Will er diese in Bezug auf das von ihm vererbte Vermögen gesichert wissen, muss er seine eigene Verfügung von Todes wegen dementsprechend gestalten. Zu denken ist z. B. an ein Ausweichen auf die Trennungslösung und damit die Anordnung einer Vor- und Nacherbschaft dahingehend, dass der Ehemann M nur Vorerbe und der Sohn S Nacherbe wird.<sup>20</sup> Für den Fall des Eintritts der Nacherbfolge kann F dann den Nacherben S mit einer Testamentsvollstreckung durch T beschränken, ohne dass M in diese Verfügung eingreifen kann. Bezüglich des Vermögens des M, welches S als Vollerbe nach M erbt, lässt sich die Aufhebung der Testamentsvollstreckungsanordnung allerdings nicht verhindern. Scheut man die mit der Anordnung einer Vor- und Nacherbfolge für den Ehegatten als Vorerben bestehenden eingeschränkten Handlungsmöglichkeiten, ist an ein Ausweichen auf eine Vermächtnislösung zu denken, z. B. die Anordnung entsprechender Vor- und Nachvermächtnisse oder eines Herausgabevermächtnisses bezüglich des Überrests.<sup>21</sup> Allerdings können sich hier die zeitlichen Grenzen des § 2210 BGB auswirken.<sup>22</sup> Eine andere Alternative ist das Ausweichen auf Sanktionsklauseln. So könnte die Erbeinsetzung des M an die auflösende Bedingung geknüpft werden (§ 2075 BGB), dass er hinsichtlich seines Nachlasses die Anordnung der Testamentsvollstreckung nicht aufhebt, andernfalls er das Erbe der F verliert. *Reimann* weist darauf hin, dass sich dieser Bedingungszusammenhang aufgrund der ergänzenden Auslegung der Erklärungen der Vertragspartner des Erbvertrages ergeben kann und erwägt daneben die Möglichkeit einer Anfechtung nach § 2078 BGB.<sup>23</sup> Derartige Konstellationen dürften allerdings eher die Ausnahme bilden.

## IV. Die Auswechslung der Person des Testamentsvollstreckers

Die Frage der Auswechslung der Person des Testamentsvollstreckers war die Konstellation, die der BGH zu entscheiden hatte. Zum Zwecke der Darstellung soll der Fall des BGH zuerst auf folgende Abwandlung von Fall 2 reduziert werden,

<sup>19</sup> *Reimann* in FS Kanzleiter, 2010, S. 319, 328. Zu den Zielen einer Testamentsvollstreckung siehe *Nieder/Kössinger*, § 15 Rdnr. 4.

<sup>20</sup> Siehe hierzu *Palandt/Weidlich*, 70. Aufl. 2011, § 2269 Rdnr. 7 ff.

<sup>21</sup> Siehe hierzu *Nieder/Kössinger*, § 10 Rdnr. 131 ff.

<sup>22</sup> *Spall*, ZEV 2002, 5, 7. Zu den verschiedenen Formen der Testamentsvollstreckung bei Anordnung von Vor- und Nachvermächtnissen siehe *NomosKomm/J. Mayer*, BGB, 3. Aufl. 2010, § 2191 Rdnr. 25 f.

<sup>23</sup> *Reimann* (a. a. O. Fn. 19), S. 319, 328. Zu den Zielen einer Testamentsvollstreckung siehe *Nieder/Kössinger*, § 15 Rdnr. 4.

wobei im BGH-Fall der Erbvertrag unmittelbar mit dem Vertragserben geschlossen wurde:

**Fall 3:** Wie Fall 2 mit dem Unterschied, dass im Erbvertrag die Anordnung der Testamentsvollstreckung mit der Bestimmung von T 1, T 2 und T 3 als gemeinschaftliche Testamentsvollstrecker erfolgt und M nachträglich ein Einzeltestament errichtet, indem er T 1–3 durch T 4–6 ersetzt.

### 1. Personenauswechslung als zulässige Ausübung eines Änderungsvorbehalts

Die Frage der Zulässigkeit einer Auswechslung der Person des Testamentsvollstreckers ist in der Literatur und Rechtsprechung bisher unterschiedlich beurteilt worden. Teilweise wurde bereits aus der Tatsache, dass die Testamentsvollstreckung nicht erbvertraglich bindend (§ 2278 Abs. 2 BGB), sondern nur als einseitige Verfügung angeordnet werden kann (§ 2299 BGB), die Schlussfolgerung gezogen, dass eine Auswechslung des Testamentsvollstreckers in der Regel zulässig sein müsse.<sup>24</sup> Teilweise wurde auch darauf abgestellt, ob der Bedachte im Einzelfall gegenüber der ursprünglichen Verfügung konkret messbar benachteiligt wird.<sup>25</sup> Diesen Begründungsansätzen erteilt der BGH zu Recht eine Absage. Eine Gewichtung der Beeinträchtigung nach Spürbarkeit oder Messbarkeit lehnt er ab, da sie keine brauchbaren Abgrenzungskriterien liefern. Er weist ferner darauf hin, dass sich die Zulässigkeit der Auswechslung der Person des Testamentsvollstreckers nicht generell abgekoppelt vom Erbvertragsinhalt bejahen oder verneinen lässt. Da die Vertragsparteien den Umfang der Bindungswirkung vorgeben, muss ihnen auch die Möglichkeit verbleiben, die Rechtsstellung eines Vertragserven so auf die Person des Testamentsvollstreckers auszuweiten, dass bei einem Auswechseln dieser Person seine – vertraglich so festgelegten Rechte – beeinträchtigt sind.<sup>26</sup>

Aus der Sicht des überlebenden M lässt sich dies auch wie folgt formulieren: „Wer entsprechend dem Grundfall 1 in der Lage ist, sich des Rechts zur nachträglichen Anordnung einer Testamentsvollstreckung völlig zu begeben, der muss auch in der Lage sein sich jenes Rechts teilweise begeben zu können und damit auch in der Form, dass ihm nur die Ernennung bestimmter Personen zum Testamentsvollstrecker vorbehalten ist.“ Oder aus der Sicht der erstversterbenden F ausgedrückt: „Wer in der Lage ist, mit seinem Erbvertragspartner zu vereinbaren, dass der Schlusserbe keinen Beschränkungen unterliegen soll, dem kann es nicht verwehrt sein, Vereinbarungen zu treffen, die Beschränkungen nur unter gewissen Voraussetzungen oder durch bestimmte Personen vorsehen.“

Ein Alles-oder-Nichts-Prinzip lässt sich daher weder aus der Funktion des erbvertraglichen Vorbehalts noch dem Grundsatz der Testierfreiheit herleiten.<sup>27</sup> Hängt die Möglichkeit der Auswechslung der Person des Testamentsvollstreckers, wie der BGH zu Recht betont, vom Umfang der von den Vertragsparteien vereinbarten Bindung ab, geht es letztendlich um die Frage, inwieweit sie sich zu Änderungen ermächtigt und damit einen Änderungsvorbehalt vereinbart haben. Ausgangspunkt der Überlegungen kann daher nicht sein, dass die Testamentsvollstreckung nach § 2278 Abs. 2 BGB nur als einseitige Verfügung angeordnet werden kann, sondern dass eine Testamentsvollstreckung den vertrags-

<sup>24</sup> So *Soergel/Wolf*, § 2278 Rdnr. 7 und § 2289 Rdnr. 10 sowie andeutungsweise OLG Hamm, MittBayNot 2001, 217, 218 und OLG Düsseldorf, MittBayNot 1994, 550, 551.

<sup>25</sup> Siehe die Nachweise im BGH-Urteil Tz. 26–28.

<sup>26</sup> Siehe Tz. 29 des Urteils.

<sup>27</sup> So aber *Soergel/Wolf*, § 2278 Rdnr. 7.

mäßig Bedachten grundsätzlich beschränkt. Ebenso wie durch die im Erbvertrag erstmalig niedergelegte Anordnung der Testamentsvollstreckung muss aufgrund des gemeinsamen Willens der Vertragsparteien das Recht des vertragsmäßig Bedachten auch durch einen entsprechenden Änderungsvorbehalt beschränkt sein.<sup>28</sup> Sofern sich die nachträgliche Änderung im Rahmen des eingeräumten Änderungsvorbehalts bewegt, scheidet eine Beeinträchtigung und damit eine Unwirksamkeit der Neutestierung nach § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB aus.

## 2. Kriterien für das Vorhandensein eines Änderungsvorbehalts

### a) Änderungsvorbehalt als Auslegungsfrage

Wie in den meisten Fällen, mit denen sich die Rechtsprechung bisher zu beschäftigen hatte, handelt es sich im BGH-Fall um eine Erbregelung, bei der der vertragsmäßig bedachte Erbe von vornherein durch eine Testamentsvollstreckung beschränkt war, ohne dass der Erbvertrag ausdrückliche Vereinbarungen hinsichtlich der Abänderbarkeit enthielt. Sofern es an einer ausdrücklichen Regelung fehlt, gilt es daher den Umfang des Änderungsvorbehalts im Wege der Auslegung zu ermitteln.<sup>29</sup> Bei der Auslegung des Umfangs der Bindungswirkung ist dabei zu beachten, dass hierfür nicht der Wille des die Testamentsvollstreckung anordnenden Erblassers alleine maßgebend ist, sondern wegen der vertragsmäßigen Begünstigung des Schlusserben der übereinstimmende Wille beider Vertragspartner zum Zeitpunkt der Erbvertragserrichtung.<sup>30</sup> Ferner gelten die allgemeinen Grundsätze zur Auslegung formgebundener Erklärungen. Bei der Auslegung können auch Umstände außerhalb der Urkunde herangezogen werden, sofern der Vorbehalt im Erbvertrag wenigstens andeutungsweise zum Ausdruck gekommen ist.<sup>31</sup>

Die Rechte und Pflichten bzw. Aufgaben und Befugnisse des Testamentsvollstreckers ergeben sich in erster Linie aus den Anordnungen des Erblassers und in zweiter Linie aus den gesetzlichen Bestimmungen. Insoweit sind die Vorgaben, denen ein Testamentsvollstrecker unterliegt, gleich unabhängig davon, um welche Person es sich handelt. Tendenziell schien die bisherige obergerichtliche Rechtsprechung aus dem von der Person des Testamentsvollstreckers unabhängigen und gleich bleibenden Umfang seiner Rechte und Pflichten, teilweise unterstützt durch die Überlegung, die Anordnung einer Testamentsvollstreckung sei nur eine einseitige Verfügung nach § 2278 Abs. 2 BGB, die Schlussfolgerung zu ziehen, dass die Personenauswechslung erlaubt sein müsse. Es erscheint aber zweifelhaft, dass allein der gleich bleibende Rechte- und Pflichtenkreis ausreichend sein soll, um zu vermuten, dass die Vertragsparteien der Person des Testamentsvollstreckers keine Bedeutung für den Umfang ihrer Bindungswirkung beigemessen haben. Besinnt man sich auf die gesetzlichen Grundwertungen für die Anordnung einer Testamentsvollstreckung gemäß den §§ 2197 ff. BGB, so ist festzuhalten, dass die auf eine bestimmte Person bezogene Testamentsvollstreckung der in § 2197 Abs. 1 BGB normierte Regelfall ist. Hierauf hat auch das OLG Stuttgart hingewiesen.<sup>32</sup> Ausgehend von dieser gesetzlichen Wertung bedarf es dann aber zusätzlicher Anhaltspunkte, um die Befugnis zur Personenauswechslung zu rechtfertigen. Ähnlich wie bei der

Frage, ob ein Ersuchen an das Nachlassgericht nach § 2200 BGB bei Fehlschlagen der Testamentsvollstreckerernennung vorliegt, wird man fragen müssen, welche Gründe die Vertragsparteien zur Anordnung der Testamentsvollstreckung bestimmt haben, ob diese Gründe unabhängig von der in dem ursprünglichen Erbvertrag benannten Person bestehen und die Vertragsparteien einer Auswechslung der Person den Vorzug vor dem Wegfall der Testamentsvollstreckung geben.<sup>33</sup> Auch hier wird man keine zu strengen Anforderungen stellen dürfen.<sup>34</sup>

### b) Dritternennungsbefugnis

Sieht die Erbregelung vor, dass Dritte (§ 2198), der Testamentsvollstrecker (§ 2199) oder das Nachlassgericht (§ 2200 BGB) eine Ernennungsbefugnis haben, sei es in Bezug auf die Ersternennung oder in Bezug auf die Ernennung eines Nachfolgers, lässt sich hieraus in der Regel folgern, dass die Person des Testamentsvollstreckers nicht ausschlaggebend für die Vertragsparteien gewesen sein kann und die Möglichkeit einer Personenauswechslung daher nicht untersagt ist. Auf dieses Kriterium konnte auch der BGH hinsichtlich des von ihm zu entscheidenden Falls zurückgreifen. Für die neben dem Erben als Testamentsvollstrecker ernannten drei weiteren Personen war jeweils ein Ersatztestamentsvollstrecker bestimmt. Weiterhin besaßen die jeweils vorhandenen Testamentsvollstrecker die Befugnis, durch eine gemeinschaftliche Erklärung einen fehlenden Ersatztestamentsvollstrecker zu ernennen. Hilfsweise war auch der Präsident des BGH befugt, auf Vorschlag der noch vorhandenen Testamentsvollstrecker, einen Ersatztestamentsvollstrecker zu ernennen.<sup>35</sup> Dies zeigt deutlich, dass es dem Erblasser auf die Person des Testamentsvollstreckers nicht ankam und insoweit keine Einschränkung des Personenkreises der Testamentsvollstrecker anzunehmen war. Zudem bezweckte der Erblasser, das Hausvermögen solange wie möglich separiert zu halten, was auch die gewünschte höchstmögliche Dauer der Testamentsvollstreckung belegt.<sup>36</sup>

### c) Näheverhältnis

Neben der Möglichkeit, dass der Testamentsvollstrecker durch andere Personen ernannt wird, kann auch das Näheverhältnis des ernannten Testamentsvollstreckers zu den Vertragsparteien oder dem vertragsmäßig Bedachten eine Rolle spielen. Diesen Aspekt hat das KG angedeutet, allerdings im Zusammenhang mit dem vom BGH verworfenen Kriterium der messbaren Benachteiligung.<sup>37</sup> Werden nahe Verwandte mit engen persönlichen Beziehungen zum Testamentsvollstrecker bestimmt, wird dies eher für eine Personenbindung sprechen als die Auswahl fremder Personen. Verstärkend kann hier ins Gewicht fallen, wenn nur eine geringfügige Vergütung vorgesehen oder diese sogar ausgeschlossen ist.

<sup>33</sup> NomosKomm/Weidlich, § 2200 Rdnr. 3 m. N.

<sup>34</sup> Zu § 2200 BGB siehe exemplarisch OLG Hamm, OLGZ 76, 20, 21; ZEV 2001, 271, 272. Kritisch gegen die großzügige Handhabung der Rechtsprechung Bamberger/Roth/J. Mayer, § 2200 Rdnr. 2, da die Norm zu einer Auffangnorm für eine unvollständige Testamentsvollstreckerernennung umfunktioniert wird.

<sup>35</sup> Hierbei handelte es sich nicht um ein Ersuchen an das Nachlassgericht gemäß § 2200 BGB, da hierfür das AG zuständig wäre (§ 23 a Abs. 2 Nr. 2 GVG), sondern um die Übertragung der Ernennungsbefugnis auf einen Dritten gemäß § 2198 Abs. 1 BGB. Im Rahmen dieser Vorschrift ist es insbesondere zulässig, dem jeweiligen Leiter eines Gerichts die Bestimmungsbefugnis zuzuweisen; siehe KG, JW 1938, 1900; OLG Hamm, DNotZ 1965, 487.

<sup>36</sup> Siehe hierzu auch BGH, MittBayNot 2008, 301.

<sup>37</sup> KG, FamRZ 1977, 485, 487.

<sup>28</sup> Staudinger/Kanzleiter, 2006, § 2289 Rdnr. 17.

<sup>29</sup> Siehe Tz. 17 des BGH-Urteils.

<sup>30</sup> Siehe Palandt/Weidlich, § 1941 Rdnr. 8 m. N.

<sup>31</sup> Keim, ZEV 2005, 365, 369.

<sup>32</sup> OLG Stuttgart, OLGZ 1979, 49, 52.



Steuerliche oder rechtliche Berater werden dagegen eher wegen ihrer Fachkenntnisse und nicht wegen einer besonders engen persönlichen Beziehung ausgewählt, selbst dann, wenn durch eine langjährige Mandantenbeziehung ein Vertrauensverhältnis besteht. Eine Personenauswechslung dürfte hier in der Regel zulässig sein. Dies gilt erst recht, wenn nicht bestimmte Personen, sondern nur irgendwelche rechtliche oder steuerliche Berater aus einer Sozietät oder gar eine juristische Person, z. B. eine Steuerberatungsgesellschaft oder eine Bank, zum Testamentsvollstrecker berufen werden. Dass die Gefahr einer Überschreitung der Kompetenzen des Testamentsvollstreckers bei verschiedenen Personen ggf. unterschiedlich zu beurteilen ist, dürfte als Kriterium dagegen eher schwierig zu handhaben sein, zumal der Erbe auf die gesetzlichen Schutzvorschriften der §§ 2215, 2217, 2218, 2219, 2227 BGB zurückgreifen kann. Werden allerdings rechtliche oder steuerliche Berater durch völlig unerfahrene Personen ersetzt, wird man dies genauer hinterfragen müssen. All dies sind jedoch nur einzelne Anhaltspunkte, die je nach Lage des Einzelfalls neben anderen Anhaltspunkten unterschiedlich zu gewichten sein werden.

#### d) Bisherige obergerichtliche Rechtsprechung

Untersucht man die bisherigen einschlägigen obergerichtlichen Entscheidungen nach den vorgenannten Kriterien, so liegen sie im Ergebnis durchaus auf dieser Linie. Im Fall des OLG Hamm war der in einem gemeinschaftlichen Testament ernannte Wirtschaftsprüfer/Steuerberater nachträglich durch einen Rechtsanwalt ausgewechselt worden.<sup>38</sup> Im Fall des OLG Düsseldorf war eine als Rechtsanwalt und Notar tätige Person durch eine in vergleichbare Funktion tätige Person ersetzt worden.<sup>39</sup> In beiden Fällen waren zudem hilfsweise eine Wirtschaftsprüfungs- bzw. Steuerberatungsgesellschaft bzw. in einer Kollegialpraxis verbundene Rechtsanwälte zu Testamentsvollstreckern berufen. Im Fall des KG waren ebenfalls verschiedene Berufsgruppen ausgetauscht worden, ohne dass es sich um nahe Verwandte handelte.<sup>40</sup> Die Zulässigkeit der Personenauswechslung wurde in allen Fällen bejaht. Nur das OLG Stuttgart hat sie bisher abgelehnt.<sup>41</sup> Dort enthielt die ursprüngliche Erbregelung keine Testamentsvollstreckung, sondern nur die Befugnis, eine bestimmte Person und zwar die Ehefrau des Erblassers zum Testamentsvollstrecker zu ernennen.

### 3. Änderungen der Testamentsvollstreckerrechte

Die Revisionserwiderung hatte im Fall des BGH noch eingewandt, dass – anders als von den früher ernannten – von den neu ernannten Testamentsvollstreckern keine ehrenamtliche Tätigkeit mehr erwartet werden konnte. Eine Beschränkung der Rechte des vertragsmäßig Bedachten ist nicht nur bei einer nachträglichen Anordnung der Testamentsvollstreckung (siehe Fall 1) gegeben, sondern auch bei Erweiterungen der Rechte und Befugnisse des Testamentsvollstreckers.<sup>42</sup> Hierunter fällt auch eine nachträgliche Erhöhung der ursprünglich vorgesehenen Vergütung, sofern die nachträgliche Anordnung die Vergütung nicht nur innerhalb des durch den Erbvertrag vorgegebenen Rahmens konkretisiert.<sup>43</sup> Ohne weitere Anhaltspunkte wird man allein aus der Möglichkeit einer Perso-

nenänderung keine Berechtigung zu einer Änderung der Befugnisse, insbesondere zu einer Vergütungserhöhung, annehmen können. Der BGH musste dieses Problem nicht abschließend entscheiden, da im zweiten Testament diesbezüglich keine Zusatzregelung getroffen war und sich die Möglichkeit der Beanspruchung einer Vergütung allein nach der ursprünglichen Regelung im Erbvertrag richtete.

Eine Sonderstellung nimmt in diesem Zusammenhang eine Veränderung, insbesondere eine Erhöhung der Anzahl der Testamentsvollstrecker (z. B. von einem auf zwei) ein. Die angemessene Gebühr nach § 2221 BGB lässt sich weder durch eine Teilung noch durch eine Vervielfältigung des Regelsatzes nach der Zahl der bestellten Testamentsvollstrecker ermitteln. Die Gebühr eines jeden Testamentsvollstreckers ist vielmehr funktionsbezogen unter Berücksichtigung der ihm obliegenden Aufgaben festzulegen. Meistens wird die Bestellung mehrerer Testamentsvollstrecker zu höheren Gesamtkosten für den Nachlass führen.<sup>44</sup> Hieraus zieht *Reimann* den Schluss, dass die erbvertragliche Bindung dem in der Regel entgegensteht.<sup>45</sup> Hinsichtlich der Ernennung von Testamentsvollstreckern nach den §§ 2198 ff. BGB, insbesondere durch Dritte oder das Nachlassgericht, wird allerdings davon ausgegangen, dass ohne nähere Vorgaben des Erblassers auch die Berufung mehrerer Personen möglich und damit vom Erblasserwillen abgedeckt ist,<sup>46</sup> ohne dass man die damit verbundene höhere Gebührenbelastung als Hindernis ansieht. Die durch mehrere Testamentsvollstrecker mittelbar ausgelöste höhere Gebührenbelastung dürfte eher der Kategorie „wirtschaftliche Aspekte“ zuzuordnen sein, auf die nach dem BGH nicht abgestellt werden kann.<sup>47</sup> Insofern kann die Ernennung einer bestimmten Anzahl von Testamentsvollstreckern allenfalls ein Indiz dafür sein, dass die Vertragsparteien auch die Zahl der Testamentsvollstrecker beschränken wollten. Letztendlich wird sich auch diese Frage nur unter Berücksichtigung des jeweiligen Einzelfalls beantworten lassen.

## V. Beteiligung des Erben am Testamentsvollstreckerergremium

### 1. Der Erbe als Mitvollstrecker

Der Fall des BGH wies die weitere Besonderheit auf, dass der Erbe ebenfalls zum Testamentsvollstrecker ernannt worden war. Der Erblasser kann mehrere Personen mit der Führung des Amts betrauen (§ 2224 BGB). Der Alleinerbe, der sich nicht selbst beschränken kann, kann zwar grundsätzlich nicht zum alleinigen Testamentsvollstrecker bestimmt werden.<sup>48</sup> Eine Ernennung zum Mitvollstrecker ist aber möglich, da dann eine Beschränkung seiner Rechtsstellung gegeben ist. Er ist dann bei der Verwaltung des Nachlasses und bei der Verfügung über Nachlassgegenstände auf die Mitwirkung seiner Mitvollstrecker angewiesen.<sup>49</sup>

Die im zweiten Testament erfolgte Änderung einer Neubestimmung der drei neben dem Erben ernannten Testamentsvollstrecker wertete der BGH anders als die Vorinstanz nicht als Beschneidung der Testamentsvollstreckerrechte des Vertragserben. Da seine Testamentsvollstreckerstellung hiervon unberührt blieb und eine Auswechslung der drei übrigen Tes-

<sup>38</sup> OLG Hamm, MittBayNot 2001, 217.

<sup>39</sup> OLG Düsseldorf, MittBayNot 1994, 550.

<sup>40</sup> KG, FamRZ 1977, 485.

<sup>41</sup> OLG Stuttgart, OLGZ 1979, 49.

<sup>42</sup> NomosKomm/Kornexl, § 2289 Rdnr. 35.

<sup>43</sup> Siehe *Meyding*, ZEV 1994, 98, 101.

<sup>44</sup> Siehe hierzu *Reimann*, DStR 2002, 2008, 2011; OLG Karlsruhe, ZEV 2001, 286, 287.

<sup>45</sup> *Reimann* (a. a. O. Fn. 19), S. 319, 326.

<sup>46</sup> *Winkler*, Der Testamentsvollstrecker, 20. Aufl. 2010, Rdnr. 80.

<sup>47</sup> Tz. 18 des Urteils.

<sup>48</sup> Zu Ausnahmen siehe BGH, ZEV 2005, 204, 205.

<sup>49</sup> MünchKommBGB/Zimmermann, 5. Aufl. 2010, § 2197 Rdnr. 11.

tamentsvollstrecker aufgrund der Erbvertragsregelung nicht untersagt war, schied eine Beeinträchtigung des Vertragserben insgesamt aus.

## 2. Die Aufhebung der Mitvollstreckerposition

Anders als der BGH sah die Vorinstanz in der Neubenennung der drei Testamentsvollstrecker dagegen zugleich eine Aufhebung der Testamentsvollstreckerposition des Vertragserben und hielt daher die Neuregelung der Testamentsvollstreckung insgesamt für unwirksam.<sup>50</sup> Folgerichtig war dann für die Ernennung der neuen Testamentsvollstrecker durch den Präsidenten des BGH keine Grundlage mehr gegeben.

Die Richtigkeit des vom BGH gefundenen Ergebnisses soll an dieser Stelle nicht angezweifelt werden. Allerdings lohnt es sich, nochmals darauf einzugehen, ob die Vorinstanz auf Grundlage des von ihr vertretenen Ergebnisses die richtigen Konsequenzen gezogen hat.

Ein Verstoß gegen den von den Erbvertragsparteien vorgegebenen Änderungsvorbehalt konnte sich nur aufgrund der Aufhebung der Mitvollstreckerstellung des Vertragserben, nicht aber aufgrund der Auswechslung der übrigen Testamentsvollstrecker ergeben. Sieht man die Aufhebung der Testamentsvollstreckerstellung des Vertragserben als selbständige Verfügung an, was der BGH in Teilziffer 16 des Urteils andeutet, so würde bei deren Unwirksamkeit die Auswechslung der übrigen Testamentsvollstrecker als weitere selbständige Verfügung nach § 2085 BGB im Zweifel bestehen bleiben. Bedenken hinsichtlich der Unwirksamkeit tauchen bei Annahme einer isolierten Verfügung allerdings unter dem Gesichtspunkt des § 2278 BGB auf, wonach die Mitvollstreckerposition dem Vertragserben nach § 2278 BGB nicht mit erbvertraglich bindender Wirkung zugesprochen werden kann und er daher gegen eine Aufhebung insoweit dann auch nicht geschützt sein kann. Es ist aber zu beachten, dass die Beschränkung des Vertragserben durch eine Testamentsvollstreckung im ursprünglichen Erbvertrag nur mit der Prämisse einer Mitvollstreckerstellung vereinbart war. Eine Beschränkung durch eine Testamentsvollstreckung ohne diese Mitvollstreckerstellung ist damit als Beeinträchtigung i. S. d. § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB anzusehen. Sie würde, wie im Fall 2, nur dann ausscheiden, wenn die Testamentsvollstreckung insgesamt aufgehoben wird.

Sieht man die testamentarische Neuregelung der Testamentsvollstreckung dagegen als einheitliche Verfügung an, ist umstritten, ob bei Teilunwirksamkeit eine analoge Anwendung des § 2085 BGB, der sich nur auf die Unwirksamkeit einer von mehreren Verfügungen bezieht, zu befürworten ist oder ein Anwendungsfall des § 139 BGB gegeben ist.<sup>51</sup> Wie bereits oben erwähnt bezweckte der Erblasser sowohl mit der erbvertraglichen Regelung als auch mit dem Testamentsnachtrag, das Hausvermögen durch eine höchstmögliche Dauer der

Testamentsvollstreckung separiert zu halten. Insofern wird man im Fall des BGH unabhängig von der Anwendbarkeit des § 2085 BGB oder des § 139 BGB davon ausgehen müssen, dass der Erblasser einer Teilaufrechterhaltung der Testamentsvollstrecker auswechslung den Vorzug vor einer Gesamtnichtigkeit der Regelung gegeben hätte. Auch auf diesem Weg wäre man zur Wirksamkeit der Testamentsvollstrecker auswechslung unter Fortbestand der Mitvollstreckerstellung des Vertragserben gekommen.

## VI. Schlussbetrachtung

Das Urteil des BGH verdeutlicht, dass die Auswechslung der Person des Testamentsvollstreckers bei einer durch Erbvertrag angeordneten Testamentsvollstreckung in den Problembereich des Umfangs erbvertraglicher Änderungsvorbehalte fällt. Sofern der Erbvertrag keine genaueren Regelungen enthält, muss dieser im Wege der ergänzenden Auslegung festgestellt werden, ohne dass man dabei auf feste Auslegungsregeln zurückgreifen kann. Dies mag unter Rechtssicherheitsgesichtspunkten zwar misslich erscheinen,<sup>52</sup> ist aber zwingende Konsequenz der den Erbvertragsparteien zustehenden Gestaltungsfreiheit. Auch wenn die Kriterien zur Feststellung seines Umfangs ungeklärt und mitunter schwierig festzustellen sein werden, handelt es sich letztendlich um Probleme, die sich bei jedem Änderungsvorbehalt und der Frage seiner genauen Formulierung stellen. Für die gestaltende Vertragspraxis empfiehlt es sich daher, künftig bei der Anordnung einer Testamentsvollstreckung auf diese Problematik ein genaueres Augenmerk zu legen und sie ggf. ausdrücklich zu regeln, sofern nicht ein im Erbvertrag enthaltener Änderungsvorbehalt allgemein zu Anordnungen bezüglich einer Testamentsvollstreckung ermächtigt.<sup>53</sup>

Formulierungsvorschlag:

Eine Änderung der Person des Testamentsvollstreckers ohne Veränderung der Anzahl der ernannten Personen (alternativ: ohne Begrenzung der Anzahl der Testamentsvollstrecker/ auch hinsichtlich der Anzahl, wobei jedoch nicht mehr als (Anzahl) Testamentsvollstrecker ernannt werden dürfen) ist zulässig und zwar ohne Beschränkung auf einen bestimmten Personenkreis (alternativ: jedoch nur innerhalb des folgenden Personenkreises: ...).

[Bei einer Ermächtigung zur Nachfolgerernennung ist ggf. zusätzlich zu regeln: Der Testamentsvollstrecker ist ermächtigt einen Nachfolger zu ernennen ohne Beschränkung auf einen bestimmten Personenkreis (alternativ: jedoch nur innerhalb des folgenden Personenkreises: ...). Er kann jedoch die Anzahl der Testamentsvollstrecker nicht verändern (alternativ: Er kann auch bis zu (Anzahl) Personen ernennen)].

<sup>50</sup> KG, ZEV 2010, 40.

<sup>51</sup> Siehe *Palandt/Weidlich*, § 2085 Rdnr. 5 m. N.

<sup>52</sup> Siehe die Kritik von *Litzenburger*, Fachdienst Erbrecht 2011, Ausgabe 5.

<sup>53</sup> Siehe z. B. den Formulierungsvorschlag bei *Nieder/Kössinger*, § 21 Rdnr. 11.

# Vertragliche Bestimmungen der Leistungszeit

## – Fälligkeit, Vorleistung, Verzug und Erfüllbarkeit –

Von Notar Dr. *Alexander Krafka*, Landsberg am Lech

Das besondere Augenmerk des Vertragsgestalters gilt stets dem Gegenstand der Leistungspflichten und deren etwaigen Störungen. Nicht weniger wichtig ist allerdings die Modalität der Leistungen. Angesichts des regelmäßig passenden gesetzlich festgelegten Leistungsorts (§ 269 BGB) konzentriert sich hierbei das Interesse auf eine Bestimmung der Leistungszeit, zumal die dazu bestehenden Vorgaben des § 271 BGB oft den Interessen der Vertragsteile nicht entsprechen.

### I. Ausgangspunkt

In rechtlicher Hinsicht hat die Leistungszeit Bedeutung für die Klagbarkeit der Forderung (§§ 257 ff. ZPO), für die Möglichkeit, den Schuldner in Verzug zu setzen (vgl. § 286 Abs. 1 Satz 1 BGB) und für den Verjährungsbeginn (vgl. § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB). Generell sind hierbei – wie § 271 BGB deutlich werden lässt – sowohl die Möglichkeit des Gläubigers, die Leistung zu verlangen, als auch die Möglichkeit des Schuldners, sie zu bewirken, also die Erfüllbarkeit, zu unterscheiden. Letzteres ist zum Beispiel Voraussetzung für einen etwaigen Annahmeverzug (§§ 293 ff. BGB).

Die subsidiäre gesetzliche Regelung des § 271 Abs. 1 BGB besagt, dass mangels abweichender Bestimmung die Leistung „sofort“ verlangt und „sofort“ erfüllt werden kann. Sofort bedeutet hierbei nach objektivem Maßstab sobald wie möglich.<sup>1</sup> Subjektive Unzulänglichkeiten auf Seiten des Schuldners bleiben daher außer Betracht, soweit nicht die Rücksichtnahme nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) ausnahmsweise anderes verlangt.<sup>2</sup> Insbesondere für Zahlungsvorgänge, die durch ein Kreditinstitut innerhalb der Europäischen Union abgewickelt werden, ist diesbezüglich zu erwarten, dass unter Berücksichtigung der ab 1.1.2012 verbindlichen Ausführungsfrist die Gutschrift am nächsten Geschäftstag erfolgt (§ 675 s Abs. 1 Satz 1 BGB). Im Übrigen sind unvermeidliche Transport- und Erfüllungszeiträume bei der Anwendung im Einzelfall für die Auslegung der „sofortigen“ Leistung zu beachten.

### II. Allgemeines

#### 1. Fälligkeitsbestimmung

Bestimmungen zur Fälligkeit geschuldeter Leistungen gehören zum kautelarjuristischen Standardinstrumentarium. Besondere Rücksicht erfordern dabei allerdings die Zusammenhänge zwischen Fälligkeit, Erfüllbarkeit, Einwendungen des Schuldners und einem etwaigen Verzugseintritt. Die letzteren beiden hängen unmittelbar miteinander zusammen, da etwaige Schuldnerseinwendungen dessen Leistungsverzug, beispielsweise im Rahmen gegenseitiger Pflichten nach § 320 BGB, hindern können.

Aus der Verzugsvorschrift des § 286 Abs. 2 BGB lässt sich im Übrigen unmittelbar erkennen, dass die Fälligkeit an einen Termin oder ein Ereignis anknüpfen kann. Ebenso darf für die Fälligkeit eine Frist vereinbart werden, deren Beginn an ein Ereignis knüpft:

Beispiel:

„Der Kaufpreis ist zwei Wochen nach Eintragung der vom Verkäufer bewilligten Vormerkung des Käufers im Grundbuch zu zahlen.“

<sup>1</sup> Vgl. etwa OLG München OLGZ 1992, 337, 341 = NJW-RR 1992, 818; *Jauernig/Stadler*, BGB, 13. Aufl. 2009, § 271 Rdnr. 14.

<sup>2</sup> MünchKommBGB/Krüger, 5. Aufl. 2007, § 271 Rdnr. 32.

#### 2. Vorleistungspflicht

Eine davon zu unterscheidende Frage ist hingegen, ob dem Schuldner durch die Fälligkeitsabrede Einwendungen abgeschnitten werden. So kann mit einer Fälligkeitsbestimmung zugleich eine Vorleistungspflicht i. S. d. § 320 Abs. 1 Satz 1 BGB verbunden sein, was allerdings im Bereich der AGB-Kontrolle nach §§ 307 ff. BGB nur bei Vorliegen eines sachlichen Grundes wirksam ist.<sup>3</sup> Dies würde voraussetzen, dass mit der Fälligkeitsregelung das Recht des Schuldners im Sinne einer Ausschließlichkeitsbestimmung darauf beschränkt wird, die Leistung nur solange zu verweigern, bis die vertraglich definierten Umstände vorliegen. Die gesetzlich vorgesehene Verkopplung mit etwaigen weiteren gegenseitigen Leistungspflichten wäre in diesem Fall durch die vorrangige vertragliche Vereinbarung aufgehoben.

Ob dies im Einzelfall so sein soll, muss ggf. durch interessengerechte Auslegung (§§ 133, 157 BGB) geklärt werden. Dabei liegt es in der Regel nahe, eine solche Vorleistungspflicht nur dann anzunehmen, wenn aus dem Vertrag ersichtliche Anhaltspunkte dafür bestehen, dass es sich um ein – relatives oder absolutes – Fixgeschäft<sup>4</sup> handelt und der Schuldner die Leistung zu diesem Termin oder nach Vorliegen des beschriebenen Ereignisses nicht weiter zurückhalten darf. Besteht etwa für den Gläubiger ein erkennbar besonderes Interesse an dem widerspruchlos sofortigen Erhalt der Leistung bei Fälligkeit oder dient die Abrede gerade der Verlagerung etwaiger Streitigkeiten über zu erbringende Gegenleistungen auf einen Rückforderungsprozess, kann ausnahmsweise in der bloßen Fälligkeitsabrede ein Einredenverzicht im Sinne einer Vorleistungspflicht zu sehen sein. Umgekehrt lässt sich daher im Normalfall einer vertraglichen Fälligkeitsbestimmung – insbesondere in gegenseitigen Austauschverhältnissen wie zum Beispiel Kaufverträgen – eine Einredenbeschränkung des Schuldners nicht entnehmen. Sachgerecht ist es daher, nicht jeder Fälligkeitsbestimmung zugleich die Bedeutung einer Vorleistungspflicht beizulegen, sondern vielmehr die Schuldnerseinwendungen grundsätzlich als hiervon unberührt anzusehen.

In der Regel wird daher eine sich hierzu nicht näher erklärende vertragliche Fälligkeitsbestimmung ausschließlich als Stundungsvereinbarung (siehe hierzu unter III. 1.) anzusehen sein, die dem Schuldner eine zusätzliche Einwendung – nämlich die der fehlenden Fälligkeit – eröffnet, ohne ihm im Gegenzug weitere Einreden zu nehmen.

#### 3. Verzugseintritt

Eine weitere von der Fälligkeit zu unterscheidende Frage betrifft den Verzugseintritt (§§ 286 ff. BGB), denn die Fälligkeit

<sup>3</sup> *Dammann* in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 5. Aufl. 2009, 5. Teil Rdnr. V 506 ff.

<sup>4</sup> Siehe hierzu *Harke*, Allgemeines Schuldrecht, 2010, Rdnr. 214.

ist für diesen nur eine notwendige, nicht aber hinreichende Voraussetzung. Zusätzlich bedarf es grundsätzlich der Mahnung, eines Vertretenmüssens des Schuldners und vor allem dürfen keine verzugshindernden Einreden bestehen.<sup>5</sup> Allerdings kann durch die Fälligkeitsabrede das Erfordernis einer Mahnung hinfällig werden. Dies ist nach § 286 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 BGB dann der Fall, wenn die Leistungszeit kalendermäßig bestimmt oder anhand einer an ein Ereignis anknüpfenden Frist bestimmbar ist. Im genannten Beispiel liegt Letzteres vor, so dass es zur Erreichung des Verzugsseintritts zwar keiner Mahnung bedarf, sehr wohl aber die Nichtleistung durch den Schuldner zu vertreten sein muss und keine den Verzug hindernden Gegenrechte bestehen dürfen.

#### 4. Erfüllbarkeit

Wie § 271 Abs. 2 BGB deutlich macht, besteht bei vereinbarten Fälligkeitsterminen das Recht des Schuldners zur vorzeitigen Erfüllung, ggf. auch durch Aufrechnung (§§ 387 ff. BGB).<sup>6</sup> Bei Geldforderungen berechtigt dies gemäß § 272 BGB allerdings nicht zum Abzug von Zwischenzinsen und nach § 813 Abs. 2 Hs. 2 BGB ferner nicht zur Abschöpfung durch den Gläubiger gezogener Vorfalligkeitsnutzungen. Ebenso ist kraft Gesetzes eine zwischenzeitliche Rückforderung der zu früh vorgenommenen Leistung ausgeschlossen (§ 813 Abs. 2 Hs. 1 BGB).

### III. Beispiele für vertragliche Regelungen

#### 1. Stundung

Eine Stundung führt dazu, dass die Fälligkeit der betroffenen Leistung bei bestehen bleibender Erfüllbarkeit durch den Schuldner in die Zukunft verlegt wird.<sup>7</sup> Der Anspruch kann dann als „betagt“ bezeichnet werden. Anders als bei einer vertraglichen Fälligkeitsbestimmung wird bei der Stundung der Leistungszeitpunkt nicht nur näher bestimmt, sondern gezielt hinausgeschoben, und zwar im Unterschied zu jener über den nach dem Vertrag an sich nahe liegenden und üblichen Zeitpunkt hinaus.<sup>8</sup>

Nicht notwendigerweise ist die Stundung zugleich mit einer Beschränkung etwaiger Einreden verbunden, insbesondere muss damit kein Absehen von der Zug-um-Zug-Leistungserfüllung nach § 320 BGB verbunden sein. Wird im Übrigen kein fester Termin und kein bestimmtes Ereignis für das Ende der Stundung vorgesehen, steht ggf. dem Gläubiger das nach §§ 315 f. BGB auszuübende Recht zu, die Fälligkeit herbeizuführen. Die Möglichkeit einer vorzeitigen Erfüllbarkeit des Anspruchs wird durch die Stundung im Übrigen grundsätzlich nicht beschränkt (vgl. § 271 Abs. 2 BGB),<sup>9</sup> was unnötigerweise gelegentlich durch die vertragliche Klarstellung, die Leistung habe „spätestens am [...] zu erfolgen“ ausgedrückt wird.

Beispiele für Stundungsvereinbarungen:

„Der Kaufpreis ist am 1.10.2013 zu zahlen.“

„Der Kaufpreis ist gestundet. Die Fälligkeit tritt gemäß Erklärung des Verkäufers ein, deren Ausübung gemäß § 315 BGB erfolgt.“

<sup>5</sup> MünchKommBGB/Ernst, § 286 Rdnr. 21 ff.

<sup>6</sup> RGZ 171, 215, 221; *Staudinger/Bittner*, § 271 Rdnr. 24.

<sup>7</sup> Vgl. BGH, NJW 1998, 2060, 2061; MünchKommBGB/Krüger, § 271 Rdnr. 21; *Staudinger/Bittner*, § 271 Rdnr. 10.

<sup>8</sup> Siehe BGH, DNotZ 2005, 375; MünchKommBGB/Krüger, § 271 Rdnr. 21.

<sup>9</sup> *Staudinger/Bittner*, § 271 Rdnr. 10.

Es besteht kein Grund, für den Stundungszeitraum bei Geldforderungen eine Verzinsungspflicht zu unterstellen, da die gesetzliche Regelung dies – wie die nur für Handelsgeschäfte einschlägige Ausnahmevorschrift des § 353 Satz 1 HGB deutlich macht – erst im Verzugsfall vorsieht. Im Gegenschluss bedarf es daher keiner vertraglichen Bestimmung dahingehend, dass ein geschuldeter Geldbetrag „bis zur Fälligkeit unverzinslich“ ist. Eher wirft eine solche Bestimmung möglicherweise ungewollt die Frage auf, ob damit – im Anwendungsbereich des AGB-Rechts unzulässigerweise<sup>10</sup> – Fälligkeitszinsen in Höhe des in § 288 BGB angeordneten Satzes angeordnet und abweichend von den gesetzlichen Bestimmungen automatisch mit Fälligkeit auch ohne Verschulden und ungeachtet etwaiger Einreden des Schuldners Verzug eintreten soll. Ein Bedarf für solche Bestimmungen besteht im Regelfall nicht, zumal bei Vereinbarung einer kalendermäßig festgelegten Stundungszeit es jedenfalls keiner Mahnung bedarf, um den Verzugsseintritt zu bewirken (§ 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB).

Umgekehrt ist vielmehr regelungsbedürftig, wenn im Einzelfall die zu erbringende Geldleistung während der Stundungsdauer zu verzinsen ist. Dahingehende Abreden begegnen in der Regel auch im Rahmen der AGB-Kontrolle unterliegenden Klauseln keinen generellen Bedenken.<sup>11</sup>

Beispiel für eine verzinsliche Stundungsvereinbarung:

„Der Kaufpreis ist am 1.10.2013 zu zahlen und ab heute bis zur Fälligkeit mit vier Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz jährlich zu verzinsen.“

#### 2. Vorleistungspflichten

Zugleich können – soweit nicht im Rahmen einer etwaigen AGB-Kontrolle § 307 BGB dem entgegensteht<sup>12</sup> – dem Schuldner möglicherweise zustehende Zurückbehaltungsrechte ausgeschlossen werden.

Beispiel für einen Ausschluss von Gegenrechten:

„Etwaige Gegenrechte des Schuldners sind diesbezüglich ausgeschlossen.“

Ebenso ist es möglich, mit einer allgemeinen Fälligkeitsregelung das Recht des Gläubigers zu verbinden, die Leistung „auf jeden Fall“ verlangen zu können, also ohne auf etwaige Einwendungen und Einreden des Schuldners achten zu müssen. In diesem Sinne wäre mit der Bestimmung der Leistungszeit ggf. eine Vorleistungspflicht des Schuldners i. S. d. § 320 Abs. 1 Satz 1 BGB geregelt. Gebräuchlich ist eine solche Kombination im Rahmen von Anzahlungsvereinbarungen in Grundstückskaufverträgen, mit denen erreicht werden soll, dass der Verkäufer sofort oder zu einem bestimmten Termin einen Teil des Kaufpreises erhält, ohne zuvor Sicherheiten leisten zu müssen, die eine ordnungsgemäße Vertragsdurchführung gewährleisten sollen (zum Beispiel Eigentumsvormerkung und Lastenfreistellung des Vertragsgegenstands). In einem Grundstückskaufvertrag kann dies hinsichtlich einer Anzahlung als erlaubte Teilleistung des Käufers (§ 266 BGB) im Zusammenhang mit einer Entkopplung von der ansonsten vorgesehenen Sicherung der Vertragsdurchführung folgendermaßen geregelt werden:

Beispiel für eine „sofortige“ Zahlungspflicht als Vorleistung:

„Ein Kaufpreisteil in Höhe von [...] € ist – unabhängig von den Leistungen des Verkäufers und somit ohne Verschaffung von Sicherheiten für den Käufer – in drei Tagen ab heute zu zahlen.“

<sup>10</sup> Siehe BGH, NJW 1998, 991; siehe hierzu *Schwab*, AGB-Recht, 2008, Rdnr. 608 ff.

<sup>11</sup> *Stoffels*, AGB-Recht, 2. Aufl. 2009, Rdnr. 881 Fn. 11.

<sup>12</sup> Vgl. BGH, NJW 2006, 3134; *Stoffels*, AGB-Recht, Rdnr. 842 f.

Andernfalls wäre im Wege der Auslegung erst zu klären, ob für den Käufer nach § 320 BGB weiterhin die Möglichkeit besteht, trotz der vereinbarten Zahlungsfrist die Erfüllung solange zu verweigern, bis der Verkäufer seinen sonstigen Pflichten nachgekommen ist, so dass allein die Angabe eines Zahlungstermins keine eindeutige Auskunft darüber erbringt, ob der Käufer berechtigt ist, die Leistung der Anzahlung beispielsweise bis zur Sicherung des vertragsgemäßen Eigentumserwerbs am Kaufgegenstand – etwa durch Verschaffung einer ranggerechten Vormerkungseintragung im Grundbuch – zurückzuhalten.

Angesichts der in § 270 BGB getroffenen Bestimmungen zur Geldleistung als „qualifizierte Schickschuld“<sup>13</sup> ginge bei der vorgeschlagenen Formulierung ein bei rechtzeitiger Absendung gleichwohl verspäteter Zahlungseingang auf dem Konto des Gläubigers zu dessen Lasten. Soll dies zu seinen Gunsten und zulasten des Schuldners vermieden werden, kann durch eine entsprechende Verpflichtung Abhilfe geschaffen werden.

Beispiel für eine „sofortige“ Zahlungspflicht als Vorleistung:

„Ein Kaufpreisteil in Höhe von [...] € muss – unabhängig von den Leistungen des Verkäufers und somit ohne Verschaffung von Sicherheiten für den Käufer – in drei Tagen ab heute gezahlt und gutgeschrieben sein.“

### 3. Verzugsregelungen

Bestimmungen zum Verzugstatbestand finden sich in Verträgen selten. Allenfalls werden Regelungen getroffen, die zur Folge haben, dass ein Fall des § 286 Abs. 2 Nr. 1 oder Nr. 2 BGB vorliegt und somit keine Mahnung erforderlich ist. Zwar wäre es darüber hinaus denkbar, das Tatbestandsmerkmal des Vertretenmüssens der Nichtleistung nach § 286 Abs. 4 BGB abzubedingen, soweit kein Fall der AGB-Kontrolle einschlägig ist, da § 307 Abs. 1 BGB einer solchen Regelung entgegensteht.<sup>14</sup> Bedarf für derartige, einer Garantie gleichkommene Bestimmungen besteht allerdings bei Geldschulden nicht, da die fehlende finanzielle Leistungsfähigkeit vom Schuldner ohnehin stets zu vertreten ist.<sup>15</sup>

Beispiel für die Regelung eines verschuldensunabhängigen Verzugesintritts:

„Der Schuldner kommt auch dann in Verzug, wenn die Leistung infolge eines Umstands unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat.“

Dagegen sind Bestimmungen zu den Verzugsfolgen durchaus gebräuchlich, insbesondere in Bezug auf Verzugszinsen (vgl. § 288 BGB). Zu bedenken ist hierbei lediglich, dass als pauschalierter Schadensersatz ggf. die Vorschriften der AGB-Kontrolle (§ 309 Nr. 5 BGB) bei der Formulierung berücksichtigt werden müssen.

Regelung zum Verzugszins:

„Der Käufer hat während des Verzugs Zinsen in Höhe von acht Prozent pro Jahr zu leisten. (Gegebenenfalls bei Anwendbarkeit der §§ 307 ff. BGB zusätzlich: Ihm steht der Nachweis zu, dass dem Verkäufer kein oder ein wesentlich niedrigerer Schaden entstanden ist).“

### 4. Vereinbarungen zur vorzeitigen Erfüllung

Denkbar ist ferner, dass dem Gläubiger daran liegt, die in § 271 Abs. 2 BGB erwähnte Möglichkeit einer vorzeitigen

Erfüllung auszuschließen. Als Beispiel sei die Verpflichtung des Verkäufers eines Grundstücks zur Besitzübergabe Zug um Zug gegen Kaufpreiszahlung erwähnt, sofern Letztere wiederum an einen bestimmten Termin geknüpft ist. Bewohnt der Verkäufer den Kaufgegenstand in diesem Fall selbst und verpflichtet sich zu dessen Räumung – die gleichfalls Zahlungsvoraussetzung für den Kaufpreis sein soll –, so wäre ein durch die vorzeitige Zahlung eintretender früherer Besitzübergang für die Vertragsabwicklung wenig hilfreich.

Zur Lösung dieser Problematik ist zum einen zu beachten, dass die Bestimmung des § 271 Abs. 2 BGB dispositiv ist. Mit einer entsprechenden vertraglichen Regelung lässt sich somit die vorzeitige Erfüllung ausschließen:

Beispiel zum Ausschluss vorzeitiger Erfüllung:

„Der Käufer darf den Kaufpreis nicht vor dem vereinbarten Termin bezahlen.“

Zum anderen ist allerdings eine solche Vertragsklausel nur erforderlich, sofern sich nicht bereits aus den Umständen ergibt, dass die subsidiäre gesetzliche Vorschrift keine Geltung beansprucht. Dazu ist zu beachten, dass nach allgemeiner Meinung § 271 Abs. 2 BGB unter Berücksichtigung des Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242 BGB) dann keine Anwendung findet, wenn durch eine vorzeitige Erfüllung des Schuldners in Rechte oder Interessen des Gläubigers eingegriffen wird.<sup>16</sup> Das ist jedoch dann der Fall, wenn der Gläubiger seinerseits ein ihm sonst zustehendes Zurückbehaltungsrecht verlieren würde. In diesem Fall wäre eine vorzeitige Erfüllung ausgeschlossen, so dass einerseits keine Erfüllungswirkung eintritt und andererseits der Schuldner seine Leistung zurückfordern kann.

Unabhängig von dieser gesetzlichen Konzeption stellt sich allerdings die Frage, ob durch die Vereinbarung der Leistungszeit die etwaige Zug-um-Zug-Abwicklung ausgeschlossen, also letztlich eine Vorleistungspflicht vereinbart werden soll. Als Hilfsmittel kann dazu eine knappe Verkopplung der vereinbarungsgemäßen Abwicklung von Leistung und Gegenleistung dienen, sofern man sich nicht auf die beschriebene Beschränkung der Erfüllung nach § 242 BGB verlassen will. Dies hat zur Folge, dass eine vorzeitige Erfüllung zwar möglich ist, nicht aber das Entfallen eines eigenen Zurückbehaltungsrechts des Gläubigers in Bezug auf eine von ihm zu erbringende Gegenleistung bewirkt, wie zum Beispiel der Besitzverschaffung durch den Verkäufer nach Kaufpreiszahlung durch den Käufer:

Beispiel für die Verbindung der Erfüllung mit weiteren Leistungen:

„Der Besitzübergang erfolgt vorbehaltlich etwaiger Zurückbehaltungsrechte mit vereinbarungsgemäßer Kaufpreiszahlung.“

Ebenso kann der Regelungszusammenhang durch Benennung des Datums der vereinbarten Räumung hergestellt werden:

„Der Besitzübergang erfolgt vorbehaltlich etwaiger Zurückbehaltungsrechte mit Kaufpreiszahlung, frühestens ... [Benennung des vertraglich vorgesehenen Räumungstermins].“

Damit wird eine vorzeitige Leistung zwar nicht ausgeschlossen; sie hätte also gleichwohl Erfüllungswirkung i. S. d. § 362 Abs. 1 BGB, so dass der Schuldner von seinen Pflichten frei wird. Jedoch hat eine solche Leistung nicht zur Folge, dass auch dessen Gläubiger seine Gegenleistung entsprechend vorzeitig erbringen muss. Ihm steht in diesem Fall die Einrede der nicht vertragsgemäßen Erfüllung zu, so dass er seine Ge-

<sup>13</sup> Siehe MünchKommBGB/Krüger, § 270 Rdnr. 1 f.; siehe auch Schwab, NJW 2011, 2833.

<sup>14</sup> BGHZ 92, 24; BGH, NJW 1989, 1673.

<sup>15</sup> Palandt/Grüneberg, § 286 Rdnr. 32.

<sup>16</sup> MünchKommBGB/Krüger, § 271 Rdnr. 35.

genleistung so lange zurückbehalten darf, bis die Fälligkeit der Leistung nach den vertraglichen Bestimmungen eingetreten wäre. Im Beispielsfall hätte es damit der Käufer nicht in der Hand, durch eine vorfällige Kaufpreiszahlung einen früheren als den vertraglich vorgesehenen Besitzübergang zu bewirken.

### 5. Entkopplung des Erfüllungszusammenhangs

Im Zusammenhang mit Fälligkeitsvereinbarungen kann außerdem bei gegenseitigen Verträgen der vertragliche Erfüllungszusammenhang nach § 320 BGB entkoppelt werden, sofern dem nicht §§ 307 ff. BGB entgegenstehen. Einerseits ist die Stundung der Leistung zugleich ein Instrument, dem Gläubiger das Recht zu nehmen, seine Gegenleistung bis zur Erbringung der heraus geschobenen Schuldnerleistung zurückzubehalten. Jedoch besteht andererseits kein Anlass, dies als automatische Folge der Stundung zu unterstellen, da es den Vertragsteilen regelmäßig primär um das Aufschieben der Leistung, nicht aber um die Erzeugung einer Vorleistungspflicht des Schuldners der Gegenleistung geht. Ist dies allerdings ausnahmsweise gewollt, ist der Vertragsgestalter gefordert, eine eindeutige Regelung dazu vorzuschlagen. Dabei kann letztlich noch danach differenziert werden, ob dem Schuldner alle Gegenrechte – wie etwa Einwendungen der Aufrechenbarkeit und der Anfechtbarkeit – entzogen sind, um ihn ggf. auf einen Rückforderungsprozess zu verweisen, oder ob lediglich etwaige dem vertraglichen Gegenseitigkeitsverhältnis entstammende Zurückbehaltungsrechte ausgeschlossen werden sollen:

Beispiel für Stundungsvereinbarung mit Gläubigervorleistung:

„Der Kaufpreis ist am 1.10.2013 zu bezahlen. Etwaige Gegenrechte (oder: Etwaige dem vertraglichen Gegenseitigkeitsverhältnis entstammende Zurückbehaltungsrechte) des Verkäufers sind hinsichtlich der von ihm zu erbringenden Leistungen bis zu diesem Zeitpunkt ausgeschlossen.“

### 6. Besondere Fälligkeitsbestimmungen

Die Festlegung der Leistungszeit kann durch vertragliche Bestimmung ferner einer der Parteien oder einem Dritten überlassen werden. Denkbar ist dies – wie bereits angedeutet – insbesondere durch Einräumung eines nach §§ 315 ff. BGB nach billigem Ermessen auszuübenden Gestaltungsrechts.<sup>17</sup> Zur Schaffung besserer Planungssicherheit kann es sich anbieten, Maßstäbe zur Ausübung des Ermessens oder Anfangsbeziehungsweise Endfristen anzugeben.

Beispiel für die Bestimmung der Leistungszeit nach §§ 315 ff. BGB:

„Die Fälligkeit bestimmt der Gläubiger/der Schuldner/[...] nach billigem Ermessen. Sie tritt frühestens in einem Monat und spätestens in einem Jahr ab heute ein.“

Derartige Vereinbarungen können sich im Einzelfall der Regelung einer Fälligkeitskündigung annähern, mit der in Anlehnung an die für Verbraucherdarlehen geltende Regelung des § 488 Abs. 3 BGB die Leistungszeit gleichfalls näher bestimmt werden kann.

Beispiel für die Bestimmung einer Fälligkeitskündigung:

„Der Verkäufer hat den Vertragsgegenstand innerhalb von drei Monaten nach seiner oder der Kündigung des Käufers besenrein zu räumen.“

<sup>17</sup> Staudinger/Bittner, § 271 Rdnr. 6 ff.

## IV. Kritik praxisüblicher Formulierungen

### 1. „Sofort fällig“

Ohne abweichende Bestimmung ist – wie beschrieben – jeder Anspruch stets „sofort fällig“ (§ 271 Abs. 1 BGB), so dass eine dahingehende deklaratorische vertragliche Regelung überflüssig ist, sofern man ihren Wert nicht in der Beseitigung denkbarer Zweifel an der Einschlägigkeit der gesetzlichen Vorschrift sieht. Jedoch wäre sie möglicherweise unbeabsichtigt geeignet, die Frage aufzuwerfen, ob durch sie etwaige Gegenrechte des Schuldners, insbesondere Zurückbehaltungsrechte (vor allem nach §§ 273 f., 320 BGB) konkludent abbedungen wurden und somit eine Vorleistungspflicht begründet wird. Bei Verwendung einer derartigen überflüssigen Bestimmung ist daher zu empfehlen, dies in sinnvoller Weise klarzustellen.

Beispiel einer an sich überflüssigen Fälligkeitsbestimmung:

„Dieser Anspruch ist sofort fällig, ohne dass dadurch etwaige Gegenrechte des Schuldners beschränkt sind.“

### 2. „Bis dahin unverzinslich“

Ebenso findet sich in der Praxis oft im Rahmen einer Fälligkeitsregelung die Beschreibung, dass geschuldete Beträge „bis zur Fälligkeit unverzinslich“ sind, beispielsweise bei gestundeten baren Gegenleistungen im Rahmen der Vereinbarungen von Pflichtteilsverzichteten (§ 2346 Abs. 2 BGB). Ausgedrückt wird damit lediglich die schuldrechtliche Selbstverständlichkeit, dass Verzug – und damit auch die mögliche Forderung von entsprechenden Zinsen (§ 288 BGB) – die Fälligkeit des Anspruchs voraussetzt (§ 286 Abs. 1 Satz 1 BGB). Für das Verbot des Abzugs von Zwischenzinsen (§ 272 BGB) bedarf es jedenfalls keines Hinweises auf die Unverzinslichkeit der Forderung, da es nach allgemeiner Auffassung auch für verzinsliche Schulden gilt.<sup>18</sup>

Ebenso besteht kraft Gesetzes keine Verzinsungspflicht für gestundete Leistungen, auch wenn die Gegenleistung bereits erbracht wurde. Die bis zum 31.12.2001 geltende kaufrechtliche Vorschrift des § 452 BGB a. F.<sup>19</sup> war einerseits vollständig abdingbar<sup>20</sup> und bereits dem Wortlaut nach nur einschlägig, wenn gerade keine Stundungsabrede getroffen war. Nach ersatzloser Abschaffung dieser dispositiven gesetzlichen Regelung besteht sogar im Rahmen kaufvertraglicher Vereinbarungen kein Bedarf daran, bei nicht gestundeten Kaufpreisforderungen deren mangelnde Verzinslichkeit zu regeln. Umso mehr gilt dies außerhalb des – auch seinerzeit bereits außerordentlich engen – Anwendungsbereichs des § 452 BGB a. F. Vertragliche Bestimmungen zur mangelnden Verzinslichkeit bis zur Fälligkeit im Sinne fehlender Stundungszinsen gehören also zu dem Teilbereich des vertragsgestalterischen Repertoires, der infolge normativ überholender Kausalität gestrost „ausgemustert“ werden darf.

Sinnvoll kann dagegen eine Bestimmung sein, mit der die Pflicht zur „unverzöglichen“ Zahlung normiert wird, der zufolge also keine den Verzug begründende Mahnung erforderlich ist. Notwendig ist dafür eine kalendermäßige Bestimmung der Leistung nach § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB, die insbesondere in der Nennung einer in Tagen bemessenen Frist

<sup>18</sup> MünchKommBGB/Krüger, § 272 Rdnr. 3.

<sup>19</sup> Die folgendermaßen lautete: „Der Käufer ist verpflichtet, den Kaufpreis von dem Zeitpunkt an zu verzinsen, von welchem an die Nutzungen des gekauften Gegenstandes ihm gebühren, sofern nicht der Kaufpreis gestundet ist.“

<sup>20</sup> BGH, NJW 1997, 938 = MittBayNot 1997, 164.

bestehen kann.<sup>21</sup> In diesem Sinne liegt es nahe, bei Zahlungspflichten – die in der Regel durch Banküberweisung erfüllt werden – die auch nach der Übergangsfrist nach § 675s Abs. 1 BGB noch relevante Ausführungsdauer von drei Tagen als Maßstab heranzuziehen.

Beispiel für eine „sofortige“ Zahlungspflicht:

„Der Zahlungseingang hat in drei Tagen ab heute zu erfolgen.“

### 3. „Kommt ohne Mahnung in Verzug“

Einem Vorschlag von *Wälzholz/Bülow*<sup>22</sup> – aus der Zeit kurz vor Inkrafttreten des „Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts“ am 1.1.2002 – zufolge wird in der Praxis gelegentlich im Rahmen der Fälligkeit eines Grundstückskaufpreises durch den beurkundenden Notar auf Folgendes hingewiesen:

Beispiel eines unter Umständen falschen notariellen Hinweises:

„Verzug tritt auch ohne Mahnung mit Ablauf der angegebenen Frist ein.“

Wie beschrieben gibt dies die bestehende Rechtslage allerdings nicht zutreffend wieder. Verzug setzt nicht nur eine Mahnung oder deren – hier nach § 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB gegebene – Entbehrlichkeit voraus, sondern zudem ein Vertretenmüssen der Nichtleistung (§ 286 Abs. 4 BGB) und das Fehlen den Verzug hindernder Gegenrechte. Der Hinweis wäre somit nur dann richtig, wenn mit der getroffenen

<sup>21</sup> MünchKommBGB/*Ernst*, § 286 Rdnr. 56.

<sup>22</sup> MittBayNot 2001, 509, 511.

Fälligkeitsbestimmung eine – hinsichtlich etwaiger Zahlungspflichten wenig benachteiligende – Garantieübernahme des Schuldners samt – schon deutlich problematischer einzuordnender und vermutlich regelmäßig nicht gewollter – Vorleistungspflicht intendiert wäre, was allerdings, wie beschrieben, im Regelfall nicht unterstellt werden kann. Auf den vorgeschlagenen Hinweis ist daher ebenso zu verzichten, wie auf eine deklaratorisch erscheinende, tatsächlich sinnvoll aber nur – wie gleichfalls beschrieben – als eine den Käufer erheblich benachteiligend zu verstehende Regelung, wie etwa folgende:

Beispiel einer unbeabsichtigt den Käufer benachteiligenden Regelung:

„Zahlt der Käufer bei Fälligkeit nicht, kommt er ohne weiteres in Verzug.“<sup>23</sup>

### V. Schlussbemerkung

Vertragliche Vereinbarungen zur Leistungszeit haben vielfältige Wechselwirkungen zwischen Fälligkeit, etwaigen Einreden des Schuldners, einem Verzugsseintritt und der Erfüllbarkeit. Es ist Aufgabe des Vertragsgestalters, diese zu berücksichtigen und darauf zu achten, dass durch die gewählte Formulierung nicht im Rahmen der späteren Vertragsdurchführung Rechte des Schuldners beschränkt werden, an die bei Abfassung des Vertragstexts nicht ausreichend gedacht wurde. Im Zweifel ist es dabei hilfreich, auf scheinbar gesetzesdeklaratorische Vertragsbestimmungen zu verzichten. Überflüssige, gelegentlich sogar falsche Hinweise sind naturgemäß zu unterlassen.

<sup>23</sup> *Schmittat*, Einführung in die Vertragsgestaltung, 3. Aufl. 2008, Rdnr. 166.

## Der Kommissionsvorschlag für das internationale Ehegüterrecht

Von Notar Dr. *Christoph Döbereiner*, München

Die Europäische Kommission treibt die – wünschenswerte – Rechtsvereinheitlichung in Europa durch Harmonisierung des Kollisionsrechts weiter voran. Für die notarielle Praxis sind nach dem Vorschlag der ErbrechtsVO vom 14.10.2009 (KOM 2009/154 endg.) die am 18.3.2011 vorgelegten, in großen Teilen gleichlautenden Vorschläge für eine Verordnung des Rates über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und die Vollstreckung von Entscheidungen im Bereich des Ehegüterrechts (KOM 2011/126 endg.) – im Folgenden EhegüterR-VO – sowie für eine Verordnung des Rates über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen im Bereich des Güterrechts eingetragener Partnerschaften (KOM 2011/127 endg.) – im Folgenden: PartgüterR-VO – von besonderer Bedeutung. Der folgende Beitrag gibt – unter weitgehender Ausklammerung prozessualer Fragestellungen – einen ersten Überblick über die geplanten Regelungen und ihre Auswirkungen auf die notarielle Praxis. Die PartgüterR-VO wird nur soweit behandelt als ihre Regelungen von denen der EhegüterR-VO abweichen.

### A. Einleitung

Im Bereich des Ehegüterrechts gibt es multilateral bisher nur zwei internationale Übereinkommen der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht, nämlich das Ehwirkungsübereinkommen vom 17.7.1905 und das Ehegüterrechtsübereinkommen vom 14.3.1978. Ersteres wurde von der Bundesrepublik Deutschland mit Wirkung zum 23.8.1987 gekündigt, Letzteres wurde nur von drei EU-Mitgliedstaaten<sup>1</sup> ratifiziert,

<sup>1</sup> Frankreich, Luxemburg, Niederlande. Vgl. hierzu im Überblick *Döbereiner* in Süß/Ring, Eherecht in Europa, Länderbericht Frankreich, Rdnr. 129 ff.

so dass durchaus ein Bedürfnis für eine kollisionsrechtliche Harmonisierung besteht. Der Text des nunmehr vorliegenden Entwurfs der EhegüterR-VO samt vorangestellter Begründung sowie der weitere Verfahrensgang sind abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/>. Die Verordnung soll nach Art. 40 EhegüterR-VO am 20. Tag nach ihrer Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Union in Kraft treten, ihre Anwendung soll jedoch erst nach einem Jahr ab dem Inkrafttreten beginnen, wobei unklar ist, weshalb diese beiden Zeitpunkte auseinanderfallen. Die kollisionsrechtlichen Regeln der EhegüterR-VO sollen nach Art. 39 Abs. 3 EhegüterR-VO nur für Ehegatten, die nach dem Beginn der Anwendung geheiratet oder eine kollisionsrechtliche Rechtswahl getroffen

haben, gelten. Im Übrigen bleibt es bei den bis dahin geltenden Vorschriften, insbesondere also bei Art. 15 EGBGB. Die EhegüterR-VO ist in sechs Kapitel gegliedert: Kapitel I: Anwendungsbereich und Begriffsbestimmungen, Kapitel II: Zuständigkeit, Kapitel III: Anwendbares Recht, Kapitel IV: Anerkennung, Vollstreckbarkeit und Vollstreckung, Kapitel V: Wirkung gegenüber Dritten, Kapitel VI: Allgemeine Schlussbestimmungen. Die im derzeitigen Entwurf vorgeschlagenen Regelungen sind allerdings insbesondere auch für die notarielle Praxis (noch) nicht endgültig zufriedenstellend.

## B. Anwendungsbereich und Begriffsbestimmungen

Art. 1 Abs. 1 EhegüterR-VO bestimmt zunächst, dass die Verordnung auf die ehelichen Güterstände Anwendung findet. Nach der Begründung zum Verordnungsentwurf ist dieser Begriff autonom auszulegen, er umfasst insbesondere die Bereiche der Verwaltung des Vermögens der Eheleute sowie die güterrechtliche Auseinandersetzung infolge Trennung oder Tod. Unklar ist die Abgrenzung zwischen EhegüterR-VO und PartgüterR-VO, insbesondere wird nicht klar, ob die EhegüterR-VO auch für gleichgeschlechtliche Ehen gilt, eine Definition des Begriffs der Ehe fehlt, lediglich Art. 2 lit. b) der PartgüterR-VO definiert als eingetragene Partnerschaft eine gesetzlich vorgesehene Form der Lebensgemeinschaft zweier Personen, die durch Eintragung bei einer Behörde begründet wird. Da beide Verordnungen geschlechtsneutral formuliert sind, wird man davon ausgehen können, dass auf gleichgeschlechtliche Verbindungen, die nach nationalem Recht (wie z. B. die deutsche Lebenspartnerschaft) der heterosexuellen Ehe weitgehend gleichgestellt sind, die EhegüterR-VO, andernfalls (wie z. B. für den französischen PACS) die PartgüterR-VO Anwendung findet.

Art. 1 Abs. 3 EhegüterR-VO nimmt bestimmte Gegenstände ausdrücklich von der Anwendung aus. In der Begründung wird hierzu zwar aufgeführt, dass die ausgenommenen Bereiche (z. B. das gesamte „Erbrecht“), erschöpfend aufgeführt sind, dies kommt jedoch im Text des Verordnungsvorschlages nur unzureichend zum Ausdruck. Neben Fragen der Rechts-, Geschäfts- und Handlungsfähigkeit (Art. 1 Abs. 3 lit. a) EhegüterR-VO), den Unterhaltspflichten (Art. 1 Abs. 3 lit. b) EhegüterR-VO, keine Erwähnung findet in der EhegüterR-VO übrigens der Versorgungsausgleich) und den Ehegattengesellschaften (Art. 1 Abs. 3 lit. e) EhegüterR-VO) nimmt Art. 1 Abs. 3 lit. c) EhegüterR-VO unentgeltliche Zuwendungen zwischen Ehegatten vom Anwendungsbereich aus. Eine Klarstellung, dass auch gemischte Schenkungen, teilentgeltliche Übertragungen und ehebedingte Zuwendungen vom Anwendungsbereich ausgenommen sind, wäre an dieser Stelle m. E. wünschenswert.

Art. 1 Abs. 3 lit. d) EhegüterR-VO nimmt weiter Nachlassansprüche des überlebenden Ehegatten vom Anwendungsbereich der Verordnung aus. Gemeint dürfte zunächst das gesamte Erbrecht des überlebenden Ehegatten sein. Ausgenommen vom Anwendungsbereich der Verordnung sind aber sicher auch Ansprüche Dritter, wie etwa Pflichtteilsansprüche oder Noterbrechte naher Angehöriger, die aufgrund güterrechtlicher Vereinbarungen (z. B. Vereinbarung einer allgemeinen Gütergemeinschaft – *communauté universelle* – mit Zuweisung des Gesamtgutes an einen Ehegatten im Todesfall – *clause d'attribution de la totalité de la communauté* – nach französischem Recht<sup>2</sup>) entstehen können. Hier wäre eine all-

gemeine Formulierung, dass die Verordnung nicht das Erb- und Pflichtteil- bzw. Noterbrecht des überlebenden Ehegatten oder Dritter regelt, sinnvoll. Interessant und im Einzelfall kompliziert wird allerdings auch nach einem Inkrafttreten der Verordnung die Abgrenzung zwischen Güterrecht und Erbrecht bleiben, zumal auch der seit 14.10.2009 vorliegende Entwurf der ErbrechtsVO hierzu nichts sagt. Die klassischen kollisionsrechtlichen Probleme wie etwa des § 1371 BGB oder der oben genannten französischen Vertragsgestaltungen werden bleiben. Wie die bereits angesprochene autonome Auslegung der Verordnung hiermit umgehen wird, bleibt abzuwarten. Die Aufnahme allgemeiner Abgrenzungskriterien zwischen Güterrecht und Erbrecht in die EhegüterR-VO wie in die ErbrechtsVO wäre sicher wünschenswert gewesen, ein Gleichlauf zwischen Güterrechts- und Erbstatut wird aber auch künftig nicht automatisch eintreten. Die im Einzelfall anzustrebende Vereinheitlichung von Güterrecht und Erbrecht wird damit im internationalen Rechtsverkehr weiterhin eine vordringliche, wenn nicht aufgrund der Anknüpfung der Erbrechtsverordnung an den gewöhnlichen Aufenthalt im Todeszeitpunkt sogar eine noch vordringlichere Aufgabe der Rechtsgestaltung bleiben bzw. werden.

Nach Art. 1 Abs. 3 lit. f) EhegüterR-VO sollen vom Anwendungsbereich der Verordnung die Art der dinglichen Rechte an einem Gegenstand und die Publizität dieser Rechte ausgenommen sein. Nach zutreffender Auffassung<sup>3</sup> bestimmt nach geltendem deutschem IPR das Güterrecht, ob es aufgrund der Eheschließung, eines Ehevertrages oder einer Eheauflösung zu einer Änderung der dinglichen Rechtszuordnung kommt. Wie sich dieser Übergang vollzieht, ob also z. B. eine Auflassung oder Eintragung im Grundstücksregister erforderlich ist, bestimmt dagegen die „*lex rei sitae*“. Diese Zweiteilung der Anknüpfung stellt sicher, dass zwingende sachenrechtliche Bestimmungen am Belegenheitsort einer Sache nicht umgangen werden und keine am Ort der „*lex rei sitae*“ unbekannt oder ausgeschlossene dingliche Rechte entstehen („*numerus clausus*“ der Sachenrechte) können. Andernfalls würde nicht zuletzt eine Aushöhlung des in den meisten Ländern ausdifferenzierten Systems öffentlicher Register, insbesondere auch des deutschen Grundbuches und dessen Gutgläubenswirkung, drohen. Diese Gesichtspunkte kommen in der EhegüterR-VO nicht zufriedenstellend zum Ausdruck, allein die Erwähnung der „Art der dinglichen Rechte“ reicht hierfür m. E. nicht aus.

Ergänzt werden die vorgenannten Regelungen zum Anwendungsbereich der EhegüterR-VO in Art. 2 durch einzelne Begriffsbestimmungen, die jedoch teilweise unbestimmt sind und teilweise Art. 1 Abs. 3 EhegüterR-VO widersprechen. Art. 2 lit. a) EhegüterR-VO definiert als eheliches Güterrecht sämtliche vermögensrechtlichen Regelungen, die im Verhältnis der Ehegatten untereinander gelten. Hierzu gehören nach dem Wortlaut sicher z. B. auch Unterhaltspflichten, Zuwendungen unter Ehegatten oder Ehegattengesellschaften. Letztere Bereiche sollen aber gerade nach Art. 1 Abs. 3 EhegüterR-VO vom Anwendungsbereich der Verordnung ausgenommen sein. Entsprechendes gilt für die Definition des Ehevertrages in Art. 2 lit. b) EhegüterR-VO, wonach ein Ehevertrag jede Vereinbarung zwischen Ehegatten zur Regelung ihrer vermögensrechtlichen Beziehungen untereinander sowie gegenüber Dritten sein soll. Entsprechende Klarstellungen wären auch hier wünschenswert.

<sup>2</sup> Siehe hierzu *Döbereiner* in Süß, Erbrecht in Europa, Länderbericht Frankreich, Rdnr. 154 ff.

<sup>3</sup> Vgl. nur MünchKomm/Siehr Art. 15 EGBGB Rdnr. 105 ff.; Palandt/Thorn, Art. 15 EGBGB Rdnr. 25.



## C. Anwendbares Recht

### I. Regelanknüpfung

Art. 17 Abs. 1 lit a) EhegüterR-VO bestimmt, dass – anders als bisher im deutschen IPR, das in Art. 15 Abs. 1, 14 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB primär auf die gemeinsame Staatsangehörigkeit abstellt – mangels Rechtswahl in erster Linie das am ersten gewöhnlichen Aufenthalt der Ehegatten nach der Eheschließung geltende Güterrecht Anwendung findet. Ob sich Ehegatten, die z. B. aus beruflichen Gründen bei Eheschließung ihren gemeinsamen Aufenthalt im Ausland haben, tatsächlich immer bewusst sind, dass bei Unterlassen einer Güterrechtswahl für ihre Ehe unwandelbar ausländisches Güterrecht gilt, darf wohl bezweifelt werden.

Bei Fehlen eines gewöhnlichen Aufenthalts bei Eheschließung soll nach Art. 17 Abs. 1 lit. b) EhegüterR-VO das Recht gelten, dessen Staatsangehörigkeit beide Ehegatten zum Zeitpunkt der Eheschließung hatten, bei mehrfacher gemeinsamer Staatsangehörigkeit soll diese Bestimmung aus nicht recht nachvollziehbaren Gründen gemäß Art. 17 Abs. 2 EhegüterR-VO jedoch wiederum keine Anwendung finden.

Fehlt auch eine gemeinsame Staatsangehörigkeit, so ist nach Art. 17 Abs. 1 lit. c) EhegüterR-VO weiter hilfsweise auf das Güterrecht des Staates abzustellen, mit dem die Ehegatten unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere des Orts der Eheschließung, gemeinsam am engsten verbunden sind. Für diese letzte Hilfsanknüpfung ist der maßgebliche Zeitpunkt nicht genannt, m. E. dürfte aber auch hier auf den Zeitpunkt der Eheschließung abzustellen sein. Die ausdrückliche Erwähnung des Orts der Eheschließung als Indiz für die Ermittlung der engsten Verbindung der Ehegatten zu einer Rechtsordnung erscheint angesichts des heute verbreiteten Heirats-Tourismus etwas willkürlich.

Wie im bisherigen deutschen IPR ist das Güterrechtsstatut – vorbehaltlich einer nachträglichen Rechtswahl nach Art. 18 EhegüterR-VO – unwandelbar, so dass Änderungen der Anknüpfungsmomente, etwa ein Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts oder der Staatsangehörigkeit, keine Auswirkungen auf das Güterrechtsstatut haben.

Art. 15 EhegüterR-VO bestimmt im Übrigen ausdrücklich, dass das Güterrechtsstatut ausnahmslos für das gesamte Vermögen der Ehegatten gilt, eine Güterrechtsspaltung wird also ausgeschlossen. Ein Vorrang des Einzelstatuts, wie er z. B. bisher in Art. 3 a Abs. 2 EGBGB vorgesehen ist, besteht nicht mehr, zum Ausschluss der partiellen Rechtswahl für unbewegliches Vermögen vgl. noch nachfolgend unter II.

Bei den Verweisungen in der Verordnung handelt es sich nach Art. 24 EhegüterR-VO um Sachnormverweisungen, Rück- und Weiterverweisungen sind somit ausgeschlossen. Das nach der EhegüterR-VO maßgebliche Recht ist nach Art. 21 EhegüterR-VO auch dann anzuwenden, wenn es sich nicht um das Recht eines Mitgliedstaates gemäß Art. 1 Abs. 2 EhegüterR-VO handelt („loi uniforme“). Der Ausschluss von Rück- und Weiterverweisungen ist auf den ersten Blick anhand der eintretenden Rechtssicherheit zu begrüßen, kann aber zur Folge haben, dass die Rechtsordnung eines Landes zur Anwendung kommt, das nicht Mitgliedstaat ist und die Verweisung durch das Abkommen nicht annimmt, also selbst auf eine andere Rechtsordnung (zurück- bzw. weiter-)verweist.

### II. Rechtswahlmöglichkeiten

#### 1. Rechtswahl vor Eheschließung

Nach Art. 16 EhegüterR-VO können die (künftigen) Ehegatten entweder das Güterrecht des Staates, in dem beide ihren

gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt haben (lit. a) oder des Staates, in dem einer von ihnen zum Zeitpunkt der Rechtswahl seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat (lit. b) oder schließlich eines Staates, dessen Staatsangehörigkeit einer von beiden zum Zeitpunkt der Rechtswahl hat (lit. c), wählen.

Nach der Begründung zur Verordnung soll vermieden werden, dass ein Recht gewählt werden kann, das mit der realen Lebenssituation oder der Lebensplanung des Ehepaares nichts zu tun hat. Insofern überrascht es, dass nach Art. 16 lit. b) EhegüterR-VO bei einer Rechtswahl vor der Eheschließung auch das Recht gewählt werden kann, in dem einer oder beide Ehegatten zur Zeit der Rechtswahl ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben. Planen die Ehegatten, nach der Rechtswahl noch vor oder nach der Eheschließung ihren gewöhnlichen Aufenthalt in einen anderen Staat zu verlegen, kommt durchaus die Wahl einer Rechtsordnung in Betracht, die mit der realen Lebenssituation oder der Lebensplanung des Ehepaares nichts zu tun hat.

Bei einem Inkrafttreten der EhegüterR-VO würde die bisher nach Art. 15 Abs. 2 Nr. 3 EGBGB bestehende Möglichkeit, die „lex rei sitae“ als Güterrechtsstatut für Immobilien zu wählen, wegfallen. Einerseits wird dadurch eine wenig wünschenswerte Güterrechtsspaltung von vornherein vermieden. Die sicher nicht richtige (im Einzelfall aber unter Umständen insbesondere dann, wenn ausländische Ehegatten gemeinsam erwerben wollen, aber in der Regel m. E. wohl noch akzeptable), teilweise anzutreffende Praxis, bei Immobilienkaufverträgen mit Ausländern als Käufern immer eine gegenständig beschränkte Rechtswahl vorzunehmen, wäre damit hinfällig.<sup>4</sup> Teilweise ist in der Praxis das anwendbare Güterrecht aber nicht leicht oder im schlimmsten Fall gar nicht zu ermitteln. Jeder Notar kennt die Fälle, in denen in ihrem Heimatstaat weiter wohnhaft bleibende Ausländer in Deutschland eine Immobilie erwerben wollen. In diesen Fällen ist fast nie eine allgemeine Rechtswahl zum deutschen Güterrecht gewollt. Lässt sich das ausländische Güterrecht und damit das für die Ehegatten geltende Erwerbsverhältnis (vgl. auch § 47 GBO) nicht eindeutig ermitteln, führt dies zwangsläufig zu Problemen. Beim Grundbuchamt werden ggf. Vollzugsprobleme nachfolgen, ob die Grundbuchämter z. B. eine Eintragung der Ehegatten im „gesetzlichen Güterstand des usbekischen Rechts“ vornehmen werden, ohne eine genauere Angabe (z. B. Errungenschaftsgemeinschaft) zu verlangen, erscheint sehr zweifelhaft.<sup>5</sup>

#### 2. Rechtswahl nach Eheschließung

Eine Rechtswahl kann nach dem Wortlaut von Art. 16 EhegüterR-VO auch noch nach der Eheschließung getroffen oder abgeändert werden, da die Vorschrift allgemein von „Ehegatten oder künftigen Ehegatten“ spricht. Zusätzlich bestimmt Art. 18 Abs. 1 Satz 1 EhegüterR-VO, dessen Sinn nicht ganz klar ist, nochmals ausdrücklich, dass die Ehegatten ihren Güterstand während der Ehe jederzeit einem anderen Recht unterwerfen können. Nach Art. 18 Abs. 1 Satz 2 EhegüterR-VO können sie dabei aber nur das Recht des Staates, in dem einer der Ehegatten zum Zeitpunkt der Rechtswahl einen gewöhnlichen Aufenthalt hat (lit a) oder das Recht des Staates, dessen Staatsangehörigkeit einer der Ehegatten zum Zeitpunkt der Rechtswahl besitzt, wählen (lit. b). Ob, inwieweit und warum die Rechtswahlmöglichkeiten des Art. 18 Abs. 1 Satz 2 EhegüterR-VO von den Rechtswahlmöglichkeiten des Art. 16 EhegüterR-VO abweichen, erscheint fraglich.

<sup>4</sup> Zur Problematik ausführlich *Schotten/Schmellenkamp*, Das Internationale Privatrecht in der notariellen Praxis, 2. Aufl., Rdnr. 160 ff.

<sup>5</sup> Vgl. nur *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 3422.

Ein Wechsel des Güterrechtsstatuts wird in den meisten Fällen automatisch zugleich zu einem Wechsel des Güterstandes führen. Da einige Rechtsordnungen, wie etwa das französische Recht, in bestimmten Fällen für eine Änderung des Güterstandes nach Eheschließung unter bestimmten Umständen weitere Voraussetzungen wie etwa Wartefristen oder gerichtliche Genehmigungserfordernisse aufstellen, sollte in der Verordnung klargestellt werden (z. B. durch die Worte „ohne zusätzliche Voraussetzungen“), dass solche zusätzlichen Voraussetzungen bei einem bloßen Wechsel des Güterrechtsstatutes nicht zu beachten sind (so auch die herrschende Meinung<sup>6</sup> in Frankreich zur dort wegen der Geltung des Haager Ehegüterrechtsabkommens vom 14.3.1978 vergleichbaren Rechtslage). In vielen Fällen des Wechsels des Güterrechtstatuts werden es die Ehegatten innerhalb des Rahmens dieses neuen Güterrechtsstatuts außerdem nicht beim gesetzlichen Güterstand belassen wollen, sondern zusätzlich ehevertraglich einen neuen Güterstand wählen wollen. Dieser Fall ist in der EhegüterR-VO nicht geregelt, zutreffenderweise dürften in diesem Fall die für den Güterstandswechsel geltenden Erfordernisse des neuen Rechts einzuhalten sein.

Art. 18 Abs. 2 EhegüterR-VO stellt klar, dass ein Wechsel des Güterrechtsstatuts nur für die Zukunft wirkt, es sei denn die Ehegatten beschließen ausdrücklich eine Rückwirkung. Eine solche Rückwirkung hat nach Art. 18 Abs. 3 EhegüterR-VO jedoch keine Auswirkung auf frühere Rechtshandlungen oder Rechte Dritter, die sich aus dem früheren Güterrechtsstatut ergeben. Zu beachten wird im Rahmen der Rückwirkungsoption des Art. 18 Abs. 2 Hs. 2 EhegüterR-VO sein, dass durch die Änderung des Güterrechtsstatuts und eine damit einhergehende Änderung des bisherigen Güterstandes unter Umständen eine Abwicklung des bisherigen Güterstandes erforderlich ist. Möglicherweise ist diese Abwicklung nach dem neuen Recht gar nicht möglich, weil dieses den bisherigen Güterstand gar nicht kennt und deshalb hierfür keine Regelungen enthält. Die Möglichkeit, die Wirkungen des Güterrechtswechsels rückwirkend eintreten zu lassen, geht dann insoweit ins Leere. Nach dem bisherigen Entwurf der EhegüterR-VO ist den Ehegatten auch nicht die Möglichkeit eröffnet, die Wirkungen auch nur „teilweise“ rückwirkend eintreten zu lassen.

### 3. Formfragen

Besondere Regelungen gelten nach Art. 19 EhegüterR-VO für die Form einer Rechtswahl sowie nach Art. 20 EhegüterR-VO für die Form des Ehevertrages.

#### a) Form der Rechtswahl

Art. 19 Abs. 1 EhegüterR-VO bestimmt, dass die Rechtswahl in der Form, die für den Ehevertrag entweder nach dem anzuwendenden Recht des gewählten Staates oder nach dem Recht des Staates, in dem die Rechtswahlvereinbarung aufgesetzt wurde, vorgeschrieben ist, erfolgt. Nach Art. 19 Abs. 2 EhegüterR-VO muss die Rechtswahl zumindest ausdrücklich erfolgen, sie bedarf der Schriftform, ist zu datieren und von beiden Ehegatten zu unterzeichnen. Sieht das Recht des Mitgliedstaates, in dem die Ehegatten zum Zeitpunkt der Rechtswahl ihren gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt hatten, für den Ehevertrag zusätzliche Formvorschriften vor, so sind diese nach Art. 19 Abs. 3 EhegüterR-VO einzuhalten.

Es ist nicht ersichtlich, warum Art. 19 Abs. 1 EhegüterR-VO auf das „Aufsetzen“ und nicht auf das „Unterschreiben“ oder

„Unterzeichnen“ der Rechtswahlvereinbarung abstellt. Unter Aufsetzen wird dabei wohl die Entwurfsfertigung durch einen Rechtsberater oder ggf. die Beteiligten selbst zu verstehen sein. Für Eheleute mit gemeinsamen gewöhnlichem Aufenthalt in Deutschland ist zwar – unabhängig vom gewählten Recht und vom Abschlussort – nach Art. 19 Abs. 3 EhegüterR-VO stets eine notarielle Beurkundung erforderlich, in anderen Fällen erlaubt Art. 19 Abs. 1 EhegüterR-VO durch das Abstellen auf das „Aufsetzen“ der Rechtswahl aus nicht nachvollziehbaren Gründen allerdings offensichtlich eine Umgehung zwingender Formvorschriften, die ggf. am Ort der Unterzeichnung gelten. Nicht geregelt ist – da der Ordnungsentwurf auf das „Aufsetzen“ der Rechtswahl abstellt – konsequenterweise der Fall, dass die Ehegatten den Ehevertrag sukzessiv in verschiedenen Ländern unterzeichnen, hierfür sollte – sofern es gelingt, das Wort „Aufsetzen“ durch „Unterzeichnen“ zu ersetzen – klargestellt werden, dass die Formvoraussetzungen beider Länder gewahrt sein müssen.

Art. 19 Abs. 2 Hs. 1 EhegüterR-VO schließt eine konkludente Rechtswahl aus, das Wort „zumindest“ ist jedoch überflüssig und eher verwirrend. Dagegen sollte in Art. 19 Abs. 2 Hs. 2 EhegüterR-VO bestimmt werden, dass die Rechtswahlvereinbarung „mindestens der Schriftform“ bedarf. M. E. wäre es außerdem sinnvoll, auch eine Angabe des Ortes der Unterzeichnung der Rechtswahl zu verlangen, um die Einhaltung der Formvorschriften am Unterschriftsort prüfen zu können.

#### b) Form des Ehevertrages

Art. 19 EhegüterR-VO entsprechende Bestimmungen enthält Art. 20 EhegüterR-VO für die Form des Ehevertrages, vgl. hierzu daher zunächst die vorstehenden Ausführungen. Nicht geregelt wird im Verordnungsentwurf, was zur „Form des Ehevertrages“ gehört. Hier wäre eine Klarstellung im Hinblick z. B. auf Genehmigungserfordernisse oder für Eheverträge geltende Publizitätsvorschriften (z. B. Eintragung in ein Güterrechtsregister u. ä.; vgl. auch Art. 35 Abs. 2 EhegüterR-VO) hilfreich.

### D. Wirkung gegenüber Dritten

Nach Art. 35 Abs. 1 EhegüterR-VO bestimmen sich die Wirkungen des ehelichen Güterstandes auf ein Rechtsverhältnis zwischen einem Ehegatten und einem Dritten nach dem Güterrechtsstatut. Das Recht eines Mitgliedstaates kann jedoch nach Art. 35 Abs. 2 EhegüterR-VO vorsehen, dass ein Ehegatte das auf seinen Güterstand anzuwendende Sachrecht einem Dritten nicht entgegenhalten kann, wenn der Ehegatte oder der Dritte seinen gewöhnlichen Aufenthalt in diesem Mitgliedstaat hat und die in diesem Mitgliedstaat geltenden Registrierungs- und Publizitätspflichten nicht eingehalten wurden, es sei denn, dem Dritten war bekannt oder hätte bekannt sein müssen, welches Güterrechtsstatut gilt. Entsprechende Bestimmungen können nach Art. 35 Abs. 3 EhegüterR-VO für unbewegliche Sachen getroffen werden. Nach deutschem Recht existieren keine Registrierungs- und Veröffentlichungspflichten, die Eintragung in das Güterrechtsregister gemäß § 1412 BGB erfolgt auf freiwilliger Basis, so dass nach dem Wortlaut Art. 35 Abs. 2 EhegüterR-VO insoweit nicht einschlägig ist.

### E. Besonderheiten der PartgüterR-VO

Der Entwurf der PartgüterR-VO entspricht in weiten Teilen der EhegüterR-VO. Für den Güterstand einer eingetragenen Partnerschaft gilt nach Art. 15 PartgüterR-VO allerdings das

<sup>6</sup> Siehe Döbereiner in Süß/Ring, Eherecht in Europa, Länderbericht Frankreich, Rdnr. 133 m. w. N.

Recht des Staates, in dem die Partnerschaft eingetragen ist. Eine Rechtswahlmöglichkeit für eingetragene Partnerschaften wird nicht eröffnet. Dies wird mit den Unterschieden im Recht der Mitgliedstaaten, die das Rechtsinstitut der eingetragenen Partnerschaft kennen, begründet. Eine Ungleichbehandlung zwischen Ehe und der gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaft des deutschen Rechts ist zwar aus verfassungsrechtlichen Gründen bedenklich (vgl. BVerfG, NJW 2009, 1877, 1980; NJW 2010, 1439; NJW 2010, 2783; NJW 2011, 909) und inzwischen weitgehend behoben, aufgrund dieser Gleichstellung wird man jedoch davon ausgehen können, dass die deutsche Lebenspartnerschaft ohnehin unter die EhegüterR-VO und nicht unter die PartgüterR-VO fällt.

## F. Schluss

Die vorliegenden Entwürfe der EhegüterR-VO bzw. der PartgüterR-VO sehen eine begrüßenswerte Vereinheitlichung der Kollisionsregeln vor. Andererseits führen sie bei einem In-

krafttreten in der derzeit vorliegenden Form zu erheblichen Änderungen in der Rechtsanwendung gerade auch in der notariellen Praxis. Dies ergibt sich insbesondere aus der geplanten Regelanknüpfung des Güterrechtsstatuts an das Recht am ersten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt nach der Eheschließung sowie den Wegfall der Rechtswahlmöglichkeit der „lex rei sitae“ für Immobilien. Einige Regelungen der Verordnungsvorschläge scheinen zudem nicht ausreichend ausgereift und bedürfen der Überarbeitung, exemplarisch sei hier das wenig sachgerechte teilweise Abstellen auf die Formvorschriften am Ort des „Aufsetzens“ für Rechtswahlvereinbarungen und Eheverträge genannt. Einige außerordentlich wichtige Gesichtspunkte bleiben dagegen unberücksichtigt, die Chance, die europaweit seit Langem herbeigesehnten Regelungen zur Abgrenzung und Vereinheitlichung von Güterrechts- und Erbstatut aufzustellen, wird – wie im ebenfalls vorliegenden Entwurf der Erbrechtsverordnung – leider nicht ergriffen. Die weitere Entwicklung bleibt abzuwarten.

## BUCHBESPRECHUNGEN

### Walz (Hrsg.): Beck'sches Formularbuch Zivil-, Wirtschafts- und Unternehmensrecht Deutsch – Englisch. 2. Aufl., Beck, 2010. 1 307 S., 126 € + CD-ROM

Dass der *Walz* nach nur knapp drei Jahren in 2. Auflage herauskommt, hat namentlich zwei Gründe:

1. Die Erstauflage wurde von der Praxis offensichtlich sehr gut angenommen. Dies verwundert nicht, da das Konzept überzeugt. Das Buch behandelt alle wesentlichen Teile des Zivil- und Wirtschaftsrechts. Diese Breite bedingt, dass nicht alle in den jeweiligen Teilbereichen auftauchenden Fragen behandelt werden können. Dies ist aber auch nicht der Anspruch des Werkes. Neu hinzugekommen sind Muster u. a. zum Bauträgervertrag, zur Unternehmergesellschaft und zur Europäischen Aktiengesellschaft. Die jeweiligen Mustertexte werden zweiseitig (englisch-deutsch) vorangestellt und anschließend kommentiert. Den Mustertexten sind als Anlage Wörterlisten beigelegt. Am Ende des Werkes findet sich eine ausführliche Gesamtwortliste, erfreulicherweise nun nicht mehr nur Deutsch-Englisch, sondern auch Englisch-Deutsch. Die Übersetzungen sind durchweg gelungen. Dies ist umso bemerkenswerter, als die Mustertexte streng vom deutschen Recht ausgehen und damit in der englischen Sprache semantisches Neuland betreten. In anderen deutsch-englischen Vertragsgestaltungsbüchern wird gern mal der deutsche Vertragstext angepasst, wenn sich keine adäquate englische Übersetzung finden lässt. Dieser Verlockung haben sich die Autoren des *Walz* nicht hingeeben. So wurden überzeugende Übersetzungen für z. B. „Lastenfreistellungserklärung“ (declaration to discharge encumbrances), „Löschungsbewilligung“ (consent to cancellation), „Pflichtteilergänzung“ (augmentation of the compulsory portion) oder „Musterprotokoll“ (model deed) gefunden. Die tägliche Arbeit des Notars erleichtert insbesondere Teil A. des Werks (Allgemeine Vertragsbestandteile und Vollmachten, Bearbeiter *Robert Walz*), in dem sich gängige Muster für Unterschriftsbeglaubigungen, notarielle Vertretungsbescheinigungen, Vollmachten und Genehmigungen finden.

2. Der zweite Grund für die rasche Neuauflage sind der gesetzgeberische Reformeifer der letzten Jahre sowie wegweisende Rechtsprechung. Zu erwähnen sind nur das Risikobegrenzungsrecht, das Forderungssicherungsrecht, die Unterhaltsrechtsreform 2008, das VersAusglG, das MoMiG, die Rechtsprechung zur GbR und die Neuerungen im Zugewinn.

Im Bereich der Grundschuld hat das Risikobegrenzungsrecht vom 12.8.2008 (BGBl 2008 I, S. 1666) im Wesentlichen zwei Änderungen mit sich gebracht. Gemäß § 1192 Abs. 1 a BGB können bei einer Sicherungsgrundschuld Einreden aus dem Sicherungsvertrag jedem späteren (auch gutgläubigen) Erwerber entgegengehalten werden; § 1193 Abs. 1 BGB bestimmt, dass das Grundschuldkapital erst nach vorangegangener Kündigung fällig wird, wobei die Kündigungsfrist sechs Monate beträgt. Von dieser Kündigungsfrist kann zumindest bei Geldforderungen nicht abgewichen werden, § 1193 Abs. 2 Satz 2 BGB. Der Bearbeiter der Grundschuld, *Thomas Zöpfl*, hat die durch das Risikobegrenzungsrecht bedingten Änderungen berücksichtigt (C. 3.). *Zöpfl* weist darauf hin, dass der Schutz des § 1192 Abs. 1 a BGB nur unvollständig ist (Anm. 1), da der Eigentümer zur Geltendmachung der sicherungsvertraglichen Einreden gegen den späteren Erwerber Vollstreckungsgegenklage erheben müsste. Bzgl.

der Frage, ob die Kündigungsfrist des § 1193 Abs. 1 BGB auch die Grundschuldzinsen erfasst, schließt sich *Zöpfl* der ganz überwiegenden Literatur an, wonach § 1193 Abs. 1 BGB sich lediglich auf das Grundschuldkapital bezieht (Anm. 4). Mit der herrschenden Meinung stellt *Zöpfl* auch fest, dass die Fälligkeit des abstrakten Schuldversprechens/Schuldanerkenntnisses nicht analog § 1193 Abs. 1 BGB von einer vorherigen Kündigung abhängt (Anm. 12).

Neu eingefügt wurde im Teilbereich „Grundstückskaufvertrag“ ein Muster zum Bauträgervertrag (C. 2.). Die Änderungen, die das Forderungssicherungsrecht vom 23.10.2008 (BGBl 2008 I, S. 2022) mit sich brachte, hat *Zöpfl* eingearbeitet. Gemäß § 632 a Abs. 3 BGB muss der Bauträger bei der ersten Abschlagszahlung eine Sicherheit in Höhe von 5 % des Vergütungsanspruchs für die rechtzeitige Herstellung des Bauwerks ohne wesentliche Mängel leisten. Mit der herrschenden Meinung plädiert *Zöpfl* zu Recht dafür, dass die maßgeblichen 5 % sich aus dem gesamten Vergütungsanspruch einschließlich Grundstücksanteil und nicht nur aus dem auf die Bauverpflichtung entfallenden Teil des Kaufpreises errechnen (Anm. 23).

Im Teil F. behandelt *Christian Hertel* den Ehevertrag und die Scheidungsvereinbarung, gerade auch bei ausländischen Vertragsbeteiligten. Das Versorgungsausgleichsgesetz vom 3.4.2009 (BGBl 2009 I, S. 700) sowie das Gesetz zur Regelung des Unterhaltsrechts vom 21.12.2007 (BGBl 2007 I, S. 3189) sind berücksichtigt. Nur cursorische Ausführungen konnte *Hertel* zur Rechtswahl im Unterhaltsrecht machen (vgl. F. I. 2. Anm. 9). Nach dem zum Redaktionsschluss des Werkes geltenden IPR (Haager Übereinkommen über das auf Unterhaltspflichten anwendbare Recht vom 2.10.1973, kurz HUntÜ, bzw. Art. 18 EGBGB) bestanden grundsätzlich keine Rechtswahlmöglichkeiten, allenfalls mittelbar über Art. 14 Abs. 2, 3 EGBGB (allgemeine Ehwirkungen). Seit dem 18.6.2011 ist das Protokoll über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht vom 23.11.2007 (kurz HUP) anwendbar. Art. 18 EGBGB tritt außer Kraft. Gemäß Art. 3 Abs. 1 HUP ist der jeweilige gewöhnliche Aufenthaltsort des Unterhaltsberechtigten für das anwendbare Unterhaltsrecht entscheidend. Art. 8 HUP erlaubt eine umfassende Rechtswahl hinsichtlich des anzuwendenden Unterhaltsrechts. Eine notarielle Beurkundung sieht Art. 8 Abs. 2 HUP nicht vor. Die Neuregelungen werden zahlreiche Fragen aufwerfen, etwa ob sich eine Beurkundungspflicht der Rechtswahl unter dem Gesichtspunkt der Vollständigkeit nach § 1410 BGB ergibt oder wo die Schranken einer Rechtswahl zu ziehen sind (aus deutscher Sicht z. B. das Verbot des Verzichts auf Trennungsunterhalt, § 1614 Abs. 1 BGB). Man freut sich schon jetzt auf die Äußerungen in der 3. Auflage des Werkes.

Im Teil J. (Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Bearbeiter *Robert Walz*) sind die durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23.10.2008 (BGBl 2008 I, S. 2026) bedingten Änderungen eingearbeitet. Unter J. I. 3. findet sich ein Muster für die notarielle Belehrung eines im Ausland befindlichen Geschäftsführers. Die Belehrung kann durch die in § 8 Abs. 3 Satz 2 GmbHG genannten Personen erfolgen. *Walz* rät, dass der unterzeichnende Geschäftsführer bei Unterschrift ausdrücklich bestätigt, von der Belehrung vor Abgabe der in der Registeranmeldung enthaltenen Versicherungen Kenntnis genommen zu haben. Als taugliche Belehrungspersonen sieht

Walz alle Notariatspersonen (also auch Scrivener Notaries oder amerikanische Notaries Public) an. Neu eingefügt wurden ein Musterprotokoll zur Gründung einer Einmann-UG (haftungsbeschränkt) und die korrespondierende Registeranmeldung (J. I. 7. bzw. 8). Die Registeranmeldung entspricht der aktuellen Rechtsprechung (OLG Stuttgart, MittBayNot 2009, 390), wonach zwischen abstrakter und konkreter Vertretungsregelung unterschieden werden muss. Für die vielen noch nicht endgültig geklärten Fragen im Zusammenhang mit einer UG (haftungsbeschränkt) (insbesondere Satzungsänderungen oder „step up“ der UG [haftungsbeschränkt] zur regulären GmbH) findet man keine Antwort. Dies kann aber auch nicht der Anspruch eines deutsch-englischen Formularbuchs sein. Vielmehr ist hier ein Rückgriff auf Spezialliteratur erforderlich. Sobald in diesen Fragen allerdings Rechtssicherheit herrscht, wären entsprechende Muster wünschenswert, gerade aufgrund der internationalen Ausrichtung der UG (haftungsbeschränkt) als Konkurrenz zur englischen Ltd. Mit besonderer Neugier sucht man nach einer Stellungnahme zu der spannenden Frage, ob GmbH-Anteilsabtretungen nach der Neufassung des § 40 Abs. 2 GmbHG wirksam vor einem ausländischen Notar durchgeführt werden können. Eine Stellungnahme auf diese Frage findet sich etwas überraschend nicht bei der GmbH-Anteilsabtretung (Teil J. III), sondern versteckt bei der Gründung einer Aktiengesellschaft

(Teil K. I. 1., Bearbeiter *Nicole Englisch*). Mit dem LG Frankfurt (DNotZ 2009, 949) lehnt *Englisch* die Beurkundung vor einem ausländischen Notar ab (Anm. 2). Nach Redaktionsschluss erging freilich das Urteil des OLG Düsseldorf (Beschluss vom 2.3.2011, I-3 Wx 236/10), in dem entschieden wurde, dass ein in Basel residierender Notar bei einer von ihm beurkundeten GmbH-Geschäftsanteilsabtretung eine neue Gesellschafterliste beim deutschen Handelsregister einreichen kann. Das letzte Wort scheint noch nicht gesprochen.

Natürlich hat man als Rezensent eine unerschöpfliche Phantasie, welche weiteren Muster noch in das Werk aufgenommen werden könnten (z. B. Angebot und Annahme oder Übergabe eines Gewerbebetriebs). Andererseits soll der *Walz* spezielle Fachliteratur nicht ersetzen. Mit den zur Hand gegebenen Mustertexten kann man in jedem Fall auch nicht im Werk enthaltene Formulare selbst entwerfen. Diejenigen Kollegen, die in ihrer Praxis mehr mit der englischen Sprache in Berührung kommen als durch die Fertigung eines englischen Beglaubigungsvermerks oder einer englischen Vertretungsbescheinigung bedingt, werden am *Walz* nicht vorbeikommen. Es wird sich unter den deutsch-englischen Vertragshandbüchern als führend etablieren.

Notar Dr. *Sebastian Franck*, Neu-Ulm

### **Sikora/Mayer: Kautelarjuristische Klausuren im Zivilrecht. 2. Aufl., Vahlen, 2011. 202 S., 24,90 €**

Kautelarjuristische Aufgabenstellungen sind meist der Albtraum eines jeden Referendars in der juristischen Staatsprüfung, da sie sich nicht mit den bekannten, über Jahre hinweg eingeübten Prüfungsschemata gemäß des allgemeinen Grundsatzes „Wer kann was von wem voraus verlangen“, lösen lassen. Der oft letzte Rettungsanker, nämlich das stoische Durchdeklinieren sämtlicher Anspruchsgrundlagen in der Hoffnung, hierbei die „in der Klausur versteckten“ Problemkreise – mitunter als Zufallsfund – aufzuspüren und einer adäquaten Lösung zuzuführen, scheint bei Kautelarklausuren zu fehlen. Dies hat zur Folge, dass man schnell den Kompass verliert. Die anfängliche Nervosität schlägt in Panik um und die Klausur gerät auf die schiefe Ebene. Dieses Schreckensszenario ist vermeidbar, wenn man sich in ausreichender zeitlicher Distanz zum Staatsexamen mit der Idee kautelarjuristischer Fragestellungen und deren typischen Anwendungsfeldern vertraut macht. Wenngleich eine schablonenhafte Anwendung von Prüfungsschemata nicht möglich ist, folgt auch dieser Klausurtyp einer inneren Logik, die – einmal verinnerlicht – den Prüfling durch die Klausur lotst.

Es ist das Verdienst von *Sikora* und *Mayer*, den Prüflingen mit dem vorgelegten Skript, das in der Reihe „Assessorexamen – Lernbücher für die Praxisausbildung“ in nunmehr 2. Auflage erschienen ist, diese innere Logik von Kautelarklausuren in äußerst übersichtlicher und leicht verständlicher Weise näher zu bringen.

Das Skript ist in zwei Teile untergliedert: Während im ersten Teil der theoretische Unterbau für Kautelarklausuren in komprimierter Weise (ca. 30 Seiten) geliefert wird, enthält der zweite Teil acht Klausuren, die sich jeweils einem anderen materiellrechtlichen Themenkomplex widmen.

Bereits im Rahmen der Einführung werden die theoretischen Erläuterungen mit zahlreichen praktischen Beispielen unterlegt, welche dem Leser plastisch vor Augen führen, was Gegenstand und Rahmenbedingung der Vertragsgestaltung bildet. Durch die gewählte Darstellung wird in diesem Kontext gekonnt Theorie mit Praxis verbunden, was dem Prüfling das Vordringen in die anspruchsvolle Materie der sich anschließenden Klausuren erleichtert. Gemäß den Ausführungen der Autoren ist die kautelarjuristische Aufgabenstellung darauf ausgerichtet, durch vorsorgende Gestaltung das rechtliche und wirtschaftliche Ziel der Beteiligten zu erreichen („Zweckverwirklichung“) und dieses Ziel zugleich gegen Risiken sowie (interne bzw. externe) Beeinträchtigungen abzusichern. Letzteres wird als „Störfallvorsorge“ bezeichnet.

Ausgangspunkt jeder kautelarjuristischen Lösung ist das geltende Gesetzesrecht und damit verbunden die Frage, ob bzw. inwieweit, dieses mit dem Regelungsziel übereinstimmt. Regelungsbedarf entsteht nämlich nur bei einer etwaigen Diskrepanz. Besonders virulent ist diese erste Stufe regelmäßig bei erbrechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Aufgabenstellungen (vgl. Fall 3 „Die Huber KG“ und Fall 7 „Der letzte Wille von Wilhelm Weinfeld und Daphne Daum“), da sich bei derartigen Fällen meist schon durch die rezipierende, bzw. analysierende Wiedergabe der gesetzlichen Ausgangslage (z. B. Rechtsfolgen des Versterbens eines Komplementärs/Kommanditisten, Gewinnverteilung bei der KG) „Punkte sammeln lassen“.

Die auf der zweiten Stufe erforderliche Überprüfung der gewünschten vertraglichen Regelung auf ihre gesetzliche Zulässigkeit bildet regelmäßig bei AGB-Klausuren sowie bei familienrechtlichen Klausuren einen Prüfungsschwerpunkt. Exemplarisch hierfür stehen die Fälle 1, 2 und 8 „Max Merckels Gebrauchtwagenhandel“, „Bauunternehmer Bernd Bauer“ und „Der Ehevertrag von Gunter und Ramona“.

Ein besonderes Augenmerk auf die Störfallvorsorge ist insbesondere bei erbrechtlichen und ehevertraglichen Aufgabenstellungen sowie im Bereich der vorweggenommenen Erbfolge zu richten (vgl. hierzu Fälle 6–8).

Die im Skript bearbeiteten Fälle sind von den Autoren mit Bedacht ausgewählt und repräsentieren jeweils den Prototyp der verschiedenen Rechtsbereiche vorsorgender Vertragsgestaltung (Erbrecht, Familienrecht, Personengesellschaftsrecht, AGB-Recht, Mietrecht, Grundstückskauf und Kauf vom Bauträger sowie vorweggenommene Erbfolge).

Exemplarisch bietet sich an dieser Stelle die Klausur zur lebzeitigen Vermögenübertragung (Klausur 6) zur näheren Betrachtung an. Übergabe- und Überlassungsverträge gehören neben Grundstückskaufverträgen zum täglichen Brot eines (Land-)Notars. Demgegenüber wird dieser Vertragstyp im Studium bzw. im Rahmen der Referendarausbildung relativ stiefmütterlich abgehandelt oder mitunter sogar negiert. Dies überrascht angesichts dessen hoher Praxisrelevanz. Vor dem Hintergrund, dass dieser Vertragstyp keine Kenntnis besonderer Theorien oder Rechtsinstrumente voraussetzt, sondern vielmehr bekannte Rechtsprobleme (Pflichtteilsverzicht, Nießbrauch, Dienstbarkeiten, Kreditsicherungsrecht, Vormerkung, Rangverhältnisse usw.) in einer neuen und daher für den Klausurbearbeiter fremden Kombination zusammenführt, dürfte sein Nischendasein in der Ausbildung diesen Vertragstyp zur idealen Examensklausur stilisieren. Es wird vom Prüfling erwartet, die in einem anderen Zusammenhang erlernten Instrumente in neuem Kontext einzusetzen. Verfügt man als Klausurbearbeiter nun nicht nur über das juristische Handwerkszeug, um die aufgeworfenen Probleme zu lösen, sondern kennt man auch die typischen Regelungsziele und die dabei auftretenden Interessenskonflikte, bzw. potentiell auftretende Störfälle, so führt diese Problemsensibilität zu einem merklichen Bonus, mit dessen Hilfe man nahezu jede Kautelarklausur – allen Widrigkeiten zum Trotz – getrost als „Heimvorteil“ ansehen kann.

Die Autoren sind bei der Aufbereitung ihrer Klausurfälle bestrebt, möglichst alle Fragestellungen bzw. Regelungsmöglichkeiten, die es zu den betreffenden Themenkomplexen gibt, umfassend abzuhandeln. Angesichts der Länge, Komplexität und Vielschichtigkeit der behandelten Materie handelt es sich

bei den jeweiligen Klausuren nicht immer um typische Examensklausuren, sondern mitunter eher um Master-Klausuren, aus denen jeweils mehrere Examensklausuren gestrikt werden können. Diese – unter didaktischen Gesichtspunkten zu begrüßende Vorgehensweise – hat den Charme, dass man nach Bearbeitung von nur acht Klausurfällen nahezu sämtliche typischen Regelungsprobleme und Aufgabenstellungen aus dem Bereich der zivilrechtlichen Kautelarklausur bearbeitet hat – und dies in einer Tiefe, die ihresgleichen sucht.

Während die von *Sikora* bearbeiteten Klausuren (Nummer 5–8) durch Inhalt und Systematik bestechen und angesichts ihrer en passant enthaltenen Querverbindungshinweise zum Steuer-, Beurkundungs- und Kostenrecht auch für den Praktiker von Interesse sind, können die von *Mayer* bearbeiteten Klausuren nicht in allen Punkten Schritt halten. Zwar bieten die von *Mayer* präsentierten Lösungen einen realistischeren Ausblick auf die Anforderungen an eine Examensklausur, gleichwohl wäre an manchen Stellen nach dem Geschmack der Rezensentin eine ausführlichere Begründung und tiefere Auseinandersetzung mit der Materie wünschenswert gewesen. Summa summarum eignet sich das Skript hervorragend zur Vorbereitung auf die zweite juristische Staatsprüfung, da es in prägnanter, aber gleichwohl fundierter Weise die statistisch häufig auftretenden Konstellationen abdeckt und somit dem Prüfling gewissermaßen einen Kompass an die Hand gibt, der ihn zielsicher auch durch unbekannte Gewässer führt – und dies zu einem moderaten Preis. Obwohl sich das Skript primär an Referendare im Rahmen der Prüfungsvorbereitung auf die zweite juristische Staatsprüfung richtet, seien die Fälle 2 und 3 sowie 5–8 auch jedem Notarassessor als Einstiegslektüre ans Herz gelegt. Das Studium der vorgenannten Fälle eignet sich darüber hinaus hervorragend zur Vorbereitung auf die notarielle Fachprüfung. Überdies kann vorliegende Sammlung aufgrund ihrer Praxisrelevanz auch Kassenangestellten bzw. Fachangestellten im Notariatsdienst zur Lektüre empfohlen werden. Die enthaltenen Fälle bilden in kompakter und prägnanter Form ein breites Spektrum notarieller Alltags Herausforderungen ab. Auch wenn der Band unter dem Titel *Kautelarjuristische Klausuren im Zivilrecht* firmiert, beinhaltet das Skript doch sehr viel mehr als dies.

Notarassessorin *Sonja Pelikan*, LL.M. (NYU), München

### **Müller/Sieghörtner/Emmerling de Oliveira: Adoptionsrecht in der Praxis. 2. Aufl., Giesecking, 2011. 228 S., 49 € + CD-ROM**

Das in 1. Auflage 2007 erschienene Buch (besprochen von *Seeger*, MittBayNot 2007, 478) liegt nunmehr in 2., um 28 Seiten umfangreicherer Auflage vor. Es wird weiterhin ergänzt durch eine CD-ROM, auf der sich über 20 Muster zu Adoptionsanträgen, Einwilligungen, Erklärungen und Gerichtsentscheidungen befinden. Beibehalten wurde die Untergliederung in vier Teile, nämlich die Darstellung des deutschen Rechts, die Besonderheiten bei einem Auslandsbezug, die Sonderprobleme des Staatsangehörigkeits- und Aufenthaltsrechts, der Namensführung, der erbrechtlichen Wirkungen und neu auch der steuerrechtlichen Aspekte der Adoption sowie schließlich die Kosten bei Notar und Gericht. Im Anhang finden sich Gesetzestexte und (besonders wertvoll) Muster für die notarielle Beurkundung und für Gerichtsentscheidungen.

Das Buch gibt auf alle praktischen Fragen zuverlässig Antwort. Es betrifft auch in der notariellen Praxis seltene, aber dennoch vorkommende Fälle wie z. B. die Adoption des eigenen leiblichen, aber rechtlich einem anderen Mann zugeordneten Kindes (Rdnr. 57), die umstrittene Situation der Adoption eines Kindes durch eingetragene Lebenspartner (Rdnr. 38), die sittliche Rechtfertigung bei einer Volljährigenadoption, wenn ein Ehepaar adoptiert werden soll (Rdnr. 102), und die sozialrechtlichen Folgen (Rdnr. 146). Die immer häufiger werdenden Adoptionen mit Auslandsbezug werden zuverlässig von *Emmerling de Oliveira* bearbeitet. Dort kann man beispielsweise sehr schnell die Voraussetzungen für die Anerkennung einer im Ausland durchgeführten Adoption samt vorzulegender Unterlagen (Rdnr. 281 ff.) ermitteln. Auch die häufig in der Praxis gestellte Frage, ob der bisher geführte Name, unter dem der Anzunehmende bereits bekannt ist, fortgeführt werden kann, wird ausführlich behandelt (Rdnr. 361 ff.). Die Risiken, die sich bei der Volljährigenadoption durch das Fortbestehen des

Verwandtschaftsverhältnisses zu den leiblichen Verwandten bei der Adoption mit eingeschränkten Wirkungen im Hinblick auf den Wechsel von Vermögen in eine andere Familie ergeben, werden ebenfalls angesprochen (Rdnr. 400). Lediglich in Bezug auf die Scheinadoption widersprechen sich die Ausführungen von Müller und Sieghörtner (Rdnr. 162 und 331).

Bei den bisherigen Rezensionen wurde das Buch mit dem Prädikat besonders bzw. uneingeschränkt empfehlenswert versehen. Jedenfalls hinsichtlich der 2. Auflage kann man sagen, dass es Vergleichbares nicht gibt und das Buch für jeden Juristen, der mit Adoptionen befasst ist, unentbehrlich ist.

Notar Prof. Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Regen und Zwiesel

### Münch: Ehebezogene Rechtsgeschäfte. 3. Aufl., ZAP-Verlag, 2011. 1 279 S., 108 € + CD-ROM

Das Werk des Kitzinger Kollegen *Christof Münch* hat sich mittlerweile am Markt bewährt, und dies zu Recht. Ich verweise an dieser Stelle auf die in der MittBayNot erschienenen Rezensionen zu den Voraufgaben (*Bruch*, MittBayNot 2008, 30; *Everts*, MittBayNot 2005, 119). Für die Neuauflage lässt sich exemplarisch der Autor selbst aus dem aktuellen Vorwort zitieren: „Der seit der ersten Auflage verfolgte breite Ansatz des Buches, alle ehebezogenen Rechtsgeschäfte zusammenhängend darzustellen und die Querbezüge zum Steuer- und Erbrecht aufzunehmen, hat sich bewährt und liegt mit dem durch das FamFG errichteten ‚Großen Familiengericht‘ in der Tendenz der Zeit.“

Die Neuauflage verarbeitet Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur zum Stand Oktober 2010, also auch und vor allem die Reformen zum Versorgungsausgleich, die Änderungen beim Zugewinn und Erbrecht sowie das FamFG. Vor diesem Hintergrund musste insbesondere das Kapitel zum Versorgungsausgleich praktisch neu geschrieben werden. Dabei rechne ich dem Autor hoch an, dass er nicht der, auch kaufmännischen, Versuchung erlegen ist, zur Vertiefung des Inhalts und für detaillierte Formulierungsvorschläge auf seine gesondert erschienene Monographie zu verweisen (Vereinbarungen zum Versorgungsausgleich, Beck, 2010). So wird der Wert des Werkes nicht nur nicht vermindert, sondern gleichsam durch das Buch im Buch noch erhöht.

Die seit der 2. Auflage ergangene, geänderte Rechtsprechung des BGH zum Wegfall der Geschäftsgrundlage und der Konklusion bei ehebedingten Zuwendungen nimmt *Münch* nicht etwa zum Anlass, Entwarnung zu geben, sondern rät im Gegenteil dazu, Zuwendungen in das Vermögen des anderen Ehegatten weiterhin gezielt vertraglich zu regeln – so dass die Annahme von Innengesellschaften oder ehebedingten Zuwendungen gerade entfällt. Denn trotz der aktuellen Rechtsprechung sind die Rechtsfolgen hierzu noch immer zu unbestimmt. Der Autor schlägt daher für den Fall der Geldzuwendungen Darlehensverträge vor. Solche eindeutigen Regelungen hätten dann im Scheidungsfall den Vorrang. Dies verdient Beifall; derartige Vereinbarungen werden in der Praxis noch viel zu selten propagiert, aber als punktuelle Lösung nach meinen Erfahrungen von den Beteiligten leichter verstanden und akzeptiert als Eheverträge (und haben überdies den kautelarjuristischen „spill-over“-Effekt, dass sie in der Mustersammlung auch für nichteheliche Lebensgemeinschaften, Schwägerer oder im Verhältnis Eltern-Kinder leicht angewendet werden können). Zudem dürften sie regelmäßig kostengünstiger sein als Ehe- oder Partnerschaftsverträge. *Münch* macht hierzu instruktive, vor allem steuerrechtliche Ausführungen (Verzinsung!). Zivilrechtlich ist dieser Abschnitt aber noch ausbaufähig. Die Formulierungen, inkl. Sachstand, sollten stärker an die typische, wohl regelmäßige

den Anlass bietende Investitionsabsicherung eines Ehegatten angepasst werden. Denn meistens zahlt der Darlehensgeber keinen Kapitalbetrag aus, sondern leistet den Schuldendienst für den gemeinsamen Immobilienerwerb oder das Hausdarlehen auf dem Grundbesitz des anderen Ehegatten oder zahlt Material- oder Handwerkerrechnungen (oder erbringt eigene Werkleistungen, die von Art und Umfang nicht mehr als Unterhaltsbeitrag gewertet und daher monetarisiert werden können oder sollen). Deshalb ist das Sicherungsmittel der Wahl nach meinem persönlichen Geschmack auch eher die Sicherungshypothek oder die Höchstbetragssicherungshypothek für (was ebenfalls noch zu berücksichtigen wäre) im Vereinbarungszeitpunkt meist noch nicht im Einzelnen bekannte Leistungen, anstelle der gewöhnlichen Buchhypothek oder nicht abtretbaren Grundschuld. Daher wiederum sollten die Beteiligten eindringlich darüber belehrt werden, dass der Abschluss des Darlehens die Dokumentation der Ausreichung der darlehenshalber gewährten Leistungen nicht ersetzt. Für den Fall der Trennung/Scheidung halte ich überdies die sofortige Rückzahlungspflicht für unverhältnismäßig. In einer Folgeauflage könnte auch noch auf die pflichtteilsdämpfende Wirkung solcher Vereinbarungen in Bezug auf Abkömmlinge hingewiesen werden.

Stetig an Gehalt und Umfang zugenommen hat z. B. auch der internationale Bereich: Nunmehr sind neben der reinen Textdarstellung auch Musterformulierungen enthalten. Zu nennen wären etwa ein Ehevertrag mit umfangreichen Rechtswahlvereinbarungen und ein Formulierungsvorschlag für den Fall der Scheidung zu Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich und Unterhalt mit Bezugnahme auf ausländische Rechtsinstitute. Auch der neue deutsch-französische Wahlgüterstand ist übrigens bereits als Stichpunkt aufgenommen (wengleich er mangels Ratifikation noch kein geltendes Rechtsinstrument ist). Ob dieser ein Praxiserfolg wird, kann man, wie *Münch*, zu Recht bezweifeln. Probleme mit § 5 ErbStG sehe ich aber nicht, da dessen Abs. 2 ohnehin deklaratorisch ist. Ob jedoch zivilrechtlich das „(...) fehlende erbrechtliche Viertel Ehegatten von der Wahl dieses Güterstandes abhalten“ wird, wie der Autor meint, ist gleichfalls zweifelhaft. Schließlich wird man dem als Notar bei einer Gesamtlösung im Rahmen eines gebührenprivilegierten Ehe- und Erbvertrags ohne weiteres abhelfen können. Außerdem hat der deutsch-französische Wahlgüterstand den (vielleicht einzigen?) unbestreitbaren Vorteil, dass er einerseits die Erbenstellung des Ehegatten ermöglicht und andererseits zugleich die Abzugsfähigkeit des Zugewinns (sic!) als echte Nachlassverbindlichkeit ermöglicht. Damit kann dieser Güterstand anders als die meisten derzeit möglichen ehevertraglichen Gestaltungen extrem pflichtteilsminimierend wirken, zumal ohne unmittelbare Vermögensverschiebung und ohne Pflichtteilsergänzungsprobleme.

Es verwundert angesichts der Aufnahme der Legislative und Judikative der vergangenen vier Jahre sowie der beständigen

Anregungen aus dem Leserkreis – die Kollege *Münch* unter Publikation seiner E-Mail-Adresse bereitwillig aufnimmt – nicht, dass der Umfang des Buches bei gleicher Type seit der ersten Auflage um über 400 Seiten gestiegen ist. Angesichts dessen ist der (allerdings recht hohe) Anfangspreis nur moderat gestiegen.

**Fleischer/Goette: Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung – GmbHG. Band 3, §§ 53–85. Beck, 2011. 1 273 S., 248 €**

Zur Reihe der Münchener Kommentare muss man eigentlich in einer Fachzeitschrift wie der *MittBayNot* nicht viel sagen. Dem Anspruch, ein wissenschaftlich fundierter Großkommentar zu sein, wurde man in der Vergangenheit in anderen Rechtsgebieten regelmäßig gerecht; das Gütesiegel „Münchener Kommentar“ garantierte bislang stets einen systematischen Aufbau, wissenschaftliche Tiefe und eine auf die Bedürfnis der Praxis ausgerichtete Darstellung. Umso erstaunlicher erscheint es, dass der Verlag erst jetzt die Spielwiese des GmbH-Rechts für diese Reihe entdeckt hat. Bislang sind hier die Bände 1 und 3 erschienen, während Band 2 sich aktuell noch in der Pipeline befindet. Aber schon jetzt lässt sich sagen, dass es sich insgesamt – es besteht im Übrigen anders als bei der Aktienrechtskommentierung des Münchener Kommentars eine Gesamtabnahmeverpflichtung – um eine der ausführlichsten Darstellungen des geltenden GmbH-Rechts auf dem Markt handelt.

Mit *Holger Fleischer*, Hamburg, und dem einstigen Vorsitzenden Richter des II. Zivilsenats beim BGH, *Wulf Goette*, nunmehr Of Counsel einer großen Rechtsanwaltskanzlei, konnten äußerst namhafte Herausgeber gewonnen werden. Leider lässt *Goette* im hier zu besprechenden dritten Band den geneigten Leser nur an seinen fundierten Kenntnissen und Meinungen zum aus notarieller Sicht eher unbedeutenden § 79 GmbHG (Zwangsgelder) teilhaben. Doch auch die übrigen Bearbeiter, zu denen mit *Limpert* und *Schaub* auch zwei bayerische Notarkollegen gehören, bürgen nicht nur im Bearbeiterverzeichnis für Qualität. Wie sich dem Vorwort entnehmen lässt, hat die Reform des GmbH-Rechts durch das MoMiG die Bearbeiter vor große Herausforderungen gestellt. Einige vor der Reform bereits fertiggestellte Teile mussten völlig neu geschrieben werden.

Hochaktuell ist nach wie vor die von *Lieder* in § 56 a ausführlich dargestellte Problematik des Cash-Poolings. Mundgerecht bereitet *Lieder* die potentiellen Fallstricke hierbei auch für den Leser auf, der nicht jeden Tag mit Cash-Management-Systemen im Konzern zu tun hat. Instruktiv setzt er sich hier insbesondere mit der Cash-Pool II-Entscheidung des BGH (BGH, II ZR 273/07, *MittBayNot* 2010, 58) auseinander. In § 56 Rdnr. 26 und § 56 a Rdnr. 75 ff. beschäftigt sich *Lieder* mit dem Themenfeld Einlagefähigkeit von Dienstleistungen.

Fazit: Ob noch als Assessor zur Hilfe bei der Anfertigung von DNotI-Gutachten oder nun in der Notarpraxis – mein erster „familienrechtlicher Griff“, wenn ich nicht weiterkomme, gilt seit dem Erscheinen 2004 dem „Münch“. Ich habe jedes Mal etwas Verwertbares gefunden. Kaufen.

Notar Dr. *Arne Everts*, Berchtesgaden

Dass *Lieder* an seiner in NZG 2010, 86 ff. und EWIR 2010, 169 ff. bereits geäußerten Kritik an der Quivive-Entscheidung des BGH (BGH, II ZR 120/07, DNotZ 2009, 766) festhält und infolgedessen weiter vertritt, die ursprünglich geschuldete Bareinlageverpflichtung bestehe bei einem unzulässigen Forderungsaustausch (Bareinlageanspruch gegen Dienstleistungsanspruch) grundsätzlich fort, überrascht im Hinblick auf seine vorgenannten Stellungnahmen nicht.

In § 56 beschäftigt sich *Lieder* mit der Frage, ob Sachkapitalerhöhungen bei Unternehmersgesellschaften möglich sind. *Lieder* vertritt hier zu Recht, dass das Verbot des § 5 a Abs. 2 Satz 2 GmbHG grundsätzlich auch für Sachkapitalerhöhungen entsprechend gelte; dieses Verbot aber wiederum nicht (mehr) für eine den Übergang zur normalen GmbH bewirkende Kapitalerhöhung gelte. Die dies klarstellende Entscheidung des BGH (BGH, II ZB 25/10, *MittBayNot* 2011, 413) konnte offenbar ähnlich wie die dies vorher in Frage stellende Entscheidung des OLG München (DNotZ 2011, 313; ZIP 2010, 1991, 1992) nicht mehr berücksichtigt werden.

*Limpert* – anders als im Kommentar eingangs genannt nicht Notar in Nürnberg, sondern in Altdorf b. Nürnberg – beschreibt kenntnisreich in seiner Kommentierung unter anderem die Regelungen der gerichtlichen Auflösung. Aus notarieller Sicht erhellend ist hier – im Gegensatz zu der gleichwohl ausführlichen Kommentierung des eher praxisfernen § 62 GmbHG – die Darstellung der unzulässigen Einschränkungen und Erschwerungen des Rechts zur Auflösung der Gesellschaft durch Klage im Rahmen des § 61 GmbHG. So schließt sich *Limpert* der herrschenden Meinung an, dass Klauseln, welche die Fortsetzung ohne Zustimmung des klagenden Gesellschafters erlauben, unwirksam seien. Zudem beleuchtet er auch die Unwirksamkeit von Zwangsabtretungs- oder Einziehungsregelungen für den Fall der Aufhebungsklage. Gerade hier lehrt die Praxis, dass dies noch nicht zu allen geistigen Vätern von Satzungstexten durchgedrungen ist.

Insgesamt überzeugt der 3. Band. Das Werk empfiehlt sich – auch aufgrund der ungebrochenen Beliebtheit der GmbH – für den Praktiker wie auch den Wissenschaftler unbedingt zur Anschaffung. Bleibt zu hoffen, dass die Gesamtkommentierung zügig durch den noch fehlenden Band 2 zu den §§ 35–52 GmbHG abgeschlossen wird. Das Gesamtwerk wird dann ohne Zweifel einen Platz in vorderster Front der GmbHG-Kommentare einnehmen.

Notar *Florian Kroier*, Lichtenfels



### Henssler/Strohn: Gesellschaftsrecht. Beck, 2011. 3 017 S., 248 €

Neu erschienen in der Reihe der Beck'schen Kurzkommentare ist das von *Martin Henssler* und *Lutz Strohn* herausgegebene Werk Gesellschaftsrecht. Kommentiert werden die relevanten Paragraphen des BGB (§§ 80 bis 88, §§ 705 bis 740) und des HGB (§§ 8 bis 37 a, §§ 105 bis 177 a, §§ 230 bis 236) sowie jeweils das gesamte PartGG, GmbHG, AktG, UmwG und GenG. Darüber hinaus wird auf 90 Seiten ein kurzer, für die Praxis hilfreicher Überblick über das Internationale Gesellschaftsrecht gegeben, in dem die Grundsätze zum Zuzug ausländischer Gesellschaften nach Deutschland und zum Wegzug deutscher Gesellschaften ins Ausland erläutert und die wichtigsten internationalen Gesellschaftsformen (Limited, Europäische Aktiengesellschaft, Europäische Privatgesellschaft) einer näheren Betrachtung unterzogen werden. Gesetzesübergreifend werden auch das Recht der GmbH & Co. KG und das Recht der Publikumsgesellschaft dargestellt.

Das Werk entspricht mit über 3 000 Seiten in etwa dem Umfang des *Palandt* und wurde mehrheitlich von Rechtsanwälten, Hochschullehrern und Richtern bearbeitet. Die Gesetzgebung wurde bis November 2010 berücksichtigt, wodurch alle großen Reformen im Bereich des Gesellschaftsrechts wie z. B. MoMiG, BilMoG, Vorstandsvergütungsgesetz und ARUG einbezogen werden konnten. Ansonsten entspricht der Bearbeitungsstand dem Sommer 2010. Das Arbeiten mit den einzelnen Kommentierungen erweist sich als einfach, nicht zuletzt weil die stark abgekürzte Sprache des *Palandt* dem *Henssler/Strohn* erspart wurde. Am Ende für die Vertragsgestaltung relevanten Vorschriften sind jeweils Hinweise zu deren Abdingbarkeit zu finden, die stellenweise auch Gestaltungsvorschläge enthalten (vgl. etwa bei § 722 BGB Rdnr. 5 ff.).

Positiv hervorzuheben ist die praxisorientierte Gewichtung der einzelnen Kommentierungen, die die dem Notar täglich gestellten Fragen zuverlässig beantwortet, ohne den Blickwinkel der Wissenschaft außer Acht zu lassen. So ist beispielhaft die ausführliche Darstellung zum Gesellschaftsvertrag der OHG (§ 105 HGB Rdnr. 60 ff.) zu erwähnen, die – trotz ihrer Knappheit – einen Vergleich mit den gängigen Kurzkommentaren nicht zu scheuen braucht. Dort wird unter anderem die ausnahmsweise Formbedürftigkeit des Gesellschaftsvertrages einer OHG in den Fällen der §§ 311 b, 518 BGB, § 15 GmbHG umfassend erläutert. Ausdrücklich wird auf etwaige abweichende Ansichten hingewiesen; zum Beispiel ist der Autor zu Recht der Ansicht, dass die Aufnahme eines Gesellschafters in die OHG nur dann unentgeltlich und formbedürftig, § 518 Abs. 1 BGB, ist, wenn ihm weder Handlungs- noch Haftungspflichten auferlegt werden (so zuletzt BGH, II ZR 150/76, WM 1977, 862, 864) während nach anderer Ansicht die tatsächliche Vermögensmehrung ausschlaggebend ist (vgl. *Baumbach/Hopt*, HGB, 34. Aufl., § 105 Rdnr. 56).

Freilich kann ein Kurzkommentar, der es sich zur Aufgabe macht, das gesamte Gesellschaftsrecht abzudecken und sich nicht ausschließlich an bestimmte Nutzergruppen wendet, kaum alle Rechtsfragen stets mit dem vielleicht wünschenswerten Tiefgang abhandeln. So wäre aus Sicht des Notars etwa bei § 40 GmbHG eine ausführlichere Kommentierung erfreulich gewesen. *Oetker* beschränkt sich z. B. bei den

Fällen der sog. „mittelbaren Mitwirkung“ des Notars an einer Veränderung in den Personen der Gesellschafter einer GmbH darauf, die Entscheidung des OLG Hamm vom 1.12.2009, 15 W 304/09, DNotZ 2010, 214, zu nennen, nach der grundsätzlich auch eine mittelbare Mitwirkung des Notars ausreicht (beispielsweise im Falle der Verschmelzung einer Gesellschaft, die wiederum Geschäftsanteile einer anderen Gesellschaft hält), um die Einreichungskompetenz nach § 40 Abs. 2 GmbHG auszulösen. Eine detailliertere Auseinandersetzung mit dem Begriff der Mitwirkung und damit, dass das Urteil die nicht nur für den Notar relevante Frage gerade offen lässt, ob die Einreichungskompetenz (und damit u. U. auch -pflicht) auf nach Lage des Falles erkennbare Veränderungen beschränkt sein soll (so etwa *Vossius*, DB 2007, 2299, 2304; *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 408) erfolgt leider nicht.

Die Qualität der Kommentierung und das Vermögen der Autoren, sich in ihren Ausführungen auf die für den Rechtsanwender wesentlichen Fragen zu konzentrieren, zeigt sich z. B. in der Erläuterung von *E. Vetter* zu § 161 AktG, die die – in der notariellen Praxis weniger relevante, gegenwärtig aber umfänglich diskutierte – Entsprechenserklärung zum Deutschen Corporate Governance Kodex betrifft. Zu Beginn wird kurz die Rechtsnatur des Kodex, der, nach herrschender Meinung weder Akt der staatlichen Rechtsetzung und ebenso wenig Handelsbrauch, Gewohnheitsrecht oder satzungsgleiche Rechtsnorm, einen „Geltungsanspruch mit Ausstiegsklausel“ (so *Hüffer*, AktG, 9. Aufl., § 161 Rdnr. 3) erhebt. Das wesentliche Augenmerk wird auf Inhalt und Form der Entsprechenserklärung durch Vorstand und Aufsichtsrat der AG gelegt. Dabei wird, wie im gesamten Werk, besonders gekennzeichnet, wenn der Autor mit seiner Kommentierung nicht der obergerichtlichen Rechtsprechung folgt, so z. B. zu den zeitlichen Vorgaben für Entsprechenserklärungen. Diese sind nach Ansicht von *Vetter* und der herrschenden Meinung einmal im Geschäftsjahr abzugeben, während u. a. nach Ansicht des OLG München, 7 U 3668/07, NZG 2008, 337, der zeitliche Abstand zwischen zwei Erklärungen ein Jahr nicht überschreiten darf. Sodann werden die Folgen unterbliebener, falscher, unvollständiger oder verspäteter Erklärungen zur Einhaltung des Kodex dargestellt, die zu einer Innenhaftung der Organmitglieder wegen Verletzung der Sorgfaltspflichten nach §§ 93, 116 AktG führen können und – wegen des wohl selten entstandenen Schadens relevanter – zur Anfechtbarkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen über die Entlastung von Vorstand und Aufsichtsrat und von Wahlbeschlüssen, die in Widerspruch zur aktuellen Entsprechenserklärung stehen.

Verlag, Herausgeber und Autoren streben in ihrem Vorwort an, den *Henssler/Strohn* zum „*Palandt* des Gesellschaftsrechts“ zu machen. Aufgrund der knappen aber dennoch umfassenden Kommentierung und nicht zuletzt auch wegen der ansonsten beispiellosen Zusammenstellung aller relevanten Vorschriften des Gesellschaftsrechtes und des im Vergleich mit der Anschaffung einzelner (Kurz-)Kommentare günstigen Anschaffungspreises hat der *Henssler/Strohn* dieses Ziel erreicht. Auch wenn das vorliegende Werk die Anschaffung von Großkommentaren für denjenigen Notar, der mehr als nur gelegentlich mit gesellschaftsrechtlichen Fragen befasst ist, nicht erübrigen kann, wird sich der *Henssler/Strohn* als jederzeit greifbare Alternative für den Handapparat des Notars zweifellos durchsetzen und ist zur Anschaffung uneingeschränkt zu empfehlen.

Notarassessor *Martin Stemmer*, München

**Semler/Volhard/Reichert: Arbeitshandbuch für die Hauptversammlung. 3. Aufl., Beck, 2011. 1199 S., 148 € + CD-ROM**

Acht Jahre nach Erscheinen der 2. Auflage ist das Arbeitshandbuch für die Hauptversammlung nunmehr in der 3. Auflage erschienen und durch Einarbeitung diverser Reformgesetze (UMAG, EHUG, BilMoG, ARUG) auf den neuesten Stand gebracht. Sogar das – inzwischen in Kraft getretene – Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes ist in der Fassung des Regierungsentwurfs vom 1.10.2010 stellenweise bereits berücksichtigt (vgl. etwa S. 796 zur Neuregelung eines „quasi umwandlungsrechtlichen Squeeze out“). Allein ein Ausblick auf den Referentenentwurf zur „Aktienrechtsnovelle 2011“ vom 2.11.2010, mit deren Inkrafttreten nach dem derzeitigen Stand des Gesetzgebungsverfahrens im zweiten Quartal 2012 zu rechnen sein dürfte, wurde – wohl wegen des Redaktionsschlusses – nicht mehr aufgenommen.

Zu Recht haben die Rezensenten der Voraufgaben das Werk geradezu mit Lob übersättigt. Es bietet zu beinahe allen Fragen der Hauptversammlung praxisingerechte Antworten und Musterformulierungen einschließlich eines kompletten Leitfadens für den Hauptversammlungleiter mit Ergänzungsmustern für nahezu alle erdenklichen Situationen. Volltextmuster finden sich auch für notarielle und einfache Niederschriften. Besonders hervorzuheben sind die separaten und ausführlichen Kapitel zu einzelnen Beschlussinhalten im Umfang von mehr als 340 Seiten. Hier werden unter anderem die Bereiche Kapitalmaßnahmen, Unternehmensverträge, Squeeze-Out und Umwandlungen behandelt. Insbesondere die für Hauptversammlungen börsennotierter Gesellschaften relevanten Fragen werden ausführlich erörtert (z. B. Reihenfolge des Aufrufs von Wortmeldungen, Grenzen der Überwachungspflicht des Notars bei elektronischer Stimmauszählung). Den Besonderheiten der SE und der KGaA sind eigene Kapitel gewidmet.

Weniger im Fokus des Werkes liegen dagegen die Hauptversammlungen von Ein-Personen-Gesellschaften mit ihren Besonderheiten. So findet sich zwar gleich in zwei Kapiteln die mit der herrschenden Meinung übereinstimmende Aussage, dass bei Hauptversammlungen dieser Gesellschaften ein Versammlungsleiter entbehrlich ist (in § 9 Rdnr. 29 ohne Einschränkung, in § 13 Rdnr. 10 mit gewisser Vorsicht in der Fußnote). Die einschränkende Entscheidung des OLG Köln (NZG 2008, 635, 636 f.) wird jedoch weder zitiert noch kommentiert. Im Ganzen gesehen gibt das Werk gleichwohl einen ganz hervorragenden Überblick über die für die Hauptversammlung und deren Beschlüsse maßgeblichen Gerichtsentscheidungen und Stellungnahmen im Schrifttum, wie man ihn selbst in den großen Kommentaren nur selten finden dürfte.

Die Darstellungsweise orientiert sich teilweise deutlich am Wortlaut von Gerichtsentscheidungen. Dadurch wird einerseits deren Inhalt sehr präzise vermittelt, andererseits bleibt es an einigen Stellen aber dem Leser überlassen, die referierten Gerichtsentscheidungen auf ihre Schlüssigkeit hin zu überprüfen. Hier erschien an einzelnen Stellen eine kritischere Auseinandersetzung mit den referierten Entscheidungen wünschenswert. Dies gilt im Interesse einer anfechtungsfesten Durchführung der Hauptversammlung vor allem dann, wenn die Rechtsprechung Aktionärsrechte einschränkt. Denn dass der BGH durchaus bereit ist, eine als unrichtig erkannte Rechtsprechung aufzugeben, beweist u. a. die in diesem Heft wiedergegebene Entscheidung zum Klauselerteilungsverfahren (MittBayNot 2011, 489).

Wünschenswert erscheint eine kritischere Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung etwa im Rahmen der ausführlichen Behandlung des Themenkreises „record date“ bei Namensaktien (S. 98 ff.). Nach der dort referierten Entscheidung des BGH vom 21.9.2009 (NZG 2009, 1270) soll der

Vorstand berechtigt sein, die infolge von Anteilsübertragungen erforderlichen Umschreibungen im Aktienregister der Gesellschaft (§ 67 AktG) in einem Zeitraum von bis zu sechs Tagen vor dem Hauptversammlungstermin auszusetzen. Das Gericht orientiert sich dabei an der Sechstagesfrist für den Zugang der Anmeldung zur HV und des Nachweises der Teilnahmeberechtigung bei der Inhaberaktie (§ 123 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 Satz 3 AktG) und geht dabei ohne sachliche Begründung davon aus, dass die Dauer des Umschreibestopps nicht auf den Zeitraum beschränkt ist, der für den Abgleich des Aktienregisters mit dem Teilnehmerverzeichnis technisch erforderlich ist. Auch der Analogieschluss zu § 123 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 Satz 3 AktG trägt den vom Gericht für zulässig erachteten Umschreibestopp nicht. In entsprechender Anwendung dieser Vorschrift könnte man es allenfalls für zulässig erachten, einen Stichtag bis höchstens sechs Tage vor der Hauptversammlung zu wählen, ab dem neu eingehende Umschreibebeanträge nicht mehr bearbeitet werden. Diese Zugangsfrist für Neueingänge würde der AG eine Möglichkeit geben, die vor dem Stichtag gestellten Anträge bis zum eigentlichen Umschreibestopp zu prüfen und dadurch jedenfalls einfach gelagerte Umschreibesachverhalte (ggf. mit gesteigertem Personalaufwand) bis zum Ablauf der Frist zu erledigen.

Im Handbuch wird der sechstägige Umschreibestopp ohne klare Differenzierung zur Zugangsfrist zusätzlich damit gerechtfertigt, dass dadurch der Gesellschaft ein angemessener Prüfungszeitraum eröffnet werden soll. Tatsächlich ist ein Umschreibestopp aber nicht einmal geeignet, der Gesellschaft einen angemessenen Prüfungszeitraum zu eröffnen, weil das Ergebnis der Prüfung wegen des Umschreibestopps keinen Eingang mehr in das Aktienregister finden kann. Sachlich gerechtfertigt erscheint ein Umschreibestopp – jedenfalls ohne abweichende Satzungsbestimmung – daher nur für den technisch erforderlichen Zeitraum (so auch die RegBegr. zum NaStraG, BT-Drucks. 15/405L S. 11). Im Übrigen bleibt die Gesellschaft verpflichtet, zum Schutz der Teilnahme- und Stimmrechte der neuen Aktionäre Umschreibungen so schnell und so kurzfristig wie möglich vorzunehmen.

Dass das Gericht im Tenor und in den Gründen seiner Entscheidung gleichwohl einen sechstägigen Umschreibestopp für zulässig erachtet hat, erscheint umso bemerkenswerter, als in dem Urteil nur über die Zulässigkeit einer statutarischen Zugangsfrist zu entscheiden war. Dennoch liegt dem Urteil keine bloße Begriffsverwirrung zwischen Umschreibestopp und Zugangsfrist zugrunde. Denn das Gericht erklärt zunächst den Umschreibestopp für zulässig und begründet dann die Zulässigkeit der Zugangsfrist im Wege des Erst-Rechtsschlusses.

Die vorstehenden inhaltlichen Anmerkungen dürfen allerdings nicht als kritische Bewertung des besprochenen Werkes missverstanden werden, sondern stellen lediglich Vorschläge dar, wie ein hervorragendes Buch unter Umständen noch weiter verbessert werden könnte. Zugleich verdeutlichen die Anmerkungen, welche Lupenstärke man anlegen muss, um überhaupt etwas Kritisches schreiben zu können. Es bleibt als Fazit festzuhalten, dass das Buch eine unschätzbare Hilfe für jeden ist, der mit der Vorbereitung, Durchführung oder Protokollierung von Hauptversammlungen zu tun hat. Auch Verwaltungsorganen kleiner Aktiengesellschaften kann das Werk als Unterstützung für die Durchführung von Hauptversammlungen uneingeschränkt empfohlen werden. Auch wenn der Preis von der 2. zur 3. Auflage deutlich gestiegen ist (von 98 € auf 148 €), ist das Buch jeden Euro wert.

Notarassessor Dr. *Christian Vedder*, München  
und Akad. Rat a. Z. *Richard Rachlitz*, München

**Boruttau: GrEStG. 17. Aufl., Beck, 2011. 1 142 S., 119 €**

Seit dem Erscheinen der 16. Auflage im Jahr 2006 war eine umfangreiche Überarbeitung der Kommentierung erforderlich geworden, da sich sowohl die rechtlichen Rahmenbedingungen<sup>1</sup> als auch die wirtschaftliche Bedeutung<sup>2</sup> der Grunderwerbsteuer seitdem nachhaltig verändert haben. Deshalb ist es zu begrüßen, dass mit der 17. Auflage des *Boruttau* nunmehr die ausführlichste und genaueste Kommentierung des Grunderwerbsteuergesetzes, die es gibt, wieder auf den aktuellen Stand gebracht ist. Die Neuaufgabe berücksichtigt alle Gesetzesänderungen gegenüber der Voraufgabe sowie Urteile, Schrifttum und Verwaltungserlasse nach dem Rechtsstand bis Mitte März 2011.<sup>3</sup>

Ausgeschieden aus dem Bearbeiterkreis ist Richter am BFH a. D. Dr. *Hans-Joachim Sack*, der beginnend mit der 13. Auflage die §§ 3, 9 und 16 GrEStG kommentiert hatte. Im Rahmen eines Generationenwechsels folgten ihm *Christine Meßbacher-Hönsch*, Richterin am II. Senat, sowie der im März 2011 zum Bundesrichter gewählte bisherige Richter am Finanzgericht Düsseldorf Dr. *Matthias Loose*.<sup>4</sup> Die weiteren bisherigen Bearbeiter *Hermann-Ulrich Viskorf* und Prof. Dr. *Peter Fischer* sind geblieben, so dass der hohe Anspruch und die Kontinuität als Bundesrichterkommentar gewahrt werden konnten.

Schon allein die Tatsache, dass den *Boruttau* ausschließlich Bundesrichter kommentieren, sollte für einen Vertragsgestalter hinreichende Grundlage sein, um sich das Werk anzuschaffen. Schließlich kann man aus der Kommentierung der BFH-Richter am ehesten ableiten, wie die eine oder andere noch offene Frage in der Zukunft entschieden werden könnte. Aber auch inhaltlich lohnt sich der Erwerb des Kommentars: Es wurden beispielsweise die Ausführungen zu § 1 Abs. 2 GrEStG von *Fischer* systematisiert (vgl. § 1 Rdnr. 610 bis 809)<sup>5</sup> und neue wissenschaftliche Erkenntnisse konsequent

**1** Die rechtlichen Koordinaten der Grunderwerbsteuer haben sich erheblich verschoben, etwa durch die Einführung der neuen Befreiungsvorschrift des § 6 a GrEStG bei Unternehmensumstrukturierungen im Konzern oder durch die Gleichstellung eingetragener Lebenspartner mit Ehegatten.

**2** Viele Bundesländer haben nach der Föderalismusreform die Steuersätze inzwischen auf bis zu 5 % angehoben; weitere Bundesländer dürften in Kürze nachziehen. Dadurch wird die erfolgreiche Reform der Grunderwerbsteuer durch das GrEStG 1983 in Frage gestellt. Diese war gekennzeichnet einerseits durch die Absenkung des Steuersatzes von 7 % auf damals 2 % und andererseits durch den Wegfall sämtlicher lenkender Vergünstigungen. Es war allgemein anerkannt, dass diese Reform damit eine vorbildliche Steuereinfachung bewirkt hatte. Die Strukturelemente Steuersatz und Steuerbefreiungen bedingen sich jedoch gegenseitig. Ein hoher Steuersatz – dies war die maßgebende Überlegung bis zum Jahressteuergesetz 1997 – provoziert den Ruf nach Ausnahmen von der Besteuerung. Sollte der Gesetzgeber dem in Zukunft nachgeben, wird eine neue Komplexität des Grunderwerbsteuerrechtes die Folge sein.

**3** Lediglich im Bereich des § 20 GrEStG enthält der Kommentar m. E. eine kleine Lücke. Im Gesetzestext ist zwar die Neuregelung des § 20 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG abgedruckt, wonach die Veräußerungsanzeige u. a. jetzt auch die steuerliche Identifikationsnummer gemäß § 139 b AO bzw. die Wirtschaftsidentifikationsnummer gemäß § 139 c AO enthalten muss; es fehlt allerdings eine Kommentierung dieser Neuregelung (vgl. hierzu *Gottwald*, DNotZ 2011, S. 83 ff.).

**4** Herr Dr. *Loose* hatte sich bereits als Finanzrichter am FG Düsseldorf durch wissenschaftlich fundierte Grunderwerbsteuerliche Entscheidungen in der Vergangenheit hervorgetan.

**5** Die Ausführungen zu § 1 Abs. 2 GrEStG waren in der Voraufgabe zugegebenermaßen durch die ständige Fortschreibung der Kommentierung infolge der Fortentwicklung der Rechtsprechung etwas unübersichtlich geworden.

eingearbeitet, etwa die Dissertation *Rothenöders* zum Anteilsbegriff des § 1 Abs. 3 bei Personengesellschaften (vgl. § 1 Rdnr. 935 bis 947).<sup>6</sup>

Besonders verdienstvoll sind die Ausführungen *Viskorfs* zur neuen Befreiungsvorschrift des § 6 a GrEStG. Es ist ihm gelungen, sowohl eine systematisch als auch inhaltlich überzeugende Kommentierung der Befreiungsvorschrift zu geben. Neben den wesentlichen Beiträgen im Schrifttum konnte – für die Beratungspraxis besonders wichtig – auch die Positionierung der Finanzverwaltung aus dem Ländererlass vom 1.12.2010 (BStBl I 2010, S. 1328) berücksichtigt werden. Insbesondere durch die Einarbeitung des Erlasses der Finanzverwaltung hebt sich der *Boruttau* in seiner Aktualität von allen anderen Werken ab. Zwar enthalten die Kommentare von *Pahlke/Franz* und *Hofmann* ebenfalls bereits Ausführungen zu § 6 a GrEStG; im Zeitpunkt der Veröffentlichung dieser Werke (jeweils im Frühjahr 2010) war jedoch der Erlass der Finanzverwaltung noch nicht bekannt, so dass sich die zuverlässigste Beurteilung der Rechtslage nunmehr aus dem *Boruttau* ergibt.

Auch die Kommentierung zu den Steuerbefreiungen nach § 3 GrEStG wurde – bedingt durch den Bearbeiterwechsel – grundlegend überarbeitet. Hervorzuheben ist etwa die zusammenfassende Darstellung von *Meßbacher-Hönsch* zu den Steuerbefreiungen von Gesellschafterwechseln, Anteilsvereinigungen und Anteilsübertragungen.<sup>7</sup> Auch *Looses* Kommentierung zu § 9 GrEStG, die die umfangreiche Weiterentwicklung der Rechtsprechung zum einheitlichen Vertragswerk und zur Bemessungsgrundlage bei der Übernahme von Erschließungskosten berücksichtigt, ist m. E. sehr gelungen.

Etwas irritierend waren für mich allerdings die Ausführungen zu § 8 Abs. 2 GrEStG. Der BFH hat ja bekanntlich mit Beschluss vom 2.3.2011, II R 23/10, das BVerfG angerufen, weil er von der Verfassungswidrigkeit des Ansatzes der nur noch für die Grunderwerbsteuer maßgeblichen Grundbesitzwerte als Ersatzbemessungsgrundlage i. S. d. § 8 Abs. 2 GrEStG überzeugt ist. In diesem Zusammenhang liest man bereits im – von allen vier Autoren verfassten – Vorwort des *Boruttau* Folgendes:

„Sollte sich der Gesetzgeber zur Behebung des verfassungswidrigen Zustands entschließen, die am gemeinen Wert orientierten, ab dem 1.1.2009 geltenden erbschaftsteuerlichen Grundstücksbewertungsregeln der §§ 196 ff. BewG für die Grunderwerbsteuer zu übernehmen, führte dies für alle in § 8 Abs. 2 GrEStG angesprochenen, nicht nach § 6 a GrEStG begünstigten Fallgruppen, bei denen es sich häufig um bloße Organisationsakte ohne Marktberührung handelt,<sup>8</sup> zu einer weiteren Verschärfung der Besteuerung und ggf. auch zur Frage nach der Gleichheitswidrigkeit einer solchen Besteuerung.“

Offensichtlich gehen die kommentierenden BFH-Richter also davon aus, dass nicht nur die derzeit geltenden Bewertungsvorschriften der §§ 138 ff. BewG für Grunderwerbsteuerliche Zwecke verfassungswidrig sind, sondern dass auch eine

**6** Die Dissertation *Rothenöders* zum Anteilsbegriff des § 1 Abs. 3 GrEStG wurde bereits in dieser Zeitschrift besprochen; vgl. *Gottwald*, MittBayNot 2009, S. 458.

**7** Eine systematische Darstellung ist deshalb besonders verdienstvoll, da in diesem Bereich das Grunderwerbsteuerrecht einige Fallstricke bereithält, die man aus dem Gesetzestext nicht ohne weiteres erkennen kann; vgl. hierzu auch *Gottwald*, Grunderwerbsteuer, 3. Aufl., Rdnr. 447 ff.

**8** § 8 Abs. 2 GrEStG betrifft insbesondere Umwandlungen, Einbringungen sowie andere Erwerbsvorgänge auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage (z. B. Sachkapitalerhöhungen durch Einlage von Grundbesitz oder Anwachsvorgänge) und die Fälle der §§ 1 Abs. 2 a und 1 Abs. 3 GrEStG.

Übernahme der neuen erbschaftsteuerlichen Bewertungsvorschriften für grunderwerbsteuerliche Zwecke (in den Fällen des § 8 Abs. 2 GrEStG) ebe rwerbsteuer – in diesen Fällen – generell abzuschaffen. Hier darf man also zunächst auf die Entscheidung des BVerfG, auf die anschließende Reaktion des Gesetzgebers und auf die abschließende Würdigung des Ergebnisses durch den BFH gespannt sein.

Insgesamt handelt es sich beim *Boruttau* wieder um eine sehr gute und sehr ausführliche Kommentierung, die uneingeschränkt zum Erwerb empfohlen werden kann. Dadurch, dass

das Autorenteam ausschließlich aus BFH-Richtern besteht, lässt der Kommentar Rückschlüsse auf künftige Rechtsprechungstendenzen zu, was ihn sicherlich von anderen Werken abhebt. Nicht nur deshalb, sondern auch wegen des hervorragenden Inhaltes sollte meines Erachtens der *Boruttau* in keiner Notarbibliothek fehlen. Der *Boruttau* ist – wie in der Vergangenheit – eine wahre Fundgrube für alle Fragen des Grunderwerbsteuerrechts.

Notar Dr. *Stefan Gottwald*, Bayreuth

## RECHTSPRECHUNG

### Bürgerliches Recht

1. GG Art. 3 Abs. 1, 14 Abs. 1; BGB §§ 577, 577 a (Analoge Anwendung von Mieterschutzrechten bei Realteilung eines mit Reihenhäusern bebauten Grundstücks)

**Die Rechtsprechung des BGH (MittBayNot 2009, 37), nach der die für die Begründung von Wohnungseigentum an vermieteten Wohnräumen geltenden Bestimmungen der §§ 577, 577 a BGB (Vorkaufsrecht des Mieters, Kündigungsbeschränkungen zulasten des Erwerbers) auf die Realteilung eines mit zu Wohnzwecken vermieteten Einfamilienhäusern bebauten Grundstücks entsprechend anzuwenden sind, überschreitet nicht die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung und ist insbesondere mit den Art. 3 Abs. 1, 14 Abs. 1 GG vereinbar. (Leitsatz der Schriftleitung)**

BVerfG, Beschluss vom 4. 4. 2011, 1 BvR 1803/08

Im Jahre 2005 erwarb die Beschwerdeführerin eine Siedlung in Berlin, die aus Reihenhäusern bestand. Diese Grundstücke teilte die Beschwerdeführerin im Wege der Realteilung in Einzelgrundstücke auf und begann, diese zu veräußern. Nachdem Verkaufsverhandlungen zwischen der Beschwerdeführerin und der Mieterin des Reihenhauses, der Klägerin des Ausgangsverfahrens (im Folgenden: Klägerin), zu keinem Ergebnis geführt hatten, nahm die Beschwerdeführerin Verkaufsgespräche mit einem Kapitalanleger auf.

Die Klägerin erhob daraufhin Klage beim AG und beantragte festzustellen, dass sie für den Fall, dass die Beschwerdeführerin das Reihnhaus erstmalig verkaufe, nach § 577 BGB vorkaufsberechtigt sei und ihr für den Fall des Verkaufs des Reihenhauses Kündigungsschutz nach § 577 a BGB zur Seite stehe.

Das AG wies die Klage ab. Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil wies das LG Berlin als unbegründet zurück. Die Revision ließ das LG nicht zu.

Auf die Nichtzulassungsbeschwerde der Klägerin hin ließ der BGH die Revision zu und hob das Urteil des LG auf, änderte das Urteil des AG ab und stellte fest, dass die Klägerin für den Fall des erstmaligen Verkaufs des Reihenhauses vorkaufsberechtigt sei und dass die Klägerin für den Fall des Verkaufs des Reihenhauses Kündigungsschutz nach Maßgabe des § 577 a BGB genieße.

Das Berufungsgericht sei zwar mit Recht davon ausgegangen, dass eine unmittelbare Anwendung der §§ 577, 577a BGB ausscheide, weil die genannten Vorschriften die Begründung von Wohnungseigentum voraussetzen; zu Unrecht habe es aber die entsprechende Anwendung der Vorschriften verneint.

Die Beschwerdeführerin rügt mit ihrer am 4.7.2008 eingegangenen Verfassungsbeschwerde die Verletzung von Art. 2 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG durch das Urteil des BGH.

Zunächst rügt sie einen Verstoß gegen Art. 14 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG. Insbesondere habe der BGH in seiner Entscheidung eine wertende Entscheidung anstelle des Gesetzgebers getroffen und damit gegen den Gewaltenteilungsgrundsatz und die verfassungsrechtlichen Grenzen einer Rechtsfortbildung im Wege der Analogie verstoßen. Die Beschwerdeführerin rügt unter anderem die Annahme des BGH, dass eine Gesetzeslücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit des Bürgerlichen Gesetzbuchs vorliege. Es fehle an Anhaltspunkten für die Annahme einer planwidrigen Lücke. Dies ergebe sich aus den Gesetzesmaterialien und der Entstehungsgeschichte der Norm. Es sei auch nicht nachvollziehbar, wo nach dem vermeintlichen Willen des Gesetzgebers ein Schutzbedarf für die Mieter bestehe.

Der BGH habe auch unmittelbar gegen Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG verstoßen. Unter anderem rügt die Beschwerdeführerin, das Urteil stelle im Ergebnis eine unangemessene Beschränkung der Nutzungs- und Verfügungsbefugnis des Grundeigentümers dar. Der BGH habe

nicht dargetan, dass eine Ausweitung des Vorkaufsrechts und des Schutzes vor Eigenbedarfskündigungen erforderlich sei, um einer Verdrängung der Mieter entgegenzuwirken.

Aus den Gründen:

#### II.

Gründe für die Annahme der Verfassungsbeschwerde i. S. v. § 93 a Abs. 2 BVerfGG liegen nicht vor. Grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung kommt der Verfassungsbeschwerde nicht zu (§ 93 a Abs. 2 Buchstabe a BVerfGG). Ihre Annahme ist auch nicht zur Durchsetzung von in § 90 Abs. 1 BVerfGG genannten Rechten der Beschwerdeführerin angezeigt (§ 93 a Abs. 2 Buchstabe b BVerfGG). Die Verfassungsbeschwerde hat keine Aussicht auf Erfolg. Die Beschwerdeführerin ist nicht in ihren Grundrechten verletzt.

1. Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig. Die Beschwerdeführerin ist beschwerdebefugt.

Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG ist für jede Verfassungsbeschwerde ein Rechtsschutzinteresse erforderlich (vgl. BVerfGE 9, 89, 92 f.; 21, 139, 143; 56, 99, 106). Dieses Zulässigkeitsmerkmal gilt auch für Verfassungsbeschwerden gegen gerichtliche Entscheidungen. Allerdings wird sich in solchen Fällen die gegenwärtige Beschwer eines Beschwerdeführers meist schon daraus ergeben, dass die angegriffene Entscheidung ihn gegenwärtig betrifft; die Anwendung des abstrakten Rechtssatzes auf den konkreten Sachverhalt führt in aller Regel zu einem aktuellen Eingriff in die Rechtssphäre des Betroffenen (BVerfGE 72, 1, 5). Dies ist nicht deshalb anders, weil es sich bei der angegriffenen Entscheidung um ein Feststellungsurteil handelt. Denn auch dieses führt zu einem aktuellen Eingriff in die Rechtssphäre der Betroffenen, weil es bereits aktuell die Möglichkeit der Beschwerdeführerin, das Grundstück an einen anderen Käufer als die Klägerin zu veräußern, einschränkt.

2. Die Verfassungsbeschwerde ist unbegründet. Ein Verstoß gegen Grundrechte oder grundrechtsgleiche Rechte der Beschwerdeführerin ist nicht erkennbar.

a) Die Entscheidung beachtet die verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine richterliche Rechtsfortbildung (zuletzt BVerfG, Beschluss vom 25.1.2011, BvR 918/10, NJW 2011, S. 836).

aa) Der Richter darf sich nicht dem vom Gesetzgeber festgelegten Sinn und Zweck des Gesetzes entziehen. Er muss die gesetzgeberische Grundentscheidung respektieren und den Willen des Gesetzgebers auch unter gewandelten Bedingungen möglichst zuverlässig zur Geltung bringen. Dabei ist den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung zu folgen (vgl. BVerfGE 84, 212, 226; 96, 375, 395). Eine Interpretation, die als richterliche Rechtsfortbildung den klaren Wortlaut des Gesetzes hintanstellt, keinen Widerhall im Gesetz findet und vom Gesetzgeber nicht ausdrücklich oder – bei Vorliegen einer erkennbar planwidrigen Gesetzeslücke – stillschweigend gebilligt wird, greift unzulässig in die Kompetenzen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers ein (vgl. BVerfGE 118, 212, 243).

Die fachgerichtliche Beurteilung, ob der Sachverhalt eine Analogie rechtfertigt, unterliegt allerdings nur in eingeschränktem Umfang der verfassungsgerichtlichen Kontrolle. Die Beantwortung der Frage, ob eine Gesetzeslücke oder eine

abschließende Regelung vorliegt, erfordert im gleichen Maße eine rechtliche Wertung wie die Lösung des Problems, in welcher Weise die Lücke zu schließen ist (BVerfGE 82, 6, 13), und setzt eine Betrachtung des einfachen Gesetzesrechts voraus, zu dessen Erforschung das BVerfG nicht berufen ist (vgl. BVerfGE 18, 85, 93). Es darf daher die fachgerichtliche Wertung grundsätzlich nicht durch eine eigene ersetzen. Auch wenn sich bei der Rechtsfortbildung in verstärktem Maße das Problem des Umfangs richterlicher Gesetzesbindung stellt, ist die verfassungsgerichtliche Kontrolle analoger Rechtsanwendung darauf beschränkt, ob das Fachgericht in vertretbarer Weise eine einfachgesetzliche Lücke angenommen und geschlossen hat und ob diese Erweiterung des Normenbereichs Wertungen der Verfassung, namentlich Grundrechten, widerspricht (BVerfGE 82, 6, 13).

bb) Insbesondere im Mietrecht hat das BVerfG die analoge Anwendung mietrechtlicher Vorschriften gebilligt, wenn dadurch gesetzliche Schutzlücken geschlossen wurden (vgl. BVerfGE 82, 6). Der Staat ist verpflichtet, gleichheitswidrige Schutzlücken im Mietrecht zu verhindern (BVerfGE 84, 197, 199). Für die Fachgerichte kann daraus die Pflicht erwachsen, Lücken mit den herkömmlichen Methoden der Auslegung und Lückenfüllung zu schließen (vgl. BVerfGE 84, 197, 203).

cc) In Anwendung dieser Maßstäbe ist das angegriffene Urteil nicht zu beanstanden.

(1) Der BGH hat in vertretbarer Weise das Vorliegen einer Gesetzeslücke angenommen, indem er davon ausgegangen ist, der Gesetzgeber habe bei der Schaffung des § 577 BGB nicht bedacht, dass vermietete Reihenhäuser eines Gesamtgrundstücks nicht nur in Eigentumswohnungen umgewandelt, sondern auch durch Realteilung des Gesamtgrundstücks in einzelne selbständige Grundstücke aufgeteilt werden könnten.

Zwar ist nach dem Wortlaut des § 577 BGB lediglich bei der Begründung von Wohnungseigentum ein Vorkaufsrecht vorgesehen. Dass diese Regelung abschließend sein soll und der Gesetzgeber lediglich die Mieter von Wohnungseigentum schützen wollte, ergibt sich aus den Gesetzgebungsmaterialien hingegen nicht. Wie die Beschwerdeführerin selbst einräumt, kommt in der Begründung zum Vierten Gesetz zur Änderung mietrechtlicher Vorschriften (BT-Drucks. 12/3254, S. 40) nicht zum Ausdruck, dass eine derartige Beschränkung gewollt war.

Soweit die Beschwerdeführerin darauf verweist, Anlass für das Gesetzgebungsverfahren sei die Erleichterung der Umwandlung von Altbauwohnungen durch eine Entscheidung des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes vom 30.6.1992 (NJW 1992, S. 3290) gewesen, mag dies zutreffend sein, verhilft der Verfassungsbeschwerde aber nicht zum Erfolg. Die Verdrängung von Mietern durch Umwandlung von Mietwohnungen in Eigentumswohnungen ist seit Langem ein Problem, dem der Gesetzgeber durch gesetzliche Regelungen beizukommen sucht (vgl. zur Entstehungsgeschichte *Heintz*, Vorkaufsrecht des Mieters, 1998, S. 6 f.). So wurde zunächst in § 2 b WoBindG ein Vorkaufsrecht für Mieter von Sozialwohnungen vorgesehen, deren Sozialmietwohnungen in Eigentumswohnungen umgewandelt wurden, denn der Gesetzgeber wollte einer Verdrängung der Mieter aus den Wohnungen entgegenwirken (BT-Drucks. 8/3403, S. 3, 35 f.). Dieses Ziel verfolgte er auch bei der Umwandlung von Wohnraum in Eigentumswohnungen auf dem privaten Wohnungsmarkt. So versuchten die Städte und Gemeinden zunächst, Umwandlungen mit bauordnungsrechtlichen Mitteln zu verhindern, indem sie die für die Anlegung eines Wohnungsgrundbuchs erforderliche Bescheinigung der Abge-

schlossenheit der Altbauwohnung verweigerten. Dies endete mit der Entscheidung des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes (Beschluss vom 30.6.1992, NJW 1992, S. 3290), wonach für die Eintragung dieser bauordnungsrechtliche Bescheinigung nicht mehr erforderlich war. Die Entscheidung führte auch umgehend zu einer Spekulationswelle (vgl. dazu *Heintz*, Vorkaufsrecht des Mieters, 1998, S. 7), die ihrerseits Proteste von Städten und Gemeinden auslöste. Darauf folgte das Gesetzgebungsverfahren zu § 570 b BGB, in dem das Vorkaufsrecht eines Mieters im sozialen Wohnungsbau auf den frei finanzierten Wohnungsbau ausgedehnt wurde. Zur Begründung führt der Gesetzgeber aus (BT-Drucks. 12/3254, S. 40): Für die Ausweitung des Vorkaufsrechts spricht, dass der Schutz des Mieters vor einer Verdrängung im Zusammenhang mit einer Umwandlung bei frei finanzierten Wohnungen nicht weniger dringlich ist, als bei Sozialwohnungen.

Die Gesetzgebungsmaterialien enthalten ansonsten auch keinen Hinweis, dass der Gesetzgeber den Schutzbedarf von der Art des Wohnraums abhängig machen wollte. Vielmehr stellt der Gesetzgeber in erster Linie auf den vergleichbaren Schutzbedarf ab. Eine Differenzierung nach verschiedenen Arten von Wohnraum lässt sich aus der Gesetzesbegründung also nicht entnehmen.

Es ist daher jedenfalls vertretbar, wenn der BGH vor diesem Hintergrund annimmt, dass der Gesetzgeber den Fall, dass vermietete Reihenhäuser eines Gesamtgrundstücks nicht nur in Eigentumswohnungen umgewandelt, sondern auch durch Realteilung des Gesamtgrundstücks in einzelne selbständige Grundstücke aufgeteilt werden können, nicht bedacht hat.

(2) Der BGH hat die damit im Gesetz entstandene Lücke auch in verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Weise geschlossen.

Er hat sich an der Wertung des Gesetzgebers orientiert, dass ein besonderer Schutzbedarf für den Mieter besteht, wenn er nach einem Verkauf einem neuen Vermieter gegenübersteht, der sich ihm gegenüber auf Eigenbedarf berufen kann. Dieser Schutzbedarf unterscheidet sich – anders als die Beschwerdeführerin meint – in keiner Weise, wenn ein gemietetes Reihenhäuser in Wohnungseigentum umgewandelt wird oder wenn es durch reale Teilung Bestandteil eines selbständigen Grundstücks wird. Vielmehr sind die Interessenlage und der Schutzbedarf der Mieter, worauf der BGH mit Recht abstellt, identisch. Dasselbe gilt für das Interesse an einer Ausübung des Vorkaufsrechts. Auch dieses ist im Falle einer Realteilung nicht geringer als im Falle einer Umwandlung in Wohnungseigentum.

b) Die Entscheidung des BGH erweitert den Normbereich des § 577 BGB auch nicht in einer Weise, die Grundrechten widerspricht. Insbesondere wird der Bedeutung der durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG geschützten Eigentumspositionen und dem Gebot der Gleichbehandlung gleichermaßen schutzwürdiger Personen aus Art. 3 Abs. 1 GG Rechnung getragen.

aa) Die angegriffene Entscheidung verletzt die Beschwerdeführerin nicht in ihrem Grundrecht aus Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG.

Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG schützt nicht nur die Eigentumsposition des Vermieters. Auch das Besitzrecht des Mieters an der gemieteten Wohnung ist Eigentum i. S. v. Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG (vgl. BVerfGE 89, 1, 6). Die Befugnisse von Mieter und Vermieter zuzuordnen und abzugrenzen, ist Aufgabe des Gesetzgebers. Er muss die schutzwürdigen Interessen beider Seiten berücksichtigen und in ein ausgewogenes Verhältnis bringen und hat dabei mehrere Gesichtspunkte zu

beachten. Er muss den Vorgaben Rechnung tragen, die sich einerseits aus der grundgesetzlichen Anerkennung des Privateigentums durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG und andererseits aus der verbindlichen Richtschnur des Art. 14 Abs. 2 GG ergeben (BVerfGE 25, 112, 117; 37, 132, 140) und berücksichtigen, dass sich Vermieter und Mieter gleichermaßen auf das Grundrecht aus Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG berufen können (BVerfGE 89, 1, 6 ff.).

Auch die allgemein zuständigen Gerichte haben bei der Auslegung und Anwendung der maßgeblichen gesetzlichen Vorschriften des einfachen Rechts diese durch die Eigentumsgarantie gezogenen Grenzen zu beachten. Sie müssen die im Gesetz zum Ausdruck kommende, auf Verfassungsrecht beruhende Interessenabwägung in einer Weise nachvollziehen, die den beiderseitigen Eigentumsschutz beachtet und unverhältnismäßige Eigentumsbeschränkungen vermeidet (vgl. BVerfGE 89, 1, 9; BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 28.3.2000, 1 BvR 1460/99, NJW 2000, 2658, 2659). Die Schwelle eines Verstoßes gegen Verfassungsrecht, den das BVerfG zu korrigieren hat, ist allerdings erst erreicht, wenn die Auslegung der Zivilgerichte Fehler erkennen lässt, die auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung der Eigentumsgarantie, insbesondere vom Umfang ihres Schutzbereichs, beruhen und auch in ihrer materiellen Bedeutung für den konkreten Rechtsfall von einigem Gewicht sind (vgl. BVerfGE 68, 361, 372; 79, 292, 303; 89, 1, 9 f.; BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 28.3.2000, 1 BvR 1460/99 –, NJW 2000, 2658, 2659).

Die angegriffene Entscheidung ist insofern verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

Die Entscheidung folgt dem vom Gesetzgeber festgelegten Sinn und Zweck der Regelung des § 577 BGB. Der Gesetzgeber hat mit dem Vorkaufsrecht in § 577 BGB zwar die Dispositionsbefugnis des Eigentümers über sein Eigentum eingeschränkt. Er hat dies aber zum Schutz des Besitzrechts des Mieters getan, das seinerseits durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG geschützt ist (BVerfGE 89, 1, 5 ff.). Nach der Vorstellung des Gesetzgebers dient die Einräumung eines Vorkaufsrechts durch § 577 BGB zugunsten des Mieters einem sachgerechten Ausgleich der beiderseitigen Grundrechtspositionen. Dem Vermieter bleibt die Möglichkeit, sein Eigentum zu veräußern; der Mieter kann sich durch die Ausübung des Vorkaufsrechts vor einer Verschlechterung seiner kündigungsrechtlichen Position durch die Veräußerung schützen, ohne dass er die Veräußerung selbst verhindern könnte. Diese droht, weil immer dann, wenn ein Eigentümer mehrerer Einheiten von Wohnraum diese aufspaltet und einzeln veräußert, regelmäßig jedem Mieter ein Eigentümer gegenübersteht, der sich auf Eigenbedarf berufen kann (*Blank* in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 10. Aufl. 2011, § 577 Rdnr. 1 f.). Dieses verschärfte Risiko einer Eigenbedarfskündigung hat den Gesetzgeber veranlasst, die §§ 577, 577 a BGB zu schaffen, die zwar die Rechtsposition des Mieters verbessert, aber dem verfassungsrechtlich legitimen Zweck dient, dessen Eigentumsposition zu schützen, ohne den Eigentümer des Wohnraums übermäßig in seinen Grundrechten zu beschränken. Denn die Möglichkeit zur Veräußerung seines Eigentums bleibt auch bei Anwendung der §§ 577, 577 a BGB grundsätzlich erhalten. Damit trägt der Gesetzgeber den beiderseitigen verfassungsrechtlich geschützten Positionen von Vermieter und Mieter Rechnung.

Der BGH hält sich im vorliegenden Fall im Rahmen dieser gesetzgeberischen Vorgaben. Er hat sich in vertretbarer Weise auf den Standpunkt gestellt, dass die vergleichbare Interessenlage eine analoge Anwendung des § 577 BGB rechtfertigt,

wenn ein gemietetes Reihenhaus durch reale Teilung Bestandteil eines selbständigen Grundstücks wird. Denn solche Mieter sind in gleicher Weise dem erhöhten Risiko einer Eigenbedarfskündigung durch den neuen Vermieter ausgesetzt wie die Mieter, deren Wohnung in Wohnungseigentum umgewandelt wird. Der BGH hat dabei auch ausdrücklich das Eigentumsrecht der Beschwerdeführerin berücksichtigt und sich auf Grundlage der gesetzgeberischen Wertentscheidung für den Vorrang der Interessen der Mieterin entschieden.

bb) Die Entscheidung steht im Einklang mit der Rechtsprechung des BVerfG zur Gleichbehandlung von Mietern nach Art. 3 Abs. 1 GG.

Nicht nur bei der gesetzlichen Ausgestaltung des Mietrechts (vgl. BVerfGE 37, 132, 139 f.), sondern auch bei gerichtlichen Entscheidungen (vgl. BVerfGE 89, 1, 6) ist die grundrechtliche Konfliktlage des sowohl für Vermieter als auch für Mieter garantierten Eigentumsgrundrechts aus Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG (vgl. BVerfGE 37, 132, 140; 89, 1, 6) zu lösen, indem die beiderseitigen Interessen in einen Ausgleich gebracht werden, der dem Schutz des Privateigentums durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG und der verbindlichen Richtschnur des Art. 14 Abs. 2 GG (BVerfGE 25, 112, 117) gleichermaßen Rechnung trägt (BVerfGE 37, 132, 140). Dieser Interessenausgleich muss aufgrund des Gleichbehandlungsgebots aus Art. 3 Abs. 1 GG vergleichbaren Personengruppen grundsätzlich in gleicher Weise den Schutz ihres Eigentums zuteil werden lassen. Eine Ungleichbehandlung unterschiedlicher Mietergruppen ist unzulässig, wenn für die verschiedenen Gruppen ein vergleichbares Schutzbedürfnis besteht und die Ungleichbehandlung nicht durch gewichtige Interessen des Eigentümers gerechtfertigt ist (BVerfGE 84, 197, 199, 202).

Im vorliegenden Fall ist das Schutzbedürfnis der Mieter identisch, wenn ein gemietetes Reihenhaus in Wohnungseigentum umgewandelt wird und wenn es durch reale Teilung Bestandteil eines selbständigen Grundstücks wird. Gewichtige Interessen des Eigentümers, die eine Differenzierung zwischen einer Umwandlung in Wohnungseigentum oder einer Realteilung rechtfertigen könnten, hat die Beschwerdeführerin nicht dargetan. Solche sind auch nicht ersichtlich. Eine Veräußerung des Eigentums wird unter Umständen in beiden Konstellationen in gleicher Weise erschwert. Es fehlt also an einem sachlichen Grund für eine Ungleichbehandlung dieser beiden Mietergruppen.

#### Anmerkung:

Mit Urteil vom 28.5.2008<sup>1</sup> hatte der VIII. Zivilsenat des BGH bekanntlich entschieden, dass einem Wohnungsmieter in analoger Anwendung des § 577 BGB, der wörtlich nur Rechtsfolgen nach einer Aufteilung in Wohnungseigentum anordnet, auch nach einer Realteilung jedenfalls einer Reihenhausanlage ein Vorkaufsrecht zustehe.<sup>2</sup> Nunmehr billigt das BVerfG die Rechtsprechung des BGH in dem Sinne, dass es nachvollziehbare Argumente für, hingegen keine verfassungsrechtlichen Gründe gegen eine solche Analogie sieht.

Den Praktiker dürfte diese Feststellung kaum überraschen. So wäre der Beschluss auch wenig mehr als eine Fußnote wert, hätte nicht das BVerfG in anderem Zusammenhang aus verfassungsrechtlichen Gründen eine offene Zivilrechtsfortbil-

<sup>1</sup> MittBayNot 2009, 37 = NotBZ 2009, 62 m. Anm. Hueber.

<sup>2</sup> In gleicher Weise bezieht sich der Analogieschluss auf § 577 a BGB, obwohl das unmittelbare Feststellungsinteresse der damaligen Klägerin auf den Bestand des Mietervorkaufsrechts ging.

derung des BGH gestoppt, nämlich bei der Rechtsprechung zur Wandelbarkeit des nachehelichen Unterhalts,<sup>3</sup> und damit die verfassungsrechtliche Debatte um die Grenzen zulässiger richterlicher Rechtsfortbildung erneut eröffnet. Die Bandbreite der verfassungsrechtlich motivierten Stellungnahmen<sup>4</sup> reicht von der Annahme einer Einzelfall-Ausreißerentscheidung<sup>5</sup> bis hin zur Vermutung, es komme zu einer grundsätzlichen Neuorientierung und Stärkung des parlamentarischen Gesetzgebers.<sup>6</sup>

Der Besprechungsbeschluss, mit dem sich das BVerfG also erneut aus der Warte der Verfassung zum Zivilrecht äußert, lässt eher Skepsis im Sinne *Riebles* aufkommen. Jedenfalls zeigt er, dass die Ermittlung des historischen Willens des Gesetzgebers, in einer parlamentarischen Gesetzgebung an sich ein Gebot ersten Ranges, gleichfalls ein schwieriges Geschäft ist, welches genügend Raum lässt, persönliche Mutmaßungen und Anschauungen des Richters in eine Aussage des Gesetzes umzudeuten. Einfallstor ist hier das „Schweigen des Gesetzgebers“. Im Zivilrecht bedeutet „Schweigen“ im Regelfall gar nichts. Anknüpfungspunkte gibt es nur dann, wenn in die eine oder andere Richtung eine gesetzlich oder vertragliche Obliegenheit oder Verpflichtung zur Äußerung besteht, aufgrund deren Nichterfüllung dem Schweigen ein Erklärungsgehalt beigemessen wird.<sup>7</sup> Verfassungsrechtlich ist das offenbar anders: Hier soll Schweigen auf einmal alles Mögliche bedeuten können, insbesondere ein Hinnehmen der Rechtsfortbildung. Dabei steht doch der Gesetzgeber, verglichen mit der Äußerungsobliegenheit von Privatpersonen, eher noch weniger unter Druck, sich überhaupt äußern zu müssen. Die Äußerungspflicht des Gesetzgebers könnte nur eine verfassungsrechtliche sein, denn die Verfassung ist das einzige Konstrukt, dem der parlamentarische Gesetzgeber unterworfen ist. Wie ist, dies vorausgeschickt, also die Aussage des BVerfG (Tz. 23) einzuordnen: „Die Gesetzgebungsmaterialien enthalten ansonsten auch keinen Hinweis, dass der Gesetzgeber den Schutzbedarf von der Art des Wohnraums abhängig machen wollte“?

Richtig ist die Analyse des BVerfG, dass der Mieterschutz von – jetzt<sup>8</sup> – §§ 577, 577 a BGB eine Reaktion auf die Entscheidung des GemS-OGB vom 30.6.1992<sup>9</sup> darstellt, wonach (im Ergebnis zusammengefasst) der bauordnungsrechtlich reflexhaft<sup>10</sup> vermittelte Mieterschutz nicht mehr funktionierte. Die fehlende Einhaltung des jeweils aktuellen Bauordnungsrechts konnte also nicht zur Begründung herangezogen werden, um die Abgeschlossenheitsbescheinigung nach § 7 Abs. 4 Nr. 1 WEG zu verweigern. Natürlich schweigt der Gesetzgeber zur Rechtslage bei Realteilungen. Er hat nämlich den Fall der Realteilung in diesem Zusammenhang gar nicht

<sup>3</sup> Beschluss vom 25.1.2011, 1 BvR 918/10 = DNotZ 2011, 291.

<sup>4</sup> Noch anders natürlich die Stellungnahmen aus Sicht des Unterhaltsrechts, dazu *Borth*, FamRZ 2011, 445; *Gerhardt*, FamRZ 2011, 537; *Götz*, FamRZ 2011, 871; *Gerhardt/Gutdeutsch*, FamRZ 2011, 772; *Maurer*, FamRZ 2011, 849; *Götz/Brudermüller*, NJW 2011, 801.

<sup>5</sup> *Rieble*, NJW 2011, 819 unter Analyse auch der Rechtsprechung des BVerfG selbst und seiner Hinwegsetzung über den Wortlaut des GG.

<sup>6</sup> So *Rüthers*, NJW 2011, 1856.

<sup>7</sup> Paradebeispiel: § 362 HGB, alsdann Schweigen auf Bestätigungsschreiben; aktuell: Dulden des Lastschrifteinzugs; ferner §§ 177 Abs. 2 Satz 2, 1829 Abs. 2, 1943 BGB.

<sup>8</sup> Also nach der Schuldrechtsmodernisierung.

<sup>9</sup> GemS-OGB 1/91, BGHZ 119, 42 = DNotZ 1993, 48 = MittRhNotK 1992, 270.

<sup>10</sup> Reflexhaft, weil der Mieter ja nie Adressat des Bauordnungsrechts war.

als regelungsbedürftiges Mieterschutzproblem angesehen, weil dieser bauordnungsrechtliche Schutzreflex bei Realteilungen ja schon vorher nicht funktionierte. Was BGH und BVerfG übersehen: Das Erfordernis der Abgeschlossenheitsbescheinigung, in dessen Rahmen das Bauordnungsrecht vor dem Beschluss des GemS-OGB Eingang fand, galt ja bei Realteilungen nie, ohne dass jemand auf die Idee gekommen wäre, dies für ein besonderes Mieterschutzproblem zu halten.

Ein Zweites übersehen die Gerichte: Das öffentliche Baurecht gewährte damals schon Kontrollbefugnisse, die bei Realteilungen hätten eingesetzt werden können, nämlich durch das bauplanungsrechtliche Erfordernis der Teilungsgenehmigung (§ 19 BauGB in der Fassung bis zum 31.12.1997). Es war aber der Bundesgesetzgeber selbst, der dieses Genehmigungserfordernis zunächst modifiziert und aufgeweicht, dann ganz abgeschafft hat<sup>11</sup>.

Aus diesem Gesamtzusammenhang folgere ich zunächst eine gewollte und bewusste Begrenzung des Mietervorkaufrechts<sup>12</sup> auf den geregelten Fall. Die Rechtsfortbildung führt auch nicht zu einem Zu-Ende-Denken einer unvollständigen Regelung, sondern zu einer Korrektur des Gesetzgebers. Entgegen dem BVerfG sehe ich deswegen eine verfassungsrechtlich relevante, gesetzübersteigende Rechtsfortbildung.

Notar *Michael Volmer*, Starnberg

<sup>11</sup> Zunächst durch BauGB 1998 (vom 18.8.1997, BGBl I, S. 2081): Aufhebung des allg. Genehmigungserfordernisses, Ermöglichung einer kommunalen Satzung; dann EAGBau (vom 24.6.2004, BGBl I, S. 1359): Aufhebung jeglichen bundesrechtlichen Genehmigungserfordernisses.

<sup>12</sup> Wie auch des § 577 a BGB.

## 2. BGB §§ 634 a Abs. 1 Nr. 2, 637 Abs. 3 (*Individualvertraglicher Gewährleistungsausschluss bei Neubauten*)

**1. Der formelhafte Ausschluss der Gewährleistung für Sachmängel ist individualvertraglich bei Altbauten und ähnlichen Objekten grundsätzlich zulässig und rechtlich unbedenklich. Anderes gilt für eine Individualvereinbarung über den Erwerb neu errichteter oder so zu behandelnder Häuser. In einem solchen notariellen Vertrag ist ein formelhafter Ausschluss werkvertraglicher Gewährleistung nach Treu und Glauben unwirksam, wenn die Freizeichnung nicht mit dem Erwerber unter ausführlicher Belehrung über die einschneidenden Rechtsfolgen eingehend erörtert worden ist. (Teil 1 des amtlichen Leitsatzes)**

**2 Die Formulierung in einem notariellen Kaufvertrag, dass der Notar mit den Erschienenen die Regelungen über die Gewährleistung eingehend erörtert hat, ist kein Nachweis einer umfassenden Belehrung über die Folgen eines Gewährleistungsausschlusses. (Leitsatz der Schriftleitung)**

OLG Köln, Urteil vom 23.2.2011, 11 U 70/10

Die Kläger erwarben von der Beklagten mit notariellem Vertrag vom 25.8.2005 (UR-Nr. ... des Notars ... in A.) das in E. gelegene Grundstück ... Das Grundstück war mit einem Einfamilienhaus bebaut, das die Beklagte kurz zuvor hatte errichten lassen. Im Zeitpunkt der notariellen Beurkundung waren die Innenböden im Haus noch nicht verlegt. Zur Frage der Gewährleistung heißt es in § 4 Ziffer 1 des Vertrages:

„Die Gewährleistung für den verkauften Grund und Boden wird ausgeschlossen. Die Gewährleistung für das Gebäude beträgt fünf Jahre, beginnend mit dem jeweiligen Datum der jeweiligen



Schlussrechnung der ausführenden Handwerker. Diese Gewährleistungsansprüche tritt der Verkäufer hiermit an den dies annehmenden Käufer ab.

Der Notar hat mit den Erschienenen die Regelungen über die Gewährleistung eingehend erörtert. Dem Käufer ist seitens des Verkäufers eine Liste der am Bau beteiligten Handwerker ausghändig worden ...“

Die Kläger beantragten nach ihrem Einzug in das Haus die Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens gegen die Beklagte mit dem Ziel der Feststellung baulicher Mängel des erworbenen Hausobjekts. Der vom LG mit der Feststellung solcher Mängel beauftragte Sachverständige C. gelangte in seinem Gutachten unter anderem zu dem Ergebnis, dass der im Objekt befindliche Granitboden, der vor dem Einzug der Kläger im Auftrag der Beklagten von der Nebenintervenientin verlegt worden war, eine Vielzahl von Rissen aufweise, die nicht hinnehmbar seien und deren Beseitigung sachgerecht mangels Beschaffbarkeit von Granit gleicher Struktur- und Farbbeschaffenheit allein durch Herausnehmen des verlegten Bodens und Verlegung eines neuen Bodens erfolgen könne. Des Weiteren kam der Sachverständige zu dem Ergebnis, dass Risse im Obergeschoss des Hauses an den Übergängen von Gipskartonflächen zu angrenzenden Gipskartonflächen, Massivwänden und zum Holzständerwerk vorhanden seien und ferner das Geländer der Dachterrasse eine zu geringe Brüstungshöhe aufweise. Den Aufwand zur Rissanierung schätzte der Sachverständige auf netto 4.000 €, denjenigen zur Beseitigung der geringen Brüstungshöhe des Geländers auf netto 550 €. Schließlich setzte der Sachverständige zur Planung, Ausschreibung und Überwachung der Sanierungsarbeiten Regiekosten i. H. v. 4.500 € netto an.

Die von den Klägern in der Folgezeit ausgesprochenen Nachbesserungsverlangen gegenüber der Nebenintervenientin hinsichtlich der von dieser ausgeführten Granitarbeiten und gegenüber der Firma G. Holzbau hinsichtlich der von dieser erbrachten Trockenbauarbeiten blieben ohne Erfolg.

Mit der vorliegenden Klage verlangen die Kläger von der Beklagten im Wege des Vorschusses die Beseitigung der von ihnen beanstandeten Mängel am Granitboden, an den Gipskartonflächenübergängen und hinsichtlich der Brüstungshöhe des Geländers. Sie verlangen ferner die Feststellung der Verpflichtung der Beklagten zum Ersatz allen weiteren künftigen, durch einen tatsächlich höheren Nachbesserungsaufwand entstehenden Schadens. Schließlich begehren die Kläger die Entfernung von Gegenständen.

Das LG hat dem Entfernungsbegehren entsprochen, die Vorschussklage und den Feststellungsantrag hingegen abgewiesen mit der Begründung, die Beklagte sei infolge des vereinbarten Haftungsausschlusses nicht passivlegitimiert. Gegen das Urteil des LG wendet sich die Berufung der Kläger, mit welcher das Vorschuss- und Feststellungsbegehren in vollem Umfang weiterverfolgt wird.

*Aus den Gründen:*

## II.

Die formell unbedenkliche Berufung der Kläger hat in der Sache Erfolg.

1. Das von den Klägern in erster Linie verfolgte Zahlungsbegehren ist als Vorschussanspruch nach § 637 Abs. 3 BGB begründet.

a) Die von den Klägern vorgenommene Einordnung des Vertragsverhältnisses als Werkvertrag ist rechtlich zutreffend, so dass § 637 BGB grundsätzlich anwendbar ist.

Nach der Rechtsprechung des BGH (NJW 1981, 2344, 2345; NJW 1982, 2243, 2244 m. w. N.; NJW 1988, 135, 136) richten sich Ansprüche des Erwerbers aus Sachmängeln an „neu errichteten Häusern oder Eigentumswohnungen grundsätzlich nach Werkvertragsrecht, mag auch das Bauwerk bei Vertragsschluss bereits fertiggestellt sein“. Ohne Rücksicht auf die im Vertrag gewählte Bezeichnung des Vertrages als Kaufvertrag ist Werkvertragsrecht nach der zitierten Rechtsprechung „auch dann anzuwenden, wenn der Veräußerer das Bauwerk zunächst für sich selbst errichtet hat und sogar einige Monate

bewohnt hat“, sofern „sich aus Inhalt, Zweck und wirtschaftlicher Bedeutung des Vertrages sowie aus der Interessenlage der Parteien die Verpflichtung des Veräußerers zu mangelfreier Erstellung des Bauwerks ergibt“. Ein solcher Verpflichtungswille ergibt sich hier sowohl aus dem ersten Vertragsentwurf und der darin vorgesehenen Regelung (§ 4) bezüglich der Gewährleistung, als auch aus dem tatsächlich abgeschlossenen Vertrag (dort § 4 Nr. 1); in letzterer Bestimmung wird eine solche Verpflichtung von der dort festgelegten „Gewährleistung für das Gebäude“ vorausgesetzt und durch die Abtretung der Gewährleistungsansprüche der Beklagten bekräftigt.

b) Die werkvertragliche Gewährleistungshaftung der Beklagten ist vorliegend – entgegen der Ansicht des LG – nicht wirksam vertraglich ausgeschlossen worden.

aa) Auszugehen ist allerdings mit dem LG davon, dass die Bestimmungen über die Gewährleistung keine AGB der Beklagten darstellen. Auch wenn diese Bestimmungen von der Beklagten „gestellt“ worden sind, weil sie auf eine Haftungsverlagerung besonderen Wert gelegt und diese durch Aufnahme in den notariellen Erwerbsvertrag durchgesetzt hat, folgt daraus noch nicht, dass es sich insoweit im AGB handelt.

Denn es fehlt daran, dass nicht feststeht, dass die fragliche Gewährleistungsregelung „für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert“ – mithin für eine mehrfache Verwendung bestimmt – gewesen ist i. S. v. § 305 Abs. 1 BGB. Gegen eine Mehrfachverwendungsabsicht spricht der unstreitige Ablauf der Beurkundungsvorgeschichte. Der erste notarielle Entwurf sah in § 4 Ziffer 1 eine Eigenhaftung der Beklagten ausdrücklich vor. Die tatsächlich durchgesetzte Änderung wurde auf Intervention der Beklagten für den konkreten Fall vorgenommen. Dass andere Objekte der Beklagten in vergleichbarer baulicher Abwicklungslage zum Verkauf gestanden haben und die Gewährleistungsbestimmung hierfür entwickelt worden wäre, ist nicht ersichtlich. Dass die Beklagte über mehrere Häuser verfügt, die sie verkaufen könnte, reicht nicht aus für die Annahme, dass die vereinbarte Gewährleistungsregelung für mehrere potentielle Verkaufsfälle vorgesehen war.

bb) Liegen aber hinsichtlich der Gewährleistungsbestimmungen keine AGB der Beklagten vor, ist hinsichtlich der im notariellen Vertrag getroffenen Regelung des § 4 von einer Individualvereinbarung auszugehen.

Inhalt dieser Gewährleistungsvereinbarung ist nicht nur die Abtretung eigener Gewährleistungsansprüche der Beklagten gegen die bauausführenden Unternehmer an die Kläger, sondern auch ein Ausschluss der eigenen Haftung der Beklagten für Baumängel, bei deren Vorliegen die Kläger als Erwerber sich ausschließlich an die bauausführenden Unternehmer halten können sollten. Der mit der Abtretung der werkvertraglichen Gewährleistungsansprüche gegen die bauausführenden Unternehmer verbundene Ausschluss eigener werkvertraglicher Gewährleistung der Beklagten ist nicht expressis verbis in dem notariellen Kaufvertrag festgelegt worden. Dass die getroffene Abrede von beiden Parteien – auch – in dem Sinne verstanden worden ist, dass mit der Abtretung der gegenüber den Bauhandwerkern bestehenden Gewährleistungsansprüche an die Kläger diese sich ausschließlich an die Bauhandwerker und nicht an die Beklagte halten sollten, haben die Kläger im Rahmen ihrer Anhörung vor dem LG bestätigt und dort zu Protokoll erklärt, die vertragliche Regelung sei so zu verstehen, dass die Kläger (endgültig und nicht nur vorrangig) „gegen die Handwerker vorgehen sollten, nicht gegen die Beklagte“.

Dies bedeutet rechtlich die Vereinbarung eines Gewährleistungsausschlusses zugunsten der Beklagten, verbunden mit der Abtretung der der Beklagten selbst aus der Errichtung des

Hauses zustehenden Gewährleistungsansprüche gegen die daran beteiligten Handwerker an die Kläger. Der Ausschluss der Gewährleistung gegenüber ist aber nach dem Verständnis beider Parteien nur formelhaft, d. h. unter Verwendung pauschaler Begrifflichkeiten, festgelegt worden.

cc) Bei einer Individualvereinbarung ist ein formelhafter Ausschluss der Gewährleistung für Sachmängel bei Altbauten und ähnlichen Objekten grundsätzlich zulässig und rechtlich unbedenklich (vgl. BGHZ 74, 204, 209; BGH, NJW 1982, 2243, 2244; NJW 1986, 2824, 2825). Anderes gilt hingegen bei einer Individualvereinbarung über den Erwerb neu errichteter oder so zu behandelnder Häuser; in einem solchen notariellen Vertrag ist ein formelhafter Ausschluss werkvertraglicher Gewährleistung nach § 242 BGB unwirksam, wenn die Freizeichnung nicht mit dem Erwerber unter ausführlicher Belehrung über die einschneidenden Rechtsfolgen eingehend erörtert worden ist (vgl. BGHZ 101, 350, 356 = NJW 1988, 135, 136; BGHZ 108, 164, 168 f.; BGH, BauR 2005, 542, 544; BGH, Urteil vom 8.3.2007, VII ZR 130/05, NJW-RR 2007, 895, 897 = BauR 2007, 1036 ff.). Grundlage dieser Rechtsprechung ist die Erwägung, dass Verträge über die Veräußerung von Häusern und Eigentumswohnungen erhebliche Vermögenswerte betreffen und solche Objekte betreffende Gewährleistungsausschlüsse einschneidende Rechtsfolgen mit sich bringen, deren Bedeutung und Tragweite zur Wahrung einer angemessenen Vertragsgestaltung jedem Erwerber klar sein muss (BGHZ 101, 350 ff. = NJW 1988, 135, 136), so dass Treu und Glauben eine ausführliche Belehrung über diese Rechtsfolgen gebieten. In dieser Entscheidung des BGH heißt es weiter wörtlich wie folgt:

„(...) Dabei liegt eine formelhafte Klausel (...) immer dann vor, wenn diese üblicherweise in Formularverträgen zu finden und nicht auf den Individualvertrag zugeschnitten ist. Die besondere Schutzbedürftigkeit des Erwerbers sieht der Senat darin, dass solche Klauseln den Anschein der Rechtmäßigkeit, Vollständigkeit und Ausgewogenheit verbreiten, deren Sinn jedoch nicht ausreichend bewusst machen. (...)

Unterbleibt eine solche sachkundige Belehrung, wird der Zweck der notariellen Beurkundung, auf eine angemessene Vertragsgestaltung hinzuwirken, in grober Weise verfehlt, dann ist die richterliche Inhaltskontrolle die sachgerechte Reaktion. Zum Schutz des Erwerbers muss es dabei hingegenommen werden, dass die unterbliebene Aufklärung und Belehrung durch den Notar zur Unwirksamkeit der Klausel führt, also dem Veräußerer zugerechnet wird, der sich freizeichnen will.“

Eine solche Fallkonstellation ist vorliegend gegeben:

Das Kaufobjekt war neu errichtet worden und im Zeitpunkt der notariellen Beurkundung wurden noch Teile der Innenoberböden aufgebracht. Auch stellt die – insoweit übereinstimmend vorausgesetzte – vertragliche Freizeichnung „von jeglicher Eigen-Haftung für das Gebäude“ eine pauschale Floskel und damit nach der BGH-Rechtsprechung einen „formelhaften Ausschluss“ der Gewährleistung dar. Dass es sich bei der Beklagten nicht um einen gewerblichen Bauträger handelt, rechtfertigt keine geringeren Anforderungen an die notarielle Hinweispflicht.

Zwar war den Klägern die nach ihrer Absprache mit der Beklagten vorgesehene Rechtsfolge, dass anstelle der Eigenhaftung der Beklagten die Haftung der Bauhandwerker treten sollte, bekannt. Dass die damit verbundene Haftungsverlagerung den Klägern in ihrer Tragweite indes ausführlich bewusst gemacht worden wäre, lässt sich weder dem notariellen Vertrag noch dem Vortrag der Beklagten entnehmen. Das bloße Bewusstsein, dass anstelle der Beklagten bauausfüh-

rende Handwerker als alleinige Anspruchsgegner im Falle von baulichen Mängeln des Kaufobjekts in Frage kommen (sollen), rechtfertigt kein Absehen von einer ausführlichen Belehrung, da ansonsten der damit verbundene Zweck, den Erwerber vor übereilten bzw. unbedachten und mit erheblichen finanziellen Belastungen verbundenen Entscheidungen zu schützen, nicht erreicht werden könnte.

Eine eingehende Aufklärung und Belehrung der Kläger als Erwerber durch den Notar ist seitens der Beklagten nicht im Einzelnen dargetan und hat auch im Streitfall nicht stattgefunden. Eine solche Aufklärung würde voraussetzen, dass der Notar sich davon überzeugt hat, dass sich die Beteiligten über die Tragweite ihrer Erklärungen und das damit verbundene Risiko vollständig im Klaren sind und dennoch die konkrete Vertragsgestaltung ernsthaft wollten (BGH, NJW-RR 2007, 895, 897 m. w. N.). Dass eine solche Aufklärung erfolgt war, kann nach den bisherigen Erkenntnissen nicht angenommen werden:

(1) Zwar heißt es in § 4 Nr. 1 Satz 3 des notariellen Kaufvertrages, dass „der Notar mit den Erschienenen die Regelungen über die Gewährleistung eingehend erörtert“ habe. Dass davon auch die mit der getroffenen Regelung verbundenen rechtlichen und wirtschaftlichen Risiken umfasst waren, ergibt sich aus der Formulierung nicht. Bedenklich in dieser Hinsicht stimmt schon der Umstand, dass ein Ausschluss der eigenen Gewährleistung der Beklagten in § 4 Nr. 1 des notariellen Vertrags keinen Eingang gefunden hat. Wenn schon der Beklagten an einem Ausschluss eigener Haftung gelegen war und dies auch gegenüber den Klägern durchgesetzt werden sollte, ist nicht erklärlich und auch nicht erläutert, weshalb eine entsprechende Passage nicht in den Wortlaut des Vertrages aufgenommen worden ist. Wenn denn bei der Beurkundung Einigkeit darüber bestanden haben soll und nach den Angaben der Kläger auch bestanden hatte, dass „allein die Bauhandwerker, nicht aber die Beklagte selbst“ wegen möglicher Mängel des gerade erst errichteten Hauses in Anspruch genommen werden sollten, ist nicht verständlich, dass eine solche – für die Rechtssicherheit und die Haftung der Beklagten einschneidende – Bestimmung nicht selbst im Vertrag erwähnt wird.

Aber auch wenn man insoweit von einem Versäumnis des Notars ausgeht, der dazu angesichts der Einigkeit der Parteien darüber, dass eine Eigenhaftung der Beklagten ausgeschlossen sein sollte, keine Veranlassung gesehen haben mag, stellt dieses Unterbleiben und die darin liegende Unvollständigkeit des Vertragstextes die nachfolgend aufgenommene Klausel bezüglich einer Erörterung der Regelungen über die Gewährleistung in Frage. Bei solcher Sachlage bedarf es des eingehenden Vortrags der Beklagten dazu, welchen Inhalt die Belehrung des Notars im Einzelnen gehabt hat. Zu solcher Belehrung gehört nicht nur ein Hinweis auf die vorgesehene Haftungsverlagerung. Hierzu gehören auch Hinweise auf die sich aus solcher Verlagerung für die Kläger als Erwerber ergebenden Notwendigkeiten, nämlich: sich Kenntnis von Rechtsverhältnissen zu verschaffen, mit denen ein Erwerber im Normalfall nichts zu tun hat (also nicht die Kenntnis der Person der Handwerker und deren Schlussrechnungen, sondern: Kenntnis von allen Vertragsinhalten und wesentlichen Zeitpunkten, die für eine Inanspruchnahme der Bauhandwerker von Bedeutung sind oder sein können – Abnahme, etwaige Mängelrügen, Nacherfüllungsverlangen, etwa erfolgte Nachbesserungen usw.), des Weiteren: Hinweise darauf, dass der ins Auge gefasste Haftungsausschluss zugunsten des Veräußerers auch bewirken kann, dass sich die Erwerber wegen etwaiger Planungsfehler der Beklagten nicht bei (einem) Dritten schadlos halten könnten (vgl. BGH, NJW 1982, 2243,

2244). Insoweit fehlt es auch an einem Vortrag zu einem Hinweis des Notars dahingehend, dass der vorgesehene Haftungsausschluss den Verlust der ansonsten gegebenen Haftungsbündelung beim Bauträger (vgl. dazu: *Werner/Pastor*, Der Bauprozess, 12. Aufl., Rdnr. 1444 ff.) zur Folge hat.

Auch ist im Rahmen der Beurkundung nicht herausgestellt worden, dass die für einen Rückgriff gegenüber den Handwerkern maßgeblichen Gewährleistungsfristen nicht mit Erstellung der Schlussrechnung beginnen, sondern mit der Abnahme (§ 634 a Abs. 2 BGB). Wann die Abnahmen der einzelnen Gewerke erfolgt waren, ergibt sich aus den Listen der Handwerker nicht. Dass darin die Schlusszahlungen („SZ“) jeweils aufgeführt sind, ändert an der Bewertung nichts, weil die Schlusszahlungszeitpunkte allenfalls nahelegen, dass spätestens in der Schlusszahlung eine Abnahme zu sehen ist. Die Schlusszahlungen schließen aber nicht aus, dass eine – förmliche – Abnahme bereits zu einem früheren Zeitpunkt vorgelegen haben kann.

Aus den – vom Gesetz abweichenden – vertraglichen Regelungen des Laufs der Gewährleistungsfristen könnte sich überdies objektiv eine potentielle Haftungsmilderung zugunsten der am Bau beteiligt gewesenen Handwerker insofern ergeben, als die Zeitpunkte der Abnahme der Werkleistungen nach Erstellung der jeweiligen Schlussrechnung gelegen haben sollten. Dass die Kläger als Erwerber hierauf hingewiesen worden wären, ist ebenfalls nicht erkennbar, noch wird dies von der Beklagten behauptet.

(2) Auch der schriftsätzliche Vortrag der Beklagten, wonach der beurkundende Notar wörtlich gesagt habe, dass Ansprüche gegen die Beklagte persönlich ausgeschlossen seien und sich die Kläger „direkt an die Handwerker wenden müssten, wenn innerhalb der Gewährleistungszeit Mängel am Gebäude auftreten“, genügt nicht den Anforderungen an eine umfassende Aufklärung über die rechtliche Tragweite der ins Auge gefassten Erklärung zum Haftungsausschluss. Denn diese Hinweise verdeutlichen nicht, welche vertraglichen Risiken und einschneidenden wirtschaftlichen Rechtsfolgen für die Kläger mit einer solchen Haftungsverlagerung verbunden sind.

(3) Die zu gerichtlichem Protokoll des LG genommenen Äußerungen der Parteien reichen ebenfalls nicht aus, die erforderliche notarielle Aufklärung anzunehmen.

Den Angaben der Kläger vor dem LG zufolge soll der Notar gefragt haben, ob „man alles verstanden habe; einzelne Erklärungen über die Rechtsfolgen, insbesondere der in Rede stehenden Klausel (über die Gewährleistung) seien nicht erfolgt“. Dem hat die Beklagte konkret nicht widersprochen. Auf Nachfrage der Kläger nach den Vorteilen der beurkundeten Abtretung sei ihnen (wohl vom Notar) erläutert worden, dass – in dem Falle – eine fünfjährige Verjährungsfrist (gegenüber den Bauhandwerkern) bestehe, ansonsten nur eine Gewährleistungsfrist von drei Jahren (gegenüber der Beklagten) bestanden haben würde. Dieser – unwidersprochene – Hinweis war indes in der Sache rechtlich unzutreffend, weil auf das hier in Rede stehende Veräußerungsgeschäft nach der oben zitierten Rechtsprechung Werkvertragsrecht anwendbar war (und ist) und die Beklagte danach als Herstellerin des Veräußerungsobjekts als Bauwerk den Klägern als (Bestellern gleichzusetzenden) Erwerbern nach dem Gesetz 5 Jahre zu haften gehabt hätte (§ 634 a Abs. 1 Nr. 2 BGB).

Die Beklagte selbst hat im Rahmen ihrer Anhörung vor dem LG nicht geschildert, welchen Inhalt die „Erläuterungen und Hinweise“ des beurkundenden Notars denn tatsächlich gehabt haben. Für sie war lediglich wichtig, dass sie aus der Haftung

entlassen werden sollte und dies aufgrund der geregelten Abtretung „klar gewesen“ sei, da „dies ja gerade das Neue im Vergleich zum vorausgegangenen Vertragsentwurf gewesen“ sei. Damit ist aber nichts Konkretes gesagt zum Inhalt der Hinweise und Erläuterungen, die der Notar den Vertragsbeteiligten erteilt haben soll bzw. erteilt hat. (...)

#### Anmerkung:

Ein Notar, der einen Kaufvertrag über ein Grundstück mit einem fertig gestellten oder nahezu fertig gestellten Neubau beurkundet, sollte sich bewusst sein, dass er sich bei der Gestaltung des ganzen oder teilweisen Haftungsausschlusses des Verkäufers für Sachmängel auf einem „verminten Terrain“ befindet.

Vorab ist jedenfalls zu prüfen, ob es sich um einen Formularvertrag i. S. d. § 305 Abs. 1 BGB (insbesondere einen Bauträgervertrag), einen Verbrauchervertrag i. S. d. § 310 Abs. 4 BGB oder aber einen Individualvertrag handelt. Verkauft der Verwender oder Unternehmer mit einem Formular-/Verbrauchervertrag ein Grundstück mit Gebäude, gelten die Klauselverbote des § 309 Nr. 7 BGB (auch beim Verkauf eines Altbaus). Beim Verkauf eines Neubaus oder eines nach Umfang und Bedeutung einer Neuherstellung gleichkommenden sanierten Altbaus gilt § 309 Nr. 8 BGB, so dass die werkvertraglichen Rechte und Ansprüche des Verbraucher-Käufers wegen Sachmängeln des Gebäudes weder ausgeschlossen noch eingeschränkt werden können. Die fünfjährige Verjährungsfrist kann nicht verkürzt werden.

Das OLG Köln stellt fest, dass es sich bei der Gewährleistungsregelung um eine Individualvereinbarung handelt. Es ist unstrittig, dass im Individualvertrag (Verkäufer und Käufer sind Verbraucher) die Haftung für Sachmängel eines Altbaus vollständig ausgeschlossen werden kann. Auch wenn der Verkäufer vertraglich Bauleistungen übernommen hat, kann in einem Individualvertrag über den Erwerb eines Altbaus wirksam die Sachmängelgewährleistung für Mängel der von der Modernisierung des erworbenen Objekts unberührt gebliebenen Altbausubstanz ausgeschlossen werden.<sup>1</sup> Eine notarielle Belehrung über Umfang und Bedeutung des Gewährleistungsausschlusses ist nach diesem Urteil auch dann nicht Voraussetzung für die Wirksamkeit des Gewährleistungsausschlusses, wenn dieser in einer „formelhaften Klausel“ enthalten ist.

Etwas anderes gilt insoweit beim Erwerb eines Neubaus. Nach der Rechtsprechung des BGH<sup>2</sup> ist ein formelhafter Ausschluss der Gewährleistung für Sachmängel beim Erwerb neu errichteter Häuser oder Eigentumswohnungen auch in einem notariellen Individualvertrag gemäß § 242 BGB unwirksam, wenn die Freizeichnung nicht mit dem Erwerber unter ausführlicher Belehrung über die einschneidenden Rechtsfolgen eingehend erörtert worden ist.

Diesen Ansprüchen genügt die vom Notar getroffene Regelung jedenfalls nicht, die allein die Abtretung der Gewährleistungsansprüche gegen die ausführenden Handwerker an den Käufer beinhaltet. Nach der Feststellung des Gerichts war der Gewährleistungsausschluss zugunsten des Verkäufers von den Vertragsparteien gewollt. Zu Recht kritisiert das OLG Köln die Formulierung des Notars als schlampig (Zeitpunkt der Schlussrechnung und nicht der Abnahme als maßgeblich für

<sup>1</sup> BGH, DNotZ 2006, 280.

<sup>2</sup> BGH, DNotZ 1988, 292; 1989, 299; 1990, 96; 2006, 280; 2007, 822.

den Verjährungsbeginn, Abtretung der Ansprüche nur gegen die Handwerker und nicht auch gegen die sonstigen am Bau Beteiligten), vor allem das Fehlen des entscheidenden Satzes, dass Ansprüche wegen Baumängeln gegen den Verkäufer ausgeschlossen sind. Bei einem derart schweren Verstoß gegen die Formulierungs- und Belehrungspflicht des § 17 Abs. 1 BeurkG muss sich der Notar nicht wundern, dass der Verkäufer, der zur Zahlung des geltend gemachten Vorschussbetrages verurteilt wurde, den Notar wegen Amtspflichtverletzung in Anspruch nehmen wird.

Die Rechtsprechung zur Unwirksamkeit eines „formelhaften Gewährleistungsausschlusses“ für Sachmängel eines Neubaus in einem Individualvertrag ist ein wenig in Vergessenheit geraten, wohl auch deshalb, weil sie nicht überzeugt.<sup>3</sup> Danach ist die vollständige Freizeichnung des Verkäufers grundsätzlich wirksam und, insbesondere wenn er den Neubau vom Bauträger erworben hat, auch sachgerecht (selbstverständlich gegen Abtretung der Sachmängelgewährleistungsansprüche gegen den Bauträger). Die Inhaltskontrolle von Individualverträgen nach § 242 BGB führt nur dann zur Unwirksamkeit des Haftungsausschlusses, wenn der Notar seine Amtspflicht einer transparenten, auch dem juristischen Laien verständlichen Vertragsgestaltung und der ausführlichen Belehrung über die rechtliche Tragweite verletzt. Bedenklich ist, wenn der BGH<sup>4</sup> dies damit rechtfertigt, dass „zum Schutz des Erwerbers hingenommen werden müsse, dass die unterbliebene Aufklärung und Belehrung durch den Notar zur Unwirksamkeit der Klausel führt, also dem Veräußerer zugerechnet wird, der sich freizeichnen will“.

Damit wird dem Veräußerer das Risiko eines pflichtwidrigen Verhaltens des Notars aufgebürdet (mit für ihn erheblichen finanziellen Konsequenzen), auch wenn er diesen nicht beauftragt hat und die unzureichende Vertragsgestaltung und Belehrung nicht erkennen konnte. Bedenklich ist, dass diese Rechtsprechung dazu führt, dass die Verletzung der Belehrungspflicht die Unwirksamkeit der Klausel zur Folge hat, gleichsam die „formelhafte Klausel“ den Individualvertrag zum Formularvertrag werden lässt, obgleich der Veräußerer weder Verwender noch Unternehmer ist. Obwohl § 17 BeurkG eine Soll-Vorschrift ist, führt hier ihre Verletzung zur Unwirksamkeit der Klausel, die anderenfalls materiell wirksam wäre, ein der Systematik des BeurkG widersprechendes Ergebnis.<sup>5</sup>

Ich habe bis heute nicht verstanden, was eine „formelhafte“ Klausel in einem notariellen Vertrag ist.<sup>6</sup> Wie muss etwa die Klausel „Die Rechte des Käufers gegen den Verkäufer wegen eines Sachmangels sind ausgeschlossen“, gefasst werden, damit ihr nicht der Makel der Formelhaftigkeit anhaftet? Am ehesten nachvollziehbar ist der Vorwurf der Formelhaftigkeit, wenn der Notar sein allgemeines Muster des Kaufvertrages über einen Altbau zugrunde legt, ohne den Besonderheiten des Verkaufs eines Neubaus überhaupt Rechnung zu tragen, also allein die vorgenannte Klausel aufnimmt, vor allem ohne Abtretung der dem Verkäufer zustehenden Gewährleistungsansprüche gegen den Bauträger bzw. die bauausführenden Firmen, den Architekten usw.<sup>7</sup>

<sup>3</sup> Vgl. meine Kritik, DNotZ 1988, 296; 1990, 99 und die in den Anmerkungen zitierte Literatur.

<sup>4</sup> DNotZ 1998, 292; 1990, 96.

<sup>5</sup> Winkler, BeurkG, § 17 Rdnr. 260 m. w. N.

<sup>6</sup> Im entschiedenen Fall war sie sicherlich nicht formelhaft, sie war unvollständig und fehlerhaft.

<sup>7</sup> Unverständlich ist daher das Urteil des OLG Saarbrücken (ZfIR 2011, 583), das eine Verpflichtung des Verkäufers zur Abtretung der ihm gegenüber Dritten zustehenden Gewährleistungsansprüche bei Ausschluss der eigenen Haftung für Sachmängel verneint.

Warum genügt beim Verkauf eines Altbaus eine „formelhafte“ Klausel des Haftungsausschlusses, die ohne eingehende Erörterung über die einschneidenden Rechtsfolgen wirksam ist, nicht dagegen beim Neubau, bei dem der Käufer nicht erwarten kann, dass der Verkäufer eine eigene Sachmängelhaftung für den von ihm vom Bauträger erworbenen Neubau übernimmt? Den Haftungsausschluss selbst kann der Notar nicht klarer und unzweideutiger in der Niederschrift wiedergeben (§ 17 Abs. 1 BeurkG) als mit der vorstehenden Formulierung, die auch ein „unerfahrener“ Käufer versteht.<sup>8</sup> Den Notaren ist zu empfehlen, die Belehrung in der Urkunde zu dokumentieren, vor allem konkrete Aussagen über die abgetretenen Gewährleistungsansprüche zu machen (Zeitpunkt der Abnahme, fünfjährige Verjährungsfrist, Zurverfügungstellung aller für die Geltendmachung erforderlichen Unterlagen, Versicherung des Verkäufers, dass ihm nichts bekannt ist, was der Durchsetzung der abgetretenen Ansprüche entgegen steht).<sup>9</sup>

Notar Prof. Dr. Günter Brambring, Köln

<sup>8</sup> Winkler, BeurkG, § 17 Rdnr. 258 m. w. N.

<sup>9</sup> Formulierungsbeispiel Brambring in Beck'sches Notar-Handbuch, Teil 1 Rdnr. 42.

3. WEG § 12 Abs. 1, Abs. 3 Satz 1; GBO § 78 Abs. 2 Satz 1 (*Verwalterwechsel zwischen Abgabe der Veräußerungszustimmung und Grundbucheintragung*)

1. **Ist als Inhalt des Sondereigentums vereinbart, dass ein Wohnungseigentümer zur Veräußerung seines Wohnungseigentums der Zustimmung anderer Wohnungseigentümer oder eines Dritten (hier: des WEG-Verwalters) bedarf, so stellt dies keine Verfügungsbeschränkung als Ausnahme von § 137 Satz 1 BGB dar (so aber OLG Hamm, NJW-RR 2010, 1524 f.), sondern eine Beschränkung des Rechtsinhalts des Wohnungseigentums.**
2. **Ist der schuldrechtliche Vertrag bereits geschlossen worden, so ist die alsdann erklärte Zustimmung endgültig wirksam und nicht mehr widerruflich, sobald sie von dem im Zeitpunkt der Erklärung Zustimmungsberechtigten gegenüber den Vertragsparteien oder dem mit dem Vollzug beauftragten Notar erklärt worden ist; ob die Berechtigung des Zustimmenden noch im Zeitpunkt der Stellung des Umschreibungsantrages vorliegt oder bereits entfallen ist (hier: mit Blick auf das Ende der Verwalterbestellung), ist nicht von Belang.**
3. **Liegen die Voraussetzungen des § 78 Abs. 2 Satz 1 GBO vor, so ist die Rechtsbeschwerde gleichwohl nicht zuzulassen, wenn dieses Rechtsmittel (hier wegen fehlender Beschwerdeberechtigung) nicht in zulässiger Weise eingelegt werden kann.**

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11.5.2011, I-3 Wx 70/11

Mit notariell beurkundetem Vertrag vom 22.11.2010 veräußerten die Beteiligten zu 1 den im hiesigen Beschlusseingang bezeichneten Grundbesitz an die Beteiligten zu 2. Im Bestandsverzeichnis des Grundbuches ist vermerkt, dass der Wohnungseigentümer zur Veräußerung des Wohnungs- und Teileigentums der Zustimmung des Verwalters bedarf.

Am 25.11.2010 wurde unter anderem eine Auflassungsvormerkung zugunsten der Beteiligten zu 2 im Grundbuch eingetragen. Am 7.12.2010 stimmte der Verwalter des Objektes der Veräußerung „ohne jede Einschränkung“ in notariell beglaubigter Form zu. Aus dem Verwalternachweis – einer notariell beglaubigten Niederschrift

der ordentlichen Eigentümerversammlung der Wohnungseigentümergeinschaft vom 15.4.2008 – ergab sich, dass der zustimmende Verwalter für die Zeit vom 1.1.2009 bis zum 31.12.2010 bestellt war.

Nachdem auch die Unbedenklichkeitsbescheinigung des FA Dinslaken unter dem 7.1.2011 vorlag, haben die Beteiligten durch die vertretende Notarin mit Schrift vom 10.1.2011 die Eigentumsumschreibung auf die Erwerber bewilligt und beantragt sowie einen Antrag auf Löschung der Auflassungsvormerkung gestellt. Die Anträge sind am 12.1.2011 beim Grundbuchamt eingegangen.

Daraufhin hat dieses durch die angefochtene Zwischenverfügung beanstandet, da die Verwalterbestellung vor Eingang des Eintragungsantrages abgelaufen sei, müsse entweder deren Verlängerung oder die Zustimmung des neu bestellten Verwalters nachgewiesen werden.

Hiergegen wenden sich die Beteiligten mit ihrem durch Schrift der sie vertretenden Notarin vom 17.2.2011 eingelegten Rechtsmittel, mit dessen Begründung sie der Rechtsauffassung des Grundbuchamtes umfangreich entgegneten.

Mit Beschluss vom 21.2.2011 hat das Grundbuchamt erklärt, dem Rechtsmittel werde aus den Gründen der angefochtenen Zwischenverfügung – in der auf Rechtsprechung des OLG Hamm Bezug genommen war – nicht abgeholfen, und die Sache werde dem OLG Düsseldorf zur Entscheidung vorgelegt.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Grundakte Bezug genommen.

*Aus den Gründen:*

## II.

Das gemäß §§ 71 Abs. 1, 72, 73 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 GBO als Beschwerde zulässige Rechtsmittel der Beteiligten, das nach der vom Grundbuchamt ordnungsgemäß erklärten Nichtabhilfe beim Senat zur Entscheidung angefallen ist (vgl. § 75 GBO), hat auch in der Sache Erfolg. Der Senat vermag sich der Rechtsauffassung unter anderem des OLG Hamm (NJW-RR 2010, S. 1524 f.) nicht anzuschließen.

Nach § 12 Abs. 1 WEG kann als Inhalt des Sondereigentums vereinbart werden, dass ein Wohnungseigentümer zur Veräußerung seines Wohnungseigentums der Zustimmung anderer Wohnungseigentümer oder eines Dritten bedarf. Dies ist hier geschehen, indem die Erforderlichkeit einer Verwalterzustimmung vorgesehen ist. Das hat gemäß § 12 Abs. 3 Satz 1 WEG zur Folge, dass eine Veräußerung des Wohnungseigentums und ein Vertrag, durch den sich der Wohnungseigentümer zu einer solchen Vereinbarung verpflichtet, unwirksam sind, solange nicht „die erforderliche Zustimmung“ erteilt ist. Dem Wortlaut dieser Vorschrift ist zu entnehmen, dass die Zustimmung für beide Rechtsgeschäfte nur einheitlich erteilt und beurteilt werden kann, mithin nicht etwa zwei Zustimmungserklärungen erforderlich sind (*Bärmann/Klein*, WEG, 11. Aufl. 2010, § 12 Rdnr. 32 m. w. N.). Dann aber ist der Ansicht zu folgen, dass eine Vereinbarung nach § 12 Abs. 1 WEG keine Verfügungsbeschränkung bedeutet – nämlich als Ausnahme von § 137 Satz 1 BGB –, sondern eine Beschränkung des Rechtsinhalts des Wohnungseigentums. Das hat für den praktisch ganz im Vordergrund stehenden Fall, dass der schuldrechtliche Vertrag bereits geschlossen worden ist, zur Folge, dass die alsdann erklärte Zustimmung endgültig wirksam und im Übrigen auch nicht mehr widerruflich ist, sobald sie von dem im Zeitpunkt der Erklärung Zustimmungsberechtigten gegenüber den Vertragsparteien oder dem mit dem Vollzug beauftragten Notar erklärt worden ist. Dementsprechend lässt es die Fortdauer dieser Wirksamkeit unberührt, wenn die Zustimmungsberechtigung entfällt, bevor die Auflassung bindend geworden und der Antrag auf Eigentumsumschreibung im Grundbuch gestellt ist; mit anderen Worten kommt es auf die Frage, ob die Berechtigung des Zustimmenden noch im Zeitpunkt der Stellung des Umschreibungsantrages vorliegt,

nicht an (in diesem Sinne: *Bauer/von Oefele/Kössinger*, GBO, 2. Aufl. 2006, § 19 Rdnr. 199 bis 210; *Bärmann/Klein*, a. a. O., Rdnr. 33; *Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten*, WEG, 9. Aufl. 2010, § 12 Rdnr. 38; *Staudinger/Gursky*, BGB, Neubearb. 2007, § 878 Rdnr. 29; *Kessler*, RNotZ 2005, 543 ff.; *Schmidt*, ZWE 2010, 394 ff.; *Hügel*, ZWE 2010, 457 ff.; *Schneider*, ZMR 2011, 146 f.; im Ergebnis auch: *MünchKommBGB/Commichau*, 5. Aufl. 2009, § 12 Rdnr. 45; *Meikel/Böttcher*, GBO, 10. Aufl. 2009, Anh. §§ 19, 20 Rdnr. 138; wohl auch: *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rdnr. 2904/2904 a; demgegenüber behandelt LG Wuppertal, Mit-RhNotK 1982, 207 f. eine andere Fragestellung). Jedenfalls für den Regelfall des nachträglichen Entfallens der Zustimmungsberechtigung folgt der Senat nicht der Gegenansicht (OLG Celle, RNotZ 2005, 542 f.; OLG Hamm, NJW-RR 2010, 1524 f.; *Demharter*, GBO, 27. Aufl. 2010, Anh. § 3 Rdnr. 38 i. V. m. § 19 Rdnr. 60 f.; *Palandt/Bassenge*, 70. Aufl. 2011, § 12 WEG Rdnr. 7; *Erman/Grziwotz*, BGB, 12. Aufl. 2008, § 12 WEG Rdnr. 5); danach stellt eine Vereinbarung nach § 12 Abs. 1 WEG eine ausnahmsweise gesetzlich zugelassene rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkung dar, wobei das den Wohnungseigentümer in seiner Verfügungsbefugnis beschränkende Zustimmungserfordernis sowohl das schuldrechtliche Grundgeschäft als auch die dingliche Übertragung des Wohnungseigentums erfasst mit der Folge, dass das Vorliegen der erforderlichen unbeschränkten Verfügungsbefugnis nach §§ 873 Abs. 1, 878 BGB sowie § 183 BGB zu beurteilen sein soll.

Ob in gleicher Weise zu entscheiden wäre, falls ein zustimmender Verwalter seine Verwalterstellung nachträglich deshalb verliert, weil der ihn bestellende Beschluss der Wohnungseigentümer auf Anfechtungsklage hin für ungültig erklärt wurde (dazu: KG, ZMR 2009, S. 784 f.), sei – da hierfür auch die Tragweite des § 47 FamFG zu klären wäre – vorliegend dahingestellt.

Die hier abgelehnte Meinung ist im Anschluss an die höchstgerichtliche Rechtsprechung zum heutigen § 5 ErbbauRG (BGHZ 33, 76 ff.; BGH, NJW 1963, 36 f.; dem folgenden: OLG Köln, Rpfleger 1996, 106 f.; Senat, Rpfleger 1996, 340 f.) entwickelt worden (OLG Hamm, NJW-RR 1994, S. 975 ff. und NJW-RR 2001, 1525 ff.). Indes mag zwar § 12 WEG ursprünglich den §§ 5, 6 der seinerzeit geltenden Erbbaurechtsverordnung nachgebildet worden sein, doch wurde 1994 § 61 WEG eingefügt, der die dort beschriebene „Heilung“ nicht nur auf vollzogene Auflassungen, sondern auch auf Verträge, bei denen nur die Auflassungsvormerkung im Grundbuch eingetragen war, erstreckte (dazu näher *Schmidt*, a. a. O., S. 396 f.). Dies lässt es zumindest heute nicht mehr als zwingend erscheinen, beide Regelungsbereiche einheitlich zu beurteilen.

In konstruktiver Hinsicht spricht sodann für den hier vertretenden Standpunkt, dass er einen Rückgriff auf § 878 BGB erübrigt. Dieser „passt“ in den hier gegebenen Fällen grundsätzlich schon deshalb nicht, weil die Vereinbarung nach § 12 Abs. 1 WEG aus dem Grundbuch ersichtlich ist (*Staudinger/Gursky*, a. a. O.). Vor allem jedoch wird die Sachlage vermieden, dass der schuldrechtliche Vertrag wirksam bleibt, ohne dass er (ohne erneute Erklärung der Zustimmung) erfüllt werden kann, oder dass auch er als niemals wirksam oder wieder unwirksam geworden anzusehen wäre, mithin keine Leistungspflichten begründen würde (*Bärmann/Klein*, a. a. O., Rdnr. 33; *Bauer/von Oefele/Kössinger*, a. a. O., Rdnr. 204 f.; *Kessler*, a. a. O., S. 546).

Maßgeblich streitet sodann die Folgenbetrachtung dafür, der eingangs dargestellten Auffassung zu folgen. Wie im notariell-

len Schrifttum im Einzelnen herausgearbeitet worden ist, führt die Sichtweise der Verfügungsbeschränkung des veräußernden Wohnungseigentümers zu Störungen in der Durchführung der Veräußerungsgeschäfte, die sich nicht darin erschöpfen, dass die bislang übliche Vereinbarung der Zustimmung als Voraussetzung der Kaufpreisfälligkeit zu ersetzen wäre durch die Stellung von Bürgschaften des Erwerbers oder der Hinterlegung des Kaufpreises auf Anderkonto (dazu *Kessler*, a. a. O., S. 545). Vielmehr können auch nach erfolgreicher Zahlung Schwierigkeiten entstehen, die die Durchführung des Erwerbs faktisch scheitern lassen, ohne den Normzweck des § 12 WEG – die Wohnungseigentümergeinschaft davor zu schützen, dass unzuverlässige, insbesondere störende oder zahlungsunfähige, Personen in sie eintreten – zu fördern (Beispiel bei *Schmidt*, a. a. O., S. 395). Es tritt hinzu, dass für den Senat kein Grund ersichtlich ist, der Wohnungseigentümergeinschaft bei wirtschaftlicher Betrachtung sozusagen eine zweite Chance zu eröffnen, falls sich eine nach Abschluss des schuldrechtlichen Kaufvertrages, aber deutlich vor Stellung des Antrages auf Eigentumsumschreibung erklärte Zustimmung eines Zustimmungsberechtigten hernach, aber noch vor dem Umschreibungsantrag als nicht zweckmäßig herausstellt, sei es, weil der Zustimmungsberechtigte seinerzeit den ihn obliegenden Prüfungspflichten nicht hinreichend nachkam, sei es, weil sich eine von ihm pflichtgemäß getroffene Prognose als im Ergebnis unzutreffend erwies. Denn die beschriebenen Risiken – Pflichtwidrigkeitsrisiko und Prognoserisiko – treffen grundsätzlich die Eigentümergemeinschaft; es ist nicht gerechtfertigt, mit ihnen im Ergebnis einen veräußernden Wohnungseigentümer zu belasten, für den die wirtschaftliche Belastung besonders dann gravierend ist, wenn er noch eigene Verbindlichkeiten abzulösen hat, mithin der gezahlte Kaufpreis faktisch ganz oder hauptsächlich an ein Kreditinstitut fließt.

Auf der Grundlage des hier vertretenen Standpunktes ist die Verwalterzustimmung vom 7.12.2010 nach wie vor wirksam und zur Umschreibung des Eigentums ausreichend. (...)

#### 4. WEG § 12 Abs. 1 (Verwalterwechsel zwischen Abgabe der Veräußerungszustimmung und Grundbucheintragung)

**Die Zustimmung des Verwalters nach § 12 WEG ist wirksam und nicht mehr widerruflich, sobald sie gegenüber den Vertragsparteien oder dem mit dem Vollzug beauftragten Notar erklärt und der schuldrechtliche Vertrag abgeschlossen ist. Entfällt die Zustimmungsberechtigung – etwa durch Verwalterwechsel –, bevor der Umschreibungsantrag gestellt worden ist, bleibt hiervon die fortdauernde Wirksamkeit der im Zeitpunkt der Abgabe wirksamen Erklärung unberührt (Anschluss an OLG Düsseldorf, I-3 Wx 70/11, MittBayNot 2011, 484)**

OLG München, Beschluss vom 27.6.2011, 34 Wx 135/11; mitgeteilt von Notar *Thomas Haasen*, München

Mit notariellem Vertrag vom 8.11.2010 verkaufte die Beteiligte zu 1 an die Beteiligte zu 2 ein Wohnungseigentum. Zur selben Urkunde erklärten Veräußerer und Erwerber – ohne Bewilligung – die Auflassung. Die bewilligte und beantragte Eigentumsvormerkung zugunsten des Käufers wurde am 10.11.2010 im Grundbuch eingetragen.

Unter dem 28.2.2011 bewilligte der Notar aufgrund der ihm in der Kaufurkunde erteilten Vollmacht die Eintragung des Käufers als Eigentümer im Grundbuch. Mit dem Eintragungsantrag vorgelegt wurde unter anderem die Zustimmung des damaligen Verwalters zur Veräußerung des Wohnungseigentums vom 17.11.2010. Der Verwal-

tervertrag ist indes zum 31.12.2010 ausgelaufen und wurde nicht verlängert.

Das Grundbuchamt hat mit fristsetzender Zwischenverfügung vom 3.3.2011 die fehlende Zustimmung des aktuell bestellten Verwalters moniert. Diese Sichtweise hat der antragstellende Notar schriftlich beanstandet. Das Grundbuchamt hat die Beanstandung als Beschwerde behandelt und ihr mit Beschluss vom 14.3.2011 nicht abgeholfen. Es hat zur Begründung insbesondere auch Bezug genommen auf einen Beschluss des OLG Hamm vom 12.5.2010 (NJW-RR 2010, 1524).

*Aus den Gründen:*

## II.

Die ersichtlich (nur) namens der den Umschreibungsantrag stellenden Erwerberin erhobene Beschwerde gegen die Zwischenverfügung (§ 18 Abs. 1 GBO) ist zulässig (§ 71 Abs. 1, § 73 GBO i. V. m. § 15 Abs. 2 GBO). Auch nach der FGG-Reform steht die Rechtsmittelfähigkeit von Zwischenverfügungen wegen der Selbstständigkeit des Grundbuchverfahrensrechts nicht in Zweifel (ebenso OLG Hamm, NJW-RR 2010, 1524).

1. Das Rechtsmittel hat Erfolg. Die Zwischenverfügung ist aufzuheben, weil das vom Grundbuchamt angenommene Eintragungshindernis nicht besteht. Vielmehr liegt eine zur Eigentumsumschreibung ausreichende Verwalterzustimmung nach § 12 Abs. 3 Satz 1 WEG vor.

a) Es ist umstritten, ob eine nach § 12 WEG erforderliche Zustimmung des Verwalters zur Veräußerung des Wohnungseigentums nur dann für die Eintragung des Eigentumswechsels ausreicht, wenn seine Verwalterbestellung jedenfalls bis zu dem nach § 878 BGB maßgeblichen Zeitpunkt fortbesteht. Ist hingegen beispielsweise der Zeitraum der Verwalterbestellung vor dem Eingang des Eintragungsantrags beim Grundbuchamt abgelaufen oder die Verwalterbestellung aus sonstigen Gründen beendet, muss nach einer hauptsächlich in der Rechtsprechung vertretenen Meinung entweder die Verlängerung der Verwalterbestellung oder – im hiesigen Fall – die Zustimmung des neu bestellten Verwalters nachgewiesen werden (so jüngst OLG Hamm, NJW-RR 2010, 1524; ebenso OLG Celle, RNotZ 2005, 542; *Demharter*, GBO, 27. Aufl., Anhang § 3 Rdnr. 38 sowie § 19 Rdnr. 60 f.; *Palandt/Bassenge*, 70. Aufl., § 12 WEG Rdnr. 7). Maßgeblich für diese Sichtweise ist die Einordnung des Zustimmungsvorbehalts als Fall einer ausnahmsweise gesetzlich zugelassenen rechtsgeschäftlichen Verfügungsbeschränkung, die nach § 878 sowie § 183 BGB beurteilt wird (vgl. BGH, NJW 1963, 36 zu § 5 ErbbauVO – jetzt § 5 ErbbauRG).

Hingegen ordnet insbesondere eine in der Literatur vorherrschende Meinung die Zustimmung nach § 12 WEG einer rechtlichen Inhaltsbeschränkung des Wohnungseigentums (§ 10 Abs. 2 und 3 WEG) zu. Die Zustimmung zum schuldrechtlichen wie zum dinglichen Geschäft kann hiernach nur einheitlich erteilt und beurteilt werden, so dass, wenn der schuldrechtliche Vertrag bereits abgeschlossen ist, die sodann erklärte Zustimmung endgültig wirksam wird und auch nicht mehr widerrufen werden kann, sobald sie von dem im Zeitpunkt der Erklärung Zustimmungsberechtigten gegenüber den Vertragsparteien oder dem mit dem Vollzug beauftragten Notar erklärt worden ist. Die Wirksamkeit der Erklärung wird in diesem Fall nicht dadurch berührt, dass die Zustimmungsberechtigung später entfällt, bevor die Auflassung bindend geworden und der Antrag auf Eigentumsumschreibung im Grundbuch gestellt ist (vgl. *Bauer/von Oefele/Kössinger*, GBO, 2. Aufl., § 19 Rdnr. 199 ff., Rdnr. 202: „Funktionsbeschränkung“; *Kümmel* in *Niederführ/Kümmel/Vanden-*

houten, WEG, 9. Aufl., § 12 Rdnr. 38; *Kessler*, RNotZ 2005, 543; *Schmidt*, ZWE 2010, 394; *Hügel*, ZWE 2010, 457; *Schneider*, ZMR 2011, 146). Diese Ansicht wird seit neuestem auch von *Klein* (vgl. *Bärmann/Klein*, WEG, 11. Aufl., § 12 Rdnr. 32/33) vertreten. Ihr hat sich jüngst das OLG Düsseldorf (Beschluss vom 11.5.2011, 1-3 Wx 70/11 = WuM 2011, 380) angeschlossen.

b) Der Senat hält die zweite Ansicht – jedenfalls beim nachträglichen Entfallen der Zustimmungsberechtigung – für zutreffend und schließt sich der umfassend begründeten Entscheidung des OLG Düsseldorf an. Zunächst überzeugt es, die Veräußerungsbeschränkung durch Zustimmungspflichten Dritter (§ 12 WEG) dem Bereich des § 10 Abs. 2 und 3 WEG zuzuordnen, wofür § 878 BGB nicht gilt (*Palandt/Bassenge*, § 878 Rdnr. 10). Zudem kann die hauptsächlich in der Rechtsprechung vertretene Meinung nicht befriedigend erklären, weshalb es im Falle des zwischenzeitlichen Verwalterwechsels mehrerer Zustimmungserklärungen bedürfe; insbesondere bliebe die Wirksamkeit des Grundgeschäfts dadurch in der Schwebe. Denn die abgelehnte Einordnung des Zustimmungsvorbehalts als Verfügungsbeschränkung hat zur Folge, dass entweder der auf die Veräußerung gerichtete Vertrag wirksam bleibt, ohne dass er erfüllt werden kann – dies will § 12 Abs. 3 WEG gerade verhindern –, oder aber das Grundgeschäft war niemals wirksam und es haben bis zur Antragstellung auch keine Leistungspflichten bestanden. Dies ist dogmatisch wie praktisch unbefriedigend und mit dem Wesen des Zustimmungsvorbehalts letztlich nicht zu vereinbaren (so *Kessler*, RNotZ 2005, 543, 548). Die Parallele zu Regelungen im Erbbaurecht ist hingegen nicht zwingend; vielmehr erlaubt es die Rechtsentwicklung, § 12 WEG eigenständig auszulegen (OLG Düsseldorf, a. a. O.; *Schmidt*, ZWE 2010, 394, 396 f.). (...)

## 5. WEG § 12 (Wirksamkeit der Verwalterzustimmung)

1. **Die Zustimmung nach § 12 WEG ist bis zu dem Zeitpunkt frei widerruflich, in dem der Antrag auf Eigentumsumschreibung bei dem Grundbuchamt eingegangen ist.**
2. **Die Berechtigung zur Erklärung der Zustimmung – und damit auch zum Widerruf derselben – muss bis zum nach § 873 Abs. 2 BGB entscheidenden Zeitpunkt der Antragstellung vorliegen und ein Verlust dieser Rechtsposition lässt die Zustimmung unwirksam werden.**
3. **Auf die feinsinnige Unterscheidung in Verfügungsbeschränkung bzw. inhaltliche Beschränkung des Eigentums kommt es nicht an. (Leitsatz der Schriftleitung)**

OLG Hamburg, Beschluss vom 15.3.2011, 13 W 15/11

### Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung ist abgedruckt in ZfIR 2011, 528.

### Anmerkung (zu 3., 4. und 5.):

#### 1. Historie: Was lange währt, ... oder: Der „Strudel der Meinungen“ bleibt in Bewegung

„§ 12 WEG im Strudel der Meinungen“ hat *F. Schmidt* seine Besprechung des Beschlusses des OLG Hamm vom

12.5.2010<sup>1</sup> überschrieben.<sup>2</sup> In jener Entscheidung blieb das OLG Hamm auf der seit Jahrzehnten festgefahrenen Linie der Rechtsprechung,<sup>3</sup> die mit Billigung zunächst der gesamten, später großer Teile der Literatur<sup>4</sup> die Regelungen der §§ 12 WEG, 5, 6 ErbbauVO (jetzt ErbbauRG) dahingehend verstand, dass es sich inhaltlich um Verfügungsbeeinträchtigungen handele. Daraus wurde die Konsequenz gezogen, dass eine Zustimmung nur dann von der „richtigen“ Person ausging und damit wirksam war, wenn der Zustimmende zum Zeitpunkt des Vollzugs der Rechtsänderung, der zugestimmt wurde (oder zumindest zu dem nach § 878 BGB maßgeblichen Zeitpunkt), die notwendige Qualifizierung (Verwaltereigenschaft, Grundstückseigentümer, weiterer Wohnungseigentümer) aufwies. Bis zu diesem Zeitpunkt sei die Zustimmung auch frei widerruflich.<sup>5</sup> Soweit ersichtlich begann die Kritik in der Literatur im Jahr 1999.<sup>6</sup> Sie wies nicht nur auf die für die Vertragspraxis misslichen, z. T. sogar kaum beherrschbaren Folgen hin, sondern setzte auch bei der dogmatischen Einordnung an. Ein Verständnis als Beschränkung der Verfügungsbefugnis ist hiernach in keiner Weise vom Gesetz zwingend vorgegeben. Vielmehr handelt es sich um eine Beschränkung des Inhalts des Rechts dergestalt, dass die Fungibilität durch das Erfordernis einer Zustimmung erschwert ist. Diese Auffassung fand jedoch während der nächsten ein- einhalb Jahrzehnte zwar hinsichtlich ihres Ergebnisses – mit Abweichungen im Einzelnen – zunehmend Anhänger in der Literatur,<sup>7</sup> bis zur zitierten Entscheidung des OLG Hamm stand die Front der Rechtsprechung jedoch ohne Knick und Lücke.<sup>8</sup>

Zwei kurz hintereinander ergangene Entscheidungen des OLG Düsseldorf<sup>9</sup> und des OLG München<sup>10</sup> lassen jedoch hoffen, dass die „Trendwende“ in Sicht ist. Diese Hoffnung stützt sich auch auf die Kommentierung von § 12 WEG durch ein Mitglied des V. Senats des Bundesgerichtshofs.<sup>11</sup>

## 2. Fallkonstellationen

Zustimmungserfordernisse nach § 12 WEG werden zwar in jüngeren Teilungserklärungen bzw. den darin enthaltenen Gemeinschaftsordnungen seltener, sind aber aufgrund der vielen

1 RNotZ 2010, 578 = ZWE 2010, 418 = NJW-RR 2010, 1524.

2 ZWE 2010, 394.

3 BGHZ 33, 76, 85; OLG Düsseldorf, FGPrax 1996, 125 = MittRheinNotK 1996, 276; OLG Köln, Rpfleger 1996, 106 = MittRheinNotK 1996, 275.

4 Vgl. statt aller zuletzt *Demharter*, GBO, 27. Aufl. 2010, Anh. § 3 Rdnr. 38, § 19 Rdnr. 60 f.; *Palandt/Bassenge*, § 12 WEG Rdnr. 7; *Erman/Grzizowicz*, BGB, 12. Aufl. 2008, § 12 WEG Rdnr. 5.

5 *Von Oefele/Winkler*, Handbuch des Erbbaurechts, 4. Aufl. 2008, Rdnr. 4.183.

6 *Bauer/v. Oefele/Kössinger*, GBO, 1. Aufl. 1999, § 19 Rdnr. 199 ff.; *F. Schmidt*, MittBayNot 1999, 366, 367.

7 *Kessler*, RNotZ 2005, 543, 547; *Staudinger/Gursky*, 2007, § 878 Rdnr. 29 („keine eigentliche Einschränkung der Verfügungsbefugnis“); *Hügel*, ZWE 2010, 457; *Schneider*, ZMR 2011, 146; *MünchKommBGB/Commichau*, 5. Aufl. 2009, § 12 WEG Rdnr. 45; *Meikel/Böttcher*, GBO, 10. Aufl. 2009, Anh. §§ 19, 20 Rdnr. 138 (jedoch Einordnung als Verfügungseinschränkung); nicht ganz eindeutig *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rdnr. 2904 f.

8 OLG Celle, RNotZ 2005, 542 m. Anm. *Kessler* = NZM 2005, 260 (Eigentümer des anderen Wohnungseigentums hatte gewechselt); KG, RNotZ 2009, 479 = ZWE 2009, 330 (erfolgreiche Anfechtung einer Verwalterbestellung).

9 In diesem Heft S. 484 = DNotZ 2011, 625 m. Anm. *Hügel*.

10 In diesem Heft S. 486.

11 *Bärmann/Klein*, WEG, § 12 Rdnr. 33.

Altfälle (die in noch nicht vielen Fällen nach § 12 Abs. 4 WEG n. F. geändert wurden) weiterhin oft bei der Veräußerung von Wohnungs- und Teileigentumsrechten zu beachten. Bei Veräußerung oder Belastung von Erbbaurechten besteht nach wie vor regelmäßig ein Zustimmungserfordernis nach § 5 Abs. 1 bzw. Abs. 2 ErbbauRG. In beiden Fällen ist nicht nur das dingliche Rechtsgeschäft, sondern auch der schuldrechtliche Vertrag bis zur Wirksamkeit der Zustimmung schwebend unwirksam (§ 12 Abs. 3 Satz 1 WEG, § 6 Abs. 1 ErbbauRG).

Ist eine derart erteilte Zustimmung (zunächst) von der „richtigen“ Person (bestellter Verwalter, im Grundbuch eingetragene Eigentümer der anderen Wohnungseigentumseinheit[en], im Grundbuch eingetragener Eigentümer des Erbbaugrundstücks usw.) erteilt, und verliert der Erklärende später diese „Qualifikation“ vor dem Zeitpunkt des dinglichen Vollzugs des Rechtsgeschäfts, zu dem die Zustimmung erteilt wurde, so stellt sich die Frage, ob dies auch zur Unwirksamkeit der Zustimmung und damit des zustimmungsbedürftigen Rechtsgeschäfts führt. Die bisherige Rechtsprechung bejahte dies, jedenfalls wenn der „Qualifikationsverlust“ vor dem nach § 878 BGB maßgeblichen Zeitpunkt erfolgte. Bis zu diesem Zeitpunkt wurde hieraus auch die freie Widerruflichkeit abgeleitet. Ein Wegfall der Zustimmungsbefugnis konnte sich ergeben vor allem, wenn die Verwalterbestellung vor dinglichem Vollzug der Rechtsänderung ablief, wenn der Beschluss über die Verwalterbestellung erfolgreich angefochten wurde, oder wenn der Eigentümer des Erbbaurechtsgrundstücks vor Umschreibung des Erbbaurechts auf den Erwerber seinerseits nicht mehr Eigentümer war oder gar nur seine Verfügungsbefugnis verloren hatte.

### 3. Folgen für die Praxis

Hatte der Käufer im Vertrauen (unter anderem) auf die erteilte Zustimmung den Kaufpreis bezahlt, so konnte es ihm passieren, dass er trotzdem nicht als Wohnungseigentümer/Erbbauberechtigter eingetragen wurde (wann ein Anspruch auf Zustimmung nach § 12 Abs. 2 WEG, § 7 ErbbauRG, der ja nur dem bisherigen Berechtigten – Veräußerer – zusteht, realisiert werden kann, ist im Einzelfall offen). Umgekehrt hat ein Verkäufer, der den Kaufpreis erhalten hatte, und hiernach seine Dispositionen getroffen hatte, unabsehbare Risiken zu gewärtigen, wenn aufgrund Wegfalls der Zustimmungsberechtigung der Rechtsgrund für das Behaltendürfen des Kaufpreises wieder entfallen würde, insbesondere wenn der Käufer schon im Objekt eingezogen ist und dann in Insolvenz fällt.<sup>12</sup> Hier wäre eine für alle Beteiligten hinreichend sichere Konstruktion nur mit Hinterlegung des Kaufpreises auf Anderkonto bis zum dinglichen Vollzug zu erreichen. Aber wenn danach die Verwalterbestellung wirksam angefochten wird, würde die bislang herrschende Meinung wieder in Abgründe führen.

### 4. Rechtliche Einordnung

Das OLG Düsseldorf und ihm folgend das OLG München ordnen die Veräußerungsbeschränkung nun zutreffend als rechtliche Beschränkung des Rechtsinhalts des Wohnungseigentums ein (und nicht als Beschränkung der Verfügungsbefugnis). Dies entspricht mit anderen Worten einer „auf der Ebene des Rechts selbst eintretende(n) Fungibilitätseinschränkung“.<sup>13</sup> Um im Bilde zu bleiben: Ist die Schranke einmal oben, ist der Wagen durch, auch wenn später der Schrankenwärter wechselt (und die Schranke wieder herunter

geht).<sup>14</sup> Legt man diese Auffassung zugrunde, so kommt es auf § 878 BGB gar nicht an; die Zustimmung ist wirksam mit Zugang bei einem Beteiligten bzw. dem bevollmächtigten Notar.

Ausdrücklich entschieden wird auch, dass die Zustimmung zum dinglichen Geschäft und zum schuldrechtlichen Vertrag nur einheitlich beurteilt werden kann, also nicht etwa zwei Zustimmungen erforderlich sind.<sup>15</sup>

### 5. Alles klar?

So erfreulich der Tenor der besprochenen Entscheidung ist, Entwarnung kann noch nicht gegeben werden.

a) Das OLG Düsseldorf differenziert unter (für die Entscheidung nicht erforderlichem) Rückgriff auf die Heilungsvorschrift des § 61 WEG zwischen der Zustimmung nach § 12 WEG einerseits, die in Frage stand, und der Zustimmung nach § 5 ErbbauRG. Ob dies nur deshalb erfolgt, um sich von den früheren Entscheidungen des BGH und des erkennenden Senats selbst<sup>16</sup> abgrenzen zu können, oder ob hier auch inhaltlich eine Differenzierung erfolgen würde, geht aus der Entscheidung des OLG Düsseldorf nicht hervor. Vom Sinn und Zweck wie auch vom Wortlaut her läge jedoch eine Gleichbehandlung der beiden Fälle nahe. F. Schmidt hat zu Recht darauf hingewiesen, dass § 61 WEG in der durch das „Heilungsgesetz“ 1994 eingefügten Fassung für die hier vertretene Auffassung spricht,<sup>17</sup> aber für eine Differenzierung zur Lage beim Erbbaurecht gibt diese Bestimmung nichts her.

b) Das OLG Düsseldorf lässt ausdrücklich die Frage dahingestellt, wie zu entscheiden wäre, wenn ein zustimmender Verwalter seine Verwalterstellung nachträglich deshalb verliert, weil der ihn bestellende Beschluss der Wohnungseigentümer auf Anfechtungsklage hin für ungültig erklärt wurde.<sup>18</sup> Dies mag jedoch verfahrensrechtliche Gründe haben (§ 78 Abs. 2 Nr. 2 GBO), da das Gericht ausdrücklich darauf hinweist, dass hierfür auch die Tragweite von § 47 FamFG zu klären wäre (der von dem früheren, zum Zeitpunkt der Entscheidung des KG geltenden § 32 FGG abweicht). Die Interessenlage ist jedoch in einem derartigen Fall nicht anders zu bewerten, als in dem des Wegfalls der Zustimmungsbefugnis aus anderen Gründen.

c) Die Unwirksamkeit eines Rechtsgeschäfts, zu dem von Anfang an keine wirksame Zustimmung vorlag, wird durch Grundbuchvollzug nicht geheilt. Auch das OLG München hat die Einschränkung „jedenfalls beim nachträglichen Entfallen der Zustimmungsberechtigung“ formuliert. Welche unerfreulichen Folgen sich ergeben könnten, wenn sich Jahre nach der Übertragung eines Erbbaurechts herausstellt, dass der damals zustimmende (Schein-)Grundstückseigentümer (oder beim Wohnungseigentum der zustimmende Eigentümer einer anderen Wohnungseigentumseinheit) nicht wirksam Eigentümer geworden war, soll und kann an dieser Stelle nicht ausgelotet werden.

Das OLG Düsseldorf hat am 11.5.2011 entschieden, das OLG München am 27.6.2011. Nun liegt ein Beschluss des Hanseatischen OLG Hamburg vom 15.3.2011<sup>19</sup> vor, das wiederum

<sup>12</sup> Zu den Risiken auch Hügél, DNotZ 2011, 628, 629.

<sup>13</sup> Bauer/von Oefele/Kössinger, GBO, 2. Aufl. 2006, § 19 Rdnr. 202.

<sup>14</sup> Diese mit dem Verständnis als Fungibilitätseinschränkung verbundene Konsequenz meinte – im Ergebnis übereinstimmend – Kessler, RNotZ 2005, 543, 547 erst nachschieben zu müssen.

<sup>15</sup> Bärmann/Klein, § 12 Rdnr. 32; Staudinger/Kreuzer, § 12 Rdnr. 24.

<sup>16</sup> Oben Fn. 3.

<sup>17</sup> ZWE 2010, 394, 396.

<sup>18</sup> Ein solcher Fall lag der Entscheidung des KG (oben Fn. 8) zugrunde.

<sup>19</sup> BeckRS 2011, 18986 = ZfIR 2011, 528.



im Sinne der früheren Rechtsprechung entscheidet. Das OLG Hamburg meint ausdrücklich „Auf die feinsinnige Unterscheidung in Verfügungsbeschränkung bzw. inhaltliche Beschränkung des Eigentums“ komme es nicht an ... Wegen der grundsätzlichen Bedeutung wird die Rechtsbeschwerde zugelassen.

Also: Karlsruhe non locuta, causa non finita.

Notar Dr. *Winfried Kössinger*, München

6. ZPO §§ 726 Abs. 1, 727 Abs. 1, 797 Abs. 2, 795 (*Grenzen der Auslegung bei Klauselumschreibung nach Grundschuldzession – Eintritt in Sicherungsvertrag*)

1. **Bei der Auslegung einer notariellen Unterwerfungserklärung muss der Notar im Klauselerteilungsverfahren grundsätzlich von dem Wortlaut der Urkunde ausgehen. Ist eine Vollstreckungsbedingung i. S. d. § 726 Abs. 1 ZPO im Wortlaut der notariellen Urkunde nicht angelegt, verbietet sich für den Notar die Annahme einer solchen Bedingung. Er kann sie nicht allein aus einer Interessenabwägung herleiten.**
2. **Dem Notar ist deshalb eine Auslegung verwehrt, die in einer notariellen Urkunde enthaltene Unterwerfungserklärung wegen Ansprüchen aus einer Grundschuld erstrecke sich nur auf Ansprüche aus einer treuhänderisch gebundenen Sicherungsgrundschuld, wenn sie im Wortlaut der notariellen Urkunde nicht angelegt ist.**
3. **Der Notar muss daher dem Zessionar einer Sicherungsgrundschuld die Klausel als Rechtsnachfolger ungeachtet der Entscheidung des BGH vom 30.3.2010 (BGHZ 185, 133 = NJW 2010, 2041 = NZM 2010, 490) erteilen, wenn die Rechtsnachfolge in die Ansprüche durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen ist.**
4. **Die Einwendung, die Unterwerfungserklärung erstrecke sich nur auf Ansprüche aus einer treuhänderisch gebundenen Sicherungsgrundschuld und der Zessionar sei nicht in die treuhänderische Bindung eingetreten, kann der Schuldner nur mit der Klage nach § 768 ZPO geltend machen (abweichend von BGHZ 185, 133 = NJW 2010, 2041 = MittBayNot 2010, 378).**

BGH, Beschluss vom 29.6.2011, VII ZB 89/10; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Antragstellerin begehrt als Rechtsnachfolgerin die Erteilung einer Vollstreckungsklausel für eine notarielle Urkunde, in der sich die Schuldner wegen der Ansprüche aus einer Grundschuld und persönlichen Haftungserklärung der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen haben.

Die Schuldner erwarben am 14.2.2000 das Grundstück F.-Straße 6 in O. Am 17.2.2000 schlossen sie ausweislich des von ihr vorgelegten Vertrages mit der Antragstellerin einen Kreditvertrag über ein Darlehen i. H. v. 220.000 DM. Zur Darlehenssicherung wurde in dieser Vertragsurkunde die Verschaffung einer erstrangigen sofort vollstreckbaren Grundschuld an dem Grundstück F.-Straße 6 in O. in Höhe des Kreditbetrages nebst Zinsen sowie die Abgabe eines vollstreckbaren abstrakten Schuldversprechens in derselben Höhe vereinbart.

Mit notarieller Urkunde vom 13.4.2000 bestellten die vormaligen Eigentümer an dem Grundstück F.-Straße 6 in O. eine Briefgrundschuld i. H. v. 454.000 DM nebst Zinsen und einer einmaligen Nebenleistung zugunsten der R.-Bank in M. (im Folgenden: Zedentin). Sie und die Schuldner als künftige Eigentümer unterwarfen sich

in Ziffer 2 der Urkunde „wegen aller Ansprüche an Kapital, Zinsen und Nebenleistung, welche der Gläubigerin aus der Grundschuld zustehen, der sofortigen Zwangsvollstreckung in das mit der Grundschuld belastete Eigentum“ („dingliche Zwangsvollstreckungsunterwerfung“). Die Schuldner erklärten in Ziffer 4 weiter, dass sie als Gesamtschuldner „die persönliche Haftung für die Zahlung eines Geldbetrags, dessen Höhe der vereinbarten Grundschuld (Kapital, Zinsen, Nebenleistungen) entspricht“, übernehmen; sie unterwarfen sich gleichzeitig deswegen „der sofortigen Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde in ihr gesamtes Vermögen“ („persönliche Haftung mit Zwangsvollstreckungsunterwerfung“). Außerdem enthielt die Urkunde noch eine „Sicherungsabrede“.

Am 29.8.2000 trat die Zedentin einen erstrangigen Teilbetrag der Briefgrundschuld i. H. v. 220.000 DM mit der Nebenleistung und Zinsen sowie ihr zustehende Ansprüche aus der Übernahme der persönlichen Haftung der Schuldner in dieser Höhe an die Antragstellerin ab. Diese wurde am 18.3.2010 als Grundschuldgläubigerin in das Grundbuch eingetragen.

Die Antragstellerin hat bei dem zuständigen Notar beantragt, eine Teilausfertigung der notariellen Urkunde vom 13.4.2000 hinsichtlich eines erstrangigen Teilbetrages von 112.484,12 € zu ihren Gunsten zu fertigen, die Vollstreckungsklausel auf sie als Rechtsnachfolgerin der Zedentin umzuschreiben und ihr zum Zwecke der Zwangsvollstreckung in dinglicher und persönlicher Hinsicht gegen die Schuldner zu erteilen. Hierzu hat sie neben dem Grundbuchauszug die vollstreckbare Ausfertigung der Urkunde, eine öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung und eine einfache Kopie des Kreditvertrages vom 17.2.2000 vorgelegt. Der Notar hat den Antrag abgelehnt. Der dagegen gerichteten Beschwerde hat er nicht abgeholfen. Das LG hat die Beschwerde zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde begehrt die Antragstellerin die Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und die Klauselumschreibung.

*Aus den Gründen:*

## II.

Die gemäß § 54 Abs. 2 Satz 1 BeurkG, § 70 Abs. 1, Abs. 2 Satz 2 FamFG statthafte Rechtsbeschwerde ist zulässig und begründet.

Auf das Verfahren ist gemäß Art. 111 Abs. 1 Satz 1 des Gesetzes zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG-RG) das seit 1.9.2009 geltende Verfahrensrecht anwendbar, da der das Verfahren einleitende Antrag am 15.4.2010, also nach Inkrafttreten der Neuregelung, bei dem Notar eingegangen ist.

1. Das Beschwerdegericht hat sich der Auffassung des Notars angeschlossen, nach dem Urteil des BGH vom 30.3.2010 (XI ZR 200/09, BGHZ 185, 133) sei eine formularmäßige Vollstreckungsunterwerfung dahin auszulegen, dass sie sich nur auf Ansprüche aus einer treuhänderisch gebundenen Sicherungsgrundschuld erstrecke. Die dort für den Fall der Abtretung einer Grundschuld ohne Mitwirkung des Schuldners entwickelten Grundsätze seien auch im Fall einer Umschuldung auf Veranlassung des Schuldners anwendbar. Zur Prüfung der Rechtsnachfolge zähle danach das (Fort-)Bestehen der treuhänderischen Bindung der Grundschuld. Diese müsse gemäß § 727 ZPO durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden. Das gelte selbst dann, wenn der Zessionar nicht in eine mit dem Zedenten geschlossene Sicherungsvereinbarung eingetreten sei, sondern mit ihm eine neue Sicherungsabrede getroffen habe. Anderenfalls würde dem vom XI. Zivilsenat des BGH erkannten Schutzbedürfnis des Schuldners nicht hinreichend Rechnung getragen. Allein der Erwerbsgrund der Sicherheiten rechtfertige keine abweichende Beurteilung.

Die strengen Formvorschriften des § 727 ZPO dienen dem Schutz des Schuldners. Sie könnten ohne erhöhten Aufwand auch hinsichtlich einer neuen Sicherungsabrede durch öffent-

liche oder öffentlich beglaubigte Urkunden erbracht werden. Würden diese – wie hier – nicht vorgelegt, sei der Antragstellerin der Weg zur Erlangung einer Klausel nicht versperrt, da sie dann eine Klage auf Erteilung der Vollstreckungsklausel nach § 731 ZPO erheben könne. Lediglich die (vereinfachte) Klauselumschreibung nach § 727 ZPO sei ihr verwehrt.

2. Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

Der Antragstellerin ist die begehrte Vollstreckungsklausel sowohl in dinglicher als auch in persönlicher Hinsicht gegen die Schuldner zu erteilen.

a) Der XI. Zivilsenat des BGH hat in seiner Entscheidung vom 30.3.2010 (XI ZR 200/09, BGHZ 185, 133, Rdnr. 24, 34 ff.) die Auffassung vertreten, eine anlässlich der Bestellung einer Sicherungsgrundschuld formulärmäßig durch den Schuldner erklärte Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung wegen aller Ansprüche aus der Grundschuld sei gemäß § 5 AGBG (jetzt: § 305 c Abs. 2 BGB) dahin auszulegen, dass nur Grundschuldansprüche aus einer treuhänderisch gebundenen Sicherungsgrundschuld tituliert seien (dem folgend BGH, Urteil vom 3.12.2010, V ZR 200/09, veröffentlicht in juris, Rdnr. 22). Dies ergebe sich aus der zum Zeitpunkt der Unterwerfungserklärung maßgeblichen objektivierten Interessenlage von Gläubiger und Schuldner. Deshalb könne der Zessionar einer Sicherungsgrundschuld aus einer Unterwerfungserklärung nur vorgehen, wenn er in den Sicherungsvertrag eintrete. Die Prüfung, ob dies der Fall sei, sei dem Klauselerteilungsverfahren vorbehalten. Wer den Verpflichtungen aus dem Sicherungsvertrag nicht beitrete, werde nicht Rechtsnachfolger hinsichtlich des titulierten Anspruchs i. S. d. § 727 Abs. 1 ZPO.

b) Diese Entscheidung ist im Schrifttum auf erhebliche Kritik gestoßen. Abgesehen von Einwendungen gegen die materiellrechtliche Auslegung der Unterwerfungserklärung wird vorgebracht, das Klauselerteilungsorgan werde durch die Entscheidung des XI. Zivilsenats gezwungen, nicht formalisierte, materiellrechtliche Bewertungen des Titels vorzunehmen, die diesem nicht ohne weiteres zu entnehmen seien (so *Herrler*, BB 2010, 1931, 1934; *Volmer*, MittBayNot 2010, 383; *Wolfsteiner*, ZNotP 2010, 322; *Skauradszun*, Jura 2011, 128, 130; *Kesseler*, WM 2011, 486, 487). Darüber hinaus wird vertreten, der vom XI. Zivilsenat geforderte Beitritt des Gläubigers in den Sicherungsvertrag sei keine Voraussetzung der Rechtsnachfolge, sondern eine Bedingung der Vollstreckbarkeit, die nach § 726 ZPO zu berücksichtigen sei (vgl. *Stürner*, JZ 2010, 774, 776; *Skauradszun*, Jura 2011, 128, 130; *Kesseler*, WM 2011, 486, 487, jeweils m. w. N.). In der Literatur wird auch auf die erheblichen Schwierigkeiten hingewiesen, die sich für den Gläubiger in den Fällen ergeben, in denen er die Grundschuld aufgrund einer Umschuldung, Neuvaluierung oder Finanzierung aus einer Hand erworben hat. In diesen sehr häufigen Fällen bestehe kein Schutzbedürfnis für den Schuldner (vgl. *Stürner*, JZ 2010, 774, 778; *Bork*, WM 2010, 2057, 2061; *Everts*, NJW 2011, 567, 568 f.; *Dieckmann*, BWNZ 2011, 42, 59), jedoch könne der Gläubiger infolge der als überraschend empfundenen Entscheidung des XI. Zivilsenats in Altfällen den Nachweis, dass ein solcher Fall vorliege, durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden überhaupt nicht oder nur mit zusätzlichen Kosten für den Schuldner führen (vgl. *Sommer*, RNotZ 2010, 378, 381 f.; *Volmer*, MittBayNot 2010, 383, 386; *Wolfer*, GWR 2010, 278; *Everts*, NJW 2011, 567, 570).

c) Der VII. Zivilsenat kann sich der Auffassung des XI. Zivilsenats, der von diesem für erforderlich gehaltene Eintritt in die Sicherungsvereinbarung sei gemäß § 727 ZPO im Klauselerteilungsverfahren zu prüfen, nicht anschließen.

Die Zwangsvollstreckung findet aus einer notariellen Urkunde statt, in der sich die Schuldner wegen der Ansprüche aus einer Grundschuld der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen haben, § 794 Abs. 1 Nr. 5, § 800 ZPO. Die vollstreckbare Ausfertigung einer solchen Urkunde wird von dem Notar erteilt, der die Urkunde verwahrt, § 797 Abs. 2 Satz 1 ZPO. Auf die Zwangsvollstreckung sind gemäß § 795 ZPO die Vorschriften der § 726 Abs. 1 und § 727 Abs. 1 ZPO entsprechend anwendbar.

Rechtsnachfolger des Gläubigers i. S. d. § 727 ZPO ist derjenige, der an Stelle des im Titel genannten Gläubigers den nach dem Titel zu vollstreckenden Anspruch selbst oder jedenfalls die Berechtigung erworben hat, den Anspruch geltend zu machen (vgl. *Schuschke/Walker/Schuschke*, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, 4. Aufl., § 727 Rdnr. 4). Die Rechtsnachfolge nach dieser Vorschrift folgt damit dem materiellrechtlichen Übertragungstatbestand. Rechtsnachfolger in die Grundschuld wird danach im Fall rechtsgeschäftlicher Rechtsnachfolge derjenige, dem die Grundschuld abgetreten worden ist; Rechtsnachfolger in die persönliche Haftungserklärung derjenige, dem der Anspruch aus dieser Erklärung abgetreten worden ist. Die Unterwerfungserklärung unter die sofortige Zwangsvollstreckung selbst bedarf keiner (rechtsgeschäftlichen) Überleitung auf den neuen Gläubiger. Die Möglichkeit zur Vollstreckung aus der Unterwerfungserklärung geht unter den Voraussetzungen des § 727 Abs. 1 ZPO kraft gesetzlicher Anordnung auf den Rechtsnachfolger hinsichtlich des titulierten Anspruchs über (vgl. BGH, Versäumnisurteil vom 30.3.2010, XI ZR 200/09, a. a. O., Rdnr. 22; *Stürner*, JZ 2010, 774, 776; *Kesseler*, WM 2011, 486, 487). Der Auffassung des XI. Zivilsenats, die Rechtsnachfolge in die Unterwerfungserklärung hänge vom Eintritt des Zessionars in den Sicherungsvertrag ab (vgl. BGH, Versäumnisurteil vom 30.3.2010, XI ZR 200/09, a. a. O., Rdnr. 24, 40), fehlt damit die Grundlage, wenn die Grundschuld und der Anspruch aus der persönlichen Haftungserklärung durch Abtretung erworben sind. Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Verfahren durch öffentliche und öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen. Eine Hinderung des Erwerbs der abgetretenen Ansprüche durch Abtretungsbeschränkungen ist nicht ersichtlich und wird auch nicht geltend gemacht.

Etwas anderes könnte gelten, wenn in der Unterwerfungserklärung eine prozessrechtsautonome Festlegung der Rechtsnachfolge durch den Schuldner gesehen werden müsste (vgl. dazu *Bolkart*, DNotZ 2010, 483, 487 f.). Der Senat muss nicht entscheiden, ob eine solche Festlegung möglich ist. Die Annahme einer solchen liegt fern. Sicherungsvertraglich gebunden ist nicht die prozessuale Unterwerfungserklärung, sondern allein die Grundschuld. Es besteht kein Bedürfnis des Schuldners, die sicherungsvertragliche Bindung auch auf die Unterwerfungserklärung auszudehnen. Die vom XI. Zivilsenat angenommene Beschränkung bei der Abtretung ist vielmehr eine Vollstreckungsbedingung. Denn sie macht die Vollstreckung aus der notariellen Urkunde von der Bedingung abhängig, dass der Zessionar in die Sicherungsvereinbarung eingetreten ist (vgl. *Stürner*, JZ 2010, 774, 776; *Kesseler*, WM 2011, 486, 487 f.).

d) Ist demnach davon auszugehen, dass der Eintritt in die Sicherungsvereinbarung nach der vom XI. Zivilsenat des BGH in seiner Entscheidung vom 30.3.2010 (XI ZR 200/09, a. a. O., Rdnr. 39) vorgenommenen einschränkenden Auslegung der Unterwerfungserklärung eine Vollstreckungsbedingung darstellt, so stellt sich die Frage, ob sie gemäß § 726 Abs. 1 ZPO im Klauselerteilungsverfahren zu beachten ist. Diese Frage wird vom erkennenden Senat verneint.

Bei der Auslegung einer notariellen Unterwerfungserklärung muss der Notar im Klauselerteilungsverfahren grundsätzlich

von dem Wortlaut der Urkunde ausgehen. Ist eine Vollstreckungsbedingung i. S. d. § 726 Abs. 1 ZPO im Wortlaut der notariellen Urkunde nicht angelegt, verbietet sich für den Notar die Annahme einer solchen Bedingung. Er kann sie nicht allein aus einer Interessenabwägung herleiten. Eine allein aus einer Interessenabwägung hergeleitete Auslegung durch den Notar wäre nicht damit vereinbar, dass der Prüfungsumfang im Klauselerteilungsverfahren wegen dessen Formalisierung eingeschränkt ist. Der Notar wäre anderenfalls gezwungen, nicht formalisierte materiellrechtliche Bewertungen des Titels vorzunehmen. Für derartige Bewertungen ist das Klauselerteilungsverfahren nicht ausgelegt (ebenso *Herrler*, BB 2010, 1931, 1934; *Volmer*, MittBayNot 2010, 383; *Wolfsteiner*, ZNotP 2010, 322; *Skauradszun*, Jura 2011, 128, 130; *Kessler*, WM 2011, 486, 487).

aa) Im Unterschied zum Erkenntnisverfahren, in dem eine Prüfung nach der materiellrechtlichen Lage stattfindet, dient das Klauselerteilungsverfahren nach dem Willen des Gesetzgebers der „Prüfung der Vollstreckbarkeit nach der prozessualen Lage der Sache“ (vgl. Motive S. 403 f. = *Hahn/Mugdan*, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, 2. Aufl., Bd. 2, Abteilung 1, S. 433 f.). Dies führt zu einer „prozessualen Eigenständigkeit“ des Klauselerteilungsverfahrens mit der Folge, dass der Titel nur auf seine formelle Vollstreckungsfähigkeit, die sich grundsätzlich nicht an materiellrechtlichen Kriterien orientiert, überprüft wird (vgl. *Münch*, Vollstreckbare Urkunden und prozessualer Anspruch, S. 227 ff.; *Binder/Piekenbrock*, WM 2008, 1816, 1817 f. m. w. N.). Das Klauselerteilungsverfahren dient nicht dazu, das Ergebnis des Erkenntnisverfahrens zu revidieren (*Schuschke/Walker/Schuschke*, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, 4. Aufl., § 726 Rdnr. 4 Fn. 14; *Musielak/Lackmann*, ZPO, 8. Aufl., § 726 Rdnr. 1) oder materiellrechtlichen Veränderungen vor Vollstreckungsbeginn Rechnung zu tragen. Eine unbegrenzte Prüfung des Titels wird vom Klauselerteilungsorgan nicht gefordert und kann in Anbetracht der Begrenztheit der Nachweismittel im Klauselerteilungsverfahren auch nicht erwartet werden (*Münch*, a. a. O., S. 229 f.; *Böckmann*, Schuldnerschutz bei vollstreckbaren notariellen Urkunden, S. 179). Für den Urkundsbeamten der Geschäftsstelle (§ 724 Abs. 2 ZPO) folgt das bereits aus seiner im Vergleich zum Richter beschränkten Sachkompetenz.

Auch wenn der notariellen Urkunde im Unterschied zum Urteil kein Erkenntnisverfahren vorangegangen ist, gilt für den prozessualen Pflichtenkreis des Notars als Klauselerteilungsorgan nichts anderes. Weder der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle noch der Notar dürfen sich über den Inhalt des Titels hinwegsetzen. Beide müssen diesen in formeller (§ 724 Abs. 1 ZPO), sachlicher (§ 726 Abs. 1 ZPO) und persönlicher (§ 727 Abs. 1 ZPO) Hinsicht umsetzen (*Münch*, a. a. O., S. 229 f.). Eine weitergehende Prüfungsbefugnis – insbesondere eine materiellrechtliche Beurteilung – steht dem Notar grundsätzlich nicht zu (vgl. BGH, Beschlüsse vom 16.4.2009, VII ZB 62/08, NJW 2009, 1887, 1888; vom 5.7.2005, VII ZB 27/05, MDR 2005, 1432 f.; vom 16.7.2004, IXa ZB 326/03, NJW-RR 2004, 1718, 1719). Dementsprechend hat der Senat bereits entschieden, dass der Notar im Klauselerteilungsverfahren grundsätzlich nicht die auf materiellrechtliche Erwägungen gestützte Rüge der Nichtigkeit des zugrundeliegenden Titels berücksichtigen darf (vgl. BGH, Beschlüsse vom 16.4.2009, VII ZB 62/08, a. a. O.; vom 5.7.2005, VII ZB 27/05, a. a. O.). Ob von diesem Grundsatz eine Ausnahme zu machen ist, wenn die eine Nichtigkeit begründenden Voraussetzungen dem Titel ohne weiteres entnommen werden können („Evidenzkontrolle“), hat der BGH bislang offengelassen (vgl. BGH, Beschlüsse vom 16.4.2009, VII ZB 62/08, a. a. O.;

vom 5.7.2005, VII ZB 27/05, a. a. O.; vom 16.7.2004, IXa ZB 326/03, a. a. O.).

bb) Eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass eine materiellrechtliche Prüfung im Klauselerteilungsverfahren nicht stattfindet, ergibt sich aus § 726 Abs. 1 ZPO. Hängt die Vollstreckung nach dem Inhalt des Titels vom Eintritt einer vom Gläubiger zu beweisenden materiellrechtlichen Tatsache ab, darf die Vollstreckungsklausel nur erteilt werden, wenn dieser Nachweis nach Maßgabe von § 726 Abs. 1 ZPO geführt wird (sog. „titelergänzende Klauselfunktion“). Die Feststellung, ob der Titel eine solche Vollstreckungsbedingung enthält, macht eine inhaltliche Prüfung durch das Klauselerteilungsorgan notwendig. Dieses ist verpflichtet, durch Auslegung des Titels zu ermitteln, ob dessen Vollstreckbarkeit seinem Inhalt nach vom Eintritt durch den Gläubiger zu beweisender Tatsachen gemäß § 726 Abs. 1 ZPO abhängt (vgl. BGH, Beschluss vom 19.8.2010, VII ZB 2/09, NJW-RR 2011, 424, 426; *Zöller/Stöber*, ZPO, 28. Aufl., § 726 Rdnr. 5).

Dieser Auslegung durch das Klauselerteilungsorgan sind jedoch durch die Formalisierung des Klauselerteilungsverfahrens Grenzen gesetzt. Die zur Auslegung einer privaten Willenserklärung nach §§ 133, 157 BGB entwickelten Grundsätze können nicht ohne weiteres angewandt werden. Da der Vollstreckungstitel Inhalt und Umfang der Zwangsvollstreckung festlegt und der Schuldner staatlichen Zwang nur nach dieser Maßgabe zu dulden hat, muss eine im Klauselerteilungsverfahren zu berücksichtigende Abhängigkeit der Vollstreckbarkeit nach § 726 Abs. 1 ZPO durch den Titel selbst festgestellt sein und sich klar aus diesem ergeben (so schon RGZ 81, 299, 302 und RGZ 72, 22, 23 f.). Insofern muss der Titel aus sich heraus für eine Auslegung genügend bestimmt sein oder jedenfalls sämtliche Kriterien für seine Bestimmbarkeit eindeutig festlegen (vgl. BGH, Urteil vom 7.12.2005, XII ZR 94/03, BGHZ 165, 223, 228; BGH, Urteil vom 6.11.1985, IVb ZR 73/84, NJW 1986, 1440; *Stein/Jonas/Münzberg*, ZPO, 22. Aufl., § 726 Rdnr. 3; *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl., § 10 Rdnr. 43, 50). Maßgeblich ist in erster Linie der Wortlaut des Titels. Neben dem Wortlaut sind auch solche Zwecke und Interessen der Parteien berücksichtigungsfähig, die sich aus dem Titel ergeben (vgl. BGH, Beschluss vom 19.8.2010, VII ZB 2/09, a. a. O.; BGH, Beschluss vom 29.5.2008, V ZB 6/08, NJW 2008, 3363, 3364 m. w. N.; *Musielak/Lackmann*, ZPO, 8. Aufl., § 726 Rdnr. 2). Bei dieser Auslegung kann grundsätzlich nur auf den Titel selbst oder auf Unterlagen abgestellt werden, die dessen Bestandteil sind, nicht jedoch auf außerhalb des Titels liegende Umstände (vgl. BGH, Urteil vom 6.11.1985, IVb ZR 73/84, a. a. O.; OLG Stuttgart, NJW-RR 1999, 791 f.; OLG Frankfurt, NJW-RR 1994, 9; OLG Köln, OLG 1992, 339, 340 m. w. N.). Ausnahmsweise können außerhalb des Titels liegende Umstände zu beachten sein, wenn das Vollstreckungsorgan den Titel selbst erlassen hat (vgl. BGH, Beschluss vom 26.11.2009, VII ZB 42/08, NJW 2010, 2137 f.; BGH, Beschluss vom 23.10.2003, I ZB 45/02, NJW 2004, 506 ff.). Darüber hinausgehende „Korrekturen“ dürfen nicht vorgenommen werden.

Unter Beachtung der dargestellten Funktion des Klauselerteilungsverfahrens ist die Grenze der vom Klauselerteilungsorgan vorzunehmenden Auslegung dort überschritten, wo sie zu nicht mehr hinnehmbaren Unwägbarkeiten im Zwangsvollstreckungsverfahren führt, so dass es nicht mehr gerechtfertigt erscheint, ohne eine richterliche Entscheidung in einem kontradiktorischen, keinen Beweismittelbeschränkungen unterliegenden Verfahren auf der Grundlage solcher Unwägbarkeiten staatlichen Zwang auszuüben oder zu verweigern. Das ist in der Regel der Fall, wenn die Bedingung für die Voll-

streckbarkeit einer notariellen Urkunde, die eine Unterwerfungserklärung beinhaltet, im Wortlaut der Urkunde in keiner Weise angelegt ist und sich allein aus einer interessengeleiteten Auslegung ergibt. Der Formalisierung des Klauselerteilungsverfahrens würde es nicht gerecht, wenn der Notar genötigt wäre, den gesamten Inhalt einer notariellen Urkunde über die Unterwerfungserklärung hinaus ohne jeden Anhaltspunkt im Wortlaut unter Berücksichtigung aller sonstigen Erklärungen interessengerecht auszulegen (in diesem Sinne *Wolfsteiner*, Die vollstreckbare Urkunde, 2. Aufl., Rdnr. 11.37). Etwas anderes kann allenfalls dann gelten, wenn sich dem Notar die Vollstreckungsbedingung, auch ohne dass sie im Wortlaut der notariellen Urkunde angelegt wäre, aufdrängen muss.

cc) Gegen die Annahme einer in dieser Weise begrenzten Prüfung durch das klauselerteilende Organ kann nicht eingewandt werden, dass damit die Vollstreckung mit staatlichen Zwangsmitteln auch in Fällen ermöglicht werde, in denen nach der materiellen Rechtslage tatsächlich eine Bedingung der Vollstreckung bestehe und diese nicht eingetreten sei. Das ist nicht der Fall.

Als Ausgleich für die bereits dargestellte Formalisierung des Klauselerteilungsverfahrens gibt es sowohl für den Gläubiger als auch für den Schuldner Rechtsbehelfe, die kontradiktorische Verfahren ohne Beweismittelbeschränkungen eröffnen (vgl. *Binder/Piekenbrock*, WM 2008, 1816, 1817 f.). Kann der Gläubiger den in § 726 Abs. 1 ZPO oder § 727 Abs. 1 ZPO geforderten Nachweis in der dort vorgesehenen Form nicht erbringen, kann er Klage auf Erteilung der Vollstreckungsklausel nach § 731 ZPO erheben. Ist eine Vollstreckungsklausel nach § 726 Abs. 1 ZPO erteilt worden und bestreitet der Schuldner den vom Klauselerteilungsorgan als bewiesen angenommenen Eintritt der materiellrechtlichen Vollstreckungsbedingung, kann der Schuldner Klage gegen die Vollstreckungsklausel nach § 768 ZPO erheben. Gleiches gilt in den Fällen der §§ 727 bis 729, 738, 742, 744, des § 745 Abs. 2 und des § 749 ZPO. Dem liegt das gesetzgeberische Regelungsziel zugrunde, dass dem Schuldner die Möglichkeit eröffnet sein muss, eine vollständige Prüfung seiner gesetzlich zulässigen Einwendungen gegen die Vollstreckbarkeit des Titels ohne Beweismittelbeschränkungen zu erreichen. Er soll nicht zur Duldung einer insoweit materiellrechtlich ungerechtfertigten Zwangsvollstreckung verpflichtet sein (in diesem Sinne *Münch*, a. a. O., S. 237; *Binder/Piekenbrock*, WM 2008, 1816, 1817 f.).

Dieser Grundsatz muss auch dann gelten, wenn der Schuldner materiellrechtliche Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Vollstreckung daraus ableitet, dass der Titel eine Vollstreckungsbedingung enthält, die nicht in ihrem Wortlaut angelegt ist und deshalb vom Klauselerteilungsorgan nicht berücksichtigt werden darf. In diesen Fällen ist § 768 ZPO jedenfalls entsprechend anzuwenden. Dieses Verfahren ist geeignet, die Auslegung des Titels umfassend zu klären, wobei alle Beweismittel zugelassen sind.

dd) Nach diesen Grundsätzen ist die Vollstreckungsbedingung des Eintritts in den Sicherungsvertrag durch einen Zessionar einer Grundschuld im Klauselerteilungsverfahren nicht nachzuweisen, wenn diese Bedingung im Wortlaut der notariellen Urkunde nicht angelegt ist. Das ist regelmäßig – wie auch hier – der Fall. Die vom XI. Zivilsenat anhand einer „objektivierten Interessenlage“ erkannte Abhängigkeit der Unterwerfungserklärung unter die sofortige Zwangsvollstreckung davon, dass sich diese nur auf Ansprüche aus einer treuhänderisch gebundenen Sicherungsgrundschuld erstrecke und der neue Gläubiger im Klauselerteilungsverfahren seinen „Ein-

tritt in den Sicherungsvertrag“ nachweisen müsse, kann regelmäßig weder dem Wortlaut der Unterwerfungserklärung noch den ihr beigefügten Unterlagen entnommen werden. Unterwerfungserklärungen unter die sofortige Zwangsvollstreckung anlässlich der Bestellung einer Sicherungsgrundschuld wurden jedenfalls vor der Entscheidung des XI. Zivilsenats in der Praxis regelmäßig unbedingt erklärt und enthalten auch sonst keine Hinweise im Wortlaut auf eine Vollstreckungsbedingung in Form des Fortbestehens einer treuhänderischen Bindung nach einer Zession (vgl. *Wolfsteiner*, ZNotP 2010, 322). Die vom XI. Zivilsenat vorgenommene einschränkende Auslegung der Unterwerfungserklärung unter die sofortige Zwangsvollstreckung beruht damit allein auf einer Interessenabwägung, die dem Notar im Klauselerteilungsverfahren verwehrt ist.

Regelmäßig kann auch nicht angenommen werden, dass sich dem Notar als titellerrichtendem Organ in den hier interessierenden Fällen eine einschränkende Auslegung der Unterwerfungserklärung aufdrängen muss. Dies belegt nicht zuletzt die Tatsache, dass eine solche Auslegung vor der Entscheidung des XI. Zivilsenats weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur in Betracht gezogen worden ist (vgl. *Wolfsteiner*, ZNotP 2010, 322; *Dieckmann*, BWNNotZ 2011, 42, 57).

ee) Mit der vom Senat hier vertretenen Auffassung erledigt sich weitgehend die im Schrifttum vorgebrachte Kritik gegen die Entscheidung des XI. Zivilsenats, soweit es um die Abtretung von Grundschulden in Fällen der Umschuldung und Neuvaluierung geht (vgl. dazu *Stürmer*, JZ 2010, 774, 778; *Bork*, WM 2010, 2057, 2061; *Everts*, NJW 2011, 567, 568; *Dieckmann*, BWNNotZ 2011, 42, 59). Der Notar muss die Klausel – auch in Zukunft – erteilen, sofern die Rechtsnachfolge nachgewiesen ist und sonstige, im Klauselerteilungsverfahren zulässige Einwendungen nicht bestehen. Der Gläubiger wird damit nicht dazu gezwungen, in den sehr häufig vorkommenden (Alt-)Fällen der Umschuldung und Neuvaluierung, in denen er regelmäßig einen Nachweis hierfür durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nicht führen kann, eine Klage auf Klauselerteilung nach § 731 ZPO zu erheben. Ob der Abtretung diese Fälle oder Fälle des Forderungskaufs zugrundeliegen, in denen nach der Auffassung des XI. Zivilsenats ein Eintritt des Zessionars in den Sicherungsvertrag als Vollstreckungsvoraussetzung vorliegen muss, ist im Verfahren nach § 768 ZPO zu klären. Gegen diese Lösung spricht nicht, dass sich der Schuldner dann in der Rolle des Angreifers befindet (dazu BGH, Versäumnisurteil vom 30.3.2010, XI ZR 200/09, a. a. O., Rdnr. 40). Der Schuldner hat mit der Abgabe der dem Wortlaut nach unbedingten notariellen Unterwerfungserklärung einen Titel gegen sich selbst geschaffen und damit den Grund dafür gesetzt, dass er sich in der Angreiferrolle befindet, sofern er sich gegen die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus dem Titel wendet.

ff) Der VII. Zivilsenat ist durch die abweichende Auffassung des XI. Zivilsenats nicht gebunden. Dessen Auslegung der Unterwerfungsklausel mit dem zusätzlichen Hinweis, die Prüfung, ob der Zessionar in den Sicherungsvertrag eingetreten sei, sei dem Klauselerteilungsverfahren vorbehalten, war für seine Entscheidung nicht tragend. Sie erfolgte ausschließlich in einem obiter dictum. Der XI. Zivilsenat hatte über eine Gestaltungsfrage in entsprechender Anwendung des § 767 ZPO u. a. darüber zu entscheiden, ob eine formulärmäßige Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung des Kreditschuldners in einem Vertrag über die Bestellung einer Grundschuld für eine Bank der Inhaltskontrolle nach § 9 AGBG Stand hält. Er hat für diese Prüfung die „kundenfeindlichste“ Auslegung zugrunde gelegt, wonach die Vollstreckungsunter-

werfung für sämtliche Grundschuldansprüche unabhängig von deren Bindung an den Sicherungszweck erfolgt ist, und ist zu dem Ergebnis gekommen, dass die Unterwerfungserklärung den Schuldner nicht unangemessen benachteilige. Er hat deshalb die Abweisung der in analoger Anwendung des § 767 ZPO erhobenen Gestaltungsklage (teilweise) bestätigt. Die weiteren Erwägungen zur „kundenfreundlichsten“ Auslegung und zur Berücksichtigung des Eintritts in die Sicherungsvereinbarung im Klauselerteilungsverfahren waren für die Entscheidung des XI. Zivilsenats, die Revision zurückzuweisen, ohne Bedeutung.

Der VII. Zivilsenat, der nach der Geschäftsverteilung des BGH für Rechtsbeschwerden und sonstige Rechtsbehelfe gegen Beschwerdeentscheidungen und andere Beschlüsse zuständig ist, die die allgemeinen Zwangsvollstreckungsvoraussetzungen betreffen, soweit nicht ein anderer Zivilsenat zuständig ist, sieht auch keine Veranlassung, die Frage des Prüfungsumfanges im Klauselerteilungsverfahren gemäß § 132 Abs. 4 GVG dem Großen Senat für Zivilsachen zur Entscheidung vorzulegen. Dies ist zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung nicht erforderlich, weil sich diese Frage entscheidungserheblich in erster Linie in Rechtsmittelverfahren zur Erteilung einer Vollstreckungsklausel stellt.

e) Der Antragstellerin ist nach allem die vollstreckbare Ausfertigung hinsichtlich der dinglichen Unterwerfungserklärung zu erteilen. Sie hat ihre Rechtsnachfolge durch öffentliche und öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen, § 727 ZPO. Weitere Einwendungen sind im gesamten Verfahren nicht erhoben worden.

f) Auf der Grundlage des von den Schuldnern in Ziffer 4 der notariellen Urkunde vom 13.4.2000 abgegebenen abstrakten Schuldanerkenntnisses nebst Unterwerfungserklärung unter die sofortige Zwangsvollstreckung ist der Antragstellerin die begehrte Vollstreckungsklausel auch in persönlicher Hinsicht gegen die Schuldner zu erteilen. Die vorstehenden Erwägungen gelten entsprechend. Eine Vollstreckungsbedingung ist im Wortlaut der notariellen Urkunde nicht angelegt. Sie dürfte im Übrigen selbst auf der Grundlage der Erwägungen des XI. Zivilsenats zur Interessenlage weder bei einem zugrundeliegenden Forderungsverkauf noch bei einer Abtretung auf Veranlassung des Schuldners anzunehmen sein (vgl. Gutachten DNotI-Report 2010, 93, 103; *Stürner*, JZ 2010, 774, 777 f.; *Herrler*, BB 2010, 1931, 1936; *Wolfsteiner*, ZNotP 2010, 322, 324; *Bork*, WM 2010, 2057, 2061; *Bolkart*, DNotZ 2010, 483, 495; *Skauradszun*, MDR 2010, 845, 847; *Skauradszun*, Jura 2011, 128, 131 f.). Die Rechtsnachfolge der Gläubigerin ist durch öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen. (...)

### Anmerkung:

Die drei korrigierenden Worte, welche ganze Bibliotheken zu Makulatur werden lassen, äußert einmal nicht der Gesetzgeber, sondern der VII. Zivilsenat des BGH, deutlich gerichtet gegen die „interessengerechte Auslegung“, mit welcher der XI. Zivilsenat Schuldnerschutz bei Grundschuldabtretungen durchsetzen wollte. Einen Nicht-Prozessualisten überrascht dabei immer wieder der Argumentationsaufwand, um eine Anrufung des Großen Senats in Zivilsachen (§ 132 Abs. 2, 4 GVG) zu vermeiden. Jedenfalls die Grundschuldzession beschäftigte jedoch nun schon drei Senate des BGH (Urteil vom 30.3.2010, XI ZR 200/09, MittBayNot 2010, 378; Urteil vom 3.12.2010, V ZR 200/09, BKR 2011, 291 und eben vorstehend VII. Senat), und die größte Erfahrung mit den Möglich-

keiten, aber auch Beschränkungen des Klauselerteilungsverfahrens, findet sich beim VII. Zivilsenat, wohl auch aufgrund weiterer paralleler Beschlüsse (VII ZB 65/10 vom 8.9.2011, VII ZB 73/10 vom 28.7.2011, VII ZB 81/10 vom 28.7.2011 [Kosten nach Erledigung]). Eine zusätzliche Erfahrung „aus dem Fall heraus“ hätten andere Senate wohl nicht beisteuern können, so dass die Vermeidung des Großen Senats gerechtfertigt erscheint.

Allerdings stand dem erkennenden Senat die dadurch begrenzte eigene Entscheidungskompetenz deutlich vor Augen. Die Entscheidung wird nämlich allein und ausschließlich getragen von der Erwägung, die Formstrenge von Klauselerteilungs- und Vollstreckungsverfahren verbiete die Berücksichtigung von Vollstreckungsbedingungen in diesen Verfahrensstadien, wenn diese Bedingungen nicht ausdrücklich ausformuliert werden, sondern sich erst aufgrund eingehender Auslegungsarbeit ergeben (sollen). (Und noch dazu der Bedingungseintritt nur aufgrund unverwertbarer Beweismittel nachgewiesen werden könnte.) Nur für diese beschränkte, in der Praxis gleichwohl hochwirksame Aussage steht diesem Senat nach der Geschäftsverteilung des BGH die Letztentscheidungsbefugnis zu. Hinsichtlich der vorgelagerten Beifügung einer Vollstreckungsbedingung „Eintritt in dem Sicherungsvertrag“ im Wege der Auslegung meldet der VII. Zivilsenat zwar erhebliche Bedenken an:

- Tz. 16: „Der Auffassung des XI. Zivilsenats, die Rechtsnachfolge in die Unterwerfungserklärung hänge vom Eintritt des Zessionars in den Sicherungsvertrag ab, fehlt damit die Grundlage.“
- Tz. 34 [zur Abtretung des vollstreckbaren Schuldanerkenntnisses]: „[Eine solche Vollstreckungsbedingung] dürfte im Übrigen selbst auf der Grundlage der Erwägungen des XI. Zivilsenats zur Interessenlage weder bei einem zugrundeliegenden Forderungsverkauf noch bei einer Abtretung auf Veranlassung des Schuldners anzunehmen sein.“

Tragend sind diese Zweifel jedoch nicht. Im Gegenteil hält auch der VII. Senat dem Eigentümer die Möglichkeit der Klauselklage nach § 768 ZPO offen, gestützt auf den Nichteintritt in den Sicherungsvertrag. Solche Klagen würden auch vom V. oder XI. Senat entschieden werden, die sich dann ihrerseits so über den VII. Senat hinwegsetzen müssten, wie dieser es mit dem XI. Senat tut. Da trifft man wahrlich besser keine Aussage mit Anspruch auf Verbindlichkeit.

Mit diesem Beschluss dürften sich die Umschuldungsfälle, die dem Verfahren zugrunde lagen, vollständig erledigt haben. Die vollstreckbare Ausfertigung wird dem Rechtsnachfolger allein wegen der wie üblich nachgewiesenen dinglichen Rechtsnachfolge erteilt (begl. Abtretungserklärung, nachgewiesene Briefübergabe, Grundbucheintrag des Zessionars). Die weitere Bedingung „Eintritt in den Sicherungsvertrag“ dürfte nur bei ausdrücklicher Formulierung berücksichtigt werden. Dabei ergibt sich aus dem mitgeteilten Sachverhalt weiter, dass eine solche Bedingung entgegen der Annahme des XI. Zivilsenats noch nicht schon wegen eines mitbeurkundeten Sicherungsvertrages hinreichend ausdrücklich ist; ein solcher mitbeurkundeter Sicherungsvertrag war ja im Verfahren XI ZR 200/09 maßgeblicher Ansatzpunkt für die damalige Auslegung. Aber auch im Besprechungsfall wurde der Sicherungsvertrag mitbeurkundet, ohne dass dies dem nun entscheidenden Senat deutlich genug wäre. Um überhaupt eine Vollstreckungsbedingung annehmen zu können, müsste sie deswegen wortwörtlich aufgenommen sein, wahrscheinlich sogar mit dem Zusatz, dass sie ausdrücklich im Klauselerteilungsverfahren geprüft werden soll. Die Entscheidung des

VII. Zivilsenats zur Verwendungsüberwachung hinsichtlich der Darlehensvaluta (Beschluss vom 19.8.2010, VII ZB 2/09, ZfIR 2010, 677 mit Anm. *Herrler* = DNotZ 2011, 264 m. Anm. *Rebhan*) zeigt nämlich, dass nicht nur die Bedingung, sondern auch eine Prüfungszuweisung an das klauselerteilende Organ festgelegt sein muss. Eine solche ausdrückliche Bedingung enthält aber derzeit kein bankübliches Grundschuldformular; sie wäre ja auch, wie in den Stellungnahmen zum Urteil des XI. Zivilsenats dargestellt wurde, ganz unzweckmäßig, weil sie den Übergang des Verwertungsrechts auf den Zessionar nicht hindert, sondern bestenfalls die Durchsetzung verzögert. Wenn überhaupt, müsste schon ein Abtretungsverbot vereinbart werden.

Erfreulicherweise greift der VII. Zivilsenat auch nicht die literarisch angebotene Überlegung auf, die Beweismittel der §§ 726, 727 ZPO zu umgehen oder auszuschalten (*Stürner*, JZ 2010, 774). Das wäre mit dem Informationsbedürfnis des Schuldners, wie es sich aus § 750 Abs. 2 ZPO ergibt, nämlich unvereinbar.

Nun stünde dem Schuldner zwar die Möglichkeit der Klauselgegenklage nach § 768 ZPO offen; die Klage wäre aber in Umschuldungsfällen unbegründet, was die Zessionarbank allein schon durch die Vorlage von neuem Darlehensvertrag und/oder Sicherungsvereinbarung – also liquide – nachweisen könnte. Bei den Forderungsverkäufen (also Grundschuldzessionen ohne Veranlassung des Eigentümers) hingegen bringt die verbleibende Lösung des XI. Zivilsenats dem Schuldnererwerb nun erhebliche Nachteile. Die Unterwerfungserklärungen sind ja nicht abweichend formuliert, also interessiert der Fortbestand oder Übergang von Sicherungsverträgen bei Erteilung der Rechtsnachfolgeklausel nicht. Dem Schuldner steht vielmehr die Klauselgegenklage (§ 768 ZPO) offen. Das hört sich für den Schuldner auf den ersten Blick gut an, ist es aber nicht unbedingt: In diesem Verfahren kann der Schuldner nämlich nicht zugleich, in gestufter Begründung, inhaltliche Einwände anbringen, die sich aus dem Sicherungsvertrag ergeben. Diese Einwände sind vielmehr weiterhin mit der Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO geltend zu machen. Im Verhältnis zu § 767 ist § 768 ZPO aber eine andere Klageart; der Übergang vom einen in das andere Verfahren – trotz identischer Gerichtszuständigkeit (§ 800 Abs. 3 ZPO) – ist Klageänderung (deutlich Urteil vom 3.12.2010, V ZR 200/09, BKR 2011, 291; mit massiven Problemen für den Eigentümer, der in höherer Instanz korrigieren will, vgl. OLG Hamm, OLG Frankfurt, ZfIR 2011, 578 m. Anm. *Volmer*). Wendet sich der Eigentümer sowohl gegen die titelübertragende Klausel wie auch – hilfsweise – gegen Höhe und Fälligkeit des begetriebenen Betrages, führt dies prozessual zur objektiven Klagehäufung beispielsweise mit der Folge der Kostenerhöhung und des drohenden erheblichen Prozessverlusts. Abgesehen vom zweifelhaften Ergebnis begegnet die Anwendung des § 768 ZPO auch dogmatischen Bedenken: Der VII. Senat sieht in der Auslegung durch den XI. Senat eine Vollstreckungsbedingung, die den gesetzlich vorgesehenen Titelübergang in Zessionsfällen hindert. Diese Vollstreckungsbedingung wäre eine auflösende Bedingung, denn beim Zedenten besteht die Vollstreckungsunterwerfung als wirksam. Auflösende Bedingungen indes ordnet etwa *Zöller/Herget* (ZPO, 28. Aufl. 2010, § 768 Rdnr. 1; § 767 Rdnr. 12 unter Hinweis auf RGZ 123,70) jedenfalls im Anwendungsbereich des § 726 ZPO nicht der Klage gemäß § 768 ZPO, sondern derjenigen des § 767 ZPO zu.

Insgesamt danach eine begrüßenswerte Klarstellung durch den BGH. Und dass, obwohl sich bei Lektüre des mitgeteilten Sachverhalts die Frage stellt, ob in diesem Verfahren die Ent-

scheidung überhaupt veranlasst war. In seiner gerafften Sachverhaltsdarstellung spricht der BGH zwar von einer Teilabtretung der Grundschuld, die am 29.8.2000 erfolgt sei. Es ist aber nach aller notariellen Erfahrung höchst zweifelhaft, ob das tatsächlich der Rechtslage entspricht. Es handelte sich um die Teilabtretung einer Briefgrundschuld. Es hätten also zum 29.8.2000 Teil-Grundschuldbriefe gebildet worden sein müssen oder die beteiligten Banken hätten zu diesem Termin ein funktionsfähiges Besitzkonstitut vereinbaren müssen (vgl. BGH, DNotZ 1983, 131: Verwahrung seitens des Veräußerers teils auch für den Erwerber schlägt fehl). Ich hege deswegen den Verdacht, dass die Teilabtretung am 29.8.2000 in Wahrheit fehlgeschlug und der Erwerb durch die Zessionarbank erst mit Grundbucheintragung, nach BGH am 18.3.2010, erfolgte. Dann aber handelte es sich nach den literarischen Stellungnahmen um einen „Neufall“, der wegen der durch das RisikobegrenzungsG geänderten Rechtslage sowieso hätte durchgewunken werden können.

Notar *Michael Volmer*, Starnberg

7. BGB §§ 709, 714; GBO §§ 15, 78; FamFG § 71 (*Bevollmächtigung eines Nichtgesellschafters zur Löschung eines Grundpfandrechtes durch sämtliche Gesellschafter einer GbR*)

**Die Erteilung umfassender Vollmachten durch Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts an einen Nichtgesellschafter begegnet keinen rechtlichen Bedenken, wenn die Gesellschafter selbst die organschaftliche Vertretungsbefugnis behalten. Die Bevollmächtigung zur Stellung eines Löschantrags für die Gesellschaft kann somit in einer von den Gesellschaftern einem Dritten erteilten Generalvollmacht enthalten sein. Die Bevollmächtigung darf nur nicht so weit gehen, dass sämtliche Gesellschafter von der Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft ausgeschlossen und diese auf Dritte übertragen werden. (Leitsatz der Schriftleitung)**

BGH, Beschluss vom 20.1.2011, V ZB 266/10; eingesandt von Notar Dr. *Hans Thalhammer*, Regensburg

Der Eigentümerin gehört das im Grundbuch von Z. Blatt 16, AG Schöneberg, eingetragene Grundstück. In Abteilung III unter der lfd. Nr. 5 des Grundbuchs ist eine Grundschuld über 471.000 € zugunsten der Sparkasse B. eingetragen.

Am 18.3.2010 unterzeichnete I. S. mit dem Zusatz (für Ha., G., A. + H. S., P.) den unter der Löschungsbewilligung der Gläubigerin stehenden Antrag auf Löschung des Grundpfandrechts. In dem Vermerk des Notars betreffend die Beglaubigung der Unterschrift heißt es, dass I. S. für die BGB-Gesellschaft „B. Straße 36“, bestehend aus den im Eingang dieses Beschlusses genannten Gesellschaftern, aufgrund der in Urschrift bzw. Ausfertigung vorgelegten, in beglaubigter Abschrift beigefügten Vollmachten aller Gesellschafter gehandelt hat. Der Notar reichte sämtliche Urkunden „mit den Antrag auf Vollzug gemäß § 15 GBO“ bei dem Grundbuchamt ein.

Mit Zwischenverfügung vom 12.4.2010 hat das AG von dem Notar u. a. Genehmigungserklärungen der Gesellschafter A. und H. S. angefordert, weil die von ihnen erteilten Generalvollmachten „ihren Inhalten nach nur für das Eigenvermögen der Vollmachtgeber gelten und damit in Bezug auf Erklärungen der GbR nicht verwendbar sind“. Dagegen hat der Notar Beschwerde erhoben und eine notariell beurkundete Vorsorgevollmacht vorgelegt, in der H. S. I. S. u. a. zur umfassenden Vertretung in seinen Vermögensangelegenheiten bevollmächtigt hat. Das AG hat der Beschwerde nicht abgeholfen. Das OLG hat sie zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt die Eigentümerin den Löschantrag weiter.

Aus den Gründen:

## II.

Nach Ansicht des Beschwerdegerichts hat I. S. den Löschantrag nicht als organschaftliche Vertreterin der Eigentümerin gestellt, weil sie nicht deren Gesellschafterin ist und die organschaftliche Vertretungsmacht der Gesellschaft nicht auf Dritte übertragen werden könne. Darüber hinaus habe das Grundbuchamt die beiden Generalvollmachten und die Vorsorgevollmacht zu Recht als unzureichend angesehen; eine von der Eigentümerin erteilte Vollmacht liege nicht vor, weil I. S. von den Gesellschaftern A. und H. S. „jeweils allein zu deren Vertreter“ bestellt worden sei. Bei den Vollmachten handele es sich auch nicht um sog. Altvollmachten aus der Zeit, in der die Grundbuchfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts umstritten gewesen sei und eine höchstgerichtliche Entscheidung hierzu noch nicht vorgelegen habe. Ob sie solchen Altvollmachten gleichzustellen seien, könne dahinstehen; denn die Vollmachten enthielten nicht einmal kleine Anhaltspunkte dafür, dass auch die Vertretung der Eigentümerin von der Vollmacht habe erfasst werden sollen.

## III.

Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

Die nach § 78 Abs. 1 GBO statthafte und auch im Übrigen zulässige (§ 78 Abs. 3 GBO i. V. m. § 71 FamFG) Rechtsbeschwerde ist begründet. Entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts kann die Löschung des Grundpfandrechts nicht aus den in der Zwischenverfügung und dem Nichtabhilfebefehl des AG genannten Gründen verweigert werden.

1. Die Ansicht des Beschwerdegerichts, dass die organschaftliche Vertretungsmacht der Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts nicht auf Dritte übertragen werden könne, ist für die Entscheidung unerheblich. Zu Recht haben weder die Eigentümerin noch der Notar noch das AG erwogen, dass I. S. als organschaftliche Vertreterin der Eigentümerin gehandelt hat.

2. Ein wirksamer Löschantrag der Eigentümerin liegt vor. Sie ist bei der Antragstellung von I. S. vertreten worden. Die rechtsgeschäftliche Vollmacht zum Handeln für die Eigentümerin haben die Gesellschafter A. und H. S. in den Generalvollmachten erteilt.

a) Die Erteilung umfassender Vollmachten durch Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts an einen Nichtgesellschafter begegnet keinen rechtlichen Bedenken, wenn die Gesellschafter selbst die organschaftliche Vertretungsbefugnis behalten (BGH, Urteil vom 18.7.2006, XI ZR 143/05, NJW 2006, 2980, 2981 Rdnr. 18). Die Bevollmächtigung zur Stellung eines Löschantrags für die Gesellschaft kann somit in einer von den Gesellschaftern einem Dritten erteilten Generalvollmacht enthalten sein. Die Bevollmächtigung darf nur nicht so weit gehen, dass sämtliche Gesellschafter von der Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft ausgeschlossen und diese auf Dritte übertragen werden (BGH, Urteil vom 16.11.1981, II ZR 213/80, NJW 1982, 877, 878).

b) A. und H. S. haben in den von ihnen erteilten Generalvollmachten ihre Tochter I. S. – auch – bevollmächtigt, für die Eigentümerin die Löschung eines im Grundbuch eingetragenen Grundpfandrechts zu beantragen.

aa) Die Vollmachtgeber sind Gesellschafter der Eigentümerin. Mangels abweichender Vereinbarungen sind sie zusammen mit den übrigen Gesellschaftern zur Vertretung der

Eigentümerin berechtigt (§§ 709 Abs. 1, 714 BGB). Diese Vertretungsmacht können sie durch rechtsgeschäftliche Vollmacht auf Dritte übertragen. Das haben sie in den Generalvollmachten getan. Sie haben I. S. bevollmächtigt, sie in allen ihren Vermögensangelegenheiten in jeder rechtlichen zulässigen Weise zu vertreten; sie haben I. S. auch zur Besorgung aller ihrer Vermögensangelegenheiten ermächtigt mit der Befugnis, für sie alle Rechtshandlungen vorzunehmen, bei welchen eine Stellvertretung gesetzlich zulässig ist.

bb) Bereits hieraus lässt sich die Berechtigung der Bevollmächtigten herleiten, die Vollmachtgeber auch in Angelegenheiten zu vertreten, die deren Handeln als Gesellschafter der Eigentümerin betreffen. Die Ansicht des Beschwerdegerichts, dass in den Generalvollmachten keine Vollmacht zur rechtsgeschäftlichen Vertretung der Gesellschaft enthalten sei, weil I. S. von den Gesellschaftern „jeweils allein zu deren Vertreter“ bestellt worden sei, ist rechtlich nicht haltbar. Die Gesellschaft selbst kann keine Vollmacht erteilen; für sie handeln die Gesellschafter. Wollen diese sich dabei vertreten lassen, können sie einen Dritten durch Bevollmächtigung zu ihrem Vertreter bestellen. Fraglich ist allein, ob sich die Vertreterbestellung in den Generalvollmachten auch auf ein Handeln der Vollmachtgeber als Gesellschafter der Eigentümerin bezieht. Zweifel daran werden hier dadurch beseitigt, dass I. S. nach der weiteren Regelung in den Generalvollmachten auch berechtigt ist, das Stimmrecht der Vollmachtgeber als Gesellschafter bezüglich aller Gesellschaften, an denen sie beteiligt sind, auszuüben. In dieser Bevollmächtigung für einen besonderen Fall der Vertretung in allen Vermögensangelegenheiten kommt eine Erweiterung der Vertretungsmacht zum Ausdruck. Sie umfasst die Bevollmächtigung zum Handeln für die Gesellschaft.

cc) Die organschaftliche Vertretungsbefugnis der Vollmachtgeber wird von der Generalvollmacht nicht berührt, weil diese unter dem Vorbehalt der gesetzlichen Zulässigkeit der Stellvertretung steht.

3. Ob daneben auch die von H. S. seiner Tochter erteilte Vorsorgevollmacht zur Stellung des Löschantrags für die Eigentümerin berechtigt, kann offenbleiben. Das Grundbuchamt darf die Löschung bereits nicht aus den in seiner Zwischenverfügung genannten Gründen verweigern.

### Anmerkung:

Der BGH beschäftigt sich in seinem Beschluss mit der praxiserheblichen Frage, inwieweit eine von einzelnen Gesellschaftern einer GbR ausdrücklich nur in eigenen Angelegenheiten erteilte Generalvollmacht bzw. Vorsorgevollmacht auch zur Vertretung der als rechtsfähig anerkannten<sup>1</sup> GbR selbst ermächtigt, insbesondere im Grundbuchverfahren. Die Gesellschafter einer GbR hatten einer Nichtgesellschafterin notarielle Generalvollmachten bzw. Vorsorgevollmachten erteilt, die die Bevollmächtigte unter anderem ermächtigt, sie, also die Gesellschafter selbst, „in allen ihren Vermögensangelegenheiten in jeder rechtlich zulässigen Weise zu vertreten“, ohne dass darin eine ausdrückliche Vollmachtserteilung auch namens der GbR enthalten war. Das Grundbuchamt und die Beschwerdeinstanz<sup>2</sup> hatten die von der Bevollmächtigten beantragte Löschung einer Grundschuld, die an einem im Eigentum der GbR stehenden Grundstück eingetragen war,

<sup>1</sup> BGHZ 146, 341 = MittBayNot 2001, 192.

<sup>2</sup> KG, Beschluss vom 14.9.2010, I W 380/10, RNotZ 2011, 106.

mangels Nachweises einer wirksamen Eigentümerzustimmung (§ 27 Satz 1 GBO) abgelehnt, da mit den vorgelegten Vollmachten eine wirksame Vertretung der GbR nicht möglich sei. Zum einen könne die organschaftliche Vertretungsmacht der Gesellschafter nicht mittels einer Generalvollmacht auf Dritte übertragen werden, zum anderen würde es an den erforderlichen Vollmachten der GbR selbst fehlen. Damit lag das KG auf der Linie des OLG München,<sup>3</sup> das außer in „Altfällen“ ebenfalls die explizite Erteilung von Vollmachten durch die rechtsfähige GbR selbst gefordert hatte. Der 5. Zivilsenat des BGH dagegen lässt nunmehr die von den Gesellschaftern erteilten Generalvollmachten zur Vertretung der GbR genügen. Der Beschluss ist im Ergebnis insbesondere aus Sicht der Praxis zu begrüßen, da er die möglichst weitgehende Verwendbarkeit von General- und Vorsorgevollmachten sicherstellt, was den Vorstellungen der Vollmachtgeber in den meisten Fällen entsprechen wird. Er begegnet allerdings in der Begründung zum Teil nicht unerheblichen Bedenken.

Es entspricht der bisher wohl – soweit ersichtlich – einhelligen Meinung in Rechtsprechung und Literatur, dass zum Handeln aufgrund rechtsgeschäftlicher Vertretungsmacht für eine Außen-GbR, die ja nunmehr vom Gesetzgeber auch im Grundstücksrecht gemäß §§ 47 Abs. 2 GBO, 899 a BGB als rechtsfähig anerkannt wurde, konsequenterweise eine Vollmacht der GbR selbst erforderlich ist.<sup>4</sup> Insoweit kann nichts anderes gelten wie etwa bei einer OHG oder KG.<sup>5</sup> Nur wird die GbR anders als die Personenhandelsgesellschaften bei der Vollmachtserteilung – jedenfalls in der Regel (§§ 709 Abs. 1, 714 BGB) – von allen ihren Gesellschaftern vertreten, und zwar aufgrund organschaftlicher Vertretungsbefugnis.<sup>6</sup> Wenn nun der BGH ausführt, die Gesellschaft selbst könne keine Vollmacht erteilen, für sie handeln die Gesellschafter, und diese könnten einen Dritten durch Bevollmächtigung zu ihrem Vertreter bestellen, so ist diese Aussage recht erstaunlich, wenigstens aber sehr missverständlich. Sollte der BGH damit nämlich zum Ausdruck bringen wollen, es handle sich bei der Vollmachtserteilung für die GbR um ein Eigenhandeln der Gesellschafter, wie es nach der traditionellen individualistischen Gesamthandslehre angenommen wurde,<sup>7</sup> so wäre dies mit der nunmehr anerkannten Rechtsfähigkeit der GbR dogmatisch schlicht nicht vereinbar.<sup>8</sup> Sollte der BGH damit hingegen lediglich meinen, dass eine rechtsfähige Gesellschaft nur durch ihre Organe handlungsfähig ist,<sup>9</sup> was insofern naheliegt, als er in seinem Beschluss selbst ausdrücklich von der organschaftlichen Natur der Vertretungsmacht der Gesellschafter ausgeht, so ist das eine verbandsrechtliche Selbstverständlichkeit und hätte nicht in dieser missverständlichen Weise zum Ausdruck gebracht werden müssen. Es bleibt daher dabei: Die Vollmacht für eine GbR muss von dieser erteilt werden, durch die für sie als Organe handelnden Gesellschafter, nicht aber von den Gesellschaftern selbst.

Zuzustimmen ist dem BGH dagegen darin, dass die Gesellschafter grundsätzlich einem Dritten auch umfassende Voll-

macht zur Vertretung der GbR erteilen können, wenn sie selbst die organschaftliche Vertretungsbefugnis behalten.<sup>10</sup> Dies gilt allgemein bei Personengesellschaften: So kann auch etwa eine OHG oder KG Generalvollmacht zu ihrer Vertretung erteilen, solange die organschaftliche Vertretungsmacht ihrer gesetzlichen Vertretungsorgane unberührt bleibt und damit der bei Personengesellschaften geltende Grundsatz der Selbstorganschaft nicht verletzt wird.<sup>11</sup>

Letztlich ist die vom BGH entschiedene Rechtsfrage daher nur ein Problem der Auslegung der verwendeten Vollmachten. Die Auslegung von Vollmachten ist im Grundbuchverfahren nach den für die Auslegung von Grundbucheintragungen geltenden Grundsätzen vorzunehmen.<sup>12</sup> Dabei ist auf Wortlaut und Sinn der Vollmachtsurkunde abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung ergibt.<sup>13</sup> Die Vollmacht braucht dabei nicht ausdrücklich im Namen des Vertretenen, also hier der GbR, erklärt werden. Es genügt auch für das Grundbuchverfahren, dass sich dies aus den Umständen eindeutig ergibt, § 164 Abs. 1 Satz 2 BGB.<sup>14</sup> Entscheidungserheblich war im Fall des BGH also richtigerweise allein, ob die Vollmachtgeber erkennbar nur zu ihrer Vertretung in eigenen Angelegenheiten ermächtigen wollten oder eben darüber hinaus auch zur Vertretung der GbR, an der sie beteiligt waren, in ihrer Eigenschaft als vertretungsberechtigte Gesellschafter dieser GbR. Wird wie im hiesigen Fall eine Generalvollmacht bzw. Vorsorgevollmacht erteilt, so wird man mit dem BGH zutreffend davon ausgehen können, dass die Vertretung der GbR in aller Regel von der Vollmacht umfasst sein wird, wenn nicht besondere Anhaltspunkte in der Vollmachtsurkunde ausnahmsweise dagegen sprechen. Denn mit der Erteilung einer General- und Vorsorgevollmacht gibt der Vollmachtgeber gerade zu erkennen, dass er eine umfassende Vertretung in allen seinen Vermögensangelegenheiten sichergestellt haben will, im Fall der Vorsorgevollmacht schon, um die Bestellung eines Betreuers gemäß § 1896 Abs. 3 Satz 2 BGB möglichst auszuschließen. Dabei ist zu bedenken, dass ein Vollmachtgeber normalerweise seine – untechnisch gesprochen – Beteiligung am Vermögen der GbR trotz deren Rechtsfähigkeit als Teil seines eigenen Vermögens ansehen wird, für das der Bevollmächtigte zu handeln berechtigt sein soll. Der rechtliche Unterschied zwischen der Beteiligung an z. B. einem Grundstück in einer Gemeinschaft nach Bruchteilen und der Mitgliedschaft in einer grundstückshaltenden GbR wird für den Vollmachtgeber bei der Festlegung des Umfangs der Vollmacht meist erkennbar gerade nicht relevant sein. Entgegen dem BGH kann es deshalb auch für die Auslegung nicht entscheidend darauf ankommen, ob eine Generalvollmacht ausdrücklich auf die Gesellschaftsbeteiligung des Vollmachtgebers Bezug nimmt,<sup>15</sup> wie es im hiesigen Sachverhalt mit der ausdrücklichen Ermächtigung der Bevollmächtigten zur Stimmrechtsausübung in Gesellschaften der Vollmachtgeber der Fall war, obwohl dies sicherlich ein zusätzliches Indiz für das vom BGH gefundene Auslegungsergebnis darstellt. Eine General- bzw. Vorsorgevollmacht umfasst daher in aller Regel, selbst wenn der Vollmachtgeber sie nicht ausdrücklich namens einer GbR erteilt, an der er als

<sup>3</sup> Beschluss vom 26.8.2009, 34 Wx 54/09, MittBayNot 2010, 126, 127.

<sup>4</sup> OLG München, MittBayNot 2010, 126, 127; *Ruhwinkel*, MittBayNot 2010, 128; *Tebben*, NZG 2009, 288, 292; *Zimmer*, NZM 2009, 187, 189.

<sup>5</sup> *Baumbach/Hopt*, HGB, 34. Aufl. 2010, § 125, Rdnr. 9.

<sup>6</sup> MünchKommBGB/*Ulmer*, 5. Aufl. 2009, § 714, Rdnr. 17.

<sup>7</sup> *Palandt/Sprau*, 70. Aufl. 2011, § 714, Rdnr. 1.

<sup>8</sup> MünchKommBGB/*Ulmer*, § 714, Rdnr. 15 ff.; zweifelnd auch *Böttcher*, DNotZ 2011, 363f.

<sup>9</sup> MünchKommBGB/*Ulmer*, § 705, Rdnr. 255.

<sup>10</sup> BGH, Urteil vom 18.7.2006, XI ZR 143/05, NJW 2006, 2980, 2981; *Palandt/Sprau*, § 714 Rdnr. 2.

<sup>11</sup> Etwa durch Ausschluss aller Gesellschafter von der organschaftlichen Vertretungsmacht oder des Weisungsrechts, *Baumbach/Hopt*, § 125 Rdnr. 7, 9.

<sup>12</sup> *Demharter*, GBO, 27. Aufl. 2009, § 19 Rdnr. 75.

<sup>13</sup> BGHZ 92, 355; 113, 378; *Demharter*, § 19 Rdnr. 28.

<sup>14</sup> BayObLG, RPfeger 1992, 99; *Demharter*, § 19 Rdnr. 74.

<sup>15</sup> *Böttcher*, DNotZ 2011, 363, 365.



vertretungsberechtigter Gesellschafter beteiligt ist, das Recht, diese GbR – ggf. zusammen mit den anderen vertretungsberechtigten Gesellschaftern – zu vertreten. Sie genügt damit insoweit auch den strengen Nachweisanforderungen im Grundbuchverfahren.

Für die Praxis bleibt allerdings der dringende Hinweis, zur Vermeidung von Auslegungszweifeln in General- und Vorsorgevollmachten – jedenfalls bei Kenntnis von einer Beteiligung des Vollmachtgebers als vertretungsberechtigter Gesellschafter in Personengesellschaften – die Befugnis des Bevollmächtigten zur Vertretung dieser Gesellschaften zumindest generalklauselartig ausdrücklich zu regeln.

Notar Konrad Lautner, München

## 8. BGB § 1570 (Verlängerung des nahehelichen Betreuungsunterhalts aus kindbezogenen Gründen)

1. **Ein Altersphasenmodell, das bei der Frage der Verlängerung des Betreuungsunterhalts aus kindbezogenen Gründen allein oder wesentlich auf das Alter des Kindes, etwa bis zum achten und zum zwölften Lebensjahr, abstellt, wird den gesetzlichen Anforderungen nicht gerecht (im Anschluss an Senat, NJW 2011, 1582 = FamRZ 2011, 791).**
2. **Das gilt auch, wenn solche Altersphasen nur als Regelfall behandelt werden, innerhalb dessen die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen sind, die Begründung der Erwerbsobliegenheit des betreuenden Elternteils aber nicht auf individuelle Einzelumstände gestützt ist (vgl. Senat, BGHZ 180, 170 = NJW 2009, 1876 = FamRZ 2009, 770 Rdnr. 28).**

BGH, Versäumnisurteil vom 15.6.2011, XII ZR 94/09

Die Parteien streiten um Abänderung eines Vergleichs über nahehelichen Unterhalt.

Sie hatten im Mai 1999 geheiratet. Im Juli 1999 wurde die gemeinsame Tochter geboren. Seit Februar 2005 ist die Ehe der Parteien rechtskräftig geschieden.

Das Kind lebte von Juli 2003 bis Dezember 2005 in einer Pflegefamilie und lebt seit Januar 2006 bei der Beklagten. Mit Vergleich vom 2.7.2007 verpflichtete sich der Kläger zur Zahlung nahehelichen Unterhalts an die Beklagte i. H. v. monatlich 440 € ab September 2006.

Mit der Abänderungsklage begehrt der Kläger Wegfall seiner Unterhaltspflicht für die Zeit ab Februar 2008. Das AG hat die Klage abgewiesen. Das OLG hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die vom OLG zugelassene Revision des Klägers, mit der er sein Begehren auf Wegfall der Unterhaltspflicht weiterverfolgt.

### Aus den Gründen:

Für das Verfahren ist gemäß Art. 111 Abs. 1 FGG-RG noch das bis Ende August 2009 geltende Prozessrecht anwendbar, weil der Rechtsstreit vor diesem Zeitpunkt eingeleitet worden ist (vgl. Senatsbeschluss vom 3.11.2010, XII ZB 179/10, FamRZ 2011, 100).

Da die Beklagte in der mündlichen Verhandlung trotz rechtzeitiger Bekanntgabe des Termins nicht vertreten war, ist über die Revision des Klägers durch Versäumnisurteil zu entscheiden. Dieses beruht jedoch inhaltlich nicht auf der Säumnis, sondern berücksichtigt den gesamten Sach- und Streitstand (BGHZ 37, 79, 81 ff.).

Die Revision hat Erfolg und führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht.

### I.

Das OLG hat eine Abänderung des Unterhaltsvergleichs abgelehnt, weil der Kläger nach wie vor zur Zahlung von Unterhalt in der vereinbarten Höhe verpflichtet sei.

Auch auf der Grundlage der Neufassung des nahehelichen Betreuungsunterhalts in § 1570 BGB sei die Beklagte lediglich zu einer Halbtags-tätigkeit verpflichtet. Betreuungsunterhalt könne nach Vollendung des dritten Lebensjahres des Kindes zwar nur noch geltend gemacht werden, wenn dies der Billigkeit entspreche, wobei in erster Linie die Belange des Kindes und die Betreuungsmöglichkeiten, aber auch die Belange des betreuenden Elternteils zu beachten seien. Die Neuregelung verlange aber keinen abrupten übergangslosen Wechsel von der elterlichen Betreuung zur Vollzeittätigkeit; im Interesse des Kindeswohls sei auch künftig ein gestufter Übergang möglich. Zudem sei stets zu beachten, ob der dem betreuenden Elternteil neben der Erziehung und Betreuung des Kindes in staatlichen Einrichtungen verbleibende Anteil in Verbindung mit einer vollschichtigen Erwerbstätigkeit zu einer überobligationsmäßigen Belastung führe.

Die neue Rechtslage lasse zwar kein modifiziertes Altersphasenmodell zu, aufgrund von Erfahrungswerten könne aber ein Beurteilungsrahmen geschaffen werden, der in jedem Einzelfall anhand der jeweiligen Besonderheiten auszufüllen sei. Im Regelfall sei auch unter Berücksichtigung des Umfangs der neben einer Ganztagsbetreuung in einer Kindertageseinrichtung oder Schule verbleibenden elterlichen Betreuung entsprechend dem Alter des jüngsten Kindes von dem betreuenden Elternteil eine stufenweise Ausweitung der Erwerbstätigkeit zu erwarten. Regelmäßig sei neben der Betreuung eines Kindes im Alter von drei bis acht Jahren (Abschluss der zweiten Grundschulklasse) eine teilschichtige Erwerbstätigkeit bis zum Umfang von 20 Wochenstunden, mindestens im Umfang einer geringfügigen Beschäftigung, auszuüben. Neben der Betreuung eines Kindes im Alter von acht bis zu zwölf Jahren (Abschluss des sechsten Schuljahres) sei eine teil- bis vollschichtige Erwerbstätigkeit, mindestens im Umfang von 20 Wochenstunden, auszuüben. Danach bestehe in der Regel die Obliegenheit zur Ausübung einer Vollzeittätigkeit. Dabei sei in jedem Einzelfall die Beurteilung insbesondere anhand folgender Kriterien vorzunehmen: Anzahl der betreuten Kinder, Möglichkeiten der Fremdbetreuung, besondere Förder- und Betreuungsbedürfnisse des Kindes, regelmäßige Arbeitszeiten des betreuenden Elternteils, Beteiligung des anderen Elternteils an der Betreuung, gemeinsame Vorstellung der Eltern zur Ausgestaltung der Kinderbetreuung.

Im vorliegenden Fall erscheine es gerechtfertigt, nur von einer halbschichtigen Erwerbsobliegenheit der Beklagten auszugehen. Die von der Beklagten betreute Tochter besuche derzeit die dritte Grundschulklasse. Es sei ferner davon auszugehen, dass sie nach der Unterrichtszeit im Rahmen der offenen Ganztags-schule betreut werden könne. Allerdings sei auch zu berücksichtigen, dass die Tochter über längere Zeit in einer Pflegefamilie untergebracht war. Dies allein spreche zwar nicht gegen die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit der Beklagten, rechtfertige jedoch im Interesse des Kindes in besonderer Weise einen behutsamen Übergang, um das Kind und auch die Mutter nicht zu überfordern. Nach derzeitigem Stand sei erst im Laufe der nächsten ein bis zwei Jahre die Aufnahme einer mehr als halbschichtigen Erwerbsobliegenheit geboten.

Als ungelernete Kraft könne die Beklagte aus einer halbschichtigen Erwerbstätigkeit lediglich ein bereinigtes Nettoein-

kommen von monatlich 500 € erzielen. Bei Einkünften des Klägers nach Abzug des Kindesunterhalts in Höhe von 1.533 € ergebe sich kein Unterhalt, der den vergleichsweise vereinbarten Unterhalt unterschreite.

## II.

Diese Ausführungen des Berufungsgerichts halten den Angriffen der Revision nicht stand.

1. Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass mit Vollendung des dritten Lebensjahres des gemeinsamen Kindes grundsätzlich eine Erwerbsobliegenheit des betreuenden Elternteils einsetzt. Mit der Neuregelung des Betreuungsunterhalts durch das Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts vom 21.12.2007 (BGBl I, S. 3189) hat der Gesetzgeber einen auf drei Jahre befristeten Basisunterhalt eingeführt, der aus Gründen der Billigkeit verlängert werden kann (BT-Drucks. 16/6980, S. 8 f.). Im Rahmen dieser Billigkeitsentscheidung sind nach dem Willen des Gesetzgebers kind- und elternbezogene Verlängerungsgründe zu berücksichtigen. Dabei wird der Betreuungsunterhalt vor allem im Interesse des Kindes gewährt, um dessen Betreuung und Erziehung sicherzustellen (BT-Drucks. 16/6980, S. 9; Senatsurteil vom 30.3.2011, XII ZR 3/09, FamRZ 2011, 791 Rdnr. 18 m. w. N.).

Zugleich hat der Gesetzgeber mit der Neuregelung des § 1570 BGB dem unterhaltsberechtigten Elternteil die Darlegungs- und Beweislast für die Voraussetzungen einer Verlängerung des Betreuungsunterhalts über die Dauer von drei Jahren hinaus auferlegt. Kind- und elternbezogene Umstände, die aus Gründen der Billigkeit zu einer Verlängerung des Betreuungsunterhalts über die Vollendung des dritten Lebensjahres hinaus führen können, sind deswegen vom Unterhaltsberechtigten darzulegen und ggf. zu beweisen (Senatsurteile BGHZ 180, 170 = FamRZ 2009, 770 Rdnr. 23 und BGHZ 177, 272 = FamRZ 2008, 1739 Rdnr. 97).

Wie der Senat bereits wiederholt ausgesprochen hat, verlangt die gesetzliche Neuregelung zwar keinen abrupten Wechsel von der elterlichen Betreuung zu einer Vollzeitberufstätigkeit (vgl. auch BT-Drucks. 16/6980, S. 9). Nach Maßgabe der im Gesetz genannten kindbezogenen (§ 1570 Abs. 1 Satz 3 BGB) und elternbezogenen (§ 1570 Abs. 2 BGB) Gründe ist auch nach dem neuen Unterhaltsrecht ein gestufter Übergang bis hin zu einer Vollzeitberufstätigkeit möglich (Senatsurteil vom 30.3.2011, XII ZR 3/09, FamRZ 2011, 791 Rdnr. 20 m. w. N.). Ein solcher gestufter Übergang setzt aber nach dem Willen des Gesetzgebers voraus, dass der unterhaltsberechtigten Elternteil kind- und/oder elternbezogene Gründe vorträgt, die einer vollschichtigen Erwerbstätigkeit des betreuenden Elternteils mit Vollendung des dritten Lebensjahres entgegenstehen (Senatsurteil vom 1.6.2011, XII ZR 45/09). Nur an solchen individuellen Gründen kann sich der gestufte Übergang im Einzelfall orientieren.

Soweit in Rechtsprechung und Literatur auch zu der seit dem 1.1.2008 geltenden Rechtslage abweichende Auffassungen vertreten werden, die an das frühere Altersphasenmodell anknüpfen und eine Verlängerung des Betreuungsunterhalts allein oder überwiegend vom Kindesalter abhängig machen, sind diese im Hinblick auf den eindeutigen Willen des Gesetzgebers nicht haltbar (Senatsurteil BGHZ 180, 170 = FamRZ 2009, 770 Rdnr. 28). Die kindbezogenen Verlängerungsgründe, insbesondere die Betreuungsbedürftigkeit, und die elternbezogenen Verlängerungsgründe als Ausdruck der nachehelichen Solidarität sind vielmehr nach den individuellen Verhältnissen zu ermitteln (Senatsurteil vom 1.6.2011, XII ZR 45/09 – zur Veröffentlichung bestimmt).

2. Diesen gesetzlichen Vorgaben trägt das Berufungsurteil nicht hinreichend Rechnung. Die zur Begründung angeführten Umstände können weder als individuelle kindbezogene noch als individuelle elternbezogene Gründe eine Fortdauer des Betreuungsunterhalts über die Vollendung des dritten Lebensjahres hinaus rechtfertigen.

a) Das Berufungsgericht geht selbst davon aus, dass die gemeinsame Tochter die dritte Grundschulklasse besucht und nach der Unterrichtszeit im Rahmen der offenen Ganztagschule betreut werden kann. Mangels weiterer Feststellungen ist nicht ersichtlich, ob es daneben einer persönlichen Betreuung durch die Beklagte bedarf, die einer Vollzeitberufstätigkeit entgegenstehen könnte.

Soweit das Berufungsgericht ergänzend darauf abstellt, dass die gemeinsame Tochter von Juli 2003 bis Dezember 2005 in einer Pflegefamilie wohnte und sich erst seit Januar 2006 im Haushalt der Beklagten aufhält, erschöpft sich dieser Vortrag in allgemeinen Ausführungen zur Betreuungsbedürftigkeit. Ob der damit verbundene Wechsel der Betreuungsperson auch für die hier relevante Zeit ab Februar 2008 eine persönliche Betreuung durch die Beklagte erfordert, hat das OLG nicht konkret festgestellt. Auch fehlen jegliche Feststellungen dazu, ob und in welchem Umfang eine persönliche Betreuung der gemeinsamen Tochter durch die Beklagte in den Nachmittagsstunden erforderlich ist.

b) Auch elternbezogene Gründe, die im Hinblick auf einen verbleibenden Betreuungsbedarf neben der Ganztagsbetreuung in öffentlichen Einrichtungen und einer vollschichtigen Erwerbstätigkeit zu einer überobligatorischen Belastung der Beklagten führen könnten, hat das OLG nicht konkret festgestellt. Auch eine solche Belastung, die einer Vollzeitberufstätigkeit entgegenstehen könnte, kann nicht pauschal, sondern nur auf der Grundlage der individuellen Verhältnisse angenommen werden.

c) Zutreffend rügt die Revision deswegen, dass das OLG bei seiner Beurteilung der Erwerbsobliegenheit der Beklagten jedenfalls überwiegend von dem dargelegten Altersphasenmodell ausgegangen ist. Selbst wenn das OLG hier nicht allein auf das Alter des Kindes abgestellt, sondern die von ihm dargelegten Altersphasen nur als Regelfall bewertet hat, innerhalb dessen die Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen sind, entspricht dies nicht der Rechtsprechung des Senats. Denn indem das OLG keine durchgreifenden individuellen Einzelumstände anführt, stellt es letztlich überwiegend auf den allein am Alter des gemeinsamen Kindes orientierten Regelfall ab. Dies widerspricht der gesetzlichen Neuregelung, wie der Senat bereits wiederholt ausgeführt hat (vgl. Senatsurteil BGHZ 180, 170 = FamRZ 2009, 770 Rdnr. 28).

3. Mangels hinreichend festgestellter individueller kind- oder elternbezogener Gründe kann das angefochtene Urteil, das von einer nur halbschichtigen Erwerbsobliegenheit der Beklagten ausgeht, keinen Bestand haben. Die Entscheidung ist aufzuheben und der Rechtsstreit ist zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das OLG zurückzuverweisen, damit es unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Senats eine neue Billigkeitsabwägung treffen kann.

9. BGB §§ 1374, 1375, 1568 b; HausratsVO § 9 (*Einbeziehung des bei Eheschließung im Alleineigentum stehenden Hausrats in das Anfangsvermögen*)

1. **Haushaltsgegenstände, die im Alleineigentum eines Ehegatten stehen, können im Haushaltsverfahren nicht (mehr) dem anderen Ehegatten zugewiesen werden und unterliegen dem Zugewinnausgleich (im Anschluss an Senat, NJW 2011, 601 = FamRZ 2011, 183).**
2. **Sie unterfallen auch dann dem Zugewinnausgleich, wenn die Hausratsverteilung noch nach der bis zum 31.8.2009 geltenden HausratsVO durchgeführt wurde, sofern nicht ausnahmsweise eine anderweitige Zuweisung im Haushaltsverfahren vorgenommen wurde (im Anschluss an BGHZ 89, 137 = NJW 1984, 484 = FamRZ 1984, 144 und Senat, BGHZ 113, 325 = NJW 1991, 1741 = FamRZ 1991, 1166, sowie NJW 1991, 1547 = FamRZ 1991, 43).**

BGH, Urteil vom 11.5.2011, XII ZR 33/09; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Der Kläger begehrt Zugewinnausgleich. Die Parteien heirateten im Jahr 1963. Die Ehe ist auf den am 18.10.1997 zugestellten Antrag seit 1999 rechtskräftig geschieden worden.

Die Parteien streiten noch um die Einbeziehung des bei Eheschließung im Alleineigentum der Beklagten stehenden Hausrats („Aussteuer“) in deren Anfangsvermögen. Des Weiteren hat die Beklagte geltend gemacht, dass von ihrem Vater erbrachte Bauleistungen betreffend ein im Miteigentum der damaligen Eheleute stehendes Hausgrundstück als unentgeltliche Zuwendung ihrem Anfangsvermögen zuzurechnen seien.

Das AG hat die Beklagte zu einem Zugewinnausgleich von 30.876,30 € verurteilt. Das Berufungsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Klageabweisung weiter.

*Aus den Gründen:*

Die Revision hat Erfolg.

#### I.

Das Berufungsgericht hat in seinem in FamRZ 2009, 1326 veröffentlichten Urteil die vom Vater der Beklagten erbrachten Werkleistungen nicht als unentgeltlich angesehen. Die Beklagte habe den Beweis der Unentgeltlichkeit nicht erbracht. Sie habe eingeräumt, dass der Kläger als Architekt im Gegenzug für die Bauleistungen Planungsleistungen für ihren Vater erbracht habe. Für eine erhebliche Höherwertigkeit der Bauleistungen ihres Vaters gegenüber den Planungsleistungen des Klägers sei die Beklagte beweisfällig geblieben.

Nach der Auffassung des Berufungsgerichts darf die „Aussteuer“ entgegen der Rechtsprechung des BGH nicht aktiviert werden. Hausratsgegenstände seien vielmehr ohne Rücksicht darauf, ob sie im Alleineigentum eines Ehegatten stünden, ausschließlich nach der Maßgabe der Hausratsverordnung zwischen den Parteien zu verteilen. Hausratsverteilung und Zugewinnausgleich betreffen sich gegenseitig ausschließende Regelungsgegenstände. Während der Zugewinnausgleich mit seiner rechnerischen Ermittlung des Zugewinnausgleichsanspruchs aufgrund der Einbeziehung von unselbständigen Rechnungsposten im Anfangs- und Endvermögen einer Partei einen reinen zahlenmäßigen Geldausgleich schaffe, stelle die Hausratsverordnung eine Verteilungsordnung nach billigem Ermessen des Familienrichters dar, der die Hausratsgegenstände gerecht und zweckmäßig zu verteilen habe. Die dabei bestehende Gestaltungsmacht des Familiengerichts, den gesamten Hausrat ohne Rücksicht auf die Eigentumsverhältnisse nach billigem

Ermessen gerecht und zweckmäßig zu verteilen, schließe eine Anwendung der Zugewinnausgleichsvorschriften für Hausratsgegenstände generell aus. Eine gewisse Rücksichtnahme auf das Eigentum an Hausratsgegenständen bilde nur einen von mehreren Gesichtspunkten für die Hausratsverteilung. Die Gegenauffassung habe zur Folge, dass bei der Regelung der Scheidungsfolgen derselbe Gegenstand doppelt in zwei ganz unterschiedlich ausgestalteten Ausgleichsverfahren berücksichtigt werde. Über den Zugewinn könne erst entschieden werden, wenn die Hausratsverteilung stattgefunden habe. Diese lasse zudem nicht immer erkennen, ob eine Zuweisung gemäß § 9 Abs. 1 HausratsVO erfolgt sei. Im Ergebnis unterfielen Hausratsgegenstände ohne jede Ausnahme dem Hausratsverteilungsverfahren. Dabei sei der Begriff des Hausrats allerdings eng zu fassen. Gegenstände, die ausschließlich als Kapitalanlage oder für den Beruf eines Ehegatten dienten oder nach der Trennung angeschafft worden seien, blieben außer Betracht.

Dementsprechend seien Hausratsgegenstände sowohl im Anfangs- wie im Endvermögen außer Ansatz zu lassen. Würde man hingegen die Aussteuer aktivieren, so wäre auch im Endvermögen der im Alleineigentum stehende Hausrat zu aktivieren. Dazu hätten die Parteien nichts vorgetragen. Zwar wäre aufgrund der durch Beschluss des Familiengerichts im Jahr 2001 durchgeführten Hausratsverteilung zu ermitteln, welche Hausratsgegenstände im Alleineigentum der Beklagten gestanden hätten. Ein solches Vorgehen würde aber der rechtskräftigen Hausratsverteilung zuwiderlaufen, die nicht weniger als 371 Positionen an Hausratsgegenständen erfasst habe, ohne dass hier etwa Gegenstände des Alleineigentums einer Partei ausgenommen worden seien.

#### II.

Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts sind die bei Eheschließung im Alleineigentum der Beklagten stehenden Hausratsgegenstände („Aussteuer“) in ihrem Anfangsvermögen zu berücksichtigen.

1. Für den Zugewinnausgleich und seine Abgrenzung von den materiellen Vorschriften über die Hausratsverteilung ist das bei Entscheidung in der Revisionsinstanz geltende Recht anzuwenden.

Durch das Gesetz zur Änderung des Zugewinnausgleichs- und Vormundschaftsrechts vom 6.7.2009 (BGBl I, S. 1696) ist zum 1.9.2009 die Hausratsverordnung aufgehoben und § 1568 b BGB eingeführt worden. Das neue – materielle – Recht kommt mangels einer entsprechenden Übergangsregelung im vorliegenden Fall zur Anwendung (vgl. Senatsurteil vom 17.11.2010, XII ZR 170/09, FamRZ 2011, 183 Rdnr. 62; vgl. BT-Drucks. 16/10798, S. 25; OLG Schleswig, Beschluss vom 24.3.2010, 15 UF 166/09, juris Rdnr. 27 zur Anwendung von § 1568 a BGB).

Nach der Neuregelung in § 1568 b BGB besteht ein Anspruch auf Überlassung und Übereignung von Haushaltsgegenständen, der sich allein auf die im gemeinsamen Eigentum der Eheleute stehenden Haushaltsgegenstände richten kann. Die Haushaltsgegenstände im Alleineigentum eines Ehegatten bleiben hingegen nach den Vorstellungen des Gesetzgebers dem güterrechtlichen Ausgleich vorbehalten (BT-Drucks. 16/10798, S. 23). Diese Auffassung beruht auf der Rechtsprechung des BGH, insbesondere des Senats, nach welcher im Alleineigentum eines Ehegatten stehende Hausratsgegenstände grundsätzlich dem Zugewinnausgleich unterliegen (BGHZ 89, 137, 144 ff. = FamRZ 1984, 144, 146 f.; Senatsurteile BGHZ 113, 325, 333 = FamRZ 1991, 1166, 1168 f.

und vom 24.10.1990, XII ZR 101/89, FamRZ 1991, 43, 49). Die Gegenstände sind demnach nicht nur im Endvermögen, sondern notwendigerweise auch im Anfangsvermögen zu berücksichtigen.

Soweit die vorgenannte Rechtsprechung – übereinstimmend mit dem Berufungsgericht – dahin kritisiert worden ist, dass auch im Alleineigentum eines Ehegatten stehende Gegenstände nicht in den Zugewinnausgleich fielen, sondern von der Hausratsverteilung abschließend erfasst würden (so etwa Schwab, Handbuch des Scheidungsrechts, 5. Aufl., Rdnr. 28 m. w. N.), ist insoweit die Abgrenzung zwischen Hausratsverteilung und Zugewinnausgleich jedenfalls nach der neuen Rechtslage nicht mehr zweifelhaft. Denn danach ist eine Übertragung von im Alleineigentum eines Ehegatten stehenden Gegenständen nicht mehr möglich (Senatsurteil vom 17.11.2010, XII ZR 170/09, FamRZ 2011, 183 Rdnr. 62; *Johannsen/Henrich/Jaeger*, Familienrecht, 5. Aufl., § 1374 Rdnr. 14; *Staudinger/Weinreich*, 2010, § 1568 b Rdnr. 53; *MünchKommBGB/Koch*, 5. Aufl., § 1375 Rdnr. 7; vgl. auch Schwab, Handbuch des Scheidungsrechts, 6. Aufl., Rdnr. 30). Zwar ist auch gemäß § 1568 b BGB entsprechend der früheren Rechtslage auf Billigkeitskriterien abzustellen, insbesondere darauf, welcher Ehegatte unter Berücksichtigung des Wohls der im Haushalt lebenden Kinder und der Lebensverhältnisse der Ehegatten in stärkerem Maße auf die Nutzung angewiesen ist (vgl. *MünchKommBGB/Wellenhofer*, 5. Aufl., § 1568 b Rdnr. 11). Wenn demnach im Einzelfall in die Billigkeitsbetrachtung einfließen kann, dass etwa bei einem Ehegatten bereits Gegenstände vorhanden sind, die in dessen Alleineigentum stehen, hat dieser Umstand indessen untergeordnete Bedeutung und kann nicht dazu führen, dass die Gegenstände im Zugewinnausgleich außer Ansatz gelassen werden dürften.

2. Der Senat hat allerdings zuletzt offengelassen, ob diese Grundsätze auch uneingeschränkt gelten, wenn die Hausratsverteilung noch nach altem Recht durchgeführt worden ist (Senatsurteil vom 17.11.2010, XII ZR 170/09, FamRZ 2011, 183 Rdnr. 62), wie es im vorliegenden Fall geschehen ist.

a) Der Senat hält aber auch insoweit an seiner bisherigen Rechtsprechung fest, dass Hausratsgegenstände im Alleineigentum eines Ehegatten grundsätzlich dem Zugewinnausgleich unterfallen.

Die vom Berufungsgericht angeführten Gründe geben zu einer abweichenden Beurteilung keinen Anlass. Denn die Hausratsverteilung nach der HausratsVO enthielt ebenfalls den Grundsatz, dass Gegenstände im Alleineigentum eines Ehegatten dem Eigentümer verblieben und demnach nicht Gegenstand des Hausratsverteilungsverfahrens wurden. Da es sich bei Hausratsgegenständen – etwa bei Kunstwerken – durchaus um Gegenstände von beträchtlichem Wert handeln kann (vgl. Senatsbeschluss vom 14.3.1984, IVb ARZ 59/83, FamRZ 1984, 575), wäre es nicht einzusehen, dass solche Gegenstände weder im Hausratsverteilungsverfahren noch im güterrechtlichen Ausgleich Berücksichtigung finden sollten. Dass sich – wie das Berufungsgericht meint – das Interesse der Parteien vorwiegend auf den Gegenstand selbst richte und häufig das Affektionsinteresse im Vordergrund stehe, trifft jedenfalls in dieser Allgemeinheit nicht zu. Das Gleiche gilt für das Argument des Berufungsgerichts, dass der Wert des gesamten Hausrats – also auch der im Alleineigentum stehenden Gegenstände – bei der Hausratsverteilung berücksichtigt würde. Schließlich können auch von der Revisionserwiderung angeführte allgemeine Erwägungen der Praktikabilität hier nicht den Ausschlag geben, was im Übrigen auch der – oben aufgezeigten – neueren gesetzlichen Entwicklung entspricht.

b) Der Senat hat allerdings in seiner bisherigen Rechtsprechung auf mögliche Ausnahmen hingewiesen, die im Einzelfall zur Vermeidung von Widersprüchen zwischen beiden Ausgleichssystemen angezeigt sein können. Vom Grundsatz der Berücksichtigung im Zugewinnausgleich ist etwa abzuweichen, wenn die Ehegatten sich über eine Einbeziehung von Gegenständen in die Hausratsverteilung geeinigt haben (Senatsurteil BGHZ 113, 325, 333 f. = FamRZ 1991, 1166, 1168 f.). Entsprechendes muss gelten, wenn der Gegenstand vom Familiengericht im Rahmen der Hausratsverteilung gemäß § 9 Abs. 1 HausratsVO dem anderen Ehegatten zugewiesen worden ist. Dazu genügt es indessen nicht, dass nach einer im Rahmen eines Hausratsverfahrens ergangenen Entscheidung des Familiengerichts oder einer Einigung der Parteien bestimmte Gegenstände an den Alleineigentümer herausgegeben werden müssen. Denn derartige Regelungen beruhen – ohne Rücksicht auf ihre verfahrensrechtliche Behandlung – in der Sache auf dem Eigentumsrecht (§ 985 BGB). Sie erfordern keine Zuweisungsentscheidung des Familiengerichts und widersprechen auch nicht der Berücksichtigung im Zugewinnausgleich.

Etwas anderes kann demnach im vorliegenden Fall nur gelten, wenn nach der HausratsVO einzelne Gegenstände im Alleineigentum des einen Ehegatten dem anderen zugewiesen worden sind und hierfür etwa eine Entschädigung festgesetzt worden ist oder ein sonstiger Wertausgleich stattgefunden hat. Dass in der zwischen den Parteien ergangenen Hausratsentscheidung Gegenstände im Alleineigentum der Beklagten dem Kläger oder aber umgekehrt zugewiesen worden sein sollen, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Eine Einbeziehung in die Hausratsverteilung in dem Sinne, dass Gegenstände dem Alleineigentümer vom Besitzer herauszugeben sind, reicht – wie ausgeführt – nicht aus.

Dass schließlich die „Aussteuer“ mit einem beträchtlichen Wert von indexiert 91.316,61 DM in das Anfangsvermögen eingestellt worden ist, ist eine Frage der tatrichterlichen Feststellung und fällt ohnehin in die Darlegungs- und Beweislast der Partei, die sich auf vorhandenes Anfangsvermögen beruft. Unbedenklich ist schließlich auch, dass das Berufungsgericht die Entscheidung zur Hausratsverteilung nicht herangezogen hat, um das Parteivorbringen zum jeweiligen Endvermögen und etwa darin zu aktivierenden Hausratsgegenständen zu ergänzen. Dies entspricht dem Beibringungsgrundsatz und ist daher nicht zu beanstanden.

### III.

1. Das Berufungsurteil ist aufzuheben, weil es zu Unrecht den im Alleineigentum der Beklagten vorhandenen Hausrat nicht in deren Anfangsvermögen berücksichtigt hat. Der Senat kann in der Sache nicht abschließend entscheiden, weil es weiterer Tatsachenfeststellungen bedarf.

Der vom AG nach der Zeugenvernehmung geschätzte Wert der „Aussteuer“ ist vom Kläger in der Berufungsinstanz angegriffen worden. Das Berufungsgericht hat sich damit – von seinem Standpunkt aus folgerichtig – nicht befasset, was nachzuholen ist. Außerdem ist nunmehr zu klären, wie weitere Vermögensgegenstände im Endvermögen des Klägers (Architekturbüro, Brosche, Sandsteintrog und Mühlenstein), die vom AG noch nicht berücksichtigt worden sind und bei denen das Berufungsgericht die von der Beklagten behaupteten Werte von seinem Standpunkt aus hat unterstellen können, zu berücksichtigen und zu bewerten sind.

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

Die vom Vater der Beklagten an die Parteien erbrachten Werkleistungen hat das Berufungsgericht im Hinblick auf vom Kläger dem Vater der Beklagten erbrachte Architekten-

leistungen nicht als unentgeltlich feststellen können. Die Revision stützt sich insoweit auf die Zeugenaussage des Bruders der Beklagten, dass die Werkleistungen der Beklagten geschenkt werden sollten. Dagegen hat das Berufungsgericht herangezogen, dass auch die Beklagte vorgetragen hat, dass der Kläger Architektenleistungen an den Vater der Beklagten erbrachte. Auch wenn die Beklagte ohne konkrete Angaben zu einer Absprache vorgetragen hat, (nur) der Anteil des Klägers an den Werkleistungen solle durch Gegenleistungen des Klägers entgolten sein, hat das Berufungsgericht in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise allein aufgrund der Zeugenaussage eine auch teilweise Unentgeltlichkeit nicht feststellen können.

10. BGB §§ 1757, 1767 Abs. 2 (Namensänderung bei Volljährigenadoption)

**Auch bei der Volljährigenadoption erhält der Anzunehmende als Geburtsnamen den Familiennamen des Annehmenden (gegen AG Leverkusen, FamRZ 2008, 2058; RNotZ 2009, 544).**

OLG Hamm, Beschluss vom 30.6.2011, II-4 UF 186/10

Der Beteiligte zu 2 entstammt der geschiedenen Ehe seines im Jahre 1999 verstorbenen Vaters, dessen Nachnamen er als Geburtsnamen trägt, mit der Beteiligten zu 3. Diese ist seit 1974 mit dem Beteiligten zu 1 verheiratet. Mit notarieller Urkunde vom 4.2.2010 haben die Beteiligten beim Familiengericht beantragt, die Adoption des Beteiligten zu 2 durch den Beteiligten zu 1 auszusprechen mit der Maßgabe, dass mit der Annahme als Kind keine Namensänderung verbunden sein solle. Dies hat der Beteiligte zu 2 damit begründet, dass seine Tätigkeit als namhafter Journalist und Autor so sehr mit seinem Nachnamen L verbunden sei, dass im Falle einer Namensänderung eine erfolgreiche Fortsetzung seiner Arbeit nicht möglich sei. Die Regelung des § 1757 BGB sei jedenfalls bei Volljährigenadoptionen nicht mehr zeitgemäß und deshalb weit auszulegen.

Das AG hat den Adoptionsantrag zurückgewiesen und zur Begründung ausgeführt, § 1757 BGB schreibe zwingend vor, dass der Anzunehmende als Geburtsnamen den Familiennamen des Annehmenden erhalte.

Mit seiner hiergegen eingelegten Beschwerde verfolgt der Beteiligte zu 2 seinen Antrag weiter. Er meint, § 1757 BGB gestatte bei verfassungskonformer Auslegung auch eine Adoption ohne Namensänderung. Für ihn komme aus den dargelegten Gründen auch nur eine solche in Betracht.

*Aus den Gründen:*

## II.

Die gemäß §§ 58 FamFG zulässige Beschwerde ist unbegründet, denn das AG hat die beantragte Adoption zu Recht und mit zutreffender Begründung abgelehnt. Die Beteiligten haben die Adoption nur unter der Bedingung beantragt, dass der Beteiligte zu 2 seinen Geburtsnamen unverändert weiterführen kann; dies lässt das Gesetz jedoch nicht zu.

1. Für die Adoption Volljähriger gelten gemäß § 1767 Abs. 2 Satz 1 BGB die Vorschriften über die Annahme Minderjähriger entsprechend, soweit sich aus §§ 1768 bis 1772 BGB nichts anderes ergibt. Für die Namensführung enthalten die genannten Vorschriften keine Regelung, so dass diese sich uneingeschränkt nach § 1757 BGB richtet.

2. Gemäß § 1757 Abs. 1 Satz 1 BGB erhält der Anzunehmende als Geburtsnamen den Familiennamen des Annehmenden; der bisherige Familienname kann unter den Voraussetzungen des § 1757 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BGB dem neuen Familiennamen vorangestellt oder angefügt werden. Die von den Beteiligten angestrebte Fortgeltung des bisherigen Geburtsnamens des Beteiligten zu 2 ist im Gesetz nicht vorgesehen

(BayObLG, FamRZ 2003, 1869 ff., OLG Celle, FamRZ 1997, 115; OLG Karlsruhe, FamRZ 2000, 115, 116; BayObLG, FamRZ 2002, 1646 ff.)

3. Eine über den Wortlaut hinausgehende ergänzende Auslegung der Vorschrift ist nach Auffassung des Senats unzulässig.

a) Zwar hat das AG Leverkusen in zwei Entscheidungen (FamRZ 2008, 2058 und RNotZ 2009, 544) eine Volljährigenadoption auch ohne Namensänderung für zulässig gehalten, weil § 1757 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BGB hier nach Sinn und Zweck der Regelung nicht auf die Wahl eines Doppelnamens beschränkt sei. Für die Bitte des Angenommenen, ihm den bestehenden Namen zu belassen, enthalte das Gesetz eine Lücke, welche dadurch gefüllt werden könne, dass § 1757 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BGB über den Wortlaut hinaus nach Sinn und Zweck dahin ausgelegt werde, dass bei schwerwiegenden Gründen der Grundsatz der Namensfortführung Vorrang erhalte.

b) Der Senat folgt dieser Auffassung nicht, weil sie zum klaren Wortlaut des Gesetzes in Widerspruch steht und eine planwidrige und damit ausfüllungsbedürftige Regelungslücke nicht ersichtlich ist. Der Gesetzgeber hat die bei einer Adoption bestehenden namensrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten in § 1757 BGB abschließend geregelt und damit die Frage der Zulässigkeit einer Adoption ohne Namensänderung nicht etwa offengelassen, sondern verneint. Trotz mehrfacher Änderungen der weiteren in § 1757 BGB (bzw. § 1758 BGB a. F.) getroffenen Regelungen hat der Gesetzgeber an den namensrechtlichen Konsequenzen der Adoption festgehalten, um damit die namensrechtliche Eingliederung des Adoptierten in die Familie des/der Annehmenden zu dokumentieren. Es ist dem Familiengericht deshalb verwehrt, im Adoptionsdekret zu bestimmen, dass der als Kind Angenommene seinen bisherigen Geburtsnamen unverändert fortführt (BayObLG, FamRZ 2003, 1869 ff. m. w. N.; vgl. auch LG Münster, StAZ 2010, 113 f. und AG Münster, StAZ 2010, 79).

4. An der Verfassungsmäßigkeit der in § 1757 Abs. 1 Satz 1 BGB getroffenen Regelung besteht nach Auffassung des Senats kein Zweifel. Zwar wird der Geburtsname vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG) umfasst, weshalb der Namensträger verlangen kann, dass die Rechtsordnung seinen Namen respektiert und schützt. Dem Gesetzgeber ist jedoch erlaubt, diesen Anspruch im Hinblick auf die Funktion des Namens einzuschränken. Der Name hat als Unterscheidungsmerkmal nicht nur für den Namensträger Bedeutung, sondern erfüllt auch eine gesellschaftliche Funktion, wozu auch der Zweck gehört, die Zusammengehörigkeit der Familienmitglieder äußerlich sichtbar zu machen (BVerfG FamRZ 1988, 587, 589). Auch bei der Erwachsenenadoption wird der Anzunehmende in die Familie des Annehmenden aufgenommen. Dem entspricht es, dass er als Geburtsnamen den Familiennamen des/der Annehmenden erhält. Bei einer Volljährigenadoption bleiben zwar im Regelfall die Rechtsbeziehungen zu leiblichen Verwandten bestehen (§ 1770 Abs. 2 BGB), so dass hier auch andere namensrechtliche Regelungen als die des § 1757 Abs. 1 Satz 1 BGB denkbar sind. Dass der Gesetzgeber im Namensrecht der Verbindung des volljährigen Adoptierten zur neuen Familie den Vorrang eingeräumt hat, ist jedoch von Verfassungs wegen nicht zu beanstanden (BayObLG, a. a. O.; vgl. auch OLG Karlsruhe, FamRZ 2000, 115; OLG Celle, FamRZ 1997, 115).

### Hinweis der Schriftleitung:

Zur Auswirkung der Adoption auf die Namensführung siehe auch den Beitrag von *Wartenburger*, MittBayNot 2008, 504.

11. BGB § 2289 Abs. 1 Satz 2 (*Berechtigung aufgrund einer späteren testamentarischen Verfügung des Vertragserblassers*)

**Ob eine spätere testamentarische Verfügung des Vertragserblassers den Vertragserben i. S. v. § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB beeinträchtigt, ergibt sich aus dem Vergleich der im Erbvertrag und dem Testament festgelegten Rechtsstellung des Erben (hier: Auswechslung von Testamentvollstreckern).**

BGH, Urteil vom 6.4.2011, IV ZR 232/09; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Das Verfahren betrifft die Testamentvollstreckung über den Nachlass des am 20.7.1951 verstorbenen ehemaligen Kronprinzen Wilhelm Prinz von Preußen (Erblasser), dem ältesten Sohn des 1941 verstorbenen ehemaligen deutschen Kaisers Wilhelm II. Die Beklagte ist die dritte Ehefrau des ältesten Sohnes des am 25.9.1994 verstorbenen Louis Ferdinand Prinz von Preußen, der wiederum zweitältester Sohn des Erblassers war. Die Kläger zu 2 und 3 begehren unter Berufung auf ihr Amt als Testamentvollstrecker des Erblassers die Herausgabe eines von der Beklagten mit ihrem Ehemann bewohnten Hausgrundstücks, das nach ihrer Behauptung zum Nachlass gehört.

Der Ehemann der Beklagten wurde 2008 rechtskräftig zur Herausgabe des Grundstücks verurteilt (KG, Urteil vom 14.7.2008, 12 U 221/04, ZEV 2008, 528 = ZErB 2009, 62 f. = juris), nachdem der BGH zuvor die Fortdauer der Testamentvollstreckung bis zum Tode des letzten Testamentvollstreckers, der innerhalb von 30 Jahren seit dem Erbfall zum Testamentvollstrecker ernannt wurde, bestätigt hatte (BGHZ 174, 346 = MittBayNot 2008, 301).

Die Beklagte hält – neben anderen Einwänden – die Kläger schon nicht für prozessführungsbefugt. Dem Streit der Parteien um die wirksame Berufung der Testamentvollstrecker in ihr Amt liegen zwei letztwillige Verfügungen des Erblassers aus den Jahren 1938 und 1950 zugrunde. 1938 schloss dieser mit seinem Sohn unter Beteiligung von Wilhelm II. einen Erbvertrag. Darin wurde Louis Ferdinand Prinz von Preußen zum alleinigen Erben eingesetzt (§ 1 Abs. 1 Satz 1) mit verschiedenen Vor- und Nacherbschaftsregelungen unter Einbeziehung der Grundsätze der „alten Hausverfassung des brandenburg-preußischen Hauses“; die Erbfolge nach dem Erblasser ist nach wie vor umstritten. Zur Ausführung seines letzten Willens ordnete er Testamentvollstreckung an. Dazu heißt es auszugsweise:

„§ 4. Der Kronprinz ordnet zur Ausführung seines letzten Willens eine Testamentvollstreckung an, ...“

§ 5. Zu Testamentvollstreckern werden ernannt:

der jeweilige Erbe, sofern er das 28. Lebensjahr vollendet hat,

Prinz Eitel Friedrich von Preußen,

Generalmajor a. D. W. von D.,

Major a. D. O. von Mü. ...“

Falls die zu 2 bis 4 Genannten vor oder nach dem Erbfall wegfallen, treten an die Stelle:

des zu 2 Genannten: der Älteste der in § 2 als Nacherben berufenen Familienmitglieder aus dem Mannesstamm des Kronprinzen, des zu 3 Genannten: sein jeweiliger Amtsnachfolger in der Generalverwaltung des vormals regierenden preußischen Königshauses, und zwar während seiner Amtszeit, c) des zu 4 Genannten: Rechtsanwalt H. C. von Hü. Wenn für den zu 4 Genannten ein Ersatztestamentvollstrecker nicht vorhanden ist, haben die jeweils vorhandenen Testamentvollstrecker durch eine gemeinschaftliche öffentlich-beglaubigte Erklärung, die dem Nachlassgericht einzureichen ist, den fehlenden Ersatztestamentvollstrecker zu ernennen. Die Erklärung kann in der gleichen Weise widerrufen oder ersetzt werden. Falls eine Lücke entsteht, die nach den vorstehenden Bestimmungen nicht ausgefüllt werden kann, insbesondere wenn die Testamentvollstrecker sich nicht einig oder die gemeinschaftliche Erklärung nicht binnen Monatsfrist nach Aufforderung durch einen Testamentvollstrecker eingereicht wird, wird das Nachlassgericht ersucht, nach Anhörung der Testamentvollstrecker und des

jeweiligen Erben einen Ersatz-Testamentvollstrecker zu ernennen.

§ 6.

Die Testamentvollstrecker üben ihr Amt gemeinschaftlich aus. Sie fassen ihre Beschlüsse, soweit nichts anderes bestimmt ist, nach Stimmenmehrheit. Ist der Erbe Testamentvollstrecker, so ist er Chef der Verwaltung, hat den Vorsitz und entscheidet bei Stimmgleichheit. [...]

§ 7.

Die Testamentvollstrecker führen ihr Amt ehrenamtlich aus, sie können aus besonderen Gründen durch einstimmigen Beschluss eine Vergütung bewilligen.

§ 8.

Die Testamentvollstrecker haben folgende Aufgaben:

1) Die Ausführung der letztwilligen Verfügungen, soweit sie gemäß § 4 der Testamentvollstreckung unterliegen, Die Verwaltung der Testamentvollstrecker soll so lange bestehen, als es das Gesetz zulässt (BGB § 2210), also mindestens 30 Jahre nach dem Tod des Kronprinzen, mindestens bis zum Tod des Erben (Nacherben) und mindestens bis zum Tode der Testamentvollstrecker oder ihrer Nachfolger. ...“

In dem 1950 errichteten Testament traf der Erblasser mit Blick auf die „seit 1945 eingetretenen Veränderungen der politischen Verhältnisse in Deutschland“ und die Änderung seiner „Vermögensverhältnisse durch außergewöhnliche Vermögensverluste im Osten“ und der damit veränderten „Geschäftsgrundlage für die damals getroffenen Verfügungen“, unter anderem folgende Regelungen:

„1. Das Vertragswerk 1938 wird aufrechterhalten. Universalerbe von mir bleibt sonach mein Sohn Prinz Louis Ferdinand von Preußen nach Maßgabe des Erbvertrages vom 23. XI.1938. ...“

Nr. 2 bis 5 des Testaments betreffen Vermächtnisse zugunsten seiner Ehefrau und Kinder.

„6. In Abänderung des Paragraphen 5 des Erbvertrages von 1938 werden als Testamentvollstrecker für die Ausführung des Erbvertrages von 1938 und dieser letztwilligen Verfügung ernannt:

1). C. H. Graf von H.

2). Dr. H. J.

3). Rechtsanwalt F. von S.

Zu Ersatztestamentvollstreckern ernenne ich:

für den Testamentvollstrecker zu 1):

K. von S.

für den Testamentvollstrecker zu 2.):

Herrn O. M.

für den Testamentvollstrecker zu 3.):

Rechtsanwalt R. Graf von G.

Sind ein oder mehrere Testamentvollstrecker oder Ersatztestamentvollstrecker fortgefallen oder erfolgt dies während der Dauer der Testamentvollstreckerschaft, so soll der Präsident des Deutschen Bundesgerichts auf Vorschlag der noch vorhandenen Testamentvollstrecker Ersatztestamentvollstrecker ernennen.

Die Befugnisse der Testamentvollstrecker ergeben sich aus dem Erbvertrag 1938. ...“

Die vom Erblasser persönlich ernannten Testaments- und Ersatztestamentvollstrecker sind inzwischen weggefallen. Die noch amtierenden Testamentvollstrecker haben nach Bestimmung durch den Präsidenten des BGH – 1975 der Kläger zu 2 und 2008 der Kläger zu 3 – ihr Amt angetreten.

Das LG hat ihre Prozessführungsbefugnis bejaht und der Klage stattgegeben. Das Berufungsgericht hat dies wegen nicht wirksamer Besetzung des Testamentvollstreckerergremiums verneint und die Klage abgewiesen. Mit der hiergegen gerichteten Revision erstreben die Kläger die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

*Aus den Gründen:*

Die zulässige Revision führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

## I.

Das Berufungsgericht, dessen Urteil in FamRZ 2010, 498 abgedruckt ist, hat ausgeführt:

Anders als vom 12. Senat des KG in dem rechtskräftigen Urteil gegen den Ehemann der Beklagten (a. a. O. juris Rdnr. 54) angenommen, sei die Frage der richtigen Besetzung des Testamentsvollstreckerremiums wegen der davon abhängigen Prozessführungsbefugnis vom Prozessgericht zu prüfen, ohne insoweit an Entscheidungen des Nachlassgerichts gebunden zu sein.

Die Kläger seien nicht wie im Fall des § 2200 BGB vom Nachlassgericht ernannt worden, sondern gemäß § 2198 Abs. 1 BGB durch einen Dritten. Mangels rechtsgestaltender Entscheidungen des Nachlassgerichts scheidet eine Bindung des Prozessgerichts hier aus.

Den klagenden Ersatztestamentsvollstreckern fehle die Prozessführungsbefugnis. Für ihre Ernennung durch den Präsidenten des BGH auf Vorschlag eines ebenfalls falsch besetzten Testamentsvollstreckerremiums habe es keine Grundlage gegeben. Die von § 5 des Erbvertrages abweichenden Bestimmungen in Nr. 6 des Testaments seien gemäß § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB unwirksam. Dem Vertragserben sei durch das spätere Testament seine im Erbvertrag vorgesehene starke Stellung als Mitttestamentsvollstrecker genommen worden. Er habe dadurch die Möglichkeit verloren, direkten Einfluss auf die Verwaltung des Nachlasses auszuüben. Für ihn als Vertragserben habe zudem die Gefahr bestanden, dass eine Testamentsvollstreckung ausschließlich durch familienfremde Personen eine nicht mehr an den Interessen des Hauses Preußen gemäß dem Verständnis des jeweiligen Erben orientierte Eigendynamik entwickle.

## II.

Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

Die Kläger sind prozessführungsbefugt.

Für ihre Ernennung zu Ersatztestamentsvollstreckern bildet der Erbvertrag i. V. m. dem Testament die maßgebliche Rechtsgrundlage. Die Auffassung des Berufungsgerichts, der Vertragserbe sei durch die Änderungen des Testamentsvollstreckerremiums einschließlich der Nachfolgeregelung vom Vertragserblasser in seinen Rechten beeinträchtigt worden, trifft nicht zu. Die im Erbvertrag festgelegte Stellung des Vertragserben als Mitttestamentsvollstrecker wird durch das Testament nicht berührt. Auf Fragen etwaiger Bindungen des Prozessgerichts durch Entscheidungen des Nachlassgerichts kommt es daher nicht an.

1. Das Berufungsgericht beachtet bereits nicht hinreichend, dass die im Testament zur Testamentsvollstreckerernennung getroffenen einzelnen Verfügungen separater rechtlicher Beurteilung unterliegen. Die von ihm lediglich in den Blick genommene Beeinträchtigung des Vertragserben durch Entzug der Testamentsvollstreckerbefugnis hätte nur zur Folge, dass dem Vertragserben diese Rechtsstellung aus § 5 Nr. 1 des Erbvertrages verblieben wäre. Die Wirksamkeit der übrigen testamentarischen Verfügungen zur Umbesetzung der drei weiteren Testamentsvollstrecker mit gesonderten Nachfolgeregelungen wäre davon nicht berührt. Das Berufungsgericht befasst sich damit nicht. Die von ihm allein herangezogene Begründung für eine falsche Besetzung des Testamentsvoll-

streckerremiums seit 1951 aufgrund einer Unwirksamkeit des Testaments insgesamt trägt mithin nicht.

2. Aus der Natur des Erbvertrages als einer „wirklich vertraglichen letztwilligen Verfügung“ (BGHZ 26, 204, 207; MünchKommBGB/Musielak, 5. Aufl., § 2289 Rdnr. 2; Planck/Greif, BGB, 4. Aufl., Vorbem. 2 vor § 2274) ergibt sich, dass Vertragserblasser in ihrer Testierfreiheit nur so weit beschränkt sind, als sie sich durch den Vertrag gegenüber den Vertragserben als Vertragspartner gebunden haben. Der Bindungsumfang ist ggf. im Auslegungsweg zu ermitteln (BGHZ 26, 204, 208, 211).

Dem Vertragserblasser sind danach nur solche späteren testamentarischen Verfügungen untersagt, die den Vertragserben in seiner im Erbvertrag nach Inhalt und Umfang von den Parteien formulierten Rechtsstellung beeinträchtigen. Auf bloß wirtschaftliche Aspekte darf dabei nicht abgestellt werden, dies wäre mit dem Wesen des Erbvertrages unvereinbar (BGHZ 26, 204, 214; Muscheler, Erbrecht Bd. I, 2010, Rdnr. 2228; a. A. wohl Soergel/Wolf, BGB, 13. Aufl., § 2289 Rdnr. 3). § 2289 Abs. 1 BGB will das Recht des vertraglichen Bedachten, nicht dessen wirtschaftlichen Erwerb schützen (Lange, Erbrecht, 1962, S. 407). Eine weitergehende Einschränkung der Testierfreiheit als durch die im Zusammenhang mit der Erbeinsetzung vertraglich begründeten Rechte scheidet auch nach dem Verständnis des historischen Gesetzgebers aus, der folgerichtig keinen Anlass sah, einem etwaigen Vorbehalt nachträglicher Verfügungen Schranken zu ziehen, sofern er nicht den Vertrag selbst inhaltslos macht (vgl. Jacobs/Schubert, Die Beratung des BGB; § 2289 S. 1792 unter Verweis auf Prot. I 1003; Motive V S. 332).

Nach dieser Beurteilungsgrundlage ist die im Erbvertrag 1938 mit dem ehemaligen Kronprinzen vereinbarte Rechtsstellung seines Sohnes durch das zwölf Jahre später wegen grundlegend veränderter Verhältnisse veranlasste Testament nicht angetastet worden.

a) Bereits in der Vorbemerkung des Testaments legt der Vertragserblasser seinen Entschluss offen, es trotz der geänderten Verhältnisse bei dem Erbvertrag zu belassen und lediglich seine Ehefrau und seine Kinder in ähnlicher Weise zu sichern, wie seine Geschwister von seinem Vater sichergestellt worden sind. Die von dieser – in den Vermächtnisregelungen der Nr. 2 bis 5 des Testaments näher ausgestalteten – Zielsetzung unberührte Rechtsstellung des Vertragserben wird in der unmittelbar folgenden Nr. 1 des Testaments ausdrücklich festgeschrieben, die das Vertragswerk 1938 aufrechterhält und es bei dem Vertragserben „als Universalerbe nach Maßgabe des Erbvertrages vom 23. XI.1938“ belässt. Das schließt dessen Stellung als einflussreicher (Mit-)Testamentsvollstrecker ein. Die Fortgeltung der erbvertraglichen Testamentsvollstreckungsregelungen wird in Nr. 7 des Testaments für die Befugnisse der Testamentsvollstrecker noch einmal unterstrichen. Der Vertragserbe hat danach seine im Erbvertrag im Einzelnen ausgestaltete Stellung als (Mit-)Testamentsvollstrecker durch das Nachfolgetestament nicht verlieren sollen und auch nicht verloren.

Anderes ist entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht der Nummerierung der in Nr. 6 des Testaments namentlich aufgeführten Testamentsvollstrecker zu entnehmen. Es besteht kein Anhalt für einen über die bloße Änderung des Kreises der weiteren Testamentsvollstrecker hinausgehenden Verfügungsgehalt in Richtung auf einen Ausschluss des Vertragserben von der für ihn bis dahin vertraglich festgelegten Beteiligung an der Testamentsvollstreckung unter zusätzlicher Verkleinerung des Testamentsvollstreckerremiums von vier auf drei Personen. Der Vertragserblasser hätte nach

der ausdrücklich unter Nr. 1 des Testaments bestätigten Fortgeltung des Vertragswerks für den Vertragserben als Universalerben im Gegenteil Anlass gehabt, eine solche Beschränkung deutlich herauszustellen. Zudem ist die mit dem Erbvertrag erstrebte Höchstdauer der Testamentsvollstreckung (BGHZ 174, 346, 349 f.; 140, 118, 129) besser mit einem Testamentsvollstreckergremium im vertraglich vorgesehenen Umfang als mit einem verkleinerten abgesichert.

Die Nummerierung 1). bis 3). in Nr. 6 des Testaments lässt sich zwanglos auf die Nachfolgeregelung in § 5 a) bis c) des Erbvertrages beziehen. Die gewählte Einteilung nach Buchstaben bot sich nach der vorstehenden – numerischen – Aufzählung der Ersttestamentsvollstrecker an. Für eine solche Änderung einer Einteilung in Buchstaben anstelle von Nummern bestand in der Fassung von Nr. 6 des Testaments kein Anlass.

Die Fortgeltung der erbvertraglichen Regelungen mit dem klaren Ziel, das sogenannte Hausvermögen solange wie möglich separiert zu erhalten, war nach den erkennbaren Vorstellungen des Vertragserblassers am besten mit dem Vertragserben zu erreichen. Eine Beschränkung seiner Einflussmöglichkeiten durch Ausschluss von der Testamentsvollstreckung wäre damit unvereinbar. Eine Beschneidung der Testamentsvollstreckerrechte des Vertragserben enthält die spätere testamentarische Verfügung des Vertragserblassers nicht.

b) Dies ist auch mit der Auswechslung der in § 5 Nr. 2. bis Nr. 4. des Erbvertrages genannten Testamentsvollstrecker nicht verbunden.

aa) Allerdings wird die Frage, inwieweit in einer bloßen Auswechslung von Testamentsvollstreckern eine Beeinträchtigung i. S. v. § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB liegen kann, in Rechtsprechung und Literatur nicht einheitlich beantwortet, wobei die Unterschiede zum Teil mehr terminologischer als inhaltlicher Natur sind.

Die wohl überwiegende Auffassung in der Literatur sieht in einer solchen Auswechslung keine Beeinträchtigung (vgl. *Palandt/Edenhofer*, 70. Aufl., § 2289 Rdnr. 5; *Bamberger/Roth/Litzenburger*, Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Edition 18 Stand 1.8.2010, § 2289 Rdnr. 10 b; *FA-Komm-ErbR/Zimmer*, 2. Aufl., § 2289 BGB Rdnr. 11; *Staudinger/Kanzleiter*, 2006, § 2270 Rdnr. 19; einschränkend wohl § 2289 Rdnr. 19; *MünchKommBGB/Musielak*, 5. Aufl., § 2289 Rdnr. 10; *Damrau/Krüger*, *Erbrecht*, 2004, § 2289 BGB Rdnr. 2; *Burandt* in *Deutscher Erbrechtskommentar*, 2003, § 2289 BGB Rdnr. 12; *Soergel/Wolf*, a. a. O., Rdnr. 10).

Andere gehen dagegen in diesen Fallgestaltungen eher von einer grundsätzlichen Benachteiligung aus (*Meyding*, ZEV 1994, 98, 100) oder davon, ob die Bedachten im Einzelfall gegenüber der ursprünglichen Verfügung konkret messbar benachteiligt sind (*Zimmermann*, *Die Testamentsvollstreckung*, 3. Aufl., Rdnr. 19; *Erman/M. Schmidt*, BGB, 12. Aufl., § 2289 Rdnr. 5; *AnwKommBGB/Kornexl*, 2. Aufl., § 2278 Rdnr. 8 und § 2289 Rdnr. 35; *M. Hamdan/B. Hamdan* in *jurisPK-BGB*, 5. Aufl. 2010, § 2289 Rdnr. 16; *Reimann*, ZEV 2001, 273, 274).

Die Rechtsprechung stellt demgegenüber seit Langem den Inhalt des Erbvertrages als Vergleichsmaßstab für nachfolgende testamentarische Verfügungen in den Vordergrund und bemisst danach, ob im konkreten Fall eine Beeinträchtigung der Rechte des Vertragserben auszumachen ist (BGHZ 26, 214; KG, ZEV 2010, 40; OLG Düsseldorf, ZEV 1994, 302; OLG Hamm, ZEV 2001, 271, 272; OLG Stuttgart, OLGZ 1979, 49, 51; KG, FamRZ 1977, 485, 487; LG Stade, MDR 1960, 142; OLG Hamburg, HansGZ 1920 B 110).

An diesem Ansatz der Rechtsprechung ist festzuhalten. Die Frage einer Beeinträchtigung lässt sich ohne vorherige Ermittlung des Vertragsinhalts nicht beantworten. Erst so lässt sich feststellen, ob die spätere letztwillige Verfügung die vertragsmäßige Zuwendung mindern, beschränken, belasten oder gegenstandslos machen würde (*Muscheler*, a. a. O. Rdnr. 2227). Für eine Gewichtung der Beeinträchtigung etwa nach „Spürbarkeit“ oder „Messbarkeit“ (KG a. a. O.) ist dabei allerdings kein Raum. Derartige Begriffe böten im Übrigen kein sicheres Abgrenzungskriterium (*Bamberger/Roth/Litzenburger*, a. a. O.).

Auch bei abstrakter Fragestellung nach beeinträchtigenden Wirkungen bei bloßer Auswechslung von Testamentsvollstreckern ist eine völlige Abkopplung von dem Erbvertragsinhalt mit seinen Bindungen nicht möglich. Zwar hat der historische Gesetzgeber eine „Bindung in Ansehung der Ernennung eines Testamentsvollstreckers“ für „nicht statthaft“ gehalten, weil dem Testamentsvollstrecker eine Vertrauensstellung eingeräumt werden solle und deswegen „in Ansehung“ des „Wechsels der Verhältnisse und der Gesinnung des Ernennenden“ ein Widerruf jederzeit offenbleiben müsse (Motive V S. 334). Die Parteien haben indes die alleinige Herrschaft über den Vertragsinhalt. Mithin verbleibt ihnen auch die Möglichkeit, die Rechtsstellung eines Vertragserben auf die Person des Testamentsvollstreckers so auszudehnen, dass bei einem Auswechseln dieser Person seine – vertraglich so festgelegten – Rechte beeinträchtigt werden können. Das wird sich erst – wenn es an ausdrücklichen Regelungen fehlt – im Auslegungsweg ermitteln lassen.

bb) Im Streitfall scheidet eine solche Rechtsbeeinträchtigung des Vertragserben aus. Er wird als Erbe und Mitttestamentsvollstrecker durch die testamentarische Auswahl der neuen Testamentsvollstrecker in seinem durch den Erbvertrag garantierten Handlungsrahmen rechtlich nicht eingeschränkt.

Eine bindende Festlegung auf ein zweites Familienmitglied im Kreis der Testamentsvollstrecker ist im Erbvertrag ebenso wenig erfolgt wie auf den jeweiligen Amtsinhaber in der Generalverwaltung. Im Gegenteil beschränkte ein solches Verständnis den Vertragserben in seinem Auswahlrecht bei künftigen Ersatztestamentsvollstreckern. Einen Erfahrungssatz, dass das in § 8 Abs. 3 des Erbvertrages vorgegebene Hauptinteresse an einer „dauernden Aufrechterhaltung einer einheitlichen Verwaltung des Nachlasses“ zur „Erhaltung des Besitzes“ durch Familienmitglieder regelmäßig besser gesichert ist, gibt es ohnehin nicht. Dieses Auswahlrecht ist ihm bei der geänderten Nachfolgeregelung ungeschmälert geblieben. Seine im Erbvertrag insoweit festgelegten Einflussmöglichkeiten unter Einbeziehung der übrigen Testamentsvollstrecker und Gerichte hat er behalten.

Die Neubestimmung der Testamentsvollstrecker war zudem nach den erheblichen Veränderungen der Verhältnisse seit Abschluss des Erbvertrages erforderlich, um das von beiden Vertragspartnern verfolgte Vertragsziel nicht zu gefährden. So war die in § 5 Nr. 2. des Erbvertrages genannte Manneslinie fortgefallen und die Generalverwaltung erforderte nach Amt und Person eine neue Bestimmung, um die vertraglich festgelegten Gesamtinteressen des Hauses Preußen zu sichern.

Entgegen der Revisionserwiderung kann auch in dem Umstand, dass von den neuen Testamentsvollstreckern eine ehrenamtliche Tätigkeit nicht zu erwarten gewesen sei, keine Beeinträchtigung der Rechte des Vertragserben liegen. Abgesehen davon, dass damit allenfalls wirtschaftliche Aspekte angesprochen werden, sieht bereits § 7 Hs. 2 des Erbvertrages die Bewilligung einer Testamentsvollstreckervergütung vor. Daran hat sich durch das Testament nichts geändert.



3. Den Vertragserben beeinträchtigende und damit ungültige testamentarische Verfügungen i. S. v. § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB, die die Prozessführungsbefugnis des Klägers in Zweifel ziehen könnten, scheiden insgesamt aus. (...)

#### Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch den Beitrag von *Weidlich*, MittBayNot 2011, 453 (in diesem Heft).

12. BGB §§ 2069, 2078 Abs. 1, 2270 Abs. 1, 2, 2271 (*Wechselbezügliche Erbeinsetzung von Kindern aus früherer Ehe eines Ehegatten*)

1. **Die Wechselbezüglichkeit der Einsetzung der Kinder des vorverstorbenen Ehegatten aus dessen erster Ehe als Schlusserven entfällt nicht allein deswegen, weil der überlebende Ehegatte erhebliches Vermögen von seiner Verwandtschaftsseite nach dem Tod des vorverstorbenen Ehegatten erhalten hat.**
2. **Der überlebende Ehegatte ist jedoch dann zu einer neuen Verfügung befugt, wenn und soweit im Rahmen der ergänzenden Testamentsauslegung eine entsprechende Abänderungsbefugnis festgestellt werden kann. Hierbei ist sowohl hinsichtlich der Annahme als auch des Umfangs der Abänderungsbefugnis ein strenger Maßstab anzulegen.**
3. **Ein Irrtum über die mit dem Tod des Erstverstorbenen eintretende Bindungswirkung bei wechselbezüglichen Verfügungen stellt keinen zur Anfechtung berechtigenden Inhaltsirrtum dar (im Anschluss an BayObLG, FamRZ 2003, 259).**

OLG München, Beschluss vom 28.3.2011, 31 Wx 93/10; mitgeteilt von *Margaretha Förth*, Richterin am OLG München

Die 2009 im Alter von 81 Jahren verstorbene Erblasserin war verwitwet und kinderlos. Ihr Ehemann ist 1983 vorverstorben. Aus der ersten Ehe des vorverstorbenen Ehegatten gingen der Beteiligte zu 1 sowie G. M., verstorben am ... 2006, unter Hinterlassung des Beteiligten zu 2, geboren 1976, hervor.

Am 23.10.1982 errichteten die Erblasserin und ihr Ehemann ein gemeinschaftliches Testament, in dem sie sich gegenseitig zu alleinigen Erben ihres gesamten Nachlasses einsetzten. Erbe des Letztverstorbenen sollten der Beteiligte zu 1 sowie G. M. sein.

Am 29.11.2007 errichtete die Erblasserin ein handschriftliches Testament, in dem sie ihre Nichte, die Beteiligte zu 3, als Alleinerbin einsetzte.

Die Beteiligte zu 3 hat die Erteilung eines Erbscheins beantragt, der sie als Alleinerbin ausweist. Sie ist der Ansicht, für die Erbfolge sei das Testament vom 29.11.2007 maßgeblich. Die Verfügungen im gemeinschaftlichen Testament vom 23.10.1982 seien jedenfalls hinsichtlich der Schlusserbeneinsetzung nicht wechselbezüglich, so dass die Erblasserin neu habe testieren können. Darüber hinaus stamme der Nachlass im Wesentlichen aus einer Erbschaft der Erblasserin, die ihr erst nach dem Tod des Ehemannes zugefallen sei. Es sei von den Ehegatten keinesfalls beabsichtigt gewesen, die Erblasserin hinsichtlich des unerwarteten Vermögensanfalls zu binden. Außerdem fechte sie das gemeinschaftliche Testament hinsichtlich der Schlusserbeneinsetzung an, da sich die Erblasserin bei der Schlusserbeneinsetzung in einem Irrtum befunden habe. Diese habe nicht damit gerechnet, dass ihr jüngerer Bruder vor ihr versterben und sie ihn beerben würde. Dies ergebe sich bereits daraus, dass sie im Jahr 2007 nach dem Tod ihres Bruders ein neues Testament errichtet habe.

Die Beteiligten zu 1 und 2 sind dem Antrag entgegengetreten und haben ihrerseits einen Erbschein beantragt, der sie als Miterben zu je 1/2 ausweist. Sie sind der Auffassung, für die Erbfolge sei das gemeinschaftliche Testament von 1982 maßgeblich. Nach dem Tod des Ehemannes habe die Erblasserin die wechselbezügliche Schlusserbenein-

setzung nicht mehr ändern dürfen. Der Beteiligte zu 2 sei als Sohn der vorverstorbenen Tochter des Ehemannes an deren Stelle getreten.

Das Nachlassgericht hat mit Beschluss vom 15.3.2010 unter inzidenter Zurückweisung des Erbscheinsantrags der Beteiligten zu 3 einen Erbschein bewilligt, wonach die Beteiligten zu 1 und 2 Miterben zu je 1/2 sind. Das Nachlassgericht kam zu dem Ergebnis, dass die Einsetzung der Kinder des vorverstorbenen Ehemannes in dem gemeinschaftlichen Testament von 1982 aufgrund wechselbezoglicher Verfügungen der Ehegatten erfolgt sei. Diese Wechselbezüglichkeit ent falle auch nicht dadurch, dass die Erblasserin nach dem Tod des Ehemannes als Miterbin nach ihrem am 16.7.2006 verstorbenen Bruder in erheblichem Umfang Grund- und Geldvermögen geerbt habe. Auch die erklärte Anfechtung des Testaments wegen Irrtums greife nicht durch, da diese bereits daran scheitere, dass die Anfechtungsfrist gemäß §§ 2283, 2082 BGB abgelaufen sei. Der Beteiligte zu 2 trete als Ersatzerbe seiner vorverstorbenen Mutter gemäß § 2069 BGB in deren Miterbenstellung ein.

Mit der Beschwerde macht die Beteiligte zu 3 geltend, dass das Nachlassgericht rechtsfehlerhaft zu dem Ergebnis gekommen sei, dass sich die Erbfolge ausschließlich nach dem Testament vom 23.10.1982 bestimme. Entgegen der Auffassung des Nachlassgerichts liege eine Wechselbezüglichkeit nicht vor. Hinreichende Anhaltspunkte für eine solche Annahme ergäben sich nicht aus dem Testament. Zudem hätten sich die Ehegatten hinsichtlich einer etwaigen Wechselbezüglichkeit ihrer Verfügungen keine Gedanken gemacht. Auch habe sich das Nachlassgericht nur unzureichend mit der Frage einer etwaigen ergänzenden Testamentsauslegung, die die Wechselbezüglichkeit der Verfügungen entfallen lasse, auseinandergesetzt. Zu Unrecht habe auch das Nachlassgericht die Möglichkeit einer Testamentsanfechtung verneint.

Aus den Gründen:

## II.

Die zulässige Beschwerde ist nicht begründet. Die Auffassung des Nachlassgerichts, dass sich die Erbfolge nach der Erblasserin nach dem Testament vom 23.10.1982 bestimmt, erweist sich im Ergebnis als zutreffend.

1. Die Erbfolge nach der Erblasserin bestimmt sich nicht nach dem von ihr errichteten Testament vom 29.11.2007, sondern nach dem mit ihrem Ehemann errichteten gemeinschaftlichen Testament vom 23.10.1982. Da die dort angeordnete Schlusserbeneinsetzung zu ihrer eigenen Einsetzung als Alleinerbin ihres Ehemannes wechselbezüglich i. S. d. § 2270 BGB ist, war die Erblasserin in entsprechender Anwendung des § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB daran gehindert, die Erbeinsetzung nach ihrem Ableben davon abweichend zu regeln.

a) Ob die Erblasserin eine Wechselbezüglichkeit i. S. d. § 2270 BGB angeordnet haben, ist nicht generell zu bestimmen, sondern muss für jede einzelne Verfügung gesondert geprüft und bejaht werden (BGH, NJW-RR 1987, 1410; OLG München, FamRZ 2007, 2111). Dies setzt zunächst voraus, dass die einzelnen Verfügungen ermittelt und festgestellt werden. Erst wenn dies der Fall ist, kann sich die Frage anschließen, ob einer bestimmten Verfügung Wechselbezüglichkeit beizumessen ist. Dabei stellt eine Ersatzerbeneinsetzung (§ 2096 BGB) im Verhältnis zur Einsetzung des zunächst bedachten Erben eine selbständige, gesonderte Verfügung dar. Die Wechselbezüglichkeit der Ersatzberufung, und nicht diejenige der Einsetzung des weggefallenen Schlusserven, steht dabei inmitten (vgl. OLG München, FamRZ 2010, 1846). Es stellt sich daher zunächst die Frage, ob infolge des Vorversterbens der ursprünglich als Miterbin eingesetzten G. M. der Beteiligte zu 2 als Abkömmling der G. M. im Wege der Ersatzerbfolge an deren Stelle treten sollte, oder ob insoweit bei dem Beteiligten zu 1, dem zweiten Schlusserven, Anwachung eintritt (§ 2094 BGB). Dabei ist zu beachten, dass des Recht des Ersatzerben der Anwachung vorgeht (§ 2099 BGB).

b) Eine ausdrückliche Ersatzerbeneinsetzung findet sich in dem gemeinschaftlichen Testament nicht. Sie ergibt sich jedoch im Wege individueller Auslegung.

aa) Dabei ist zunächst zu prüfen, ob die Erblasser im Zeitpunkt der Errichtung der Verfügung an die Möglichkeit eines vorzeitigen Wegfalls des von ihnen eingesetzten Erben tatsächlich gedacht haben und was sie für diesen Fall wirklich oder mutmaßlich gewollt haben (OLG Hamm, FamRZ 1991, 1483 f.; OLG Frankfurt, FamRZ 1996, 829, 830). Kann der wirkliche oder mutmaßliche Wille nicht festgestellt werden, ist eine ergänzende Auslegung in Betracht zu ziehen. Ist der Bedachte eine dem Erblasser nahe stehende Person, so legt die Lebenserfahrung die Prüfung nahe, ob der Erblasser eine Ersatzerbenberufung der Abkömmlinge des Bedachten gewollt hat oder gewollt haben würde. Entscheidend ist, ob die Zuwendung dem Bedachten als ersten seines Stammes oder nur ihm persönlich gegolten hat. Die erforderliche Andeutung im Testament kann dann schon in der Tatsache der Berufung dieser Person zum Erben gesehen werden. In jedem Fall aber ist der Erblasserwille an Hand aller Umstände des Einzelfalles zu ermitteln (BayObLG, FamRZ 2005, 840, 841 m. w. N.).

bb) Anhaltspunkte dafür, dass die Ehegatten bei Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments an die Möglichkeit des vorzeitigen Wegfalls eines der eingesetzten Schlusserben gedacht haben, sind vorliegend nicht ersichtlich. Es ist daher zu prüfen, was die Erblasser gewollt hätten, wenn sie das Vorversterben eines der Schlusserben, nämlich der Tochter aus der ersten Ehe des vorverstorbenen Ehegatten, bedacht hätten.

Die Einsetzung der Kinder des Ehemannes aus dessen erster Ehe als Schlusserben unter Ausschluss der Verwandtschaft der Erblasserin weist darauf hin, dass die Verwandtschaft der Erblasserin grundsätzlich von dem Nachlass der Ehegatten ausgeschlossen sein sollte. Der Nachlass sollte also jedenfalls der Verwandtschaft des Ehemannes zufallen, so dass die Annahme des Ausschlusses einer Anwachsung i. S. d. § 2094 Abs. 3 BGB oder des Ausschlusses einer Ersatzerbenregelung fernliegend ist.

Die getroffene Regelung, dass der Nachlass nach dem Tod des Letztversterbenden zu gleichen Teilen an die Kinder des Ehemannes der Erblasserin aus dessen erster Ehe fallen sollte, spricht gegen die Annahme einer Anwachsung der Erbteile in den Händen eines der Schlusserben und für eine Ersatzerbeninsetzung der Abkömmlinge des weggefallenen Schlusserben. Die Ehegatten wollten gerade nicht eines der Kinder bevorzugen, sondern den Nachlass gleichmäßig verteilt wissen. Dies legt den Schluss auf eine bewusste Verteilung des Vermögens nach Stämmen nahe. Darüber hinaus ist ferner zu berücksichtigen, dass der Beteiligte zu 2 im Zeitpunkt der Errichtung des Testaments bereits geboren war und Enkel des Ehemannes der Erblasserin ist. Es ist daher naheliegend, dass die Erblasser im Zeitpunkt der Testamentserrichtung im Jahre 1982, hätten sie den vorzeitigen Wegfall der G. M. bedacht, die Einsetzung des Beteiligten zu 2 als Abkömmling der G. M. gewollt hätten. Der Senat legt das gemeinschaftliche Testament in diesem Sinne aus; eines Rückgriffs auf § 2069 BGB bedarf es nicht.

c) Diese Erbinsetzung konnte die Erblasserin durch ihr Testament vom 29.11.2007 nur dann wirksam abändern, wenn sie nicht wechselbezüglich i. S. d. § 2270 BGB zu einer Verfügung ihres Ehemannes war; andernfalls war die Erblasserin in entsprechender Anwendung von § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB (vgl. *Burandt/Rojahn/Braun*, Erbrecht, § 2271 Rdnr. 37) nach dem Tod des Ehemannes an einer Abänderung dieser in dem gemeinschaftlichen Testament getroffenen letztwilligen Verfügungen durch eine Neutestierung gehindert. Letzteres ist vorliegend der Fall.

aa) Nach § 2270 Abs. 1 BGB sind in einem gemeinschaftlichen Testament getroffene Verfügungen dann wechselbezüglich und damit für den überlebenden Ehegatten bindend getroffen, wenn anzunehmen ist, dass die Verfügung des einen Ehegatten nicht ohne die Verfügung des anderen Ehegatten getroffen worden wäre, wenn also jede der beiden Verfügungen mit Rücksicht auf die andere getroffen worden ist und nach dem Willen der gemeinschaftlich Testierenden die eine mit der anderen stehen oder fallen soll (BayObLGZ 1991, 173, 175 f.; OLG Hamm, FamRZ 2004, 662). Maßgeblich ist der übereinstimmende Wille der Ehegatten zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung (BGHZ 112, 229, 233). Enthält ein gemeinschaftliches Testament keine klare und eindeutige Anordnung zur Wechselbezüglichkeit, muss diese nach den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen und für jede Verfügung gesondert ermittelt werden (BGH, NJW-RR 1987, 1410). Erst wenn die Ermittlung des Erblasserwillens weder die gegenseitige Abhängigkeit noch die gegenseitige Unabhängigkeit der beiderseitigen Verfügungen ergibt, ist gemäß § 2270 Abs. 2 BGB im Zweifel Wechselbezüglichkeit anzunehmen, wenn sich die Ehegatten gegenseitig bedenken oder wenn dem einen Ehegatten von dem anderen eine Zuwendung gemacht und für den Fall des Überlebens des Bedachten eine Verfügung zugunsten einer Person getroffen wird, die mit dem anderen Ehegatten verwandt ist oder ihm sonst nahe steht. Das ist hier in mehrfacher Hinsicht der Fall. Zum einen haben sich die Ehegatten gegenseitig bedacht; diese Verfügungen sind im Zweifel zueinander wechselbezüglich. Darüber hinaus hat der Ehemann seine Ehefrau zur Alleinerbin eingesetzt und diese hat für den (hier eingetretenen) Fall ihres Überlebens die Kinder ihres Ehegatten aus erster Ehe eingesetzt, wobei an Stelle der Tochter (G. M.) deren Abkömmling, der Beteiligte zu 1, getreten ist (vgl. oben). § 2270 BGB greift somit auch im Verhältnis dieser zwei Verfügungen zueinander ein. Allerdings kommt § 2270 Abs. 2 BGB nur zum Zuge, wenn nicht die vorrangige individuelle Auslegung etwas anderes ergibt.

bb) Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze ergibt sich für den Senat, dass die von der Erblasserin verfügten Einsetzungen des Beteiligten zu 1 und der G. M. – bzw. hier des ersatzweise an deren Stelle tretenden Beteiligten zu 2 – als Schlusserben wechselbezüglich zu ihrer Einsetzung als Alleinerbin ihres Ehemannes ist.

Indem der Ehemann, wie geschehen, seine Ehefrau zur Alleinerbin einsetzt, übergeht und enterbt er seine eigenen Kinder; denn seine eigene Schlusserbeinsetzung der Kinder wird im Fall seines Vorversterbens gegenstandslos. Es liegt nahe, dass er die Enterbung seiner Kinder für den ersten Todesfall in einer Wechselwirkung dazu sieht, dass nicht nur er selbst (was im Falle seines Vorversterbens nichts nützt), sondern auch der Ehegatte im Gegenzug dafür als Schlusserben des beiderseitigen Vermögens die Kinder einsetzt. Wer sein Vermögen letztendlich an die eigenen Kinder weitergeben will, ist aber trotzdem für den ersten eigenen Todesfall enterbt, tut das im Bewusstsein und Vertrauen darauf, dass wegen der Schlusserbeinsetzung des anderen Ehegatten das gemeinsame Vermögen eines Tages auf die Kinder übergehen wird. Das Gesetz schützt dieses Vertrauen der Eheleute in den Bestand einer solchen Regelung, indem es zu Lebzeiten beider Ehegatten einen einseitigen Widerruf nur in einer besonderen Form gestattet, die sicherstellt, dass der andere Ehegatte von dem Widerruf erfährt (§ 2271 Abs. 1 Satz 1, § 2296 Abs. 2 BGB), und indem es nach dem Tod des Erstversterbenden den Widerruf grundsätzlich ausschließt (§ 2271 Abs. 2 Satz 1 BGB). Ein rechtsgeschäftlicher Bindungswille der Ehegatten ist hierfür nicht Voraussetzung; vielmehr knüpft

das Gesetz die Bindungswirkung allein an die von den Eheleuten gewollte gegenseitige Abhängigkeit der einen Verfügung von der anderen (vgl. OLG München, NJW-RR 2011, 227 = MittBayNot 2011, 156). Deswegen ist es – ungeachtet des Umstandes, dass die Erklärung insofern lediglich seine persönliche Auffassung hierzu wiedergibt – auch nicht von Belang, dass nach dem Bekunden des Zeugen D. eine Bindungswirkung von den Ehegatten nicht gewollt gewesen sei.

Durchgreifende Umstände, die gegen diese durch die allgemeine Lebenserfahrung und die konkreten Lebensumstände naheliegende Auslegung sprechen, sind nicht zutage getreten. Der Umstand, dass die Erblasserin im Nachgang zu der Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments nochmals neu testiert hat, stellt kein hinreichendes Indiz gegen die Annahme dar, dass die Eheleute die in Frage stehenden Verfügungen in einer Wechselwirkung gesehen haben. Maßgeblich ist der Wille der beiden Ehegatten im Zeitpunkt der Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments. Für diesen Zeitpunkt liegen nach Überzeugung des Senats jedoch keine durchgreifenden Anhaltspunkte vor, dass nach dem Willen der Erblasser die Schlusserbeneinsetzung der Kinder des Ehemannes durch die Ehefrau nicht in einer Wechselwirkung zu ihrer Erbeinsetzung durch den Ehemann stehen sollte. Ein solcher Wille lässt sich insbesondere nicht aus der Erklärung des Zeugen D. feststellen. Denn auf die ihm von der Erblasserin geschilderte Motivation der Testamentserrichtung lässt sich ein solcher Ausschluss der Wechselwirkung gerade nicht stützen. Für die angedachte Verhinderung des Entstehens einer Erbengemeinschaft nach dem Tod des Ehemanns wäre nämlich ausreichend gewesen, die Ehefrau als Alleinerbin einzusetzen. Insofern bedurfte es keiner Schlusserbeneinsetzung. Angesichts der im Zeitpunkt der Testamentserrichtung bestehenden Lebenssituation des Ehemanns, der nach der Erklärung des Zeugen schwer erkrankt war, so dass mit seinem baldigen Ableben zu rechnen war, liegt die Aufnahme der Schlusserbeneinsetzung eher den Schluss nahe, dass eine umfassende Regelung des ehelichen Nachlasses bezweckt werden sollte. Auch das nach der Erklärung des Zeugen D. bestehende schwierige Verhältnis des vorverstorbenen Ehegatten zu dem Beteiligten zu 1 spricht nicht gegen diese Auslegung. Auch dass nicht festgestellt werden kann, dass das Vermögen der Ehegatten einseitig von dem vorverstorbenen Ehegatten der Erblasserin stammt, steht der Annahme einer Bindungswirkung nicht grundsätzlich entgegen (vgl. *Burandt/Rojahn/Braun*, a. a. O., § 2270 Rdnr. 28).

Schließlich ist auch der Umstand, dass nach dem Tod des vorverstorbenen Ehemannes die Erblasserin 2006 Erbin umfangreichen Vermögens ihres jüngeren Bruders geworden ist, kein ausreichendes Indiz dafür, dass die Erblasser beim gemeinschaftlichen Testieren im Jahre 1982 die gemeinschaftliche Vorstellung hatten, jeder sollte die Schlusserbeneinsetzung nach Belieben abändern können. Denn maßgebend für die Ermittlung der Erblasserwillen im Hinblick auf die Wechselbezüglichkeit ist der Zeitpunkt der Testamentserrichtung. Zu diesem Zeitpunkt war aber das Ableben des Bruders der Erblasserin für die Testierenden nicht vorhersehbar (vgl. zur ergänzenden Auslegung insoweit noch nachfolgend unter d).

Selbst wenn nach all dem noch Zweifel verbleiben, dass die genannten Verfügungen zueinander in einem Verhältnis der Wechselbezüglichkeit stehen, kann ergänzend auf die Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB zurückgegriffen werden. Einen die Anwendung dieser Auslegungsregelausschließenden gegenteiligen Willen der Eheleute hat sich im Wege der individuellen Auslegung jedenfalls nicht feststellen lassen.

d) Denkbar ist aber ein im Wege der ergänzenden Auslegung zu ermittelnder gemeinsamer Wille der Eheleute dahin, dass

die überlebende Ehegattin aufgrund des Umstandes, dass sie Erbin ihres jüngeren Bruders wurde und als Folge hiervon beträchtliches Vermögen erhalten hat, die Möglichkeit zum neuen Testieren jedenfalls bezüglich dieses nachträglich ererbten Vermögens haben sollte. Eine solche Abänderungsbefugnis ist auch bei wechselbezüglichen und deshalb grundsätzlich bindenden Verfügungen möglich und kann dabei auch im Wege der ergänzenden Auslegung ermittelt werden. Im Hinblick auf die grundsätzliche Bindung wechselbezüglicher Verfügungen und das damit geschützte Vertrauen des vorverstorbenen Erblassers an dem Weiterbestand der von den Ehegatten getroffenen Verfügungen ist aber sowohl hinsichtlich der Annahme einer Abänderungsbefugnis als auch hinsichtlich deren Umfangs ein strenger Maßstab anzulegen.

aa) Es kann davon ausgegangen werden, dass der erhebliche Vermögenszuwachs, den die überlebende Ehegattin infolge Ablebens ihres jüngeren Bruders nachträglich erhalten hat, zum Zeitpunkt des Testierens von den Eheleuten nicht vorhergesehen und nicht bedacht wurde. Der Beschwerde kann auch darin gefolgt werden, dass ein – hypothetischer – Wille der beiden Erblasser, auch solches aus der Verwandtschaft der Ehefrau stammendes erhebliches Vermögen, das der Ehefrau unerwartet zufließt, solle in jedem Fall den Kindern des Ehemannes zugutekommen, eher fernliegt. Es liegt im Gegenteil durchaus nahe, dass die Eheleute für diesen Fall, hätten sie ihn vorherbedacht, der Ehefrau die Befugnis eingeräumt hätten, in Abänderung der Schlusserbeneinsetzung jedenfalls über diesen Vermögensteil anderweitig letztwillig zu verfügen.

bb) Das kann jedoch letztlich dahinstehen. Denn entgegen dem Beschwerdevorbringen würde die Abänderungsbefugnis hier nicht auch die Befugnis der Erblasserin zur Abänderung der Schlusserbeneinsetzung der Kinder ihres vorverstorbenen Ehemanns in der Weise umfassen, dass diese enterbt werden und eine Verwandte der Ehefrau zur Alleinerbin eingesetzt wird, wie hier geschehen.

Die – unterstellte – Abänderungsbefugnis ist nämlich gegenständlich beschränkt auf das von der Erblasserin durch das Ableben ihres Bruders ererbte Vermögen. Eine gegenständlich beschränkte Erbeinsetzung sieht das Gesetz jedoch nicht vor. Denkbar wäre allenfalls die Befugnis der Erblasserin zur Einsetzung der Beteiligten zu 3 als Miterbin mit Teilungsanordnung (§ 2084 BGB), wonach sie das von der Erblasserin ererbte Vermögen erhalten sollte. Einer solchen Auslegung steht jedoch nach Auffassung des Senats entgegen, dass nach dem in dem gemeinschaftlichen Testament zum Ausdruck gekommenen Willen der Erblasser allein die Verwandtschaft des vorverstorbenen Ehemanns eine erbrechtliche Stellung an dem Nachlass des Letztversterbenden erhalten sollte, nicht aber die Verwandtschaft der Ehefrau. Damit verbleibt es, wie das Nachlassgericht zutreffend erkannt hat, bei der Miterbenschaft der Beteiligten zu 1 und 2.

Näherliegend erscheint es dem Senat vielmehr, eine Abänderungsbefugnis allenfalls dahin anzunehmen, dass die Ehefrau über das von ihrer Verwandtschaftsseite ererbte Vermögen im Wege eines Vermächtnisses verfügungsbefugt sein soll. Das Vermächtnis ist das rechtliche Instrument, bestimmte Gegenstände oder einen abgrenzbaren Vermögensteil einer Person von Todes wegen zukommen zu lassen, ohne den Begünstigten zum Miterben zu machen. Ein solcher Vermächtnisanspruch ist aber nicht Gegenstand des Erbscheinsverfahrens. Ob die Beteiligte zu 3 tatsächlich solch einen Anspruch hat, ist hier nicht zu entscheiden.

e) Die Erblasserin war entgegen dem Beschwerdevorbringen auch nicht deswegen zu einer Neutestierung mit Abände-

zung der getroffenen (Schluss-)Erbeinsetzung befugt, als die Beteiligte zu 3 die im gemeinschaftlichen Testament vom 23.10.1982 getroffene Schlusserbeneinsetzung zugunsten der Kinder des erstverstorbenen Ehemanns der Erblasserin angefochten hat. Ob dabei – wie vom Nachlassgericht angenommen – die Anfechtungsfrist gemäß §§ 2283, 2082 BGB abgelaufen ist, ist hierbei nicht von Belang, da nach Auffassung des Senats bereits kein zur Anfechtung berechtigender Irrtum der Erblasserin gegeben ist.

aa) Soweit sich die Anfechtungserklärung darauf stützt, dass sich die Erblasserin über die Bindungswirkung der Schlusserbeneinsetzung der Kinder des Ehemanns der Erblasserin geirrt hat, erkennt der Senat darin keinen zur Anfechtung berechtigenden Inhaltsirrtum i. S. d. § 2078 Abs. 1 Alt. 1 BGB.

Bereits das BayObLG (BayObLGZ 2002, 128) hat es als zweifelhaft angesehen, ob trotz des engen Zusammenhangs zwischen den Rechtswirkungen des gemeinschaftlichen Testaments und dem Tatbestand, auf den sich der (tatsächliche) Wille der Testierenden bezieht – die Gemeinschaftlichkeit des Testierens und die gegenseitige Abhängigkeit der Verfügungen – die entsprechende Anwendung der Regeln über die Anfechtung von Willenserklärungen gerechtfertigt ist (so MünchKommBGB/*Musiak*, § 2271 Rdnr. 36). Ein Teil des Schrifttums will die Anfechtung nach § 2078 Abs. 1 BGB zulassen, wenn der Erblasser die irriige Vorstellung hatte, er könne auch wechselbezügliche Verfügungen nach dem Tod seines Ehegatten frei widerrufen (vgl. *Staudinger/Otte*, 2003, § 2078 Rdnr. 2, 10; MünchKommBGB/*Leipold*, § 2078 Rdnr. 21; *Erman/Schmidt*, BGB, 12. Aufl., § 2271 Rdnr. 15; NK/*Müßig*, BGB-Erbrecht, 3. Aufl., § 2271 Rdnr. 66; a. A. *Palandt/Weidlich*, § 2078 Rdnr. 3). Der Senat folgt dem nicht.

Für die Anfechtbarkeit wird angeführt, dass wechselbezügliche Verfügungen in gleicher Weise wie vertragsmäßige Verfügungen zu einer Bindung der Eheleute führen und deswegen die Anfechtbarkeit nicht enger gezogen werden dürfe als die der vertragsmäßigen Verfügungen (vgl. NK/*Müßig*, a. a. O., § 2271 Rdnr. 86). Das Argument der Gleichbehandlung von wechselbezüglichen Verfügungen im gemeinschaftlichen Testament mit vertragsmäßigen Verfügungen im Erbvertrag überzeugt jedoch nicht. Im Gegensatz zum Erbvertrag, bei dem die Bindung der Eheleute an vertragsmäßige Verfügungen aus der Vertragsnatur des Erbvertrags folgt (*Staudinger/Kanzleiter*, a. a. O., § 2271 Rdnr. 26), beruht die Bindung an wechselbezügliche Verfügungen auf dem korrespondierenden Motiv des Errichtungsaktes, nämlich dass die eine Verfügung nicht ohne die – rein tatsächliche – Errichtung der gegenläufigen Verfügung getroffen wäre (*Staudinger/Kanzleiter*, a. a. O., § 2271 Rdnr. 4). Die Wechselbezüglichkeit ist daher nicht Erklärungsinhalt (KG, NJW 1972, 2133, 2134) und tritt nicht deswegen ein, weil die Erblasser entsprechende Willenserklärungen abgeben (BayObLG Z 2002, 128, 134 f.). Ein rechtsgeschäftlicher Bindungswille der Ehegatten ist hierfür gerade nicht Voraussetzung; vielmehr knüpft das Gesetz die Bindungswirkung allein an die von den Eheleuten gewollte gegenseitige Abhängigkeit der einen Verfügung von der anderen (OLG München, NJW-RR 2011, 227 = MittBayNot 2011, 156). Beruht aber die Wechselbezüglichkeit allein auf der tatsächlichen Voraussetzung eines korrespondierenden Errichtungsaktes und folgt die sich daraus ergebende Rechtswirkung der Bindung aus der gesetzlichen Regelung des § 2271 BGB, stellt sich ein Irrtum, der sich allein auf die eintretende Bindungswirkung der Verfügung, nicht aber auf deren tatsächliche Abgabe und ihren korrespondierenden Charakter bezieht, als unbeachtlicher Rechtsfolgeirrtum dar. Auch lässt sich aus der Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB nach Auffassung des Senats kein gegenteiliger Schluss ziehen (so Münch-

KommBGB/*Leipold*, a. a. O., § 2078 Rdnr. 21 Fn. 3). Denn die Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB stellt lediglich eine Rechtsvermutung hinsichtlich des den entsprechenden Verfügungen zugrundeliegenden korrespondierenden Motivs dar (*Burandt/Rojahn/Braun*, a. a. O., § 2270 Rdnr. 29); ein darüber hinausgehender Aussageinhalt lässt sich dieser Regelung nicht entnehmen.

bb) Auch liegt kein zur Anfechtung der Schlusserbeneinsetzung in dem gemeinschaftlichen Testament vom 23.10.1982 beachtlicher Motivirrtum i. S. d. § 2078 Abs. 2 BGB deswegen vor, weil sich nach dem Beschwerdevorbringen die Erblasserin in einem Irrtum über den zukünftigen Vermögenserwerb durch den Tod ihres jüngeren Bruders befunden habe und sie bei Testamentserrichtung im Jahr 1982 davon ausgegangen sei, ihren Bruder nicht zu beerben.

(1) Eine Anfechtung nach § 2078 Abs. 2 BGB kann zwar nicht nur auf wirkliche (irriige) Vorstellungen und Erwartungen gestützt werden, sondern auch auf solche, die ein Erblasser nicht in sein Bewusstsein aufgenommen hat, aber als selbstverständlich seiner Verfügung zugrunde gelegt hat (sog. unbewusste Vorstellungen; vgl. BGH, NJW-RR 1987, 1412). Andererseits können aber nur solche irriige Vorstellungen und Erwartungen die Anfechtung begründen, die der Erblasser bei Errichtung einer Verfügung wirklich gehabt hat, nicht aber auch solche, die er bei Kenntnis von damals ihm unbekanntem Umständen gehabt haben würde (BayObLG, FamRZ 2008, 550).

(2) Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze erkennt der Senat keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür, dass sich die Erblasserin im Zeitpunkt der Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments am 23.10.1982 bei ihren Verfügungen zumindest unbewusst davon leiten ließ, dass ihr jüngerer Bruder nicht vor ihr versterben und sie auch nicht diesen beerben wird. Nach der Erklärung des Zeugen D. war maßgebender Beweggrund für die Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments die schwere Erkrankung des Ehemanns der Erblasserin und die Sorge bezüglich seines baldigen Ablebens. Dass die Erblasserin angesichts dieser damaligen Lebenssituation im Zeitpunkt der Testamentserrichtung überhaupt – auch unbewusst – Vorstellungen und Erwartungen hinsichtlich einer etwaigen Erbschaft von ihrer Verwandtschaft hatte, ist daher eher fernliegend, zumal auch keine Anhaltspunkte ersichtlich sind, die zum damaligen Zeitpunkt der Erblasserin Anlass gegeben hätten, sich überhaupt entsprechende Vorstellungen und Erwartungen zu machen. (...)

### Anmerkung:

Das Ergebnis der Entscheidung ist zweifellos richtig. Sie beschäftigt sich überzeugend mit drei viel erörterten Rechtsfragen zu wechselbezüglichen Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament, in Leitsatz 1 und den Überlegungen dazu mit dem eventuellen Wegfall der Wechselbezüglichkeit bei Änderung der Verhältnisse aufgrund Auslegung des Testaments, zu Leitsatz 2 mit der eventuellen Begründung einer Abänderungsbefugnis durch ergänzende Auslegung und zu Leitsatz 3 mit der eventuellen Anfechtbarkeit aufgrund eines Irrtums über die Bindungswirkung nach dem Tod des erstverstorbenen Ehegatten.

### 1. Wechselbezüglichkeit trotz späterem Vermögenserwerb durch Erbschaft

Bei dem gemeinschaftlichen Testament vom 23.10.1982 handelt es sich geradezu um den „Schulfall“ wechselbezüglicher Verfügungen von Ehegatten mit – nur – einseitigen Kindern:

Die Ehegatten haben sich gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt und zu Erben des überlebenden Ehegatten die Kinder des Ehemannes aus erster Ehe. Die Erbeinsetzung der Kinder des vorverstorbenen Ehemannes durch die überlebende Ehefrau war wechselbezüglich zur Alleinerbeinsetzung der Ehefrau durch den Ehemann. Zu dieser Feststellung braucht man nicht die Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB zu bemühen, denn die Interessenlage war bei der Errichtung des Testaments völlig zweifelsfrei: Der Ehemann hatte die Ehefrau für den Fall seines Vorversterbens zur Alleinerbin eingesetzt, weil er davon ausgehen konnte, dass nach dem Tod der Ehefrau seine Kinder zu Erben berufen waren. Dass die Wechselbezüglichkeit nicht wegfiel, weil die überlebende Ehefrau aus ihrer Familie nach dem Tod ihres Ehemannes erhebliches Vermögen geerbt hatte (Leitsatz 1), ist selbstverständlich; nach der „Aundeutungstheorie“ hätte eine solche Auslegung auch einer Aundeutung im Testament bedurft.<sup>1</sup>

## 2. Kein Änderungsvorbehalt durch ergänzende Auslegung

Nicht ausgeschlossen wäre allerdings, dass die ergänzende Auslegung des Testaments zu einem Änderungsvorbehalt führen könnte, nach dem der überlebenden Ehefrau die freie Verfügung über Vermögen gestattet wäre, das sie – wider Erwarten – aus ihrer eigenen Familie erhalten hat. Die ergänzende Auslegung hilft zur Lösung von Fällen, in denen der Erblasser wegen unrichtiger Beurteilung der Verhältnisse nicht die Anordnung getroffen hat, die das von ihm angestrebte Ziel erreicht hätte.<sup>2</sup> Im konkreten Fall wäre es denkbar, dass die Kinder des Ehemannes aus erster Ehe nur deshalb zu Schlusserben eingesetzt wurden, weil das vorhandene Vermögen vom Ehemann stammte und man an die parallele Zuwendung von Vermögen aus der Familie der Ehefrau an ihre Verwandten (und einen eventuellen Änderungsvorbehalt, um ihr das später zu ermöglichen) nicht dachte. Näher liegt aber wohl schon die Annahme, die Kinder des Ehemannes seien deshalb zu Schlusserben eingesetzt worden, weil sie bei der Errichtung des Testaments die Verwandten waren, die den Ehegatten am nächsten standen. Darüber hinaus ist für die Auslegung von wechselbezüglichen Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament der übereinstimmende Wille beider Ehegatten maßgebend, fehlt es an einem übereinstimmenden Willen, muss jeder seine Verfügungen so gegen sich gelten lassen, wie sie der andere Ehegatte verstehen durfte.<sup>3</sup> Gleiches gilt für eine ergänzende Auslegung und es ist nicht naheliegend, dass der Ehemann einer solchen Ergänzung des Testaments zugestimmt hätte. Eine ergänzende Auslegung im Sinne eines solchen Änderungsvorbehalts entgegen dem Wortlaut des Testaments bedürfte vielmehr konkreter Anhaltspunkte von erheblichem Gewicht, dass es dem Willen beider Ehegatten bei der Testamenterrichtung entsprochen hätte, der Ehefrau solle es gestattet sein, über Vermögen, das sie aus ihrer eigenen Familie erhalten sollte, von Todes wegen abweichend vom gemeinschaftlichen Testament zu verfügen. Dass solche Anhaltspunkte noch festgestellt werden könnten, erscheint nahezu ausgeschlossen, nachdem seit Testamenterrichtung 30 Jahre verstrichen sind. Wie das Gericht im 2. Leitsatz formuliert („sowohl hinsichtlich der Annahme als auch

des Umfangs der Abänderungsbefugnis“ sei „ein strenger Maßstab anzulegen“) und dass es die Entscheidung letztlich offen lässt, erscheint danach sehr zurückhaltend.

Hoffentlich werden dadurch bei der Nichte keine falschen Hoffnungen geweckt, sie könnte mit veränderter Stoßrichtung doch noch erfolgreich sei: Falls durch ergänzende Auslegung des gemeinschaftlichen Testaments ein solcher Änderungsvorbehalt ermittelt werden könnte, wäre es möglich, ihre (rechtlich ausgeschlossene) Einsetzung zur Erbin als (aufgrund des Änderungsvorbehalts rechtlich zulässige) Zuwendung eines Vermächtnisses (auszulegen oder) umzudeuten.<sup>4</sup>

## 3. Keine Möglichkeit zur Anfechtung wegen Irrtums

Die letzte Frage, mit der sich das Gericht zu befassen hatte, ist gleichzeitig die interessanteste:

a) Seiner Auffassung, eine Anfechtung der wechselbezüglichen Verfügung in einem gemeinschaftlichen Testament mit der Begründung, der Erblasser habe bei der Errichtung des Testaments die mit dem Tod seines Ehegatten eintretende Bindungswirkung verkannt, sei ausgeschlossen, weil die Bindung nicht aufgrund einer Vereinbarung, sondern als Rechtsfolge der wechselbezüglichen Verfügungen eintrete, es sich also um einen bloßen Rechtsfolgeirrtum handle, ist zuzustimmen.<sup>5</sup>

Das Argument, damit werde der Ehegatte bei der Anfechtbarkeit wechselbezüglicher Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament schlechter gestellt als der Partner eines Erbvertrags, weil der Erbvertragspartner eine Verfügung mit der Begründung anfechten könne, er habe ihre Vertragsmäßigkeit verkannt, überzeugt nicht, und die Feststellung, die Selbstanfechtung wechselbezüglicher Verfügungen im gemeinschaftlichen Testament durch den überlebenden Ehegatten müsse im gleichen Umfang zulässig sein wie die vertragsmäßiger Verfügungen in einem Erbvertrag,<sup>6</sup> ist als allgemeine Feststellung richtig, differenziert für die konkrete Frage aber nicht zwischen den Grundlagen der Bindung beim gemeinschaftlichen Testament und beim Erbvertrag: Der gesetzlichen Anordnung, dass das Recht zum einseitigen Widerruf wechselbezüglicher Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament mit dem Tod des erstverstorbenen Ehegatten nach § 2271 Abs. 2 Satz 1 BGB erlischt, entspricht im Recht des Erbvertrags § 2298 Abs. 2 Satz 2 BGB, die Voraussetzung der Bindung ist beim gemeinschaftlichen Testament, dass es sich um Verfügungen handelt, „von denen anzunehmen ist, dass die Verfügung des einen nicht ohne die Verfügung des anderen getroffen sein würde“, in § 2270 Abs. 1 BGB, im Erbvertrag, dass es sich um eine „vertragsmäßige Verfügung“ handelt. Zur Anfechtung berechtigt in beiden Fällen nur ein Irrtum über die Voraussetzung, nicht dagegen ein Irrtum über die Rechtsfolge: beim gemeinschaftlichen Testament also ein Irrtum darüber, dass die Verfügung „nicht ohne eine Verfügung des anderen Ehegatten getroffen“ worden wäre, wenn das aufgrund Auslegung nach dem Empfängerhorizont, so wie es der andere Ehegatte verstehen durfte, anzunehmen ist,

<sup>4</sup> Siehe *Staudinger/Otte*, 2003, § 2084 Rdnr. 1; *MünchKommBGB/Leipold*, 5. Aufl., § 2084 Rdnr. 121.

<sup>5</sup> Letztlich offengelassen von BayObLG, *FamRZ* 2003, 259, 261; a. A. *MünchKommBGB/Leipold*, BGB, 5. Aufl., § 2078 Rdnr. 21 m. Fn. 22; mit Recht lehnt das Gericht dessen Schluss aus § 2270 Abs. 2 BGB ab, denn diese Vorschrift bezieht sich auf die Voraussetzung der Bindungswirkung (Verfügung, die nicht ohne die andere Verfügung getroffen worden wäre), die Bindung ist nur deren Folge.

<sup>6</sup> *Staudinger/Kanzleiter*, BGB, § 2271 Rdnr. 69 m. zahlr. Nachw.; *ders.* in FS für Gerhard Otte, 2005, S. 157, 160 f.

<sup>1</sup> *Staudinger/Otte*, 2003, Rdnr. 28 ff. in ausführlicher Auseinandersetzung mit abweichenden Auffassungen.

<sup>2</sup> *Staudinger/Otte*, 2003, vor §§ 2064 ff. Rdnr. 87; siehe außerdem *MünchKommBGB/Leipold*, 5. Aufl., § 2084 Rdnr. 73 ff.

<sup>3</sup> Siehe nur (in für den konkreten Fall bedeutungslosen Nuancen unterschiedlich) *Staudinger/Otte*, 2003, vor §§ 2064 ff. Rdnr. 140; *Muscheler*, *Erbrecht*, Bd. I, § 29 Rdnr. 1880.

beim Erbvertrag, wenn die Verfügung nach Auslegung aus der Sicht des Vertragspartners als vertragsmäßig erscheint, und sich der Ehegatte oder Erbvertragspartner über diese Voraussetzung geirrt hat. Das mag bei einem Erbvertrag wegen seiner notariellen Beurkundung nahezu ausgeschlossen erscheinen, abgesehen von Uralt-Fällen wie dem immer wieder als abschreckendes Beispiel geeigneten Erbvertrag aus dem Jahr 1935, über den das OLG Frankfurt am 6.3.1997 zu entscheiden hatte,<sup>7</sup> oder Fällen, in denen eine „All-Formulierung“ („alle Verfügungen in diesem Erbvertrag sind vertragsmäßig getroffen“) nicht richtig überlegt wurde. Beim (privatschriftlichen) gemeinschaftlichen Testament sind Zweifel und Irrtümer über die Bindung des überlebenden Ehegatten an wechselbezügliche Verfügungen sicher nicht selten; mit dem OLG München die Irrtumsanfechtung von vornherein scheitern zu lassen, wenn der anfechtende Ehegatte weiß, dass eine Verfügung des Vorverstorbenen im gemeinschaftlichen Testament nur mit Rücksicht auf die Verfügung getroffen wurde, die er anfechten möchte, entspricht der gesetzlichen Konzeption von §§ 2270, 2271 BGB, stattdessen das Recht zur Anfechtung wegen eines Irrtums über die Bindungswirkung generell einzuräumen, dann aber an den strengen Anforderungen an den Nachweis des Irrtums regelmäßig scheitern zu lassen,<sup>8</sup> bietet auch etwas geringere Rechtssicherheit.

Richtig ist, dass die geltende gesetzliche Regelung dem Schutz des Vertrauens des vorverstorbenen Ehegatten in sachlich nicht gerechtfertigtem Übermaß<sup>9</sup> Vorrang einräumt, durch Irrtumsanfechtung kann dem überlebenden Ehegatten aber de lege lata nicht geholfen werden. Eine solche Hilfe wäre auch regelmäßig ein Danaer-Geschenk, weil sie die Erbenstellung des überlebenden Ehegatten nach dem Tod des Erstverstorbenen nachträglich entfallen ließe.

b) Es bleibt – abgesehen von der Frage, ob die Anfechtungsfrist abgelaufen war – die fehlende Vorstellung der Erblasserin bei der Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments davon, dass ihr jüngerer Bruder vor ihr versterben und ihr ein bedeutendes Vermögen hinterlassen könnte. Damit befinden wir uns im weiten Feld der Gleichsetzung „des Fehlens von Vorstellungen über künftige Entwicklungen“ mit dem „Vorhandensein falscher Vorstellungen über künftige Entwicklungen“.<sup>10</sup> Im konkreten Fall kommt es nicht darauf an, welche „Qualität“ solche fehlenden Vorstellungen besitzen müssen, um sie falschen Vorstellungen gleichstellen zu können – auch das wäre im konkreten Fall weit hergeholt. Jedenfalls war die „fehlende Ahnung“ der Erblasserin, ihr Bruder werde vorversterben und ihr Vermögen hinterlassen, nicht kausal für die Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments<sup>11</sup>: Angesichts

der Situation, in der das gemeinschaftliche Testament errichtet wurde (mit dem Tod des Ehemannes in nicht allzu ferner Zukunft musste wohl gerechnet werden), gibt es keine Anhaltspunkte dafür, sie hätte das Testament nicht so (mit-) errichtet, wenn sie die Möglichkeit bedacht hätte, ihr jüngerer Bruder könne vor ihr versterben und ihr etwas hinterlassen.

Notar a. D. Prof. Dr. Rainer Kanzleiter, Neu-Ulm

13. BGB §§ 2281 Abs. 1, 2078 Abs. 2 (*Lauf der Anfechtungsfrist bei Rechtsirrtum*)

**Steht dem überlebenden Vertragspartner eines Erbvertrages ein Anfechtungsrecht aus §§ 2281 Abs. 1, 2078 Abs. 2 BGB wegen eines Motivirrtums zu, so wird der Lauf der Anfechtungsfrist nicht durch einen Rechtsirrtum gehemmt (hier: Irrtum über den Fortbestand der Bindungswirkung eines ohne Rücktrittsvorbehaltes abgeschlossenen Erbvertrages trotz Ausschlagung der Erbschaft durch den überlebenden Vertragspartner). Jedemfalls im Falle des Motivirrtums kann ein Rechtsirrtum niemals beachtlich sein und den Lauf der Anfechtungsfrist hemmen; es ist stets allein auf die Kenntnis des Anfechtungstatbestandes abzustellen.**

OLG Köln, Beschluss vom 21.7.2010, 2 Wx 81/10

Die am 11.7.2009 ohne eigene Abkömmlinge verstorbene Erblasserin war in erster Ehe verheiratet mit Herrn L.

Mit ihm schloss sie am 10.7.1975 einen notariell beurkundeten Erbvertrag, in welchem der Ehemann die Erblasserin zu seiner alleinigen Erbin einsetzte. Die Erblasserin ihrerseits setzte die beiden Kinder des Ehemannes aus dessen erster Ehe zu ihren Erben ein. Dabei handelt es sich zum einen um die Beteiligte zu 3, zum anderen um eine nach Abschluss des Erbvertrages, aber vor der Erblasserin kinderlos verstorbene Schwester der Beteiligten zu 3. Die Erblasserin vermachte des Weiteren in diesem Erbvertrag den Beteiligten zu 1 und 2, ihren Geschwistern, eine Grundbesitzbeteiligung. Die Ehegatten behielten sich kein Rücktrittsrecht von diesem Erbvertrag vor. Nach dem Tod des Herrn L. am 9.1.1988 schlug die Erblasserin die Erbschaft aus allen Berufungsgründen aus, da der Nachlass überschuldet sei. Anschließend schlugen auch die Beteiligte zu 3 – zugleich für ihre Kinder – und ihre Schwester das Erbe wegen Überschuldung des Nachlasses aus. Die Erblasserin heiratete im Dezember 1994 Herrn M., den Vater der Beteiligten zu 4 bis 6. Im Vorgriff auf die beabsichtigte Eheschließung schlossen die Erblasserin und Herr M. am 9.11.1994 einen notariell beurkundeten Ehe- und Erbvertrag. Hierin setzte u. a. die Erblasserin ihren zukünftigen Ehemann, ersatzweise dessen Abkömmlinge, zu ihren Erben ein. Hinsichtlich dieser Ersatzerbeneinsetzung behielt sie sich ein Rücktrittsrecht vom Erbvertrag vor. Dieser Erbvertrag wurde nachfolgend mehrfach geändert; die Änderungen betrafen jedoch nur Verfügungen des Herrn M. zugunsten der Erblasserin.

Nachdem Herr M. am 24.2.2001 verstorben war, errichtete die Erblasserin am 10.5.2005 ein notarielles Testament, in welchem sie die Beteiligten zu 1 und 2 zu ihren Erben zu je  $\frac{1}{2}$ -Anteil einsetzte. Durch weiteres Testament vom 19.12.2006 setzte die Erblasserin noch einige Vermächtnisse aus, ließ aber im Übrigen die Erbenansetzung der Beteiligten zu 1 und 2 bis zu ihrem Tode unverändert. Die Beteiligten zu 1 und 2 beantragten am 3.11.2009 die Erteilung eines Erbscheins dahingehend, dass die Erblasserin von ihnen zu je  $\frac{1}{2}$  beerbt worden sei. Sie vertraten darin die Auffassung, dass die Bindungswirkung des Erbvertrages vom 10.7.1975 infolge der Ausschlagung der Erbschaft erloschen sei. Die hierzu angehörte Beteiligte zu 3 trat dieser Ansicht unter Hinweis auf den fehlenden Vorbehalt eines Rücktrittsrechts entgegen. Sie ist der Ansicht, sie selbst sei Alleinerbin geworden. Die Beteiligten zu 1 und 2 haben mit Schriftsatz vom 7.1.2010 die Anfechtung des Erbvertrages vom 10.7.1975 erklärt. Das AG hat mit Beschluss vom 8.3.2010 den Erbscheinsantrag der Beteiligten zu 1 und 2 zurückgewiesen. Gegen diesen zugestellten Beschluss haben die Beteiligten zu 1 und 2 mit einem am 1.4.2010 Beschwerde eingelegt.

<sup>7</sup> DNotZ 1998, 220 m. abl. Anm. Kanzleiter.

<sup>8</sup> J. Mayer in Reimann/Bengel/Mayer, Testament und Erbvertrag, 5. Aufl., § 2271 Rdnr. 83 m. Nachw.

<sup>9</sup> Siehe nur mein „ceterum censeo“ in FS für Rolf Birk, 2008, S. 315, 324 ff.

<sup>10</sup> Siehe dazu Staudinger/Otte, 2003, § 2078 Rdnr. 17 ff.; Soergel/Loritz, BGB, 13. Aufl., § 2078 Rdnr. 18; MünchKommBGB/Leipold, 5. Aufl., § 2078 Rdnr. 27 ff.; Bamberger/Roth/Litzenburger, BGB, 2. Aufl., § 2078 Rdnr. 8; Lange/Kuchinke, Erbrecht, 5. Aufl., § 36 III 2; Muscheler, Erbrecht, Bd. I, § 31 Rdnr. 1970 ff., alle m. Nachw.

<sup>11</sup> Zur Kausalität siehe Staudinger/Otte, 2003, § 2078 Rdnr. 27 ff.; Soergel/Loritz, BGB, 13. Aufl., § 2078 Rdnr. 24; Palandt/Weidlich, 70. Aufl., § 2078 Rdnr. 9; MünchKommBGB/Leipold, 5. Aufl., § 2078 Rdnr. 43; Jauernig/Stürner, BGB, 13. Aufl., Rdnr. 5; Erman/M. Schmidt, BGB, 12. Aufl., § 2078 Rdnr. 10; Bamberger/Roth/Litzenburger, BGB, 2. Aufl., § 2078 Rdnr. 13; Lange/Kuchinke, Erbrecht, 5. Aufl., § 36 IV 1,2; ; Muscheler, Erbrecht, Bd. I, § 31 Rdnr. 1974 ff.

*Aus den Gründen:*

1. Der Erbscheinsantrag der Beteiligten zu 1 und 2 ist unbegründet, da sie nicht Erben der Erblasserin sind. Zur Begründung verweist der Senat zunächst auf die zutreffenden und von ihm nach Maßgabe der folgenden Anmerkungen geteilten Ausführungen in dem angefochtenen Beschluss und dem Nichtabhilfebefehl vom 27.5.2010.

a) Dass die Erblasserin bei Abschluss des Erbvertrages mit ihrem ersten Ehemann geschäftlich völlig unerfahren gewesen sein soll, führt nicht zur Unwirksamkeit des Vertrages. Eine solche käme nur bei einer Geschäftsunfähigkeit in Betracht oder dann, wenn die Überlegenheit des Ehemannes und ein eventuelles einseitiges Diktat von Vertragsbedingungen seinerseits zu einer Sittenwidrigkeit des Erbvertrages führen würden. Es sind jedoch keine konkreten Umstände vorgetragen oder sonst ersichtlich, welche den Schluss auf eine Geschäftsunfähigkeit der Erblasserin oder eine Sittenwidrigkeit des Vertrages zuließen.

b) Eine Auslegung des Erbvertrages dahingehend, dass die Bindungswirkung im Fall einer Überschuldung des Nachlasses entfallen sollte, kommt nicht in Betracht. Auch die Beteiligten zu 1 und 2 gehen – zutreffend – davon aus, dass im Zeitpunkt des Erbvertragsabschlusses die Erbeinsetzung der Erblasserin durch ihren Ehemann einerseits und die Einsetzung der Kinder des Ehemannes durch die Erblasserin andererseits vertragsmäßige Verfügungen i. S. d. § 2278 Abs. 1 BGB waren. Vertragsmäßige Verfügungen liegen im Zweifel – und auch hier – dann vor, wenn einem der Vertragspartner eine Zuwendung gemacht wird und dieser seinerseits eine dem anderen nahestehende Person bedenkt. So liegt der Fall hier: Es ist davon auszugehen, dass die Erbeinsetzung der Ehefrau zur Alleinerbin seitens des Ehemannes nicht so getroffen worden wäre, wenn nicht zugleich diese die Kinder des Ehemannes zu ihren Erben eingesetzt hätte. Allerdings gehen die Beteiligten zu 1 und 2 davon aus, dass die Erblasserin eine Aufhebung der Vertragsmäßigkeit für den Fall der Überschuldung des Nachlasses übereinstimmend und für den anderen Vertragspartner erkennbar (!) gewollt haben, ohne dies im Erbvertrag explizit niederzulegen. Für eine derartige Annahme gibt der Erbvertrag aber keinen Anhaltspunkt. Ihm ist nicht zu entnehmen, dass die Eheleute L. überhaupt über zukünftige Veränderungen ihres Vermögens nachgedacht hätten, noch dass sie davon ausgingen, der Ehemann werde womöglich vermögenslos versterben. Erst recht ist ihm nicht einmal andeutungsweise zu entnehmen, dass sie für diesen Fall vorsorgen und die Vertragsmäßigkeit ihrer Verfügungen aufschiebend bedingt auf den Eintritt der Überschuldung aufheben wollten. Jedenfalls auf Seiten des Ehemannes kann ein Einverständnis mit einem derartigen Vorbehalt nicht unterstellt werden; hierzu haben die Beteiligten auch nichts vorgetragen.

Sofern die Eheleute L. aber nicht bereits bei Abschluss des Erbvertrages einen derartigen Vorbehalt vereinbart haben sollten, so wäre ein späterer, angesichts der konkreten Vermögensentwicklung vereinbarter Vorbehalt jedenfalls formnichtig nach § 125 BGB. Denn dann hätte der Vorbehalt eine Abänderung des zuvor abgeschlossenen Erbvertrages bedeutet und dementsprechend nach § 2290 Abs. 4 i. V. m. § 2276 Abs. 1 BGB der notariellen Beurkundung oder der (Teil-)Aufhebung durch ein gemeinschaftliches Testament nach § 2292 BGB bedurft.

c) Die von den Antragstellern erklärte Anfechtung des Erbvertrages ist unwirksam. Es bedarf keiner Aufklärung in tatsächlicher Hinsicht, ob die von den Beteiligten zu 1 und 2 vorgebrachte Motivation der Erblasserin bei Abschluss des Erbvertrages vom 10.7.1975 tatsächlich vorlag, ob die Erwar-

tungen der Erblasserin später enttäuscht wurden und ob die Erblasserin sich der trotz Ausschlagungserklärung fortbestehenden Bindungswirkung des Erbvertrages bewusst war. Ein aus der enttäuschten Motivation folgendes mögliches Anfechtungsrecht ist jedenfalls nach § 2285 BGB erloschen, da mögliche Anfechtungsrechte schon zu Lebzeiten der Erblasserin infolge Ablaufs der Anfechtungsfrist nach § 2283 Abs. 1 BGB nicht mehr bestanden.

aa) Wie bereits das AG ausgeführt hat, war der Erblasserin spätestens bei dem Tod ihres ersten Ehemannes und der Erkenntnis einer erheblichen Überschuldung des Nachlasses klar, dass eventuell zukünftiges Vermögen eben nicht mehr aus dem Betrieb ihres verstorbenen Ehemannes werde stammen können, sondern dieses von ihr selbst oder ggf. in einer späteren Ehe gemeinsam mit einem neuen Ehepartner würde erwirtschaftet werden müssen. Somit waren ihr ab diesem Zeitpunkt die Tatsachen bekannt, welche eine Anfechtbarkeit des Erbvertrages nach §§ 2281 Abs. 1, 2078 Abs. 2 BGB begründeten. Ab diesem Zeitpunkt begann die Jahresfrist des § 2283 Abs. 2 BGB zur Erklärung der Anfechtung zu laufen.

bb) Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass der am 10.7.1975 abgeschlossene Erbvertrag zu diesem Zeitpunkt dem Gedächtnis der Erblasserin entfallen war mit der Folge, dass das Vorliegen einer anderweitigen Verfügung ihr unbekannt war. Zumindest ist der Erbvertrag anlässlich des Todes des Herrn L. erneut in ihr Bewusstsein gerückt. Wie sich aus den Beakten ergibt, ist der Erblasserin aus Anlass des Todes ihres ersten Ehemannes der Erbvertrag vom 10.7.1975 übersandt worden. In ihrer Ausschlagungserklärung hat sie ausdrücklich auf ihn Bezug genommen.

cc) Dass die Erblasserin möglicherweise davon ausging, aufgrund der Ausschlagung der Erbschaft nach ihrem ersten Ehemann sei nach § 2298 Abs. 2 Satz 3 BGB auch die Bindungswirkung des Erbvertrages entfallen, hemmte den Beginn der Anfechtungsfrist nicht. Dieser Irrtum stellt einen Rechtsirrtum dar. Der Erblasserin waren alle Fakten, aus denen die fortbestehende Bindungswirkung und der – unterstellte – Anfechtungstatbestand folgte, bekannt. Insbesondere war ihr der Wortlaut des Erbvertrages bekannt, die darin enthaltene Erbeinsetzung der Kinder ihres ersten Ehemannes, ihre ursprüngliche Motivation für diese Erbeinsetzung sowie der Nichteintritt der bei Abschluss des Erbvertrages erwarteten Vermögensverhältnisse.

Nach der Rechtsprechung und herrschenden Meinung in der juristischen Literatur soll ein Rechtsirrtum nur dann beachtlich sein, wenn er die Unkenntnis einer die Anfechtung begründenden Tatsache zur Folge hat; dagegen sei er unbeachtlich, wenn es sich nur um eine rechtsirrtümliche Beurteilung des Anfechtungstatbestandes selbst handelt (vgl. RGZ 132, 1, 4; BGH, NJW 1970, 279; BayObLG, NJW-RR 1997, 1027, 1030; NJW-RR 1990, 846, 847; *Staudinger/Kanzleiter*, Bearb. 2006, § 2283 Rdnr. 8). Was die Anwendung dieses Grundsatzes in einem Fall wie dem vorliegenden bedeutet, in welchem der Irrtum die fortbestehende Bindungswirkung eines Erbvertrages und seine Anfechtungsbedürftigkeit zur Wiedererlangung der Testierfreiheit betrifft, wird allerdings nicht einheitlich beurteilt.

Das RG hatte in der genannten Entscheidung einen Fall zu beurteilen, in welchem der Erblasser der Auffassung war, sein mit der ersten Ehefrau errichtetes gemeinschaftliches Testament verliere durch eine weitere Eheschließung ohne weiteres seine Bindungswirkung, so dass es einer Anfechtung nicht bedürfe. Dies hat das RG als unbeachtliche Rechtsunkenntnis angesehen, durch welche der Lauf der Anfechtungsfrist nicht gehindert werde. Das RG hat dazu ausgeführt, dass nur die rechtsirr-

tümliche Beurteilung des Anfechtungstatbestandes den Fristenlauf hindere, es aber nicht erforderlich sei, dass der Berechtigte auch über sein Anfechtungsrecht unterrichtet sei (a. a. O.).

Der Senat hat ebenso wie das KG entschieden, dass in diesem Sinne auch die Kenntnis von dem Fortbestand einer bindenden Verfügung von Todes wegen zum Anfechtungstatbestand des § 2079 BGB gehöre, so dass ein Rechtsirrtum über die Wirksamkeit des Widerrufs oder der Anfechtung einer solchen den Ablauf der Anfechtungsfrist hemme (vgl. Senat, OLGZ 1967, 496; KG, FamRZ 1968, 218, 219).

Der BGH ist in seiner Entscheidung, NJW 1970, 279 davon ausgegangen, dass ein Rechtsirrtum beachtlich sei und die Anfechtungsfrist nicht zu laufen beginne, wenn der Anfechtungsberechtigte von der Unwirksamkeit des ersten Testaments ausgehe. Welchen konkreten Fall der Unwirksamkeit des vorangegangenen, Bindungswirkung entfaltenden Testaments der BGH hier meinte, ist der Entscheidung nicht zu entnehmen.

In der Entscheidung BayObLG, NJW-RR 1990, 846 war der Erblasser davon ausgegangen, ein vorheriges gemeinschaftliches Testament sei bereits aufgrund der Vernichtung der Testamentsurkunde unwirksam geworden, so dass keine Bindungswirkung mehr bestehe und es einer Anfechtung nicht bedürfe. Dies hat das Gericht als bloßen unbeachtlichen Rechtsirrtum angesehen und den Ablauf der Anfechtungsfrist bejaht. In gleicher Weise hat das BayObLG es für unbeachtlich gehalten, wenn der Erblasser glaubte, durch ein anhängiges Scheidungsverfahren werde der mit der Ehefrau abgeschlossene Erbvertrag ohne Anfechtung ungültig (BayObLG, NJW-RR 1990, 200, 201). Gleiches solle für den Fall gelten, dass der Erblasser davon ausging, allein der Wegfall des dem Erbvertrag zugrundeliegenden Motivs genüge bereits zum Wegfall der Bindungswirkung (dort war die Erblasserin, ebenso wie im vorliegenden Fall, bei Erbvertragsabschluss davon ausgegangen, das von ihr [auch] an die Kinder des Ehemannes aus dessen erster Ehe zu vererbendes Vermögen werde im Wesentlichen aus dieser Ehe stammen). Auch hier hat das BayObLG ausgeführt, der Erblasserin seien alle wesentlichen Tatsachen bekannt gewesen, sie habe lediglich die weiterhin bestehende Bindungswirkung des Erbvertrages falsch eingeschätzt; dies sei ein reiner Rechtsirrtum (BayObLG, NJW-RR 1991, 454, 455).

In einer weiteren Entscheidung hat das BayObLG dagegen angenommen, ein Irrtum des Erblassers über den Fortbestand der bindenden letztwilligen Verfügung und die Anfechtungsbedürftigkeit sei beachtlich; die Anfechtungsfrist beginne somit erst zu laufen, wenn der Erblasser auch die rechtlichen Folgen erkannt habe. Der Erblasser war im entschiedenen Fall davon ausgegangen, ein mit seiner ersten Ehefrau errichtetes gemeinschaftliches Testament werde durch eine erneute Eheschließung hinfällig (BayObLG, NJW-RR 1992, 1223, 1224; zustimmend *Staudinger/Kanzleiter*, a. a. O., § 2283 Rdnr. 8).

In einer weiteren Entscheidung führt das BayObLG dagegen wieder aus, es sei unbeachtlich, wenn der Erblasser annehme, die Bindungswirkung entfalle ohne weiteres aufgrund einer zweiten Eheschließung (BayObLG, NJW-RR 1997, 1027, 1030). In derselben Entscheidung wird zudem erklärt, es könne ein beachtlicher Inhaltsirrtum sein, wenn sich der Erblasser über die von einem Erbvertrag ausgehende Bindungswirkung im Unklaren sei (BayObLG, NJW-RR 1997, 1027, 1028). Allerdings soll nach einer anderen Entscheidung ein Rechtsirrtum über die Bindungswirkung die Kenntnis des Erblassers vom Bestand der Verfügungen und damit den Beginn der Anfechtungsfrist nicht ausschließen (BayObLG, ZEV 1995, 1024, 1026).

Dieser Überblick lässt es verständlich erscheinen, wenn die Differenzierungen der Rechtsprechung in der Literatur als „nicht ganz nachvollziehbar“ (DNotI-Report 1998, 78, 80) oder als in der Praxis kaum durchführbar (vgl. *Schubert/Czub*, JA 1980, 334, 336) bezeichnet werden. Auch das OLG Frankfurt hat kritisiert, die Unterschiede seien kompliziert und in der Praxis nur schwer zu handhaben (NJWE-FER 2000, 37).

Dabei ist aber in Rechnung zu stellen, dass sich – mit einer Ausnahme – alle genannten Entscheidungen mit dem Anfechtungstatbestand des übergangenen Pflichtteilsberechtigten aus § 2079 BGB befassen. Dieser weist insofern die Besonderheit auf, dass die Voraussetzungen des Anfechtungstatbestandes aus sog. Rechtstatsachen bestehen. Von daher mag man darüber streiten, ob zur Kenntnis dieses Tatbestandes auch gehört, dass der Anfechtungsberechtigte eine Person überhaupt als pflichtteilsberechtigt erkennt und außerdem erkennt, dass diese Person „übergangen“ ist, was eine fortbestehende und bindende anderweitige Verfügung von Todes wegen voraussetzt. Gleiches mag für Fälle des Inhaltsirrtums gelten, wenn dem Erblasser nicht klar ist, welche rechtlichen Folgen die von ihm abgegebenen Erklärungen in einer letztwilligen Verfügung haben. Dies muss hier aber nicht entschieden werden. Denn die Kenntnis von den Voraussetzungen des Anfechtungstatbestandes des § 2078 Abs. 2 BGB setzt im Falle des Motivirrtums regelmäßig – und auch hier – keine Rechtskenntnisse und keine rechtlich zutreffende Beurteilung der Sachlage voraus. Welche Motive ihn zu einer Verfügung von Todes wegen bestimmt haben, weiß der Erblasser, ohne hierzu rechtliche Überlegungen anstellen zu müssen. Ebenso setzt es keine Rechtskenntnisse voraus zu erkennen, dass und wann sich diese Motive als irriige Annahmen erweisen. Um Missverständnisse zu vermeiden sei hinzugefügt, dass dies auch dann gilt, wenn das Motiv seinerseits auf einer rechtlichen Bewertung basierte. Hat der Erblasser beispielsweise eine bestimmte Person zum Miterben eingesetzt, weil er sie irrtümlich für nicht pflichtteilsberechtigt hielt, ihr aber etwas zukommen wollte, so befindet er sich zwar in einem Rechtsirrtum. Dass die vermeintlich fehlende Pflichtteilsberechtigung sein Motiv für die Erbeinsetzung war, weiß der Erblasser aber ohne Rechtskenntnisse, ebenso wird er bei späterer rechtlicher Aufklärung erkennen, dass sein Motiv nun weggefallen ist. Es bedarf daher auch in diesem Fall keiner Berücksichtigung von Rechtsirrtümern bei der Frage, wann die Anfechtungsfrist zu laufen beginnt; auch hier kann allein auf die Kenntnis vom Anfechtungstatbestand abgestellt werden.

dd) Auf den vorliegenden Fall angewendet bedeutet dies, dass entscheidend für den Beginn der Anfechtungsfrist allein die Kenntnis von der fehlgeschlagenen Erwartung war, die Erblasserin werde im Wesentlichen Vermögen zu vererben haben, das aus ihrer ersten Ehe stammt. Bei dem Irrtum darüber, dass trotz der Ausschlagungserklärung eine weiterhin bindende Erbeinsetzung der Kinder des Herrn L. aus dessen erster Ehe vorlag, handelt es sich dagegen um einen unbeachtlichen Rechtsirrtum, der für das Vorliegen des Anfechtungstatbestandes des Motivirrtums ohne Bedeutung ist und den Lauf der Anfechtungsfrist daher nicht hemmen konnte.

ee) Da die Anfechtungsfrist bereits im Jahre 1989 abgelaufen war, ist es ohne Belang, ob die Erblasserin anlässlich späterer Beurkundungen weiterer letztwilliger Verfügungen fehlerhaft notariell beraten worden ist. Hierdurch mag zwar eine noch laufende Anfechtungsfrist nach §§ 2283 Abs. 2, Satz 2, 206 BGB gehemmt werden (vgl. dazu Senat, OLGZ 1967, 496, 499), jedoch kann eine bereits abgelaufene Anfechtungsfrist nicht erneut in Gang gesetzt werden.



d) Ob der Erbvertrag nach §§ 2281 Abs. 1, 2079 BGB aufgrund der nachfolgenden Eheschließung der Erblasserin mit Herrn M. anfechtbar (gewesen) wäre, kann hier dahinstehen, da die Antragsteller jedenfalls nicht nach § 2079 Abs. 3 BGB anfechtungsberechtigt sind.

#### Anmerkung:

Das OLG Köln hatte bei Beantwortung der Frage, wer nach den verschiedenen einander widersprechenden letztwilligen Verfügungen der Erblasserin ihr Erbe geworden ist, eine Reihe rechtlicher Probleme unterschiedlicher Schwierigkeit zu entscheiden. Keinen Zweifeln begegnet die zunächst zutreffende Feststellung, dass es sich bei der Erbeinsetzung in dem 1975 geschlossenen Erbvertrag um eine vertragliche Verfügung handelt. Ebenso sicher lässt sich ausschließen, dass diese Erbeinsetzung mit einer Bedingung verbunden oder mit einem Rücktritts- oder Änderungsvorbehalt versehen worden ist. Die dafür vom Gericht gegebenen Begründungen überzeugen. Die Erbeinsetzung kann deshalb nur ihre Gültigkeit durch eine Anfechtung verloren haben. Grundsätzlich ist derjenige zur Anfechtung berechtigt, dem die Aufhebung der letztwilligen Verfügung unmittelbar zustatten kommen würde (§ 2080 Abs. 1 BGB). Jedoch wird bei einem Erbvertrag durch § 2285 BGB das Anfechtungsrecht Dritter ausgeschlossen, wenn das Anfechtungsrecht des Erblassers zur Zeit des Erbfalls erloschen ist. Ein solches Anfechtungsrecht, das sich auf § 2281 i. V. m. § 2078 Abs. 2 BGB wegen Irrtums über die Vermögensverhältnisse ihres Ehemanns stützen könnte, musste von der Erblasserin innerhalb einer Frist von einem Jahr ausgeübt werden (§ 2283 Abs. 1 BGB), wobei die Frist nach § 2283 Abs. 2 Satz 1 BGB mit dem Zeitpunkt beginnt, in welchem sie von dem Anfechtungsgrund Kenntnis erlangte. Als der Ehemann im Januar 1988 starb, erfuhr die Erblasserin, dass dessen Nachlass überschuldet war. Dadurch wurden ihr nur dann nicht die für eine Anfechtung wesentlichen Tatsachen vermittelt, wenn sie infolge eines Irrtums den Anfechtungsgrund nicht erkannte. Die Frage, ob sich die Erblasserin in einem erheblichen, die Kenntnis des Anfechtungsgrundes ausschließenden Irrtum befunden hat, bildet den Kernpunkt der Entscheidung. Mit ihm setzt sich deshalb das Gericht auch eingehend auseinander.

Das erkennende Gericht schließt sich der herrschenden Auffassung an, nach der auch ein Rechtsirrtum dem Beginn der Anfechtungsfrist entgegenstehen kann. Ein Rechtsirrtum wird jedoch nur dann als erheblich angesehen, wenn er sich auf die zur Anfechtung begründenden Tatsachen bezieht.<sup>1</sup> Irrt dagegen der Anfechtungsberechtigte in der rechtlichen Beurteilung des Anfechtungstatbestandes selbst, obwohl ihm die das Anfechtungsrecht begründenden Tatsachen bekannt sind, dann wertet die herrschende Meinung einen solchen Irrtum als unbeachtlich. Die praktische Umsetzung dieser Grundsätze im Einzelfall bereitet allerdings Schwierigkeiten, wie dies auch die vom OLG Köln angeführten Beispielfälle zeigen, in denen die entscheidenden Gerichte zum Teil zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangen. Diese Schwierigkeiten entstehen insbesondere dadurch, dass Fehlvorstellungen über Tatsachen durch einen Rechtsirrtum verursacht werden können.<sup>2</sup> So wird in zahlreichen Gerichtsentscheidungen die Gültigkeit der letztwilligen Verfügung zum Anfechtungsgrund gezählt und der Beginn der Anfechtungsfrist verneint, wenn der Anfechtungsberechtigte irrtümlich die Verfügung

für unwirksam hält und von einer Anfechtung absieht, weil er die rechtlichen Voraussetzungen für einen Widerruf falsch einschätzt oder die Formgültigkeit der Verfügung verkennt.<sup>3</sup>

Die letztlich wenig überzeugenden Differenzierungen, die sich in der Rechtsprechung, aber auch im juristischen Schrifttum hinsichtlich der Erheblichkeit eines Rechtsirrtums im Rahmen der Anfechtung letztwilliger Verfügungen finden, haben zu dem Vorschlag geführt, über das Anfechtungsrecht weniger nach dogmatischen Gesichtspunkten als danach zu entscheiden, ob von dem Anfechtungsberechtigten aufgrund seines Kenntnisstandes erwartet werden konnte, dass er zur Wahrnehmung seiner Interessen tätig wird, sei es durch Anfechtung oder zumindest durch eine Einholung rechtlicher Beratung.<sup>4</sup> Die Flexibilität, auf die sich eine solche Auffassung berufen kann, wird allerdings durch eine Rechtsunsicherheit erkauft, weil dann der Streitfall regelmäßig eine vom Richter vorzunehmende Interessenbewertung entscheidet. Zu Recht wird deshalb warnend darauf hingewiesen, dass eine Plausibilitätskontrolle des Erblasserwillens dazu führen könnte, sein Selbstanfechtungsrecht zu einem freien Lösungsrecht umzugestalten.<sup>5</sup>

Im Rahmen dieser Urteilsanmerkung ist es nicht möglich, fundierte Vorschläge für eine sichere und überzeugende Entscheidungsgrundlage in solchen Anfechtungsfällen zu formulieren und zu begründen, in denen über die Erheblichkeit eines Rechtsirrtums befunden werden muss. Es muss deshalb genügen, die eigene Auffassung dahingehend zu präzisieren, dass entgegen zu großzügiger Tendenzen nur dann ein Rechtsirrtum des Erblassers berücksichtigt werden darf, wenn dadurch die Kenntnis von Tatsachen verhindert wird, auf die es für die Verwirklichung des Tatbestandes eines Anfechtungsgrundes ankommt. Die Entscheidung in dem zu besprechenden Beschluss stimmt im Ergebnis mit dieser Auffassung überein. Die zur Begründung dieser Entscheidung aufgestellte These, dass es im Rahmen eines Motivirrtums nach § 2078 Abs. 2 BGB niemals zu einem beachtlichen Rechtsirrtum kommen kann, geht indes zu weit. Dass ein Erblasser, der durch falsche rechtliche Erwägungen geleitet, letztwillig verfügt, sich niemals in einem erheblichen Rechtsirrtum befinden könnte, lässt sich in dieser Allgemeinheit nicht behaupten.<sup>6</sup> Die vom erkennenden Gericht dafür vorgetragenen Erwägungen, die darauf hinauslaufen, dass ein Rechtsirrtum für die Motive des Erblassers stets ohne Bedeutung bleibe und deshalb nicht zu berücksichtigen sei, erscheinen nicht stichhaltig.

Prof. Dr. Hans-Joachim Musielak, Passau

<sup>3</sup> Vgl. die Nachweise von *Lange/Kuchinke*, *Erbrecht*, 5. Aufl. 2001, § 6 VI 4 b (S. 862), und *AnwK-BGB/Kornel*, 2. Aufl. 2007, § 2283 Rdnr. 18.

<sup>4</sup> *MünchKomm/Leipold*, 5. Aufl. 2010, § 2082 Rdnr. 6.

<sup>5</sup> *J. Mayer* in *Reimann/Bengel/J. Mayer*, *Testament und Erbvertrag*, 5. Aufl. 2006, § 2283 Rdnr. 10.

<sup>6</sup> So auch *Keim*, *ZEV* 2011, 86, 87. Der BGH, IV ZB 16/10, *ZEV* 2011, 424, der die gegen diesen Beschluss eingelegte Beschwerde zurückgewiesen hat, hat die Frage, ob im Bereich des Motivirrtums nach § 2078 Abs. 2 BGB überhaupt kein beachtlicher Rechtsirrtum vorkommen könne, offengelassen.

<sup>1</sup> Vgl. auch OLG Frankfurt/Main, 20 W 606/94, *NJWE-FER* 1997, 229, 230.

<sup>2</sup> *Burandt/Rojahn/Czubayko*, *Erbrecht*, 2011, § 2082 Rdnr. 5.

## Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

14. GmbHG §§ 11 Abs. 2, 9 a Abs. 1 (*Haftung bei einer wirtschaftlichen Neugründung einer Vorrats- oder Mantelgesellschaft*)

1. **Bei einer wirtschaftlichen Neugründung einer Vorrats- oder Mantelgesellschaft kommt eine Haftung der handelnden Personen analog § 11 Abs. 2 GmbHG nur dann in Betracht, wenn die Geschäfte vor Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung aufgenommen worden sind und dem nicht alle Gesellschafter zugestimmt haben.**
2. **Versichert der Geschäftsführer bei der Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung der Wahrheit zuwider, dass sich das Stammkapital endgültig in seiner freien Verfügung befindet, haftet er analog § 9 a Abs. 1 GmbHG.**

BGH, Urteil vom 12.7.2011, II ZR 71/11; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Klägerin nimmt den Beklagten aus § 11 Abs. 2 GmbHG auf Zahlung von 1.295,91 € für die Bezahlung von Reifenlieferungen und -montagen in Anspruch.

Der Beklagte ist Geschäftsführer der S. GmbH, die am 25.10.2006 in das Handelsregister eingetragen wurde. Der einzige Geschäftsanteil an der Gesellschaft war bereits zuvor am 10.10.2006 an H. A. übertragen worden. In die darüber errichtete notarielle Urkunde wurde der Beschluss der unter Verzicht auf Formen und Fristen zusammengetretenen Gesellschafterversammlung aufgenommen, den Unternehmensgegenstand in „gewerblichen Güternah- und -fernverkehr, Umzüge, Frachtvermittlungen“ und die Firma der Gesellschaft in „A. Transporte & Co. GmbH“ zu ändern, den Gesellschaftssitz nach M. zu verlegen, die Geschäftsführerin abzuberufen und den Beklagten zum neuen Geschäftsführer zu bestellen. Der Beklagte meldete diese Änderungen mit Schreiben vom selben Tag, bei Gericht eingegangen am 25.10.2006, zur Eintragung in das Handelsregister an und erklärte dabei, das Stammkapital sei vorhanden und befinde sich in der endgültigen freien Verfügung der Geschäftsführung. Eine Eintragung der Vertragsänderungen und des neuen Geschäftsführers in das Handelsregister unterblieb, weil der Kostenvorschuss nicht eingezahlt und eine Genehmigung nach dem Güterkraftverkehrsgesetz nicht vorgelegt wurde.

Gemäß Rechnungen vom 28.3. bis 30.4.2007 erbrachte die Klägerin in der Folgezeit Leistungen für die Gesellschaft, deren Bezahlung Gegenstand der Klage ist. Das AG hat die Klage abgewiesen. Das LG hat ihr stattgegeben. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter.

*Aus den Gründen:*

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des AG vom 31.3.2009 wird zurückgewiesen.

Die Revision ist erfolgreich und führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Wiederherstellung des amtsgerichtlichen Urteils. Der Beklagte ist aus keinem rechtlichen Gesichtspunkt zur Zahlung der Klageforderungen verpflichtet.

### I.

Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt: Der Beklagte hafte analog § 11 Abs. 2 GmbHG für die unter seiner Verantwortung begründeten Verbindlichkeiten der GmbH. Diese Vorschrift sei auf den Fall der wirtschaftlichen Neugründung einer GmbH – durch Verwendung einer sog. Vorratsgesellschaft oder durch Aktivierung eines leeren „GmbH-Mantels“ – entsprechend anwendbar. Dabei komme es weder darauf an, ob die Geschäftsführer die Neugründung dem Registergericht angezeigt hätten, noch ob die Gesellschafter mit der Aufnahme der Geschäftstätig-

keit durch die Geschäftsführer vor Eintragung der die Neugründung begleitenden Änderungen des Gesellschaftsvertrages im Handelsregister einverstanden gewesen seien. Erst wenn die Eintragung im Handelsregister erfolgt sei, ende die persönliche Haftung des Geschäftsführers. Die entgegenstehende Rechtsprechung des BGH (BGH, Urteil vom 7.7.2003, II ZR 4/02, BGHZ 155, 318) entbehre einer tragfähigen dogmatischen Grundlage.

### II.

Diese Ausführungen halten einer revisionsgerichtlichen Überprüfung nicht stand.

1. Es fehlt bereits an einer wirtschaftlichen Neugründung im Sinne der Rechtsprechung des Senats. Die Gesellschaft, deren Gegenstand zunächst in der Verwaltung ihres eigenen Vermögens bestand, war zwar nach der Feststellung des Berufungsgerichts als sog. Vorratsgesellschaft gegründet worden. Die Änderung des Unternehmensgegenstandes, des Namens und des Sitzes ebenso wie der Wechsel der Gesellschafter und der Geschäftsführer – mithin die Ausstattung der Gesellschaft mit einem werbenden Unternehmen – waren aber schon vor der Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister beschlossen und – soweit dafür nicht die Eintragung im Handelsregister erforderlich war – auch vollzogen worden.

2. Im Übrigen kommt im Falle einer wirtschaftlichen Neugründung durch Verwendung einer Vorratsgesellschaft – ebenso wie durch Aktivierung eines leeren „GmbH-Mantels“ – eine Handelndenhaftung in entsprechender Anwendung des § 11 Abs. 2 GmbHG nur dann in Betracht, wenn die Geschäfte vor Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung aufgenommen werden, ohne dass dem alle Gesellschafter zugestimmt haben (BGH, Beschluss vom 7.7.2003, II ZB 4/02, BGHZ 155, 318, 327). Auch diese Voraussetzungen sind hier nicht erfüllt.

a) Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats stellt die Verwendung einer „auf Vorrat“ gegründeten und im Handelsregister eingetragenen GmbH wirtschaftlich eine Neugründung dar. Darauf sind die der Gewährleistung der Kapitalausstattung dienenden Gründungsvorschriften des GmbH-Gesetzes einschließlich der registergerichtlichen Kontrolle entsprechend anzuwenden. Die Geschäftsführer haben analog § 8 Abs. 2 GmbHG zu versichern, dass die in § 7 Abs. 2 und 3 GmbHG bezeichneten Leistungen auf die Geschäftsanteile bewirkt sind und dass sich der Gegenstand der Leistungen – weiterhin oder jedenfalls wieder – endgültig in ihrer freien Verfügung befindet (BGH, Beschluss vom 9.12.2002, II ZB 12/02, BGHZ 153, 158, 160 ff.; Beschluss vom 7.7.2003, II ZB 4/02, BGHZ 155, 318, 321 ff., ebenso zur Aktiengesellschaft schon BGH, Beschluss vom 16.3.1992, II ZB 17/91, BGHZ 117, 323, 330 ff.).

Zur Gewährleistung der realen Kapitalaufbringung als zentrales, die Haftungsbegrenzung auf das Gesellschaftsvermögen rechtfertigendes Element kommt neben der registergerichtlichen Präventivkontrolle auf der materiellrechtlichen Haftungsebene das – auf eine Innenhaftung beschränkte – Modell der Unterbilanzhaftung (BGH, Urteil vom 27.1.1997, II ZR 123/94, BGHZ 134, 333 ff.; Urteil vom 16.1.2006, II ZR 65/04, BGHZ 165, 391 ff.) zur Anwendung. Maßgeblicher Stichtag für diese Haftung der Gesellschafter ist bei der wirtschaftlichen Neugründung die – mit der Versicherung nach § 8 Abs. 2 GmbHG und der Anmeldung etwaiger mit ihr einhergehender Satzungsänderungen zu verbindende – Offenlegung gegenüber dem Handelsregister. Da die Gesellschaft im Falle der wirtschaftlichen Neugründung nicht erst mit der Eintragung im Handelsregister entsteht, ist damit dem Gebot der Gläubigersicherung hinreichend genügt. Auf die nachfol-

gende Eintragung der Vertragsänderungen – die in Ausnahmefällen, etwa bei der Aktivierung einer leeren GmbH-Hülle durch dieselben Gesellschafter, auch ganz fehlen können – kommt es nicht an (BGH, Beschluss vom 7.7.2003, II ZB 4/02, BGHZ 155, 318, 326 f.).

b) Eine (Außen-)Haftung der handelnden Personen analog § 11 Abs. 2 GmbHG hat der Senat nur für solche Fälle in Betracht gezogen, in denen vor Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung die Geschäfte aufgenommen worden sind, ohne dass dem alle Gesellschafter zugestimmt haben (BGH, Beschluss vom 7.7.2003, II ZB 4/02, BGHZ 155, 318, 327).

Nach § 11 Abs. 2 GmbHG haftet persönlich, wer vor Eintragung der Gesellschaft in deren Namen handelt und dadurch Verbindlichkeiten begründet. Die Bedeutung dieser Norm hat mit der Aufgabe des Vorbelastungsverbots und der Anerkennung einer Unterbilanz- und Verlustdeckungshaftung der Gesellschafter (BGH, Urteil vom 9.3.1981, II ZR 54/80, BGHZ 80, 129 ff.; Urteil vom 27.1.1997, II ZR 123/94, BGHZ 134, 333 ff.; Urteil vom 16.1.2006, II ZR 65/04, BGHZ 165, 391 ff.) abgenommen. Sie dient im Wesentlichen nur noch dazu, in Fällen, in denen für eine Geschäftstätigkeit vor Eintragung der Gesellschaft auch nach den neueren Rechtsgrundsätzen weder die Gesellschafter noch die Gesellschaft haften – etwa weil die Geschäftsführer ihre Vertretungsmacht überschritten haben –, den Gläubigern einen Schuldner zu verschaffen (BGH, Urteil vom 7.5.1984, II ZR 276/83, BGHZ 91, 148, 152; Urteil vom 14.6.2004, II ZR 47/02, ZIP 2004, 1409, 1410 zum vergleichbaren § 41 Abs. 1 Satz 2 AktG; *Ulmer* in *Ulmer/Habersack/Winter*, GmbHG, § 11 Rdnr. 123 ff.; *Hueck/Fastrich* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 19. Aufl., § 11 Rdnr. 53).

Eine entsprechende Anwendung des § 11 Abs. 2 GmbHG im Falle der wirtschaftlichen Neugründung einer Gesellschaft ist daher auf den Zeitpunkt zu beziehen, auf den es auch für die Haftung der Gesellschafter ankommt (BGH, Beschluss vom 7.7.2003, II ZB 4/02, BGHZ 155, 318, 327). Das ist nach dem zuvor Gesagten der Zeitpunkt der Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung – oder allenfalls der Zeitpunkt der nach außen in Erscheinung einer wirtschaftlichen Neugründung, wie der Senat für „Altfälle“ angenommen hat (BGH, Beschluss vom 26.11.2007, II ZA 14/06, ZIP 2008, 217, 218) – jedenfalls aber nicht, wie das Berufungsgericht gemeint hat, der Zeitpunkt der Eintragung der mit der Neugründung ggf. verbundenen anmeldepflichtigen Änderungen des Gesellschaftsvertrages (ebenso *Ulmer* in *Ulmer/Habersack/Winter*, GmbHG, § 3 Rdnr. 170; *Hueck/Fastrich* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 19. Aufl., § 3 Rdnr. 13; *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 17. Aufl., § 3 Rdnr. 12; *Bayer* in *FS für Goette*, 2011, S. 15, 21 m. w. N.). Denn in Fällen, in denen das Stammkapital der Gesellschaft bei der Offenlegung der Neugründung ganz oder teilweise aufgebraucht ist, greift grundsätzlich die Unterbilanzhaftung der Gesellschafter ein, so dass es der zusätzlichen Haftung der Handelnden analog § 11 Abs. 2 GmbHG nicht mehr bedarf (vgl. BAG, ZInsO 2008, 572, 576). Ob sich die Eintragung der mit der Neugründung verbundenen Satzungsänderungen verzögert oder ob sie – wie hier – ganz unterbleibt, ist für die Haftung ohne Bedeutung. Stellt das Registergericht bei einer – späteren – Prüfung fest, dass zum Zeitpunkt der Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung die Angaben der Geschäftsführer nach § 8 Abs. 2 GmbH falsch waren, haften diese in entsprechender Anwendung des § 9 a Abs. 1 GmbHG (*Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 17. Aufl., § 3 Rdnr. 19). Davon zu unterscheiden ist die Haftung bei unterbliebener Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung (siehe dazu KG, ZIP 2010, 582; OLG München, ZIP 2010, 579; *Altmeyen*, DB 2003, 2050, 2052; *Bärwaldt/Balda*, GmbHR 2004, 350, 353;

*K. Schmidt*, ZIP 2010, 857, 860 f.; *Wahl/Schult*, NZG 2010, 611 ff.), um die es im vorliegenden Fall nicht geht.

c) Danach scheidet eine Haftung des Beklagten für die im Zuge der nach Offenlegung der – vermeintlichen – wirtschaftlichen Neugründung begründeten Gesellschaftsschulden analog § 11 Abs. 2 GmbHG aus. Der Beklagte hat die Geschäftstätigkeit – durch den Sohn der Alleingesellschafterin – erst nach der Offenlegung zugelassen.

3. Auch eine Haftung aus § 9 a Abs. 1 GmbHG kommt nicht in Betracht. Das Berufungsgericht hat jedenfalls nicht festgestellt – und es spricht auch nichts dafür –, dass zum Zeitpunkt der Offenlegung am 25.10.2006 der erforderliche Teil des Stammkapitals nicht endgültig zur freien Verfügung des Geschäftsführers stand. Die GmbH wurde an demselben Tag – noch unter ihrem alten Namen S. GmbH – in das Handelsregister eingetragen. Die registergerichtliche Prüfung hatte also offenbar keine Zweifel ergeben.

15. FamFG §§ 26, 382; GmbHG § 39 Abs. 2 (*Zugang der Amtsniederlegungserklärung des Geschäftsführers im Ausland*)

1. **Die Niederlegung des Amtes eines GmbH-Geschäftsführers ist nur dann wirksam, wenn sie mindestens einem Gesellschafter zugegangen ist. (Leitsatz der Schriftleitung)**
2. **Ob eine Willenserklärung einem Empfänger mit Sitz im Ausland zugegangen ist, beurteilt sich nach dem Ortsrecht des Abgabeorts.**
3. **Eine Pflicht des Registergerichts zur Amtsermittlung nach §§ 26, 382 FamFG besteht nur dann, wenn entweder die formalen Mindestanforderungen für eine Eintragung nicht erfüllt sind oder wenn begründete Zweifel an der Wirksamkeit der zur Eintragung angemeldeten Erklärungen oder der Richtigkeit der mitgeteilten Tatsachen bestehen.**

BGH, Beschluss vom 21.6.2011, II ZB 15/10; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

#### Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung ist abgedruckt in NJW-RR 2011, 1184.

16. GmbHG § 47 Abs. 4 Satz 2 Fall 1 (*Stimmberechtigung herrschender Gesellschafter bei Kündigung von Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen*)

**Bei der Beschlussfassung über die ordentliche Kündigung eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags durch die beherrschte Gesellschaft ist der herrschende Gesellschafter stimmberechtigt.**

BGH, Urteil vom 31.5.2011, II ZR 109/10; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Beklagte, eine GmbH, schloss am 8.7.1999 mit der L. mbH, die 90 % ihrer Geschäftsanteile hält, einen Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag ab. Die restlichen Geschäftsanteile hält die Schuldnerin. Der Vertrag sollte ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist aus wichtigem Grund, im Übrigen erstmals zum Ablauf des 31.12.2004 mit einer Frist von sechs Monaten schriftlich gekündigt werden können und sich, wenn er nicht gekündigt wird, bei gleicher Kündigungsfrist jeweils um ein Kalenderjahr verlängern. Ein Ausgleich für die Schuldnerin war nicht vorgesehen. Mit einem notariell

beurkundeten Beschluss stimmten die Gesellschafter der Beklagten am 2.8.1999 dem Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag zu, der daraufhin ins Handelsregister eingetragen wurde.

Über das Vermögen der Schuldnerin wurde am 3.1.2007 das Insolvenzverfahren eröffnet. Der Kläger wurde zum Insolvenzverwalter bestellt. Er beantragte in der Gesellschafterversammlung der Beklagten vom 22.11.2007, die Kündigung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags zu beschließen. Der Antrag wurde mit den Stimmen der herrschenden Gesellschaft abgelehnt.

Der Kläger hat beantragt, den Beschluss der Gesellschafterversammlung vom 22.11.2007 für nichtig zu erklären und festzustellen, dass der Beschluss gefasst worden ist, den Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag außerordentlich, hilfsweise fristgerecht zum 31.12.2008 zu kündigen. Das LG hat den Beschluss für nichtig erklärt und die Klage im Übrigen abgewiesen, das Berufungsgericht hat die Klage insgesamt abgewiesen. Dagegen richtet sich die vom Berufungsgericht zugelassene Revision des Klägers.

#### Aus den Gründen:

Die Revision hat keinen Erfolg.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt, bei der Beschlussfassung über die Kündigung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags handele es sich um eine Entscheidung mit körperschaftlichem Charakter, bei der der herrschende Gesellschafter ein Stimmrecht habe. Es werde eine Organisationsentscheidung über eine wesentliche Strukturänderung getroffen.

Das Urteil hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung stand.

1. Der Kläger ist als Insolvenzverwalter anstelle der Schuldnerin zur Ausübung des Stimmrechts in der Gesellschafterversammlung der Beklagten und zur Erhebung der Anfechtungsklage berechtigt. Der Insolvenzverwalter hat als Teil seines Verwaltungsrechts das Recht zur Ausübung des Stimmrechts in der Gesellschafterversammlung, jedenfalls soweit der Beschlussgegenstand die Vermögenssphäre betrifft (vgl. OLG München, ZIP 2010, 1756; *Bergmann* in FS Kirchhof, 2003, S. 15, 20 ff.). Nach § 80 Abs. 1 InsO hat der Insolvenzverwalter das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen zu verwalten. Der GmbH-Geschäftsanteil gehört zur Masse (§ 35 Abs. 1 InsO).

Vom Beschlussgegenstand, der außerordentlichen, hilfsweise ordentlichen Kündigung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags, ist mit dem Weisungsrecht (§ 37 Abs. 1 GmbHG) und dem Gewinnbezugsrecht (§ 29 Abs. 1 GmbHG) die Vermögenssphäre der Schuldnerin betroffen.

2. Die Anfechtungsklage gegen den Beschluss, mit dem die Gesellschafterversammlung der Beklagten eine außerordentliche Kündigung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags abgelehnt hat, und die damit verbundene positive Beschlussfeststellungsklage, dass die außerordentliche Kündigung beschlossen wurde, sind schon deshalb unbegründet, weil ein Kündigungsgrund fehlt. Die Anfechtungsklage ist begründet, wenn der gefasste Beschluss gesetzes- oder satzungswidrig ist; der an seiner Stelle festzustellende Beschluss muss seinerseits gesetzes- und satzungskonform sein (vgl. BGH, Urteil vom 13.3.1980, II ZR 54/78, BGHZ 76, 191, 200 f.; Urteil vom 20.1.1986, II ZR 73/85, BGHZ 97, 28, 31).

Ein Grund zur außerordentlichen Kündigung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags besteht nicht. Ein wichtiger Grund zur Kündigung liegt vor, wenn dem kündigenden Vertragsteil, hier der beherrschten GmbH, die Fortsetzung des Vertrags nicht mehr zumutbar ist. Einen solchen Grund hat der Kläger nicht dargelegt. Dass die Schuldnerin ihren Geschäftsanteil nach dem Wegfall des Unternehmens-

vertrags besser verwerten kann, betrifft nur ihre persönlichen Verhältnisse und nicht das Verhältnis zwischen beherrschter und herrschender Gesellschaft.

3. Die Anfechtungsklage gegen den Beschluss, mit dem die Gesellschafterversammlung der Beklagten die ordentliche Kündigung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags mit den Stimmen der L. mbH abgelehnt hat, ist ebenfalls unbegründet. Damit entfällt auch die Grundlage für die beantragte Feststellung, dass die Kündigung beschlossen wurde.

Die Gesellschafterversammlung hat die ordentliche Kündigung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags nicht mit Mehrheit beschlossen. Die Stimmen der L. mbH waren mitzuzählen. Sie unterlag keinem Stimmverbot (§ 47 Abs. 4 Satz 2 Fall 1 GmbHG) und war auch nicht aufgrund der gesellschaftlichen Treuepflicht verpflichtet, für die Kündigung zu stimmen.

a) Bei der Beschlussfassung über die ordentliche Kündigung eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags durch die beherrschte Gesellschaft ist der herrschende Gesellschafter stimmberechtigt.

aa) Nach § 47 Abs. 4 Satz 2 Fall 1 GmbHG hat ein Gesellschafter bei einer Beschlussfassung, die die Vornahme eines Rechtsgeschäfts gegenüber ihm betrifft, kein Stimmrecht. Dazu gehören auch einseitige oder rechtsgeschäftsähnliche Handlungen (BGH, Urteil vom 9.7.1990, II ZR 9/90, ZIP 1990, 1194) und damit eine ihm gegenüber zu erklärende Kündigung eines Vertragsverhältnisses.

Von dem Stimmverbot ausgenommen sind aber sog. körperschaftliche Sozialakte, bei denen der Gesellschafter sein Mitgliedsrecht ausübt, wie Organbestellungsakte einschließlich der Beschlussfassung über die dazugehörigen Regelungen der Bezüge und Anstellungsbedingungen (BGH, Urteil vom 29.9.1955, II ZR 225/54, BGHZ 18, 205, 210; Urteil vom 9.12.1968, II ZR 57/67, BGHZ 51, 209, 215 f.; Urteil vom 11.12.2006, II ZR 166/05, ZIP 2007, 268, 270), über die Genehmigung von Anteilsübertragungen (BGH, Urteil vom 29.5.1967, II ZR 105/66, BGHZ 48, 163, 166 f.; Urteil vom 25.11.2002, II ZR 69/01, ZIP 2003, 116, 119), über die freiwillige Einziehung (BGH, Urteil vom 20.12.1976, II ZR 115/75, WM 1977, 192 f.), über die Nachfolge eines ausscheidenden Gesellschafters (BGH, Urteil vom 24.1.1974, II ZR 65/72, WM 1974, 372, 374 f.) oder über die Einforderung der Stammeinlagen (BGH, Urteil vom 9.7.1990, II ZR 9/90, ZIP 1990, 1194 f.). Bei solchen, die inneren Angelegenheiten der Gesellschaft betreffenden Beschlüssen ist dem Gesellschafter die Mitwirkung nicht schon zu versagen, wenn der Beschlussinhalt zugleich auf seinen persönlichen Rechtskreis einwirkt, es sei denn, er würde, weil es gerade um die Billigung oder Missbilligung seines Verhaltens als Gesellschafter oder Geschäftsführer geht, dadurch zum Richter in eigener Sache.

Es entspricht dem Regelungszweck des § 47 Abs. 4 Satz 2 Fall 1 GmbHG, für sog. körperschaftliche Sozialakte eine Ausnahme vom Stimmverbot zu machen. Mit dem Stimmverbot für die Beschlussfassung über Rechtsgeschäfte, die gegenüber dem Gesellschafter vorgenommen werden sollen, soll vermieden werden, dass die Willensbildung der Gesellschaft durch den überwiegenden Einfluss der individuellen, verbandsfremden Sonderinteressen des Gesellschafters beeinträchtigt wird. Bei Beschlussfassungen über Rechtsgeschäfte zur Regelung innergesellschaftlicher Angelegenheiten stehen regelmäßig die Mitverwaltungsrechte im Vordergrund und das Eigeninteresse des Gesellschafters tritt in den Hintergrund. Aus diesem Grund dürfen die Mitwirkungsrechte in den Angelegenheiten, die typischerweise von den Gesellschaftern selbst zu regeln sind, nicht verkürzt werden.

bb) Der Beschluss über die ordentliche Kündigung eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags gegenüber dem herrschenden Gesellschafter betrifft nicht nur das Verhältnis der beherrschten Gesellschaft zu ihrem herrschenden Gesellschafter, sondern auch die inneren Angelegenheiten der Gesellschaft und verändert ihre Organisationsstruktur, so dass dem herrschenden Gesellschafter seine Mitwirkung nicht versagt werden kann.

In Rechtsprechung und Schrifttum ist umstritten, ob die Aufhebung oder die ordentliche Kündigung eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags eine Geschäftsführungsmaßnahme ist, die grundsätzlich dem Geschäftsführer obliegt (so BayObLG, NJW-RR 2003, 907; OLG Frankfurt, ZIP 1993, 1790; OLG Karlsruhe, ZIP 1994, 1022; *Altmeppen* in Roth/Altmeppen, GmbHG, 6. Aufl., Anh. § 13 Rdnr. 97, 100; MünchKommGmbHG/Liebscher, Anh. § 13 Rdnr. 919; *Michalski/Zeidler*, GmbHG, 2. Aufl., Syst. Darst. 4 Rdnr. 219 und 234; *Koppensteiner* in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 4. Aufl., Anh. § 52 Rdnr. 118; *Dilger*, WM 1993, 935, 937; *Bungert*, NJW 1995, 1118, 1120; *Kallmeyer*, GmbHR 1995, 578; *Krieger/Janott*, DSrR 1995, 1473, 1477; *E. Vetter*, ZIP 1995, 345, 351; *Timm/Geuting*, GmbHR 1996, 229 ff.; *Ulrich*, GmbHR 2004, 1000, 1004; *Paschos/Goslar*, Der Konzern 2006, 479, 484). Die Gesellschafter müssten – ggf. mit Ausnahme eines Sonderbeschlusses der Minderheitsgesellschafter wegen des Wegfalls des Ausgleichsanspruchs – allenfalls eine Entscheidung treffen, weil es sich um ein ungewöhnliches Geschäft handelt. Folgerichtig bestünde nach dieser Auffassung ein Stimmverbot für den von dem Rechtsgeschäft betroffenen herrschenden Gesellschafter. Teilweise wird zwar eine Geschäftsführungsmaßnahme verneint, aber gleichwohl ein Stimmverbot des herrschenden Gesellschafters angenommen (*Baumbach/Hueck/Zöllner*, GmbHG, 19. Aufl., SchlAnhKonzernR Rdnr. 69). Andere sehen in der Aufhebung oder der ordentlichen Kündigung eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags einen körperschaftlichen Rechtsakt (OLG Oldenburg, NZG 2000, 1138; *Lutter* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl., Anh. zu § 13 Rdnr. 85; *Ulmer/Casper*, GmbHG, Anh. § 77 Rdnr. 199; *Scholz/Emmerich*, GmbHG, 10. Aufl., Anh. § 13 Rdnr. 197; MünchHdb-GesR/III/Decher, 3. Aufl., § 70 Rdnr. 42; *Ehlke*, ZIP 1995, 355 ff.; *Schlögell*, GmbHR 1995, 401, 403; *Schwartz*, DNotZ 1996, 68, 77; *Priester*, ZGR 1996, 189, 205; *Halm*, NZG 2001, 728, 736). Der Senat musste die Frage bisher nicht entscheiden (vgl. BGH, Beschluss vom 24.10.1988, II ZB 7/88, BGHZ 105, 324, 332 f.; Urteil vom 11.11.1991, II ZR 287/90, BGHZ 116, 37, 44; Urteil vom 5.11.2001, II ZR 119/00, ZIP 2002, 35).

Der Beschluss über die ordentliche Kündigung ist ein innergesellschaftlicher Organisationsakt der beherrschten Gesellschaft. Mit der Beendigung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags ist ein Eingriff in die Organisationsstruktur der Gesellschaft verbunden. Ebenso wie der Abschluss eines Unternehmensvertrags keinen rein schuldrechtlichen Charakter hat, sondern als gesellschaftsrechtlicher Organisationsvertrag den rechtlichen Status der beherrschten Gesellschaft ändert (BGH, Beschluss vom 24.10.1988, II ZB 7/88, BGHZ 105, 324, 331), haben auch die Aufhebung und die Kündigung nicht nur schuldrechtliche Wirkungen. Das Weisungsrecht gegenüber den Geschäftsführern steht nach der Kündigung wieder der Gesellschafterversammlung statt dem herrschenden Unternehmen zu und die Ausrichtung des Gesellschaftszwecks am Konzerninteresse entfällt. Die Gesellschafter erlangen wieder das Gewinnbezugsrecht, die abhängige Gesellschaft verliert andererseits ihren Verlustausgleichsanspruch und ein Minderheitsgesellschafter einen ihm

ggf. eingeräumten Ausgleichsanspruch. Dass die Gesellschaft mit der Kündigung zum satzungsgemäßen Normalzustand zurückkehrt, lässt diese innergesellschaftlichen Auswirkungen nicht entfallen und lässt den Eingriff nicht schwächer als den Abschluss des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags erscheinen.

Die Kündigung ist nicht deshalb als eine grundsätzlich den Geschäftsführern zugewiesene Geschäftsführungsmaßnahme anzusehen, weil bei der Aktiengesellschaft die ordentliche Kündigung dem Vorstand zugewiesen ist und nur ein Sonderbeschluss der außenstehenden Aktionäre verlangt wird (§ 297 Abs. 2 Satz 1 AktG). Damit, dass die herrschende Gesellschaft den Vorstand zur Kündigung nicht anweisen kann (§ 299 AktG) und die Kündigung der weisungsfreien Entscheidung des Vorstands unterliegt, wird der Normalzustand der Weisungsfreiheit des Vorstands wiederhergestellt (§ 76 Abs. 1 AktG). Bei der GmbH handelt die Geschäftsführung aber grundsätzlich nicht weisungsfrei (§ 37 Abs. 1 GmbHG). Die Einordnung der Kündigung als Geschäftsführungsmaßnahme parallel zum Aktienrecht würde zu einem dem GmbH-Recht fremden weisungsfreien Bereich der Geschäftsführung führen oder die Kündigung bei einem Stimmverbot des herrschenden Gesellschafters allein den Weisungen der Minderheitsgesellschafter unterwerfen, die nur durch die gesellschaftliche Treuepflicht eingeschränkt wären. Auch bei der Aktiengesellschaft, bei der ein Sonderbeschluss der außenstehenden Aktionäre erforderlich ist, haben diese kein Recht, den Vorstand zur Kündigung anzuweisen. Gegen eine treuwidrige Versagung der Mitwirkung durch den herrschenden Gesellschafter bei einem Kündigungsbeschluss der abhängigen Gesellschaft schützt die aus der Treuepflicht abgeleitete Stimpflicht.

Bei der Entscheidung über eine Kündigung des Unternehmensvertrags stehen verbandsfremde Sonderinteressen des herrschenden Gesellschafters auch nicht typischerweise im Vordergrund. Der Verlust des unmittelbaren Weisungsrechts gegenüber der Geschäftsführung beeinträchtigt nur die Art und Weise der Ausübung der Herrschaftsmacht, ändert an der Beherrschung selbst aber nichts. Statt durch direkte Weisungen kann der herrschende Gesellschafter seinen Einfluss über seine Mehrheit in der Gesellschafterversammlung weiterhin ausüben, in Weisungen der Gesellschafterversammlung an die Geschäftsführung umsetzen und über die Bestellung der Geschäftsführer mittelbar zur Geltung bringen. Der Wegfall der Abführung des vollständigen Gewinns nach einer Kündigung beeinträchtigt auch nicht notwendigerweise ein Sonderinteresse des herrschenden Gesellschafters. Ihm entspricht der Wegfall der Pflicht zum Verlustausgleich und – soweit vereinbart – zu einer Ausgleichszahlung.

b) Die Mehrheitsgesellschafterin war auch nicht aus der gesellschaftlichen Treuepflicht verpflichtet, dem Beschlussantrag des Klägers zuzustimmen. Das Sonderinteresse des Klägers an einer besseren Verwertung des Anteils der Schuldnerin allein führt nicht zu einer Zustimmungspflicht. Die Entwertung ihres Geschäftsanteils hat die Schuldnerin mit ihrer Zustimmung zum Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag ohne Ausgleich selbst herbeigeführt, sofern er – angesichts der Behauptung der Beklagten, die Schuldnerin habe den Anteil nur als Strohfrau zur Vermeidung einer Ein-Personen-Gründung übernommen – überhaupt einen anfänglichen Wert hatte.

17. GmbHG §§ 7 Abs. 2, 8 Abs. 2, 9 c Abs. 1 Satz 1 (*Prüfungspflicht des Registergerichts gemäß § 9 c Abs. 1 Satz 1 GmbHG*)

**Bei der Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister bezüglich einer neu errichteten Gesellschaft bezieht sich die Prüfungspflicht des Registergerichts gemäß § 9 c Abs. 1 Satz 1 GmbHG nur auf die Mindestleistungen gemäß § 7 Abs. 2 GmbHG. Ob Mehrleistungen auf das Stammkapital erbracht wurden, ist nicht zu prüfen. Unerheblich ist dabei, ob die Mehrleistung durch die Satzung vorgeschrieben wurde, soweit die Versicherung gemäß § 8 Abs. 2 GmbHG korrekt ist. Eine insoweit fehlende Mehrleistung ist kein Eintragungshindernis.**

OLG Stuttgart, Beschluss vom 13.7.2011, 8 W 252/11

Die Antragstellerin reichte beim AG – Registergericht – am 20.12.2010 die notariell beglaubigte Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister vom 20.4.2010 bezüglich der neu errichteten Gesellschaft ein. Mit Zwischenverfügung vom 19.1.2011 wurde als Eintragungshindernis aufgeführt, dass die Anmeldung hinsichtlich der Einzahlung auf die Geschäftsanteile nicht mit der Regelung im Gesellschaftsvertrag übereinstimme. Vom Geschäftsführer sei versichert worden, dass auf jeden Geschäftsanteil die Hälfte einbezahlt worden sei. Im Gesellschaftsvertrag sei allerdings geregelt, dass die Geschäftsanteile sofort in voller Höhe zu leisten seien. Die vertragliche Regelung sei somit abzuändern.

Nach wiederholter Nachfristsetzung hat das Registergericht mit Beschluss vom 11.5.2011 die Anmeldung zurückgewiesen, weil das Eintragungshindernis trotz Anmahnung nicht behoben worden sei. Gegen die Entscheidung hat der Beteiligte als bevollmächtigter Notar Beschwerde eingelegt, da die Mindesteinzahlung erfolgt und die entsprechende Versicherung des Geschäftsführers abgegeben worden sei. Mehr könne das Registergericht nicht fordern.

Die Rechtspflegerin hat die Akten ohne Abhilfe dem OLG zur Entscheidung vorgelegt und an ihrer Rechtsmeinung festgehalten.

Aus den Gründen:

## II.

(...) Die Beschwerde ist auch begründet.

Nach § 7 Abs. 2 GmbHG darf die Anmeldung erst erfolgen, wenn auf jeden Geschäftsanteil ein Viertel des Nennbetrags eingezahlt ist. Insgesamt muss auf das Stammkapital mindestens soviel eingezahlt sein, dass die Hälfte des Mindeststammkapitals gemäß § 5 Abs. 1 GmbHG (25.000 €) erreicht ist. Nach § 8 Abs. 2 GmbHG ist in der Anmeldung die Versicherung abzugeben, dass die in § 7 Abs. 2 GmbHG bezeichneten Leistungen auf die Geschäftsanteile bewirkt sind und dass der Gegenstand der Leistungen sich endgültig in der freien Verfügung der Geschäftsführer befindet.

Diese Anforderungen erfüllt die Anmeldung. Die Rechtspflegerin ist jedoch der Meinung, dass die Einzahlung und die Versicherung mit der gesellschaftsvertraglichen Regelung übereinstimmen müsse, weswegen diese, die die sofortige Bareinzahlung der Geschäftsanteile in voller Höhe vorsehe, entsprechend zu ändern sei.

Die Prüfungspflicht des Registergerichts gemäß § 9 c Abs. 1 Satz 1 GmbHG bezieht sich allerdings nur auf die Mindestleistungen gemäß § 7 Abs. 2 GmbHG. Ob Mehrleistungen auf das Stammkapital erbracht wurden, ist nicht zu prüfen. Unerheblich ist dabei, ob die Mehrleistung durch die Satzung vorgeschrieben wurde, soweit die Versicherung gemäß § 8 Abs. 2 GmbHG korrekt ist (*Tebben* in Michalski, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 9 c GmbHG Rdnr. 37; MünchKommGmbHG/*Wicke*, Bd. 1, 2010, § 9 c GmbHG Rdnr. 33; *Roth* in Roth/Altmeppen, GmbHG, 6. Aufl. 2009, § 8 GmbHG Rdnr. 16; je m. w. N.).

Eine entsprechende Änderung des Gesellschaftsvertrages kann nicht verlangt werden. Zwar wäre die Festlegung geringerer

Einlageleistungen in der Satzung oder die tatsächliche Erbringung geringerer Einlageleistungen vor der Anmeldung wegen Verstoßes gegen § 7 Abs. 2 GmbHG unzulässig. Die Gesellschafter können dagegen eine höhere Mindesteinzahlung im Gesellschaftsvertrag vereinbaren (MünchKommGmbHG/*Schaub*, a. a. O., § 7 GmbHG Rdnr. 45; OLG Nürnberg, GmbHR 2011, 582 in juris Rdnr. 54; je m. w. N.). Insoweit fehlende Mehrleistungen sind kein Eintragungshindernis. Die Geschäftsführer sind dafür allenfalls gegenüber den Mitgesellschaftern verantwortlich (*Roth*, a. a. O., § 8 GmbHG Rdnr. 16).

Dies folgt bereits aus dem Gesetzeszweck des § 7 Abs. 2 und 3 GmbHG, eine Zugangsbeschränkung für vermögensmäßig nicht qualifizierte Unternehmen zu schaffen. Durch das Erfordernis der Mindestleistungen, die zur freien Verfügung der Geschäftsführung stehen müssen, soll sichergestellt werden, dass die Gesellschaft nicht ohne ein reales eigenes Vermögen ins Leben tritt, und es soll zugleich – als Seriositätsschwelle – eine gewisse Garantie für die Ernsthaftigkeit der Beteiligungen der Gesellschafter geschaffen werden (*Schaub*, a. a. O., § 7 GmbHG Rdnr. 1, m. w. N.).

Danach besteht das von der Rechtspflegerin beanstandete Eintragungshindernis nicht und der auf dessen Nichtbehebung gestützte Zurückweisungsbeschluss war aufzuheben. Das Registergericht hat erneut über die Anmeldung der Eintragung in das Handelsregister vom 20.4.2010 unter Zugrundelegung der Rechtsauffassung des Senats zu entscheiden.

(...)

## Beurkundungs- und Notarrecht

18. BeurkG § 54 (*Kein Einsichtsrecht des Pflichtteilsberechtigten*)

**Das Recht zur Einsichtnahme in die bei dem Notar verwahrten Urkunden ist ebenso wie das Recht auf Ausfertigungen und Abschriften in § 51 BeurkG geregelt. Soweit ein Pflichtteilsberechtigter nicht zu den dort genannten Personen gehört, steht ihm ein solches Recht nicht zu. Ein Einsichtsrecht oder Recht auf die Herausgabe von Ausfertigungen oder Abschriften kann auch nicht aus § 12 GBO hergeleitet werden. Für eine entsprechende Anwendung dieser Bestimmung auf die Einsichtnahme der vom Notar verwahrten Vertragsunterlagen fehlt es an einer hierfür notwendigen planwidrigen Regelungslücke. (Leitsatz der Schriftleitung)**

LG München II, Beschluss vom 21.7.2011, 8 T 2753/11; eingesandt von Notar *Nikolaus Klöcker*, Starnberg

Die Beteiligte A ist die Tochter der Eheleute B und ihren Angaben zufolge Pflichtteilsberechtigte nach dem inzwischen verstorbenen Vater H.B.

Die Eheleute sind als Eigentümer eines Grundstücks in der Gemarkung von G. eingetragen. Ausweislich des Grundbuchs erfolgte die Eintragung aufgrund der Auflassung vom 22.3.1955 am 22.6.1955. Zur Feststellung des Kaufpreises des Grundstückes hat die Beteiligte bei dem Grundbuchamt des AG Starnberg die Übersendung einer Kopie des Kaufvertrages vom 22.3.1955 angefordert, um auf dieser Grundlage ihren Pflichtteilsanspruch berechnen zu können. Das Grundbuchamt hat der Beteiligten mitgeteilt, dass die Urkunde nicht auffindbar sei. Eine Kopie könne daher nicht übersandt werden.

Da die Eheleute B bereits mehrfach in anderen Angelegenheiten den Amtsvorgänger des Notars beauftragt hatten, wandte sich die Beteiligte A an den Notar mit der Bitte um Mitteilung, ob sich die fragliche Kaufvertragsurkunde bei ihm befinde. Für den Fall, dass dies zutreffend sei, bat sie um Übersendung einer Kopie der Urkunde.

Der Notar berief sich auf seine Verpflichtung zur Berufsverschwiegenheit und teilte mit, dass er Pflichtteilsberechtigten keine Auskünfte darüber erteilen kann, ob und falls ja, welche Urkunden ein Verstorbener bei ihm oder seinen Amtsvorgänger errichtet hat. Dem widersprach die Beteiligte. Der Notar erließ daraufhin einen Bescheid, mit dem er erneut einem Recht der Beteiligten auf Einsicht in die bei ihm befindlichen Akten widersprach. Dies könne auch nicht aus § 12 GBO hergeleitet werden.

Gegen diesen Bescheid wandte sich die Beteiligte mit einer bei dem Notar eingelegten Beschwerde mit der sie zugleich beantragte, das Notariat anzuweisen, die Grundakte herauszugeben. Der Notar hat der Beschwerde nicht abgeholfen und dem LG München II zur Entscheidung vorgelegt. (...)

Aus den Gründen:

## II.

(...) Die zulässige Beschwerde ist jedoch unbegründet.

a) Es kann dahingestellt bleiben, dass weder die Pflichtteilsberechtigung der Beschwerdeführerin noch die Bedeutung des Kaufpreises des streitgegenständlichen Grundstücks für die Berechnung des Pflichtteilsanspruchs von der Beschwerdeführerin nachvollziehbar und schlüssig dargestellt worden ist. Es kann weiterhin dahingestellt bleiben, dass der geltend gemachte Anspruch schon deshalb scheitern muss, weil noch nicht einmal feststeht, dass der Vertrag, der von der Beschwerdeführerin eingesehen werden möchte, überhaupt im Notariat geschlossen wurde und deshalb auch dort verwahrt wird, weswegen das Begehren der Beschwerdeführerin der Sache nach zunächst einmal auf eine Ausforschung hin ausgerichtet ist, für die es keine gesetzliche Grundlage gibt (vgl. OLG Düsseldorf, RNotZ 2006, 71; Brandenburgisches OLG, Beschluss vom 20.6.1996, 6 W 5/95, OLG-NL 1996, 245). Denn selbst wenn der fragliche Vertrag im Notariat verwahrt wird und die Kenntnis des in diesem Vertrag niedergelegten Kaufpreises für die Berechnung eines der Beschwerdeführerin tatsächlich zustehenden Pflichtteilsanspruchs von Bedeutung sein sollte, steht der Beschwerdeführerin ein Anspruch auf Einsichtnahme oder Fertigung von Kopien nicht zu.

b) Das Recht zur Einsichtnahme in die bei dem Notar verwahrten Urkunden ist ebenso wie das Recht auf Ausfertigungen und Abschriften in § 51 BeurkG geregelt. Berechtigte sind danach die an dem Beurkundungsvorgang beteiligten Personen und deren Rechtsnachfolger (§ 51 Abs. 1 BeurkG) sowie diejenigen, die von den zuvor genannten Personen dazu ermächtigt worden sind (§ 51 Abs. 2 BeurkG). Zu diesem Personenkreis gehört die Beschwerdeführerin nicht. Außerhalb dieses Kreises stehende Personen wie die Beschwerdeführerin sind nicht Urkundsbeteiligte und haben deshalb keinen Anspruch auf Erteilung von Ausfertigungen oder Abschriften und können demzufolge auch nicht Einsicht in die vom Notar verwahrten Urkunden nehmen (vgl. OLG Düsseldorf, a. a. O.; Brandenburgisches OLG, a. a. O.; OLG Frankfurt, FGPrax 1997, 119).

c) Ein Einsichtsrecht oder Recht auf die Herausgabe von Ausfertigungen oder Abschriften kann auch nicht aus § 12 GBO hergeleitet werden. § 12 GBO gewährt jedem ein Recht auf Einsicht in das Grundbuch für den Fall eines berechtigten Interesses. Ob das Bestehen eines Pflichtteilsanspruchs ein solches Interesse begründen kann, ist strittig. Bejaht wird dies jedenfalls in der Entscheidung des KG vom 20.1.2004 (ZEV 2004, 338) und vom LG Stuttgart im Beschluss vom 9.2.2005 (ZEV 2005, 313), ebenso *Wusch* in BeckOK § 12 GBO Rdnr. 60 für den Fall des engen zeitlichen Zusammenhangs zwischen Erbfall und Prüfung pflichtteilsrechtlicher Ansprüche. Demgegenüber wird das Bestehen eines solchen Anspruchs verneint von verschiedenen Stimmen in der Kom-

mentarliteratur, in der Regel unter Hinweis auf das Auskunftsrecht des Pflichtteilsberechtigten gegen den Erben (vgl. die Anmerkung von *Damarau* zur Entscheidung des LG Stuttgart in ZEV 2005, 313 mit den entsprechenden Nachweisen). Dies bedarf hier aber keiner abschließenden Erörterung; denn § 12 GBO findet allein im Grundbuchrecht Anwendung. Für eine entsprechende Anwendung dieser Bestimmung auf die Einsichtnahme der vom Notar verwahrten Vertragsunterlagen fehlt es an einer hierfür notwendigen planwidrigen Regelungslücke (vgl. *Palandt/Sprau*, 69. Aufl., Rdnr. 48 vor § 1). Der Gesetzgeber hat beide Sachverhalte, die Einsicht in die Urkunden des Notars und die Einsicht in die Urkunden des Grundbuchamtes, geregelt, und zwar in § 51 BeurkG einerseits und in §§ 12 GBO andererseits. Sie sind offensichtlich gesetzgeberisch unterschiedlich behandelt worden. Die Schwelle des Grundbuchverfahrensrechts für die Erlangung einer Abschrift von einer in die Grundakten aufgenommenen notariellen Urkunde ist, wie das LG Stuttgart, a. a. O., zutreffend ausführt, in §§ 12 GBO, 46 GBVerf wesentlich niedriger als im Beurkundungsrecht. An diese vom Gesetzgeber offensichtlich gewollte Unterscheidung ist das Gericht gebunden. Zu Recht hat es der Notar daher abgelehnt, der an der Beurkundung nicht beteiligten Beschwerdeführerin Auskunft zu erteilen oder Abschriften eines von ihm oder seinem Amtsvorgänger beurkundeten Vertrags auszuhändigen (so obiter dictum auch LG Stuttgart, a. a. O.). Das bloße, grundsätzlich nachvollziehbare Interesse der Beschwerdeführerin an der Einsicht in die Notariatsakten reicht in Anbetracht der eindeutigen, entgegenstehenden gesetzlichen Regelung nicht aus, ein solches Recht zu begründen.

d) Schließlich fehlt es auch an einer Rechtsgrundlage für eine Anweisung des Gerichts an den Notar, den fraglichen Vertrag aus dem Jahr 1955 an das Grundbuchamt herauszugeben, wie dies von der Beschwerdeführerin hilfsweise beantragt wird. Auch einem solchen Begehren muss allein schon deshalb der Erfolg versagt bleiben, weil ja noch nicht einmal feststeht, dass der fragliche Vertrag überhaupt im Notariat des Notars beurkundet wurde und in einer Ausfertigung dort verwahrt wird. Darüber hinaus ließe sich eine Auskunftspflicht ebenso wenig wie eine Pflicht zur Herausgabe von Unterlagen aus den öffentlichrechtlich abschließend festgelegten Pflichten des Notars herleiten. Gegenteiliges wird auch von der Beschwerdeführerin nicht aufgezeigt. Allein ihr ohne weiteres erkennbares Interesse ist hierzu als Grundlage nicht geeignet, zumal die Beschwerdeführerin infolge des fehlenden Rechts zur Einsichtnahme in die Notariatsakten nicht rechtlos gestellt wird, wenn es um die Berechnung ihres Pflichtteilsanspruchs geht. Ihr stehen gegen den Erben jedenfalls die Auskunftsansprüche aus § 2314 BGB und letztlich auch aus § 242 BGB zu. (...)

## Kostenrecht

19. KostO §§ 14, 23, 68 (*Löschungsgebühr für Globalgrundschuld*)

**Wird eine nach vorausgegangen Pfandfreigaben nur noch auf einem Miteigentumsanteil lastende Globalgrundschuld gelöscht, so entsteht eine Löschungsgebühr nach dem vollen Nennbetrag der Grundschuld; eine Begrenzung des Geschäftswerts auf den Wert des Wohnungseigentums findet nicht statt. (Teil 1 des amtlichen Leitsatzes)**

OLG Köln, Beschluss vom 31.8.2010, 2 Wx 90/10

Der Beteiligte zu 1 ist Eigentümer des im Grundbuch eingetragenen 10/10000 Miteigentumsanteils an einem Grundstück, verbunden mit

dem Sondereigentum an einem Tiefgaragenstellplatz. Die Anlage, zu der dieses Sondereigentum gehört, wurde von dem Beteiligten zu 1 erstellt und umfasst mehrere Wohnungen, eine Kindertagesstätte sowie mehrere Tiefgaragenplätze. Die Einheiten waren mit einer Globalgrundschuld über 3.016.622,10 € belastet, die in Abt. III der Grundbücher eingetragen waren. Nach Entlassung aller übrigen Einheiten aus der Mithaft haftete zuletzt allein das Sondereigentum des Beteiligten zu 1 für diese Globalgrundschuld. Mit Schriftsatz des Notars vom 28.1.2010 beantragte der Beteiligte zu 1 unter Vorlage entsprechender Löschungsbewilligungen die Löschung der Globalgrundschuld. Diese wurde am 9.2.2010 antragsgemäß gelöscht.

Für diese Löschung hat das Grundbuchamt mit Kostenrechnung vom 24.2.2010 ausgehend von einem Wert von 3.016.622,10 € dem Beteiligten zu 1 einen Betrag von 2.293,50 € in Rechnung gestellt. Die gegen diese Rechnung gerichtete Erinnerung des Beteiligten zu 1 vom 4.3.2010 ist durch Beschluss des AG Köln vom 19.4.2010 zurückgewiesen worden. Gegen diese Entscheidung richtet sich die von dem Beteiligten zu 1 mit Schriftsatz seiner Verfahrensbevollmächtigten vom 1.6.2010 eingelegte Beschwerde. Dieser hat das AG nicht abgeholfen und dem Senat zur Entscheidung vorgelegt.

#### Aus den Gründen:

(...) In der Sache hat das Rechtsmittel keinen Erfolg.

aa) Zwar ist das Verfahren des Grundbuchamtes zu beanstanden. Denn die Beteiligte zu 2 hätte, worauf der Vorsitzende des Senats bereits mit Verfügung vom 20.7.2010 hingewiesen hat, an dem der angefochtenen Entscheidung zugrundeliegenden Verfahren umfänglich durch Übersendung der Entscheidungen sowie Eingaben des Beteiligten zu 1 beteiligt werden müssen; denn Entscheidungen im Verfahren über den Kostenansatz gemäß § 14 KostO wirken ihrer Natur nach für und gegen den Kostenschuldner als auch den Kostengläubiger und gebieten deshalb aus Gründen des rechtlichen Gehörs im Regelfall deren Beteiligung. Dieser Verstoß ist nunmehr dadurch geheilt, dass der Senat der Beteiligten zu 2 im Beschwerdeverfahren das rechtliche Gehör gewährt hat.

bb) Das Grundbuchamt hat gemäß §§ 68 Satz 1 Hs. 1, 62 Abs. 1, 23 Abs. 2 KostO für die beantragte Löschung der in Abt. III Nr. 1 im Grundbuch eingetragenen Globalgrundschuld die Hälfte der vollen Gebühr berechnet und dabei zutreffend als Geschäftswert den Nennbetrag der Grundschuld zugrunde gelegt. Daraus erwächst zulasten des Beschwerdeführers eine Gebührenschuld i. H. v. insgesamt 2.293,50 €, über die sich der angefochtene Kostenansatz verhält. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers ist hier nicht auf den gegenwärtigen Wert des Sondereigentums abzustellen.

Gemäß § 68 Satz 1 Hs. 1 KostO wird für jede Löschung die Hälfte der für die Eintragung bestimmten Gebühr erhoben. Da es im vorliegenden Fall um ein Grundpfandrecht geht, ist die Vorschrift des § 62 Abs. 1 KostO einschlägig. Danach ist für die Eintragung einer Hypothek oder Grundschuld die volle Gebühr zu erheben, wobei als Wert des Grundpfandrechts der Nennbetrag der Schuld in Ansatz zu bringen ist (§ 23 Abs. 2 Hs. 1 KostO). Dagegen wird für die Eintragung der Entlassung aus der Mithaft nur die Hälfte der Gebühr erhoben, die für die Eintragung der Einbeziehung in die Mithaft zu erheben sein würde, wobei der Geschäftswert gemäß § 23 Abs. 2, Hs. 2 KostO der Höhe nach durch den Wert des betroffenen Wohnungs- bzw. Sondereigentums begrenzt wird. Sind die zu einer Anlage gehörenden Wohnungs- und Sondereigentumsrechte verschiedener Erwerber mit einer Globalgrundschuld belastet, so führt die Freigabe einzelner Wohnungs- und Sondereigentumsanteile aus der Haftung für die Grundschuld zunächst nicht zu einer Löschung des Grundpfandrechts, sondern nur zur Enthftung der einzelnen Einheiten aus der Mithaft. Erst wenn – wie hier – nach der Enthftung der übrigen Einheiten schließlich nur noch ein Wohnungs- oder Sonderei-

gentumsrecht mit dem Grundpfandrecht belastet ist, kann die Entlastung dieser letzten Einheit aus der Haftung nur durch eine Löschung des Grundpfandrechts bewirkt werden. Der Geschäftswert dieser Löschung bemisst sich nach dem Nennbetrag des eingetragenen Grundpfandrechts. Darauf, ob der Wert des belasteten Eigentums geringer ist, kommt es nicht an, da das Gesetz für die Löschung eine entsprechende Privilegierung nicht vorsieht.

Von diesen Grundsätzen hat der Senat in einer früheren Entscheidung eine Ausnahme für den Fall anerkannt, dass bei der Löschung einer Globalzession die den Erwerber treffenden Lösungsgebühren nicht nach anderen Grundsätzen berechnet werden dürfen, als bei den vorangegangenen Pfandfreigaben zugunsten der übrigen Erwerber, so dass die Haftung auf die Höhe der aus dem Wert seines Sondereigentums berechneten Gebühr begrenzt wird (Rpflger 1997, 406). Zur Begründung hat der Senat ausgeführt, dass es in den Fällen der Belastung mehrerer oder aller Objekte einer Wohnanlage mit einer Globalgrundschuld letztlich vom Zufall abhängt, welcher der Eigentümer als letzter die Löschung der Grundschuld beantragen muss, um von der Haftung freizuwerden. Sein Interesse an der Haftungsbefreiung sei indes nicht höher als dasjenige der übrigen Miteigentümer und wie bei diesen wirtschaftlich durch den Wert des jeweiligen Sondereigentums begrenzt. Es sei deshalb geboten, § 23 Abs. 2 Hs. 2 KostO in solchen Fällen mit der Folge entsprechend anzuwenden, dass sich auch die Gebühr für die Löschung der Globalgrundschuld auf Antrag des Erwerbers der zuletzt noch belasteten Eigentumswohnung höchstens nach dem Wert dieser Wohnung berechnet (Senat, a. a. O.; so auch z. B. BayObLG, Rpflger 1992, 540, 541 m. Anm. *Hintzen*, Rpflger 1992, 541; BayObLGZ 1993, 285 = Rpflger 1994, 84 m. Anm. *Hintzen*, Rpflger 1994, 85; OLG Hamm, Rpflger 1998, 376; Rpflger 1998, 376; OLG München, Beschluss vom 10.1.2008, 32 Wx 201/07 für den Zwischenerwerber mehrerer Eigentumswohnungen; LG Bonn, Rpflger 1996, 378; a. A. OLG Düsseldorf, Rpflger 1999, 414 für den Fall, dass Erwerber und Ersteller der Wohnungseigentumsanlage zusammen die Löschung beantragen; OLG Dresden, Rpflger 2003, 273 für den Eigentümer mehrerer Grundstücke; OLG Frankfurt, Beschluss vom 10.6.2002, 20 W 145/02; Beschluss vom 13.8.2002, 20 W 265/02).

Diese für den Erwerber geltenden besonderen Grundsätze sind indes nicht bei der Löschung auf Antrag des Erstellers der Wohnungseigentumsanlage oder auf Antrag des Gläubigers der Globalgrundschuld anzuwenden. Insoweit ist eine entsprechende Anwendung des § 23 Abs. 2 Hs. 2 KostO nicht gerechtfertigt. Vielmehr ist für die Löschung die im Regelfall zu berechnende Lösungsgebühr, nicht nur die Gebühr für die Entlassung aus der Mithaft anzusetzen. Insoweit gebietet auch der Grundsatz der Gleichbehandlung nicht, den Ersteller der Anlage wie den Erwerber eines Anteils zu behandeln. Es liegen unterschiedliche, nicht vergleichbare Verhältnisse vor. Der Erwerber eines Anteils hat immer nur ein auf den Wert dieses Anteils begrenztes Interesse, während das Interesse des Erstellers der Anlage auf deren gesamten Wert gerichtet ist. Nur beim Erwerber ist es deshalb gerechtfertigt, auch bei einer Löschung der Belastung auf den Wert des Grundstücksanteils abzustellen, wenn dieser geringer ist als der Nennbetrag des Grundpfandrechts. Der Ersteller der Anlage hingegen bestellt die Globalgrundschuld und hat bereits bei der Planung des Projektes die Möglichkeit, auch die vollen Kosten der Löschung in seine Kalkulation einzuziehen und sie auf die Kaufpreise für die einzelnen Anteile angemessen zu verteilen. Demgegenüber kann der Erwerber eines Anteils in der Regel nicht wissen, ob später gerade sein Anteil von der letzten



Löschung betroffen sein wird; er könnte dadurch bedingte wesentlich höhere Kosten für den Erwerb seines Anteils deshalb bei seinem Kaufentschluss nicht berücksichtigen. Nur für den Erwerber eines Anteils wäre die aus dem Nennwert der Globalgrundschulden berechnete Löschungsgebühr unverhältnismäßig hoch und nur für ihn könnte deshalb der Zugang zu den Gerichten unzumutbar erschwert sein. Für den Ersteller der Anlage gilt dies nicht. Er macht sich den vollen Wert der staatlichen Leistung zunutze; er kann deshalb auch in voller Höhe für die gesetzlich vorgesehene Gegenleistung in Anspruch genommen werden (BayObLGZ 1993, 285 = Rpfleger 1994, 84; vgl. auch OLG Hamm, JurBüro 1995, 596; so auch OLG Düsseldorf, Rpfleger 1999, 414).

Im Übrigen wird es regelmäßig nicht vom Zufall abhängen, ob der letzte noch haftende Anteil sich in der Hand des Erstellers der Anlage befindet; dieser kann – anders als die Erwerber – darauf Einfluss nehmen, an welchem Anteil die Globalbelastung zuletzt gelöscht wird. Käme die nur für die Erwerber von Anteilen gebotene Vergünstigung auch dem Ersteller der Anlage zugute, so könnte dieser die Reihenfolge der Haftentlassungen so steuern, dass – wie es hier der Fall ist – der letzte noch haftende Anteil zum Zeitpunkt der Löschung ihm gehört. Die Einräumung der Vergünstigung nur für die Erwerber von Anteilen hat zwar zur Folge, dass für ein und dasselbe Geschäft ein unterschiedlicher Geschäftswert anzusetzen ist, je nachdem ob als Kostenschuldner der Ersteller der Anlage oder der Erwerber von Anteilen in Anspruch genommen wird. Einen derart gespaltenen Geschäftswert sieht das Gesetz zwar nur ausnahmsweise vor (siehe BayObLGZ 1991, 84 [86, 88]). Jedoch muss im vorliegenden Zusammenhang ein gespaltenen Geschäftswert schon deshalb hingenommen werden, weil er bei der Mithaftentlassung aus Globalgrundschulden ohnehin schon vorkommt, auch ohne dass dabei die Vergünstigung bei der letzten Löschung in Frage steht (vgl. dazu das Beispiel in BayObLGZ 1993, 285). Zudem kann bei zahlreichen Entlassungen aus der Mithaft die Summe der hierfür anfallenden Viertelgebühren höher sein als die halbe Gebühr aus dem Nennwert der Globalbelastung für die Löschung (vgl. BayObLGZ 1992, 247, 251; BayObLGZ 1993, 285). (...)

## Anmerkung:

### 1. Allgemein

Die vom OLG Köln entschiedene Frage zum Geschäftswert für die Eintragung der Löschung einer vormaligen Gesamtgrundschuld an der letzten noch belasteten Einheit ist zum Dauerbrenner geworden. Nach einer ersten Entscheidung des LG Mannheim<sup>1</sup> im Jahre 1983 war die Kostenfrage erst wieder im Jahre 1992 Gegenstand einer Kostenentscheidung. Ab diesem Zeitpunkt folgte bis heute eine ganze Reihe von Entscheidungen, die die Frage des Geschäftswerts differenziert beantwortet. Einerseits wird der volle Nennbetrag für zutreffend erachtet, andererseits wird auf den Wert des zuletzt belasteten Grundstücks oder Wohnungs- oder Teileigentumsrechts abgestellt, je nachdem, von wem der Antrag auf Löschung gestellt wird. Teils werden zum gleichen Sachverhalt unterschiedliche Auffassungen vertreten, worauf nachfolgend noch eingegangen wird. Stets werden auch verfassungsrechtliche Grundsatzfragen zum allgemeinen Gleichheitssatz herangezogen, nachdem die Berechnung des Geschäftswerts für die Löschung einer Grundschuld gemäß § 23 Abs. 2 KostO jedenfalls aus kostenrechtlicher Sicht eindeutig erscheint:

Geschäftswert der Löschung ist der Nennbetrag der zu löschenden Grundschuld. Die Höhe der Löschungsgebühr sei jedoch mit dem aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleiteten Justizgewährungsanspruch dann nicht vereinbar, wenn der Rechtsuchende mit einem Kostenrisiko belastet werde, welches außer Verhältnis zu seinem subjektiven Interesse an dem Verfahren stehe. Nach der Rechtsprechung des BVerfG<sup>2</sup> sei eine unzumutbare Erschwerung des Rechtsweges regelmäßig dann zu bejahen, wenn es nicht nur um geringfügige Beträge geht und wenn schon das Gebührenrisiko für eine Instanz das wirtschaftliche Interesse eines Beteiligten an dem Verfahren erreicht oder sogar übersteigt, so insbesondere das OLG Hamm.<sup>3</sup> Dagegen sieht das OLG Düsseldorf<sup>4</sup> in der Annahme des Geschäftswerts nach dem Nominalbetrag des Grundpfandrechts keine verfassungsrechtlichen Bedenken. Die KostO bemesse den Geschäftswert nach konkreten Sachverhalten (z. B. Löschung = Löschungsgebühr aus dem Nominalbetrag; Entlassung aus der Mithaft = Mithaftentlassungsgebühr aus dem Nominalbetrag des Grundpfandrechts oder, wenn geringer, aus dem Wert des aus der Mithaft entlassenen Grundstücks). Die Verfassung gebiete es nicht, die klare Regelung des § 23 Abs. 2 KostO zu durchbrechen oder zu modifizieren. Das jeweilige konkrete Interesse des Bestellers, Gläubigers oder Käufers sei hier ohne Bedeutung. Die für die Eintragung der Pfandentlassung zu erhebenden Gebühren hätten einen anderen Abgeltungsbereich als die Löschungsgebühr. Es sei daher auch nicht danach zu differenzieren, wer den Antrag stellt. Diese verschiedenen Ansichtsweisen haben die Rechtsprechung geprägt, worauf nachfolgend zu den unterschiedlichen Fallgestaltungen eingegangen wird. Die vom OLG Köln in der hier besprochenen Entscheidung behandelte Rechtsfrage betrifft zwar Eintragungsgebühren beim Grundbuchamt, sie interessieren aber auch die notarielle Praxis. Die Löschung einer Grundschuld bedarf gemäß §§ 1192 Abs. 1, 1183 BGB der Zustimmung des Eigentümers. Diese ist nach § 29 GBO formbedürftig. Es ist die öffentliche Beglaubigung notwendig, für die der Notar zuständig ist. Der Eigentümer erwartet in aller Regel, dass der Notar auch die durch die Löschung anfallenden Grundbuchgebühren kennt und den Antragsteller vor unliebsamen Überraschungen zumindest warnt. Eine Pflicht hierzu besteht nach hier vertretener Auffassung jedoch nicht, zumal je nach Fallgestaltung die Höhe der Grundbuchgebühren unterschiedlich sein kann und der Ausgang einer gerichtlichen Überprüfung ungewiss ist. Zu den nachfolgend genannten Sachverhalten sind im Laufe der Jahre folgende Kostenentscheidungen ergangen:

### 2. Löschantrag durch den Grundschuldbesteller

Mit Recht stellt das OLG Köln (in der hier abgedruckten Entscheidung) fest, dass gemäß § 68 Satz 1 Hs. 1 KostO klar geregelt ist, dass für jede Löschung die Hälfte der für die Eintragung bestimmten Gebühr erhoben wird. Für Grundpfandrechte ist § 62 Abs. 1 KostO einschlägig. Für die Eintragung einer Grundschuld ist somit eine volle Gebühr zu erheben, folglich für die Löschung eine halbe Gebühr, wobei als Wert der Löschungseintragung gemäß § 23 Abs. 2 Hs. 1 KostO der Nennbetrag des zu löschenden Grundpfandrechts anzunehmen ist. Eine pfandfreie Abschreibung ist demgegenüber nach ganz anderen Grundsätzen zu bewerten. Die Gebühr beträgt die Hälfte der Gebühr für die Eintragung der Einbeziehung in

<sup>2</sup> NJW 1992, 1673, 1674.

<sup>3</sup> Beschluss vom 10.2.1998, 15 W 352/97, Rpfleger 1998, 376.

<sup>4</sup> Beschluss vom 14.1.1999, 10 W 116/98, JurBüro 1999, 433 = Rpfleger 1999, 414 = ZNotP 2000, 207 = NJW-RR 1999, 1160.

<sup>1</sup> Beschluss vom 3.2.1983, 6 T 23/82, BWNotZ 1983, 128.

die Mithaft (§ 68 Satz 1 Hs. 2 KostO, die Hälfte der vollen Gebühr, hier also eine  $\frac{1}{4}$  Gebühr) aus dem nach § 23 Abs. 2 Hs. 2 KostO zu bestimmenden Wert (Nennbetrag der Grundschuld, jedoch, wenn geringer, der Wert des von der Lastenfreistellung betroffenen Grundstücks). Eindeutig ist auch, wie das OLG Köln feststellt, dass bei Lastenfreistellung des letzten Objekts keine pfandfreie Abschreibung, sondern nur noch die Löschung erfolgen kann. Mit der herrschenden Meinung<sup>5</sup> hat das OLG Köln auch keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Gebührenerhebung aus dem Nominalbetrag des zu löschenden Grundpfandrechts. Anders als möglicherweise für die von dem Erwerber der letzten Einheit zu tragenden Lastenfreistellungskosten, kommen für den Grundschuldbesteller keine vergleichbaren Argumente (Interesse des Käufers der letzten Einheit an der Löschung ist auf den Wert der gekauften Einheit begrenzt) zum Tragen. Der Ersteller der Anlage bestellt die Globalgrundschuld und hat bereits bei der Planung des Projekts die Möglichkeit, auch die vollen Kosten der Löschung in seine Kalkulation einzubeziehen und sie auf die Kaufpreise für die einzelnen Anteile angemessen zu verteilen. Dies rechtfertigt den Geschäftswert nach vollen Nominalbetrag des zu löschenden Grundpfandrechts. Dem ist zuzustimmen. Eine andere Betrachtungsweise würde den Anwendungsbereich des § 23 Abs. 2 KostO für die Eintragungsgebühren der Löschung völlig in Frage stellen. Die Literatur hat wegen dieser eindeutigen Rechtslage verschiedentlich nach Auswegen gesucht, die als mehr oder weniger tauglich anzusehen sind, da sie die Kostenfolgen der Löschung zeitlich nur hinausschieben aber nicht lösen.<sup>6</sup>

### 3. Löschantrag durch den Erwerber der letzten Einheit

Nicht selten wird die Löschung einer Globalgrundschuld durch den Erwerber der letzten Einheit beantragt. Diese Verfahrensweise wird nicht immer nur taktisch aus der Sicht der Möglichkeit zur Gebührenersparnis gewählt, vielfach sind materielle oder zivilrechtliche Gründe der Anlass (z. B. drohende Insolvenz des Bauträgers, daher Eigentumsumschreibung unter Mitübertragung der Globalgrundschuld). Für diese Fälle war zu entscheiden, welche Gebühren für die Löschung durch das Grundbuchamt zu berechnen sind. Mit Recht hat bereits das OLG Hamm<sup>7</sup> entschieden, dass bei einer derartigen, nicht vom Erwerber der letzten Einheit zu vertretenden Konstellation das Kostenrisiko nicht außer Verhältnis zu dem Verfahrenrisiko stehen darf. Der Geschäftswert sei daher an dem Wert des belasteten Miteigentumsanteils zu orientieren. Dem ist die Rechtsprechung in den Folgejahren überwiegend mit gleicher Argumentation gefolgt.<sup>8</sup>

Übernimmt dagegen der Käufer der letzten Einheit allein aus Gründen einer möglichen Kostenersparnis die den Verkäufer

treffenden Kosten der Löschung, führt dies nicht zum gleichen Ergebnis. Das OLG Düsseldorf<sup>9</sup> stellt hierzu fest, dass bei gemeinsamer Antragstellung von Verkäufer und Käufer zur Löschung der vormaligen Gesamtgrundschuld sich die Löschungskosten nach dem Nennbetrag der Grundschuld und nicht nach dem Wert der letzten Einheit richten. Der Käufer kann sich wegen der ihn treffenden Übernahmehaftung nicht mit Erfolg darauf berufen, für die Löschung sei als Geschäftswert nur der durch ihn gezahlte Kaufpreis maßgebend. In der Übernahmeerklärung durch den Käufer läge eine Übernahmeerklärung gemäß § 3 Nr. 2 KostO. Ihn treffen daher die gleichen Löschungskosten, wie sie der Bauträger, also der Ersteller, zu tragen hätte. Eine Übernahmeerklärung lasse unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt einen Raum für die Anwendung des § 23 Abs. 2 Hs. 2 KostO. Damit scheidet auch eine Beschränkung des Geschäftswerts für die Lösungsgebühr auf den Wert des verbleibenden Anteils aus. Durch die Übernahmeerklärung gemäß § 3 Nr. 2 KostO übernehme ein Dritter (hier der Käufer) die Schuld eines anderen. Der Umfang der Haftung des Übernahmeschuldners ergibt sich aus dem Umfang der Haftung des „Erstschuldners“. Der Übernehmer einer Kostenschuld kann sich damit nicht mit Erfolg auf „Ermäßigungstatbestände“ berufen, wie sie dem Käufer der letzten Einheit zukommen können, sollte seine Haftung auf anderen Erwägungen beruhen. Zwar befasst sich auch das OLG Düsseldorf mit verfassungsrechtlichen Fragen der Begrenzung der Gebührenhöhe aus dem Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG sowie aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gemäß Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG, hält jedoch eine Reduktion der Gebühr wegen der Übernahme einer fremden Schuld für nicht geboten. Solchen Vertragskonstruktionen allein mit dem Ziel der Kostenersparnis für die Löschung einer ehemaligen Gesamtgrundschuld sind daher mit größter Vorsicht zu begegnen. Noch deutlicher spricht sich das OLG Frankfurt/M.<sup>10</sup> aus: Es könnte in der Antragstellung durch den Käufer der letzten Einheit zur Löschung der Globalgrundschuld gar ein Umgehungsgeschäft liegen, das eine angestrebte Gebührenreduktion (Freigabe statt Löschung) von vornherein ausschließt.

### 4. Löschantrag durch den Gläubiger

Eindeutig erscheint die Rechtslage, wenn die Löschung der Globalgrundschuld durch den Gläubiger beantragt wird. Wie das BayObLG<sup>11</sup> mit Recht feststellt, hat der antragstellende Gläubiger der Globalgrundschuld für die Löschung eine halbe Gebühr aus dem Nennbetrag der Grundschuld zu zahlen. Eine Begrenzung des Werts auf den Wert des letzten (belasteten) Grundstücks kommt für ihn, gleich aus welchem Gesichtspunkt, nicht in Betracht. Zutreffend stellt das BayObLG fest, dass die für den Erwerber möglicherweise geltende Begrenzung auf den Wert der letzten Einheit weder für den Ersteller einer Wohnanlage und Besteller der Grundschuld noch für den Gläubiger anwendbar ist. Auch der Grundsatz der Gleichbehandlung gebietet keine andere Auslegung, denn es liegen nicht vergleichbare Verhältnisse vor, insbesondere kein auf den Wert der einzelnen Eigentumswohnung begrenztes Interesse, wie dies bei dem Erwerber einer Wohnung der Fall sein kann.

<sup>5</sup> BayObLG, Beschluss vom 20.7.1993, 3 Z BR 91/93, BayObLGZ 1993, 285 = Rpfleger 1993, 312 = MittBayNot 1993, 312 = JurBüro 1994, 288; OLG Hamm, Beschluss vom 13.9.1994, 15 W 221/94, MittBayNot 1995, 160 = JurBüro 1995, 596 = Rpfleger 1995, 272; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.1.1999, 10 W 116/98, JurBüro 1999, 433; Brandenburgisches OLG, Beschluss vom 5.6.2007, 5 Wx 10/06, Rpfleger 2008, 161.

<sup>6</sup> Vgl. nur *Wudy*, NotBZ 2003, 357 in einer Anm. zu OLG Dresden, Beschluss vom 20.1.2003, 3 W 1586/02.

<sup>7</sup> Beschluss vom 10.2.1998, 15 W 352/97, Rpfleger 1998, 376.

<sup>8</sup> OLG Köln, Beschluss vom 28.2.1997, 2 Wx 11/96, JurBüro 1997, 544 = ZNotP 1998, 166 = Rpfleger 1997, 406 = MittRhNotK 1997, 240; OLG Hamm, Beschluss vom 10.2.1998, 15 W 352/97, Rpfleger 1998, 376; OLG Frankfurt/M., Beschluss vom 5.8.2003, 20 W 106/03, NJW-RR 2004, 90; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 5.6.2008, I-10 W 20/08, RNotZ 2009, 60.

<sup>9</sup> Beschluss vom 14.1.1999, 10 W 116/98, Rpfleger 1999, 414 = JurBüro 1999, 433 = NJW-RR 1999, 1160 = ZNotP 2000, 207 m. Anm. *Tiedtke*.

<sup>10</sup> Beschluss vom 5.8.2003, 20 W 106/03, NJW-RR 2004, 90.

<sup>11</sup> Beschluss vom 17.9.1998, 3Z BR 82/98, MittBayNot 1999, 94.

## 5. Löschantrag durch einen Miteigentümer nach Lastenfreistellung aller übrigen Miteigentumsanteile (insbesondere beim Bauherrenmodell)

Auf einer anderen Ebene liegt die Löschung einer Globalgrundschuld durch den letzten Miteigentümer eines in Wohnungseigentum aufgeteilten Grundstücks. Solche Fallgestaltungen haben sich insbesondere im sog. Bauherrenmodell in den 80er und 90er Jahren ergeben. Das LG Mannheim<sup>12</sup> sah noch keinen Grund zur Reduzierung der Löschanagsgebühr. Es hielt eine Löschanagsgebühr aus dem Gesamtnennbetrag der zu löschenden Grundschuld für zutreffend. Dies sei auch gerechtfertigt und einleuchtend, weil am Ende die Grundschuld materiellrechtlich in voller Höhe auf einem Grundstück lastet. Es handle sich daher um eine „normale“ Löschung der gesamten Grundschuld. Weder Willkürverbot noch sonstige Kostengrundsätze verbieten, dass sich das materielle Recht im Kostenrecht widerspiegelt, im Gegenteil dies sogar wünschenswert sei, da es die Plausibilität des notwendig groben Kostenrechts erhöht.

Dem ist die obergerichtliche Rechtsprechung entgegengetreten. Schon im Jahre 1992 hat das BayObLG<sup>13</sup> eine Begrenzung der Kostenhaftung des Eigentümers der zuletzt noch belasteten Einheit im Falle einer Löschung auf die Gebühr einer lastenfreien Abschreibung für zutreffend gehalten. Mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sei es nicht zu vereinbaren, wenn für die Löschung ursprünglich durch einen umfangreichen Grundbesitz gesicherter Globalgrundschulden von dem letzten nach der Aufteilung noch belasteten Wohnungseigentümer Gebühren erhoben werden, die außer Verhältnis zu dem Interesse des Gebührenschuldners an dieser staatlichen Leistung stehen. Das BayObLG hat seine Entscheidung nochmals mit einem weiteren Beschluss im Jahre 2000 bestätigt.<sup>14</sup>

Dagegen soll nach OLG Dresden<sup>15</sup> der volle Nominalbetrag der zu löschenden Grundschuld maßgeblich sein, wenn der Eigentümer mehrerer Grundstücke, die mit einer Gesamtgrundschuld belastet sind, nach vorheriger teilweiser Pfandentlassung die endgültige Löschung der Grundschuld beantragt.

## 6. Auswirkungen auf Notare?

Wird die Zustimmung des Verkäufers samt Antrag zur Löschung der am letzten Objekt lastenden vormaligen Globalgrundschuld im Kaufvertrag mitbeurkundet, liegt der gleiche Gegenstand mit dem Kaufvertrag gemäß § 44 Abs. 1 KostO vor. Die Löschanagsklärungen lösen damit als Durchführungserklärungen keine zusätzlichen Gebühren aus, da ihr Wert auf den Wert des Hauptgeschäftes, das ist hier der Kaufvertrag, begrenzt ist.<sup>16</sup> Beurkundet oder entwirft der Notar ohne Zusammenhang mit einer Veräußerung im Auftrag des Eigentümers eine isolierte Löschanagsklärung, ist nach den eindeutigen Regelungen des § 23 Abs. 2 KostO der volle Nominalbetrag des zu löschenden Grundpfandrechts als

Geschäftswert maßgebend. Fertigt der Eigentümer den Entwurf selbst und beglaubigt der Notar lediglich die Unterschrift, fällt anstelle der sonst entstehenden <sup>5</sup>/<sub>10</sub>-Gebühr nach § 38 Abs. 2 Nr. 5 a) und b) KostO, ggf. i. V. m. § 145 Abs. 1 Satz 1 KostO eine <sup>1</sup>/<sub>4</sub> Gebühr nach § 45 KostO an, im Höchstfall ein Betrag von 130 €.

## 7. Lösung durch die KostO-Reform

Die für den Kostenschuldner teilweise unbefriedigenden Kostenfolgen der Löschung einer ehemaligen Globalgrundschuld an dem letzten noch belasteten Objekt können nur vom Gesetzgeber gelöst werden. Die Rechtsprechung ist, wie oben aufgezeigt, hierzu nicht in der Lage. Zu gleichen Sachverhalten sind teilweise unterschiedliche Entscheidungen ergangen. Hierdurch werden die Kostenschuldner zusätzlich verunsichert. Das bereits vorliegende Gutachten zur KostO-Reform der vom BMJ eingesetzten Expertenkommission schlägt eine für die Löschung einer Globalgrundschuld nach vorherigen Pfandfreigaben gerechte Lösung vor. Es ist ein Vergleich zwischen dem Nennbetrag des Grundpfandrechts und dem Wert des noch belasteten Objekts vorzunehmen. Der geringere Wert ist als Geschäftswert maßgebend.

Notariatsoberrat *Werner Tiedtke*,  
Prüfungsabteilung der Notarkasse München.

## Öffentliches Recht

20. BauGB § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3, § 124 Abs. 1 bis 3, §§ 127 ff. (*Nichtigkeit eines Erschließungsvertrags*)

- Die Regelung über den Erschließungsvertrag in § 124 BauGB ist gegenüber derjenigen über die Zulässigkeit und den Gegenstand städtebaulicher Verträge in § 11 BauGB die speziellere Norm.**
- Eine von der Gemeinde (ganz oder mehrheitlich) beherrschte sogenannte Eigengesellschaft ist kein Dritter i. S. v. § 124 Abs. 1 BauGB, auf den die Gemeinde die Erschließung durch Vertrag übertragen kann.**
- Eine Übertragung i. S. v. § 124 Abs. 1 BauGB liegt nicht vor, wenn sich die Gemeinde in dem Erschließungsvertrag umfangreiche Befugnisse vorbehält, die praktisch auf ein unbeschränktes Recht zur Selbstvornahme hinauslaufen.**

BVerwG, Urteil vom 1.12.2010, 9 C 8/09

Die Kläger begehren von der Beklagten die Erstattung von Abschlagszahlungen, die sie an die Beklagte für die Erschließung ihres Grundstücks geleistet haben. Die Beklagte ist eine GmbH, die in der Region als Erschließungs- und Bauträgerin tätig ist. Sie ist im hundertprozentigen Anteilsbesitz der beigeladenen Stadt.

Das Grundstück der Kläger liegt im Geltungsbereich des Bebauungsplans „Mühlacker/St. Peter“ der Beigeladenen. Die Grundstücke im Plangebiet standen ursprünglich im Eigentum der Beigeladenen sowie privater Dritter. Die Beklagte selbst hatte keine Grundstücke zu Eigentum.

Nachdem der Gemeinderat der Beigeladenen für das Baugebiet den Entwurf eines Bebauungsplans beschlossen und die amtliche Umlage angeordnet hatte, schlossen die Beigeladenen und die Beklagte am 3.3.1997 einen privatschriftlichen „Städtebaulichen- und Erschließungsträgervertrag“. Darin wird die Erschließung des Baugebiets auf die Beklagte übertragen und im Einzelnen bestimmt, welche Anlagen sie herzustellen hat.

Mit notariellem Vertrag vom 28.7.1999 erwarben die Kläger von der Beigeladenen das im Baugebiet liegende Grundstück Flst.-Nr. ..., R.-Straße ... In dem Vertrag wird auf die vorstehenden „Allgemeinen

<sup>12</sup> Beschluss vom 3.2.1983, 6 T 23/82, BWNotZ 1983, 128.

<sup>13</sup> Beschluss vom 23.7.1992, 3 Z BR 57/92, Rpfleger 1992, 540 m. zust. Anm. *Hintzen* = JurBüro 1993, 43 = MittBayNot 1993, 44.

<sup>14</sup> Beschluss vom 30.5.2000, 3 Z BR 59/00, NotBZ 2000, 267.

<sup>15</sup> Beschluss vom 20.1.2003, 3 W 1586/02, Rpfleger 2003, 273.

<sup>16</sup> BGH, Beschluss vom 9.2.2006, V ZB 172/05, BGHZ 166, 189 = MittBayNot 2006, 525 = JurBüro 2006, 262 m. Anm. *H. Schmidt* = ZNotP 2006, 277 m. Anm. *Tiedtke* = RNotZ 2006, 344 m. Anm. *Klein* u. *H. Schmidt* = Rpfleger 2006, 339 = NotBZ 2006, 198.

Bestimmungen für die Baulandumlegung „Mühläcker/St. Peter“ Bezug genommen. Unter Nr. I 1 der Urkunde heißt es u. a.:

„Die Erschließungskosten, die Kosten für städtebauliche Maßnahmen, die Abwasserbeiträge und die Versorgungsbeiträge sind im Kaufpreis nicht enthalten. Diese gehen zu Lasten der Erwerber. Näheres ist in Nr. III dieser Urkunde geregelt.“

Die Stadt Bietigheim-Bissingen hat bisher Kosten für Erschließung und städtebauliche Maßnahmen i. H. v. 46.559,50 DM an die Bietigheimer Wohnbau-GmbH bezahlt. Diese sind neben dem Kaufpreis an die Stadt Bietigheim-Bissingen zu entrichten.“

Unter Nr. II 2 der Urkunde ist weiter ausgeführt:

„Aufgrund eines Städtebaulichen- und Erschließungsvertrags mit der Stadt Bietigheim-Bissingen wurde die Bietigheimer Wohnbau-GmbH beauftragt, im Gebiet ‚Mühläcker/St. Peter‘ im Auftrag und auf Rechnung der Grundstückseigentümer die Erschließungsanlagen, städtebauliche Anlagen und Anlagen für die Abwasserbeseitigung herzustellen.“

Des Weiteren wurden für die Durchführung der Baulandumlegung ‚Mühläcker/St. Peter‘ ‚Allgemeine Umlegungsbestimmungen‘ ... beurkundet. Dieser Urkunde ist als Anlage 1 der Städtebaulichen- und Erschließungsvertrag mit der Bietigheimer Wohnbau-GmbH angefügt und somit Vertragsbestandteil. [...]

Die Erwerber treten in den Städtebaulichen- und Erschließungsvertrag mit der Bietigheimer Wohnbau-GmbH mit schuldbefreiender Wirkung gegenüber der Stadt Bietigheim-Bissingen ein. [...].“

Soweit die Grundstücke im Gebiet „Mühläcker/St. Peter“ nicht im Eigentum der Beigeladenen standen, schloss sie mit den übrigen Grundstückseigentümern notarielle Verträge, in denen diese sich ebenfalls verpflichteten, mit schuldbefreiender Wirkung für die Beigeladenen in den Städtebaulichen- und Erschließungsträgervertrag einzutreten.

Im Rahmen der Abrechnung der Erschließungskosten zahlten die Kläger an die Beklagte als 4. und 5. Abschlagszahlung insgesamt 7.163 €. Diesen (Teil-)Betrag nebst Zinsen fordern sie mit ihrer Klage zurück. Auf die Schlussrechnung der Beklagten haben sie nicht gezahlt.

*Aus den Gründen:*

## II.

Die Revision ist im Wesentlichen begründet.

Das angefochtene Urteil beruht auf der Verletzung von Bundesrecht (§ 137 Abs. 1 Nr. 1 VwGO). Zwar hat der VGH die vertraglichen Beziehungen der Beteiligten im Ausgangspunkt zutreffend beurteilt (1). Er hat jedoch zu Unrecht angenommen, dass der „Städtebaulichen- und Erschließungsträgervertrag“ zwischen der Beklaten und der Beigeladenen vom 3.3.1997 (nachfolgend: Erschließungsvertrag) wirksam sei. Der genannte Vertrag ist vielmehr wegen Verstoßes gegen § 124 Abs. 1 BauGB nichtig, weil die Beklagten als eine von der Beigeladenen beherrschte sog. kommunale Eigengesellschaft kein „Dritter“ im Sinne dieser Vorschrift ist, auf den die Gemeinde die Erschließung übertragen kann (2). Darüber hinaus ist der streitgegenständliche Erschließungsvertrag auch deswegen nichtig, weil er wegen der darin zugunsten der Beigeladenen vorbehaltenen umfangreichen Befugnisse zur Selbstvornahme keine „Übertragung“ der Erschließung i. S. v. § § 124 Abs. 1 BauGB darstellt (3). Das Berufungsurteil erweist sich auch nicht aus anderen Gründen insgesamt als richtig (§ 144 Abs. 4 VwGO). Vielmehr hätte der VGH dem Zahlungsbegehren der Kläger entsprechen müssen, abgesehen von einer geringen Zuvielforderung bei der Höhe des geltend gemachten Zinssatzes auf den zu erstattenden Betrag (4).

1. Im Ausgangspunkt ist die Beurteilung des Klageanspruchs durch den VGH revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

a) Der VGH hat zutreffend angenommen, dass es sich bei dem von den Klägern geltend gemachten Anspruch auf Rückzahlung der zwei Abschlagszahlungen, die sie an die Beklagte geleistet haben, um einen zivilrechtlichen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gemäß § 812 BGB handelt. Zwar ist anerkannt, dass die sich aus einem Erschließungsvertrag ergebenden Rechtsbeziehungen entsprechend dessen Regelungsgegenstand öffentlichrechtlicher Natur sind (BVerwGE 32, 37, 38 = NJW 1969, 2162 = Buchholz 406.11 § 123 BBauG Nr. 3, Satz 2; BVerwG, Buchholz 316 § 62 VwVfG Nr. 17 = NJW 2008, 601 L = NVwZ 2008, 212 Rdnr. 3; BGH, NVwZ-RR 2000, 845 = ZfBR 2001, 125). Im Streitfall geht es jedoch nicht um einen Leistungs- oder Erstattungsanspruch aus dem Erschließungsvertrag vom 3.3.1997. Gegenstand dieses Vertrags ist die Rechtsbeziehung der Beigeladenen als Trägerin der Erschließungslast i. S. v. § 123 Abs. 1 BauGB und der Beklagten, der sie die Erschließung übertragen hat. Hiervon zu unterscheiden ist die Rechtsbeziehung zwischen der Beklagten und den Grundstückseigentümern betreffend die Kostenerstattung für Erschließungsmaßnahmen, die die Beklagte durchgeführt hat. Der hier streitgegenständliche Klageanspruch kann sich nur aus der Rückabwicklung der zuletzt genannten Rechtsbeziehung ergeben, in die die Kläger im Kaufvertrag vom 28.7.1999 mit der Beigeladenen als bisheriger Grundstückseigentümerin eingetreten sind. Die aus dieser Rechtsbeziehung folgenden Leistungs- und Erstattungsansprüche sind zivilrechtlicher Natur (unzutreffend daher die im Verweisungsbeschluss des LG angeführte Entscheidung des OLG Rostock, NJW 2006, 2563; der weiter angeführte Fall des BayObLG, NVwZ-RR 2005, 135 betrifft das Rechtsverhältnis Gemeinde – Erschließungsträger). Aufgrund der bindenden Verweisung des Rechtsstreits durch das LG war die Zulässigkeit des Verwaltungsrechtsweges in der Rechtsmittelinstanz indes nicht mehr zu überprüfen (§ 17 a Abs. 5 GVG).

b) Der VGH hat weiter zutreffend erkannt, dass der geltend gemachte Rückzahlungsanspruch der Kläger gegenüber der Beklagten (auch) davon abhängt, ob der zwischen der Beklagten und der Beigeladenen geschlossene Erschließungsvertrag vom 3.3.1997 rechtswirksam ist. Er ist zu Recht davon ausgegangen, dass die vertraglichen Beziehungen in dem „Dreiecksverhältnis“ zwischen den Klägern, der Beklagten und der Beigeladenen in besonderer Weise aufeinander ausgerichtet sind mit der Folge, dass eine Nichtigkeit des Erschließungsvertrags nicht allein den vertraglichen Rechtsgrund für die Leistungen im Verhältnis Beigeladenen – Beklagte, sondern auch den im Verhältnis Beigeladenen – Kläger entfallen lässt. Dies war im Streitfall aus einem doppelten Grunde der Fall:

aa) Erschließt ein privater Erschließungsträger Grundstücke, die im Eigentum Dritter stehen, entsteht – wie bereits erwähnt – ein Dreiecksverhältnis: Die Gemeinde überträgt die Durchführung und finanzielle Abwicklung der Erschließung gemäß § 124 Abs. 1 BauGB auf den Erschließungsträger. Dieser refinanziert sich privatrechtlich bei den Grundstückseigentümern, indem diese sich verpflichten, dem Erschließungsträger die ihm aus der Erfüllung des mit der Gemeinde geschlossenen Erschließungsvertrags entstehenden Kosten zu ersetzen. Es trifft daher – entgegen der Ansicht der Beklagten – nicht zu, dass Erschließungsträger und Grundstückseigentümer einen vom Erschließungsvertrag völlig unabhängigen Vertrag schließen. Dies zeigt sich schon daran, dass aus der Kostenerstattungsvereinbarung – im Streitfall wie in aller Regel – keine eigenen Leistungsansprüche der Grundstückseigentümer gegen den Erschließungsträger auf Herstellung der Erschließungsanlage folgen. Letztere werden vielmehr für die Gemeinde hergestellt, von ihr abgenommen und ihr über-

tragen; auch Sachmängelgewährleistungsansprüche stehen allein ihr zu. Die Grundstückseigentümer verpflichten sich lediglich, den Erschließungsträger – um des Vorteils der Befreiung von Erschließungsbeiträgen willen – zu refinanzieren (vgl. *Grziwotz* in Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, Stand: 2010, § 124 Rdnr. 127 f.). Insoweit besteht eine „Akzessorietät“ zwischen Erschließungsvertrag und Kostenvereinbarung.

bb) Unabhängig davon folgt jedenfalls aus der vorliegenden Vertragskonstruktion, dass im Streitfall die Wirksamkeit des Erschließungsvertrags vom 3.3.1997 Voraussetzung für die zwischen der Beklagten und den Klägern vereinbarte Kostenerstattung ist: Bereits in § 6 Abs. 1 und 2 des Erschließungsvertrags wurde festgelegt, dass die Erschließungskosten auf die Bauplatzgrundstücke aufzuteilen sind. In § 12 Abs. 2 der „Allgemeinen Bestimmungen für die Baulandumlegung“ hat die Beigeladene für ihre Grundstücke eine entsprechende zivilrechtliche Verpflichtung übernommen. Gemäß Nr. II 2 des notariellen Vertrags vom 28.7.1999 sind die Kläger mit schuldbeitragender Wirkung gegenüber der Beigeladenen in diese Verpflichtung „eingetreten“. Entgegen dem missverständlichen Wortlaut dieser Vertragsklausel handelt es sich dabei nicht um eine Vertragsübernahme. Letzteres, also eine rechtsgeschäftliche Übernahme aller Rechte und Pflichten der Beigeladenen aus diesem Vertrag durch die Kläger, kann im Streitfall weder gewollt sein noch wäre sie rechtlich möglich. Denn wesentliches Element eines Erschließungsvertrags i. S. v. § 124 BauGB ist die Übertragung der technischen Durchführung und kostenmäßigen Abwicklung der Erschließung. Eine solche Übertragung kann nur die Gemeinde vornehmen, die gemäß § 123 Abs. 1 BauGB die Erschließungslast trifft. Im Übrigen hat die Beigeladene entsprechende Grundstückskaufverträge mit einer Vielzahl von Käufern abgeschlossen, so dass unklar bliebe, in welcher Form diese Personenmehrzahl in den Erschließungsvertrag eintreten sollte. Nach den Gesamtumständen gewollt war vielmehr, dass die Kläger mit befreiender Wirkung insoweit an die Stelle der Beigeladenen treten sollten, als diese die Übernahme der Kosten für das jeweils verkaufte Grundstück schuldeten. Dies stellt eine Schuldübernahme gemäß § 415 BGB dar, die von der Beklagten als Gläubigerin spätestens mit der Aufforderung zur Zahlung eines Abschlags konkludent genehmigt worden ist.

Die Übernahme der Verpflichtung zur Kostenerstattung zunächst durch die Beigeladenen in § 12 Abs. 2 der „Allgemeinen Bestimmungen für die Baulandumlegung“ und dann durch die Kläger in Nr. II 2 des notariellen Vertrags vom 28.7.1999 setzt aber nach dem durch die ausdrückliche Bezugnahme auf den Erschließungsvertrag zum Ausdruck gebrachten Willen der Vertragsparteien die Wirksamkeit jenes Erschließungsvertrags voraus.

c) Ohne Verstoß gegen Bundesrecht hat der VGH angenommen, dass es sich bei dem „Städtebaulichen- und Erschließungsträgervertrag“ vom 3.3.1997 in dem hier interessierenden Teil II – entgegen der Ansicht der Kläger – nicht um einen atypischen Generalunternehmer- bzw. Werkvertrag, sondern um einen Erschließungsvertrag i. S. v. § 124 Abs. 1 BauGB handelt. Er hat sich hierfür auf die Überschrift von Teil II sowie auf § 4 Abs. 2 des Vertrags berufen, wonach die Beigeladene der Beklagten die Erschließung des Wohngebiets übertrage. Die missverständliche Formulierung, dies geschehe „im Auftrag und für Rechnung der Umlegungsbeteiligten“, habe nur klarstellen sollen, dass die Kosten nicht bei der Beklagten als Erschließungsträgerin verbleiben, sondern letztlich auf die Grundstückseigentümer abgewälzt werden sollten.

Unabhängig von der Bindung des Revisionsgerichts (§ 137 Abs. 2 VwGO) an diese tatrichterliche Feststellung zur Frage,

was von den Beteiligten vertraglich gewollt war, ist die Würdigung des in Rede stehenden Vertrags durch den VGH auch in der Sache bundesrechtlich nicht zu beanstanden.

Wesentlicher Regelungsgegenstand eines Erschließungsvertrags ist die Herstellung der Erschließungsanlagen im Namen und auf Kosten des Erschließungsträgers. Dies hat zur Folge, dass bei der Gemeinde kein beitragsfähiger Aufwand i. S. v. § 127 Abs. 1 BauGB verbleibt, soweit sie die Durchführung der Erschließung übertragen hat (vgl. *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 8. Aufl. 2007, § 6 Rdnr. 7 ff.; *Quaas* in Schrödter, BauGB, 7. Aufl. 2006, § 124 Rdnr. 3). Genau dies regelt der Vertrag vom 3.3.1997: Nach dessen § 5 stellt die Beklagte als Erschließungsträgerin im Einzelnen aufgeführte öffentliche Anlagen und Einrichtungen her, nach § 7 Abs. 1 fallen die Kosten der Erschließung bei ihr an und nach § 6 Abs. 4 verzichtet die Beigeladene auf die Erhebung von Erschließungsbeiträgen.

Die von den Klägern erhobenen Einwände verfangen nicht. Entgegen ihrer Ansicht muss der Erschließungsträger nicht selbst Grundstückseigentümer sein. Eine Übertragung der Erschließung durch die Gemeinde an einen Erschließungsträger kommt auch dann in Betracht, wenn die Grundstückseigentümer diesem die für die Organisation und Durchführung der Erschließung notwendigen Rechte an ihren Grundstücken einräumen und mit ihm Kostenerstattungsverträge schließen (vgl. *Grziwotz*, § 124 Rdnr. 110; *Ruff*, KStZ 2002, 21, 22; *Schmidt-Eichstaedt*, ZfBR 2007, 316, 318 f.). Der letztgenannte Fall lag auch hier vor – mit der Besonderheit, dass die Beigeladene selbst Grundstückseigentümerin im Erschließungsgebiet war. Demgegenüber fehlt es bei der Vertragskonstruktion des Streitfalls an den Grundelementen eines Werkvertrags. Bei einem solchen bleibt die Gemeinde Erschließungsträgerin und beauftragt Unternehmer nach §§ 631 ff. BGB mit einzelnen Erschließungsmaßnahmen. Ähnliches gilt für den Sonderfall des Generalunternehmervertrags, in dem ein Generalunternehmer damit beauftragt wird, die Erschließung für die Gemeinde zu planen, durchzuführen und dazu ggf. Subunternehmer zu beauftragen. Immer stellt der Werkunternehmer aber seine Kosten der Gemeinde in Rechnung, der dadurch ein beitragsfähiger Aufwand i. S. d. § 127 BauGB entsteht (vgl. *Driehaus*, § 6 Rdnr. 7 f.). Das ist vorliegend gerade nicht der Fall.

d) In Einklang mit Bundesrecht steht schließlich, dass der VGH seiner rechtlichen Beurteilung, ohne dies zu problematisieren, nicht die Regelung über den städtebaulichen Vertrag in § 11 BauGB zugrunde gelegt hat, die keine Einschränkung auf „Dritte“ als Vertragspartner der Gemeinde enthält. § 124 BauGB ist gegenüber § 11 BauGB die speziellere Norm. Nicht zu folgen vermag der Senat der im Schrifttum vertretenen Ansicht, wonach § 11 BauGB, namentlich die Regelung über den Folgekostenvertrag (§ 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 BauGB), grundsätzlich gleichberechtigt neben den Vorschriften über den Erschließungsvertrag stehe (vgl. *Krautzberger* in Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, Stand: 2010, § 11 Rdnr. 160; *Löhr* in Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 11. Aufl. 2009, § 11 Rdnr. 20; einschränkend *ders.*, § 124 Rdnr. 1, wonach § 124 vorrangig sei, wenn die Erschließung „alleiniger oder prägender Bestandteil“ des Vertrags sei; vgl. weiter die Nachw. bei *Fischer* in Hoppenberg/de Witt, Hdb. d. öffentlichen BauR I, Stand: Mai 2010, Kap. F, Erschließungs- und ErschließungsbeitragsR, Rdnr. 33).

Die Bestimmung über städtebauliche Verträge in § 11 BauGB hat – in der Nachfolge von § 124 Abs. 1 BauGB 1987 und § 6 BauGB-MaßnG – ihre derzeit gültige Fassung durch das Bau- und Raumordnungsgesetz 1998 vom 18.8.1997 (BGBl I,

S. 2081) erhalten. Sie enthält eine nicht abschließende („insbesondere“) Regelung über die Zulässigkeit und den Gegenstand städtebaulicher Verträge, darunter den Folgekostenvertrag. Dieser wird in § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 BauGB beschrieben als ein Vertrag über „die Übernahme von Kosten oder sonstigen Aufwendungen, die der Gemeinde für städtebauliche Maßnahmen entstehen oder entstanden sind und die Voraussetzung oder Folge des geplanten Vorhabens sind; dazu gehört auch die Bereitstellung von Grundstücken“. Hiernach ist der Erschließungsvertrag i. S. v. § 124 Abs. 1 BauGB eine besondere Form des städtebaulichen Vertrags, und zwar auch gegenüber dem Folgekostenvertrag (vgl. *Driehaus*, § 6 Rdnr. 2 f. und 9). Ausweislich der Begründung des Gesetzesentwurfs des Bau- und Raumordnungsgesetzes 1998 sollte mit § 11 BauGB die Vorgängerregelung des § 6 des BauGB-Maßnahmengesetzes lediglich redaktionell verkürzt, inhaltlich aber weitgehend unverändert übernommen werden (vgl. BT-Drucks. 13/6392, S. 50 I. Sp.) namentlich mit der Regelung des Folgekostenvertrags sollte lediglich eine von der Rechtsprechung seit langen Jahren gebilligte Vertragspraxis aufgegriffen werden (BT-Drucks. 13/6392, S. 50 r. Sp.). Das Erschließungsbeitragsrecht und insbesondere das Verhältnis des städtebaulichen Vertrags zu § 124 BauGB wird dagegen in den Gesetzesmaterialien mit keinem Wort erwähnt. Hätte der Gesetzgeber das System des Erschließungsrechts durch § 11 BauGB aufweiten wollen, hätte es nahegelegen, § 124 BauGB bei Erlass des Bau- und Raumordnungsgesetzes 1998 zu streichen oder in § 11 BauGB aufzunehmen. Da der Gesetzgeber dies nicht getan und auch im Übrigen sich nicht zum Verhältnis des § 11 BauGB zu § 124 BauGB geäußert hat, fehlt jeder Anhaltspunkt dafür, dass er den Gemeinden durch § 11 BauGB – neben dem Beitragsrecht (§§ 127 ff. BauGB) und dem Erschließungsvertrag (§ 124 Abs. 1 BauGB) – einen dritten Weg zur Finanzierung von Erschließungsmaßnahmen eröffnen wollte. Hiernach bleibt es dabei, dass § 124 BauGB mit seinen tatbestandlichen Voraussetzungen, insbesondere mit dem Begriff des „Dritten“, im Verhältnis zu § 11 BauGB die speziellere Vorschrift ist (so zutreffend *Driehaus*, § 6 Rdnr. 2; *Quaas*, § 11 Rdnr. 26).

2. Der VGH hat weiter entscheidungstragend angenommen, dass der von den Klägern geltend gemachte Rückzahlungsanspruch unbegründet sei, weil der Erschließungsvertrag vom 3.3.1997 wirksam sei. Insbesondere sei es der Beigeladenen nicht verwehrt gewesen, die Erschließung des Baugebiets auf die Beklagte als eigene (im hundertprozentigen Anteilsbesitz der Beigeladenen stehende) Tochtergesellschaft zu übertragen. Auch sie sei „Dritter“ i. S. v. § 124 Abs. 1 BauGB. Diese Auffassung ist mit Bundesrecht nicht vereinbar.

Die damit aufgeworfene Frage ist allerdings umstritten. Der VGH folgt mit dem angefochtenen Urteil einer im Schrifttum vertretenen Ansicht, die für eine weite Auslegung der Vorschrift eintritt, derzufolge auch eine (ganz oder mehrheitlich) von der Gemeinde beherrschte sog. kommunale Eigengesellschaft „Dritter“ i. S. v. § 124 Abs. 1 BauGB und damit Vertragspartner eines Erschließungsvertrags sein könne (vgl. insbesondere *Grziwotz* in Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, Stand: 2010, § 124 Rdnr. 94; *Löhr* in Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 11. Aufl. 2009, § 124 Rdnr. 1; *Dirnberger* in Jäde/Dirnberger/Weiß, BauGB, 6. Aufl. 2010, § 124 Rdnr. 9; *Hoffmann* in Spannowsky/Uechtritz, BauGB, 2009, § 124 Rdnr. 12; *Reif*, BWGZ 1994, 200, 219; *Ruff*, KStZ 2002, 21, 25; *Schmidt-Eichstaedt*, ZfBR 2007, 316, 317; *Oertel*, Der Erschließungsvertrag mit der kommunalen Eigengesellschaft, 2009, S. 169 ff., 231 ff.; *Walter*, Der Erschließungsvertrag im System des ErschließungsR, 2010, S. 142 ff., 161 ff.). Die Gegenansicht ist der Auffassung, die

Vorschrift sei nach ihrem Sinn und Zweck eng auszulegen mit der Folge, dass eine kommunale Eigengesellschaft nicht „Dritter“ i. S. v. § 124 Abs. 1 BauGB sein könne (so *Driehaus*, § 6 Rdnr. 14; *ders.*, in BerlKomm-BauGB, Stand: November 2009, § 124 Rdnr. 8 ff.; *ders.*, BauR 1999, 862, 863 ff.; *Birk*, BauR 1999, 205 207; *Quaas*, BauR 1999, 1113, 1123; *Weber*, VBIBW 2001, 95; *Vogel* in Brügelmann, BauGB, Stand: 1998, § 124 Rdnr. 19).

Der Senat ist der Überzeugung, dass die letztgenannte Ansicht, also eine enge Auslegung, dem Gesetz entspricht. Dies beruht auf folgenden Überlegungen:

Aus dem Wortlaut des Gesetzes, der sowohl ein „formaljuristisches“ als auch ein materielles Begriffsverständnis ermöglicht, lässt sich für keine der beiden Ansichten Entscheidendes herleiten. Vielmehr ist der Begriff des „Dritten“ nur vor dem Hintergrund der Gesetzeshistorie und der mit ihr einhergehenden Rechtsprechung des BVerwG sachgerecht zu erfassen:

a) Die Ermächtigung der Gemeinde, die Erschließung durch Vertrag auf einen Dritten zu übertragen, fand sich bereits in § 123 Abs. S. 3 des Bundesbaugesetzes vom 23.6.1960 (BGBl I, 341). Sie wurde durch das am 1.7.1987 in Kraft getretene Baugesetzbuch in § 124 Abs. 1 BauGB unverändert mit dem bis heute gültigen Wortlaut übernommen und ergänzt durch einen Absatz 2, wonach die Zulässigkeit anderer Verträge, insbesondere zur Durchführung städtebaulicher Planungen und Maßnahmen, unberührt bleibe. Das BVerwG urteilte hierzu, dass die Gemeinde auch bei Abschluss eines Erschließungsvertrags grundsätzlich mindestens 10 % des Erschließungsaufwandes übernehmen müsse; die Regelung des § 129 Abs. 1 Satz 3 BBauG gehöre zu den wesentlichen Regelungen des Erschließungsbeitragsrechts, die auch im Rahmen einer vertraglichen Regelung beachtet werden müssten (BVerwGE 32, 37 39 ff. = NJW 1969, 2162). Die Gemeinde dürfe nur diejenigen Kosten durch Erschließungsvertrag abwälzen, die sie andernfalls abgabenrechtlich liquidieren dürfe. Eine Vertragsgestaltung, die gegen diese Schutzfunktion des Abgabenrechts verstoße, führe zur (teilweisen) Nichtigkeit des Erschließungsvertrags (BVerwGE 89, 7, 9 f. = NJW 1992, 1642 = NVwZ 1992, 674 L). Dies entsprach auch der Rechtsprechung des BGH (BGH, LM § 123 BBauG Nr. LM, § 5 Bl. 1183, 1185).

b) In ausdrücklicher Reaktion auf diese Rechtsprechung des BVerwG änderte der Gesetzgeber § 124 BauGB mit dem Gesetz zur Erleichterung von Investitionen und der Ausweisung und Bereitstellung von Wohnbauland (Investitionserleichterungs- und Wohnbaulandgesetz) vom 22.4.1993 (BGBl I, S. 466) und gab der Vorschrift ihre bis heute gültige Fassung. In der Begründung des Gesetzesentwurfs (BT-Drucks. 12/3944, S. 24, 29) wurde darauf verwiesen, dass in den alten und neuen Bundesländern ein erheblicher Mangel an ausgewiesenem und verfügbarem Wohnbauland bestehe. Durch die Rechtsprechung des BVerwG sei der Anwendungsbereich des Erschließungsvertrags inhaltlich eingeeengt worden. Infolgedessen sei zu befürchten, dass die Erschließungstätigkeit in den Gemeinden spürbar zurückgehen werde, weil sie wegen der häufig angespannten Haushaltslage vom Abschluss eines Erschließungsvertrags und der damit verbundenen finanziellen Belastung absehen würden. „Um vertraglichen Regelungen zwischen Gemeinde und Investoren im Städtebaurecht mehr Raum zu eröffnen, zugleich aber die rechtlichen Grenzen solcher Verträge festzulegen“ (BT-Drucks. 12/3944, S. 24 I. Sp.), führte der Gesetzgeber deshalb u. a. in § 124 Abs. 2 BauGB eine Freistellung von Vorgaben des Erschließungsbeitragsrechts ein. Der Erschließungsvertrag sollte da-

durch so ausgeformt werden, „dass er wie bisher angewandt werden“ könne und durch den Wegfall der zwingenden Eigenbeteiligung von 10 % zugleich zur Kostenentlastung der Gemeinden beitrage (BT-Drucks. 12/3944, S. 24 r. Sp.). Dies sei gerechtfertigt, weil die Gemeinde ohnehin keinen Einfluss darauf habe, ob der Erschließungsunternehmer Ersparnisse auf der Kostenseite an den Grundstückskäufer weitergebe (BT-Drucks. 12/3944, S. 29 r. Sp.). Zu der erweiterten Möglichkeit der Kostenabwälzung gemäß § 124 Abs. 2 Satz 1 und 2 BauGB heißt es, der Erschließungsunternehmer solle frei entscheiden können, ob er auch diejenigen Kosten übernimmt, die bei einer Erschließung in gemeindlicher Eigenregie auf die Gemeinde selbst entfallen würden. Der Erschließungsunternehmer werde zur vollständigen Kostenübernahme nur dann bereit sein, wenn er sich davon einen „Gewinn“ verspreche, er also die ihm gehörenden Grundstücke selbst baulich oder gewerblich frühzeitiger als sonst nutzen könne, oder wenn er durch Veräußerung der erschlossenen Grundstücke die ihm entstandenen Erschließungskosten aufgrund der Marktlage auf die Käufer abwälzen könne. Die Käufer handelten ebenfalls aus freiem Entschluss; sie würden einkalkulieren, dass der Kaufpreis einschließlich der Erschließungskosten für sie tragbar bleibe. Für sie sei entscheidend, dass eine Erschließung im Vertragswege zumeist zu einer früheren Bebaubarkeit der Grundstücke führe als bei einer Erschließung durch die Gemeinde, woraus sich nicht selten Einsparungen hinsichtlich der Baukosten und Zwischenfinanzierungskosten ergäben (BT-Drucks. 12/3944, S. 29 r. Sp.).

c) Hiernach verhalten sich die vorstehend wiedergegebenen Gesetzesmaterialien zwar nicht ausdrücklich zur Frage, ob auch eine gemeindliche Eigengesellschaft „Dritter“ i. S. v. § 124 Abs. 1 BauGB sein kann. Jedoch ist der Gesetzesbegründung zu entnehmen, dass die gesetzliche Neuregelung sich ausdrücklich als Korrektur der im Urteil des BVerwG vom 23.8.1991 (NVwZ 1992, 674) gezogenen inhaltlichen Grenzen des Erschließungsvertrags verstand, damit dieser „wie bisher“ (d. h. ohne solche Begrenzungen) „angewandt werden“ könne. Sollte hiernach ein „status quo ante“ wiederhergestellt und der Anwendungsbereich des Erschließungsvertrags durch die genannten als maßvoll angesehenen Entgrenzungen erweitert werden, spricht dies gegen die Annahme, der Gesetzgeber habe bei unverändertem Wortlaut des § 124 Abs. 1 BauGB auch eine weite Auslegung des Begriffs „Dritter“ in seinen Willen aufgenommen. Vielmehr wird aus der Gesetzesbegründung deutlich, dass der Gesetzgeber als Partner eines Erschließungsvertrags einen privaten Erschließungsunternehmer als „Investor“ vor Augen hatte (BT-Drucks. 12/3944, S. 24 l. Sp.), der seine Entscheidungen unabhängig von der Gemeinde trifft und sich dabei vor allem von kaufmännischen Überlegungen und den Möglichkeiten des „Marktes“ leiten lässt (BT-Drucks. 12/3944, S. 29 r. Sp.). Es liegt fern, darunter auch eine gemeindliche Eigengesellschaft zu verstehen, hinter der die Gemeinde selbst steht, um deren Entlastung von finanziellen Belastungen wegen ihrer angespannten Haushaltslage es nach der Gesetzesbegründung gerade geht (BT-Drucks. 12/3944, S. 29 l. Sp.). Eine solche Eigengesellschaft wäre wegen des Einflusses der sie beherrschenden Gemeinde in ihren kaufmännischen Überlegungen nicht vergleichbar frei wie der Erschließungsunternehmer. Sie wird in der Regel sämtliche Kosten übernehmen, um sie möglichst umfangreich auf die Grundstückskäufer/-eigentümer abwälzen zu können. Denn sie wird regelmäßig zu dem Zweck gegründet, die Gemeinde von den finanziellen Lasten der Erschließung (und deren verwaltungsmäßiger Abwicklung) so weit wie möglich zu befreien. Wäre es der Gemeinde erlaubt, „im Mantel“ ihrer als „Dritter“ auftretenden Eigen-

gesellschaft die Erschließung durchzuführen und die Erschließungskosten vertraglich ohne die Begrenzungen des Beitragsrechts auf die Grundstückskäufer abzuwälzen, wäre praktisch kein Fall mehr denkbar, in dem es nicht im Interesse der Gemeinde läge, die Erschließung auf ihre Eigengesellschaft zu übertragen.

d) Gegen die Annahme, dass eine kommunale Eigengesellschaft „Dritter“ i. S. v. § 124 Abs. 1 BauGB sein kann, sprechen ferner Gründe der Systematik sowie Sinn und Zweck des Gesetzes. Entgegen der Ansicht des VGH reicht es insoweit nicht aus, dass die hier in Rede stehende Regelung auch dem Zweck dient, die Gemeinden von der Vorfinanzierungslast für die Erschließung zu befreien, und dieser Zweck von einer kommunalen Eigen- oder Mehrheitsgesellschaft in gleicher Weise erfüllt werden kann wie von einem privaten Dritten. Entscheidend ist, ob andere Gründe dem entgegenstehen. Dies ist hier der Fall. Die vom VGH befürwortete weite Auslegung des Begriffs „Dritter“ in § 124 Abs. 1 BauGB fügt sich weder in den näheren noch in den weiteren Rahmen des Gesetzes, sondern sprengt dessen Systematik. Zugleich verfehlt sie Sinn und Zweck des Gesetzes, weil sie die Vorschriften des Erschließungsbeitragsrechts ohne hinreichende Rechtfertigung der ihnen vom Gesetz zugedachten Schutzfunktion beraubt.

Ein erster Auslegungskonflikt ergibt sich schon innerhalb von § 124 BauGB selbst, nämlich zwischen Abs. 1 und Abs. 3 Satz 2. Die zuletzt genannte Vorschrift bestimmt, dass die Gemeinde verpflichtet ist, die Erschließung selbst durchzuführen, wenn sie einen Bebauungsplan i. S. d. § 30 Abs. 1 BauGB erlassen hat und das zumutbare Angebot eines Dritten ablehnt, die im Bebauungsplan vorgesehene Erschließung selbst vorzunehmen. Dass eine Gemeinde ein Erschließungsangebot, zumal ein zumutbares, ihrer eigenen Tochtergesellschaft, die von ihr (ganz oder mehrheitlich) beherrscht wird, ablehnt, ist tatsächlich nicht vorstellbar.

Die Ansicht, auch eine gemeindliche Eigengesellschaft könne „Dritter“ i. S. v. § 124 Abs. 1 BauGB sein, würde vor allem zu einem im Rahmen des geltenden Rechts nicht auflösbaren Konflikt mit den Vorschriften des Erschließungsbeitragsrechts führen, denen nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes eine Schutzfunktion zukommt. Dies ergibt sich aus Folgendem:

Die § 127 ff. BauGB werden geprägt durch das verfassungsrechtlich begründete Vorteilsprinzip (vgl. BVerfGE 9, 291 297 f.; BVerfGE 42, 223 228 = NJW 1976, 1837). Dieses schützt die Grundstückseigentümer davor, über den ihnen durch die Erschließung zufließenden Sondervorteil (Erschließungsvorteil) hinaus, mit Kosten belastet zu werden, die für Vorteile der Allgemeinheit entstehen. Zum Ausdruck kommt die darin liegende Schutzfunktion des Erschließungsbeitragsrechts in der Beschränkung des beitragsfähigen Erschließungsaufwands auf die in § 127 Abs. 2 BauGB abschließend aufgeführten Erschließungsanlagen und die in § 129 Abs. 1 Satz 3 BauGB normierte Verpflichtung der Gemeinden, mindestens 10 % dieses Erschließungsaufwands selbst zu tragen. Nach der sich aus der dargelegten Entstehungsgeschichte des § 124 Abs. 2 BauGB ergebenden Wertung des Gesetzgebers ist dieser Schutz der Grundstückseigentümer dann entbehrlich, wenn ein Investor durch Vertrag mit der Gemeinde die Erschließung übernimmt. Der Verzicht auf den Schutz des beitragsrechtlichen Vorteilsprinzips in derartigen Fällen ist dadurch zu rechtfertigen, dass die Bereitschaft eines Investors zur vertraglichen Übernahme der Erschließung regelmäßig nur dann bestehen wird, wenn die Nachfrage nach Baugrundstücken in der Gemeinde so hoch ist, dass die Erschließung eine über den beitragsrechtlichen Erschließungsvorteil hin-

ausgehende allgemeine Wertsteigerung der Grundstücke im Erschließungsgebiet erwarten lässt, die der Investor als Gewinn seines Einsatzes ganz oder teilweise abschöpfen kann. Fehlt es an einer solchen Bereitschaft eines privaten Investors, ist dies ein Indiz dafür, dass eine entsprechende Marktlage nicht besteht. Dann ist es aber auch nicht gerechtfertigt, die Grundstückseigentümer über den beitragsrechtlichen Erschließungsvorteil hinaus mit Erschließungskosten zu belasten, die ihnen keinen Sondervorteil vermitteln, sondern der Allgemeinheit zugutekommen. Die vertragliche Übernahme der Erschließung durch eine gemeindliche Eigengesellschaft ist kein Indiz für eine hohe Nachfrage nach Baugrundstücken, sondern ein Instrument gemeindlicher Siedlungspolitik, die grundsätzlich von der Allgemeinheit zu finanzieren ist. Die Einschaltung einer solchen Eigengesellschaft liefe praktisch und wirtschaftlich darauf hinaus, dass die Gemeinde „im Mantel eines Privaten“ vertraglich Kosten auf die Eigentümer bzw. Käufer abwälzen könnte, ohne den Begrenzungen des Beitragsrechts zu unterliegen und ohne den (Markt-)Voraussetzungen unterworfen zu sein, die nach der Wertung des Gesetzgebers im Falle eines privaten Erschließungsträgers den Verzicht auf jene Begrenzungen rechtfertigen.

3. Der streitgegenständliche Erschließungsvertrag ist – unabhängig von den vorstehenden Ausführungen zum Begriff des „Dritten“ – auch deswegen nichtig, weil darin zugunsten der Beigeladenen in großem Umfang Befugnisse zur Selbstvornahme vorbehalten werden mit der Folge, dass tatsächlich keine „Übertragung“ der Erschließung i. S. v. § 124 Abs. 1 BauGB vorliegt.

Der VGH hat sich – auf entsprechenden Einwand der Kläger – insoweit lediglich mit § 5 Abs. 2 des Erschließungsvertrags befasst, wonach die Beigeladene sich vorbehält, einzelne Arbeiten selbst durchzuführen und die Kosten in Rechnung zu stellen. Er hat hierzu ausgeführt, für die Annahme eines Erschließungsvertrags sei nicht erforderlich, dass der Erschließungsunternehmer die Durchführung der Erschließungsarbeiten selbst übernehme; er könne sich zur Erledigung der ihm übertragenen Aufgabe seinerseits Dritter – auch der Gemeinde selbst – bedienen. Selbst wenn die Vertragsklausel des § 5 Abs. 2 unwirksam sein sollte, scheidet angesichts ihrer untergeordneten Bedeutung und mit Blick auf die salvatorische Klausel des Erschließungsvertrags (§ 16) eine Gesamtnichtigkeit des Vertrags aus. Diese Ausführungen sind für sich genommen bundesrechtlich nicht zu beanstanden. Soweit der VGH sich im weiteren Gang seiner Entscheidungsgründe anderen Prüfungspunkten zuwendet, bringt er aber – ohne das Tatbestandsmerkmal der „Übertragung“ i. S. v. § 124 Abs. 1 BauGB ausdrücklich zu thematisieren – damit inzident zum Ausdruck, dass auch die übrigen Bestimmungen des Vertrags und dieser in seiner Gesamtheit den rechtlichen Anforderungen genüge. Diese Annahme verletzt ebenfalls Bundesrecht. Denn der streitgegenständliche Erschließungsvertrag stellt keine „Übertragung“ im Sinne des Gesetzes dar.

a) Mit der in § 124 Abs. 1 BauGB eröffneten Möglichkeit, die Erschließung durch Vertrag auf einen Dritten zu übertragen, stellt das Gesetz die Gemeinde vor eine „Regimeentscheidung“: Sie muss wählen, ob sie die Erschließung in „Eigenregie“ durchführt mit der Folge, dass sie den ihr entstandenen Aufwand (nur) in dem von den § 127 ff. BauGB bestimmten Umfang durch Erhebung von Erschließungsbeiträgen auf die Grundstückseigentümer umlegen kann (und muss), oder ob sie die Erschließung auf einen Dritten überträgt, der sie in „Fremdregie“ durchführt und sich wegen der von ihm übernommenen Erschließungskosten – mit der in § 124 Abs. 2, 3 BauGB geregelten Befreiung von Begrenzungen des Beitragsrechts – privatrechtlich durch mit den

Grundstückseigentümern/-käufern vertraglich vereinbarte Kostenerstattung refinanziert (vgl. *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 8. Aufl. 2007, § 6 Rdnr. 10 ff.). Hiernach ist es der Gemeinde verboten, die Erschließung selbst durchzuführen und die entstehenden Kosten sodann auf vertraglicher Grundlage auf die Grundstückseigentümer umzulegen (BVerwGE 49, 125, 127 f. = NJW 1976, 341 L; *Ruff*, KStZ 2002, 21, 23; *Vogel* in Brügelmann, BauGB, Stand: 1998, § 124 Rdnr. 9). Führt sie die Erschließung in Eigenregie selbst durch, muss sie den Weg des Beitragsrechts gehen; der Weg der vertraglichen Refinanzierung ist nur einem Dritten nach Übertragung der Erschließung auf ihn eröffnet. Es ist der Gemeinde verwehrt, formal eine „Übertragung“ zu vereinbaren, die tatsächlich nicht stattfindet, etwa indem alle oder wesentliche Elemente der Aufgabenerledigung sogleich auf die Gemeinde zurückübertragen werden oder die Gemeinde sich vorbehält, diese selbst durchzuführen. Denn damit steht die Gemeinde im Ergebnis so da, als führe sie die Erschließung selbst durch. Eine derartige vertragliche Regelung ist wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot nichtig (§ 59 Abs. 1 VwVfG, § 134 BGB i. V. m. § 124 Abs. 1 BauGB). So liegt es hier.

b) Im Streitfall hat die Beigeladene sich das Recht vorbehalten, Durchführung und Abwicklung der Erschließungsmaßnahmen weitgehend an sich zu ziehen, oder sie zumindest von ihrer Zustimmung abhängig gemacht. Da dieser Vorbehalt an keinerlei Voraussetzungen geknüpft ist, handelt es sich um ein jederzeit ausübbares unbeschränktes Selbstausführungsrecht, das im Ergebnis der Durchführung in Eigenregie gleich steht. Die insoweit maßgebliche Vorschrift ist dabei nicht die oben erwähnte, vom VGH allein angesprochene Klausel des § 5 Abs. 2, sondern § 9 des Erschließungsvertrags. Danach hat die Beigeladene nicht nur ein Weisungs- und Aufsichtsrecht gegenüber der Beklagten bei der Herstellung der Erschließungsanlagen (Abs. 1), sondern ausschließlich sie entscheidet über die technische Gestaltung der Erschließungsmaßnahmen und die Materialverwendung (Abs. 2). Vergabe und Ausschreibung der Erschließungsmaßnahmen bedürfen des vorherigen Einvernehmens bzw. der Abstimmung mit der Beigeladenen (Abs. 3), die diese Aufgaben sowie die Planung der gesamten Erschließungsarbeiten gegen Kostenersatz aber auch selbst durchführen kann (Abs. 4). In der Gesamtschau, in die auch die vom VGH für sich allein für unbedenklich gehaltene Bestimmung des § 5 Abs. 2 des Erschließungsvertrags einzubeziehen ist, hat sich die Beigeladene hinsichtlich Planung, Ausschreibung und Vergabe der Erschließungsmaßnahmen das Recht zur Selbstvornahme vorbehalten und damit den vollen Durchgriff auf alle wesentlichen Aufgaben, deren Durchführung typischerweise dem Erschließungsunternehmer überlassen ist. Der Beklagten bleiben hiernach kaum eigenständige Befugnisse. Insoweit ist kein Unterschied zu dem Fall zu erkennen, dass die Beigeladene die Erschließung in Eigenregie (ggf. durch den eigenen Bauhof, ggf. durch Fremdfirmen) durchführt.

c) Die Nichtigkeit von § 9 und § 5 Abs. 2 führt zur Gesamtnichtigkeit des Erschließungsvertrags. Daran vermag die salvatorische Klausel des § 16 des Erschließungsvertrags nichts zu ändern. Die in den beanstandeten Vertragsbestimmungen zugunsten der Beigeladenen in großem Umfang vorbehaltenen Befugnisse zur abschließenden Entscheidung und Selbstvornahme stellen keine Nebenabrede dar, sondern müssen als wesentliche Vertragsbestimmungen angesehen werden. Beigeladene und Beklagte haben einen Erschließungsvertrag geschlossen, in dem die Beigeladene Herrin der Erschließung ist und sich nicht nur einzelne Kontroll- und Mitwirkungsrechte, sondern ein weitreichendes Selbsteintritts-



und -ausführungsrecht gesichert hat. Wollte man lediglich die zu beanstandenden Vertragsklauseln als (teil-)nichtig ansehen, wäre die Beklagte in der technischen Durchführung der Erschließung völlig frei und die Beigeladene auch ihrer Kontrollrechte beraubt. Dafür, dass die Beteiligten einen solchen Erschließungsvertrag hätten schließen wollen, fehlt jeder Anhaltspunkt. (...)

### Anmerkung:

Mit seiner Entscheidung vom 1.12.2010 hat das BVerwG zwei Zweifelsfälle geklärt, leider jeweils zu Ungunsten der Gemeinden.

#### 1. Übertragung der Erschließung an einen Erschließungsträger, an dem die Gemeinde beteiligt ist

Dass die Gemeinde in einem Erschließungsvertrag die Erschließung eines Baugebiets nicht auf sich selbst übertragen kann, ist unbestritten.<sup>1</sup> Ungeklärt war allerdings das Problem, ob die Gemeinde eine entsprechende Vereinbarung mit einer gemeindlichen Eigengesellschaft schließen kann.<sup>2</sup> Das BVerwG hat sich jetzt für eine extrem strenge Beantwortung dieser Streitfrage entschieden. Nicht nur dann, wenn der Erschließungsträger eine 100 %ige Tochtergesellschaft der Gemeinde ist, soll er nicht mehr „Dritter“ i. S. d. § 124 Abs. 1 BauGB sein, sondern schon dann, wenn die Erschließungsträgergesellschaft mehrheitlich von der Gemeinde beherrscht wird.

Letztlich steht hinter dieser Auffassung die Debatte um die Übernahme des 10 %igen Eigenanteils, der im Bereich des Erschließungsvertrags schon einmal eine Reaktion des Gesetzgebers auf eine Entscheidung des BVerwG ausgelöst hatte. Das BVerwG betont wieder die Schutzfunktion der §§ 127 ff. BauGB, wonach der Grundstückseigentümer davor geschützt werden solle, über den vom Gesetz vorgesehenen Umfang hinaus belastet zu werden. Darüber hinaus verknüpft die Entscheidung – wenig überzeugend<sup>3</sup> – den Erschließungsbeitrag mit der Bodenwertsteigerung, den die Grundstücke durch die Durchführung der Erschließung erhielten.

Man mag darüber diskutieren können, ob sich die Gemeinde bei Gründung einer 100 %igen Tochter den „Mantel des Privaten“ über- und sich damit unzulässigerweise dem Regime der §§ 124, 127 Abs. 2 ff. BauGB entzieht. Dies auch bei einer (mehrheitlichen) Beteiligung der Gemeinde annehmen zu wollen, ist praxisfern und schwächt die Rolle erheblich, die der Erschließungsvertrag in den letzten Jahren vermehrt gespielt hat. Darüber hinaus dürfte es in der Praxis durchaus Schwierigkeiten machen, im Einzelfall den Grad der Beherrschung des Erschließungsträgers durch die Gemeinde zu ermitteln.

#### 2. Grundsätzliches Verhältnis zwischen Erschließungsvertrag und städtebaulichem Vertrag

Hinter der gerade behandelten Frage steckt freilich noch ein grundsätzliches Problem, welches das BVerwG wiederum zu Ungunsten der Gemeinden löst: Wie stellt sich das grundsätzliche Verhältnis zwischen § 124 BauGB und § 11 BauGB

dar? Oder mit anderen Worten: Kann eine Gemeinde im Rahmen des § 11 BauGB einen „Folgekostenvertrag“ mit dem Grundstückseigentümer schließen, in dem sich dieser zu einer 100 %igen Kostenübernahme – also wieder ohne den 10 %igen Eigenanteil der Gemeinde – verpflichtet, auch wenn die Gemeinde die Erschließung selbst vornimmt?<sup>4</sup>

Das Gericht argumentiert vor allem mit der Spezialität des § 11 BauGB gegenüber der Vorschrift des § 124 BauGB. Hätte der Gesetzgeber durch § 11 BauGB auch den Bereich erweitern wollen, der sich im Zusammenhang mit Vereinbarungen über die Erschließung ergibt, hätte er § 124 BauGB modifizieren oder gar streichen müssen.

Diese Rechtfertigung vermag nicht zu überzeugen. Die Konstellation des § 124 BauGB ist eine bewährte und in der Praxis oft verwendete Vertragsalternative. Der Gesetzgeber hatte keinen Grund, an dieser Variante Korrekturen vorzunehmen und dadurch neue Rechtsunsicherheiten auszulösen. Vielmehr hat er mit dem Wort „insbesondere“ in § 11 Abs. 1 Satz 2 BauGB verdeutlicht, dass es der Kreativität der Gemeinde überlassen sein sollte, welche Verträge mit welchen Gegenständen im Zusammenhang mit einer Bauleitplanung geschlossen werden, solange die Prinzipien des Koppelungsverbots und der Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung beachtet werden. Vom Wortlaut her lassen sich im Übrigen auch Kostenübernahmeverträge problemlos unter § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 BauGB subsumieren.

Unklar bleibt zumindest in Bayern auch das Verhältnis zu Art. 5 a Abs. 2 KAG, wonach die vertragliche Übernahme erschließungsbeitragsfähiger Aufwendungen auch im Rahmen städtebaulicher Verträge möglich ist und § 11 BauGB entsprechend gelten soll. Damit hatte sich das BVerwG bei dem zu entscheidenden Fall, der aus Baden-Württemberg stammt, allerdings zugegebenermaßen nicht zu beschäftigen.

Es bleibt zu hoffen, dass sich der Gesetzgeber – etwa in der anstehenden „zweiten Welle“ der BauGB-Änderungen nach der Klimaschutznovelle – auch mit dem Problem des Verhältnisses zwischen § 11 BauGB und § 124 BauGB im Sinne einer Erweiterung der gemeindlichen Möglichkeiten beschäftigt.

#### 3. „Echte“ Übertragung der Erschließung?

Das BVerwG setzte sich in seiner Entscheidung schließlich noch mit der Frage auseinander, wann eine „echte“ Übertragung der Erschließung i. S. d. § 124 BauGB erfolgt und wann nicht. Es sah eine Vereinbarung als ungenügend an, die es der Gemeinde erlaubte, einzelne Arbeiten selbst auszuführen, und die der Gemeinde eine umfassende Entscheidungshoheit über die Ausführung der Erschließung überließ.

Solche Vereinbarungen sind auch in Bayern gang und gäbe. Die Gemeinde kann in der Praxis die konkrete Ausführung der Erschließungsanlagen nicht dem Erschließungsträger überlassen, sondern muss technische Standards festlegen und Materialvorgaben machen. Da sie die Erschließungsanlagen später übernehmen muss, muss sie selbstverständlich auch umfangreiche Kontroll-, Überprüfungs- und Weisungsbefugnisse besitzen. Das BVerwG zeigt leider nicht auf, wann ein – unzulässiges – Selbstausführungsrecht vorliegt und wann tatsächlich von einer Übertragung der Erschließung ausgegangen werden kann. In Zukunft müssen also Erschließungsverträge auch in dieser Hinsicht sorgfältig überprüft werden.

<sup>1</sup> BVerwG, IV C 7.73, BVerwGE 49, 125.

<sup>2</sup> Für eine solche Möglichkeit beispielsweise *Dirnberger* in *Jäde/Dirnberger/Weiß*, BauGB, 6. Aufl., § 124 Rdnr. 9; dagegen beispielsweise *Driehtaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 8. Aufl., § 6 Rdnr. 14.

<sup>3</sup> Vgl. dazu zutreffend *Grziwotz*, ZfIR 2011, 336.

<sup>4</sup> In diesem Sinne etwa *Spannowsky/Uechtritz/Hoffmann*, BauGB, 1. Aufl., § 11 Rdnr. 26.

#### 4. Zusammenfassung

Die Einschränkungen der gemeindlichen Möglichkeiten durch das BVerwG sind bedauerlich und werden die Bedeutung vertraglicher Vereinbarungen im Zusammenhang mit der Erschließung vermindern. Den Gemeinden ist zu empfehlen, außerhalb der klassischen Erschließungsträgerschaft des § 124 BauGB vor allem die Möglichkeit von Ablösevereinbarungen zu nutzen. Überdies ist verstärkt darauf zu achten, welche Befugnisse sich die Gemeinde bei der Ausführung der Erschließungsarbeiten vorbehält. Sie dürfen nicht dazu führen, dass die Gemeinde faktisch selbst diese Aufgabe übernimmt und der Erschließungsträger lediglich abhängig tätig wird. Dies alles gilt, bis der Gesetzgeber ggf. anders entscheidet ...

Direktor beim Bayerischen Gemeindetag  
Dr. Franz Dirnberger, München

### Steuerrecht

21. EStG § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Satz 3 (*Teilentgeltlichkeit bei Erwerb durch Vermächtnis*)

**Der Erwerb eines Grundstücks in Erfüllung eines Vermächtnisses ist ein teilentgeltlicher und damit im Rahmen der Besteuerung nach § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, § 22 Nr. 2 EStG aufteilbarer Vorgang, wenn der Vermächtnisnehmer für den Erwerb des vermachten Gegenstandes eine Gegenleistung erbringen muss, deren Wert die vermächtnisweise Zuwendung nicht ausgleicht.**

BFH, Urteil vom 29.6.2011, IX R 63/10

Die Beteiligten streiten um die Steuerbarkeit der Veräußerung eines von Todes wegen erworbenen Grundstücks. Die Kläger und Revisionskläger (Kläger) sind zusammen zur Einkommensteuer veranlagte Eheleute.

Die Klägerin und ihre Schwester sind aufgrund notariellen Testaments die alleinigen Erbinnen zu gleichen Teilen ihrer verstorbenen Mutter (Erblasserin). In § 3 des Testaments räumte die Erblasserin der Klägerin das Recht ein, nach ihrem Tod ihren gesamten Grundbesitz (Grundstück mit Wohnhaus und Landwirtschaftsflächen) zu übernehmen. Hierfür sollte die Klägerin an ihre Schwester einen Betrag von 25 % des auf den Tod der Erblasserin festzustellenden Verkehrswerts des Grundbesitzes bezahlen.

Nach dem Tod der Erblasserin am 5.5.2002, die keine weiteren Vermögenswerte hinterließ, nahm die Klägerin das Übernahmerecht mit Schreiben vom 12.2.2003 wahr und bot ihrer Schwester mit notariellem Angebot vom 16.4.2003 den Abschluss eines Grundstücksübertragungsvertrags an. Hierin war u. a. bestimmt, dass die Klägerin 25 % des geschätzten Verkehrswertes von 238.800 € an ihre Schwester bezahlen sollte, was „einem Übernahmepreis von 50 % des Verkehrswerts bei hiermit erfolgter sofortiger Aufteilung unter den beiden Erben im Wege der Teilerbauseinandersetzung entspricht“ (§ 1 Nr. 5 des Grundstücksübertragungsvertrags). Die Schwester der Klägerin nahm das Angebot an und die Klägerin leistete vereinbarungsgemäß 59.700 € an ihre Schwester.

Mit notariellem Vertrag vom 7. April des Streitjahres (2004) veräußerte die Klägerin den Grundbesitz zu einem Preis von insgesamt 240.000 €. In ihrer Einkommensteuererklärung erfasste die Klägerin den Veräußerungsvorgang nicht.

Der Beklagte (das Finanzamt – FA –) ging – veranlasst durch eine Veräußerungsmitteilung – davon aus, dass die Klägerin die nicht auf ihren eigenen Erbanteil entfallende Grundstückshälfte entgeltlich von ihrer Schwester erworben habe und sah in der Weiterveräußerung ein privates Veräußerungsgeschäft. Den Gewinn ermittelte er, indem er vom erzielten Grundstücksveräußerungspreis 120.000 € der Grundstückshälfte der Schwester zurechnete und hiervon die Anschaffungskosten von 59.700 € abzog. Den Differenzbetrag, vermindert um die Veräußerungskosten (2.642 €), unterwarf das FA i. H. v. 57.658 € als Veräußerungsgewinn der Besteuerung.

Mit dem dagegen eingelegten Einspruch begehrte die Klägerin, lediglich einen Veräußerungsgewinn von 300 € anzusetzen, weil sie das Grundstück lediglich zu einem Viertel entgeltlich erworben habe. Sie habe ein Viertel des Grundstücks durch die Ausgleichszahlung angeschafft.

Einspruch und Klage blieben erfolglos. Das FG führte in seinem in Entscheidungen der Finanzgerichte 2011, 706 veröffentlichten Urteil zur Begründung aus, im Streitfall sei ein Vorausvermächtnis (§ 2150 BGB) und keine Erbauseinandersetzung anzunehmen. Es handele sich um ein Kaufrechtsvermächtnis, dessen Gegenstand das Übernahmerecht als solches sei. Das Grundstück werde zur Hälfte (nämlich die Hälfte der Schwester) entgeltlich erworben. Soweit einem Wirtschaftsgut Anschaffungskosten zugeordnet würden, werde es angeschafft.

Hiergegen richtet sich die Revision der Kläger, die sie auf Verletzung materiellen Rechts (§ 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG) stützen. Es müsste das Verhältnis der Ausgleichsleistung zum übernommenen Vermögen angesetzt werden. Es komme darauf an, ob das Kaufrechtsvermächtnis einkommensteuerrechtlich im Rahmen der Erbauseinandersetzung wie eine Ausgleichszahlung behandelt werde oder ob außerhalb der Erbauseinandersetzung ein eigener Tatbestand vorliege. Die Erfüllung von Erbfallsschulden stelle normalerweise keinen Anschaffungs- und Veräußerungsvorgang dar. (...)

Aus den Gründen:

#### II.

Die Revision ist begründet und führt zur Aufhebung der Vorentscheidung und Stattgabe der Klage (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FGO). Das FG ist zu Unrecht davon ausgegangen, die Klägerin hätte die Hälfte des Grundstücks entgeltlich erworben, und verletzt damit § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG.

1. Gemäß § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7, § 22 Nr. 2 i. V. m. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG sind Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften bei Grundstücken steuerbar, bei denen der Zeitraum zwischen Anschaffung und Veräußerung nicht mehr als zehn Jahre beträgt. Im Streitfall hatte die Klägerin das Grundstück nur zu einem Viertel entgeltlich erworben und deshalb keinen Veräußerungsgewinn realisiert. Ist der Klägerin für den unentgeltlichen Erwerb zu drei Viertel nämlich die – außerhalb der Veräußerungsfrist gelegene – Anschaffung der Rechtsvorgängerin zuzuordnen, steht den Anschaffungskosten für den entgeltlich erworbenen Grundstücksteil von 59.700 € lediglich ein Veräußerungspreis von 60.000 € gegenüber, so dass sich nach Abzug der Veräußerungskosten kein Gewinn ergibt.

Die Klägerin hat das Grundstück aufgrund des testamentarisch eingeräumten Vermächtnisses zu drei Viertel unentgeltlich – und damit nur zu einem Viertel entgeltlich – erworben.

a) Der Senat pflichtet dem FG und den Beteiligten dahin bei, dass Rechtsgrundlage für den Erwerb des Grundstücks das testamentarisch eingeräumte Übernahmerecht ist. Wenn die Erblasserin in § 3 des notariellen Testaments der Klägerin das Recht einräumt, das Grundstück zu übernehmen, so ordnet sie ein Vorausvermächtnis (§ 2150 BGB) an. Aufgrund dessen erwirbt die bedachte Klägerin mit dem Tod der Erblasserin eine aufschiebend bedingte Forderung gemäß § 2174 BGB gegen den Beschwerten (hier die Erbengemeinschaft) auf Übertragung des Grundstücks gegen Zahlung des von der Erblasserin festgelegten Preises (vgl. zu Kaufrechtsvermächtnissen eingehend die Urteile des BFH vom 13.8.2008, II R 7/07, BFHE 222, 71, BStBl II 2008, S. 982, und vom 8.10.2008, II R 15/07, BFHE 222, 93, BStBl II 2009, S. 245). Da die Erblasserin der Klägerin als begünstigter Miterbin über ihren Erbteil hinaus etwas zuwenden will (nämlich das gesamte Grundstück zu einem Preis, der unter dem Verkehrswert der Kaufsache liegt; vgl. dazu BFH, Urteil vom 6.6.2001, II R 76/99, BFHE 195, 415, BStBl II 2001, S. 605), erschöpft

sich die Regelung nicht in einer Verteilung der Nachlassgegenstände im Rahmen der Erbteile (hier zu je  $\frac{1}{2}$ ) und es handelt sich damit nicht um eine Teilungsanordnung (§ 2048 BGB), sondern um ein Vermächtnis (vgl. zur Abgrenzung BFH, Urteil vom 15.3.1994, IX R 84/89, BFH/NV 1994, 847).

b) Der Erwerb von Vermögen aufgrund eines Vermächtnisses ist zwar regelmäßig ein unentgeltlicher Vorgang. Etwas anderes gilt indes dann, wenn der Vermächtnisnehmer für den Erwerb des vermachten Gegenstandes eine Gegenleistung erbringen muss (BFH, Urteil vom 13.11.2002, I R 110/00, BFH/NV 2003, 820; Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen vom 14.3.2006, BStBl I 2006, S.253, Tz 63; aus dem Schrifttum vgl. z. B. *Reiß* in Kirchhof, EStG, 10. Aufl., § 16 Rdnr. 92). So liegt ein in vollem Umfang entgeltliches Geschäft vor, wenn der Vermächtnisnehmer für den Erwerb des vermachten Gegenstandes eine Gegenleistung erbringen muss, deren Wert die vermächtnisweise Zuwendung annähernd ausgleicht (so BFH-Urteil in BFH/NV 2003, 820). Ist das aber nicht der Fall, muss also der Vermächtnisnehmer den Wert der Zuwendung nicht voll ausgleichen, handelt es sich um ein teilentgeltliches Erwerbsgeschäft, das in einen entgeltlichen und in einen unentgeltlichen Teil aufzuteilen ist (vgl. BFH, Urteil vom 31.5.2000, IX R 50, 51/97, BFH/NV 2000, 1396; vgl. dazu die herrschende Meinung im Schrifttum, z. B. *Musil* in Herrmann/Heuer/Raupach, § 23 EStG Rdnr. 236; *Schmidt/Weber-Grellet*, EStG, 30. Aufl., § 23 Rdnr. 43; *Blümich/ Glenk*, § 23 EStG Rdnr. 98, jeweils m. w. N.).

c) Nur in Bezug auf den entgeltlichen Teil des Erwerbs liegt ein Anschaffungsvorgang vor und erfüllt die bedachte Klägerin mithin die Voraussetzungen eines steuerbaren Veräußerungsgeschäfts. Soweit sie unentgeltlich erworben hat, ist ihr nach § 23 Abs. 1 Satz 3 EStG die Anschaffung durch den Rechtsvorgänger zuzurechnen. Da der Vermächtnisnehmer nicht Gesamt- oder Einzelrechtsnachfolger des Erblassers ist (BFH, Urteil vom 6.3.1975, IV R 213/71, BFHE 116, 254, BStBl II 1975, S. 739), ist er Einzelrechtsnachfolger der Erbengemeinschaft, die ihrerseits den Nachlass unentgeltlich erworben und damit nicht angeschafft hat (vgl. dazu BFH, Beschluss vom 5.7.1990 GrS 2/89, BFHE 161, 332, BStBl II 1990, S. 837; BFH, Beschluss vom 28.1.1998, VIII B 9/97, BFH/NV 1998, 959). Selbst wenn die Anschaffung durch den Erblasser gegen die Erbengemeinschaft wirkt (vgl. dazu

*Wernsmann* in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 23 Rdnr. B 81; *Musil* in Herrmann/Heuer/Raupach, § 23 EStG Rdnr. 236) und die Klägerin nach § 23 Abs. 1 Satz 3 EStG in diese Position eintritt, ist für eine Veräußerung in laufender Veräußerungsfrist nichts ersichtlich.

2. Da das angefochtene Urteil den dargelegten Maßstäben nicht entspricht, ist es aufzuheben.

a) Das FG geht unzutreffend davon aus, die Klägerin hätte Anschaffungskosten für die zusätzlich zu ihrem Erbeil erworbene Grundstückshälfte der Schwester getragen. Die Klägerin erwarb aber nicht nur – wie das FG ausführt – in Höhe ihres eigenen Anteils am Grundstückswert unentgeltlich. Vielmehr erwarb die Klägerin durch den Erbfall zunächst nur einen Anteil an der Erbengemeinschaft und eben nicht einen Anteil am Grundbesitz.

Hinterlässt ein Erblasser mehrere Erben, so geht sein Vermögen mit seinem Tode im Ganzen auf die Erben über und wird bei ihnen zu gemeinschaftlichem Vermögen (§ 1922 Abs. 1, § 2032 Abs. 1 BGB). Das Grundstück, um das es hier geht, ging also auf die Erbengemeinschaft über. Von dieser erwarb schließlich die Klägerin, und zwar – wie dargelegt – zu drei Viertel unentgeltlich. Rechtsgrundlage für diesen Erwerb ist das Vorausvermächtnis, mit dem die Erblasserin die Klägerin bedachte und mit dem sie die Erbengemeinschaft, bestehend aus der Klägerin und ihrer Schwester, belastete. In Erfüllung dieses Vermächtnisses gemäß § 2174 BGB kam sodann der Grundstücksübertragungsvertrag vom 17.4.2003 zustande, mit dem die Erbengemeinschaft der Klägerin – in einer mit „Teilerbauseinandersetzung“ (§ 2 des Vertrags) überschriebenen Klausel – das Grundstück übertrug.

b) Die Klägerin hat mit der Veräußerung des Grundstücks für 240.000 € ein nach § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG steuerbares Veräußerungsgeschäft nur insoweit verwirklicht, als sie das Grundstück aufgrund des Grundstücksübertragungsvertrags in Erfüllung des Vermächtnisses entgeltlich erworben hatte. Dies geschah hier in Höhe von 25 %. Denn die Klägerin musste lediglich einen Betrag von 25 % des Verkehrswerts an die Miterbin zahlen.

Damit ist den Anschaffungskosten von 59.700 € ein anteiliger Veräußerungspreis von 60.000 € gegenüberzustellen, so dass sich unter Berücksichtigung von unstrittigen Veräußerungskosten kein Gewinn nach § 23 Abs. 3 EStG ergibt.

## STÄNDESNACHRICHTEN

### Personaländerungen

#### 1. Verstorben:

Notar a. D. Dr. Jochen Schulz, Wolfratshausen, verstorben am 28.8.2011

#### 2. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung vom 1.10.2011:

Notar Franz Kelch, München

Mit Wirkung vom 1.4.2012:

Notar Rudolf Hötzl, Mitterfels

#### 3. Amtsniederlegung nach § 48 b BNotO:

Mit Wirkung vom 1.12.2011:

Notar Simon Meyer, Hof

#### 4. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung vom 15.10.2011:

Fürstentfeldbruck dem Notar  
(in Sozietät mit Notar Dr. Martin Jung  
Dr. Buchta) (bisher in Monheim)

München dem Notar  
(in Sozietät mit Notar Dr. Dirk Steiner  
Thallinger) (bisher in Nürnberg)

Mit Wirkung vom 1.11.2011:

Gerolzhofen dem Notarassessor  
Dr. Philipp Lederer  
(bisher in Regensburg  
Notarstellen Ziegler/Dr. Mayer)

Sarnberg dem Notar  
(in Sozietät mit Notar Michael Volmer  
Klöcker) (bisher in Obernburg a. Main)

#### 5. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung zum 1.11.2011:

Martin Hörmann, Würzburg (Notarstellen  
Dr. Baumann/Sorge)

#### 6. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Notarin Berta Taubeneder, Waldsassen, führt seit 6.8.2011 den Namen Taubeneder-Burge

Notarassessorin Katja Goltzsche, Prien a. Chiemsee (Notarstellen Dr. Rieger/Koller), führt seit 1.10.2011 den Namen Rödiger

Notarassessorin Kathrin Kuhne, München (Notarstellen Dr. Frank/Dr. Schneeweiß), ab 1.10.2011 in München (Notarstelle Dr. Krauß)

Notarassessorin Stefanie Gläser, Passau (Notarstelle Dr. Bandel), ab 18.10.2011 in München (Notarstellen Dr. Walz/Dr. Vollrath)

Notarassessorin Dr. Bernadette Bord, Kitzingen (Notarstellen Dr. Münch/Dr. Hofstetter), ab 24.10.2011 in München (Landesnotarkammer Bayern)

Notarassessor Dr. Ulrich Gößl, Fürstentfeldbruck (Notarstellen Schübler/Dr. Fronhöfer), ab 7.11.2011 in München (Notarstelle Prof. Dr. Mayer)

Oberinspektorin i. N. Constanze Engstle, München (derzeit im Sonderurlaub), ab 1.10.2011 in München (Notarstellen Dr. Gastroph/Dr. Lorenz-Czarnetzki)

Inspektorin i. N. Doreen Rumpel, Eltmann (Notarstelle Dr. Straßer), ab 1.10.2011 in Bamberg (Notarstellen Dr. Eue/Dr. Dietz)

Oberinspektorin i. N. Angela Kramer, München (derzeit in Elternzeit), ab 3.11.2011 in Augsburg (Notarstelle Röder)

Inspektorin i. N. Heike Schilder, Tirschenreuth (derzeit in Elternzeit), ab 6.11.2011 in Gräfenberg (Notarstelle Dr. Sieghörtner)

Amtmann i. N. Engelbert Keller, Günzburg (Notarstellen Wachter/Dr. Braun), ab 1.1.2012 in Krumbach (Notarstelle Meyer-Littmann)

#### 7. Ausgeschiedene Beschäftigte:

Amtsärztin i. N. Karin Eyßelein, Uffenheim (Notarstelle Rebhan), ab 1.9.2011 im Ruhestand

Amtsrat i. N. Helmut Winkler, Rotthalmünster (Notarstellen Meier-Kraut/Verwaltung), ab 1.11.2011 im Ruhestand

Oberamtsrat i. N. Karl Baumgartner, Regensburg (Notarstelle Ritz-Mürtz), ab 1.1.2012 im Ruhestand

Amtsärztin i. N. Bärbel Eberwein, Coburg (Notarstellen Dr. Heisel/Dr. Heisel), ab 1.1.2012 im Ruhestand

Oberamtsrat i. N. Günter Steinhäuser, Bayreuth (Notarstellen Dr. Franz/Eberl), ab 1.1.2012 im Ruhestand

#### Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Alzenau, Notarstellen Dr. Bleifuß/Dr. Pötting  
An der Burg 1, 63755 Alzenau

Schriftleitung: Notarassessor Dr. Ulrich Gößl,  
Notarassessorin Eliane Schuller

Ottostraße 10, 80333 München  
ISSN 0941-4193

Die Mitteilungen erscheinen jährlich mit 6 Heften und können nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Telefon 089 551660, Fax 089 55166234, info@mittbaynot.de, bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 53,00 € zuzüglich 6,00 € Versandkosten und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt. Einzelheft 13,00 € einschließlich Versandkosten.

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an:

Mediengruppe Universal, Kirschstraße 16, 80999 München, Telefon 089 5482170, Fax 089 555551.

Bestellen Sie Einbanddecken gerne auch im Internet unter [www.universalmedien.de/Notarkammer](http://www.universalmedien.de/Notarkammer).

## Veranstaltungen des DAI

- |   |   |
|---|---|
| <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 8. Vorbereitungslehrgang auf die notarielle Fachprüfung (Blank, Block, Bormann, Diehn, Hügel, Krauß)<br/>10.–15.10.2011 in Bochum</li> <li>2. 9. Vorbereitungslehrgang auf die notarielle Fachprüfung (Blank, Block, Bormann, Diehn, Krauß, Reul)<br/>24.–29.10.2011 in Berlin</li> <li>3. Das Zentrale Testamentsregister (Diehn)<br/>2.11.2011 in Hamburg<br/>7.11.2011 in Stuttgart<br/>17.11.2011 in Bochum<br/>18.11.2011 in Oldenburg<br/>6.12.2011 in Kiel<br/>8.12.2011 in Homburg/Saar<br/>14.12.2011 in Heusenstamm</li> <li>4. Aktuelles aus dem Handelsregister – Update 2011 (Melchior)<br/>4.11.2011 in Kiel<br/>18.11.2011 in Berlin</li> <li>5. Intensivkurs Kostenrecht (Schmidt, Tiedtke)<br/>4.–5.11.2011 in Heusenstamm</li> <li>6. Das Bauträgerrecht in der notariellen Praxis (Blank)<br/>4.11.2011 in Kassel</li> </ol> | <ol style="list-style-type: none"> <li>7. Intensivkurs WEG (Hügel, Rapp)<br/>4.11.2011–5.11.2011 in Köln</li> <li>8. Haftungsfallen im Erbrecht (Ivo, Müller)<br/>5.11.2011 in Oldenburg</li> <li>9. Ausgewählte Gestaltungsfragen zum Überlassungsvertrag (Krauß)<br/>11.11.2011 in Heusenstamm<br/>12.11.2011 in Berlin</li> <li>10. Intensivkurs Gesellschaftsrecht (Heckschen, Heidinger, Kirschstein)<br/>18.–19.11.2011 in Heusenstamm</li> <li>11. Grenzüberschreitendes Erbrecht (Wachter)<br/>18.11.2011 in Saarbrücken</li> </ol> |
|---|---|
- 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**

Sonstiges

1. Bormann/Kauka/Ockelmann: Handbuch GmbH-Recht. 2. Aufl., ZAP, 2011. 1 108 S., 128 € + CD-ROM
2. Bürgers/Körber: AktG. 2. Aufl., C. F. Müller, 2011. 2 482 S., 189,95 €
3. Erman: BGB. 13. Aufl., Otto Schmidt, 2011. 6 983 S., 348 €
4. Keidel: FamFG. 17. Aufl., Beck, 2011. 2 614 S., 139 €
5. Lederer: Die Haftung von Aufsichtsratsmitgliedern und nicht geschäftsführenden Direktoren. de Gryuter, 2011. 282 S., 69,95 €
6. Müller: Beck'sches Formularbuch Wohnungseigentumsrecht. 2. Aufl., Beck, 2011. 1 285 S., 118 € + CD-ROM
7. Prütting/Helms: FamFG. 2. Aufl., Otto Schmidt, 2011. 3 267 S., 129 €
8. Saenger/Aderhold/Lenkaitis/Speckmann: Praxishandbuch Handels- und Gesellschaftsrecht. 2. Aufl., Nomos, 2011. 1 852 S., 128 €
9. SatzI: Freigabe von Gesellschafterbeschlüssen im Kapitalgesellschaftsrecht. Beck, 2011. 266 S., 69 €
10. Schaub: Arbeitsrechts-Handbuch. 14. Aufl., Beck, 2011. 2 991 S., 100 €
11. Schmidt/Sikora/Tiedtke: Praxis des Handelsregister- und Kostenrechts. Carl Heymanns, 6. Aufl., 2011. 1 233 S., 88 €
12. Schmidt-Futterer: Mietrecht. 10. Aufl., Beck, 2011. 2 906 S., 172 €
13. Schulte: Die notarielle Fachprüfung im Handels- und Gesellschaftsrecht. 2. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2011. 132 S., 39,90 €
14. Stumpf/Suerbaum/Schulte/Pauli: Stiftungsrecht. Beck, 2011. 818 S., 109 €
15. Süß/Wachter: Handbuch des internationalen GmbH-Rechts. 2. Aufl., Zerb Verlag, 2011. 2 154 S., 188 € + CD-ROM



Landesnotarkammer Bayern, Ottostr. 10, 80333 München  
PVSt, Deutsche Post AG • Entgelt bezahlt • B 13022 F