

2 MittBayNot

Begründet 1864

März/April 2016

Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern
Ottostraße 10
80333 München

Herausgeberbeirat:

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

Dr. Johann Frank,
Notar in Amberg

Dr. Susanne Frank,
Notarin in München

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

Prof. Dr. Dieter Mayer,
Notar in München

Dr. Eckhard Wälzholz,
Notar in Füssen

Dr. Dietmar Weidlich,
Notar in Roth

Schriftleitung:

Stefan Künkele,
Notarassessor

Dr. Katharina Hermannstaller,
Notarassessorin

ISSN 0941-4193

Aufsätze

Gloser: Herausforderungen der Online-Welt in der
notariellen Praxis – Teil II 101

Hügel: Zur Veräußerungsbeschränkung nach § 12 WEG 109

Niemeyer: Zur Abgrenzung der städtebaulichen
Angemessenheitskontrolle von der AGB-Inhaltskontrolle 120

Rechtsprechung

Messungsanerkennung und Insihgeschäft
(BGH, Beschluss vom 1.10.2015, V ZB 181/14) 131
mit Anmerkung *Volmer* 133

Grundstücksauflassung aufgrund postmortaler Vollmacht
(OLG München, Beschluss vom 21.7.2014, 34 Wx 259/14) 137
mit Anmerkung *Everts* 139

Beschwerdebefugnis des Vorsorgebevollmächtigten
(BGH, Beschluss vom 5.11.2014, XII ZB 117/14) 147
mit Anmerkung *Harders* 148

Wegfall der Bindungswirkung hinsichtlich eines Ersatzerben
(KG, Beschluss vom 19.12.2014, 6 W 155/14) 154
mit Anmerkung *Braun* 155

Zur Löschung des Testamentsvollstreckervermerks
(OLG München, Beschluss vom 11.12.2014, 34 Wx 429/14) 157
mit Anmerkung *Winkler* 159

Zur Ersatzerbeneinsetzung bei vorverstorbenen Ehefrau
(OLG München, Beschluss vom 11.12.2014, 31 Wx 379/14) 160
mit Anmerkung *Keim* 162

Gründung einer Einmann-GmbH mit formungültiger Vollmacht
(OLG Stuttgart, Beschluss vom 3.2.2015, 8 W 49/15) 168
mit Anmerkung *Jaeger* 169

Zum Konkretisierungsgebot bei der Unterwerfungserklärung
(BGH, Urteil vom 19.12.2014, V ZR 82/13) 170
mit Anmerkung *Wolfsteiner* 173

Selbstnutzungspflicht für Dauer eines Erbbaurechts
(BGH, Urteil vom 26.6.2015, V ZR 144/14) 179
mit Anmerkung *Grziwotz* 184

Frist für Ausübung des Wiederkaufsrechts der Gemeinde
(BGH, Urteil vom 26.6.2015, V ZR 271/14) 185
mit Anmerkung *Grziwotz* 188

Nießbrauchsvorbehalt bei Kommanditanteilsübertragung
(BFH, Urteil vom 6.5.2015, II R 34/13) 188
mit Anmerkung *Ihle* 190

Inhalt

Aufsätze

Gloser: „Digitale Erblasser“ und „digitale Vorsorgefälle“ – Herausforderungen der Online-Welt in der notariellen Praxis – Teil II **101**

Hügel: Aktuelles zur Veräußerungsbeschränkung nach § 12 WEG **109**

Niemeyer: Zur Abgrenzung der städtebaulichen Angemessenheitskontrolle von der AGB-Inhaltskontrolle – zugleich Anmerkung zu den Urteilen des BGH vom 26.6.2015, V ZR 144/14 und V ZR 271/14 **120**

Buchbesprechungen

Blank: Bauträgervertrag (*Volmer*) **126**

Hügel/Elzer: Wohnungseigentumsgesetz (*Schultzky*) **127**

Müller/Renner: Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis (*Rebhan*) **128**

Jacobs/Scheffler/Spengel (Hrsg.): Unternehmensbesteuerung und Rechtsform (*Wälzholz*) **129**

Rechtsprechung

Bürgerliches Recht

Allgemeines

1. Messungsanerkennung nach Abschluss des Kaufvertrags – genehmigungsbedürftiges Insichgeschäft
(BGH, Beschluss vom 1.10.2015, V ZB 181/14) **131**
mit Anmerkung *Volmer* **133**
2. Wirksame Vormerkungsbewilligung eines durch transmortale Vollmacht ermächtigten GbR-Mitgesellschafters
(OLG München, Beschluss vom 15.6.2015, 34 Wx 513/13) **134**
3. Wirksame Grundstücksauflassung ohne Mitwirkung der Erben aufgrund postmortaler Vollmacht
(OLG München, Beschluss vom 21.7.2014, 34 Wx 259/14) **137**
mit Anmerkung *Everts* **139**

Sachen- und Grundbuchrecht

4. Fortbestand der Erbengemeinschaft bei Erbteilerwerb durch Dritte
(BGH, Beschluss vom 22.10.2015, V ZB 126/14) **140**
5. Nachweis der unterbliebenen Geltendmachung des Pflichtteils
(OLG Hamm, Beschluss vom 20.8.2015, 15 W 346/15) **142**
6. Keine eidesstattliche Versicherung mehr für die Grundbuchberichtigung bzgl. der Nichtausübung eines im Erbvertrag vorbehaltenen Rücktrittsrechts nach Einführung des Zentralen Testamentsregisters
(OLG München, Beschluss vom 28.10.2015, 34 Wx 92/14) **144**
7. Begründung von Wohnungseigentum bei Überbau
(KG, Beschluss vom 19.8.2015, 1 W 765/15) **145**

Inhalt (Fortsetzung)

Familienrecht

8. Beschwerdebefugnis des Vorsorgebevollmächtigten
(BGH, Beschluss vom 5.11.2014, XII ZB 117/14) **147**
mit Anmerkung *Harders* **148**
9. Zur Baufinanzierung verpfändete Rentenversicherung im Versorgungsausgleich
(OLG Hamm, Beschluss vom 2.9.2015, 13 UF 119/09) **149**
10. Keine familiengerichtliche Genehmigung für Erwerbsgeschäfte eines
Testamentsvollstreckers
(OLG Karlsruhe, Beschluss vom 1.6.2015, 11 Wx 29/15) **152**

Erbrecht

11. Wegfall der Bindungswirkung hinsichtlich des Ersatzerben eines weggefallenen
Schlusserben
(KG, Beschluss vom 19.12.2014, 6 W 155/14) **154**
mit Anmerkung *Braun* **155**
12. Keine Löschung des Testamentsvollstreckervermerks bei Amtsniederlegung
(OLG München, Beschluss vom 11.12.2014, 34 Wx 429/14) **157**
mit Anmerkung *Winkler* **159**
13. Keine Ersatzerbeneinsetzung von Familienangehörigen der vorverstorbenen Ehefrau
(OLG München, Beschluss vom 11.12.2014, 31 Wx 379/14) **160**
mit Anmerkung *Keim* **162**

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

14. Zulässige Haftungsbeschränkung für Vereinsmitglieder durch Satzungsbestimmung
(OLG Nürnberg, Beschluss vom 13.11.2015, 12 W 1845/15) **163**
15. Keine Haftung für Verbindlichkeiten der GmbH nach Ausscheiden und anschließender
Umwandlung in GbR
(OLG Bremen, Urteil vom 1.10.2015, 5 U 21/14) **165**
16. Zur Nichtigkeit der Gründung einer Einmann-GmbH durch einen Vertreter
ohne formgültige Bevollmächtigung
(OLG Stuttgart, Beschluss vom 3.2.2015, 8 W 49/15) **168**
mit Anmerkung *Jaeger* **169**

Internationales Privatrecht

17. Güterrechtlicher Ausgleich bei Ehegatten mit früherer jugoslawischer Staatsangehörigkeit
(OLG Stuttgart, Beschluss vom 9.2.2015, 17 WF 172/14) **170**

Inhalt (Fortsetzung)

Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

18. Konkretisierungsgebot bei Unterwerfungserklärung – Nichtigkeit und Titelgegenklage
(BGH, Urteil vom 19.12.2014, V ZR 82/13) **170**
mit Anmerkung *Wolfsteiner* **173**

Beurkundungs- und Notarrecht

19. Zulässige lange Annahmefrist bei Wohnungsverkaufvertrag
(KG, Urteil vom 14.8.2015, 9 U 74/14) **174**

Kostenrecht

20. Zur Gebührenfreiheit der Eigentumseintragung bei Ausübung eines durch letztwillige
Verfügung eingeräumten Übernahmerechts
(OLG Stuttgart, Beschluss vom 16.7.2015, 8 W 255/15) **178**

Öffentliches Recht

21. Selbstnutzungspflicht für Dauer eines Erbbaurechts
(BGH, Urteil vom 26.6.2015, V ZR 144/14) **179**
mit Anmerkung *Grziwotz* **184**
22. Frist für Ausübung des Wiederkaufsrechts der Gemeinde
(BGH, Urteil vom 26.6.2015, V ZR 271/14) **185**
mit Anmerkung *Grziwotz* **188**

Steuerrecht

23. Unentgeltliche Übertragung eines Kommanditanteils unter Nießbrauchsvorbehalt
(BFH, Urteil vom 6.5.2015, II R 34/13) **188**
mit Anmerkung *Ihle* **190**

Standesnachrichten 193

Sonstiges 194

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

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

Schriftleitung: Notarassessor Stefan Künkele,
 Notarassessorin Dr. Katharina Hermannstaller
 Herausgeber: Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10,
 80333 München

Druck: Universal Medien GmbH
 Geretsrieder Straße 10, 81379 München
 Gedruckt auf Papier aus 100 % chlorfrei
 gebleichten Faserstoffen

AUFSÄTZE

„Digitale Erblasser“ und „digitale Vorsorgefälle“ – Herausforderungen der Online-Welt in der notariellen Praxis – Teil II

Von Notar Dr. *Stefan Gloser*, Naila

Nachlassgegenstände haben zunehmend Bezug zur digitalen Welt. Im ersten Teil des Beitrags¹ wurde ein Überblick zum Thema gegeben. Im vorliegenden zweiten Teil wird nach einem kurzen „Update“ auf Vorsorge- und Gestaltungsmöglichkeiten im Bereich des sog. „digitalen Nachlasses“ eingegangen.²

IV. Zwischenbilanz und Update (zugleich Besprechung von LG Berlin, Urteil vom 17.12.2015)³

Der „digitale Nachlass“ ist eine bunte Mischung verschiedenster Rechte, die grundsätzlich der Gesamtrechtsnachfolge (§ 1922 BGB) unterfallen. Hinsichtlich einiger Nutzungsrechte bestehen zu Unrecht Zweifel bezüglich der Vererblichkeit. Wurde aber ein Nutzungsrecht an einem urheberrechtlich geschützten Werk wirksam auf den Tod des Nutzungsberechtigten befristet, so ist dessen Rechtsnachfolger aus dem Nutzungsvertrag heraus beispielsweise zur Löschung digitaler Kopien verpflichtet.⁴ Darüber hinaus könnte über ein derartig befristetes Recht nicht letztwillig verfügt werden.

Einige lokal oder entfernt gespeicherte Datenbestände sind zudem Zugangsgesichert. Hierin liegt das Hauptproblem des „digitalen Nachlasses“:

Es ist zunächst umstritten, ob die Erben oder an deren Stelle die nächsten Angehörigen des Erblassers zugriffs- und sichtungsberechtigt sind (*erste Zugriffsebene*). Viele weitere vor-

wiegend praktische Hindernisse birgt die *zweite Zugriffsebene*: Insbesondere aus dem Telekommunikationsrecht herrührende Streitfragen und diverse Providerpraktiken, die bis hin zur Datenlöschung reichen können, legen Steine in den Weg. Im Anschluss ist nun auf beiden Ebenen nach Vorsorgelösungen zu suchen, denn nur wer zugreifen darf und kann, kommt zum Ziel.⁵

Die mittlerweile herrschende und stärker werdende Meinung im Schrifttum ordnet den Zugriff auf Daten des Erblassers ohne Rücksicht auf deren Inhalt ausschließlich den Erben zu und gewährt diesen vollen Zugriff auf den „digitalen Nachlass“. Zwischenzeitlich hat das LG Berlin wichtige Streitfragen im Sinne der im ersten Teil dieses Beitrags vertretenen Auffassungen entschieden.⁶ Das Gericht hatte sich in der wohl ersten bekannten inländischen Entscheidung zum „digitalen Nachlass“ überhaupt⁷ mit dem Begehren der Mutter einer verstorbenen 15-Jährigen zu befassen, welche als Miterbin auf alle im Konto der Erblasserin beim sozialen Netzwerk *Facebook* gespeicherten Daten zugreifen wollte. Das Konto befand sich mittlerweile im sog. „Gedenkzustand“,

¹ MittBayNot 2016, 12.

² Sämtliche in diesem Teil des Beitrags zitierten Internetquellen wurden zuletzt am 11.1.2016 abgerufen.

³ LG Berlin, Urteil vom 17.12.2015, 20 O 172/15, BeckRS 2015, 20953.

⁴ Vgl. zum ähnlichen Fall bei der Beendigung eines patentrechtlichen Nutzungsvertrags *Benkard/Ullmann/Deichfuß*, Patentrechtsgesetz, 11. Aufl. 2015, § 15 PatG Rdnr. 204.

⁵ Ähnlich unterscheidend auch *Deusch*, ZEV 2014, 2, 7. Vgl. *Nieder/Kössinger/W. Kössinger*, Handbuch der Testamentsgestaltung, § 1 Rdnr. 100.

⁶ LG Berlin, Urteil vom 17.12.2015, 20 O 172/15, a. a. O.

⁷ Vgl. contentmanager.de vom 9.1.2016, abrufbar unter <http://www.contentmanager.de/redaktion-recht/erstes-urteil-zum-digitalen-nachlass/>; FAZ.net vom 6.1.2015, abrufbar unter <http://www.faz.net/gum-8c3fr>; *Podszun*, GWR 2016, 37.

womit der Zugriff trotz bekannter Zugangsdaten im beabsichtigten Umfang nicht mehr möglich war. Diese Besonderheit des vorliegenden Falles – Zugangsdaten bekannt, aber kein Vollzugriff auf das Benutzerkonto – ändert nichts an der grundsätzlichen Bedeutung der Entscheidung, denn sowohl die Herausgabe von unbekanntem Zugangsdaten an den Erben als auch die providerseitige Freischaltung bestimmter, dem über Zugangsdaten verfügenden Erben vorenthaltener Datenbereiche betreffen die gleichen Rechtsfragen. Das LG Berlin stellt mit erfreulicher Deutlichkeit⁸ klar, dass der wegen Art. 6 Abs. 1 ROM-I-VO nach deutschem Recht zu beurteilende Nutzungsvertrag mit dem sozialen Netzwerk der Gesamtrechtsnachfolge gemäß § 1922 BGB unterliegt.⁹ Damit sei das Recht, auf die Server des sozialen Netzwerkes zuzugreifen, „zusammen mit dem bestehenden Vertragsverhältnis auf die Erben (...) übergegangen“. Mit diesem von *Herzog*¹⁰ näher beschriebenen, mit § 421 Abs. 1 Satz 1 HGB verglichenen und vom LG Berlin anerkannten vererblichen Anspruch des Kontoinhabers auf Datenübermittlung wird der Zugriff auf entfernt liegende Daten im Erbrecht zutreffend verortet. Darüber hinaus gilt nach dem LG Berlin auch für die „höchstpersönlichen Daten im digitalen Nachlass“ das Prinzip der Gesamtrechtsnachfolge, denn eine „Bestimmung des vermögensrechtlichen Charakters eines Teils des digitalen Nachlasses ist praktisch nicht möglich“. Das Gericht folgt dabei ausdrücklich der hier unterstützten¹¹ Argumentation insbesondere von *Herzog*¹² und *Pruns*¹³ zu den § 2047 Abs. 2, § 2373 Satz 2 BGB. Diesem Ergebnis stehe auch keine „besondere Personenbezogenheit des Nutzungsvertrags“ oder ein Vergleich mit einer nicht vererblichen Vereinsmitgliedschaft entgegen.¹⁴ Dies ist richtig, weil sich auch ein vermeintlich „personenbezogener“ Nutzungsvertrag wie der mit einem sozialen Netzwerk auf nicht personenbezogene (Geschäfts-) Daten beziehen kann und eine „Aussortierung“ insbesondere aus praktischen Gründen nicht möglich ist.¹⁵

Das Gericht befasste sich ausführlich mit den hier der zweiten Ebene zugeordneten Streitfragen zum Fernmeldegeheimnis (Art. 10 Abs. 1 GG, § 88 Abs. 3 TKG)¹⁶ und erteilte Forderungen nach einer Einwilligung aller Kommunikationspartner als Zugriffsvoraussetzung¹⁷ eine Absage.¹⁸ Die Verschaffung von

Kommunikationsinhalten entspreche den Vorgaben des § 88 Abs. 3 Satz 1 TKG, und zwar auch im Hinblick auf die beim Provider gespeicherten Nachrichten. Dem ist aus den im ersten Teil des Beitrags genannten Gründen,¹⁹ insbesondere auch im Hinblick auf die Vergleiche von *Herzog*²⁰ und *Brisch/Müller-ter Jung*²¹ mit Postbriefen und Postfächern und der Feststellung von *Pruns*²², man könne Dritte mit der Postöffnung beauftragen, uneingeschränkt zuzustimmen.

Auch das Datenschutzrecht²³ steht nach den Ausführungen des LG Berlin einer Zugangsgewährung nicht entgegen. Nach ausführlicher Begründung zur Anwendbarkeit des deutschen Bundesdatenschutzgesetzes im konkreten Fall kommt das Gericht zu dem Schluss, dass das Datenschutzrecht „keinen Schutz von Toten“ gewähre und „im Wege praktischer Konkordanz“ hinter dem erbrechtlichen Befund zurückstehen müsse.²⁴ Der Zugriff von Erben sei mit vertraulichen Briefen vergleichbar, die der Erbe „ohne Weiteres erbt und auch zur Kenntnis nehmen darf“.²⁵ Vielmehr stehe den Erben entsprechend den Ausführungen von *Solmecke/Köbrich/Schmitt*²⁶ gemäß § 34 BDSG ein Auskunftsanspruch gegen die verantwortliche Stelle (§ 3 Abs. 7 BDSG; hier *Facebook*) zu.

Das LG Berlin respektiert nicht nur die gesetzgeberischen Entscheidungen zur Zuordnung „persönlicher“ Daten zum Nachlass, sondern ordnet die behandelten Probleme auch zutreffend in die Dogmatik des „digitalen Nachlasses“ ein. Besonders hervorzuheben ist, dass das Gericht *Facebooks* „Gedenkzustands-Richtlinie“ anhand der §§ 305 ff. BGB kontrolliert und diese „Richtlinie“ wegen Verstoßes gegen § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB für unwirksam erachtet.²⁷ Zu Recht bemängelt es, dass es hier Dritte in der Hand hätten, ohne Mitwirkung der Erben deren Zugang zu ihnen zustehenden Inhalten unwiderruflich zu verbauen. Derartige „Schnellschüsse“ von Diensteanbietern wurden bereits im Schrifttum²⁸ und im ersten Teil dieses Beitrags,²⁹ insbesondere mit Blick auf die AGB von *Yahoo*, bemängelt. Vereinbarungen zwischen Nutzer und Diensteanbietern gehen eben nur dann den allgemeinen Grundsätzen vor, wenn sie *wirksam* verein-

⁸ Vgl. *Podszun*, GWR 2016, 37.

⁹ So bereits – statt vieler – *Pruns*, NWB 2013, 3161, 3165. Dem Grunde nach ebenso, aber speziell zu *Facebook* a. A. *Klas/Möhrke-Sobolewski*, NJW 2015, 3473, 3474.

¹⁰ *Kroiß/Horn/Solomon/Herzog*, Nachfolgerecht, 9. Kap. Rdnr. 29; *dies.*, NJW 2013, 3745, 3749 f. Vgl. *Burandt/Rojahn/Bräutigam*, § 1922 BGB, Anhang. Digitaler Nachlass, Rdnr. 8 m. w. N., 11; *Pruns*, AnwZert ErbR 11/2015, Anm. 2 (juris); *ders.*, NWB 2014, 2175, 2178; *Steiner/Holzer*, ZEV 2015, 262, 263. Ebenso (mit Begründung über die Vererblichkeit des Nutzungsvertrags) *Kutscher*, Der digitale Nachlass, S. 101 f. und 129. Siehe auch *Gloser*, MittBayNot 2016, 12, 16 f.

¹¹ *Gloser*, MittBayNot 2016, 12, 16.

¹² *Herzog*, NJW 2013, 3745, 3748.

¹³ *Pruns*, NWB 2013, 3161, 3166.

¹⁴ Zustimmend *Litzenburger*, FD-ErbR 2016, 375286; a. A. *Klas/Möhrke-Sobolewski*, NJW 2015, 3473, 3474.

¹⁵ Vgl. hierzu bereits *Gloser*, MittBayNot 2016, 12, 16 m. w. N.

¹⁶ Vgl. *Gloser*, MittBayNot 2016, 12, 17 f.

¹⁷ So aber *Mayen* in Deutscher Anwaltverein, Stellungnahme zum Digitalen Nachlass, 2013, S. 76 (mit Verweis auf BVerfG, Beschluss vom 25.3.1992, 1 BvR 1430/88, BVerfGE 85, 386, 399); *Leeb*, K&R 2014, 693, 697. Ebenso im Rahmen des § 88 TKG *Bock* in Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 88 Rdnr. 28; *Rott/Rott*, NWB-EV 2013, 160, 165.

¹⁸ Ebenso deutlich fiel die mehrfach wiederholte Absage von *Pruns* (zuletzt AnwZert ErbR 11/2015, Anm. 2 m. w. N.) aus. Zuletzt auch in diesem Sinne *Klas/Möhrke-Sobolewski*, NJW 2015, 3473, 3477 f.

¹⁹ *Gloser*, MittBayNot 2016, 12, 17 f.

²⁰ *Kroiß/Horn/Solomon/Herzog*, Nachfolgerecht, 9. Kap. Rdnr. 63; *dies.*, NJW 2013, 3745, 3749 (in Anknüpfung an *Hoeren*, NJW 2005, 2113, 2114).

²¹ *Brisch/Müller-ter Jung*, CR 2013, 446, 451. Dem folgend auch *Kutscher*, Der digitale Nachlass, S. 139 und 140.

²² *Pruns*, NWB 2014, 2175, 2182; *ders.*, AnwZert ErbR 8/2014, Anm. 2 (juris).

²³ Vgl. *Gloser*, MittBayNot 2016, 12, 18.

²⁴ So insbesondere bereits *Herzog*, NJW 2013, 3745, 3751 (mit Verweis auf *Mayen* in Deutscher Anwaltverein, Stellungnahme zum Digitalen Nachlass, 2013, S. 69, 75). Ähnlich *Pruns*, AnwZert ErbR 16/2013, Anm. 2 (juris) (Datenschutzrecht hat nicht den Zweck, persönliche Daten des Erblässers gegenüber dessen Erben zu schützen).

²⁵ Dies entspricht den Auffassungen von *Brisch/Müller-ter Jung*, CR 2013, 446, 449; *Herzog*, NJW 2013, 3745, 3750; *Pruns*, NWB 2014, 2175, 2182 f.; *Solmecke/Köbrich/Schmitt*, MMR 2015, 291; *Wunderlin/Bielajew*, IPRB 2014, 223, 225. Vgl. *Gloser*, MittBayNot 2016, 12, 16.

²⁶ *Solmecke/Köbrich/Schmitt*, MMR 2015, 291, 292 f. A. A. *Klas/Möhrke-Sobolewski*, NJW 2015, 3473, 3475 f.

²⁷ Vgl. bereits *Herzog*, NJW 2013, 3745, 3751; *Pruns*, NWB 2014, 2175, 2185.

²⁸ Insbesondere *Kroiß/Horn/Solomon/Herzog*, Nachfolgerecht, 9. Kap. Rdnr. 92; *dies.*, NJW 2013, 3745, 3751; *Brisch/Müller-ter Jung*, CR 2013, 446, 449; *Pruns*, NWB 2014, 2175, 2185; *Redeker* in Deutscher Anwaltverein, Stellungnahme zum Digitalen Nachlass, 2013, S. 63 f.

²⁹ *Gloser*, MittBayNot 2016, 12, 18 f.

bart worden sind.³⁰ Hierzu müssen sie der AGB-Kontrolle standhalten.

Hinsichtlich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Erblasserin, welches im Schrifttum teilweise als Argument gegen einen uneingeschränkten Erbenzugriff auf den „digitalen Nachlass“ angeführt worden ist,³¹ lag im Fall des LG Berlin die Konstellation vor, dass Erben und „nächste Angehörige“ der minderjährigen Erblasserin identisch sind. Doch auch im Falle eines volljährigen oder nicht mit nächsten Angehörigen identischen Erblassers wäre aus den im ersten Teil dieses Beitrags und im dort zitierten Schrifttum³² aufgeführten Gründen nicht anders zu entscheiden gewesen.³³ Das hat das LG Berlin durch die eingangs genannte Feststellung, dass auch „höchstpersönliche Daten im digitalen Nachlass“ dem Prinzip der Gesamtrechtsnachfolge unterliegen, bereits angedeutet. Eine „Aussortierung“ der Inhalte von Benutzerkonten, auch durch den Diensteanbieter, ist weder praktisch möglich noch aufgrund der bereits genannten gesetzgeberischen Entscheidung in den § 2047 Abs. 2, § 2373 Satz 2 BGB veranlasst.

V. Vorsorgemöglichkeiten

1. Vorsorgemöglichkeiten auf der Ebene des „Dürfens“ (erste Ebene)

a) Ermöglichung des Erben- und Vertreterzugriffs

Vertritt man mit der herrschenden Meinung auf der ersten Ebene eine erbrechtsorientierte Auffassung, ist der Zugriff von Vertretern und Rechtsnachfolgern (und eben nicht der „nächsten Angehörigen“) eine Selbstverständlichkeit. Die Vertreter der differenzierenden Auffassung könnten wohl auf das „Sezieren“ verzichten, soweit Erben und nächste Angehörige identisch sind. Das ist aber nicht immer der Fall: Im Beispiel³⁴ nicht, und offenbar ebenso wenig, wenn zwar die Kinder des Erblassers, nicht aber dessen Eltern vorverstorben sind und die Enkel zu Ersatzerben berufen sind (wie gerne in letztwilligen Verfügungen vorgesehen). Dann deckt sich die Ersatzerbeinsetzung nicht mit dem Angehörigenbegriff des § 22 Satz 4 KunstUrhG.³⁵

Es wird allerdings allgemein davon ausgegangen, dass der Erblasser in der Lage sei, seine persönlichen Angelegenheiten abweichend zu regeln.³⁶ Dies geschieht durch letztwillige

Verfügung.³⁷ Mit anderen Worten ist es auch nach der differenzierenden Auffassung möglich, die Sichtung der im Nachlass befindlichen Datenbestände der Zuständigkeit der Erben zu unterwerfen.³⁸ Diese Zuständigkeit kann auch eine ausschließliche sein.³⁹ Gerade bei persönlichen Angelegenheiten kommt es ganz besonders auf den Willen des Erblassers an,⁴⁰ und niemand muss sich – vor allem aus der Sicht der Testierfreiheit – für die Wahrung persönlicher Angelegenheiten jemanden aufzwingen lassen, den er hierfür nicht wünscht.

Für die Praxis bedeutet dies alles: Nach mittlerweile herrschender und richtiger Auffassung ist eine letztwillige Ermächtigung der Erben zur Sichtung des „digitalen Nachlasses“ nicht erforderlich, aber, sofern gewünscht, empfehlenswert, vor allem zur Streitvermeidung.⁴¹

Betreuer mit entsprechendem Aufgabenkreis dürfen ebenfalls auf Online-Konten zugreifen. Den Zugriff von Bevollmächtigten ermöglichen die gewohnten General- und Vorsorgevollmachten. Diese sind gerade aufgrund ihres weiten Umfangs für den Zugriff auf digitale Datenbestände bestens gerüstet;⁴² eine Ergänzung bestehender Vollmachten und Muster ist nicht erforderlich. Wer möchte, kann im Einzelfall im Innenverhältnis weitergehende Anweisungen, etwa zur Löschung von Online-Konten geben.⁴³ Eine Aufzählung sämtlicher Online-Konten in der Vollmacht⁴⁴ ist nicht erforderlich und eher verwirrend, vor allem wenn sich der Bestand ändern (insbesondere erweitern) sollte.

b) Behandlung von Konten in sozialen Netzwerken

Wird zu Konten in sozialen Netzwerken nichts weiter geregelt, so können nach hier vertretener Auffassung die Erben des Nutzers im Rahmen der wirksam mit dem Provider getroffenen Vereinbarungen entscheiden, was mit dem Konto passieren soll. Lediglich die Entscheidung über die Veröffentlichung von Bildnissen des Erblassers liegt gemäß § 22 Satz 3 KunstUrhG bei dessen Angehörigen. Legt der Erblasser auf eine bestimmte Verfahrensweise Wert oder wünscht er die Zuständigkeit seiner Erben „aus einer Hand“, so sollte er dies letztwillig verfügen.⁴⁵

30 Siehe bereits *Gloser*, MittBayNot 2016, 12, 14 m. w. N.; auch bei sozialen Netzwerken gehen nur zulässige vertragliche Regelungen vor (*Gloser*, MittBayNot 2016, 12, 17).

31 *Hoeren*, NJW 2005, 2113, 2114; *Martini*, JZ 2012, 1145, 1152.

32 Vgl. *Gloser*, MittBayNot 2016, 12, 16 f.

33 A. A. *Litzenburger*, FD-ErbR 2016, 375286.

34 Vgl. *Gloser*, MittBayNot 2016, 12.

35 Vgl. *Ahrens*, ZEV 2006, 237, 238; Erbrecht und Persönlichkeitsrecht seien „so gut wie gar nicht aufeinander abgestimmt“.

36 *Haase*, DSRITB 2013, 379, 391; *Hoeren*, NJW 2005, 2113 (m. w. N. in Fn. 2); *Martini*, JZ 2012, 1145, 1152 (der Nutzer kann gegenüber dem Diensteanbieter oder Dritten die „Freigabe“ seiner Zugangsdaten verfügen) sowie 1153 (Zugriff auch der Erben auf privat vertrauliche Accounts, wenn ein derartiger, auch mutmaßlicher, Wille des Erblassers erkennbar sei). Vgl. auch zur Wahrnehmung des Persönlichkeitsrechtsschutzes Verstorbener BGH, Urteil vom 20.3.1968, I ZR 44/66, NJW 1968, 1773, 1775 (*Mephisto*) sowie BGH, Urteil vom 1.12.1999, I ZR 49/97, NJW 2000, 2195, 2199 (*Marlene Dietrich*), wonach in erster Linie der vom Verstorbenen berufene Wahrnehmungsberechtigte von Bedeutung sei; vgl. allgemein *Schricker/Loewenheim/Götting*, § 60 UrhG/§ 22 KUG Rdnr. 62. Ebenso (i. R. d. h. M.) *Kroiß/Horn/Solomon/Herzog*, Nachfolgerecht, 9. Kap. Rdnr. 77; *dies.*, NJW 2013, 3745, 3750 (mit Verweis auf *Hoeren*, *Martini* sowie *Dopatka*, NJW-aktuell Heft 49/2010, 14, 15); *dies.* in Deutscher Anwaltverein, Stellungnahme zum Digitalen Nachlass, 2013, S. 32 und 42; *Kutscher*, Der digitale Nachlass, S. 96; *Steiner/Holzer*, ZEV 2015, 262, 263. Vgl. auch BeckOGK/*Grotheer* (Stand 1.10.2015), § 2197 Rdnr. 53.4: Vom Erblasser Ermächtigter habe „originäre Wahrnehmungsberechtigung“.

37 *Haase*, DSRITB 2013, 379, 391. Ähnlich *Ahrens*, ZEV 2006, 237, 239 („nicht auszuschließen“). Für formlose Ermächtigung *Herzog*, NJW 2013, 3745, 3749.

38 Vgl. *Hoeren*, NJW 2005, 2113: Es biete sich dem Erblasser an, durch letztwillige Verfügung (...) „auch seine persönlichen Angelegenheiten“ (...) zu regeln; von dieser Möglichkeit auch ausgehend *Martini*, JZ 2012, 1145, 1153; *Steiner/Holzer*, ZEV 2015, 262, 266.

39 Vgl. (alle zu den ideellen Komponenten des Persönlichkeitsrechts) BGH, Urteil vom 1.12.1999, I ZR 49/97, NJW 2000, 2195, 2199 (*Marlene Dietrich*): Angehörige „oder“ Wahrnehmungsberechtigte; *Ahrens*, ZEV 2006, 237 m. w. N. in Fn. 8.

40 *Ahrens*, ZEV 2006, 237, 238, 240.

41 Ordnet der Erblasser ausdrücklich letztwillig an, dass der Erbe auf seine Benutzerkonten zugreifen darf, so kann ein Provider die Herausgabe der Zugangsdaten wohl kaum unter Berufung auf einen „entgegenstehenden Willen des Erblassers“ (vgl. *Burandt/Rojahn/Bräutigam*, § 1922 BGB, Anhang, Digitaler Nachlass, Rdnr. 8 f.) verweigern. Meines Erachtens ebenso wenig dann, wenn ihm eine Generalvollmacht vorgelegt wird.

42 Gleich ob mit oder ohne „Postklausel“: *G. Müller*, DNotZ 2015, 403, 407 f.; *Müller/Renner*, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis, 4. Aufl. 2015, Rdnr. 402.

43 *Rott/Rott*, NWB-EV 2013, 160, 168; ausführliche Formulierung bei *Steiner/Holzer*, ZEV 2015, 262, 265.

44 *Dopatka*, NJW-aktuell Heft 49/2010, 14, 15.

45 *Steiner/Holzer*, ZEV 2015, 262, 266.

c) „Digitale“ Testamentsvollstrecker, Testamente und Vollmachten?

Einige Begriffe geistern in letzter Zeit ganz besonders oft durch Schrifttum und Medien: der „digitale Testamentsvollstrecker“⁴⁶ bzw. der „digitale Bevollmächtigte“.⁴⁷ Gelegentlich liest man sogar vom „digitalen Testament“⁴⁸ und der „digitalen Vorsorgevollmacht“.⁴⁹ Muss man etwa umdenken?

Es kann Entwarnung gegeben werden: alles bleibt beim Alten. Diese Begrifflichkeiten sollte man vermeiden,⁵⁰ denn auch im Bereich des „digitalen Nachlasses“ gelten uneingeschränkt die bekannten erbrechtlichen Form- und Errichtungsvorschriften⁵¹ wie beispielsweise das Selbstbestimmungsgebot.⁵²

Insbesondere die Anordnung von Testamentsvollstreckung sollte nur erfolgen, wenn sie aus allgemeinen Gründen (zum Beispiel Minderjährigkeit oder Unerfahrenheit des Erben) geboten ist. Das Vorhandensein „digitalen Nachlasses“ für sich genommen ist nur dann ein Grund, wenn etwa wegen besonders komplizierter technischer Verhältnisse, der großen Menge oder besonderer Inhalte eine Sichtung durch den Erben (noch) nicht erfolgen soll oder die konkrete Gefahr des Widerrufs einer transmittal erteilten Vorsorgevollmacht besteht.⁵³

⁴⁶ *Bräutigam* in Deutscher Anwaltverein, Stellungnahme zum Digitalen Nachlass, 2013, S. 93; *Deusch*, ZEV 2014, 2, 7; *Herzog* in Deutscher Anwaltverein, Stellungnahme zum Digitalen Nachlass, 2013, S. 58; *Leeb*, K&R 2014, 693, 698 (mit Verweis auf *Martini*, JZ 2012, 1145, 1154); *Rott/Rott*, NWB-EV 2013, 160, 168.

⁴⁷ *Steiner/Holzer*, ZEV 2015, 262, 265; *Rott/Rott*, NWB-EV 2013, 160, 168.

⁴⁸ *Burandt/Rojahn/Bräutigam*, § 1922 BGB, Anhang. Digitaler Nachlass, Rdnr. 20; *ders.* in Deutscher Anwaltverein, Stellungnahme zum Digitalen Nachlass, 2013, S. 93; *Deusch*, ZEV 2014, 2, 7; *Herzog* in Deutscher Anwaltverein, Stellungnahme zum Digitalen Nachlass, 2013, S. 57; *Leeb*, K&R 2014, 693, 698; SZ.de vom 16.4.2015: „Nachlässigkeit beim Nachlass: Digitales Erbe oft kein Thema“, abrufbar unter <http://www.sueddeutsche.de/news/wirtschaft/internet-nachlaessigkeit-beim-nachlass-digitales-erbe-oft-kein-thema-dpa-urn-newsml-dpa-com-20090101-150408-99-06789>.

⁴⁹ *Herzog* in Deutscher Anwaltverein, Stellungnahme zum Digitalen Nachlass, 2013, S. 57; *Leeb*, K&R 2014, 693, 698; *Rott/Rott*, NWB-EV 2013, 160, 168; *Schweizer*, CHIP 10/2010, 86, 87; vgl. *Burandt/Rojahn/Bräutigam*, § 1922 BGB, Anhang. Digitaler Nachlass, Rdnr. 20; *ders.* in Deutscher Anwaltverein, Stellungnahme zum Digitalen Nachlass, 2013, S. 94; *Steiner/Holzer*, ZEV 2015, 262, 265.

⁵⁰ Zu Recht kritisch auch *Burandt/Rojahn/Bräutigam*, § 1922 BGB, Anhang. Digitaler Nachlass, Rdnr. 20; *Kroiß/Horn/Solomon/Herzog*, Nachfolgerecht, 9. Kap. Rdnr. 82; *Kutscher*, Der digitale Nachlass, S. 149 (Fn. 772).

⁵¹ BITKOM-Tipp Presseinformation vom 28.5.2015, abrufbar unter <http://www.pressebox.de/pressemitteilung/bitkom-bundesverband-informationswirtschaft-telekommunikation-und-neue-medien-ev/Neun-von-zehn-Internetnutzern-haben-ihren-digitalen-Nachlass-nicht-geregelt/boxid/740741>; *Bundesregierung*, Den digitalen Nachlass rechtzeitig regeln, abrufbar unter <http://www.bundesregierung.de/Content/DE/Artikel/2015/04/2015-04-24-digitaler-nachlass.html> („handschriftlich in einem Testament“); *Burandt/Rojahn/Bräutigam*, § 1922 BGB, Anhang. Digitaler Nachlass, Rdnr. 20; *Kroiß/Horn/Solomon/Herzog*, Nachfolgerecht, 9. Kap. Rdnr. 82; *Kutscher*, Der digitale Nachlass, S. 149; Stiftung Warentest, test 3/2015, 49, 51 („handschriftliches Testament“). Selbstverständlich besteht daneben die Möglichkeit des öffentlichen Testaments (§ 2231 Nr. 1, § 2232 BGB, vgl. *Bräutigam*, a. a. O.).

⁵² BeckOK-BGB/*Litzenburger*, Ed. 37 (Stand 1.11.2015), § 2065 Rdnr. 2.

⁵³ *Rott/Rott*, NWB-EV 2013, 160, 168. Vgl. auch *Schleifenbaum*, ErbR 2015, 230, 236.

2. Vorsorgemöglichkeiten auf der Ebene des „Könnens“ (zweite Ebene)

Ein Erbe beispielsweise muss trotz des bislang Gesagten darauf vorbereitet sein, bei E-Mail-Diensteanbietern mit dem Wunsch auf Datenherausgabe abgewiesen zu werden.⁵⁴ Es sei darauf hingewiesen, dass dies keine juristischen Gründe haben muss; es genügen bereits Verständigungsschwierigkeiten mit ausländischen Anbietern. Auch der zeitliche Aspekt spielt eine gewichtige Rolle: Wenn es schnell gehen muss, ist jedwede Diskussion mit den Diensteanbietern störend und nervenaufreibend.

Die Palette denkbarer Lösungsmöglichkeiten auf dieser *zweiten Ebene* des Zugriffs wächst kontinuierlich. Im Folgenden sollen einige dieser Lösungsmöglichkeiten⁵⁵ vorgestellt, auf deren Vor- und Nachteile eingegangen und erläutert werden, wie der Notar den Beteiligten an dieser Stelle behilflich sein kann.

a) Passwörter in letztwilliger Verfügung oder Vollmacht

Nicht zielführend ist die Empfehlung, eine Liste mit Zugangsdaten⁵⁶ dem eigenen Testament oder Erbvertrag beizufügen. Abgesehen davon, dass hiermit keine Vorsorge für den Fall der Geschäftsunfähigkeit des Nutzers getroffen worden ist, besteht die Gefahr, dass die Zugangsdaten in die „falschen Hände“ gelangen. Man muss bedenken, dass die letztwillige Verfügung im nachlassgerichtlichen Eröffnungsverfahren häufig an (nur) Pflichtteilsberechtigte übersandt wird.⁵⁷ Von dieser Lösung ist also abzuraten, ebenso von der Aufzählung der Zugangsdaten in Vollmachten. Bei Vorlage der Vollmacht im Rechtsverkehr wird ein zu großer und unkontrollierbarer Personenkreis Einsicht in vertrauliche Daten nehmen können.

b) Eigenhändige „digitale Vorsorgevollmacht“

Eine weitere Empfehlung lautet, ein eigenhändig ge- und unterschriebenes Schriftstück zu verfassen, in welchem bestimmte Personen mit der „Schließung“ von Profilen beauftragt werden.⁵⁸ Abgesehen von der schon erläuterten Missverständlichkeit des Begriffs „digitale Vorsorgevollmacht“ ist nicht auszuschließen, dass ein derartiges Schriftstück bei laienhafter Formulierung als letztwillige Verfügung (zum Beispiel des Inhalts, dass Testamentsvollstreckung angeordnet wird) zu betrachten ist und der Ablieferungspflicht an das Nachlassgericht unterliegen kann – über die Folgen wurde gerade gesprochen.

⁵⁴ Vgl. *Martini*, JZ 2012, 1145, 1146 („Die Betreiber sind verunsichert“); ähnlich (in anderem Zusammenhang) *Kroiß/Horn/Solomon/Herzog*, Nachfolgerecht, 9. Kap. Rdnr. 90 („Angst der Anbieter“).

⁵⁵ Vgl. bereits *Gloser*, DNotZ 2015, 4, 9 ff.

⁵⁶ So *Steiner*, zitiert in *Panitz*, Die Welt vom 23.11.2012: „Im Netz stirbt man nicht“; *Weichert*, zitiert in *Schultejeans*, Spiegel Online vom 17.11.2009: „Vererbte Passwörter: Wie Netznutzer für den eigenen Tod vorsorgen“, abrufbar unter <http://www.spiegel.de/netzwelt/web/vererbte-passwoerter-wie-netznutzer-fuer-den-eigenen-tod-vor-sorgen-a-661731.html>; vgl. *Bös*, FAZ.net vom 12.4.2013: „Was nach dem Tod mit E-Mail-Konten passiert“, abrufbar unter <http://www.faz.net/-gqm-78c4u>.

⁵⁷ Als Beteiligte im Verfahren nach §§ 348 ff. FamFG kommen auch gesetzliche Erben, vor allem wenn sie pflichtteilsberechtigt sind, in Betracht, vgl. § 348 Abs. 2 Satz 1 FamFG und BeckOK-FamFG/*Schlögel*, § 348 Rdnr. 4.

⁵⁸ So etwa die Empfehlung von *Schweizer*, CHIP 10/2010, 86, 87. Ähnlich *Bleich*, c't 2/2013, 62, 64.

c) Angebote kommerzieller Dritter

Eine Reihe von kommerziellen Online-Diensten hat sich auf die Verwaltung „digitalen Nachlasses“ spezialisiert. Dabei kann der registrierte Benutzer Passwörter und sonstige Zugangsdaten auf dem Server des Anbieters speichern, welcher diese unter bestimmten Voraussetzungen (zum Beispiel Vorlage von Sterbeurkunden⁵⁹) an Hinterbliebene herausgibt. Auch hiervon ist abzuraten: Es ist für den Benutzer nicht nachvollziehbar, wie mit seinen „extrem vertraulichen Daten“ durch das jeweilige Unternehmen verfahren wird.⁶⁰ Ebenso wenig ist nachvollziehbar, wem das Unternehmen die Daten herausgibt, wer sich Zugriff auf den Server verschafft (zum Beispiel Geheimdienste, Hacker⁶¹) und wie genau die Voraussetzungen einer Herausgabe geprüft werden. Vor allem aber ist man nicht davor sicher, dass ein derartiger Dienst eines Tages eingestellt wird und die Hinterlegung dann ins Leere geht.⁶²

d) Systemeigene Lösungen⁶³

Google bietet für seine Dienste den sog. „Kontoinaktivitäts-Manager“⁶⁴ an – eine „systemeigene“ Lösung, die auf einem Vorschlag *Martini*⁶⁵ beruht.⁶⁶ Der Nutzer kann bestimmen, dass Google von sich aus nach einer bestimmten Zeit der Inaktivität eine bestimmte Vertrauensperson benachrichtigt.

⁵⁹ Bleich, c't 2/2013, 62, 64.

⁶⁰ Bleich, c't 2/2013, 62, 64; *Bräutigam* in Deutscher Anwaltverein, Stellungnahme zum Digitalen Nachlass, 2013, S. 28; *Brinkert/Stolzel/Heidrich*, ZD 2013, 153, 156; *Deusch*, ZEV 2014, 2, 7; Internet Service Providers Austria (ispa), „Digitaler Nachlass“, S. 3, abrufbar unter https://www.ispa.at/filed/0/0/1452605928/fb0069d9eab8e118cc8253dbde66cbb03a4bb179/fileadmin/content/5_Wissenspool/Broschüren/Digitaler_Nachlass/Digitaler_Nachlass_2015.pdf; *Kutscher*, Der digitale Nachlass, S. 150; *Leeb*, K&R 2014, 693, 698 (es fehlen Zertifizierungsverfahren); *Martini*, JZ 2012, 1145, 1154; *Rott/Rott*, NWB-EV 2013, 160, 168; *Schweizer*, CHIP 10/2010, 86, 87; *Steiner/Holzer*, ZEV 2015, 262, 266; *Weichert*, zitiert in *Schulteians*, Spiegel Online vom 17.11.2009: „Vererbte Passwörter: Wie Netznutzer für den eigenen Tod vorsorgen“, abrufbar unter <http://www.spiegel.de/netzwelt/web/vererbte-passwoerter-wie-netznutzer-fuer-den-eigenen-tod-vorsorgen-a-661731.html>. Vgl. BITKOM-Presseinfo Digitaler Nachlass vom 25.3.2010, abrufbar unter <http://www.pressebox.de/pressemitteilung/bitkom-bundesverband-informationswirtschaft-telekomunikation-und-neue-medien-ev/Digitaler-Nachlass-regeln/boxid/332988>: Solche Angebote seien „genauestens zu prüfen“.

⁶¹ *Bräutigam* in Deutscher Anwaltverein, Stellungnahme zum Digitalen Nachlass, 2013, S. 28; *Martini*, JZ 2012, 1145, 1154; *Rott/Rott*, NWB-EV 2013, 160, 168.

⁶² So auch die Befürchtung von *Bös*, FAZ.net vom 12.4.2013: „Was nach dem Tod mit E-Mail-Konten passiert“, abrufbar unter <http://www.faz.net/-gqm-78c4u>; ebenso *Bräutigam* in Deutscher Anwaltverein, Stellungnahme zum Digitalen Nachlass, 2013, S. 28; Internet Service Providers Austria (ispa), „Digitaler Nachlass“, S. 3, abrufbar unter https://www.ispa.at/filed/0/0/1452605928/fb0069d9eab8e118cc8253dbde66cbb03a4bb179/fileadmin/content/5_Wissenspool/Broschüren/Digitaler_Nachlass/Digitaler_Nachlass_2015.pdf; *Kutscher*, Der digitale Nachlass, S. 150; *Martini*, JZ 2012, 1145, 1154; *Rott/Rott*, NWB-EV 2013, 160, 168 („gesteigertes Insolvenzrisiko“ bei Start-up-Unternehmen).

⁶³ Eine Übersicht zu derzeit angebotenen „Nachlassregelungen“ einzelner Provider findet sich bei Internet Service Providers Austria (ispa), „Digitaler Nachlass“, abrufbar unter https://www.ispa.at/filed/0/0/1452605928/f0069d9eab8e118cc8253dbde66cbb03a4bb179/fileadmin/content/5_Wissenspool/Broschüren/Digitaler_Nachlass/Digitaler_Nachlass_2015.pdf (unter „Linkliste“, S. 2 f.).

⁶⁴ Vgl. <https://support.google.com/accounts/answer/3036546?hl=de>; statt vieler *Bös*, FAZ.net vom 12.4.2013: „Was nach dem Tod mit E-Mail-Konten passiert“, abrufbar unter <http://www.faz.net/-gqm-78c4u>.

⁶⁵ *Martini*, JZ 2012, 1145, 1154.

⁶⁶ http://de.wikipedia.org/wiki/Digitaler_Nachlass.

Diese Lösung hat für sich, dass sie nicht auf Erbfälle fixiert ist, sondern auch beim Eintritt von Geschäftsunfähigkeit weiterhelfen kann. Allerdings funktioniert sie nur bei den Anbietern, die sie auch vorgesehen haben. Selbst wenn jedoch alle Anbieter derartige Lösungen vorsehen würden, verbleiben wenigstens folgende Probleme: Erstens wäre eine Benachrichtigungsfunktion stets individuell⁶⁷ einzurichten und bei Änderungen anzupassen,⁶⁸ was einen nicht unerheblichen Verwaltungsaufwand mit sich brächte. Man darf nicht vergessen, dass die meisten Internetnutzer unzählige Online-Konten bei verschiedensten Anbietern unterhalten. Zweitens kann durch das Abstellen auf „Inaktivität“ über einen bestimmten Zeitraum (und sei es nur ein Monat) nicht schnell genug auf plötzlichen Zugriffsbedarf reagiert werden,⁶⁹ wenn etwa der Nutzer einen Tag nach dem letzten Zugriff durch einen Unfall geschäftsunfähig wird. Und drittens kann ein Anbieter seinen Dienst jederzeit beliebig umgestalten bzw. abschaffen⁷⁰ – auch nachdem der Nutzer geschäftsunfähig geworden ist. Anbietereigene Lösungen für sich genommen sind also keine ausreichende Vorsorge, bestenfalls eine Ergänzung zu anderen Lösungen.

e) Privatschriftliche Liste

Will man sowohl vom betroffenen Diensteanbieter als auch von Drittanbietern unabhängig sein, bietet sich zunächst die Errichtung einer privatschriftlichen Liste⁷¹ aller Zugangsberechtigungen samt zugehörigen Passwörtern an, die der Nutzer regelmäßig pflegt. Dies ist auf den ersten Blick die einfachste, schnellste und kostengünstigste unter den Vorsorgemaßnahmen, und auch das Problem der Unkenntnis pseudonymer Benutzerkonten wäre gelöst. Voraussetzung ist, dass die Aufnahme der jeweiligen Zugangsdaten in eine Klartextliste aus dem Vertragsverhältnis mit dem Diensteanbieter zulässig ist⁷² – diese Voraussetzung gäbe es übrigens auch bei den vorstehend verworfenen Lösungen, soweit Zugangsdaten im Klartext niedergeschrieben würden. Der größte Nachteil dieser Lösung ist die Gefahr eines unberechtigten Zugriffs⁷³ vor allem durch Dritte (auch der Einbrecher gelangt an die Zugangsdaten!) sowie des Verlusts der Liste, auch durch Brand- oder Wasserschäden. Die Lagerung der Liste in einem Bankschließfach erscheint bei Schaffung entsprechender Zugriffsmöglichkeiten (zum Beispiel transmortale Vollmacht) denkbar,⁷⁴ hat aber den Nachteil, dass bei allen Änderungen und Ergänzungen ein Gang zur Bank erforderlich wird.⁷⁵

⁶⁷ Man müsste hinsichtlich eines jeden Benutzerkontos prüfen, nach welcher Zeitspanne eine Benachrichtigung erfolgen soll. Bei selten genutzten Konten besteht die Gefahr einer vorzeitigen Benachrichtigung.

⁶⁸ *Bös*, FAZ.net vom 12.4.2013: „Was nach dem Tod mit E-Mail-Konten passiert“, abrufbar unter <http://www.faz.net/-gqm-78c4u>.

⁶⁹ Ebenso *Rott/Rott*, NWB-EV 2013, 160, 167.

⁷⁰ *Deusch*, ZEV 2014, 2, 7.

⁷¹ Internet Service Providers Austria (ispa), „Digitaler Nachlass“, S. 3, abrufbar unter https://www.ispa.at/filed/0/0/1452605928/fb0069d9eab8e118cc8253dbde66cbb03a4bb179/fileadmin/content/5_Wissenspool/Broschüren/Digitaler_Nachlass/Digitaler_Nachlass_2015.pdf; wohl auch *Deusch*, ZEV 2014, 2, 7; *Kutscher*, Der digitale Nachlass, S. 149 f.; vgl. *Rott/Rott*, NWB-EV 2013, 160, 167 (zu elektronischen Verzeichnissen).

⁷² Vgl. *Rott/Rott*, NWB-EV 2013, 160, 168.

⁷³ *Rott/Rott*, NWB-EV 2013, 160, 167; *Steiner/Holzer*, ZEV 2015, 262, 265.

⁷⁴ *Deusch*, ZEV 2014, 2, 7; *Otto* in Münchner Vertragshandbuch, Bd. 6, 7. Aufl. 2016, XII 4 Fn. 14; *Rott/Rott*, NWB-EV 2013, 160, 167.

⁷⁵ *Steiner/Holzer*, ZEV 2015, 262, 265.

f) Notarielle Vorsorgeurkunde

Bereits mehrfach wurde vorgeschlagen, Zugangsdaten bei einem Notar zu „hinterlegen“ und ihn individuell anzuweisen, diese unter bestimmten Voraussetzungen – d. h. gegebenenfalls auch schon zu Lebzeiten – an bestimmte Personen herauszugeben.⁷⁶ Gegenstand der dabei zu errichtenden Vorsorgeurkunde sollte aber keine Klartextliste mit allen Zugangsdaten sein: häufige Neubeurkundungen bei Änderungen wären die Folge.⁷⁷

Vielmehr sollte eine Technik eingesetzt werden, die, soweit ersichtlich, auf einen Beitrag von *Bleich* in der Computerfachzeitschrift *c't* Ende 2012 zurückgeht:⁷⁸ Der Passwortinhaber legt mit einem Passwort-Verwaltungsprogramm seiner Wahl⁷⁹ oder jeder anderen Verschlüsselungssoftware eine verschlüsselte Datenbank an, welche die Zugangsdaten⁸⁰ zu seinen Benutzerkonten sowie etwaige Schlüssel zur Entschlüsselung verschlüsselter Daten⁸¹ enthält. Auf die Datenbank selbst kann nur mit einem gesonderten Passwort (dem sog. „Masterpasswort“) zugegriffen werden. Die Pflege der Da-

tenbank⁸² und deren Verwahrung bzw. Übermittlung an die Berechtigten erfolgt eigenverantwortlich durch den Beteiligten. Bei ausreichender Verschlüsselung ist ein vorzeitiger Zugriff auf die Passwörter ohne Kenntnis des Masterpassworts nicht möglich.

In die Vorsorgeurkunde aufgenommen wird nur das Masterpasswort.⁸³ Dieses sollte seinerseits den üblichen Empfehlungen zur Wahl sicherer Passwörter⁸⁴ entsprechen und, abgesehen von der Vorsorgeurkunde, nirgends aufgeschrieben und für keine dritten Zwecke verwendet worden sein. Eine notarielle Hinterlegung von Datenträgern, die mit zusätzlichem Regelungsaufwand und Kosten verbunden wäre,⁸⁵ ist nicht erforderlich.

Die am besten in Niederschriftsform (§§ 36 f. BeurkG)⁸⁶ errichtete Vorsorgeurkunde kann einfach gehalten werden.⁸⁷ Der Notar wird lediglich gemäß § 51 BeurkG angewiesen, Abschriften der Urkunde unter genau festgelegten Umständen nach möglichst formaler Prüfung an bestimmte Personen herauszugeben. Die wichtigsten Fälle sind hierbei die Herausgabe an Erben, die sich durch Erbschein oder nachlassgerichtliche Eröffnungsniederschrift samt beglaubigter Abschrift einer notariellen Verfügung ausweisen, sowie die Herausgabe an Vorsorgebevollmächtigte oder Betreuer, die sich durch Vorlage einer Vollmachtsausfertigung bzw. des Betreuerausweises ausweisen. Nachdem die Urkunde individuell gestaltet werden kann, können selbstverständlich auch Testamentsvollstrecker mit einem Anspruch auf Abschriften bedacht werden.

Die Funktionsweise der Vorsorgeurkunde in der Praxis verdeutlicht folgendes Beispiel:

Der Beispiels-Erblasser habe eine über seinen Tod hinaus wirksame General- und Vorsorgevollmacht zugunsten seiner Lebensgefährtin sowie eine Passwortvorsorgeurkunde samt Passwortdatenbank nach den genannten Empfehlungen errichtet. Er verstirbt. Die Lebensgefährtin wird nun unter Vorlage ihrer Ausfertigung der Vollmacht beim Notar eine Abschrift der Vorsorgeurkunde erhalten und kann damit die Passwortdatenbank öffnen. Dem Zugriff auf die E-Mails und die verschlüsselte Digitalfotosammlung auf dem Server des Erblassers steht nichts mehr im Wege.

Der Nutzer der Benutzerkonten muss eigenverantwortlich sicherstellen, dass die Überlassung des Passworts in den in der Vorsorgeurkunde aufgeführten Fällen zulässig ist.⁸⁸ Das ist schon allein deswegen nicht Aufgabe des Notars, weil dieser nicht weiß, welche Zugangsdaten der Beteiligte in seiner verschlüsselten Datenbank gespeichert hat. Bestehen bei-

⁷⁶ Vgl. BITKOM-Presseinfo Digitaler Nachlass vom 25.3.2010, abrufbar unter <http://www.pressebox.de/pressemitteilung/bitkom-bundesverband-informationswirtschaft-telekommunikation-und-neue-medien-ev/Digitalen-Nachlass-regeln/boxid/332988>; BITKOM-Tipp Presseinformation vom 28.5.2015, abrufbar unter <http://www.pressebox.de/pressemitteilung/bitkom-bundesverband-informationswirtschaft-telekommunikation-und-neue-medien-ev/Neun-von-zehn-Internetnutzern-haben-ihren-digitalen-Nachlass-nicht-geregelt/boxid/740741>; *Brinkert/Stolze/Heidrich*, ZD 2013, 153, 156; *Burandt/Rojahn/Bräutigam*, § 1922 BGB, Anhang. Digitaler Nachlass, Rdnr. 20; *Gloser*, DNotZ 2015, 4, 11 ff.; *Hahne*, Westfälische Rundschau vom 18.2.2014, Rubrik „Leben“: „Für immer online? Der digitale Nachlass“; *Münstersche Zeitung* vom 31.12.2013, Rubrik „Lokales“: „Das Google-Konto geht die Erben an“; *Rott/Rott*, NWB-EV 2013, 160, 168; Schleswig-Holsteinische Notarkammer, Markt für Ahrensburg, Bargtheide, Trittau vom 29.3.2014, S. 13: „Das Problem des ‚digitalen Nachlasses‘“; *Weichert*, zitiert in *Schultejeans*, Spiegel Online vom 17.11.2009: „Vererbte Passwörter: Wie Netznutzer für den eigenen Tod vorsorgen“, abrufbar unter <http://www.spiegel.de/netzwelt/web/vererbte-passwoerter-wie-netznutzer-fuer-den-eigenen-tod-vorsorgen-a-661731.html>. Vgl. die Empfehlung der Bayerischen Staatsministerin für Justiz und Verbraucherschutz, *Beate Merk*, vom 12.7.2013, Pressemitteilung abrufbar unter <http://www.justiz.bayern.de/presse-und-medien/pressemitteilungen/archiv/2013/187.php>.

⁷⁷ *Bleich*, c't 2/2013, 62, 64; *Deusch*, ZEV 2014, 2, 7; *Rott/Rott*, NWB-EV 2013, 160, 168 (mit Verweis auf *Dopatka*, NJW-aktuell 49/2010, 14); *Steiner/Holzer*, ZEV 2015, 262, 265 f. Regelmäßige Änderungen der Passwörter zu Benutzerkonten werden zu Recht empfohlen, so beispielsweise durch das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik, https://www.bsi-fuer-buerger.de/BSIFB/DE/Empfehlungen/Passwoerter/Umgang/umgang_node.html.

⁷⁸ *Bleich*, c't 2/2013, 62, 64; ebenso *Bös*, FAZ.net vom 12.4.2013: „Was nach dem Tod mit E-Mail-Konten passiert“, abrufbar unter <http://www.faz.net/-gqm-78c4u>; *Gloser*, DNotZ 2015, 4, 11 ff.; *Leeb*, K&R 2014, 693, 698; *Rott/Rott*, NWB-EV 2013, 160, 167 f.; vgl. Stiftung Warentest, test 3/2015, 49, 50.

⁷⁹ Geeignet ist beispielsweise *Keepass*, www.Keepass.info. *Keepass* wird vom Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik empfohlen, vgl. https://www.bsi-fuer-buerger.de/BSIFB/DE/Empfehlungen/Passwoerter/Umgang/umgang_node.html, sowie von *Bleich*, c't 2/2013, 62, 64.

⁸⁰ Einschließlich sog. „Sicherheitsfragen“: *Rott/Rott*, NWB-EV 2013, 160, 168 empfehlen zu Recht die Aufnahme zur Passwortrücksetzung erforderlicher Daten in Passwortdatenbanken (was insbesondere bei Schreibfehlern von Bedeutung sein kann). Vgl. zu „Sicherheitsfragen“ auch *Leeb*, K&R 2014, 693, 698; *Pruns*, NWB 2013, 3161, 3162.

⁸¹ Vgl. *Leeb*, K&R 2014, 693, 698, die allerdings die Passwortdatenbank selbst nochmals mittels Schlüsseldatei verschlüsseln möchte.

⁸² Das verlangt natürlich „Disziplin“: so *Steiner/Holzer*, ZEV 2015, 262, 266.

⁸³ Weitergabe nur des Masterpassworts: Vgl. *Bleich*, c't 2/2013, 62, 64; *Bös*, FAZ.net vom 12.4.2013: „Was nach dem Tod mit E-Mail-Konten passiert“, abrufbar unter <http://www.faz.net/-gqm-78c4u>; *Gloser*, DNotZ 2015, 4, 11 ff.; *Leeb*, K&R 2014, 693, 698; *Rott/Rott*, NWB-EV 2013, 160, 167 f.; Stiftung Warentest, test 3/2015, 49, 50.

⁸⁴ Vgl. Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik, https://www.bsi-fuer-buerger.de/BSIFB/DE/Empfehlungen/Passwoerter/passwoerter_node.html.

⁸⁵ Vgl. zum Aufwand derartiger Verwahrungsgeschäfte (insbesondere Erfordernis von Vorgaben zur Lagerung von Datenträgern) *Eylmann/Vaassen/Hertel*, § 54e BeurkG Rdnr. 24; *Leistner*, MittBayNot 2003, 3, 8.

⁸⁶ Es sind keine Willenserklärungen zu beurkunden, vgl. *Winkler*, BeurkG, 17. Aufl. 2013, Vor § 36 Rdnr. 3.

⁸⁷ Ausführlich *Gloser*, DNotZ 2015, 4, 11 ff. m. w. N.

⁸⁸ Vgl. *Pruns*, AnwZert ErbR 8/2014, Anm. 2 (juris) zur Weitergabe des Inhalts eines Postbriefs durch dessen Empfänger.

spielsweise berufliche Schweigepflichten,⁸⁹ sollte schweigepflichtrelevanter und privater Datenbestand getrennt⁹⁰ und gegebenenfalls mehrere Vorsorgekunden errichtet werden. Sollten Zugangsdaten höchstpersönlicher Natur sein (dies kann insbesondere bei Unternehmensnetzwerken der Fall sein⁹¹), hat der Nutzer des Benutzerkontos die Aufnahme der Daten in seine Datenbank eigenverantwortlich mit dem Vertragspartner abzustimmen.⁹² Mit anderen Worten kann diese Lösung keine zulässigen vertraglichen Verbote überwinden: Ist die Weitergabe von Zugangsdaten wirksam untersagt, so darf dies auch nicht durch Vorsorgekunden umgangen werden.⁹³ Die einzige Lösung bleibt in solchen Fällen (die Zulässigkeit der Weitergabe des Inhalts vorausgesetzt), den Inhalt lokal, ggf. verschlüsselt, zu sichern und den Schlüssel in der Passwortdatenbank zu speichern.⁹⁴ Das LG Berlin hat in seinem Urteil vom 17.12.2015⁹⁵ allerdings entschieden, dass Nutzungsbedingungen eines sozialen Netzwerks, die das Weitergeben von Zugangsdaten aus Sicherheitsgründen untersagen, weder zur Unvererbbarkeit des Kontos führen, noch gegen die Zugänglichmachung des Nutzerkontos für die Erben zum Zwecke der Nachlassregelung sprechen. Hierdurch werde die Kontosicherheit nicht gefährdet. Dem ist bereits im Hinblick auf § 1922 BGB zu folgen.

3. Weitere Regelungsmöglichkeiten

Vorstehend wurde die Frage behandelt, wie bestimmten Personen Zugriff auf Benutzerkonten verschafft werden kann. Abschließend soll auf einige weitere Regelungsmöglichkeiten eingegangen werden.

a) Löschung von Konten und Daten

Löschungsanordnungen bezüglich Benutzerkonten gehören zu den derzeit gerne diskutierten und vorgeschlagenen Verfügungen. Ob der Erbe das bestehende Konto beim Online-Kaufhaus oder ein neu angemeldetes für seine Bestellungen nutzt, erscheint jedoch gleichgültig. Ähnlich sieht es beim E-Mail-Konto aus. Auflagen des Inhalts, etwa bestimmte Konten zu löschen, sind selbstverständlich möglich, aber standardmäßig nicht erforderlich. Vielmehr muss man sich mit den Rechten an den darin enthaltenen Daten⁹⁶ befassen und insoweit anordnen, was mit diesen Rechten und den dazugehörigen Daten geschehen soll. Sofern Löschanordnungen gewünscht werden – gleich ob bezüglich Daten und/oder Benutzerkonten – können

diese als Auflage oder, im Fall von Testamentsvollstreckung, als Verwaltungsanordnung getroffen werden.⁹⁷

b) Vermächtnisse betreffend elektronische Daten

Denkbar sind auch Vermächtnisse, deren Gegenstand Rechte an elektronisch gespeicherten Daten sind.⁹⁸ Dies betrifft vor allem Nutzungsrechte an fremden Werken wie etwa Musik- und Schriftwerke sowie Rechte an Digitalfotos.⁹⁹ In solchen Fällen sollte man die Rechte an den Daten einschließlich eines Anspruchs auf Überlassung der entsprechenden Dateien vermachen¹⁰⁰ und regeln, ob eventuell vorhandene Trägermedien mit vermacht sind oder nicht.¹⁰¹ Soll im Falle des Vermächtnisses der Erbe keine Kenntnis von den Dateninhalten haben, sollte man diese Daten gesondert verschlüsseln und die Zugangsdaten nur den Vermächtnisnehmern zugänglich machen, beispielsweise mittels gesonderter Vorsorgekunde nach den angesprochenen Grundsätzen.

c) Verwirklichung von Geheimhaltungsinteressen

Bislang wurde immer von der Schaffung weitestmöglicher Zugriffs gesprochen. In manchen Fällen mag genau das Gegenteil gewollt sein: Man stelle sich vor, dass der Beispiels-Erblasser¹⁰² auf seiner Festplatte und in einem Online-Konto mehrere Bilddateien abgespeichert hatte, die seiner Ansicht nach niemand zu Gesicht bekommen soll – weder Bevollmächtigte noch Rechtsnachfolger oder Angehörige.

Sind Daten unverschlüsselt auf Systemen Dritter abgespeichert, ist man vom Verhalten dieser Dritten abhängig. Wenn diverse Provider Zugangsdaten gegen Vorlage eines Erbscheins herausgeben,¹⁰³ so nützt es bei unverschlüsselter Speicherung im Online-Konto nichts, allein die Zugangsdaten zum Konto zu verheimlichen, denn es ist damit zu rechnen, dass die Erben sie erhalten. Dies gilt ebenfalls für diejenigen Dienste, die derzeit keine Daten herausgeben, denn deren Praktiken im Erbfall können sich jederzeit ändern. Auflagen erscheinen nicht im Erbschein¹⁰⁴ und können daher in diesem Fall wirkungslos sein. Der Beispiels-Erblasser sollte seine „geheimen“ Daten vielmehr in einer gesonderten, ausreichend verschlüsselten Datei abspeichern und die Zugangsdaten hierzu

⁸⁹ Zur Einwirkung des Datenschutzrechts auf die Zugänglichmachung elektronischer Informationen siehe auch *Haase*, DSRITB 2013, 379, 385 ff. Zu Besonderheiten beim Zugriff auf E-Mail-Konten eines Rechtsanwalts vgl. *Brisch/Müller-ter Jung*, CR 2013, 446, 454.

⁹⁰ *Gloser*, DNotZ 2015, 4, 14; *Rott/Rott*, NWB-EV 2013, 160, 167 (Umgehung einer „datenschutzrechtlichen Infizierung“); allgemein *Steiner/Holzer*, ZEV 2015, 262, 266.

⁹¹ *Rott/Rott*, NWB-EV 2013, 160, 168 empfehlen eine Abstimmung mit dem Vertragspartner im Bereich „extrem sensibler Zugangsdaten“ (genannt werden u. a. Unternehmensnetzwerke).

⁹² *Rott/Rott*, NWB-EV 2013, 160, 168.

⁹³ Ähnlich „*die beckerin*“, Blog vom 16.11.2014 (am Beispiel des sozialen Netzwerks *XING*). Der Blog ist derzeit nicht mehr abrufbar.

⁹⁴ So die Empfehlung im Fall *XING* von „*die beckerin*“, Blog vom 16.11.2014. Der Blog ist derzeit nicht mehr abrufbar.

⁹⁵ LG Berlin, Urteil vom 17.12.2015, 20 O 172/15, a. a. O.

⁹⁶ BITKOM-Presseinfo Digitaler Nachlass vom 25.3.2010, abrufbar unter <http://www.pressebox.de/pressemitteilung/bitkom-bundesverband-informationswirtschaft-telekommunikation-und-neue-medien-ev/Digitalen-Nachlass-regeln/boxid/332988> spricht ebenfalls von der Löschung von „Daten“.

⁹⁷ Vgl. *Rott/Rott*, NWB-EV 2013, 160, 168. Zu Aufl.n vgl. *Steiner/Holzer*, ZEV 2015, 262, 266. Zur allgemeinen Zulässigkeit vgl. auch BITKOM-Presseinfo Digitaler Nachlass v. 25.3.2010, abrufbar unter <http://www.pressebox.de/pressemitteilung/bitkom-bundesverband-informationswirtschaft-telekommunikation-und-neue-medien-ev/Digitalen-Nachlass-regeln/boxid/332988>; BITKOM-Tipp Presseinformation vom 28.5.2015, abrufbar unter <http://www.pressebox.de/pressemitteilung/bitkom-bundesverband-informationswirtschaft-telekommunikation-und-neue-medien-ev/Neun-von-zehn-Internetnutzern-haben-ihren-digitalen-Nachlass-nicht-geregelt/boxid/740741>.

⁹⁸ *Kroiß/Horn/Solomon/Herzog*, Nachfolgerecht, 9. Kap. Rdnr. 82 (zu bestimmten „digitalen Inhalten“).

⁹⁹ *Steiner/Holzer*, ZEV 2015, 262, 266.

¹⁰⁰ Zur Formulierung von Vermächtnissen über Urheberrechte (verwendbar auch bezüglich verwandter Schutzrechten wie zum Beispiel Lichtbildschutzrechte) vgl. *Gloser*, DNotZ 2013, 497, 510 ff. Der Formulierungsvorschlag wäre entsprechend anzupassen; insbesondere ist bei ausschließlich digital gespeicherten Fotos kein Eigentum an Werkstücken zu vermachen, sondern vielmehr ein Anspruch auf Überlassung einer Datei (ggf. verbunden mit einem Anspruch auf Löschung auf dem Ursprungsdatenträger).

¹⁰¹ *Ahrens*, ErbR 2007, 20, 22; *Gloser*, Die Rechtsnachfolge in das Urheberrecht, 2012, S. 252.

¹⁰² Vgl. *Gloser*, MittBayNot 2016, 12.

¹⁰³ Vgl. *Brisch/Müller-ter Jung*, CR 2013, 446, 447.

¹⁰⁴ Statt vieler MünchKommBGB/J. *Mayer*, 6. Aufl. 2013, § 2353 Rdnr. 41; BeckOK-BGB/*Siegmann/Höger*, Ed. 37 (Stand: 1.11.2013), § 2353 Rdnr. 13.

(die sonst nirgendwo anders verwendet worden sind) nicht dokumentieren (Stichwort: „Zero Knowledge“). Selbst wenn diese verschlüsselte Datei – und sei es durch den Provider – in die Hände der Erben gelangen sollte: Ohne Schlüssel geht gar nichts.¹⁰⁵ Und den hat der Erblasser mit ins Grab genommen.

VI. Schlussbetrachtung

Wer sind nun diese „digitalen Erblasser“, von denen im Titel gesprochen wurde? Diese Ausführungen müssen für all diejenigen, die mit spektakulären Neuigkeiten gerechnet haben, mit einer herben Enttäuschung enden: den „digitalen Erblasser“ gibt es nicht. Erblasser bestehen trotz ihrer Internetaktivitäten weiterhin aus Fleisch und Blut. Ebenso wenig gibt es „digitale Testamente“, „digitale Testamentsvollstrecker“ oder „digitale Bevollmächtigte“. Nicht nur deshalb ist aus praktischer Sicht in der weiteren Diskussion darauf zu achten, den sog. „digitalen Nachlass“ so weit wie möglich in die allgemeine Vorsorge- und Erbrechtsdogmatik zu integrieren und Besonderheiten tunlichst zu vermeiden.

Der „digitale Nachlass“ ist ein wahres Füllhorn an verschiedenen Rechten,¹⁰⁶ die zunächst fremd und eigenartig anmuten mögen, deren Besonderheit jedoch bei genauerer Betrachtung nur darin besteht, dass sich ihr Gegenstand auf digitale Daten bezieht. Damit unterfallen sie in aller Regel den allgemeinen erbrechtlichen Grundsätzen.

Es ist gerade keine Besonderheit in diesem Sinne, dass konkrete Vereinbarungen des Nutzers mit dem Diensteanbieter oder des Nutzungsberechtigten mit dem Urheber, beispiels-

weise Befristungen, Vorrang vor dem Erbrecht haben. Anders ausgedrückt: Nur was vererblich ist, kann vererbt werden. Der AGB-mäßige Ausschluss der Vererblichkeit insbesondere von Nutzungsrechten sowie eine vorgegebene alternative Löschung von E-Mail-Konten samt Inhalt nach dem Tod des Nutzers erscheinen jedoch unzulässig.

Festzuhalten bleibt, dass der „digitale Nachlass“ trotz seines bisherigen Schattendaseins an praktischer Bedeutung gewinnen wird, und zwar auch im Bereich des Notariats. Aufgrund der zunehmenden Digitalisierung des Alltags verlagert sich die Abwicklung vieler Rechtsverhältnisse in die Online-Welt, weshalb ein besonderes Interesse nach schnellem Zugriff der Berechtigten im Erb- und Vorsorgefall auf verschiedenste Daten besteht. Schneller Zugriff ist aber nur ohne Mitwirkung der Provider möglich. Verschlüsselte Dateien kann nur derjenige öffnen, der den zugehörigen Schlüssel besitzt, und zwar unabhängig davon, wo diese gespeichert sind. Dieser Zugriff ist die große Herausforderung des „digitalen Nachlasses“. Der Nutzer muss also dafür sorgen, dass derjenige, der zugreifen darf, es auch kann.

Zugreifen dürfen nur materiellrechtlich berechtigte Personen wie Vertreter und Rechtsnachfolger, gegebenenfalls auch Testamentsvollstrecker.

Zugreifen können diejenigen, welche über die Zugangsdaten verfügen. Die notarielle Niederschrift von Masterpasswörtern samt Herausgabeanweisungen hilft hier weiter. Sie hat den Vorteil der Datensicherheit, weil der Notar verschwiegen ist, der Beständigkeit, weil es aufgrund der Vorschriften der BNotO immer jemanden gibt, der Abschriften der Urkunde an Berechtigte erteilen kann, der Individualität, weil jeder selbst entscheiden kann, wer wann das Passwort ausgehändigt bekommt, und der Einfachheit, weil der Gang zum Notar auf das Nötigste beschränkt wird.

¹⁰⁵ Vgl. Gloser, DNotZ 2015, 4, 14 m. Fn. 71; ähnlich Rott/Rott, NWB-EV 2013, 160, 167 (Trennung bestimmter Konten).

¹⁰⁶ Zutreffend Herzog, NJW 2013, 3745.

Aktuelles zur Veräußerungsbeschränkung nach § 12 WEG

Von Notar Prof. Dr. *Stefan Hügel*, Weimar

I. Einleitung

Das WEG gestattet in § 12 WEG, die Veräußerung eines Wohnungseigentums von der Zustimmung anderer Eigentümer oder eines Dritten, meist des Verwalters, abhängig zu machen, um das Eindringen persönlich oder wirtschaftlich unzuverlässiger Personen in die Gemeinschaft zu verhindern.¹ Gerade weil die Gemeinschaft unauflösbar² und auf Dauer angelegt ist, kann ein Interesse daran bestehen, auf die Auswahl künftiger Wohnungseigentümer einen gewissen Einfluss zu nehmen. Regional wird von dieser Möglichkeit sehr unterschiedlich Gebrauch gemacht. Während teilweise eine gewisse Skepsis insbesondere im Hinblick auf die hierdurch ausgelösten Kosten und Zeitverzögerungen besteht,³ wird vor allem für Großanlagen darauf hingewiesen, dass nur so der Verwalter ausreichend Kenntnis über die aktuelle Zusammensetzung der Wohnungseigentümergeinschaft erhalte.

Soll eine Eigentumswohnung veräußert werden, in deren Grundbuch eine Veräußerungsbeschränkung nach § 12 WEG eingetragen ist, gehört es zur Vertragsabwicklung durch den Notar, die notwendige Zustimmung – in der Regel vom Verwalter – einzuholen. Erst wenn diese neben den sonstigen üblichen Fälligkeitvoraussetzungen für die Zahlung des Kaufpreises vorliegt, stellt der Notar den Kaufpreis fällig. Es zählt somit zu den Vollzugstätigkeiten des Notars, bei bestehender Veräußerungsbeschränkung die Zustimmung einzuholen und deren Tauglichkeit für den Vollzug des Kaufvertrages im Grundbuch zu beurteilen. Streitfragen zu diesem Themenkreis sind immer wieder Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen und keinesfalls nur akademischer Natur. Der nachfolgende Beitrag möchte einen Überblick über die zahlreiche aktuelle Rechtsprechung zu diesem Problemkreis bieten und diese in den Gesamtzusammenhang des § 12 WEG einbinden.

II. Begründung einer Veräußerungsbeschränkung

1. Vereinbarung

Die Begründung einer Veräußerungsbeschränkung erfordert eine Vereinbarung der Wohnungseigentümer nach § 10 Abs. 2 WEG oder eine Erklärung des teilenden Eigentümers nach § 8 WEG, die nach Entstehen einer Wohnungseigentümergeinschaft einer Vereinbarung gleich steht.⁴ Auch die Wiederbegründung einer durch Beschluss aufgehobenen Veräußerungsbeschränkung bedarf mangels gesetzlicher Beschlusskompetenz einer Vereinbarung aller Wohnungseigentümer und kann auch nicht durch einen den Aufhebungsbeschluss rückgängig machenden Zweitbeschluss wieder hergestellt werden.⁵

¹ BGH, Beschluss vom 11.10.2012, V ZB 2/12, NJW 2013, 299 Rdnr. 13; Urteil vom 27.4.2012, V ZR 211/11, NJW 2012, 2434 Rdnr. 11; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 25.6.2012, 14 Wx 30/11, NZM 2013, 196; KG, Beschluss vom 3.2.2004, 1 W 244/03, NZM 2004, 588; BayObLG, Beschluss vom 12.8.1991, BReg. 2 Z 107/91, DNotZ 1992, 229.

² § 11 Abs. 3 WEG.

³ Vgl. *Hügel*, ZWE 2005, 134.

⁴ OLG Nürnberg, Beschluss vom 31.8.2015, 15 W 788/15, BeckRS 2015, 17310.

⁵ OLG München, Beschluss vom 4.4.2014, 34 Wx 62/14, ZWE 2104, 267; *Wenzel*, ZWE 2008, 73; *Hügel*, DNotZ 2007, 353; *Häublein*, ZMR 2007, 414; *Wilsch*, NotBZ 2007, 310; zweifelnd *Sauren*, MietRB 2005, 137.

2. Eintragung im Grundbuch

Mit der Eintragung wird eine Veräußerungsbeschränkung gemäß § 5 Abs. 4 Satz 1 WEG zum Inhalt des Sondereigentums und bindet damit gemäß § 10 Abs. 3 WEG auch Sonderrechtsnachfolger. Durch die Grundbucheintragung wird die absolute Rechtswirkung des § 12 Abs. 3 WEG erzeugt und damit das Zustimmungserfordernis für einen Dritten zum Erwerbshindernis.⁶ Das Grundbuchamt hat eine verdinglichte Veräußerungsbeschränkung von Amts wegen zu beachten.⁷

Vereinbarte Veräußerungsbeschränkungen sind nach § 3 Abs. 2 WEG ausdrücklich im Bestandsverzeichnis einzutragen. Notwendig, aber ausreichend ist es, wenn die Zustimmungsberechtigten und die vom Zustimmungsvorbehalt erfassten Veräußerungsfälle bzw. Ausnahmen in schlagwortartigen Formulierungen eingetragen werden.⁸

3. Zeitliche Geltung

Die Geltung einer Veräußerungsbeschränkung setzt das Bestehen einer Wohnungseigentümergeinschaft voraus. Das ergibt sich schon aus der Rechtsnatur einer Veräußerungsbeschränkung als Vereinbarung der Wohnungseigentümer. Entweder wird das Zustimmungserfordernis bei einer bestehenden Wohnungseigentümergeinschaft durch die Wohnungseigentümer vereinbart oder sie gilt bei Setzung durch den nach § 8 WEG aufteilenden Alleineigentümer gemäß § 8 Abs. 2 WEG mit dem Entstehen einer Gemeinschaft als Vereinbarung der Wohnungseigentümer. Vor der Existenz einer Wohnungseigentümergeinschaft kann somit eine Veräußerungsbeschränkung keine Wirkung entfalten. Ebenso wenig ist sie auf eine Veräußerung nach Auflösung oder Beendigung der Gemeinschaft anzuwenden.⁹

Sog. werdende Wohnungseigentümer haben im Verhältnis untereinander die gleichen Rechte und Pflichten wie echte Wohnungseigentümer. Für sie sind grundsätzlich die Vorschriften des WEG anzuwenden.¹⁰ Da eine Ausnahme von diesem Grundsatz für Veräußerungsbeschränkungen nicht ersichtlich ist, gelten diese auch für werdende Gemeinschaften.¹¹

Die Erstveräußerung durch den aufteilenden Eigentümer ist somit zustimmungsfrei, wenn eine Gemeinschaft noch nicht entstanden ist. Soweit der BGH entgegen der früheren instanzgerichtlichen Rechtsprechung¹² ein vereinbartes Zustimmungserfordernis auch für den Erstverkauf durch den Bauträ-

⁶ *Hügel/Elzer*, WEG, 1. Aufl. 2015, § 12 Rdnr. 5.

⁷ OLG Nürnberg, Beschluss vom 31.8.2015, 15 W 788/15, BeckRS 2015, 17310; KG, Beschluss vom 20.1.2015, 1 W 580/14, ZWE 2015, 173.

⁸ *Bärmann/Suilmann*, WEG, 13. Aufl. 2015, § 12 WEG Rdnr. 9; *Staudinger/Kreuzer*, 13. Aufl. 2005, § 12 WEG Rdnr. 13.

⁹ *Wenzel*, ZWE 2008, 70.

¹⁰ BGH, Urteil vom 11.5.2012, V ZR 196/11, NJW 2012, 2650 Rdnr. 5; Beschluss vom 5.6.2008, V ZB 85/07 NJW 2008, 2639 Rdnr. 12.

¹¹ *Wenzel*, ZWE 2008, 70; *Timme/Hogenschurz*, WEG, 2. Aufl. 2014, § 12 Rdnr. 19; *Riecke/Schmid/Schneider*, WEG, 4. Aufl. 2015, § 12 WEG Rdnr. 12; zweifelnd *Dötsch*, ZWE 2011, 387; a. A. OLG Hamm, Beschluss vom 7.4.1994, 15 W 26/94, NJW-RR 1994, 975.

¹² Vgl. OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 12.12.1988, 20 W 402/88, Rpfleger 1989, 59; BayObLG, Entscheidung vom 12.4.1983, 2 Z 107/82, Rpfleger 1983, 350; *Hallmann*, MittRhNotK 1985, 2.

ger greifen lässt,¹³ kann dies nur für solche Veräußerungsfälle gelten, die zeitlich nach dem Entstehen einer (werdenden) Gemeinschaft liegen.¹⁴ Nur auf diese Fälle kann sich auch die Heilungsvorschrift des § 61 WEG beziehen. Ab diesem Zeitpunkt entfaltet eine Veräußerungsbeschränkung wie jede andere Vereinbarung Wirkung gegen jeden Wohnungseigentümer und damit auch gegenüber dem Bauträger, wenn er noch Mitglied der Gemeinschaft ist. Sinnvollerweise wird man diesen Fall aber in der Gemeinschaftsordnung vom Zustimmungserfordernis ausnehmen.

III. Umfang und Gegenstand einer Veräußerungsbeschränkung

1. Allgemeines

Die Veräußerung von Wohnungseigentum unterliegt nur dann einem Zustimmungsvorbehalt, wenn die Wohnungseigentümer eine diesbezügliche Vereinbarung getroffen haben. Den Wohnungseigentümern steht es hierbei frei, nur bestimmte Fälle einer Veräußerungsbeschränkung zu unterwerfen bzw. bestimmte Fälle von einem solchen Erfordernis auszunehmen. Die Veräußerungsbeschränkung kann somit auf bestimmte Fälle begrenzt oder für bestimmte Verfügungen ausgeschlossen werden. Dementsprechend beurteilt sich der Umfang eines Zustimmungsvorbehalts stets nach dessen vereinbarten und im Grundbuch eingetragenen Inhalt. In diesem Zusammenhang lässt sich feststellen, dass nicht selten die in Gemeinschaftsordnungen enthaltenen Formulierungen zu Veräußerungsbeschränkungen Auslegungsbedarf erzeugen.

Eine im Grundbuch eingetragene Vereinbarung ist – wie Grundbucheintragungen allgemein – objektiv auszulegen.¹⁵ Hierbei ist auf den Wortlaut und Sinn abzustellen, wie er sich aus unbefangener Sicht als nächstliegende Bedeutung der Eintragung ergibt. Umstände außerhalb der Eintragung können nur herangezogen werden, wenn sie nach den besonderen Verhältnissen des Einzelfalls für jedermann ohne Weiteres erkennbar sind.¹⁶ Als Grad der Präzision gilt wie für jede „verdinglichte“ Vereinbarung der sachenrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz. Es muss klar und eindeutig feststehen, welchen Inhalt die Veräußerungsbeschränkung hat und welcher Personenkreis ggf. zustimmungsfrei erwerben können soll.¹⁷ Verstößt ein bestehender Zustimmungsvorbehalt gegen diese sachenrechtliche Anforderung, ist er unwirksam mit der Folge, dass eine Veräußerung zustimmungsfrei ist.

Die Grenzen für den Inhalt von Veräußerungsbeschränkungen finden sich in den allgemeinen Grenzen für die Gestaltungsfreiheit der Wohnungseigentümer durch Vereinbarungen, insbesondere darf in dem Zustimmungsvorbehalt kein Verstoß gegen § 138 BGB liegen. Unzulässig ist daher grundsätzlich ein Zustimmungserfordernis für bestimmte Personengruppen wie Kinderreiche oder Ausländer.¹⁸ Unzulässig ist auch ein

Gebot, das Wohnungseigentum nur an bestimmte Personen zu veräußern.¹⁹ Zudem kann eine Veräußerungsbeschränkung gemäß § 12 WEG als Ausnahme von § 137 Satz 1 BGB nicht über den Wortlaut des gesetzlichen Anwendungsbereichs hinaus erweitert werden.

2. Gegenstand

Eine Beschränkung kann für alle oder einzelne Wohnungseigentumsrechte vereinbart werden, nicht aber nur für Teile eines Sondereigentums.²⁰ Nur was wirksam veräußert werden kann, kann nämlich auch in der Veräußerung beschränkt werden.²¹ Entsprechend § 12 WEG kann ein Zustimmungsvorbehalt auch für die Übertragung von Sondernutzungsrechten vereinbart werden.²² Entgegen der herrschenden Meinung²³ kann die Unterteilung eines Wohnungseigentumsrechts mangels einer Eigentumsübertragung hingegen nicht analog § 12 WEG einem grundbuchrechtlich relevanten Zustimmungsvorbehalt unterworfen werden. Die Teilung ohne gleichzeitige Eigentumsübertragung stellt keine Veräußerung dar;²⁴ dies gilt auch dann, wenn sich hierdurch die Stimmenverhältnisse verschieben sollten. Möglich ist nur eine schuldrechtlich wirkende Verpflichtung.

IV. Veräußerung

Nach dem Wortlaut von § 12 WEG kann nur die Veräußerung von Wohnungseigentum von der Zustimmung einer bestimmten Person abhängig gemacht werden. In der Praxis entstehen immer wieder Probleme im Zusammenhang mit der Frage, welche Rechtsübertragungen unter den Begriff der Veräußerung fallen.

1. Begriff

Veräußerung ist die rechtsgeschäftliche, vollständige oder teilweise²⁵ Übertragung des Wohnungseigentums unter Lebenden; darunter fällt sowohl das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft als auch das dingliche Rechtsgeschäft, also die Auflassung.²⁶ Nach der ausdrücklichen Regelung in § 12 Abs. 3 Satz 2 WEG steht eine Veräußerung im Wege der Zwangsvollstreckung oder durch den Insolvenzverwalter der rechtsgeschäftlichen Veräußerung gleich.

Etwas anderes gilt, wenn nur die Miteigentumsquoten unter den Wohnungseigentümern durch Übertragung verändert werden. Der reine „ideelle“ Miteigentumsanteil ist kein Wohnungseigentumsrecht im Sinne des § 12 Abs. 1 WEG. Dieses besteht nämlich nach der Legaldefinition in § 1 Abs. 2 und 3 WEG aus der untrennbaren Verbindung eines Miteigentums-

¹³ BGH, Beschluss vom 21.2.1991, V ZB 13/90, NJW 1991, 1613 ff.

¹⁴ Hügél/Elzer, WEG, § 12 Rdnr. 14.

¹⁵ BGH, Urteil vom 22.11.2013, V ZR 46/13, NJW-RR 2014, 527 Rdnr. 7; Urteil vom 18.1.2013, V ZR 88/12, ZWE 2013, 131 Rdnr. 7; Urteil vom 16.11.2012, V ZR 9/12, NJW 2013, 681 Rdnr. 7.

¹⁶ BGH, Urteil vom 2.3.2012, V ZR 174/11, NJW 2012, 1722 Rdnr. 8; Urteil vom 18.6.2010, V ZR 164/09, NJW 2010, 2513; Beschluss vom 7.10.2004, V ZB 22/04, NJW 2004, 3413; Beschluss vom 30.3.2006, V ZB 17/06, ZMR 2006, 457; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 20.9.2006, 20 W 241/05, NZM 2007, 490; OLG Hamm, Beschluss vom 23.2.2006, 15 W 135/05, DNotZ 2006, 692.

¹⁷ Wenzel, ZWE 2008, 70.

¹⁸ OLG Zweibrücken, Beschluss vom 17.8.1993, 3 W 141/93, Mitt-BayNot 1994, 44.

¹⁹ BayObLG, Beschluss vom 16.1.1986, BReg. 2 Z 38/84, Mitt-BayNot 1985, 88.

²⁰ Staudinger/Kreuzer, WEG, § 12 Rdnr. 5; Bärmann/Suilmann, WEG, § 12 Rdnr. 11; Hügél/Elzer, WEG, § 12 Rdnr. 21; a. A. Rieckel/Schmid/Schneider, WEG, § 12 Rdnr. 8.

²¹ Wenzel, ZWE 2008, 70.

²² BGH, Beschluss vom 24.11.1978, V ZB 11/77, DNotZ 1979, 168.

²³ BGH, Beschluss vom 17.1.1968, V ZB 9/67, NJW 1968, 499; OLG München, Beschluss vom 24.7.2013, 34 Wx 210/13, ZWE 2013, 409; Niedenführ/Kimmell/Vandenhouten/Vandenhouten, WEG, 10. Aufl. 2013, § 8 Rdnr. 33.

²⁴ Wenzel, ZWE 2008, 72; Hallmann, MittRhNotK 1985, 3.

²⁵ KG, Beschluss vom 1.3.2011, 1 W 57/11, NZM 2012, 317.

²⁶ BGH, Urteil und Versäumnisurteil vom 20.7.2012, V ZR 241/11, NJW 2012, 3232 Rdnr. 9; OLG Hamm, Beschluss vom 19.10.2011, 15 W 348/11, NZM 2012, 389; OLG Saarbrücken, Beschluss vom 7.11.2011, 5 W 214/11-96, ZWE 2012, 132.

anteils mit Sondereigentum an Räumen. Da § 12 WEG als Ausnahmevorschrift zu § 137 Satz 1 BGB eng auszulegen ist,²⁷ scheidet eine erweiternde Auslegung auf die bloße Veränderung von Miteigentumsquoten aus. Entgegen der herrschenden Meinung²⁸ ist eine solche Übertragung somit zustimmungsfrei.²⁹

2. Abgrenzung zu anderen Fällen der Rechtsnachfolge

Eine Zustimmung ist immer nur für ein Rechtsgeschäft erforderlich, bei dem das Eigentum durch Auflassung übergeht. Werden andere Rechtsfiguren gewählt, die jemand eine Beteiligung am Eigentum durch Vorgänge außerhalb des Grundbuchs verschaffen, bedarf es keiner Zustimmung.

Nicht unter § 12 WEG fällt demnach eine Gesamtrechtsnachfolge und Rechtsübertragung kraft Gesetzes wie Erbfolge und Enteignung³⁰ oder Verschmelzung, Spaltung sowie Ausgliederung nach dem UmwG.³¹ Auch die Übertragung eines Anteils an einem gesamthänderisch gehaltenen Vermögen, wie eine Erbteilsabtretung oder die Übertragung eines GbR-Anteils, unterfällt nicht § 12 WEG.³² Gleiches gilt für die Vereinbarung einer Gütergemeinschaft oder das Ausscheiden aus einer Erbengemeinschaft durch Abschichtung. Die Eintragung einer Eigentumsvormerkung ist noch nicht als Veräußerung im Sinne des § 12 Abs. 1 WEG zu verstehen. Aus diesem Grund kann für die Eintragung einer Vormerkung ein Zustimmungserfordernis durch Regelung in der Gemeinschaftsordnung nicht begründet werden.³³ Denkbar ist aber eine rein schuldrechtlich wirkende diesbezügliche Vereinbarung.

3. Teleologische Reduktion für bestimmte Fälle der Veräußerung?

Für die Frage, ob eine Veräußerung im Sinne des § 12 WEG vorliegt, ist aufgrund der erforderlichen sachenrechtlichen Klarheit eine formale Betrachtungsweise, nicht hingegen eine Interessenabwägung geboten. Auch wenn der Zweck einer Veräußerungsbeschränkung der Schutz der Gemeinschaft vor problematischen Erwerbern ist, kann dieses Kriterium bei der Anwendung im Einzelfall keine Rolle spielen, weil anderenfalls die Bewertung des Einzelfalls in den Entscheidungsspielraum des Grundbuchamtes gestellt wäre. Dies ist mit den formalen Verfahrensgrundsätzen des Grundbuchrechts nicht zu vereinbaren und würde im Übrigen das Grundbuchamt

auch überfordern.³⁴ Entscheidend ist somit nur, ob es zu einer rechtsgeschäftlichen Übertragung von (Mit-)Eigentum an einem Wohnungseigentumsrecht kommt. In den Fällen, in denen ein Teil der Rechtsprechung über eine Interessenabwägung entgegen der hier vertretenen Ansicht eine Ausnahme von § 12 WEG macht, wird stattdessen in aller Regel ein Anspruch auf Zustimmung bestehen.

Das Zustimmungserfordernis gilt mithin auch für Veräußerungen an Mitglieder der Wohnungseigentümergeinschaft.³⁵ Zwar ist in diesem Fall der Erwerber kein fremder Dritter, jedoch kommt es zu einer Eigentumsübertragung durch Auflassung. Zudem können die Wohnungseigentümer ein berechtigtes Interesse daran haben, zu verhindern, dass der Erwerber mit dem Hinzuerwerb zusätzliche Lasten- und Kostentragungspflichten übernimmt und seinen Einfluss in der Gemeinschaft erhöht.³⁶ Sind mehrere Personen Eigentümer eines Wohnungseigentumsrechts, sind auch gegenseitige Übertragungen von Mitberechtigungen an diesem Recht zustimmungspflichtig.

Eine (einzige) Ausnahme gilt bei einer Veräußerung aller Wohnungseigentumsrechte an einen Erwerber. In diesem Fall ist – auch für das Grundbuchamt – ersichtlich, dass der Schutzbereich des § 12 WEG nicht eröffnet sein kann.³⁷ Zum einen liegt in der Veräußerung aller Einheiten durch die bisherigen Wohnungseigentümer die Zustimmung zu dieser Veräußerung, zum anderen endet spätestens mit dem Erwerb aller Einheiten durch einen Erwerber die Wohnungseigentümergeinschaft und damit die Anwendbarkeit des § 12 WEG. Etwas anderes gilt aber bei Veräußerung eines Wohnungseigentumsrechts an die Wohnungseigentümergeinschaft als Verband.³⁸

Auch der Anlass für die Veräußerung spielt für die Frage des Zustimmungsvorbehalts keine Rolle. Daher unterliegt eine Veräußerung auch dann dem Zustimmungserfordernis, wenn sie durch die Geltendmachung eines Vorkaufsrechts zustande kommt.³⁹ Selbst die Rückübertragung von Wohnungseigentum bedarf der Zustimmung, falls sich die Vertragsparteien auf eine Rückabwicklung geeinigt haben, oder sie aufgrund eines durch Vormerkung gesicherten, in das Belieben des Berechtigten gestellten Rückübertragungsanspruchs erfolgt.⁴⁰ Das Gegenteil gilt aber für die Rückabwicklung eines Übertragungsvertrags nach wirksamer Anfechtung bzw. aufgrund entsprechender Gestaltungserklärung (Rücktritt, Geltendmachung des sog. großen Schadenersatzes), weil ansonsten dem Käufer die ihm gesetzlich eingeräumten Rechte beschnitten würden und der Zweck des § 12 WEG nicht darin liegt, unliebsamen Wohnungseigentümern den Wiedereintritt in die Gemeinschaft trotz entgegenstehender gerichtlicher Entscheidung zu verwehren.⁴¹

²⁷ OLG Karlsruhe, Beschluss vom 25.6.2012, 14 Wx 30/11, NZM 2013, 196; OLG Saarbrücken, Beschluss vom 7.11.2011, 5 W 214/11-96, ZWE 2012, 132; OLG Hamm, Beschluss vom 6.3.2012, I-15 W 96/11, NotBZ 2012, 274.

²⁸ KG, Beschluss vom 1.3.2011, 1 W 57/11, NZM 2012, 317; OLG Hamm, Beschluss vom 14.8.2001, 15 W 268/00, NZM 2001, 953; *Wenzel*, ZWE 2008, 71, offengelassen von DNotI-Report 2015, 165.

²⁹ *Hügel/Elzer*, WEG, § 12 Rdnr. 23.

³⁰ KG, Beschluss vom 26.5.2014, 1 W 55/14, ZWE 2014, 311; *Hügel*, ZWE 2006, 180; *Wenzel*, ZWE 2008, 71.

³¹ OLG Jena, Beschluss vom 5.7.2013, 9 W 287/13, ZWE 2014, 123; LG Darmstadt, Beschluss vom 24.9.2007, 26 T 9/07, Rpfleger 2008, 21; *Hügel/Scheel*, Rechtshandbuch Wohnungseigentum, 3. Aufl. 2011, Teil 15 Rdnr. 10.

³² OLG Celle, Beschluss vom 29.3.2011, 4 W 23/11, ZWE 2011, 270; OLG München, Beschluss vom 12.4.2007, 32 Wx 64/07, DNotZ 2007, 950; ausf. hierzu *Wenzel*, ZWE 2008, 71.

³³ OLG Hamm, Beschluss 19.10.2011, 15 W 348/11, NZM 2012, 389; BayObLG, Beschluss vom 3.7.1964, BReg. 2 Z 90/64, NJW 1964, 1962; *Bärmann/Suilmann*, WEG, § 12 Rdnr. 19.

³⁴ *Hügel/Elzer*, WEG, § 12 Rdnr. 28; vgl. auch OLG Hamm, Beschluss vom 28.8.2006, 15 W 15/06, ZMR 2007, 212.

³⁵ KG, Beschluss vom 1.3.2011, 1 W 57/11, NZM 2012, 317; OLG Hamm, Beschluss vom 14.8.2001, 15 W 268/00, NZM 2001, 953.

³⁶ OLG Nürnberg, Beschluss vom 31.8.2015, 15 W 788/15, BeckRS 2015, 17310; KG, Beschluss vom 1.3.2011, 1 W 57/11, NZM 2012, 317; BayObLG, Beschluss vom 9.3.1977, BReg 2 Z 79/76, Mitt-BayNot 1977, 122.

³⁷ OLG Hamm, Beschluss vom 6.3.2012, I-15 W 96/11, ZWE 2012, 276; OLG Saarbrücken, Beschluss vom 7. 11. 2011, 5 W 214/11-96, ZWE 2012, 132; *Bärmann/Suilmann*, WEG, § 12 Rdnr. 19.

³⁸ A. A. OLG Hamm, Beschluss vom 20.10.2009, 15 Wx 81/09, NZM 2009, 914; *Schneider*, Rpfleger 2008, 292.

³⁹ *Wenzel*, ZWE 2008, 72.

⁴⁰ OLG Hamm, Beschluss vom 19.10.2011, 15 W 348/11, NZM 2012, 389; OLG Hamm, Beschluss vom 6.7.2010, 15 Wx 355/09, NZM 2011, 157; BayObLG (2. ZS), Beschluss vom 22.12.1976, BReg. 2 Z 20/76, BayObLGZ 1976, 328.

⁴¹ OLG Hamm, Beschluss vom 19.10.2011, 15 W 348/11, NZM 2012, 389; OLG Hamm, Beschluss vom 6.7.2010, 15 Wx 355/09, NZM 2011, 157.

4. Weitere Einzelfälle

Ob die Verauerung entgeltlich oder unentgeltlich erfolgt, ist bedeutungslos, es sei denn das Zustimmungserfordernis ist ausdrücklich an einen ‚Verkauf‘ geknüpft.⁴² Deshalb bedarf die Schenkung eines Wohnungseigentums keiner Zustimmung, wenn die Verauerung ausdrücklich nur für einen Verkauf vereinbart ist.⁴³

Ist eine Ausnahme vom Zustimmungsvorbehalt für die Verauerung an Ehegatten vorgesehen, erfasst diese nicht eine Übertragung an den geschiedenen Ehegatten nach Rechtskraft der Scheidung.⁴⁴

Bedarf eine Verauerung der Zustimmung mit Ausnahme einer Verauerung an Verwandte, erfasst die Ausnahme nicht die Verauerung an eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, deren Gesellschafter alle miteinander verwandt sind.⁴⁵

Ist die Verauerung des Wohnungseigentums von der Zustimmung des Verwalters mit Ausnahme der Erstverauerung abhängig, ist diese Ausnahme ‚verbraucht‘, wenn die teilende Eigentümerin eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist und die entstandenen Wohnungseigentumsrechte auf ihre Gesellschafter übertragen werden. Die weitere Verauerung von einem Gesellschafter auf einen Dritten ist danach zustimmungspflichtig.⁴⁶

Die Übertragung des Wohnungseigentums von einer Erbengemeinschaft auf einen der Miterben ist eine Verauerung im Sinne von § 12 Abs. 1 WEG,⁴⁷ auch wenn sie der Auseinandersetzung nach §§ 2042 ff. BGB dient.⁴⁸ Selbst die Übertragung eines Wohnungseigentums von einer Erbengemeinschaft auf sämtliche Erben zu Bruchteilen stellt eine Verauerung dar, weil nur auf den formalen Verauerungsvorgang und nicht auf die Interessenlage der Beteiligten abgestellt werden kann.⁴⁹ Es wird aber in aller Regel ein Anspruch auf Zustimmung bestehen.

Auch die Eigentumsübertragung von einer GmbH & Co. KG auf ihre beiden alleinigen Kommanditisten bedarf der Zustimmung.⁵⁰

Erlaubt die Verauerungsbeschrankung Ausnahmen bei der Verauerung an Abkömmlinge des Eigentümers, greift diese Klausel auch, wenn dessen Erben das Wohnungseigentum an einen Abkömmling übertragen.⁵¹

V. Zustimmungsberechtigter

Nach § 12 Abs. 1 WEG kann die Verauerung von der Zustimmung anderer Wohnungseigentümer oder eines Dritten abhan-

gig gemacht werden. Nicht selten entstehen im Rahmen der Einholung der Zustimmung durch den Notar Schwierigkeiten im Hinblick auf die Person des Zustimmungsberechtigten, weil die Bestimmung in der Gemeinschaftsordnung nicht eindeutig klar gefasst ist. Die Ergebnisse solcher Auslegungen durch die Gerichte lassen sich nicht immer klar vorhersehen. Die nachfolgenden Grundsätze sind das Auslegungsergebnis diverser Formulierungen durch die angerufenen Gerichte. Sie bieten daher eine Orientierungshilfe, können aber nicht als feststehende und verbindliche Maxime verstanden werden.

1. Wohnungseigentümer

Als Zustimmungsberechtigter können alle, einer oder eine bestimmte Anzahl von Wohnungseigentümern vereinbart werden. Möglich ist auch, die jeweiligen Mitglieder des Verwaltungsbeirats zu Zustimmungsberechtigten zu bestimmen, wobei deren Bestellung in der Praxis zahlreiche Probleme mit sich bringt⁵² und daher sinnvollerweise vermieden wird. Soweit sich die Zusammensetzung der Wohnungseigentümer verändert, sind immer die jeweiligen Wohnungseigentümer zum Zeitpunkt der Zustimmungserteilung zur Zustimmung berechtigt und verpflichtet; die Zustimmung eines früheren Wohnungseigentümers reicht demgegenüber nicht aus.⁵³ Ändert sich nach Erteilung der Zustimmung durch den Wohnungseigentümer dessen Eigentümerstellung, gelten die Ausführungen zur Änderung in der Person des Verwalters entsprechend.⁵⁴

Die Verauerung kann auch von einem Mehrheitsbeschluss der Wohnungseigentümer abhängig gemacht werden. Stets ist jedoch – ggf. durch Auslegung – zu klären, wer konkret zustimmungsberechtigt ist. Sieht die Gemeinschaftsordnung allgemein die Zustimmung der anderen Wohnungseigentümer als erforderlich an, kann deren Zustimmung grundsätzlich nicht durch einen Mehrheitsbeschluss in der Wohnungseigentümerversammlung erteilt werden;⁵⁵ erst recht besteht keine Zuständigkeit der Wohnungseigentümergemeinschaft als Verband für die Zustimmungserteilung. Die Zustimmung der anderen bzw. übrigen Wohnungseigentümer kann nämlich nur im Sinne einer eigenständigen Zustimmungserklärung eines jeden Eigentümers verstanden werden. Solche rechtsgeschäftlichen Zustimmungserklärungen können nicht durch einen Mehrheitsbeschluss ersetzt werden. Hierfür fehlt eine Beschlusskompetenz. Ein gleichwohl in diesen Fällen erteilter Zustimmungsbeschluss ist mangels Beschlusskompetenz nichtig.⁵⁶

2. Dritter

a) Allgemein

Auch ein Dritter, also ein Nichtwohnungseigentumer, kann zur Erteilung der Zustimmung berechtigt werden. Meist wird es sich hier um den Verwalter handeln. Die Verauerung kann aber ebenso von der Zustimmung eines Grundpfandrechtsglaubigers abhängig gemacht werden, da es sich bei einer Vereinbarung nach § 12 WEG um eine Verauerungsbe-

⁴² KG, Beschluss vom 26.5.2014, 1 W 55/14, ZWE 2014, 311; Beschluss vom 24.5.2012, 1 W 121/12NZM 2013, 239.

⁴³ KG, Beschluss vom 17.8.2010, 1 W 97/10, ZMR 2011, 399.

⁴⁴ KG, Beschluss vom 1.3.2011, 1 W 57/11, NZM 2012, 317.

⁴⁵ KG, Beschluss vom 18.10.2011, 1 W 566-571/11, ZWE 2012, 41.

⁴⁶ KG, Beschluss vom 26.5.2014, 1 W 55/14, ZWE 2014, 311.

⁴⁷ OLG Nürnberg, Beschluss vom 31.8.2015, 15 W 788/15, BeckRS 2015, 17310; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 25.6.2012, 14 Wx 30/11, NZM 2013, 196; KG, Beschluss vom 28.2.2012, 1 W 43/12, DNotZ 2012, 621.

⁴⁸ KG, Beschluss vom 28.2.2012, 1 W 43/12, DNotZ 2012, 621.

⁴⁹ *Staudinger/Kreuzer*, WEG, § 12 Rdnr. 19; a. A. OLG Karlsruhe, Beschluss vom 25.6.2012, 14 Wx 30/11, NZM 2013, 196; LG Lübeck, Entscheidung vom 20.12.1990, 7 T 774/90, Rpfleger 1991, 201; *Bärmann/Suilmann*, WEG, § 12 Rdnr. 17.

⁵⁰ OLG Hamm, Beschluss vom 28.8.2006, 15 W 15/06 ZMR 2007, 212.

⁵¹ KG, Beschluss vom 28.2.2012, 1 W 43/12, DNotZ 2012, 621.

⁵² Vgl. hierzu OLG Hamm, Beschluss vom 13.3.2013, I-15 W 311/12, ZWE 2013, 329; *Hogenschurz*, ZMR 2014, 774.

⁵³ OLG Saarbrücken, Beschluss vom 7.11.2011, 5 W 214/11-96, ZWE 2012, 132; OLG Celle, Beschluss vom 19.1.2005, 4 W 14/05, NZM 2005, 260.

⁵⁴ Siehe hierzu VI. 1 dieses Beitrages.

⁵⁵ *Rieckel/Schmid/Schneider*, WEG, § 12 Rdnr. 77; *Staudinger/Kreuzer*, WEG, § 12 Rdnr. 20; a. A. *Bärmann/Suilmann*, WEG, § 12 Rdnr. 23; *Weitmauer/Lüke*, WEG, 9. Aufl. 2005, § 12 Rdnr. 5.

⁵⁶ *Hügel/Elzer*, WEG, § 12 Rdnr. 35.

schränkung und nicht um ein Veräußerungsverbot handelt, somit durch eine solche Regelung keine Verpflichtung im Sinne von § 1136 BGB begründet wird, vielmehr eine Veräußerung im Rahmen von § 12 Abs. 2 WEG weiterhin möglich bleibt.⁵⁷ Aber auch andere Dritte, zum Beispiel der aufteilende Bauträger⁵⁸, können als Zustimmungsberechtigter vereinbart werden.

b) Verwalter

Meist wird die Erteilung einer in der Gemeinschaftsordnung vorgesehenen Veräußerungszustimmung auf den Verwalter übertragen. Das Zustimmungserfordernis durch den Verwalter kann auch so ausgestaltet werden, dass bei Verweigerung durch den Verwalter oder fehlender Entscheidung innerhalb einer bestimmten Frist die Entscheidung durch die Wohnungseigentümer erfolgen soll.⁵⁹

Der Verwalter nimmt bei der Ausübung seiner Zustimmungsbefugnis nach Ansicht der Rechtsprechung meist kein eigenes Recht wahr, sondern ein solches der Wohnungseigentümer, als deren Stellvertreter er handelt.⁶⁰ (Nur) in einem solchen Fall können die Wohnungseigentümer – auch ohne eine Vorlage des Verwalters oder des betroffenen Wohnungseigentümers – dessen Zustimmungsbefugnis an sich ziehen und die Zustimmung des Verwalters ersetzen.⁶¹ Zuständig für solche Entscheidungen ist, weil es sich um eine allgemeine Verwaltungsangelegenheit im Sinne von § 21 Abs. 3 WEG handelt, die Eigentümerversammlung, die mit Mehrheit an Stelle des Verwalters über die – an sich diesem – übertragene Verwaltungsangelegenheit beschließt.⁶² Dies ist jedoch stets eine Frage des Einzelfalls, so dass auch eigenes Zustimmungsrecht des Verwalters möglich und zulässig ist, das nur durch diesen ausgeübt werden kann.⁶³

Ist im Einzelfall ein zustimmungsberechtigter Verwalter nicht bestellt, ist die Zustimmung der anderen Wohnungseigentümer erforderlich und ausreichend.⁶⁴ Es bedarf hierzu auch keines förmlichen Beschlusses; die Erklärung aller übrigen Wohnungseigentümer reicht aus.⁶⁵ Daneben ist aber auch ein Beschluss der Wohnungseigentümer möglich, sofern das Zustimmungsrecht des Verwalters nicht als eigenes Zustimmungsrecht ausgestaltet ist.⁶⁶

⁵⁷ Hügel, DNotZ 2003, 527; Bärmann/Suilmann, WEG, § 12 Rdnr. 28; a. A. Weitnauer/Lüke, WEG, § 12 Rdnr. 14; Staudinger/Kreuzer, WEG, § 12 Rdnr. 20; Rieckel/Schmid/Schneider, WEG, § 12 Rdnr. 86.

⁵⁸ Hügel, DNotZ 2003, 527.

⁵⁹ Vgl. OLG Zweibrücken, Beschluss vom 18.2.1994, 3 W 200/93, NJW-RR 1994, 1103; OLG Hamm, Beschluss vom 29.9.1992, 15 W 199/92, NJW-RR 1993, 279.

⁶⁰ Vgl. BGH, Beschluss vom 11.10.2012, V ZB 2/12, NJW 2013, 299 Rdnr. 13; Urteil und Versäumnisurteil vom 20.7.2012, V ZR 241/11, NJW 2012, 3232 Rdnr. 13; Urteil vom 13.5.2011, V ZR 166/10, ZWE 2011, 321.

⁶¹ BGH, Beschluss vom 11.10.2012, V ZB 2/12, NJW 2013, 299; Urteil und Versäumnisurteil vom 20.7.2012, V ZR 241/11, NJW 2012, 3232; Urteil vom 13.5.2011, V ZR 166/10, ZWE 2011, 321.

⁶² BGH, Beschluss vom 11.10.2012, V ZB 2/12, NJW 2013, 299 Rdnr. 14.

⁶³ BGH, Urteil vom 13.5.2011, V ZR 166/10, ZWE 2011, 321 Rdnr. 9; Abramenko, MietRB 2012, 218.

⁶⁴ BGH, Urteil und Versäumnisurteil vom 20.7.2012, V ZR 241/11, NJW 2012, 3232; OLG Jena, Beschluss vom 5.7.2013, 9 W 287/13, ZWE 2014, 123.

⁶⁵ BGH, Urteil und Versäumnisurteil vom 20.7.2012, V ZR 241/11, NJW 2012, 3232; OLG Jena, Beschluss vom 5.7.2013, 9 W 287/13, ZWE 2014, 123.

⁶⁶ A. A. Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten/Kümmel, WEG, § 12 WEG Rdnr. 26.

Die Zustimmung des Verwalters zu einer Veräußerung, bei der er selbst Vertragspartei des Veräußerungsvertrages ist, scheidet an § 181 BGB.⁶⁷

3. Klare Bestimmung

Es darf nochmals wiederholt werden, dass klare Bestimmungen zum Zustimmungsberechtigten die Abwicklung von Veräußerungsverträgen über Wohnungseigentum erheblich erleichtern. Widrigenfalls muss sich der Notar erst gerichtlichen „Rat“ einholen, wen er zu kontaktieren hat. So soll zum Beispiel eine Bestimmung in einer Teilungserklärung, dass zur Veräußerung eines Wohnungseigentums die Zustimmung der „Mehrheit der übrigen Wohnungseigentümer“ erforderlich ist, dahin auszulegen sein, dass als zustimmungsberechtigt die Eigentümerversammlung bezeichnet wird, die darüber im Rahmen ordnungsgemäßer Verwaltung mit der dafür in der Gemeinschaftsordnung vorgesehenen Mehrheit zu entscheiden habe.⁶⁸ Sprachlich eindeutige Regelungen in der Gemeinschaftsordnung machen solche Hürdenläufe gegenstandslos.

VI. Zustimmung

1. Dogmatische Einordnung und deren Bedeutung

Auf die Zustimmung nach § 12 WEG sollten nach früher überwiegender Meinung, insbesondere der bis vor wenigen Jahren einhelligen Rechtsprechung,⁶⁹ die §§ 182 ff. BGB anzuwenden sein. Folge einer solchen Einordnung ist, dass die Zustimmung nach § 182 Abs. 1 BGB wirksam wird mit Erklärung gegenüber einer Vertragspartei, bedingungsfeindlich ist, schon vor Vertragsabschluss erteilt werden kann⁷⁰ und bis zum Abschluss gemäß § 183 Satz 1 BGB widerrufbar bleibt.⁷¹ Da wegen § 12 Abs. 3 WEG bis zur Erteilung der Zustimmung sowohl der schuldrechtliche als auch der dingliche Vertrag schwebend unwirksam sind,⁷² bedeutet dies zudem, dass die Zustimmung zu beiden Rechtsgeschäften vorliegen muss, bis die dingliche Einigung gemäß § 873 Abs. 2 BGB bindend geworden und der Umschreibungsantrag beim Grundbuchamt eingegangen ist. Da wiederum die Veräußerungszustimmung von der zum Zeitpunkt des Rechtswechsels berechtigten Person stammen muss, verhindert ein Wechsel in der Person des Zustimmungsberechtigten bis zu diesem Zeitpunkt den Rechtserwerb.⁷³ Auch die erfolgreiche Anfechtung der Ver-

⁶⁷ LG Hagen, Beschluss vom 29.9.2006, 3 T 472/06, RNotZ 2007, 349; Böttcher, NJW 2008, 2094; a. A. KG, Beschluss vom 3.2.2004, 1 W 244/03, DNotZ 2004, 391; BayObLG, Beschluss vom 26.6.1986, BReg. 2 Z 54/85, NJW-RR 1986, 1077.

⁶⁸ OLG Hamm, Beschluss vom 16.7.2015, I-15 W 294/15, NZM 2015, 827.

⁶⁹ OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 13.12.2011, 20 W 321/11, ZMR 2012, 383; OLG Saarbrücken, Beschluss vom 7.11.2011, 5 W 214/11, ZMR 2012, 381; OLG Hamm, Beschluss vom 12.5.2010, 15 W 139/10, NZM 2010, 709; KG, Beschluss vom 31.3.2009, 1 W 209/05, ZMR 2009, 784; OLG Celle, Beschluss vom 19.1.2005, 4 W 14/05, NZM 2005, 260.

⁷⁰ OLG Brandenburg, Beschluss vom 12.1.2008, 5 Wx 49/07, ZMR 2009, 703; BayObLG, Beschluss vom 12.8.1991, BReg. 2 Z 107/91, DNotZ 1992, 229.

⁷¹ OLG Hamburg, Beschluss vom 15.3.2011, 13 W 15/1, ZWE 2011, 408; BayObLG, Beschluss vom 12.8.1991, BReg. 2 Z 107/91, DNotZ 1992, 229.

⁷² BGH, Beschluss vom 8.7.1960, V ZB 8/59, NJW 1960, 2093; OLG Köln, Urteil vom 15.3.1996, 19 U 139/95, NJW-RR 1996, 1296.

⁷³ OLG Hamm, Beschluss vom 12.5.2010, 15 W 139/10, NZM 2010, 709; KG, Beschluss vom 31.3.2009, 1 W 209/05, ZMR 2009, 784; OLG Celle, Beschluss vom 19.1.2005, 4 W 14/05, NZM 2005, 260.

walterbestellung lässt nach dieser Ansicht eine bereits erteilte Zustimmung entfallen.⁷⁴ Eine durch den Verwalter erteilte Veräußerungszustimmung wäre damit nur dann für den Rechtserwerb ausreichend, wenn die Verwalterbestellung bis zu dem nach § 878 BGB entscheidenden Zeitpunkt weiterbesteht.

Die hierdurch bedingten Risiken können im Rahmen eines Kaufvertrages durch den Notar nicht komplett ausgeschaltet werden. Erfolgt bis zur Eigentumsumschreibung ein Wechsel in der Person des Zustimmungsberechtigten, ist die Eigentumsumschreibung auf den Käufer trotz evtl. bereits erfolgter Kaufpreiszahlung nicht mehr sichergestellt. Eine Lösung dieses Problems könnte scheinbar darin liegen, dass man ausnahmsweise in solchen Fällen den Kaufvertrag über ein Notaranderkonto abwickelt und erst nach erfolgter Eigentumsumschreibung der Kaufpreis an den Verkäufer ausgekehrt wird. Aber auch dann wird der Notar und das Grundbuchamt nicht immer mit Sicherheit beurteilen können, ob die Zustimmungserklärung vom tatsächlich Berechtigten stammt. Trägt das Grundbuchamt in Unkenntnis eines Verwalterwechsels den Käufer in das Grundbuch als Eigentümer ein und zahlt der Notar hierauf den Kaufpreis aus, bedeutet dies eben nicht den Eigentumserwerb durch den Käufer, weil das dingliche Rechtsgeschäft weiterhin schwebend unwirksam ist. Insgesamt ein sehr brüchiges Eis, auf dem man sich als Notar bei einem solchen Verständnis bewegt.

Eine Veräußerungsbeschränkung nach § 12 WEG bedeutet indes kein Veräußerungsverbot im Sinne einer rechtsgeschäftlichen Verfügungsbeschränkung. Vielmehr wird das Erfordernis einer Zustimmung durch die Eintragung im Grundbuch zum Inhalt des betroffenen Sondereigentums.⁷⁵ Damit stellt sie eine Beschränkung des Rechtsinhalts dar, auf die § 878 BGB nicht anzuwenden ist.⁷⁶ Diese Beschränkung kann man als „Fungibilitatsbeschrankung“ bezeichnen.⁷⁷ Folge eines solchen Verständnisses ist, dass die Zustimmung wirksam ist und nicht mehr widerrufen werden kann, sobald sie gegenüber den Vertragsparteien oder dem zum Vollzug beauftragten Notar erklärt und der schuldrechtliche Vertrag geschlossen ist. Eine einmal erteilte Zustimmung ist somit nicht widerrufbar. Auch eine Veränderung der Rechtstellung des Zustimmenden nach erteilter Zustimmung, aber vor Vollzug der Veräußerung im Grundbuch ist bedeutungslos.

Der BGH folgt – nur im Ergebnis – der neueren Meinung, ohne sich aber in der Begründung einer der beiden Ansichten anzuschließen. Der BGH meint, Wohnungseigentümer können eine nach der Gemeinschaftsordnung erforderliche Zustimmung des Verwalters stets durch eigene Beschlussfassung in der Eigentümerversammlung ersetzen. Die Zustimmung des Verwalters wirke jedenfalls deshalb fort, weil sie eine Entscheidung ersetzt, die – ohne die Übertragung der Zustimmungsbefugnis auf ihn – von den anderen Wohnungseigentümern (allen mit Ausnahme des Veräußerers) durch Beschluss zu treffen wäre.⁷⁸ Ein Beschluss, mit dem die Zustimmung erteilt wird, sei gemäß § 10 Abs. 4 Satz 1 WEG auch für

Sonderrechtsnachfolger bindend und von dem Grundbuchamt zu beachten.⁷⁹ Für den Fall, dass dem Verwalter die Erteilung der Zustimmung eindeutig als eigenes, nur von ihm wahrnehmbares Recht zugewiesen ist, trägt diese Begründung allerdings nicht und harrt noch einer Entscheidung durch den BGH.

2. Form der Zustimmung

Die Zustimmung ist formfrei, bedarf jedoch wegen § 29 GBO der öffentlichen Beglaubigung. Die Zustimmung eines Verwalters bedarf des Nachweises seiner Ernennung nach § 26 Abs. 3 WEG.⁸⁰ Soweit die Verwalterbestellung nicht bereits aus der Teilungserklärung hervorgeht, weist der Verwalter seine Bestellung durch eine notariell beglaubigte Fassung des Beschlussprotokolls der Wohnungseigentümerversammlung mit dem Bestellungsbeschluss nach.⁸¹ Das Gleiche gilt für einen Beschluss der Wohnungseigentümer.

Sofern nichts anderes vereinbart ist, haben gemäß § 24 Abs. 6 Satz 2 WEG der Vorsitzende der Versammlung, ein Wohnungseigentümer und, falls ein Verwaltungsbeirat bestellt ist, der Vorsitzende oder sein Vertreter zu unterschreiben. Wechselt der Vorsitz während der Versammlung, haben entweder beide Vorsitzenden die Niederschrift gemeinsam zu erstellen oder zu unterzeichnen, oder jeder von ihnen hat eine Teilniederschrift zu erstellen und diese zu unterzeichnen. Das Gesetz geht davon aus, dass drei verschiedene Personen mit ihrer Unterschrift die Gewähr für die Richtigkeit der Niederschrift übernehmen und gleichsam erklären, für das Beurkundete einstehen zu wollen. Das schließt eine Vertretung nicht aus, zum Beispiel kann ein Wohnungseigentümer bei seiner Unterschrift durch seine gesetzlichen oder gewillkürten Vertreter vertreten werden. Ob die Vertretungsmacht die Unterschrift unter die Niederschrift umfasst, ist wiederum eine Frage der Auslegung.

Nach noch herrschender Meinung soll es allerdings auch möglich sein, dass eine Person für mehrere unterschreibt⁸² oder mehrmals unterschreibt, sofern sie mehrere „Funktionen“ innehat.⁸³ So soll es möglich sein, dass ein Wohnungseigentümer als „Wohnungseigentümer“ und als „Beirat“ unterschreibt, sofern der Unterschreibende seine „Doppelfunktion“ klarstellt;⁸⁴ nach anderen bedarf es nicht einmal dieser Klarstellung.⁸⁵ Ist der Beiratsvorsitzende zugleich Versammlungsvorsitzender, soll es genügen, wenn er und ein Wohnungseigentümer die Niederschrift unterschreiben; jedenfalls dann, wenn keine Anhaltspunkte bestehen, dass ein stellvertretender Verwaltungsbeiratsvorsitzender gewählt ist und an der Versammlung teilgenommen hat.⁸⁶ Unterschreiben drei Personen als „Beirat“ und der Verwalter als Versammlungsvorsitzender, soll auch das ausreichen.⁸⁷ Diese Ansichten

⁷⁴ KG, Beschluss vom 31.3.2009, 1 W 209/05, ZMR 2009, 784.

⁷⁵ § 5 Abs. 4 Satz 1 WEG.

⁷⁶ KG, Beschluss vom 28.2.2012, 1 W 43/12, ZWE 2012, 227; OLG München, Beschluss vom 27.6.2011, 34 Wx 135/11, NZM 2012, 388; OLG Düsseldorf, DNotZ 2011, 625; *Bauer/v. Oefele/Kössinger*, GBO, 3. Aufl. 2013, § 19 Rdnr. 199; *Bärmann/Suilmann*, WEG, § 12 Rdnr. 33; *Riecke/Schmid/Schneider*, WEG, § 12 Rdnr. 78; *Hügel*, ZWE 2010, 457; *F. Schmidt*, MittBayNot 1999, 366.

⁷⁷ So *Bauer/v. Oefele/Kössinger*, GBO, § 19 Rdnr. 199.

⁷⁸ Kritisch zu einer solchen Beschlusskompetenz *Hügel*, NotBZ 2013, 1; *Elzer*, MietRB 2013, 17.

⁷⁹ BGH, Beschluss vom 11.10.2012, V ZB 2/12, NJW 2013, 299 Rdnr. 14.

⁸⁰ BGH, Beschluss vom 11.10.2012, V ZB 2/12, NJW 2013, 299.

⁸¹ § 24 Abs. 6, § 26 Abs. 3 WEG.

⁸² OLG Hamm, Beschluss vom 21.12.2012, 15 W 395/12, ZWE 2013, 215, 216.

⁸³ *Heggen*, RNotZ 2010, 455.

⁸⁴ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.2.2010, I-3 Wx 263/09, ZWE 2010, 182.

⁸⁵ OLG Hamm, Beschluss vom 8.7.2011, 15 W 183/11, WuM 2011, 535; *Heggen*, RNotZ 2010, 456.

⁸⁶ LG Lübeck, Beschluss vom 11.2.1991, 7 T 70/91, Rpfleger 1991, 309.

⁸⁷ OLG Hamm, Beschluss vom 8.7.2011, 15 W 183/11, WuM 2011, 535.

überzeugen vor dem Hintergrund der Funktion und des Verlangens dreier Unterschriften von drei Personen, die der Funktion nach umschrieben sind, nicht.⁸⁸ Das Gesetz orientiert sich erkennbar an dem Prinzip, dass mehrere verschiedene Personen für die Niederschrift eintreten. Dieser Zweck würde verfehlt, wenn bei der Unterzeichnung eine Vertretung Mehrerer durch eine einzige Person möglich wäre.⁸⁹ Nach einer jüngeren Entscheidung des KG, kann jedenfalls der Vorsitzende des Verwaltungsbeirats nicht zugleich in dieser Funktion und als Wohnungseigentümer unterschreiben. Dies ergebe sich schon aus dem Wortlaut („und“) des § 24 Abs. 6 WEG.⁹⁰

Ausnahmen von einem nach § 12 Abs. 1 WEG vereinbarten Zustimmungserfordernis (zum Beispiel zustimmungsfreie Veräußerung unter Ehegatten) bedürfen ebenfalls des Nachweises in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO.⁹¹

3. Kosten

Die Abwicklung eines Veräußerungsvertrages über Wohnungseigentum mit bestehender Veräußerungsbeschränkung erzeugt zusätzliche Kosten. Diese werden wohl überwiegend dem Erwerber in Rechnung gestellt. Diese Praxis begegnet erheblichen Bedenken.

Zu unterscheiden sind die Kosten für die erforderliche notarielle Beglaubigung der Zustimmungserklärung und die Kosten eines etwa dem Verwalter für die Abgabe seiner Zustimmungserklärung geschuldeten Honorars.

a) Notargebühren

Gegenüber dem Notar haftet nur der Verwalter, dessen Unterschrift beglaubigt wird, als Veranlassungsschuldner für die durch die Beglaubigung seiner Erklärung entstehenden Kosten.⁹² Der Verwalter hat jedoch nach § 10 Abs. 6 Satz 3 WEG einen Rückgriffsanspruch gegen den Verband Wohnungseigentümergeinschaft.⁹³

b) Verwalterhonorar

Dem Verwalter steht mangels eines gesetzlichen Honoraranspruchs für die Bearbeitung und Erteilung der Verwalterzustimmung ein Sonderhonorar nur zu, wenn dies ausdrücklich im Verwaltervertrag mit der Wohnungseigentümergeinschaft als Vertragspartner vereinbart ist.⁹⁴ Aus diesem Grund ist auch der Verband Wohnungseigentümergeinschaft originär Schuldner einer vereinbarten Sondervergütung. Fehlt es an einer Sondervergütungsvereinbarung, gehört die Zustimmungserteilung zur normalen Verwaltertätigkeit und ist mit der regulären Verwaltervergütung abgegolten.⁹⁵

c) Verteilung und Veränderung der Kostentragung

aa) Grundsätzliche Verteilung

Die Kosten einer Zustimmungserteilung sind grundsätzlich von der Wohnungseigentümergeinschaft als Verband zu tragen. Da sie Kosten der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums darstellen, werden sie nach dem allgemeinen Umlageschlüssel des § 16 Abs. 2 WEG unter allen Wohnungseigentümern verteilt. Diese grundsätzliche Kostenverteilung ist auch interessengerecht, weil die Veräußerungszustimmung dem Schutz der anderen Wohnungseigentümer dient.

bb) Überwälzung

Oft scheint die originäre Kostenschuldnerschaft der Wohnungseigentümergeinschaft als Verband unbekannt bzw. wird von den Beteiligten als nicht sachgerecht empfunden. Ziel ist es, dem Erwerber oder Veräußerer nach dem Verursacherprinzip die Kosten zu übertragen, die mit der Veräußerung der Einheit entstanden sind.

Die Abwälzung der Kosten auf den Veräußerer oder Erwerber durch eine entsprechende Regelung im Verwaltervertrag ist unwirksam. Der Verwaltervertrag entwickelt nämlich nur Rechtsbeziehungen zwischen der Wohnungseigentümergeinschaft als Verband und dem Verwalter.⁹⁶ Da beide nicht Vertragspartner des Verwaltervertrags sind, stellt eine solche Vereinbarung einen unwirksamen Vertrag zulasten Dritter dar.⁹⁷

Ein Kostenverteilungsbeschluss gemäß § 16 Abs. 3 WEG, nach dem die Kosten für die Verwalterzustimmung vom Erwerber zu tragen sind, scheitert daran, dass ein solcher Beschluss nicht ordnungsmäßiger Verwaltung entsprechen würde. Er könnte nämlich nur mit der Abrechnung und damit mit Rückwirkung beschlossen werden. Eine rückwirkende Änderung des Umlageschlüssels scheidet jedoch aus. Denkbar ist allerdings ein – auf die Zukunft bezogener – Beschluss nach § 21 Abs. 7 WEG, mit dem die besonderen Kosten der Verwaltung dem betroffenen Wohnungseigentümer auferlegt werden.⁹⁸

Möglich ist eine Regelung in der Gemeinschaftsordnung, nach der der veräußernde Wohnungseigentümer die Kosten der Veräußerungszustimmung zu tragen hat.⁹⁹ Eine Kostentragungspflicht des Erwerbers hingegen kann nicht vereinbart werden, weil dieser zum Zeitpunkt der Kostenentstehung noch nicht Mitglied der Gemeinschaft ist.¹⁰⁰ Ist der Veräußerer in der Gemeinschaftsordnung wirksam zur Kostentragung verpflichtet, kann er seinerseits im Erwerbsvertrag die Kosten auf den Erwerber übertragen. Die jeweilige Kostentragungspflicht gilt aber immer nur im jeweiligen Rechtsverhältnis.¹⁰¹ Soll somit im konkreten Fall wirksam die Kostentragung auf den Erwerber delegiert werden, müsste zuvor durch Einsicht in die Gemeinschaftsordnung geklärt werden, ob der Veräußerer dort zur Kostentragung verpflichtet worden ist. Dies dürfte nur in seltenen Ausnahmefällen erfolgt sein, so dass es für den Regelfall an der Kostentragung durch die Wohnungseigentümergeinschaft verbleibt. Die „gelebte Praxis“ verwundet vor diesem Hintergrund etwas.

⁸⁸ Elzer, MietRB 2013, 178; Seldeneck, Info M 2013, 236.

⁸⁹ Vgl. BGH, Urteil vom 30.3.2012, V ZR 178/11, NJW 2012, 2512 Rdnr. 21.

⁹⁰ KG, Beschluss vom 20.1.2015, 1 W 580/14, ZWE 2015, 173.

⁹¹ KG, Beschluss vom 20.5.2014, 1 W 234/14 und 1 W 235-14, ZWE 2014, 310.

⁹² OLG Brandenburg, Beschluss vom 4.7.2007, 13 Wx 5/07, NotBZ 2009, 28; OLG Hamm, Beschluss vom 7.4.1989, 15 W 513/88, NJW-RR 1989, 974; Wochner, ZNotP 1998, 489.

⁹³ OLG Hamm, Beschluss vom 7.4.1989, 15 W 513/88, NJW-RR 1989, 974; Schneider/Karsten, RNotZ 2011, 239.

⁹⁴ Först, IMR 2014, 273; Füllbeck, ZMR 2012, 2.

⁹⁵ Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten/Kümmel, WEG, § 12 Rdnr. 33.

⁹⁶ BGH, Urteil vom 21.2.2014, V ZR 164/13, NJW 2014, 1447, Beschluss vom 17.11.2011, V ZB 134/11, 2012, 1152.

⁹⁷ Gottschalg, NZM 2000, 477.

⁹⁸ Hügel/Elzer, WEG, § 21 Rdnr.147.

⁹⁹ Schneider/Karsten, RNotZ 2011, 239.

¹⁰⁰ KG, Beschluss vom 20.6.1997, 24 W 1783/97, DNotZ 1998, 390; Först, IMR 2014, 273.

¹⁰¹ Vgl. KG, Beschluss vom 20.6.1997, 24 W 1783/97, DNotZ 1998, 390.

VII. Versagung der Zustimmung

1. Wichtiger Grund

Die Zustimmung darf nach § 12 Abs. 2 Satz 1 WEG nur aus wichtigem Grund versagt werden. Die Beschränkung der Versagung auf einen wichtigen Grund ist unabdingbar, eine anderslautende Bestimmung in einer Gemeinschaftsordnung somit unwirksam.¹⁰² Eine lediglich schuldrechtliche Veräußerungsbeschränkung, die gegen § 12 Abs. 2 Satz 1 WEG verstößt, ist hingegen möglich.¹⁰³ Die Wohnungseigentümer können vereinbaren, welche Tatsachen einen wichtigen Grund darstellen. Sie können dadurch aber nicht einen unwichtigen Grund zu einem wichtigen Grund erklären.¹⁰⁴

2. Definition

Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn der Erwerber im Hinblick auf seine Person oder seine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit für die anderen Wohnungseigentümer unzumutbar ist, weil aufgrund konkreter Anhaltspunkte objektiv begründete Zweifel bestehen, die erwarten lassen, dass der Erwerber nicht willens oder in der Lage sein wird, seinen Pflichten gegenüber dem Verband Wohnungseigentümergeinschaft nachzukommen und die Rechte der anderen Wohnungseigentümer zu achten.¹⁰⁵ Der wichtige Grund muss objektiv vorliegen und nicht nur subjektiv von den Wohnungseigentümern so empfunden werden. Notwendig sind konkrete Anhaltspunkte dafür, dass eine gemeinschaftswidrige Gefahr für das Funktionieren der Wohnungseigentümergeinschaft besteht,¹⁰⁶ die letztlich das weitere Zusammenleben in der Wohnungseigentümergeinschaft unzumutbar macht.

In jedem Fall muss es sich aber um Umstände von Gewicht handeln, nicht nur um Unzuträglichkeiten, persönliche Spannungen oder Vorkommnisse, wie sie in jedem Gemeinschafts- und Nachbarschaftsverhältnis immer wieder einmal auftreten können. Eigenschaften des Erwerbers, die dem Zustimmungsberechtigten lediglich unerwünscht sind, bloße Antipathie¹⁰⁷ oder reine Zweckmäßigkeitserwägungen¹⁰⁸ reichen für die Versagung nicht aus. In jedem Fall ist das Zustimmungserfordernis zugunsten des Veräußerers eng auszulegen.¹⁰⁹ Die Vor-

aussetzungen hierfür sind allerdings geringer als die für die Entziehung des Wohnungseigentums.¹¹⁰

3. Schutz gegenüber Erwerber

Der Schutz der anderen Wohnungseigentümer besteht nur gegenüber dem Erwerbsinteressenten. Die gemeinschaftswidrige Gefahr muss also ihre Ursache in der Person des Erwerbers haben, ohne dass es auf ein Verschulden dieser Person ankommt.¹¹¹ Der erforderliche wichtige Grund für eine Versagung liegt deshalb nur vor, wenn der Erwerbsinteressent für die anderen Wohnungseigentümer unzumutbar ist.¹¹² Gründe in der Person des Veräußerers, zum Beispiel dessen Hausgeldrückstände oder sonstige frühere Pflichtverstöße,¹¹³ sind nicht zu berücksichtigen, da das Eindringen neuer unerwünschter Personen und nicht die Realisierung sonst nicht durchsetzbarer Ansprüche Sinn der Vereinbarung ist.¹¹⁴ Aus diesem Grund kann die Genehmigung auch nicht als Druckmittel verwendet werden, um ein rückständiges Verwalterhonorar einzutreiben¹¹⁵ oder eine Vorschusszahlung auf künftige Wohngelder bzw. die Beglaubigungskosten für die Zustimmungserklärung bzw. den Nachweis der Verwalterbestellung durchzusetzen.¹¹⁶ Der Zustimmungsberechtigte darf auch nicht den sonstigen Inhalt der notariellen Urkunde als Verweigerungsgrund heranziehen.¹¹⁷

4. Fallgruppen

Die Verweigerungsgründe lassen sich in zwei Gruppen, nämlich in verhaltensbedingte und wirtschaftliche Gründe, einteilen.¹¹⁸

a) Mangelnde finanzielle Leistungsfähigkeit

Ein wichtiger Grund für die Verweigerung der Zustimmung zur Veräußerung eines Wohnungseigentums liegt vor, wenn zu befürchten ist, dass der Erwerber seine finanziellen Verpflichtungen gegenüber dem Verband Wohnungseigentümergeinschaft nicht erfüllen kann. Diese Vermutung ist in aller Regel begründet, wenn ein Insolvenzverfahren über das Vermögen des Erwerbsinteressenten eröffnet oder mangels Masse abgelehnt wurde, wenn er bereits eine eidesstattliche Versicherung abgeben musste oder sich in Privatinsolvenz befindet.¹¹⁹ Ein wichtiger Grund kann bereits darin liegen, dass eine erschwerte Geltendmachung von Hausgeldansprüchen

¹⁰² OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10.5.2005, 3 Wx 321/04, NZM 2005, 787.

¹⁰³ OLG München, Beschluss vom 20.9.2006, 32 Wx 139/06, ZMR 2006, 961; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10.5.2005, 3 Wx 321/04, NZM 2005, 787.

¹⁰⁴ OLG Hamm, Beschluss vom 29.9.1992, 15 W 199/92, NJW-RR 1993, 279; BayOLG, Beschluss vom 29.1.1980, BReg. 3 Z 6/80, BayObLGZ 1980, 20.

¹⁰⁵ BGH, Urteil vom 27.4.2012, V ZR 211/11, NJW 2012, 2434; OLG Köln, Beschluss vom 6.8.2009, 16 Wx 133/08 und 134/08, ZMR 2010, 54; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 27.7.2005, 20 W 493/04, NZM 2006, 380.

¹⁰⁶ OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 27.7.2005, 20 W 493/04, NZM 2006, 380; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10.5.2005, 3 Wx 321/04, NZM 2005, 787; BayObLG, Beschluss vom 16.11.1972, BReg. 2 Z 68/72, MittBayNot 1972, 291.

¹⁰⁷ OLG Köln, Beschluss vom 6.8.2009, 16 Wx 133/08 und 134/08, ZMR 2010, 54; OLG Zweibrücken Beschluss vom 8.11.2005, 3 W 142/05, ZWE 2006, 46.

¹⁰⁸ OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 27.7.2005, 20 W 493/04, NZM 2006, 380.

¹⁰⁹ OLG Saarbrücken ZMR 2012, 381; OLG Brandenburg, Beschluss vom 12.1.2008, 5 Wx 49/07, ZMR 2009, 703; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 8.11.2005, 3 W 142/05, DNotZ 2006, 295.

¹¹⁰ BayObLG, Beschluss vom 31.10.2001, 2Z BR 37/01, NZM 2002, 255; LG Köln, Urteil vom 19.3.2009, 29 S 45/08, ZMR 2009, 552.

¹¹¹ OLG Brandenburg, Beschluss vom 12.1.2008, 5 Wx 49/07, ZMR 2009, 703; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 27.7.2005, 20 W 493/04, NZM 2006, 380; BayObLG, Beschluss vom 31.10.2001, 2Z BR 37/01, NZM 2002, 255; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 18.2.1994, 3 W 200/93, NJW-RR 1994, 1103.

¹¹² BGH, Urteil vom 27.4.2012, V ZR 211/11, NJW 2012, 2434; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 27.7.2005, 20 W 493/04, NZM 2006, 380; *Bärman/Suilmann*, WEG, § 12 Rdnr. 38.

¹¹³ OLG Brandenburg, Beschluss vom 12.1.2008, 5 Wx 49/07, ZMR 2009, 703; OLG Köln, Beschluss vom 30.8.2004, 16 Wx 143/04, NZM 2004, 879.

¹¹⁴ OLG Köln, Beschluss vom 9.7.2001, 16 Wx 134/01, ZfR 2002, 144; BayObLG, NJW-RR 1993, 280.

¹¹⁵ Müller, WE 1998, 459.

¹¹⁶ Vgl. *Wenzel*, ZWE 2008, 71; *Deckert*, WE 1998, 84; Müller, WE 1998, 459.

¹¹⁷ OLG Hamburg, Beschluss vom 28.7.2004, 2 Wx 92/98, ZMR 2004, 850.

¹¹⁸ *Grziwotz*, NZM 2009, 813.

¹¹⁹ Vgl. *Liessem*, NJW 1988, 1306.

absehbar ist,¹²⁰ zum Beispiel bei fehlendem festen Wohnsitz, fehlender Zustellungsadresse oder problematischer Zustellung im Ausland. Entscheidend ist aber allein die finanzielle Lage des Erwerbers, nicht sonstiger Personen aus seinem Umfeld.¹²¹

Die Zustimmung kann ferner versagt werden, wenn ein Erwerbsinteressent kein eigenes Einkommen nachweisen kann.¹²² Allerdings dürfen die Wohnungseigentümer bzw. der Verwalter bei der Entscheidung über die Versagung der Zustimmung die künftige Zahlungsunfähigkeit eines Erwerbsinteressenten wegen Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe (Student, Berufsanfänger) nicht einfach unterstellen.¹²³ Ebenso wenig kann gegenüber einem Erwerbsinteressenten in einer haftungsbeschränkten Rechtsform (GmbH, GmbH & Co. KG etc.) die Zustimmung ohne weitere Anhaltspunkte mit der Begründung verweigert werden, dass solche Gesellschaften allein aufgrund ihrer satzungsmäßigen Haftungsbeschränkung niemals ihre finanzielle Leistungsfähigkeit sicherstellen können.¹²⁴ Dies muss auch für Gesellschaften ausländischen Rechts gelten.

b) Drohendes Fehlverhalten

Einen wichtigen Grund für die Versagung der Zustimmung ist weiterhin gegeben, wenn das Verhalten oder Äußerungen des Erwerbsinteressenten eine erhebliche Störung der Hausgemeinschaft befürchten lassen. So ist die Verweigerung der Zustimmung etwa gerechtfertigt, wenn Tatsachen vorliegen, die die Annahme rechtfertigen, der Erwerber werde sich in die Wohnungseigentümergeinschaft dauerhaft nicht einfügen, insbesondere die Rechte der anderen Wohnungseigentümer missachten oder wenn er sich in der Vergangenheit bereits wiederholt gemeinschaftswidrig verhalten hat. Obwohl auch in diesen Fällen der wichtige Grund objektivierbar vorliegen muss, kommt es bei der rechtlichen Bewertung unvermeidlich auf Prognosen und Wertungen an.

Ausreichend ist ein konkretes Fehlverhalten in Form von Bedrohungen, Beleidigungen und sonstigen Übergriffen.¹²⁵ Ein wichtiger Grund kann in der Unfähigkeit des Erwerbers liegen, sich in eine Gemeinschaft einzugliedern, zum Beispiel durch nachgewiesene Streitsucht. Meinungsverschiedenheiten zwischen dem Erwerber und einem Wohnungseigentümer, persönliche Spannungen oder Vorkommnisse, wie sie bei jedem Gemeinschaftsverhältnis immer wieder einmal auftreten,¹²⁶ oder eine bloße Antipathie¹²⁷ reichen als wichtiger Grund für die Verweigerung der Zustimmung aber in der Regel nicht aus. Eine Alkohol- oder Drogensucht mit der Gefahr der Verwahrlosung der Wohnung kann genügen.

Das Zustimmungserfordernis darf jedoch nicht dazu missbraucht werden, unter dem Deckmantel eines wichtigen Grundes eine möglichst homogene oder sympathische soziale Zusammensetzung der Wohnungseigentümer zu erzwingen und bspw. kinderreiche Familien, studentische Wohngemeinschaften¹²⁸, Ausländer, Angehörige anderer Religionen oder gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften wegen ihrer Gruppenzugehörigkeit fernzuhalten.¹²⁹

Nach hier vertretener Ansicht kann die Zustimmung aus wichtigen Grund auch verweigert werden, wenn der Erwerber eines Wohnungseigentums in einer Mehrhausanlage, die abschnittsweise errichtet wird, eine durch den Veräußerer an den Bauträger erteilte Vollmacht nicht im eigenen Namen bestätigt, weil hierdurch die Realisierung des Gesamtprojekts gefährdet und damit eine erhebliche Störung der Gemeinschaft zu befürchten ist.¹³⁰

Die vor dem Erwerb angekündigte gemeinschaftswidrige Nutzung eines Wohnungseigentums als Teileigentum oder umgekehrt rechtfertigt die Versagung,¹³¹ ebenso eine die anderen Wohnungseigentümer belastende, bereits erfolgte und nicht genehmigte Vornahme einer baulichen Veränderung des gemeinschaftlichen Eigentums¹³² sowie die beabsichtigte Überlassung des Wohnungseigentums zur weiteren Benutzung an den wegen nachhaltiger Störungen des Gemeinschaftsfriedens zur Veräußerung verurteilten früheren Wohnungseigentümer.¹³³ Anders als bei den Fällen fehlender finanzieller Leistungsfähigkeit, kann demnach ein wichtiger Grund zur Versagung gegeben sein, wenn begründete Zweifel bestehen, dass ein vom Erwerber verschiedener Nutzer der Wohnung sich in die Hausgemeinschaft anpassen wird. Die Nutzung oder Mitbenutzung durch diesen Dritten muss allerdings mit hinreichender Sicherheit zu erwarten sein.¹³⁴

5. Darlegungslast/Nachforschungspflicht

Die Darlegungslast für das tatsächliche Bestehen eines Ablehnungsgrundes trägt der Zustimmungsberechtigte.¹³⁵ Entscheidend sind bei Klageerhebung die Verhältnisse zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz.¹³⁶

Der Verwalter bzw. die Wohnungseigentümer sind nicht dazu verpflichtet, vor Erteilung der Zustimmung umfassende Nachforschungen über die Person des Erwerbers oder seine finanziellen Verhältnisse anzustellen. Andererseits genügt es nicht, stets nur auf öffentlich bekannte oder gemeinschaftsbekannte Informationen zurückzugreifen.¹³⁷ Zum einen besteht eine Nachforschungspflicht, wenn sich aus den bereits vor-

¹²⁰ AG Berlin-Wedding, Urteil vom 27.8.2012, 21 b C 75/12, ZWE 2013, 127.

¹²¹ Häublein, ZMR 2014, 778.

¹²² LG Köln, Entscheidung vom 29.2.2000, 29 T 239/99, ZMR 2000, 704.

¹²³ OLG Köln, Beschluss vom 6.8.2009, 16 Wx 133/08 und 134/08, ZMR 2010, 54.

¹²⁴ OLG Brandenburg, Beschluss vom 12.1.2008, 5 Wx 49/07, ZMR 2009, 703; BayObLG, Beschluss vom 29.6.1988, BReg. 2 Z 164/87, NJW-RR 1988, 1425.

¹²⁵ OLG Köln, Beschluss vom 6.8.2009, 16 Wx 133/08 und 134/08, ZMR 2010, 54.

¹²⁶ OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 27.7.2005, 20 W 493/04, NZM 2006, 380.

¹²⁷ OLG Köln, Beschluss vom 6.8.2009, 16 Wx 133/08 und 134/08, ZMR 2010, 54; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 8.11.2005, 3 W 142/05, NZM 2006, 144.

¹²⁸ OLG Zweibrücken, Beschluss vom 17.8.1993, 3 W 141/93, MittBayNot 1994, 44.

¹²⁹ Wenzel, ZWE 2008, 71.

¹³⁰ Ausf. hierzu Hügel, DNotZ 2003, 517.

¹³¹ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 2.10.1996, 3 Wx 240/96, NJW-RR 1997, 268.

¹³² LG Köln, Urteil vom 19.3.2009, 29 S 45/08, ZMR 2009, 552.

¹³³ BayObLG, Beschluss vom 4.6.1998, 22 BR 19-98, NJW-RR 1999, 452.

¹³⁴ Häublein, ZMR 2014, 778.

¹³⁵ OLG Köln, Beschluss vom 6.8.2009, 16 Wx 133/08 und 134/08, ZMR 2010, 54; OLG Brandenburg, Beschluss vom 12.1.2008, 5 Wx 49/07, ZMR 2009, 703; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 27.7.2005, 20 W 493/04, NZM 2006, 380.

¹³⁶ OLG Köln, Beschluss vom 6.8.2009, 16 Wx 133/08 und 134/08, ZMR 2010, 54.

¹³⁷ A. A. Bärman/Suilmann, WEG, § 12 Rdnr. 31; Niefenführ/Kümmel/Vandenhouten/Kümmel, WEG, § 12 Rdnr. 50.

handenen Informationen und Materialien Anhaltspunkte für eine weitere Überprüfung ergeben.¹³⁸ Darüber hinaus hat der Zustimmungsberechtigte den Veräußerer grundsätzlich zur Person des Erwerbers zu befragen. Da nämlich der Veräußerer seinerseits verpflichtet ist, dem Zustimmungsberechtigten ihm zugängliche Informationen bezüglich des Erwerbers auszuhändigen bzw. den Erwerber sogar zu einer Selbstauskunft zu veranlassen,¹³⁹ wird man eine Pflicht zur Nachfrage beim Veräußerer durch den Zustimmungsberechtigten schwerlich verneinen können.

VIII. Wirkung der Genehmigung/Versagung

Bis zur Erteilung der Zustimmung sind nach § 12 Abs. 3 WEG sowohl der schuldrechtliche als auch der dingliche Vertrag schwebend unwirksam,¹⁴⁰ und zwar gegenüber jedermann.¹⁴¹ Die Veräußerung wird mit dem Zugang der Zustimmung rückwirkend wirksam.¹⁴² Dies gilt sowohl für den schuldrechtliche als auch für den dinglichen Vertrag, sie erfolgt also immer einheitlich.¹⁴³ Die Genehmigung gilt erst mit der Rechtskraft einer Entscheidung nach § 43 WEG als verweigert;¹⁴⁴ in diesem Fall sind der schuldrechtliche Vertrag und die Auflassung endgültig unwirksam.

Wird die Zustimmung durch einen Beschluss der Wohnungseigentümer erteilt, wird dieser im Regelfall auch dann bestandskräftig, wenn ein wichtiger Grund zu Unrecht angenommen worden ist.¹⁴⁵ Will sich der Veräußerer gegen die Versagung der Zustimmung wehren, muss er somit rechtzeitig Anfechtungsklage erheben.¹⁴⁶

IX. Schadenersatzansprüche

1. Schadenersatzansprüche bei verweigerter oder verspäteter Veräußerungszustimmung

Der Zustimmungsberechtigte, in der Regel der Verwalter, ist verpflichtet, seine Zustimmung unverzüglich zu erteilen, nachdem ihm alle Informationen vorliegen, derer er für die Zustimmung bedarf. Als angemessene Frist werden zwei

Wochen angesehen,¹⁴⁷ wobei dies letztlich immer eine Frage des Einzelfalls ist.

Verweigert der Zustimmungsberechtigte zu Unrecht die Veräußerungszustimmung oder zögert er deren Erteilung in der erforderlichen grundbuchtauglichen Form über den angemessenen Bearbeitungszeitraum hinaus, verletzt er schuldhaft seine Pflichten gegenüber dem verauerungswilligen Wohnungseigentümer. In einem solchen Fall ist er dem verauerungswilligen Wohnungseigentümer, nicht hingegen dem Erwerber, zum Schadenersatz verpflichtet,¹⁴⁸ weil dieser nicht Mitglied der Wohnungseigentümergemeinschaft oder Partei des Verwaltervertrages ist.¹⁴⁹

Ein Anspruch auf Erteilung der Zustimmung wird jedoch erst fällig, wenn der Veräußerer die ihm obliegenden Nachweispflichten gegenüber dem Zustimmungsberechtigten erfüllt hat. Ob er hierzu alle kaufvertraglichen Abreden offen zu legen hat, weil der Verwalter für die Zustimmungserteilung den Vertragsinhalt kennen müsse,¹⁵⁰ erscheint sehr zweifelhaft. Diesem obliegt nur die Kontrolle hinsichtlich der persönlichen und finanziellen Eignung des Erwerbers. Dafür ist die Kenntnis des gesamten Vertragsinhalts nicht erforderlich.

In Fällen, in denen ernstliche Zweifel bestehen, ob ein wichtiger Grund zur Versagung der beantragten Zustimmung vorliegt, ist ein zustimmungsberechtigter Dritter, meist der Verwalter, berechtigt, zunächst von den Wohnungseigentümern eine Weisung einzuholen. Unterlässt es der Verwalter bei zweifelhafter Rechtslage unverzüglich eine Weisung der Eigentümergemeinschaft einzuholen, so haftet er auf Ersatz des dem Veräußerer entstandenen Verzogerungsschadens.¹⁵¹

2. Schadenersatz bei fehlerhafter Zustimmung

Hat der Verwalter die Zustimmung fehlerhaft und/oder ohne vorherige Überprüfung erteilt und stellt sich dann die finanzielle oder persönliche Unzuverlässigkeit des Erwerbers heraus, kann dies Schadenersatzansprüche der Wohnungseigentümergemeinschaft als Verband als Vertragspartner des Verwalters begründen.¹⁵²

X. Erleichterte Aufhebung von Veräußerungsbeschränkungen gemäß § 12 Abs. 4 WEG

1. Allgemeines

§ 12 Abs. 4 WEG enthält eine Beschlusskompetenz zur Aufhebung von Veräußerungsbeschränkungen, die mit der WEG-Novelle 2007 neu in das WEG eingeführt wurde. Diese Kompetenz ist abweichenden Regelungen durch die Wohnungseigentümer gemäß § 12 Abs. 4 Satz 2 WEG nicht zugänglich. Auch vor dem 1.7.2007 bestehende Gemeinschaftsordnungen

¹³⁸ Froese, ZWE 2015, 391; Müller, Praktische Fragen des Wohnungseigentums, 6. Aufl. 2015, S. 91.

¹³⁹ OLG Hamburg, Beschluss vom 28.7.2004, 2 Wx 92/98, ZMR 2004, 850; OLG Köln, Urteil vom 15.3.1996, 19 U 139/95, NJW-RR 1996, 1296; KG, Beschluss vom 11.10.1989, W 4478/89, ZMR 1990, 68.

¹⁴⁰ BGH, Beschluss vom 8.7.1960, V ZB 8/59, NJW 1960, 2093; OLG Köln, Urteil vom 15.3.1996, 19 U 139/95, NJW-RR 1996, 1296.

¹⁴¹ OLG Hamm, Beschluss vom 8.3.2001, 15 W 55/01, NZM 2001, 955.

¹⁴² LG Frankfurt a. M., Urteil vom 14.11.1995, 2/14 O 101/95, NJW-RR 1996, 1080; Riecke/Schmid/Schneider, WEG, § 12 Rdnr. 73; Jennien/Grziwotz, WEG, 4. Aufl. 2015, § 12 Rdnr. 38; a. A. Bärmann/Suilmann, WEG, § 12 Rdnr. 36; Weitnauer/Luke, WEG, § 12 Rdnr. 13.

¹⁴³ Froese, ZWE 2015, 392; F. Schmidt, ZWE 2010, 396.

¹⁴⁴ OLG Hamm, Urteil vom 14.3.1996, 22 U 25/95, WuM 1997, 289.

¹⁴⁵ BGH, Urteil und Versumnisurteil vom 20.7.2012, V ZR 241/11, NJW 2012, 3232; a. A. OLG Köln, Beschluss vom 6.8.2009, 16 Wx 133/08 und 134/08, ZMR 2010, 54; OLG Brandenburg, Beschluss vom 12.1.2008, 5 Wx 49/07, ZMR 2009, 703; BayObLG, Beschluss vom 6.3.2003, 2 Z BR 90/02, NZM 2003, 481.

¹⁴⁶ A. A. OLG Köln, Beschluss vom 6.8.2009, 16 Wx 133/08 und 134/08, ZMR 2010, 54; BayObLG, Beschluss vom 6.3.2003, 2 Z BR 90/02, NZM 2003, 481.

¹⁴⁷ Bärmann/Suilmann, WEG, § 12 Rdnr. 31.

¹⁴⁸ OLG Brandenburg, Beschluss vom 12.1.2008, 5 Wx 49/07, ZMR 2009, 703; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10.5.2005, 3 Wx 321/04, NZM 2005, 787; Gottschalg, Die Haftung von Verwalter und Beirat in der Wohnungseigentümergemeinschaft, Rdnr. 244 ff.

¹⁴⁹ Hügel/Elzer, WEG, § 12 Rdnr. 76; Staudinger/Kreuzer, WEG, § 12 Rdnr. 61.

¹⁵⁰ So OLG Celle, Beschluss vom 11.8.2008, 4 W 102/08, ZMR 2009, 545.

¹⁵¹ OLG Brandenburg, Beschluss vom 12.1.2008, 5 Wx 49/07, ZMR 2009, 703; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10.5.2005, 3 Wx 321/04, NZM 2005, 787.

¹⁵² OLG Hamburg, Beschluss vom 28.7.2004, 2 Wx 92/98, ZMR 2004, 850; Abramenko, MietRB 2012, 218.

werden von dieser Regelung erfasst, so dass jede Eigentümergemeinschaft eine solche Beschlusskompetenz besitzt. Da die Aufhebung einer bestehenden Vereinbarung als „actus contrarius“ materiellrechtlich eine Vereinbarung darstellt, wäre ohne die gesetzlich Anordnung in § 12 Abs. 4 WEG auch für die Aufhebung einer Veräußerungsbeschränkung eine Vereinbarung und nicht ein Mehrheitsbeschluss erforderlich. Die Wiedereinführung einer aufgehobenen Veräußerungsbeschränkung bedarf mangels gesetzlicher Beschlusskompetenz hingegen einer Vereinbarung.

2. Mehrheitsbeschluss

Die Aufhebung der Veräußerungsbeschränkung erfolgt durch Beschluss der Wohnungseigentümer. Ausreichend für den Aufhebungsbeschluss ist eine einfache Mehrheit. Diese berechnet sich nach dem für die jeweilige Gemeinschaft geltenden Stimmrechtsprinzip. Auch wenn § 12 Abs. 4 Satz 2 WEG eine Einschränkung dieser Beschlusskompetenz verbietet, folgt daraus nicht, dass für die Berechnung der Mehrheit unabdingbar das Kopfprinzip des § 25 Abs. 2 WEG zugrunde gelegt werden muss.¹⁵³

Bei einer Mehrhausanlage kann eine bestehende Veräußerungsbeschränkung nur insgesamt aufgehoben werden. Die Aufhebung durch die Untergemeinschaft eines Hauses reicht materiellrechtlich nicht aus.¹⁵⁴

3. Grundbuchberichtigung

Konstitutiv für die Aufhebung einer bestehenden Veräußerungsbeschränkung ist das Vorliegen eines entsprechenden Aufhebungsbeschlusses. Da Beschlüsse solange gültig sind, bis sie durch eine gerichtliche Entscheidung aufgehoben worden sind, kann ab diesem Zeitpunkt auch die Grundbuchberichtigung betrieben werden. Die Bestandskraft des Eigentümerbeschlusses ist nicht Voraussetzung für die Löschung.¹⁵⁵ Die Löschung einer im Grundbuch eingetragenen Veräußerungsbeschränkung gemäß § 12 Abs. 4 Satz 3 WEG bedeutet eine Grundbuchberichtigung nach § 22 GBO.¹⁵⁶ Der Wortlaut des § 12 Abs. 4 Satz 4 WEG, der eine Bewilligung nach § 19 GBO für entbehrlich anordnet, ist unzutreffend, da es für Grundbuchberichtigungen grundsätzlich keiner Bewilligung nach § 19 GBO bedarf.¹⁵⁷

¹⁵³ LG Frankfurt/Oder, Urteil vom 13.4.2015, 16 S 133/14, ZWE 2015, 369; *Rapp*, DNotZ 2009, 347; *Wenzel*, ZWE 2008, 74; *Rieckel Schmid/Schneider*, WEG, § 12 Rdnr. 68c; a. A. *Merle*, ZWE 2009, 18; *Deckert*, ZMR 2008, 590; *Häublein*, ZMR 2007, 410; *Drasdo*, RNotZ 2007, 265; ebenso BGH, Urteil vom 10.7.2015, V ZR 198/14, NJW 2015, 3371 zum gleichgelagerten Problem bei § 16 Abs. 3 WEG.

¹⁵⁴ OLG Hamm, Urteil vom 13.6.2012, I-15 W 368/11, ZWE 2012, 489.

¹⁵⁵ OLG München, Beschluss vom 4.4.2014, 34 Wx 62/14, ZWE 2014, 267; *Drasdo*, RNotZ 2007, 265.

¹⁵⁶ OLG Hamm, Urteil vom 13.6.2012, I-15 W 368/11, ZWE 2014, 489; OLG München, Beschluss vom 9.8.2011, 34 Wx 248/11, ZWE 2011, 418; ausf. hierzu *Wilsch*, NotBZ 2007, 305.

¹⁵⁷ Vgl. *Hügel/Elzer*, WEG, § 4 Rdnr. 20; *Häublein*, ZMR 2007, 414.

Die Löschung erfolgt nur auf Antrag gemäß § 13 GBO. Antragsberechtigt für die Löschung im Grundbuch ist der jeweilige Eigentümer eines Wohnungseigentums, nicht hingegen die Wohnungseigentümergeinschaft als Verband.¹⁵⁸ Der erforderliche Unrichtigkeitsnachweis bedarf der Form des § 29 GBO, ist also durch öffentliche bzw. öffentlich beglaubigte Urkunde zu führen. Nach § 12 Abs. 4 Satz 5 WEG kann dieser Nachweis über eine entsprechende Anwendung von § 26 Abs. 3 WEG erbracht werden. Dies bedeutet, dem Grundbuchamt ist mit dem Antrag auf Löschung eine Niederschrift über den Aufhebungsbeschluss vorzulegen, wobei die Unterschriften des Sammlungsvorsitzenden und eines Wohnungseigentümers und, falls ein Verwaltungsbeirat bestellt ist, auch von dessen Vorsitzenden oder seinem Stellvertreter, öffentlich beglaubigt sein müssen. Daneben ist aber auch eine Löschung durch Bewilligung aller Wohnungseigentümer möglich.¹⁵⁹

Hingewiesen werden darf in diesem Zusammenhang, dass Berichtigung des Grundbuchs bei größeren Anlagen mit erheblichem Kostenaufwand verbunden sein kann. Da die Aufhebung der Veräußerungsbeschränkung eine Änderung des Inhalts des Sondereigentums bewirkt, werden hierdurch alle Sondereigentumseinheiten der Wohnanlage betroffen. Dies verwirklicht den Gebührentatbestand der Nr. 14160 Ziffer 5 KV GNotKG.¹⁶⁰ Demnach wird eine Gebühr von 50 € je Sondereigentumseinheit vom Grundbuchamt erhoben, was im Gesamtergebnis bei Großanlagen schnell einen fünfstelligen Eurobetrag bedeutet. Im Einzelfall muss daher abgewogen werden, ob die Anzahl der Veräußerungsfälle so hoch ist, dass eine Aufhebung der Veräußerungsbeschränkung wirtschaftlich sinnvoll erscheint.¹⁶¹

Erfolgt eine gerichtliche Aufhebung des Beschlusses, ist die Aufhebung der Veräußerungsbeschränkung rückwirkend beseitigt und die Veräußerungsbeschränkung gilt fort. Das Grundbuch, in dem die Aufhebung eingetragen war, ist dann wieder unrichtig und muss erneut berichtigt werden. Hat allerdings jemand aufgrund des Grundbuchs in dieser Zeit zustimmungsfrei erworben, war es ein wirksamer gutgläubiger Erwerb.¹⁶²

OLG München, Beschluss vom 17.7.2015, 34 Wx 137/15 Kost, BeckRS 2015, 12776; OLG München, Beschluss vom 4.4.2014, 34 Wx 62/14, ZWE 2014, 267; *Wilsch*, NotBZ 2007, 308; a. A. *Drasdo*, RNotZ 2007, 266.

¹⁵⁹ OLG München, Beschluss vom 9.8.2011, 34 Wx 248/11, ZWE 2011, 418.

¹⁶⁰ OLG München, Beschluss vom 17.7.2015, 34 Wx 137/15 Kost, BeckRS 2015, 12776; *Drasdo*, NJW-Spezial 2015, 643.

¹⁶¹ *Drasdo*, NJW-Spezial 2015, 643.

¹⁶² OLG München, Beschluss vom 4.4.2014, 34 Wx 62/14, ZWE 2014, 267; *F. Schmidt*, ZWE 2014, 269; *Wilsch*, NotBZ 2007, 309; *Drasdo*, RNotZ 2007, 267.

Zur Abgrenzung der städtebaulichen Angemessenheitskontrolle von der AGB-Inhaltskontrolle

– zugleich Anmerkung zu den Urteilen des BGH vom 26.6.2015, V ZR 144/14 und V ZR 271/14 –¹

Von Notar Dr. Carl Michael Niemeyer, Eschenbach i. d. OPf.

Nach BGH gilt jetzt: Bei Erbbaurechten ist „ewige Einheimischenbindung“ möglich. Bei Grundstücksverkäufen im Rahmen von Einheimischenmodellen muss eine Bindung hingegen zeitlich begrenzt sein. Der BGH nimmt im Rahmen der städtebaulichen Angemessenheitsprüfung somit eine Differenzierung zwischen diesen beiden verschiedenen zivilrechtlichen Rechtsinstituten vor. Ob der BGH städtebauliche Verträge zugleich einer AGB-Kontrolle unterzieht, bleibt weiter offen. Im Ergebnis ist der differenzierende Behandlung von Grundstücksverkauf und Erbbaurechtsausgabe durch den BGH im Rahmen von Einheimischenmodellen zuzustimmen. Eine solche Differenzierung ergibt sich jedoch richtigerweise nicht aus der städtebaulichen Angemessenheitskontrolle, sondern aus der parallel anwendbaren AGB-Inhaltskontrolle.

I. Einheimischenmodelle

Im Rahmen von Einheimischenmodellen vergeben Kommunen Grundstücke oder Erbbaurechte bevorzugt und regelmäßig auch verbilligt² an Einheimische.³

1. Grundintention

So wird Einwohnern, die im Ort verwurzelt sind, die Möglichkeit gegeben, im Ort zu bauen und so langfristig ihren Lebensmittelpunkt vor Ort zu behalten. Insbesondere soll auch Einheimischen, die sich andernfalls keinen Hausbau leisten könnten, die Möglichkeit hierzu gegeben werden. Die Kommunen verfolgen also mit Einheimischenmodellen kommunale, soziale und städtebauliche Zielsetzungen.⁴ Im Gegenzug wird der Erwerber im Rahmen des Verkaufs- oder Erbbaurechtsvertrages⁵ verpflichtet, den Grundbesitz innerhalb einer bestimmten Zeit zu bebauen, ihn nur in bestimmter Weise zu nutzen und über ihn nicht ohne Zustimmung der Gemeinde zu verfügen. Damit will (und muss) die Gemeinde erreichen, dass die von ihr verfolgten Ziele langfristig auch erreicht werden. Aus Sicht des Erwerbers steht also der Grundvergabe zu vorteilhaften Bedingungen der Nachteil gegenüber, dass er langfristigen Beschränkungen bei der Nutzung und Verwertung seines Eigentums unterliegt.

¹ BGH, Urteile vom 26.6.2015, V ZR 144/14, MittBayNot 2016, 179 und V ZR 271/14, MittBayNot 2016, 185 (beide in diesem Heft).

² Das ist eine zulässige Ausnahme vom kommunalrechtlichen Verbot einer Unter-Wert-Veräußerung; vgl. *Hertel* in Würzburger Notarhandbuch, 4. Aufl., Teil 6 Rdnr. 177 m. w. N.

³ Wer genau begünstigt wird, wird regelmäßig in vom Gemeinderat aufgestellten Vergaberichtlinien geregelt. Kriterien sind zum Beispiel die Dauer der Ortsansässigkeit, die Zahl der Kinder, die Mitwirkung in örtlichen Vereinen, das Einkommen bzw. Vermögen und das Vorhandensein anderweitigen Grundbesitzes in der Gemeinde. Bei diesen Vergaberichtlinien handelt es sich regelmäßig nicht um eine Satzung, sondern um sog. ermessenslenkende Verwaltungsvorschriften; vgl. *Huber/Wollenschläger*, Einheimischenmodelle, Rdnr. 38.

⁴ Ausführlicher *Huber/Wollenschläger*, Einheimischenmodelle, Rdnr. 22-25.

⁵ Es gibt unterschiedliche Ausgestaltungen des Einheimischenmodells. Beim sog. Verkaufsmodell, um das es im Folgenden alleine geht, verkauft die Gemeinde selber den Grundbesitz an Einheimische. Beim Angebotsmodell verpflichtet sich hingegen ein privater Dritter gegenüber der Gemeinde, das Grundstück nur an Einheimische zu verkaufen. Die Bestellung von Erbbaurechten durch die Gemeinde für Einheimische wird man im Rahmen dieser Systematisierung dem Verkaufsmodell zuordnen können. Vgl. überblickend zur Gestaltung *Hertel* in Würzburger Notarhandbuch, Teil 6 Rdnr. 170 ff.

2. Einheimischenmodelle als Mehrphasenmodelle

Die beiden Entscheidungen des BGH⁶ betreffen die Frage, wie lange Erwerbern Nutzungs- und Verfügungsbeschränkungen vertraglich auferlegt werden können. Die Entscheidungen betreffen also die Ausgestaltung des Grundstückskaufvertrags bzw. des Erbbaurechtsvertrags. Die Vergabe von Grundstücken im Einheimischenmodell ist jedoch ein gestufter Prozess, dessen einzelne Elemente teils dem öffentlichen Recht und teils dem Zivilrecht zugeordnet werden: Die grundsätzliche Entscheidung, welcher Erwerber zum Zug kommt, wird ganz überwiegend als öffentlichrechtlich eingestuft.⁷ Der Vertrag, mit dem das Grundstück an den Einheimischen veräußert bzw. das Erbbaurecht bestellt wird, wird hingegen als zivilrechtlicher Vertrag eingeordnet.⁸ Mit zivilrechtlichen Mitteln wird also ein öffentlicher Zweck verfolgt und abgesichert.

3. Grundstücksverkauf versus Erbbaurechtsausgabe

Grundsätzlich stehen der Gemeinde zwei unterschiedliche zivilrechtliche Handlungsformen zur Verfügung, um Nutzungs- und Verwendungsbindungen gegenüber dem Erwerber abzusichern.

a) Grundstücksverkauf

Einerseits kann die Gemeinde den Bauplatz verkaufen, d. h. das Eigentum an dem Bauplatz auf den Erwerber übertragen. Da Eigentum das grundsätzlich uneingeschränkte Nutzungs- und Verfügungsrecht vermittelt, müssen in diesem Fall zusätzliche schuldrechtliche Beschränkungen vereinbart werden. Gebräuchlich sind vor allem Wiederkaufsrechte gemäß den §§ 456 ff. BGB. Als Wiederkaufsfall wird regelmäßig der Verstoß gegen die Baupflicht, die Aufgabe der Eigennutzung und die Veräußerung oder Belastung ohne Zustimmung der Gemeinde vereinbart.⁹ Der Preis, den die Gemeinde für die Rückübertragung des Eigentums zahlen muss, muss vertrag-

⁶ BGH, Urteile vom 26.6.2015, V ZR 144/14, MittBayNot 2016, 179 und V ZR 271/14, MittBayNot 2016, 185 (beide in diesem Heft).

⁷ VG München, Urteil vom 27.12.1996, M 1 K 95.174, BayVBl 1997, 533; OVG Münster, Beschluss vom 30.6.2000, 21 E 472/00, NJW 2001, 698.

⁸ Grundlegend BVerwG, Urteil vom 11.2.1993, 4 C 18.91, BVerwGE 92, 56.

⁹ Ein komplettes Vertragsmuster findet sich bei *Hertel* in Würzburger Notarhandbuch, Teil 6 Rdnr. 169.

lich vereinbart werden.¹⁰ Weiter wird vielfach vereinbart, dass die Gemeinde berechtigt ist, anstelle des Wiederkaufs eine bestimmte Kaufpreisaufzahlung zu verlangen.¹¹

b) Erbbaurechtsausgabe

Andererseits kann die Gemeinde aber auch das Eigentum am Bauplatz zurückbehalten und für den Bauwilligen lediglich ein Erbbaurecht bestellen. In diesem Fall müssen die Verwendungsbeschränkungen gemäß § 2 Nr. 1 ErbbauRG als Inhalt des Erbbaurechts vereinbart werden. Für den Fall, dass der Erbbauberechtigte gegen diese Verwendungsbeschränkungen verstößt, muss dem Erbbaurechtsgeber ein Heimfallrecht gemäß § 2 Nr. 4 ErbbauRG eingeräumt werden. Das Zustimmungserfordernis zu Veräußerungen und zu bestimmten Belastungen kann gemäß § 5 ErbbauRG als dinglicher Inhalt des Erbbaurechts vereinbart werden.

II. Die neuen Entscheidungen des BGH

Der BGH nimmt sowohl beim Grundstücksverkauf als auch bei der Erbbaurechtsausgabe eine zweistufige Prüfung vor.¹² Auf einer ersten Ebene, der sog. Inhaltskontrolle,¹³ prüft der BGH, ob die vertragliche Regelung als solche überhaupt wirksam ist und daher die aus dem Vertrag in Anspruch genommene Rechtsposition überhaupt begründen kann. Wenn die vertragliche Regelung der Inhaltskontrolle standhält und wirksam ist, prüft der BGH im Rahmen der sog. Ausübungskontrolle, ob das in Anspruch genommene Recht in der konkreten Situation auch in Anspruch genommen werden darf. Nachfolgend interessiert die Argumentation zur Inhaltskontrolle.

1. Zum Grundstücksverkauf¹⁴

Im Ergebnis hält der BGH eine 20 Jahre überschreitende Bindungsfrist jedenfalls dann für einen Verstoß gegen das Gebot angemessener Vertragsgestaltung im Sinne des § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB, wenn dem Käufer ein nur geringer Preisnachlass gewährt wurde (im vorliegenden Fall war der Nachlass geringer als 20 Prozent des Verkehrswertes).¹⁵ Der BGH führt damit seine bisherige Rechtsprechung zur städtebaulichen Angemessenheitskontrolle fort. Bisher hatte der BGH entschieden, dass Fristen von 15 Jahren zulässig sind.¹⁶ Fristen, die 30 Jahre übersteigen, sind dagegen in aller Regel unzulässig.¹⁷ Weiter hat der BGH entschieden, dass Bindungsfristen über 20 Jahre dann verhältnismäßig sind, wenn ihnen eine

Subvention gegenübersteht, die 30 Prozent deutlich übersteigt.¹⁸ Man kann den Stand der Rechtsprechung zur städtebaulichen Angemessenheitskontrolle also wie folgt zusammenfassen: Bindungen bis zu 15 Jahren sind auch bei geringer Subventionshöhe grundsätzlich zulässig. Bindungsfristen, die 30 Jahre übersteigen, dürften im Rahmen von Grundstücksverkäufen regelmäßig unwirksam sein. Im kritischen Bereich von über 15 bis zu 30 Jahren Bindung ist eine Gegenüberstellung von Subventionsvorteil und Bindungsdauer vorzunehmen. Je mehr die Subventionshöhe 30 Prozent übersteigt, desto eher akzeptiert der BGH eine Bindung, die 15 Jahre übersteigt. Die Angemessenheitskontrolle im Sinne des § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB wird also im Kern als eine Kontrolle des Äquivalenzverhältnisses zwischen Höhe der Subvention und Dauer der Bindung verstanden.

2. Zur Erbbaurechtsausgabe¹⁹

Während der BGH mit dem vorstehend unter 1. paraphrasierten Urteil seine bisherige Rechtsprechung fortführt und konkretisiert, betritt der BGH mit dieser Entscheidung Neuland. In Erbbaurechtsverträgen können für die gesamte Dauer des Erbbaurechtsvertrages Verwendungsbeschränkungen vereinbart werden und diese auch durch Heimfallrechte abgesichert werden. Der BGH macht also mit dieser Entscheidung den Weg frei zum „ewigen Einheimischenmodell“. Diese Differenzierung in der Behandlung von Grundstücksmodell und Erbbaurechtsmodell im Rahmen der städtebaulichen Angemessenheitsprüfung begründet der BGH mit drei Argumenten: Verwendungsbeschränkungen in Erbbaurechtsverträgen liegen nicht primär städtebauliche oder subventionsrechtliche Zwecke, sondern soziale Zielsetzungen zugrunde.²⁰ Durch die Ausübung des Heimfallrechts werden dem Erbbauberechtigten lediglich für die Zukunft Subventionen entzogen.²¹ So wird verhindert, dass der Erbbauberechtigte nach dem Wegfall der Zweckbindung höhere Erträge aus der Vermietung des Erbbaurechts erzielt.²² Schließlich stützt der BGH sein Ergebnis auf die Erwägung, dass der Erbbaurechtsgeber bei Beschränkung der möglichen Bindungszeit auf die Ausgabe kurzfristiger Erbbaurechte beschränkt wäre.²³ Zur AGB-Kontrolle führt der BGH aus, dass durch die langfristige Bindung auch keine unangemessene Benachteiligung im Sinne des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB vorliege, weil dem Gesetz über das Erbbaurecht kein Leitbild zugrunde liege, dass der Erbbauberechtigte nach Belieben mit seinem Bauwerk verfahren könne²⁴ und auch die Rechte des Erbbauberechtigten nicht in einer den Zweck des Vertrages gefährdenden Weise eingeschränkt seien.²⁵

III. Zur städtebaulichen Angemessenheitskontrolle

Nachfolgend wird geprüft, ob Grundstücksverkauf und Erbbaurechtsausgabe im Rahmen der städtebaulichen Angemessenheitskontrolle grundsätzlich unterschiedlich behandelt werden können.

¹⁰ Zu rechtlichen Vorgaben für die Vereinbarung des Wiederkaufspreises siehe umfassend *Wollenschläger/Huber*, Einheimischenmodelle, Rdnr. 149-158.

¹¹ Zu Einzelheiten siehe *Grziwotz* in Beck'sches Notarhandbuch, 6. Aufl., A XI Rdnr. 20; Hinweise zur Urkundsgestaltung gibt auch *ders.*, MittBayNot 2007, 308, 309.

¹² BGH, Urteil vom 29.11.2002, V ZR 105/02, BGHZ 153, 93, 106; zuletzt BGH, Urteil vom 26.6.2015, V ZR 144/14, a. a. O.

¹³ Terminologisch sinnvoller wäre es, von Vertragswirksamkeitskontrolle im Gegensatz zur Rechtsausübungskontrolle zu sprechen, und den Begriff der Inhaltskontrolle für die spezielle Prüfung nach § 307 BGB zu reservieren, da § 307 BGB die gesetzliche Überschrift „Inhaltskontrolle“ trägt. Die Inhaltskontrolle nach § 307 BGB ist nur ein Teil der mehrgliedrigen Vertragswirksamkeitskontrolle.

¹⁴ BGH, Urteil vom 26.6.2015, V ZR 271/14, a. a. O.

¹⁵ Ziffer II. 2. d) cc) der Entscheidungsgründe.

¹⁶ BGH, Urteil vom 29.11.2002, V ZR 105/02, BGHZ 153, 93, 105. Die Entscheidung erging allerdings zu einem Zwischenerwerbmodell.

¹⁷ BGH, Urteil vom 29.10.2010, V ZR 48/10, NJW 2011, 515; BGH, Urteil vom 20.05.2011, V ZR 76/10, NJW RR 2011, 1582.

¹⁸ BGH, Urteil vom 30.9.2005, V ZR 37/05, NJW RR 2006, 298; BGH, Urteil vom 16.4.2010, V ZR 175/09, NJW 2010, 3505.

¹⁹ BGH, Urteil vom 26.6.2015, V ZR 144/14, a. a. O.

²⁰ II. 1. c) aa) der Entscheidungsgründe.

²¹ II. 1. c) bb) der Entscheidungsgründe.

²² II. 1. c) bb) der Entscheidungsgründe.

²³ II. 1. c) cc) der Entscheidungsgründe.

²⁴ II. 1. c) cc) (1) der Entscheidungsgründe.

²⁵ II. 1. c) cc) (2) der Entscheidungsgründe.

1. Städtebauliche Angemessenheitskontrolle als zivilrechtsneutrale Ergebniskontrolle

§ 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB ist Ausfluss des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und damit verfassungsrechtlich fundiert.²⁶ Verfassungsrecht ist dem einfachen Zivilrecht übergeordnet. Die zivilrechtlichen Handlungen der Verwaltung sind anhand der verfassungsrechtlichen Vorgaben zu kontrollieren. Der Richter hat also bei der Anwendung des § 11 Abs. 2 BauGB zu prüfen, ob die Bindungen, die dem Bürger vertraglich auferlegt werden, im Hinblick auf die von der Verwaltung verfolgten Ziele noch verhältnismäßig sind. Das BVerwG²⁷ und der BGH²⁸ verlangen, „*dass bei wirtschaftlicher Betrachtung des Gesamtvorgangs die Gegenleistung nicht außer Verhältnis zu der Bedeutung und dem Wert der von der Behörde erbrachten oder zu erbringenden Leistung steht und die vertragliche Übernahme von Pflichten auch ansonsten zu keiner unzumutbaren Belastung für den Vertragspartner der Behörde führt*“.

Damit zeigt sich aber auch: § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB verlangt eine Ergebniskontrolle („*wirtschaftliche Betrachtung des Gesamtvorgangs*“). Wenn aber Gegenstand der Kontrolle das Ergebnis der Gestaltung ist, ist klar, dass die Verwendung unterschiedlicher zivilrechtlicher Handlungsformen (hier Grundstücksverkauf versus Erbbaurechtsausgabe) an sich keinen Unterschied bei der Beurteilung, ob eine Gestaltung städtebaulich angemessen ist oder nicht, machen kann. Nur wenn und soweit die Verwendung unterschiedlicher zivilrechtlicher Handlungsformen im Ergebnis einen Unterschied bewirkt, kann das Ergebnis der städtebaulichen Angemessenheitskontrolle für unterschiedliche zivilrechtliche Handlungsformen unterschiedlich ausfallen.

2. Grundstücksverkauf und Erbbaurechtsausgabe in der städtebaulichen Angemessenheitskontrolle

Zunächst werden die Argumente des BGH in den Blick genommen, anschließend wird geprüft, ob grundsätzliche Unterschiede zwischen Grundstücksverkauf und Erbbaurechtsausgabe bei „*wirtschaftlicher Betrachtung des Gesamtvorgangs*“ eine differenzierende Behandlung rechtfertigen.

a) Die Argumente des BGH

Soweit der BGH behauptet, bei Erbbaurechtsgestaltungen stünden anders als bei Verkaufsgestaltungen vorwiegend soziale Motive im Vordergrund, ist das nicht richtig. Bei sämtlichen Einheimischenmodellen wird sich regelmäßig nicht nur ein handlungsleitendes Motiv finden, vielmehr wird regelmäßig ein Motivbündel für die Auflage und Ausgestaltung eines Einheimischenmodells maßgeblich sein. So kann bei Einheimischenmodellen im Wege des Erbbaurechts der soziale Zweck vollständig in den Hintergrund treten, wenn der Erbbaurechtszins anhand des realen Grundstückswertes ohne Abschläge kalkuliert wird. Umgekehrt kann auch beim Verkaufsmodell der soziale Zweck in den Vordergrund rücken, wenn dem Erwerber hohe Abschläge auf den Kaufpreis eingeräumt werden. Ob und inwieweit bei der Ausgestaltung eines

Einheimischenmodells also der soziale Zweck oder andere Zwecke im Vordergrund stehen, kann nicht pauschal aufgrund des zivilrechtlichen Handlungsinstruments beurteilt werden, sondern muss in jedem Einzelfall aufgrund der inhaltlichen Ausgestaltung des Einheimischenmodells entschieden werden.

Der BGH stellt zu Recht fest, dass durch die Ausübung des Heimfalls dem Erbbaurechtsberechtigten der Vorteil der verbilligten Erbbaurechtsausgabe für die Zukunft entzogen wird. Das Gleiche trifft aber auch für den verbilligten Grundstücksverkauf zu. Auch bei Ausübung eines Wiederkaufsrechts steht dem Erwerber das verbilligt erworbene Grundstück für die Zukunft nicht mehr zur Verfügung und er kann es nicht mehr für die Erzielung eines höheren Ertrages verwenden. Der Unterschied zwischen Erbbaurechtsausgabe und Grundstücksverkauf liegt in den unterschiedlichen Zahlungsmodalitäten. Beim Grundstücksverkauf hat der Käufer einen einmaligen Preis zu zahlen. Beim Erbbaurecht besteht der „Preis“ typischerweise im Erbbauzins, also einer wiederkehrenden Zahlung. Wiederkehrende Zahlungen lassen sich aber finanzmathematisch in einen Barwert umrechnen. Insofern dürften die unterschiedlichen Zahlungsweisen keinen wirtschaftlichen Unterschied machen, der eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigt. Praktisch evident wird die wirtschaftliche Gleichartigkeit beider zivilrechtlicher Gestaltungen dann, wenn der Grundstückskäufer finanziert. Er hat dann, gleich wie der Erbbauberechtigte, monatliche Zahlungen zu leisten, die dann allerdings an die Bank und nicht an den Erbbaurechtsgeber fließen. Ist der Kaufpreis subventioniert, wird der Finanzierungsbedarf und damit die monatliche Belastung für den Käufer geringer. Nach Wegfall der Verwendungsbindung kann der Käufer zulasten der öffentlichen Hand höhere Erträge erzielen. Im wirtschaftlichen Ergebnis dürften sich also zwischen Grundstücksverkauf und Erbbaurechtsausgabe keine wesentlichen Unterschiede ergeben. Seriös ließe sich die Tragfähigkeit der Argumentation des BGH nur durch eine finanzmathematische Analyse beider Modelle beurteilen. Meine Vermutung ist: Wenn der prozentuale Unterschied zwischen verbilligtem Kaufpreis und Verkehrswert des Grundstücks dem prozentualen Unterschied des als Barwert ausgedrückten Erbbauzins und dem Verkehrswert des Grundstücks entspricht, bestehen keine wirtschaftlichen Unterschiede zwischen Grundstücksverkauf und Erbbaurechtsausgabe.

Soweit der BGH seine Differenzierung damit rechtfertigt, dass andernfalls der Erbbaurechtsgeber zur Ausgabe kurzfristiger Erbbaurechte mit Verlängerungs- bzw. Erneuerungsoption gezwungen wäre, überzeugt das ebenfalls nicht. Wenn man Verwendungsbeschränkungen auf die gesamte Dauer von langfristigen Erbbaurechten für unzulässig hielte, wäre natürlich auch die Ausgabe kurzfristiger Erbbaurechte, bei denen dem Erbbaurechtsberechtigten die Möglichkeit der Verlängerung nur zu gleichen Konditionen – also wiederum mit den gleichen Verwendungsbeschränkungen – gegeben wäre, eine unangemessene Gestaltung. Eine unangemessene Gestaltung wird aber nicht deswegen angemessen, weil der Erbbaurechtsausgeber sonst auf andere unangemessene Gestaltungen ausweichen könnte.

b) „Wirtschaftliche Gesamtbetrachtung“ von Grundstücksverkauf und Erbbaurechtsausgabe

Das Erbbaurecht ist von seiner zivilrechtlichen Struktur her von vornherein auf Bindung des Erbbaurechtsberechtigten angelegt.²⁹ Beim Grundstücksverkauf kann die Bindung

²⁶ Krautzberger in Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, 110. Ergänzungslieferung, § 11 Rdnr. 167.

²⁷ BVerwG, Urteil vom 6.7.1973, IV C 22.72, BVerwGE 42, 331, 345. Das Urteil bezieht sich noch auf das allgemeine Verhältnismäßigkeitsgebot als allgemeine Schranke für städtebauliche Verträge und weicht in der Formulierung, nicht aber im Sinn, von der nachfolgend wörtlich zitierten BGH-Formulierung ab.

²⁸ BGH, Urteil vom 29.11.2002, V ZR 105/02, BGHZ 153, 93, 101.

²⁹ Siehe oben unter I. 3. b).

dagegen nicht als Inhalt des Eigentums vereinbart werden, sondern muss schuldrechtlich vereinbart werden.³⁰ Diese Unterschiede sind aber rein zivilrechtsinterner Natur und begründen im Hinblick auf die Ergebniskontrolle des § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB keinen Unterschied. Das ist ja auch leicht einsichtig. Für den betroffenen Bürger macht es keinen Unterschied, ob das Rechtsinstitut, das ihm bei zweckwidriger Verwendung „sein Haus“ wegnimmt, nun Heimfall oder Wiederkaufsrecht heißt. Maßgeblich ist „*bei wirtschaftlicher Gesamtbetrachtung*“ für ihn, dass er sein Haus nicht so nutzen kann, wie er will und dass ihm bei einem Verstoß gegen die Nutzungsbindung empfindliche Sanktionen drohen.

Ein Haus, das heute in einem sehr begehrten Gebiet gebaut wird, kann sich in einigen Jahren als Fehlinvestition herausstellen, weil in dem entsprechenden Gebiet kein Bedarf mehr an Wohnhäusern besteht. Dann stellt sich die Frage, wer Verluste aus Fehlinvestitionen trägt. Wenn die Risikozuweisung im Hinblick auf ein Fehlschlagen der Hausbauinvestition bei der Erbbaurechtsausgabe per se für den Erwerber günstiger wäre als beim Grundstücksverkauf, könnte eine solche günstigere Risikozuweisung im Rahmen einer Gesamtbetrachtung längere Bindungsfristen kompensieren.³¹ Auf den ersten Blick scheint es insoweit Unterschiede zwischen Grundstücksverkauf und Erbbaurechtsausgabe zu geben. Beim Grundstücksverkauf steht die Geltendmachung eines bestehenden Wiederkaufsrechts rein zivilrechtlich betrachtet im Belieben des Rechtsinhabers. Erweist sich ein Hausbau als Fehlinvestition, so wird der Verkäufer sein Wiederkaufsrecht nicht ausüben. Anders sieht die Lage beim Erbbaurecht aus. Mit Zeitablauf kommt es – unabhängig vom Willen des Erbbaurechtsausgebers – zur Beendigung des Erbbaurechts. Der Erbbaurechtsausgeber hat dann dem Erbbaurechtsberechtigten den Verkehrswert³² zu entschädigen, § 27 ErbbauRG. Dieser grundsätzliche Automatismus wird allerdings durch die Regelung des § 27 Abs. 3 ErbbauRG durchbrochen.³³ Der Grundstückseigentümer kann seine Entschädigungspflicht dadurch abwenden, dass er dem Erbbaurechtsberechtigten die Verlängerung des Erbbaurechts anbietet.³⁴ Rechtstechnisch ergeben sich erneut wesentliche Unterschiede: Beim Wiederkaufsrecht entscheidet der Berechtigte, ob er das Wiederkaufsrecht geltend macht, beim Erbbaurecht entscheidet der Erbbaurechtsausgeber, ob er den Erbbaurechtsberechtigten für sein Bauwerk entschädigt. Das Risiko von Fehlinvestitionen bleibt aber immer beim Käufer bzw. Erbbaurechtsberechtigten. „*Bei wirtschaftlicher Gesamtbetrachtung*“ zählt letzterer Gesichtspunkt.

³⁰ Siehe oben unter I. 3. a).

³¹ In diese Richtung *Kämmerer/Martini*, Erbbaurechtsersetzende Wiederkaufsrechte der öffentlichen Hand. Zu den rechtsstaatlichen Grenzen „bodenpolitischen Rosinenpickens“, *BauR* 2007, 1337, 1341, die dem Erbbaurecht „Verlässlichkeit“, dem Wiederkaufsrecht aber „Unsicherheit“ attestieren.

³² Zu Details siehe v. *Oefele/Winkler*, Handbuch des Erbbaurechts, 5. Aufl., Rdnr. 5.212.

³³ Übersehen von *Kämmerer/Martini*, Erbbaurechtsersetzende Wiederkaufsrechte der öffentlichen Hand. Zu den rechtsstaatlichen Grenzen „bodenpolitischen Rosinenpickens“, *BauR* 2007, 1337, 1348, die ausführen: „*Der Inhaber (sic!) eines Erbbaurechts bleibt weiterhin Eigentümer des Grundstücks (und damit alleiniger Nutznießer der Bodenwertsteigerung), hat aber dann zwingend und ausnahmslos alle Erbbauberechtigten für das Bauwerk zu entschädigen.*“

³⁴ Zu Details siehe v. *Oefele/Winkler*, Handbuch des Erbbaurechts, Rdnr. 5.220-5.2235.

3. § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB als Gebot umfassender Abwägung

§ 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB wird zu Recht als Ausfluss des Verhältnismäßigkeitsprinzips gesehen. Verhältnismäßigkeit meint, dass die Verwaltung zur Erreichung ihrer Ziele nur geeignete, erforderliche und angemessene Mittel einsetzen darf. Im Rahmen komplexer Planungsprozesse – wie zum Beispiel bei der Aufstellung eines Bauleitplans – konkretisiert sich das Verhältnismäßigkeitsprinzip im sog. Abwägungsgebot des § 1 Abs. 7 BauGB. Die Gemeinde muss im Rahmen der Aufstellung von Bauleitplänen alle beachtlichen Gesichtspunkte erfassen und diese gegeneinander und untereinander abwägen.³⁵ Hinsichtlich des Ergebnisses der planerischen Abwägung steht der Gemeinde hierbei eine Einschätzungsprärogative zu, d. h. das Ergebnis der gemeindlichen Abwägung unterliegt nur eingeschränkter Kontrolle.³⁶ Um nichts anderes als um eine einheitliche Abwägungsentscheidung geht es aber auch bei der Entscheidung über das Ob und das Wie eines Einheimischenmodells. Hierbei wird die Gemeinde eine Vielzahl von Entscheidungsparametern in den Blick nehmen: Wie ist zum Beispiel die örtliche Bauplatzsituation (gibt es eine Bauplatzknappheit für einheimische Familien? Wie hoch muss die Subventionierung sein, damit sich junge Familien unter Berücksichtigung der aktuellen Bau- und Finanzierungskosten einen Neubau leisten können? Wie wird die Situation in 30 oder mehr Jahren sein? Ist dann auch unter Berücksichtigung der demographischen Entwicklung immer noch mit Bauplatzknappheit zu rechnen? Kann die Gemeinde aufgrund ihrer örtlichen Situation dann neue Bauplätze erschließen oder scheidet dies aus?) All diese Faktoren korrelieren bei der Entscheidungsfindung unter- und miteinander. Bei einer Gemeinde, in der die Erschließung weiterer Baugebiete kein Problem darstellt, kann es sinnvoll sein, trotz relativ hoher Subventionierung der Bauplatzvergabe nur relativ kurze Bindungsfristen zu vereinbaren. Umgekehrt kann bei einer Gemeinde, in der es in Zukunft nicht möglich sein wird, neue Bauplätze zu erschließen, geboten sein, trotz möglicherweise geringer Subventionierung langfristig die besondere Bindung der Grundstücke für den Wohnbedarf einheimischer Familien sicherzustellen. Dieser Natur einer Abwägungsentscheidung wird der BGH nicht gerecht, wenn er bei der städtebaulichen Angemessenheitskontrolle der Bindungsfrist lediglich auf das Verhältnis zwischen Subventionsvorteil und Dauer der Bindung abstellt. Vielmehr müssten im Rahmen der Beurteilung der städtebaulichen Angemessenheit einer vertraglichen Gestaltung auch die anderen städtebaulichen Entscheidungsparameter in den Blick genommen werden. Hier zeigen sich die Folgen der Fehlansiedlung städtebaulicher Verträge im Zivilrecht.³⁷ Im Rahmen eines zivilistischen Parteiprozesses kann den Besonderheiten planerischer Abwägungsentscheidungen eben nur unzulänglich Rechnung getragen werden.

IV. AGB-Inhaltskontrolle

Zu untersuchen ist, ob städtebauliche Verträge auch einer AGB-Kontrolle unterliegen und – sofern dies der Fall ist – wie sich städtebauliche Angemessenheitskontrolle und AGB-Kontrolle unterscheiden.

³⁵ *Söfker* in *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, BauGB, 117. Ergänzungslieferung, § 11 Rdnr. 167.

³⁶ Grundlegend BVerwG, Urteil vom 12.12.1969, 4 C 105.66, BVerwGE 34, 301.

³⁷ So bereits *Grziwotz*, Städtebauliche Verträge vor den Zivilgerichten, NJW 1997, 237, 238; sowie umfassend *Brohm*, Städtebauliche Verträge zwischen Privat- und Öffentlichem Recht, JZ 2000, 321.

1. Anwendbarkeit

Während der BGH in bisherigen Entscheidungen³⁸ stets ausdrücklich klargestellt hat, dass er die Rechtsfrage, ob städtebauliche Verträge neben einer städtebaulichen Angemessenheitskontrolle auch einer AGB-Kontrolle unterliegen, offen lässt, unterzieht der BGH in seiner jetzigen Entscheidung³⁹ einen städtebaulichen Vertrag neben der Angemessenheitskontrolle ohne Weiteres einer AGB-Kontrolle. Man wird diese andere Vorgehensweise aber nicht als grundsätzliche Entscheidung für eine Anwendbarkeit der §§ 306 ff. BGB neben § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB werten dürfen. Eine solche Fortentwicklung der Rechtsprechung hätte der BGH wohl explizit ausgesprochen und begründet.

In der Sache sprechen aber die eindeutig besseren Argumente dafür, städtebauliche Verträge nach Ablauf der Umsetzungsfrist der Klauselrichtlinie neben einer Angemessenheitskontrolle auch einer AGB-Kontrolle zu unterziehen.⁴⁰ Für Verträge vor Inkrafttreten der Klauselrichtlinie hat der BGH § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB als *lex specialis* zum AGB-Gesetz gesehen. Diese Argumentation ist jedoch nur bedingt tragfähig. Der BGH sieht ja § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB zu Recht nur als Ausprägung des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.⁴¹ Die Norm stellt also klar, was ohnehin schon gilt. Sie ist im Grundsatz deklaratorischer Natur.⁴² Wenn aber die *lex specialis*-These des BGH richtig wäre, wäre einzige konstitutive Rechtsfolge des § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB, dass auf städtebauliche Verträge das AGB-Gesetz (jetzt §§ 306 ff. BGB) nicht anwendbar ist. Der BGH liest die Gesetzesformulierung des § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB, die lautet „Die vereinbarten Leistungen müssen den gesamten Umständen nach angemessen sein.“ als „Städtebauliche Verträge unterliegen keiner Kontrolle anhand des AGB-Gesetzes.“ Eine solche Uminterpretation dürfte den Rahmen zulässiger Gesetzesauslegung überschreiten.

Mit Ablauf der Umsetzungsfrist der Klauselrichtlinie ist der *lex specialis*-Argumentation des BGH aber endgültig der Boden entzogen. Die §§ 306 ff. BGB setzen die Klauselrichtlinie um. Die Klauselrichtlinie als europäisches Recht genießt Anwendungsvorrang vor der nationalen Norm des § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB.⁴³ Das gilt auch, wenn diese Norm verfassungsrechtlich fundiert ist. Normkonflikte zwischen höher- und niederrangigen Normen werden aber nicht nach dem Grundsatz sachlicher Spezialität gelöst, vielmehr gelten hier die Grundsätze der Normenhierarchie. § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB kann daher gegenüber den §§ 306 ff. BGB keine verdrängende Spezialnorm mehr sein. Die Frage, ob die §§ 306 ff. BGB auf städtebauliche Verträge anwendbar sind, ist also alleine durch eine (richtlinienkonforme) Auslegung der §§ 306 ff. BGB selber zu lösen. Insoweit ist aber sicher, dass juristische Personen des öffentlichen Rechts der Richt-

linie insoweit unterstehen, als sie sich privatrechtlich betätigen.⁴⁴ Der BGH sollte ausdrücklich aussprechen: Städtebauliche Verträge unterliegen sowohl einer städtebaulichen Angemessenheitskontrolle als auch einer AGB-Kontrolle.

2. AGB-Inhaltskontrolle als zivilrechtsakzessorische Abweichungskontrolle

Wenn städtebauliche Verträge aber sowohl einer städtebaulichen Angemessenheitskontrolle als auch einer AGB-Kontrolle unterliegen, stellt sich die Frage, wie sich diese beiden Kontrollschranken voneinander unterscheiden. Der BGH betont zu Recht, dass städtebauliche Angemessenheitskontrolle und AGB-Kontrolle nicht stets zu den gleichen Ergebnissen führen müssen.⁴⁵ Als wesentlichen Unterschied sieht der BGH, dass im Rahmen der städtebaulichen Angemessenheitskontrolle eine Gesamtbetrachtung des Vertrages vorzunehmen ist und somit eine Kompensation für den Vertragspartner nachteiliger durch für ihn vorteilhaftere Regelungen möglich ist, während im Rahmen der AGB-Kontrolle die Kontrolle der einzelnen Klausel im Vordergrund steht und eine Kompensation nur im geringeren Umfang zulässig ist.⁴⁶ Weiter weist der BGH darauf hin, dass im Rahmen der städtebaulichen Angemessenheitskontrolle auch das Äquivalenzverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung kontrolliert werden kann, was im Rahmen der AGB-Kontrolle nicht möglich ist.⁴⁷ Die Differenzierung, die der BGH vornimmt, ist zutreffend. Sie erfasst aber nicht das eigentliche Unterscheidungskriterium zwischen den beiden Kontrollinstrumenten, sondern ist nur Folge eines grundsätzlich unterschiedlichen Ansatzes beider Kontrollinstrumente: Während die städtebauliche Angemessenheitskontrolle das Gesamtergebnis eines Vertrages einer verfassungsrechtlich fundierten und zivilrechtsneutralen Ergebniskontrolle unterzieht⁴⁸, nimmt § 307 Abs. 2 BGB als Grundnorm der AGB-Kontrolle Abweichungen zwischen Klauselregelung und Gesetz (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB) bzw. zwischen Klauselregelung und wesentlichen Grundgedanken der Vertragsnatur⁴⁹ (§ 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB) in den Blick. Bei der AGB-Inhaltskontrolle ist also der Maßstab, an der eine Klausel zu messen ist, die einfachgesetzliche bzw. vertragstypische Ausgestaltung des zivilrechtlichen Rechtsinstituts, von dessen inhaltlicher Normierung durch eine Klausel abgewichen werden soll. Schlagwortartig kann man daher formulieren: Während städtebauliche Angemessenheitskontrolle verfassungsrechtlich fundierte und damit zivilrechtsneutrale Ergebniskontrolle ist, ist AGB-Inhaltskontrolle richtlinienbasierte zivilrechtsakzessorische Abweichungskontrolle.

3. Grundstücksverkauf und Erbbaurechtsausgabe in der AGB-Kontrolle

Wenn Prüfungsmaßstab der AGB-Kontrolle die gesetzliche Ausgestaltung des Rechtsinstituts ist, von der durch vertragliche Ausgestaltung abgewichen wird, so ist evident, dass sich im Ergebnis der AGB-Prüfung erhebliche Unterschiede zwischen Grundstücksverkauf und Erbbaurechtsausgabe erge-

³⁸ Siehe zum Beispiel BGH, Urteil vom 16.4.2010, V ZR 175/09, Ziffer II. 1. der Entscheidungsgründe, MittBayNot 2010, 501.

³⁹ BGH, Urteil vom 26.6.2015, V ZR 144/14, Ziffer II. 1. c) cc), a. a. O.

⁴⁰ So im Ergebnis auch *Grziwotz*, Städtebauliche Verträge und AGB-Recht, NVwZ 2002, 391, 393; *Huber/Wollenschläger*, Einheimischenmodelle, Rdnr. 198. A. A. *Brohm*, Städtebauliche Verträge zwischen Privat- und Öffentlichem Recht, JZ 2000, 321, 328.

⁴¹ Siehe zuletzt BGH vom 26.6.2015, V ZR 144/14, Ziffer II. 1. b) bb) (1) der Entscheidungsgründe, a. a. O.

⁴² BGH, Urteil vom 29.11.2002, V ZR 105/02, BGHZ 153, 93, 98: „Klarstellung und Absicherung der bisher schon geltenden Rechtslage“.

⁴³ Grundlegend EuGH, Rs. 6/64. Slg. 1964, 1253, 1269 ff. – *Costa/E. N. E. L.*

⁴⁴ *Wolf* in *Wolf/Lindacher/Pfeiffer*, AGB-Recht, 5. Aufl., Art. 2 RL Rdnr. 12.

⁴⁵ BGH, Urteil vom 29.11.2002, V ZR 105/02, BGHZ 153, 93, 102.

⁴⁶ BGH, Urteil vom 29.11.2002, V ZR 105/02, BGHZ 153, 93, 102.

⁴⁷ BGH, Urteil vom 29.11.2002, V ZR 105/02, BGHZ 153, 93, 101.

⁴⁸ Siehe oben unter III. 1.

⁴⁹ Zur Funktion des § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB im Vergleich zu § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB siehe *Wolf* in *Wolf/Lindacher/Pfeiffer*, AGB-Recht, § 307 Rdnr. 133.

ben. In der grundsätzlichen Ausgestaltung eines Grundstücksverkaufs liegt es, dass der Käufer unbeschränktes Eigentum erhält und hierüber auch frei verfügen kann. Bei der Erbbaurechtsausgabe stellt die Bindung des Erwerbers dagegen lediglich eine Ausgestaltung der grundsätzlich schon im gesetzlichen Ausgangsmodell vorgesehenen Bindung dar. Insbesondere geht auch das Gesetz davon aus, dass Verwendungsbeschränkungen, Heimfallrechte und Zustimmungserfordernis zu Verfügungen und Belastungen während der gesamten Dauer des Erbbaurechts bestehen. Sie sind ja gerade Inhalt des Erbbaurechts und gestalten die gesetzlich vorgesehene Bindung des Erbbauberechtigten nur im Detail aus. Anders stellt sich die gesetzliche Ausgangslage beim Grundstücksverkauf dar. Verfügungsbeschränkungen können nicht als Inhalt des Eigentums vereinbart werden (vgl. § 137 BGB), sondern können dem Eigentümer nur als schuldrechtliche

Verpflichtung auferlegt werden. Zudem durchzieht das gesamte BGB der Grundgedanke, Verfügungsbeschränkungen eines Rechtsinhabers grundsätzlich zeitlich zu beschränken; vgl. neben § 462 Satz 1 BGB auch §§ 2044, 2109, 2162 und 2210 BGB.⁵⁰ Für die AGB-Kontrolle kann man daher festhalten, dass sich langfristige Bindungen des Erwerbers, insbesondere über einen Zeitraum von 30 Jahren hinaus, nur im Rahmen einer Erbbaurechtsausgabe realisieren lassen. Bei Grundstücksverkäufen scheitern langfristige Bindungen dagegen eher an einer AGB-Kontrolle.

⁵⁰ Zutreffend *Kämmerer/Martini*, Erbbaurechtsersetzende Wiederkaufsrechte der öffentlichen Hand. Zu den rechtsstaatlichen Grenzen „bodenpolitischen Rosinenpickens“, *BauR* 2007, 1337, 1343.

BUCHBESPRECHUNGEN

Blank: Bauträgervertrag. 5. Aufl., RWS, 2015. 372 S., 74 €

Die Neuauflage des Handbuchs zum Bauträgerrecht aus der Feder des Lüneburger Rechtsanwalts und Notars *Manfred Blank* bringt das Werk auf den Stand 15.7.2015. Spätestens mit dieser 5. Auflage hat sich das in der Reihe der RWS-Vertragskommentare aufgelegte Praxishandbuch zu Recht am Markt etabliert.

Entsprechend dem Anliegen eines Vertragskommentars beginnt *Blank* zwar mit einem Gesamtüberblick und der Darstellung von Querschnittsfragen. Das macht aber mit 20 Seiten nur einen Bruchteil des Werkes aus, obschon sich hier u. a. die Darstellung der Entwurfsübersendung gemäß § 17 Abs. 2a BeurkG n. F. findet (Rdnr. 28).

Im Hauptteil (S. 21-299) stellt er dem jeweiligen Kapitel ein für eine typische Vertragssituation konzipiertes Formulierungsmuster voran, das nachfolgend erläutert/kommentiert wird. Die Muster betreffen unter anderem einerseits die Beurkundung zu verschiedenen Phasen der Bauerrichtung (noch nicht fertig gestelltes Wohnungseigentum [S. 21-137], teilfertiggestelltes und fertiggestelltes Wohnungseigentum [S. 139-156] bzw. Altbausanierung [S. 227-247]), konzeptionelle Sonderfälle (Einzelhaus, Ausbauhaus [S. 171-192]) oder rechtliche Sonderfälle (Wohnungserbbaurecht, S. 157-170). Die Probleme des Erwerbs vom Insolvenzverwalter (S. 261-270) ergeben ein weiteres Muster, ebenso die Stufenbeurkundung im Angebot-/Annahmemodell (S. 279-289). Daneben bietet *Blank* auch eine Musterformulierung für die heilende Nachbeurkundung beim Schwarzkauf an (S. 297-299). Das Konzept ist in sich schlüssig, führt aber natürlich dazu, dass beispielsweise die Anforderungen des § 17 Abs. 2a BeurkG in Häppchen an verschiedenen Stellen des Werks dargestellt werden (Entwurfsübersendung: Rdnr. 28, Vertretung: Rdnr. 1224, Angebotsabgabe: Rdnr. 1282). Das Werk ist eben nicht rechtssystematisch, sondern situationsorientiert aufgebaut.

Dementsprechend sind im Anhang hauptsächlich maßgebliche Gesetzestexte wiedergegeben (MaBV, auszugsweise GewO, Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen und Klauselrichtlinie 93/13 EWG vom 5.4.1993). Lediglich zur Vervollständigung finden sich hier Musterformulierungen zur Teilungserklärung, die aber entsprechend der Konzentration des Buches auf den Bauträgervertrag nur im Wortlaut und ohne Erläuterungen mitgeteilt werden. Für eine umfassende Konzeptionierung im Geschoßwohnungsbau müssen deswegen ggf. noch andere WEG-konzentrierte Handbücher herangezogen werden.

Die Erläuterungen zu den einzelnen Textpassagen sind durch zahlreiche Querverweise leicht zu finden. Verweise auf weiterführende Literatur sowie zu Gegenmeinungen bei Streitfragen sind in Fußnoten abgesetzt. Das ergibt zwar ein typisch juristisches Layout, hat aber den immensen Vorteil, dass der laufende Text nicht durch Klammerzusätze unterbrochen und damit in seiner Lesbarkeit nicht beeinträchtigt wird.

Auf die Beifügung eines Datenträgers mit den Musterformulierungen hat der Verlag verzichtet. Diese werden online im RTF-Format über die Verlagshomepage zur Verfügung gestellt und können in die eigene Textverarbeitung eingespielt werden.

Die diskutierten Streitfragen zum Bauträgervertrag stellt *Blank* prägnant dar, ohne den Leser über die von ihm favorisierten Lösungen im Unklaren zu lassen. Im Vergleich zur Voraufgabe (Stand 2010) wurden folgenreiche Gesetzes- und Rechtsprechungsänderungen eingearbeitet.

Zu § 17 Abs. 2a BeurkG erläutert er die Anforderungen an die kanzleiveranlasste Entwurfsübersendung und weist darauf hin, dass durch einen anderen, nicht sozietätsverbundenen Notar die Frist nicht wirksam in Gang gesetzt werden könne (Rdnr. 29). Bezugsurkunden müssen übersandt werden, Pläne und Tekturen nicht (Rdnr. 30). Dabei spricht sich *Blank* übrigens (meines Erachtens mit guter Begründung) dafür aus, dass der beabsichtigte Wortlaut der Urkunde das Vertragsobjekt wie auch den Kaufpreis nicht enthalten muss. Gerade das Offenlassen des Kaufpreises weist auf den Verhandlungsspielraum hin, den der Erwerber wahrnehmen kann, aber natürlich auch im Eigeninteresse wahrnehmen muss, und den ihm auch sonst niemand abnimmt. Gleichwohl sieht das der BGH wohl anders (Urteil vom 24.11.2014, NotSt (Brgf) 3/14, MittBayNot 2015, 514 mit Bespr. *Rachlitz*, S. 457 – diese Entscheidung mit ihren Vorgaben zu § 17 Abs. 2a BeurkG erwähnt *Blank* leider insgesamt nicht).

Die Rechtsprechung des BGH zur Begrenzung der Annahmefrist im Rahmen von Sukzessivbeurkundungen findet sich bei Rdnr. 1289 ff. Mit der Kritik an dieser Rechtsprechung hält *Blank* sich zwar zurück. Allerdings dürfte durch die mehrfache Bestätigung seitens des BGH die Rechtslage für die Gestaltungspraxis vorerst jedenfalls vorgegeben sein. Ein beim Bauträger vorhandenes und in der Urkunde niedergelegtes Platzierungsinteresse rechtfertigt eine Verlängerung auf drei Monate (Rdnr. 1294).

Bei Sondernutzungsrechten schlägt *Blank* deren aufschiebend bedingte Begründung durch nachfolgend zuweisende Bewilligung vor (Rdnr. 127). Dass bei der Ausnutzung des Zuordnungsvorbehalts die Gebühr von 50 € gemäß GNotKG-KV Nr. 14106 für jedes Wohnungseigentum anfällt, überzeugt nicht. *Wilsch* (ZfIR 2014, 515) sieht nur die gewinnende Einheit als betroffen an.

Die Rechtsprechung zur Abnahmeerleichterung ist umfassend dargestellt (Rdnr. 383-399). Eine auf § 10 Abs. 6 WEG gestützte Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch die Eigentümergemeinschaft als Verband lehnt *Blank* trotz der Gemeinschaftsbezogenheit etwaiger Folgeansprüche ab. Er hält lediglich eine ausdrücklich als widerruflich gekennzeichnete Vollmacht an einen neutralen Sachverständigen für gangbar (Rdnr. 398). Eine vollständige Delegation an technische Sachverständige hält er für nicht möglich, da letztentscheidend der Abgleich des technisch vorgefundenen Bestandes mit dem – durch Rechtsanwendung gewonnenen – Vertrags-soll sei (Rdnr. 397). Damit legt er meines Erachtens den Finger in die Wunde der deutschen Bauprozesspraxis.

Blank weist auch zutreffend auf die Konkurrenz des Abschlagszahlungsplanes nach MaBV/Abschlagsverordnung einerseits und den überlagernden Vorgaben aus § 632a BGB andererseits hin (Rdnr. 245). Dementsprechend formuliert er in den üblichen Abschlagszahlungsplan gemäß MaBV den einredeweisen Sicherungseinbehalt nach § 632a BGB als Zusatz (Rdnr. 78). Das halte ich für wenig glücklich, wobei ich aber schon das gesetzgeberische Nebeneinander beider Zahlungspläne für technisch schlecht, weil verwirrend halte. So-

fern sich der Bauträger nicht ausnahmsweise die Möglichkeit einer Bürgschaftslösung zur Überwindung des § 632a BGB vorbehalten möchte, erscheint mir eine Einfügung dieses Sicherheitseinhalts in den allgemeinen Zahlungsplan wesentlich naheliegender. Damit wird zwar die Einrede vertraglich in Zwang umgewandelt. Das ist aber allenfalls verbraucherfreundlich und nicht unwirksam. Hoffentlich bringt der Gesetzgeber die Kraft auf, sich nach der Überarbeitung des Bauvertragsrechts (vgl. *Kapellmann*, NZBau 2015, 657) noch des Bauträgerrechts anzunehmen und diese Unstimmigkeiten zu beseitigen.

Das führt übrigens, wie immer bei Praktikerwerken, zur Feststellung: Nach der Neuauflage ist vor der Neuauflage.

Hügel/Elzer: Wohnungseigentumsgesetz. Beck, 2015. 1146 S., 89 €

Ein neuer WEG-Kommentar von den zwei renommierten und erfahrenen Kommentatoren *Oliver Elzer*, Richter am Kammergericht, und *Stefan Hügel*, Notar, in der mit einem erheblichen Qualitätsanspruch einhergehenden Reihe der „Beck’schen Kurzkommentare“ weckt hohe Erwartungen. Diese werden durch das Vorwort noch gesteigert. Dort heißt es, dass der Kommentar nicht nur den im WEG Tätigen auf den aktuellen Stand bringen, sondern auch „neue Wege“ anbieten soll. Versprochen wird somit neben der Wiedergabe der bisherigen Rechtsprechung auch die wissenschaftliche Durchdringung der Materie. Zudem wird die Kommentierung als sehr dichter Text „aus einem Guss“ angekündigt. Hinter der gesamten Kommentierung wollen die Autoren gemeinsam stehen und verzichten dementsprechend auch auf die Wiedergabe, wer welchen Teil bearbeitet hat. Der Rechtspraktiker wird sich also auf ein Werk freuen, das seine tägliche oder gelegentliche Arbeit in diesem mitunter rechtlich nicht ganz einfachen Gebiet verlässlich unterstützt.

Um es vorwegzunehmen: Der Kommentar erfüllt bereits in der vorliegenden 1. Auflage in beeindruckender Weise die so begründeten Erwartungen. Die Kommentierung des WEG auf 1076 Seiten in einem handlichen Format liefert zu sämtlichen gängigen und auch zahlreichen eher abseitigen Rechtsfragen Antworten. Das angenehme Druckbild und der Verzicht auf übermäßig viele Abkürzungen sorgen dabei für eine gute Lesbarkeit. Seltsam mutet allein die Abkürzung „d.“ für die bestimmten Artikel an, die auf einigen Seiten (etwa § 22 WEG Rdnr. 69 ff.), jedoch nicht durchgängig verwendet wird.

Bereits die Regeln zur Begründung von Wohnungseigentum einschließlich der Grundbuchvorschriften werden in der Kommentierung zu §§ 1 bis 9 WEG entsprechend der vorgegebenen Zielrichtung detailliert dargestellt. Den Nachweis, dass nicht nur die gängige Rechtsprechung wiedergegeben wird, erbringen dabei bereits die grundlegenden Ausführungen zum Raumbegriff (§ 3 WEG Rdnr. 27 ff.). Die Autoren gehen von einem „natürlichen Raumbegriff“ aus, unter dem sie einen allseitig umschlossenen Gebäudeteil mit Boden, Decke und vier oder mehr Wänden verstehen. Infolgedessen lehnen sie es ab, Balkone, Dachterrassen und Dachgärten als Räume anzusehen. Dabei weisen *Hügel/Elzer* in der alphabetisch geordneten Liste zur Abgrenzung von Sonder- und Gemeinschaftseigentum (§ 5 WEG Rdnr. 40) auf die abweichende ganz herrschende Meinung in der Rechtsprechung hin (etwa BGH, Urteil vom 15.1.2010, V ZR 114/09, NZM 2010, 205), auch

Am Horizont wartet die Einarbeitung eben dieser Bauvertragsnovelle oder die parallel zum Erscheinen dieser Auflage ergangenen Klarstellungen des BGH zu § 17 BeurkG (Beschluss vom 20.7.2015, NotSt (Brfg) 3/15, DNofZ 2016, 72).

Insgesamt findet der im Bauträgerrecht Hilfe suchende Notar im Werk eine hervorragende Stütze und sichere Orientierung. Sollte darüber hinaus eine dann schon wissenschaftlich zu nennende vertiefte Meinungsbildung erforderlich sein, kann auf das umfassende Literaturverzeichnis zurückgegriffen werden.

Notar *Michael Volmer*, Starnberg

wenn sie auf deren Argumentation nicht näher eingehen, dass Räume keine feste Begrenzung erfordern, sondern Abgrenzbarkeit genügt, was letztlich die Anerkennung von sog. Luftschranken bedeutet. Dennoch soll offensichtlich auch nach Auffassung von *Hügel/Elzer* der „Luftraum“ am Balkon dem jeweiligen Wohnungseigentümer als Sondereigentum zustehen, denn der Balkon wird von ihnen als Bestandteil der zu ihr gehörenden Einheit und damit – unabhängig von einer Zuweisung in der Teilungserklärung – als Sondereigentum angesehen. Eine weitere Konsequenz des von *Hügel/Elzer* vertretenen Raumbegriffs ist es, dass sie in der Regelung des § 3 Abs. 2 Satz 2 WEG, wonach Garagenstellplätze als abgeschlossene Räume gelten, wenn ihre Flächen durch dauerhafte Markierungen ersichtlich sind, nicht nur die Fiktion der Abgeschlossenheit, sondern auch der Raumeigenschaft sehen (§ 3 WEG Rdnr. 57 ff.). Wiederum abweichend von der herrschenden Meinung nehmen die Kommentatoren deshalb an, dass die einzelnen Stellplätze eines Doppelparkers sondereigentumsfähig seien (§ 3 WEG Rdnr. 62). Nicht ganz folgerichtig erscheint es hingegen, wenn die Autoren, wovon die Rechtsprechung ausgeht, auch den Doppelparker insgesamt als sondereigentumsfähigen Raum ansehen, obwohl dieser doch – mangels fehlender vorderer und vielfach auch seitlicher Wand – ihren „natürlichen Raumbegriff“ nicht erfüllt und auch die Fiktion des § 3 Abs. 2 Satz 2 WEG hier nicht greift.

Dass der Kommentar auf Stand Januar 2015 ist, wie das Vorwort angibt, zeigt die bei § 10 WEG Rdnr. 146 ff. angesiedelte Kommentierung vereinbarter Öffnungsklauseln, die bereits das Urteil des BGH vom 10.10.2014, V ZR 315/13, NZM 2015, 88 verarbeitet, in der das Gericht feststellt, dass die Beschlussmacht aufgrund einer allgemeinen Öffnungsklauseln nicht den Eingriff in die sog. mehrheitsfesten Rechte erlaubt und entsprechende Beschlüsse schwebend unwirksam sind. Der Kommentar kritisiert die Entscheidung, deren Reichweite er auf das sog. Belastungsverbot beschränkt sieht, mit der grundlegenden Erwägung, dass solche „Beschlüsse“ tatsächlich Vereinbarungen seien. Die Autoren vertreten, dass nach den allgemeinen Abgrenzungskriterien zwischen Beschluss oder Vereinbarung auch Beschlüsse aufgrund von Öffnungsklauseln Vereinbarungen darstellen können, wobei sie zur Abgrenzung maßgeblich auf den Beschlussinhalt abstellen. Die Autoren setzen sich dabei auch mit § 10 Abs. 4 Satz 2 WEG auseinander, der die Wirkung von „Beschlüssen“ aufgrund einer Öffnungsklausel gegenüber Rechtsnachfolgern regelt. Sie sind der Auffassung, dass die Vorschrift nur den Teilbereich der aufgrund einer Öffnungsklausel gefassten Beschlüsse erfasst. Mehrheitsentscheidungen mit Verein-

barungscharakter bedürften hingegen einer Eintragung ins Grundbuch, um den Sondernachfolger zu binden.

Mit der Beschlussniederschrift als Beweismittel setzen sich *Hügel/Elzer* im Rahmen einer zusammenhängenden Darstellung des Verfahrens in Wohnungseigentumssachen auseinander (vor §§ 43 ff. WEG Rdnr. 38 ff.). Die Autoren stellen dabei die (bisher) herrschende Meinung in Frage, die die Niederschrift als Privaturkunde nach § 416 ZPO einordnet. Ihrer Ansicht nach kann auf eine ordnungsgemäß unterschriebene Beschlussniederschrift der Erfahrungssatz der Vollständigkeit und Richtigkeit einer Urkunde angewandt und die Niederschrift als Beweiserleichterung angesehen werden, wobei eine Erschütterung der Beweiskraft zum Beispiel durch Anhörung der Wohnungseigentümer möglich sein soll. Hier bleibt es der nächsten Auflage vorbehalten, sich dezidiert mit der neuen Rechtsprechung des BGH auseinanderzusetzen, die

der Beschlussniederschrift nach § 24 Abs. 6 WEG negative Beweiskraft zumisst (BGH, Urteil vom 25.9.2015, V ZR 244/14, NZM 2015, 821).

Bereits in der Erstauflage präsentiert sich der „*Hügel/Elzer*“ damit als ein verlässlicher und weitgehend aktueller Begleiter im Wohnungseigentumsrecht, der sich nicht scheut, auch von der herrschenden Meinung abweichende Lösungen anzubieten, wenn sie den Verfassern als richtig erscheinen. Der Kommentar leistet damit – über die im Vorwort abgegebenen Versprechen hinaus – zahlreiche wichtige Beiträge für die Fortentwicklung des Wohnungseigentumsrechts. Seine Anschaffung kann Notaren, Anwälten und Richtern, denen eine kompakte Darstellung des WEG genügt, uneingeschränkt empfohlen werden.

Richter am Landgericht Dr. *Hendrik Schultzky*, Fürth

Müller/Renner: Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis. 4. Aufl., Carl Heymanns, 2015. 428 S., 69 €

Für die Voraufgabe war ich voll des Lobes, und das bin ich auch für die Neuauflage des „*Müller/Renner*“ – die Autoren haben die Gelegenheit genutzt, das Buch umfassend zu überarbeiten, noch anwenderfreundlicher zu gestalten und meinungsfreudig in die aktuelle Diskussion einzugreifen. Selbstverständlich ist die seit der letzten Auflage veröffentlichte Rechtsprechung berücksichtigt und das Buch an die aktuelle Gesetzeslage angepasst. Wer das Thema nicht vorschnell als „einfach“ abtut, wird das Buch mit Gewinn lesen.

Einzuarbeiten war zum Beispiel die Regelung zur ärztlichen Zwangsbehandlung im Rahmen des § 1906 Abs. 3a und 5 BGB – soll ein Bevollmächtigter zu Entscheidungen hierüber befugt sein, ist eine ausdrückliche Nennung in der Vollmacht erforderlich. Es ist zweifelhaft, ob den Anforderungen der Neuregelung nicht genügende Altvollmachten in diesem Bereich angepasst werden müssen – *Müller/Renner* empfehlen, diese zu ergänzen, wenn der Bevollmächtigte über ärztliche Zwangsmaßnahmen entscheiden soll (*Müller/Renner*, Rdnr. 389).

Sind Vorsorgevollmachten als transmortale Vollmachten ausgestaltet, ermöglichen sie eine kostengünstige Nachlassabwicklung. Das OLG Hamm (Beschluss vom 10.1.2013, I-15 W 79/12, DNotZ 2013, 689) zweifelt für den Alleinerben mit dem Argument daran, die Vollmacht sei aufgrund Konfusion erloschen. *Müller/Renner* folgen dem zu Recht nicht: Denn mit dieser Argumentation lässt sich zwar die Wirksamkeit der Vollmacht in Frage stellen, nicht aber die Legitimation des Handelnden, der in diesem Fall als Alleinerbe verfügungsbefugt ist (Rdnr. 335). Veräußert der Alleinerbe Grundbesitz, kann er sich allerdings trotz notarieller Vollmacht die etwaigen Kosten für Grundbuchberichtigung und Erbnachweis unter Umständen wegen §§ 39 f. GBO nicht sparen (vgl. *Müller/Renner*, Rdnr. 334), insbesondere wenn der Käufer an dem Vertragsgegenstand eine Finanzierungsgrundschuld eintragen will (vgl. auch DNotI-Report 2015, 65, 67).

Die große Zahl an Vorsorgevollmachten bringt es mit sich, dass es auch zu Fällen von Vollmachtsmissbrauch kommt. Besonders „gefahr geneigt“ sind dabei gerade transmortale

Vollmachten (so auch der Hinweis von *Müller/Renner*, Rdnr. 327), insbesondere wenn der Vollmachtgeber nicht oder nur neben weiteren Personen letztwillig bedacht ist. Offen ist dabei, in wessen Interesse die transmortale Vollmacht nach dem Tod des Vollmachtgebers auszuüben ist: Richtigerweise können das nur die Interessen der Erben sein (*Müller/Renner*, Rdnr. 324); selbst wenn man dabei ein „Fortwirken der Interessen des Erblassers“ zulässt, darf eine gesetzliche oder gewillkürte Erbfolge nicht durch Maßnahmen des Bevollmächtigten nach dem Tod des Vollmachtgebers beeinträchtigt werden.

Zunehmend problematisiert wird das Verhältnis von Patientenverfügungen und sog. Organspendeerklärungen, weil eine Organtransplantation das Aufrechterhalten bestimmter Lebensfunktionen bis zum Hirntod des Spenders und darüber hinaus bis zur Organentnahme voraussetzt. Das von der Bundesärztekammer im Jahr 2013 veröffentlichte Arbeitspapier zum Verhältnis von Patientenverfügung und Organspendeerklärung ist für die Praxis eine wertvolle Arbeitshilfe. Auch *Müller/Renner* empfehlen die Verwendung der dort vorgeschlagenen Muster in der Erwartung, dass sich diese als „Standard“ durchsetzen und den behandelnden Ärzten inhaltlich bekannt sein werden (*Müller/Renner*, Rdnr. 588).

Ausführlich und übersichtlich behandelt werden die internationalprivatrechtlichen Aspekte von Betreuung und Vorsorgevollmacht; erweitert wurden insbesondere die Länderübersichten im IPR-Teil. In Zeiten zunehmender Mobilität und der „Internationalisierung“ von Vermögen (*Müller/Renner*, Rdnr. 886) setzt das Buch hier Maßstäbe.

Für jeden vorausschauend planenden und verantwortungsbewussten Unternehmer ist die Vorsorge für den Fall seiner (krankheitsbedingten) Handlungsunfähigkeit geboten. Die unternehmensbezogene Vorsorgevollmacht sollte den speziellen Anforderungen des jeweiligen Unternehmens, des Handels- und Gesellschaftsrechts sowie des öffentlichen Berufszulassungsrechts ausreichend Rechnung tragen und dem Bevollmächtigten ggf. auch Handlungsanweisungen mitgeben – *Müller/Renner* tragen zusammen, welche regelungsbedürftigen Fälle es gibt und was bei der inhaltlichen Ausgestaltung der Vorsorgevollmacht des Unternehmers zu beachten ist (*Müller/Renner*, Rdnr. 990 ff.).

Im Kontext der unternehmensbezogenen Vollmacht behandelt werden auch die immer häufiger gewünschten „Vorsorgeklauseln“ in Gesellschaftsverträgen, die den Gesellschafter zur Erteilung einer Vorsorgevollmacht verpflichten und eine Nichterteilung durch die Möglichkeit zur Zwangseinziehung oder Zwangsabtretung des Gesellschaftsanteils des betroffenen Gesellschafters sanktionieren – *Müller/Renner* stehen

diesen Klauseln skeptisch gegenüber, da anders als bei den bekannten Güterstandsklauseln kein ggf. existenzvernichtender Liquiditätsverlust drohe, sondern nur eine „Verkomplizierung“, die auch durch eine Betreuungsverfügung vermieden werden könne (*Müller/Renner*, Rdnr. 1050 ff.).

Notar *Ralf Rebhan*, Uffenheim

Jacobs/Scheffler/Spengel (Hrsg.): Unternehmensbesteuerung und Rechtsform. 5. Aufl., Beck, 2015. 881 S., 109 €

In 5. Auflage liegt nunmehr das Handbuch „Unternehmensbesteuerung und Rechtsform“ von *Jacobs, Scheffler* und *Spengel* vor. Das Herausgeberteam wird dabei unterstützt von *Sören Bergner, Rainer Bräutigam, Benedikt Keilen* und *Georg Mayer*. Das Handbuch bietet jedem Praktiker und ebenso jedem Wissenschaftler wertvolle Hilfestellungen bei der Frage, welche Rechtsform die im konkreten Einzelfall zivilrechtlich und steuerrechtlich empfehlenswerte ist. Dabei muss der Praktiker erkennen, dass es nicht die eine allgemein günstigste Rechtsform gibt. Steuerliche Aspekte können zu einem anderen Ergebnis führen als zivilrechtliche, gesellschaftsrechtliche oder erbrechtliche Aspekte. Gleichzeitig sind auch die steuerrechtlichen Belastungsuntersuchungen unterschiedlich, je nachdem, ob eine laufende Besteuerung ermittelt wird, ob die Ebene einer thesaurierenden Gesellschaft oder einer ausschüttenden Gesellschaft verglichen wird, ob Fragen der Umstrukturierung, der Unternehmensnachfolge oder des Verkaufes aus Verkäufersicht oder des Verkaufes aus Käufersicht zu beurteilen sind. Je nach Perspektive und Schwerpunktsetzung können unterschiedliche Ergebnisse erzielt werden. Wichtig ist dabei die Methodik der Entscheidung der Rechtsformwahl. Denn hierbei gibt es zahlreiche unterschiedliche Aspekte, die im einen Fall für und im anderen Fall gegen eine bestimmte Rechtsform sprechen. Die entsprechenden Aspekte sind zu gewichten und unter Berücksichtigung des Gewichts der jeweiligen Aspekte anschließend zu bewerten. Diese Methodik der Rechtsformwahl wird überzeugend auf den Seiten 7 ff. des Handbuchs zur Rechtsformwahl geschildert. Der Schwerpunkt des Buches liegt auf den steuerlichen Untersuchungen und dient dem Notar daher vor allem als Nachschlagewerk, wenn er sich als kompetenter Ansprechpartner für den Steuerberater und Mandanten darstellen möchte.

Das Werk ist in drei große Teile gegliedert. Nach einer Einleitung wird im ersten Teil die Methodik der Rechtsformwahl sowie die einzelnen Einflussfaktoren der Rechtsformwahl geschildert einschließlich der Grundstrukturen der Besteuerung von Unternehmen. Im zweiten Teil werden einerseits die Besteuerungsunterschiede im Rahmen der laufenden Geschäftsvorfälle und andererseits die Besteuerung im Rahmen aperiodischer Geschäftsvorgänge erläutert. Der dritte Teil beinhaltet Empfehlungen der optimalen Rechtsformgestaltung einerseits im Rahmen der laufenden Besteuerung, bei aperiodischen Geschäftsvorgängen sowie die Besonderheiten bei der Beteiligung von Familienangehörigen. Insbesondere die Ausführungen ab Seite 700 zu den Gestaltungen bei Beteiligung von Familienangehörigen sind für Notare mit ausgeprägtem Interesse bei der Begleitung von Unternehmensnachfolgen von besonderer Bedeutung.

Das Handbuch beinhaltet nicht nur einen Vergleich der klassischen Rechtsformen wie Einzelunternehmen, Personengesellschaft und Kapitalgesellschaft, sondern behandelt darüber hinaus auch die klassischen Mischformen wie die GmbH & Co. KG, die Betriebsaufspaltung, stille Gesellschaften sowie Unterbeteiligungen an anderen Unternehmen (S. 291 ff.). Auch die Besonderheiten bei familiärer Verbundenheit der Unternehmensbeteiligten, also die Besonderheiten von Familienunternehmen und Familienstiftungen werden ab Seiten 356 ff. und 378 ff. geschildert. Informationen lassen sich visualisiert häufig am schnellsten und einfachsten erfassen. Da freut es den Leser, wenn er in 74 Tabellen und elf Abbildungen die Erkenntnisse der ausführlich begründeten Untersuchungen zusammengefasst erfassen und auswerten kann. Auch eine Tabellenübersicht findet sich ab Seite XXI zur besseren Auffindung.

Inhaltlich lassen sich aus dem Handbuch „Unternehmensbesteuerung und Rechtsform“ vor allem folgende Aspekte hervorheben:

Auf Seite 35 findet der Leser interessante Hinweise zur Sozialversicherungspflicht und Insolvenzversicherung der Altersvorsorge für Geschäftsführer einer GmbH – ein nicht zu vernachlässigender Aspekt bei der Rechtsformwahl.

Haftungsbeschränkte Rechtsformen haben stets den Nachteil der großenabhängigen Rechnungslegungsprüfungs- und Publizitätspflichten. Die entsprechenden Auswirkungen für Rechnungslegungsprüfung und vor allem Publizität finden sich ab Seite 39. Dort werden auch die Auswirkungen auf die Unternehmensmitbestimmung geschildert, die typischerweise bei mittelständischen Unternehmen unerwünscht ist. Die entsprechenden Ausführungen bei der Aktiengesellschaft folgen ab Seite 47. Auch die europäische Aktiengesellschaft (SE) wird ab Seite 52 mit einer Übersicht der Vor- und Nachteile geschildert.

Besonders interessant, wenn auch für die praktische Beratungstätigkeit des Alltags nicht erforderlich, sind Reformüberlegungen für eine rechtsformneutrale Besteuerung ab Seite 108 des Handbuchs. Dabei werden sowohl Vergleiche zu Besteuerungssystemen anderer Staaten gezogen als auch steuersystematische Überlegungen angestellt, die dem Leser interessante Einblicke in Gerechtigkeitslücken des geltenden Steuerrechts eröffnen.

In der Praxis hängen Rechtsformentscheidungen häufig davon ab, ob ein Unternehmen seine Gewinne eher thesaurieren oder eher ausschütten möchte. Die Entnahme- bzw. Ausschüttungspraxis stellt damit einen erheblichen Entscheidungsfaktor bei der richtigen Rechtsformwahl dar. Dementsprechend findet der Leser an zahlreichen Stellen des Buches die Auswirkungen einer Gewinnthesaurierung oder Gewinnentnahme/Ausschüttung geschildert, siehe beispielsweise Seite 158 ff. und Seite 187 ff.

Ab Seite 198 finden sich Ausführungen dazu, welche ertragsteuerrechtlichen Belastungen eine verdeckte Gewinnausschüttung mit sich bringt. Auf Ebene der Kapitalgesellschaft ist diese stets nachteilig. Der Nachteil ist mit 17,65 % des Betrages der verdeckten Gewinnausschüttung zu quantifizieren. Dem entspricht spiegelbildlich jedoch wiederum eine Begünstigung des Empfängers der verdeckten Gewinnausschüttung. Diese Auswirkungen unterscheiden sich danach, ob die Anteile des Begünstigten sich im Privat- oder im Betriebsvermögen befinden und nach dem individuellen Steuersatz. Diese Überlegungen können eine wertvolle Hilfestellung bei der Überlegung bieten, ob aus Gründen der Gerechtigkeit durch sog. vGA-Klauseln Gesellschafter zur Erstattung einer bezogenen verdeckten Gewinnausschüttung verpflichtet werden sollen.

Bei einer Körperschaftsteuerbelastung von 15 % und einer Gewerbesteuerbelastung von statistisch durchschnittlich 14 % wird deutlich, dass die Gewerbesteuer bei der Kapitalgesellschaft zu einem ganz erheblichen Faktor von Steuerbelastungsvergleichen wird, siehe Seite 221 f., dort auch zu den Auswirkungen von verdeckten Gewinnausschüttungen bei der Gewerbesteuer.

Familienpersonengesellschaften sehen sich immer wieder Anerkennungsschwierigkeiten ausgesetzt. Auf Seite 357 bis Seite 371 findet man wichtige Hinweise zur optimalen Vertragsgestaltung, um eine steuerliche Anerkennung der Familienpersonengesellschaft gewährleisten zu können.

Ab Seite 413 werden die aperiodischen Geschäftsvorfälle der Einbringung eines Einzelunternehmens in eine gewerbliche Personengesellschaft oder in eine Kapitalgesellschaft geschildert, § 20 UmwStG und § 24 UmwStG. Die Voraussetzungen beider Normen werden überzeugend geschildert; die zum Jahresende 2015 im Bundesgesetzblatt veröffentlichten Änderungen des Steueränderungsgesetzes 2015 konnten im Werk nicht mehr berücksichtigt werden. Auf Seite 417 entsteht zunächst der Eindruck, als würde die Einbringung in eine Mitunternehmerschaft unter Buchwertfortführung zur endgültigen Vermeidung der Versteuerung stiller Reserven führen. Dieser Eindruck ist jedoch unzutreffend, weil durch die Weiterentwicklung der erforderlichen Ergänzungsbilanzen die beim Einbringungsvorgang aufgedeckten stillen Reserven zeitlich gestreckt doch zu versteuern sind. Dies findet sich erst bei den Hinweisen auf die buchungstechnische Umsetzung des Bewertungswahlrechts auf Seite 422 f. Bei einer Einbringung in eine Kapitalgesellschaft (S. 423 ff.) stellt sich

dieses Problem nicht, stattdessen gilt dort jedoch die 7-jährige Nachversteuerung in Veräußerungsfällen, § 22 UmwStG.

Ab Seite 438 wird überzeugend die erbschaftsteuerrechtliche Behandlung der Übertragung von Einzelunternehmen im Rahmen des Erbfalls oder der vorweggenommenen Erbfolge geschildert. Unsicherheiten des laufenden Gesetzgebungsverfahrens werden hier überzeugend ausgeblendet.

Die Veräußerung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft (S. 462 ff.) stellt eine immer wieder in der notariellen Praxis vorkommende Gestaltungsaufgabe dar. Die dabei zu berücksichtigenden Überlegungen und Gestaltungsmöglichkeiten werden einschließlich konkret berechneter Belastungsvergleiche anschaulich geschildert. Auch weitere Umwandlungsvorgänge und deren ertragsteuerliche Auswirkungen fehlen natürlich nicht.

Besonders prägnant und komprimiert sind die zusammenfassenden Empfehlungen und Tabellen ab Seite 648 für Gestaltungsentscheidungen bei Personengesellschaften und die tabellarische Übersicht auf Seite 658 f. zur Abwägung der Vor- und Nachteile.

Ab Seite 681 finden sich optimierende Hinweise zu Gesellschaften mit Verlusten.

Angesichts des Umfangs von über 800 Seiten kann den Herausgebern und Mitarbeitern uneingeschränkt attestiert werden, dass diese gewiss kein „dünnes Brett gebohrt“ haben, sondern ein gründliches und auch vertiefter Analyse stehendes Werk zu allen Fragen der Rechtsformwahl in 5. Auflage vorgelegt haben. Es handelt sich um eine unermessliche Fundgrube der vergleichenden Darstellung unterschiedlicher Rechtsformen. Die Lektüre setzt Grundkenntnisse im Steuerrecht voraus, ohne die der Leser sich schnell im Dickicht der Erläuterungen und Übersichten verlieren wird. Dem steuerrechtlich interessierten Leser mit Grundkenntnissen im Steuerrecht kann die Anschaffung und Lektüre dieses Handbuchs uneingeschränkt empfohlen werden. Die vollständige Lektüre des Handbuchs von der ersten bis zur letzten Seite verschafft dem Leser dabei nicht nur detaillierteste Erkenntnisse zu allen Fallgestaltungen der Rechtsformwahl, sondern beinhaltet zugleich ein vollständiges Kompendium der Unternehmensbesteuerung. Ein besseres und umfassenderes Handbuch zu allen Fragen der Rechtsformwahl und Unternehmensbesteuerung ist am Markt nicht zu finden!

Notar Dr. Eckhard Wälzholz, Füssen

RECHTSPRECHUNG

Bürgerliches Recht

1. BGB § 181; GBO § 28 Abs. 1 (*Messungsanerkennung nach Abschluss des Kaufvertrags – genehmigungsbedürftiges Insichgeschäft*)

1. Erfolgen Messungsanerkennung und Auflassung nach Abschluss eines Kaufvertrages, handelt es sich nicht um genehmigungsbedürftige Insichgeschäfte, wenn sie von einem Vertreter, der für beide Vertragsparteien auftritt, erklärt werden.

2. Die Messungsanerkennung (Identitätserklärung) dient nicht dazu, die vertragsgemäße Erfüllung des Kaufvertrags festzustellen, sondern nur dazu, die Identität der unvermessen verkauften Teilfläche und des bei der Teilungsvermessung neu gebildeten Flurstücks zu bestätigen. Diesem Zweck dient sie unabhängig davon, ob sie der Auflassung nachfolgt oder vorausgeht.

BGH, Beschluss vom 1.10.2015, V ZB 181/14

Mit notariellem Vertrag vom 9.12.2008 verkaufte der Beteiligte zu 2 (Verkäufer) eine noch zu vermessende Teilfläche von ca. 4.934 m² aus einem ihm gehörenden Grundstück mit allen Rechten und gesetzlichen Bestandteilen an die Beteiligte zu 1 (Käuferin). In dem Vertrag findet sich folgende Regelung:

„Die Teilfläche ist den Beteiligten nach Lage und Umfang in der Natur genau bekannt. Es handelt sich um die gesamte Grundstücksfläche mit Ausnahme der Teilfläche, welche in dem dieser Urkunde als Anlage 1 beigehefteten Lageplan gelb gekennzeichnet (ist). Auf den Plan, der zur Durchsicht vorgelegt wurde, wird verwiesen (...). Die Beteiligte zu 1 und Beteiligte zu 2 vereinbaren, dass sie

a) die durch die Ausführungsanordnung (nach Art. 34 BayEG) festzustellende Grenzziehung auch für das heutige Vertragsverhältnis als verbindlich anerkennen,

b) die Vereinbarung über den pauschal zu leistenden Kaufpreis von der durch die Vermessung tatsächlich ermittelten Grundstücksgröße unberührt bleibt.“

Die Käuferin wurde durch einen Rechtsanwalt vertreten. Nach dem Inhalt der dem Kaufvertrag in beglaubigter Abschrift beigegeführten notariellen Generalvollmacht war dieser berechtigt, sie in sämtlichen Grundstücksangelegenheiten gerichtlich und außergerichtlich zu vertreten. Insbesondere wurde er bevollmächtigt,

„... Grundstücke, grundstücksgleiche Rechte und Grundpfandrechte zu veräußern, zu erwerben und zu belasten, dazu Auflassungen zu erklären und entgegenzunehmen, Eintragungen aller Art im Grundbuch zu bewilligen und zu beantragen, Eintragungsanträge zurückzunehmen.“

In einer notariell beurkundeten Nachtragsvereinbarung vom 5.3.2014 erkannte die Käuferin das Ergebnis der Teilungsvermessung an, erklärte weiter die Auflassung und bewilligte und beantragte, die Rechtsänderung im Grundbuch einzutragen. Sie handelte dabei im eigenen Namen und aufgrund der ihr durch diesen in der Vorurkunde unter Befreiung von § 181 BGB erteilten Vollmacht für den Verkäufer. Für sie handelte wieder der Rechtsanwalt, der sie schon bei dem Abschluss des Kaufvertrags vertreten hatte.

Auf den Vollzugsantrag hat das AG – Grundbuchamt – mit Zwischenverfügung vom 12.5.2014 insgesamt vier Beanstandungen erhoben, von denen es eine auf die Gegenvorstellung der Beteiligten aufgehoben hat (Nr. 4) und eine andere (Nr. 3) durch eine Änderung des Eintragungsantrags gegenstandslos geworden ist. Hier relevant ist noch die Beanstandung unter Nr. 1, es fehle die nach § 181 BGB erforderliche Genehmigung der Käuferin in der Form des § 29 GBO. Der für sie handelnde Rechtsanwalt sei nicht von dem Verbot des Selbstkontrahierens befreit gewesen.

Auf die von den Beteiligten eingelegte Beschwerde hat das OLG die Zwischenverfügung hinsichtlich einer anderen Beanstandung (Nr. 2) aufgehoben und das Rechtsmittel im Übrigen zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde wenden sich die Beteiligten gegen die verbliebene Beanstandung zu Nr. 1.

Das Beschwerdegericht, dessen Entscheidung unter anderem in FGPrax 2015, 16 veröffentlicht worden ist, meint – soweit hier noch von Interesse –, die Käuferin sei bei der Erklärung der Auflassung nicht wirksam vertreten worden, weil ihr Bevollmächtigter nicht von dem Verbot des Selbstkontrahierens (§ 181 BGB) befreit gewesen sei. Messungsanerkennung und Auflassung stellten nicht lediglich ein Erfüllungsgeschäft dar. Werde die noch unvermessene Teilfläche bereits in der Kaufvertragsurkunde aufgelassen, diene die sog. Identitätserklärung (Messungsanerkennung) lediglich als Nachweis für die Bestimmtheit im Sinne des § 28 Abs. 1 GBO, nämlich für die Identität zwischen aufgelassener und vermessener Fläche. Ihr komme im Allgemeinen keine materiellrechtliche Bedeutung zu. Anders sei dies aber, wenn die verkaufte Teilfläche nicht vor der Teilungsvermessung in der Kaufvertragsurkunde, sondern nach Durchführung der Teilungsvermessung und Messungsanerkennung in gesonderter Urkunde aufgelassen werde. Dann sei nicht nur der Bestimmtheitsnachweis nach § 28 GBO, sondern auch der Nachweis der Vollmacht zur Auflassung zu prüfen. Es gehe nämlich dann nicht allein um die Übereinstimmung der bereits wirksam aufgelassenen mit der vermessenen Teilfläche, sondern um die Identität zwischen der verkauften und der aufzulassenden Grundstücksteilfläche. Die Identitätserklärung bzw. Messungsanerkennung habe dann einen über die Erfüllung einer Verbindlichkeit hinausgehenden materiellrechtlichen Gehalt. Die vermessene Teilfläche werde nämlich als vertragsgemäß anerkannt. Etwas anderes ergebe sich nicht daraus, dass die Beteiligten im Kaufvertrag die durch die Ausführungsanordnung nach Art. 34 BayEG festzustellende Grenzziehung auch für das heutige Vertragsverhältnis als verbindlich anerkannt hätten. Denn es sei nicht anzunehmen, dass die Vertragsparteien sich hierzu unabhängig von dem Ergebnis der Vermessung, gleichsam blind im Voraus, verpflichtet wollten.

Aus den Gründen:

Diese Erwägungen halten einer rechtlichen Prüfung nicht stand. Die Rechtsbeschwerde ist aufgrund der Zulassung in dem angefochtenen Beschluss statthaft (§ 70 Abs. 1, Abs. 2 FamFG i. V. m. § 78 Abs. 1, Abs. 2 GBO) und auch im Übrigen zulässig (§ 78 Abs. 3 GBO i. V. m. § 71 FamFG). Sie ist auch begründet.

1. Weder die Messungsanerkennung noch die Auflassung bedürfen einer Genehmigung durch die Käuferin nach §§ 181, 184 BGB. Sie dienen beide ausschließlich der Erfüllung einer Verbindlichkeit und sind deshalb keine nach § 181 BGB genehmigungsbedürftigen Insichgeschäfte.

a) Das hat der Senat – wie das Beschwerdegericht zutreffend sieht – für den Fall des Verkaufs noch nicht vermessener Teilflächen unter gleichzeitiger Erklärung der Auflassung (und Einräumung eines Geh- und Fahrrechts) entschieden (Beschluss vom 16.2.2012, V ZB 204/11, juris Rdnr. 23). Die spätere Messungsanerkennung oder Identitätserklärung hat in einem solchen Fall keinen eigenständigen materiellrechtlichen Gehalt. Welche Teilflächen verkauft und aufgelassen worden sind, ergibt sich nach Größe, Lage und Zuschnitt aus der zeichnerischen – nicht notwendig maßstabsgerechten – Darstellung im Kaufvertrag, die auch ausreichend ist (Senat, Beschluss vom 16.2.2012, V ZB 204/11, juris Rdnr. 23; Urteil vom 25.1.2008, V ZR 79/07, BGHZ 175, 123 Rdnr. 25). Die nachfolgende Identitätserklärung enthält ausschließlich die Bestätigung der Vertragsparteien, dass die in dem Kaufvertrag beschriebenen und aufgelassenen Teilflächen mit den vermessenen Flächen, die in dem katasteramtlichen Veränderungs-

nachweis ausgewiesen sind, übereinstimmen. Damit wird lediglich dem Bestimmtheitserfordernis des Grundbuchrechts (vgl. § 28 GBO) Genüge getan. Es handelt sich um eine rein verfahrensrechtliche Übereinstimmungsbestätigung, die von einem Vertreter für beide Vertragsparteien auch ohne Befreiung von der Vorschrift des § 181 BGB abgegeben werden kann (vgl. Senat, Beschluss vom 16.2.2012, V ZB 204/11, juris Rdnr. 23; OLG Hamm, Rpfleger 1980, 316; FGPrax 2007, 243; OLG Köln, NJW-RR 1992, 1043; *Demharter*, GBO, 29. Aufl., § 20 Rdnr. 32).

b) Für den – hier gegebenen – umgekehrten Fall, dass die Auflassung der verkauften unvermessenen Teilfläche erst nach erfolgter und anerkannter Teilungsvermessung (durch eine dazu bevollmächtigte Vertragspartei) in gesonderter Urkunde erklärt wird, gilt entgegen der Ansicht des Beschwerdegerichts nichts anderes.

aa) Nach einer verbreiteten Ansicht, der sich das Beschwerdegericht schon früher angeschlossen hat (OLG München, MittBayNot 2014, 234, 235), bestehen allerdings zwischen der von dem Senat bereits entschiedenen ersten und der vorliegenden Fallkonstellation zwei entscheidende Unterschiede: Zum einen gehe es hier nicht um die Nachholung der den Anforderungen des § 28 GBO entsprechenden Bezeichnung des Grundstücks und den Nachweis der Identität der aufgelassenen und der verkauften Teilfläche, sondern um den Nachweis der Vollmacht. Zum anderen habe die der gesonderten Auflassung vorangehende Messungsanerkennung eine über die Erfüllung der Auflassungsverpflichtung hinausgehende materiellrechtliche Wirkung. Das bei der anerkannten Teilungsvermessung gebildete neue Flurstück werde als das geschuldete anerkannt. Gegebenenfalls werde auch über die Anpassung des Kaufpreises an das Messergebnis entschieden (BeckOGK/*Fröhler*, BGB, § 181 Rdnr. 304; *Fröhler*, BWNtZ 2006, 97, 98; *ders.*, BWNtZ 2003, 14, 17; *Schnee-weiß*, MittBayNot 2001, 341, 343; vgl. auch *Grziwotz*, MittBayNot 2014, 235, 236). In eine ähnliche Richtung weisen die Gründe, aus denen empfohlen wird, die Auflassung einer unvermessenen Teilfläche erst nach Durchführung der Teilungsvermessung und Anerkennung ihres Ergebnisses zu erklären. Die Auflassung der unvermessenen Teilfläche schon in der Kaufvertragsurkunde könne bei mehr als geringfügigen Abweichungen des Ergebnisses der Teilungsvermessung von der Darstellung im Kaufvertrag ins Leere gehen. Diese Nachteile ließen sich vermeiden, wenn die Auflassung erst nach Durchführung der Teilungsvermessung erklärt würde (*Hügel/Wilsch*, GBO, 2. Aufl., § 28 Rdnr. 107 f.; *Koller in Grziwotz*, Grundstückskaufverträge, 2005, Rdnr. 975; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 878).

bb) Dem ist nicht zu folgen. Zwischen beiden Konstellationen besteht kein Unterschied.

(1) Das gilt schon für den anzulegenden Prüfungsmaßstab. Zwar muss das Grundbuchamt bei einer nach erfolgter Teilungsvermessung durch nur eine der Vertragsparteien erklärten Auflassung deren Vollmacht prüfen. Dieses Erfordernis verändert aber den Prüfungsmaßstab nicht entscheidend. Die zu der Messungsanerkennung und der Auflassung bevollmächtigte Vertragspartei wird als Gegenstand der Auflassung das bei der Teilungsvermessung gebildete neue Flurstück angeben. Gemeint ist damit aber – anders als bei einer Auflassung, die beide Parteien des Kaufvertrags selbst erklären – nur die verkaufte unvermessene Teilfläche. Der Unterschied beruht auf den unterschiedlichen rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten der Beteiligten in dem einen wie in dem anderen Fall. Die Parteien des Kaufvertrags können durch eine Auflassung, an der sie beide selbst mitwirken, wirksam auch

ein Flurstück auflassen, das den Vorgaben des Kaufvertrags nicht entspricht. Diese Möglichkeit hat eine Vertragspartei, die die Auflassung auch für die andere Vertragspartei erklären soll, nicht. Ihre Bevollmächtigung durch die andere Vertragspartei beschränkt sich auf die verkaufte Fläche. Daran ändert auch eine zusätzliche Bevollmächtigung zur Messungsanerkennung für beide Vertragsparteien nichts. Auch sie ermächtigt nur zur Anerkennung des Ergebnisses einer Teilungsvermessung, das den Vorgaben des Vertrags entspricht. Eine so bevollmächtigte Vertragspartei wird den Rahmen ihrer Vollmacht nicht überschreiten wollen. Sie lässt das bei der Teilungsvermessung neu gebildete Flurstück auf, weil es der verkauften Teilfläche entspricht und weil sie keine andere Teilfläche auflassen kann und will. Das bedeutet aber, dass nicht die Prüfung der aus dem Kaufvertrag ohne Weiteres ersichtlichen Vollmacht das entscheidende Problem ist, sondern – wie in der bereits entschiedenen umgekehrten Konstellation – die Identität des aufgelassenen mit dem verkauften Grundstück.

(2) Unzutreffend ist auch die Annahme, der der Auflassung vorangehenden Messungsanerkennung komme eine weitergehende materiellrechtliche Bedeutung zu als einer Messungsanerkennung, die der Auflassung nachfolgt.

(a) Bei einem Teilflächenverkauf müssen die Parteien die zu verkaufende Grundstücksteilfläche nicht mit der für den späteren Vollzug nach § 28 GBO erforderlichen Bestimmtheit bezeichnen, die Teilfläche also nicht vorher vermessen lassen. Es genügt, wenn sie sich über die Größe, die Lage und den Zuschnitt der verkauften Teilfläche entsprechend einer zeichnerischen – nicht notwendig maßstabsgerechten Darstellung – und darüber einig sind, dass die genaue Grenzziehung erst noch erfolgen soll (Senat, Urteile vom 19.4.2002, V ZR 90/01, BGHZ 150, 334, 338 und vom 25.1.2008, V ZR 79/07, BGHZ 175, 123, Rdnr. 25 und Beschluss vom 16.2.2012, V ZB 204/11, juris Rdnr. 23). Sie können die endgültige Festlegung der verkauften Teilfläche einer Vertragspartei oder einem Dritten überlassen oder eine Vertragspartei oder einen Dritten ermächtigen, die vorläufig festgelegte Teilfläche nachträglich zu ändern. Ein solcher Gestaltungsspielraum ist normalerweise nicht anzunehmen, wenn sich die Parteien darüber einig sind, dass die genaue Grenzziehung entsprechend der zeichnerischen Darstellung der verkauften Teilfläche in dem Kaufvertrag später erfolgen soll (vgl. Senat, Urteil vom 30.1.2004, V ZR 92/03, WM 2004, 2083). So liegt es auch hier. Die Parteien haben die verkaufte Teilfläche in dem Vertrag zeichnerisch festgelegt und die Grenzziehung in der Ausführungsanordnung der Enteignungsbehörde, die sie ihrer zeichnerischen Darstellung zugrunde gelegt haben, als verbindlich anerkannt. Das schließt einen Gestaltungsspielraum der zu der Messungsanerkennung und der Auflassung bevollmächtigten Käuferin aus.

(b) Einen über die Erfüllung der Auflassungsverpflichtung hinausgehenden materiellrechtlichen Gehalt gewinnt eine der Auflassung vorausgehende Messungsanerkennung auch nicht dadurch, dass sie Auswirkungen auf den Kaufpreis haben könnte. Zwar kann sich bei der Vermessung einer verkauften Teilfläche ergeben, dass die von den Kaufvertragsparteien bei ihrer zeichnerischen Darstellung vorausgesetzte Größe der verkauften Teilflächen unzutreffend ist. Die Parteien können – wie hier – vereinbaren, dass eine abweichende Teilflächengröße ohne Auswirkungen auf den Kaufpreis bleiben soll. Das bedeutet aber nicht, dass die zu der Messungsanerkennung bevollmächtigte Vertragspartei das Recht hätte, die Größe der Teilfläche zu bestimmen. Sie darf das Ergebnis der Teilungsvermessung nur anerkennen, wenn es der zeichnerischen Darstellung entspricht. Die erwähnte Klausel stellt lediglich klar,

dass die zeichnerische Darstellung Vorrang vor der Angabe der Flächengrößenangabe haben soll, was ohnehin dem regelmäßig anzunehmenden objektiven Inhalt der Vereinbarung entspricht (dazu: Senat, Urteile vom 15.3.1967, V ZR 60/64, WM 1967, 489, vom 13.6.1980, V ZR 119/79, WM 1980, 1013, vom 30.1.2004, V ZR 92/03, WM 2004, 2083, 2084 und vom 30.9.2011, V ZR 17/11, BGHZ 191, 139 Rdnr. 9). Sie schließt auch nicht aus, dass der Vertrag bei beachtlichen Größenabweichungen nach Maßgabe von § 313 BGB wegen Fortfalls oder Fehlens der Geschäftsgrundlage anzupassen ist. Sie führt aber nicht dazu, dass die Messungsanerkennung eine über die Identitätsbestätigung hinausgehende materiellrechtliche Wirkung hat.

(c) Solche Wirkungen entfaltet die Bevollmächtigung zur Messungsanerkennung und die Anerkennung der Teilungsvermessung auch nicht deshalb, weil die Teilfläche mit der Messungsanerkennung als vertragsgemäß anerkannt würde. Das ist nämlich nicht der Fall. Die Messungsanerkennung hat nicht den Zweck, die vertragsgerechte Erfüllung durch die Parteien festzustellen. Sie dient allein dazu, die Identität der unvermessen verkauften Teilfläche und des bei der Teilungsvermessung neu gebildeten Flurstücks zu bestätigen (Senat, Beschluss vom 16.2.2012, V ZB 204/11, juris Rdnr. 23). Dafür ist auch unerheblich, ob sie der Auflassung nachfolgt oder vorausgeht.

2. Die Entscheidung des Beschwerdegerichts erweist sich auch nicht aus einem anderen Grund als zutreffend. Die Genehmigung von Messungsanerkennung und Auflassung durch die Käuferin ist nicht deshalb erforderlich, weil die Einredefreiheit der zu erfüllenden Auflassungsverpflichtung gegenüber dem Grundbuchamt in der Form des § 29 GBO nachzuweisen wäre. Dieser Nachweis ist hier nicht erforderlich. Zwar ist ein Rechtsgeschäft zur Erfüllung einer Verbindlichkeit nicht nach § 181 BGB genehmigungsfrei, wenn die Verbindlichkeit nicht fällig oder mit einer Einrede behaftet ist (*Bamberger/Roth/Valenthin*, BGB, 3. Aufl., § 181 Rdnr. 39; *Erman/Maier-Reimer*, BGB, 14. Aufl., § 181 Rdnr. 31; *HKBGB/Dörner*, 8. Aufl., § 181 Rdnr. 10; *MünchKommBGB/Schubert*, 7. Aufl., § 181 Rdnr. 85; *Palandt/Ellenberger*, 74. Aufl., § 181 Rdnr. 22; *Staudinger/Schilken*, 2014, § 181 Rdnr. 62). Die Einredefreiheit muss dem Grundbuchamt aber jedenfalls dann nicht nachgewiesen werden, wenn – wie hier – der Schuldner des Auflassungsanspruchs den Handelnden unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB bevollmächtigt hat. Denn dann kommen berücksichtigungsfähige Einreden nicht in Betracht.

(...)

Anmerkung:

Was mich auch nach 25 Jahren Beschäftigung an Recht und Rechtswissenschaft immer neu fasziniert, ist das epidemieartige Auftauchen von Rechtsproblemen aus dem Nichts. Einen Wimperschlag lang beschäftigen sie die Praxis massiv, um alsdann rechtshistorisch archiviert zu werden, was den zeitgenössischen Beobachtern ein erstauntes „Und nun?“ abverlangt. Jetzt macht also § 181 BGB Probleme beim Vollzug von Messungsanerkennungen zugunsten der öffentlichen Hand.¹ Nun gilt § 181 BGB seit gut 100 Jahren; die Bayerische Gemeindeordnung in den maßgeblichen Normen seit mindestens 50 Jahren, und man kann sich keinen Bau einer Straße, eines Radweges oder Bürgersteiges der letzten Jahrzehnte in Bayern vorstellen, bei dem nicht zu irgendeinem

Trennstück die Messungsanerkennung als Insihgeschäft beurkundet worden wäre. Warum also gerade jetzt,² und warum mit den Ergebnissen des OLG München,³ so fragt man sich überrascht. Zum Glück hat der BGH sehr schnell Gelegenheit zu einer Stellungnahme bekommen und sein Machtwort wird trotz fehlender voller dogmatischer Überzeugungskraft zur Beruhigung und Archivierung dieses überflüssigen Rechtsproblems beitragen. Das ist aus praktischer Sicht uneingeschränkt zu begrüßen.

Das OLG München hatte mehrfach angenommen, dass § 181 BGB auf die dem Trennkauf nachfolgende Beurkundung einer Messungsanerkennung und Auflassung anwendbar sei, weil sich diese Folgeurkunde nicht im reinen Grundbuchvollzug erschöpfe, vielmehr auf das schuldrechtliche Geschäft einwirke und darum nicht lediglich (ein dem § 181 BGB von vornherein nicht unterliegendes) Vollzugs- und Erfüllungsgeschäft sei.

Da stellte sich natürlich die Frage, ob denn für die Zukunft die gesamte Vollzugsproblematik durch flächendeckendes Ausweichen auf die Identitätserklärung umgangen werden könnte: Die Auflassung wird sogleich im Trennverkauf erklärt und der Vollzugsnotar schiebt sodann aufgrund besonderer Vollmacht lediglich die grundbuchrechtliche Bestimmtheit im Sinne des § 28 GBO nach.⁴

Das OLG München hatte diesen inneren Widerspruch akzeptiert mit der Begründung, die Identitätserklärung ändere eben am schuldrechtlichen Gehalt der bestehenden Vertragsbeziehung nichts, die Messungsanerkennung aber sehr wohl.⁵ Das mag am grünen Richtertisch der Beschwerdeinstanz überzeugend klingen, lässt aber außer Betracht, dass in der vorsorgenden Vertragsgestaltung beide Verfahren funktionsäquivalent sind. Eine derart billige Abhilfe nahm den Aussagen des OLG München viel an innerer Überzeugungskraft.

Der BGH setzt nun bei genau diesem Widerspruch an, aber überraschenderweise, indem er sämtlichen schuldrechtlichen Gehalt aus der Messungsanerkennung streicht und diese gewissermaßen zu einer verkappten bzw. mehr oder weniger nur zufällig in die Hülle eines Vertrages verpackten Identitätserklärung der Vertragsparteien zurechtstutzt. Gestaltungsspielraum? Besteht bei zeichnerischer Darstellung sowieso nicht.⁶ Kaufpreisanpassung? Lediglich klarstellend.⁷ Anerkennung als vertragsgemäß? Nein.⁸ Spätestens hier fragt man sich aber schon, warum denn dieser Vertragstyp seit jeher als Messungsanerkennung firmiert,⁹ wenn – angeblich – in Wahrheit

² *Württemberg*, VBIBW 1984, 171, erörtert zwar bereits Probleme des § 181 BGB, dies aber allein im Zusammenhang gemeindlicher „Konzerne“, also bei Binnengeschäften zu gemeindlichen Unternehmen oder Stiftungen. Die Kontroverse von *Manssen*, BayBgm 2000, 136 und *Grziwotz*, BayBgm 2001, 272 hat die Fachöffentlichkeit auch nicht erreicht.

³ OLG München, Beschluss vom 28.8.2013, 34 Wx 223/13, MittBayNot 2014, 234; OLG München, Beschluss vom 19.9.2013, 34 Wx 156/13, FGPrax 2014, 14; OLG München, Beschluss vom 10.9.2014, 4 Wx 309/14, MittBayNot 2015, 215.

⁴ Einzelheiten zum Beispiel bei *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, ab Rdnr. 879 mit Formulierungsvorschlag.

⁵ OLG München, Beschluss vom 10.9.2014, 4 Wx 309/14, MittBayNot 2015, 215 unter Rdnr. 27 einerseits, Rdnr. 33 andererseits.

⁶ Abschnitt II. 1. b) bb) (2) (a).

⁷ Abschnitt II. 1. b) bb) (2) (b).

⁸ Abschnitt II. 1. b) bb) (2) (c).

⁹ Ohne irgendeinen Anspruch auf rechtshistorische Vollständigkeit wird der Typus jedenfalls schon erwähnt von BayObLGZ 1956, 408, was schon deswegen bemerkenswert ist, weil dieser Typus erst mit der notariellen Zuständigkeit für die Auflassung ab 1953 entstehen konnte.

¹ Und anderer, zwingend dem § 181 BGB unterworfenen Rechtsträger.

gar nichts anerkannt wird. Auf diese Weise wird jedenfalls die Messungsanerkennung zu einer rein grundbuchverfahrensrechtlichen Erklärung, bei der an § 181 BGB nicht zu denken ist. Dass die Notarpraxis mit ihr mehr an rechtlichem Gehalt erreichen wollte als mit der Identitätserklärung, wird zur Kenntnis genommen, aber beiseite geschoben.

Immerhin rückt der BGH eines zurecht, was die Praxis seit 1998 mit der Messungsanerkennung im Grunde genommen zwingend verfolgen musste: Nämlich die Bestätigung des Vertragsobjekts angesichts einer zuvor möglicherweise unwirksamen, weil nicht maßstabsgerecht festgelegten Teilfläche.¹⁰ Noch so eine Epidemie, bei der man sich fragte, wie denn wohl 1915 ein Trennkauf (form-)wirksam beurkundet werden konnte. Und auch dogmatisch unzutreffend, weil das Formgebot auf den übereinstimmenden Willen der Beteiligten gerichtet ist, nicht auf klare Festlegung für das Vermessungsamt oder andere Dritte. Das hat *Flume* schon für die Beurkundungsform letztwilliger Verfügungen nachgewiesen.¹¹ Es gilt ohne Abschlüsse auch hier. Das rückt der BGH nun deutlich zurecht, indem er sich an zwei Stellen ausdrücklich von der Maßstabgenauigkeit der Kartenbeilage verabschiedet.¹² Das trifft uneingeschränkt zu.

Für den zugrundeliegenden Fall stimmen die Aussagen des BGH auch. Der neue Grenzverlauf wurde aufgrund einer nach „Art. 34 BayEG“ getroffenen Festlegung gezogen. Es handelte sich also wohl um einen Verkauf zur Abwendung einer sonst drohenden Enteignung. Auch die beiderseitige anwaltliche Beteiligung spricht für diese Sicht. Dann sind Abweichungen bei der Vermessung tatsächlich ausgeschlossen – der jeweils benachteiligte Vertragsteil würde sich darauf nicht einlassen.

Nicht überzeugen kann der Beschluss aber in der Absolutsetzung und Auslegung der Messungsanerkennung zu diesem Zweck. Man mag es kaum sagen, aber das verstößt klar gegen § 133 BGB – schon insoweit, als noch nicht einmal der Wortlaut „Anerkennung“ überhaupt berücksichtigt wird.

Weder das BGB noch das Grundbuchverfahrensrecht definieren den Begriff der Messungsanerkennung. Er ist vielmehr eine schlagwortartige Bezeichnung, deren Inhalt nicht durch Rückgriff auf Rechtsinstitute, sondern durch Erforschung des Willens der Beteiligten ermittelt werden muss. § 133 BGB verlangt dazu aber die Feststellung des wahren Willens der Beteiligten, und zwar gerade ohne Bindung an echte oder vermeintliche Fachterminologie. Der BGH hätte sich dann schon die Frage stellen müssen, warum denn das doch so charmante Verfahren der Identitätserklärung sich nicht größerer Beliebtheit erfreut, sondern ein großer Teil der Notare – auch der sich literarisch äußernden Notare¹³ – die nachfolgende Messungsanerkennung vorzieht. Stattdessen zeigt nämlich die Erfah-

ung, dass gerade bei Teilflächenverkäufen aus verschiedenen Gründen die vom BGH so postulierte und in den Vordergrund gestellte Exaktheit des Vertragsobjekts in der Beurkundung des Trennkaufs gar nicht erreichbar ist, weil erst das Vermessungsamt hinsichtlich der Grundstückstopologie Einwände erhebt, weil umgeplant wird, weil die Beteiligten bei der Vermessung auf die Idee kommen, gleich weitere Probleme mit-zuregeln etc. etc. Das alles lag, es sei betont, im zur Entscheidung anstehenden Fall natürlich fern. Es gibt aber in dieser Absolutheit nicht die Übereinstimmung von Plan und Vermessungsergebnis, und es gibt in dieser Absolutheit auch nicht die Vernachlässigung des Wunsches, etwaige Abweichungen nachträglich auf eine sichere Grundlage zu stellen.

Für die weitere Gestaltung ergeben sich wohl folgende Erkenntnisse: Eine Messungsanerkennung kann trotz einer solchen Benennung reines Vollzugsgeschäft sein (Fall A), bei der dann eine Auflassung als Insichgeschäft (unter Beteiligung auch der öffentlichen Hand oder sonst nicht befreiungsfähiger Vertreter) erklärt werden kann. Dann sollten vorsorglich alle Hinweise auf ein Einwirken auf das schuldrechtliche Geschäft unterbleiben: Kaufpreisausgleich nur deklaratorisch („Gemäß Vorurkunde beträgt der Kaufpreis somit ...“), Anerkennung der Teilfläche als vertragsgemäß streichen, zu Erschließungsdienstbarkeiten nur deren vollziehende Bewilligung und Antrag, aber keine Neubestellung. Andererseits (Fall B) kann die Messungsanerkennung auch Anerkennung einer sich so aus der Vorurkunde nicht ergebenden Vertragsfläche als nun doch vertragsgemäß sein. In der gegenteiligen Aussage geht der BGH zu weit. Dann kann nach dem bisherigen Erkenntnisstand ein untersagtes Insichgeschäft nicht ausgeschlossen werden; die erneute Beteiligung beider Seiten bleibt bis auf Weiteres erforderlich.

Erfreulicherweise muss all das in der Vorurkunde aber nicht prognostiziert werden; die Auflassungsvollmacht zugunsten der Gemeinde kann wieder beurkundet werden. Bleibt es im Zuge der Vermessung bei Fall A, kann sie ausgenutzt werden. Sie ist jedenfalls nicht deswegen unwirksam, weil sie im nun nicht eingetretenen Fall B untauglich gewesen wäre.

Notar *Michael Volmer*, Starnberg

2. BGB §§ 133, 181, 709, 714, 730; GBO § 47 II 1 (*Wirksame Vormerkungsbewilligung eines durch transmortale Vollmacht ermächtigten GbR-Mitgesellschafters*)

1. **Zur Auslegung einer dem Mitgesellschafter einer zweigliedrigen GbR erteilten transmortalen Vollmacht.**
2. **Eine transmortale, unwiderrufliche Grundbuchvollmacht für den Mitgesellschafter einer zweigliedrigen GbR kann wirksam dazu ermächtigen, eine Vormerkung ohne die Mitwirkung nachfolgeberechtigter Erben in den Gesellschaftsanteil des Verstorbenen zu bewilligen.**

OLG München, Beschluss vom 15.6.2015, 34 Wx 513/13

Im Grundbuch sind als Eigentümer eines Grundstücks (Gebäude- und Freifläche) der Beteiligte zu 1 und sein am 5.11.2008 verstorbener Vater J. Z. seit 12.11.2003 als Gesellschafter nach dem bürgerlichen Recht eingetragen. An der Gesellschaft (im Folgenden: GbR) mit dem Zweck des Betriebes eines Wasserkraftwerks nebst Vermögensverwaltung der dazugehörigen Grundstücke waren der Beteiligte zu 1 mit 51 % und sein Vater mit 49 % beteiligt.

Der privatschriftliche Gesellschaftsvertrag vom 26.8.2003 enthält unter anderem folgende Regelungen:

§ 7 (1) Der geschäftsführende Gesellschafter wird von der Gesellschaftsversammlung einstimmig bestimmt. Zu Beginn

¹⁰ BGH, Urteil vom 23.4.1999, V ZR 54/98, DNotZ 2000, 121; KG, Beschluss vom 19.6.2003, 1 W 270/02, DNotI-Report 2004, S. 53.

¹¹ Das Rechtsgeschäft, 4. (unv.) Aufl. 1992, S. 334.

¹² Etwa unter Abschnitt III. 1. a). Insgesamt kritisch zu BGH, Urteil vom 23.4. 1999, V ZR 54/98, DNotZ 2000, 121 bereits *Kanzleiter*, NJW 2000, 1919.

¹³ Nachweise vorstehend Rdnr. 11. In aktuellen Praktikerhandbüchern etwa wird die Messungsanerkennung empfohlen von *Krafka/Seeger* in *Heinemann*, Kölner Formularbuch Grundstücksrecht, 2013, Kap. 5 Rdnr. 1027 ff.; *Hertel* in *Limmer/Hertel/Frenz/Mayer*, Würzburger Notarhandbuch, 4. Aufl. 2015, II. 2 Rdnr. 586; *Krauß* in *Heckschen/Herrler/Starke*, Beck'sches Notarhandbuch, 6. Aufl. 2015, A I Rdnr. 609; *Ruhwinkel* in *Kersten/Bühling*, Formularbuch und Praxis der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 25. Aufl. 2016, § 56 Rdnr. 13 ff. (insbesondere dort Rdnr. 16: „Verfahren der Identitätserklärung hoch problematisch“).

der Gesellschaft ist Herr ... (Beteiligter zu 1) geschäftsführender Gesellschafter.

§ 8 (5) Der Zustimmung von 68 % der Gesellschafter bedürfen Beschlüsse über:

- a) Änderung des Gesellschaftsvertrags, soweit nicht für einzelne Bestimmungen ausdrücklich etwas anderes geregelt ist,
- b) Auflösung der Gesellschaft,
- c) Aufnahme eines Gesellschafters.

§ 13 (5) Die Gesellschaft wird von den übrigen Gesellschaftern fortgesetzt bzw. als Einzelunternehmen betrieben im Falle ... dem Tod eines Gesellschafters.

§ 18 (1) Beim Tod eines Gesellschafters wird die Gesellschaft nicht aufgelöst, sondern von den verbleibenden Gesellschaftern mit den nachfolgeberechtigten Erben oder Vermächtnisnehmern fortgesetzt.

Nachfolgeberechtigte Vermächtnisnehmer haben insoweit ein Eintrittsrecht, wozu es keines zustimmenden Gesellschafterbeschlusses nach § 8 Abs. 5 lit. c bedarf.

(2) Nachfolgeberechtigt sind nur Abkömmlinge des verstorbenen Gesellschafters, Mitgesellschafter sowie deren Abkömmlinge.

(3) Sind Nachfolgeberechtigte nicht vorhanden oder werden Nachfolgeberechtigte nicht Erben bzw. Vermächtnisnehmer, wird die Gesellschaft von den verbliebenen Gesellschaftern fortgesetzt. Die Erben erhalten in diesem Fall eine Abfindung ...

Am 19.2.2007 hatte der verstorbene Gesellschafter dem Beteiligten zu 1 in einer notariellen Urkunde folgende Vollmacht erteilt:

Abschnitt 1: Grundbuchstand, Vorbemerkung

I. Grundbuchstand

1. Im Grundbuch des AG ... von ... Bl. 2681 sind Herr J. Z. und Herr ... (Beteiligter zu 1) als Gesellschafter nach dem bürgerlichen Recht als Eigentümer des folgenden ... Grundbesitzes eingetragen ...
2. Im Grundbuch des AG ... von ... Bl. 2717 sind Herr J. Z. und Herr ... (Beteiligter zu 1) als Gesellschafter nach dem bürgerlichen Recht als Eigentümer des folgenden ... Grundbesitzes eingetragen ...
3. Im Grundbuch des AG ... von ... Bl. 2651 ist die Gemeinde O. noch als Alleineigentümer des folgenden ... Grundbesitzes eingetragen ...

II. Vorbemerkung:

Auf dem unter Ziffer I. genannten Grundbesitz betreiben Herr J. Z. und Herr ... (Beteiligter zu 1) in Gesellschaft bürgerlichen Rechts ein Wasserkraftwerk. Das unter Ziffer I. 3. näher bezeichnete Grundstück wird in diesem Zusammenhang noch an diese Gesellschaft aufgelassen.

Dieses Wasserkraftwerk soll verkauft werden.

Abschnitt 2: Vollmacht

Ich, Herr J. Z. ...erteile hiermit meinem Sohn und Mitgesellschafter, Herrn ... (Beteiligter zu 1) Vollmacht, mich bei der ganzen oder teilweisen Veräußerung des in Abschnitt 1. Ziffer I. beschriebenen Grundbesitzes ... gegenüber Privatpersonen, dem Grundbuchamt und anderen Behörden umfassend zu vertreten.

Der Bevollmächtigte ist insbesondere ermächtigt, einen beliebigen Veräußerungsvertrag abzuschließen, den Kaufpreis in Empfang zu nehmen und hierüber Quittung zu erteilen, Schuldübernahmen zu vereinbaren, die Auflassung zu erklären, alle zum Vollzug des Veräußerungsvertrages erforderlichen oder zweckdienlichen Erklärungen abzugeben, Anträge aller Art, insbesondere Anträge zur Eintragung von Auflassungsvormerkungen, zur Lastenfreistellung sowie Vermessungsanträge zu stellen.

Weiter umfasst die Vollmacht die Befugnis, alle zur Kaufpreisfinanzierung dienenden Grundpfandrechte samt dinglicher Zwangsvollstreckungsunterwerfung, sowie damit in Zusammenhang stehende Dienstbarkeiten zu bestellen und zur Eintragung in das Grundbuch zu beantragen.

Diese Vollmacht erlischt nicht beim Tod des Vollmachtgebers. Von den Beschränkungen des § 181 BGB ist der Bevollmächtigte befreit. Die Übertragung der Vollmacht auf Dritte ist nicht zulässig. Untervollmacht an Dritte für einzelne Angelegenheiten kann jedoch erteilt werden.

Das unter Ziffer I. Nr. 3. näher bezeichnete Grundstück ... gehört wirtschaftlich zu dem von der Gesellschaft betriebenen Wasserkraftwerk. Es muss im Wege eines Nachtrags von ... noch erworben werden. Die heutige Vollmacht berechtigt den Bevollmächtigten auch sämtliche Erklärungen abzugeben, die den Erwerb des Grundstücks ... betreffen einschließlich der Bestellung von Dienstbarkeiten jeder Art zugunsten des Wasserkraftwerks.

Abschnitt 3: Kosten und Abschriften

Die Kosten der Errichtung dieser Urkunde trägt die BGB-Gesellschaft. ...

Die im Jahr 2013 beantragte Grundbuchberichtigung – Eintragung mehrerer Personen in Erbengemeinschaft – hatte das Grundbuchamt mit Zwischenverfügung zunächst von der Vorlage eines Erbscheins abhängig gemacht und schließlich, weil dieser nicht vorgelegt wurde, mit Beschluss vom 9.8.2013 abgelehnt. Am 1.5.2013 hat das Nachlassgericht für die Beteiligten zu 2 als (unbekannte) Erben zur Sicherung und Verwaltung des Nachlasses einen Nachlasspfleger bestellt.

Mit Kaufvertrag vom 15.10.2013 veräußerte der Beteiligte zu 1, handelnd im eigenen Namen und als Bevollmächtigter aufgrund der über den Tod hinaus erteilten, bei Beurkundung in Ausfertigung vorgelegten notariellen Vollmacht vom 19.2.2007 für die Erben nach seinem Vater den gegenständlichen Grundbesitz (FlSt 2681) und bewilligte zugunsten der Beteiligten zu 3 und 4 als Käufer die Eintragung einer Vormerkung gemäß § 883 BGB.

Auf den Antrag, die Vormerkung einzutragen, hat das Grundbuchamt am 20.10.2013 eine fristsetzende Zwischenverfügung erlassen und als Eintragungshindernis die fehlende Zustimmung des Nachlasspflegers in grundbuchmäßiger Form einschließlich der rechtskräftigen Genehmigung des Nachlassgerichts aufgezeigt. Die Vollmacht des verstorbenen Gesellschafters habe der Nachlasspfleger für die Erben am 6.8.2013 widerrufen.

Dagegen wendet sich der Beteiligte zu 1 mit seiner Beschwerde. Die Vollmacht sei nicht wirksam widerrufen worden, da ein Widerruf nicht ihm, sondern nur seinem insofern nicht bevollmächtigten anwaltlichen Vertreter gegenüber erklärt worden sei. Zudem sei die Vollmacht nach der Interessenlage unwiderruflich gewesen. Im Übrigen sei die notarielle Vollmacht den Käufern gegenüber vorgelegt worden; diese seien gutgläubig gewesen. Die Vertretungsmacht habe fortbestanden (§ 172 Abs. 2 BGB).

Unabhängig davon sei ein etwaiger Widerruf treuwidrig. Der Beteiligte zu 1 sei geschäftsführender Gesellschafter, daher seien die Erben als Gesellschafter verpflichtet, ihm eine Vollmachtsurkunde, auf dessen Wunsch in notarieller Form, auszuhändigen. Die Vormerkung sei von dem Beteiligten zu 1 als geschäftsführendem Gesellschafter bewilligt. Ein Mehrheitsbeschluss über die Veräußerung des Grundstücks sei in der Gesellschafterversammlung vom 4.9.2013 gefasst worden. Außerdem bestehe ein Anspruch auf Zustimmung zur Veräußerung. Dem Nachlasspfleger sei wiederholt mitgeteilt worden, dass die dinglich gesicherten Darlehen fällig würden und die Bank die Verwertung des Grundstücks angedroht habe. Der Verkauf liege damit im Interesse der Gesellschaft.

Der Nachlasspfleger hat für die Beteiligten zu 2 u. a. vorgebracht, die Gesellschaft sei am 1.3.2009 durch einstimmigen Beschluss aller Miterben, einschließlich des Beschwerdeführers, aufgelöst und ein Liquidator bestimmt worden. Dieser habe sein Amt zum 31.3.2010 niedergelegt. Ein neuer Liquidator sei bislang nicht bestellt und die Liquidation der Gesellschaft nicht mehr weiterbetrieben worden. Die Geschäftsführungsbefugnis des Beteiligten zu 1 sei durch den Liquidationsbeschluss erloschen.

Der Beschwerde hat das Grundbuchamt nicht abgeholfen. Die Vollmacht sei dem Grundbuchamt gegenüber wirksam widerrufen worden. Wollte man die vorgelegten Protokolle und Gesellschaftsverträge trotz Formmangels berücksichtigen, ergebe sich, dass der Beteiligte zu 1 wegen des Liquidationsbeschlusses am 4.9.2013 keine Gesellschafterversammlung habe abhalten können.

Im Beschwerdeverfahren hat der Beteiligte zu 1 eine zwischen ihm und dem Vertreter der Beteiligten zu 2 getroffene Vereinbarung über

die Abtretung eines Teils des erzielten Kaufpreises vorgelegt. Zu einer nachlassgerichtlichen Genehmigung der Abtretung ist es nicht gekommen, da der Nachlasspfleger nach einem Widerspruch einer potentiellen Erbin, der Schwester des Beteiligten zu 1, den Antrag zurückgenommen hat.

Aus den Gründen:

II.

Die Beschwerde gegen die Zwischenverfügung ist zulässig erhoben (§ 11 Abs. 1 RPfLG, § 71 Abs. 1, § 18 Abs. 1, § 73 GBO, § 10 Abs. 2 Satz 1 FamFG). Sie hat in der Sache Erfolg und führt zu ihrer ersatzlosen Aufhebung, da die Vormerkung auf Übertragung des Eigentums (§ 883 Abs. 1, § 885 BGB) in Ausübung der Vollmacht vom 19.2.2007 wirksam bewilligt wurde (§ 19 GBO) und es einer Zustimmung der Erben oder des Nachlasspflegers dazu nicht bedarf.

1. Die für die Eintragung der Vormerkung erforderliche Bewilligung einer eingetragenen (vgl. Art. 229 § 21 EGBGB; Senat vom 18.8.2009, 34 Wx 47/09 = DNotZ 2009, 680) GbR ist entweder durch den in grundbuchmäßiger Form (§ 29 GBO) ausgewiesenen Geschäftsführer der GbR als deren Vertreter (vgl. § 714 BGB) oder im Rahmen der gemeinschaftlichen Geschäftsführung nach § 709 BGB durch alle Gesellschafter abzugeben (Senat vom 28.4.2011, 34 Wx 81/11 = ZIP 2011, 2108; *Demharter*, GBO, 29. Aufl., § 47 Rdnr. 30). Die Abgabe einer Bewilligung nach § 19 GBO durch einen Vertreter (des Berechtigten) ist ebenfalls zulässig (BayObLG, Rpfleger 1986, 216; KG, ZfR 2015, 62/63; *Hügel/Holzer*, GBO, 2. Aufl., § 19 Rdnr. 98). Dies kann dadurch geschehen, dass die nach dem Gesetz gesamtvertretungsberechtigten und geschäftsführungsbefugten Gesellschafter ihre Vertretungsmacht dem Mitgeschäftsführer und -gesellschafter übertragen (Senat vom 28.4.2011) oder aber dadurch, dass einem Gesellschafter von den einzelnen – sämtlichen übrigen – Gesellschaftern rechtsgeschäftlich – nicht organschaftlich – Vollmacht erteilt wird, die sich auf ein Handeln der Vollmachtgeber in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter der GbR bezieht (Senat vom 28.4.2011; BGH, FGPrax 2011, 106). Diese Vollmacht kann auch konkret auf ein bestimmtes Geschäft beschränkt erteilt sein (vgl. *Palandt/Ellenberger*, 74. Aufl., § 167 Rdnr. 6).

Hier scheidet zwar jedenfalls nach dem Auflösungsbeschluss vom 1.3.2009, den der Beteiligte zu 1 gemeinsam mit Personen getroffen hat, die nach Aktenlage als Erben des früheren Mitgesellschafters in Betracht kommen und als dessen Abkömmlinge nachfolgeberechtigt sein dürften (vgl. § 18 des Gesellschaftsvertrags), eine Geschäftsführung durch den bisher als Geschäftsführer tätigen Beteiligten zu 1 aus, § 729 BGB. Allerdings ist die gemeinschaftliche Geschäftsführung nach § 709 BGB im Fall der Auflösung der GbR nicht ausgeschlossen (BGH, NJW 2011, 3087; *Staudinger/Habermeier*, Bearb. 2003, § 729 Rdnr. 4). Eine solche ist dann auch weiterhin möglich, wenn ein Gesellschafter in Vertretung der übrigen Gesellschafter handelt. Die Vollmacht zur Vertretung der Gesellschafter Dritten gegenüber ist nämlich nicht mit der Übertragung der Geschäftsführung gleichzusetzen, wie § 715 BGB zeigt.

Die Abgabe einer Bewilligung im Rahmen der gemeinschaftlichen Geschäftsführung nach § 709 BGB kommt auch bei Tod eines von zwei BGB-Gesellschaftern in Betracht. Dazu ist regelmäßig neben der Bewilligung durch den verbleibenden Gesellschafter die Erklärung durch alle Erben erforderlich, da der Anteil des verstorbenen Gesellschafters an der (Liquidations-)Gesellschaft in den Nachlass fällt. Allerdings kann der verbliebene Gesellschafter – eine entsprechende

post- oder transmortale Vollmacht vorausgesetzt – zugleich in deren Ausübung für den verstorbenen Gesellschafter die Bewilligung abgeben; denn eine Vollmacht des verstorbenen Gesellschafters befähigt den Bevollmächtigten zum Handeln für die Erben (OLG Dresden, ZEV 2012, 339, 340). Dabei hat das Grundbuchamt allerdings den Inhalt und die Wirksamkeit der Vollmacht sowie den Umfang der Vertretungsmacht von Amts wegen selbständig zu prüfen, ohne an die Auffassung des Urkundsnotars gebunden zu sein (BayObLG, Rpfleger 1986, 216; *Demharter*, GBO, 29. Aufl., § 19 Rdnr. 74.1; *Hügel/Holzer*, GBO, 2. Aufl., § 19 Rdnr. 99).

2. Die Auslegung ergibt hier Folgendes:

Aus dem Wortlaut der Vollmacht folgt noch nicht eindeutig, ob damit eine (organschaftliche oder rechtsgeschäftliche) Vertretung als Gesellschafter der GbR gemeint ist. Bei der Auslegung der Vollmacht (§ 133 BGB) ist auf Wortlaut und Sinn der Erklärung abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung der Erklärung ergibt (BGHZ 91, 352, 355; 113, 374, 378). Die Formulierung der Vollmacht erlaubt den Schluss auf eine rechtsgeschäftliche Vollmacht zum Handeln in der Eigenschaft als Gesellschafter für die GbR. Zweck der Vollmacht, die die Mitgesellschaftereigenschaft des Beteiligten zu 1 als Vollmachtnehmer anspricht, ist die Veräußerung eines von der GbR betriebenen Wasserwerks sowie von Grundstücken der GbR. Die Vollmacht war damit auf die Abgabe von Erklärungen zugunsten und zulasten der Gesellschaft gerichtet, die als Mitgesellschafter – und nicht nur als Geschäftsführer – abgegeben werden können. Das dritte in der Urkunde genannte Grundstück sollte erst für die GbR erworben werden und die Vollmacht auch für eine Auflassung erteilt sein. Das deutet ebenfalls auf den Willen hin, der bevollmächtigten Person Rechtsmacht dafür einzuräumen, als (Mit-)Gesellschafter der GbR über deren Grundstücke zu verfügen bzw. solche für sie zu erwerben.

Seinerzeit, im Jahr 2007, hatte sich in der Rechtsprechung zwar bereits die Auffassung durchgesetzt, dass die GbR selbst, wiewohl keine juristische Person, (teil-)rechtsfähig ist (grundlegend BGH, NJW 2001, 1056). Geklärt war damals ebenfalls, dass die GbR selbst, nicht die „als GbR“ eingetragenen Gesellschafter, Eigentümerin der Immobilie ist (BGH, NJW 2006, 2191; 2006, 3717). Umstritten war noch, ob die erwerbende GbR als solche grundbuchfähig ist (BGH, NJW 2009, 594 m. w. N.). Dass ein Gesellschafter in Vollmacht der anderen Gesellschafter für die GbR erwerben konnte, stand aber auch bereits vor der Anerkennung ihrer Grundbuchfähigkeit nicht generell in Frage (vgl. Senat vom 26.8.2009, 34 Wx 54/09 = FGPrax 2009, 257, 258). Zweifelhaft mögen die Anforderungen an die Formulierung einer unmissverständlichen Vollmacht für die Gesellschafter zum Abschluss eines Grundstücksgeschäfts der GbR gewesen sein. Die genannten Umstände, wie auch die Tatsache, dass der Vertreter namens des J. Z. sowohl Grundpfandrechte als auch Dienstbarkeiten auf den Grundstücken der GbR bestellen und beantragen können sollte, lässt jedoch nur den Schluss zu, dass damit eine Vollmacht zur Abgabe von Erklärungen namens des Vollmachtgebers in seiner Eigenschaft als Gesellschafter der GbR erteilt ist. Dafür spricht nicht zuletzt auch, dass die Kosten der Urkundenerrichtung von der Gesellschaft getragen wurden.

Damit ist aus dem Wortlaut der Urkunde auch für das Grundbuchverfahren hinreichend klar, dass die – in der Form des § 29 GBO nachgewiesene – Vollmacht die Vertretung der GbR durch den Beteiligten zu 1 als Mitgesellschafter über bestimmte gesellschaftsbezogene Gegenstände regelte.

3. Hier konnte der Beteiligte zu 1 im eigenen Namen sowie wirksam für den Gesellschaftersanteil des Erblassers aufgrund

transmortaler Vollmacht (§ 167 BGB; Senat vom 15.11.2011, 34 Wx 388/11 = ZEV 2012, 376; OLG Frankfurt, FamRZ 2012, 155; siehe Palandt/Weidlich, 74. Aufl., vor § 2197 Rdnr. 9 f.; Palandt/Ellenberger, 74. Aufl., § 168 Rdnr. 4) handeln (vgl. RGZ 114, 351, 354). Die Fortgeltung der Vollmacht vom 19.2.2007 über den Tod des Vollmachtgebers hinaus ist ausdrücklich angeordnet. Sie wirkt trotz der beschlossenen Auflösung der GbR und trotz des erklärten Widerrufs durch den Nachlasspfleger fort, bis feststeht, dass und welche der nachfolgeberechtigten Erben Gesellschafter der GbR geworden sind. Denn ab diesem Zeitpunkt nimmt – auch wenn die Erbengemeinschaft noch nicht auseinandergesetzt sein sollte – nicht mehr diese die Rechte des Erblassers als Gesellschafter wahr. Vielmehr vertreten dann die eingetretenen Gesellschafter mit dem vorhandenen die Gesellschaft.

4. Auch wenn eine Vollmacht – wie die gegenständliche – nicht ausdrücklich als unwiderruflich bezeichnet ist, kann sich ein stillschweigender Ausschluss des Widerrufsrechts ergeben, wenn die Bevollmächtigung nach Grund und Zweck einem besonderen Interesse des Vollmachtnehmers diene (BGH, WM 1985, 646, 67; BayObLGZ 2001, 279, 284). Dazu ist das der Erteilung der Vollmacht zugrundeliegende Rechtsverhältnis maßgeblich (BayObLG, NJW-RR 1996, 848), aus dem sich die Interessenlage ergibt.

Es handelt sich nicht um eine isolierte Vollmacht; sie soll vielmehr ersichtlich (jedenfalls auch) dem Vorteil des Vollmachtnehmers als Mitgesellschafter dienen. Denn sie zielte darauf ab, eine Verfügung über den Grundbesitz der GbR (auch) nach dem Tod des Erblassers unabhängig von der Mitwirkung von Erben zu ermöglichen und damit die Handlungsfähigkeit der GbR zu wahren. Gerade wegen der – wohl auch vom Erblasser und dem Beteiligten zu 1 vorhergesehenen – faktischen Pattsituation in der GbR oder einer Liquidationsgesellschaft und eines nach dem Tod des Erblassers drohenden längerfristigen Schwebzustands bis zum Eintritt eines oder mehrerer Abkömmlinge als Gesellschafter besteht vor allem auch ein Interesse des Beteiligten zu 1 als Mehrheits- und damals einzigen Mitgesellschafter am Fortbestehen der Vollmacht.

Soweit eine unwiderrufliche Vollmacht im Falle eines wichtigen Grundes widerrufen werden kann, ist ein solcher (negativer) Umstand, der grundbuchrechtlich nur schwer nachzuweisen wäre, nicht vorgebracht oder ersichtlich. Er ist nicht in der vereinbarten Liquidierung der GbR zu sehen. Gerade dann ist eine Handlungsfähigkeit der GbR, die nach Erlöschen der Geschäftsführung (§ 730 Abs. 2 Satz 2 BGB) nur noch durch alle Gesellschafter nach außen auftreten kann, nicht anders als durch eine transmortale Vollmacht gewährleistet. Mangels Widerruflichkeit der Vollmacht konnte hier dahinstehen, ob der Widerruf wirksam erklärt war.

5. Handelt ein Bevollmächtigter im Rahmen einer transmortalen Vollmacht, so ist er auch ohne Zustimmung der Erben zu einer Verfügung über Gegenstände des Nachlasses berechtigt (Senat vom 21.7.2014, 34 Wx 259/14 = RNotZ 2015, 20, 21; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 3571). Ein Erbennachweis ist nicht erforderlich. Es gilt nichts anderes, wenn zwar das Grundstück selbst nicht in den Nachlass fällt, sondern im Eigentum einer GbR steht, deren Anteil zum Nachlass gehört; denn die Interessenlage ist in beiden Fällen vergleichbar (OLG Dresden, ZEV 2012, 339).

6. Vorsorglich merkt der Senat – nicht bindend – Folgendes an:

a) Auch die – hier wohl nur hypothetische – Möglichkeit eines zwischenzeitlich eingetretenen Gesellschafterwechsels

durch vertragliche Aufnahme gebietet keine andere Sichtweise. Ist eine GbR im Grundbuch eingetragen, so wird in Ansehung des eingetragenen Rechts auch vermutet, dass diejenigen Personen Gesellschafter sind, die nach § 47 Abs. 2 Satz 1 GBO im Grundbuch eingetragen sind, und dass darüber hinaus keine weiteren Gesellschafter vorhanden sind; bezüglich der Eintragung der Gesellschafter werden die §§ 892-899 BGB für entsprechend anwendbar erklärt (§ 899a BGB). Eingetragen sind noch der Beteiligte zu 1 und sein verstorbener Vater.

b) Die postmortale Vollmacht dürfte nur dazu berechtigen, die Erben zu vertreten; potentielle Vermächtnisnehmer umfasst die Vollmacht hingegen nicht (vgl. OLG Dresden, ZEV 2012, 339, 341). Mithin wird dem Grundbuchamt das Nichtvorhandensein von eintrittsberechtigten Vermächtnisnehmern in der geeigneten Form, etwa durch Vorlage beglaubigter Abschriften von privatschriftlichen Testamenten und der Eröffnungsniederschrift oder Bezugnahme auf die Nachlassakten, oder deren Bewilligung nachzuweisen sein (OLG Dresden, a. a. O.). Zum Nachweis für die gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse als solche kann der vorgelegte, wie wohl nur privatschriftliche Gesellschaftsvertrag als genügend angesehen werden (vgl. BayObLGZ 1991, 301; BayObLG, ZfIR 2001, 504).

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch die Anmerkung von *Everts*, MittBayNot 2016, 139 (in diesem Heft).

3. BGB §§ 167, 925; GBO §§ 13, 17, 19, 20, 53 Abs. 1, § 71 (*Wirksame Grundstücksauflassung ohne Mitwirkung der Erben aufgrund postmortaler Vollmacht*)

Zur Wirksamkeit einer Grundstücksauflassung ohne Mitwirkung der Erben aufgrund postmortaler Vollmacht.

OLG München, Beschluss vom 21.7.2014, 34 Wx 259/14

Im Grundbuch waren seit 12.5.2006 die Eheleute R. und A. St. als Grundstückseigentümer je zu $\frac{1}{2}$ eingetragen. Im gemeinschaftlichen Testament vom 27.9.2005 setzten sich die Eheleute gegenseitig zu alleinigen und ausschließlichen Erben ein. Sie ordneten für beide Erbfälle Testamentsvollstreckung an und benannten jeweils denselben Testamentsvollstrecker. Nach dem Tod des Erstversterbenden war für die Beteiligte, einziges Kind aus der Ehe, ein auflösend bedingtes Vermächtnis ausgesetzt. Das gemeinschaftliche Testament enthält weiter für den Letztversterbensfall (Ziffer 2) die Erbeinsetzung der Beteiligten (zu $\frac{2}{3}$) und ihres Sohnes (zu $\frac{1}{3}$).

Der Miteigentümer Alfons St. ist am 23.2.2011 verstorben und wurde von seiner Ehefrau R. St. beerbt. Grundbuchberichtigung wurde nicht beantragt. Frau St. gab am 17.1.2012 dem Rechtsanwalt M. K. ein notariell beurkundetes Versprechen, ihm aufschiebend bedingt auf den Todesfall das Grundstück als Gegenleistung für erbrachte und noch zu erbringende Sorge und Betreuung zu übertragen. Dem Begünstigten wurde zugleich unwiderruflich Vollmacht erteilt, nach Vorliegen einer Sterbeurkunde, die den Tod des Veräußerers bezeugt, die Auflassung zu erklären und zur Eintragung in das Grundbuch zu bewilligen und zu beantragen. R. St. verstarb am 17.1.2014.

Am 21.1.2014 erklärte der Erwerber in eigenem Namen und zugleich für die Erben nach R. St. die Auflassung und bewilligte und beantragte die Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuch. Der Erwerber legte im Anschluss an den Vollzugsantrag vom 27.1.2014 außer der Sterbeurkunde Nachweise über die Erbschaftsannahme der Verstorbenen nach ihrem vorverstorbenen Ehemann vor, schließlich eine Bestätigung des Testamentsvollstreckers im Nachlass des A. St., dass dessen Ehefrau zu Lebzeiten über den fraglichen Grundbesitz habe frei verfügen können. Das Grundbuchamt nahm die Eigentumsbeschreibung auf Marco K. daraufhin am 19.3.2014 vor.

Zu den Akten des Nachlassgerichts hatte die Beteiligte am 24.2.2014 die Erbschaft nach ihrer verstorbenen Mutter angenommen und ihrerseits nun Grundbuchberichtigung beantragt. Den am 6.3.2014 eingegangenen Antrag hat das Grundbuchamt am 19.3.2014 zurückgewiesen, weil die Erblasserin nicht mehr als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen sei, sondern den Grundbesitz mit Vertrag vom 17.1.2012 veräußert habe. Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Beteiligten vom 2.4.2014, der das Grundbuchamt am 18.6.2014 unter Hinweis auf die zeitliche Reihenfolge des Antragseingangs nicht abgeholfen hat.

Die Beteiligte bringt im Beschwerdeverfahren zur Begründung ihres aufrecht erhaltenen Rechtsmittels, das in erster Linie mit dem Ziel verfolgt wird, im Weg der Berichtigung die Erben nach R. St. als Eigentümer einzutragen, insbesondere noch vor:

Der im Grundbuch Eingetragene sei nicht Eigentümer; dies seien die Beteiligte und ihr Sohn im Verhältnis $\frac{2}{3}$ zu $\frac{1}{3}$; sie würden auch die vom Erwerber abgegebenen Erklärungen nicht genehmigen. Zum Zeitpunkt der Auflassung seien die Beteiligte und ihr Sohn als Erben infolge der angeordneten Testamentsvollstreckung nicht verfügungsbefugt gewesen; die Veräußerung habe aber auch der Testamentsvollstrecker für den Nachlass der Erblasserin R. St. nicht genehmigt. Etwaigen Erklärungen des Testamentsvollstreckers für den letztgenannten Nachlass hätten sie als deren Erben nicht zugestimmt und würden sie auch nicht zustimmen. Gutgläubiger Erwerb habe nicht stattgefunden.

Richtigerweise seien sie und ihr Sohn als Erben von R. St. samt Testamentsvollstreckervermerk im Grundbuch einzutragen, die Übertragung des Eigentums an Marco K. sei unwirksam bzw. nichtig. Das Rechtsmittel sei auch nicht nach § 71 Abs. 2 Satz 1 GBO beschränkt. Weil mit der Weiterveräußerung gerechnet werden müsse, solle nach § 76 GBO verfahren werden. Hilfsweise solle aber ein Amtswiderspruch gegen die Richtigkeit der Eigentümereintragung zugunsten der beiden Erben eingetragen werden, weil bei der Eintragung des Erwerbers K. die Erbfolge nicht in der Form des § 35 GBO nachgewiesen worden sei. Bei der Erklärung des Testamentsvollstreckers vom 17.3.2014 sei auch Entgeltlichkeit nicht geprüft worden, was einen Verfahrensmangel darstelle. Den Grundbuchberichtigungsantrag könne die Erbin trotz angeordneter Testamentsvollstreckung selbst stellen. Vorsorglich werde angeregt, dem Testamentsvollstrecker aufzugeben, den Antrag zu stellen.

Aus den Gründen:

II.

Die Beschwerde ist ohne Erfolg.

1. Der im Beschwerdeverfahren gestellte (Haupt-)Antrag ist auslegungsbedürftig und dahin auszulegen, dass jeweils im Weg der Grundbuchberichtigung die aus Sicht der Beschwerdeführerin unzulässige Eintragung des neuen Eigentümers gelöscht wird und an dessen Stelle die beiden Erben von Rosa St. als Eigentümer eingetragen werden. Soweit die Beschwerde allerdings meint, es müsse für die Eintragung der Erben als Eigentümer nur „inzident der Eigentumsübergang auf Herrn K.“ geprüft werden, ändert dies nichts an dem Umstand, dass die Erbeneintragung nur nach Löschung der vorgenommenen Eigentümereintragung in Frage käme. Denn ein Rechtsübergang von M. K. auf die Erben ist nicht ersichtlich. Erkennt wird nach der Beschwerdebegründung (dort S. 12 zu III.) insoweit richtig, dass bei Eintragung der Erben auch der Testamentsvollstreckervermerk – von Amts wegen (vgl. § 52 GBO) – mit einzutragen wäre. Indessen war ein solcher bislang weder hinsichtlich des Anteils von Alfons St. noch hinsichtlich des Anteils von R. St. im Grundbuch eingetragen, so dass der Antrag, „die angeordnete Testamentsvollstreckung zu löschen“, ins Leere geht.

Was die Ablehnung des zu einem Zeitpunkt gestellten Antrags auf Grundbuchberichtigung angeht, in dem noch die verstorbenen Eheleute St. eingetragen waren, ist die Beteiligte nicht beschwerdeberechtigt. Die Beschwerdeberechtigung im Eintragungsantragsverfahren deckt sich zwar mit dem Antrags-

recht nach § 13 Abs. 1 Satz 2 GBO, das einem nicht eingetragenen, aber infolge des Erbfalls materiellrechtlich befugten (vgl. § 1922 BGB) Erben, der um Grundbuchberichtigung ersucht, regelmäßig zusteht (*Demharter*, GBO, 29. Aufl., § 13 Rdnr. 49, § 71 Rdnr. 63). Sie muss aber auch noch im Zeitpunkt der Entscheidung über die Beschwerde vorhanden sein (BayObLGZ 1969, 284/288 f.; OLG Hamm, FGPrax 1996, 210; *Demharter*, GBO, 29. Aufl., § 71 Rdnr. 66; *Meikel/Streck*, GBO, 10. Aufl., § 71 Rdnr. 108). Daran fehlt es, wenn in diesem Zeitpunkt nicht mehr der Erblasser, sondern – wie hier – ein Dritter infolge Auflassung eingetragen ist. Ersichtlich liegen die Voraussetzungen einer Verfahrensstandschaft der Beteiligten für den neu eingetragenen Eigentümer nicht vor.

Aber auch wenn die angeblich fehlerhafte Umschreibung als sog. doppelrelevante Tatsache (*Demharter*, GBO, 29. Aufl., § 77 Rdnr. 9) hier die Sachprüfung auslösen sollte, ergäbe sich für die Beteiligte kein günstigeres Ergebnis, weil im Rahmen der grundbuchrechtlichen Beweismittel an der Wirksamkeit der vollzogenen Auflassung (§ 925 BGB, § 20 GBO) nicht zu zweifeln ist. Ergänzend wird auf die Ausführungen unter 3. c) verwiesen.

2. Soweit die auf Löschung gerichtete Beschwerde (§ 71 Abs. 1 GBO) mit der unrichtigen Eintragung des Erwerbers als neuen Eigentümer begründet wird, erweist sie sich schon deshalb als unzulässig, weil Gegenstand der Berichtigung eine von Anfang an unrichtige Eintragung wäre (vgl. *Hügel/Kramer*, GBO, 2. Aufl., § 71 Rdnr. 163). Bei unbeschränkter Zulässigkeit würde in diesem Fall die Beschränkung in § 71 Abs. 2 Satz 1 GBO umgangen (*Hügel/Kramer*, a. a. O.). Vielmehr ist nur die beschränkte Beschwerde mit dem Ziel, einen Amtswiderspruch einzutragen, statthaft (vgl. § 71 Abs. 2 GBO; im Folgenden zu 3.).

3. Auch die hilfsweise auf die Eintragung eines Amtswiderspruchs gegen die Eigentümereintragung von Marco K. gerichtete Beschwerde (§ 71 Abs. 2 Satz 2 i. V. m. § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO) ist nicht erfolgreich.

a) Im Verfahren auf Eintragung eines Amtswiderspruchs ist beschwerdeberechtigt, wer, falls die Eintragung unrichtig wäre, nach § 894 BGB den Grundbuchberichtigungsanspruch hätte (OLG Hamm, FGPrax 1996, 210; *Demharter*, GBO, 29. Aufl., § 71 Rdnr. 69). Die Beteiligte behauptet gerade, sie sei als Miterbin nach ihrer verstorbenen Mutter gemeinsam mit ihrem Sohn Eigentümer des Grundstücks geworden, während der im Grundbuch eingetragene Marco K. dies nicht sei. Der Senat kann als Beschwerdegericht bereits entscheiden, ohne dass über diesen Antrag zuvor im Abhilfeverfahren nach § 75 GBO durch das Grundbuchamt befunden wird (zum Beispiel Senat, Beschluss vom 10.4.2013, 34 Wx 36/13 = FGPrax 2013, 155). Allerdings schließt die auch für den zweiten Erbfall angeordnete Testamentsvollstreckung nach einer weit verbreiteten Meinung (BayObLG, Rpfleger 1996, 148; *Demharter*, GBO, 29. Aufl., § 13 Rdnr. 50; *Hügel/Reetz*, GBO, 2. Aufl., § 13 Rdnr. 59; *Becker*, Rpfleger 2014, 113) die Antragsbefugnis des Erben selbst aus. Die Gegenansicht sieht in diesem Umstand kein Hindernis (jüngst OLG Stuttgart, FGPrax 2014, 18/19; LG Stuttgart, Rpfleger 1998, 243; *Hügel/Zeiser*, GBO, 2. Aufl., § 52 Rdnr. 29; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 803, 3466 bei FN. 16). Selbst wenn man zugunsten der Beteiligten von deren eigener Beschwerdebefugnis ausginge, lägen aber die Voraussetzungen für die Eintragung eines Amtswiderspruchs schon deshalb nicht vor, weil das Grundbuchamt nicht unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften die Eintragung vorgenommen hat.

Das Grundbuchamt hat unter Berücksichtigung von § 17 GBO, der die Behandlung mehrerer dasselbe Recht (hier: das Eigentum am Grundstück) betreffender Anträge regelt, die

Eintragung vorgenommen. Unerheblich ist für die Anwendung dieser Vorschrift, ob die begehrten Eintragungen berichtiger oder rechtsändernder Natur sind (*Demharter*, GBO, 29. Aufl., § 17 Rdnr. 4). Auch auf die Vollziehungsreife kommt es nicht an (*Hügel/Zeiser*, GBO, 2. Aufl., § 17 Rdnr. 1). Demnach war der zeitlich zuerst am 27.1.2014 gestellte Antrag aus der Auflassung vom 21.1.2014 vor dem später eingegangenen Berichtigungsantrag (siehe § 13 Abs. 2 GBO) zu behandeln. Das Grundbuchamt hat die Voraussetzungen für die Umschreibung des Eigentums (namentlich §§ 19, 20 GBO) geprüft, ebenso die Wirksamkeit der von der Erblasserin mit Wirkung für ihre Erben erteilten Vollmacht, nach ihrem Tod die Auflassung nach § 925 BGB zu erklären wie auch die sonstigen Grundbucheintragungen abzugeben. Ein dem Vertreter untersagtes Insichgeschäft nach § 181 BGB liegt nicht vor, weil die erklärte Auflassung lediglich die Erfüllung einer Verbindlichkeit aus dem notariellen „Grundbesitzüberlassungsversprechen“ darstellt. Berücksichtigt hat das Grundbuchamt die möglichen Beschränkungen der Erblasserin im Hinblick auf die Erbenstellung nach ihrem verstorbenen Ehemann. Dass das Grundbuch nach dem Tod des Ehemannes nicht berichtigt und demzufolge auch ein Testamentsvollstreckervermerk (§ 52 GBO) nicht eingetragen wurde, berührt die materielle Rechtslage nicht. Für den Übergang des Eigentums auf die nun im Grundbuch eingetragene Person ist es unerheblich, ob Zustimmungen der Erben nach Rosa St. oder des für den späteren Erbfall bestimmten Testamentsvollstreckers vorliegen. Eines Erbennachweises oder Testamentsvollstreckers bedurfte es insoweit nicht.

c) Überdies ist aber auch die Unrichtigkeit des Grundbuchs durch die vorgenommene Umschreibung des Eigentums nicht (zumindest) glaubhaft gemacht (vgl. *Demharter*, GBO, 29. Aufl., § 53 Rdnr. 28). Der Eintragung vom 19.3.2014 liegt die rechtsgeschäftliche Auflassung vom 21.1.2014 zugrunde, die auf Veräußererseite mit postmortaler Vollmacht der Erblasserin (§ 167 BGB; siehe *Palandt/Weidlich*, 73. Aufl., § 2197 Rdnr. 9 f.) wirksam für die Erben (vgl. RGZ 114, 351/354) erklärt wurde. Soweit der Erbanteil nach Alfons St. betroffen war, der seinerseits der Testamentsvollstreckung unterlag, liegt die Bestätigung des Testamentsvollstreckers über die freie Verfügungsbefugnis der Erblasserin Rosa St. vor. Es kann auf sich beruhen, ob dies als Verfügung der Erblasserin mit Zustimmung des Testamentsvollstreckers (§ 185 Abs. 2 BGB) oder aber als Freigabeerklärung (§ 2217 Abs. 1 BGB) zu werten ist. In jedem Fall konnte die Erblasserin, die die alleinige und ausschließliche (Voll-)Erbin nach ihrem verstorbenen Ehemann war, in dieser Form über das Grundstück auch mit Wirkung für ihre Erben verfügen. Etwaige Pflichtverletzungen des Testamentsvollstreckers betreffend den Nachlass nach Alfons St. würden hieran nichts ändern.

(...)

Anmerkung:

1. Dass erst mit Wirkung ab dem Tod („postmortal“) oder über den Tod hinaus („transmortal“) Bevollmächtigte¹ Rechtshandlungen mit Wirkung für und gegen die Erben des Vollmachtgebers wirksam vornehmen können, ist zivilrechtlich mittlerweile Allgemeingut.² Die Zustimmung der Erben ist auch sonst grundsätzlich nicht erforderlich,³ ebenso wenig

ein Erb- oder Testamentsvollstreckernachweis.⁴ Zwar ist unstritten, ob solche Vollmachten durch Konfusion erlöschen, wenn der Bevollmächtigte den Erblasser/Vollmachtgeber erbt hat. Ist er lediglich Miterbe geworden, so erlischt die Vollmacht auf keinen Fall.⁵ Richtigerweise⁶ besteht sie entgegen der Ansicht des OLG Hamm⁷ aber auch dann weiter, wenn der Bevollmächtigte Alleinerbe des Vollmachtgebers geworden ist.

Die Vertretungsmöglichkeit des post- oder transmortal Bevollmächtigten erstreckt sich dabei aber nur auf die Angelegenheiten des Nachlasses, nicht auf sonstige Angelegenheiten oder Vermögen der Erben.⁸ Dabei kann eine solche Vollmacht auch eine im Nachlass befindliche Gesellschaftsbeteiligung und die daraus folgenden Rechte erfassen; dies kann vor dem Hintergrund der §§ 899a BGB, 47 Abs. 2 GBO bei einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts dann auch dazu führen, dass zum Beispiel einem Mitgesellschafter erteilte Vollmachten die Bewilligung von Vormerkungen an Grundbesitz der GbR ermöglichen, ohne dass die nachfolgeberechtigten Erben in den Gesellschaftsanteil des Verstorbenen mitwirken müssen.⁹

Wird postmortal infolge einer solchen Vollmacht eine Auflassung über einen Nachlassgegenstand erklärt, zum Beispiel auch und gerade an den Bevollmächtigten bei Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB oder bei Erfüllung einer Verbindlichkeit diesem gegenüber, so ist die Auflassung wirksam und muss auch im Grundbuch vollzogen werden. Mehr verlangt auch die erweiterte Prüfungspflicht des Grundbuchamts aus § 20 GBO nicht.¹⁰ Insofern liefert der Leitsatz der Besprechungsentscheidung erst einmal nichts Neues. Nichts anderes ergibt sich, wenn über den Nachlass sozusagen „parallel“ eine Testamentsvollstreckung angeordnet ist. Diese steht nach mittlerweile ganz herrschender Meinung neben der Vollmacht.¹¹ Denn die Vollmacht verleiht dem Bevollmächtigten regelmäßig eigenständige, vom Erblasser und gerade nicht vom Testamentsvollstrecker abgeleitete Befugnisse.¹² Die Besprechungsentscheidung fügt sich in diese Linie ebenfalls nahtlos ein.

2. Erben oder Testamentsvollstrecker haben jedoch generell die Möglichkeit, eine vom Erblasser erteilte Vollmacht zu widerrufen.¹³ Bei mehreren Erben kann nach herrschender Meinung jeder Miterbe den Widerruf einzeln, d. h. mit Wirkung nur für sich, erklären, so dass der Bevollmächtigte von der Vollmacht nur noch gemeinsam mit dem widerrufenden Miterben Gebrauch machen kann. Das Vertretungsrecht des Bevollmächtigten hinsichtlich der übrigen Miterben wird

⁴ *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 3571.

⁵ OLG Schleswig, Beschluss vom 15.7.2014, 2 W 48/14, MittBayNot 2015, 132.

⁶ Vgl. hierzu die Nachw. in DNotI-Report 2015, 65, 67 sowie den Beitrag von *Amann*, MittBayNot 2013, 367.

⁷ Beschluss vom 10.1.2013, I-15 W 79/12, MittBayNot 2013, 295.

⁸ BGH (Fn. 2), NJW 1983, 1487, 1489; *Bamberger/Roth/Valenthin* (Fn. 2), § 168 Rdnr. 10.

⁹ OLG München, Beschluss vom 15.6.2015, 34 Wx 513/13, MittBayNot 2016, 134 (in diesem Heft).

¹⁰ Vgl. auch *Amann*, MittBayNot 2013, 367, 370.

¹¹ Zum aktuellen Meinungsstand MünchKommBGB/*Schubert*, 7. Aufl. 2015, § 168 Rdnr. 42 ff. m. w. N.

¹² OLG München, Beschluss vom 26.7.2012, 34 Wx 248/12, MittBayNot 2013, 230, zur postmortalen Vollmacht, und OLG München, Beschluss vom 15.11.2011, 34 Wx 388/11, MittBayNot 2012, 227 mit Anm. *Reimann*, zur transmortalen Vollmacht.

¹³ OLG Hamburg, Beschluss vom 27.5.1966, 2 W 14/66, DNotZ 1967, 30, 31; *Bamberger/Roth/Valenthin* (Fn. 2), § 168 Rdnr. 11; *Grunewald*, ZEV 2014, 579, 581.

¹ Aber auch „normal“ Bevollmächtigte wegen § 168 Satz 1 BGB.

² BGH, Urteil vom 23.2.1983, IVa ZR 186/81, NJW 1983, 1487, 1489; *Bamberger/Roth/Valenthin*, BeckOK BGB, 35. Edition, Stand 1.11.2013, § 168 Rdnr. 10.

³ BGH, Urteil vom 18.4.1969, V ZR 169/65, NJW 1969, 1245, 1246; *Bamberger/Roth/Valenthin* (Fn. 2), § 168 Rdnr. 13 m. w. N.

dadurch nicht beeinträchtigt.¹⁴ Es kann jedoch zu einem Wettlauf von Bevollmächtigtem und Erben kommen.

Anders ist dies, wenn die Vollmacht grundsätzlich nicht widerruflich ist.¹⁵ Dann setzt sie sich auf jeden Fall gegenüber den Erben durch. Eine Unwiderruflichkeit kann und sollte, wie im Besprechungsfall, explizit verfügt sein. Sie wird aber auch stillschweigend dann angenommen, wenn die Vollmacht von vornherein zum Vorteil oder im Interesse des Bevollmächtigten genutzt werden soll,¹⁶ zum Beispiel wenn und weil sie, wie ebenfalls im Besprechungsfall, zur Abwicklung einer bereits zu Lebzeiten auf ihn vereinbarten Grundbesitzübertragung dient¹⁷ oder wenn es darum geht, nach dem Tod des Erblassers/Vollmachtgebers eine nahtlose Handlungsfähigkeit der Gesellschaft herzustellen, an der er beteiligt war.¹⁸ In diesem Fall ist zugleich im Innenverhältnis zu den Erben, als den neuen Geschäftsherren des Bevollmächtigten,¹⁹ anzunehmen, dass deren Interesse hinter dem des verstorbenen Vollmachtgebers zurückzutreten hat.²⁰

3. Auf die Gestaltungspraxis hat die Besprechungsentscheidung im Ergebnis keine konkrete Auswirkung. Zwar sollte man sich bei der Gestaltung von trans- oder postmortalen Vollmachten einerseits und letztwilligen Verfügungen andererseits grundsätzlich immer darum bemühen, das Verhältnis zwischen dem Bevollmächtigten und den Erben, vor allem aber einem etwaigen Testamentsvollstrecker zu regeln. Das kann aber so pauschal nicht gelten für bloße „Vollzugsvollmachten“ oder „Erfüllungsvollmachten“, namentlich bei Überlassungsverträgen auf den Todesfall. Denn diese gehen der Erbenstellung bzw. dem Handeln des Testamentsvollstreckers im Ergebnis stets vor, so dass umgekehrt auch keine Ermittlungspflichten des Testamentsvollstreckers nach solchen Vollmachten bestehen. Der Erblasser hat in solchen Fällen einen bestimmten Sachverhalt punktuell im Voraus in ein eigenständiges Prozedere verlagert und damit gleichsam am Nachlass vorbei geregelt.

Abstimmungsbedarf besteht aber stets zwischen letztwilligen Verfügungen und *Generalvollmachten*, insbesondere Vorsorgevollmachten, und zwar vor allem dann, wenn die Person des Testamentsvollstreckers und des Bevollmächtigten auseinanderfallen. Eine Notwendigkeit, dies bei der Gestaltung anzusprechen, dürfte aber nicht „ins Blaue hinein“ bestehen, sondern nur dann, wenn man konkret mit der Abfassung beider Urkunden beauftragt ist und die Diskrepanz somit augenfällig wird. In solchen Fällen wird es aber sehr kompliziert und kann an dieser Stelle keine Vertiefung erfolgen.²¹ Grundsätzlich sollte der Gestalter aber immer auf Personenidentität achten.

Notar Dr. Arne Everts, Berchtesgaden

¹⁴ MünchKommBGB/Schubert (Fn. 11), § 168 Rdnr. 54; *Schöner/Stöber* (Fn. 4), Rdnr. 3572.

¹⁵ In diesem Fall ist die Widerruflichkeit auf das Vorliegen eines „wichtigen Grundes“ beschränkt, statt aller MünchKommBGB/Schubert (Fn. 11), § 168 Rdnr. 55.

¹⁶ Vgl. BGH, Urteil vom 8.2.1985, V ZR 32/84, WM 1985, 646; BayObLG, Beschluss vom 12.10.2001, 2 Z BR 110/01, DNotZ 2002, 149, 153 f.

¹⁷ So ausdrücklich BayObLG, Beschluss vom 23.8.1989, BReg. 2 Z 83/89, MittBayNot 1989, 308; ähnl. auch *Grunewald*, ZEV 2014, 579, 581.

¹⁸ OLG München (Fn. 9), MittBayNot 2016, 134 (in diesem Heft).

¹⁹ *Bamberger/Roth/Valentini* (Fn. 2), § 168 Rdnr. 12.

²⁰ *Bamberger/Roth/Valentini* (Fn. 2), § 168 Rdnr. 12, der dies sogar allgemein für rein postmortale Vollmachten annimmt.

²¹ Vgl. zum Beispiel die Überlegungen bei *Nieder/Kössinger/Kössinger*, Handbuch der Testamentsgestaltung, 5. Aufl. 2015, § 15 Rdnr. 98 ff.; *Bengel/Dietz*; in *Bengel/Reimann*, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 5. Aufl. 2013, Kap. 1, Rdnr. 36 ff.

4. BGB §§ 741, 1008, 2033 Abs. 1 (*Fortbestand der Erbengemeinschaft bei Erbteilserwerb durch Dritte*)

Übertragen Miterben ihre Anteile am Nachlass jeweils zu gleichen Bruchteilen auf mehrere Erwerber, entsteht eine Bruchteilsgemeinschaft nur an den Erbteilen. Hinsichtlich des Nachlasses bleiben die Inhaber der Erbteile gesamthänderisch verbunden. Befindet sich im Nachlass ein Grundstück, werden die Erwerber deshalb mit dem Zusatz „in Erbengemeinschaft“ als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen. Ihre Eintragung als Miteigentümer ist nur nach entsprechender Auffassung möglich.

BGH, Beschluss vom 22.10.2015, V ZB 126/14

Der 1948 verstorbene P. W. wurde von Dr. R. und A. W. beerbt, die in das Grundbuch als Eigentümer des zum Nachlass gehörenden Grundstücks „in Erbengemeinschaft“ eingetragen wurden. Mit notarieller Urkunde vom 25.2.2013 übertrug jeder der beiden Miterben seinen Erbanteil jeweils zur Hälfte auf die Beteiligten zu 1 und 2. Diese wurden ebenfalls mit dem Zusatz „in Erbengemeinschaft“ in das Grundbuch eingetragen. Sie haben beantragt, das Grundbuch dahin zu berichtigen, dass sie unter Wegfall des Zusatzes „in Erbengemeinschaft“ als Miteigentümer zu je 1/2 eingetragen werden. Das Grundbuchamt hat den Berichtigungsantrag zurückgewiesen mit der Begründung, zur Entstehung einer Miteigentümergeinschaft bedürfe es einer Erbauseinandersetzung nebst Auflassung. Die dagegen gerichtete Beschwerde hat das OLG zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgen die Beteiligten zu 1 und 2 ihren Antrag auf Grundbuchberichtigung weiter.

Das Beschwerdegericht, dessen Entscheidung unter anderem in MittBayNot 2015, 323 veröffentlicht ist, meint, die Veräußerung sämtlicher Miteigentumsanteile an die Beteiligten habe die gesamthänderische Bindung des Eigentums nicht entfallen lassen, so dass es zur Begründung von Bruchteilseigentum an dem zum Nachlass gehörenden Grundstück einer Auflassung bedürfe. Ein derartiger Erwerb führe zur Entstehung einer Bruchteilsgemeinschaft an den erworbenen Erbanteilen innerhalb der bestehenden Gesamthandsgemeinschaft, die auch bei vollständiger Auswechslung ihrer Mitglieder fortgesetzt werde.

Aus den Gründen:

II.

Der nach § 78 GBO statthaften und auch im Übrigen zulässigen Rechtsbeschwerde bleibt in der Sache der Erfolg versagt. Die Erwägungen des Beschwerdegerichts halten einer rechtlichen Überprüfung stand.

1. Zutreffend legt das Beschwerdegericht zugrunde, dass über einen Erbteil auch in Bruchteilen verfügt werden kann (ganz h. M., vgl. nur Senat, Urteil vom 28.6.1963, V ZR 15/62, NJW 1963, 1610, 1611; *Staudinger/Werner*, 2010, § 2033 Rdnr. 7; *Lange*, Erbrecht, 2011, § 56 Rdnr. 23, jeweils m. w. N.; skeptisch *Otto*, NotBZ 2015, 26, 27 m. w. N.) und dass die Überführung eines im Gesamthandseigentum stehenden Nachlassgrundstücks in Bruchteilseigentum der Auflassung bedarf (vgl. Senat, Beschluss vom 9.7.1956, V BLw 11/56, BGHZ 21, 229, 231; OLG München, FamRZ 2012, 154 f. m. w. N.).

2. Mit Recht geht das Beschwerdegericht auch davon aus, dass die gesamthänderische Bindung vorliegend nicht mit der Folge erloschen ist, dass die Beteiligten an dem Grundstück Bruchteilseigentum erworben haben.

a) Allerdings ist umstritten, ob bei Übertragung aller Erbteile zu gleichen Bruchteilen auf mehrere Erwerber die Erbengemeinschaft fortbesteht (so BayObLG, NJW 1968, 505; KGJ 46, 181, 184 ff.; KG, NJW-RR 1999, 880, 882; *Palandt/Weidlich*, 74. Aufl., § 2033 Rdnr. 2; *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 5. Aufl., S. 1090; *Tiedtke*, JuS 1977, 158, 160 f.; *Lehmann*, NJW 1976, 263, 264; *Haegeler*, Rpfleger 1968, 173,

177; vgl. auch OLG Köln, Rpfleger 1974, 109 f.; zumindest der Sache nach nunmehr auch BFHE 117, 270, 271 f.) oder ob sie erlischt mit der Folge, dass die Erwerber ohne vorherige Auflassung als Bruchteileigentümer des zum Nachlass gehörenden Grundstücks eingetragen werden können (so *Staudinger/Werner*, 2010, § 2033 Rdnr. 7; *ders.*, ZEV 2014, 604 f.; *Soergel/Wolf*, BGB, 13. Aufl., § 2033 Rdnr. 15; *Bayer/Scholz*, ZERB 2015, 149, 150 ff.; *Werner*, ZEV 2014, 604; wohl auch *MünchKommBGB/Schmidt*, 6. Aufl., § 1008 Rdnr. 11).

b) Der Senat teilt die zuerst genannte Auffassung.

aa) Der Gesetzgeber hat die Miterbengemeinschaft als Gesamthandsverhältnis mit der Folge ausgestaltet, dass ein Miterbe nach § 2033 Abs. 2 BGB über „seinen Anteil“ an einzelnen Nachlassgegenständen nicht verfügen kann (vgl. Prot. Bd. V, 1899, S. 835 f. u. 838); das gilt selbst dann, wenn der Nachlass nur (noch) aus einem einzigen Vermögensgegenstand besteht (vgl. BGH, Urteil vom 14.10.1969, III ZR 73/66, NJW 1969, 92). Um die daraus resultierenden Härten abzumildern, hat er dem Miterben allerdings gemäß § 2033 Abs. 1 BGB die Befugnis eingeräumt, über seinen Anteil am Nachlass zu verfügen, um auf diese Weise eine alsbaldige Verwertbarkeit des Erbteils sicherzustellen (vgl. Prot. Bd. V, 1899, S. 835 f. u. 838). Wird ein Erbteil veräußert, führt dies dazu, dass der Veräußerer aus der mit dem Erbfall kraft Gesetzes zwischen ihm und den übrigen Miterben entstandenen Gesamthandsgemeinschaft ausscheidet und die Gemeinschaft mit dem Erwerber fortgeführt wird (vgl. nur Senat, Beschluss vom 9.7.1956, V BLw 11/56, BGHZ 21, 229, 231; Urteil vom 28.6.1963, V ZR 15/62, NJW 1963, 1610, 1611; BayObLG, NJW 1968, 505; KG, NJW-RR 1999, 880, 882). Das gilt nach der Wertung des § 2037 BGB zumindest grundsätzlich selbst dann, wenn keine Miterben mehr beteiligt sind, sondern nur noch Dritte Erbteile halten. Ansonsten litte die Verkehrsfähigkeit des Erbteils, weil ein Erwerber in Rechnung stellen müsste, dass der Anteil von dem Ausscheiden des letzten Miterben an nicht mehr als solcher übertragen werden könnte. Dass die durch den Erbfall begründete Gesamthandsgemeinschaft im Grundsatz auf Auseinandersetzung und damit auf Beendigung angelegt ist, ändert daran nichts.

bb) Der Fortbestand der durch den Erbfall begründeten Gesamthandsgemeinschaft kann nur ausnahmsweise verneint werden, weil nicht nur die erbrechtliche, sondern auch die sachenrechtliche Zuordnung in Rede steht, die mit Blick auf die Erfordernisse des Rechtsverkehrs in erhöhtem Maße der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit bedarf. Vor diesem Hintergrund kann eine teleologische Reduktion nur in zweifelsfreien Fällen und bei typisierender Betrachtung zum Tragen kommen, praktische Gründe allein rechtfertigen sie nicht (a. A. *MünchKommBGB/Schmidt*, a. a. O., § 1008 Rdnr. 11, der trotz rechtsdogmatischer Bedenken das Vorliegen „rechtspraktischer“ Gründe für ausreichend hält).

(1) So ist es anerkannt, dass die Gesamthandsgemeinschaft erlischt, wenn ein Miterbe oder ein Dritter sämtliche Erbanteile erwirbt und sich damit sämtliche Erbteile in ein und derselben (natürlichen oder juristischen) Person vereinigen. Die Rechtslage ist dann keine andere als bei dem Erwerb des Nachlasses durch einen Alleinerben (vgl. nur BGH, Urteil vom 19.3.1992, IX ZR 14/91, NJW-RR 1992, 733 m. w. N.). Der rechtsgeschäftlich Erwerbende ist so zu stellen, wie er als Alleinerbe stünde. Ein Bedürfnis, über den Nachlass als Ganzes zu verfügen, besteht in beiden Fällen nicht (mehr). Eine Auseinandersetzung mit Mitberechtigten findet statt. Sowohl der Alleinerbe als auch der Erwerber sämtlicher Erbteile kann ohne Weiteres die rechtlichen Voraussetzungen für eine Verfügung über Einzelgegenstände schaffen; der Ab-

stimmung mit Mitberechtigten bedarf es hierzu von vornherein nicht. Der Grund für die Einräumung der Möglichkeit, über den Erbteil zu verfügen, besteht in solchen Fällen nicht oder nicht mehr. Der mit dem Modell der gesamthänderischen Bindung verbundene Nachteil, wonach der Mitberechtigte nicht über seinen Anteil an einzelnen Nachlassgegenständen verfügen kann (§ 2033 Abs. 2 BGB), braucht nicht (mehr) durch die Möglichkeit der Verfügung über den Erbteil abgedeckt zu werden.

(2) Hier hat kein Erwerb sämtlicher Erbanteile durch einen Erwerber stattgefunden. Wird der Erbteil anteilig auf mehrere Erwerber übertragen, bilden die Erwerber eine Gemeinschaft nach Bruchteilen (§ 741 BGB). Die Bruchteilsgemeinschaft gibt es aber nicht als solche, sondern nur bezogen auf das Recht, das den Mitgliedern der Gemeinschaft gemeinschaftlich zusteht. Handelt es sich um mehrere Erbteile, besteht an diesen jeweils eine Bruchteilsgemeinschaft. Hinsichtlich des Nachlasses bleiben die Inhaber der Erbteile gesamthänderisch verbunden; eine Vereinigung der Erbteile zu einer Bruchteilsgemeinschaft am Nachlass tritt nicht ein (vgl. *Lohmann*, MittBayNot 2015, 324).

(3) Für den Fortbestand der Erbengemeinschaft gibt es darüber hinaus gute Gründe: Bei dem anteilmäßigen Erwerb sämtlicher Erbteile durch eine Mehrzahl von Erwerbern wird diesen bei der gebotenen typisierenden Betrachtung mit Blick auf die ansonsten eintretende verschärfte Miterbenhaftung (vgl. § 2059 Abs. 1 Satz 1, § 2060 BGB) regelmäßig daran gelegen sein, vor einer Aufteilung des Nachlasses zunächst die Nachlassverbindlichkeiten zu berichtigen (*Tiedtke*, JuS 1977, 158, 161). In aller Regel kann auch erst nach Klärung der Passivseite des Nachlasses eine sachgerechte Entscheidung darüber getroffen werden, ob und ggf. hinsichtlich welcher Nachlassgegenstände eine Auseinandersetzung stattfindet, ob sie in Allein- oder Bruchteileigentum überführt werden sollen oder ob es zweckmäßig erscheint, die Gesamthandsbindung bis auf Weiteres aufrechtzuerhalten. Das gilt auch dann, wenn ein Grundstück der einzige Nachlassgegenstand ist. Es steht weiterhin im Gesamthandseigentum.

Es kommt daher nicht mehr darauf an, ob die Beendigung der gesamthänderischen Bindung zudem zu einer Beeinträchtigung schutzwürdiger Interessen der Nachlassgläubiger führte (bejahend *Tiedtke*, a. a. O.; a. A. *Bayer/Scholz*, ZERB 2015, 149, 151 f.), die über dasjenige Maß hinausgehen, welches die Gläubiger bei Vereinigung aller Anteile in einer Hand hinzunehmen hätten.

c) Die Voraussetzungen für eine Vorlage an den Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes nach § 2 Abs. 1 RsprEinhG liegen nicht vor. Zwar weicht der Senat von der in dem Urteil des BFH vom 11.6.1975 (NJW 1975, 2119) zugrunde gelegten Rechtsauffassung ab, wonach die durch den Erbfall begründete Gesamthandsgemeinschaft bei Erbteilsübertragungen der vorliegenden Art ihr Ende findet. Jedoch entfällt die Vorlagepflicht, wenn die frühere Entscheidung überholt ist (vgl. nur *Kissel/Mayer*, GVG, 7. Aufl., zu § 132 GVG Rdnr. 20). Davon ist hier schon deshalb auszugehen, weil der BFH nunmehr in ständiger Rechtsprechung davon ausgeht, dass schon die Übertragung eines Erbteils den Tatbestand des § 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEstG verwirklicht, sofern zu dem Nachlass ein Grundstück gehört (vgl. nur BFHE 117, 270, 271 ff.; BFHE 178, 468; BFHE 246, 222 Rdnr. 9 f. m. w. N.). Davon abgesehen liegt eine zur Vorlage führende Abweichung auch dann nicht (mehr) vor, wenn die zur Divergenz führende Rechtsauffassung mittlerweile aufgegeben worden ist (vgl. nur BFH, Beschluss vom 22.7.2014, XI B 29/14, juris Rdnr. 11 m. w. N. zu § 115 Abs. 2 Nr. 2

FGO; *Kissel/Mayer*, a. a. O.). So liegt es hier. In der Entscheidung vom 17.7.1975 (BFHE 117, 270) hat der BFH nicht nur seine steuerliche Rechtsauffassung geändert. Er ist zudem von der früheren zivilrechtlichen Beurteilung zur Beendigung der Gesamthandsgemeinschaft durch Erwerb sämtlicher Erbteile abgerückt, indem er ausführt, dass nach der Erbteilsübertragung Eigentum zur gesamten Hand bestehe (a. a. O., S. 271), dass die Erbengemeinschaft nicht erloschen sei, weil die Erbanteile niemals in einer Hand zusammengefasst worden seien (a. a. O., S. 271) und dass die Überführung gesamthänderisch gebundenen Eigentums in Bruchteilseigentum der (rechtsgeschäftlichen) Übertragung bedürfe (a. a. O., S. 272).

(...)

5. GBO §§ 22, 29, 35 (*Nachweis der unterbliebenen Geltendmachung des Pflichtteils*)

1. **Der Senat hält an seiner Rechtsprechung fest, dass der Nachweis, dass eine testamentarische Erbeinsetzung bei angeordneter Pflichtteilsstrafklausel nicht durch ein Pflichtteilsverlangen entfallen ist, im Grundbucheintragungsverfahren auch durch eine eidesstattliche Versicherung aller Miterben, nicht aber durch deren formfreie Erklärung erbracht werden kann.**
2. **Eine weitergehende Nachweiserleichterung, insbesondere durch Zulassung privatschriftlicher Erklärungen der Beteiligten, kommt nicht in Betracht.**

OLG Hamm, Beschluss vom 20.8.2015, 15 W 346/15

mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG Hamm

Im Grundbuch ist als Eigentümer des im Rubrum bezeichneten Grundbesitzes noch Herr E3 eingetragen. Dieser ist am ... 2014 verstorben.

Dieser hatte mit seiner Ehefrau am 23.1.1979 ein gemeinschaftliches notariell beurkundetes Testament errichtet, in dem die Ehegatten sich wechselseitig zu Alleinerben einsetzten. Erben des letztversterbenden Ehegatten sollten zu gleichen Teilen die beiden gemeinsamen Töchter – die Beteiligten dieses Verfahrens – sein.

§ 3 des Testaments lautete:

„Sollte eines unserer Kinder nach dem Zuerstversterbenden von uns den Pflichtteil verlangen, so soll es auch nach dem Letztversterbenden von uns den Pflichtteil erhalten.“

Die Ehefrau X E4 geb. M war am ... 2002 vorverstorben.

Nach dem Tod des Herrn E3 beantragte die Beteiligte zu 1 die Berichtigung des Grundbuchs dahin, dass sie gemeinsam mit der Beteiligten zu 2 in Erbengemeinschaft im Grundbuch einzutragen sei. Der Rechtspfleger des Grundbuchamtes wies mit Verfügung vom 8.4.2015 darauf hin, dass hierfür die Vorlage eines Erbscheines erforderlich sei, und verwies zur Begründung auf die Entscheidung des Senats im Verfahren 15 W 144/13. Mit der gegen diese Verfügung gerichteten Beschwerde, in der sich die Beteiligte zu 2 dem Berichtigungsantrag anschloss, erklären die Beteiligten, nach dem Tod ihrer Mutter nicht den Pflichtteil geltend gemacht zu haben, und beriefen sich auf § 35 GBO. Sie vertraten die Auffassung, zum Nachweis für die Nichtgeltendmachung des Pflichtteils müsse eine eidesstattliche Versicherung genügen; ein Erbschein sei nicht erforderlich. Darüber hinaus waren sie der Meinung, bei übereinstimmender Antragstellung aller Miterben wie im vorliegenden Fall sei sogar die Vorlage eidesstattlicher Versicherungen entbehrlich.

Der Senat hat nach vorangegangenem Hinweis die Beschwerde gegen die Verfügung vom 8.4.2015 mit Beschluss vom 12.6.2015 wegen fehlender Statthaftigkeit als unzulässig verworfen. Im Rahmen des Beschwerdeverfahrens 15 W 207/15 hat der Senat – notwendig unverbindlich – auf seine Entscheidung vom 16.2.2011, 15 W 27/11, hingewiesen.

Nunmehr beantragen die Beteiligten mit Schriftsatz ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 3.7.2015, sie im Wege der Grundbuchberichtigung in Erbengemeinschaft einzutragen und zwar ohne weitere Nachweise. Zur Begründung wiederholen, ergänzen und vertiefen sie ihre bisherigen Ausführungen. Mit Beschluss vom 16.7.2015 hat das Grundbuchamt eine Zwischenverfügung erlassen und darin die Vorlage eines Erbnachweises nach E3 in Form eines Erbscheines verlangt. Der hiergegen gerichteten Beschwerde der Beteiligten hat es nicht abgeholfen.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird ergänzend auf den Akteninhalt verwiesen.

Aus den Gründen:

II.

Die Beschwerde ist nach den §§ 71 ff. GBO statthaft und auch im Übrigen zulässig, soweit die Beteiligten die Aufhebung der Zwischenverfügung vom 16.7.2015 begehren.

Der weitergehende Antrag, das Grundbuchamt zur Durchführung der Grundbuchberichtigung anzuweisen, ist dagegen bereits unzulässig, weil der Senat im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht abschließend über den Eintragungsantrag zu entscheiden hat. Gegenstand des Beschwerdeverfahrens ist ausschließlich die in der Zwischenverfügung erhobene Beanstandung und nicht der Eintragungsantrag. In einem solchen Beschwerdeverfahren darf das Beschwerdegericht keine Anweisung aussprechen; widrigenfalls wäre eine solche sogar auf eine etwaige Rechtsbeschwerde hin aufzuheben (vgl. *Demharter*, GBO, 29. Aufl., § 77 Rdnr. 15).

Die Beschwerde ist im zulässigen Umfang teilweise begründet und führt zu einer Abänderung bzw. Ergänzung der angefochtenen Zwischenverfügung, weil außer dem vom Grundbuchamt geforderten Erbschein auch die Vorlage eidesstattlicher Versicherungen der Beteiligten als Mittel zur Behebung des Eintragungshindernisses in Betracht kommt.

Für die beantragte Grundbuchberichtigung (§ 22 GBO) ist der Nachweis der Erbfolge nach dem am ... 2014 verstorbenen E3 in der Form des § 35 Abs. 1 GBO erforderlich.

Nach dieser Vorschrift ist der Nachweis der Erbfolge grundsätzlich durch einen Erbschein zu führen (§ 35 Abs. 1 Satz 1 GBO). Beruht jedoch die Erbfolge auf einer Verfügung von Todes wegen, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist, so genügt es gemäß § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO in der Regel, wenn an Stelle des Erbscheines die Verfügung und die Niederschrift über die Eröffnung der Verfügung vorgelegt werden. Dabei reicht in formaler Hinsicht die Vorlage beglaubigter Abschriften aus (*Demharter*, GBO, 29. Aufl., § 35 Rdnr. 45; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 786; *Schaub in Bauer/von Oefele*, GBO, 3. Aufl., § 35 Rdnr. 122).

Im vorliegenden Fall kommt es also darauf an, ob sich die Erbfolge aus dem notariellen Testament vom 23.1.1979 ergibt. Die darin enthaltene Einsetzung der Beteiligten zu 1 und zu 2 als Schlusserben zu gleichen Teilen ist infolge der Pflichtteilsstrafklausel auflösend bedingt durch das Verlangen des Pflichtteils nach dem Erstversterbenden (vgl. BGH, NJW 2006, 3064 f.; BayObLG, NJW-RR 2004, 654, 655; *Palandt/Weidlich*, 70. Aufl., § 2269 Rdnr. 15). Da mit einem Bedingungseintritt die Erbenstellung entfällt, hängt die Wirksamkeit der Erbeinsetzung der Beteiligten zu 1 und zu 2 zu gleichen Teilen davon ab, ob eine der Beteiligten den Pflichtteil nach dem Tod der erstverstorbenen Mutter verlangt hat. Für den Fall, dass keine der Beteiligten den Pflichtteil nach der Mutter verlangt hat, würde sich die Pflichtteilsstrafklausel im gemeinschaftlichen Ehegattentestament dagegen nicht auswirken.

Dementsprechend besteht im vorliegenden Fall eine Lücke im urkundlichen Nachweis der Erbfolge. Die Tatsache der fehlenden Geltendmachung des Pflichtteils muss grundbuchverfahrensrechtlich an sich durch eine öffentliche Urkunde nachgewiesen werden, § 29 Abs. 1 GBO. Denn sie ist Wirksamkeitsvoraussetzung für die beantragte Grundbuchberichtigung, und es gibt keinen Erfahrungssatz, wonach Kinder in Fällen der vorliegenden Art nach dem erstverstorbenen Elternteil den Pflichtteil nicht verlangen (vgl. OLG Frankfurt, Rpfleger 1994, 206, 207; OLG Köln, NJW-RR 2010, 665, 666).

Zum Nachweis der (negativen) Tatsache der fehlenden Geltendmachung des Pflichtteils kann allerdings auch eine vor einem Notar abgegebene eidesstattliche Versicherung genügen (Senat, FGPrax 2011, 169; *Schöner/Stöber*, a. a. O., Rdnr. 790 mit Fn. 44; *Demharter*, GBO, 29. Aufl., § 35 Rdnr. 39). Dafür spricht entscheidend, dass in Fällen der vorliegenden Art auch das Nachlassgericht im Erbscheinsverfahren regelmäßig eine entsprechende eidesstattliche Versicherung ausreichen lassen und der Erbscheinserteilung zugrunde legen würde (LG Bochum a. a. O.; *Schöner/Stöber*, a. a. O.). Es entspricht gerade dem Gesetzeszweck des § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO, eine erleichterte Berichtigung ohne den Umweg über das Nachlassgericht zu ermöglichen. Für den vergleichbaren Fall, dass das Nichtvorhandensein weiterer Kinder bzw. Abkömmlinge nachzuweisen ist, wird außerdem eine eidesstattliche Versicherung ebenfalls für beachtlich gehalten (vgl. Senat, NJW-RR 1997, 646 f. = FGPrax 1997, 48 ff. = Rpfleger 1997, 210 ff.; OLG Schleswig, Rpfleger 1999, 533; OLG Düsseldorf, FGPrax 2010, 114 f.; *Demharter*, a. a. O., § 35 Rdnr. 39, 63; *Schaub in Bauer/von Oefele*, a. a. O., § 35 Rdnr. 139); es besteht kein Grund dafür, die vorliegende Fallkonstellation anders zu behandeln. Das Grundbuchamt dürfte also formgerechte eidesstattliche Versicherungen der Beteiligten nicht von vornherein als unbeachtlich zurückweisen, sondern müsste diese Urkunde(n) berücksichtigen. Ein Erbschein ist nach § 35 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 GBO allerdings nicht verzichtbar, wenn unter Einbeziehung der eidesstattlichen Versicherungen noch Zweifel verbleiben, die über die abstrakte Möglichkeit eines anderen Sachverhalts hinausgehen (Senat, a. a. O.). Nach dem derzeitigen Sachstand bestehen im vorliegenden Fall allerdings keine Anhaltspunkte dafür, dass das Nachlassgericht in einem Erbscheinsverfahren nach erfolgter eidesstattlicher Versicherung noch weitere tatsächliche Ermittlungen durchzuführen hätte.

Die vom Grundbuchamt vertretene Auffassung, dass bei einer Pflichtteilsstrafklausel dagegen stets die Vorlage eines Erbscheins erforderlich sei, wird vom Senat aus den angeführten Gründen nicht geteilt.

Die vom Grundbuchamt zur Stützung seiner Auffassung herangezogene Entscheidung des Senats vom 27.5.2014, 15 W 144/13 (FamRZ 2014, 1953) trägt die vom Grundbuchamt vertretene Ansicht nicht. In dem dieser Entscheidung zugrundeliegenden Fall war entscheidender Aspekt für das berechnete Verlangen des Grundbuchamts nach Vorlage eines Erbscheins, § 35 Abs. 1 Satz 1 und 2 Hs. 2 GBO, nicht etwa das Bestehen einer Pflichtteilsstrafklausel, sondern vielmehr die behauptete Geltendmachung des Pflichtteils nach dem Tod des vorverstorbenen Elternteils. Die – aktive – Geltendmachung des Pflichtteils ist keine Negativtatsache wie das bloße Nichtverlangen des Pflichtteils. Die Rechtsprechung zur grundbuchverfahrensrechtlichen Möglichkeit des Nachweises bestimmter Negativtatsachen durch eidesstattliche Versicherungen kann auf einen positiv zu erbringenden Nachweis nicht übertragen werden. Die Prüfung, ob die auflösende Bedingung einer Pflichtteilsstrafklausel eingetreten ist, kann

im Einzelfall schwierige tatsächliche und rechtliche Fragen aufwerfen und lässt sich der vom Grundbuchamt zu prüfenden notariellen Urkunde gerade nicht entnehmen. Vielmehr muss dies aufgrund einer näheren Prüfung der tatsächlichen Vorgänge erst festgestellt werden. Hierbei muss gewährleistet sein, dass allen Beteiligten das rechtliche Gehör gewährt und die erforderliche Sachverhaltsaufklärung von Amts wegen (§ 26 FamFG) durchgeführt wird. Da dem Grundbuchamt eine eigene Sachverhaltsermittlung nicht eröffnet ist, ist eine solche Prüfung im vorgenannten Sinn nur in einem Erbscheinsverfahren möglich.

Um im vorliegenden Grundbucheintragungsverfahren die Lücke im urkundlichen Nachweis der Erbfolge nach dem am ... 2014 verstorbenen E3 zu schließen, hält der Senat eidesstattliche Versicherungen aller Beteiligten als Erbprätendenten für erforderlich (vgl. *Hügel/Wilsch*, a. a. O.). Jede der Beteiligten hat vor einem Notar sinngemäß an Eides statt zu versichern, dass weder sie selbst noch nach ihrem Kenntnisstand die andere Beteiligte den Pflichtteil nach der erstverstorbenen Mutter verlangt hat. Dieses bietet eine erhöhte Gewähr für die Richtigkeit der eidesstattlichen Versicherungen, da sich eine Beteiligte, die den Pflichtteil nach der Mutter nicht verlangt hat, durch falsche Angaben zugunsten einer anderen Beteiligten nur selbst schädigen würde. Das Grundbuchamt wird im Falle der Vorlage von eidesstattlichen Versicherungen zu prüfen haben, ob noch irgendwelche begründeten Zweifel hinsichtlich der Erbfolge nach E3 bestehen.

Soweit die Beteiligten das Ziel anstreben, angesichts ihrer übereinstimmenden schriftlichen Angaben gänzlich auf weitere urkundliche Nachweise zusätzliche zu dem notariellen Testament und dem Testamentseröffnungsprotokoll zu verzichten, kann dem nicht gefolgt werden. Bedeutung und Funktion des Grundbuches verlangen es, dass Eintragungen wie diejenigen im Falle eines Eigentumswechsels nur auf gesicherter urkundlicher Nachweisbasis vorgenommen werden dürfen (vgl. *Demharter*, GBO, 29. Aufl., § 29 Rdnr. 2). Andernfalls würde die Basis für den solchen dass Eintragungen zukommenden öffentlichen Glauben an die Richtigkeit der Eintragung von Rechten im Grundbuch, § 891 BGB, ausgehöhlt und untergraben. Ein Gutgläubensschutz von Eintragungen im Grundbuch kann von vornherein mit einem gerechtfertigten Anspruch auf Akzeptanz und Vertrauen im Rechtsverkehr nur dann in Betracht kommen, wenn und soweit gewährleistet ist, dass die zuständigen Behörden Eintragungen nur auf besonders gesicherter Tatsachenbasis vornehmen dürfen. Hierfür reicht es nicht aus, wenn der Sachvortrag verschiedener antragstellender Personen untereinander frei von Widersprüchen ist und wenn auch sonst keine Anhaltspunkte ersichtlich sind, die gegen die inhaltliche Richtigkeit der Angaben sprechen. Denn die Grenze zur sogenannten Offenkundigkeit, vgl. § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO, ist dann nicht erreicht. Für das Grundbuchverfahren kommt es wegen der Gutgläubenswirkung der Eintragungen auf eine Nachweisgrundlage an, die geeignet ist, mit Außenwirkung gegenüber jedermann Wirkung zu entfalten; dass ein Umstand im Innenverhältnis zwischen den Beteiligten nicht streitig ist, reicht hierfür nicht aus. Würde man in einem solchen Fall – wie es die Antragstellerinnen für sich anstreben – ohne weitere Gewähr für die sachliche Richtigkeit die einfachen, formfreien Angaben als Grundlage für eine Grundbucheintragung ausreichen lassen wollen, würde dies einen Bruch gegenüber den in §§ 29 ff. GBO streng formalisierten Anforderungen an die Voraussetzungen für Grundbucheintragungen darstellen. Das Grundbuchverfahrensrecht ermöglicht es dem Grundbuchamt lediglich in § 35 Abs. 3 Satz 1 GBO für seltene Ausnahmefälle bei geringstem Grundstückswert, von den an-

sonsten vorgesehenen Beweismitteln abzuweichen. Lediglich in dieser Ausnahmekonstellation kann das Grundbuchamt einfache Angaben der Beteiligten als Grundlage einer Eintragung ausreichen lassen (vgl. *Demharter*, GBO, § 29 Rdnr. 23).

In diesem Zusammenhang ist zu bedenken, dass bereits die Eröffnung der Möglichkeit der Abgabe einer Versicherung an Eides Statt im oben dargestellten Sinn eine erhebliche Erleichterung gegenüber den ansonsten im Grundbuchverfahrensrecht zum Nachweis der Eintragungsvoraussetzungen erforderlichen Voraussetzungen darstellt. Sie wird außerhalb des Anwendungsbereiches des § 35 Abs. 3 Satz 2 GBO hinaus lediglich ausnahmsweise in besonderen Sonderkonstellationen als Beleg für Negativtatsachen dann als ausreichend erachtet, wenn dies aus anderen Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit systemimmanent begründbar und zu rechtfertigen ist (vgl. auch *Demharter*, GBO, 29. Aufl., § 29 Rdnr. 63). Die besonderen Umstände der Abgabe eidesstattlicher Versicherungen einschließlich der Belehrung über die Strafbarkeit nach §§ 156, 161 StGB stellen dabei – anders als jederzeit formfrei mögliche einfache Angaben – den Ansatz dafür dar, den hohen Anforderungen grundbuchverfahrensrechtlich beachtlicher Nachweise genügen zu können. Ein Abweichen von Wortlaut und Systematik der §§ 29 ff. GBO in dem von den Beteiligten gewünschten Sinn würde daher entgegen deren Auffassung keine Ausübung richterlichen Ermessens darstellen, sondern eine Missachtung geltender gesetzlicher Vorschriften.

(...)

6. BeurkG § 34 a; BGB §§ 2274, 2276, 2293; GBO § 22 Abs. 1, § 35 Abs. 1 (*Keine eidesstattliche Versicherung mehr für die Grundbuchberichtigung bzgl. der Nichtausübung eines im Erbvertrag vorbehaltenen Rücktrittsrechts nach Einführung des Zentralen Testamentsregisters*)

Für den zur Grundbuchberichtigung erforderlichen Nachweis der Erbfolge bei vorbehaltenem Rücktritt im Erbvertrag ist neben der Vorlage der notariellen Urkunde und der Eröffnungsniederschrift jedenfalls nach Einführung des Zentralen Testamentsregisters keine eidesstattliche Versicherung mehr dazu erforderlich, dass das Rücktrittsrecht nicht ausgeübt wurde (Abweichung von Senat vom 3.11.2011, 34 Wx 272/11; Anschluss an OLG Düsseldorf vom 25.4.2013, I-3 Wx 219/12).

OLG München, Beschluss vom 28.10.2015, 34 Wx 92/14

Der Beteiligte und seine am 9.11.2013 verstorbene Ehefrau sind als Miteigentümer von Grundbesitz im Grundbuch eingetragen.

Die Ehegatten hatten am 22.6.2004 vor einem inländischen Notar einen Erbvertrag errichtet, in dem sie sich für den Fall der Auflösung der Ehe durch Tod gegenseitig zum alleinigen und ausschließlichen Erben einsetzten.

Ziffer 2.3. des Erbvertrags enthält folgende Rücktrittsklausel:

„Jeder von uns behält sich den Rücktritt von diesem Erbvertrag vor. Der Rücktritt ist jederzeit möglich und von keinen besonderen Voraussetzungen abhängig. Mit dem Wirksamwerden des Rücktritts eines Vertragsteils werden auch die vertragsgemäßen Verfügungen des anderen Vertragsteils unwirksam, so dass die gesetzliche Erbfolge eintreten würde, wenn keine weitere Verfügung von Todes wegen errichtet wird.“

Unter Bezugnahme auf den Erbvertrag und die Nachlassakten hat der Beteiligte die Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung der Erbfolge beantragt. Nachdem das Grundbuchamt wegen des vereinbarten Rücktrittsrechts eine notariell beglaubigte eidesstattliche Versicherung dazu gefordert hatte, dass dieses nicht ausgeübt worden ist,

hat der Beteiligte erneut am 10.2.2014, notariell beurkundet – Antrag auf Grundbuchberichtigung gestellt. Unter Bezugnahme auf eine Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 25.4.2013 (I-3 Wx 219/12 = FGPrax 2013, 195) ist er der Ansicht, dass eine eidesstattliche Versicherung nicht erforderlich sei. Ein Rücktritt, der der notariellen Beurkundung bedürfe, müsse den Standesämtern bzw. seit 2012 dem Zentralen Testamentsregister gemeldet werden; die Behörde habe im Todesfall das Nachlassgericht zu verständigen. Dieses habe Zweifel an der Wirksamkeit des Erbvertrags wegen ausgeübter Rücktrittsrechte in der Eröffnungsniederschrift zu vermerken.

Mit fristsetzender Zwischenverfügung hat das Grundbuchamt am 17.2.2014 unter Berufung auf eine Entscheidung des Senats vom 3.11.2011 (34 Wx 272/11 = MittBayNot 2012, 293) wiederum die Vorlage einer eidesstattlichen Versicherung aufgegeben. Dagegen wendet sich die Beschwerde, der das Grundbuchamt nicht abgeholfen hat.

Das Rechtsmittel ist als Beschwerde gegen die Zwischenverfügung (§ 18 Abs. 1 GBO) statthaft (§ 11 Abs. 1 RpfVG mit § 71 Abs. 1 GBO) und wurde vom Notar namens des Antragstellers in zulässiger Weise eingelegt (§ 73 GBO, § 10 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 FamFG).

Aus den Gründen:

II.

1. In der Sache hat das Rechtsmittel auch Erfolg.

a) Der Nachweis der Erbfolge zur Berichtigung des Grundbuchs nach § 22 Abs. 1 Satz 1 GBO wird im Grundbuchverfahren durch einen vom Nachlassgericht zu erteilenden Erbschein (§ 35 Abs. 1 Satz 1 GBO) erbracht. Beruht die Erbfolge auf einer Verfügung von Todes wegen, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist, so genügt es regelmäßig, wenn stattdessen die Verfügung und die Niederschrift über ihre Eröffnung vorgelegt werden (§ 35 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 GBO). Der Nachweis in dieser Form reicht aber nicht aus, wenn sich bei Prüfung der Verfügung hinsichtlich des behaupteten Erbrechts Zweifel ergeben, die nur durch weitere Ermittlungen über den Willen des Erblassers oder über tatsächliche Verhältnisse geklärt werden können (*Demharter*, GBO, 29. Aufl., § 35 Rdnr. 39; aus der Rspr.: BayObLG, Rpfleger 2000, 266; 1983, 104). Solche Ermittlungen anzustellen ist das Grundbuchamt nämlich weder verpflichtet noch berechtigt (BayObLG, a. a. O.). Freilich rechtfertigen ganz entfernte, auf tatsächliche (abstrakte) Vermutungen gestützte Möglichkeiten, welche das aus der letztwilligen Verfügung hervorgehende Erbrecht nur unter besonderen Umständen in Frage stellen könnten, ebenso wenig wie rechtliche Bedenken das Verlangen nach Vorlage eines Erbscheins (OLG Frankfurt, FGPrax 1998, 207; BayObLG, Rpfleger 1983, 104; *Schaub in Bauer/von Oefele*, GBO, 3. Aufl., § 35 Rdnr. 130).

b) Bildet ein notwendigerweise notariell geschlossener Erbvertrag die letztwillige Verfügung (§§ 1941, 2274 ff., § 2276 BGB) und hat sich der Erblasser in diesem ein (unbeschränktes) Rücktrittsrecht (§ 2293 BGB) vorbehalten, so ist umstritten, ob dies schon das Verlangen des Grundbuchamts nach der Vorlage eines Erbscheins rechtfertigt. Zum Teil wird vertreten, hinsichtlich des Umstands, dass dieses Recht nicht ausgeübt wurde – einer sog. Negativtatsache –, bestehe eine Nachweislücke. In diesem Fall würde das Nachlassgericht ohne weitere Ermittlungen eine eidesstattliche Versicherung gemäß § 2356 Abs. 2 BGB der Erbscheinserteilung zugrunde legen (BayObLG, NJW-RR 2003, 736; *Böhringer*, Rpfleger 2003, 157, 167). Entsprechend verhalte es sich bei notariellen Testamenten mit Pflichtteilsstrafklauseln, wenn unklar ist, ob der Pflichtteil verlangt worden ist (vgl. *Demharter*, MittBayNot 2013, 471, 472; *Völmann*, RNNotZ 2012, 380, 384). In diesen Fällen müsse daher auch das Grundbuchamt einen Erbschein oder eine vor dem Notar abgegebene eidesstattliche Versicherung verlangen und verwerten (*Hügel/Wilsch*, GBO, 2. Aufl.,

§ 35 Rdnr. 112; vgl. dazu *Meikel/Krause*, GBO, 11. Aufl., § 35 Rdnr. 125 m. w. N.).

Dem ist der Senat für den Fall, dass es sich nicht nur um ein gesetzliches Rücktrittsrecht gemäß § 2295 BGB handelt, mit dem Argument gefolgt, die Zuverlässigkeit des Grundbuchinhalts würde darunter leiden, wenn die bestehende Nachweislücke nicht durch die Vorlage einer eidesstattlichen Versicherung geschlossen würde; diese Lücke lasse sich auch nicht durch sonstige – dem Grundbuchamt verwehrte – Ermittlungen oder gar bloße Vermutungen schließen (vgl. Beschluss vom 3.11.2011; zustimmend *Völzmann*, RNotZ 2012, 380, 385). Schließlich diene § 34a BeurkG allein der erleichterten Feststellung des Erbrechts durch das Nachlassgericht oder ermögliche sie erst, wogegen für den grundbuchrechtlichen Nachweis die spezielle Regel des § 35 GBO gelte.

c) Indessen hält die wohl überwiegende Meinung einen – zusätzlichen – Nachweis für entbehrlich, wenn für die Ausübung des vorbehaltenen Rücktritts keine greifbaren Anhaltspunkte ersichtlich sind (OLG Düsseldorf, MittBayNot 2013, 490 m. w. N.; zustimmend *Demharter*, GBO, 29. Aufl., § 35 Rdnr. 39; *ders.*, ZfIR 2013, 471; *von Rintelen*, NotBZ 2013, 265; *Braun*, MittBayNot 2013, 48; *Lehmann/Schulz*, ZEV 2012, 538, 539; ebenso bereits LG Kleve, MittRhNotK 1989, 273). Das Grundbuchamt habe im Regelfall die Wirksamkeit und damit auch die Negativtatsache der Nichtaufhebung zu unterstellen, da sonst § 35 GBO regelmäßig ins Leere laufe (*Tönnies*, RNotZ 2012, 326, 327). Durch § 34a BeurkG (in der ab 1.1.2012 geltenden Fassung gemäß Art. 2 des Gesetzes zur Modernisierung des Benachrichtigungswesens in Nachlasssachen durch Schaffung des Zentralen Testamentsregisters bei der Bundesnotarkammer und zur Fristverlängerung nach der Hofraumverordnung vom 22.12.2010; BGBI I, S. 2255) sei sichergestellt, dass eine Rücktrittserklärung dem Nachlassgericht und damit auch dem Grundbuchamt bekannt wird (*Braun*, MittBayNot 2013, 48, 49; *von Rintelen*, NotBZ 2013, 264, 266). Zudem könne der Erbe in den meisten Fällen nicht guten Gewissens an Eides statt versichern, dass der Erblasser nicht vom Erbvertrag zurückgetreten sei; er könne regelmäßig nur versichern, dass ihm davon nichts bekannt sei, was aber den Nachweisgehalt der eidesstattlichen Versicherung zweifelhaft mache (*Tönnies*, RNotZ 2013, 326, 327).

d) Jedenfalls nach Einführung des Zentralen Testamentsregisters hält der Senat an der Notwendigkeit, die Nichtausübung des vorbehaltenen Rücktritts vom Erbvertrag durch eidesstattliche Versicherung dem Grundbuchamt gegenüber nachzuweisen, nicht mehr aufrecht. Vielmehr erscheint die Vorlage des Erbvertrags und der Eröffnungsniederschrift ausreichend. So wurde schon bisher bei Vorlage eines öffentlichen Testaments und dessen Eröffnungsniederschrift ein Nachweis nach § 35 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 GBO, dass es kein aufhebendes Testament gibt, nicht verlangt, wenn keine konkreten Anhaltspunkte für dessen Existenz bestanden (OLG Frankfurt, FGPrax 1998, 207; *Demharter*, GBO, 29. Aufl., § 35 Rdnr. 39). Begründen lässt sich dies damit, dass das Grundbuchamt der Eröffnungsniederschrift (§ 348 FamFG) oder den beizuziehenden Nachlassakten die Angaben nach §§ 2354, 2355 BGB entnehmen kann. Diese müssen nach § 2356 Abs. 2 BGB regelmäßig und insbesondere auch eine eidesstattliche Versicherung zur Frage enthalten, ob weitere Verfügungen von Todes wegen vorhanden sind (§ 2354 Abs. 1 Nr. 4 BGB). Ergibt sich daraus kein konkreter Anhaltspunkt für das Vorliegen einer neuen, aufhebenden Verfügung, fehlt auch dem Grundbuchamt ein auf Tatsachen gestützter Anlass zu Zweifeln an der Gültigkeit der letztwilligen Verfügung.

Nach § 34a BeurkG in der ab 1.1.2012 geltenden Fassung sind alle beurkundeten erbfolgerlevanten Umstände an eine zentrale Registerbehörde mitteilungsspflichtig. Da gemäß § 7 Abs. 3 Satz 1 Testamentsregister-Verordnung nun regelmäßig eine Meldung der Registerbehörde an das Nachlassgericht zu erfolgen hat, kann auch nicht mehr von konkreten Anhaltspunkten für einen Rücktritt ausgegangen werden, wenn sich ein Rücktritt nicht aus den Nachlassakten oder der Eröffnungsniederschrift ergibt. Insoweit „strahlt“ die durch das Zentrale Testamentsregister geschaffene zusätzliche Sicherheit auch auf die Nachweisanforderungen für die Erbfolge im Grundbuchverfahren aus.

2. Den Anforderungen von § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO hat die Beteiligte entsprochen. Neben der Niederschrift über die Eröffnung liegt ein notarieller Erbvertrag vom 22.6.2004 vor, der den Beteiligten als alleinigen Erben ausweist. Die beigezogenen Nachlassakten enthalten zudem die Mitteilung des Zentralen Testamentsregisters bei der Bundesnotarkammer, dass dort keine Urkunden vorliegen. Eines weiteren Nachweises, dass ein Rücktritt nicht erfolgt ist, bedarf es daher nicht.

(...)

7. BGB §§ 93, 94 Abs. 1 und 2, § 95 Abs. 1, §§ 912, 946; GBO §§ 18, 29 (*Begründung von Wohnungseigentum bei Überbau*)

An einem auf das Nachbargrundstück hinübergebauten Gebäude kann ohne Zustimmung des Nachbareigentümers Wohnungseigentum begründet werden, wenn nachgewiesen ist, dass der Überbau nach Erstellung des Gebäudes durch Teilung des Grundstücks entstanden ist, und nach Lage und Umfang der maßgebende Teil des Gebäudes so eindeutig auf dem aufzuteilenden Grundstück liegt, dass ausgeschlossen werden kann, dass der Überbau nach der wirtschaftlichen Bedeutung den maßgebenden Teil darstellt.

KG, Beschluss vom 19.8.2015, 1 W 765/15

Die eingetragene Eigentümerin begehrt mit Antrag vom 8.6.2015 den grundbuchlichen Vollzug ihrer Teilungserklärung vom 26.5.2015 für das im Beschlusseingang angegebene Grundstück.

Das Grundbuchamt hat mit der angefochtenen Zwischenverfügung beanstandet, dass das aufzuteilende Gebäude mit zwei ebenerdigen Erkersträngen auf dem Nachbargrundstück steht, und die Vorlage einer Zustimmung des betroffenen Grundstückseigentümers zur Teilungserklärung in der Form des § 29 GBO aufgegeben. Die eingetragene Eigentümerin legte daraufhin ein Schreiben des Vermessungsamtes vom 26.3.2015, einen Auszug aus der Flurkarte und die Kopie eines Vermessungsrissses vom 26.3.1930 vor. Aus dem Schreiben des Vermessungsamtes ergibt sich, dass die Bildung des verfahrensgegenständlichen Flurstücks im Jahre 1930 durch Teilung erfolgte, als der vordere Grundstücksteil an die Stadtgemeinde Berlin abgetreten wurde, und dass die Grenzbildung entlang der damals existierenden Baufluchtlinie den Überbau des damals schon existierenden Gebäudes erzeugte.

Mit der Beschwerde vom 15.7.2015 macht die eingetragene Eigentümerin geltend, auch ohne eine Zustimmung des Nachbareigentümers könne hier festgestellt werden, dass die Grenzziehung im Nachhinein erfolgte und dass die Erker dem aufzuteilenden Grundstück als Stammgrundstück zuzuordnen seien.

Das Grundbuchamt hat der Beschwerde nicht abgeholfen und zur Begründung ausgeführt, ob der Grenzüberbau durch Verschiebung der Grundstücksgrenze nach Errichtung des Bauwerks erfolgte, könne nicht in der Form des § 29 GBO ermittelt werden. Es komme auf die Eigentumsverhältnisse zum Zeitpunkt der beabsichtigten Teilung des Grundstücks an.

Im Rahmen des Beschwerdeverfahrens hat die eingetragene Eigentümerin eine weitere, mit Unterschrift und Stempel versehene Bescheinigung des Vermessungsamts vom 28.7.2015 vorgelegt, mit der außer einer inhaltlichen Wiederholung des Schreibens vom 26.3.2015 weiter bescheinigt wird, dass das Gebäude K. 1. A schon bei der Grenzbildung im Jahre 1930 in der Straßenfront nach Umfang und Ausmaß den heutigen Zustand gehabt habe.

Aus den Gründen:

II.

Das Rechtsmittel ist zulässig (§§ 71 ff. GBO) und begründet. Die Zwischenverfügung vom 26.6.2015 ist jedenfalls nach Vorlage der Bescheinigung vom 28.7.2015 nicht mehr gemäß § 18 GBO veranlasst.

Die Begründung von Wohnungseigentum setzt voraus, dass Grundstück und Gebäude eigentumsrechtlich eine Einheit bilden (*Demharter*, Rpfleger 1983, 133). Das ist dem Grundbuchamt gesondert nachzuweisen, wenn wie hier das Gebäude zum Teil auf einem anderen als dem aufzuteilenden Grundstück steht. Denn im Falle eines solchen Überbaus kollidieren die Regelungen der § 94 Abs. 1, § 946 BGB (Akzession) mit denen der §§ 93, 94 Abs. 2 BGB (Gebäudeeinheit).

1. Für die Frage, welcher der kollidierenden Regelungsprinzipien materiellrechtlich der Vorrang zukommt, ist nach der Rechtsprechung des BGH danach zu unterscheiden, ob es sich um einen entschuldigten Überbau im Sinne des § 912 BGB, einen unentschuldigten Überbau, einen Eigengrenzüberbau oder einen nachträglich, durch Teilung des Grundstücks nach Bauerrichtung entstehenden Überbau handelt.

Wird ein Überbau aufgrund einer Dienstbarkeit an dem Nachbargrundstück errichtet, so wird er gemäß § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht Bestandteil des überbauten Grundstücks. § 94 Abs. 1 BGB greift insoweit nicht ein und das Eigentum an dem überbauten Gebäudeteil richtet sich gemäß §§ 93, 94 Abs. 2 BGB nach dem Eigentum an dem Restgebäude, das gemäß § 94 Abs. 1, § 946 BGB dem Eigentümer des Stammgrundstücks zusteht, der den Überbau in Ausübung der Dienstbarkeit errichtet hat.

Bei einem entschuldigten Überbau ergibt sich als mittelbare Folge aus § 912 BGB, dass der übergebauten Gebäudeteil nicht der Grundregel des § 94 Abs. 1 BGB unterliegt, sondern bloßer Scheinbestandteil entsprechend § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB bleibt (BGHZ 110, 298). Das Gebäude steht, sofern es sich um eine natürlich-wirtschaftliche Einheit handelt (BGHZ 102, 311), insgesamt dem Eigentümer des Stammgrundstücks zu, von dem aus übergebaut wurde. Für die Frage, welches der beiden betroffenen Grundstücke das Stammgrundstück ist, kommt es jedoch nicht auf den handwerklichen Bauablauf und die Größe oder Wichtigkeit des überbauten Gebäudeteils, sondern allein auf die Absichten und wirtschaftlichen Interessen des Erbauers an (BGHZ 62, 141; 110, 298).

Diese Grundsätze finden auch auf den berechtigten Überbau Anwendung (BGHZ 62, 141).

Bei einem unentschuldigten Überbau wird das Eigentum an dem Gebäude auf der Grenzlinie des Grundstücks real geteilt (BGHZ 62, 141; 102, 311).

Überschreitet ein Eigentümer zweier Grundstücke mit dem Bau auf einem derselben die Grenze zu dem anderen (Eigengrenzüberbau) und gelangen die Grundstücke in der Folge in das Eigentum verschiedener Personen, so finden hinsichtlich der Eigentumszuordnung die Überbauregeln der §§ 912 ff. BGB sinngemäß Anwendung (BGHZ 64, 333; 102; 311; 110, 298). Hinsichtlich der Frage der Bestimmung des Stammgrundstücks kommt es ebenfalls auf die Absichten des Erbau-

ers an, jedoch können diese aus den objektiven Gegebenheiten erschlossen werden, wenn sich der Erbauer nicht anders geäußert hat (BGHZ 110, 298).

Entsteht ein Überbau nachträglich dadurch, dass ein bebautes Grundstück geteilt wird und die neue Grenze durch das bereits errichtete Gebäude verläuft, ist entsprechend den zu § 912 BGB entwickelten Grundsätzen und dem Zweckgedanken der Überbauvorschriften, wirtschaftliche Werte möglichst zu erhalten, ebenfalls dem in § 93 BGB zum Ausdruck gekommenen Gesichtspunkt der natürlich-wirtschaftlichen Einheit von Gebäuden der Vorzug vor der Zuordnung nach der Grundstücksabgrenzung (§ 94 Abs. 1 BGB) zu geben (BGHZ 64, 333; 102, 311). Allerdings kann für die Ermittlung des Stammgrundstücks nicht auf die Absichten des Erbauers abgestellt werden. Dem Bestreben des Gesetzes nach Offenkundigkeit sachenrechtlicher Verhältnisse entspricht es aber, das Eigentum an dem ganzen Gebäude jedenfalls dann, wenn sich der nach Umfang, Lage und wirtschaftlicher Bedeutung eindeutig maßgebende Teil des Gebäudes auf einem der Grundstücke befindet, an das Eigentum an diesem Grundstück zu binden (BGHZ 64, 333; 102, 311; 111, 298).

2. Aus diesen unterschiedlichen materiellrechtlichen Voraussetzungen der Eigentumszuordnung ergeben sich für die einzelnen Fallgruppen auch unterschiedliche Nachweisanforderungen im Grundbuchverfahren. Bei einem nachträglichem Überbau erübrigt sich die im Rahmen von § 912 BGB erforderliche Feststellung des Fehlens von Verschulden ebenso wie eine Erklärung des Nachbarn dazu, ob er vor oder sofort nach der Grenzüberschreitung Widerspruch erhoben hat. Voraussetzung für die Eigentumszuordnung sind nur die objektiven Umstände, dass es sich bei dem auf der (neuen) Grenzlinie stehenden Gebäude um ein einheitliches handelt, und auf welchem der betroffenen Grundstücke sich der nach Umfang, Lage und wirtschaftlicher Bedeutung eindeutig maßgebende Gebäudeteil befindet.

Die eingetragene Eigentümerin hat durch Vorlage der Bescheinigung des Vermessungsamtes nachgewiesen, dass es sich um einen nachträglich entstandenen Überbau handelt, weil das auf der Grenzlinie zum Flurstück 1.../3... stehende Gebäude bereits bei Bildung des verfahrensgegenständlichen Grundstücks durch Teilung in dem heutigen Zustand in der Straßenfront existierte. Auskünfte aus den Katasterunterlagen gehören gemäß §§ 17, 1, 2 des Gesetzes über das Vermessungswesen in Berlin zu den Aufgaben der für das Vermessungswesen zuständigen Behörde.

Für die Feststellung, dass auf dem verfahrensgegenständlichen Grundstück der nach Umfang, Lage und wirtschaftlicher Bedeutung eindeutig maßgebende Gebäudeteil liegt, bedarf es außer der Flurkarte keiner weiteren Nachweise. Die Grundfläche der Ständerker nimmt etwa 2,5 % der Grundfläche des Gesamtgebäudes ein. Der auf dem verfahrensgegenständlichen Grundstück stehende Teil des Gebäudes erstreckt sich dort entlang vier Seiten der Grundstücksgrenze vollständig und auf der fünften – hofseitigen – Grundstücksgrenze über etwa zwei Drittel der Grundstücksbreite. Bei einer solchen Verteilung nach Umfang und Lage kann die Möglichkeit, dass in den Erkern der nach wirtschaftlicher Bedeutung maßgebende Teil des Gebäudes liegt, als gänzlich fernliegend außer Betracht gelassen werden (vgl. auch *Brünger*, MittRhNotK 1987, 269, 274; *Ludwig*, DNotZ 1983, 411, 417).

8. BGB § 1896 Abs. 2 Satz 2; FamFG § 59 Abs. 1, § 303 Abs. 4 (*Beschwerdebefugnis des Vorsorgebevollmächtigten*)

Der Vorsorgebevollmächtigte ist nicht berechtigt, im eigenen Namen gegen einen die Betreuung anordnenden Beschluss Beschwerde einzulegen.

BGH, Beschluss vom 5.11.2014, XII ZB 117/14

Die 1921 geborene Betroffene leidet an einer fortgeschrittenen Demenz. Im Jahr 2008 erteilte sie der Beteiligten zu 1, ihrer Schwester, und dem Beteiligten zu 2, ihrem Schwager, eine Vorsorgevollmacht, die unter anderem der Vermeidung einer Betreuung dienen sollte.

Seit November 2010 lebt die Betroffene in einer privaten Pflegeeinrichtung, die von einem Ehepaar betrieben wird und in der sie und eine weitere Frau in Vollzeit versorgt und betreut werden. Zwischen dem Beteiligten zu 2 und der Betreiberin der Pflegeeinrichtung, Frau B., kam es zu Differenzen im Zusammenhang mit der Pflegesituation. Der Beteiligte zu 2 wirft Frau B. vor, sie sei überlastet und der Umgangston sei oft grob, aggressiv und laut. Er beabsichtigt, die Betroffene in einem Altenpflegeheim unterzubringen.

Auf Anregung der Frau B., die den Beteiligten zu 2 für nicht geeignet hält, die Vollmacht im Interesse der Betroffenen auszuüben, hat das AG eine Betreuung angeordnet und den Beteiligten zu 4 zum Betreuer unter anderem für Gesundheitsfürsorge und Aufenthaltsbestimmung sowie den Widerruf der seitens der Betroffenen erteilten Vorsorgevollmachten bestellt. Das LG hat die vom Beteiligten zu 2 eingelegte Beschwerde zurückgewiesen, weil er ungeeignet sei, die Vollmacht zum Wohl der Betroffenen auszuüben. Dagegen richtet sich die Rechtsbeschwerde, die der Beteiligte zu 2 im eigenen Namen eingelegt hat.

Aus den Gründen:

II.

Die Rechtsbeschwerde ist gemäß § 70 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FamFG statthaft. Die Beschwerdebefugnis des Beteiligten zu 2 folgt für das Verfahren der Rechtsbeschwerde bereits daraus, dass seine Erstbeschwerde zurückgewiesen worden ist (vgl. Senatsbeschlüsse vom 18.4.2012, XII ZB 624/11, FamRZ 2012, 1131 Rdnr. 3 und vom 25.8.1999, XII ZB 109/98, FamRZ 2000, 219 m. w. N.; BGHZ 162, 137, 138 f. = NJW 2005, 1430).

Die Rechtsbeschwerde hat aber keinen Erfolg, weil schon die vom Beteiligten zu 2 im eigenen Namen eingelegte Erstbeschwerde mangels Beschwerdebefugnis unzulässig ist.

1. Aus § 303 Abs. 4 Satz 1 FamFG lässt sich entgegen der Auffassung des LG eine eigene Beschwerdebefugnis des Vorsorgebevollmächtigten nicht herleiten. Danach kann der Vorsorgebevollmächtigte wie der Betreuer gegen eine Entscheidung, die seinen Aufgabenkreis betrifft, auch im Namen des Betroffenen Beschwerde einlegen. Ob dadurch eine lediglich klarstellende Auslegungsregel hinsichtlich der rechtsgeschäftlich durch Vollmachterteilung begründeten Vertretungsmacht (*Prütting/Helms/Fröschle*, FamFG, 3. Aufl., § 303 Rdnr. 49) oder deren unwiderlegbare Vermutung aufgestellt werden sollte (*Keidel/Budde*, FamFG, 18. Aufl., § 303 Rdnr. 11), kann dahinstehen. Denn der anwaltlich vertretene Beteiligte zu 2 hat die Erstbeschwerde nicht im Namen der Betroffenen, sondern ausdrücklich im eigenen Namen eingelegt.

Aus der Gesetzesformulierung, dass der Betreuer und der Vorsorgebevollmächtigte Beschwerde „auch“ im Namen des Betroffenen einlegen kann, folgt nicht, dass der Vorsorgebevollmächtigte im eigenen Namen Beschwerde einlegen kann (zutreffend *Keidel/Budde*, FamFG, 18. Aufl., § 303 Rdnr. 11; *Prütting/Helms/Fröschle*, FamFG, 3. Aufl., § 303 Rdnr. 53, 41; a. A. *Damrau/Zimmermann*, *Betreuungsrecht*, 4. Aufl., § 303 FamFG Rdnr. 171; *Bassenge* in *Bassengel*

Roth, FamFG, 12. Aufl., § 303 Rdnr. 8; *Sonnenfeld* in *Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann*, *Betreuungsrecht*, 5. Aufl., § 303 FamFG Rdnr. 52 f.; *Keidel/Meyer-Holz*, FamFG, 18. Aufl., § 59 Rdnr. 50; OLG Hamm, FamRZ 2001, 373; OLG Schleswig, FGPrax 2005, 214, jeweils zu § 69g Abs. 2 FGG zum Betreuer; *Keidel/Kayser*, FGG, 15. Aufl., § 69g Rdnr. 20).

Schon in Bezug auf den Betreuer, der im Gesetzentwurf des FGG-Reformgesetzes vom 17.12.2008 (BGBl I, S. 2586) noch allein aufgeführt war, handelte es sich nach den Vorstellungen des Gesetzgebers lediglich um eine gesetzliche Klarstellung der bereits aufgrund § 1902 BGB bestehenden Vertretungsmacht (BT-Drucks. 16/6308, S. 272). Wie bereits bei der vorausgegangenen Vorschrift des § 69g Abs. 2 FGG sollte demnach nicht zugleich eine entsprechende eigene Beschwerdeberechtigung des Betreuers geschaffen werden. Vielmehr ist mit der Formulierung ersichtlich auf Fälle verwiesen, in denen dem Betreuer nach der Rechtsprechung zu § 20 FGG (nunmehr § 59 FamFG) eine Beschwerdebefugnis aus eigenem Recht zusteht. Daher ist ein eigenes Beschwerderecht des Betreuers nur in solchen Fällen gegeben, in denen dieser in eigenen Rechten beeinträchtigt ist (vgl. *Prütting/Helms/Fröschle*, FamFG, 3. Aufl., § 303 Rdnr. 42). So hat der Senat zu dem seit 1.9.2009 geltenden Recht entschieden, dass dem Betreuer – anders als dem Betroffenen – gegen die Aufhebung der Betreuung keine Beschwerdebefugnis aus eigenem Recht zusteht (Senatsbeschluss vom 4.12.2013, XII ZB 333/13, FamRZ 2014, 470).

Zwar dient die Regelung in § 303 Abs. 4 FamFG nach der Begründung des Rechtsausschusses des Bundestags, auf dessen Empfehlung die Nennung auch des Vorsorgebevollmächtigten beruht, dazu, einen Gleichlauf mit der „Beschwerdeberechtigung“ des Betreuers zu gewährleisten (BT-Drucks. 16/9733, S. 297). Die Ergänzung des § 303 Abs. 4 FamFG ist aber die einzige zu diesem Zweck getroffene Gesetzesänderung geblieben und erfasst – wie die entsprechende Regelung für den Betreuer – nur die Einlegung des Rechtsmittels im Namen des Betroffenen, nicht aber im eigenen Namen des Bevollmächtigten.

Die Neuregelung bezieht sich somit nur auf die Einlegung der Beschwerde durch den Vorsorgebevollmächtigten in seiner Funktion als Stellvertreter des Betroffenen. Von der Einführung eines eigenständigen Beschwerderechts des Bevollmächtigten hat der Gesetzgeber abgesehen. Dass es sich um eine bewusste gesetzgeberische Entscheidung handelt, wird dadurch verdeutlicht, dass die Empfehlung des Rechtsausschusses insoweit auf einen Vorschlag des Bundesrats zurückgeht (BT-Drucks. 16/9733, S. 297), der noch die Einführung eines eigenen Beschwerderechts des Vorsorgebevollmächtigten zum Ziel hatte. Dieses sollte nach Auffassung des Bundesrats neben dem Beschwerderecht des Verfahrenspflegers in § 303 Abs. 3 FamFG seinen Platz finden (BT-Drucks. 16/6308, S. 387 f.). Der Bundesrat hatte zur Begründung darauf hingewiesen, dass nach der seinerzeit bestehenden Gesetzeslage eine Beschwerdebefugnis des Vorsorgebevollmächtigten von der Rechtsprechung überwiegend verneint worden sei (BT-Drucks. 16/6308, S. 388).

Zwar hat die Bundesregierung in ihrer Gegenäußerung noch angekündigt, sie werde prüfen, welche Maßnahmen erforderlich seien, um ein Beschwerderecht des Vorsorgebevollmächtigten sicherzustellen. Ein wirksames Beschwerderecht des Vorsorgebevollmächtigten setze voraus, dass die Beschwerdebefugnis erhalten bleibe, wenn ein bestellter Betreuer die Vollmacht des Vorsorgebevollmächtigten widerrufe (BT-Drucks. 16/6308, S. 420). Auch ging der Gesetzentwurf an anderer Stelle davon aus, dass ein Vorsorgebevollmächtigter,

sofern sein Aufgabenkreis erfasst sei, nicht unerheblich in seinen Rechten betroffen sei, wenn der Widerruf der Vollmacht drohe oder ein Kontrollbetreuer bestellt werde (BT-Drucks. 16/6308, S. 265).

Der Bundesrat hatte indessen – wie ausgeführt – bereits darauf hingewiesen, dass diese Auffassung der überwiegenden Meinung in der obergerichtlichen Rechtsprechung nicht entgegenstehe (BT-Drucks. 16/6308, S. 388) und demzufolge ein eigenständig normiertes Beschwerderecht erforderlich sei. Das vom Bundesrat befürwortete eigene Beschwerderecht des Vorsorgebevollmächtigten wurde im Gesetzgebungsverfahren im Ergebnis aber nicht umgesetzt. Der Vorschlag wurde vom Rechtsausschuss vielmehr nur „in modifizierter Form“ aufgegriffen (BT-Drucks. 16/9733, S. 297) und hat schließlich – wie ausgeführt – als eine Bestimmung zur Stellvertretung des Betroffenen Eingang in das Gesetz gefunden.

2. Aufgrund der Feststellungen des LG ist der Beteiligte zu 2 auch nicht als Vertrauensperson im Sinne von § 303 Abs. 2 Nr. 2 FamFG beschwerdeberechtigt.

3. Eine Beschwerdeberechtigung nach § 59 Abs. 1 FamFG steht dem Vorsorgebevollmächtigten übereinstimmend mit der vor Inkrafttreten des FGG-Reformgesetzes überwiegenen Meinung (BayObLG, FamRZ 2003, 1219 f. m. w. N.; OLG Stuttgart, FamRZ 1995, 427; OLG Köln, OLGR 2009, 502; *Staudinger/Bienwald*, 2013, § 1896 Rdnr. 304; *Jurgeleit/Jurgeleit*, *Betreuungsrecht*, 3. Aufl., § 1896 Rdnr. 95) nicht zu (a. A. OLG Zweibrücken, FamRZ 2003, 703; *Nedden-Boeger*, FamRZ 2014, 1589, 1595).

Die Beschwerdeberechtigung nach dieser Vorschrift setzt eine unmittelbare Beeinträchtigung eigener Rechte des Beschwerdeführers voraus und ist beim Vorsorgebevollmächtigten nicht gegeben (zum anders gelagerten Fall, dass der Vorsorgebevollmächtigte auch als Angehöriger beteiligt worden und demzufolge nach § 303 Abs. 2 Nr. 1 FamFG beschwerdebefugt ist, vgl. Senatsbeschluss vom 7.8.2013, XII ZB 671/12, FamRZ 2013, 1724). Soweit dem Senatsbeschluss vom 7.3.2012 (XII ZB 583/11, FamRZ 2012, 868) etwas anderes entnommen werden könnte, hält der Senat daran nicht fest.

Durch die Anordnung einer Betreuung wird der Vorsorgebevollmächtigte nicht in eigenen Rechten beeinträchtigt. Unter § 59 Abs. 1 FamFG fallen alle subjektiven Rechte des Beschwerdeführers (vgl. BT-Drucks. 16/6308, S. 178 zum identischen Begriff nach § 7 Abs. 2 Nr. 1 FamFG). Diese können privatrechtlicher oder öffentlichrechtlicher Natur sein. Erforderlich ist ein durch Gesetz verliehenes oder durch die Rechtsordnung anerkanntes und von der Staatsgewalt geschütztes, dem Beschwerdeführer zustehendes materielles Recht, das unmittelbar betroffen sein muss (vgl. *Keidel/Meyer-Holz*, FamFG, 18. Aufl., § 59 Rdnr. 6, 9, jeweils m. w. N.).

Bei der Vollmacht handelt es sich nicht um ein subjektives Recht in diesem Sinne (BayObLG, FamRZ 2003, 1219 f. m. w. N.; *Staudinger/Bienwald*, 2013, § 1896 Rdnr. 304; *Jurgeleit/Jurgeleit*, *Betreuungsrecht*, 3. Aufl., § 1896 Rdnr. 95). Die Vollmacht verleiht als die durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht (§ 166 Abs. 2 BGB) dem Bevollmächtigten die Legitimation, durch rechtsgeschäftliches Handeln im Namen des Vertretenen (Vollmachtgebers) unmittelbar für und gegen diesen Rechtswirkungen herbeizuführen. Sie schränkt die eigene Rechtsmacht des Vollmachtgebers aber nicht ein und begründet dementsprechend kein eigenes subjektives Recht des Bevollmächtigten (*Staudinger/Schilken*, 2014, Vorbemerkung §§ 164 ff. Rdnr. 16 f.; Münch-

KommBGB/Schramm, 6. Aufl., § 164 Rdnr. 69 m. w. N.; *Sorgerell/Leptien*, BGB, 12. Aufl., Vor § 164 Rdnr. 15; *Palandt/Ellenberger*, 73. Aufl., Einf. v. § 164 Rdnr. 5; *Flume*, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts Bd. II, Das Rechtsgeschäft*, 3. Aufl., § 45 II 1; a. A. *Papenmeier*, *Transmortale und postmortale Vollmachten als Gestaltungsmittel*, 2013, S. 5 ff.). Insbesondere mit der Vorsorgevollmacht soll der Bevollmächtigte in die Lage versetzt werden, im Interesse des Vollmachtgebers, nicht im eigenen Interesse zu handeln (vgl. BayObLG, FamRZ 2003, 1219, 1220).

Auch ein der Vollmacht zugrundeliegendes Rechtsverhältnis begründet schließlich kein eigenes subjektives Recht, in das durch die Betreuerbestellung unmittelbar eingegriffen worden wäre (vgl. BayObLG, FamRZ 2003, 1219, 1220; a. A. OLG Zweibrücken, FamRZ 2003, 703; *Heiderhoff* in *Bork/Jacoby/Schwab*, FamFG, 2. Aufl., § 303 Rdnr. 16). Der Vorsorgebevollmächtigte hat insoweit keine andere Stellung als sonstige Vertragspartner des Betroffenen, die durch Maßnahmen des Betreuers (etwa der Vermieter durch die Kündigung eines Wohnungsmietvertrags) Änderungen ihrer vertraglichen Rechte hinnehmen müssen, ohne dass sie deswegen gegen eine Betreuungsanordnung beschwerdeberechtigt wären (zur Stellung Dritter vgl. auch Senatsbeschluss vom 18.4.2012, XII ZB 624/11, FamRZ 2012, 1131 Rdnr. 8 ff. zur Abwesenheitspflegschaft).

4. Da die Beschwerde im eigenen Namen und nicht im Namen der Betroffenen eingelegt worden ist, braucht nicht entschieden zu werden, wie sich der Widerruf der Vollmacht auf eine Befugnis des Vorsorgebevollmächtigten zur fortdauernden Vertretung (auch im Hinblick auf das Antragsrecht nach § 62 FamFG) auswirkt (vgl. BVerfG, FamRZ 2008, 2260; *Prütting/Helms/Fröschle*, FamFG, 3. Aufl., § 303 Rdnr. 55 ff.; *Keidel/Budde*, FamFG, 18. Aufl., § 303 Rdnr. 12). Im Übrigen ist zur Wahrnehmung der Interessen der Betroffenen frühzeitig eine Verfahrenspflegerin bestellt worden, die die Betreuung befürwortet hat.

Anmerkung:

Der Leitsatz der zu besprechenden Entscheidung erweckt den Eindruck, der Vorsorgebevollmächtigte habe keine Rechtsmittel gegen einen Beschluss des Betreuungsgerichts, trotz bestehender Vorsorgevollmacht eine Betreuung anzuordnen. Dies trifft nicht zu. Der Bevollmächtigte kann vielmehr gemäß § 303 Abs. 4 Satz 1 FamFG *im Namen des Vollmachtgebers* Beschwerde gegen eine Entscheidung einlegen, die den Aufgabenkreis des Bevollmächtigten betrifft. Der Bevollmächtigte kann die Beschwerde eben nur nicht im eigenen Namen einlegen, da er nicht in eigenen Rechten verletzt ist. Der BGH beendet so den Meinungsstreit über die Bedeutung des Wortes „auch“ im § 303 Abs. 4 Satz 1 FamFG dahingehend, dass daraus jedenfalls nicht ein eigenes Beschwerderecht des Bevollmächtigten abgeleitet werden kann. Die Bedeutung des § 303 Abs. 4 Satz 1 FamFG liegt mithin darin, dass der Bevollmächtigte für die Einlegung der Beschwerde als vertretungsberechtigt gilt (ob es sich hierbei um eine unwiderlegliche Vermutung handelt¹ oder eine klarstellende Auslegungsregel² lässt der BGH dabei offen). Einer Auslegung der Vollmacht, ob diese Befugnis eingeräumt ist, oder gar einer Prüfung, ob die Vollmacht überhaupt wirksam erteilt ist, bedarf es daher für die Frage der Zulässigkeit der Beschwerde nicht.³ Der Leit-

¹ So *Keidel/Budde*, FamFG, § 303 Rdnr. 11.

² So *Prütting/Helms/Fröschle*, FamFG, § 303 Rdnr. 49.

³ So *Keidel/Budde*, FamFG, § 303 Rdnr. 11.

satz der Entscheidung ist daher vor dem Hintergrund zu sehen, dass die Beschwerde ausdrücklich im eigenen Namen (also des Bevollmächtigten) eingelegt war.

Die Entscheidung gibt Anlass auf den Rechtsschutz des Vollmachtgebers, vertreten durch den Bevollmächtigten, gegen die Bestellung eines Betreuers einzugehen, insbesondere wenn die Vollmacht durch den Betreuer bereits widerrufen wurde. Diese Frage, nämlich wie sich ein Widerruf auswirkt, hat der BGH (leider) zu Recht mangels Entscheidungsrelevanz offengelassen.

Das BVerfG hat festgestellt, dass bereits die Bestellung eines Kontrollbetreuers im Hinblick auf das durch Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG garantierte Selbstbestimmungsrecht einen tiefgreifenden Grundrechtseingriff darstellt.⁴ Art. 19 Abs. 4 GG gebietet daher einen effektiven Rechtsschutz gegen die Anordnung einer Betreuung.⁵ Grundsätzlich kann daher der Bevollmächtigte gemäß § 303 Abs. 4 Satz 1 FamFG Beschwerde einlegen, und zwar selbst dann, wenn die Vollmacht durch den Betreuer bereits widerrufen wurde.⁶ Es kann angesichts der Schwere des durch den Widerruf vermittelten Eingriffs nur vom Fortbestand der Vollmacht für das Rechtsmittelverfahren ausgegangen werden. Zudem wäre es widersprüchlich, wenn der Gesetzgeber auf der einen Seite in § 303 Abs. 4 FamFG die Beschwerdebefugnis des Bevollmächtigten im Namen des Vollmachtgebers ausdrücklich anordnet, auf der anderen Seite aber dann dem Bevollmächtigten diese Möglichkeit durch einen kurzfristig nach Betreuerbestellung vorgenommenen Widerruf faktisch gleich entzogen würde.

Dem Vollmachtgeber, vertreten durch den Bevollmächtigten, ist im Falle des Obsiegens aber noch nicht geholfen, da nach § 47 FamFG grundsätzlich die zwischenzeitlich vom Betreuer vorgenommenen Rechtsgeschäfte wirksam bleiben. Die Vollmacht bliebe also widerrufen. Um gleichwohl wirksamen Rechtsschutz zu gewährleisten, wird vorgeschlagen, § 47 FamFG im Wege einer verfassungskonformen Reduktion im Fall eines Vollmachtswiderrufs nicht anzuwenden.⁷ Damit würde der Vollmachtswiderruf nachträglich unwirksam, die Vollmacht mithin wieder wirksam. Als weitere Lösung wird nunmehr der zum Beispiel durch die Aufhebung der Betreuerbestellung bedingte Widerruf durch den Betreuer vorgeschlagen.⁸ Ferner könnte es in der Praxis hilfreich sein, dass der Betreuer nicht gleich die Vollmacht widerruft, sondern vielmehr den Bevollmächtigten anweist, bis zur endgültigen Klärung der Rechtmäßigkeit der Betreuerbestellung von der Vollmacht keinen Gebrauch mehr zu machen und sich gleichzeitig die Vollmachtsurkunden bzw. die Ausfertigungen notarieller Urkunden aushändigen lässt. Sollte sich die Bestellung der Betreuer einschließlich der Befugnis zum Widerruf als rechtmäßig herausstellen, besteht sodann die Möglichkeit des endgültigen Widerrufs. Stellt sich die Bestellung als rechtswidrig heraus, können dem Bevollmächtigten die Urkunden wieder herausgegeben werden.

Der vorliegend vom BGH entschiedene Fall ist exemplarisch für das Spannungsverhältnis zwischen dem Schutz des Voll-

machtgebers vor einem Missbrauch der Vollmacht einerseits und dem Schutz seines Selbstbestimmungsrechts andererseits. Gerade deswegen sollte sich jeder Betreuer, der mit der Befugnis des Widerrufs einer Vollmacht ausgestattet ist, des schwerwiegenden Eingriffes bewusst sein. Der Vollmachtswiderruf kann nur das letzte Mittel zur Lösung dieses Konfliktes sein.

Notar Dr. Dirk Harders, Birkenfeld

9. BGB a. F. § 1587 Abs. 1 Satz 1, § 1587a Abs. 2 Nr. 5, § 1587c Nr. 1; VAHRG a. F. §§ 2, 3b Nr. 1 (*Zur Baufinanzierung verpfändete Rentenversicherung im Versorgungsausgleich*)

- 1. Im Versorgungsausgleich auszugleichen sind grundsätzlich auch die zur Kreditsicherung einer Baufinanzierung abgetretenen Anrechte aus einer Rentenlebensversicherung mit Kapitalwahlrecht (Anschluss an BGH, XII ZB 89/08, NJW 2011, 1671 = FamRZ 2011, 963). Dies gilt erst recht, wenn ein solches Recht nicht sicherungsabgetreten, sondern verpfändet wurde.**
- 2. Wenn der ausgleichspflichtige Ehegatte die Rentenversicherung im Zusammenhang mit dem Erwerb einer Immobilie durch eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts abgeschlossen hat, an der er zu 50 % beteiligt ist, steht einem Ausgleich grundsätzlich auch nicht entgegen, dass die Rentenversicherung bei deren Abschluss zur Tilgung des Finanzierungsdarlehens vorgesehen war. Bei einem Renditeobjekt liegt nahe, dass die Erwerber sich die Möglichkeit der Verwertung der Immobilie zur Ablösung der Finanzierungsdarlehen vorbehalten haben.**

OLG Hamm, Beschluss vom 2.9.2015, 13 UF 119/09

Aus den Gründen:

II.

(...)

3. d. Diese Lebensversicherungen sind keine nach § 1587 Abs. 1 Satz 1, § 1587a Abs. 2 Nr. 5 BGB a. F. zwischen den geschiedenen Ehegatten auszugleichende Versorgungsansparungen. Denn der Versorgungsausgleich ist nach seiner Systematik nicht auf den Ausgleich von Kapitalbeträgen, sondern auf den Ausgleich wiederkehrender Versorgungsleistungen ausgerichtet (vgl. BGH, Beschluss vom 9.11.1983, IVb ZB 887/80, FamRZ 1984, 156, juris, Rdnr. 10 ff., 22). Ferner können in den Versorgungsausgleich nur solche Anrechte einbezogen werden, die zum Zeitpunkt der letzten tatrichterlichen Entscheidung noch bestehen (BGH, Beschluss vom 6.11.2013, XII ZB 22/13, FamRZ 2014, 104).

e. In den Versorgungsausgleich einzubeziehen ist aber die vom Antragsteller abgeschlossene Lebensversicherung bei der C AG, heute Q AG, unter der Versicherungsnummer: ...

Bei der Versicherung des Antragstellers bei der Q AG unter der Versicherungsnummer: ... handelt es sich unstreitig um eine private Rentenversicherung, welche grundsätzlich gemäß § 1587 Abs. 1 Satz 1, § 1587a Abs. 2 Nr. 5 lit. a BGB a. F. im Rahmen des Versorgungsausgleichs zu berücksichtigen ist. Nach der Auskunft vom 30.1.2015 hat der An-

⁴ So BVerfG, Beschluss vom 10.10.2008, 1 BvR 1415/08, FamRZ 2008, 2260.

⁵ BVerfG, a. a. O.

⁶ Fröschle, Anm. zu BGH, Beschluss vom 5.11.2014, XII ZB 117/14, FamRZ 2015, 249; Keidel/Budde, FamFG, § 303 Rdnr. 12.

⁷ Keidel/Budde, FamFG, § 303 Rdnr. 12; Prütting/Helms/Fröschle, FamFG, § 303 Rdnr. 59.

⁸ Fröschle, Anm. zu BGH, Beschluss vom 5.11.2014, XII ZB 117/14, FamRZ 2015.

tragsteller während der Ehezeit ein Deckungskapital i. H. v. 307.578,20 € erwirtschaftet. Der hälftige Betrag beläuft sich auf 153.789,10 €. Bedenken gegen die Auskunft sind nicht erhoben worden und auch nicht ersichtlich.

(...)

cc. Gegen die Einbeziehung der Versicherung bei der Q AG spricht auch nicht, dass diese im Zusammenhang mit der Finanzierung von Immobilienkäufen durch die H GbR in S abgeschlossen wurde und bei Aufnahme des Darlehens bei der B3 AG zunächst sicherungsabgetreten und später bei Aufnahme des Darlehens bei der W eG verpfändet wurde.

Auch wenn eine Rentenversicherung der Tilgung eines Darlehens dient, steht dieser Umstand nach höchstrichterlicher Rechtsprechung ihrer Einbeziehung in den Versorgungsausgleich zugunsten der Antragsgegnerin nicht entgegen (vgl. BGH, Beschluss vom 6.4.2011, XII ZB 89/08, FamRZ 2011, 963, juris, Rdnr. 11 ff.). Vielmehr gehören die Rechte aus einer Rentenversicherung auch dann zum Vermögen eines geschiedenen Ehegatten, wenn sie zur Besicherung einer Baufinanzierung abgetreten worden sind. Denn mit einer Sicherungsabtretung allein hat sich der Versicherungsnehmer seiner Rechte aus der Rentenversicherung noch nicht endgültig begeben. Die mit dem Darlehensgeber getroffene Sicherungs- und Tilgungsabrede, welche dem Darlehensgeber im Zeitpunkt der Endfälligkeit des Darlehens eine Befriedigungsmöglichkeit durch die Ablaufleistung aus der Rentenversicherung gewährt, hindert den Darlehensnehmer nämlich nicht, das Darlehen auf andere Weise zu tilgen, insbesondere durch eine Veräußerung der Immobilie, welche dem Darlehensgeber ohnehin als weitere Sicherheit dient.

Bezieht sich die Baufinanzierung nicht auf ein Familienheim, sondern etwa auf ein mit Gewinnerzielungsabsicht errichtetes Mietshaus, liegt es umso näher, dass die Ehegatten sich im Hinblick auf die Ablösung des Darlehens nicht endgültig gebunden haben, sondern sich der geschiedene Ehegatte vorbehalten hat, die Immobilie im Zeitpunkt der Endfälligkeit des Darlehens zu veräußern, um mit dem Verkaufserlös das Darlehen abzulösen und aus der hierdurch frei werdenden Lebensversicherung ein regelmäßiges Renteneinkommen zu erzielen. Hierfür würde vorliegend insbesondere der Umstand sprechen, dass die Lebensversicherung nicht als Kapitallebensversicherung, sondern als Rentenlebensversicherung lediglich mit einem Kapitalwahlrecht abgeschlossen worden ist.

Soweit durch die Veräußerung der Liegenschaft die Baufinanzierung abgelöst würde, würde die zunächst zur Sicherheit abgetretene und dann nur noch verpfändete Lebensversicherung wieder frei und stände wirtschaftlich allein dem Versicherungsnehmer zu. Im Rahmen eines derartig angelegten Geschäftsmodells sind die Versorgungsansprüche daher unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu keiner Zeit der Disposition des geschiedenen Ehegatten entzogen (vgl. BGH, Beschluss vom 6.4.2011, XII ZB 89/08, FamRZ 2011, 963, juris, Rdnr. 11 ff.; zum neuen Recht auch BGH, Beschluss vom 7.8.2013, XII ZB 673/12, FamRZ 2013, 1715).

Eine Veräußerung der Immobilie scheidet auch nicht deswegen aus, weil der Antragsteller nicht Alleineigentümer ist, sondern Eigentümerin die Gebr. H Grundstücksgesellschaft ist oder die Gesellschafter sind. Der Gesellschaft bzw. den Gesellschaftern steht es frei zu entscheiden, in welcher Form das zur Finanzierung des Grundstücks aufgenommene Darlehen abgelöst wird. Zutreffend ist nur, dass der Antragsteller über eine Veräußerung nicht allein bestimmen kann, sondern nur mit seinem Bruder als Mitgesellschafter. Sofern es zu

einer Veräußerung der Immobilie mit der Ablösung des Darlehens kommt, betreffen die weiteren Folgen das Innenverhältnis des Antragstellers und seines Bruders unter Berücksichtigung ihrer Gesellschafterstellung und der Vereinbarung innerhalb der Gesellschaft.

Im Darlehensvertrag mit der B2 AG vom 22.10.1999 ist auch nicht unabänderlich festgelegt worden, dass die Tilgung des Darlehens für die T 92-108 mit dem Kapital aus der Rentenversicherung des Antragstellers bei der C AG bzw. Q AG getilgt werden sollte. Vielmehr wurde unter § 1 des Darlehensvertrages („Konditionen“) grundsätzlich vereinbart, dass bereits ab dem 1.1.2000 eine Tilgung in Höhe von 2 % jährlich zuzüglich ersparter Zinsen erfolgen sollte. Diese Tilgung wurde sodann gegen Abtretung der Ansprüche aus einer nicht näher benannten Rentenversicherung lediglich ausgesetzt. Unter § 4 des Darlehensvertrages („Zins und Tilgung“) haben die Vertragsparteien zwar geregelt, dass die Rückzahlung des Darlehens aus einer abgetretenen Rentenversicherung geleistet werden sollte. Bereits bei Abschluss des Darlehensvertrages am 22.10.1999 haben sie jedoch ein mögliches Scheitern der Durchführung des Rentenversicherungsvertrages bedacht. Denn die darlehensgewährende B4 AG hat sich ausdrücklich den Widerruf der Tilgungsaussetzung für den Fall vorbehalten, dass der Rentenversicherungsvertrag ganz oder teilweise aufgehoben oder beitragsfrei gestellt würde. Unter derartigen Umständen sollte die Bank den Tilgungssatz so festlegen können, dass das Darlehen zu dem gleichen Zeitpunkt vollständig zurückgezahlt worden wäre, zu dem es bei einer laufenden Tilgung von Anfang an mit einem Anfangstilgungssatz in Höhe von 2 % getilgt worden wäre.

Vor diesem Hintergrund hing die Durchführung des Darlehensvertrages gerade nicht vom Fortbestand des Rentenversicherungsvertrages bei der C AG bzw. Q AG in voller Höhe ab. Die Rentenversicherung fungierte vielmehr in erster Linie als ein Sicherungsmittel für die Tilgung, wie es auch in § 5 des Darlehensvertrages („Sicherheiten“) zum Ausdruck kam. Dort wurde die abzutretende Rentenversicherung im gleichen Atemzug mit einer erstrangigen vollstreckbaren Grundschuld in Höhe des Darlehens nebst 15 % Jahreszinsen auf dem Beleihungsobjekt genannt.

Durch die nachfolgende Verpfändung der Rentenversicherung an die W eG hat sich der Antragsteller erst recht nicht endgültig seiner Rechte aus dem Versicherungsvertrag begeben. Denn im Vergleich zu einer Sicherungsabtretung seiner Rechte nach §§ 398 ff. BGB, durch die er die Inhaberschaft seiner Ansprüche dinglich verloren hätte, gewährte er der W eG im Wege der Verpfändung a majore ad minus lediglich ein Verwertungsrecht an der Rentenversicherung gemäß §§ 1273 ff., 1204 ff. BGB. Es ist anerkannt, dass die Sicherungsabtretung einer Forderung und die Verpfändung einer Forderung funktionsäquivalent sind. Bei der Sicherungsabtretung wird aber ein Mehr – die Inhaberschaft – auf den Sicherungsnehmer übertragen. Die Erwägungen des BGH in der angegebene Entscheidung greifen damit auch in diesem Fall.

Selbst eine Sicherungsabtretung ergreift überdies nach höchstrichterlicher Rechtsprechung nicht den gesamten Versicherungsvertrag, sondern ist in der Regel dahingehend zu verstehen, dass sie einen eingeschränkten Widerruf des Bezugsrechts bedeutet. Mit einer Sicherungsabtretung wird daher die Rechtsposition des Sicherungsgebers nicht völlig beseitigt, sondern diese tritt nur insoweit zurück, als dies zur Erreichung des Sicherungszwecks erforderlich ist. Deshalb wird der Sicherungsnehmer zwar erstrangiger Bezugsberechtigter für den Fall, dass während der Dauer der Sicherungsabtretung der Versicherungsfall eintritt. Der bisher bezugs-

berechtigte geschiedene Ehegatte bleibt jedoch gleichfalls Bezugsberechtigter, wenn auch nur im Nachrang hinter dem erstrangigen Bezugsrecht des Sicherungsnehmers. Mit der nach Beendigung des Sicherungszwecks zu vollziehenden Sicherheitenfreigabe erhält der geschiedene Ehegatte seine frühere Rangstellung in Bezug auf das Versorgungsanrecht zurück. Wird die Versicherungsleistung zur Auszahlung fällig, bevor der Sicherungszweck entfallen und somit der Rückübertragungsanspruch fällig geworden ist, entsteht eine Teilgläubigerschaft. Das Bezugsrecht steht dem Sicherungsnehmer nur in der jeweiligen Höhe seiner gesicherten Forderung zu, im Übrigen dem früheren Bezugsberechtigten (vgl. BGH, Beschluss vom 7.8.2013, XII ZB 673/12, FamRZ 2013, 1715, juris, Rdnr. 9 ff.).

Vorliegend ist die Rechtsstellung des Antragstellers H auch nicht etwa durch eine Bezugsberechtigung seines Bruders und Mitgesellschafters L geschwächt. Denn eine Bezugsberechtigung zugunsten von Herrn L ist nach dem Versicherungsschein vom 26.10.1999 nur für den Fall vorgesehen, dass der Antragsteller vor Ablauf der Versicherung zum 30.11.2022 verstirbt. Diese Voraussetzung ist bislang indes noch nicht eingetreten.

Bezüglich der Tilgungsverpflichtung ist die rechtliche Position der Gesellschafter der H GbR im aktuellen Darlehensvertrag mit der W eG ohnehin wesentlich komfortabler als in dem ursprünglichen Darlehensvertrag mit der B2 AG. Denn die Rückzahlung des Darlehensbetrages hat erst zum 30.3.2027 zu erfolgen. Im Zeitraum davor besteht lediglich die Option der Darlehensnehmer zu einmaligen jährlichen Sondertilgungen, nicht aber eine ausgesetzte Tilgungsverpflichtung. Allerdings haben die Vertragsparteien vereinbart, dass die Tilgung des Darlehens über die Rentenversicherung des Antragstellers bei der C AG unter der oben genannten Versicherungsnummer zu erfolgen hat. Gemäß § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB sind die Gesellschafter der H GbR durch den Darlehensvertrag jedoch lediglich verpflichtet, bei Fälligkeit am 30.3.2027 den zur Verfügung gestellten Geldbetrag i. H. v. 1.840.650,77 € zurückzuzahlen. Das Schuldverhältnis mit der W eG wird daher gemäß § 362 Abs. 1 BGB auch dann erlöschen, wenn dieser Geldbetrag nicht aus der kapitalisierten Rentenversicherung des Antragstellers unter der Versicherungsnummer: ..., sondern auf andere Weise generiert wird.

Der Umstand, dass das Darlehen bei der B2 AG bzw. der W eG nicht vom Antragsteller allein, sondern von der H GbR aufgenommen worden ist, verstärkt die Argumente der höchstrichterlichen Rechtsprechung, welche in wirtschaftlicher Hinsicht für einen Verbleib einer sicherungsabgetretenen Rentenversicherung im Vermögen des geschiedenen Ehegatten sprechen. Der Darlehensgeberin steht neben der Gesellschaft auch deren Gesellschafter, der Antragsteller H und dessen Bruder L, als Gesamtschuldner nach § 421 BGB zur Verfügung.

Ferner werden die Leistungen aus der Rentenversicherung ab dem 1.12.2022 gewährt, das Darlehen bei der W-Bank ist aber erst am 30.3.2027 zurückzuzahlen. Auch diese zeitliche Komponente zeigt, dass die Rentenversicherung ein reines Sicherungsmittel ist und nicht endgültig aus dem Vermögen des Antragstellers ausgeschieden ist.

dd. Zu einem vertraglichen Ausschluss der Anwartschaften des Antragstellers aus seiner privaten Rentenversicherung sind die Gesellschafter der H GbR im Zusammenwirken mit den kreditgebenden Banken in rechtlicher Hinsicht nicht befugt. Denn dabei würde es sich um einen unzulässigen Vertrag zugunsten der ausgleichsberechtigten Antragsgegnerin als einer

unbeteiligten Dritten handeln. Gemäß § 53d Satz 1 FGG a. F. hätte ein derartiger teilweiser Ausschluss des Versorgungsausgleichs lediglich im Rahmen eines Ehevertrages nach § 1408 Abs. 2 BGB a. F. oder durch eine Vereinbarung anlässlich der Ehescheidung gemäß § 1587o BGB a. F. getroffen werden können. Bereits die hierfür erforderliche Form ist indes durch die schriftlichen Darlehensverträge bzw. Abtretungs- und Verpfändungsvereinbarungen aus den Jahren 1999 und 2007 nicht eingehalten worden. Denn für einen Ehevertrag wäre gemäß § 1410 BGB eine notarielle Beurkundung nach § 128 BGB erforderlich gewesen. Selbiges würde gemäß § 1587o Abs. 2 Satz 1 BGB a. F. für eine Vereinbarung nach § 1587o Abs. 1 BGB gelten. Zwar könnte diese Form gemäß § 1587o Abs. 2 Satz 2 BGB a. F. durch einen gerichtlichen Vergleich nach § 127a BGB ersetzt werden. Auch ein derartiger Vergleich ist zwischen den beteiligten Ehegatten jedoch nicht geschlossen worden.

ee. Ein teilweiser gesetzlicher Ausschluss des Versorgungsausgleichs im Hinblick auf die Rentenversicherung des Antragstellers bei der C AG bzw. Q AG wegen grober Unbilligkeit nach § 1587c Ziffer 1 BGB a. F. ist ebenfalls nicht geboten.

Der Antragsteller ist der Auffassung, eine grobe Unbilligkeit rühre daher, dass er im Wege des Versorgungsausgleichs einerseits die Hälfte seiner ehezeitbezogenen Rentenanwartschaften verliere, andererseits nach wie vor mit dem Darlehen für die Immobilienfinanzierung belastet sei. Diese Argumentation überzeugt indes nicht. Denn es entspricht gerade dem gesetzlich verankerten Halbeilungsgrundsatz in § 1587a Abs. 1 BGB a. F., dass zulasten des ausgleichsverpflichteten Antragstellers die Hälfte des Wertunterschieds zwischen den während der Ehezeit erworbenen Versorgungsanwartschaften auf die ausgleichsberechtigte Antragsgegnerin übertragen wird.

Auch die Parallelerwägungen des Antragstellers zum Zugeinnausgleich führen nicht zu einer groben Unbilligkeit. Der von ihm konstruierte saldenmäßige Zusammenhang zwischen den kumulierten Rentenanwartschaften auf der einen Seite und der Darlehensverpflichtung auf der anderen Seite krankt bereits daran, dass Versicherungsnehmer bei der Q AG der Antragsteller allein ist, während die Darlehensverpflichtung gegenüber der W eG beide Gesellschafter der H GbR betrifft. Das wirtschaftliche Gegenstück zu der Darlehensbelastung der Gesellschafter der GbR ist nicht die Rentenversicherung des Antragstellers, sondern vielmehr das gemeinsame Eigentum an der finanzierten Immobilie in der T2 92-108, welches die Gesellschafter als Bruchteilsgemeinschaft nach §§ 741 ff. BGB bereits erworben haben.

Auch wenn entsprechend den Angaben des Antragstellers im Senatstermin die Beiträge für die Rentenversicherung von der Gebr. H Grundstücksgesellschaft erbracht wurden, führt dies nicht zu einer Unbilligkeit im Sinne von § 1587c Ziffer 1 BGB a. F. Insoweit ist zwar anerkannt (vgl. *Staudinger/Eckhard Rehme*, 2004, § 1587c Rdnr. 39 ff. m. w. N.), dass ein Teilausschluss erwogen werden kann, wenn durch die Durchführung des Versorgungsausgleichs der Verpflichtete doppelt belastet wird. Die vom BGH in diesem Zusammenhang entschiedenen Fälle betrafen aber das Verhältnis der Ehegatten zueinander (vgl. zum Beispiel BGH, Beschluss vom 9.3.1988, IVb ZB 147/86, juris Rdnr. 13, FamRZ 1988, 600 und BGH, Beschluss vom 12.4.1989, IVb ZB 159/87, juris, FamRZ 1989, 1060 jeweils zur Finanzierung des Studiums; BGH, Beschluss vom 17.12.1986, IVb ZB 62/84, juris, Rdnr. 8, FamRZ 1987, 364 – Beitragsnachentrichtung in der gesetzlichen Rentenversicherung durch den Verpflichteten, der nicht güter-

rechtlich ausgeglichen wurde). Wirtschaftliche Ausgleichsansprüche seines Bruders, denen der Antragsteller wegen der Durchführung des Versorgungsausgleichs ausgesetzt sein mag, sind gegebenenfalls in den Zugewinn einzustellen.

ff. Eine unzulässige Doppelberücksichtigung der Rentenversicherung des Antragstellers bei der Q AG droht nicht. Das parallele Zugewinnausgleichsverfahren (AG Rheine, 8 F 206/12 = OLG Hamm, UF 104/13), in dem die diesbezüglichen Anwartschaften zumindest in der Auskunftsstufe auch Gegenstand waren, ist in der Leistungsstufe noch nicht abgeschlossen.

(...)

10. BGB §§ 1626, 1629, 1643, 1821 Abs. 1 Nr. 5, § 2206 (*Keine familiengerichtliche Genehmigung für Erwerbsgeschäfte eines Testamentsvollstreckers*)

Der Erwerb eines Grundstücks durch einen Testamentsvollstrecker, der den Nachlass für einen minderjährigen Alleinerben verwaltet, bedarf nicht der familiengerichtlichen Genehmigung.

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 1.6.2015, 11 Wx 29/15

Der Beteiligte zu 2 – der Käufer – wendet sich gegen eine Zwischenverfügung, mit der das Grundbuchamt den Vollzug eines Grundstückskaufvertrages von der Vorlage einer familiengerichtlichen Genehmigung abhängig macht.

Die Beteiligten schlossen am 14.8.2014 vor dem Notar M. in H. einen Kaufvertrag, in dem der Beteiligte zu 2 von der Beteiligten zu 1 eine in O. gelegene Eigentumswohnung erwarb. Beim Abschluss des Kaufvertrages wurde der minderjährige Beteiligte zu 2 von dem Testamentsvollstrecker über den Nachlass des am 18.5.2012 verstorbenen G. W. vertreten; die Mutter des Beteiligten zu 2 stimmte den in der Urkunde abgegebenen Erklärungen zu.

Dem auch die Auflassung enthaltenen Vertrag beigelegt war ein Testamentsvollstreckerzeugnis, das ausweist, dass auf Ableben von G. W., dessen Alleinerbe der Beteiligte zu 2 ist, Dauertestamentsvollstreckung angeordnet und der Steuerberater und Wirtschaftsprüfer W. B. zum Testamentsvollstrecker ernannt ist.

Das Grundbuchamt hat mit einer am 24.2.2015 erlassenen Zwischenverfügung die Auffassung vertreten, dass der Abschluss des Kaufvertrages einer familienrechtlichen Genehmigung nach §§ 1626, 1629, 1643 i. V. m. § 1821 Abs. 1 Nr. 5 BGB bedürfe. Der minderjährige Erbe müsse zur Eingehung der Verbindlichkeit zur Zahlung des Kaufpreises nach § 2206 BGB seine Zustimmung erteilen. Aus der Rechtsprechung des BVerfG folge, dass verhindert werden müsse, dass Minderjährige mit Verbindlichkeiten belastet in die Volljährigkeit gingen. Ob es möglich sei, die durch den Kaufvertrag begründeten Verbindlichkeiten allein aus Mitteln des Nachlasses zu erfüllen, könne das Grundbuchamt nicht prüfen.

Gegen die Zwischenverfügung, mit der der Grundbuchvollzug von der Vorlage einer familiengerichtlichen Genehmigung bis zum 22.5.2015 abhängig gemacht worden ist, richtet sich die vom Urkundsnotar für den Beteiligten zu 2 eingelegte Beschwerde. Er ist der Auffassung, der Testamentsvollstrecker falle bereits nicht in den Anwendungsbereich des § 1821 BGB. Der vereinbarte Kaufpreis werde vollständig aus dem Nachlass beglichen; die erworbene Wohnung unterfalle als Surrogat des Kaufpreises auch künftig der Testamentsvollstreckung.

Das Grundbuchamt hat der Beschwerde nicht abgeholfen.

Aus den Gründen:

II.

Die nach § 71 Abs. 1 GBO i. V. m. § 11 Abs. 1 RPfVG zulässige Beschwerde, zu deren Einlegung für den Käufer der

Notar gemäß § 15 Abs. 2 GBO als bevollmächtigt gilt, hat auch in der Sache Erfolg. Der Vollzug des Kaufvertrages kann von einer familiengerichtlichen Genehmigung des Geschäft nicht abhängig gemacht werden. Eine Genehmigungsbedürftigkeit besteht weder unter dem rechtlichen Gesichtspunkt des Grundstückserwerbs durch einen Minderjährigen noch unter demjenigen einer Überschreitung der Verpflichtungsermächtigung des Testamentsvollstreckers.

1. Der Testamentsvollstrecker hat den Kaufvertrag, der der Auflassung zugunsten des Beteiligten zu 2 zugrunde liegt, nicht im eigenen Namen abgeschlossen, sondern ist als Vertreter des minderjährigen Beteiligten zu 2 aufgetreten. Das bildet seine Rechtsstellung zwar nicht zutreffend ab, weil der Testamentsvollstrecker Treuhänder und Inhaber eines privaten Amtes, also weder Vertreter des Erblassers noch des Erben ist (BGHZ 13, 203, juris-Rdnr. 29). An der Wirksamkeit der von ihm vorgenommenen Rechtshandlungen ändert dies aber nichts. Das Rubrum des Kaufvertrages ist um den Hinweis ergänzt, dass der Vertreter „als Testamentsvollstrecker über den Nachlass (...)“ handle. Damit ist hinreichend klar gestellt, dass er seine Befugnis, den Minderjährigen zur Kaufpreiszahlung verpflichten und im Gegenzug für ihn Grundeigentum zu erwerben, nicht aus einer (allgemeinen) Vertretungsbefugnis für den minderjährigen Käufer, sondern aus seinem Amt als Testamentsvollstrecker ableitet. Dass ein Geschäft für den Nachlass getätigt werden sollte, zeigt auch der Umstand, dass in Ziffer II. die Eintragung eines Testamentsvollstreckervermerks an dem erworbenen Grundbesitz bewilligt und beantragt worden ist.

2. Das Grundbuchamt leitet eine Genehmigungsbedürftigkeit des Vertrages, auf dessen Grundlage die Beteiligte zu 2 die Auflassung erklärt hat, zunächst aus §§ 1626, 1629, 1643, 1821 Abs. 1 Nr. 5 BGB ab. Genehmigungsbedürftig wäre nach diesen Vorschriften – ihre Anwendbarkeit auf den Testamentsvollstrecker vorausgesetzt (siehe hierzu nachfolgend 3.) – indes nur die schuldrechtliche Vereinbarung, die dem dinglichen Rechtsgeschäft zugrunde liegt. Die Wirksamkeit des dinglichen Vollzugsgeschäfts würde von einer möglichen (schwebenden) Unwirksamkeit des schuldrechtlichen Geschäfts nicht berührt. Das Grundbuchamt hat deshalb die Gültigkeit des dem dinglichen Rechtsgeschäft zugrundeliegenden Kausalgeschäfts nicht zu prüfen (BayObLG, NJW-RR 1990, 87; NJW-RR 1992, 328, juris-Rdnr. 20). Anders läge es nur in dem – hier nicht vorliegenden – Fall, dass die Nichtigkeit oder Unwirksamkeit des Grundgeschäftes auch die dingliche Einigung erfasst.

3. Auch auf die für den dinglichen Erwerb geltenden § 1821 Abs. 1 Nr. 1 und 4 BGB kann das Verlangen des Grundbuchamts nicht gestützt werden. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob diese Ziffern auch den Fall erfassen, dass der Minderjährige Grundeigentum nicht verliert, sondern erwirbt, obwohl der Erwerb von Grundbesitz keine Verfügung im Sinne einer Übertragung, Belastung, Aufhebung, Inhalts- und Rangänderung eines subjektiven Rechts ist. Diese Ziffern sind jedenfalls deshalb nicht einschlägig, weil sie nur Verfügungen und Verpflichtungen hierzu betreffen, die ein Vormund – oder im Anwendungsbereich des § 1643 BGB ein Elternteil – im Rahmen seiner gesetzlichen Vertretungsmacht hinsichtlich des Mündelvermögens vornimmt. Sie gilt daher nicht, wenn der betroffene Vermögensgegenstand einer anderweitigen Verwaltung – wie etwa durch einen Testamentsvollstrecker – unterliegt (vgl. BayObLG, NJW-RR 1992, 328, juris-Rdnr. 16; OLG Hamburg, DNotZ 1983, 381 zum Erwerb eines Kommanditanteils; *Staudinger/Barbara Veit*, 2014, Vorbemerkungen zu §§ 1821, 1822, Rdnr. 20; Münch-KommBGB/*Wagenitz*, 6. Aufl., § 1821, Rdnr. 13; BeckOK-

BGB/Bettin, Edition 34, § 1812, Rdnr. 2; *Nieder/Kössinger*, Handbuch der Testamentsgestaltung, 4. Aufl., § 15, Rdnr. 53; *Bengel/Reimann*, Handbuch der Testamentvollstreckung, 4. Aufl., Kap. 1, Rdnr. 26). Es liegt insoweit keine andere Situation vor als diejenige, in der ein vom Erblasser über den Tod hinaus Bevollmächtigter handelt; für diesen hat bereits das RG entschieden (RGZ 106, 185), dass er auch für solche Geschäfte der gerichtlichen Genehmigung nicht bedürfe, die ein Vormund für den Mündel nicht ohne diese hätte abschließen können. Auch der BGH hat bereits ausgesprochen (ZEV 2006, 262, juris-Rdnr. 2), dass ein Testamentvollstrecker grundsätzlich unbeschränkt Verfügungsbefugt sei und keiner vormundschaftsrichterlichen Genehmigung auch im Hinblick auf einen in seiner Geschäftsfähigkeit beschränkten Erben bedürfe.

4. Der Vollzug des Vertrages ist auch nicht unter dem rechtlichen Gesichtspunkt des § 2206 BGB von einer familiengerichtlichen Genehmigung abhängig.

a) Allerdings lässt sich nicht feststellen, dass die Voraussetzungen des § 2206 Abs. 1 Satz 2 BGB vorliegen, der Testamentvollstrecker sich also nur zu einer Verfügung über einen Nachlassgegenstand verpflichtet hat, zu der er berechtigt ist. Seine Angabe, dass der Kaufpreis für die Eigentumswohnung (allein) aus Mitteln des Nachlasses beglichen werden solle, über den er verfügen darf, lässt sich mit den im Grundbuchverfahren zulässigen Mitteln nicht belegen. Ebenso wenig lässt sich mit den Nachweismitteln der Grundbuchordnung feststellen, ob der Erwerb der Eigentumswohnung zur ordnungsgemäßen Verwaltung erforderlich ist und der Testamentvollstrecker die schuldrechtliche Verpflichtung daher nach § 2206 Abs. 1 Satz 1 BGB eingehen durfte.

b) Darauf kommt es aber auch nicht entscheidend an. Beim Grundbuchamt ist darauf angetragen, auf der Grundlage der Auflassung und Bewilligung der Beteiligten zu 1 als Verkäuferin den Beteiligten zu 2 als Eigentümer der Wohnung einzutragen. Ob der Nachlass wirksam verpflichtet worden ist, die Gegenleistung für den Erwerb der Wohnung zu erbringen, unterliegt nicht der Untersuchung durch das Grundbuchamt. Sollte der Testamentvollstrecker weder nach § 2206 Abs. 1 Satz 1 oder 2 BGB noch aus einem anderen Grunde berechtigt gewesen sein, die Verpflichtung zur Kaufpreiszahlung einzugehen, ist der Nachlass nicht wirksam verpflichtet worden (vgl. etwa *Staudinger/Wolfgang Reimann*, 2012, § 2206, Rdnr. 20). Ob dies zu einer späteren Rückabwicklung des Geschäfts nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen führen kann, ist im Grundbuchverfahren nicht zu untersuchen.

c) Auch aus § 2206 Abs. 2 BGB lässt sich eine Genehmigungsbedürftigkeit nicht herleiten. Soweit dort bestimmt ist, dass der Erbe verpflichtet sei, in die nach Abs. 1 berechnete Eingehung von Verbindlichkeiten einzuwilligen, soll damit dem Testamentvollstrecker zur Verringerung seines Haftungsrisikos die Möglichkeit eingeräumt werden, sich in Zweifelsfällen – notfalls klageweise – durch ein Einwilligungsverlangen der Berechtigung seines Handelns zu vergewissern (*Staudinger/Wolfgang Reimann*, 2012, § 2206 Rdnr. 14; *BeckOK-BGB/J. Mayer*, Edition 34, § 2206, Rdnr. 11). Der Vorschrift kann hingegen nicht entnommen werden, dass es im Außenverhältnis der – bei Minderjährigen möglicherweise genehmigungsbedürftigen – Einwilligung des Erben bedürfe.

d) Keiner Entscheidung bedarf, ob die Mutter des Erben eine familiengerichtliche Genehmigung ihrer Erklärung deshalb benötigt, weil sie damit möglicherweise für ihren Sohn auf Schadensersatzansprüche gegen den Testamentvollstrecker verzichtet hat. Diese Frage ist vom Grundbuch-

amt nicht zu prüfen; sie würde sich erst in einem Zivilprozess stellen, in dem möglicherweise vom Erben geltend gemachten Schadensersatzansprüchen gegen den Testamentvollstrecker die Genehmigung der Mutter des Erben entgegengehalten würde.

5. Der vom Grundbuchamt angesprochene Grundsatz des effektiven Minderjährigenschutzes rechtfertigt keine andere Beurteilung.

a) Es trifft allerdings wegen § 1967 Abs. 1 BGB im Ausgangspunkt zu, dass Handlungen des Testamentvollstreckers dazu führen können, dass der zunächst minderjährige Erbe bei Erreichen der Volljährigkeit mit Verbindlichkeiten belastet sein wird, denen weder er noch mit Billigung des Familiengerichts seine Eltern zugestimmt haben. Das zeigt sich bei dem hier in Rede stehenden Erwerb einer Eigentumswohnung etwa darin, dass dauerhaft die Lasten des gemeinschaftlichen Eigentums sowie die Kosten der Instandhaltung, Instandsetzung und Verwaltung anteilig getragen werden müssen (§ 16 Abs. 2 WEG). Diese Rechtsfolge steht indes nicht im Zusammenhang mit der Minderjährigkeit des Erben, sondern ist eine notwendige Folge der gesetzlichen Ausgestaltung des Amtes des Testamentvollstreckers. Dessen Befugnisse sind vom Gesetz so ausgestaltet, dass er in dem durch § 2206 Abs. 1 BGB gezogenen Rahmen Verbindlichkeiten für den Nachlass und damit für den Erben eingehen kann, ohne dessen Genehmigung zu bedürfen; dies gilt sowohl für den minderjährigen als auch für den volljährigen Erben. Für beide Gruppen von Erben ist der Schutz dadurch gewährleistet, dass sie einerseits nur berechtigt eingegangene Verbindlichkeit gegen sich gelten lassen müssen und ihnen andererseits – wie Hs. 2 § 2206 Abs. 2 BGB bestimmt – die Befugnis verbleibt, die Beschränkung ihrer Haftung für die Nachlassverbindlichkeiten geltend zu machen.

b) Die Ausführungen von *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 3429, auf die das Grundbuchamt Bezug nimmt, betreffen nicht die hier vorliegende Konstellation. Dort ist lediglich ausgeführt, dass es einer familiengerichtlichen Genehmigung dann bedürfe, wenn der Testamentvollstrecker aufgrund einer testamentarischen Verfügungsbeschränkung der Mitwirkung des Erben bedürfe. Eine solche testamentarische Beschränkung ist hier aber nicht ersichtlich.

c) Die vom Grundbuchamt angesprochene Entscheidung des BVerfG (BVerfGE 72, 155), die die Einführung des § 1629a BGB zur Folge gehabt hat, rechtfertigt keine andere Beurteilung. In dem Urteil ist es mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht Minderjähriger als unvereinbar angesehen worden, dass Eltern kraft ihrer aus § 1629 BGB folgenden elterlichen Vertretungsmacht ihre Kinder bei Fortführung eines ererbten Handelsgeschäfts in ungeteilter Erbengemeinschaft finanziell unbegrenzt verpflichten konnten. Dem lag die Erwägung zugrunde, dass der Start des Minderjährigen in die Volljährigkeit unzumutbar belastet werde, wenn es seinen Eltern in derartigen Fällen gestattet werde, ohne eine Haftungsbegrenzung und ohne einen Schutz durch vormundschaftsgerichtliche Genehmigung Verbindlichkeiten zu begründen. Im Falle der Testamentvollstreckung liegt es indes so, dass Verbindlichkeiten für den Erben von vornherein nur im Rahmen des § 2206 BGB eingegangen werden dürfen.

(...)

11. BGB § 2270 Abs. 1 (*Wegfall der Bindungswirkung hinsichtlich des Ersatzerben eines weggefallenen Schlusserben*)

1. **Ein gemeinschaftliches Testament, in dem sich die Ehegatten gegenseitig zu Alleinerben und die gemeinsamen Kinder als Schlusserben einsetzen, erlangt mit dem Tod des Erstversterbenden regelmäßig Bindungswirkung, weil die Verfügungen sich insoweit als wechselbezüglich im Sinne des § 2270 Abs. 1 BGB darstellen, als der eine Ehegatte den anderen nur deshalb zum Alleinerben einsetzt, weil dieser die gemeinsamen Kinder zu Schlusserben bestimmt. Denn ein Ehegatte wird die durch die Einsetzung des anderen Ehegatten zum Alleinerben verbundene Enterbung der gemeinsamen Kinder regelmäßig nur deshalb in Kauf nehmen, weil der andere Ehegatte sie zugleich als Schlusserben einsetzt und so sichergestellt ist, dass die Kinder zumindest im zweiten Erbgang am Familienvermögen teilhaben können.**
2. **Durch das Versterben eines als Schlusserben eingesetzten Kindes nach dem Tod des Erstversterbenden, aber vor Eintritt des Schlusserbfalls entfällt die Bindungswirkung zugunsten eines Ersatzerben, wenn sich dessen Berufung nicht aufgrund einer individuellen Auslegung des Testaments ermitteln lässt, sondern nur auf der Zweifelsregelung des § 2069 BGB beruht (Anschluss BGH, FamRZ 2002, 747 = NJW 2002, 1126).**

KG, Beschluss vom 19.12.2014, 6 W 155/14

Die Antragstellerin ist die gemeinsame Tochter des Erblassers und seiner im März 2008 verstorbenen Ehefrau.

Mit gemeinschaftlichem Testament vom 16.12.2002, auf das Bezug genommen wird, haben sich die Ehegatten gegenseitig zu Alleinerben und ihre gemeinsamen Kinder, die Antragstellerin und deren am 2.8.2008 verstorbenen Bruder als Schlusserben eingesetzt.

Unter dem 29.4.2013 hat der Erblasser ein eigenhändiges Testament erstellt und in amtliche Verwahrung gegeben. Mit dieser letztwilligen Verfügung hat er die Antragstellerin und deren Sohn sowie den Sohn seines verstorbenen Sohnes enterbt. Dieser hat am 28.8.2008 die Erbschaft nach seinem Vater ausgeschlagen. Wegen der weiteren Verfügungen des Erblassers, in denen auch sein Bruder, der Beteiligte zu 2, erwähnt wird, wird auf das Testament vom 29.4.2013 verwiesen.

Die Antragstellerin hat mit notarieller Erbscheinsverhandlung vom 29.11.2013 unter Hinweis darauf, dass ihr unter dem 26.11.2008 ein Erbschein als Alleinerbin nach ihrem verstorbenen Bruder erteilt worden ist, die Erteilung eines Erbscheins beantragt, der sie als Alleinerbin nach ihrem Vater ausweist. Mit Schreiben des beurkundenden Notars vom 1.3.2014 hat sie hilfsweise beantragt, ihr einen Erbschein zu erteilen, der sie und ihren verstorbenen Bruder als Miterben zu gleichen Teilen ausweist.

Das Nachlassgericht hat die Anträge mit Beschluss vom 24.4.2014, dem beurkundenden Notar zugegangen am 28.4.2014, zurückgewiesen. Mit Schriftsatz ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 27.5.2014, per Fax eingegangen am selben Tag, hat die Antragstellerin Beschwerde erhoben, mit der sie ihren Hauptantrag weiterverfolgt und hilfsweise beantragt, ihr einen gemeinschaftlichen Erbschein zu erteilen, der sie und den Sohn des verstorbenen Sohnes des Erblassers je zu 1/2 als Erben ausweist.

Mit Beschluss vom 1.9.2014, zugestellt am 4.9.2014, hat das Nachlassgericht der Beschwerde betreffend den Hauptantrag nicht abgeholfen und den geänderten Hilfsantrag zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Antragstellerin vom 24.9.2014, beim Nachlassgericht eingegangen am selben Tag, der das Nachlassgericht mit Beschluss vom 21.10.2014 nicht abgeholfen hat.

Aus den Gründen:

II.

Die Beschwerden der Antragstellerin sind gemäß §§ 58 ff. FamFG zulässig, sie sind jeweils form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden.

In der Sache bleiben die Beschwerden jedoch ohne Erfolg, denn die Zurückweisung der Erbscheinsanträge durch das Nachlassgericht erfolgte im Ergebnis zu Recht:

1. Beschwerde vom 27.5.2014 gegen die Zurückweisung des Hauptantrages:

Die Zurückweisung des Hauptantrages – Erteilung eines Erbscheins, der die Antragstellerin als Alleinerbin ausweist – erfolgte zu Recht, weil die Antragstellerin nicht Alleinerbin geworden ist.

a) Allerdings folgt der Senat der angefochtenen Entscheidung nicht, soweit das Nachlassgericht die Enterbung der Antragstellerin durch das eigenhändige Testament des Erblassers vom 29.4.2013 für wirksam erachtet.

Erblasser war aufgrund des gemeinschaftlich mit seiner vorverstorbenen Ehefrau errichteten Testaments vom 16.12.2002 i. V. m. § 2271 Abs. 2 BGB an einer abweichenden Testierung und damit an einer Enterbung der Antragstellerin gehindert, weil die Einsetzung der Antragstellerin als Schlusserbin eine wechselbezügliche Verfügung im Sinne des § 2270 Abs. 1 BGB darstellt, die den überlebenden Ehegatten bindet.

Der Erblasser und seine im März 2008 vorverstorbenen Ehefrau hatten unter dem 16.12.2002 ein Testament errichtet, indem sie sich gegenseitig zu Alleinerben und ihre beiden gemeinsamen Kinder zu Schlusserben des Letztversterbenden bestimmt haben (§ 2269 Abs. 1 BGB).

Richtig ist zwar, dass allein die Tatsache, dass Ehegatten gemeinschaftlich testieren, die Wechselbezüglichkeit ihrer Verfügungen noch nicht zu begründen vermag (BGH, NJW-RR 1987, 1410, zitiert nach juris, dort Rdnr. 11), sondern dass die Wechselbezüglichkeit für jede Verfügung gesondert durch Auslegung zu ermitteln ist (BGH, a. a. O., Rdnr. 10-14). Weiter ist zutreffend, dass ein Elternteil sich regelmäßig nicht nur deshalb dazu veranlasst sieht, die gemeinsamen Kinder als Erben einzusetzen, weil auch der andere Ehegatte dies tut. Dies stellt sich jedoch dann anders dar – und dies wird vorliegend vom Nachlassgericht außer Acht gelassen – wenn man die Einsetzung der Kinder als Schlusserben durch den einen Ehegatten im Verhältnis zu der Einsetzung dieses Ehegatten als Alleinerbe nach dem Erstversterbenden untersucht. Denn dann drängt die Interessenlage die Wechselbezüglichkeit der Verfügungen im Sinne des § 2270 Abs. 1 BGB geradezu auf, weil ein Ehegatte die mit der Einsetzung des anderen Ehegatten zum Alleinerben verbundene Enterbung der gemeinsamen Kinder regelmäßig nur im Hinblick darauf in Kauf nehmen wird, dass diese Kinder durch den anderen Ehegatten zugleich als Schlusserben eingesetzt werden und sie so jedenfalls im zweiten Erbgang am Familienvermögen teilhaben können. Es entspricht deshalb durchgehend obergerichtlicher Rechtsprechung, dass derartige Verfügungen zueinander wechselbezüglich im Sinne des § 2270 Abs. 1 BGB sind (OLG Köln, ZErB 2014, 118, zitiert nach juris, dort LS 1 und Rdnr. 16; OLG Schleswig, FamRZ 2014, 1486, 1487, zitiert nach juris, dort Rdnr. 22; OLG Brandenburg, ErbR 2014, 441, zitiert nach juris, dort Rdnr. 31; OLG München, NJW-RR 2012, 338, zitiert nach juris, dort Rdnr. 28/29; vgl. auch BGH, NJW 2002, 1126, zitiert nach juris, dort Rdnr. 8). Auch die von dem Nachlassgericht zitierten Ausführungen von *Musielak* in MünchKommBGB, 6. Aufl. 2013, § 2270 Rdnr. 12

sowie die Entscheidung des OLG München (NJW-RR 2011, 227 ff.) stützen seine abweichende Auffassung nicht.

b) Bei diesem Auslegungsergebnis bleibt es auch, wenn man vorliegend den weiteren Text des gemeinschaftlichen Testaments vom 16.12.2002 einbezieht. Denn die in dem Testament enthaltene wechselseitige Bestätigung, dass der überlebende Ehegatte das Recht haben soll, Haus und Wohnung zu verkaufen, betrifft nicht nur seinem Wortlaut, sondern auch seinem Sinn nach lediglich Verfügungen unter Lebenden und soll dem überlebenden Ehegatten nicht auch eine abweichende letztwillige Verfügung ermöglichen (vgl. dazu OLG München, a. a. O., Rdnr. 31; OLG Schleswig, a. a. O., Rdnr. 23 ff.; OLG Köln, a. a. O., LS 2 und Rdnr. 16; OLG Brandenburg, a. a. O., Rdnr. 32 ff.; OLG Hamm, Erbrecht effektiv 2011, 181, zitiert nach juris, dort Rdnr. 35 ff.).

Die Enterbung der Antragstellerin im eigenhändigen Testament des Erblassers vom 29.4.2013 ist damit ohne Wirkung geblieben.

c) Allerdings ist die Antragstellerin nicht Alleinerbin geworden, denn ihr ist nicht auch gemäß § 2094 Abs. 1 Satz 2 BGB der hälftige Schlusserbenanteil ihres am 2.8.2008 – und damit vor Eintritt des Schlusserbfalls – verstorbenen Bruders angewachsen.

aa) Die Frage, wer im Falle eines vorzeitigen Wegfalls des Erben in dessen Stellung nachrückt, ist regelmäßig durch Auslegung der letztwilligen Verfügung zu ermitteln, wobei Ziel der Auslegung die Ermittlung des wirklichen oder mutmaßlichen Willens der Erblasser ist. Insofern ist vorliegend zu fragen, welche Regelung die Ehegatten bei Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments für den Fall des Wegfalls des Sohnes vor Eintritt des Schlusserbfalls getroffen hätten. In Betracht käme alternativ die Einsetzung der dann verbliebenen Antragstellerin als alleinige Schlusserbin oder aber die Einsetzung des im Zeitpunkt der Testamentserrichtung bereits lebenden Enkels als Ersatzerben. Da das Testament für keine dieser Varianten einen hinreichenden Anhaltspunkt gibt und das Recht des Ersatzerben gemäß § 2099 BGB dem Anwachungsrecht vorgeht, kommt vorliegend die Regelung des § 2069 BGB zur Anwendung, die auch bei Wegfall eines eingesetzten Schlusserben in einem gemeinschaftlichen Testament entsprechende Anwendung finden kann (so BGH, FamRZ 2002, 747, zitiert nach juris, dort Rdnr. 11; vgl. auch OLG München, NJW-RR 2012, 9, zitiert nach juris, dort Rdnr. 10).

bb) Danach wäre der Beteiligte zu 3 als Abkömmling des weggefallenen Schlusserben zum Ersatzerben neben der Antragstellerin als Schlusserbe berufen, wenn nicht die Enterbung des Sohnes in dem handschriftlichen Testament des Erblassers vom 29.4.2013 wirksam wäre. Dies ist wiederum von der Frage abhängig, ob der Erblasser aufgrund einer mit dem Tod seiner Ehefrau eingetretenen Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Testaments auch an einer Enterbung des als Ersatzerben berufenen Enkels gehindert war. Diese Frage ist zu verneinen. Da sich die Ersatzerbenberufung vorliegend nicht durch eine individuelle Auslegung des gemeinschaftlichen Testaments, sondern allein aufgrund der Anwendung der Zweifelsregelung des § 2069 BGB ermitteln ließe, kommt eine Bindungswirkung nach ständiger Rechtsprechung (BGH, a. a. O., dort LS und Rdnr. 17; OLG Schleswig, FamRZ 2014, 248, zitiert nach juris, dort Rdnr. 32; ders., FamRZ 2011, 66, zitiert nach juris, dort Rdnr. 15) nicht in Betracht.

cc) Rechtsfolge des Wegfalls des Ersatzerben ist jedoch nicht die Anwachsung dieses Teils der Erbschaft bei der Beklagten, etwa weil sie Alleinerbin nach ihrem Bruder geworden war. Da der Erblasser nach dem Tod des Sohnes hinsicht-

lich dessen hälftigen Nachlassteils von der Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Testaments frei geworden ist, stand es ihm frei, insoweit auch – wie im Testament vom 29.4.2013 geschehen – die Enterbung der Antragstellerin anzuordnen und damit die Anwachsung zu verhindern.

Die Klärung der Frage, ob die Benennung des Bruders des Erblassers und/oder des Tierheims in dem Testament vom 29.4.2013 als Erbeinsetzung auf den durch den Wegfall des Sohnes als Schlusserbe frei gewordenen hälftigen Erbteil auszulegen ist, bleibt einem weiteren Erbscheinsverfahren vorbehalten. Für die Auslegung des Testaments vom 29.4.2014 fehlt es derzeit, weil der Gesamtnachlasswert nicht bekannt ist, an einer ausreichenden Grundlage. Zudem müsste auch die Möglichkeit, dass der Bruder, ggf. zusammen mit weiteren Verwandten, kraft gesetzlicher Erbfolge berufen sein könnte, bedacht werden.

2. Beschwerde vom 24.9.2014 gegen die Zurückweisung des geänderten Hilfsantrages:

Die Beschwerde gegen die Zurückweisung des Hilfsantrages auf Erteilung eines Erbscheins, der die Antragstellerin und ihren Neffen als Erben je zur Hälfte ausweist, ist auf der Grundlage vorstehender Ausführungen – wirksamer Widerruf der Ersatzerbenberufung des Sohnes des vorverstorbenen Sohnes durch das eigenhändige Testament vom 29.4.2013 – ebenfalls unbegründet.

(...)

Anmerkung:

I. Problemstellung

Die Regelung des § 2270 BGB soll dem Zusammenhang „im Motiv“ von denjenigen Verfügungen eines gemeinschaftlichen Testaments Rechnung tragen, von denen anzunehmen ist, dass die Verfügung des einen Erblassers nicht ohne die Verfügung des anderen getroffen sein würde.¹ Für in dieser Weise wechselbezügliche Verfügungen bestimmt das Gesetz, dass – sofern es sich um Erbeinsetzungen, Vermächtnisse, Auflagen oder (neuerdings) Rechtswahlen handelt – die Nichtigkeit oder der Widerruf der einen Verfügung auch die Unwirksamkeit der anderen zur Folge haben soll. Dadurch soll dem Willen der Beteiligten, dass diese Verfügungen „miteinander stehen und fallen“ Rechnung getragen werden.² Zur Ermittlung der Wechselbezüglichkeit ist dabei zunächst zu fragen, ob die Beteiligten hierzu eine ausdrückliche Regelung getroffen haben.³ Im Anschluss hieran ist zu prüfen, ob sich im Wege der Testamentsauslegung feststellen lässt, dass eine wechselbezügliche Verknüpfung dem Erblasserwillen ent- bzw. widerspricht. Bei dieser individuellen Auslegung sind alle – auch außerhalb des Testaments liegende – Umstände des Einzelfalles und die Interessenlage der Beteiligten einzubeziehen. Sie ist gegenüber der Regelung des § 2270 Abs. 2 BGB, welche für bestimmte Konstellationen, insbesondere für das sog. Berliner Testament⁴ anordnet, dass „im Zweifel“ von Wechselbezüglichkeit auszugehen ist, stets vorrangig.⁵ Erst wenn trotz aller Auslegungsbemühungen auf andere Weise nicht zu behobende Zweifel hin-

¹ Prot. V, 450 f.; *Staudinger/Kanzleiter*, 2014, § 2270 BGB Rdnr. 4.

² *Staudinger/Kanzleiter*, 2014, § 2270 BGB Rdnr. 4; *Münch-KommBGB/Musielak*, § 2270 BGB Rdnr. 1; Prot. V, 450 f.

³ *BeckOK-BGB/Litzenburger*, § 2270 BGB Rdnr. 9.

⁴ Vgl. zu diesem nicht unumstrittenen Begriff: nur *Sticherling*, JuS 2002, 1248 m. w. N.

⁵ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11.9.2014, I-3 Wx 128713, FGPrax 2015, 31, 33; *BeckOK-BGB/Litzenburger*, § 2270 BGB Rdnr. 9.

sichtlich der Wechselbezüglichkeit verbleiben, ist schließlich ein Rückgriff auf § 2270 Abs. 2 BGB zulässig.⁶

In der jüngsten Rechtsprechung⁷ ist allerdings eine gewisse Tendenz zu pauschalen Aussagen zur Wechselbezüglichkeit zu beobachten. Bereits im Rahmen der individuellen Auslegung wird häufig – jedoch ohne wirklich individuelle Begründung – davon ausgegangen, dass die jeweilige Erbeinsetzung der Kinder der Erblasser als Schlusserben und die jeweilige Einsetzung des Ehepartners zum Alleinerben nach dem Erstversterbenden wechselbezüglich zueinander sein sollen. So führte das OLG Schleswig zu dieser Frage aus, dass „in einer intakten Familie“ davon auszugehen sei, „dass der eine Ehegatte die gemeinsamen Abkömmlinge auf den eigenen Todesfall nur unter der Voraussetzung zugunsten des anderen Ehegatten übergeht, dass ihnen das gemeinschaftliche Vermögen mit dem Tod des Letztversterbenden zufallen wird.“⁸ Ähnlich formulierte das OLG Köln, dass ein Ehegatte „die mit der Erbeinsetzung des Längstlebenden zum Erben des Erstversterbenden verbundene Enterbung des gemeinsamen Kindes durch den Erstversterbenden nur im Hinblick darauf in Kauf nehmen (wird), dass das gemeinsame Kind vom Längstlebenden als Schlusserbe eingesetzt wird und so beim zweiten Todesfall am Familienvermögen teilhaben kann.“⁹ Zur „Bestätigung“ dieses Auslegungsergebnisses wird bisweilen darauf verwiesen, dass dieses Ergebnis auch aus der – bei erfolgreicher Auslegung allerdings gar nicht mehr anwendbaren – Zweifelsregel des § 2270 Abs. 2 BGB folgen würde.¹⁰

II. Feststellungen zur Wechselbezüglichkeit der ursprünglichen Erbeinsetzung im vorliegenden Fall

Die vorliegende Entscheidung fügt sich (leider) bruchlos in diese Rechtsprechungslinie ein: So geht das KG davon aus, die Interessenlage dränge „die Wechselbezüglichkeit der Verfügungen (...) geradezu auf, weil ein Ehegatte die mit der Einsetzung des anderen Ehegatten zum Alleinerben verbundene Enterbung der gemeinsamen Kinder regelmäßig nur im Hinblick darauf in Kauf nehmen wird, dass diese Kinder durch den anderen Ehegatten zugleich als Schlusserben eingesetzt werden und sie so jedenfalls im zweiten Erbgang am Familienvermögen teilhaben können“. Dieser Gedankengang mag durchaus für die Schaffung der Zweifelsregelung des Abs. 2 eine Rolle gespielt haben. Im Rahmen einer individuellen (!) Auslegung sollte jedoch ein vorschneller pauschaler Rückgriff darauf „warum ein Ehegatte regelmäßig die Enterbung der Kinder im ersten Erbfall in Kauf nehmen wird“ tunlichst vermieden werden. Stattdessen wäre es angezeigt, zunächst den Versuch zu unternehmen die individuellen Umstände des jeweiligen Einzelfalles zu ermitteln und zu prüfen, ob sich hieraus Indizien für oder gegen einen Willen

der Beteiligten zu einer wechselbezüglichen Bindung ergeben. Solche individuellen Umstände sucht man jedoch in der Entscheidungsbegründung des KG ebenso vergeblich, wie einen Hinweis darauf, dass Feststellungen hierzu nicht möglich waren. Stattdessen zitiert das Gericht (den modernen Rechtsprechungsdatenbanken sei Dank!) eine Fülle anderer Entscheidungen, denen freilich jeweils andere Einzelfälle und damit die Interessen anderer Erblasser zugrunde lagen.

Außer dem Umstand dass eine gegenseitige Erbeinsetzung der Ehegatten vorlag und die Kinder zu Schlusserben eingesetzt wurden, geht das KG nur auf einen einzigen zusätzlichen Aspekt ein, nämlich die in dem Testament enthaltene „Regelung“, nach der der überlebende Ehegatte das Recht haben soll, Haus und Wohnung zu verkaufen. Im Ergebnis zu Recht, vermag das Gericht hierin keinen Umstand zu erkennen, der gegen die von ihm vorgenommene Auslegung spricht. Anhaltspunkte dafür, dass die betreffende Testamentsklausel neben dem ausdrücklich angesprochenen Verkauf auch abweichende letztwillige Verfügungen ermöglichen sollte, bestanden hier nach dem mitgeteilten Sachverhalt tatsächlich nicht. Von der Frage, ob die verwendete Klausel eine Befugnis zur einseitigen Änderung grundsätzlich wechselbezüglicher Verfügungen (sog. Abänderungsbefugnis) enthält, ist freilich die Frage zu unterscheiden, ob überhaupt wechselbezügliche Verfügungen vorliegen. Für letztere Frage ergibt sich aus der – an sich überflüssigen¹¹ – Klausel über den lebzeitigen Verkauf schon deshalb nichts, weil sie die Frage abweichender letztwilliger Verfügungen gar nicht betrifft. Die Klausel stünde damit aber auch einer Auslegung der Erbeinsetzungen für den ersten und für den zweiten Erbfall als nicht-wechselbezüglich zueinander nicht zwingend entgegen.¹²

Weitere Umstände des Einzelfalles hat das KG nicht ermittelt. Vielmehr stützt es seine Entscheidung maßgeblich auf die eingangs zitierten allgemeinen Betrachtungen über die Interessenlage. Allerdings ist zu bezweifeln, ob die regelmäßige Interessenlage in Fällen wie dem vorliegenden wirklich eine wechselbezügliche Bindung aufdrängt. Ein mit erbrechtlichen Beratungen näher befasster Jurist wird kaum bestätigen können, dass die Beteiligten eines gemeinschaftlichen Testaments „regelmäßig“ oder auch nur in der überwiegenden Zahl der Fälle eine wechselbezügliche Bindung des Längerlebenden wünschen. Vielmehr ist den Beteiligten häufig gar nicht bewusst, dass ein gemeinschaftliches Testament zu einer Bindung des Längerlebenden führen kann. Sofern sie sich – ggf. nach einem entsprechenden Hinweis – mit dieser Frage auseinandersetzen, wünschen sie eine umfassende wechselbezügliche Bindung des Längerlebenden im Ergebnis häufig nicht. Darüber hinaus ist der Gedanke, dass jeder Ehegatte eine Enterbung der gemeinsamen Kinder im ersten Erbfall – unabhängig von der Regelung der Schlusserbfolge – schon im Hinblick darauf „in Kauf nehmen“ oder sogar wünschen wird, weil dies nötige Folge einer für diesen Fall angeordneten gegenseitigen Alleinerbeneinsetzung ist, nicht fernliegend.

III. Feststellungen des KG zur Wechselbezüglichkeit der Ersatzerbfolgeregelung

Trotz aller Kritik verdient ein weiterer Aspekt von dessen Entscheidung allerdings Zustimmung: Im vorliegenden Fall war einer der – laut Auffassung des KG – in wechselbezüglich bindender Weise eingesetzten Schlusserben bereits vorverstorben. Als Folge stellten sich neben der Frage nach der

⁶ KG, Beschluss vom 16.2.1993, 1 W 6261/91, DNotZ 1993, 825, 826; BeckOK-BGB/Litzenburger, § 2270 BGB Rdnr. 14; Reimann/Bengel/Mayer/Mayer, § 2270 BGB Rdnr. 59; Burandt/Rojahn/C. Braun, § 2270 BGB Rdnr. 35, methodisch bedenklich daher BayObLG, Beschluss vom 18.3.2002, 1 Z BR 46/01, NJW-RR 2002, 1160, 1162.

⁷ Etwa OLG Schleswig, Beschluss vom 27.1.2014, 3 Wx 75/13 Te, MittBayNot 2015, 145 ff.; OLG Köln, Beschluss vom 9.8.2013, 2 Wx 198/13, BeckRS 2014, 07566.

⁸ OLG Schleswig, Beschluss vom 27.1.2014, 3 Wx 75/13 Te, MittBayNot 2015, 145, 146.

⁹ OLG Köln, Beschluss vom 9.8.2013, 2 Wx 198/13, BeckRS 2014, 07566.

¹⁰ OLG Köln, Beschluss vom 9.8.2013, 2 Wx 198/13, BeckRS 2014, 07566.

¹¹ Siehe hierzu etwa Firsching/Graf, Nachlassrecht, 10. Aufl., 2014, Rdnr. 1228a.

¹² Vgl. BayObLG, Beschluss vom 25.2.1994, 1 Z BR 110/93, BeckRS 1994, 31023028.

Bindung an die ursprüngliche Erbeinsetzung zwei weitere Fragen: 1. Wer tritt an die Stelle des bindend eingesetzten Schlusserben? 2. Ist der oder die Ersatzperson ebenfalls bindend eingesetzt? Beide Fragen werden vom KG – was leider nicht immer selbstverständlich ist¹³ – aufgeworfen und zutreffend beantwortet. Im Wege der Auslegung ließ sich eine Ersatzerbeinsetzung oder eine Anwachsungsbestimmung dem gemeinschaftlichen Testament nicht sicher entnehmen. Demgemäß war entsprechend der Zweifelsregelung des § 2069 BGB davon auszugehen, dass die Abkömmlinge des vorverstorbenen Sohnes als Ersatzerben an dessen Stelle treten und somit keine Anwachsung (§ 2094 BGB) bei der weiteren Erbin eintreten sollte (vgl. § 2099 BGB).

Richtig geht das KG weiter davon aus, dass die Bindungswirkung für die Ersatzerbenbestimmung unabhängig von der Wechselbezüglichkeit der Erbeinsetzung zugunsten des weggefallenen Erben gesondert zu prüfen ist.¹⁴ Eine Regelung hierzu enthielt das gemeinschaftliche Testament nicht. Auch die Zweifelsregel des Abs. 2 war nicht anwendbar, da sich die Begünstigung des Ersatzerben ausschließlich aufgrund einer Auslegungsregel, nämlich aufgrund § 2069 BGB, ergab.¹⁵ Mit Wegfall des einen Schlusserben war die zunächst bindende Verfügung insoweit gegenstandslos geworden und entfiel somit für den ihm zugewandten Erbteil die Bindungswirkung.¹⁶ Die Erblasserin konnte daher insoweit neu verfügen und den Ersatzerben von der Erbfolge ausschließen. Sie konnte ferner – auch hierin ist dem KG zuzustimmen – hinsichtlich dieses Erbanteils auch die weitere Schlusserbin enterben und so die Anwachsung verhindern, und dies obwohl diese Schlusserbin hinsichtlich der anderen Hälfte des Nachteils bindend eingesetzt war. Unverständlich bleibt in diesem Teil der Entscheidung lediglich, warum das Gericht meint, eine Anwachsung bei „der Beklagten“ könne darauf beruhen, dass sie „Alleinerbin nach ihrem Bruder“ geworden sei. Weder gibt es im Beschwerdeverfahren die prozessuale Rolle eines Beklagten noch hat die Anwachsung etwas damit zu tun wer Erbe des ursprünglich eingesetzten jedoch vor (!) dem Erbfall weggefallenen Erben wurde.

IV. Fazit

Es mag durchaus sein, dass die Auslegung des KG für den entschiedenen Fall im Ergebnis zutreffend ist – angesichts der pauschalen Begründung lässt sich dies hinsichtlich der angenommenen erbrechtlichen Bindung allerdings nicht beurteilen. Das Gericht hätte zumindest den Versuch unternehmen müssen, für und gegen die Wechselbezüglichkeit sprechende Umstände und Besonderheiten des konkreten Falles herauszuarbeiten und dies im Rahmen der Auslegung zu würdigen. Dem Vorrang der individuellen Auslegung wird die allein auf die regelmäßige Interessenlage gestützte Betrachtung des KG nicht gerecht. Durch eine Volltext-Recherche in einer juristischen Datenbank kann die nötige Arbeit am konkreten Fall

¹³ Vgl. die vom OLG München, Beschluss vom 20.4.2010, 31 Wx 83/09, BeckRS 2010, 11135 aufgehobene Entscheidung des LG Landshut vom 19.6.2009, 64 T 719/09.

¹⁴ Vgl. hierzu auch OLG München, Beschluss vom 28.3.2011, 31 Wx 93/10, MittBayNot 2011, 505 ff.; OLG München, Beschluss vom 20.4.2010, 31 Wx 83/09, BeckRS 2010, 11135; OLG Schleswig, Beschluss vom 25.6.2010, 3 W 13/10 BeckRS 2010, 18526.

¹⁵ Vgl. hierzu BGH, Beschluss vom 16.1.2002, IV ZB 20/01, NJW 2002, 1126 ff. (a. A. noch BGH, NJW 1983, 277 f.); BayObLG, Beschluss vom 28.9.2001 1 Z BR 6/01, FGPrax 2001, 248 ff.; *Baumann*, ZEV 1994, 351, 352; *Reimann/Bengel/Mayer/Mayer*, § 2270 BGB, Rdnr. 41.

¹⁶ Vgl. MünchKommBGB/*Musielak*, § 2271, Rdnr. 16, 20.

meines Erachtens nicht ersetzt werden. Dies ist umso bedauerlicher, als aus den oben gegen eine wechselbezügliche Bindung angeführten Gründen, bereits die Zweifelsregelung des Abs. 2 keineswegs immer interessengerecht erscheint¹⁷ und nach der *lex lata* nur die individuelle Auslegung einen Weg zur Korrektur nicht-interessengerechter Ergebnisse bietet.

Notar *Stefan Braun*, LL.M. (London),
Maître en droit (Paris), Erlangen

¹⁷ Zu Recht kritisch hierzu zuletzt auch *Keim*, MittBayNot 2015, 148, 149; *Kanzleiter*, ZEV 2014, 225, 231.

12. BGB §§ 878, 2205, 2226; GBO §§ 29, 52 (*Keine Löschung des Testamentsvollstreckervermerks bei Amtsniederlegung*)

1. **Zur Löschung des Testamentsvollstreckervermerks bei Grundstücksveräußerung an einen Dritten.**
2. **Der Nachweis über die Beendigung der Testamentsvollstreckung – durch Aufgabenerledigung – ist dem Grundbuchamt gegenüber regelmäßig in der Form des § 29 GBO zu erbringen.**

OLG München, Beschluss vom 11.12.2014, 34 Wx 429/14

Die Beteiligte zu 1 ist seit 22.7.2013 gemäß dem notariellen Testament vom 28.9.2012 und der Eröffnungsniederschrift des AG vom 20.2.2013 als Eigentümerin von Grundbesitz, unter anderem zweier Grünlandgrundstücke, im Grundbuch eingetragen. Das Grundbuch enthält seit 24.9.2013 einen Testamentsvollstreckervermerk.

Mit Vertrag vom 13.1.2014 verkaufte die Beteiligte zu 2 in ihrer Eigenschaft als Testamentsvollstreckerin an die Gemeinde A. – Beteiligte zu 3 – aufgrund des von dieser ausgeübten naturschutzrechtlichen Vorkaufsrechts die beiden Grundstücke. Die Parteien erklärten die Auflassung und bewilligten und beantragten die Eintragung des Eigentumsübergangs im Grundbuch. Gemäß Abschn. 6 der Urkunde erklärte die Beteiligte zu 1 als Erbin, dass sie allen in dieser Urkunde getroffenen Vereinbarungen und Erklärungen vollumfänglich zustimmt.

Mit Antrag vom 12.8.2014, Eingang beim Grundbuchamt am 18.8.2014, beehrten die Beteiligten (unter anderem) den Vollzug der Auflassung und damit verbunden (§ 16 Abs. 2 GBO) die Löschung des Testamentsvollstreckervermerks.

Das Grundbuchamt hat mit Beschluss vom 2.10.2014 den Antrag zurückgewiesen. Es hat ausgeführt, die Beteiligte zu 2 sei zum Zeitpunkt der Beurkundung nicht mehr Testamentsvollstreckerin gewesen; sie habe am 8.4.2014 ihr Zeugnis zurückgegeben und ihr Amt für beendet erklärt. Die Löschung des Testamentsvollstreckervermerks setze den Nachweis der Grundbuchrichtigkeit voraus. Dieser sei zu erbringen entweder durch Vorlage eines Erbscheins, der die Beteiligte zu 1 als durch Testamentsvollstreckung nicht beschränkte Alleinerbin ausweise, oder durch Freigabe des betroffenen Grundbesitzes durch den Testamentsvollstreckter, dessen Amt bis zur Vollerfüllung der Rechtsänderung (Vollzug der Auflassung an die Gemeinde) bestehen müsse.

Mit Schreiben vom 23.10.2014 hat der vollzugsbeauftragte Notar Beschwerde eingelegt mit der Begründung, die Erbin selbst habe sich entsprechend der Vertragsurkunde allen Erklärungen der Testamentsvollstreckerin angeschlossen. Dem Rechtsmittel hat das Grundbuchamt am 28.10.2014 nicht abgeholfen. Die Beteiligte zu 1 könne als Alleinerbin nicht selbst handeln, da trotz der Amtsniederlegung die Testamentsvollstreckung am Nachlass an sich fortbestehe; zumindest sei kein gegenteiliger Nachweis erbracht worden.

Der Notar hat für die Beteiligten im Beschwerdeverfahren zum Nachweis der Beendigung der Testamentsvollstreckung noch verschiedene Schriftstücke vorgelegt, so einen notariellen Vermächtniserfüllungsvertrag vom 13.1.2014, in dem die Erbin und die Vermächtnisnehmerin bestätigen, dass die mit der Testamentsvollstreckung im Zusammenhang stehenden Aufgaben vollständig erledigt seien.

Aus den Gründen:

II.

Die von sämtlichen Urkundsbeteiligten gegen die versagte Eintragung notariell erhobene Beschwerde (§ 71 Abs. 1, § 73 sowie § 15 Abs. 2 GBO; siehe *Demharter*, GBO 29. Aufl., § 15 Rdnr. 20) ist zulässig, in der Sache aber nicht erfolgreich. Das Grundbuchamt kann den Testamentsvollstreckervermerk nicht löschen, im Übrigen aber auch nicht die Eigentumsumschreibung vornehmen.

1. Das Grundbuchamt darf bei Auflassung von Grundstücken die Eintragung nur vornehmen, wenn die erforderliche Einigung des Berechtigten und des anderen Teils erklärt ist (§ 20 GBO). Zu prüfen ist in diesem Zusammenhang die Verfügungsberechtigung des verlierenden Teils. Als Ausfluss der sachlich-rechtlichen Verfügungsbefugnis muss sie grundsätzlich noch im Zeitpunkt der Eintragung vorliegen (*Demharter*, § 20 Rdnr. 40; § 19 Rdnr. 60), zudem muss sie in der Form des § 29 GBO nachgewiesen sein. Sofern der Grundbesitz infolge wirksamer – entgeltlicher – Veräußerung durch die Testamentsvollstreckerin an die Beteiligte zu 3 aus dem Nachlass ausscheidet (vgl. § 2205 Satz 2 BGB), wäre auch der Testamentsvollstreckervermerk zu löschen, weil er mit Eigentumsübergang unrichtig würde (KG, JFG 12, 274, 278; BayObLG, Rpfleger 1992, 63; *Demharter*, § 52 Rdnr. 29).

a) Nach dem vorgelegten Schriftverkehr geht die Beteiligte zu 2 davon aus, dass ihr Amt als Testamentsvollstreckerin spätestens seit Anfang April 2014 beendet ist. Sie hat nämlich mit Schreiben vom 8.4.2014 ihr Testamentsvollstreckerzeugnis an das AG zurückgereicht. Zu notarieller Urkunde vom 13.1.2014 („Vermächtniserfüllung“) haben die dort Beteiligten – die Alleinerbin und die Vermächtnisnehmerin – erklärt, dass die Aufgaben der Testamentsvollstreckerin aus dem notariellen Testament und die mit der Testamentsvollstreckung im Zusammenhang stehenden Aufgaben vollständig erledigt seien. Aufgrund des eingetragenen Vermerks hat das Grundbuchamt aber gemäß § 891 BGB grundsätzlich davon auszugehen, dass Testamentsvollstreckung besteht; dies gilt freilich dann nicht, wenn ihm Tatsachen bekannt werden, die ihre Unrichtigkeit ergeben (*Meikell/Böhringer*, GBO, 10. Aufl., § 52 Rdnr. 41; *Demharter*, § 52 Rdnr. 17). Ob das hier der Fall ist, kann letzten Endes dahin stehen. Denn wenn Testamentsvollstreckung mangels Aufgabenerledigung noch fortbesteht, kann das Grundbuchamt jedenfalls nicht davon ausgehen, dass die Beteiligte zu 2 noch die Testamentsvollstreckerin ist. Diese konnte nach § 2226 BGB jederzeit durch Erklärung gegenüber dem Nachlassgericht kündigen (§ 2226 Satz 1 und 2 BGB), etwa indem sie das Amt nicht fortführt und das ihr erteilte Zeugnis zurückgibt (vgl. *J. Mayer in Bamberger/Roth*, BGB, 3. Aufl., § 2226 Rdnr. 3; *Palandt/Weidlich*, 74. Aufl., § 2226 Rdnr. 1), wie dies bereits im April 2014 geschehen ist.

b) Ist aber bereits damals das Testamentsvollstreckeramt der Beteiligten zu 2 beendet gewesen, bedarf es keines Eingehens auf die Frage, ob auch bei Verlust der Verfügungsmacht (der Testamentsvollstreckerin) § 878 BGB anwendbar erscheint (bejahend *Palandt/Bassenge*, § 878 Rdnr. 11; *Wagner*, ZfIR 2009, 345, 348; *Mensch*, ZNotP 2014, 384; LG Mönchengladbach, RNotZ 2010, 540 mit zust. Anm. *Schüller*; siehe auch BayObLG ZEV 1999, 67 mit Anm. *Reimann*; *Demharter*, § 19 Rdnr. 62). Denn der Antrag auf Eintragung der Auflassung ist erst am 12.8.2014 gestellt worden und am 18.8.2014 beim Grundbuchamt eingegangen.

c) Außer Frage steht – worauf der Notar in der Beschwerdebegründung hingewiesen hat –, dass Testamentsvollstreckerin und Alleinerbin gemeinsam verfügen können; dies ist stets

zulässig (BGHZ 40, 115; 57, 84; *Palandt/Weidlich*, § 2205 Rdnr. 30). So wäre bei Beendigung der Testamentsvollstreckung mit dann unbeschränkter Verfügungsberechtigung der Erbin deren Zustimmungserklärung gemäß Abschn. 6 der Urkunde vom 13.1.2014 wohl ausreichend, weil es genügt, wenn ein (im Eintragungszeitpunkt) Nichtberechtigter mit Einwilligung des (im Eintragungszeitpunkt) Berechtigten die Erklärung abgegeben hat (vgl. BayObLGZ 1960, 456, 461). Dies setzt hier jedoch voraus, dass die Beteiligte zu 1 tatsächlich die Berechtigte ist, also die Testamentsvollstreckung tatsächlich beendet ist (was aber gerade nicht feststeht; siehe zu 2.). Dafür, dass bei fortbestehender Testamentsvollstreckung der gegenständliche Grundbesitz an die Erbin freigegeben (§ 2217 BGB), damit aus der Verwaltungsbefugnis des Testamentsvollstreckers ausgeschieden und die Erbin diesbezüglich nun unbeschränkt Verfügungsberechtigt wäre, ist nichts ersichtlich.

2. Der Nachweis über die Beendigung der Testamentsvollstreckung – was auch die Löschung des Testamentsvollstreckervermerks wegen Unrichtigkeit zur Folge hat – ist dem Grundbuchamt gegenüber regelmäßig in der Form des § 29 GBO zu erbringen. Es genügt nicht etwa, dass der Testamentsvollstrecker allein oder gemeinsam mit dem Erben die Löschung des Testamentsvollstreckervermerks bewilligt (*Meikell/Böhringer*, § 52 Rdnr. 67; *Demharter*, § 52 Rdnr. 27; DNotI-Report 2001, 21, 22).

a) Die Amtsniederlegung der als Testamentsvollstreckerin bestellten Rechtsanwältin H. (§ 2226 BGB) stellt, unabhängig von der durch das vorgelegte Schriftstück nicht gewahrten Form des § 29 GBO, keinen geeigneten Nachweis dar. Das öffentliche Testament regelt in Abschnitt III. 4. – Abs. 3 – den Wegfall des ernannten Testamentsvollstreckers dergestalt, dass in diesem Fall das zuständige Nachlassgericht einen Testamentsvollstrecker ernennt (vgl. § 2200 BGB). Unterscheidet man, wie zutreffend (OLG Hamm, Rpfleger 1958, 15, 16; OLG-Report 2001, 21, 22), zwischen Niederlegung des Amtes und Beendigung der Testamentsvollstreckung, so kann aus der Niederlegung, auch wenn sie mit der Aufgabenerledigung erklärt wird, grundbuchverfahrensrechtlich nicht bewiesen werden, dass die Testamentsvollstreckung tatsächlich nicht mehr besteht.

b) Amtserledigung tritt darüber hinaus durch Aufgabenerledigung ein (vgl. *Meikell/Böhringer*, § 52 Rdnr. 73 unter gg; DNotI-Report, a. a. O.). Nachgewiesen werden kann das Erlöschen der Testamentsvollstreckung als Ganzes gegenüber dem Grundbuchamt entweder, und üblicherweise, durch einen neuen Erbschein (OLG Hamm, OLGZ 1983, 59; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 3473; *Weidlich*, MittBayNot 2006, 390, 391) – solcher liegt hier nicht vor – oder durch Offenkundigkeit (vgl. DNotI-Report 2001, 21, 22 f.).

c) Offenkundigkeit kann der Senat nicht feststellen. Das Vermächtnis, dessen Erfüllung der Testamentsvollstrecker als wesentliche Aufgabe zu bewirken hat, besteht offenbar aus einer Eigentumswohnung sowie deren Mobilien („insbesondere Hausrat und Mobilien“ – mit bestimmten Ausnahmen). Insoweit handelt es sich bei den festgehaltenen Erklärungen in der Urkunde vom 13.1.2014 betreffend die Vermächtniserfüllung um bloße Wissenserklärungen, die den tatsächlichen Umstand des Erlöschens nicht ausreichend belegen. Es sind strenge Anforderungen zu stellen; denn oftmals verbleiben über die eigentliche Abwicklung hinaus noch Restaufgaben (*Weidlich*, MittBayNot 2006, 390, 391), so dass etwa der Umstand, dass das Eigentum an der Wohnung nach Umschreibung auf die Vermächtnisnehmerin übergegangen ist, nicht

genügt. Zudem hat nach dem Willen der Erblasserin die Testamentsvollstreckerin zwar – zuvörderst – die Aufgabe, „die angeordneten Vermächtnisse“ zu erfüllen, jedoch darüber hinaus auch „die sonstigen Verfügungen und Auflagen“. Dazu gehören Regelungen zur Bestattung – namentlich zum Bestattungsort –, ferner zur Tragung der Todesfallkosten (Abschnitt III. 5.). Die Erklärungen der Beteiligten hierzu lassen es ohne weitere Ermittlungen – zu denen das Grundbuchamt nicht befugt ist – nicht zu, das Erlöschen als nachgewiesen zu erachten (vgl. *Weidlich*, a. a. O.).

d) Soweit erwogen wird, in bestimmten Fällen auch eine Erklärung des Testamentsvollstreckers in der Form des § 29 GBO genügen zu lassen, dass alle (Rest-)Aufgaben erfüllt sind (*Weidlich*, MittBayNot 2006, 390, 392), wäre die auszugswise vorgelegte Urkunde vom 13.1.2014 („Vermächtniserfüllung“; dort unter f. 1 – S. 10) ungenügend, weil die dortige Erklärung schon nicht erkennen lässt, ob es sich überhaupt um eine eigenständige Erklärung der Testamentsvollstreckerin – oder nur um solche von Erbin und Vermächtnisnehmerin – handelt. Ihr mangelt es insoweit an Eindeutigkeit, darüber hinaus an Bestimmtheit.

(...)

Anmerkung:

1. Die Besonderheit des vom OLG München zu entscheidenden Falles bestand darin, dass der Testamentsvollstrecker nach Abschluss des Kaufvertrages über Grundbesitz und vor Stellung der Anträge auf Eigentumsumschreibung und auf Löschung des Testamentsvollstreckervermerks beim Grundbuchamt sein Amt mit der Begründung der Aufgabenerledigung gegenüber dem Nachlassgericht für beendet erklärt hatte. Die Vertragsbeteiligten beantragten nach Erbringung der vom Käufer geschuldeten Gegenleistung die Umschreibung des Eigentums auf den Käufer, Zug um Zug mit Löschung des Testamentsvollstreckervermerks. Das Grundbuchamt lehnte die Löschung des Testamentsvollstreckervermerks ab mit der Begründung, dass die Löschung des Testamentsvollstreckervermerks den Nachweis der Grundbuchunrichtigkeit voraussetze und dieser Nachweis weder durch Vorlage eines Erbscheins ohne Testamentsvollstreckungsvermerk noch durch Freigabe des betroffenen Grundbesitzes durch den Testamentsvollstrecker geführt worden sei. Das OLG München bestätigte die Ansicht des Grundbuchamts.

2. Ein im Grundbuch eingetragener Testamentsvollstreckervermerk ist dann zu löschen, wenn er aufgrund Beendigung der Testamentsvollstreckung unrichtig geworden ist, § 22 GBO. Zu unterscheiden ist zwischen der Gesamtbeendigung der Testamentsvollstreckung einerseits und der gegenständlich beschränkten Beendigung der Testamentsvollstreckung andererseits.¹

Der Nachweis der Unrichtigkeit ist in der Form des § 29 GBO zu führen. Zutreffend wies das OLG München darauf hin, dass die Beendigung der Testamentsvollstreckung als Ganzes „üblicherweise“ durch einen neuen Erbschein ohne Testamentsvollstreckervermerk oder durch Offenkundigkeit dem Grundbuchamt nachzuweisen ist. Das OLG München begründet in Abschnitt II. 2. lit. c) seines Beschlusses unter Hinweis auf die über die eigentliche Abwicklung hinaus oftmals noch verbleibenden Restaufgaben des Testamentsvollstreckers ausführlich, warum im zu entscheidenden Fall keine Offenkundigkeit der Beendigung der Testamentsvollstreckung als Gan-

zes durch Aufgabenerledigung vorlag. Dieser Punkt hätte auch in einem Satz abgehakt werden können: Da die Eigentumsumschreibung noch ausstand, waren offenkundig noch nicht alle Aufgaben des Testamentsvollstreckers erledigt. Zu Recht lehnte es das OLG München ab, in der Amtsniederlegung durch den Testamentsvollstrecker – auch wenn sie mit der Begründung der „Aufgabenerfüllung“ erfolgte – eine Beendigung der Testamentsvollstreckung als Ganzes zu sehen. Denn der Erblasser hatte in seiner Verfügung von Todes wegen Ersatztestamentsvollstreckung angeordnet. In diesem Fall endet bei einer Amtsniederlegung durch den Testamentsvollstrecker nur dessen Amt und nicht die Testamentsvollstreckung als solche.²

Schied demnach eine Unrichtigkeit des im Grundbuch eingetragenen Testamentsvollstreckervermerks wegen Beendigung der Testamentsvollstreckung als Ganzes aus, blieb noch die Möglichkeit der Unrichtigkeit des Grundbuchs wegen gegenständlich beschränkter Beendigung der Testamentsvollstreckung. Eine gegenständlich beschränkte Beendigung der Testamentsvollstreckung ist zu bejahen bei einer wirksamen Veräußerung des betreffenden Gegenstands durch den Testamentsvollstrecker oder bei einer Freigabe des Gegenstandes aus der Verwaltung durch den Testamentsvollstrecker, § 2217 BGB.

Eine wirksame Veräußerung, die die Vollendung des Rechtsenerwerbs im Grundbuch voraussetzt, lag im zu entscheidenden Fall gerade nicht vor, da der Testamentsvollstrecker vor Vollendung des Rechtsenerwerbs (Eigentumsumschreibung im Grundbuch) sein Amt niedergelegt hatte.

Für eine Freigabe des Grundbesitzes durch den Testamentsvollstrecker sah das OLG München keine Anhaltspunkte, ohne darauf näher einzugehen. Die Freigabeerklärung kann ausdrücklich oder konkludent erfolgen.³ Eine ausdrückliche Freigabe durch den Testamentsvollstrecker ist im vorliegenden Fall nicht erfolgt. Das OLG München hätte sich noch mit der Frage auseinandersetzen können, ob in der Amtsniederlegung durch den Testamentsvollstrecker „wegen Aufgabenerledigung“ eine konkludente Freigabeerklärung lag. Die Frage ist zu verneinen: Auch eine konkludente Erklärung der Freigabe von Nachlassgegenständen durch den Testamentsvollstrecker setzt voraus, dass der Wille des Testamentsvollstreckers, den Gegenstand aus seiner Verwaltungs- und Verfügungsmacht zu entlassen, klar zum Ausdruck kommt. Die Amtsniederlegung durch den Testamentsvollstrecker, auch wenn sie mit „Aufgabenerledigung“ begründet wird, reicht hierfür nicht aus. Denn der Testamentsvollstrecker leitet seine Befugnis in erster Linie aus den Anordnungen des Erblassers ab. Eine allzu laxe Handhabung einer (konkludenten) Freigabemöglichkeit nach § 2217 BGB würde dem Erblasserwillen zuwiderlaufen und die Anordnung der Testamentsvollstreckung zu einem stumpfen Schwert werden lassen.

3. Daneben wies das OLG München zu Recht darauf hin, dass das Grundbuchamt im Übrigen auch die Eigentumsumschreibung im Grundbuch nicht vollziehen durfte, da die Verfügungsberechtigung des verlierenden Teils grundsätzlich noch im Zeitpunkt der Eintragung des neuen Eigentümers vorliegen müsse. Da der Testamentsvollstrecker sein Amt vor Vollzug der Eigentumsumschreibung niedergelegt hatte, war die sachenrechtliche Verfügungsbefugnis des verlierenden Teils zum Zeitpunkt der Beantragung des Vollzugs der Eigentumsumschreibung nicht mehr gegeben. Eine andere rechtliche Bewertung wäre nur dann möglich gewesen, wenn die

¹ *Bengell/Dietz* in *Bengell/Reimann*, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 5. Aufl., 7. Kapitel, Rdnr. 99.

² *Palandt/Weidlich*, 74. Aufl., § 2225 Rdnr. 1.

³ *MünchKommBGB/Zimmermann*, 6. Aufl., § 2217 Rdnr. 7.

sachenrechtliche Verfügungsbefugnis vor dem Vollzug der Eigentumsumschreibung auf den Erben übergegangen wäre. Da weder eine Beendigung der Testamentsvollstreckung als Ganzes noch eine gegenständlich beschränkte Beendigung der Testamentsvollstreckung vorlag, ist die Verfügungsbefugnis nicht auf den Erben übergegangen.

4. Nicht beantworten musste das OLG München die von ihm angeschnittene Frage, ob eine Erklärung des Testamentsvollstreckers gegenüber dem Grundbuchamt in der Form des § 29 GBO, wonach sämtliche von ihm zu erfüllenden Aufgaben erledigt sind, für die Löschung des Testamentsvollstreckervermerks ausreichen würde. Eine derartige eigenständige Erklärung des Testamentsvollstreckers lag nicht vor.

Grundsätzlich hat das Grundbuchamt eine derartige Erklärung des Testamentsvollstreckers anzuerkennen, sofern ihm nicht Tatsachen bekannt sind, die gegen die Unrichtigkeit dieser Erklärung sprechen.⁴ Eine andere Frage ist, ob eine etwa materiellrechtlich zu Unrecht abgegebene Erklärung des Testamentsvollstreckers über seine vollständige Aufgabenerledigung zu einer Haftung des Testamentsvollstreckers gegenüber den Nachlassbeteiligten nach § 2219 BGB führt.

5. Nur gestreift hat das OLG München die Streitfrage, ob die Vorschrift des § 878 BGB auch auf Amtsinhaber, wie zum Beispiel den Testamentsvollstrecker, Anwendung findet. Aufgrund des Umstandes, dass der Testamentsvollstrecker im zu entscheidenden Fall seine Verfügungsbefugnis vor Stellung des Antrages auf Eigentumsumschreibung verloren hatte, war für eine Anwendung des § 878 BGB kein Raum. Ungeachtet dessen ist die zumindest entsprechende Anwendbarkeit von § 878 BGB auf Amtsinhaber zu bejahen.⁵ Ratio legis des § 878 BGB ist es, die Beteiligten, die alles von ihrer Seite aus Erforderliche getan haben, um den Eintritt der Rechtsänderung beim Grundbuchamt herbeizuführen, davor zu schützen, dass ein vor Grundbucheintragung erfolgreicher Verlust der Verfügungsbefugnis den Rechtserwerb doch noch vereiteln kann. Dieser Schutzgedanke beansprucht unabhängig davon Geltung, ob der Berechtigte selbst den Antrag auf Rechtsänderung gestellt hat oder ein Amtsinhaber, der anstelle des Berechtigten verfügbare Verfügungsbefugnis ist. Nicht gebannt wird durch die entsprechende Anwendung des § 878 BGB das Risiko, dass der Testamentsvollstrecker vor Stellung des Antrags auf Eigentumsumschreibung beim Grundbuchamt seine Verfügungsbefugnis verliert. Vollzieht das Grundbuchamt den Antrag auf Eigentumsumschreibung in Unkenntnis des Verlustes der Verfügungsbefugnis, ist der Eigentumserwerb gleichwohl unwirksam. Ein sicherer Weg in diesem Fall besteht darin, sich vor der Löschung der Vormerkung des Erwerbers davon zu überzeugen, dass der Testamentsvollstrecker zum Zeitpunkt der Eigentumsumschreibung sein Amt noch innehatte.⁶

6. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Entscheidung des OLG München richtig ist. Der Testamentsvollstrecker hat schlichtweg zu früh, nämlich vor vollständiger Aufgabenerledigung, die Niederlegung seines Amtes erklärt.

Für die tägliche Arbeit des Notars können zwei Lehren aus der Entscheidung des OLG München gezogen werden:

- Der Notar sollte den Testamentsvollstrecker bei der Beurkundung darauf hinweisen, sein Amt erst dann

niederzulegen, wenn das Eigentum aufgrund des von ihm abgeschlossenen Vertrages auf den Erwerber umgeschrieben worden ist.

- Die Vormerkung des Erwerbers sollte nur dann gelöscht werden, wenn sich der Notar zuvor davon überzeugt hat, dass der Testamentsvollstrecker zum Zeitpunkt der Eigentumsumschreibung sein Amt noch innehatte (und nicht, wie sonst üblich, Zug um Zug mit Eigentumsumschreibung).

Notar Dr. *Christian Winkler*, LL.M. (London), Neu-Ulm

13. BGB §§ 133, 2084 (*Keine Ersatzerbeneinsetzung von Familienangehörigen der vorverstorbenen Ehefrau*)

- Zur Ermittlung des hypothetischen Erblasserwillens, wenn die als Alleinerbin eingesetzte Ehefrau vorverstorben ist.**
- Allein aus dem Umstand, dass der Erblasser gute verwandtschaftliche Beziehungen zur Familie seiner Ehefrau, insbesondere den Geschwistern und deren Familien, unterhalten hat, kann kein Wille zur Ersatzberufung der Geschwister der Ehefrau festgestellt werden.**

OLG München, Beschluss vom 11.12.2014, 31 Wx 379/14

Die Beschwerdeführerin strebt aufgrund ergänzender Testamentsauslegung die Erteilung eines Miterbscheins zu 1/2 nach dem Ehemann ihrer vorverstorbenen Schwester an.

Der Erblasser ist im Oktober 2013 im Alter von 71 Jahren verstorben. Im Oktober 2010 hatte er einen Schlaganfall erlitten, danach war er beidseitig gelähmt und konnte nicht mehr sprechen oder schreiben. Die Ehefrau des Erblassers ist im März 2012 vorverstorben. Sie ist aufgrund gesetzlicher Erbfolge vom Erblasser und ihren beiden Schwestern beerbt worden. Sie hatte mit Testament vom 15.7.2005 ihren Mann zum Alleinerben bestimmt, dieses jedoch nicht unterschrieben. In ihrem Testament vom 5.10.2010 hatte sie ihre Schwestern für den – nicht eingetretenen – Fall zu Erbinnen eingesetzt, dass ihr Mann vor ihr oder gleichzeitig mit ihr versterben würde. Die Ehegatten waren seit 1972 verheiratet, sie hatten keine Kinder. Die Eltern des Erblassers sind 1943 bzw. 1972 vorverstorben; er hatte keine Geschwister. Gesetzliche Erben sind bisher nicht bekannt.

Es liegt ein handschriftliches Testament des Erblassers vom 16.4.1988 vor, das lautet:

„Testament

Als Alleinerbin setze ich meine Ehefrau, G. K., geb. St. ein. (Ort, Datum, Unterschrift)“

Die Beschwerdeführerin, eine der beiden Schwestern der Ehefrau des Erblassers, hat die Erteilung eines Erbscheins aufgrund des Testaments vom 16.4.1988 beantragt, der sie und ihre Schwester als Erben zu je 1/2 ausweist. Die gebotene ergänzende Auslegung des Testaments ergebe, dass der Erblasser die Geschwister seiner Ehefrau eingesetzt hätte, wenn er vorausschauend bedacht hätte, dass seine Ehefrau vor ihm versterben könnte. Sie hat zur Begründung insbesondere dargelegt, der Erblasser habe keine ihm nahestehenden Verwandten gehabt und sei vollkommen in die Familie der Ehefrau integriert gewesen. Er habe nach dem Tod der Schwiegermutter 1987 im Regelfall alle zwei Wochen den Schwiegervater besucht, der ihm eine handschriftliche Generalvollmacht über sein nicht unbeträchtliches Vermögen erteilt habe. Er sei regelmäßig zu Familienfesten gekommen, so 1976 zur Kommunion eines Neffen, 1986 zur Geburt der Nichte, 1987 zur Taufe der Nichte, 1990 zum 80. Geburtstag des Schwiegervaters, 1991 zum 50. Geburtstag der Schwägerin. Weihnachtsfeiertage, Jahreswechsel und Ostern habe er zusammen mit der Beschwerdeführerin, deren Ehemann und Tochter bei Schwiegereltern bzw. Schwiegervater verbracht, wobei teilweise auch die

⁴ Weidlich, MittBayNot 2006, 390, 392.

⁵ So die ganz überwiegende Meinung in der Literatur, siehe zum Beispiel MünchKommBGB/Kohler, 6. Aufl., § 878 Rdnr. 11 m. w. N. in Fn 29.

⁶ Siehe auch Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 7. Aufl. 2014, Rdnr. 607.

Schwester der Beschwerdeführerin mit ihrem Ehemann anwesend gewesen sei. Ab 1988 seien die Geburtstage der Nichte gemeinsam mit deren Familie und dem Schwiegervater begangen worden. Es habe ein enger Kontakt zu den Familien der beiden Schwestern bestanden, 1986 und 1987 habe der Erblasser mit seiner Ehefrau gemeinsame Skiurlaube mit der Schwester der Beschwerdeführerin und deren Ehemann verbracht. Die Ehefrau des Erblassers habe täglich länger mit ihren Schwestern telefoniert, in diese Gespräche sei oft auch der Erblasser einbezogen worden. Er habe häufig mit den Schwestern der Ehefrau und deren Kindern telefoniert. Gegenüber Dritten habe er geäußert, es sei gut, dass wenigstens seine Ehefrau Geschwister habe. Anlässlich seines 50. Geburtstages habe er die Familie der Beschwerdeführerin als seine richtige Familie bezeichnet. Eine Beerbung durch den Staat sei für den Erblasser nicht in Frage gekommen. Er habe sein Vermögen nicht den gesetzlichen Erben zukommen lassen wollen, zu denen er keinerlei Kontakt gehabt habe. Aufgrund der engen Beziehungen des Erblassers zu den Schwestern seiner Ehefrau sei davon auszugehen, dass er seine Ehefrau nicht ausschließlich als Ehefrau und nahestehende Person, sondern gerade auch als erste Vertreterin ihres Stammes bedacht habe. Die erforderliche Andeutung im Testament liege bereits in der Berufung der Ehefrau.

Der Pfleger für die unbekannteten gesetzlichen Erben ist dem Antrag entgegengetreten. Gerade weil der Erblasser Volljurist gewesen sei, hätte er das Problem ohne Weiteres erkennen müssen und – falls gewünscht – entsprechend reagieren können. Das habe er jedoch nicht getan. Im Testament finde sich keinerlei Andeutung auf eine entsprechend gewünschte Ersatzerbenstellung. Das vorgebrachte Näherverhältnis sei nicht ausreichend, um eine solche Auslegung zu unterstützen. Hinzu komme, dass sich offensichtlich sowohl die vorverstorbenen Ehefrau als auch der Erblasser mit der Frage nach dem Schicksal ihres Vermögens nicht weiter beschäftigt hätten.

Das Nachlassgericht hat den Antrag der Beschwerdeführerin mit der Begründung zurückgewiesen, dass nicht zu ermitteln sei, ob der Erblasser den eingetretenen Fall des Vorversterbens seiner Ehefrau bedacht habe. Der Inhalt des Testaments, das sich in der Erbinsetzung der Ehefrau erschöpfe, lasse nicht auf einen mutmaßlichen Willen des Erblassers schließen, seine Schwägerinnen als Ersatzerbinnen einzusetzen. Es sei bereits fraglich, ob eine unbewusste Regelungslücke vorliege. Der Erblasser sei Volljurist gewesen. Es erscheine gut möglich, dass er den eingetretenen Fall sehr wohl bedacht habe und davon ausgegangen sei, gegebenenfalls erneut testieren zu können. Allein die Tatsache, dass gesetzliche Erben des Erblassers derzeit unbekannt und möglicherweise dem Erblasser nicht bekannt gewesen seien, begründe eine Ersatzerbenstellung der Geschwister der eingesetzten testamentarischen Erbin nicht. Das Nachlassgericht sei nicht befugt, anstelle des Erblassers eine sinnvolle Erbfolge zu bestimmen.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Beschwerde, mit der die Beschwerdeführerin ihr erstinstanzliches Vorbringen wiederholt und hervorhebt, dass der Erblasser aufgrund seines Schlaganfalls bereits vor dem Tod seiner Ehefrau nicht mehr habe kommunizieren können. Außerdem habe er den Zeugen W. und Dr. R. gegenüber erwähnt, es sei für ihn selbstverständlich, dass sein Vermögen nach seinem Tod seiner Frau und ihren Geschwistern zufalle.

Aus den Gründen:

II.

Die zulässige Beschwerde ist im Ergebnis nicht begründet. Auch der Senat kann nach Durchführung der Beweisaufnahme keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür feststellen, dass der Erblasser die Schwestern seiner Ehefrau als (Ersatz-) Erbinnen eingesetzt hätte, wenn er das Vorversterben seiner Ehefrau bedacht hätte.

1. Das Testament vom 16.4.1988 beschränkt sich auf die Einsetzung der Ehefrau als Alleinerbin. Es enthält keine Regelung für den Fall, dass die eingesetzte Erbin vor dem Erblasser verstirbt und damit nicht Erbin sein kann (§ 1923 Abs. 1 BGB).

Die ergänzende Auslegung setzt voraus, dass das Testament eine planwidrige Regelungslücke aufweist, die durch den festzustellenden Willen des Erblassers zu schließen ist. Da-

bei muss aus dem Gesamtbild des Testaments selbst eine Willensrichtung des Erblassers erkennbar sein, die tatsächlich in Richtung der vorgesehenen Ergänzung geht. Durch sie darf kein Wille in das Testament hineingetragen werden, der darin nicht andeutungsweise ausgedrückt ist (*Palandt/Weidlich*, 74. Aufl. 2015, § 2084 Rdnr. 9 m. w. N.). Durch ergänzende Testamentsauslegung kann also die durch den Wegfall des Bedachten entstandene Lücke nur dann geschlossen werden, wenn die für die Zeit der Testamentserrichtung anhand des Testaments oder unter Zuhilfenahme von Umständen außerhalb des Testaments oder der allgemeinen Lebenserfahrung festzustellende Willensrichtung des Erblassers dafür eine genügende Grundlage bietet (BGHZ 22, 357/360). Es muss anzunehmen sein, dass der Erblasser die Ersatzerbeninsetzung gewollt hätte, sofern er vorausschauend die spätere Entwicklung bedacht hätte (BayObLGZ 1988, 165, 167 = NJW 1988, 2744; vgl. auch die von der Beschwerdeführerin zuletzt im Schriftsatz vom 9.12.2014 zitierte Entscheidung des Senats vom 13.6.2013, FGPrax 2013, 177).

2. Der Senat geht davon aus, dass der Erblasser bei Testamentserrichtung nicht damit gerechnet hat, dass seine etwas jüngere Ehefrau vor ihm versterben würde. Selbst wenn er – wie das AG für möglich gehalten hat – erwogen haben sollte, dass er in diesem Fall neu testieren müsse, ändert das nichts an der planwidrigen Lücke, denn zum Zeitpunkt des Todes der Ehefrau war er nicht mehr in der Lage, eine letztwillige Verfügung zu treffen.

3. Es fehlt allerdings an hinreichenden Anhaltspunkten dafür, dass der Erblasser, hätte er das Vorversterben seiner Ehefrau bedacht, deren Schwestern als Erbinnen eingesetzt hätte. Die von der Beschwerdeführerin vorgetragene persönlichen Beziehungen des Erblassers zu seinen Schwägerinnen, deren Ehemännern und deren Kindern lassen keinen hinreichend verlässlichen Schluss darauf zu, dass er seine Schwägerinnen nach dem Tod seiner Frau zu Erbinnen eingesetzt hätte.

Das verwandtschaftliche Beziehungen zur Familie der Ehefrau gepflegt werden – wie mit den geschilderten Besuchen zu Familienfesten, den Zusammentreffen bei den Schwiegereltern zu Weihnachten und Ostern und den gemeinsamen Skiurlaube – belegt keinen Willen zur Erbinsetzung der Schwägerinnen. Dasselbe gilt für die Äußerungen des Erblassers, es sei gut, dass wenigstens seine Ehefrau Geschwister habe, die Familie der Beschwerdeführerin sei seine richtige Familie.

Dass der Erblasser selbst keine Geschwister und – soweit ersichtlich – keine ihm näher bekannten Verwandten hatte, trägt ebenfalls nicht den Schluss, dass er auf jeden Fall die gesetzliche Erbfolge ausschließen und anstelle der ihm persönlich verbundenen Ehefrau deren Schwestern als Erben berufen wollte. Nach der Lebenserfahrung ist Motiv für die Einsetzung des Ehepartners als Alleinerbe regelmäßig die enge persönliche Beziehung und der Wunsch, ihm das beiderseitige Vermögen ungeschmälert zu belassen.

Dass ein Ehegatte den anderen als Repräsentant von dessen Herkunftsfamilie betrachtet, erscheint eher fernliegend. Für die gegenteilige Behauptung der Beschwerdeführerin fehlt es an hinreichenden konkreten, tatsächlichen Anhaltspunkten. Hinzu kommt, dass nach dem Vortrag der Beschwerdeführerin in der Familie der Ehefrau bereits umfangreiches Vermögen vorhanden war. Anderes hat sich auch nicht aus der Beweisaufnahme ergeben. Der Senat geht davon aus, dass die Frage der Regelung eines Erbfalls Gegenstand der Gespräche innerhalb der Familie anlässlich des Spaziergangs am Morgen nach der Feier des 60. Geburtstags des Zeugen Dr. R. am

3.7.2010 war. Es lässt sich aber nicht sicher feststellen, dass der Erblasser tatsächlich geäußert hat, das Erbe ginge nach seinem Tod an seine Frau und ihre Schwestern. Der Zeuge Dr. R. konnte nur erinnern, dass der im Gegensatz zu ihm selbst damals verheiratete Erblasser auf seine Ehefrau als Erbin verwiesen habe. Die Zeugin M. W. konnte nicht ausschließen, dass sie in dem Punkt, dass das Erbe neben der Ehefrau des Erblassers nach dessen Aussagen auch an ihre beiden anderen Cousinen hätte gehen sollen, Schlussfolgerungen zog. Sicher war sie nur, dass die Frage des Erbens Thema gewesen ist und dass für den Erblasser klar war, dass ihn seine Frau beerben würde. Dass er selbst sich in die Richtung geäußert hätte, dass neben der Ehefrau auch deren Geschwister erben sollten, konnte sie dagegen nicht sicher angeben. Die Zeugin A. W. hatte ebenso keine sichere Erinnerung daran, dass sich der Erblasser konkret in die Richtung geäußert hätte, dass sein Erbe in jedem Fall an die Familie seiner Ehefrau gehen sollte. Auch sie konnte insoweit nur schlussfolgern.

4. Aus den zitierten obergerichtlichen Entscheidungen lässt sich für den konkreten Fall nichts herleiten. Insbesondere ist der hier zu entscheidende Sachverhalt nicht mit der Fallgestaltung vergleichbar, die der Entscheidung des BayObLG vom 16.5.1988 (BayObLGZ 1988, 165, 167 = NJW 1988, 2744) zugrunde gelegen hat. Dort hatte es konkrete Anhaltspunkte dafür gegeben, dass der Erblasser, der seine – später vorverstorbene – Ehefrau zur Alleinerbin eingesetzt hatte, deren Neffen als Ersatzerben bestimmt hätte. So hatte er gegenüber Dritten wiederholt erklärt, der Neffe seiner Ehefrau sei sein Erbe. Darüber hinaus war der Erblasser lediglich Vorerbe seiner Ehefrau gewesen und hatte gewusst, dass deren Neffe ihm als Nacherbe folgen werde.

5. Nachdem kein Wille zur Ersatzberufung der Beschwerdeführerin und ihrer Schwester festgestellt werden kann, kommt es auf die Andeutung im Testament – die bereits in der Einsetzung einer nahestehenden Person liegen kann – nicht an.

(...)

Anmerkung:

1. Dem Beschluss ist zuzustimmen, auch wenn das Ergebnis sicher für die Beteiligten unbefriedigend ist, da nun entweder sehr weitläufige Verwandte des Erblassers oder gemäß § 1936 BGB sogar der Landesfiskus erben werden, was angesichts sprudelnder Steuereinnahmen im Freistaat nun wirklich nicht nötig wäre. Die der Entscheidung zugrundeliegende Konstellation ist in der Praxis nicht einmal selten, da der Ehemann zum einen häufig nur daran denkt, seine Ehefrau abzusichern, und zum anderen wie selbstverständlich davon ausgeht, zuerst zu sterben. Die Notwendigkeit einer Ersatzerbenbestimmung übersieht er, so dass eine planwidrige Lücke besteht und damit grundsätzlich eine ergänzende Testamentsauslegung in Betracht kommt.

2. Man könnte dabei zunächst an § 2069 BGB als spezialgesetzliche Regelung eines Falles ergänzender Testamentsauslegung denken. Die Vorschrift ist nach ihrem Wortlaut aber nur dann anwendbar, wenn der Erblasser einen Abkömmling bedacht hatte und auch nur dann, wenn bei dessen Wegfall seinerseits dessen Abkömmlinge erben sollen. Selbst wenn bei Wegfall anderer naher Angehöriger möglicherweise deren Abkömmlinge bedacht sein könnten, kann § 2069 BGB nicht analog angewendet werden. Denn bei der Entstehung des BGB war die Einbeziehung dieser Fallgruppe zwar erwogen, jedoch wegen der Vielgestaltigkeit der Fälle abgelehnt

worden.¹ Erst recht kommt daher eine entsprechende Anwendung auf die vorliegende Fallgestaltung, dass die Ehefrau eingesetzt ist und deren Schwestern stillschweigende Ersatzerben sein sollen, nicht in Betracht.

Das schließt aber eine ergänzende Testamentsauslegung nicht aus. Danach hat das Gericht den hypothetischen Willen des Erblassers zu ermitteln, den er vermutlich gehabt hätte, wenn er bei Abfassung seiner letztwilligen Verfügung die künftige Entwicklung, hier also das Vorversterben seiner Ehefrau, bedacht hätte. Eine ergänzende Testamentsauslegung hatte das BayObLG beispielsweise in dem in der hier besprochenen Entscheidung zitierten Beschluss aus dem Jahre 1988² für möglich gehalten. In dem Fall hatte der Beschwerdeführer vorgebracht, der Erblasser habe Dritten gegenüber wiederholt erklärt, er, der Beschwerdeführer, sei sein Erbe. Hinzu kam, dass es sich bei dem in Frage kommenden Neffen der Ehefrau um deren einzigen näheren Verwandten handelte. Da das BayObLG in einer Rechtsbeschwerde nach der früheren Vorschrift des § 27 FGG zu entscheiden hatte, musste es die Frage aber nicht selbst entscheiden, sondern konnte sie offenlassen und den Fall an das LG zurückverweisen. Der dem aktuellen Beschluss zugrundeliegende Sachverhalt ist anders gelagert. Ein allgemeiner Erfahrungssatz, mit der Erbeinsetzung des Ehepartners auch regelmäßig deren Verwandtschaft als Ersatzerben bedenken zu wollen, existiert nach meiner beruflichen (und privaten) Erfahrung beim besten Willen nicht. Aus dem vorliegenden Testament der Ehefrau können ebenfalls keine Rückschlüsse auf den hypothetischen Erblasserwillen des Ehemannes gezogen werden, da die Eheleute ja gerade nicht gemeinsam verfügt haben. Man wird daher dem OLG München bei seiner Auslegung folgen können.

3. Wäre man allerdings im konkreten Fall aufgrund von Umständen außerhalb der Testamentsurkunde zur Ermittlung eines eindeutigen hypothetischen Erblasserwillens gelangt, so hätte die Andeutungstheorie diesem Ergebnis nicht entgegenstanden. Die Rechtsprechung wendet zwar auch bei einer ergänzenden Auslegung von Verfügungen von Todes wegen die Andeutungstheorie an, so dass die Ersatzerbenbestimmung in irgendeiner Weise in der Urkunde selbst zum Ausdruck kommen muss.³ Die ergänzende Vertragsauslegung setzt aber das Vorliegen einer Lücke voraus, die naturgemäß nicht formgerecht erklärt werden kann. Nach der vom RG begründeten Rechtsprechung bezieht sich bei der ergänzenden Auslegung die Andeutung nur auf das angestrebte Ziel, für das er aber infolge der unrichtigen Bewertung der Verhältnisse die falschen Mittel gewählt hat.⁴ Danach kann schon in der Einsetzung einer dem Erblasser nahestehenden Person, zum Beispiel seiner Ehefrau, ein der Auslegung fähiger und aus dem Testament hervorgehender Anhalt für den Willen des Erblassers gesehen werden, dass bei Wegfall des Bedachten andere Personen, insbesondere seine Abkömmlinge, an dessen Stelle treten sollen.⁵

4. Für die Testamentsgestaltung durch den Notar ergeben sich aus dem Beschluss keine neuen Erkenntnisse mit Ausnahme der „Mahnung“, dass gerade bei kinderlosen Ehegat-

¹ Staudinger/Otte, 2013, § 2069 Rdnr. 30.

² BayObLG, Beschluss vom 16.5.1988, BReg. 1 Z 47/87, NJW-RR 1988, 2744.

³ RGZ 134, 280; 142, 175; BGHZ 22, 357; BayObLG, Beschluss vom 16.5.1988, BReg. 1 Z 47/87, NJW-RR 1988, 2744; OLG Frankfurt, Beschluss vom 19.1.1993, 20 W 59/93, FamRZ 1993, 857; OLG Köln, Beschluss vom 10.11.2008, 2 Wx 38/08, ZEV 2009, 241.

⁴ RGZ 99, 82, 86; 134, 277, 280; BGHZ 22, 357, 362.

⁵ RGZ 99, 84; 134, 277, 279; BayObLG, Beschluss vom 16.5.1988, BReg. 1 Z 47/87, NJW-RR 1988, 2744.

ten, gleich ob sie gemeinsam oder getrennt testieren, auf eine sorgfältige Regelung der Ersatzerbfolge *beider* Ehegatten zu achten ist.

Notar Prof. Dr. *Christopher Keim*, Bingen

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

14. BGB §§ 31a, 31b, 71 (*Zulässige Haftungsbeschränkung für Vereinsmitglieder durch Satzungsbestimmung*)

1. **Die durch das Gesetz zur Begrenzung der Haftung von ehrenamtlich tätigen Vereinsvorständen vom 28.9.2009 und durch das Gesetz zur Stärkung des Ehrenamtes vom 21.3.2013 neu geschaffenen Regelungen der §§ 31a, 31b BGB stehen der Satzungsbestimmung eines Vereins nicht entgegen, mit der die Haftung eines ehrenamtlich tätigen Organmitglieds (§ 31a Abs. 1 Satz 1 BGB) bzw. Vereinsmitglieds (§ 31b Abs. 1 Satz 1 BGB) dem Verein gegenüber auf vorsätzliches Handeln beschränkt wird.**
2. **§ 31a Abs. 1 Satz 1 und § 31b Abs. 1 Satz 1 BGB gewährleisten einen Mindestschutz des Organmitglieds bzw. besonderen Vertreters (§ 31a BGB) sowie des einfachen Vereinsmitglieds (§ 31b BGB) bei dessen Haftung dem Verein gegenüber. Sie sind nur im Rahmen dieses Schutzzwecks gemäß § 40 BGB zwingend, so dass durch eine Satzungsbestimmung hiervon nicht zum Nachteil des geschützten Personenkreises abgewichen werden kann. § 40 BGB schließt eine weitergehende satzungsmäßige Haftungsbeschränkung (auch für grob fahrlässiges Verhalten) dem Verein gegenüber zum Vorteil des geschützten Personenkreises nicht aus.**

OLG Nürnberg, Beschluss vom 13.11.2015, 12 W 1845/15

Der Beteiligte zu 1 ist im Vereinsregister des AG Nürnberg eingetragen; die Beteiligten zu 2 bis 4 sind vertretungsberechtigte Vorstandsmitglieder im Sinne des § 26 BGB.

Der Beteiligte zu 1 mit Sitz in W. ist hierbei als Ortsgruppe die regionale Unterabteilung des überregionalen Hauptvereins „V. f. d. S. (SV) eingetragener Verein“, eingetragen im Vereinsregister des AG Augsburg. Dieser Hauptverein gibt zur Verwendung durch die einzelnen Ortsgruppen eine Mustersatzung vor.

Diese als „Satzung der Ortsgruppen“ bezeichnete Mustersatzung enthält in der Fassung 2002 folgende Regelung:

„§ 23

Ämter und Haftung

(1) Sämtliche in der Ortsgruppe ausgeübten Ämter sind Ehrenämter.

(2) Für Schäden des SV oder seiner Unterabteilungen, die Amtsträger oder Beauftragte in Ausführung ihres Amtes verursacht haben, haften diese nur, wenn sie dabei vorsätzlich gegen ein Strafgesetz verstoßen oder vorsätzlich zum Nachteil des Geschädigten gehandelt haben.

Amtsträgern und Beauftragten werden Ersatzansprüche Dritter für Schäden, die sie in Ausübung ihres Amtes verursacht haben, ersetzt, es sei denn, der Amtsträger oder Beauftragte hat dabei vorsätzlich gegen ein Strafgesetz verstoßen oder vorsätzlich zum Nachteil des Geschädigten gehandelt.“

In der am 4.10.2003 errichteten Satzung des Beteiligten zu 1 findet sich diese Bestimmung wortgleich wieder.

Im Hinblick auf Änderungen der vom Hauptverein vorgegebenen Mustersatzung und deren Neufassung 2005 hat die Mitgliederversammlung des Beteiligten zu 1 vom 28.9.2006 eine entsprechende

Änderung der Vereinssatzung beschlossen; diese Neufassung – die keine Änderungen des § 23 der Satzung betraf – wurde am 30.10.2007 im Vereinsregister eingetragen.

Im Hinblick auf Änderungen der vom Hauptverein vorgegebenen Mustersatzung und deren Neufassung 2008 hat die Mitgliederversammlung des Beteiligten zu 1 vom 17.1.2009 wiederum entsprechende Änderungen der Vereinssatzung beschlossen. Hierbei erhielt § 23 der Satzung folgenden Wortlaut:

„§ 23

Ämter und Haftung

(1) Sämtliche in der Ortsgruppe ausgeübten Ämter sind grundsätzlich Ehrenämter. Eine Vergütung der Tätigkeit des Vorstandes und der Funktionsträger in der Ortsgruppe ist nur mit Beschluss der Jahreshauptversammlung in geheimer Abstimmung möglich. Für jedes Vorstandsamt ist gesondert abzustimmen. Die Beschlüsse gelten nur zeitlich befristet bis zur nächsten Vorstandswahl, längstens jedoch drei Jahre. Die Vergütung darf den steuerfrei ersetzbaren Betrag nach § 3 Nr. 26a EStG in der jeweils gültigen Fassung nicht überschreiten (Ehrenamtszuschale).

(2) Für Schäden des SV oder seiner Unterabteilungen, die Amtsträger oder Beauftragte in Ausführung ihres Amtes verursacht haben, haften diese nur, wenn sie dabei vorsätzlich gegen ein Strafgesetz verstoßen oder vorsätzlich zum Nachteil des Geschädigten gehandelt haben.

Amtsträgern und Beauftragten werden Ersatzansprüche Dritter für Schäden, die sie in Ausübung ihres Amtes verursacht haben, ersetzt, es sei denn, der Amtsträger oder Beauftragte hat dabei vorsätzlich gegen ein Strafgesetz verstoßen oder vorsätzlich zum Nachteil des Geschädigten gehandelt.“

Die Änderungen der Satzung wurden am 14.2.2012 im Vereinsregister eingetragen.

Im Hinblick auf Änderungen der vom Hauptverein vorgegebenen Mustersatzung und deren Neufassung 2014 hat die Mitgliederversammlung des Beteiligten zu 1 vom 14.3.2015 eine entsprechende Änderung der Vereinssatzung beschlossen; der Wortlaut von § 23 der Satzung blieb hierbei unverändert.

Mit notarieller Urkunde des Verfahrensbevollmächtigten des Beteiligten zu 1 vom 21.4.2015 wurden diese Änderung der Satzung sowie eine geänderte personelle Zusammensetzung des Vereinsvorstandes zur Eintragung in das Vereinsregister angemeldet, mit weiterem notariellen Schreiben vom 23.7.2015 angemahnt. Der Anmeldung waren unter anderem das Protokoll der Mitgliederversammlung sowie die Neufassung der Vereinssatzung beigelegt.

Das Registergericht hat lediglich im Wege des Teilvollzugs unter dem 25.6.2015 die neue Zusammensetzung des Vorstandes im Vereinsregister eingetragen. Hinsichtlich der Änderungen der Satzung hat es zunächst mit Verfügung vom 5.5.2015 auf Vollzugshindernisse hingewiesen. Danach sei § 23 Abs. 2 der Satzung zu umfassend gefasst und im Wege einer Satzungsänderung zu korrigieren. Der dort geregelte Haftungsausschluss auch in Fällen grober Fahrlässigkeit widerspreche den zwingenden (§ 40 Satz 1 BGB) Regelungen in § 31a Abs. 1 Satz 1, § 31b Abs. 1 Satz 1 BGB. Dieser Auffassung wurde für den Beteiligten zu 1 namens des Hauptvereins mit Schreiben vom 3.7.2015 widersprochen.

Mit Zwischenverfügung vom 5.8.2015 beanstandete das AG – Registergericht – Amberg die Regelung in § 23 Abs. 2 der Satzung des Beteiligten zu 1 als zu weit gefasst, setzte eine Frist zur Behebung der Hindernisse und kündigte im Falle des ergebnislosen Fristablaufs die Zurückweisung der Anmeldung an.

Hiergegen richtet sich die am 31.8.2015 bei Gericht eingegangene Beschwerde des Beteiligten zu 1, der das Registergericht mit Beschluss vom 31.8.2015 nicht abgeholfen hat.

Aus den Gründen:

II.

Die zulässige Beschwerde führt in der Sache zur Abänderung der angefochtenen Entscheidung.

(...)

3. (...) Entgegen der Rechtsauffassung des AG enthält § 23 Abs. 2 der Satzung des Beteiligten zu 1 keine unzulässige Regelung.

a) Änderungen der Satzung eines Vereins bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Eintragung in das Vereinsregister (§ 71 Abs. 1 Satz 1 BGB).

Der Anmeldung sind eine Abschrift des die Änderung enthaltenden Beschlusses und der Wortlaut der Satzung beizufügen (§ 71 Abs. 1 Satz 3 BGB). In dem Wortlaut der Satzung müssen die geänderten Bestimmungen mit dem Beschluss über die Satzungsänderung, die unveränderten Bestimmungen mit dem zuletzt eingereichten vollständigen Wortlaut der Satzung, und, wenn die Satzung geändert worden ist, ohne dass ein vollständiger Wortlaut der Satzung eingereicht wurde, auch mit den zuvor eingetragenen Änderungen übereinstimmen (§ 71 Abs. 1 Satz 4 BGB).

Diesen Erfordernissen genügt die verfahrensgegenständliche Anmeldung.

b) Das Registergericht hat neben dem gesetz- und satzungsmäßigen Zustandekommen eines Satzungsänderungsbeschlusses auch dessen inhaltliche Zulässigkeit zu prüfen. Insoweit hat es im Falle einer Neufassung der Satzung weitergehend nicht nur die geänderten Bestimmungen, sondern die gesamte Satzung zu überprüfen; dabei können auch unveränderte Regelungen, die bei der Voreintragung nicht beanstandet wurden, nunmehr auf ihre inhaltliche Zulässigkeit überprüft und ggf. als unzulässig zurückgewiesen werden (BayObLG, WM 1976, 281; *Krafka/Kühn*, Registerrecht, 9. Aufl., Rdnr. 2189).

Im Streitfall wurde eine Neufassung der Satzung des Beteiligten zu 1 – entsprechend der Neufassung 2014 der Mustersatzung – zur Eintragung im Vereinsregister angemeldet. Das Registergericht war deshalb befugt, auch die Regelung in § 23 Abs. 2 der Satzung einer inhaltlichen Überprüfung zu unterziehen, obwohl diese Satzungsbestimmung selbst nicht geändert worden war.

c) Diese Überprüfung hat sich (ggf. im Unterschied zu vorausgegangenen Prüfungen) aufgrund zwischenzeitlicher Gesetzesänderungen an einem erweiterten Prüfungsmaßstab auszurichten:

aa) Durch das am 3.10.2009 in Kraft getretene Gesetz zur Begrenzung der Haftung von ehrenamtlich tätigen Vereinsvorständen vom 28.9.2009 (VereinsVorHaftgsBegrG, BGBI 2009 I, S. 3161) wurde die Regelung des § 31a BGB neu geschaffen. Danach haftet ein unentgeltlich tätiges oder nur geringfügig vergütetes Vorstandsmitglied dem Verein gegenüber für einen bei der Wahrnehmung seiner Pflichten verursachten Schaden nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit (§ 31a Abs. 1 Satz 1 BGB); Gleiches gilt für die Haftung gegenüber (anderen) Vereinsmitgliedern (§ 31a Abs. 1 Satz 2 BGB). Ein derart privilegiertes Vorstandsmitglied hat zudem bei Inanspruchnahme durch einen Dritten einen Freistellungsanspruch gegenüber dem Verein (§ 31a Abs. 2 BGB).

§ 31a BGB begrenzt dabei nicht die Außenhaftung gegenüber Dritten, sondern allein die Innenhaftung des Vorstandsmitglieds gegenüber dem Verein und den Vereinsmitgliedern (*Palandt/Ellenberger*, 74. Aufl., § 31a Rdnr. 4).

Mit dieser Regelung sollte das ehrenamtliche Engagement gefördert werden; da Haftungsrisiken ein Hindernis für die Übernahme ehrenamtlicher Vorstandsämter sind, sollte die zivilrechtliche Haftung von Vereinsvorständen auf ein zumutbares Maß begrenzt werden (BT-Drucks. 16/10120, S. 6; *Palandt/Ellenberger*, 74. Aufl., Einf. v. § 21 Rdnr. 25, § 31a Rdnr. 1; *Arnold* in MünchKommBGB, 7. Aufl., § 31a Rdnr. 2).

bb) Durch das am 1.1.2013 in Kraft getretene Gesetz zur Stärkung des Ehrenamtes vom 21.3.2013 (Ehrenamtsstärkungsgesetz, BGBI 2013 I, S. 556) wurde § 31a BGB dahingehend geändert, dass die bisher nur Vorstandsmitgliedern gewährte Haftungsbeschränkung auch auf die Haftung ehrenamtlich tätiger Mitglieder von anderen Vereinsorganen und auf die Haftung von besonderen Vertretern erstreckt wurde. Zugleich wurde die Regelung des § 31b BGB neu geschaffen. Danach haftet ein unentgeltlich tätiges oder nur geringfügig vergütetes „einfaches“ Vereinsmitglied (auch ohne Innehaben einer Organstellung) dem Verein gegenüber für einen bei der Wahrnehmung seiner Pflichten verursachten Schaden nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit (§ 31b Abs. 1 Satz 1 BGB). Ein derart privilegiertes Vereinsmitglied hat zudem bei Inanspruchnahme durch einen anderen einen Freistellungsanspruch gegenüber dem Verein (§ 31a Abs. 2 BGB).

Auch diese Regelung dient in gleicher Weise der Förderung des ehrenamtlichen Engagements (vgl. BT-Drucks. 17/11316, S. 16-17; *Arnold* in MünchKommBGB, 7. Aufl., § 31b Rdnr. 1).

d) Nach der in diesem Zusammenhang geänderten Regelung in § 40 Satz 1 BGB kann lediglich von der Vorschrift des § 31a Abs. 1 Satz 2 BGB in der Vereinsatzung abgewichen werden. § 31a Abs. 1 Satz 1 BGB wie auch § 31b BGB sind hingegen nicht dispositiv, vielmehr zwingendes Recht (*Palandt/Ellenberger*, 74. Aufl., § 31b Rdnr. 3; *Arnold* in MünchKommBGB, 7. Aufl., § 31a Rdnr. 2, § 31b Rdnr. 2).

In der Literatur wird die Auffassung vertreten, dass §§ 31a, 31b BGB nur insoweit zwingend sind, als sie einen Mindestschutz des Organmitglieds bzw. besonderen Vertreters (§ 31a BGB) sowie des einfachen Vereinsmitglieds (§ 31b BGB) bei dessen Haftung dem Verein gegenüber gewährleisten, von dem nicht zum Nachteil des geschützten Personenkreises abgewichen werden kann, eine weitergehende satzungsmäßige Haftungsbeschränkung (auch für grob fahrlässiges Verhalten) dem Verein gegenüber zum Vorteil des geschützten Personenkreises indes nicht ausschließen (*Palandt/Ellenberger*, 74. Aufl., § 31a Rdnr. 4; *Dörner* in *Schulze* u. a., BGB, 8. Aufl., § 31a Rdnr. 3; *Stöber/Otto*, Handbuch zum Vereinsrecht, 10. Aufl., Rdnr. 624; zweifelnd: *Arnold* in MünchKommBGB, 7. Aufl., § 40 Rdnr. 1).

Dieser Beurteilung schließt sich der Senat aus folgenden Gründen an:

Die Möglichkeit eines satzungsmäßigen Ausschlusses der Haftung ehrenamtlich tätiger Vereinsmitglieder gegenüber dem Verein auch für Fälle grober Fahrlässigkeit entspricht bereits dem Gesetzeszweck sowohl des Gesetzes zur Begrenzung der Haftung von ehrenamtlich tätigen Vereinsvorständen vom 28.9.2009 als auch des Gesetzes zur Stärkung des Ehrenamtes vom 21.3.2013 (siehe oben unter II 3 c aa, bb).

§ 31a Abs. 1 Satz 1 und § 31b Abs. 1 Satz 1 BGB gewährleisten einen Mindestschutz des Organmitglieds bzw. besonderen Vertreters (§ 31a BGB) sowie des einfachen Vereinsmitglieds (§ 31b BGB) bei dessen Haftung dem Verein gegenüber. Sie sind nur im Rahmen dieses Schutzzwecks gemäß § 40 BGB zwingend, so dass durch eine Satzungsbestimmung hiervon nicht zum Nachteil des geschützten Personenkreises abgewichen werden kann. § 40 BGB schließt eine weitergehende satzungsmäßige Haftungsbeschränkung (auch für grob fahrlässiges Verhalten) dem Verein gegenüber zum Vorteil des geschützten Personenkreises nicht aus. § 40 BGB lässt im Interesse der wohlverstandenen Satzungsautonomie Ausnahmen zu. § 40 BGB ist zudem im Kontext weiterer Regelungen zu sehen. So ist neben den dort genannten Paragraphen auch der Inhalt einer Reihe anderer ganz oder teilweise dispositiv

(vgl. § 26 Abs. 1 Satz 3, §§ 30, 37 Abs. 1, § 39 Abs. 2, § 41 BGB); andererseits ergeben sich auch für die in § 40 BGB genannten dispositiven Vorschriften gewisse Grenzen der inhaltlichen Gestaltung aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen (vgl. im Einzelnen: *Staudinger/Günter Weick*, § 40 Rdnr. 1 m. w. N.).

Die Regelungen in §§ 31a, 31b BGB enthalten einen Kompromiss zwischen den Interessen des ehrenamtlich tätigen Vereinsorgans bzw. -mitglieds, bei der Wahrnehmung seiner Aufgaben möglichst weitgehend von Haftungsrisiken gegenüber dem Verein freigestellt zu werden, und gegenläufigen finanziellen Interessen des Vereins, dessen Ansprüche gegenüber den Vereinsorganen bzw. -mitgliedern entsprechend eingeschränkt werden. Aufgrund des beschriebenen gesetzlichen Schutzzwecks erscheint es gerechtfertigt, bei Schaffung entsprechender Satzungsregelungen den Interessen ehrenamtlich tätiger Vereinsorgane und -mitglieder insoweit Vorrang vor den Interessen des Vereins einzuräumen.

e) Aufgrund der vorstehenden Erwägungen ist dem Registergericht nicht zu folgen, soweit dieses in der angefochtenen Zwischenverfügung ausführt, im Hinblick auf den Charakter der § 31a Abs. 1 Satz 1, § 31b Abs. 1 Satz 1 BGB als zwingende Regelungen könne hiervon auch nicht zugunsten ehrenamtlich tätiger Vereinsorgane bzw. -mitglieder (bei deren Haftung gegenüber dem Verein) durch die Vereinssatzung abgewichen werden.

f.) Soweit das Registergericht weiter ausgeführt hat, durch die Regelung in § 23 Abs. 2 der Satzung werde in unzulässiger Weise § 31 BGB abbedungen, da dort die Haftung des Vereins und seiner Unterabteilungen auf Vorsatz beschränkt werde, ist dies nicht nachvollziehbar. § 23 Abs. 2 der Satzung regelt lediglich die Haftung von „Amtsträgern oder Beauftragten“ für Schäden, die diese „in Ausführung ihres Amtes verursacht haben“. Eine (in § 31 BGB geregelte) Haftung des Vereins für dessen Organe wird hiervon nicht erfasst.

4. Die Entscheidung des AG kann daher keinen Bestand haben.

(...)

15. UmwG §§ 202, 235 (*Keine Haftung für Verbindlichkeiten der GmbH nach Ausscheiden und anschließender Umwandlung in GbR*)

1. **Gesellschafter einer durch Formwechsel entstandenen GbR sind diejenigen Personen, die im Zeitpunkt der Eintragung Gesellschafter der formwechselnden GmbH waren.**
2. **Da eine GbR mangels eines Handelsgewerbes als solche nicht im Handelsregister eingetragen werden kann, ist die Eintragung im Register der GmbH der Akt, der die Wirkung des Formwechsels auslöst.**

(Leitsätze der Schriftleitung)

OLG Bremen, Urteil vom 1.10.2015, 5 U 21/14

Die Klägerin hat ursprünglich die Haftung der Beklagten aus einer Ratenzahlungsvereinbarung wegen Mietrückständen und die Freistellung von den Kosten des Rechtsstreits geltend gemacht. Mit der Berufung verfolgt sie nur das letztgenannte Begehren weiter.

Die Klägerin betreibt ein Speditionsunternehmen. Sie schloss am 20.11.2009 mit der Fa. ... GmbH eine Ratenzahlungsvereinbarung wegen rückständiger Miete, wonach die Klägerin von der Fa. ... GmbH noch 299.038,03 € erhalten sollte. Ratenzahlung wurde vereinbart. Die Fa. ... GmbH war am 14.1.2005 als Logistikunterneh-

men in Bremen mit einem Stammkapital von 100.000 € gegründet worden. Am 28.7.2010 fassten die seinerzeitigen Gesellschafter der Fa. ... GmbH, die Herren ... und ..., einen Gesellschafterbeschluss, mit dem sie den bisherigen Geschäftsführer ... abberiefen und statt seiner Herrn ... zum neuen Geschäftsführer bestellten. Diese Änderung wurde am 20.8.2010 in das Handelsregister beim AG Bremen eingetragen. Ebenfalls am 28.7.2010 erwarben die Beklagte zu 2 und der Beklagte zu 3 zur Urkunde des Notars ... in Chemnitz die Geschäftsanteile der Herren ... (Beklagte zu 2: 50.000 €; Beklagte zu 3: 10.000 €, 37.000 € und 3.000 €) und fassten durch weitere notarielle Urkunde vom gleichen Tage einen Beschluss über den Formwechsel der Fa. ... GmbH in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die Beklagte zu 1. Der Umwandlungsbeschluss wurde zur Eintragung ins Handelsregister angemeldet und am 23.8.2010 im Handelsregister eingetragen; die Fa. ... GmbH wurde gelöscht. Mit notarieller Urkunde vom 18.8.2010 übertrug die Beklagte zu 3 ihren Geschäftsanteil an der Fa. ... GmbH mit sofortiger Wirkung auf die ... und der Beklagte zu 2 seine Geschäftsanteile an der Fa. ... GmbH auf die ..., jeweils ansässig unter derselben Anschrift in Birmingham/Großbritannien. Der Notar reichte die (neue) „Liste der Gesellschafter der Fa. ... GmbH ...“ am 23.9.2010 beim Handelsregister ein.

Auf die offenstehende Mietforderung erhielt die Klägerin Ratenzahlungen über insgesamt 120.000 €. Mit der Klage begehrt sie nach Fälligestellung wegen Verzuges die sich aus der Ratenzahlungsvereinbarung ergebende Restforderung.

Erstinstanzlich war die Klägerin der Auffassung, die Beklagten haften ihr als Rechtsnachfolger der Fa. ... GmbH für die ihr gegenüber begründeten Ansprüche.

Die Klägerin hatte zunächst Klage im Urkundenprozess erhoben, mit Schriftsatz vom 10.10.2011 aber von dem Urkundenprozess Abstand genommen und den Rechtsstreit im ordentlichen Verfahren weiterverfolgt. Bezüglich der Beklagten zu 1 hat die Klägerin in der mündlichen Verhandlung vom 5.11.2012 die Klage zurückgenommen. In erster Instanz hat sie zuletzt beantragt, die Beklagten zu 2 und zu 3 als Gesamtschuldner zu verurteilen, an sie 177.075,18 € nebst Zinsen in Höhe von 8 %-Punkten über dem Basiszinssatz seit dem 20.4.2010 zu zahlen; hilfsweise die Beklagten zu 2 und zu 3 zu verurteilen, als Gesamtschuldner die Klägerin von den Kosten des Rechtsstreits freizustellen.

Die Beklagten zu 2 und 3 haben beantragt, die Klage abzuweisen.

Die Beklagten haben die Ansicht vertreten, sie seien nicht Rechtsnachfolger der Fa. ... GmbH.

Durch Urteil vom 3.12.2012 hat das LG Bremen die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat das Gericht ausgeführt, dass eine Haftung der Beklagten zu 2 und 3 – mangels direkter vertraglicher Ansprüche der Parteien – nur gemäß §§ 705, 714 BGB, § 128 HGB analog in Betracht komme. Daran würde sich grundsätzlich auch durch das Ausscheiden der Beklagten aus der Gesellschaft nichts ändern, denn der ausscheidende Gesellschafter hafte, auch wenn er durch Übertragung seines Geschäftsanteils aus der GbR ausscheide, für die im Zusammenhang mit dem Gesellschaftsverhältnis stehenden Verbindlichkeiten, sofern deren Grund bereits im Zeitpunkt seines Ausscheidens gelegt worden sei. Vorliegend ergebe sich indes die Besonderheit, dass die Beklagten zu 2 und 3 zu keinem Zeitpunkt Gesellschafter der Beklagten zu 1 – und damit persönlich haftende Gesellschafter einer GbR – gewesen seien. Die Umwandlung der Fa. ... GmbH in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts habe sich gemäß § 202 Abs. 1 Satz 1 UmwG erst mit der Eintragung der Umwandlung in das Handelsregister der Fa. ... GmbH vollzogen. Zu diesem Zeitpunkt seien die Beklagten zu 2 und 3 aber bereits aus der Fa. ... GmbH ausgeschieden, denn sie hatten ihre Geschäftsanteile an der GmbH durch notariellen Geschäftsanteilsübertragungsvertrag vom 18.8.2010 an die britischen Gesellschaften übertragen. Der Beschluss über die formwechselnde Umwandlung führe nicht zu einer Verfügungsbeschränkung an den Anteilen der Altgesellschaft, was zur Folge habe, dass die Erwerber der Geschäftsanteile mit der Eintragung der Umwandlung Gesellschafter der Beklagten zu 1 geworden seien. Anhaltspunkte für einen Sittenverstoß (§ 138 BGB) seien nicht dargetan. Dass die Fa. ... GmbH durch den Formwechsel und die anschließende Übertragung der Anteile einem Insolvenzverfahren entzogen worden sei, sei wahrscheinlich, begründe aber für sich gesehen keinen vermögensrechtlichen Anspruch ihrer Gläubiger.

Die Klägerin könne sich in diesem Zusammenhang auch nicht auf die Rechtswirkungen des § 15 Abs. 3 HGB berufen. Vorliegend würden

die Vorgänge, die die Ansprüche der Klägerin begründen, aus einer Zeit vor der Eintragung des Formwechsels in das Handelsregister stammen. Dispositionen der Klägerin, die diese im Vertrauen auf den – unrichtigen – Inhalt des Registers getroffen habe, hätten daher nicht vorgelegen. Hinzu komme, dass die Eintragung der Gesellschafter einer GbR in das Handelsregister keine eintragungspflichtige Tatsache sei, denn die GbR unterliege nicht der Eintragung in das Register. Es erscheine aus diesem Grund bereits zweifelhaft, ob der Umstand, welche Personen Gesellschafter einer GbR seien, überhaupt eine eintragungsfähige Tatsache darstelle. Nicht eintragungsfähige Tatsachen würden indes keinen registerrechtlichen Vertrauensschutz begründen können.

Die Klägerin könne aus den zuletzt genannten Gründen auch keinen Erfolg mit dem hilfsweise gestellten Antrag auf Erstattung ihrer Rechtsverfolgungskosten bzw. Freistellung derselben haben, der zudem nicht begründet worden sei. Der erst nach der mündlichen Verhandlung eingereichte Schriftsatz vom 19.12.2012 sei unbeachtlich, § 296a ZPO.

Mit der Berufung wendet sich die Klägerin gegen das klageabweisende Urteil des LG Bremen insoweit, als dass sie den abgewiesenen Hilfsantrag weiterverfolgt und von den Beklagten zu 2 und 3 die Freistellung von den Kosten des Rechtsstreits begehrt. Die Beklagten zu 2 und 3 müssten für die unnötig aufgewandten bzw. entstehenden Kosten dieses Rechtsstreits aufkommen, den die Klägerin im Vertrauen auf die Richtigkeit des Handelsregisters begonnen habe.

Das LG sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass es sich bei der Eintragung der Beklagten zu 2 und 3 in das Handelsregister als Gesellschafter der GbR im Rahmen des Formwechsels nicht um eine eintragungspflichtige Tatsache handele. Das LG hätte berücksichtigen müssen, dass sie, die Klägerin, im Vertrauen auf die im Handelsregister eingetragenen Tatsachen die vorliegende Klage gegen die Beklagten zu 2 und 3 als vermeintliche Gesellschafter der Beklagten zu 1 erhoben habe. Diese müssten sich demnach gemäß § 15 Abs. 3 HGB so behandeln lassen, als ob sie Gesellschafter der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, der früheren Beklagten zu 1, geworden wären und damit für ihre Verbindlichkeiten insoweit haften. Hätte sie, die Klägerin, zu diesem Zeitpunkt Kenntnis davon gehabt, dass der Inhalt des Handelsregisters unrichtig gewesen sei, hätte sie die Beklagten zu 2 und 3 nicht als persönlich haftende Gesellschafter der Beklagten zu 1 in Anspruch genommen.

Das LG habe zudem nicht die umwandlungsrechtlichen Besonderheiten beim Formwechsel einer GmbH in eine GbR berücksichtigt, indem nicht nur die neue Rechtsform des Rechtsträgers einzutragen sei, sondern bei einer GbR auch deren Gesellschafter. In diesem Zusammenhang stehe die Entscheidung des LG zudem im Widerspruch zu dem Beschluss des BGH vom 16.7.2001, II ZB 23/00 (BGHZ 148, 291). Dieser verlange, dass bei dem Eintritt einer GbR als Kommanditistin einer Kommanditgesellschaft nicht nur die GbR selbst, sondern auch deren Gesellschafter zum Handelsregister anzumelden und einzutragen seien. Diese Erwägungen seien auch auf den vorliegenden Fall zu übertragen, da bei dem Formwechsel einer GmbH in eine GbR dasselbe Bedürfnis an Publizität, wie bei der Eintragung einer GbR als Kommanditistin einer Kommanditgesellschaft, bestehe.

Zudem könnten sich die Beklagten zu 2 und 3 auch nicht damit verteidigen, dass eine aktualisierte Gesellschafterliste beim Registergericht eingereicht worden sei. Nach § 15 Abs. 2 Satz 1 HGB sei allein die Eintragung im Handelsregister maßgeblich. Hierauf habe sie, die Klägerin, vertrauen dürfen. Sie hätte auch keine Prüfungspflicht hinsichtlich der Gesellschafterliste gehabt, denn diese sei nicht Teil des Registerinhaltes, sondern befinde sich lediglich in den Beiakten, auf die § 15 HGB keine Anwendung finde.

Die Beklagten zu 2 und 3 hätten versäumt, innerhalb der Frist des § 15 Abs. 2 Satz 2 HGB für eine Berichtigung des Handelsregisters zu sorgen. Demgemäß müssten sie den Inhalt des Handelsregisters gegen sich gelten lassen. Im Zeitpunkt der Berichtigung der Eintragung im Handelsregister sei die Klage bereits erhoben gewesen und die entsprechenden Kosten entstanden. Da die Klage gegen die frühere Beklagte zu 1 im Hinblick auf das Schuldanerkenntnis in der Ratenzahlungsvereinbarung zulässig und begründet gewesen wäre und diese somit auch die Kosten des Rechtsstreits zu tragen gehabt hätte, würden die Beklagten zu 2 und 3 aufgrund ihrer gemäß § 15 Abs. 3 HGB zu unterstellenden Gesellschafterhaftung für diese Kosten haften. Dies umfasse auch die Kosten der Rechtsverfolgung gegen die Beklagte zu 2 und 3 selbst.

Entgegen der Auffassung des LG sei der gesondert gestellte materielle Freistellungsanspruch so begründet worden, dass er auch im erstinstanzlichen Urteil Berücksichtigung hätte finden müssen. Insbesondere sei der entsprechende Vortrag nicht verspätet gewesen oder verspätet begründet worden.

Die Klägerin beantragt, unter Abänderung des am 3.12.2012 verkündeten Urteils des LG Bremen, 4 O 735/11, die Beklagten zu 2 und 3 zu verurteilen, als Gesamtschuldner die Klägerin von den Kosten des Rechtsstreits freizustellen.

Die Beklagten beantragen unter Verteidigung des erstinstanzlichen Urteils, die Berufung zurückzuweisen.

Sie sind der Ansicht, dass sie gegenüber der Klägerin zu keiner Zahlung verpflichtet seien und deshalb mit einer solchen Zahlung auch nicht in Verzug hätte geraten können. Die Klägerin habe in Verkennerung der Sach- und Rechtslage die Klage an die falschen Gesellschafter gerichtet und sich dabei von einem Handelsregisterauszug leiten lassen, anstelle mittels eines Akteneinsichtsgesuchs in die Handelsregisterakte der Fa. ... GmbH die wahren Anteilsinhaber zum Zeitpunkt des Erlöschens der GmbH und des Entstehens der GbR anhand der letzten öffentlich einsehbaren Gesellschafterliste vor Eintragung der Rechtsformumwandlung zu ermitteln. Die gültige und zutreffende letzte Gesellschafterliste sei bereits vom beurkundenden Notar zum Handelsregister eingereicht und in den Registerorder der zu diesem Zeitpunkt bereits gelöschten Fa. ... GmbH aufgenommen worden (veröffentlicht am 13.9.2010). Nach § 40 GmbHG würde zudem allenfalls der letzte Geschäftsführer der Fa. ... GmbH und ein mitwirkender Notar, nicht der Anteilseigner, den Gläubigern für den durch die verspätete Mitteilung entstandenen Schaden haften. Die Beklagte zu 3 habe außerdem versucht, die die Gesellschafter betreffenden unrichtigen Eintragungen im Handelsregister zu korrigieren, obwohl sie diese gar nicht veranlasst habe.

Nach § 235 Abs. 1 Satz 1 UmwG sei die Umwandlung, nicht die GbR und nicht die Gesellschafter, zur Eintragung in das Register der die Rechtsform wechselnden GmbH anzumelden. Die neue Rechtsform und deren Gesellschafter seien keine eintragungspflichtigen Tatsachen. § 15 Abs. 3 HGB sei bei lediglich eintragungsfähigen Tatsachen nicht, auch nicht analog, anwendbar.

Zudem sei der geltend gemachte materielle Kostenerstattungsanspruch nicht aufgrund einer rechtsgeschäftlichen Betätigung der Klägerin im Vertrauen auf die registerrechtliche Verlautbarung erlangt worden. Die Klägerin habe weiterhin am Leistungsantrag festgehalten, obwohl die Beklagte zu 3 bereits am 23.6.2011 und 26.10.2011 unter Beweisantritt die Anteilsabtretungen sowie den tatsächlichen Gesellschafterbestand im Zeitpunkt des Erlöschens der Fa. ... GmbH dargelegt habe. Mit Eintragung vom 6.7.2012 seien zudem die Verlautbarungen im Handelsregister zur Formumwandlung korrigiert worden. Dies alles habe die Klägerin nicht davon abgehalten, bis zur öffentlichen Sitzung vom 5.11.2012 ihr ursprüngliches Klagebegehren weiterzuverfolgen.

Entgegen der Ansicht der Klägerin sei auch ein wirksamer Gläubigerschutz gegeben. Der Umwandlungsbeschluss führe nicht zu einem Verfügungsverbot bezüglich der Geschäftsanteile. Mit der Formumwandlung werde der Geschäftsbetrieb nicht aufgelöst, sondern der Betrieb bestehe mit der gesamten Vermögensausstattung weiter. Der Formwechsel begründe sogar eine erweiterte Haftung, denn zusätzlich zum Firmenvermögen der GmbH würde für die Verbindlichkeiten nun noch das weitere Vermögen der Gesellschafter haften. Es könne zwar durch den Formwechsel einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft die Beachtung von Kapitalvorschriften entfallen. Dies habe der Gesetzgeber aber gesehen und nach § 204 UmwG den Gläubigern einen Anspruch auf Sicherheitsleistung nach § 24 UmwG gewährt.

Auf den Beschluss des Hanseatischen OLG in Bremen vom 9.4.2013, in dem auf die Begründung des Hinweisbeschlusses des Senats vom 20.3.2013 Bezug genommen und die Berufung gemäß § 99 Abs. 1 ZPO als unzulässig entsprechend § 522 Abs. 1 ZPO verworfen wurde, hat der BGH der Rechtsbeschwerde der Klägerin stattgegeben und den Beschluss aufgehoben und zur erneuten Entscheidung an das Hanseatische OLG in Bremen zurückverwiesen. Durch Hinweisbeschluss vom 6.5.2015 hat der Senat die Parteien auf seine (geänderte) Rechtsauffassung hingewiesen.

(...)

Aus den Gründen:

II.

Die Berufung ist zulässig, aber nicht begründet.

1. Die Berufung ist statthaft und auch im Übrigen zulässig (§§ 511, 513, 517, 519, 520 ZPO). (...)

2. Die Berufung ist aber unbegründet. Zwar wird ein materiellrechtlicher Kostenerstattungsanspruch durch die Regelungen der §§ 91 ff. ZPO nicht von vornherein ausgeschlossen, jedoch müssen dafür die Voraussetzungen einer materiellrechtlichen Anspruchsgrundlage erfüllt sein (BGH, Urteil vom 12.12.2006, VI ZR 224/05, FamRZ 2007, 550 f.). Der Klägerin steht gegen die Beklagten zu 2 und 3 der geltend gemachte materiellrechtliche Kostenerstattungsanspruch aber unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zu.

a) Für eine Haftung der Beklagten aus Verzug gemäß § 280 Abs. 2, §§ 286, 249 Abs. 2 BGB fehlt es bereits an einem Vertragsverhältnis zwischen den Beklagten zu 2 und 3 und der Klägerin, denn die hier maßgebliche Ratenzahlungsvereinbarung ist zwischen der Fa. ... GmbH und der Klägerin geschlossen worden. Für Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet diese gemäß § 13 Abs. 2 GmbHG grundsätzlich nur mit ihrem Gesellschaftsvermögen. Eine Haftung der Gesellschafter besteht vorliegend nicht. Die Beklagten zu 2 und 3 sind, auch als Gesellschafter der Fa. ... GmbH, gegenüber der Klägerin damit zu keinem Zeitpunkt zur Erfüllung der Ratenzahlungsvereinbarung wegen rückständiger Miete verpflichtet gewesen, mit welcher sie sich in Verzug befinden könnten. Da es schon an dem Eintritt eines Verzuges bei den Beklagten fehlt, können auch die Kosten der Rechtsverfolgung nicht dadurch verursacht worden sein.

b) Eine Haftung der Beklagten kann vorliegend auch nicht über eine Haftung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts hergeleitet werden. Die ... GbR, die infolge eines Formwechsels der Fa. ... GmbH entstanden ist, haftet für die entstandene Verbindlichkeit der vormaligen GmbH weiterhin. Das ergibt sich daraus, dass der in § 202 Abs. 1 Nr. 1 UmwG normierte Fortbestand des Rechtsträgers in lediglich veränderter Rechtsform zur Folge hat, dass die schuldrechtlichen Beziehungen unverändert fortbestehen. Der Rechtsträger bleibt Schuldner seiner Verbindlichkeiten (OLG Hamm, Urteil vom 10.2.2012, 7 U 77/11, Rdnr. 35 m. w. N., juris). Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass – wie auch das LG zutreffend festgestellt hat – die Beklagten zu 2 und 3 zu keinem Zeitpunkt persönlich haftende Gesellschafter der GbR gewesen sind. Eine Haftung dieser als Gesellschafter der Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit ihrem eigenen Vermögen für die Verbindlichkeiten der GbR im Sinne von §§ 705, 714, 128 HGB analog oder nach ihrem Ausscheiden gemäß § 736 Abs. 2 BGB, § 160 Abs. 1 HGB, scheidet demnach aus.

Nach § 202 Abs. 1 Satz 1 UmwG ist der Formwechsel einer GmbH in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts erst mit der Eintragung der Umwandlung in das Handelsregister der GmbH wirksam geworden (*Dirksen/Blasche* in *Kallmeyer*, UmwG, 5. Aufl. 2013, § 235 Rdnr. 3 m. w. N.). Gesellschafter einer durch Formwechsel entstandenen GbR sind diejenigen Personen, die im Zeitpunkt der Eintragung Gesellschafter der formwechselnden GmbH waren (OLG Hamm, a. a. O., Rdnr. 38 m. w. N.). Im Zeitpunkt der Eintragung der Umwandlung der Fa. ... GmbH in die Gesellschaft bürgerlichen Rechts und gleichzeitiger Löschung der GmbH am 23.8.2010 waren die Beklagten zu 2 und 3 aus der Fa. ... GmbH ausgeschieden. Sie hatten ihre Geschäftsanteile an der GmbH bereits wirksam durch notariellen Geschäftsanteilsübertra-

gungsvertrag vom 18.8.2010 an britische Gesellschaften übertragen.

Dieser Vorgehensweise steht im vorliegenden Fall auch nicht der Grundsatz der Kontinuität der Mitgliedschaft der Anteilshaber nach § 194 Abs. 1 Nr. 3, § 202 Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 UmwG entgegen. Danach ist jeder Anteilshaber des formwechselnden Rechtsträgers nach Vollziehung des Formwechsels auch an dem Rechtsträger neuer Rechtsform beteiligt. Der Grundsatz der Identität der Anteilseigner bedeutet indessen kein Verfügungsverbot bezüglich der Anteile vom Umwandlungsbeschluss bis zur Eintragung des Formwechsels. Eine Verfügung nach den allgemeinen Regeln und in diesem Zusammenhang ein Ein- und Austreten bleibt zulässig (*Decher/Hoger* in *Lutter*, UmwG, 5. Aufl. 2014, § 202 Rdnr. 10 m. w. N.). Die Übertragung der Geschäftsanteile an die britischen Gesellschaften war also durch notariellen Geschäftsanteilsübertragungsvertrag vom 18.8.2010 nach dem Gesellschafterbeschluss über die Formumwandlung vom 28.7.2010, aber vor dessen Eintragung, bereits wirksam vollzogen. Dafür spricht auch die notariell bestätigte Gesellschafterliste vom 18.8.2010 in HRB 22684. Die britischen Gesellschaften sind danach mit Eintragung der Umwandlung ins Handelsregister wirksam Gesellschafter der Beklagten zu 1 geworden. Zudem hat das LG diesbezüglich bereits zutreffend darauf hingewiesen, dass auch keine Anhaltspunkte für einen Sittenverstoß im Sinne von § 138 BGB dargetan worden sind.

c) Eine Haftung der Beklagten zu 2 und 3 unter Berücksichtigung des § 15 Abs. 3 HGB kommt hier ebenfalls nicht in Betracht.

Zwar ist zwischen den Parteien unstreitig, dass zum Zeitpunkt der Erhebung der Klage die Beklagten zu 2 und 3 als Gesellschafter der ... GbR im Handelsregister der GmbH eingetragen waren. Allerdings handelt es sich, entgegen der Ansicht der Klägerin, bei der Eintragung der Beklagten zu 2 und 3 in das Handelsregister als Gesellschafter der GbR, entsprechend den Ausführungen des LG, schon nicht um eine eintragungspflichtige Tatsache im Sinne des § 15 Abs. 3 HGB. Von dieser Norm sind alle eintragungspflichtigen Tatsachen erfasst. Es kommt darauf an, ob das betreffende Ereignis als solches abstrakt-generell eintragungspflichtig ist (*Krebs* in *MünchKommHGB*, 2. Aufl., § 15 Rdnr. 86). Dazu müsste es sich vorliegend um einen Sachverhalt handeln, dessen Eintragung ins Handelsregister gesetzlich vorgeschrieben ist (*Krebs*, a. a. O., § 15 Rdnr. 25), unabhängig davon, ob der Eintragung eine konstitutive oder deklaratorische Bedeutung zukommt (*Hopt* in *Baumbach/Hopt*, HGB, 36. Aufl. 2014, § 15 Rdnr. 5).

Nach § 190 Abs. 1, § 191 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 1, §§ 193, 194, 226 UmwG kann eine GmbH in eine GbR im Wege des Formwechsels umgewandelt werden. § 198 UmwG bestimmt, dass die neue Rechtsform des Rechtsträgers zur Eintragung in das Register, in dem der formwechselnde Rechtsträger eingetragen ist, anzumelden ist. Da eine GbR mangels eines Handelsgewerbes als solche nicht im Handelsregister eingetragen werden kann, bestimmt § 235 Abs. 1 Satz 1 UmwG, dass beim Formwechsel in eine GbR statt der neuen Rechtsform die Umwandlung der formwechselnden Kapitalgesellschaft in eine GbR zum Register der formwechselnden Gesellschaft (hier der GmbH) anzumelden ist (*Decher/Hoger* in *Lutter*, UmwG, 5. Aufl., § 198 Rdnr. 8, 11 m. w. N. und § 235 Rdnr. 10). Die Eintragung im Register der GmbH (der „Erlöschensstatbestand“) ist der Akt, der die Wirkung des Formwechsels auslöst (BFH, Beschluss vom 31.5.2010, V B 49/08, Rdnr. 16, juris; *Dirksen/Blaschke* in *Kallmeyer*, UmwG, 5. Aufl., § 235 Rdnr. 2 f., jeweils m. w. N.). Das Registergericht trägt ein und veröffentlicht, dass die Kapitalgesellschaft

durch Formwechsel erloschen ist (*Dirksen/Blasche* in *Kallmeyer*, UmwG, 5. Aufl. 2013, § 235 Rdnr. 3). Eintragungspflichtig ist somit nur die gesetzlich ausdrücklich angeordnete „Umwandlung“ der GmbH in die GbR an sich. Dabei handelt es sich um den Erlöschenbestand der GmbH im Handelsregister, der zu dokumentieren ist. Entgegen der Ansicht der Klägerin ist aber nicht auch die neue Rechtsform des Rechtsträgers, die GbR, oder ihre Gesellschafter zum Register der rechtsformwechselnden GmbH einzutragen. Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts unterliegt nicht der Eintragung in das Register. Bei der Eintragung der GbR und ihrer Gesellschafter nach dem Formwechsel handelt es sich dementsprechend nicht um eine eintragungspflichtige Tatsache im Sinne von § 15 Abs. 3 HGB, auf die sich die positive Publizität des Handelsregisters beziehen könnte. Auf lediglich eintragungsfähige Tatsachen findet die Vorschrift aufgrund ihres Wortlautes keine Anwendung (h. L., vgl. *Hopt* in *Baumbach/Hopt*, HGB, 36. Aufl. 2014, § 15 Rdnr. 18; *Gehrlein* in *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, HGB, 3. Aufl., § 15 Rdnr. 25, jeweils m. w. N.; dagegen für eine Analogie: *Krebs*, a. a. O., Rdnr. 87 m. w. N.).

Auch unter Berücksichtigung des von der Klägerin zitierten Beschlusses des BGH vom 16.7.2001, II ZB 23/00, BGHZ 148, 291, ergibt sich keine andere Beurteilung. Im dortigen Fall ging es um die Frage, ob, wenn eine GbR Kommanditistin einer KG wird, auch die Gesellschafter der GbR einschließlich nachfolgender Gesellschafterwechsel einzutragen sind. Um die Publizität der Gesellschafter und damit die Haftungssituation zu gewährleisten, verlangte der BGH in jener Entscheidung eine Eintragung aller Gesellschafter der GbR in das Handelsregister entsprechend den § 162 Abs. 3, § 106 Abs. 2 HGB und zwar nicht nur bei Ersteintragung des Beitritts der GbR, sondern auch bei jedem Gesellschafterwechsel innerhalb der GbR. Anzugeben seien dieselben Daten wie für jeden Kommanditisten. Zugleich sei anzugeben, dass die betroffenen natürlichen oder juristischen Personen „in Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ Kommanditisten sind. Eine entsprechende Regelung ist inzwischen in § 162 Abs. 1 Satz 2 HGB eingefügt worden.

Der vom BGH entschiedene Fall lässt sich, entsprechend den Ausführungen des Senats in seinem Hinweisbeschluss vom 6.5.2015, mit dem vorliegenden aber nicht vergleichen. Anders als die GbR ist die KG im Handelsregister einzutragen und Änderungen bei den Gesellschaftern der Kommanditisten-GbR betreffen die KG selbst. Bei einer KG ist nach § 162 Abs. 3 HGB der Eintritt und das Ausscheiden eines Kommanditisten mit den in § 106 Abs. 2 HGB vorgesehenen Angaben ins Handelsregister einzutragen (BGH, a. a. O.) und damit kraft Gesetz erforderlich. Bei der Umwandlung einer GmbH in eine GbR erlischt aber die GmbH und wird im Handelsregister nicht fortgeführt. Die GbR als neuer Rechtsträger ist nicht eintragungsfähig, so dass auch künftige Wechsel im Bestand der Gesellschafter in der GbR nicht eintragungsfähig sind. Dementsprechend fehlt es für die vorliegende Konstellation auch an einer mit § 162 Abs. 1 Satz 2 HGB vergleichbaren Regelung.

Es besteht vorliegend auch nicht dasselbe Bedürfnis an Publizität wie bei der Eintragung einer GbR als Kommanditistin einer Kommanditengesellschaft. Die Informationsmöglichkeiten über die Gesellschafter für einen außenstehenden Dritten sind insoweit nicht vergleichbar, als die Gesellschafter der umgewandelten GbR zu Beginn einer aktuellen Gesellschafterliste entnommen werden können. Es wird also erkennbar, welche Gesellschafter der GbR angehören. Einen späteren Wechsel im Gesellschafterbestand zur Eintragung ins Han-

delsregister anzumelden, ist schon deshalb nicht möglich, weil die GbR mangels eines Handelsgewerbes als solche nicht im Handelsregister eingetragen werden kann.

Auch weitere Aspekte sprechen vorliegend gegen eine Vergleichbarkeit der Fallgestaltungen. Nach § 202 Abs. 1 Nr. 1 UmwG besteht ab der Eintragung der formwechselnde Rechtsträger in der im Umwandlungsbeschluss bestimmten Rechtsform weiter. Es besteht wirtschaftliche Kontinuität, soweit nicht ausnahmsweise zwingende Regeln der auf den Rechtsträger neuer Rechtsform anwendbaren Rechtsordnung entgegenstehen (*Decher/Hoger* in *Lutter*, UmwG, 5. Aufl., § 202 Rdnr. 23). Das Vermögen des formwechselnden Rechtsträgers ist nach dem Formwechsel Vermögen des Rechtsträgers neuer Rechtsform (Vermögensidentität) (*Decher/Hoger*, a. a. O., § 202 Rdnr. 7). Die Rechte Dritter, insbesondere schuldrechtliche Ansprüche, bestehen gegenüber dem Rechtsträger neuer Rechtsform unverändert fort, so dass bei einem Formwechsel zu einer GbR zusätzlich zum Firmenvermögen der GmbH für die Verbindlichkeiten nun auch die Gesellschafter mit ihrem Vermögen haften. Allerdings kann sich die Rechtsstellung der Gläubiger trotz der Identität des formwechselnden Rechtsträgers durch eine geänderte Haftungsverfassung des Rechtsträgers neuer Rechtsform oder in sonstiger Weise verschlechtern, insbesondere können Kapitalvorschriften entfallen (*Decher/Hoger*, a. a. O., § 202 Rdnr. 32, 42). Denn mit dem in § 202 Abs. 1 Nr. 1 UmwG normierten Grundsatz der Identität des Rechtsträgers in neuer Rechtsform geht eine Diskontinuität der Rechtsordnung einher. Das bedeutet, dass nach dem Formwechsel ausschließlich das Recht des neuen Rechtsträgers maßgeblich ist (OLG Hamm, Urteil vom 10.2.2012, 7 U 77/11, Rdnr. 45 m. w. N.). Den Anteilshabern wird es dann zwar ermöglicht, dem Unternehmensträger zum Nachteil der Gläubiger durch Entnahmen Vermögen zu entziehen. Dem Gläubigerschutz wird aber durch das Recht zur Sicherheitsleistung gemäß §§ 204, 22 UmwG Rechnung getragen (*Decher/Hoger*, a. a. O., § 204 Rdnr. 1). Dabei ist jeder Gläubiger einer schuldrechtlichen Forderung anspruchsberechtigt, der einen zumindest bereits vor dem Formwechsel begründeten Anspruch gegen den formwechselnden Rechtsträger hat (*Decher/Hoger*, a. a. O., § 204 Rdnr. 6). Den Gläubigern ist dann Sicherheit zu leisten, wenn sie nicht vom formwechselnden Rechtsträger Befriedigung verlangen können (§ 22 Abs. 1 Satz 1 UmwG).

(...)

16. FamFG § 374 Nr. 1, § 382 Abs. 3, § 58; BGB §§ 141, § 180 Satz 1, § 705; GmbHG § 2 Abs. 1 und 2, § 9c Abs. 1 Satz 1, § 11 Abs. 2 (*Zur Nichtigkeit der Gründung einer Einmann-GmbH durch einen Vertreter ohne formgültige Bevollmächtigung*)

Das Handeln eines Vertreters ohne Vertretungsmacht bzw. ohne formgültige Bevollmächtigung (§ 2 Abs. 2 GmbHG) bei der Gründung einer Einmann-GmbH ist nicht genehmigungsfähig und die Gründungserklärung daher nichtig.

(Leitsatz der Schriftleitung)

OLG Stuttgart, Beschluss vom 3.2.2015, 8 W 49/15

Die Antragstellerin hat am 11.12.2014 ihre Ersteintragung entsprechend der Gründungsurkunde und Anmeldung vom 19.8.2014 in das Handelsregister beantragt.

Mit Schreiben vom 15.12.2014 hat das Registergericht auf ein endgültiges – nicht behebbares – Eintragungshindernis hingewiesen und Gelegenheit zur Rücknahme der Anmeldung innerhalb einer Frist

von zwei Wochen gegeben sowie die kostenpflichtige Zurückweisung im Falle der Nichtrücknahme angekündigt.

Die Rücknahme wurde nicht erklärt, sondern am 22.12.2014 eine erneute – ergänzende – Handelsregisteranmeldung eingereicht, die derzeit durch das Registergericht noch nicht beschieden ist.

Die vorangegangene Anmeldung vom 19.8.2014 wurde sodann mit Beschluss vom 19.1.2015 kostenpflichtig zurückgewiesen.

Gegen die am 26.1.2015 zugestellte Entscheidung hat die Antragstellerin durch den bevollmächtigten Notar am 27.1.2015 Beschwerde eingelegt.

Das Registergericht hat mit Beschluss vom 28.1.2015 nicht abgeholfen und die Akten dem OLG zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

II.

Die gemäß § 374 Nr. 1, § 382 Abs. 3, §§ 58 ff. FamFG an sich statthafte und auch im Übrigen zulässige Beschwerde ist in der Sache ohne Erfolg.

Es wird zunächst zur Vermeidung von Wiederholungen auf die sorgfältige und zutreffende Begründung des Zurückweisungsbeschlusses vom 19.1.2015 verwiesen, der sich der Senat in vollem Umfang anschließt.

Lediglich ergänzend und vertiefend wird weiter ausgeführt:

Zunächst einmal wird klargestellt, dass Gegenstand dieses Beschwerdeverfahrens ausschließlich die Anmeldung vom 19.8.2014 ist.

Zu Recht hat die Rechtspflegerin den Standpunkt vertreten, dass bei der vorliegenden Einmanngründung das einseitige Errichtungsgeschäft nichtig ist gemäß § 180 Satz 1 BGB, nachdem der bei der Beurkundung anwesende (...) allein aufgrund einer mündlichen Vollmacht handelte und durch die von dem einzelvertretungsberechtigten Geschäftsführer (...) der alleinigen Gesellschafterin am 28.8.2014 erklärte nachträgliche Genehmigung und Vollmachtsbestätigung zur Urkunde vom 19.8.2014 eine „Heilung“ des nichtigen Gründungsgeschäfts nicht möglich war.

Es entspricht der ganz herrschenden Meinung, dass das Handeln eines Vertreters ohne Vertretungsmacht bzw. ohne formgültige Bevollmächtigung (§ 2 Abs. 2 GmbHG) bei der Gründung einer Einmann-GmbH nicht genehmigungsfähig und die Gründungserklärung daher nichtig ist. Denn diese erfolgt durch ein einseitiges Errichtungsgeschäft des Gründers. An die Stelle der vertraglichen Einigung tritt die einseitige, nicht empfangsbedürftige Willenserklärung des alleinigen Gründers. Dieser Organisationsakt ist ein einseitiges Rechtsgeschäft und unterliegt den dafür geltenden Vorschriften des BGB. Bei Vornahme durch einen vollmachtlosen bzw. nicht formgültig bevollmächtigten Vertreter ist die Gründung deshalb nach § 180 Satz 1 BGB unwirksam. Eine nachträgliche Genehmigung scheidet bereits am Wortlaut des § 180 Satz 1 BGB sowie vor allem an dessen Zweck. § 180 BGB dient der notwendigen Rücksichtnahme auf den Erklärungsempfänger. Empfänger der Errichtungserklärung des Einmann-Gründers ist der Rechtsverkehr. Aus seiner Sicht ist die Gründung einer juristischen Person ein wichtiger Vorgang, über dessen Wirksamkeit sogleich Klarheit herrschen muss. Es kann dem Alleingesellschafter nicht gestattet werden, den Gründungsvorgang längere Zeit offen zu halten und die Handlungsfähigkeit der Vor-GmbH, die Handelndenhaftung nach § 11 Abs. 2 GmbHG und die Vorbelastungshaftung des Alleingesellschafters in der Schwebe zu halten. Denn solche Unsicherheiten können sich nachteilig auf die Sicherheit des Rechtsverkehrs auswirken. Zutreffend ist damit davon auszugehen, dass die

von dem Vertreter ohne (formgültige) Vertretungsmacht abgegebene Gründungserklärung nichtig ist. Die Nichtigkeit der Errichtungserklärung des Einmann-Gründers hat zur Folge, dass auch der Gesellschaftsvertrag insgesamt nichtig ist. Da die Gesellschaft in einem solchen Fall nicht ordnungsgemäß errichtet wurde, darf der Gesellschaftsvertrag weder von einem Notar beurkundet noch darf die Gesellschaft vom Registergericht eingetragen werden (§ 9c Abs. 1 Satz 1 GmbHG). Das Wirksamwerden des nichtigen Gesellschaftsvertrages ist mit ex-nunc-Wirkung nur dadurch möglich, dass der Gründer den Vertrag gemäß § 141 Satz 1 BGB nachträglich bestätigt. Die Bestätigung bedarf dann wiederum der notariellen Beurkundung (vergleiche hierzu: *Grooterhorst*, NZG 2007, 605; *Wachter*, GmbHR 2003, 660; *Fastrich* in *Baumbach/Hueck*, GmbH-Gesetz, 20. Aufl. 2013, § 2 Rdnr. 7 und Rdnr. 22; *Roth* in *Roth/Altmeyen*, GmbH-Gesetz, 7. Aufl. 2012, § 2 Rdnr. 30; *Schilken* in *Staudinger*, Neubearbeitung 2014, § 180 Rdnr. 11; *Schramm* in *MünchKommBGB*, 6. Aufl. 2012, § 180 Rdnr. 3; LG Berlin, GmbHR 1996, 123; OLG Schleswig, Beschluss vom 4.4.1993, 9 W 26/93, in juris, je m. w. N.; a. A. *Hasselmann*, ZIP 2012, 1947 und *Dürr*, GmbHR 2008, 408, denen der Senat jedoch aus den vorgenannten Gründen nicht folgt, sondern sich der herrschenden Meinung anschließt).

Nachdem in der mit Unterschriftsbeglaubigung versehenen, aber nicht notariell beurkundeten Genehmigung und Vollmachtsbestätigung vom 28.8.2014 keine Neuvornahme des nichtigen Gründungsgeschäfts im Sinne des § 141 Abs. 1 BGB gesehen werden kann, hat das Registergericht zu Recht die Anmeldung vom 19.8.2014 mit dem angefochtenen Beschluss vom 19.1.2015 zurückgewiesen.

(...)

Anmerkung:

Der Fall des OLG Stuttgart zeigt, wie eine gängige notarielle Praxis, nämlich die der Beurkundung mit Vertretern ohne Vertretungsmacht bzw. mit mündlich Bevollmächtigten, die eine formgerechte Vollmachtsbestätigung nachreichen, im Einzelfall scheitern kann.

Der Einsatz von Vertretern ohne Vertretungsmacht im notariellen Beurkundungsalltag ist – jedenfalls außerhalb von Verbraucherverträgen, § 17 Abs. 2a Satz 2 BeurkG – ein probates Mittel, um den Wünschen und Dispositionen der Beteiligten gerecht zu werden; so kann ein Beteiligter häufig gerade dann nicht persönlich an der Beurkundung teilnehmen, wenn sie besonders eilig gewünscht wird. In zwei wichtigen Ausnahmefällen ist jedoch Vertretung ohne Vertretungsmacht ausgeschlossen: so bei der Teilungserklärung nach § 8 WEG, die eine amtsempfangsbedürftige Willenserklärung darstellt. Hier ist Vertretung ohne Vertretungsmacht gemäß § 180 Satz 1 BGB unzulässig;¹ die vom vollmachtlosen Vertreter abgegebene Erklärung ist nichtig und nicht genehmigungsfähig.²

Im Ergebnis dasselbe gilt nach herrschender Meinung für den Errichtungsakt einer Ein-Personen-GmbH,³ der sich das OLG Stuttgart als erstes Obergericht jetzt angeschlossen hat. An die Stelle der vertraglichen Einigung tritt die einseitige, nicht empfangsbedürftige Willenserklärung des alleinigen Gründers. Bei diesem Organisationsakt ist gemäß § 180 Satz 1

¹ *Bärman/Armbrüster*, WEG, 12. Aufl., § 8 Rdnr. 19.

² Allgemein *Palandt/Ellenberger*, 74. Aufl., § 180 Rdnr. 1.

³ LG Berlin, Beschluss vom 15.8.1995, 98 T 34/95, GmbHR 1996, 123; *MünchKommGmbHG/J. Mayer*, 2. Aufl., § 2 Rdnr. 74 m. w. N.

BGB vollmachtlose Vertretung ausgeschlossen, denn Empfänger der Errichtungserklärung des Ein-Personen-Gründers ist der Rechtsverkehr. Aus Sicht des Rechtsverkehrs muss über die Wirksamkeit des Gründungsvorgangs sofort Klarheit herrschen; der Alleingesellschafter darf den Gründungsvorgang nicht längere Zeit rechtlich in der Schwebe halten.⁴ Die Ausnahmevorschrift des § 180 Satz 2 BGB ist nicht anwendbar, eine nachträgliche Genehmigung des Erklärungsempfängers scheidet also aus, weil die Errichtungserklärung nicht gegenüber einem anderen abgegeben wird; insbesondere ist der beurkundende Notar nicht Erklärungsempfänger, sondern lediglich Amtsperson zur Protokollierung der erforderlichen Form.⁵

Bis hierhin waren wohl auch die Beteiligten im Fall des OLG Stuttgart unterrichtet. Es ist deshalb nicht ein vollmachtloser Vertreter bei der GmbH-Gründung aufgetreten, sondern ein mündlich bevollmächtigter Vertreter, der eine öffentlich beglaubigte Vollmachtsbestätigung und Genehmigung nach geliefert hatte. Dies wiederum ist ein Vorgehen, das im Grundstücksrecht durchaus tauglich ist. Denn dort bedürfen Vollmachten der öffentlichen Beglaubigung nicht aus materiellrechtlichen Gründen – insoweit gilt § 167 Abs. 2 BGB –, sondern aus formell-grundbuchrechtlichen Gründen, § 29 GBO. Im Grundstücksrecht ist die mündlich erteilte Vollmacht also wirksam. Anders bei GmbH-Gründungen: Hier schreibt § 2 Abs. 2 GmbHG für eine Gründungsvollmacht als Form mindestens notarielle Beglaubigung vor. Die Einhaltung dieser Form ist materiellrechtliche Wirksamkeitsvoraussetzung für die Vollmacht; ist sie nicht eingehalten, ist die Vollmacht unheilbar nichtig;⁶ eine Genehmigung kommt nicht in Betracht.

Im Fall des OLG Stuttgart war der mündlich bevollmächtigte Gründungsvertreter tatsächlich also ein Vertreter ohne Vertretungsmacht, dessen Erklärungen wegen § 180 Satz 1 BGB nichtig waren. Weitergeholfen hätte dem Gründer hier also nur eine Bestätigung des nichtigen Rechtsgeschäfts gemäß § 141 BGB, also eine Neuvornahme. Dafür wäre aber eine erneute Beurkundung des Gesellschaftsvertrages erforderlich gewesen;⁷ die lediglich unterschrittsbeglaubigte Genehmigung und Vollmachtsbestätigung genügte diesen Erfordernissen weder nach Form noch Inhalt.

Rechtsanwalt und Notar Dr. *Carsten Jaeger*, Dortmund

⁴ So das OLG Stuttgart.

⁵ MünchKommGmbHG/J. Mayer, 2. Aufl., § 2 Rdnr. 74.

⁶ MünchKommGmbHG/J. Mayer, 2. Aufl., § 2 Rdnr. 65.

⁷ BeckOK-GmbHG/C. Jaeger, 23. Edition, § 2 Rdnr. 24.

Internationales Privatrecht

17. EGBGB Art. 15 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 Nr. 1, Art. 4 Abs. 1 und Abs. 3 Satz 2 (*Güterrechtlicher Ausgleich bei Ehegatten mit früherer jugoslawischer Staatsangehörigkeit*)

- Der güterrechtliche Ausgleich zwischen Ehegatten, die bei Eheschließung die jugoslawische Staatsangehörigkeit besaßen und mit dem Zerfall des jugoslawischen Staates Staatsangehörigkeiten unterschiedlicher Nachfolgestaaten erworben haben, richtet sich nach der Teilrechtsordnung, mit der die Beteiligten bei der Eheschließung am engsten verbunden waren. Das interlokale Privatrecht des früheren jugoslawischen Gesamtstaats ist für die Bestimmung des anwendbaren Rechts nicht heranzuziehen.**

- Stellt das internationale Privatrecht des maßgeblichen Nachfolgestaates für die Bestimmung des anwendbaren Rechts mangels gemeinsamer Staatsangehörigkeit auf den gewöhnlichen Aufenthalt der Ehegatten ab und befand sich dieser bereits zum Zeitpunkt der Eheschließung in Deutschland, so ist die Rückverweisung auf das deutsche Sachrecht zu beachten.**

OLG Stuttgart, Beschluss vom 9.2.2015, 17 WF 172/14

Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

18. ZPO § 767 analog, § 794 Abs. 1 Nr. 5 (*Konkretisierungsgebot bei Unterwerfungserklärung – Nichtigkeit und Titelgegenklage*)

- Pauschale Unterwerfungserklärungen sind mit dem Konkretisierungsgebot des § 794 I Nr. 5 ZPO unvereinbar.**
- Der Verstoß gegen das Konkretisierungsgebot führt zur Unwirksamkeit der Unterwerfungserklärung. Sie kann mit der prozessualen Gestaltungsklage analog § 767 ZPO (Titelgegenklage) geltend gemacht werden.**
- Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigung einer Urkunde mit einer Unterwerfungserklärung kann analog § 371 BGB auch verlangt werden, wenn die Unterwerfungserklärung unwirksam und die Zwangsvollstreckung deshalb insgesamt endgültig unzulässig ist.**

BGH, Urteil vom 19.12.2014, V ZR 82/13

Der Beklagte verkaufte der Klägerin mit Vertrag vom 28.6.2007 Grundbesitz und in einer Anlage näher bezeichnete Maschinen für 949.940 €. Die Urkunde enthält einen weiteren Vertrag, mit welchem die Klägerin von dem Beklagten andere, in einer zweiten Anlage aufgeführte Maschinen für monatlich 3.500 € pachtete. Darunter waren Maschinen, die dem Beklagten nicht gehörten und zu deren Herausgabe an einen Dritten die Klägerin später verurteilt wurde. Der Beklagte betreibt gegen die Klägerin aus einer in der Urkunde enthaltenen Vollstreckungsunterwerfungserklärung „wegen der in dieser Urkunde eingegangenen Zahlungsverpflichtungen, die eine bestimmte Geldsumme zum Gegenstand haben“, die Zwangsvollstreckung wegen eines Anspruchs von 161.778 € und hat dabei eine Forderungspfändung gegen die Klägerin erwirkt. Bei der Forderung, derentwegen der Beklagte vollstreckt, handelt es sich nicht um den – bezahlten – Kaufpreis, sondern um Pachtzinsforderungen. Mit der Vollstreckungsgegenklage und der prozessualen Gestaltungsklage analog § 767 ZPO möchte die Klägerin erreichen, dass die Zwangsvollstreckung insgesamt, hilfsweise wegen unterschiedlicher Teilbeträge eingestellt wird. Ferner beantragt sie die Verurteilung des Beklagten zur Herausgabe des Vollstreckungstitels.

Das LG hat die Klage abgewiesen. Das OLG hat die Berufung zurückgewiesen. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihre Anträge weiter. Der Beklagte beantragt, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Aus den Gründen:

II.

Das Berufungsgericht hält die Vollstreckungsgegenklage für unbegründet. Dem Beklagten stünden nach dem Vertrag Pachtzinsansprüche zu. Diese dürfe er trotz einer Zession an seine Bank geltend machen, weil es sich um eine Sicherungszession handele. Die Klägerin habe nicht dargelegt, dass dem Beklagten keine Ansprüche aus der Urkunde zustünden. Insbesondere reiche es nicht aus vorzutragen, Teile des Maschi-

nenbestands stünden im Eigentum Dritter. Die zur Aufrechterhaltung gestellten Forderungen auf Schadensersatz seien nicht hinreichend substantiiert. Auch als Titelgegenklage habe die Klage keinen Erfolg. Die Vollstreckungsunterwerfungserklärung habe einen vollstreckungsfähigen Inhalt; sie sei insbesondere hinreichend bestimmt.

Diese Erwägungen halten einer rechtlichen Prüfung nicht stand.

1. Die von der Klägerin auch erhobene prozessuale Gestaltungsklage analog § 767 ZPO (Titelgegenklage) gegen die Zwangsvollstreckung des Beklagten als Verkäufer aus der Unterwerfungserklärung in der Kaufvertragsurkunde ist zulässig und entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts begründet.

a) aa) Zutreffend geht das Berufungsgericht allerdings davon aus, dass die Klägerin neben einer Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO, mit der sie Einwendungen gegen den titulierten materiellrechtlichen Anspruch erhebt, die Unwirksamkeit des Vollstreckungstitels geltend macht. Dieser Teil des Klagebegehrens ist Gegenstand der Titelgegenklage (vgl. BGH, Urteile vom 18.11.1993, IX ZR 244/92, BGHZ 124, 164, 170 f. und vom 30.3.2010, XI ZR 200/09, BGHZ 185, 133 Rdnr. 15), die mit der Klage aus § 767 ZPO verbunden werden kann (BGH, Urteile vom 14.5.1992, VII ZR 204/90, BGHZ 118, 229, 236 und vom 26.6.2007, XI ZR 287/05, NJW-RR 2008, 66 Rdnr. 14).

bb) Die Unwirksamkeit der Vollstreckungsunterwerfung als solche kann auch mit der Titelgegenklage geltend gemacht werden. Sie stellt nämlich keinen Einwand nur gegen die prozessuale Ordnungsgemäßheit der Unterwerfungserklärung dar, der allein mit den Rechtsbehelfen der §§ 732, 768 ZPO gegen die Erteilung der Vollstreckungsklausel geltend gemacht werden könnte (Senat, Urteil vom 5.12.2003, V ZR 341/02, NJW-RR 2004, 1135, 1136; BGH, Urteil vom 30.3.2010, XI ZR 200/09, BGHZ 185, 133 Rdnr. 17 f.). Sie ist vielmehr ein Einwand gegen die Bestimmtheit des titulierten Anspruchs, für dessen Geltendmachung die Titelgegenklage zulässig ist (BGH, Urteil vom 18.11.1993, IX ZR 244/92, BGHZ 124, 164, 170). Bei Unwirksamkeit der Unterwerfungserklärung ist die Vollstreckung aus der Urkunde schlechthin für unzulässig zu erklären. Das ist mit den Rechtsbehelfen gegen die Erteilung der Vollstreckungsklausel nicht zu erreichen. Mit diesen kann nur eine Entscheidung über die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus der erteilten Klausel herbeigeführt werden (BGH, Urteil vom 14.5.1992, VII ZR 204/90, BGHZ 118, 229, 234 und Senat, Urteil vom 27.1.2012, V ZR 92/11, juris Rdnr. 11).

b) Verkannt hat das Berufungsgericht jedoch, dass die Unterwerfungserklärung wegen eines Verstoßes gegen das Konkretisierungsgebot nichtig ist, es deshalb an einem wirksamen Vollstreckungstitel fehlt und die Zwangsvollstreckung aus der Urkunde durch den Verkäufer für unzulässig zu erklären ist.

aa) Nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO kann aus der Urkunde über einen Grundstückskaufvertrag vollstreckt werden, wenn sich der Schuldner darin „wegen des zu bezeichnenden Anspruchs“ der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat. Einigkeit besteht darüber, dass der Anspruch in diesem Sinne nur bezeichnet ist, wenn die Unterwerfungserklärung dem allgemeinen prozessualen Bestimmtheitsgebot genügt (MünchKommZPO/Wolfsteiner, 4. Aufl., § 794 Rdnr. 160; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 22. Aufl., § 794 Rdnr. 111). Diesem Gebot würde auch eine Erklärung entsprechen, in welcher sich der Schuldner wegen „aller“ oder – wie hier – wegen „der“ Zahlungsverpflichtungen aus der Urkunde der

sofortigen Zwangsvollstreckung unterwirft (v. Rintelen, RNotZ 2001, 2, 5).

bb) Unterschiedlich beurteilt werden dagegen die Fragen, ob § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO mit dem Erfordernis einer „Bezeichnung“ über die Einhaltung des Bestimmtheitsgebots hinausgehende Anforderungen stellt und welche Wirkung eine Nichtbeachtung solcher zusätzlichen Anforderungen hat.

(1) Teilweise wird angenommen, dass die Vorschrift mit dem Begriff Bezeichnung nur das Bestimmtheitserfordernis umschreibt (Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 73. Aufl., § 794 Rdnr. 23; Grizwotz/Heinemann, BeurKG, § 52 Rdnr. 7; Musielak/Lackmann, ZPO, 11. Aufl., § 794 Rdnr. 34; Wieczorek/Schütze/Paulus, ZPO, 3. Aufl., § 794 Rdnr. 88; Münch, ZNotP 1998, 474, 480; Münzberg in FS Lüke, 1997, S. 525, 542 f., wohl auch ders. in Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl., § 794 Rdnr. 121 bei Fn. 590). Teilweise wird eine Verschärfung des Bestimmtheitserfordernisses angenommen. Dabei wird unterschiedlich gesehen, ob pauschale Unterwerfungserklärungen nur vermieden werden sollen (so: Winkler, BeurKG, 17. Aufl., § 52 Rdnr. 19; Hertel, DNotZ 1999, 1, 2), aber wirksam bleiben oder ob sie dem Gebot nicht genügen (Preuß in Armbrüster/Preuß/Renner, BeurKG, 6. Aufl., § 52 Rdnr. 21 a. E.; Eylmann/Vaasen/Limmer, BNotO/BeurKG, 3. Aufl., § 52 BeurKG Rdnr. 7; PG/Scheuch, ZPO, 6. Aufl., § 794 Rdnr. 45; Kaufhold, BeckOF, Vertrag, Formular 1.6.2 [Schuldanerkenntnis mit Vollstreckungsunterwerfung] Rdnr. 14; v. Rintelen, RNotZ 2001, 2, 5) und demzufolge unwirksam sind. Teilweise wird in dem Konkretisierungsgebot ein zusätzliches, über das Bestimmtheitsgebot hinausgehendes Erfordernis gesehen, dessen Nichtbeachtung zur Unwirksamkeit der Unterwerfungserklärung führt (Zöller/Stöber, ZPO, 30. Aufl., § 794 Rdnr. 27; ähnlich Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 22. Aufl., § 794 Rdnr. 120: genaue Bezeichnung des Anspruchs sei unentbehrlich; und MünchKommZPO/Wolfsteiner, 4. Aufl., § 794 Rdnr. 189: die grundsätzlich anzunehmende Unwirksamkeit schließe Nachholung im Einzelfall nicht aus; anders noch Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 3. Aufl., Rdnr. 11.47 a. E.: Konkretisierung könne (uneingeschränkt) im Klauselerteilungsverfahren nachgeholt werden).

(2) Der BGH hat bereits entschieden, dass § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO mit dem Erfordernis der Bezeichnung des Anspruchs ein Konkretisierungsgebot vorsieht, das mit dem Bestimmtheitsgebot nicht gleichzusetzen ist, sondern eine zusätzliche formelle Voraussetzung für die Erteilung der Vollstreckungsklausel darstellt und durch eine Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung wegen „etwaiger Verpflichtungen zur Zahlung bestimmter Geldbeträge“ nicht erfüllt wird (Beschluss vom 5.9.2012, VII ZB 55/11, NJW-RR 2012, 1342 Rdnr. 14, 18). Ob der Verstoß gegen das Konkretisierungsgebot zur Nichtigkeit der Unterwerfungserklärung führt, hat er noch nicht entschieden.

cc) Der Senat bejaht die Frage.

(1) Hierfür spricht schon der Wortlaut des § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO.

(a) Danach findet die Zwangsvollstreckung aus notariellen Urkunden nur statt, wenn sich der Schuldner darin wegen des zu bezeichnenden Anspruchs der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat. Die Bezeichnung des Anspruchs ist damit nicht nur Voraussetzung für die Erteilung der Vollstreckungsklausel, sondern auch Voraussetzung dafür, dass die Urkunde überhaupt einen Vollstreckungstitel darstellt.

(b) Dass die Vorschrift mit der Bezeichnung des Anspruchs etwas anderes meint als das Bestimmtheitsgebot, wird aus

dem Vergleich der heute geltenden mit der vorherigen Fassung der Vorschrift deutlich. Nach dieser Fassung war eine Vollstreckungsunterwerfung nur wegen eines Anspruchs zulässig, der die Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder die Leistung einer bestimmten Menge anderer vertretbarer Sachen oder Wertpapiere zum Gegenstand hat. Demgegenüber stellt die Vorschrift heute nicht mehr darauf ab, auf welche Leistung der zu vollstreckende Anspruch gerichtet ist. Die Vollstreckungsunterwerfung ist vielmehr unabhängig hiervon wegen jedes Anspruchs möglich, der einer vergleichswisen Regelung zugänglich und nicht auf Abgabe einer Willenserklärung gerichtet ist und nicht den Bestand eines Mietverhältnisses über Wohnraum betrifft. Bei der Bezeichnung des Anspruchs kann es deshalb nur darum gehen zu verdeutlichen, wegen welcher Ansprüche der Schuldner sich der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwerfen soll.

(2) Dass die Einhaltung dieses eigenständigen Konkretisierungsgebots Wirksamkeitserfordernis ist, belegen auch die Entstehungsgeschichte der Norm und der mit dem Konkretisierungsgebot verfolgte Zweck.

(a) Mit der Neufassung des § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO hat der Gesetzgeber die Möglichkeiten einer Vollstreckungsunterwerfung beträchtlich ausgeweitet, um die Justizressourcen zu schonen. Er sah aber die Gefahr, dass der angestrebte Effekt durch Erschwernisse des Vollstreckungsverfahrens zunichte gemacht werden könnte. Eine Vollstreckungsunterwerfung werde vor dem Entstehen der konkreten Streitlage formuliert. Eine allgemein gehaltene Unterwerfungserklärung könne einen erhöhten Klärungsbedarf etwa im Wege der Vollstreckungsgegenklage auslösen (Entwurfsbegründung in BT-Drucks. 13/341, S. 20). Dem sollte das Konkretisierungsgebot vorbeugen. Dazu heißt es in der Entwurfsbegründung (BT-Drucks. 13/341, S. 21):

„Die Erweiterung der Ansprüche, die von einer vollstreckbaren notariellen Urkunde erfasst werden können, erhöht die Bedeutung, die der Bezeichnung des vollstreckbar gestellten Anspruchs im Unterwerfungstitel zukommt. Um pauschale Unterwerfungserklärungen mit den damit verbundenen Erschwernissen des Vollstreckungsverfahrens zu verhindern, sieht der Entwurf vor, dass die Unterwerfungserklärung den betroffenen Anspruch konkret bezeichnen muss.“

(b) Einen wirksamen Schutz vor den befürchteten Erschwernissen des Vollstreckungsverfahrens kann das Konkretisierungserfordernis nur bieten, wenn es Wirksamkeitserfordernis ist. Wäre eine Vollstreckungsunterwerfung auch bei Verletzung des Konkretisierungsgebots wirksam, müsste für sie angesichts der dienenden Funktion des Verfahrensrechts (dazu Senat, Beschluss vom 13.12.2012, V ZB 49/12, NJW-RR 2013, 588 Rdnr. 8) jedenfalls nach einer Nachholung der Konkretisierung (vgl. dazu *Wolfsteiner*, Die vollstreckbare Urkunde, 3. Aufl., Rdnr. 11.47 a. E.) auch eine Vollstreckungsklausel erteilt und aus der Urkunde vollstreckt werden können. Das liefe der Absicht des Gesetzgebers zuwider. Er wollte pauschale Unterwerfungserklärungen unterbinden (BGH, Beschluss vom 5.9.2012, VII ZB 55/11, NJW-RR 2012, 1342 Rdnr. 14, 18). Dieses Ziel ließe sich nicht erreichen, wenn die fehlende Konkretisierung die Wirksamkeit der Unterwerfungserklärung unberührt ließe und im Klauselerteilungsverfahren nachgeholt werden könnte. Damit würde die Konkretisierungsaufgabe, die nach dem Konzept des Gesetzes von den Parteien bei der Beurkundung der Unterwerfungserklärung zu bewältigen ist, in das Klauselerteilungsverfahren und etwa anschließende Gerichtsverfahren über Rechtsbehelfe gegen die Erteilung oder Nichterteilung der Klausel verlagert. Dieses würde damit als Teil des Voll-

streckungsverfahrens mit eben den Erschwernissen belastet, die mit dem Konkretisierungsgebot vermieden werden sollen. Die Verletzung des Konkretisierungsgebots führt deshalb nicht nur zur Versagung der Vollstreckungsklausel (BGH, Beschluss vom 5.9.2012, VII ZB 55/11, NJW-RR 2012, 1342 Rdnr. 14), sondern auch zur Unwirksamkeit der Unterwerfungserklärung.

dd) Das Konkretisierungsgebot ist hier verletzt. Die Klägerin hat sich als Käuferin in der Urkunde wegen „der in dieser Urkunde eingegangenen Zahlungsverpflichtungen, die eine bestimmte Geldsumme zum Gegenstand haben“, der Vollstreckung unterworfen. Welche das sind, ließe sich zwar, wie bei allen pauschalen Vollstreckungsunterwerfungen, mit einer Durchsicht der Urkunde feststellen. Aus der Unterwerfungserklärung selbst ergibt sich das – wie aber geboten – nicht. Sie benennt die Ansprüche nicht und verweist auch nicht zum Beispiel auf die Regelung der Ansprüche in dem Vertrag. Die Unterwerfungserklärung der Klägerin ist damit unwirksam.

ee) Die Zwangsvollstreckung aus der Urkunde durch den Verkäufer ist damit mangels wirksamen Titels insgesamt für unzulässig zu erklären.

2. Zulässig und begründet ist auch die Klage auf Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigung der Urkunde.

a) Die Klage auf Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigung einer vollstreckbaren Urkunde nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO ist nach herrschender Ansicht jedenfalls dann zulässig, wenn entweder über eine Vollstreckungsabwehrklage bereits rechtskräftig zugunsten des Herausgabeklägers entschieden worden ist oder wenn die Erfüllung der dem Titel zugrundeliegenden Forderung zwischen den Parteien unstrittig ist (Senat, Urteil vom 21.1.1994, V ZR 238/92, WM 1994, 650, 652 und BGH, Urteile vom 14.7.2008, II ZR 132/07, NJW-RR 2008, 1512 Rdnr. 9 und vom 22.9.1994, IX ZR 165/93, BGHZ 127, 146, 148 f.; *Bamberger/Roth/Dennhardt*, BGB, 3. Aufl., § 371 Rdnr. 3; *Staudinger/Olzen*, 2011, § 371 Rdnr. 7; a. A. MünchKommBGB/*Fetzer*, 6. Aufl., § 371 Rdnr. 8: Vollstreckungsgegenklage sei weder erforderlich noch ausreichend). Nichts anderes gilt, wenn die Herausgabeklage, wie hier, mit der Titelgegenklage verbunden wird. Denn auch dann ist, worauf es entscheidend ankommt (vgl. BGH, Urteil vom 22.9.1994, IX ZR 165/93, BGHZ 127, 146, 148 f.), eine Umgehung von deren Voraussetzungen nicht zu befürchten.

b) Die Klage ist auch begründet. Der Beklagte ist in entsprechender Anwendung von § 371 BGB zur Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigung der Urkunde verpflichtet.

aa) Die Möglichkeit einer entsprechenden Anwendung des § 371 BGB auf die Herausgabe eines Vollstreckungstitels hat der BGH für den Fall bejaht, dass die Vollstreckung aus dem Titel aufgrund einer auf materielle rechtliche Einwände gegen den titulierten Anspruch gestützten Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO für unzulässig erklärt wird. Der Anspruch besteht in diesem Fall aber nicht schon, wenn und weil die Vollstreckung aus dem Titel für unzulässig erklärt worden ist, sondern erst, wenn die Schuld mit Sicherheit erloschen ist oder von Anfang an nicht bestanden hat. Denn das Urteil beseitigt nur die Vollstreckbarkeit der Urkunde, besagt aber nichts über das Bestehen oder Nichtbestehen des zu vollstreckenden Anspruchs (BGH, Urteile vom 14.7.2008, II ZR 132/07, NJW-RR 2008, 1512 Rdnr. 12 und vom 22.9.1994, IX ZR 165/93, BGHZ 127, 146, 149 f.).

bb) Die entsprechende Anwendung von § 371 BGB auf die Herausgabe des Vollstreckungstitels ist auch geboten, wenn die Vollstreckung aus dem Titel aufgrund einer auf formelle Einwände gegen den Titel gestützten Titelgegenklage insge-

samt und endgültig für unzulässig erklärt worden ist. Denn auch in diesem Fall enthält das Gesetz eine planwidrige Lücke. Der Schuldner könnte zwar durch Vorlage einer Ausfertigung des in dem Titelgegenklageverfahren ergangenen Urteils die Einstellung der Zwangsvollstreckung nach § 775 Nr. 1 ZPO erreichen. Er könnte damit allein aber nicht verhindern, dass die Vollstreckung trotz des Urteils erst einmal versucht wird und womöglich auch zunächst Erfolg hat, weil die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung etwa dem nicht informierten Personal des Schuldners unbekannt ist oder mangels Ausfertigung des Urteils nicht sofort nachgewiesen werden kann. Ein solcher Missbrauch des Titels kann nur mit einem Anspruch auf dessen Herausgabe verhindert werden, den das Prozessrecht aber auch für die Titelgegenklage nicht vorsieht (vgl. zu diesem Gesichtspunkt für die Vollstreckungsgegenklage: BGH, Urteil vom 22.9.1994, IX ZR 165/93, BGHZ 127, 146, 148 f.). Diese Lücke muss nach dem aus § 775 Nr. 1 und § 757 ZPO zum Ausdruck kommenden Plan des Gesetzes durch eine entsprechende Anwendung des § 371 BGB geschlossen werden. In Betracht kommt indessen nur eine auf die Rechtsfolge beschränkte analoge Anwendung der Vorschrift. Denn bei einer allein auf formelle Einwände gestützten Titelgegenklage kann der Titelherausgabeanspruch nicht von dem Bestehen oder Nichtbestehen des Anspruchs abhängen, sondern nur von der Wirksamkeit oder Unwirksamkeit des Titels. Die Unterwerfungserklärung ist hier unwirksam. Deshalb ist auch der Herausgabeanspruch analog § 371 BGB begründet.

(...)

Anmerkung:

In der 1. Auflage 1978 der vollstreckbaren Urkunde habe ich unter § 14.13 noch zur alten Fassung des § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO – wohl erstmalig in der Literatur – ausgeführt: „Ungenügend sind auch Formulierungen, die Unterwerfung umfasse alle Ansprüche, die auf Leistung eines bestimmten Geldbetrags ... gerichtet sind“. Trotz vielen Zuspruchs aus der Praxis, trotz Änderung des Wortlauts des § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO in der 2. Zwangsvollstreckungsnovelle mit dem erklärten Ziel, solche Pauschalunterwerfungen zu unterbinden¹ und trotz Unterstützung in der Rechtsliteratur² wurde die Unsitte der Pauschalunterwerfungen (häufig mit noch pauschalerem „Verzicht“ auf den Nachweis der Fälligkeit) in breiter Front fortgesetzt, sogar in einigen Formularbüchern. Dem ist der Senat nun mit erfreulicher Entschiedenheit entgegengetreten. Pauschalunterwerfungen genügen den Anforderungen des § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO nicht.

Nicht übernommen hat der Senat allerdings meinen Vorschlag, die Konkretisierung einer zu pauschalen Unterwerfung wenn möglich im Klauselverfahren zuzulassen. Die Begründung dafür, das Klauselverfahren sei Teil des Vollstreckungsverfahrens³ und dieses dürfe nicht durch Streitigkeiten über die in der Klausel vorgenommene Konkretisierung erschwert werden, ist nicht besonders stringent. Aber man muss der Möglichkeit, unklaren Tenor (der ja nicht nur in

vollstreckbaren Urkunden, sondern auch keineswegs selten in Urteilen vorkommt)⁴ in gewissem Umfang im Klauselverfahren zu reparieren, nicht unbedingt nachtrauern.

Problematisch erscheint allerdings die Auffassung des Senats, der Verstoß führe zur Nichtigkeit der Unterwerfungserklärung. Vollstreckungstitel ist ja nicht die Unterwerfungserklärung, sondern die Urkunde des Notars, die eine Zwangsvollstreckungsunterwerfung ausweist und die einen Akt der Staatsgewalt darstellt. Der Vergleich mit anderen öffentlichen Akten solcher Art zeigt, dass fehlerhaft zustande gekommene Titel zwar mit Rechtsbehelfen angegriffen werden können, nichtig aber nur bei schwersten Fehlern sind. So beendet etwa ein gerichtlicher Vergleich den Prozess zumindest vorläufig, auch wenn er mangels Bestimmtheit nicht vollstreckbar ist; allerdings kann man in der Regel (aber nur in der Regel) davon ausgehen, dass die Parteien auch die Prozessbeendigung nicht haben wollen, wenn die Vollstreckbarkeit fehlt, so dass es auf Antrag zur Fortsetzung des Prozesses kommt. Völlig wirkungslos ist ein solcher Vergleich aber nicht; so dürfte ihm etwa die Beurkundungswirkung des § 127a BGB durchaus trotz fehlender Vollstreckbarkeit zukommen.⁵ Ein Urteil ist ohnehin wirksam, auch wenn es zum Beispiel nicht vom gesetzlichen Richter stammt und daher aufzuheben ist.

Vollstreckbare Urkunden sollte man nicht anders behandeln. So wäre es kaum zu rechtfertigen, der fehlerhaften vollstreckbaren Urkunde auch die Wirkung abzusprechen, dass sich die Verjährungsfrist gemäß § 197 Abs. 1 Nr. 4 BGB auf 30 Jahre verlängert. Wer sich in gutem Glauben an seine vollstreckbare Urkunde mit einem Vollstreckungsversuch mehr als zehn Jahre Zeit lässt (vgl. § 199 Abs. 3 Nr. 1 BGB), sollte nicht auch in Bezug auf die Verjährung enttäuscht werden, wenn sich herausstellt, dass die Unterwerfungserklärung zu pauschal war. Die mit dem Nichtigkeitsverdict einhergehende Versagung jeder Reparaturmöglichkeit hat auch keineswegs eine Verfahrensvereinfachung zur Folge. In aller Regel wird der enttäuschte Gläubiger Klage erheben müssen, was den Schuldner viel teurer zu stehen kommen kann. Jedenfalls kann nur der Ratschlag wiederholt werden, der Gläubiger solle jede Vollstreckungsabwehrklage (und jede Titelgegenklage) mit einer Leistungs-Widerklage als Eventualklage kontern, was ihn freilich nicht vor schon eingetretener Verjährung schützt.

Ohne je auf die Kritik,⁶ ja auf entgegenstehende Rechtsprechung des eigenen Senats⁷ eingegangen zu sein, lässt der Senat vorliegend wie selbstverständlich eine sog. Titelgegenklage gegen die (seiner Auffassung nach nichtige) vollstreckbare Urkunde zu. Dabei gibt es einen im Gegensatz zur Titelgegenklage positiv im Gesetz geregelten Rechtsbehelf, der zum gleichen Ziel geführt hätte, nämlich die Klauselerinnerung nach § 732 Abs. 1 ZPO. Wird ihr rechtskräftig stattgegeben, so ist es auf die Dauer ausgeschlossen, dass eine neue Klausel erteilt und aus ihr vollstreckt werden kann.⁸ Mit der Klauselerinnerung lässt sich allerdings nicht die Herausgabe des Scheintitels erreichen; aber kann nach § 371 BGB, auf dessen entsprechende Anwendung der Senat sich stützt, wirk-

¹ BT-Drucks. 13/341 vom 27.1.1995.

² V. Rintelen, RNotZ 2001, 2; Zöller/Stöber, ZPO, § 794 Rdnr. 27.

³ Gegen diese These und für Zuordnung zum Erkenntnisverfahren BGH, NJW 2013, 3184 zur Vollstreckbarerklärung eines Schiedsspruchs. Ausdrücklich auch Musielak/Voit/Lackmann, ZPO, § 724 Rdnr. 1. Vgl. Windel, ZJP 102 (1989), 141, 188. Für eigenständige Rolle (mit Tendenz zum Erkenntnisverfahren) auch Pflugmacher, Beweiserhebung und Anerkennung im Klauselerteilungsverfahren unter besonderer Berücksichtigung eines materiellen Rechtsprechungsbegriffs, 2001, S. 8.

⁴ Sogar beim BGH, siehe OLG Koblenz, Urteil vom 2.5.2002, 5 U 245/01, NJW-RR 2002, 1509.

⁵ OLG München, Urteil vom 20.12.1996, 23 U 3933/96, NJW 1997, 2331; a. A. Palandt/Ellenberger, § 127a Rdnr. 2.

⁶ Thümmel, NJW 1986, 556; Schultheis, Rechtsbehelfe bei vollstreckbaren Urkunden, 1996, S. 202 ff.; MünchKommZPO/Wolfsteiner, § 797 Rdnr. 38.

⁷ BGH, Urteil vom 5.12.2003, VZR 341/02, NJW-RR 2004, 1135.

⁸ A. A. wohl BGH, Urteil vom 5.12.2003, VZR 341/02, NJW-RR 2004, 1135 wie vor.

lich auch die Herausgabe eines nichtigen Schuldscheins verlangt werden? Zwar wendet der BGH⁹ § 371 BGB auch dann entsprechend an, wenn die Schuld von Anfang an nicht bestanden hat; der Fall, dass die Schuld besteht, der Schuldschein aber als solcher nichtig ist, scheint aber nicht erörtert zu werden. So bleibt von der an und für sich begrüßenswerten Entscheidung doch ein unbefriedigender Rest zurück.

Notar a. D. Dr. Hans Wolfsteiner, München

⁹ NJW-RR 2008, 1512 obiter.

Beurkundungs- und Notarrecht

19. BNotO § 14 Abs. 1 Satz 2, § 15 Abs. 1, §§ 17, 19 Abs. 1 Satz 1; BeurkG § 17 Abs. 1 Satz 1; BGB § 147 Abs. 2, §§ 148, 308 Nr. 1 (*Zulässige lange Annahmefrist bei Wohnungsvertrag*)

1. **Eine vertragliche Bindungsfrist an ein Angebot zum Abschluss eines Wohnungseigentumsvertrages von sieben Wochen kann im Einzelfall einer Inhaltskontrolle nach § 308 Nr. 1 BGB standhalten. Zu den regelmäßigen Umständen im Sinne des § 147 Abs. 2 BGB einschließlich der verzögernden Umstände, die der Antragende kannte oder kennen musste, zählt auch der Zeitraum der Weihnachtsfeiertage bis zum Jahreswechsel.**
2. **Die notarielle Pflicht zur Belehrung über zu lange Annahmefristen schützt das Interesse der Vertragsparteien an dem wirksamen Zustandekommen eines Vertrages, welches nicht daran scheitern soll, dass die Annahmefrist bereits abgelaufen ist, nicht dagegen das Interesse, sich von einem nachträglich als von Anfang an unwirtschaftlich erkannten Vertrag zu lösen. Daher wären vom Schutzzweck der Belehrungspflichten des Notars allenfalls Aufwendungen auf einen vermeintlich wirksamen, tatsächlich aber unwirksamen Vertrag erfasst, nicht dagegen Aufwendungen auf einen tatsächlich wirksamen, jedoch unwirtschaftlichen Vertrag.**

KG, Urteil vom 14.8.2015, 9 U 74/14

Der Kläger begehrt von dem Beklagten Schadensersatz wegen der Verletzung notarieller Amtspflichten. Für den Sachverhalt wird auf die tatsächlichen Feststellungen des landgerichtlichen Urteils Bezug genommen. Das LG Berlin hat die Klage abgewiesen. Mit der Berufung verfolgt der Kläger sein Begehren weiter.

Er beantragt sinngemäß, das Urteil des LG Berlin vom 10.11.2014, 84. O.91/13, abzuändern und

1. den Beklagten zu verurteilen, an ihn zu Händen eines von ihm zu beauftragenden Notars 61.780 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen, Zug um Zug gegen Abgabe seiner folgenden notariellen Erklärung vor dem beauftragten Notar:

„Ich bin eingetragener Eigentümer des im Objekt A. – B. ... in B. gelegenen und im Grundbuch von P. des AG M., Grundbuchblattnummer ... eingetragenen Wohnungseigentums, bestehend aus 158,02/10.000stel Miteigentumsanteil nach WEG an dem Grundstück, verbunden mit dem Sondereigentum an der im Aufteilungsplan mit Nr. ... bezeichneten Wohnung.

Ich verpflichte mich hiermit, das vorbezeichnete Wohnungseigentum auf den Notar M. C. B. zu übertragen, frei von der in Abteilung III des Wohnungseigentumsgrundbuchs eingetragenen Grundschuld der D. D. K. AG i. H. v. 61.780 €.

Ich erteile hiermit dem Notar M. C. B. die unwiderrufliche Vollmacht, in meinem Namen und unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB die Auflassung zu erklären.

Ich erkläre mein widerrufliches Einverständnis mit einer Weisung des Notars M. C. B. an den beauftragten Notar, den eingehenden Zahlungsbetrag zur Ablösung der in Abteilung III des Grundbuchs eingetragenen Grundschuld der D. K. AG i. H. v. 61.780 € zu verwenden.

Ich bewillige die Eintragung von Notar M. C. B. als Eigentümer.

Ich verpflichte mich, sämtliche und jegliche weitere Willenserklärungen abzugeben, die notwendig sind, um Herrn Notar M. C. B. das Eigentum an der vorbezeichneten Eigentumswohnung zu verschaffen.

Der beauftragte Notar darf von dieser Erklärung nur Gebrauch machen, wenn die Verurteilungssumme auf seinem Notaranderkonto eingegangen ist.

Ein etwaiger überschießender Betrag ist an mich auszukehren.“

2. festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet ist, ihn von der Entrichtung einer Vorfälligkeitsentschädigung an die D. K. AG für die vorzeitige Ablösung der zur Finanzierung des unter dem Antrag zu 1. genannten Wohnungseigentums aufgenommenen Darlehens mit der Darlehensnummer ... freizustellen,
3. festzustellen, dass der Beklagte ihm auch zum Ausgleich des weiteren Vermögensschadens verpflichtet ist, soweit er im Zusammenhang mit dem Erwerb der im Antrag zu 1. bezeichneten Eigentumswohnung steht,
4. festzustellen, dass sich der Beklagte mit der Rückübertragung der unter Ziffer 1. genannten Eigentumswohnung im Annahmeverzug befindet.
5. den Beklagten zu verurteilen, an ihn weitere 2.161,99 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweils gültigen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Der Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Aus den Gründen:

II.

Die Berufung des Klägers ist nicht begründet, weil die Klage nicht begründet ist. Der Kläger hat gegen den Beklagten keinen Anspruch auf Leistung des geltend gemachten Schadensersatzes. Ein solcher Anspruch ergibt sich insbesondere nicht aus § 19 Abs. 1 Satz 1 BNotO als der allein in Betracht kommenden Anspruchsgrundlage. Nach dieser Vorschrift hat der Notar, der vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem anderen gegenüber obliegende Amtspflicht verletzt, diesem den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Diese Voraussetzungen sind vorliegend nicht erfüllt: Zwar könnte (1.) der Beklagte ihm dem Kläger gegenüber obliegende Amtspflichten verletzt haben. Allerdings beruht (2.) der von dem Kläger geltend gemachte Schaden nicht kausal auf einer solchen Amtspflichtverletzung, weil ein pflichtgemäßes Verhalten des Beklagten den Schaden nicht verhindert hätte. Schließlich wäre (3.) der geltend gemachte Schaden zudem nicht von dem Schutzzweck einer verletzten Amtspflicht umfasst.

1. Allerdings liegt nahe, dass der Beklagte eine ihm gegenüber dem Kläger obliegende Amtspflicht verletzt hat. In Betracht kommt jedoch allenfalls eine Pflicht des Beklagten, die Vertragsparteien aus Anlass der Beurkundung der Annahmeerklärung durch die Verkäuferin am 27.1.2009 auf mögliche Bedenken gegen die Wirksamkeit der vereinbarten Annahmefrist und daraus folgenden Bedenken gegen die rechtliche Möglichkeit der Annahme hinzuweisen. Wäre die Annahmefrist nämlich am 27.1.2009 bereits abgelaufen gewesen, wäre die Erklärung der Annahme durch die Verkäuferin wegen § 148 BGB ins Leere gegangen und hätte einen

Vertrag nicht zustande bringen können. Wie lange eine Annahmefrist in vergleichbaren Situationen bestimmt werden könne, war im Januar 2009 noch nicht abschließend durch die Rechtsprechung geklärt und daher für Notare nicht sicher zu beurteilen, so dass im ungünstigsten Falle zu befürchten war, dass der Vertrag durch die zu beurkundende Annahme nicht zustande käme.

Diese Rechtsfragen hätte der Beklagte prüfen und die bestehenden Unsicherheiten mit den Vertragsparteien erörtern müssen. Eine Pflicht zu einem solchen Hinweis hätte sich aus § 17 BeurkG ergeben. Nach § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG hat der Notar den Willen der Beteiligten zu erforschen, den Sachverhalt zu klären und über die rechtliche Tragweite des Geschäfts zu belehren. Damit soll gewährleistet werden, dass die zu errichtende Urkunde den Willen der Parteien vollständig sowie inhaltlich richtig und eindeutig wiedergibt. Demzufolge hat der Notar die Beteiligten über die rechtliche Bedeutung ihrer Erklärungen sowie die Voraussetzungen für den Eintritt der bezweckten Rechtsfolge in dem Umfang zu belehren, wie es zur Errichtung einer dem wahren Willen entsprechenden rechtsgültigen Urkunde erforderlich ist (vgl. BGH, Urteil vom 2.11.1995, IX ZR 15/95, Rdnr. 14, juris m. w. N.; BGH, Urteil vom 4.3.2004, III ZR 72/03, Rdnr. 21, juris).

Die vorgenannten Aufklärungs- und Belehrungspflichten beschränken sich allerdings, wenn allein die Annahme eines vorgegebenen Vertragsangebots beurkundet werden soll, grundsätzlich auf die rechtliche Bedeutung der Annahme; der Inhalt des Vertragsangebotes gehört nicht zur rechtlichen Tragweite dieses Urkundsgeschäfts (vgl. BGH, Urteil vom 25.2.1994, V ZR 63/93, Rdnr. 20, juris; BGH, Urteil vom 24.6.1993, IX ZR 216/92, Rdnr. 49, juris; *Ganter in Zuehör/Ganter/Hertel*, Handbuch der Notarhaftung, 3. Aufl. 2014, Rdnr. 1161, 1471). Die aus § 17 Abs. 1 BeurkG erwachsende Belehrungspflicht oblag dem Beklagten auch allein der Verkäuferin gegenüber als formell (unmittelbar) Beteiligter (BGH, Urteil vom 4.3.2004, III ZR 72/03, Rdnr. 24, juris).

Die gleiche Pflicht zu dem Hinweis auf die bestehenden Unsicherheiten traf den Beklagten aber auch gegenüber dem Kläger, wobei sie in Ansehung des Klägers aus seiner erweiterten Belehrungspflicht, § 14 Abs. 1 Satz 2 BNotO, herzuleiten ist. Der die Annahme beurkundende Notar schuldet aber sämtlichen (auch lediglich mittelbar) an diesem Urkundsgeschäft Beteiligten eine solche Belehrung, wenn er bei gebotener Sorgfalt erkennen kann, dass das beurkundete Geschäft ihre Vermögensinteressen gefährdet (vgl. BGH, Urteil vom 24.6.1993, IX ZR 216/92, Rdnr. 50, juris; BGH, Urteil vom 4.3.2004, III ZR 72/03, Rdnr. 22, juris). So lag die Konstellation hier: Vermögensinteressen des Käufers nämlich konnten dadurch betroffen werden, dass er durch den unterbliebenen Hinweis auf den (möglichen) Ablauf der Annahmefrist glauben konnte, eine wirksame vertragliche Verpflichtung eingegangen zu sein, während dies zweifelhaft sein konnte, und im Vertrauen auf die Wirksamkeit des Vertrages Aufwendungen tätigte, die in diesem Sinne unnötig waren.

Diese Erörterungen hätte der Beklagte möglicherweise mit dem Hinweis verbinden sollen, dass es notwendig sein könnte, diese Annahme wegen § 150 Abs. 1 BGB als neues Angebot zu werten, welches erneut – nunmehr durch den Kläger – anzunehmen gewesen wäre. Eine Pflicht zu diesem Vorschlag war aus dem an den Notar gerichteten Gebot, den nach den Umständen sichersten Weg (BGH, Urteil vom 9.7.1992, IX ZR 209/91, Rdnr. 44, juris) zu wählen, herzuleiten.

Demgegenüber war der Beklagte – anders als der Kläger meint – nicht verpflichtet, die Beurkundung der Annahmeerklärung der Verkäuferin am 27.1.2009 abzulehnen. Im Gegen-

teil war er nach § 15 Abs. 1 BNotO zur Beurkundung der Annahmeerklärung verpflichtet. Von seiner Beurkundungspflicht wäre er wegen § 15 Abs. 1 BNotO nur dann entbunden gewesen, wenn die Gefahr bestanden hätte, dass er durch die Beurkundung gegen sonstige notarielle Pflichten verstoßen hätte. Dies war hier nicht der Fall. Die Pflicht zur Ablehnung der Beurkundung ergab sich für den Beklagten insbesondere nicht aus § 17 BeurkG. Durch diese in Voraussetzungen und Umfang vorbeschriebene Pflicht zur Rechtsbelehrung soll unter anderem sichergestellt werden, dass der Notar eine Urkunde nur über wirksame Erklärungen errichtet. Bedenken gegen die Wirksamkeit der Annahmeerklärung aber bestanden nicht. Die rechtlich zu delibrierenden und mit den Beteiligten zu erörternden Unsicherheiten konzentrierten sich vielmehr auf die Frage, ob die wirksame Annahmeerklärung möglicherweise ins Leere gehen und daher den von den Beteiligten intendierten Vertrag nicht zustande bringen könnte, was jedoch allein zu den oben beschriebenen Hinweispflichten, keineswegs aber zu einer Ablehnung der Beurkundung führen konnte.

Bei der Definition des von dem Beklagten zu befolgenden Pflichtenkreises darf nämlich nicht außer Acht bleiben, dass der Beklagte bei der Beurkundung der Annahmeerklärung im Januar 2009 auch davon ausgehen konnte, dass diese Annahmeerklärung den Vertrag wirksam zustande bringen könnte. Erst am 11.6.2010 nämlich hat der BGH zu V ZR 85/09 entschieden, dass von einer regelmäßigen Annahmefrist von vier Wochen auszugehen sei. Demgegenüber musste der Beklagte Anfang 2009 allenfalls in Erwägung ziehen, dass die von den hiesigen Vertragsparteien vereinbarte Annahmefrist problematisch sei und ggf. einer Inhaltskontrolle nach § 308 Nr. 1 BGB nicht standhalten könnte. Soweit das OLG Celle zu dem Ergebnis gelangt, dem Notar hätten sich Zweifel bereits „aufdrängen müssen“ (OLG Celle, Urteil vom 5.10.2012, 3 U 42/12, Rdnr. 63, juris), leitet es seine Wertung aus Entscheidungen aus Autoverkauf und Darlehensvertrag her, welche nicht auf diejenige Wertung bei einem Wohnungsverkaufvertrag übertragbar ist. Gleichzeitig hält das OLG Celle ausdrücklich eine Annahmefrist von sechs Wochen für akzeptabel und stellt gerade keinen Verstoß gegen § 308 Nr. 1 BGB fest (OLG Celle, a. a. O., Rdnr. 45).

2. Ein Anspruch des Klägers ist jedoch schon deshalb ausgeschlossen, weil die Pflichtverletzung des Beklagten, es unterlassen zu haben, die Vertragsparteien auf Zweifel an der Wirksamkeit der Annahmefrist und damit an dem Zustandekommen des Vertrages hinzuweisen und ihnen sicherheitshalber eine erneute Annahme anzuraten, nicht kausal geworden ist für den Schaden des Klägers, ein in diesem Sinne amtspflichtgemäßes Verhalten des Beklagten vielmehr den Schaden nicht verhindert hätte.

Ein kausaler Schaden besteht in der vermögensmäßigen (negativen) Differenz zwischen der Vermögenslage bei tatsächlichem Geschehensablauf, der auf das amtspflichtwidrige Verhalten des beklagten Notars folgte, und derjenigen bei hypothetischem Geschehensablauf unter Zugrundelegung amtspflichtgemäßen Verhaltens des Notars. Die Kausalität der Pflichtverletzung fehlt also dann, wenn die Vermögensminderung auch bei pflichtgemäßem Verhalten des Notars eingetreten wäre. Die positive Feststellung des Kausalzusammenhangs ist dabei notwendiger Bestandteil (BGH, Urteil vom 7.12.2000, III ZR 84/00, Rdnr. 32, juris) des Anspruchs. Dieser Vergleich von tatsächlichem und hypothetischem Geschehensablauf ergibt vorliegend jedoch keine solche Vermögensdifferenz auf Seiten des Klägers, insbesondere nicht in der Form, dass die von ihm als Schaden geltend gemachten Aufwendungen und Verbindlichkeiten vermieden worden

wären. Vielmehr folgte die tatsächliche Entwicklung derjenigen bei hypothetisch amtspflichtgerechtem Verhalten, da sowohl (a) tatsächlich ein wirksamer Vertrag zustande gekommen ist, als auch (b) hypothetisch ein solcher zustande gekommen wäre:

a) Tatsächlich hat die von der Verkäuferin abgegebene Annahmeerklärung einen wirksamen Vertrag zwischen den Parteien des Wohnungskaufvertrages zustande gebracht:

Die Verkäuferin hat das Angebot des Klägers vom 12.12.2008 am 27.1.2009 angenommen. Das Angebot des Klägers war zu diesem Zeitpunkt noch wirksam. Es wurde innerhalb der in dem Angebot enthaltenen Bindungsfrist erklärt, § 148 BGB. Die vertraglich vereinbarte Bindungsfrist bis zum 29.1.2009 war wirksam und hielt insbesondere einer Inhaltskontrolle nach § 308 Nr. 1 BGB stand, wobei es der Senat dahinstehen lässt, ob ein ausdrücklich mit einem konkreten Datum beschriebenes Fristende überhaupt eine allgemeine Geschäftsbedingung darstellen kann. Nach § 308 Nr. 1 BGB ist in allgemeinen Geschäftsbedingungen insbesondere eine solche Bestimmung unwirksam, durch die sich der Verwender unangemessen lange oder nicht hinreichend bestimmte Fristen für die Annahme oder Ablehnung eines Angebots oder die Erbringung einer Leistung vorbehält.

Ausgangspunkt für die Prüfung der Unangemessenheit nach § 308 Nr. 1 BGB ist § 147 Abs. 2 BGB. Nach dieser Vorschrift kann der einem Abwesenden gemachte Antrag nur bis zu dem Zeitpunkt angenommen werden, in welchem der Antragende den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten darf. Nach der genannten Vorschrift kann ein Antrag nur bis zu dem Zeitpunkt angenommen werden, in welchem der Antragende den Eingang der Annahmeerklärung unter regelmäßigen Umständen erwarten darf.

Grundsätzlich darf auch bei finanzierten und beurkundungsbedürftigen Verträgen, deren Abschluss regelmäßig eine Bonitätsprüfung vorausgeht, der Eingang der Annahmeerklärung grundsätzlich jedenfalls innerhalb eines Zeitraumes von vier Wochen erwartet werden können (vgl. BGH, Urteil vom 11.6.2010, V ZR 85/09, Rdnr. 12, juris m. w. N. auch aus der Literatur und Überblick über Streitstand; vgl. für den Bauträgerkaufvertrag auch BGH, Urteil vom 27.9.2013, V ZR 52/12, Rdnr. 12 f., juris; sechs Wochen: OLG Dresden, Urteil vom 26.6.2003, 19 U 512/03, Rdnr. 27, juris; *Kesseler*, RNotZ 2010, 533, 534; fünf bis sechs Wochen: *Herrler/Suttmann*, DNotZ 2010, 883, 884).

Etwas anders gilt allerdings bei Vorliegen absehbarer Verzögerungen (vgl. BGH, Urteil vom 24.3.1988, III ZR 21/87, Rdnr. 26, juris; BGH, Urteil vom 13.12.1989, VIII ZR 94/89, Rdnr. 11, juris; BGH, Urteil vom 19.12.2007, XII ZR 13/06, Rdnr. 21, juris; BGH, Urteil vom 11.6.2010, V ZR 85/09, Rdnr. 12, juris m. w. N.), die auch ein verständiger Offerent vor dem Hintergrund des mit der Bindungsfrist einhergehenden „nicht ganz ungefährlichen Schwebezustandes“ (Motive zu dem Entwurf eines BGB, Bd. I, S. 170) in Rechnung stellt. Zu den regelmäßigen Umständen im Sinne des § 147 Abs. 2 BGB gehören solche verzögernden Umstände, die der Antragende kannte oder kennen musste (RGZ 142, 402, 404; BGH, Urteil vom 24.11.1951, II ZR 63/51, Rdnr. 10, juris; BGH, Urteil vom 19.12.2007, XII ZR 13/06, Rdnr. 21, juris).

Als solche absehbaren Verzögerungen sind vorliegend die Weihnachtsfeiertage einschließlich des Jahreswechsels, mithin der Zeitraum vom 24.12.2008 bis (einschließlich Sonntag, den) 3.1.2009 anzusehen (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 14.11.2012, 31 U 92/12, Rdnr. 50, juris), wodurch eine Verlängerung der regelmäßigen Frist von üblicherweise vier Wochen um eine weitere Woche und vier Tage eintrat.

Dies ergibt die Abwägung der Interessen der Verhandlungspartner unter Berücksichtigung der für den Vertragsgegenstand typischen Umstände (dazu etwa BGH, Urteil vom 6.3.1986, III ZR 234/84, Rdnr. 34, juris). Dabei sind die Interessen der Verkäuferin gegen die Interessen des Klägers abzuwägen. Die Verkäuferin als der Verwenderin der AGB hatte während der Annahmefrist typischerweise für ihre Entscheidung notwendige Nachforschungen durchzuführen und Kalkulationen anzustellen, wobei ihr selbstverständlich eine zügige und rasche Bearbeitung zuzumuten war. Diese Überlegungen rechtfertigen grundsätzlich die o. g. vierwöchige Frist. Auf Seiten des Klägers ist zu berücksichtigen, dass er während der Bindungsfrist, ohne die Annahme seines Antrags sicher erwarten zu können, von anderen, eventuell günstigeren Angeboten keinen Gebrauch machen konnte (vgl. zu diesen Abwägungsgesichtspunkten: BGH, Urteil vom 6.3.1986, III ZR 234/84, Rdnr. 34, juris). Während der Phase der Feiertage einschließlich der dazwischen liegenden wenigen Werktagen konnten beide Vertragsparteien einen geordneten Wirtschaftsbetrieb weder auf Seiten der Verkäuferin noch bei Finanzierungsinstituten offenkundig nicht erwarten. Demgegenüber wiegt der Schwebezustand für den Kläger für diese Phase von einer Woche und vier Tagen nicht entscheidend schwerer. Dieser konnte sich für den Kläger weder ungünstig noch besonders gefährlich auswirken, da innerhalb dieses besonderen Zeitraums auch für ihn keine anderweitigen Dispositionen möglich gewesen wären. Auch hatte er nicht zu befürchten, dass ihm wegen der Bindung an sein Angebot gerade während dieser Phase eines üblicherweise allgemeinen Stillstandes des Geschäftslebens besonders günstige andere Geschäfte entgegen würden oder die Marktpreise für Immobilienanlagen sich zu seinen Gunsten verändern würden. Demgegenüber ist – anders als der Kläger meint – die Gelegenheit, die Sinnhaftigkeit und Vorteilhaftigkeit eines Geschäftes rückwirkend in Frage zu stellen, kein in diesem Sinne abzuwägendes Interesse. Die Beschränkung von Annahmefristen in allgemeinen Geschäftsbedingungen in § 308 Nr. 1 BGB kann nicht dazu dienen, Geschäftspartnern der Verwender nach Ablauf der Annahmefrist Gelegenheit zum Überdenken einer von Beginn an zu prüfenden Wirtschaftlichkeit zu geben; diese Gelegenheit sollte ihnen vielmehr vor Abschluss des Vertrages eingeräumt werden.

Die vereinbarte Annahmefrist bis zum 31.1.2009, was einer Zeitspanne von sieben Wochen entspricht, überschreitet die nach dem Vorgesagten maßgebliche gesetzliche Frist von fünf Wochen und vier Tagen nicht wesentlich. Denn als wesentlich sieht der Senat im Einklang mit der Rechtsprechung des BGH allein eine Überschreitung ab 50 % an (BGH, Urteil vom 17.1.2014, V ZR 5/12, Rdnr. 10, juris; BGH, Urteil vom 11.6.2010, V ZR 85/09, Rdnr. 6, juris). Diese Wesentlichkeitsgrenze wäre vielmehr erst bei einer Überschreitung von (mindestens) zwei Wochen der nach § 147 Abs. 2 BGB vorliegend maßgeblichen Frist von fünf Wochen und vier Tagen, also bei sieben Wochen und vier Tagen, spätestens also am 4.2.2009 erreicht. Dabei lässt es der Senat dahinstehen, ob die besonderen Umstände, welche zu einer Verzögerung um eine Woche und vier Tage führten, ebenfalls in die Berechnung der Überschreitung bei Prüfung der Wesentlichkeitsgrenze einzubeziehen sind. Bezöge man die Verzögerung um eine Woche und vier Tage in die Berechnung der Überschreitung ein, ergäbe sich sogar eine Annahmefrist von acht Wochen und drei Tagen bis zum 10.2.2009.

b) Dieser tatsächliche Geschehensablauf unterscheidet sich nicht von dem hypothetischen Geschehensablauf: Hätte der Notar die beschriebenen Hinweise erteilt, hätte die Verkäuferin – wie dargelegt – ebenfalls noch am 27.1.2009 die An-

nahme erklärt mit der Folge, dass ein wirksamer Vertrag noch am 27.1.2009 zustande gekommen wäre und sämtliche Verpflichtungen des Klägers ausgelöst hätte. Zu der Beurkundung der Annahme wäre der Beklagte – wie ebenfalls dargelegt – auch verpflichtet gewesen.

3. Ein Anspruch des Klägers ist zudem auch deshalb ausgeschlossen, weil die von ihm geltend gemachten Vermögenseinbußen, welche er in dem Abschluss des für ihn unwirtschaftlichen Kaufvertrages erkennt, (a) nicht von dem Schutzzweck der behaupteten Amtspflichtverletzung erfasst sind, dem Beklagten (b) also haftungsrechtlich nicht zuzurechnen sind, weil sich für den Kläger (c) vielmehr andere Risiken verwirklicht haben.

a) Wie allgemein im Schadensersatzrecht kann auch im Notarhaftungsrecht nur für solche Schadensfolgen Ersatz verlangt werden, die innerhalb des Schutzbereichs der verletzten Norm liegen (BGH, Urteil vom 17.5.1990, III ZR 191/88, Rdnr. 23, juris; BGH, Urteil vom 22.1.2009, III ZR 197/08, Rdnr. 10 ff., juris; BGH, Urteil vom 10.7.2008, III ZR 255/07, Rdnr. 15, juris). Es muss sich um Folgen handeln, die in den Bereich der Gefahren fallen, um deren Vermeidung die Rechtsnorm erlassen wurde (vgl. BGH, Urteil vom 22.4.1958, VI ZR 65/57, Rdnr. 7, juris; BGH, Urteil vom 6.6.1989, VI ZR 241/88, Rdnr. 14, juris; BGH, Urteil vom 7.6.1968, VI ZR 1/67, Rdnr. 39, juris; BGH, Urteil vom 22.5.2012, VI ZR 157/11, Rdnr. 14, juris; BGH, Urteil vom 14.5.2012, II ZR 130/10, Rdnr. 22, juris; BGH, Urteil vom 11.1.2005, X ZR 163/02, Rdnr. 18, juris; BGH, Urteil vom 26.2.2013, VI ZR 116/12, Rdnr. 12, juris; *Palandt/Grüneberg*, 74. Aufl. 2015, Vorb. v. § 249 Rdnr. 29). Deswegen muss zwischen der durch den Schädiger geschaffenen Gefahrenlage und dem Schaden ein innerer Zusammenhang bestehen; eine bloß zufällige äußere Verbindung genügt nicht (vgl. BGH, Urteil vom 14.3.1985, IX ZR 26/84, Rdnr. 42, juris; BGH, Urteil vom 20.9.1988, VI ZR 37/88, Rdnr. 17 f., juris; BGH, Urteil vom 8.2.1990, IX ZR 63/89, Rdnr. 24, juris; BGH, Urteil vom 10.7.2008, III ZR 255/07, Rdnr. 15, juris). Dem Verletzer sollen nur solche Folgen zugerechnet werden, die durch den Gebots- und Verbotszweck der Norm verhindert werden sollen. Hiernach sind Sinn und Tragweite der verletzten Norm zu untersuchen, um zu klären, ob der geltend gemachte Schaden durch diese Norm verhütet werden sollte (BGH, Urteil vom 26.2.2013, VI ZR 116/12, Rdnr. 12, juris; BGH, Urteil vom 20.5.2014, VI ZR 381/13, Rdnr. 10, juris; vgl. auch BGH, Urteil vom 6.6.2002, III ZR 206/01, Rdnr. 17, juris).

b) Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe sind die dem Kläger aus der vertraglichen Verpflichtung erwachsenen Belastungen dem Beklagten haftungsrechtlich nicht zuzurechnen. Die notarielle Pflicht zur Belehrung über zu lange Annahmefristen schützt das Interesse der Vertragsparteien an dem wirksamen Zustandekommen eines Vertrages, welches nicht daran scheitern soll, dass die Annahmefrist bereits abgelaufen ist, nicht dagegen das Interesse, sich von einem nachträglich als von Anfang an unwirtschaftlich erkannten Vertrag zu lösen. Daher wären vom Schutzzweck der Belehrungspflichten des Notars allenfalls Aufwendungen auf einen vermeintlich wirksamen, tatsächlich aber unwirksamen Vertrag erfasst, nicht dagegen Aufwendungen auf einen tatsächlich wirksamen, jedoch unwirtschaftlichen Vertrag, welche Vermögensdifferenz der Kläger hier geltend macht.

Schuldet jemand in einem – für das Vorhaben bedeutsamen – Einzelpunkt Aufklärung, so braucht er im Falle eines Fehlers lediglich für die Risiken einzustehen, für deren Einschätzung die geschuldete Aufklärung maßgeblich war (vgl. BGH,

Urteil vom 3.12.1991, XI ZR 300/90, Rdnr. 19, juris; BGH, Urteil vom 20.11.1997, IX ZR 286/96, Rdnr. 6, juris; BGH, Urteil vom 6.6.2002, III ZR 206/01, Rdnr. 17, juris; BGH, Urteil vom 13.2.2003, IX ZR 62/02, Rdnr. 8, juris; BGH, Urteil vom 19.12.2000, XI ZR 349/99, Rdnr. 17, juris). Dafür dagegen, dass das Vorhaben insgesamt erfolversprechend ist, trifft ihn keine Verantwortung. Unterläuft ihm ein Fehler, so kann der Umstand, dass der Adressat der Beratung bei fehlerfreier Beratung oder Aufklärung das Geschäft nicht abgeschlossen hätte, es im Allgemeinen nicht rechtfertigen, dem Beratungs- oder Aufklärungspflichtigen den gesamten mit dem fehlgeschlagenen Vorhaben verbundenen Schaden aufzuerlegen (BGH, Urteil vom 3.12.1991, XI ZR 300/90, Rdnr. 19, juris; vgl. auch BGH, Urteil vom 20.11.1997, IX ZR 286/96, Rdnr. 6, juris).

So liegt der Fall hier: Der beklagte Notar schuldete – allenfalls – Hinweise auf Bedenken gegen die Gültigkeit der Antragserklärung vom 12.12.2008 und auf Zweifel daran, ob der Vertrag wegen § 148 BGB durch die Annahme am 27.1.2009 noch zustande kommen konnte. Keinesfalls schuldete er eine Aufklärung oder Beratung darüber, dass der Kläger in seiner Dispositionsfreiheit unbeschränkt sei und von dem Vertrag Abstand nehmen kann, noch gar, ob das von dem Kläger intendierte Immobiliengeschäft für diesen eine wirtschaftlich günstige oder auch nur rentable Anlage und die Verkäuferin eine verlässliche Vertragspartnerin sei. Für diese Risiken hat der beklagte Notar daher auch nicht einzustehen.

Es kommt in diesem Zusammenhang nicht darauf an, dass die Inhaltskontrolle nach § 308 Nr. 1 BGB, welcher Vorschrift die in Rede stehende Vertragsklausel unterliegt, verhindern soll, dass der Vertragspartner des Verwenders in unangemessener Weise in seiner Dispositionsfreiheit beschnitten wird und dieser vor den Nachteilen bewahrt werden soll, die sich aus einer zu langen Annahmefrist ergeben (BGH, Urteil vom 11.6.2010, V ZR 85/09, Rdnr. 25, juris). Der Schutzzweck des § 308 Nr. 1 BGB ist nämlich von demjenigen der notariellen Belehrungspflicht strikt zu trennen: Während die gesetzliche Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen den Vertragspartner des Verwenders vor den nachteiligen Folgen einseitig belastender Klauseln bewahren soll und diesen Zweck durch die Sanktion der Nichtigkeit dieser Klauseln erreicht, schützt die – hier unterstellte – Pflicht des Notars, auf Bedenken gegen die Rechtzeitigkeit der Annahmeerklärung hinzuweisen, das Interesse beider Vertragsparteien an dem Abschluss eines wirksamen Vertrages und dient seinen aus § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG und § 14 Abs. 1 Satz 2 BNotO abzuleitenden Pflichten, nur an Beurkundungen mitzuwirken, die auf den Abschluss wirksamer und dem Willen der Beteiligten entsprechender Verträge abzielen.

c) Gerade dieses Risiko – ein unwirksamer Kaufvertrag – aber hat sich nicht verwirklicht, sondern andere Risiken, nämlich dasjenige, dass die Verkäuferin in Insolvenz fallen könnte, ein Risiko, welches den Kläger auch bei einer Belehrung durch den Notar über die möglicherweise überlange Annahmefrist gleichermaßen getroffen hätte. Das durch die beschriebene Belehrungspflicht geschützte Risiko hat sich nicht verwirklicht, weil zwischen dem Kläger und der Verkäuferin ein wirksamer Vertrag zustande gekommen ist.

(...)

Kostenrecht

20. KV GNotKG Nr. 14110 Nr. 1 Abs. 1 (*Zur Gebührenfreiheit der Eigentumseintragung bei Ausübung eines durch letztwillige Verfügung eingeräumten Übernahmerechts*)

Die Gebührenbefreiung der Nr. 14110 Nr. 1 Abs. 1 Satz 1 und 2 KV GNotKG begünstigt auch die Eintragung eines Erben des eingetragenen Eigentümers, dessen Erwerb erfolgt ist durch die Ausübung eines erbvertraglich eingeräumten Übernahmerechts und Abschluss eines Übernahmevertrags zwischen sämtlichen Erben einschließlich Auflassung, Eintragungsbewilligung und -antrag.

OLG Stuttgart, Beschluss vom 16.7.2015, 8 W 255/15

Im Grundbuch von S.-F. war als Alleineigentümer des Grundbesitzes Gemarkung S., Bl. ..., Flurstück ..., Gebäude- und Freifläche, ..., bebaut mit einem 3-Familienhaus, der Erblasser ... eingetragen, der am 11.3.2014 verstorben ist.

Aufgrund des notariellen Erbvertrags zwischen ihm und seiner Ehefrau vom 7.9.2004 wurden nach dem Letztversterbenden die acht gemeinsamen Kinder zu gleichen Teilen als Erben eingesetzt, so auch der Kostenschuldner zu einem Achtel.

In § 4 des Erbvertrags wurde diesem ein Übernahmerecht an dem vorgenannten Grundstück eingeräumt zu einem Übernahmepreis von 90 % des Verkehrswerts, der durch den Gutachterausschuss der Stadt Stuttgart festgestellt werden sollte.

Das Übernahmerecht wurde vom Kostenschuldner ausgeübt und infolgedessen schlossen die Erben am 9.3.2015 einen notariellen Übernahmevertrag, wonach der [Kostenschuldner] das Grundstück übertragen erhielt zu einem Übernahmepreis von 283.500 € (90 % des von der Stadt Stuttgart ermittelten Verkehrswertes von 315.000 €), wovon auf jeden Miterben ein Teilbetrag von 35.437,50 € entfiel.

In dem notariellen Vertrag wurde zugleich die Auflassung erklärt und vom Veräußerer die Eintragung der Eigentumsänderung in das Grundbuch bewilligt sowie vom Erwerber beantragt.

Nach Vollzug der Eigentumsänderung hat das Notariat – GBA – S. mit der Kostenrechnung vom 11.3.2015 nach Nr. 14110 GNotKG-KV beim Kostenschuldner eine Gebühr von 535 € erhoben, gegen deren Ansatz sich dieser mit seiner Erinnerung vom 8.5.2015 gewandt hat.

Nach Nichtabhilfe durch das Notariat vom 20.5.2015 und Einholung einer Stellungnahme der Bezirksrevisorin vom 2.6.2015 hat das AG Stuttgart-Bad Cannstatt mit Beschluss vom 3.6.2015 die Erinnerung als unbegründet zurückgewiesen.

Hiergegen hat der Kostenschuldner mit Schreiben vom 18.6.2015, eingegangen am 22.6.2015, Beschwerde erhoben, der das AG mit Beschluss vom 22.6.2015 nicht abgeholfen hat. Die dem LG Stuttgart zur Entscheidung vorgelegten Akten wurden von diesem an das zuständige OLG abgegeben.

Aus den Gründen:

II.

Die gemäß § 81 Abs. 2 Satz 1 GNotKG statthafte und auch im Übrigen zulässige Beschwerde hat in der Sache Erfolg.

Während in § 60 Abs. 4 KostO geregelt war, dass die Gebühren nach den Abs. 1-3 nicht erhoben werden bei Eintragung von Erben des eingetragenen Eigentümers, wenn der Eintragungsantrag binnen zwei Jahren seit dem Erbfall bei dem Grundbuchamt eingereicht wird, hat der Gesetzgeber die hier zur Anwendung kommende Gebührennorm Nr. 14110 GNotKG-KV abgeändert:

„Eintragung

1. eines Eigentümers oder von Miteigentümern oder
2. von den Gesellschaftern einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Wege der Grundbuchberichtigung; 1,0

(1) Die Gebühr wird nicht für die Eintragung von Erben des eingetragenen Eigentümers oder von Erben des Gesellschafters bürgerlichen Rechts erhoben, wenn der Eintragungsantrag binnen zwei Jahren seit dem Erbfall bei dem Grundbuchamt eingereicht wird. Dies gilt auch, wenn die Erben erst infolge einer Erbauseinandersetzung eingetragen werden.

(2) ...“

Im Gesetzesentwurf der Bundesregierung (BT-Drucks. 17/11471, S. 206) ist hierzu ausgeführt:

„Abs. 1 der Anm. übernimmt die in § 60 Abs. 4 KostO enthaltene Privilegierung für die Eintragung von Erben des eingetragenen Eigentümers und erweitert diese um Erben des Gesellschafters bürgerlichen Rechts ... Die Grundbuchberichtigung dient dem öffentlichen Interesse an der Richtigkeit der Grundbücher. Satz 2 der Anmerkung ist neu und soll die umstrittene Frage, ob Erben, die infolge einer Erbauseinandersetzung im Grundbuch eingetragen werden, noch an der Gebührenvergünstigung teilnehmen (vgl. dazu *Korintenberg/Lappel/Bengell/Reimann*, KostO, 18. Aufl., § 60 Rdnr. 59, 60), positiv entscheiden. Durch diese Vergünstigung soll die zeitnahe Auseinandersetzung von Erbengemeinschaften gefördert werden, um die Perpetuierung im Grundbuch möglichst zu vermeiden. Andernfalls kann es bereits nach wenigen aufeinanderfolgenden Erbfällen zu höchst unübersichtlichen Grundbüchern kommen, deren Bereinigung oftmals auch erhebliche materiellrechtliche Schwierigkeiten nach sich ziehen kann.“

Bei der erforderlichen Subsumtion unter die Gebührennorm der Nr. 14110 GNotKG ist vorliegend festzustellen, dass es sich um die Eintragung eines Erben des eingetragenen Eigentümers handelt, allerdings nicht im Wege der Grundbuchberichtigung, sondern nach Ausübung des erbvertraglich eingeräumten Übernahmerechts, Abschluss eines Übernahmevertrages zwischen sämtlichen Erben einschließlich Auflassung, Eintragungsbewilligung und -antrag.

Nachdem dieser auch binnen zwei Jahren seit dem Erbfall bei dem Grundbuchamt eingereicht worden ist, verbleibt ausschließlich die Problematik, ob das vom Erblasser eingeräumte und von sämtlichen Erben vollzogene Übernahmerecht bezüglich eines Nachlassgegenstandes, des streitgegenständlichen Grundstücks, unter den Begriff der Erbauseinandersetzung fällt.

Denn der Erwerb aufgrund Erbauseinandersetzung ist gebührenfrei. Voraussetzung ist – wie vorliegend erfüllt –, dass an der Auseinandersetzung ausschließlich Erben beteiligt sind. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des Gesetzes, der auf die Eintragung „der Erben“ im Wege der Erbauseinandersetzung abstellt. Unerheblich ist, auf welchem Weg die Erbauseinandersetzung erfolgt. Privilegiert sind sowohl die dingliche Übertragung des Grundstücks selbst durch Auflassung und Eintragung (Auseinandersetzungsvertrag/Teilungsanordnung mit Auflassung, §§ 2042, 2048, 925 BGB) als auch die Auseinandersetzung durch Übertragung des Erbteils (§ 2033 BGB) und die formlose Absichtungsvereinbarung aller Erben (*Böhringer*, BWNotZ 2014, 17 ff.; *Gutfried in Bormann/Diehl/Sommerfeldt*, GNotKG, 2014, Nr. 14110 GNotKG-KV Rdnr. 22-23; *Heyl in Korintenberg*, GNotKG, 19. Aufl. 2015, Nr. 14110 GNotKG-KV Rdnr. 44-46; *Drempetic in Fackelmann/Heinemann*, GNotKG, 1. Aufl. 2013, Nr. 14110 GNotKG-KV Rdnr. 23; *Schulz in Renner/Otto/Heinze*, GNotKG, 2013, Nr. 14110 GNotKG-KV Rdnr. 12, je m. w. N.).

Vorliegend hat der Erblasser selbst in dem notariellen Erbvertrag eine Anordnung für die Auseinandersetzung gemäß

§ 2048 BGB getroffen, indem er einem Miterben, dem Kostenschuldner, das Recht eingeräumt hat, einen Nachlassgegenstand, das streitgegenständliche Grundstück, unter Anrechnung eines bestimmten bzw. eines zu bestimmenden Wertes zu übernehmen.

Ein solches Übernahmerecht verpflichtet den Miterben nicht zur Übernahme des zugewiesenen Gegenstands, sondern es steht ihm nach der Erblasserordnung frei, diesen gegen Wertausgleich zu übernehmen. Er hat ein Gestaltungsrecht in Form eines Übernahmerechts. Der Anspruch auf Übertragung zum Übernahmepreis entsteht erst durch seine Erklärung, vom Übernahmerecht Gebrauch machen zu wollen (*Ann* in MünchKommBGB, 6. Aufl. 2013, § 2048 BGB Rdnr. 7 und 10; *Lohmann* in BeckOK-BGB, Stand 1.11.2014, § 2048 Rdnr. 2; *Hoeren* in *Schulze* u. a., BGB, 8. Aufl. 2014, § 2048 Rdnr. 1 ff.; *Staudinger/Werner*, 2010, § 2048 Rdnr. 6 ff.; *Palandt/Weidlich*, 74. Aufl. 2015, § 2048 Rdnr. 9, je m. w. N.).

Ob dieses Übernahmerecht eine Teilungsanordnung (ohne Begünstigungswillen des Erblassers) beinhaltet oder ein Vorausvermächtnis zugunsten eines Miterben, um diesem einen Vermögensvorteil gegenüber den anderen Miterben einzuräumen (*Hoeren* in *Schulze* u. a., a. a. O., § 2048 Rdnr. 3 ff.; *Stürner* in *Jauernig*, BGB, 15. Aufl. 2014, Rdnr. 4; *Staudinger/Ann*, a. a. O., § 2048 Rdnr. 6 ff.; BGHZ 36, 115; BGH, MDR 1962, 470; BGH, FamRZ 1987, 475, je m. w. N.), bedarf im Grundbuchverfahren und dem sich hieraus ergebenden Kostenansatz keiner Entscheidung. Denn auch beim Vorliegen eines Vorausvermächtnisses (§ 2150 BGB) wird der Miterbe nicht zu einem bloßen Vermächtnisnehmer, der schon begrifflich kein Erbe ist, sondern er behält seine Erbenstellung, die Voraussetzung für die Gebührenfreiheit nach Nr. 14110 GNotKG-KV ist (*Heyl* in *Korintenberg*, a. a. O., Nr. 14110 GNotKG-KV Rdnr. 42 m. w. N.).

Unerheblich ist dabei, dass ihm das Vermächtnis auch verbleiben würde, wenn er das Erbe ausschlägt – wie hier gerade nicht. Dann würde die Gebührenbefreiung allein schon am Verlust der Erbenstellung scheitern.

Die letztwillige Anordnung des Übernahmerechts durch den Erblasser beinhaltet danach aber zweifellos die Anordnung einer Erbauseinandersetzung gemäß § 2048 BGB und erfüllt damit die Gebührenprivilegierung der Nr. 14110 GNotKG-KV.

Dass durch die Ausübung des Übernahmerechts lediglich eine Teilauseinandersetzung stattgefunden hat und die Erbengemeinschaft bezüglich des verbleibenden Nachlasses bestehen bleibt, steht der Gebührenfreiheit nicht entgegen, da die Erbauseinandersetzung bezüglich des durch ein Übernahmerecht zugewiesenen Grundstücks bei dessen Ausübung und Vollzug endgültig abgeschlossen ist und von dem Fortbestehen der Erbengemeinschaft hinsichtlich des weiteren Nachlasses nicht berührt wird, so dass der gesetzgeberische Zweck der Begünstigung zur Verhinderung der Perpetuierung von Erbengemeinschaften bezogen auf das hier allein betroffene Grundbuchrecht nicht als verfehlt angesehen werden kann (vgl. zur Problematik: *Heyl* in *Korintenberg*, a. a. O., Nr. 14110 GNotKG-KV Rdnr. 47).

Demzufolge nimmt der Kostenschuldner zu Recht die Gebührenbefreiung der Nr. 14110 Z. 1 Abs. 1 Satz 1 und 2 GNotKG-KV in Anspruch und auf seine Beschwerde waren die Erinnerungsentscheidung des AG Stuttgart-Bad Cannstatt und der Kostenansatz des Grundbuchamts S.-F. bezüglich der Eigentumsänderung i. H. v. 535 € abzuändern bzw. aufzuheben.

(...)

Öffentliches Recht

21. BauGB § 11 Abs. 2 Satz 1; ErbbauRG § 2 Nr. 1 und 4 (*Selbstnutzungspflicht für Dauer eines Erbbaurechts*)

- 1. Das Gebot angemessener Vertragsgestaltung hindert eine öffentliche Körperschaft nicht daran, in einem Erbbaurechtsvertrag mit einem Privaten Verwendungsbeschränkungen und Heimfallrechte für die gesamte Dauer des Erbbaurechts und damit regelmäßig für einen Zeitraum von mehr als 30 Jahren zu vereinbaren (Abgrenzung zu Senat, NJW-RR 2006, 1452 Rdnr. 16).**
- 2. Das Gebot verhältnismäßiger Ausübung vertraglicher Rechte verpflichtet eine öffentliche Körperschaft, die ein zu Wohnzwecken dienendes Erbbaurecht an einen Privaten ausgegeben hat, eine mit der Durchsetzung des Heimfallanspruchs verbundene Härte für den Erbbauberechtigten zu vermeiden, wenn das unter Wahrung des mit der Ausgabe des Erbbaurechts verfolgten Zwecks möglich ist.**

BGH, Urteil vom 26.6.2015, V ZR 144/14

Die Klägerin ist die durch Zusammenschluss mehrerer Kommunen entstandene Gemeinde einer nordfriesischen Insel. Sie ist Eigentümerin mehrerer Grundstücke, die mit 1955 errichteten, aus jeweils vier Einheiten bestehenden Reihenhäuserzeilen bebaut sind. Mit notariellem Vertrag vom 15.12.2005 bestellte die Rechtsvorgängerin der Klägerin an einem der Grundstücke für sich selbst ein Erbbaurecht mit einer Laufzeit von 99 Jahren, welches durch Teilungserklärung von selben Tage in vier Wohnungserbbaurechte (je „Hausscheibe“ nebst dazugehöriger unbebauter Fläche) aufgeteilt worden ist. § 5 des Erbbaurechtsvertrags (im folgenden ErbbV) lautet auszugsweise:

„§ 5 Verwendung des Bauwerks

1. Der Berechtigte ist verpflichtet, das Bauwerk unter Abschluss jeder anderen Verwendung wie folgt zu verwenden:

Wohngebäude für den Wohnungserbbauberechtigten und die evtl. in seinem Haushalt lebenden Familienangehörigen und/oder Lebenspartner/in zu Dauerwohnzwecken (räumlicher Schwerpunkt der gesamten Lebensverhältnisse = Hauptwohnsitz im Sinne des Landesmeldegesetzes).

Der Eigentümer bezweckt mit der Vergabe des Erbbaurechts die Deckung des Wohnbedarfs der ortsansässigen Bevölkerung, insbesondere von Bevölkerungsgruppen mit besonderen Wohnraumversorgungsproblemen. Dem Berechtigten ist bekannt, dass der Eigentümer ihm das Erbbaurecht nur zu dem vorstehenden Verwendungszweck einräumt. Er ist verpflichtet, es ausschließlich für diesen Zweck zu nutzen und diese Nutzung auf Verlangen jederzeit nachzuweisen.“ (...)

Gemäß § 13 Nr. 1d ErbbV ist der Berechtigte auf Verlangen des Eigentümers verpflichtet, das Erbbaurecht auf diesen oder auf einen von diesem zu benennenden Dritten zu übertragen (Heimfall), wenn er gegen § 5 Nr. 1 ErbbV verstößt. Nach § 13 Nr. 6 ErbbV verjährt dieser Heimfallanspruch in einem Jahr von dem Zeitpunkt an, in dem der Eigentümer von dem Vorhandensein der Voraussetzungen Kenntnis erlangt hat, ohne Rücksicht auf diese Kenntnis in 30 Jahren von dem Eintreten der Voraussetzungen an. In § 22 Satz 1 ErbbV ist bestimmt, dass der Erbbauberechtigte für die Nutzungsüberlassung an Dritte der vorherigen schriftlichen Zustimmung bedarf. Deren Erteilung steht nach Satz 2 im Ermessen des Eigentümers. Nach Satz 3 wird der Eigentümer die Zustimmung insbesondere dann nicht erteilen, wenn a) der Dritte nicht – sei es auch nur zu einem kleineren Anteil – Mitberechtigter des Erbbaurechts ist, b) der Dritte sich in dem vorzulegenden Nutzungsvertrag nicht verpflichtet hat, die Verwendung gemäß § 5 ErbbV einzuhalten, oder c) wenn die vereinbarte Miete oder das sonstige Nutzungsentgelt über der ortsüblichen Vergleichsmiete liegt.

In einem der auf dem Grundstück befindlichen Reihenhäuser wohnte der Großvater des Beklagten zur Miete. Mit notariellem Vertrag vom 3.3.2006 verkaufte die Rechtsvorgängerin der Klägerin das Wohnungserbbaurecht an eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, beste-

hend aus dem in einem anderen Bundesland wohnhaften Beklagten und seinem Großvater.

Nach dem Tod des Großvaters übertrug dessen Erben mit Zustimmung der Klägerin das zum Nachlass gehörende Wohnungserbaurecht auf den Beklagten. Dieser vermietete es im März 2010 an Mieter mit erstem Wohnsitz in der Gemeinde. Nach einem Mieterhöhungsverlangen des Beklagten wandten sich die Mieter im November 2011 an die Klägerin. Diese erklärte gegenüber dem Beklagten im Dezember 2011, dass sie in der Vermietung einen Verstoß gegen § 5 ErbbV sehe und seine Stellungnahme innerhalb von zwei Wochen erwarte. Der Beklagte antwortete, der frühere Leiter des kommunalen Liegenschaftsbetriebes habe bereits vor der Beurkundung des Kaufvertrags über das Erbbaurecht mündlich sein „OK“ zu einer Vermietung an eine ortsansässige Familie nach dem Tode des Großvaters gegeben. Im August 2012 forderte die Klägerin den Beklagten unter Fristsetzung bis zum 15.10.2012 auf, die Wohnung entsprechend der Regelung im Erbbaurechtsvertrag zu nutzen und drohte die Geltendmachung des Heimfallanspruchs an, dessen Ausübung sie danach erklärte.

Mit der Klage nimmt die Klägerin den Beklagten auf Rückübertragung des Wohnungserbaurechts sowie auf Räumung und Herausgabe des Erbbaugrundstücks in Anspruch. Das LG hat die Klage abgewiesen, das OLG hat ihr stattgegeben. Mit der von dem OLG zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, möchte der Beklagte die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils erreichen.

Das Berufungsgericht meint, die Voraussetzungen für die Geltendmachung des Heimfalls seien erfüllt, weil der Beklagte das Reihenhäuser nicht als Wohnung für sich oder seine Angehörigen nutze, sondern ohne Zustimmung der Klägerin an Dritte vermiete. Einer Beweisaufnahme über das Vorbringen des Beklagten zu den Erklärungen des früheren Betriebsleiters über die Zulässigkeit einer Nutzung des Erbbaurechts durch Vermietung an ortsansässige Mieter bedürfe es nicht, da den behaupteten Erklärungen allenfalls ein Hinweis auf die Möglichkeit einer Zustimmung nach § 22 ErbbV zu entnehmen sei. Die Nutzungsbeschränkung (§ 5 ErbbV) – wie auch die daran anknüpfende Heimfallregelung (§ 13 Nr. 1d ErbbV) – hätten ohne zeitliche Begrenzung wirksam in Allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbart werden können. Die Geltendmachung des Heimfallanspruchs verstoße auch nicht gegen § 242 BGB. Es liege weder ein widersprüchliches Verhalten der Klägerin noch ein Verstoß gegen das Übermaßverbot vor. Der Beklagte könne sich schließlich nicht mit Erfolg auf Verjährung berufen.

Aus den Gründen:

II.

Das hält revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

1. Das Berufungsgericht nimmt zutreffend an, dass der Beklagte zur Rückübertragung des Erbbaurechts verpflichtet sein kann. Das vereinbarte Heimfallrecht begründet nach § 2 Nr. 4 ErbbauRG einen Anspruch des Grundstückseigentümers gegen den Erbbauberechtigten auf Übertragung des Erbbaurechts gemäß § 11 Abs. 2 ErbbauRG, § 873 BGB (Senat, Urteil vom 20.4.1990, V ZR 301/88, BGHZ 111, 154, 156; Urteil vom 18.5.1990, V ZR 190/89, NJW-RR 1990, 1095, 1096).

a) Zu Recht bejaht das Berufungsgericht das Vorliegen der in dem Erbbaurechtsvertrag bestimmten Voraussetzungen des Heimfallanspruchs.

aa) Der Beklagte verstößt gegen die Pflicht zur Selbstnutzung, weil er in dem Reihenhäuser nicht wohnt, sondern es durch Vermietung an Dritte nutzt. Der Befreiungstatbestand in § 22 ErbbV greift wegen Fehlens einer Zustimmung der Klägerin zur Vermietung nicht ein.

bb) Der Erbbaurechtsvertrag ist nicht (mündlich) dahin ergänzt worden, dass die Vermietung an Ortsansässige zur ortsüblichen Miete einer Zustimmung der Klägerin nicht bedarf.

Anderes ergibt sich auch nicht aus den von dem Beklagten behaupteten Erklärungen des Bevollmächtigten der Klägerin, des damaligen Leiters ihres Eigenbetriebs, zur Zulässigkeit einer künftigen Vermietung an Dritte nach dem Tod des Großvaters. Das Vorbringen des Beklagten ist in Bezug auf das Zustandekommen einer vertragsergänzenden Vereinbarung un schlüssig. Eine solche Absprache ergibt sich aus den behaupteten Erklärungen nämlich auch dann nicht, wenn man diese nicht – wie das Berufungsgericht – nur als einen Hinweis auf die Regelung in § 22 ErbbV, sondern – wie die Revision – als Aussage des Betriebsleiters dazu versteht, wie die Klägerin ihr Ermessen in den Fällen einer Vermietung ausübt. Eine Erklärung über die Handhabung einer vertraglichen Regelung enthält kein Angebot zu deren Ergänzung oder Änderung, insbesondere nicht den Verzicht auf ein vertragliches Zustimmungserfordernis.

b) Die vertraglichen Regelungen in § 5 Nr. 1 und § 13 Nr. 1d ErbbV (die Verpflichtung des Erbbauberechtigten zur Selbstnutzung und der Heimfallanspruch bei einem Verstoß gegen diese Pflicht) sieht das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei als wirksam an.

aa) Es handelt sich um zulässige Vereinbarungen über den vertragsmäßigen Inhalt eines Erbbaurechts. § 5 Nr. 1 ErbbV enthält eine Vereinbarung über die Verwendung des Bauwerks gemäß § 2 Nr. 1 Fall 3 ErbbauRG, § 13 Nr. 1d ErbbV ein Heimfallrecht nach § 2 Nr. 4 ErbbauRG mit der erforderlichen Benennung des Heimfallgrunds (vgl. Senat, Urteil vom 28.9.1984, V ZR 135/83, NJW 1985, 1464, 1465). Die Verletzung einer Pflicht nach § 2 Nr. 1 ErbbauRG als Heimfallgrund zu bestimmen (vgl. Senat, Urteil vom 24.2.1984, V ZR 187/82, NJW 1984, 2213, 2214; Urteil vom 28.9.1984, V ZR 135/83, a. a. O.), ist unbedenklich, weil nach dem ErbbauRG grundsätzlich jedes Ereignis als den Heimfallanspruch auslösend vereinbart werden kann (Senat, Urteil vom 11.7.2003, V ZR 56/02, NJW-RR 2003, 1524).

bb) Der Erbbaurechtsvertrag verstößt nicht gegen das Gebot angemessener Vertragsgestaltung (§ 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB).

(1) Die Bestimmungen des Erbbaurechtsvertrags sind allerdings an diesem Gebot zu messen. Das Gebot gilt für alle Verträge über Erbbaurechte, die von öffentlichen Körperschaften in Verfolgung eines öffentlichen Zwecks zur Ausgabe an Private bestellt werden, wobei es nicht darauf ankommt, ob die Körperschaft den Erbbaurechtsvertrag mit dem Privaten schließt oder – wie hier – ein für sich selbst auf ihrem Grundstück bestelltes (Wohnungs-)Erbbaurecht an den Privaten veräußert. Der Erwerber ist nämlich auch im zuletzt genannten Fall an die Bestimmungen des Erbbaurechtsvertrags gebunden, weil das, was nach § 2 ErbbauRG als vertragsmäßiger Inhalt des Erbbaurechts bestimmt worden ist, mit der Bildung der Wohnungserbaurechte auch zu deren Inhalt gehört (BayObLGZ 1989, 354, 357).

Ob der hier zu beurteilende Kaufvertrag über das Erbbaurecht ein städtebaulicher Vertrag im Sinne des § 11 Abs. 1 BauGB ist, auf den § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB unmittelbar anzuwenden wäre, ist allerdings zweifelhaft. An dem für städtebauliche Verträge erforderlichen Zusammenhang mit der gemeindlichen Bauleitplanung (vgl. Senat, Urteil vom 30.9.2005, V ZR 37/05, WM 2006, 300, 301) dürfte es hier fehlen, weil die Klägerin an bereits vor mehreren Jahrzehnten bebauten Grundstücken Erbbaurechte bestellt und diese anschließend veräußert hat. Ob § 11 BauGB einschlägig ist, kann im Ergebnis allerdings dahinstehen, da das Gebot zur angemessenen Vertragsgestaltung auf dem allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beruht und daher auch ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung für das ge-

samte Handeln der öffentlichen Körperschaften im Rechtsverkehr mit Privaten bestimmend ist (Senat, Urteil vom 30.9.2005, V ZR 37/05, a. a. O.).

(2) Verwendungsbeschränkungen und Heimfallrechte in einem Erbbaurechtsvertrag verstoßen auch dann nicht gegen das Gebot angemessener Vertragsgestaltung, wenn sie für die gesamte Dauer des Erbbaurechts und damit regelmäßig für einen Zeitraum von mehr als 30 Jahren vereinbart werden.

(a) Das Gebot angemessener Vertragsgestaltung verlangt, dass bei wirtschaftlicher Betrachtung des Gesamtvorgangs die Gegenleistung nicht außer Verhältnis zu der Bedeutung und dem Wert der von der Behörde erbrachten oder zu erbringenden Leistung steht und dass die vertragliche Übernahme von Pflichten auch ansonsten zu keiner unzumutbaren Belastung für den Vertragspartner der Behörde führt (vgl. Senat, Urteil vom 29.11.2002, V ZR 105/02, BGHZ 153, 93, 101).

(b) Bei preissubventionierten Grundstücksverkäufen durch Gemeinden, die Gegenstand der bisherigen Entscheidungen des Senats waren, bedarf es allerdings einer Befristung der durch Nachzahlungsansprüche (Senat, Urteil vom 29.11.2002, V ZR 105/02, BGHZ 153, 93; Urteil vom 13.10.2006, V ZR 33/06, NJW-RR 2007, 962; Urteil vom 16.4.2010, V ZR 175/09, NJW 2010, 3505) oder durch Rückerwerbsrechte (Urteil vom 30.9.2005, V ZR 37/05, NJW-RR 2006, 298; Urteil vom 21.1.2006, V ZR 252/05, NJW-RR 2006, 1452) abgesicherten Verpflichtung der Käufer, das Grundstück selbst zu Wohnzwecken zu nutzen. Auf städtebaulichen oder subventionsrechtlichen Gründen beruhende Beschränkungen der Käufer müssen zeitlich begrenzt sein (vgl. Senat, Urteil vom 29.11.2002, V ZR 105/02, BGHZ 153, 93, 104; Urteil vom 16.4.2010, V ZR 175/09, ZfLR 2010, 462 Rdnr. 14, 16). Nutzungs- und Verfügungsbeschränkungen mit einer 30 Jahre übersteigenden Bindung in städtebaulichen Verträgen über Grundstücke, die an Einzelpersonen zur Errichtung von Einfamilienhäusern verkauft werden, sind in aller Regel als unverhältnismäßig anzusehen (Senat, Urteil vom 29.10.2010, V ZR 48/10, NJW 2011, 515 Rdnr. 18; Urteil vom 20.5.2011, V ZR 76/10, NJW-RR 2011, 1582 Rdnr. 20). Das mit dem verbilligten Verkauf verbundene Ziel, einer Familie zu einem Eigenheim und damit zu einer Lebensgrundlage zu verhelfen, ist als erreicht anzusehen, wenn das veräußerte Grundstück für die Dauer einer Generation, also für etwa 30 Jahre, selbst genutzt worden ist (Senat, Urteil vom 21.7.2006, V ZR 252/05, NJW-RR 2006, 1452 Rdnr. 15). Eine darüber hinausgehende Bindungsdauer dient vor dem Hintergrund, dass heute kaum ein Eigenheim über 90 Jahre von derselben Familie genutzt wird, letztlich nur noch dem gegenüber dem Erbbauberechtigten nicht mehr gerechtfertigten Zweck, durch an die Nichteinhaltung der Selbstnutzungspflicht anknüpfende Nachzahlungsansprüche oder Wiederkaufsrechte die Subvention sowie zwischenzeitlich eingetretene Bodenwertsteigerungen von dem Käufer oder dessen Rechtsnachfolger ganz oder teilweise wieder abzuschöpfen (Senat, Urteil vom 21.7.2006, V ZR 252/05, a. a. O., Rdnr. 16).

(c) Verwendungsbeschränkungen und an deren Verletzung anknüpfende Heimfallrechte in Verträgen über von öffentlichen Körperschaften ausgegebene Erbbaurechte sind jedoch anders zu beurteilen.

(aa) Eine Vereinbarung gemäß § 2 Nr. 1 ErbbauRG, nach der der Erbbauberechtigte das gekaufte oder von ihm errichtete Bauwerk für die gesamte Zeit, in der das Erbbaurecht besteht, selbst zu Wohnzwecken zu nutzen hat, steht nicht in einem unangemessenen Verhältnis zu dem Wert der von dem Grundstückseigentümer mit der Bestellung des Erbbaurechts erbrachten Leistung.

Ein für die Beurteilung der Angemessenheit wesentlicher Unterschied zu vergleichbaren Selbstnutzungsverpflichtungen des Käufers in Grundstückskaufverträgen ergibt sich bereits daraus, dass die Verwendungsbeschränkung in den Erbbaurechtsverträgen nicht – jedenfalls nicht primär – städtebaulichen oder subventionsrechtlichen Zwecken, sondern der Sicherung der mit der Ausgabe der Erbbaurechte von dem Grundstückseigentümer verfolgten (hier sozialen) Zielsetzung dient, deretwegen er sein Grundstück mit dem Erbbaurecht belastet hat. Verwendungsbeschränkungen in Erbbaurechtsverträgen liegt zugrunde, dass der Grundstückseigentümer das Eigentum an dem Grundstück nicht übertragen, sondern es behalten und durch die Ausgabe von Erbbaurechten auf dessen weitere Nutzung Einfluss nehmen will. Die Sicherung dieses Zwecks für die gesamte Laufzeit des Erbbaurechts ist als legitim angesehen und zu dessen Sicherung die Vorschrift des § 2 Nr. 1 ErbbauRG (früher ErbbauVO) geschaffen worden, nach der die Verwendungsbeschränkung als Inhalt des dinglichen Rechts vereinbart werden kann. Die Parteien eines Erbbaurechtsvertrags sollen verlangen können, dass diese Verpflichtungen für die gesamte Dauer des Erbbaurechts eingehalten werden (Begründung zu § 2 im Reichsanzeiger Nr. 26 vom 31.1.1919).

Der mit der Bestellung eines Erbbaurechts verfolgte Zweck dauert solange an, wie das Erbbaurecht besteht. Er endet nicht bereits dann, wenn das Erbbaurecht in einer Generation entsprechend dem vereinbarten Inhalt des dinglichen Rechts gemäß genutzt worden ist. Eine Befristung der Bindung des Erbbauberechtigten auf 30 Jahre liefe dem Zweck eines Erbbaurechts zuwider. Sie führte bei den üblicherweise längeren, an der wirtschaftlichen Nutzungsdauer der Bauwerke orientierten Laufzeiten der Erbbaurechte regelmäßig dazu, dass für die längste Zeit, in der das Erbbaurecht besteht, nicht sichergestellt wäre, dass es dem Zweck dient, zu dem es ausgegeben wurde.

(bb) Die Ausübung des Heimfallanspruchs wegen Verstoßes gegen eine Selbstnutzungsverpflichtung führt auch nicht zu einer dem Gebot angemessener Vertragsgestaltung widersprechenden Abschöpfung zwischenzeitlich eingetretener Bodenwertsteigerungen oder dem Erbbauberechtigten gewährter Subventionen.

Der Vorteil aus einer Steigerung des Bodenwerts verbleibt bei der Bestellung eines Erbbaurechts stets dem Grundstückseigentümer; dieser gebührt ihm unabhängig davon, ob der Erbbauberechtigte das Erbbaugrundstück zweckentsprechend verwendet oder nicht (vgl. Senat, Urteil vom 21.7.2006, V ZR 252/05, NJW-RR 2006, 1452 Rdnr. 21). Dem Erbbauberechtigten werden durch die Ausübung des Heimfallanspruchs allerdings Subventionen entzogen, wenn der Ausgeber – wie hier von dem Berufungsgericht festgestellt – das Erbbaurecht zu einem unter seinem Verkehrswert liegenden Preis veräußert hat. Sie werden dem Erbbauberechtigten für die Zukunft vorenthalten, wenn – was hier zwar von dem Berufungsgericht nicht festgestellt ist, aber nach dem von der Beklagten vorgelegten Gutachten nahe liegt – auch der vereinbarte Erbbauzins erheblich unter dem marktüblichen liegt. Ein Erbbaurechtsvertrag ist jedoch nicht deshalb unangemessen, weil mit der Ausübung des Heimfallrechts ein Verlust der dem Erbbauberechtigten gewährten Subventionsvorteile einhergeht. Wäre das in den von öffentlichen Körperschaften abgeschlossenen Erbbaurechtsverträgen nicht zulässig, weil auch in diesen nur auf maximal 30 Jahre beschränkte Selbstnutzungsverpflichtungen dem Verhältnismäßigkeitsgebot entsprächen, könnten die Erbbauberechtigten nach dem Wegfall der Nutzungsbindung auf Grund der Subventionierung höhere Erträge aus der Vermietung des Erbbaurechts erwirtschaften. Das liefe in

besonderer Weise dem durch die Vergabe zu günstigen Konditionen von den Erbbaurechtsausgebern verfolgten sozialen Zweck zuwider, minder bemittelten Personen ein Wohnen im eigenen Haus zu tragbaren Kosten zu ermöglichen.

(cc) Die mit einem Heimfallanspruch des Grundstückseigentümers bewehrte Verwendungsbeschränkung stellt allerdings – wie die mit einem Wiederkaufsrecht des Verkäufers verbundene langfristige Nutzungsbeschränkung in einem Grundstückskaufvertrag – auch in einem Erbbaurechtsvertrag für den Erbbauberechtigten eine besondere Belastung dar, weil er die ganze Zeit die Selbstnutzungsverpflichtung erfüllen muss, wenn er nicht Gefahr laufen will, das Erbbaurecht zu verlieren (vgl. zum Wiederkaufsrecht: Senat, Urteil vom 29.10.2010, V ZR 48/10, NJW 2011, 515 Rdnr. 20). Dieser Gesichtspunkt rechtfertigt es jedoch nicht, für die Laufzeit des Erbbaurechts vereinbarte Verwendungsbeschränkungen in einem von einer öffentlichen Körperschaft mit einem Privaten abgeschlossenen Erbbaurechtsvertrag generell als unzulässig anzusehen. Der Erbbaurechtsausgeber wäre andernfalls im Interesse der Sicherung des von ihm verfolgten Zwecks zur Bestellung kurzfristiger (auf 30 Jahre begrenzter) Erbbaurechte mit Verlängerungs- oder Erneuerungsoptionen genötigt, was dem Interesse des Erbbauberechtigten an einer nach der Nutzungsdauer des Bauwerks bemessenen Laufzeit des Erbbaurechts widerspräche. Langfristige Erbbaurechtsverträge sind für den Erbbauberechtigten auch deshalb wirtschaftlich günstig, weil der (bei den zu Wohnzwecken bestellten Erbbaurechten zudem nach § 9a ErbbauRG begrenzte) Anstieg des Erbbauzinses in der Vergangenheit hinter dem der Grundstückswerte zurückgeblieben ist und daher regelmäßig nicht der Rendite entspricht, die sonst aus dem Grundstückswert zu erzielen wäre (vgl. Senat, Urteil vom 14.10.1988, V ZR 175/87, NJW 1989, 2129, 2130). Diese Vorteile für den Erbbauberechtigten verstärken sich, wenn schon der bei Vertragsschluss vereinbarte Erbbauzins aufgrund der von dem Erbbaurechtsausgeber verfolgten sozialen Zielsetzungen unter dem marktüblichen liegt. Bei Berücksichtigung der berechtigten Interessen der Erbbaurechtsausgeber widerspräche es dem Gebot angemessener Vertragsgestaltung, die Zulässigkeit vertraglicher Nutzungsbeschränkungen in den von öffentlichen Körperschaften mit Privaten geschlossenen Erbbaurechtsverträgen auf die Dauer von 30 Jahren zu begrenzen, und es damit den Erbbauberechtigten zu ermöglichen, zulasten der öffentlichen Hand mit dem Zweck des Erbbaurechts unvereinbare, wirtschaftliche Vorteile zu ziehen.

Dass eine mit dem Heimfallrecht verbundene Verwendungsbeschränkung den Erbbauberechtigten besonders belastet, hat daher nicht die Unwirksamkeit der vertraglichen Regelung zur Folge. Dieser Umstand ist vielmehr bei der Ausübung des Heimfallanspruchs wegen eines Verstoßes gegen die Selbstnutzungsverpflichtung zu berücksichtigen, da das Verhältnismäßigkeitsgebot die öffentlichen Körperschaften auch dazu verpflichtet, ihre Rechte so auszuüben, dass im Einzelfall keine unzumutbaren Härten für ihre Vertragspartner entstehen (Senat, Urteil vom 16.4.2010, V ZR 175/09, NJW 2010, 3505 Rdnr. 18). Soweit der Senat in der Entscheidung vom 21.7.2006 (V ZR 252/06, NJW-RR 2006, 1452 Rdnr. 22) ausgeführt hat, dass in Erbbaurechtsverträgen vereinbarte Nutzungs- und Verfügungsbeschränkungen ebenso wie die mehr als 70 Jahre nach ihrer Begründung ausgeübten Wiederkaufsrechte, keinen Bestand hätten, hält er daran nicht fest.

cc) § 5 Nr. 1 und § 13 Nr. 1d ErbbV halten einer Prüfung an den Vorschriften über die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen (§§ 307 ff. BGB) ebenfalls stand. Die Verwendungsbeschränkung und das Heimfallrecht sind keine

in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksamen, den Vertragspartner des Verwenders nach Treu und Glauben unangemessen benachteiligenden Bestimmungen (§ 307 Abs. 1 Satz 1 BGB).

(1) Die Bestimmungen enthalten keine Abweichung von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, bei der nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB im Zweifel eine unangemessene Benachteiligung anzunehmen wäre. Ein gesetzliches Leitbild, nach dem der Erbbauberechtigte mit seinem Bauwerk nach Belieben verfahren kann, ist angesichts dessen, dass nach § 2 Nr. 1 ErbbauRG das Bauwerk betreffende Pflichten als Inhalt des dinglichen Rechts bestimmt werden können, dem Gesetz über das Erbbaurecht nicht zu entnehmen.

(2) Die vertraglichen Regelungen schränken die Rechte des Erbbauberechtigten auch nicht in einer den Vertragszweck gefährdenden Weise ein (§ 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB). Bei einem zu Wohnzwecken bestellten Erbbaurecht kommt das zwar in Betracht, wenn eine vertragliche Bestimmung dazu führt, dass der Erbbauberechtigte seine Wohnung verliert (vgl. Senat, Urteil vom 17.5.1991, V ZR 140/90, BGHZ 114, 338, 341). So verhält es sich bei § 13 Nr. 1d ErbbV aber nicht, weil der Heimfallgrund voraussetzt, dass der Erbbauberechtigte das Bauwerk nicht selbst zu Wohnzwecken nutzt.

dd) § 5 Nr. 1 und § 13 Nr. 1d ErbbV sind auch unionsrechtlich wirksam. Der Senat kann dies ohne eine Vorlage nach Art. 267 Abs. 3 AEUV entscheiden, weil die sich hier stellenden gemeinschaftsrechtlichen Rechtsfragen bereits Gegenstand mehrerer Entscheidungen des Gerichtshofs der Europäischen Union gewesen und danach eindeutig zu beantworten sind (vgl. EuGH, Urteil vom 6.10.1982, Rs C-281/81, CILFIT, ECLI: EU: C:1982:335 Rdnr.13, 14).

Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs sind nationale Maßnahmen, auch wenn sie die Ausübung der durch die europäischen Verträge garantierten Grundfreiheiten behindern oder weniger attraktiv machen, dann zulässig, wenn mit ihnen ein im Allgemeininteresse liegendes Ziel verfolgt wird, wenn sie geeignet sind, dessen Erreichung zu gewährleisten und wenn sie nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung des verfolgten Ziels erforderlich ist (EuGH, Urteil vom 8.5.2013, Rs C-197/11 und Rs C-203/11, Libert u. a. und All Projects & Development NV, ECLI: EU: C:2013:288 Rdnr. 48 m. w. N.). Erfordernisse der sozialen Wohnungspolitik eines Mitgliedsstaats sind zwingende Gründe des Allgemeininteresses, die Beschränkungen der Grundfreiheiten rechtfertigen können (EuGH, Urteil vom 1.10.2009 – Rs C-567/07, Woningstichting Sint Servatius, ECLI: EU: C:2009:593 Rdnr. 30 und Urteil vom 8.5.2013, Rs C-197/11 und Rs C-203/11, Libert u. a. und All Projects & Development NV u. a., a. a. O., Rdnr. 52). Danach ist eine mögliche Beeinträchtigung der Grundfreiheiten hier unbedenklich. Das Gebot zur Selbstnutzung und der an dessen Verletzung anknüpfende Heimfallanspruch sind erforderliche und angemessene Mittel, um den von der Klägerin mit der Ausgabe der Erbbaurechte verfolgten sozialen Zweck sicherzustellen.

c) Im Ergebnis richtig ist auch die Annahme des Berufungsgerichts, dass der Heimfallanspruch nicht verjährt ist. Bei einer vertragswidrigen Nutzung des von dem Erbbaurecht erfassten Bauwerks kommt es für den Verjährungsbeginn darauf an, ob es sich um einen abgeschlossenen Vorgang oder um eine fortdauernde Vertragswidrigkeit handelt, die der Erbbauberechtigte zu beseitigen hat (*Lemke/Czub*, Immobilienrecht, § 4 ErbbauRG Rdnr. 3; *Ingenstau/Hustedt*, ErbbauRG, 10. Aufl., § 4 Rdnr. 9; *RGRK/Räffe*, BGB, 12. Aufl., § 4 ErbbVO Rdnr. 3; *Staudinger/Rapp* [2009], § 4 ErbbauRG Rdnr. 2). Der Verstoß gegen die Selbstnutzungsverpflichtung ist eine

fortdauernde Vertragswidrigkeit. Die Verjährung kann daher nicht eintreten, solange der Beklagte gegen § 5 Nr. 1 ErbbV verstößt (vgl. Senat, Urteil vom 28.9.1984, V ZR 135/83, NJW 1985, 1464, 1465; Urteil vom 8.5.2015, V ZR 178/14, juris Rdnr. 9). Letzteres ist hier der Fall, da der Beklagte seiner Verpflichtung zur Selbstnutzung nicht nachkommt.

2. Nicht rechtsfehlerfrei ist jedoch die Begründung, mit der das Berufungsgericht die Zulässigkeit der Ausübung des Heimfallanspruchs bejaht.

a) Zutreffend ist dessen Ausgangspunkt, dass die Klägerin nicht nur bei der Vertragsgestaltung, sondern auch bei der Ausübung ihrer vertraglichen Rechte an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebunden ist. Diese Pflicht der Klägerin beruht allerdings nicht auf dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB), dem auch Private unterworfen sind, sondern auf ihrer Bindung als öffentliche Körperschaft an die Grundsätze des Verwaltungsprivatrechts (vgl. Senat, Urteil vom 29.11.2002, V ZR 105/02, BGHZ 153, 93, 106; Urteil vom 21.7.2006, V ZR 252/05, NJW-RR 2006, 1452 Rdnr. 10; Urteil vom 13.10.2006, V ZR 33/06, NJW-RR 2007, 962 Rdnr. 19; Urteil vom 16.4.2010, V ZR 175/09, NJW 2010, 3505 Rdnr. 18; Urteil vom 29.10.2010, V ZR 48/10, NJW 2011, 515 Rdnr. 16). Die Klägerin muss danach im Wege einer Ermessensentscheidung prüfen, ob die Durchsetzung des Heimfallanspruchs im Interesse der Sicherung des mit der Ausgabe des Erbbaurechts verfolgten Zwecks geboten ist oder eine vermeidbare Härte darstellt (vgl. Senat, Urteil vom 16.4.2010, V ZR 175/09, a. a. O., Rdnr. 18; Urteil vom 29.10.2010, V ZR 48/10, a. a. O., Rdnr. 16).

b) Die Erwägungen, mit denen das Berufungsgericht die Verhältnismäßigkeit bejaht, lassen die auf den Grundsätzen des Verwaltungsprivatrechts beruhenden Pflichten der Klägerin unberücksichtigt. Die Geltendmachung des Heimfallanspruchs stellt sich nicht schon deshalb als verhältnismäßig dar, weil der Beklagte seiner Verpflichtung nach § 22 ErbbV, die Zustimmung der Klägerin bereits vor der Vermietung einzuholen, nicht nachgekommen ist und weil auch sein nachfolgendes Verhalten (die fehlende Kooperation mit der Klägerin nach der durch das Mieterhöhungsverlangen veranlassten Aufforderung zur Selbstnutzung) darauf schließen lasse, dass die Erfüllung der Vorgaben des Erbbaurechtsvertrags durch ihn nicht gesichert sei.

aa) Wegen Nichteinholung der Zustimmung zum Mietvertrag hätte die Klägerin den Heimfallanspruch erst ausüben dürfen, wenn sie zuvor gemäß § 25 Abs. 1 Satz 1 VwVfG angeregt hätte, diese Zustimmung einzuholen. Diese Vorschrift ist im Verwaltungsprivatrecht entsprechend anzuwenden (BeckOK-VwVfG/Herrmann, 26. Edition, § 25 Rdnr. 4; *Kallerhoff* in *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, 8. Aufl., § 25 Rdnr. 13). Sie ist ein Gebot für ein rechtsstaatliches faires Verfahren. Der Bürger soll nicht Rechte deswegen verlieren, weil er aus Unkenntnis einen Antrag nicht stellt, den er stellen müsste, um einen Rechtsnachteil abzuwenden.

bb) Die Ausübung des Heimfallanspruchs ist auch nicht wegen der Nichtvorlage des Mietvertrags und des Mieterhöhungsverlangens als verhältnismäßig anzusehen; denn die Klägerin ist nach den bisherigen Feststellungen insoweit nicht ihrer Verpflichtung nachgekommen, die mit einem Heimfall wegen Verstoßes gegen die Selbstnutzungspflicht verbundenen Härten möglichst zu vermeiden. Dazu hätte es gehört, dem Beklagten aufzuzeigen, ob und unter welchen Voraussetzungen die Zustimmung zu einer Vermietung nach § 22 ErbbV erteilt. Ein solcher Hinweis war zudem aufgrund des vorangegangenen Verhaltens der Klägerin geboten. Denn dass die damalige Erbbauberechtigte, die aus dem Großvater

des Beklagten und diesem bestehende Gesellschaft, die Pflicht zur Selbstnutzung nicht lange Zeit würde erfüllen können, war für alle Vertragsteile bereits bei dem Vertragsschluss im Jahre 2006 ersichtlich, da der die Wohnung nutzende Großvater damals 84 Jahre alt war und der Beklagte in einem anderen Bundesland wohnte. Mit ihrer Zustimmung zur Übertragung des Erbbaurechts nach dem Tod des Großvaters auf den Beklagten hat die Klägerin zudem dessen Erwartung bestärkt, dass sie das Heimfallrecht nicht wegen eines Verstoßes gegen die Selbstnutzungsverpflichtung ausüben werde. Das Vorstehende gilt unabhängig davon, ob die Behauptung des Beklagten wahr ist, der frühere Betriebsleiter der Klägerin habe ihm mehrmals erklärt, dass die Vermietung an Ortsansässige für die Klägerin kein Problem sei.

c) Die Annahme des Berufungsgerichts, die Rechtsausübung der Klägerin sei verhältnismäßig, stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar.

aa) Die Klägerin darf ihr Heimfallrecht nicht schon deswegen ausüben, weil sie damit in die Lage versetzt würde, über die Verwendung des zurückerlangten Erbbaurechts (durch Vermietung oder erneute Veräußerung) zu disponieren und einen anderen Vertragspartner frei auszuwählen. Das Gebot verhältnismäßiger Ausübung vertraglicher Rechte verpflichtet eine öffentliche Körperschaft, die ein zu Wohnzwecken dienendes Erbbaurecht an einen Privaten ausgegeben hat, eine mit der Durchsetzung des Heimfallanspruchs verbundene Härte für den Erbbauberechtigten zu vermeiden, wenn das unter Wahrung der mit der Ausgabe des Erbbaurechts verfolgten Zweck möglich ist. Die Klägerin ist daher grundsätzlich verpflichtet, die Vermietung nach § 22 ErbbV zu genehmigen oder der Veräußerung des Erbbaurechts durch den Beklagten an die ortsansässige Schwester nach § 12 Nr. 1 ErbbV zuzustimmen, wenn damit der mit der Erbbaurechtsvergabe verfolgte Zweck gewahrt bliebe.

bb) Die Klägerin wäre unter diesen Umständen nicht durch § 22 Satz 3 ErbbV gehindert, die Vermietung zu genehmigen. Zwar enthält diese Bestimmung Ausschlussstatbestände für die von dem Ermessen der Klägerin abhängige Zustimmung; danach wird die Zustimmung u. a. dann nicht erteilt, wenn der Mieter nicht (sei es auch nur zu einem kleineren Anteil) Mitberechtigter des Erbbaurechts ist. Die Voraussetzungen des Befreiungstatbestands sind aber ebenfalls am Verhältnismäßigkeitsgebot zu messen. Dem hält die Bestimmung nicht stand, weil sie die Zustimmung des Grundstückseigentümers zur Vermietung stets von einer dinglichen Beteiligung des Mieters am Erbbaurecht abhängig macht. Damit wird eine Zustimmung zur Vermietung auch dann ausgeschlossen, wenn diese ohne Gefährdung des mit der Ausgabe des Erbbaurechts verfolgten Zwecks erteilt werden kann, weil der Erbbauberechtigte zum Beispiel nur für eine begrenzte Zeit das Bauwerk nicht selbst nutzen kann. Die Unwirksamkeit als Folge des Verstoßes gegen das Gebot angemessener Vertragsgestaltung bleibt hier jedoch schon aufgrund der salvatorischen Erhaltungsklausel in § 29 Nr. 1 ErbbV auf die betroffene Bestimmung beschränkt.

3. Rechtsfehlerhaft ist auch die Entscheidung über den Anspruch auf Herausgabe und Räumung. Der Beklagte schuldet das (jedenfalls derzeit) noch nicht, weil die Geltendmachung des Heimfallanspruchs nur den Übertragungsanspruch fällig stellt, aber nicht zur Übertragung des dinglichen Rechts führt. Der Erbbauberechtigte kann bis zum Vollzug der Übertragung durch Eintragung nach § 11 Abs. 2 ErbbauRG, § 873 BGB das Erbbaurecht weiter nutzen; er bleibt bis dahin zum Besitz berechtigt und zur Zahlung des Erbbauzinses verpflichtet (Senat, Urteil vom 18.5.1990, V ZR 190/89, NJW-RR 1990, 1095).

III.

Das Berufungsurteil ist danach aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 562, § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Hierzu weist der Senat auf Folgendes hin:

Die Ausübung des Heimfallanspruchs stellte sich als derzeit unzulässig dar, wenn der Beklagte durch Vorlage eines ggf. anzupassenden Mietvertrags (Verzicht auf mit dem Zweck des Erbbaurechts unvereinbare Mieterhöhungen; Sicherstellung der Nutzung durch den ortsansässigen Mieter) oder eines Kaufvertrags mit seiner Schwester die Zustimmung zur Vermietung oder zur Veräußerung noch erreichen könnte, wozu ihm die Klägerin grundsätzlich Gelegenheit zu geben hat. Ob dies der Fall ist, hängt in Bezug auf eine Zustimmung zur Vermietung von den Konditionen des Mietvertrags und der Verwaltungspraxis der Klägerin bei der Anwendung des § 22 ErbbV und hinsichtlich einer Zustimmung zu einer Veräußerung davon ab, ob die Schwester des Beklagten zu dem in § 5 ErbbV genannten Personen gehört, an die die Klägerin die Erbbaurechte vergeben hat. Die Klage wäre dagegen begründet, wenn die Klägerin den Beklagten bereits zur Vorlage der Verträge aufgefordert hätte, ohne dass dieser dem nachgekommen wäre, oder wenn die Klägerin darlegt, dass allein die Ausübung des Heimfallanspruchs pflichtgemäßem Ermessen entspricht, weil nach dem in § 5 ErbbV bestimmten Zweck des Erbbaurechts eine Zustimmung weder zur Vermietung (§ 22 ErbbV) noch zur Veräußerung an die Schwester des Beklagten (§ 12 ErbbV) in Betracht kommt.

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch den Beitrag von *Niemeyer*, MittBayNot 2016, 120 (in diesem Heft).

Anmerkung:

1. Die Entscheidung des Immobiliensenats des BGH ist in dreifacher Hinsicht interessant; ein Gesichtspunkt bietet zudem Anlass zu Kritik. Zunächst behandelt sie Aspekte des Erbbaurechts bei einer öffentlichen Zweckverfolgung. Dabei differenziert sie hinsichtlich der richterlichen Kontrolle zwischen der Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle. Entscheidend für die Praxis ist der öffentlichrechtliche Schwerpunkt, die Unterscheidung zwischen Eigentümer- und Erbbaurechtseinheimischenmodell. Dabei weicht das höchste Zivilgericht teilweise von seiner eigenen noch nicht so alten Rechtsprechung ab, was aus Sicht der Vertragsgestaltung keinen Beifall finden kann.

2. Dass Erbbaurechte zur Verfolgung öffentlicher Zwecke, insbesondere im Rahmen der Wohnraumversorgung, ein geeignetes Instrument sind, ergibt sich bereits aus § 2 Abs. 2 und § 32 Abs. 2 ErbbauRG, wonach Erbbaurechte zur Befriedigung des Wohnbedürfnisses minderbemittelter Bevölkerungskreise bestellt werden können. Es handelt sich bei diesen Vorschriften um Beschränkungen der Privatautonomie, die nach der amtlichen Begründung im Interesse der Allgemeinheit bestehen und auch die Vermietung von Wohnungen betreffen.¹ Es ist umstritten, welche Bevölkerungskreise damit gemeint sind.² Die öffentliche Hand kann jedoch, ebenso wie die großen Kirchen, auch zur Erfüllung anderer Aufgaben Erbbaurechte einsetzen. Hierzu gehören beispielsweise städtebauliche Ziele, wie die Erhaltung einer gewachsenen

Bevölkerungsstruktur und die Verhinderung von Bodenspekulationen. Haushaltsrechtlich³ ist bei einer verbilligten Veräußerung von Immobilien und der Bestellung von dinglichen Rechten an ihnen eine öffentliche Aufgabe erforderlich, deren Einhaltung sichergestellt werden muss. Bei Erbbaurechten erfolgt die Sicherstellung durch Zustimmungserfordernisse und die Vereinbarung von Heimfallrechten bei einer zweckwidrigen Verwendung.

3. Im Rahmen der Inhaltskontrolle (Wirksamkeitskontrolle) unterscheidet der BGH nunmehr zwischen Eigentums- und Erbbaurechts-Einheimischenmodellen. Während sich bei den ersten die Dauer von Nutzungsbeschränkungen am Umfang der Subvention und der städtebaulichen Zielsetzung orientieren muss, ist bei den zweiten eine unbefristete Laufzeit (richtig: eine auf die Dauer des Erbbaurechts befristete Laufzeit) zulässig. Im ersten Fall steht die Eigenheimförderung beschränkt auf den Personenkreis der Ortsansässigen im Vordergrund; dieser Zweck ist – nach dem Umfang der Verbilligung und der städtebaulichen Zielsetzung – nach einem bestimmten Zeitraum erreicht. Als Höchstgrenze werden insoweit nur 30 Jahre von der Rechtsprechung akzeptiert. Danach erlöschen die Nutzungsbeschränkungen; der Eigentümer kann einen etwaigen Gewinn durch eine Veräußerung oder Vermietung realisieren. Das Ziel der Subventions- und Gewinnabschöpfung soll bei diesen Modellen keine längere Laufzeit rechtfertigen. Beim Erbbaurecht steht demgegenüber die wohnungspolitische Nutzung, also eine soziale Zielsetzung, im Vordergrund. Dieser Zweck besteht während der gesamten Laufzeit des Erbbaurechts. Der Erbbauberechtigte unterliegt nur Nutzungs-, aber keinen Veräußerungsbeschränkungen im Sinne eines Spekulationsverbots. Er kann sofort einen etwaigen Gewinn realisieren, wenn er nur einen entsprechend zahlungswilligen Ortsansässigen findet. Bei einer Vermietung erfolgt eine Beschränkung auf die ortsübliche Vergleichsmiete, wobei aber auch hier keine Einschränkung auf die Sondermarktpreise für Einheimische erfolgt, sondern nur das Erfordernis besteht, dass der Mieter auch Mitberechtigter des Erbbaurechts sein muss. Das Einheimischen-Erbbaurecht wurde mit der Deckung des Wohnbedarfs der ortsansässigen Bevölkerung gerechtfertigt, damit Personen mit einem Durchschnittseinkommen nicht vom Wohnungsmarkt verdrängt würden. Allerdings war auch bei Veräußerung des Erbbaurechts lediglich erforderlich, dass der Erwerber sich mit melderechtlichem Erstwohnsitz in der Gemeinde niederlassen wird. Auswahlkriterien bei einem Bewerber-Überhang fehlen. Insofern ist fraglich, ob die Einschränkung der europäischen Grundfreiheiten trotz des Fehlens von Rahmenbedingungen und objektiver Kriterien, anhand derer im Voraus beurteilt werden kann, an wen im Konkurrenzfall eine Veräußerung erfolgt, wirklich dem Unionsrecht entspricht. Ein Ermessensspielraum der Gemeinde darf nämlich nicht bestehen.⁴

4. Grundlage der Ausübungskontrolle ist – anders als bei Privaten – nicht nur § 242 BGB, sondern vor allem im Verwaltungsprivatrecht der im Rechtsstaatsprinzip verankerte Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Dieser erfordert eine Ermessensausübung bei Geltendmachung des Heimfallrechts. Zudem muss die öffentliche Hand vor Ausübung des Heimfallrechts auf die Einholung einer Zustimmung hinwirken und die diesbezüglichen Voraussetzungen aufzeigen. Erst in diesem Zusammenhang prüft der BGH, ob die Beschränkung auf Mieter, die zumindest teilweise Eigentümer sind, dem Zweck

¹ Vgl. RANz. 1919 Nr. 26, 1. Beil., zit. nach *Samoje*, ErbbauR, 1919, S. 133.

² Siehe nur KG, Beschluss vom 17.10.1980, 1 W 3363/80, OLGZ 1981, 265, 269.

³ Im vorliegenden Fall § 90 Abs. 1 Satz 3 GO SH; vgl. Art. 75 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 Satz 2 BayGO.

⁴ EuGH, Urteil vom 8.5.2013, C-197/11 und C-203/11, DNotZ 2013, 831.

des Erbbaurechts entspricht und wirksam ist. Im Rahmen der Ausübung der vertraglichen Rechte spielt zudem auch die Verwaltungspraxis eine Rolle.⁵

5. Für die Vertragsgestaltung ist zunächst kritisch anzumerken, dass höchstrichterliche Entscheidungen nunmehr in relativ kurzer Zeit, im vorliegenden Fall waren es ca. neun Jahre, revidiert werden.⁶ Dies ist für die Vertrags- und damit Rechtssicherheit schädlich. Für die Gestaltung von Einheimischenmodellen im „Erbbaurechtsmodell“ sind folgende Punkte zu beachten:

a) Nur wenn jeder Bewerber, der seinen Wohnsitz in der Gemeinde nimmt, ein Erbbaurecht erhält, kann auf eine Definition der Ortsansässigkeit verzichtet werden. Dies ist aber bei den meisten Gemeinden nicht der Fall. Deshalb müssen die Gemeinden und, wenn der Erbbaurechtsvertrag hierauf abstellt, auch die Vertragsgestaltung den Begriff des Einheimischen europarechtskonform definieren. Das diesbezügliche Vertragsverletzungsverfahren ist noch nicht abgeschlossen.

b) Das Modell muss sowohl in der Gestaltung als auch in der Umsetzung in sich schlüssig sein. Dies war vorliegend bei einer Veräußerung an eine BGB-Gesellschaft bereits nicht gegeben. Auch der Erbbaurechtsvertrag war hinsichtlich der Nutzungsbeschränkungen in sich nicht konsequent. Der BGH hat dies allerdings erst auf der zweiten Stufe der Ausübungskontrolle geprüft. Damit besteht ein Ermessen der Kommune, dessen Beachtung der BGH zum Schutz des Bürgers fordert. Der EuGH⁷ verlangt demgegenüber genaue Kriterien, die eine Ermessensentscheidung ausschließen. Er hat das Flämische Dekret wegen seiner Widersprüchlichkeit für europarechtswidrig gehalten.

c) Für Eigentums-Einheimischenmodelle ist die 30-jährige Bindung weiterhin nach der Rechtsprechung des BGH die absolute Höchstgrenze.⁸ Auch bei ihnen gelten die Grundsätze der Ausübungskontrolle.

Zudem stellt sich abschließend die Frage, ob die Unterscheidung zwischen den beiden Modellen wirklich zutreffend ist. Auch beim Erbbaurecht handelt es sich um ein veräußerliches, vererbliches und belastbares Recht, das dem Eigentum angenähert ist. Dass beim Erbbaurecht Bodenwertsteigerungen dem Eigentümer verbleiben, ist systemimmanent. Wieso aber beim Eigentumsmodell der Einheimische nach Ablauf der Bindungsfrist zwingend in den Genuss des Gewinns bei einer verbilligten Veräußerung kommen muss, während dies beim Erbbaurecht nicht der Fall ist (im vorliegenden Fall allerdings aufgrund der Gestaltung bei einer Veräußerung schon), bleibt unklar, vor allem wenn das Eigentumsmodell durch Wiederkaufsrechte erbaurechtsähnlich ausgestaltet wird. Für die Gemeinden stellt sich haushaltsrechtlich die Frage, ob Eigentümermodelle, bei denen ein Teil der in manchen Regionen Bayerns nicht unerheblichen Bodenwertsteigerung bevorzugten Einheimischen nach Ablauf der Bindungsdauer verbleibt, durch die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe noch gedeckt ist, wenn sich diese Zweckverfolgung auch bei der Bestellung von Erbbaurechten realisieren lässt, bei denen der Gewinn der Gemeinde verbleibt. Insofern kann man gespannt sein, wie die kommunalen Spitzenverbände

langfristig auf die Entscheidung in der Praxis reagieren werden.

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

22. BauGB § 11 Abs. 2 Satz 1 (*Frist für Ausübung des Wiederkaufsrechts der Gemeinde*)

Eine 20 Jahre überschreitende Frist für die Ausübung des Wiederkaufsrechts der Gemeinde in einem zum Zwecke der Errichtung von Eigenheimen im Einheimischenmodell mit Einzelpersonen abgeschlossenen Kaufvertrag verstößt, wenn dem Käufer ein nur geringer Preisnachlass (weniger als 20 % gegenüber dem Verkehrswert) gewährt wurde, gegen das Gebot angemessener Vertragsgestaltung.

BGH, Urteil vom 26.6.2015, V ZR 271/14

Mit notariellem Vertrag vom 22.8.1985 verkaufte die beklagte Stadt an die Kläger ein 418 m² großes unbebautes Grundstück zu einem Preis von 170 DM/m². In dem Vertrag verpflichteten sich die Kläger, das Grundstück entsprechend einem künftigen Bebauungsplan mit einem Einzel- oder Doppelhaus mit maximal zwei Wohneinheiten nach den Vorschriften der Bauaufsichtsbehörde zu bebauen. Die Beklagte behielt sich ein Wiederkaufsrecht mit einer Ausübungsfrist von 30 Jahren seit der Eintragung der Kläger als Eigentümer u. a. für den Fall eines Weiterverkaufs vor. Ausgenommen von dem Wiederkaufsrecht waren Veräußerungen an Kinder, Kindeskindern oder deren Ehegatten. Im Falle der Ausübung des Wiederkaufsrechts hatte die Beklagte den Kaufpreis zuzüglich eines nach dem Anstieg der Lebenshaltungskosten bemessenen Zuschlags, den Verkehrswert der Aufbauten und der Außenanlagen sowie die von den Klägern aufgewendeten Erschließungskosten zu zahlen. Der Kaufvertrag wurde vollzogen und das Grundstück von den Klägern mit einem Eigenheim bebaut.

Die Kläger informierten im November 2006 die Beklagte, dass sie beabsichtigten, das Grundstück zu einem Preis von 450.000 € zu verkaufen. Die Beklagte teilte ihnen mit, dass sie ihr Wiederkaufsrecht ausüben werde; sie bot ihnen aber an, die Ausübung durch Zahlung eines Ausgleichsbetrags abzuwenden. Den Ausgleichsbetrag von 50.635,86 € berechnete die Beklagte in der Weise, dass sie den aktuellen Bodenwert des Grundstücks (nach einem Wert von 280 €/m²) ermittelte, davon den von ihr nach dem Kaufvertrag für den Boden zu zahlenden Wiederkaufspreis abzog sowie einen Abschlag wegen der Restlaufzeit des Wiederkaufsrechts von nur noch acht Jahren vornahm. Die Parteien einigten sich darauf, dass die Kläger unter Vorbehalt der Rückforderung diesen Betrag an die Beklagte zahlten, die ihrerseits die Löschung des Wiederkaufsrechts bewilligte.

Mit der Klage verlangen die Kläger von der Beklagten die Rückzahlung des Ausgleichsbetrages. Das LG hat die Klage abgewiesen; das OLG hat ihr stattgegeben und die Revision zugelassen. Mit der Revision, deren Zurückweisung die Kläger beantragen, will die Beklagte die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung erreichen.

Das Berufungsgericht bejaht einen Anspruch der Kläger nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB. Die Ausgleichszahlung sei ohne Rechtsgrund erfolgt. Die Beklagte hätte das Wiederkaufsrecht nicht ausüben können, weil die Vereinbarung im notariellen Kaufvertrag unwirksam sei. Das Wiederkaufsrecht widerspreche dem für Verträge über die Bereitstellung von Bauland durch die Gemeinden an ortsansässige Bürger geltenden Gebot angemessener Vertragsgestaltung in § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB. Zwar sei die Vereinbarung eines Wiederkaufsrechts der Gemeinde grundsätzlich zulässig, wenn diese an einen Einheimischen Bauland zu einem unterhalb des Verkehrswerts liegenden Preis veräußere. Die dem Käufer dadurch auferlegte Belastung dürfe aber nicht unangemessen sein. So verhalte es sich jedoch hier, da die Beschränkung der Weiterverkaufsmöglichkeit durch das Wiederkaufsrecht für einen Zeitraum von 30 Jahren bei einer Vergünstigung von 16,5 % unverhältnismäßig sei. Die Unangemessenheit der 30-jährigen Bindung werde auch nicht dadurch ausgeglichen oder gemindert, dass die Beklagte das Wiederkaufsrecht in den Fällen der Veräußerung an Nachkommen oder deren Ehegatten nicht ausüben

⁵ Ebenso BayVGh, Beschluss vom 26.4.2007, 4 CE 07.266, BayVBl 2008, 86.

⁶ Vgl. zum Beispiel auch BGH, Urteil vom 26.10.2012, V ZR 57/12, MittBayNot 2013, 304.

⁷ EuGH, Urteil vom 8.5.2013, C-197/11 und C-203/11, DNotZ 2013, 831.

⁸ Großzügiger OLG Düsseldorf, Urteil vom 19.6.2012, I-23 U 108/11, BauR 2012, 1410.

könne. An der Unangemessenheit der Vereinbarung über das Wiederkaufsrecht ändere es schließlich nichts, dass die Beklagte den von ihr errechneten Ausgleichsbetrag im Hinblick auf die geringe Restlaufzeit des Wiederkaufsrechts von noch acht Jahren um ca. 20 % gekürzt habe.

Aus den Gründen:

II.

Das hält rechtlicher Prüfung stand.

1. Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, dass die Kläger aufgrund des Vorbehalts (zu dessen Bedeutung: BGH, Urteil vom 8.2.1984, IVb ZR 52/82, NJW 1984, 2826; Urteil vom 9.6.1992, VI ZR 215/91, NJW-RR 1992, 1214, 1216) die Rückzahlung des zur Ablösung des Wiederkaufsrechts geleisteten Betrags nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB verlangen können, wenn die das Recht betreffende Vereinbarung unwirksam war. Die Revision erhebt insoweit auch keine Einwendungen.

2. Ohne Erfolg wendet sich die Revision gegen die rechtliche Würdigung des Berufungsgerichts, dass das Wiederkaufsrecht mit einer 30-jährigen Ausübungsfrist in dem Grundstückskaufvertrag der Parteien eine unangemessene Vertragsgestaltung im Sinne des § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB darstellt.

a) Die Vorschrift des Baugesetzbuchs ist unmittelbar anzuwenden, weil der Grundstückskaufvertrag ein städtebaulicher Vertrag im Sinne des § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 letzter Satzteil BauGB ist. Der für einen städtebaulichen Vertrag erforderliche Zusammenhang mit der gemeindlichen Bauleitplanung (zu diesem Erfordernis: Senat, Urteil vom 30.9.2005, V ZR 37/05, WM 2006, 300, 301) ergibt sich daraus, dass die beklagte Stadt den Klägern das Grundstück als Bauplatz verkauft und ihnen eine Bauverpflichtung nach den Vorgaben eines (künftigen) Bebauungsplans auferlegt hat. Der verbilligte Verkauf diente der Sicherung der Bauleitplanung im Wege einer Förderung des (Einheimischen-)Wohnungsbaus durch die damals ortsansässigen Kläger (vgl. zu diesem Zweck Senat, Urteil vom 29.11.2002, V ZR 105/02, BGHZ 153, 93, 103).

b) Die Wirksamkeit der 30-jährigen Ausübungsfrist für das Wiederkaufsrecht ist allein an dem Gebot angemessener Vertragsgestaltung nach § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB und nicht an den Vorschriften der §§ 305 ff. BGB zu messen. Für städtebauliche Verträge verdrängt die spezialgesetzliche Rechtsfolgeregelung des § 11 Abs. 2 BauGB grundsätzlich die Vorschriften der §§ 305 ff. BGB (vgl. Senat, Urteil vom 29.11.2002, V ZR 105/02, BGHZ 153, 93, 99 f. zum AGB-Gesetz). Die von dem Senat bisher offen gelassene Frage, ob das auch für Verträge gilt, die nach dem 31.12.1994 geschlossen wurden, also nach Inkrafttreten der – in Umsetzung der EG-Richtlinie vom 5.4.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen eingefügten – Vorschrift des § 24a AGBG (jetzt § 310 Abs. 3 BGB), kann auch hier dahinstehen, da der zu beurteilende Vertrag aus dem Jahr 1985 stammt.

c) Dass die Vereinbarung eines Wiederkaufsrechts der Gemeinde zur Sicherung des mit der verbilligten Abgabe des Grundstücks als Bauland im Einheimischenmodell verfolgten städtebaulichen Ziels grundsätzlich nicht gegen das Gebot angemessener Vertragsgestaltung in § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB verstößt, entspricht der ständigen Rechtsprechung des Senats (Urteil vom 29.11.2002, V ZR 105/02, BGHZ 153, 93, 105; Urteil vom 13.10.2006, V ZR 33/06, NJW-RR 2007, 962 Rdnr. 11; Urteil vom 16.4.2010, V ZR 175/09, NJW 2010, 3505 Rdnr. 12).

d) Gegen dieses Gebot verstößt jedoch die vereinbarte Ausübungsfrist für das Wiederkaufsrecht (§ 503 Satz 2 BGB a. F. = § 462 Satz 2 BGB) von 30 Jahren. Diese Frist ist angesichts der Höhe der nach den Feststellungen des Berufungsgerichts gewährten Verbilligung (von einem Verkehrswert von 198 DM/m² zu einem Kaufpreis von 170 DM/m²) von 14,14 % unverhältnismäßig lang.

aa) Beschränkungen, die die öffentliche Hand dem Subventionsempfänger auferlegt, entsprechen dem Gebot angemessener Vertragsgestaltung, wenn sie geeignet und erforderlich sind, um das Erreichen der mit dem Einheimischenmodell zulässigerweise verfolgten Zwecke im Bereich der Wohnungsbau-, Siedlungs- oder Familienpolitik für einen angemessenen Zeitraum sicherzustellen (vgl. Senat, Urteil vom 21.7.2006, V ZR 252/05, NJW-RR 2006, 1452 Rdnr. 12; Urteil vom 16.4.2010, V ZR 175/09, NJW 2010, 3505 Rdnr. 14). Die dem Käufer auferlegten Bindungen dürfen allerdings nicht zu einer unzumutbaren Belastung führen. Die Zeit für die Ausübung eines Wiederkaufsrechts der Gemeinde muss deshalb begrenzt sein und die vereinbarte Ausübungsfrist in einem angemessenen Verhältnis zur Höhe der durch den Preisnachlass dem Käufer gewährten Subvention stehen (vgl. Senat, Urteil vom 30.9.2005, V ZR 37/05, NJW-RR 2006, 298, 300; Urteil vom 16.4.2010, V ZR 175/09, NJW 2010, 3505 Rdnr. 16).

bb) Von diesen Grundsätzen ausgehend hat der Senat bei Grundstücksverkäufen, die zum Zweck der Errichtung von Eigenheimen an Einzelpersonen im Einheimischenmodell erfolgen, eine Bindungsfrist zur Sicherung der Ziele der Bauleitplanung von 15 Jahren für zulässig erachtet (Urteil vom 20.11.2002, V ZR 105/02, BGHZ 153, 93, 105), eine 30 Jahre übersteigende Dauer dagegen in aller Regel als unverhältnismäßig angesehen (Senat, Urteil vom 29.10.2010, V ZR 48/10, NJW 2011, 515 Rdnr. 18; Urteil vom 20.5.2011, V ZR 76/10, NJW-RR 2011, 1582 Rdnr. 20).

Über 20 Jahre hinausgehende Bindungen des Käufers hat der Senat bisher nur dann für verhältnismäßig erachtet, wenn die Höhe der dem Käufer gewährten Subvention deutlich über die bei dem Einheimischenmodell üblichen Abschläge von bis zu 30 % gegenüber dem Verkehrswert hinausgegangen war (Senat, Urteil vom 30.9.2005, V ZR 37/05, NJW-RR 2006, 298, 300; Urteil vom 16.4.2010, V ZR 175/09, NJW 2010, 3505 Rdnr. 17 – bei Nachlässen von 70 % bzw. von 50 % gegenüber dem Verkehrswert). In den Entscheidungen, in denen den Käufern eine Subvention in der hier vorliegenden Größenordnung gewährt wurde, ging es um Bindungsfristen von zehn Jahren, die zur Sicherung der mit dem Einheimischenmodell von der Gemeinde verfolgten Zwecke ohne Weiteres zulässig sind (Senat, Urteil vom 29.11.2002, V ZR 105/02, BGHZ 153, 93, 105 [Verkehrswert 160 bis 200 DM/m², Preis: 131 DM/m², Nachlass zwischen 18,13 % und 34,5 %]; Urteil vom 13.10.2006, V ZR 33/06, NJW-RR 2007, 962 Rdnr. 11 [Verkehrswert: 355 DM/m², Nachlass 50 DM/m² = 14,1 %]).

cc) Über die Frage, ob eine 20 Jahre überschreitende Frist für die Ausübung des Wiederkaufsrechts der Gemeinde noch dem Gebot angemessener Vertragsgestaltung entspricht, wenn sie mit einer verhältnismäßig geringen Subvention einhergeht, hatte der Senat noch nicht zu entscheiden. Die Antwort ergibt sich aus den oben genannten Grundsätzen in Fortführung der bisherigen Rechtsprechung. Eine 20 Jahre überschreitende Frist für die Ausübung des Wiederkaufsrechts der Gemeinde in einem zum Zwecke der Errichtung von Eigenheimen im Einheimischenmodell mit Einzelpersonen abgeschlossenen Kaufvertrag verstößt, wenn dem Käufer ein nur geringer

Preisnachlass (weniger als 20 % gegenüber dem Verkehrswert) gewährt wurde, gegen das Gebot angemessener Vertragsgestaltung (§ 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB).

(1) (a) Der Käufer wird durch das – hier für den Fall des Weiterverkaufs ausbedungene – Wiederkaufsrecht der Gemeinde in seiner Verfügungsfreiheit beschränkt. Die durch das Wiederkaufsrecht bewirkte Bindung des Käufers ist der Preis für den verbilligten Erwerb des Grundstücks (vgl. Senat, Urteil vom 29.11.2002, V ZR 105/02, BGHZ 153, 93, 104; Urteil vom 30.9.2005, V ZR 37/05, NJW-RR 2006, 298, 300; Urteil vom 16.4.2010, V ZR 179/09, NJW 2010, 3505 Rdnr. 16). Das Äquivalenzverhältnis zwischen den Leistungen der Parteien (vgl. *Hausmann*, NJW 2010, 3508) ist im Vergleich zu anderen (nicht subventionierten) Grundstücksverkäufen zum Nachteil des Käufers erheblich gestört, wenn ihm eine langfristige Bindung durch ein Wiederkaufsrecht auferlegt wird, der keine oder eine nur geringe Vergünstigung beim Kaufpreis gegenübersteht. Die Gemeinde erlangt dadurch einen unverhältnismäßigen Vorteil, dass sie durch Ausübung ihres Wiederkaufsrechts (oder das Verlangen nach einer Ablösezahlung) noch nach Ablauf von mehr als zwei Jahrzehnten seit dem Verkauf die Vorteile aus den nach der Veräußerung eingetretenen Bodenwertsteigerungen bei dem Käufer abschöpfen kann, der dafür keine adäquate Gegenleistung erhalten hat. Dieses Missverhältnis wird nicht dadurch behoben, sondern in seinen Wirkungen nur abgemildert, dass die Beklagte von den zur Ablösung des Wiederkaufsrechts von den Käufern geforderten Beträgen Abschläge vornimmt, die umso höher sind, je näher der das Wiederkaufsrecht begründende Weiterverkauf an das Ende der Ausübungsfrist heranrückt.

(b) Die Bestimmung der zulässigen Bindung des Käufers nach dem Maß zu beurteilen, in dem der Kaufpreis hinter dem Verkehrswert zurückbleibt, ist nicht – wie die Revision meint – deshalb undurchführbar, weil der Verkehrswert eines Grundstücks sich nicht exakt im Sinne einer mathematischen Genauigkeit ermitteln lässt (vgl. BGH, Urteil vom 10.10.2013, III ZR 345/12, BGHZ 198, 265 Rdnr. 20). Dass sich bei der sachverständigen Bestimmung des Verkehrswerts eines unbebauten Grundstücks, die üblicherweise im Wege der Vergleichswertmethode erfolgt (nach den für nach Lage, Beschaffenheit, planerische Situation usw. gleichartige Grundstücken gezahlten Preisen), gewisse Toleranzen ergeben können (vgl. BGH, Urteil vom 25.6.1990, II ZR 164/89, juris Rdnr. 34), schließt die Eignung des Verkehrswerts als Maßstab für die Feststellung der Höhe der Verbilligung und damit als Beurteilungsgrundlage für die Angemessenheit der Länge der zulässigen Bindung des Käufers nicht aus. In Bezug auf den zugrunde zu legenden Verkehrswert stellt sich die Sachlage nicht anders dar als in den Fällen, in denen anhand des Vergleichs von Verkehrswert und Kaufpreis über das Vorliegen eines groben Missverhältnisses von Leistung und Gegenleistung im Sinne des § 138 BGB zu entscheiden ist. Die Gemeinde muss bei einem verbilligten Verkauf im Wege des Einheimischenmodells die Höhe des Abschlags vom Verkehrswert ohnehin ermitteln; diese ist nämlich nur bis zu einer bestimmten Höhe (regelmäßig 30 % des Bodenwerts) zulässig, weil die Gegenleistung des Käufers gemäß § 56 Abs. 1 Satz 2 VwVfG noch in einem angemessenen Verhältnis zum Wert der Leistung der Gemeinde stehen muss (vgl. BayVGH, MittBayNot 1990, 259, 264).

Das Berufungsgericht hat deshalb zutreffend entschieden, dass die verkaufende Gemeinde das Risiko zu tragen hat, wenn sie die Höhe der gewährten Verbilligung und damit die zulässige Dauer einer Bindungsfrist falsch einschätzt. Die vereinbarten Leistungen sind nicht den gesamten Umständen

nach angemessen (§ 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB), wenn dem Käufer eine lange Bindungsfrist wegen eines Preisnachlasses auferlegt wird, den er tatsächlich nicht erhalten hat.

(2) Eine über 20 Jahre hinausgehende Beschränkung der Verfügungsfreiheit des Käufers, dem nur eine geringe Subvention gewährt wurde, ist auch nicht deshalb angemessen, weil sie eine Verfehlung des mit dem begünstigten Verkauf an ortsansässige Bürger verfolgten Zwecks durch Bodenspekulationen zulasten der Allgemeinheit infolge Mitnahme von (planungsbedingten oder konjunkturellen) Wertsteigerungen verhindert (vgl. Senat, Urteil vom 29.11.2002, V ZR 105/02, BGHZ 153, 93, 105; Urteil vom 21.7.2006, V ZR 252/05, NJW-RR 2006, 1452 Rdnr. 14 ff.). Auch insoweit bestimmt sich die zulässige Laufzeit in erster Linie nach dem Umfang des dem Käufer gewährten Preisnachlasses (vgl. Senat, Urteil vom 22.6.2007, V ZR 260/06, NJW-RR 2007, 1608 Rdnr. 21). Ist von der Gemeinde kein oder nur ein geringer Nachlass gewährt worden, ist der mit dem Verkauf des Grundstücks im Einheimischenmodell verfolgte Zweck dann erreicht worden, wenn das Grundstück entsprechend den Festsetzungen des (künftigen) Bebauungsplanes bebaut und – hier ohne Auferlegung einer Nutzungsbeschränkung – über 20 Jahre zweckentsprechend genutzt wurde.

(3) Entgegen der Ansicht der Revision (ebenso allerdings OLG Düsseldorf, MittBayNot 2013, 336, 337) ist es für die Beurteilung der Angemessenheit der 30-jährigen Ausübungsfrist schließlich unbeachtlich, dass die Beklagte ihr Wiederkaufsrecht bei einem Weiterverkauf an Abkömmlinge des Käufers oder deren Ehegatten nicht hätte ausüben können. Eine Verfügungsbeschränkung des Käufers, die sich unter Berücksichtigung der mit dem Vertrag verfolgten städtebaulichen Ziele und der Höhe der dem Käufer gewährten Subvention als unangemessen lang darstellt, kann nicht deshalb verhältnismäßig sein, weil das Wiederkaufsrecht in einem Sonderfall (der Weiterveräußerung an Abkömmlinge des Käufers oder deren Ehegatten) nicht ausgeübt werden kann. Bedeutung hat diese Regelung nur bei einem Weiterverkauf innerhalb einer für die Ausübung des Wiederkaufsrechts angemessenen Frist. Die vertragliche Bestimmung nimmt der Beklagten bei den Verkäufen zur Übertragung des Grundbesitzes an die folgende Generation die von ihr ansonsten nach pflichtgemäßen Ermessen zu treffende Entscheidung ab, ob das Wiederkaufsrecht aufgrund der besonderen Umstände des Verkaufs (in der Familie des Käufers) ausgeübt werden soll.

3. Die Revision ist danach als unbegründet zurückzuweisen, weil der Rechtsstreit von dem Berufungsgericht richtig entschieden worden ist. Ob der Verstoß gegen das Gebot angemessener Vertragsgestaltung in § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB zur Nichtigkeit der Vereinbarung über das Wiederkaufsrecht insgesamt oder in entsprechender Anwendung des § 139 BGB zur Verkürzung der vereinbarten auf eine angemessene Ausübungsfrist führt (vgl. Senat, Urteil vom 20.9.2005, V ZR 37/05, NJW-RR 2006, 298, 300 – betr. einen Verkauf unter Geltung des Reichsheimstättengesetzes; Senat, Urteil vom 22.6.2007, V ZR 260/06, NJW-RR 2007, 1608 Rdnr. 18 – betr. einen Verkauf zu einem Preis nach dem Verkaufsgesetz der DDR vom 7.3.1990 – GBI I 157) kann dahinstehen. Denn eine längere Frist als 20 Jahre wäre nicht angemessen; die Weiterveräußerung des Grundstücks durch die Kläger ist jedoch erst nach Ablauf dieser Frist erfolgt. Da die Kläger das Grundstück dem Vertrag gemäß bebaut haben, kann ebenfalls offen bleiben, ob die Vereinbarung einer Ausübungsfrist von 30 Jahren für den Sonderfall des Weiterverkaufs des noch unbebauten Grundstücks aufrechtzuerhalten wäre; hierfür könnte sprechen, dass in einem solchen Fall die Mitnahme des Gewinnes aus der Bodenwertsteigerung durch den Käufer

dem von der Gemeinde mit dem Verkauf des Grundstücks als Bauplatz im Einheimischenmodell verfolgten städtebaulichen Ziel in besonders krasser Weise widerspricht (vgl. BGH, Urteil vom 22.9.1994, IX ZR 251/93, DNotZ 1995, 204, 207).

(...)

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch den Beitrag von *Niemeyer*, MittBayNot 2016, 120 (in diesem Heft).

Anmerkung:

1. Der Immobiliensenat des BGH musste sich zum wiederholten Mal mit der Angemessenheit der Nutzungsbindungen von Einheimischenverträgen im Eigentumsmodell¹ befassen.
2. Für die Angemessenheit des Zeitraums, für den der Erwerber zur Selbstnutzung verpflichtet werden kann, kommt es auf die Höhe der gewährten Subvention an. Aufgrund der vorliegenden Entscheidungen ergibt sich beim Eigentümer-Einheimischen- bzw. Sozialmodell folgende Staffelung:

Eine Bindung,

- über 30 Jahre: stets unzulässig,²
- von 20-30 Jahren: bei 50-70 % Ermäßigung möglich,³
- von 10-15 Jahren: Regelfall der Bindung.⁴

3. Offen bleibt nach der Entscheidung die Konsequenz eines Verstoßes gegen diese Bindungsfristen. Ist die Bindung insgesamt nichtig, so dass die Nutzungspflicht insgesamt entfällt, oder wird sie auf eine angemessene Ausübungsfrist verkürzt? Für die letztgenannte Alternative spricht, dass sonst der Erwerber verbilligt ein Baugrundstück ohne eine Nutzungsbindung erhalten würde. Dies verbietet das kommunale Haushaltsrecht, das eine verbilligte Grundstücksveräußerung nur in Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe zulässt.⁵ Die Konsequenz, dass der gesamte Vertrag unwirksam und eine Rückabwicklung nach Bereicherungsrecht erfolgt, liegt nicht im Interesse der Vertragsteile. Deshalb empfiehlt sich die Aufnahme einer salvatorischen Klausel, die das BVerwG⁶ beim Folgelastenvertrag trotz Geltung des strengen Kausalitätserfordernisses akzeptiert hat. Bei Einheimischenmodellen dürfte, von besonders krassen Ausnahmefällen abgesehen, nichts anderes gelten. Auch der BGH⁷ hat in den Fällen eines zeitlich unbefristeten Wiederkaufsrechts nach dem DDR-ZGB, eines Heimstättengrundstücks sowie eines 1930 von einem Land veräußerten Bauplatzes wegen des Vertragszwecks eine Reduzierung der Ausübungsfrist auf das zulässige Maß angenommen.

¹ Zum Erbbaurechtsmodell siehe BGH, Urteil vom 26.6.2015, V ZR 144/14, MittBayNot 2016, 179 (in diesem Heft).

² BGH, Urteil vom 29.10.2010, V ZR 48/10, NJW 2011, 515; BGH, Urteil vom 20.5.2011, V ZR 76/10, NJW-RR 2011, 1582; BGH, Urteil vom 26.6.2015, V ZR 144/14, MittBayNot 2016, 179 (in diesem Heft).

³ Großzügiger OLG Düsseldorf, Urteil vom 19.6.2012, 23 U 108/11, MittBayNot 2013, 336 (lässt dies bereits bei 33 % Preisnachlass zu), allerdings von BGH, Urteil vom 26.6.2015, V ZR 271/14, II. 1. b) bb) (2) (b), MittBayNot 2016, 185 (in diesem Heft) abgelehnt.

⁴ BGH, Urteil vom 29.11.2002, V ZR 105/02, BGHZ 153, 93 = MittBayNot 2003, 241 (LS) = DNotZ 2003, 341.

⁵ Vgl. *Grziwotz*, DNotZ 2005, 246, 262 f.

⁶ BVerwG, Beschluss vom 29.10.2010, 9 B 9/10, NVwZ 2011, 125.

⁷ BGH, Urteil vom 30.9.2005, V ZR 37/05, MittBayNot 2006, 324 = NJW-RR 2006, 298, 300; Urteil vom 21.7.2006, V ZR 252/05, NJW-RR 2006, 1452 sowie Urteil vom 22.6.2007, V ZR 260/06, NJW-RR 2007, 1608 Rdnr. 18.

4. Der BGH hat das Argument, dass eine langfristige Bindung Bodenspekulationen durch Mitnahme der planungsbedingten oder konjunkturellen Wertsteigerungen verhindert, beim Eigentums-Einheimischenmodell nicht gelten lassen. Er hat allerdings nicht dazu Stellung genommen, ob das anders zu beurteilen ist, wenn das Grundstück unbebaut weiter verkauft wird. Bejaht man dies, könnten beim Wiederkaufsrecht die Verstöße gegen Bau- und Nutzungspflichten unterschiedlich geregelt werden. Allerdings stellt sich die Frage, ob nicht – entgegen der Ansicht des BGH – eine Vertragsgestaltung zulässig ist, die Bodenwertsteigerungen, die ohne Einsatz von Kapital und Arbeit des Eigentums eintreten, bei der öffentlichen Hand belässt. Dies würde durch Klauseln erreicht, die – ebenso wie mitunter in Scheidungsvereinbarungen bei einer Hausübertragung – den früheren Eigentümer an diesem „Gewinn“ beteiligen. Der BGH⁸ lässt dies nur durch Vereinbarung eines Erbbaurechts zu. Ob Vertragsgestaltungen, die neben der Wohneigentumsförderung in Übereinstimmung mit dem in Art. 161 Abs. 2 BV geregelten Grundsatz der Verteilungsgerechtigkeit hinsichtlich des immer knapper werdenden Grund und Bodens, für den in besonderem Maße die Sozialpflichtigkeit des Eigentums gilt, Bodenspekulationen verhindern wollen und dies offenlegen, wirklich unangemessen sind, bedürfte noch einer genaueren Begründung. In der kommunalen Vertragspraxis dürfte die Bestellung von Erbbaurechten statt Veräußerungsgeschäften künftig stark zunehmen.

5. Der Vertrag muss keine „Ermessensklausel“ enthalten, wonach die Gemeinde bei einem Verstoß des Erwerbers gegen die eingegangenen Pflichten bei Ausübung ihrer Rechte ihr Ermessen pflichtgemäß ausüben und den Grundsatz von Treu und Glauben sowie der Verhältnismäßigkeit zu beachten hat. Grund ist, dass dies bereits ohne vertragliche Regelung gilt.⁹ Umgekehrt kann die diesbezügliche vertragliche Verpflichtung oder eine spätere entsprechende Handhabung eine nicht angemessene Nutzungspflicht auch nicht gleichsam „heilen“.

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

⁸ BGH, Urteil vom 21.7.2006, V ZR 252/05, NJW-RR 2006, 1452, 1453 f. Rdnr. 16 und 21.

⁹ BGH, Urteil vom 16.5.2010, V ZR 175/09, MittBayNot 2010, 501 = DNotZ 2011, 121 = ZfIR 2010, 462.

Steuerrecht

23. ErbStG § 7 Abs. 1 Nr. 1; ErbStG a. F. § 13a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, Abs. 2, Abs. 4 Nr. 1 (*Unentgeltliche Übertragung eines Kommanditanteils unter Nießbrauchsvorbehalt*)

1. Die freigebige Zuwendung eines Kommanditanteils unter Nießbrauchsvorbehalt ist nach § 13a Abs. 4 Nr. 1 ErbStG a. F. nur steuerbegünstigt, wenn der Bedachte Mitunternehmer wird.

2. Behält sich der Schenker die Ausübung der Stimmrechte auch in Grundlagengeschäften der Gesellschaft vor, kann der Bedachte keine Mitunternehmerinitiative entfalten.

BFH, Urteil vom 6.5.2015, II R 34/13

Der Vater (V) des Klägers und Revisionsklägers (Kläger) war alleiniger Kommanditist der E.-Vermögensverwaltungs GmbH & Co. KG (KG). Die Komplementär-GmbH war nicht am Vermögen der Gesellschaft beteiligt.

Nach § 6 Abs. 1 des KG-Gesellschaftsvertrags (KG-Vertrag) ist zur Geschäftsführung die Komplementär-GmbH berufen, deren Alleingesellschafter der Kläger ist. Die Komplementär-GmbH bedarf nach § 6 Abs. 2 des KG-Vertrags der vorherigen Zustimmung der Gesellschafterversammlung bei näher definierten außergewöhnlichen Geschäften. Die Gesellschafterversammlung ist zudem nach § 7 Abs. 2 des KG-Vertrags u. a. zuständig für die Überwachung und Entlastung der Geschäftsführung, für die Feststellung des Jahresabschlusses und die Ergebnisverwendung, für Satzungsänderungen, die Aufnahme und den Ausschluss von Gesellschaftern und die Liquidation der Gesellschaft. Nach § 7 Abs. 5 des KG-Vertrags werden die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung grundsätzlich mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst.

Mit notariell beurkundetem Vertrag vom 11.11.2005 übertrug V seinen Kommanditanteil unentgeltlich und unter Vorbehalt eines Nießbrauchs zu einem Viertel auf die Mutter (M) des Klägers und zu drei Vierteln auf den Kläger. Gleichzeitig wurde eine auf den Zeitpunkt des Todes des V aufschiebend bedingte dauernde Last zugunsten der Schwester des Klägers bestellt.

In Abschnitt VI. des Vertrags („Nießbrauchsvorbehalt“) vereinbarten die Vertragsparteien unter anderem, dass V als Nießbrauchsberechtigter hinsichtlich der mit den Nießbrauchsrechten belasteten Kommanditanteile auch das Stimmrecht ausübt. Insofern erteilten M und der Kläger dem V Stimmrechtsvollmacht, und zwar ausdrücklich auch hinsichtlich der unter § 6 Abs. 2 und § 7 Abs. 2 des KG-Vertrags geregelten Angelegenheiten.

In der Schenkungsteuererklärung vom 26.3.2007 nahm V hinsichtlich der Schenkung vom 11.11.2005 den Freibetrag nach § 13a Abs. 1 des Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetzes in der im Streitjahr gültigen Fassung (ErbStG) in Anspruch und bestimmte, dass auf den Kläger ein Anteil von 100 % entfallen solle.

Mit Bescheid vom 13.1.2009 setzte der Beklagte und Revisionsbeklagte (das Finanzamt – FA) die Schenkungsteuer aus dem Vertrag vom 11.11.2005 gegenüber dem Kläger auf 268.432 € fest. Die Steuervergünstigungen nach § 13a ErbStG berücksichtigte er nicht. Das FA stundete die Steuer teilweise nach § 25 ErbStG.

Die nach erfolglosem Einspruchsverfahren erhobene Klage wies das Finanzgericht (FG) als unbegründet ab. Seiner Ansicht nach hatte das FA die Steuervergünstigungen des § 13a ErbStG zu Recht nicht gewährt, da eine Mitunternehmerstellung des Klägers mangels Mitunternehmerinitiative nicht gegeben sei. Dies folge schon aus der Stimmrechtszuordnung zum Nießbraucher für den Bereich der außergewöhnlichen und der Grundlagengeschäfte der KG, zumindest aber aus der dem V erteilten Stimmrechtsvollmacht. Die Stellung des Klägers als Alleingesellschafter der Komplementär-GmbH stehe dem nicht entgegen. Unbeachtlich sei, wie die Beteiligten die Willensbildung innerhalb der KG tatsächlich gehandhabt hätten.

Das FG hat den Tatbestand seiner Entscheidung durch Beschluss vom 4.11.2013 geändert. Es ist dabei dem Antrag des Klägers insoweit gefolgt, als die ursprüngliche Bezeichnung „GmbH-Gesellschaftsvertrag“ durch „GmbH-Gründungsvertrag“ ersetzt wurde. Im Übrigen hat das FG den Antrag als unbegründet zurückgewiesen.

Mit der Revision rügt der Kläger die fehlerhafte Anwendung von § 13a ErbStG. Bereits die Grundannahme des FG, wonach eine umfassende Zuordnung der Stimmrechte zum Nießbraucher zulässig sei, sei unzutreffend. Sowohl der Bundesfinanzhof (BFH) als auch der BGH gingen davon aus, dass die Einräumung eines Nießbrauchs nicht zu einem Ausschluss des Gesellschafters von seinen Mitwirkungsrechten führe und seine Stellung als Mitunternehmer unberührt lasse. Ungeachtet dessen hätten die Parteien eine Zuordnung der Stimmrechte zum Nießbraucher – soweit diese überhaupt zulässig sei – nicht vereinbart. Die Auslegung des Übertragungsvertrags gebe dies nicht her. Aus Abschnitt VI. des Übertragungsvertrags lasse sich allenfalls eine Stimmrechtsübertragung per Vollmacht und keine unmittelbare Stimmrechtszuordnung herleiten. Diese Stimmrechtsvollmacht sei nicht unwiderruflich erteilt worden.

Das angefochtene Urteil weise zudem Verfahrensmängel auf. Das FG habe die Einwendungen im Tatbestandsberichtigungsverfahren nicht hinreichend berücksichtigt und infolgedessen seiner Entscheidung einen unzutreffenden Sachverhalt zugrunde gelegt.

Der Kläger beantragt, die Vorentscheidung und die Einspruchsentscheidung vom 8.3.2012 aufzuheben und den Bescheid vom 13.1.2009 dahin zu ändern, dass die Schenkungsteuer unter Berücksichtigung

des Freibetrags nach § 13a Abs. 1 ErbStG und des Bewertungsabschlages nach § 13a Abs. 2 ErbStG herabgesetzt wird.

Das FA beantragt, die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

Aus den Gründen:

II.

Die Revision ist unbegründet und war daher zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 der Finanzgerichtsordnung – FGO). Das FG ist zutreffend davon ausgegangen, dass die Steuervergünstigungen nach § 13a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und Abs. 2 ErbStG für die Schenkung des Kommanditanteils nicht zu gewähren sind.

1. Die Übertragung und Abtretung des Kommanditanteils durch den notariell beurkundeten Vertrag vom 11.11.2005 unterliegt nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG der Schenkungsteuer.

a) Gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG gilt als Schenkung unter Lebenden jede freigebige Zuwendung, soweit der Bedachte durch sie auf Kosten des Zuwendenden bereichert wird. Sie setzt in objektiver Hinsicht voraus, dass die Leistung zu einer Bereicherung des Bedachten auf Kosten des Zuwendenden führt und die Zuwendung (objektiv) unentgeltlich ist. Dies erfordert, dass der Empfänger über das Zugewendete im Verhältnis zum Leistenden tatsächlich und rechtlich frei verfügen kann. Dafür, ob dies der Fall ist, kommt es ausschließlich auf die Zivilrechtslage an (vgl. BFH, Urteile vom 22.8.2007, II R 33/06, BFHE 218, 403, BStBl II 2008, S. 28; vom 28.6.2007, II R 21/05, BFHE 217, 254, BStBl II 2007, S. 669; vom 18.9.2013, II R 63/11, BFH/NV 2014, 349 Rdnr. 11, und vom 1.10.2014, II R 40/12, BFH/NV 2015, 500 Rdnr. 15, jeweils m. w. N.).

b) Bei Anteilen an Personengesellschaften ist Gegenstand der Zuwendung die sich aufgrund der Übertragung der Gesellschaftsbeteiligung ergebende Vermögensverschiebung zwischen Schenker und Beschenktem. Dies setzt voraus, dass der Schenker dem Beschenkten das Mitgliedschaftsrecht zivilrechtlich wirksam überträgt, andernfalls erlangt der Beschenkte keinen Anteil am Gesellschaftsvermögen (BFH, Urteil vom 1.7.1992, II R 108/88, BFHE 168, 386, BStBl II 1992, S. 923). Unerheblich ist für den Tatbestand der freigebigen Zuwendung, ob der Beschenkte auch ertragsteuerrechtlich als Mitunternehmer anzusehen ist (BFH, BFH/NV 2015, 500 Rdnr. 16).

c) V hat nach Abschnitt II des Vertrags vom 11.11.2005 seinen Kommanditanteil zu drei Vierteln an den Kläger abgetreten. Mit der Abtretung gingen die Mitgliedschaftsrechte des V und dessen Anteil am Gesellschaftsvermögen zivilrechtlich wirksam auf den Kläger über. Durch die Übertragung wurde der Kläger objektiv auf Kosten des V in Höhe des Wertes des Kommanditanteils bereichert.

2. Für die Übertragung des Kommanditanteils sind die Steuervergünstigungen nach § 13a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und Abs. 2 ErbStG nicht zu gewähren.

a) Nach § 13a Abs. 4 Nr. 1 ErbStG gelten die Steuervergünstigungen der Abs. 1 und 2 der Vorschrift für inländisches Betriebsvermögen beim Erwerb unter anderem eines Anteils an einer Gesellschaft im Sinne des § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und Abs. 3 des Einkommensteuergesetzes (EStG). Die Steuervergünstigungen sind nur zu gewähren, wenn das von Todes wegen oder durch Schenkung unter Lebenden erworbene Vermögen durchgehend sowohl beim bisherigen als auch beim neuen Rechtsträger den Tatbestand des § 13a Abs. 4 Nr. 1 ErbStG erfüllt (BFH, Urteile vom 10.12.2008, II R 34/07, BFHE 224, 144, BStBl II 2009, S. 312; vom 23.2.2010, II R 42/08, BFHE 228, 184, BStBl II 2010, S. 555; vom

16.5.2013, II R 5/12, BFHE 241, 49, BStBl II 2013, S. 635 Rdnr. 9, und in BFH/NV 2015, 500 Rdnr. 20).

b) Der Tatbestand des § 13a Abs. 4 Nr. 1 ErbStG ist nur erfüllt, wenn der Erwerber Mitunternehmer wird (BFH, BFHE 241, 49, BStBl II 2013, S. 635 Rdnr. 11). Mitunternehmer im Sinne des § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, ggf. i. V. m. § 18 Abs. 4 Satz 2 EStG ist, wer Mitunternehmerinitiative entfalten kann und Mitunternehmerisiko trägt. Mitunternehmerinitiative bedeutet Teilhabe an unternehmerischen Entscheidungen zumindest in dem Umfang der Stimm-, Kontroll- und Widerspruchsrechte eines Kommanditisten nach den Regelungen des Handelsgesetzbuchs oder der gesellschaftsrechtlichen Kontrollrechte nach § 716 Abs. 1 BGB. Mitunternehmerisiko bedeutet gesellschaftsrechtliche oder eine dieser wirtschaftlich vergleichbare Teilhabe am Erfolg oder Misserfolg des Unternehmens. Dieses Risiko wird regelmäßig durch die Beteiligung am Gewinn und Verlust sowie an den stillen Reserven des Anlagevermögens einschließlich des Geschäftswertes vermittelt (BFH, Urteile vom 1.9.2011, II R 67/09, BFHE 239, 137, BStBl II 2013, S. 210 Rdnr. 20; BFHE 241, 49, BStBl II 2013, S. 635 Rdnr. 10, und in BFH/NV 2015, 500 Rdnr. 21).

c) Aufgrund der Zielsetzung des § 13a Abs. 4 Nr. 1 ErbStG gilt dies auch dann, wenn sich der Schenker bei der Übertragung einer Beteiligung an einer Personengesellschaft den Nießbrauch vorbehält. Die Steuervergünstigungen nach § 13a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und Abs. 2 ErbStG sind auch in einem solchen Fall nur dann zu gewähren, wenn der übertragene Gesellschaftsanteil dem Bedachten die Stellung eines Mitunternehmers vermittelt (BFHE 241, 49, BStBl II 2013, S. 635 Rdnr. 13, und BFH/NV 2015, 500 Rdnr. 22). Bestimmen die Vertragsparteien, dass die mit der übertragenen Beteiligung an der Personengesellschaft verbundenen Stimm- und Mitverwaltungsrechte dem Nießbraucher zustehen sollen, führt dies dazu, dass der Bedachte nicht Mitunternehmer ist und insoweit die Steuervergünstigungen nach § 13a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und Abs. 2 ErbStG nicht beanspruchen kann (vgl. BFHE 228, 184, BStBl II 2010, S. 555; BFHE 241, 49, BStBl II 2013, S. 635 Rdnr. 14, und BFH/NV 2015, 500 Rdnr. 22).

d) Die Beteiligten können die Ausübung der Stimmrechte vertraglich regeln (MünchKommBGB/Pohlmann, 6. Aufl., § 1068 Rdnr. 81; MünchKommHGB/K. Schmidt, 3. Aufl., Vor § 230 Rdnr. 21; Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., § 61 II, S. 1825). Diese vertragliche Regelung ist auch für die steuerliche Beurteilung maßgeblich. Daher kann die zivilrechtlich umstrittene Frage, ob beim Nießbrauch an einem Gesellschaftsanteil ohne entsprechende Vereinbarung die Stimmrechte allein dem Gesellschafter (so die h. M.; vgl. MünchKommBGB/Pohlmann, a. a. O., § 1068 Rdnr. 69 FN 230, Rdnr. 81; Palandt/Bassenge, 74. Aufl., § 1068 Rdnr. 5, jeweils m. w. N.), allein dem Nießbraucher oder dem Nießbraucher und dem Gesellschafter gemeinschaftlich zustehen, dahinstehen (zum Meinungsstand vgl. MünchKommBGB/Pohlmann, a. a. O., § 1068 Rdnr. 69 ff.).

e) Überträgt der Gesellschafter aufgrund vertraglicher Vereinbarungen die Ausübung der Stimmrechte auf den Nießbraucher oder behält sich der Nießbraucher bei der Übertragung des Gesellschaftsanteils die Ausübung der Stimmrechte vor, kann der Gesellschafter keine Mitunternehmerinitiative entfalten (vgl. BFHE 224, 144, BStBl II 2009, S. 312; Schmidt/Wacker, EStG, 34. Aufl., § 15 Rdnr. 272). Das gilt jedenfalls dann, wenn der Gesellschafter die Ausübung der Stimmrechte dem Nießbraucher umfassend überlassen hat und dies auch für die Grundlagengeschäfte der Gesellschaft gilt. Dabei kann dahinstehen, in welchem Umfang dem

Gesellschafter trotz der Übertragung der Ausübung seiner Stimmrechte unverzichtbare Kontroll- und Initiativrechte verbleiben. Denn die Entscheidungen innerhalb der Gesellschaft trifft in diesen Fällen der Nießbraucher und nicht der Gesellschafter. Das BFH, Urteil vom 1.3.1994, VIII R 35/92 (BFHE 175, 231, BStBl II 1995, S. 241) steht dem nicht entgegen, denn in dem dort entschiedenen Fall fehlte es an einer ausdrücklichen Vereinbarung über die Ausübung der Stimmrechte durch den Nießbraucher.

f) Für die Beurteilung, ob der Beschenkte mit der Übertragung des Gesellschaftsanteils Mitunternehmer geworden ist, ist der Zeitpunkt der Übertragung maßgeblich. Macht der Schenker die Übertragung des Gesellschaftsanteils davon abhängig, dass er die Stimmrechte weiterhin umfassend ausüben kann, erlangt der Beschenkte im Zeitpunkt der Übertragung des Anteils keine Mitunternehmerstellung. Unerheblich ist, ob die Beteiligten die Ausübung der Stimmrechte später ändern oder ungeachtet der vertraglichen Vereinbarung alle Entscheidungen innerhalb der Gesellschaft gemeinschaftlich treffen. Soweit aus dem BFH-Urteil in BFHE 241, 49, BStBl II 2013, S. 635, Rdnr. 14 („und verfahren die Gesellschafter danach“) geschlossen werden könnte, es komme auf das Verhalten nach der Übertragung an, wird klargestellt, dass für die schenkungsteuerrechtliche Beurteilung allein die vertraglichen Regelungen im Zeitpunkt der Übertragung und nicht das Verhalten der Beteiligten nach Übertragung des Gesellschaftsanteils maßgeblich sind.

g) Ausgehend von diesen Grundsätzen hat das FG zu Recht entschieden, dass für die Übertragung des mit dem Nießbrauch belasteten Gesellschaftsanteils auf den Kläger die Steuervergünstigungen nach § 13a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und Abs. 2 ErbStG nicht in Anspruch genommen werden können.

Der Kläger ist nicht Mitunternehmer geworden. Es mangelt ihm an der dafür erforderlichen Mitunternehmerinitiative. Der Kläger hat sich mit der Zustimmung zum Übertragungsvertrag seiner gesellschaftsrechtlichen Mitwirkungsrechte vollständig begeben. Das betrifft nach dem Wortlaut der Vereinbarung sämtliche Entscheidungsbefugnisse der Gesellschafter bis hin zu gesellschaftsrechtlichen Grundentscheidungen wie Satzungsänderungen, Aufnahme und Ausschluss von Gesellschaftern bis hin zur Liquidation der Gesellschaft. Durch die Vereinbarungen im Übertragungsvertrag war sichergestellt, dass der Kläger zum maßgeblichen Übertragungszeitpunkt seine Gesellschafterrechte nicht wahrnehmen und keine Mitunternehmerinitiative entfalten konnte. Einer etwaigen späteren Änderung dieser Vereinbarungen oder einer davon abweichenden tatsächlichen Handhabung kommt im vorliegenden Zusammenhang keine Bedeutung zu.

Die Stellung des Klägers als Alleingesellschafter der Komplementär-GmbH führt ebenfalls nicht dazu, dass der schenkweise Erwerb des Kommanditanteils nach § 13a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und Abs. 2 ErbStG steuerbegünstigt ist. Vielmehr muss der geschenkte Kommanditanteil dem Bedachten die Stellung als Mitunternehmer vermitteln (BFHE 241, 49, BStBl II 2013, S. 635 Rdnr. 11).

(...)

Anmerkung:

Bei der Übertragung von Betriebsvermögen in Gestalt eines Kommanditanteils an einer gewerblichen oder gewerblich geprägten GmbH & Co. KG will sich der Übergeber häufig die Erträge aus der geschenkten Beteiligung vorbehalten. Das klassische Mittel dazu ist die Anteilsübertragung unter Nießbrauchvorbehalt und der damit einhergehenden Trennung

zwischen Vermögenssubstanz und Nutzungsbefugnis. Dabei ist es dem Nießbraucher zudem regelmäßig ein Anliegen, sich auch ein Höchstmaß an Mitspracherechten bei der künftigen Führung des Unternehmens zu sichern. Da es im Gesellschaftsrecht keine speziellen Vorschriften zur Bestellung eines Nießbrauchs an Gesellschaftsanteilen gibt, gelten dafür die allgemeinen Vorschriften der §§ 1068 ff. BGB über den Rechtsnießbrauch.¹ Inwieweit dem Nießbraucher danach Stimm- und sonstige Mitverwaltungsrechte in der Gesellschaft zustehen, ist in der Literatur umstritten und höchststrichterlich noch nicht geklärt.² Der BGH hat dazu bislang lediglich entschieden, dass die Kompetenz des Gesellschafters, bei Beschlüssen, die die Grundlagen der Gesellschaft betreffen, selber abzustimmen, ihm durch die Bestellung eines Nießbrauchs an seinem Gesellschaftsanteil grundsätzlich nicht genommen wird.³ Ob dem Nießbraucher darüber hinaus weitere Verwaltungsrechte zustehen, hat der BGH dagegen offengelassen.⁴ Vor diesem Hintergrund ist dem Vertragsgestalter zu raten, die Aufteilung der Stimm- und Verwaltungsrechte zwischen dem Erwerber des Kommanditanteils einerseits und dem Veräußerer andererseits im Übertragungsvertrag unter Berücksichtigung der Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag der betreffenden Personengesellschaft sorgfältig zu regeln.⁵

Das jüngste BFH-Urteil zu der Frage, unter welchen Voraussetzungen die Übertragung eines Kommanditanteils unter Nießbrauchvorbehalt nach §§ 13a, 13b ErbStG steuerlich begünstigt ist, lenkt hierbei den Blick auf die schenkungsteuerrechtlichen Grenzen einer umfassenden Zuordnung des mit der Beteiligung verbundenen Stimmrechts zum Nießbraucher. Die Entscheidung erging zwar zu § 13a Abs. 4 Nr. 1 ErbStG a. F. Doch auch nach § 13b Abs. 1 Nr. 2 ErbStG gilt weiterhin, dass die schenkungsteuerlichen Vergünstigungen für den Erwerb eines Personengesellschaftsanteils im Sinne des § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und Abs. 3 EStG nur in Anspruch genommen werden können, wenn der Beschenkte ertragsteuerlich als Mitunternehmer anzusehen ist.⁶ Ist dies nicht der Fall, liegt dennoch eine steuerbare freigebige Zuwendung im Sinne des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG vor, wenn der Kommanditanteil dem Beschenkten zivilrechtlich wirksam übertragen wurde.

Die zur Begründung einer Mitunternehmerstellung des Erwerbers unabdingbare Mitunternehmerinitiative ist nach ständiger Rechtsprechung des BFH ausgeschlossen, wenn die Stimm- und sonstigen Verwaltungsrechte im Schenkungsvertrag vollständig dem Nießbraucher zugewiesen werden.⁷

1 Zur grundsätzlichen Zulässigkeit des Nießbrauchs an der Mitgliedschaft in einer Gesellschaft vgl. nur MünchKommBGB/*Pohlmann*, Band 6, 6. Aufl. 2013, § 1068 Rdnr. 23 m. w. N. auch zur Rechtsprechung.

2 Näher dazu *Fleischer*, ZEV 2012, 466, 467 ff.; *Frank*, MittBayNot 2010, 96, 99; *Kruse*, RNotZ 2002, 69, 74 f.

3 Vgl. BGH, Urteil vom 9.11.1998, II ZR 213/97, MittBayNot 1999, 195.

4 Kritisch zu diesem Punkt der Entscheidung *K. Schmidt*, ZGR 1999, 601, 605 f.

5 Näher dazu *Wachter*, DStR 2013, 1929, 1933; *Fleischer*, DStR 2013, 902; *Götz/Hülsmann*, Der Nießbrauch im Zivil- und Steuerrecht, 10. Aufl. 2014, Rdnr. 366.

6 Daran soll sich auch nach dem Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Anpassung des Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetzes an die Rechtsprechung des BVerfG vom 7.9.2015, BT-Drucks. 18/5923, nichts ändern, der das Erfordernis der Mitunternehmerstellung des Erwerbers eines Kommanditanteils unberührt lässt.

7 Vgl. nur BFH, Urteil vom 10.12.2008, II R 34/07, MittBayNot 2010, 15. Zur einkommensteuerrechtlichen Zurechnung eines unter Nießbrauchsvorbehalt übertragenen Geschäftsanteils an einer GmbH vgl. BFH, Urteil vom 24.1.2012, IX R 51/10, MittBayNot 2013, 84.

Dabei spielt es keine Rolle, ob dies durch eine von den gesetzlichen Regelungen abweichende Inhaltsbestimmung des Nießbrauchs oder durch Erteilung einer Stimmrechtvollmacht an den Erwerber geschieht. Dem Nießbrauchbesteller muss zumindest die Möglichkeit verbleiben, bei Beschlüssen im „Kernbereich“ sowie bei Beschlüssen über Grundlagengeschäfte und außergewöhnliche Geschäfte mitzuwirken. Bei derartigen Gesellschafterbeschlüssen darf die Ausübung des Stimmrechts des Gesellschafters lediglich an die Zustimmung des Nießbrauchers gebunden werden, wenn dessen Recht durch die in Rede stehende Maßnahme berührt wird. Denn nach Ansicht des BFH genügt es für die Zuerkennung von Mitunternehmerinitiative zum Gesellschafter, wenn der Nießbraucher daran gehindert ist, den Gesellschaftsvertrag der KG in wesentlichen Punkten ohne Zustimmung des Gesellschafters – ggf. zu dessen Nachteil – zu ändern und den Gesellschafter gegen seinen Willen aus der Gesellschaft auszuschließen.⁸ Die Anerkennung der Mitunternehmerstellung des Erwerbers ist grundsätzlich auch nicht gefährdet, wenn sich der Veräußerer über den Nießbrauch hinaus für bestimmte, klar umrissene Fälle ein Widerrufsrecht vorbehält.⁹

Die Mitunternehmerstellung des Beschenkten muss sich dabei aus dem übertragenen Anteil selbst ableiten. Ein Mangel an Mitunternehmerinitiative kann deshalb auch nicht dadurch ausgeglichen werden, dass der Erwerber schon vor der Übertragung als Kommanditist an der Gesellschaft beteiligt war und insoweit eine Mitunternehmerstellung einnimmt.¹⁰ Nach der Rechtsprechung des BGH reicht es auch nicht aus, dass der Beschenkte bei Übertragung eines Kommanditanteils unter Vorbehalt eines Quotennießbrauchs hinsichtlich des durch den Nießbrauch unbelasteten Teils eine Mitunternehmerstellung erlangt.¹¹ Durch seine jüngste Entscheidung hat der BFH zudem für die Praxis geklärt, dass auch die Alleingesellschafterstellung in der Komplementär-GmbH dem Beschenkten keine Mitunternehmerinitiative vermittelt. Zwar kann der Alleingesellschafter der Komplementär-GmbH über sein Weisungsrecht gegenüber dem GmbH-Geschäftsführer mittelbar auch die Geschäftsführung der KG beeinflussen. Jedoch resultiert diese Herrschaftsmacht eben nicht aus dem geschenkten Kommanditanteil, wie vom BFH verlangt.¹²

In seinem Urteil vom 23.2.2010¹³ ist der BFH der Frage, ob ein Stimmrechtsausschluss des Kommanditisten in Bezug auf Grundlagengeschäfte gesellschaftsrechtlich überhaupt zulässig ist, unter Hinweis auf § 41 Abs. 1 AO ausgewichen. Aufgrund der in dieser Vorschrift für das Steuerrecht angeordneten wirtschaftlichen Betrachtungsweise sei nicht nur auf die vertraglichen Vereinbarungen, sondern auch auf das Verhalten des Gesellschafters nach der Anteilsübertragung abzustellen.¹⁴ Für die schenkungsteuerrechtliche Beurteilung, ob die

8 Siehe BFH, Urteil vom 16.12.2009, II R 44/08, GmbHR 2010, 499.

9 Vgl. dazu BFH, Urteil vom 27.1.1994, IV R 114/91, ZEV 1994, 318 m. Anm. *Piltz*. Dagegen führt die Vereinbarung einer Anteilschenkung unter freiem Widerrufsvorbehalt ertrag- und damit auch schenkungsteuerlich zur Verneinung einer Mitunternehmerinitiative des Beschenkten, siehe dazu *Jülicher* in *Troll/Gebell/Jülicher*, ErbStG, Stand: Oktober 2014, § 13b Rdnr. 110 m. w. N.

10 Siehe dazu BFH, Urteil vom 23.2.2010, II R 42/08, DStR 2010, 868 m. Anm. *Wachter*.

11 Vgl. BFH, Urteil vom 16.5.2013, II R 5/12, MittBayNot 2013, 509; siehe dazu auch *Götz*, ZEV 2013, 430, 432 f.; *Wachter*, DStR 2013, 1929, 1933 f.; *Fleischer*, DStR 2013, 902.

12 Vgl. hierzu auch *Kotzenberg*, BB 2015, 2472.

13 II R 42/08, DStR 2010, 868.

14 In diesem Sinne auch BFH, Urteil vom 16.5.2013, II R 5/12, MittBayNot 2013, 509.

Erfordernisse einer Mitunternehmerstellung erfüllt sind, sind jedoch entsprechend dem in § 11 i. V. m. § 9 Abs. 1 ErbStG normierten Stichtagsprinzip¹⁵ ausschließlich die von den Parteien getroffenen Vereinbarungen im Zeitpunkt der Anteilschenkung maßgeblich. Auch dies hat der BFH in seinem Urteil vom 6.5.2015 in Abgrenzung zu seinen beiden vorzitierten, früheren Entscheidungen klargestellt. Deshalb spielt es auch keine Rolle, dass eine im Zeitpunkt der Ausführung der Schenkung erteilte, die Mitunternehmerinitiative des Beschenkten untergrabende Stimmrechtsvollmacht von diesem widerrufen werden kann oder nicht.¹⁶

¹⁵ Näher dazu *Gebel* in *Troll/Gebell/Jülicher*, ErbStG, Stand: Oktober 2014, § 9 Rdnr. 12.

¹⁶ So bereits *Wachter*, DStR 2013, 1929, 1932.

Als Resümee bleibt festzuhalten, dass bei der Ausgestaltung eines Vorbehaltsnießbrauchs im Rahmen einer Schenkung von KG-Anteilen die vom BFH immer klarer gezogenen Schranken für die Zuweisung möglichst umfassender Mitwirkungsrechte zum Nießbraucher zu beachten sind. Anderenfalls fehlt es an dem für die schenkungsteuerliche Privilegierung notwendigen Mindestmaß an Mitwirkungsinitiative des Anteilserwerbers, deren Mangel auch nicht durch ein Übermaß an Mitunternehmerisiko im Sinne einer (gesellschaftsrechtlichen) Teilhabe am Erfolg oder Misserfolg des Unternehmens kompensiert werden kann.¹⁷

Notar Dr. *Jörg Ihle*, Bergisch Gladbach

¹⁷ Grundsätzlich zu dieser Kompensationsmöglichkeit *Schmidt/Wacker*, EStG, 34. Aufl. 2015, § 15 Rdnr. 262.

STANDESNACHRICHTEN

Personaländerungen

1. Verstorben:

Notar a. D. Werner Mitzel, Forchheim,
verstorben am 16.12.2015

Notar a. D. Dr. Benno Andres,
Neustadt a. d. Weinstraße,
verstorben am 31.1.2016

2. Amtsniederlegung nach § 48b BNotO:

Mit Wirkung zum 1.2.2016:

Notarin Dr. Manuela Müller, Haßfurt

Mit Wirkung zum 1.3.2016:

Notarin Andrea Issad, Markt Erlbach

3. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung zum 1.3.2016:

Tobias Andrissek, Amberg
(Notarstelle Dr. Frank)

Anne Bergmann, Trostberg
(Notarstellen Mehler/Dr. Vierling)

4. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung zum 1.2.2016:

Bad Dürkheim (in Sozietät mit Notar Holland)	der Notarassessorin Lisa Schumacher (bisher in Germersheim, Notarkammer Pfalz)
--	---

Klingenberg a. Main	dem Notar Jens Haßelbeck (bisher in Hof)
---------------------	--

München	dem Notar Stefan Schrenick (bisher in Mainburg)
---------	---

München (in Sozietät mit Notar Dr. Thiele)	dem Notar Dr. Florian SatzI (bisher in Straubing)
--	---

Mit Wirkung zum 1.3.2016:

Hollfeld	dem Notarassessor Dr. Georg Seitz (bisher in München, Notarstelle Dr. Krauß)
----------	---

5. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Notar Dr. Christoph Döbereiner, München, ab 1.2.2016
in Sozietät mit Dr. Benedikt Pfisterer, München;
Notar Stefan Schrenick verwahrt die Urkunden
von Notar Hans-Peter Rüth

Notarassessorin Katharina Elisabeth Langer führt
seit 12.12.2015 den Namen Trommler

Notarassessor Dr. Markus Müller,
Ludwigshafen am Rhein
(Notarstelle Dr. Wilke), ab 1.2.2016 in Germersheim
(Notarkammer Pfalz)

Amtsrat i. N. Bernhard Mailänder, Augsburg
(Notarstelle Dr. Grafberger), ab 1.3.2016 in München
(Notarstellen Krick/Birnstiel)

Oberinspektorin i. N. Anna Pförtner, Dorfen
(Notarstelle Stahl), ab 1.3.2016 in Wasserburg a. Inn
(Notarstellen Dr. Bartsch/Martin)

5. Ausgeschiedene Angestellte:

Oberinspektorin i. N. Andrea Hangl, Rosenheim
(Notarstellen Richter/Karl), zum 12.2.2016
ausgeschieden

Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Dinkelsbühl, Notarstelle Schrader
Bahnhofplatz 1, 91550 Dinkelsbühl

München, Notarstelle Schrenick
Tal 13, 80331 München
Telefon: 089 2900345
Telefax: 089 290034-34
E-Mail: info@notar-tal13.de
Homepage: www.notar-tal13.de

Wasserburg am Inn, Notarstellen Martin/Dr. Bartsch
Marienplatz 7, 83512 Wasserburg am Inn (ab 7.3.2016)

Neumarkt i. d. OPf., Notarstellen
Dr. Mickisch/Dr. Heinemann
Nürnberger Straße 2, 92318 Neumarkt i. d. OPf.
(ab 21.3.2016)

SONSTIGES

29. Deutscher Notartag in Berlin

im bcc Berlin Congress Center, Alexanderplatz, Berlin
vom 29. Juni bis 2. Juli 2016

Unter dem Leitthema „Wachstum und Rechtssicherheit – Standortfaktor Notariat“ richtet die Bundesnotarkammer vom 29. Juni bis 2. Juli 2016 den 29. Deutschen Notartag in Berlin aus.

Das Fachprogramm des Notartags findet im bcc Berlin Congress Center in zentraler Lage am Alexanderplatz statt. Als Referenten und Teilnehmer der Podiumsdiskussionen zu aktuellen Themen der notariellen Praxis werden neben fachlich besonders ausgewiesenen Kollegen auch hochrangige Vertreter aus Politik, Wissenschaft, Justiz und Verwaltung teilnehmen. Das Rahmenprogramm umfasst neben verschie-

denen Führungen und Ausflügen in Berlin und Potsdam den traditionellen Begrüßungsabend im Cafe Moskau, einen Kulturabend mit Konzert und Kabarett im Jüdischen Museum sowie den festlichen Ballabend in der Großen Orangerie von Schloss Charlottenburg.

Anmeldungen zum Notartag sind ausschließlich online unter www.notartag.de möglich. Detaillierte Informationen zum Fach- und Rahmenprogramm des Notartags sind dort ebenfalls abrufbar. Das Präsidium der Bundesnotarkammer lädt bereits heute herzlich zur Teilnahme am 29. Deutschen Notartag in Berlin ein.

„Unternehmenserbrecht in Europa“

2. Symposium für Europäisches Erbrecht an der Universität Regensburg

Freitag, 8. April 2016, 14.00 Uhr

und

Samstag, 9. April 2016, 9.00 Uhr

Hörsaal 24 (Vielberth-Gebäude)

Referenten: Notar Dr. *Christoph Döbereiner*, München
Notar Dr. *Martin Magonski*, Breslau
Professor Dr. *Martin Schauer*, Wien
Dr. *Gregor Christandl*, LL.M., Innsbruck
Professor Dr. Dr. h. c. *Walter Pintens*, Leuven
Professor Dr. *Francesco A. Schurr*, Vaduz
Dr. *Radovan David*, Brünn
Dr. *Miriam Anderson*, Barcelona
Professor Dr. *Anatol Dutta*, M.Jur., Regensburg

Im Anschluss an die Vorträge besteht die Möglichkeit zur Diskussion.

Anmeldung und Information:

Prof. Dr. Martin Löhnig, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Deutsche und Europäische Rechtsgeschichte sowie Kirchenrecht, Universitätsstraße 31, 93053 Regensburg, Tel. 0941 943-2624, Fax: 0941 943-2603, E-Mail: caroline.berger@jura.uni-regensburg.de

Der Tagungsbeitrag beträgt 50 € für junge Anwälte (3 Jahre ab Zulassung), für alle übrigen Teilnehmer 150 €. Vom Tagungsbeitrag befreit sind Mitglieder der Universität Regensburg, Mitarbeiter der Bundesnotarkammer und auf Antrag wissenschaftliche Mitarbeiter in der Qualifikationsphase. Es wird gebeten, den Tagungsbeitrag bis zum 1. April 2016 durch Überweisung an folgendes Konto zu begleichen:

Universität Regensburg, Kto-Nr. 1279276, BLZ 700 500 00, Bayerische Landesbank München, Verwendungszweck: Projekt 7208081, Europäisches Erbrecht (bitte angeben!). Für Überweisungen aus dem Ausland: BIC: BYLA DE MM; IBAN: DE4270050000001279276.

Das Symposium ist als Fortbildungsveranstaltung im Umfang von 10 Zeitstunden nach § 15 FAO geeignet.

16. Wissenschaftliches Symposium des Instituts für Notarrecht an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg

„Erbrecht und Vermögenssicherung“

in der Neubaukirche, Domerschulstraße 16, 97070 Würzburg
am Freitag, 3. Juli 2016

9.15 Uhr	Begrüßung Prof. Dr. <i>Peter Limmer</i> , Notar, Würzburg, Vorsitzender des INotR Würzburg, Tagungsleiter	16.15 Uhr	Erbschaftsverträge – Offene Fragen und Herausforderungen Prof. Dr. <i>Anatol Dutta</i> , Universität Regensburg, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung
9.30 Uhr	Rechtseinheit und Rechtsfortbildung im Erbrecht durch die Gerichte Prof. Dr. <i>Christoph Althammer</i> , Universität Regensburg, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Deutsches, Europäisches und Internationales Verfahrensrecht sowie außergerichtliche Streitbeilegung	16.45 Uhr	Diskussion
10.00 Uhr	Aktuelle Rechtsprechung des BGH in Erbsachen Dr. <i>Christoph Karczewski</i> , RiBGH, Karlsruhe, IV. Zivilsenat	17.00 Uhr	Schlusswort Prof. Dr. <i>Peter Limmer</i>
10.30 Uhr	Diskussion, anschließend Kaffeepause	17.15 Uhr	Ende
11.15 Uhr	Aktuelle Fragen bei der Gestaltung von Behinderten- und Bedürftigentestamenten <i>Lorenz Spall</i> , Notar, Annweiler a. Tr.	im Anschluss: NotRV-Mitgliederversammlung	
11.45 Uhr	Vermögenssicherung durch Stiftungen? – Kritische Anmerkungen zu einem Trend Prof. Dr. <i>Knut Werner Lange</i> , Universität Bayreuth, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Deutsches und Europäisches Handels- und Wirtschaftsrecht	Organisatorische Hinweise: Die Veranstaltung richtet sich an alle vertragsgestaltend und forensisch tätigen Praktiker sowie an einschlägig interessierte Wissenschaftler, also nicht nur an Notare bzw. Mitglieder der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. Die Teilnehmer erhalten nach dem Symposium eine Teilnahmebescheinigung sowie einen Tagungsband per Post.	
12.15 Uhr	Diskussion, anschließend Mittagessen	Teilnahmegebühr (inklusive Verköstigung, Teilnahmebescheinigung und Tagungsband):	
14.00 Uhr	Verträge über die Rechtsnachfolge von Todes wegen mit mehr als zwei Beteiligten Prof. Dr. <i>Rainer Kanzleiter</i> , Notar a. D., Ulm; NotRV-Vorsitzender	<ul style="list-style-type: none"> • frei für Notarassessoren, die Mitglied der NotRV sind • 40 € für Notare a. D., die Mitglied der NotRV sind • 85 € für Notare a. D., Notarassessoren und Rechtsanwälte mit höchstens dreijähriger Zulassung • 165 € für Mitglieder der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. • 215 € für Nichtmitglieder 	
14.30 Uhr	Keine Chance für das zweite Glück? – Zur Absicherung des zweiten Ehegatten bei erbrechtlicher Bindung Dr. <i>Gabriele Müller</i> , Deutsches Notarinstitut Würzburg, Referatsleiterin für Erb- und Familienrecht	Der Tagungsbeitrag ist vor Beginn der Tagung und nach Erhalt der Rechnung auf das Konto der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. mit Verwendungszweck „Symposium 2016“ wie folgt zu überweisen: HypoVereinsbank UniCredit AG Würzburg, IBAN: DE 29790200760006671594. Rückerstattung des Tagungsbeitrages bei Nichtteilnahme erfolgt nur bei Abmeldung bis 7 Tage vor der Veranstaltung. Für zurückzahlende Teilnahmegebühren wird eine Stornogebühr i. H. v. 10 € berechnet.	
15.00 Uhr	Diskussion, anschließend Kaffeepause	Anmeldungen richten Sie bitte an: Institut für Notarrecht an der Universität Würzburg, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg, Fax: 0931/35576225; E-Mail: notrv@dnoti.de; Internet: www. notarinstitut.de.	
15.45 Uhr	Aktuelle Probleme des Erbschaftsteuerrechts in der notariellen Praxis Dr. <i>Eckhard Wälzholz</i> , Notar, Füssen		

Schriftleitung: Notarassessor Stefan Künkele
Notarassessorin Dr. Katharina Hermannstaller

Ottostraße 10, 80333 München
ISSN 0941-4193

Die Mitteilungen erscheinen jährlich mit sechs Heften und können nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Telefon 089 551660, Fax 089 55166234, info@mittbaynot.de, bezogen werden.

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an:
Universal Medien GmbH, Geretsrieder Straße 10, 81379 München, Telefon 089 5482170, Fax 089 555551.

Bestellen Sie Einbanddecken gerne auch im Internet unter www.universalmedien.de/notarkammer.

Veranstaltungen des DAI

1. Unterstützung bei der Abwicklung notarieller Amtsgeschäfte von A – Z
(*Tondorf*)
3.3.2016 in Oldenburg
2. Haftungsfallen im Erbrecht
(*Ivo/Müller*)
4.3.2016 in Heusenstamm
3. Intensivkurs Erbrecht
(*Frenz*)
4.–5.3.2016 in Berlin
4. Aktuelle Entwicklungen im notariellen Kostenrecht
(*Sikora/Tiedtke*)
4.3.2016 in Stuttgart
5. 28. Vorbereitungslehrgang auf die notarielle Fachprüfung
Teil 1 – Notarielles Berufsrecht, Grundlagen des Grundstücksrechts; Grundstücksrecht und Gestaltung von Grundstückskaufverträgen mit Grundbuchverfahrensrecht und Beurkundungsrecht; Allgemeine Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung und der Zwangsvollstreckung in Grundstücke; Wohnungseigentumsrecht; Bauträgervertragsrecht; Erbbaurecht, Notarielle Verwahrungstätigkeit
(*Block/Huttenlocher/Krauß/Monreal/Naumann/Rapp/Simon*)
7.–12.3.2016 in Heusenstamm
6. Insolvenzrecht in der notariellen Praxis
(*Reul*)
11.3.2016 in Kassel
7. Haftungsfallen im Erbrecht
(*Ivo/Müller*)
12.3.2016 in Kiel
8. 50 Tipps zur Anwendung des GNotKG
(*Schmidt/Tondorf*)
16.3.2016 in Heusenstamm
9. Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung im Immobilienrecht 2015/2016
(*Herrler/Hertel/Kessler*)
8.4.2016 in Stuttgart
10. Aktuelle Brennpunkte der notariellen Praxis
(*Keim/Krauß/Kroll-Ludwigs/Reul*)
15.4.2016 in Osnabrück
11. Gestaltung und Abwicklung notarieller Amtsgeschäfte: Register-, Familien- und Erbrecht
(*Tondorf*)
19.4.2016 in Berlin
12. Aktuelle Fragen zum GNotKG
(*Schmidt/Tondorf*)
20.4.2016 in Kiel
13. Intensivkurs Kostenrecht
(*Fackelmann/Tiedtke*)
22.–23.4.2016 in Heusenstamm
14. Aktuelles aus dem Handelsregister – Update 2016
(*Melchior*)
27.4.2016 in Berlin
15. Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung im Immobilienrecht 2015/2016
(*Herrler/Hertel/Kessler*)
29.4.2016 in Kiel
16. Intensivseminar Grundstückskaufvertrag
(*Sikora*)
29.–30.4.2016 in Bochum
17. Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung im Immobilienrecht 2015/2016
(*Herrler/Hertel/Kessler*)
30.4.2016 in Berlin

Soweit nicht anders vermerkt, handelt es sich um Veranstaltungen des Fachinstituts für Notare. Anfragen sind ausschließlich zu richten an das Deutsche Anwaltsinstitut e. V., Fachinstitut für Notare, Postfach 25 02 54, 44740 Bochum, Telefon 0234 970640, Fax 0234 703507, E-Mail: notare@anwaltsinstitut.de.

Neuerscheinungen

1. Eller: Liquidation der GmbH. 3. Aufl., Schmidt, 2016. 256 S., 38 €
2. Fleischer/Goette (Hrsg.): Münchener Kommentar zum GmbHG. 3 Bände. 2. Aufl., Beck, 2015. 5900 S., 847 €
3. Goette/Habersack (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Aktiengesetz. Band 1: §§ 1-75. 4. Aufl., Beck, 2016. 2242 S., 339 €
4. Heinemann (Hrsg.): Kölner Formularbuch Grundstücksrecht. 2. Aufl., Heymanns, 2016. 1335 S., 149 €
5. Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns: Handbuch GmbH & Co. KG. 21. Aufl., Schmidt, 2016. 1201 S., 149 €
6. Hügel (Hrsg.): Grundbuchordnung. 3. Aufl., Beck, 2016. 1731 S., 129 €
7. Kersten/Bühling: Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit. 25. Aufl., Heymanns, 2016. 3120 S., 309 €
8. Langenfeld/Herrler (Hrsg.): Münchener Vertragshandbuch. Band 6: Bürgerliches Recht II. 7. Aufl., Beck, 2016. 1316 S., 139 €
9. Limmer (Hrsg.): Handbuch der Unternehmensumwandlung. 5. Aufl., Heymanns, 2016. 1364 S., 179 €
10. Münch (Hrsg.): Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis. 2. Aufl., Beck, 2016. 1420 S., 199 €
11. Schlüter/Stolte: Stiftungsrecht. 3. Aufl., Beck, 2016. 254 S., 45 €
12. Staudinger: Kommentar zum BGB. Buch 4: Familienrecht, §§ 1638-1683. De Gruyter, 2015. 702 S., 259 €
13. Stöber: Zwangsversteigerungsgesetz. Kommentar zum ZVG. 21. Aufl., Beck, 2016. 1666 S., 125 €
14. Süß (Hrsg.): Erbrecht in Europa. 3. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2016. 1552 S., 169 €
15. Wicke: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG). 3. Aufl., Beck, 2016. 661 S., 57 €
16. Zimmermann: Erbschein – Erbscheinsverfahren – Europäisches Nachlasszeugnis. 3. Aufl., Schmidt, 2016. 491 S., 58 €

Landesnotarkammer Bayern, Ottostr. 10, 80333 München
PVSt, Deutsche Post AG • Entgelt bezahlt • B 13022 F