

Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern
Ottostraße 10
80333 München

Herausgeberbeirat:

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

Dr. Johann Frank,
Notar in Amberg

Dr. Susanne Frank,
Notarin in München

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

Prof. Dr. Dieter Mayer,
Notar in München

Dr. Eckhard Wälzholz,
Notar in Füssen

Dr. Dietmar Weidlich,
Notar in Roth

Schriftleitung:

Dr. Bernadette Bord,
Notarassessorin

Boris Pulyer,
Notarassessor

ISSN 0941-4193

Aufsätze

Röhl: Annahme und Erfüllung von Vermächtnissen zugunsten Minderjähriger 189

Weidlich: Das Verhältnis von Testamentsvollstreckung und Vollmacht über den Tod hinaus und seine Behandlung im Grundbuchverfahren 196

Seebach: Das notarielle Zeugnis über die unbeschränkte Zwangsvollstreckung aus ausländischen Notarurkunden nach EuGVVO und AVAG 200

Rechtsprechung

Sittenwidriges Verfügungsverbot in Übergabevertrag (BGH, Urteil vom 6.7.2012, V ZR 122/11) 218
mit Anmerkung *Hertel* 221

Behandlung eines Leibgedings nach dem Tod der Berechtigten (OLG München, Beschluss vom 10.8.2012, 34 Wx 131/12) 225
mit Anmerkung *Reymann* 226

Löschung eines von mehreren Vorkaufsberechtigten kraft dessen Bewilligung (OLG München, Beschluss vom 18.7.2012, 34 Wx 158/12) 231
mit Anmerkung *Heinze* 233

Ehevertrag nicht allein bei Unausgewogenheit sittenwidrig (BGH, Urteil vom 31.10.2012, XII ZR 129/10) 240
mit Anmerkung *Münch* 246

Genehmigungsfreiheit der Ausschlagung für minderjähriges Kind auch bei Werthaltigkeit des Nachlasses (OLG Köln, Beschluss vom 26.4.2012, II-12 UF 10/12) 248
mit Anmerkung *Sagmeister* 250

Gleichzeitige Voll- und Vorerbschaft (OLG Celle, Beschluss vom 4.10.2012, 6 W 180/12) 252
mit Anmerkung *Braun* 253

Unentgeltliche Übertragung eines Mitunternehmeranteils bei gleichzeitiger Ausgliederung von Sonderbetriebsvermögen (BFH, Urteil vom 2.8.2012, IV R 41/11) 266
mit Anmerkung *Wartenburger* 266

Erbschaftsteuer bei Erwerb aufgrund ausländischen Rechts (BFH, Urteil vom 4.7.2012, II R 38/10) 269
mit Anmerkung *Fischer* 274

Hinweise für die Praxis

Der Sanierungsvermerk in der notariellen Praxis (*Mödl*) 275

Inhalt

Aufsätze

Röhl: Annahme und Erfüllung von Vermächtnissen zugunsten Minderjähriger **189**

Weidlich: Das Verhältnis von Testamentsvollstreckung und Vollmacht über den Tod hinaus und seine Behandlung im Grundbuchverfahren **196**

Seebach: Das notarielle Zeugnis über die unbeschränkte Zwangsvollstreckung aus ausländischen Notarurkunden nach EuGVVO und AVAG **200**

Tagungsberichte

Barth: Betreutes Wohnen **208**

Buchbesprechungen

Limmer/Hertel/Frenz/Mayer (Hrsg.): Würzburger Notarhandbuch (*Betz*) **211**

Schöner/Stöber: Grundbuchrecht (*Amann*) **212**

Krüger/Hertel: Der Grundstückskauf (*Mödl*) **215**

Lutter/Hommelhoff (Hrsg.): GmbH-Gesetz (*Apfelbaum*) **216**

Rechtsprechung

Bürgerliches Recht

Allgemeines

1. Zur Sittenwidrigkeit eines Verfügungsverbots in Übergabeverträgen (BGH, Urteil vom 6.7.2012, V ZR 122/11) **218**
mit Anmerkung *Hertel* **221**

Sachen- und Grundbuchrecht

2. Zur grundbuchrechtlichen Behandlung eines Leibgedings nach dem Tod der Berechtigten (OLG München, Beschluss vom 10.8.2012, 34 Wx 131/12) **225**
mit Anmerkung *Reymann* **226**
3. Wirksamkeit einer postmortalen Löschungsvollmacht trotz Testamentsvollstreckung (OLG München, Beschluss vom 26.7.2012, 34 Wx 248/12) **230**
4. Löschung eines von mehreren Vorkaufsberechtigten kraft dessen Bewilligung (OLG München, Beschluss vom 18.7.2012, 34 Wx 158/12) **231**
mit Anmerkung *Heinze* **233**

Familienrecht

5. Erleichterter Ausschluss des Zugewinnausgleichs im Rahmen ehevertraglicher Disposition (BGH, Urteil vom 21.11.2012, XII ZR 48/11) **235**
6. Unausgewogenheit regelmäßig nicht ausreichend für Sittenwidrigkeit eines Ehevertrages (BGH, Urteil vom 31.10.2012, XII ZR 129/10) **240**
mit Anmerkung *Münch* **246**
(zugleich Anmerkung zu BGH, Urteil vom 21.11.2012, XII ZR 48/11)

Inhalt (Fortsetzung)

7. Keine Bestellung eines Ergänzungspflegers für Minderjährige bei Eigentumsumschreibung von Wohnungseigentum zwecks Vermächtniserfüllung
(OLG München, Beschluss vom 22.8.2012, 34 Wx 200/12) **247**
8. Genehmigungsfreiheit der Ausschlagung für minderjähriges Kind auch bei Werthaltigkeit des Nachlasses
(OLG Köln, Beschluss vom 26.4.2012, II-12 UF 10/12) **248**
mit Anmerkung *Sagmeister* **250**

Erbrecht

9. Gleichzeitige Voll- und Vorerbschaft
(OLG Celle, Beschluss vom 4.10.2012, 6 W 180/12) **252**
mit Anmerkung *Braun* **253**

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

10. Nichtigkeit einer Verpflichtung des Aktionärs gegenüber der Aktiengesellschaft zur unentgeltlichen Rückübertragung zuvor entgeltlich erworbener Aktien
(BGH, Urteil vom 22.1.2013, II ZR 80/10) **254**
11. Zurückweisung einer durch einen ausländischen Notar unterzeichneten Gesellschafterliste
(OLG München, Beschluss vom 6.2.2013, 31 Wx 8/13) **256**

Internationales Privatrecht

12. Gesetzliche Erbfolge bei einem in Deutschland verstorbenen türkischen Staatsangehörigen
(BGH, Beschluss vom 12.9.2012, IV ZB 12/12) **258**

Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

13. Schuldnerobliegenheit zur Herausgabe des hälftigen Werts einer Erbschaft
(*nur Leitsatz*)
(BGH, Beschluss vom 10.1.2013, IX ZB 163/11) **259**

Beurkundungs- und Notarrecht

14. Unzulässige Mitwirkung eines Schreibzeugen
(OLG Hamm, Beschluss vom 11.10.2012, I-15 W 265/11) **260**

Kostenrecht

15. Geschäftswert für eine Kommanditbeteiligung
(OLG München, Beschluss vom 30.10.2012, 31 Wx 379/11) **262**

Öffentliches Recht

16. Heilbarkeit eines antraglosen Bescheids über die Ausübung des Vorkaufsrechts
(BGH, Beschluss vom 23.11.2012, BLw 13/11) **263**

Inhalt (Fortsetzung)

Steuerrecht

17. Keine Gewinnrealisierung bei Übertragung eines Wirtschaftsguts aus dem Sonderbetriebsvermögen in das Gesamthandsvermögen gegen ein den Buchwert nicht überschreitendes Entgelt
(*nur Leitsatz*)
(BFH, Urteil vom 19.9.2012, IV R 11/12) **266**
18. Unentgeltliche Übertragung eines Mitunternehmeranteils bei gleichzeitiger Ausgliederung von Sonderbetriebsvermögen
(*nur Leitsatz*)
(BFH, Urteil vom 2.8.2012, IV R 41/11) **266**
mit Anmerkung *Wartenburger*
(zugleich Anmerkung zu BFH, Urteil vom 19.9.2012, IV R 11/12) **266**
19. Erbschaftsteuer bei Erwerb aufgrund ausländischen Rechts (hier: Anwachsungsklausel nach französischem Ehegüterrecht)
(BFH, Urteil vom 4.7.2012, II R 38/10) **269**
mit Anmerkung *Fischer* **274**

Hinweise für die Praxis

Der Sanierungsvermerk in der notariellen Praxis (*Mödl*) **275**

Standesnachrichten **279**

Sonstiges **III**

3 | MittBayNot

Begründet 1864

Mai/Juni 2013 | Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

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

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

Schriftleitung: Notarassessoren Dr. Bernadette Bord,
Boris Pulyer
Herausgeber: Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10,
80333 München

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

AUFSÄTZE

Annahme und Erfüllung von Vermächtnissen zugunsten Minderjähriger

– zugleich Anmerkung zum Beschluss des OLG München vom 22.8.2012, 34 Wx 200/12¹ –

Von Notarassessor Dr. *Christoph Röhl*, Würzburg

Nach den Beschlüssen vom 8.2.2011 (34 Wx 18/11)² und vom 23.9.2011 (34 Wx 311/11)³ liegt nunmehr in kurzer zeitlicher Folge der dritte Beschluss des 34. Zivilsenats des OLG München⁴ zur Problematik der Vermächtniserfüllung zugunsten Minderjähriger unter Beteiligung des gesetzlichen Vertreters, der zugleich (Mit-)Erbe ist, vor. Hierin wird zwar erfreulicherweise die zuletzt eingeschlagene Rechtsprechungslinie zum (fehlenden) Erfordernis einer Pflegerbestellung für die Vermächtniserfüllung ausdrücklich bestätigt; allerdings wird zugleich – ohne hinreichende Begründung, aber im konkreten Ergebnis wohl dennoch zutreffend – eine neue Front im Hinblick auf eine mögliche familiengerichtliche Genehmigungsbedürftigkeit eröffnet. Dies gibt Anlass, sich erneut⁵ mit der äußerst praxisrelevanten und (für den Notar) nicht immer einfach umzusetzenden Erfüllung letztwillig angeordneter Vermächtnisse zugunsten noch minderjähriger Personen zu befassen und in diesem Zusammenhang auch der Frage nach einer wirksamen Vermächtnisannahme durch einen Minderjährigen nachzugehen.

I. Die Ausgangssituation

Es ist immer wieder eine nahezu identische Sachverhaltskonstellation, die v. a. Notare und Gerichte vor große praktische Schwierigkeiten stellt. Etwas verallgemeinert lässt sich die Ausgangssituation wie folgt beschreiben:

Der Erblasser verstirbt und hinterlässt eine letztwillige Verfügung, in der er (s)ein Kind zum (Mit-)Erben eingesetzt und zugleich zugunsten der noch minderjährigen Enkelkinder Vermächtnisse angeordnet hat. Neben Bargeld bilden in der Praxis häufig Hausgrundstücke oder Eigentumswohnungen den Vermächtnisgegenstand. Nunmehr sollen die Vermächtnisse erfüllt werden. Da die Vermächtnisnehmer noch immer minderjährig sind, erklären deren gesetzliche Vertreter (der

zum [Mit-]Erben eingesetzte Elternteil sowie dessen Ehegatte) die Auflassung in Erfüllung des Vermächtnisanspruchs aus § 2174 BGB.

Für den mit der Beurkundung beauftragten Notar stellt sich nun zum einen die Frage, ob die Eltern für ihre Kinder überhaupt rechtsgeschäftlich handeln können oder ob sie gemäß § 1629 Abs. 2 Satz 1 i. V. m. § 1795 Abs. 2, § 181 bzw. § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB von der Vertretung ausgeschlossen sind mit der Folge, dass ein Ergänzungspfleger (§ 1909 BGB) bestellt werden müsste. Zum anderen ist zu prüfen, ob die Vermächtniserfüllung unter Umständen einer familiengerichtlichen Genehmigung nach § 1643 Abs. 1 i. V. m. §§ 1821, 1822 BGB bedarf.

II. Das gelöste Problem: keine Pflegerbestellung zur Vermächtniserfüllung erforderlich

1. Rechtsprechungs-„Zickzack“ des OLG München

Nach einem Beschluss des BayObLG aus dem Jahre 2004⁶ schien zunächst klar, dass die Eltern nicht von der Vertretung

¹ MittBayNot 2013, 247 (in diesem Heft). Ein herzlicher Dank gilt meinem geschätzten Kollegen Dr. *Dominik Kölmel* für die kritische Durchsicht des Manuskripts und die Diskussionen zum Thema.

² OLG München, MittBayNot 2011, 239.

³ OLG München, MittBayNot 2012, 145.

⁴ Beschluss vom 22.8.2012, 34 Wx 200/12 = MittBayNot 2013, 247 (in diesem Heft).

⁵ Vgl. bereits *Röhl*, MittBayNot 2012, 111.

⁶ BayObLG, DNotZ 2004, 925.

ihrer minderjährigen Kinder ausgeschlossen sind, wenn letzteren ein Hausgrundstück bzw. eine Eigentumswohnung vermacht wurde und die Eltern als gesetzliche Vertreter in Erfüllung des Vermächtnisantrags die Auflassung zugunsten der Kinder erklären. Zwar enthalte § 1795 Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. § 1629 Abs. 2 BGB einen Vertretungsausschluss der Eltern bei einem Rechtsgeschäft mit einem Verwandten der Eltern in gerader Linie; dieser Vertretungsausschluss greife jedoch nach dem klaren Gesetzeswortlaut dann nicht ein, wenn das in Frage stehende Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit bestehe (§ 1795 Abs. 1 Nr. 1 Hs. 2 BGB). Da das angeordnete Vermächtnis für den Bedachten das Recht begründe, von dem Beschwerten die Leistung des vermachten Gegenstandes zu fordern (§ 2174 BGB), erfolge die dingliche Übertragung stets in Erfüllung einer bestehenden Verbindlichkeit. Ob dieses Erfüllungsgeschäft dem Minderjährigen (auch) rechtliche Nachteile im Sinne von § 107 BGB bringt, sei dabei irrelevant.

In einem Beschluss vom 8.2.2011 kam das OLG München⁷ – ohne sich jedoch mit der Entscheidung des BayObLG befassen zu haben – zum genau gegenteiligen Ergebnis und forderte mangels Vertretungsbefugnis der Eltern die Mitwirkung eines Ergänzungspflegers. Als einschlägig wurde hier das Vertretungsverbot nach § 1795 Abs. 2, § 181 BGB erachtet, da die Mutter des Minderjährigen testamentarische Alleinerbin geworden war und sich die Vermächtniserfüllung daher als unzulässiges Inschlaggeschäft darstelle. Bereits wenige Monate später erkannte der zuständige OLG-Senat jedoch, dass sein Beschluss auf einem fehlerhaften Verständnis der BGH-Rechtsprechung zur schenkweisen Übertragung von Grundbesitz auf Minderjährige⁸ beruhe.⁹ Mit Beschluss vom 23.9.2011 stellte das OLG München¹⁰ daher fest, dass es bei der Erfüllung eines Vermächtnisses zugunsten eines Minderjährigen durch dessen gesetzlichen Vertreter, der zugleich (Mit-)Erbe ist, keiner Mitwirkung eines Ergänzungspflegers bedarf. Der gesetzliche Vertreter handele ausschließlich in Erfüllung einer Verbindlichkeit (nämlich des Anspruchs aus § 2174 BGB) und sei daher nicht nach § 1795 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2, § 181 BGB von der Vertretung des Minderjährigen ausgeschlossen.

2. Die aktuelle Entscheidung

Nach der im Beschluss vom 23.9.2011 vollzogenen Kehrtwende zur Frage der Notwendigkeit einer Ergänzungspflegschaft im Rahmen der Vermächtniserfüllung zugunsten Minderjähriger durfte erwartet werden, dass das OLG München die unlängst eingeschlagene Rechtsprechungslinie nicht binnen Jahresfrist ein weiteres Mal umstoßen würde. Diese Erwartung wurde nicht enttäuscht. Es bleibt (richtigerweise) dabei, dass die Bestellung eines Ergänzungspflegers zur Erfüllung eines (Grundstücks-)Vermächtnisses auch dann nicht erforderlich ist, wenn der gesetzliche Vertreter des bedachten Minderjährigen zugleich (Mit-)Erbe geworden ist. Es greift insoweit die gesetzlich normierte Ausnahme vom Vertretungsverbot nach § 1795 Abs. 1 Nr. 1 Hs. 2, Abs. 2, § 181 i. V. m. § 1629 Abs. 2 BGB ein, da die dingliche Übertragung des Vermächtnisgegenstands ausschließlich in Erfüllung einer Verbindlichkeit (des Anspruchs aus § 2174 BGB) erfolgt. Ob der dingliche Erwerb des vermachten Gegenstands im Ergeb-

nis für den Minderjährigen lediglich rechtlich vorteilhaft im Sinne von § 107 BGB ist, spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle.¹¹

Für die notarielle Praxis (zumindest in Bayern) bedeutet der aktuelle Beschluss des OLG München – jedenfalls bis zu einer abschließenden Entscheidung des BGH – ein Stück mehr Rechtssicherheit und eine erhebliche Erleichterung beim alltäglichen Vollzug von (Grundbesitz-)Vermächtnissen zugunsten Minderjähriger.

III. Das vernachlässigte Problem: wirksame Vermächtnisannahme durch Minderjährige

Die zu besprechende Entscheidung gibt Anlass, auf einen weiteren Aspekt bei der Vermächtniserfüllung zugunsten Minderjähriger einzugehen, dem bislang kaum größere Aufmerksamkeit entgegengebracht wurde: der Frage nach einer wirksamen Vermächtnisannahme (§ 2180 BGB) durch einen Minderjährigen bzw. dessen gesetzlichen Vertreter.

1. Bedeutung der Vermächtnisannahme im vorliegenden Kontext

Eine Auseinandersetzung mit dieser Problematik findet in der Rechtsprechung bislang kaum statt.¹² Dies dürfte rein praktisch in erster Linie der fehlenden Entscheidungserheblichkeit zuzuschreiben sein. Die Frage nach der Wirksamkeit der Annahme eines Vermächtnisses ist strikt von der (in der Regel allein fallentscheidenden) Frage nach der Wirksamkeit des Erfüllungsgeschäfts zu trennen.¹³ Zudem ist nach ganz herrschender Meinung der Rechtsgrund für das endgültige Behaltendürfen des vermachten Gegenstands nicht in der Annahme nach § 2180 BGB, sondern in dem ausgesetzten Vermächtnis selbst zu sehen.¹⁴ Auch dürfte sich die Problematik einer wirksamen Vermächtnisannahme wohl spätestens mit Erreichen der Volljährigkeit des Vermächtnisnehmers erledigen, da jedenfalls in der widerspruchsfreien Entgegennahme des Vermächtnisgegenstands noch in diesem Zeitpunkt eine stillschweigende Annahme des Vermächtnisses gesehen werden kann.¹⁵

Während das Recht, eine Erbschaft auszuschlagen, sowohl durch Annahme der Erbschaft als auch durch Verstreichenlassen der Ausschlagungsfrist verloren gehen kann (§ 1943 BGB), ist das Recht, ein Vermächtnis auszuschlagen, unbefristet und geht letztlich nur durch Annahme des Vermächtnisses unter.¹⁶ Solange diese nicht erfolgt ist, muss aus Sicht des Erben immer noch mit einer Ausschlagung gerechnet werden.¹⁷ Daher dürfte es aus notarieller Sicht zumindest

¹¹ Vgl. bereits Röhl, MittBayNot 2012, 111, 112 f.; nach wie vor zweifelnd Keim, ZEV 2011, 660, der auch beim Vermächtnisvollzug aus Gründen des Minderjährigenschutzes eine teleologische Reduktion des § 181 BGB für sachgerecht hält; vgl. auch Litztenburger, FD-ErbR 2011, 323947.

¹² Etwa bei OLG München, MittBayNot 2012, 145, 146.

¹³ Vgl. bereits OLG München, MittBayNot 2012, 145, 146.

¹⁴ MünchKommBGB/Schlichting, 5. Aufl. 2010, § 2180 Rdnr. 1; Muscheler, Universalsukzession und Vonselbsterwerb, 2002, S. 192 ff.; Bamberger/Roth/Müller-Christmann, BGB, 3. Aufl. 2012, § 2180 Rdnr. 1; Keim, ZEV 2011, 563, 565; a. A. allein van Venrooy, Annahme und Ausschlagung von Vermächtnissen, 1990, S. 12 ff.

¹⁵ Litztenburger, FD-ErbR 2011, 315705; Röhl, MittBayNot 2012, 111, 113.

¹⁶ Staudinger/Otte, 2013, § 2180 Rdnr. 1.

¹⁷ Nur in bestimmten Konstellationen hat der Erbe die Möglichkeit, durch Fristsetzung gegenüber dem Vermächtnisnehmer eine endgültige Entscheidung herbeizuführen, vgl. § 2307 Abs. 2 BGB (dazu später noch ausführlicher).

⁷ MittBayNot 2011, 239.

⁸ BGHZ 161, 170 = MittBayNot 2005, 408; BGHZ 162, 137 = MittBayNot 2005, 413; BGHZ 187, 119 = MittBayNot 2011, 129.

⁹ Vgl. auch Zorn, FamRZ 2011, 776; Sonnenfeld, Rpfleger 2011, 475; a. A. indes Keim, ZEV 2011, 563, 564 f.

¹⁰ MittBayNot 2012, 145.

sinnvoll erscheinen, auf eine wirksame Vermächtnisannahme und somit auf die Schaffung „rechtsgültiger Zustände“ hinzuwirken.

2. Vermächtnisannahme durch einen pflichtteilsberechtigten Vermächtnisnehmer

a) Rechtliche Nachteilhaftigkeit der Annahmeerklärung und Konsequenzen

Die Annahme eines Vermächtnisses bewirkt nach herrschender Meinung lediglich den Verlust des Ausschlagungsrechts, hat also darüber hinausgehend grundsätzlich keine weiteren unmittelbaren materiellrechtlichen Wirkungen.¹⁸ Ist der Vermächtnisnehmer allerdings ein pflichtteilsberechtigter Abkömmling des Erblassers, so führt die Annahme letztlich mittelbar auch zum Verlust der Möglichkeit, sich durch Ausschlagung des Vermächtnisses nach § 2307 Abs. 1 Satz 1 BGB den vollen Pflichtteil zu verschaffen.¹⁹ Da in diesem Umstand zweifellos ein rechtlicher Nachteil für einen minderjährigen Vermächtnisnehmer zu sehen ist, kann eine wirksame Vermächtnisannahme durch ihn selbst im Hinblick auf § 107 BGB nicht erfolgen. Die Annahmeerklärung stellt allerdings kein höchstpersönliches Geschäft dar,²⁰ so dass eine Vertretung durch die Eltern als gesetzliche Vertreter in Betracht kommt.

Eine konkrete Pflichtteilsberechtigung des Enkels im Sinne von § 2307 Abs. 1 BGB wird meist (aber nicht nur) dann gegeben sein, wenn der mit dem Erblasser verwandte Elternteil bereits vorverstorben ist (vgl. § 1924 Abs. 2 BGB). Der andere, noch lebende Elternteil ist in diesen Fällen allein zur Vertretung des Kindes berechtigt (§ 1629 Abs. 1 Satz 3 BGB). An einer wirksamen Vermächtnisannahme für den Minderjährigen wäre er nur dann gehindert, wenn er im konkreten Fall als (Mit-)Erbe nach dem verstorbenen Schwiegerelternteil gemäß § 1795 Abs. 2, § 181 BGB einem Vertretungsausschluss unterläge.²¹ Dann – aber auch nur dann – wäre die Bestellung eines Ergänzungspflegers im hier diskutierten Zusammenhang notwendig. Liegt ausnahmsweise ein Fall vor, in dem der mit dem Erblasser verwandte Elternteil noch lebt und gleichwohl ein Pflichtteilsrecht des Enkels besteht (z. B. bei einem Erverzicht des näheren Abkömmlings, § 2346 BGB), wird zumindest dann eine Vertretung durch die Eltern im Hinblick auf § 1795 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2, § 181 BGB nicht in Betracht kommen, wenn der verzichtende Elternteil testamentarischer (Mit-)Erbe geworden ist.²² Eine familiengerichtliche Genehmigung der Annahme ist dagegen in keinem Fall erforderlich, da keiner der Tatbestände aus § 1643 i. V. m. §§ 1821, 1822 BGB einschlägig ist.²³

¹⁸ Vgl. nur *Bamberger/Roth/Müller-Christmann* (Fn. 14), § 2180 Rdnr. 1.

¹⁹ Aufgrund der Anrechnungsbestimmung des § 2307 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 BGB verbleibt dem Annehmenden aber ggf. ein Pflichtteilsrestanspruch, wenn und soweit der Wert des Vermächtnisses hinter der Pflichtteilsquote zurückbleibt.

²⁰ *Staudinger/Otte* (Fn. 16), § 2180 Rdnr. 2.

²¹ Im Ergebnis ebenso *Keim*, ZEV 2011, 263, 265; *Litzenburger*, FD-ErbR 2011, 315705. Das Verbot des Insihgeschäfts findet in diesem Zusammenhang nach h. M. auch auf einseitige empfangsbedürftige Rechtsgeschäfte Anwendung, vgl. nur BGH, NJW-RR 1991, 1441; BayObLG, FGPrax 1996, 19; MünchKommBGB/Schramm, 6. Aufl. 2012, § 181 Rdnr. 13.

²² Vgl. hierzu den Fall bei BGH, MittBayNot 2012, 475 = DNotZ 2012, 782.

²³ *Staudinger/Otte* (Fn. 16), § 2180 Rdnr. 3.

b) Aufforderung zur Erklärung über die Annahme gegenüber einem Minderjährigen

Im Zusammenhang mit § 2307 BGB stellt sich ein weiteres, bislang noch kaum diskutiertes Problem beim Vorhandensein eines minderjährigen Vermächtnisnehmers. Nach § 2307 Abs. 2 Satz 1 BGB kann der Erbe einen pflichtteilsberechtigten Vermächtnisnehmer unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung über die Annahme des Vermächtnisses auffordern. Bei Minderjährigen wäre diese Aufforderung gegenüber dem gesetzlichen Vertreter abzugeben (§ 131 BGB). Mit erfolglosem Ablauf der Frist gilt das Vermächtnis nach § 2307 Abs. 2 Satz 2 BGB – anders als bei der gesetzlichen Frist zur Erbschaftsausschlagung nach § 1943 BGB – als ausgeschlagen. Da eine ausdrücklich erklärte Ausschlagung eines Vermächtnisses für den Minderjährigen wegen des Verlusts des Erfüllungsanspruchs aus § 2174 BGB (vgl. § 2180 Abs. 3, § 1953 Abs. 1 BGB) nicht lediglich rechtlich vorteilhaft ist, könnte sie im Hinblick auf § 107 BGB nur durch den gesetzlichen Vertreter (oder ggf. einen Ergänzungspfleger) erfolgen. Darüber hinaus wäre unter Umständen eine familiengerichtliche Genehmigung der Ausschlagung nach § 1643 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2, § 1822 Abs. 1 Nr. 2 BGB erforderlich.²⁴ Ob vor diesem Hintergrund eine Aufforderung zur Erklärung über die Vermächtnisannahme gegenüber dem gesetzlichen Vertreter des minderjährigen Vermächtnisnehmers mit der Folge, dass bei fruchtlosem Fristablauf das Vermächtnis als ausgeschlagen gilt, überhaupt möglich ist bzw. bejahendfalls eine familiengerichtliche Genehmigung erfordert, hat das OLG Köln in einem Beschluss aus dem Jahre 2005 mangels Entscheidungserheblichkeit ausdrücklich offengelassen.²⁵ Sachgerecht dürfte es letztlich wohl sein, eine Fristsetzung nach § 2307 Abs. 2 Satz 1 BGB grundsätzlich zuzulassen und die Ausschlagungswirkung des Satzes 2 auch nicht an das Vorliegen einer familiengerichtlichen Genehmigung zu koppeln. Es erscheint schon fraglich, ob eine bloße Untätigkeit des gesetzlichen Vertreters (Verstreichenlassen der Frist) hier wie in anderen Fällen überhaupt geeignet sein kann, einen der auf rechtsgeschäftliches Handeln ausgerichteten Genehmigungstatbestände auszulösen. In der – soweit ersichtlich – einzigen Stellungnahme zu dieser Problematik weist *Steinhauer*²⁶ überdies zutreffend darauf hin, dass der gesetzliche Vertreter im Falle einer Fristsetzung durch den (Mit-)Erben wohl kaum geneigt sein wird, sich um die Einholung einer Genehmigung zu bemühen. Hat er selbst Interesse an einer endgültigen Klärung, wird er sich entsprechend ausdrücklich äußern. Würde man demnach am Erfordernis einer familiengerichtlichen Genehmigung festhalten, hätte der (Mit-)Erbe in diesen Fällen wohl keine Möglichkeit, den Schwebezustand bis zu einer Annahme des Vermächtnisses bzw. bis zum Erreichen der Volljährigkeit des Vermächtnisnehmers (dann erneute Fristsetzung) zu beenden. Ob diese Konsequenz zum Schutz des Minderjährigen tatsächlich hingenommen werden muss, erscheint doch eher fraglich.²⁷

²⁴ Vgl. MünchKommBGB/Lange, 5. Aufl. 2010, § 2307 Rdnr. 12.

²⁵ OLG Köln, FamRZ 2007, 169, 170.

²⁶ FD-ErbR 2007, 211543.

²⁷ Nach *Steinhauer* (FD-ErbR 2007, 211543) könnte dem Minderjährigenschutz ausreichend über das Merkmal der „Angemessenheit“ der Fristsetzung in § 2307 Abs. 2 Satz 1 BGB Rechnung getragen werden. In diesem Zusammenhang bleibt schließlich festzuhalten, dass der zum Miterben eingesetzte gesetzliche Vertreter wegen § 1795 Abs. 2, § 181 BGB den Minderjährigen nicht mit dem Ziel zur Erklärung über die Vermächtnisannahme auffordern kann, dass nach einem durch den Vertreter selbst herbeigeführten fruchtlosen Fristablauf das Vermächtnis als ausgeschlagen gilt und den Nachlass nicht mehr belastet.

3. Annahme eines unbelasteten Vermächtnisses bei fehlender Pflichtteilsberechtigung

Vielfach wird in den hier vorrangig interessierenden Konstellationen ein Fall des § 2307 BGB nicht vorliegen. Ist der mit dem Erblasser verwandte Elternteil zum (Mit-)Erben berufen, schließt bereits sein Vorhandensein zumeist einen Pflichtteilsanspruch des als Vermächtnisnehmer eingesetzten minderjährigen Enkels wegen § 1924 Abs. 2 BGB aus. Der Enkel ist in aller Regel gerade nicht durch Verfügung von Todes wegen, sondern kraft Gesetzes von der Erbfolge ausgeschlossen und besitzt daher keine Pflichtteilsberechtigung im Sinne von § 2303 Abs. 1 BGB.²⁸ Eine Vermächtnisannahme kann daher auch nicht den Verlust eines durch Ausschlagung zu erlangenden vollen Pflichtteilsanspruchs zur Folge haben. Da auch sonst rechtliche Nachteile mit der bloßen Annahme eines unbelasteten²⁹ Vermächtnisses nicht verbunden sind, dürfte eine dahingehende Annahmeerklärung des Minderjährigen wohl mit Blick auf § 107 BGB (zumindest als rechtlich neutrales Geschäft³⁰) möglich sein.³¹

Häufig wird die Vermächtnisannahme nicht ausdrücklich gesondert erklärt. Erfüllt der gesetzliche Vertreter als (Mit-)Erbe (unter Mitwirkung des anderen Elternteils) das Vermächtnis zugunsten des minderjährigen Kindes, so wird man in diesem Zusammenhang regelmäßig eine konkludente Vermächtnisannahme bejahen können.³² Das Vertretungsverbot aus § 1795 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2, § 181 BGB greift hier nicht ein, da diese Vorschriften nach allgemeiner Ansicht bei Fehlen rechtlicher Nachteile für den Minderjährigen entsprechend teleologisch reduziert werden müssen.³³ Die Bestellung eines Ergänzungspflegers dürfte folglich in diesen Fällen für eine wirksame Vermächtnisannahme entbehrlich sein. Gleiches gilt auch für eine familiengerichtliche Genehmigung, da keiner der Tatbestände aus § 1643 i. V. m. §§ 1821, 1822 BGB eingreift.³⁴

Einen der seltenen Ausnahmefälle, in denen trotz des Vorhandenseins des mit dem Erblasser verwandten Elternteils ein Pflichtteilsanspruch des Enkels bestehen kann, hat jüngst der BGH durch eine fragwürdige teleologische Reduktion des § 2309 BGB selbst kreiert. Habe der nächste Abkömmling nur mit Wirkung für sich selbst umfänglich auf sein Erb- und Pflichtteilsrecht verzichtet und sei er gleichwohl später als gewillkürter Erbe eingesetzt worden, so stehe dem entfernteren Abkömmling (Enkel), jedenfalls bei Vorhandensein nur eines Stammes gesetzlicher Erben, ein Pflichtteilsanspruch zu, da die Erbschaft nicht als Hinterlassenschaft im Sinne von

§ 2309 Alt. 2 BGB anzusehen sei.³⁵ Hier kann es folglich Probleme mit dem Vertretungsverbot aus § 1795 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2, § 181 BGB – wie oben unter Ziffer III. 2 a) erörtert – geben.

4. Annahme eines belasteten Vermächtnisses

Stets rechtlich nicht nur vorteilhaft für einen Minderjährigen ist die Annahme eines belasteten Vermächtnisses.³⁶ Zu denken ist hier beispielsweise an ein mit einem Unter- oder Nachvermächtnis beschwertes Vermächtnis (§ 2147 Satz 1 Alt. 2, § 2191 BGB) oder an die Beschwerung des Vermächtnisnehmers mit einer Auflage (§§ 2192, 2147 BGB). Wird das so belastete Vermächtnis wirksam angenommen, kann sich der Minderjährige wegen des Verlusts seines Ausschlagungsrechts nicht mehr von seiner Verpflichtung zur Erfüllung des Unter- oder Nachvermächtnisses bzw. der Auflage befreien, was die rechtliche Nachteilhaftigkeit der Vermächtnisannahme begründet.³⁷ Es bedarf daher für eine wirksame Annahme der Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters bzw. – im Fall von § 1795 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2, § 181 BGB – eines Ergänzungspflegers, nicht aber einer familiengerichtlichen Genehmigung.

Dass erst durch die (spätere) dingliche Erfüllung eines Vermächtnisses rechtliche Nachteile für den Minderjährigen entstehen – wie dies beispielsweise beim Erwerb einer Eigentumswohnung der Fall ist³⁸ –, vermag dagegen nach hiesiger Auffassung die rechtliche Nachteilhaftigkeit (auch) der Vermächtnisannahme nicht zu begründen.³⁹ Ebenso wie Schenkungsvertrag und Schenkungsvollzug sind auch Vermächtnisannahme und Vermächtniserfüllung wegen des geltenden Abstraktionsprinzips stets isoliert auf mögliche rechtliche Nachteile hin zu überprüfen. Eine Gesamtbetrachtung findet insoweit nicht statt.⁴⁰

IV. Das neu aufgeworfene Problem: Erfordernis einer familiengerichtlichen Genehmigung?

Völlig losgelöst von der Frage, ob es zur Erfüllung und Annahme eines Vermächtnisses zugunsten Minderjähriger der Mitwirkung eines Ergänzungspflegers bedarf, ist das Erfordernis einer familiengerichtlichen Genehmigung der Vermächtniserfüllung zu untersuchen. Da allen drei eingangs erwähnten Beschlüssen des OLG München Grundbesitzvermächtnisse zugrunde lagen, soll sich der Fokus der folgenden Ausführungen auch auf diese richten.

²⁸ Dazu *Palandt/Weidlich*, 72. Aufl. 2013, § 2303 Rdnr. 2.

²⁹ Bei belasteten Vermächtnissen gilt freilich etwas anderes, vgl. dazu sogleich unter Ziffer III. 4.

³⁰ Auch diese sind nach h. M. zustimmungsfrei, vgl. *MünchKommBGB/Schmitt*, 6. Aufl. 2012, § 107 Rdnr. 33; *Palandt/Ellenberger* (Fn. 28), § 107 Rdnr. 7.

³¹ Ebenso OLG München, *MittBayNot* 2012, 145, 146; *MünchKommBGB/Schmitt* (Fn. 30), § 107 Rdnr. 47; *Staudinger/Otte* (Fn. 16), § 2180 Rdnr. 3: „Der rechtliche Vorteil der Annahme besteht darin, dass der Verlust des Ausschlagungsrechts notwendige Voraussetzung eines verzugsbegründenden Erfüllungsverlangens und eines konditionalsfreien Erwerbs des Vermächtnisgegenstandes ist.“ Zurückhaltender *Keim*, *ZEV* 2011, 563, 565, der nur die durch gleichzeitige Entgegennahme des Vermächtnisgegenstandes (konkludent) erklärte Annahme als nicht rechtlich nachteilig ansieht.

³² Vgl. etwa BGH, *ZEV* 1998, 24.

³³ BGH, *MittBayNot* 1972, 284; BGH, *NJW* 1975, 1885; *Staudinger/Engler*, 2004, § 1795 Rdnr. 11 m. w. N.

³⁴ OLG München, *MittBayNot* 2012, 145, 146; *Staudinger/Otte* (Fn. 16), § 2180 Rdnr. 3.

³⁵ BGH, *MittBayNot* 2012, 475 = *DNotZ* 2012, 782; kritisch *Röhl*, *DNotZ* 2012, 724; *G. Müller*, *MittBayNot* 2012, 478.

³⁶ OLG München, *MittBayNot* 2012, 145, 146; *Staudinger/Otte* (Fn. 16), § 2180 Rdnr. 3; *Keim*, *ZEV* 2011, 563, 565.

³⁷ Die Annahme eines mit einer Auflage beschwerten Vermächtnisses kann m. E. der Annahme eines Schenkungsangebots mit Auflage gleichgestellt werden. Letztere erachtet die wohl allgemeine Auffassung als rechtlich nachteilig i. S. d. § 107 BGB, wohingegen rechtliche Nachteile bei der Annahme eines Schenkungsangebots ohne Auflage stets verneint werden. Vgl. etwa *Soergel/Hefermehl*, *BGB*, 13. Aufl. 2004, § 107 Rdnr. 3; *MünchKommBGB/Schmitt* (Fn. 30), § 107 Rdnr. 48.

³⁸ BGH, *MittBayNot* 2011, 129.

³⁹ So aber wohl *Palandt/Weidlich* (Fn. 28), § 2180 Rdnr. 2. Nach *Keim* (*ZEV* 2011, 563, 565) soll jede isoliert erklärte Vermächtnisannahme rechtlich nachteilig sein; hiergegen mit überzeugender Begründung *Staudinger/Otte* (Fn. 16), § 2180 Rdnr. 3.

⁴⁰ Zur Schenkung an Minderjährige vgl. BGH, *MittBayNot* 2005, 408; *MittBayNot* 2011, 129.

1. Aussage des BGH im Beschluss vom 30.9.2010

Nach neuerer BGH-Rechtsprechung ist der (lebzeitige) Erwerb einer Eigentumswohnung für einen Minderjährigen stets rechtlich nicht nur vorteilhaft, da dieser als Mitglied der Wohnungseigentümergeinschaft kraft Gesetzes nicht unbedeutenden persönlichen Verpflichtungen unterliegt.⁴¹ Völlig losgelöst hiervon muss die Frage beantwortet werden, ob bei der Übertragung von Wohnungseigentum an Minderjährige eine familiengerichtliche Genehmigung erforderlich ist. Der BGH führt diesbezüglich in der vorgenannten Entscheidung aus: „Die (...) Genehmigung der Auflassung auch durch das Familiengericht ist dagegen nicht erforderlich. Das Erwerbsgeschäft, auf das abzustellen ist (...), ist hier nicht genehmigungspflichtig. Es stellt keine Verfügung über das Vermögen des Minderjährigen dar, die nach § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB genehmigungspflichtig wäre (...). Es ist auch nicht nach § 1821 Abs. 1 Nr. 2 BGB als Verfügung über den Anspruch auf Übereignung genehmigungspflichtig, weil die Erfüllung des Anspruchs des Minderjährigen auf Übereignung von der Norm nicht erfasst wird (...). Die Genehmigungspflichtigkeit des Erwerbsgeschäfts ergibt sich schließlich auch nicht daraus, dass sich die [Übergeberin] in dem Vertrag einen Nießbrauch vorbehalten hat und die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung ihres durch einen Rücktritt bedingten Rücküberweisungsanspruch vorgesehen ist. Solche Einschränkungen einer Zuwendung führen schon nicht dazu, dass die Auflassung nach § 107 BGB überhaupt der Genehmigung durch den gesetzlichen Vertreter des Minderjährigen unterliegt (...). Sie wären als Teil des Erwerbsvorgangs auch unabhängig hiervon nicht nach § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB genehmigungspflichtig (...).“

2. Aussage des OLG München im Beschluss vom 23.9.2011

Auch das OLG München geht in seinem Beschluss vom 23.9.2011 davon aus, dass eine Auflassung von Grundstücksanteilen im Rahmen einer Vermächtniserfüllung grundsätzlich keiner familiengerichtlichen Genehmigung bedarf. Das Gericht stellt diesbezüglich fest: „Es besteht auch kein Grund, die familiengerichtliche Genehmigung des Rechtsgeschäfts zu verlangen. Denn einer der Tatbestände von § 1643 Abs. 1 und 2 i. V. m. §§ 1821, 1822 Nr. 1, 3, 5, 8-11 BGB liegt nicht vor. Insbesondere handelt es sich bei dem Erwerb von [Grundstücks-]Anteilen mit gleichzeitiger Einräumung des Nießbrauchs nicht um eine Verfügung über ein Grundstück oder über ein Recht an einem Grundstück (...) und bei der Entgegennahme der Auflassung nicht um eine Verfügung im Sinne von § 1821 Abs. 1 Nr. 2 BGB (...).“⁴²

3. „Besonderheit“ im aktuellen Fall des OLG München

Warum also fordert das OLG München nunmehr in seinem aktuellen Beschluss vom 22.8.2012 gleichwohl eine familiengerichtliche Genehmigung der Vermächtniserfüllung?

a) Entscheidung des Gerichts

An den Anfang seiner diesbezüglichen Überlegungen stellt das Gericht die Feststellung, dass bei der Übertragung von Wohnungs- und Teileigentum – auch im Rahmen einer Vermächtniserfüllung – „grundsätzlich keine familiengerichtliche Genehmigung der Auflassung erforderlich“ sei. Der konkret zu beurteilende Sachverhalt weise jedoch die „Beson-

derheit“ auf, dass eine Wohnungs- und Teileigentumseinheit zu Bruchteilen (zu je ½) auf zwei minderjährige Vermächtnisnehmer übertragen werde. Unter Berufung auf eine Entscheidung des KG aus dem Jahre 2010⁴³ sieht das OLG München in einem solchen Fall den Genehmigungsstatbestand des § 1822 Nr. 10 BGB als erfüllt an. Nach dieser Vorschrift ist eine gerichtliche Genehmigung für die Übernahme einer fremden Schuld durch einen Minderjährigen erforderlich. Eine solche Schuldübernahme stehe hier – so das OLG München – im Hinblick auf die Lasten- und Kostentragungsregel des § 16 Abs. 2 WEG im Raum, wonach die (mehreren) Eigentümer einer Wohnungs- und Teileigentumseinheit gegenüber der Gemeinschaft gesamtschuldnerisch für die auf die jeweilige Einheit entfallenden Lasten und Kosten haften. Dass die gesamtschuldnerische Haftung der Mitberechtigten nur eine gesetzliche Folge aus § 16 Abs. 2 WEG darstelle, sei – so das OLG München weiter – „ebenso unerheblich wie die Wahrscheinlichkeit der Heranziehung und die Durchsetzbarkeit etwaiger Ausgleichsansprüche“. Im Interesse des Minderjährigenschutzes gelte vielmehr ein „abstrakter Maßstab“. Daher könne auch keine Rolle spielen, dass die beiden Vermächtnisnehmer zu 100 % das Wohnungs- und Teileigentum erwerben. Gleichermäßen irrelevant sei es, ob für die Übertragung von Miteigentumsanteilen nach Bruchteilen (§§ 1008 ff. BGB) im Hinblick auf das Gemeinschaftsverhältnis nach §§ 741 ff. BGB, das eine dem § 16 Abs. 2 WEG vergleichbare Regelung nicht kenne, diesselben Grundsätze gelten.

b) Stellungnahme

Um es vorwegzunehmen: das vom OLG München im konkreten Fall gefundene Ergebnis dürfte sachlich zutreffend sein, in der Begründung hätte man allerdings etwas mehr Tiefgang erwarten dürfen.

aa) Zunächst kann festgehalten werden, dass es praktisch allgemeiner Auffassung entspricht, dass ein Genehmigungserfordernis aus § 1822 Nr. 10 BGB in teleologischer Auslegung der Vorschrift nur in Fällen besteht, in denen der Mündel/Minderjährige im Falle seiner Inanspruchnahme durch den Gläubiger Ersatz von einem Primärschuldner verlangen kann.⁴⁴ Die (rechtliche) Möglichkeit eines vollen Regresses könne den Vormund/gesetzlichen Vertreter aufgrund der vermeintlichen Risikolosigkeit der Schuldübernahme zu einer vorschnellen Begründung einer gesamtschuldnerischen Haftung für den Minderjährigen verleiten. Hiervor solle der Minderjährige geschützt werden. Dies gelte auch dann, wenn die Schuldübernahme lediglich die gesetzliche Folge eines Rechtsgeschäfts sei.⁴⁵ Eine Genehmigung sei dagegen nicht erforderlich, wenn von vornherein feststehe, dass der Minderjährige endgültig wird leisten müssen.

bb) Im Zusammenhang mit der Beteiligung eines Minderjährigen an einer GmbH vertritt die heute ganz überwiegende Meinung, dass der Genehmigungsstatbestand aus § 1822 Nr. 10 BGB nur dann eingreift, wenn der Minderjährige schon bei der Gründung der GmbH oder beim späteren Erwerb eines Geschäftsanteils mit der Haftung für eine fremde Verbindlichkeit (z. B. Ausfallhaftung nach § 24 GmbHG) belastet wird.⁴⁶

⁴³ KG, ZWE 2011, 41.

⁴⁴ BGHZ 107, 24; BayObLG, FamRZ 1964, 526; *Bamberger/Roth/Bettin* (Fn. 14), § 1822 Rdnr. 25; *Staudinger/Engler* (Fn. 33), § 1822 Rdnr. 125.

⁴⁵ Dazu etwa *Staudinger/Engler* (Fn. 33), § 1822 Rdnr. 134.

⁴⁶ BGH, MittBayNot 1989, 217; KG, NJW 1962, 54; *Müller*, JR 1961, 326; *Fiala/Müller/Braun*, Rpfleger 2002, 389, 408; *Kölmel*, RNotZ 2010, 1, 23; *MünchKommBGB/Wagenitz*, 6. Aufl. 2012, § 1822 Rdnr. 65.

⁴¹ BGH, MittBayNot 2011, 129.

⁴² OLG München, MittBayNot 2012, 145, 146.

Nur vereinzelt wird eine Beteiligung des Minderjährigen an einer GmbH wegen der abstrakten Gefahr einer Erstattungspflicht aus § 31 Abs. 3 GmbHG stets für genehmigungsbedürftig gehalten.⁴⁷ Die herrschende Meinung spricht sich bei der Ausdehnung des § 1822 Nr. 10 BGB auf gesetzliche Haftungstatbestände für eine Mäßigung auf das im Mündelinteresse Erforderliche aus, weshalb der Beitritt eines Minderjährigen zu einer GmbH nur dann der familiengerichtlichen Genehmigung bedürfe, wenn zumindest eine erhöhte Haftungswahrscheinlichkeit des Minderjährigen für die Verbindlichkeiten anderer Gesellschafter bereits beim Beitritt objektiv erkennbar sei. Die Haftung aus § 31 Abs. 3 GmbHG betreffe indes eine Verbindlichkeit, die im Zeitpunkt des Erwerbs des Geschäftsanteils noch nicht konkretisierbar sei. Es bestehe insoweit allein die theoretische Möglichkeit, dass ein Gesellschafter, nachdem der Minderjährige in die Gesellschaft eingetreten ist, Leistungen unter Verstoß gegen § 30 GmbHG erhalte und nicht erstatten könne, so dass die Mitgesellschafter nach § 31 GmbHG für den Ausfall einzustehen haben. Für einen solchen Vorgang seien jedoch regelmäßig im Zeitpunkt der Anteilsübertragung keinerlei Anhaltspunkte vorhanden. Ein Genehmigungserfordernis aus § 1822 Nr. 10 BGB sei daher abzulehnen, da dem Familiengericht im Hinblick auf die rein theoretische Gefahr einer Haftung des Minderjährigen eine Abwägung der Vor- und Nachteile überhaupt nicht möglich sei.⁴⁸ Hielte man eine Genehmigung wegen der allgemein geltenden Vorschrift des § 31 Abs. 3 GmbHG generell für erforderlich, so stünde das Familiengericht nur vor der Wahl, den Eintritt des Minderjährigen in die GmbH stets abzulehnen oder aber ihn „ins Blaue hinein“ zu genehmigen.⁴⁹

cc) Geht man auf Grundlage der soeben skizzierten herrschenden Meinung davon aus, dass eine familiengerichtliche Genehmigung der vermächtnisweisen Übertragung einer Wohnungs- und Teileigentumseinheit nur dann zu fordern ist, wenn bereits im Zeitpunkt des Eigentumsübergangs auf den Minderjährigen zumindest die erhöhte Gefahr einer gesamtschuldnerischen Haftung objektiv erkennbar ist, so lässt sich konstatieren, dass die Übertragung einer Wohnungs- und Teileigentumseinheit zu Alleineigentum des Minderjährigen den Genehmigungstatbestand des § 1822 Nr. 10 BGB in aller Regel nicht auslöst. Eine (automatische⁵⁰) gesamtschuldnerische und unbeschränkte Haftung eines Wohnungseigentümers für Verbindlichkeiten des Verbands (bzw. der Eigentümer anderer Wohneinheiten) kennt das WEG seit der Novelle aus dem Jahr 2007 nicht mehr. Der neue § 10 Abs. 8 Satz 1 WEG sieht gegenüber den Gläubigern des Verbands nur noch eine teilschuldnerische Außenhaftung nach dem jeweiligen Verhältnis der Miteigentumsanteile vor.⁵¹ Gleiches gilt nach § 10 Abs. 8 Satz 4 WEG für die Innenhaftung eines jeden Wohnungseigentümers gegenüber der Gemeinschaft „wegen nicht ordnungsmäßiger Verwaltung“. Zwar kann es im Einzelfall trotz dieser gesetzlichen Haftungsbeschränkungen tatsächlich auch einmal zu einer unbeschränkten gesamtschuldnerischen

Haftung einzelner Wohnungseigentümer kommen. Reicht nämlich das Verbandsvermögen zur Deckung der im Außenverhältnis bestehenden Verbindlichkeiten nicht aus, muss nach den Grundsätzen ordnungsgemäßer Verwaltung eine Sonderumlage zur Schließung dieser Liquiditätslücke erhoben werden. Sofern dann aber einzelne Wohnungseigentümer zur Zahlung des auf sie entfallenden Anteils außerstande sind, müssen insoweit die übrigen (solventen) Wohnungseigentümer gesamtschuldnerisch für diese Beträge aufkommen und ggf. später einen Regressversuch unternehmen.⁵² Das Risiko einer derartigen, möglicherweise irgendwann in Zukunft eintretenden gesamtschuldnerischen Haftung für die Schuld anderer Wohnungseigentümer erscheint jedoch regelmäßig im Zeitpunkt des Eigentumserwerbs in gleicher Weise abstrakt und unwahrscheinlich wie eine eventuelle Ausfallhaftung aus § 31 Abs. 3 GmbHG beim GmbH-Beitritt. Sie kann daher ein Genehmigungserfordernis aus § 1822 Nr. 10 BGB nach hiesiger Auffassung nicht begründen.

dd) Anders stellt sich die Situation beim Erwerb von Bruchteilen einer Wohnungs- und Teileigentumseinheit dar. Die Vorschrift des § 16 Abs. 2 WEG betrifft die Lasten und Kosten, die auf eine Einheit entfallen und begründet im Innenverhältnis eine gesamtschuldnerische Haftung der jeweiligen Eigentümer dieser Einheit gegenüber der Gemeinschaft.⁵³ Unerheblich ist es in diesem Zusammenhang, ob es sich bei einer Mehrheit von Wohnungseigentümern um Miteigentümer nach Bruchteilen, Mitglieder einer Gesamthandsgemeinschaft (z. B. Erbengemeinschaft) oder um Gesellschafter einer (rechtsfähigen) GbR handelt.⁵⁴ Nun könnte zwar auch für den vom OLG München nunmehr entschiedenen Fall, dass das Eigentum an einer Einheit auf zwei Personen zu je ½-Anteil übertragen wird, prima facie entsprechend der vom BGH zum GmbH-Beitritt angestellten Erwägungen eine Genehmigungsbedürftigkeit mit dem Hinweis bezweifelt werden, dass eine gesamtschuldnerische Haftung der Neueigentümer für die anteilig vom Miteigentümer zu tragenden Lasten und Kosten im Zeitpunkt des Eigentumsübergangs regelmäßig (noch) nicht besteht. Insbesondere haftet der Erwerber einer Eigentumswohnung nach Auffassung des BGH⁵⁵ grundsätzlich nicht für Beitragsrückstände des Veräußerers. Auch wenn eine mögliche, vielleicht zu irgendeinem späteren Zeitpunkt eintretende Haftung aus § 16 Abs. 2 WEG als gesetzliche Folge des Erwerbs eines Wohnungseigentumsanteils in Frage komme, sei – so könnte argumentiert werden – eine Ähnlichkeit mit dem bewussten Eintreten für eine Verbindlichkeit nach dem Vorbild der Bürgschaft, bei dem man hoffe, die subsidiäre Haftung werde nicht eintreten oder man könne den primär Verpflichteten in Regress nehmen, nicht zu sehen. Auch bleibt festzuhalten, dass das BayObLG in der bereits erwähnten Entscheidung aus dem Jahr 2004⁵⁶ den Genehmigungstatbestand des § 1822 Nr. 10 BGB überhaupt nicht erwähnt hat, obwohl es damals ebenfalls um die vermächtnisweise Übertragung von Miteigentumsanteilen an Wohneinheiten auf Minderjährige ging.

ee) Eine solche Sichtweise würde aber wohl die strukturellen Unterschiede zwischen dem Beitritt zu einer GmbH und dem

⁴⁷ OLG Stuttgart, OLGZ 1978, 426; *Brüggemann*, FamRZ 1990, 124, 125.

⁴⁸ So auch BGHZ 107, 24.

⁴⁹ Treffend insoweit *Staudinger/Engler* (Fn. 33), § 1822 Rdnr. 138.

⁵⁰ Zur natürlich stets möglichen vertraglichen Begründung einer gesamtschuldnerischen Haftung der Wohnungseigentümer für Verbindlichkeiten der Gemeinschaft vgl. BGH, NZM 2010, 284.

⁵¹ Dazu umfassend *Derleder/Fauser*, ZWE 2007, 2; *Briesemeister*, NZM 2007, 225; *Dötsch*, ZWE 2012, 401; vgl. aber auch BGH, DNotZ 2010, 118; durch Landesgesetz angeordnete gesamtschuldnerische persönliche Haftung der Wohnungseigentümer in ihrer Eigenschaft als Miteigentümer des Grundstücks für die Entgelte für Abfallentsorgung und Straßenreinigung bleibt möglich.

⁵² *Derleder/Fauser*, ZWE 2007, 2, 4; *Hügel*, DNotZ 2007, 326, 344.

⁵³ *Timme/Bonifacio*, WEG, 2010, § 16 Rdnr. 11; LG Saarbrücken, ZWE 2010, 416.

⁵⁴ BayObLGZ 1979, 56; 1988, 368; OLG Hamm, MittBayNot 1989, 152; OLG Stuttgart, NJW-RR 2005, 812; vgl. auch *Lingk*, RNotZ 2001, 421, 433; *Bub/von der Osten*, FD-MietR 2010, 305393.

⁵⁵ DNotZ 2000, 198; NJW 2012, 2796.

⁵⁶ BayObLG, DNotZ 2004, 925.

Erwerb eines Bruchteils an einer Wohnungs- und Teileigentumseinheit verkennen. Ob ein Mitgesellschafter nach dem Beitritt des Minderjährigen tatsächlich irgendwann einmal Leistungen unter Verstoß gegen § 30 GmbHG erhalten wird und nicht erstatten kann mit der Folge, dass die Mitgesellschafter (unter Einschluss des Minderjährigen) nach § 31 GmbHG für den Ausfall einzustehen haben, erscheint regelmäßig als nur eine rein theoretische und vergleichbar eher unwahrscheinliche Gefahr. Dagegen ist die Wahrscheinlichkeit, als Miteigentümer einer Eigentumswohnung in (naher) Zukunft gemäß § 16 Abs. 2 WEG gesamtschuldnerisch für das auf die betreffende Einheit entfallende Wohngeld zu haften,⁵⁷ sehr groß, wenn nicht gar unausweichlich. Die Gefahr einer Haftung des Minderjährigen für eine primäre Schuld des Miteigentümers ist hier folglich wesentlich „konkreter“ als beim Erwerb eines GmbH-Anteils. Dies dürfte es im Ergebnis auch rechtfertigen, nach dem Sinn und Zweck des § 1822 Nr. 10 BGB von einem Genehmigungserfordernis auszugehen.⁵⁸

ff) Im Ergebnis zu Recht steht das OLG München insoweit auf dem Standpunkt, dass grundsätzlich im Interesse des Minderjährigenschutzes ein abstrakter Maßstab anzulegen sei. Insbesondere auf die Wahrscheinlichkeit der Heranziehung des Minderjährigen für die Schuld des Miteigentümers kann es ebenso wenig ankommen wie auf die faktische Durchsetzbarkeit eines etwaigen Ausgleichsanspruchs. Die andernfalls erforderlichen Prognoseentscheidungen könnten auch kaum zuverlässig getroffen werden. Bestehen allerdings im konkreten Fall zur Zeit des Eigentumserwerbs des Minderjährigen (noch) keine Ansprüche der Gemeinschaft im Hinblick auf die fragliche Wohnungs- und Teileigentumseinheit und übernimmt der Minderjährige daher nicht unmittelbar durch den Erwerb eine gesamtschuldnerische Haftung gemäß § 16 Abs. 2 WEG, erscheint die Bejahung der Genehmigungsbedürftigkeit – insbesondere auch mangels einer ausdrücklichen höchstrichterlichen Entscheidung – wohl dennoch nicht derart zwingend, wie es die Entscheidung des OLG München suggeriert.

V. Zusammenfassung und Ausblick

Erfreulich ist, dass das OLG München seine mit Beschluss vom 23.9.2011 gefundene Rechtsauffassung hinsichtlich der

fehlenden Notwendigkeit einer Pflegerbestellung zur Erfüllung von (Grundbesitz-)Vermächtnissen zugunsten Minderjähriger durch deren gesetzliche Vertreter als (Mit-)Erben nunmehr ausdrücklich bestätigt und damit den eingeschlagenen Kurs beibehalten hat. Was die Frage einer familiengerichtlichen Genehmigungsbedürftigkeit der Vermächtniserfüllung anbelangt, so mahnt die vorliegende Entscheidung des OLG München jedenfalls bei Grundbesitzvermächtnissen zu größerer (notarieller) Sorgfalt bei der Formulierung einer Vermächtnisanordnung. So sollte bei der Abfassung von Vermächtnissen zugunsten Minderjähriger, die Wohnungs- und Teileigentumseinheiten zum Gegenstand haben, nach Möglichkeit davon Abstand genommen werden, den Bedachten nur den Bruchteil einer Einheit zuzuwenden. Im Hinblick auf die aus § 16 Abs. 2 WEG folgende gesamtschuldnerische Haftung der minderjährigen Erwerber für (künftige) Lasten und Kosten der betreffenden Wohnung bedürfte es zur Erfüllung eines derartigen Vermächtnisses nach wohl zutreffender Auffassung einer familiengerichtlichen Genehmigung. Diese Konsequenz gilt es aus Sicht der Praxis regelmäßig zu vermeiden. Soweit im Einzelfall die Möglichkeit besteht, sollte daher jeder bedachte Minderjährige idealerweise das Alleineigentum an einer Eigentumswohnung erhalten. Hier – wie auch bei der Hinterlassung von Hausgrundstücken – ist mangels hinreichend konkretisierter Gefahr einer gesamtschuldnerischen Haftung keine familiengerichtliche Genehmigung für die Vermächtniserfüllung erforderlich.

Zur Problematik einer wirksamen Vermächtnisannahme durch einen Minderjährigen gemäß § 2180 BGB ist ein allgemeiner Konsens in Rechtsprechung und Literatur noch immer nicht in Sicht. Sachgerecht dürfte aus hiesiger Sicht folgende Differenzierung sein: Zählt der bedachte Minderjährige zum Kreis der (konkret) pflichtteilsberechtigten Personen, ist eine Vermächtnisannahme durch den Minderjährigen selbst im Hinblick auf den damit einhergehenden Verlust der Möglichkeit, sich durch Ausschlagung des Vermächtnisses den vollen Pflichtteil zu sichern (§ 2307 Abs. 1 BGB), wegen rechtlicher Nachteilhaftigkeit der Annahme nicht möglich. Je nach konkreter Sachverhaltskonstellation bedarf es daher der Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters bzw. eines Ergänzungspflegers. Ist der Minderjährige dagegen nicht pflichtteilsberechtigter, so ist weiter danach zu fragen, ob das zugewendete Vermächtnis (z. B. mit einem Untervermächtnis) belastet ist. In diesem Fall ist die Vermächtnisannahme für den Minderjährigen ebenfalls (zumindest auch) rechtlich nachteilig. Dagegen ist der Minderjährige nicht daran gehindert, ohne Mitwirkung eines Dritten ein unbelastetes Vermächtnis anzunehmen. Relevante rechtliche Nachteile für den Minderjährigen sind hier nicht ersichtlich. Eine familiengerichtliche Genehmigung der Vermächtnisannahme ist in keinem Fall erforderlich.

⁵⁷ LG Saarbrücken, ZWE 2010, 416; vgl. auch OLG Stuttgart, OLGZ 1969, 232.

⁵⁸ Im Ergebnis ebenso (jedoch ohne Begründung) *Bamberger/Roth/Bettin* (Fn. 14), § 1822 Rdnr. 26; *MünchKommBGB/Wagenitz* (Fn. 46), § 1822 Rdnr. 65; *Reymann* in *jurisPK-BGB*, Stand 8.11.2012, § 2174 Rdnr. 134.1.

Das Verhältnis von Testamentsvollstreckung und Vollmacht über den Tod hinaus und seine Behandlung im Grundbuchverfahren

– zugleich Anmerkung zu den Beschlüssen des OLG München vom 15.11.2011, 34 Wx 388/11¹,
und vom 26.7.2012, 34 Wx 248/12² –

Von Notar Dr. *Dietmar Weidlich*, Roth b. Nürnberg

Die Verwendbarkeit von über den Tod hinaus geltenden Vollmachten hat die Obergerichte in letzter Zeit mehrfach beschäftigt. In zwei neueren Entscheidungen musste sich das OLG München dabei mit der Frage auseinandersetzen, inwieweit durch die Anordnung einer Testamentsvollstreckung die Befugnisse eines Bevollmächtigten beschränkt werden und welche Auswirkungen sich dadurch für den Gebrauch einer solchen Vollmacht im Grundbuchverfahren ergeben. Auf diese Problematik soll im Folgenden näher eingegangen werden.

1. Allgemeines

Zu unterscheiden ist zwischen der postmortalen Vollmacht, die erst mit dem Tod des Vollmachtgebers wirksam werden soll, und der transmortalen Vollmacht, die bereits zu Lebzeiten des Vollmachtgebers ausgeübt werden kann und durch den Tod des Erteilenden nicht erlischt.³ Die Vollmacht kann von einem Grundverhältnis, z. B. Auftrag, abhängig sein (kausale Vollmacht) oder unabhängig hiervon erteilt werden (isolierte Vollmacht). In der Regel ist davon auszugehen, dass derartige Vollmachten nicht mit dem Tod erlöschen (vgl. § 168 Satz 1, § 672 Satz 1, § 675 BGB für die kausale Vollmacht).⁴ Auch wenn sich seine Befugnis vom Erblasser ableitet, vertritt der Bevollmächtigte nach dem Tod des Erblassers den Erben und nicht den Erblasser.⁵ Seine Vertretungsmacht beschränkt sich nur auf den Nachlass, nicht aber auf das persönliche Vermögen des Erben.⁶ Beschränkungen der Vollmacht können sich aus § 181 BGB und den Grundsätzen über den Missbrauch der Vertretungsmacht ergeben.⁷

Macht der Bevollmächtigte von seiner Handlungsbefugnis innerhalb der ihm eingeräumten Vertretungsmacht Gebrauch, muss er, wie das OLG Frankfurt unlängst klargestellt hat, nicht den Erben namhaft machen, für den er handelt.⁸ Er kann daher auch nach Ableben des Erblassers ohne namentliche Bezeichnung des Erben die Auflassung über ein Nachlassgrundstück erklären. Sofern, wie bei einer Eigentumsübertragung gemäß § 40 GBO, keine Voreintragung des Erben erforderlich ist, muss der Bevollmächtigte auch keinen Erbnachweis vorlegen.⁹ Liegt allerdings ein Ausnahmefall des § 40 GBO nicht vor und muss oder soll eine berichtigende Voreintragung des Erben erfolgen, ist ein Erbnachweis in der nach § 35 GBO vorgesehenen Form zu führen. Eine Berichtigungsbewilligung durch den Bevollmächtigten scheidet aus, da diese Nachweisform in der GBO nicht vorgesehen ist und

die Erklärung des Bevollmächtigten keinerlei glaubwürdigen Aussagewert bezüglich der eingetretenen Erbfolge hätte.¹⁰

2. Die Auswirkungen der Anordnung einer Testamentsvollstreckung

Eine Sonderkonstellation ergibt sich, wenn neben der über den Tod hinaus erteilten Vollmacht der Erblasser hinsichtlich seines Nachlasses zusätzlich Testamentsvollstreckung angeordnet hat. Hiermit musste sich das OLG München bereits in seinem Beschluss vom 15.11.2011 beschäftigen.¹¹

Nach herrschender Meinung, insbesondere nach Auffassung der Rechtsprechung, schließen sich die beiden Rechtsinstitute nicht zwingend gegenseitig aus. Eine über den Tod hinaus geltende Vollmacht kann selbständig neben der Testamentsvollstreckung stehen und dem Vollmachtnehmer eigenständige, vom Erblasser und nicht vom Testamentsvollstrecker abgeleitete Befugnisse verleihen. Die zeitliche Reihenfolge spielt dabei grundsätzlich keine Rolle. Auch wenn die Anordnung der Testamentsvollstreckung nach Erteilung der Vollmacht erfolgt, sei hierin grundsätzlich keine nachträgliche Einschränkung der Vollmacht zu erblicken.¹² *Reimann* weist dagegen darauf hin, dass der vom Erblasser Bevollmächtigte nach dem Erbfall als Bevollmächtigter des Erben anzusehen sei und daher auch nur im Rahmen der Verfügungsmacht des Erben handeln könne. Diese sei aber durch die Rechte des Testamentsvollstreckers beschränkt. Hat der Erblasser durch Anordnung der Testamentsvollstreckung dafür gesorgt, dass der Nachlass handlungsfähig bleibt, sei für eine Vorsorgevollmacht im Aufgabenbereich des Testamentsvollstreckers kein Raum. Jedenfalls ist sie nicht geeignet, den Wirkungskreis des Testamentsvollstreckers einzuschränken.¹³ Nach *Zimmermann* wird es im Allgemeinen der maßgebliche Wille des Erblassers sein, dass keine voneinander unabhängigen Machtbefugnisse verschiedener Personen (Testamentsvollstrecker hier, Bevollmächtigter da) mit gegenseitiger Störungsmöglichkeit nebeneinander bestehen.¹⁴

Inwieweit die Befugnisse des Bevollmächtigten oder des Testamentsvollstreckers eingeschränkt sind oder sich partiell decken, so dass beide Personen die Rechtsmacht für das ent-

1 MittBayNot 2012, 227.

2 MittBayNot 2013, 230 (in diesem Heft).

3 *Bengel/Reimann/Bengel*, Handbuch der Testamentsvollstreckung,

4. Aufl., Kap. I Rdnr. 35; *Trapp*, ZEV 1995, 314 ff.

4 *Bengel/Reimann/Bengel*, Kap. I Rdnr. 43.

5 RGZ 88, 345, 348; BGHZ 87, 19, 25; BGH, NJW 1962, 1718.

6 RGZ 106, 185, 187; BGH, NJW 1962, 1718, 1719; FamRZ 1983, 476, 477; *Soergel/Damrau*, BGB, 13. Aufl., § 2205 Rdnr. 61; *Bamberger/Roth/J. Mayer*, BGB, 3. Aufl., § 2197 Rdnr. 41; a. M. *Reithmann*, BB 1984, 1394, 1397.

7 BGH, NJW 1962, 1718, 1719; NJW 1969, 1624; vgl. hierzu auch BGH, NJW 1995, 250, 251 = MittBayNot 1995, 29; BGH, NJW 1995, 953; *Bamberger/Roth/J. Mayer*, § 2197 Rdnr. 41.

8 DNotZ 2012, 140, 141 m. w. N.

9 OLG Frankfurt, a. a. O. m. w. N.

10 Siehe BeckOK-GBO/*Wilsch*, § 35 Rdnr. 71; OLG Stuttgart, DNotZ 2012, 371; LG Heidelberg, NJW 1973, 1088; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 3571 Fn. 12; str.; a. A. OLG Dresden, ZEV 2012, 339.

11 OLG München, MittBayNot 2012, 227 m. Anm. *Reimann*.

12 OLG München, MittBayNot 2012, 227 f.

13 *Staudinger/Reimann*, Bearb. 2011, Vorbem. zu §§ 2197 ff. Rdnr. 68a; § 2211 Rdnr. 12.

14 MünchKommBGB/*Zimmermann*, 5. Aufl., vor § 2197 Rdnr. 15.

sprechende Geschäft besitzen, ist nach den Beschlüssen des OLG München vom 15.11.2011 und vom 26.7.2012 Auslegungsfrage, die eine umfassende Auslegung der Urkunden der Vollmachtserteilung und der Anordnung der Testamentsvollstreckung erfordert. Diese Auslegung hat das Grundbuchamt nach den Maßstäben des § 133 BGB unabhängig von der Schwierigkeit auftauchender Rechtsfragen vorzunehmen. Dabei sind auch außerhalb der Urkunden liegende Umstände zu berücksichtigen, sofern sie sich aus öffentlichen Urkunden, etwa aus den beigezogenen Nachlassakten, ergeben.¹⁵

3. Die Wirksamkeit der Vollmacht im Außenverhältnis

Fraglich erscheint, ob in der Diskussion bezüglich des Fortbestehens der Vollmacht bisher ausreichend zwischen dem für das Grundbuchamt allein relevanten Außenverhältnis und dem Innenverhältnis unterschieden worden ist. Hinsichtlich ihres Umfangs ist bei der Außenvollmacht auf die für den Geschäftsgegner erkennbaren Umstände abzustellen.¹⁶ Hat der Erblasser eine transmortale Vollmacht ohne Einschränkungen erteilt, z. B. eine umfassende Vorsorgevollmacht, und errichtet er zeitlich später ein Testament, so kann allein die testamentarische Anordnung der Testamentsvollstreckung mit Benennung einer anderen Person als Testamentsvollstrecker nicht zu einer Einschränkung der Vollmacht führen und zwar auch dann nicht, wenn der Erblasser dies bei der Testamentserrichtung so wollte. Andernfalls müsste man bei jeder Vollmacht davon ausgehen, dass sie unter der (ggf. auch stillschweigenden) auflösenden Bedingung der Anordnung einer Testamentsvollstreckung erteilt wurde. Für die Auslegung einer Außenvollmacht ist aber entscheidend, wie der Erklärungsempfänger die Willenserklärung des Vollmachtgebers verstehen musste und durfte. Hierbei kommt es auf dessen Verständnismöglichkeit an und es können nur Umstände berücksichtigt werden, die dem Geschäftsgegner bekannt oder erkennbar waren.¹⁷ Geht die Vollmacht über den Tod hinaus, ohne in der Vollmachtsurkunde für den Fall der Anordnung einer Testamentsvollstreckung irgendwelche Einschränkungen zu enthalten, wird man den Geschäftsgegner kaum eine Pflicht aufbürden können, dass er Nachforschungen über eine mögliche Einschränkung der Vollmachtsurkunde anstellt, die sich aufgrund der Auslegung anderer, für ihn auch nicht immer zugänglicher Urkunden ergibt. Auch wenn ansonsten im Zweifel der weniger weitreichende Vollmachtsumfang anzunehmen ist, würde dies dem Grundsatz widersprechen, dass Sorgfaltspflichten des Dritten sich nur auf den Inhalt der Vollmacht selbst beziehen und er grundsätzlich keine allgemeine Nachprüfungs- und Erkundigungspflicht hat.¹⁸

Eine nachträgliche Einschränkung der Vollmacht setzt daher einen ggf. auch teilweisen Widerruf der Vollmacht (§ 168 BGB) voraus. Dies erfordert den Zugang des Testamentsinhalts mit Willen des Erblassers. Selbst wenn dies gegenüber dem Bevollmächtigten erfolgt, ist aber zu beachten, dass bei Vorlage der Vollmachtsurkunde ein Dritter nach den §§ 170, 172 BGB weiterhin auf den Inhalt einer vorgelegten notariellen Vollmachtsurkunde und auf deren Fortbestand vertrauen kann, sofern er nicht die Unwirksamkeit der Vollmacht kennt

oder kennen muss.¹⁹ Würde die Vollmacht zeitlich nach der Testamentserstellung errichtet, scheidet die Möglichkeit eines Widerrufs von vornherein aus.

Insofern erscheint die Auffassung der Rechtsprechung, dass der Generalbevollmächtigte nicht den Beschränkungen eines Testamentsvollstreckers unterliegt und seine Stellung als Bevollmächtigter durch die Anordnung einer Testamentsvollstreckung nicht beeinträchtigt wird, für das Außenverhältnis als zutreffend. Solange die Vollmacht nicht widerrufen wird, kann der Bevollmächtigte grundsätzlich Verfügungen über Nachlassgegenstände vornehmen und Verpflichtungen mit Wirkung gegen den Nachlass eingehen.²⁰

4. Das Innenverhältnis zwischen Testamentsvollstrecker und Bevollmächtigtem

Vom Außenverhältnis ist das der Vollmacht zugrundeliegende Innenverhältnis zu unterscheiden. Mit Ableben des Erblassers handelt der Bevollmächtigte nunmehr in Vertretung des Erben. Seine Pflichtenbindung ist grundsätzlich an dessen Interessen auszurichten.²¹

Hat der Erblasser Testamentsvollstreckung angeordnet, werden hierdurch die Befugnisse des Erben eingeschränkt. Der Testamentsvollstrecker ist nicht Vertreter des Erben, sondern er hat die Stellung eines Treuhänders und ist Träger eines privaten Amts, das ihm vom Erblasser übertragen ist.²² Der Testamentsvollstrecker übt das Amt kraft eigenen Rechts, also unabhängig vom Willen des Erben, aber – im Rahmen der letztwilligen Anordnungen des Erblassers – im Interesse anderer, vor allem im Interesse des Erben aus.²³ Die freie und unabhängige Stellung gegenüber dem Erben bewirkt, dass der Erbe nicht auf die Amtsführung des Testamentsvollstreckers durch Weisungen einwirken oder Verwaltungshandlungen von seiner Zustimmung abhängig machen kann.²⁴ Die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers ist allerdings insofern der eines gesetzlichen Vertreters angenähert, als der Erbe Eigentümer des Nachlasses ist.²⁵ Der Nachlass stellt ein der Verwaltung und Verfügung des Testamentsvollstreckers unterliegendes Sondervermögen dar.

Im Verhältnis Testamentsvollstrecker zu Bevollmächtigtem geht es ebenfalls um die Frage einer Einschränkung der jeweiligen Handlungsbefugnisse. Würde die Vollmacht die Befugnisse des Testamentsvollstreckers beschränken, so bewirkt dies nicht die Alleinzuständigkeit des Bevollmächtigten für diesen Aufgabenkreis. Da eine Vollmacht nicht mit verdrängender Wirkung erteilt werden kann, würde eine Einschränkung der Testamentsvollstreckerbefugnisse (§ 2208 BGB) zwingend dazu führen, dass die jeweiligen Befugnisse dann vom Erben ausgeübt werden können.²⁶ Berücksichtigt man, dass die Vorschrift des § 2208 BGB Ausnahmecharakter hat und der umfassend bevollmächtigte Testamentsvollstrecker das gesetzliche Grundmodell darstellt, so wird man im Zwei-

¹⁵ Siehe OLG München, MittBayNot 2012, 227, 228, und MittBayNot 2013, 230 (in diesem Heft).

¹⁶ BGH, NJW 1991, 3141 = MittBayNot 1992, 42.

¹⁷ Siehe Palandt/Ellenberger, 72. Aufl., § 167 Rdnr. 5.

¹⁸ Siehe MünchKommBGB/Schramm, § 173 Rdnr. 3; BGH, NJW 2000, 2270, 2271.

¹⁹ BGH, a. a. O.

²⁰ BGH, NJW 1962, 1718, 1719.

²¹ Zur umstrittenen Frage, inwieweit sich eine vorrangige Bindung an den Erblasserwillen ergeben kann, siehe MünchKommBGB/Schramm, § 168 Rdnr. 34 f.; Bamberger/Roth/Valentini, § 168 Rdnr. 12 f.; Sagmeister, MittBayNot 2013, 107.

²² BGHZ 13, 203, 205 f.; 25, 275, 279. Zu den weiteren Theorien (Vertretertheorie bzw. reine Treuhandtheorie) vgl. ausführlich Lange/Kuchinke, Erbrecht, 5. Aufl., § 31 III 2.

²³ BGHZ 13, 203, 205 f.; 35, 296, 301.

²⁴ BGHZ 25, 275, 280.

²⁵ Bengel/Reimann/Bengel, Kap. I Rdnr. 12.

²⁶ Siehe NomosKommBGB/Weidlich, 3. Aufl., § 2208 Rdnr. 4.

fel nicht davon ausgehen können, dass dem Testamentsvollstrecker im Verhältnis zum Erben geringere Befugnisse zustehen sollen, selbst wenn dem Erben die Vollmacht erteilt wurde. Dies hat dann allerdings auch, entsprechend der Auffassung von *Reimann*, zur Konsequenz, dass die Befugnisse des Testamentsvollstreckers durch eine über den Tod hinaus erteilte Vollmacht nicht eingeschränkt werden. *Reimann* weist zwar darauf hin, dass der Bevollmächtigte nicht mehr von der Vollmacht Gebrauch machen darf, sobald der Nachlass durch einen Testamentsvollstrecker handlungsfähig ist. Auch er scheint diese Problematik aber auf das Innenverhältnis zu beschränken und sieht abgegebene Willenserklärungen des Bevollmächtigten gleichwohl als verbindlich an (§ 137 BGB).²⁷ Die Beseitigung der Vollmacht erfordert daher einen Widerruf, zu dem nach herrschender Meinung sowohl der Testamentsvollstrecker als auch der Erbe als befugt angesehen werden.²⁸

5. Die Auswirkungen auf das Grundbuchverfahren

Für das Grundbuchamt gilt der allgemeine Erfahrungssatz, dass die Vollmacht fortbesteht, wenn der Bevollmächtigte im Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung im Besitz der Vollmachtsurkunde ist. Dieser wird nachgewiesen, indem der Bevollmächtigte die Vollmacht dem Notar in Urschrift oder Ausfertigung vorlegt.²⁹ Nur wenn besondere Umstände bekannt werden, die auf die Möglichkeit eines Erlöschens hinweisen, hat es in freier Beweiswürdigung zu prüfen, ob die Vollmacht erloschen ist und bei begründeten Zweifeln den Nachweis ihres Fortbestands zu verlangen.³⁰ Wegen der regelmäßigen Beschränkung auf das Innenverhältnis reicht die bloße Möglichkeit einer Einschränkung der Vollmacht aufgrund einer angeordneten Testamentsvollstreckung nicht aus, um weitergehende Nachweise zu fordern. Ähnlich wie bei der Frage des Vorliegens einer entgeltlichen bzw. unentgeltlichen Verfügung des Testamentsvollstreckers oder der Frage einer erforderlichen Ehegattenzustimmung nach § 1365 BGB besteht eine Prüfungspflicht und Prüfungsbefugnis des Grundbuchamts nur dann, wenn es Kenntnis oder nach Lage des Falls begründeten Anlass zu einer auf konkrete Tatsachen gestützten Vermutung hat, dass Beschränkungen der Vollmacht bestehen.³¹ Enthält die Vollmacht, wie in der Praxis üblich, keine Einschränkungen, erweisen sich Überlegungen zur Auslegung der Urkunde über die Vollmachtserteilung und des Testamentes damit in der Regel als hinfällig.

6. Der Missbrauch der Vertretungsmacht

Eine Überschreitung der im Innenverhältnis bestehenden Grenzen kann unter dem Gesichtspunkt des Missbrauchs der Vertretungsmacht auch zur Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts im Außenverhältnis führen.³² Liegt eine solche vor, wirkt sich der Verstoß gegen das Innenverhältnis auch auf den Bestand der Vollmacht aus. Hierfür ist aufseiten des Vertreters lediglich eine objektive Zuwiderhandlung gegen die Pflicht-

bindung im Innenverhältnis erforderlich. Auf subjektive Voraussetzungen, insbesondere auf Vorsatz, Kenntnis, fahrlässige Unkenntnis des Vertreters, oder Evidenz des Verstoßes gegen das Innenverhältnis kommt es nicht an.³³ Entsprechendes gilt für die Vornahme eines Insichgeschäfts (§ 181 BGB), an dem allein der oder die Vertreter, nicht aber außenstehende Partner des Rechtsgeschäfts beteiligt sind, und für das folglich ein Verkehrsschutz ausscheidet.³⁴

Wird das Rechtsgeschäft dagegen mit einem Dritten vorgenommen, ist der Vertretene nur geschützt, wenn der Vertreter von seiner Vertretungsmacht in ersichtlich verdächtiger Weise Gebrauch macht, so dass sich dem Geschäftsgegner der begründete Verdacht eines Treueverstoßes aufdrängen musste. Auch hier obliegt dem Dritten aber keine Prüfungspflicht. Erforderlich ist vielmehr eine massive Verdachtsmomente voraussetzende objektive Evidenz des Missbrauchs.³⁵

Die beiden Fälle, in denen das OLG München über das Verhältnis von Vollmacht und Testamentsvollstreckung zu befinden hatte, wiesen jeweils die Besonderheit auf, dass ein Rechtsgeschäft mit sich selbst vorgenommen wurde. Im Fall des OLG München vom 15.11.2011 übertrug der bevollmächtigte Ehemann ein ihm vermächtnisweise zugewendetes Grundstück auf sich selbst. Im Fall, der dem Beschluss vom 26.7.2012 zugrunde lag, wollte der Erbe aufgrund einer postmortalen Vollmacht eine zugunsten des Erblassers eingetragene Rückkaufassessvormerkung an einem im Nachlass befindlichen Grundstück löschen lassen. Das OLG München ist in beiden Fällen von einer für das Grundbuchverfahren zu beachtenden uneingeschränkten Vollmacht ausgegangen und hat in ihrer Gesamtheit keinen hinreichenden Anlass gesehen, die Vollmachten einschränkend zu interpretieren. Im ersten Fall war das beurkundete Geschäft vom Inhalt der letztwilligen Verfügung und dem Gegenstand des Vermächtnisses ersichtlich gedeckt. Im zweiten Fall sprach die Erteilung einer postmortalen und damit erst nach dem Ableben des Erblassers wirksam werdenden Vollmacht für die Befugnis des Bevollmächtigten, die Löschung der Vormerkung zugunsten des Erblassers unabhängig von der erbrechtlichen Stellung zu bewilligen. Sie war gerade im Eigeninteresse des Bevollmächtigten eingeräumt, um die vereinbarte Löschung zu erleichtern. Diese Absicht der Vertragsparteien wäre nach dem OLG München durchkreuzt, wenn die Löschung vom Willen der Testamentsvollstrecker abhängig wäre.

Die Ausführungen des OLG München stellen darauf ab, ob die Vollmacht durch die Anordnung der Testamentsvollstreckung eingeschränkt wird. Richtigerweise kann es aber nur um die Frage gehen, inwieweit sich aufgrund des zu eigenen Gunsten vorgenommenen Rechtsgeschäfts eine Einschränkung der Vollmacht im Außenverhältnis unter dem Gesichtspunkt des Missbrauchs der Vertretungsmacht ergeben kann. Enthält diese eine Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB, wird aus Sicht des Grundbuchamts das Vorliegen eines Insichgeschäfts, wie in anderen Fällen auch, allein nicht ausreichen können, um eine evidente Überschreitung der nach außen hin erteilten Vollmacht anzunehmen. Es sind daher weder weitere Nachweise vorzulegen noch hat das Grundbuchamt, wie es die Ausführungen des OLG München nahelegen könnten, eigene Ermittlungen, etwa durch Beiziehung der Nachlassakten, vorzunehmen. Ohne Vorliegen konkreter

²⁷ Siehe MittBayNot 2012, 228, 229.

²⁸ NomosKommBGB/Weidlich, vor §§ 2197 ff. Rdnr. 12 m. w. N.

²⁹ Siehe im Einzelnen *Schöner/Stöber*, Rdnr. 3584.

³⁰ *Demharter*, GBO, 28. Aufl., § 19 Rdnr. 80 m. w. N.

³¹ Siehe *Schöner/Stöber*, Rdnr. 3394; OLG München, FamRZ 2012, 1170 = MittBayNot 2012, 292, zu Verfügungen des Testamentsvollstreckers.

³² Siehe BGH, NJW 2002, 1488 = MittBayNot 2003, 382. Zu den Rechtsfolgen (Nichtigkeit oder Anwendung der §§ 177 ff. BGB) siehe *Palandt/Ellenberger*, § 167 Rdnr. 13 ff.; MünchKommBGB/Schramm, § 164 Rdnr. 108 ff.

³³ Vgl. BGH, NJW 2006, 2776; OLG Stuttgart, NZG 1999, 1009, und NJOZ 2010, 2177.

³⁴ Vgl. auch BGH, NJW 2002, 1488 = MittBayNot 2003, 382.

³⁵ BGH, NJW 1994, 2082; 1995, 250 = MittBayNot 1995, 29; BGH, NJW 1999, 2883.

Anhaltspunkte ist auch in diesem Fall keine weitere Prüfung in Bezug auf den Fortbestand der Vollmacht erforderlich.

7. Das Erlöschen der Vollmacht durch Konfusion

Der zweite Beschluss des OLG München wies noch die weitere Besonderheit auf, dass der Bevollmächtigte zugleich Alleinerbe des Erblassers war. Nach teilweise vertretener Ansicht führt dies dazu, dass die Vollmacht durch Konfusion erlischt und ihre Legitimationswirkung verliert.³⁶ Würde man dem folgen, könnte dies für das Grundbuchverfahren dazu führen, dass bei einem Handeln aufgrund einer über den Tod hinaus geltenden Vollmacht allgemein ein Nachweis zu erbringen ist, dass keine Alleinerbenstellung gegeben ist. Das OLG München ist einem derartigen Ansatz zu Recht nicht gefolgt und hat den Fortbestand der Legitimationswirkung der Vollmacht gegenüber dem Grundbuchamt bejaht.³⁷ Ist der Alleinerbe einer Testamentsvollstreckung unterworfen, spricht für die Bejahung des Fortbestands der Vollmacht bereits der Umstand, dass der Erbe in seiner Verfügungsbefugnis beschränkt ist (§ 2211 BGB) und daher nicht die Rechtsstellung eines unbeschränkten Alleinerben innehat. Nur bei einer Fortgeltung der Vollmacht kann er daher über Nachlassgegenstände alleine verfügen und lässt sich eine Schlechterstellung des Erben gegenüber einem bevollmächtigten Dritten vermeiden. Für diese Auffassung sprechen schließlich auch die Bedürfnisse des Rechtsverkehrs, insbesondere wenn die Position als Erbe unklar bzw. für den Rechtsverkehr nicht erkennbar ist oder sie sonstige Mängel

aufweist.³⁸ Aus Sicht des Grundbuchamts bedeutet dies, dass eine etwaige Alleinerbenstellung nicht zu überprüfen ist. Die Vollmacht entfaltet ihre Wirkung, wenn der Handelnde nur Miterbe ist oder als Alleinerbe Beschränkungen in seiner Verfügungsbefugnis unterliegt. Sie kann ihre Legitimationswirkung nur für den Fall des voll Verfügungsbefugten Alleinerben verlieren. Deshalb einen generellen Nachweis des Nichtvorliegens einer Alleinerbenstellung zu fordern, würde sich aber als überzogener Formalismus darstellen.

8. Schlussbetrachtung

Beim Zusammentreffen einer über den Tod hinaus erteilten Vollmacht mit der Anordnung einer Testamentsvollstreckung ist zwischen dem Innenverhältnis und dem Außenverhältnis der Vollmacht zu unterscheiden. Im Innenverhältnis werden die Befugnisse des Testamentsvollstreckers unabhängig vom Zeitpunkt der Erteilung der Vollmacht in der Regel nicht beschränkt. Im Außenverhältnis besteht eine uneingeschränkt erteilte Vollmacht ohne Erklärung eines Widerrufs grundsätzlich neben der Testamentsvollstreckung weiter. Dies gilt auch, wenn die Vollmacht einem Alleinerben erteilt wurde. Auswirkungen auf das Außenverhältnis und damit auf die Wirksamkeit eines aufgrund der Vollmacht vorgenommenen Rechtsgeschäfts ergeben sich nur unter dem Gesichtspunkt des Missbrauchs der Vertretungsmacht. Für das Grundbuchverfahren bedeutet dies, dass das Grundbuchamt in der Regel vom Fortbestand der Vollmacht ausgehen kann und ohne Vorliegen konkreter, für eine Einschränkung der Vollmacht sprechender Anhaltspunkte keine weitere Prüfung vorzunehmen hat.

³⁶ Siehe z. B. *Bamberger/Roth/J. Mayer*, § 2197 Rdnr. 43, mit Hinweis auf die mögliche Anwendung von Rechtsscheinsgrundsätzen.

³⁷ Ebenso *Palandt/Ellenberger*, § 168 Rdnr. 4; *MünchKommBGB/Schramm*, § 168 Rdnr. 17 bei Fn. 3 m. w. N.

³⁸ Siehe *Meyer-Stolte*, Rpfleger 93, 235, 236. Ähnliche Überlegungen lassen sich hinsichtlich der Einräumung einer Vollmacht zugunsten des Vorerben wegen der Wirkung des § 2113 BGB anstellen.

Das notarielle Zeugnis über die unbeschränkte Zwangsvollstreckung aus ausländischen Notarurkunden nach EuGVVO und AVAG

Von Notarassessor Dr. *Daniel Seebach*, LL.M. (Chicago), Bonn

Anders als bei neueren Instrumenten der europäischen Urkundsvollstreckung sieht die sog. Brüssel-I-Verordnung (EuGVVO)¹ noch bis 2015 für die Zwangsvollstreckung aus ausländischen öffentlichen Urkunden ein Exequaturverfahren im Vollstreckungsmitgliedstaat vor. Für dieses Verfahren sind hierzulande (auch) Notare zuständig, soweit die Vollstreckbarerklärung eines ausländischen notariellen Vollstreckungstitels in Frage steht. Bei ihrer Erteilung ist die Vollstreckungsklausel zunächst auf Sicherungsmaßnahmen zu beschränken, bis die Beschwerdefrist abgelaufen oder über die Beschwerde des Schuldners entschieden ist (Art. 47 Abs. 3 EuGVVO). Erst im Anschluss darf die unbeschränkte Zwangsvollstreckung aus der ausländischen Notarurkunde erfolgen, worüber dem Gläubiger nach dem deutschen Durchführungsgesetz zur EuGVVO vom Notar ein „Zeugnis“ auszustellen ist. Während die notwendigen Prüf- und Verfahrensschritte hin zur Erteilung der Vollstreckungsklausel in der Notarliteratur² verhältnismäßig gut aufbereitet sind, gilt dies nicht in gleichem Maße für die zweite Stufe, das Verfahren der Erteilung eines solchen notariellen Zeugnisses. Der vorliegende Beitrag möchte diese Lücke mit Blick auf die notarielle Praxis schließen.

I. Die konkurrierende Zuständigkeit deutscher Notare bei der Vollstreckbarerklärung ausländischer Notariatsakte

Nach Art. 57 Abs. 1 EuGVVO werden vollstreckbare öffentliche Urkunden eines anderen EU-Mitgliedstaats (mit Ausnahme Dänemarks)³ in Deutschland nach näherer Maßgabe der Art. 38 ff. EuGVVO und der Bestimmungen des Anerkennungs- und Vollstreckungsausführungsgesetzes (AVAG)⁴ für vollstreckbar erklärt. Zuständig ist der oder die Vorsitzende einer Kammer des LG, in dessen Bezirk der Wohnsitz oder das zu pfändende Vermögen des Schuldners belegen ist, Art. 39 Abs. 2 EuGVVO. Handelt es sich bei der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde um eine notarielle Urkunde, besteht jedoch eine konkurrierende Zuständigkeit deutscher Notare⁵ – als „sonst befugte Stelle“ im Sinne der Art. 57, 39 Abs. 2 EuGVVO⁶ – für die entsprechende Vollstreckbarerklärung, vgl. § 55 Abs. 3 Satz 1 AVAG. In diesen Fällen ist der ersuchte Notar das Klauselerteilungsorgan.

¹ Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22.12.2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. EG 2001 Nr. L 12 S. 1, sog. Brüssel-I-Verordnung. Zu der Neufassung dieser Verordnung und der mit ihr verbundenen Abschaffung des Exequaturverfahrens zum 10.1.2015 siehe unten II.

² Hierzu ausführlich *Wolfsteiner*, Die vollstreckbare Urkunde, 3. Aufl., Rdnr. 53.2 ff.; *Fleischhauer*, MittBayNot 2002, 15; *Hök*, JurBüro 2002, 512; siehe ferner *Geimer*, IPrax 2002, 69; *Piltz*, NJW 2002, 789; *Wagner*, IPrax 2002, 75.

³ Hier gilt das spezielle Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und Dänemark vom 19.10.2005, ABl. EU 2005 Nr. L 299 S. 62, das zu einem vergleichbaren Rechtszustand geführt hat; vgl. zur Umsetzung im deutschen Recht § 1 Abs. 1 Nr. 2 lit. b, §§ 55 f. AVAG (zum AVAG siehe Fn. 4).

⁴ Gesetz zur Ausführung zwischenstaatlicher Verträge und zur Durchführung von Verordnungen und Abkommen der Europäischen Gemeinschaft auf dem Gebiet der Anerkennung und Vollstreckung in Zivil- und Handelssachen, in der Fassung der Bekanntmachung vom 3.12.2009 (BGBl. I, S. 3830), zuletzt geändert durch Art. 6 des Gesetzes vom 23.5.2011 (BGBl. I, S. 898 (2094)). Das AVAG tritt insoweit an die Stelle der §§ 722, 723 ZPO.

⁵ Gemeint sind hier und im Folgenden natürlich stets auch deutsche Notarinnen.

⁶ Vgl. *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO, 70. Aufl., Art. 39 EuGVVO Rdnr. 1; *Fleischhauer*, MittBayNot 2002, 15, 19, in Fn. 31.

II. Die Abgrenzung zum Europäischen Vollstreckungstitel aus notarieller Sicht

Die europäische Urkundsvollstreckung nach der EuGVVO und dem AVAG setzt voraus, dass ein Exequaturverfahren durchlaufen wird. Im Internationalen Zivilprozessrecht bezeichnet der Begriff „Exequatur“ die inländische Vollstreckbarerklärung eines ausländischen Vollstreckungstitels; diese ist nach herkömmlichem Verständnis notwendig, da völkerrechtlich gesehen auch Vollstreckungstitel Akte hoheitlicher Gewalt und damit in ihrer (Anweisungs-)Wirkung zunächst auf das eigene Hoheitsgebiet des Ursprungsstaates (und die dortigen Vollstreckungsorgane) begrenzt sind.⁷ Das Exequaturverfahren der EuGVVO zielt also auf die Zulassung des ausländischen Titels zur Zwangsvollstreckung im Vollstreckungsstaat durch Erteilung einer Vollstreckungsklausel der hierfür zuständigen Stelle; es macht den Titel grenzüberschreitend „verwendbar“.

Mit dem Erfordernis der Exequatur im Vollstreckungsmitgliedstaat unterscheidet sich die EuGVVO derzeit aus notarieller Sicht vor allem von der später verabschiedeten EuVTVO⁸ und den auf ihrer Grundlage gemäß §§ 1078 ff. ZPO erlassenen Europäischen Vollstreckungstiteln. Für die Vollstreckung aus einem Europäischen Vollstreckungstitel bedarf es keiner Vollstreckungsklausel und mithin keines Exequaturverfahrens im Empfangsstaat, vgl. für Deutschland § 1078 ZPO. Die Abgrenzung dieser beiden Rechtsmaterien gelingt aus notarieller Sicht einfach: Der deutsche Notar ist mit der Anwendung der EuVTVO nur befasst, soweit seine nach deutschem Recht vollstreckbare notarielle Urkunde im europäischen Ausland zu vollstrecken ist.⁹ Das Exequaturverfahren nach der EuGVVO betrifft hingegen den umgekehrten Fall, dass die vollstreckbare Urkunde eines ausländischen Notarkollegen im Inland vollstreckt werden soll.

Der europäische Gesetzgeber ist freilich der allgemeinen Tendenz im europäischen Zivilverfahrensrecht, das Exequatur-

⁷ Vgl. nur *Fleischhauer*, MittBayNot 2002, 15, 18; siehe ferner *Prütting/Helms/Hau*, FamFG, 2. Aufl., § 110 Rdnr. 1 ff., und die übereinstimmende Legaldefinition des Begriffs „Exequaturverfahren“ in § 3 Nr. 7 Auslandsunterhaltsgesetz (AUG). Zu dogmatischen Fragen siehe auch *Eichel*, GPR 2011, 193, 198.

⁸ Verordnung (EG) Nr. 805/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.4.2004 zur Einführung eines europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen, Abl. EU Nr. L 143 S. 15, sog. EuVTVO.

⁹ Vgl. *Wolfsteiner*, Die vollstreckbare Urkunde, Rdnr. 54.2.

verfahren abzuschaffen,¹⁰ jüngst auch für den Bereich der EuGVVO gefolgt. Durch Neufassung dieser Verordnung vom 12.12.2012¹¹ entfällt für alle ab dem 10.1.2015 errichteten Notarurkunden im Anwendungsbereich der Verordnung das nachfolgend beschriebene Exequaturverfahren.¹² Die Einzelheiten zu dieser Reform und ihrer Auswirkung im deutschen Recht (AVAG) bleibt zu gegebener Zeit einem eigenen Beitrag vorbehalten.

III. Das zweistufige Exequaturverfahren nach EuGVVO/AVAG

Das derzeitige Exequaturverfahren nach EuGVVO/AVAG zerfällt, auch wenn Notare als Klauselerteilungsorgane fungieren, in zwei Teilschritte:

1. Zunächst geht es um die Frage, ob dem Gläubiger auf dessen Antrag hin die Vollstreckungsklausel zu erteilen ist, damit eine Zwangsvollstreckung aus dem ausländischen Vollstreckungstitel im Inland möglich wird. Hierzu müssen die allgemeinen und besonderen Vollstreckungsvoraussetzungen der EuGVVO und des AVAG vorliegen.

Diese – hier so bezeichnete – erste Verfahrensstufe hat mit der Entscheidung über die Klauselerteilung und ihrer Bekanntgabe an die Verfahrensbeteiligten (§ 10 AVAG) ihr Bewenden. Nach Art. 47 Abs. 3 EuGVVO ist die Vollstreckungsklausel dabei auf Maßregeln zur Sicherung zu beschränken (§ 4 AVAG); der Schuldner darf die Zwangsvollstreckung wegen einer vollstreckbaren Geldforderung zudem durch Sicherheitsleistung abwenden (§ 9 Abs. 1 AVAG).

2. Eine begonnene Zwangsvollstreckung aus dem ausländischen Notariatsakt darf erst dann unbeschränkt fortgesetzt werden, wenn der Gläubiger gemäß § 23 Abs. 1 AVAG dem inländischen Vollstreckungsorgan ein entsprechendes Zeugnis „des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle des Gerichts des ersten Rechtszuges“ vorlegen kann. Das Verfahren dieser Zeugniserteilung wird nachfolgend als zweite Verfahrensstufe bezeichnet.

Hat ein Notar die ausländische Notarurkunde für vollstreckbar erklärt, besteht im Ergebnis Einigkeit, dass er dann auch für die Erteilung eines solchen Zeugnisses zuständig ist. Dies folgt zum einen aus der aufgrund § 55 Abs. 3 Satz 1 AVAG nur sinngemäß anzuwendenden Bestimmung des § 23 Abs. 1 AVAG¹³ sowie aus der Überlegung, dass es im Notariat neben dem Notar keine Mitarbeiter gibt, die mit hoheitlichen Befugnissen vergleichbar einem „Urkundsbeamten der Geschäftsstelle“ ausgestattet sind.¹⁴

IV. Die Voraussetzungen der Erteilung eines notariellen Zeugnisses

Das notarielle Zeugnis wird auf Antrag des Gläubigers unter den Voraussetzungen einer der in § 23 Abs. 2 Nrn. 1 bis 4 AVAG geregelten Fallgruppen erteilt. Letztere knüpfen an die Rechtsschutzmöglichkeiten der Verfahrensbeteiligten nach Abschluss der ersten Verfahrensstufe, also der notariellen

Entscheidung über die Vollstreckbarerklärung, an. Das Schaubild auf der folgenden Seite dient der Veranschaulichung dieses Zusammenhangs zwischen dem Rechtsschutzsystem gemäß §§ 11 ff. und der Zeugniserteilung gemäß § 23 Abs. 2 AVAG.

Im Einzelnen ist für die Fallgruppen des § 23 Abs. 2 AVAG Folgendes zu beachten:

1. Erfordernis der vorherigen Vollstreckbarerklärung durch den Notar

Grundvoraussetzung für ein notarielles Zeugnis über die unbeschränkt zulässige Zwangsvollstreckung ist, dass der Notar die Vollstreckungsklausel auf erster Verfahrensstufe (oben, III.1) erteilt hat. Wies umgekehrt der Notar den Antrag des Gläubigers auf Erteilung einer Vollstreckungsklausel zurück, ist dieser Notar vom weiteren Verlauf des Exequaturverfahrens selbst im Falle der (erfolgreichen) Anfechtung seiner Entscheidung ausgeschlossen. Soweit erforderlich, erteilt dann der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle des Beschwerdefgerichts (OLG) die Vollstreckungsklausel (§ 13 Abs. 4 AVAG) und das ggf. erforderliche Zeugnis (§ 24 Abs. 1 AVAG). Wird die Zwangsvollstreckung erstmals durch den BGH zugelassen, erteilt der dortige Urkundsbeamte die Vollstreckungsklausel, die dann auch nicht weiter zu beschränken ist (§ 17 Abs. 3 AVAG) und folglich keines besonderen Zeugnisses mehr bedarf.

Anders ausgedrückt: Die unbeschränkt zulässige Zwangsvollstreckung aus dem ausländischen Notariatsakt ist zwar auch noch dann denkbar, wenn der Notar zunächst die Erteilung der Vollstreckungsklausel abgelehnt hat; dann sind aber hierfür ebenso wie für eine etwa erforderliche Zeugniserteilung andere Klauselerteilungsorgane – nämlich die jeweiligen Geschäftsstellenbeamten – zuständig.

2. Erste Fallgruppe: Zeugniserteilung aufgrund abgelaufener Beschwerdefrist (§ 23 Abs. 2 Nr. 1 AVAG)

a) Der häufigste Fall in der notariellen Praxis dürfte die Zeugniserteilung gemäß der in § 23 Abs. 2 Nr. 1 AVAG geregelten Fallgruppe sein. Danach ist das Zeugnis zu erteilen, wenn der Schuldner bis zum Ablauf der Beschwerdefrist keine Beschwerdeschrift eingereicht hat.

Der Schuldner hat nach Zustellung der Vollstreckungsklausel (§ 10 Abs. 1 AVAG) einen Monat Zeit, bei Auslandszustellungen zwei Monate (§ 55 Abs. 2 AVAG¹⁵), um Beschwerde gegen die positive Entscheidung über die Erteilung der Vollstreckungsklausel durch den Notar einzulegen. Zuständig ist das für den Amtssitz des amtierenden Notars örtlich zuständige OLG (Art. 43 Abs. 2 EuGVVO in Verbindung mit Anhang III)¹⁶. Die Beschwerde kann aber fristwährend¹⁷ auch beim Notar selbst eingelegt werden, der diese dann weiterzuleiten hat (§ 11 Abs. 2 AVAG).

¹⁵ § 11 Abs. 3 AVAG ist wegen Art. 43 Abs. 5 EuGVVO gemäß § 55 Abs. 1 AVAG unanwendbar; zu Problemen im Zusammenhang mit dem Zustellungserfordernis siehe *Eichel*, GPR 2011, 193, 195 f.

¹⁶ § 11 Abs. 1 Satz 2 AVAG ist deshalb unanwendbar, siehe § 55 Abs. 1 AVAG.

¹⁷ Die Fristwahrung folgt bereits aus dem Wortlaut in § 11 Abs. 2 AVAG: „Die Zulässigkeit ... wird nicht dadurch berührt ...“. Vgl. im Übrigen zu § 12 Abs. 2 AVAG a. F. gleichlautend die Begründung RegE BT-Drucks. 11/351, S. 22 (li. Sp.) unter Verweis auf den allgemeinen prozessualen Grundsatz, wonach ein bei der Ausgangsinstanz (hier: Notar) eingelegtes Rechtsmittel den Fristablauf verhindert. § 23 Abs. 2 Nr. 1 AVAG spricht demgemäß auch nur von der „Einlegung“ der Beschwerdeschrift innerhalb der Frist.

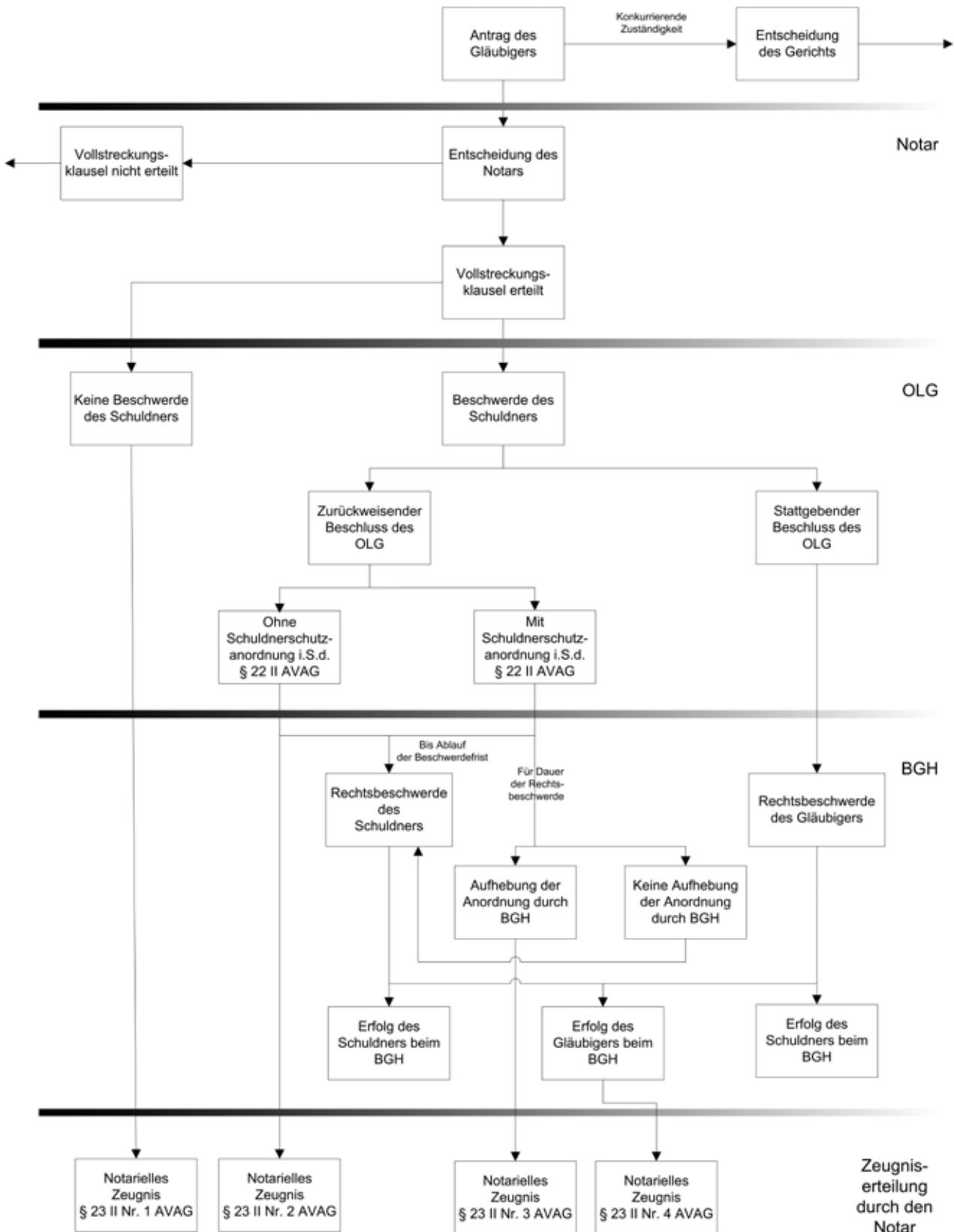
¹⁰ Siehe hierzu Erwägungsgrund 2 der in Fn. 11 bezeichneten Verordnung; allgemein zur Abschaffung des Exequaturverfahrens als „großes Thema“ des europäischen Zivilverfahrensrechts kritisch *Stein/Jonas/Wagner*, ZPO, 22. Aufl., Einf. vor Art. 1 EuGVVO Rdnr. 86.

¹¹ Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2012, ABl. EU 2012 Nr. L 351 S. 1.

¹² Vgl. Art. 66, 80 f. der vorgenannten Verordnung.

¹³ Hierauf abstellend DNotI, Internetgutachten Nr. 93281 vom 7.4.2009, S. 7.

¹⁴ Diesen Aspekt betont *Wolfsteiner*, Die vollstreckbare Urkunde, Rdnr. 53.76.



Lässt der Schuldner die Beschwerdefrist ungenutzt verstreichen, besteht kein Anlass, die Zwangsvollstreckung aus der ausländischen Notarurkunde auf vorläufige Maßnahmen zu beschränken.¹⁸ Das Zeugnis über die unbeschränkte Fort-

setzung der Zwangsvollstreckung darf von dem Notar auf Antrag erteilt werden.¹⁹

b) Für diese Fallgruppe ist aus Praxissicht wichtig, wie der Notar von Beginn und Ende der maßgeblichen ein- bzw. zweimonatigen Beschwerdefrist erfährt.

¹⁸ Dies wird zum Teil direkt aus Art. 47 Abs. 3 EuGVVO abgeleitet, vgl. MünchKommZPO/Gottwald, 3. Aufl., Art. 47 EuGVVO Rdnr. 14.

¹⁹ Zu einem Formulierungsvorschlag siehe unten VI.

Das fristauslösende Ereignis ist die Zustellung der Vollstreckungsklausel an den Schuldner, § 55 Abs. 2 Satz 2 AVAG. Sie ist eine Notfrist (§ 11 Abs. 3 Satz 3 AVAG, § 224 Abs. 1 Satz 1 ZPO), kann also nicht verlängert werden.²⁰ Der Notar hat die Zustellung der durch ihn erteilten Klausel von Amts wegen zu bewirken (§ 10 Abs. 1 AVAG). Das Zustellungsorgan erteilt hierüber eine öffentliche (Zustellungs-)Urkunde, anhand derer der Notar das fristauslösende Ereignis selbst nachprüfen und den (Ab-)Lauf der Frist ermitteln kann.

c) Schwieriger verschafft sich der Notar Kenntnis davon, dass der Schuldner keine Beschwerde eingelegt hat. Hierbei handelt es sich um eine negative Tatsache. Ihr Eintritt ist nicht etwa schon dann bewiesen, wenn bis Fristende beim Notar keine Beschwerdeschrift eingegangen ist; die Beschwerde kann auch direkt beim OLG eingereicht werden, das AVAG sieht wie erwähnt hierin sogar den gesetzlichen Regelfall (§ 11 Abs. 1 Satz 1 AVAG).²¹

Dem Notar bleibt damit keine andere Wahl, als bei dem für eine solche Beschwerde zuständigen OLG nachzufragen, ob der Schuldner innerhalb der Beschwerdefrist eine Beschwerdeschrift eingereicht hat. Schon aus Beweis- und Haftungsgründen wird diese Nachfrage einen förmlichen Charakter haben und auf Erteilung einer ebenso förmlichen (also schriftlichen und gesiegelten²²) Auskunft – des (hier sog.) Notfristattests – abzielen. Einen vergleichbaren Fall regelt § 706 Abs. 2 Satz 1 ZPO, von dort ist auch der Begriff des Notfristzeugnisses, besser Notfristattests,²³ entlehnt. Die entsprechende Anfrage richtet sich an die Eingangsgeschäftsstelle des zuständigen Beschwerdegerichts und könnte wie folgt lauten:

In der Sache [Gläubiger] ./ [Schuldner]
 überreiche ich als Anlage die mit meiner Vollstreckungsklausel vom [Datum] gemäß § 4 des Anerkennungs- und Vollstreckungsausführungsgesetzes (AVAG) gegen [Schuldner] versehene Ausfertigung der Urkunde des Notars [Name] aus [Ort, Land] vom [Datum], [genaue Bezeichnung des ausländischen Titels z. B. durch Aktenzeichen oder Rollennummer] nebst beglaubigter deutscher Übersetzung,
 – versehen mit dem Zustellungszeugnis des [Zustellungsorgans] vom [Datum], [Aktenzeichen der Zustellung] –,
 und frage höflich an, ob Rechtsmittel gegen meine Entscheidung vom [Datum] betreffend den Antrag auf Erteilung der Vollstreckungsklausel in o. g. Angelegenheit gemäß §§ 11, 55 Abs. 3 Satz 2 AVAG eingelegt worden sind.
 Ich bitte insoweit um Erteilung eines Notfristattestes.
 Mit freundlichen Grüßen
 [Ort, Datum, Unterschrift]

²⁰ Vgl. zu dieser Eigenschaft von Notfristen nur *Musielak/Stadler*, ZPO, 9. Aufl., § 224 Rdnr. 2.

²¹ Auch eine bislang etwa unterbliebene Anforderung der Verfahrensakten durch das zuständige Beschwerdegericht beim Klausel erteilenden Notar vermittelt keine hinreichende Kenntnis über das Vorliegen der Voraussetzungen einer Zeugniserteilung nach § 23 Abs. 2 Nr. 1 AVAG. Diese Fallgruppe stellt rein formal auf das ereignislose Verstreichen der Beschwerdefrist ab; verfahrensleitende Maßnahmen der Beschwerdeinstanz wie das Anfordern der Verfahrensakten beim Klauselerteilungsorgan sind hingegen weder erforderlich noch ausreichend, da sie auch noch nach der Beschwerdefrist ergehen könnten.

²² Hierauf zu Recht hinweisend DNotI, Internetgutachten Nr. 93281 vom 7.4.2009, S. 7.

²³ Der Begriff Notfristzeugnis entspricht der amtlichen Überschrift zu § 706 ZPO. Hier wird aber der Begriff Notfristattest bevorzugt, um eine Verwechslung von Notfristzeugnis mit dem (notariellen) Zeugnis gemäß § 23 Abs. 2 AVAG zu vermeiden.

Voraussetzung für die Erteilung der Bescheinigung ist, dass die Zustellung der Vollstreckungsklausel beim Schuldner nachgewiesen ist. Dies geschieht gegenüber dem Beschwerdegericht durch den Zustellvermerk des Zustellungsorgans, bei Auslandszustellungen also das AG, in dessen Bezirk der Amtssitz des Notars liegt, vgl. § 183 Abs. 5 Satz 2, § 1069 Abs. 1 Nr. 2 ZPO. Dieser Nachweis ist üblicherweise direkt mit der ausländischen Notarurkunde und der aufgesetzten notariellen Vollstreckungsklausel zu einer Gesamturkunde verbunden.²⁴

d) Für das Notfristattest²⁵ fallen keine Gerichtskosten an.²⁶ Auch die notarielle Tätigkeit bei Einholung des gerichtlichen Notfristattests unterliegt keinem eigenständigen Gebührentatbestand.

3. Zweite Fallgruppe: Zeugniserteilung nach erfolgloser Beschwerde des Schuldners (§ 23 Abs. 2 Nr. 2 und 3 AVAG)

Erhebt der Schuldner – anders als in der vorgenannten Fallgruppe des § 23 Abs. 2 Nr. 1 AVAG – Beschwerde gegen die Zulassung der Zwangsvollstreckung²⁷ und bleibt diese erfolglos, weist sie das Beschwerdegericht zurück (oder verwirft sie als unzulässig). Dann darf die Zwangsvollstreckung grundsätzlich ohne Einschränkung stattfinden, vgl. § 22 Abs. 1 AVAG.

Die Erteilung eines notariellen Zeugnisses zur unbeschränkten Fortsetzung der Zwangsvollstreckung erfordert hier aber zusätzlich, dass entweder das OLG eine Schuldnerschutzanordnung gemäß § 22 Abs. 2 AVAG nicht erlassen oder der BGH eine solche Anordnung wieder aufgehoben²⁸ hat; im erstgenannten Fall erfolgt die notarielle Zeugniserteilung gemäß § 23 Abs. 2 Nr. 2 AVAG, im zweiten Fall gemäß § 23 Abs. 2 Nr. 3 AVAG.

Der BGH ist zur Aufhebung einer Schuldnerschutzanordnung des Beschwerdegerichts nach näherer Maßgabe des § 22 Abs. 3 Satz 2 AVAG befugt; in zeitlicher Hinsicht setzt diese Aufhebungsbefugnis freilich voraus, dass Rechtsbeschwerde eingelegt wird und das OLG die Schuldnerschutzanordnung nicht, was möglich wäre, auf das Ende der Frist für die Einlegung der Rechtsbeschwerde (§ 15 Abs. 2 AVAG) begrenzt, sondern auf die Dauer des Rechtsbeschwerdeverfahrens erstreckt hat.²⁹

Eine Schuldnerschutzanordnung im Sinne von § 22 Abs. 2 AVAG darf ergehen, wenn der Schuldner glaubhaft macht, dass ihm die weitergehende (also unbeschränkte) Vollstreckung

²⁴ Das spricht nebenbei dafür, dass der Notar dem OLG zur Erlangung des Notfristattests die ausländische Urkunde im Original vorlegt und nicht nur – was denkbar erscheint – eine beglaubigte Abschrift. Für diese Vorgehensweise spricht ebenfalls, dass nach mir bekannter Gerichtspraxis auch das Notfristattest selbst auf den fraglichen Titel aufgestempelt wird. Zu einem Textbeispiel siehe nachstehende Fußnote.

²⁵ Der beim OLG Köln gebräuchliche Text lautet beispielsweise: „In vorbezeichneter Prozesssache ist eine Rechtsmittelschrift bis heutige nicht eingereicht worden“, es folgen die Orts- und Datumsangabe, das Siegel sowie die Unterschrift des Urkundsbeamten.

²⁶ Vgl. *Musielak/Lackmann*, ZPO, § 706 Rdnr. 12; *Zöller/Stöber*, ZPO, 29. Aufl., § 706 Rdnr. 17, und im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit die ausdrückliche Anordnung der Gebührenfreiheit in § 135 KostO.

²⁷ Die Erteilung der Klausel selbst ist nicht selbständig beschwerdefähig, siehe schon zu § 11 AVAG a. F. die Begründung RegE BT-Druck 11/351, S. 21.

²⁸ Wegen des eindeutigen Wortlauts in § 23 Abs. 2 Nr. 3 AVAG genügt es nicht, dass der BGH eine Schuldnerschutzanordnung des Beschwerdegerichts lediglich abändert, z. B. abschwächt. Zur sachlichen Rechtfertigung für diese Unterscheidung vgl. Fn. 31.

²⁹ Vgl. hierzu bereits BGH, NJW 1983, 1980, zu § 25 Abs. 3 a. F.

einen nicht zu ersetzenden Nachteil bringen würde, § 22 Abs. 2 Satz 2 AVAG. Die Hürde ist bewusst hoch angesetzt, da auch die EuGVVO ein einfaches und schnelles Verfahren in dem Vollstreckungsmitgliedstaat gewährleisten möchte.³⁰

Auf die Einzelheiten dieses gerichtsformigen Korrektivs kann hier nicht näher eingegangen werden.³¹ Wichtiger aus notarieller Sicht ist ohnehin die Frage, wie der betroffene Notar davon erfährt, dass der gewünschten Zeugniserteilung eine erlassene Schuldnerschutzanordnung nicht entgegensteht. Hier wird man differenzieren müssen: Soweit das OLG die Vollstreckungsklausel erstmals erteilt, regelt § 13 Abs. 4 Satz 3, 4 AVAG, dass die Anordnung zum Schuldnerschutz in der Klausel selbst vermerkt und dadurch für alle (späteren) Beteiligten ohne Weiteres erkennbar wird. Es ist aber zweifelhaft, ob in gleicher Weise in den hier besprochenen Fällen verfahren werden kann, in denen nicht der Urkundsbeamte des Beschwerdegerichts, sondern der Notar die Vollstreckungsklausel erteilt.³² So dürfte ein Vermerk direkt in der Klausel nach dem Vorbild des § 13 Abs. 4 Satz 3 AVAG schon deshalb ausscheiden, weil der Schuldner gar nicht über die mit der Klausel versehene Titelausfertigung verfügt; auch eine entsprechende Vorlegungspflicht des Gläubigers regelt § 22 Abs. 2 AVAG nicht. Soweit daher in der Fallvariante des § 23 Abs. 2 Nr. 2 AVAG die Schuldnerschutzanordnung durch separaten Beschluss ohne Vermerk auf der Vollstreckungsklausel ergeht, wird der betroffene Notar beim OLG förmlich nachzufragen haben, ob eine Schuldnerschutzanordnung erlassen worden ist.³³

Keine vergleichbare Problematik besteht demgegenüber in der Fallvariante des § 23 Abs. 2 Nr. 3 AVAG: Der Notar darf darauf vertrauen, dass der Gläubiger ihm zusammen mit seinem Antrag auf Zeugniserteilung den Aufhebungsbeschluss des BGH hinsichtlich der vom Beschwerdegericht für die

Dauer des Rechtsbeschwerdeverfahrens erlassene Schuldnerschutzanordnung vorlegt; er wird dies schon im eigenen Interesse tun, um diese besondere Voraussetzung für die gewünschte Zeugniserteilung gemäß § 22 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 AVAG nachzuweisen.

4. Letzte Fallgruppe: Zeugniserteilung nach erneuter Zulassung der Zwangsvollstreckung durch den BGH (§ 23 Abs. 2 Nr. 4 AVAG)

Für die notarielle Praxis wenig relevant und daher nur am Rande erwähnt ist die letzte Fallgruppe des § 23 Abs. 2 AVAG. Bei ihr muss (i) die ursprünglich stattgebende Entscheidung des Notars über die Erteilung der Vollstreckungsklausel³⁴ (ii) durch das Beschwerdegericht wieder aufgehoben worden und (iii) die alsdann vom Gläubiger eingelegte Rechtsbeschwerde erfolgreich gewesen sein³⁵ mit (iv) dem Ergebnis, dass der BGH den fraglichen notariellen Titel (endgültig) zur Zwangsvollstreckung zugelassen hat.

5. Zeugniserteilung trotz Einwendungen des Schuldners gegen den zu vollstreckenden Anspruch?

Zuletzt sei darauf hingewiesen, dass einer Zeugniserteilung durch den Notar gemäß einer in § 23 Abs. 2 AVAG geregelten Fallgruppe nicht entgegensteht, wenn der Schuldner Einwendungen gegen den zu vollstreckenden Anspruch selbst geltend macht (und der Notar hiervon Kenntnis erlangt).

a) Die AVAG unterscheidet für solche materiellrechtlichen Einwendungen danach, wann die maßgeblichen Umstände eingetreten sind. Bestand der Grund bereits vor der notariellen Erteilung der Vollstreckungsklausel, entstand er während der Beschwerdefrist oder trat er vor Beendigung des laufenden Beschwerdeverfahrens ein, kann (§ 12 Abs. 2 AVAG) und muss (arg. § 14 Abs. 1 AVAG) der Schuldner diese Einwendung aus Gründen der Prozessökonomie³⁶ im Rahmen seiner Beschwerde gegen die Entscheidung des Notars über die Erteilung der Vollstreckungsklausel geltend machen. Nur für später eintretende Umstände, also solche nach Verstreichenlassen der Beschwerdefrist (§ 14 Abs. 1 Nr. 1 AVAG) oder nach Beendigung eines eingeleiteten Beschwerdeverfahrens (§ 14 Abs. 1 Nr. 2 AVAG), steht dem Schuldner im Inland³⁷ die Vollstreckungsabwehrklage gemäß § 767 ZPO zur Verfügung.³⁸

³⁰ Vgl. zu § 24 Abs. 2 AVAG a. F. schon die Begründung RegE BT-Drucks. 11/351, S. 26.

³¹ Vgl. hierzu *Eichel*, GPR 2011, 193, 197 f. Interessant ist allerdings, dass das OLG gemäß § 22 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 AVAG auch anordnen darf, dass die Zwangsvollstreckung gegen Sicherheitsleistung über Maßregeln zur Sicherung hinausgehen darf. Auf den ersten Blick scheint nicht nachvollziehbar, warum bei einer solchen Anordnung dann trotzdem die Erteilung eines notariellen Zeugnisses nach dem eindeutigen Wortlaut des § 23 Abs. 2 Nr. 2 AVAG ausgeschlossen sein soll. Die Sperrwirkung auch einer Schuldnerschutzanordnung mit dem genannten Inhalt ist aber sachlich begründet, da nach notarieller Zeugniserteilung die unbeschränkte Fortsetzung der Zwangsvollstreckung gerade nicht mehr von einer Sicherheitsleistung des Gläubigers abhängt.

³² Der historische Gesetzgeber hat sich dieser Frage nicht gewidmet, vgl. Begründung RegE BT-Drucks. 11/351, S. 24, wo das Problem nur im Kontext von § 16 Abs. 2 AVAG a. F. = § 13 Abs. 4 AVAG n. F. behandelt wird; auch die Kommentarliteratur hat sich dieser Frage, soweit ersichtlich, noch nicht angenommen.

³³ Die Möglichkeit, dass der BGH nach Einlegung der Rechtsbeschwerde seinerseits (dann erstmals) eine Schuldnerschutzanordnung gemäß § 22 Abs. 3 Satz 1 AVAG erlassen könnte, steht einem notariellen Zeugnis nach § 23 Abs. 2 Nr. 2 AVAG allerdings nicht entgegen. Der Gesetzeswortlaut ist eindeutig („Das Beschwerdegericht ... keine Anordnung nach § 22 Abs. 2 erlassen hat“) und sachlich dadurch gerechtfertigt, dass die zurückweisende Entscheidung des OLG über die Schuldnerbeschwerde, die § 23 Abs. 2 Nr. 3 AVAG zur Grundvoraussetzung der Zeugniserteilung macht, eine „gerichtliche Anordnung“ i. S. d. § 9 Abs. 1 AVAG darstellt, die für die unbeschränkte Fortsetzung der Zwangsvollstreckung grundsätzlich genügt, vgl. § 22 Abs. 1 AVAG. Auch der Wortlaut des Art. 47 Abs. 3 EuGVVO entspricht diesem Verständnis, da dort eine weitergehende Zwangsvollstreckung aus dem Titel nur von der Entscheidung über den Rechtsbehelf nach Art. 43 Abs. 5 EuGVVO (= Beschwerde gemäß § 11 AVAG) abhängig gemacht ist, nicht aber von dem Schicksal des Rechtsbehelfs nach Art. 44 EuGVVO (= Rechtsbeschwerde gemäß § 15 AVAG).

³⁴ Zu dieser Grundvoraussetzung eines notariellen Zeugnisses siehe bereits oben III.1.

³⁵ Insoweit ist es unerheblich, ob der BGH während des Rechtsbeschwerdeverfahrens eine Schuldnerschutzanordnung gemäß § 22 Abs. 3 Satz 1 AVAG erlassen hatte oder nicht.

³⁶ Begründung RegE BT-Drucks. 11/351, S. 23. Dahinter steht die Streitfrage, ob der deutsche Gesetzgeber den Vollstreckungsschuldner über das System gemäß §§ 12, 14 AVAG zur Erhebung derartiger Einwendungen im Vollstreckungsmitgliedstaat überhaupt wirksam berechtigen (und „nötigen“) durfte. Sehr kritisch und m. w. N. etwa *Wolfsteiner*, Die vollstreckbare Urkunde, Rdnr. 53.71 ff.: Die in §§ 12, 14 AVAG angesprochene Nachprüfung in der Sache sei Angelegenheit des Ausgangsstaates und die genannten Bestimmungen der AVAG insoweit nichtig; ebenso etwa *Stein/Jonas/Oberhammer*, ZPO, Art. 58 EuGVVO Rdnr. 29; *Eichel*, GPR 2011, 193, 194.

³⁷ Etwa zulässige Rechtsbehelfe im Errichtungsstaat sind nach den dort geltenden Bestimmungen weiterhin statthaft, vgl. Begründung RegE BT-Drucks. 11/351, S. 23, und zu den Auswirkungen im Inland §§ 27 ff. AVAG; siehe ferner *Wendt*, ZNotP 2011, 42.

³⁸ Im Fall der notariellen Vollstreckbarerklärung dürfte gemäß § 55 Abs. 3, § 14 Abs. 2 Satz 1 AVAG das für den Amtssitz des Notars örtlich zuständig Gericht berufen sein, nicht das in § 797 Abs. 5 ZPO genannte.

Daraus folgt für die notarielle Zeugniserteilung: Solange die in § 14 Abs. 1 AVAG genannten Zeitpunkte noch nicht erreicht sind, kann das notarielle Zeugnis frühestens erteilt werden, wenn über die vom Schuldner tatsächlich erhobenen Einwendungen gegen den titulierten Anspruch gerichtlich entschieden ist. Wegen dieser zeitlichen „Staffelung“ von gerichtlicher Entscheidung und notariellem Zeugnis braucht der Notar nicht weiter nachzufragen, ob der Schuldner überhaupt solche Einwendungen erhoben hat oder ob er nur aus formellen Gründen gegen die Klauselerteilungsentscheidung vorgegangen ist.

b) Anders liegt die Ausgangssituation im zeitlichen Regelungsbereich des § 14 Abs. 1 AVAG. Hier könnte die Zeugniserteilung durch den Notar einer Vollstreckungsabwehrklage des Schuldners zeitlich vorgehen, etwa im Fall des § 23 Abs. 2 Nr. 1 AVAG nach Verstreichen der Beschwerdefrist. Daraus folgt jedoch keine Sperrwirkung für die Dauer bis zum Abschluss eines solchen gerichtlichen Klageverfahrens, selbst wenn der Notar von dessen Einleitung erfahren sollte: Die Zeugniserteilung betrifft die vorgelagerte Ebene der Klauselerteilung und unterliegt eigenen, von der Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus dem Titel zu trennenden Voraussetzungen. Klausel- und Zeugniserteilung können folglich auch dann verfahrensfehlerfrei zustande kommen, wenn aus dem Titel materiellrechtlich nicht mehr vollstreckt werden dürfte. Daraus folgt, dass der Notar als Klauselerteilungsorgan diese materiellrechtliche Seite nicht zu berücksichtigen braucht. Aus demselben Grund richtet sich die in § 23 Abs. 3 AVAG geregelte absolute Grenze der Vollstreckung aus der ausländischen Notarurkunde auch nicht an den Notar, sondern wegen ihrer Rechtswirkungen aus § 775 Nr. 1, § 776 Satz 1 ZPO direkt an das jeweilige Vollstreckungsorgan.³⁹

V. Einzelheiten des notariellen Verfahrens bei der Zeugniserteilung

Die nachfolgenden Abschnitte behandeln weitere Einzelheiten, die der mit der Erteilung eines notariellen Zeugnisses nach § 23 Abs. 2 AVAG befasste Notar zu berücksichtigen hat.

1. Charakter der Tätigkeit des Notars

Der Notar wird im Rahmen der Zeugniserteilung funktional vergleichbar dem Urkundsbeamten der Geschäftsstelle des Gerichts des ersten Rechtszuges (vgl. § 23 Abs. 1 AVAG) tätig. Bei dem Exequaturverfahren nach EuGVVO und AVAG handelt es sich um keine Pflichtaufgabe des Notars im Sinne des § 15 BNotO. Die Ablehnung der ersuchten Tätigkeit im Rahmen der Vollstreckbarerklärung ist folglich möglich.⁴⁰ Auf zweiter Verfahrensstufe dürfte dieses (freie) Ablehnungsrecht allerdings nicht mehr in gleicher Weise bestehen: Hat nämlich der Notar den Antrag auf Erteilung der Vollstreckungsklausel sachlich entschieden, wird er auch ein später beantragtes Zeugnis bei Vorliegen der spezifischen Voraussetzungen erteilen müssen. Grund hierfür ist zum einen die Selbstbindung des Notars an die auf erster Verfahrensstufe getroffene Entscheidung, den gewünschten Rechtsschutz zu gewähren, zu dem auch die Zeugniserteilung gehört; daneben aber vor allem der Umstand, dass nach hier vertretener Auffassung⁴¹ das Zeugnis auf zweiter Verfahrensstufe nur durch

diesen Notar erteilt werden kann; seine Weigerung würde also einer Versagung von Rechtsschutz für den Gläubiger auf zweiter Verfahrensstufe gleichkommen.

2. Antrag des Gläubigers

Die Zeugniserteilung erfolgt nur auf Antrag des Gläubigers, § 23 Abs. 2 AVAG.⁴² Für diesen Antrag herrscht, wie schon auf erster Verfahrensstufe,⁴³ kein Anwaltszwang, vgl. § 6 Abs. 3 AVAG, § 78 Abs. 3 2. Fall ZPO. Der Antrag bedarf nicht der Schriftform. Die Bestimmung des § 4 Abs. 2 AVAG, die eine mündliche protokollierte Antragstellung ausdrücklich erlaubt, bezieht sich zwar nur auf Anträge, die auf Erteilung der Vollstreckungsklausel gerichtet sind. Gleichwohl wird man auch für den Antrag auf notarielle Zeugniserteilung keine strengeren Anforderungen stellen können.

Der Antrag ist auch nicht an eine Frist gebunden. Insbesondere ist es in den praxisrelevanten Fällen des § 23 Abs. 2 Nr. 1 AVAG nicht erforderlich, dass der Gläubiger den Antrag innerhalb einer bestimmten Frist nach Ablauf der Beschwerdefrist des Schuldners einreicht.

3. Zuständigkeit des Notars

Zuständig für die Erteilung des beantragten Zeugnisses ist der Notar, der zuvor den ausländischen Notartitel für im Inland vollstreckbar erklärt hat. Es handelt sich um eine ausschließliche Zuständigkeit, da § 9 Abs. 1, § 23 Abs. 1 AVAG davon ausgehen, dass für Klausel- und Zeugniserteilung sachlich, örtlich und funktional die identische Person zuständig ist, im notariellen Exequaturverfahren (§ 55 Abs. 3 AVAG) also der Notar.⁴⁴ Die Antragstellung bei einem anderen Notar desselben Amtsbezirks⁴⁵ kommt daher ebenso wenig in Betracht wie bei dem in § 23 Abs. 1 AVAG genannten Urkundsbeamten der Geschäftsstelle des ersten Rechtszuges, also des LG.⁴⁶ Letzteres folgt schon daraus, dass der Gläubiger das ihm nach § 55 Abs. 3 Satz 1 AVAG eröffnete Wahlrecht (Gericht oder Notar) innerhalb der beiden Verfahrensstufen desselben Exequaturverfahrens (Vollstreckbarerklärung und Zeugniserteilung) nur einheitlich ausüben kann.

Der Notar bleibt auch dann für die Zeugniserteilung örtlich zuständig, wenn der ursprüngliche Anknüpfungspunkt gemäß Art. 39 Abs. 2 EuGVVO zwischenzeitlich entfallen sein sollte. Dies ist in den Fällen denkbar, dass der Schuldner umzieht bzw. seinen Sitz verlegt oder der Belegenheitsort des fraglichen Schuldnervermögens wechselt. Es gilt dann (auch im Vollstreckungsrecht) der allgemeine Grundsatz, dass die einmal begründete gerichtliche Zuständigkeit durch später eintretende Umstände nicht beseitigt wird (*perpetuatio fori*).⁴⁷

⁴² Es handelt sich hierbei um den Antrag nach Abs. 2 der genannten Bestimmung. Demgegenüber meint „Antrag“ i. S. d. § 23 Abs. 1 AVAG der an das jeweilige Vollstreckungsorgan gerichtete Antrag auf Durchführung der (konkreten) Zwangsvollstreckung (Smaßnahme).

⁴³ *Wolfsteiner*, Die vollstreckbare Urkunde, Rdnr. 53.40.

⁴⁴ Zur funktionellen Zuständigkeit des Notars bei der Zeugniserteilung siehe bereits oben Fn. 13 und 14.

⁴⁵ *Wolfsteiner*, Die vollstreckbare Urkunde, Rdnr. 53.39. Gleiches gilt, wenn man die örtliche Zuständigkeit des Notars für Vollstreckbarerklärungen nach der EuGVVO auf dessen Amtsbezirk erstreckt (so möglicherweise *Fleischhauer*, MittBayNot 2002, 15, 20, wegen Fn. 42, dort allerdings im Kontext des Zustellungsbevollmächtigten).

⁴⁶ § 3 AVAG gilt wegen § 53 Abs. 1 AVAG nicht, vielmehr ergibt sich die Zuständigkeit direkt aus Art. 39 Abs. 1 mit Anhang II der EuGVVO.

⁴⁷ Vgl. *Thomas/Putzo/Hüßtege*, ZPO, 33. Aufl., Art. 39 EuGVVO Rdnr. 2.

³⁹ Vgl. zu § 25 Abs. 3 a. F. Begründung RegE BT-Drucks. 11/351, S. 27.

⁴⁰ *Rauscher/Staudinger*, Europäisches Zivilprozessrecht, Art. 57 Brüssel-I-VO Rdnr. 13; zustimmend DNotI, Internetgutachten Nr. 93281 vom 7.4.2009, S. 3; enger *Wolfsteiner*, Die vollstreckbare Urkunde, Rdnr. 53.38: Vorliegen eines sachlichen Ablehnungsgrundes erforderlich.

⁴¹ Siehe sogleich unten V.3.

4. Beschluss über die Zeugniserteilung?

Auf erster Verfahrensstufe geht der Erteilung der Vollstreckungsklausel durch den Notar ein entsprechender Beschluss dieses Notars voraus, wonach der ausländische Titel mit der Vollstreckungsklausel zu versehen sei, § 8 Abs. 1, § 9 Abs. 1 AVAG.⁴⁸ Eine vergleichbare Regelung bei der Erteilung des Zeugnisses besteht nicht. Demzufolge erteilt der Notar das Zeugnis bei Vorliegen der maßgeblichen Voraussetzungen direkt.

5. Begründung der Zeugniserteilung?

Eine für die notarielle Praxis wichtige Frage lautet, ob die (Entscheidung über die) Zeugniserteilung begründet werden muss. Für die erste Verfahrensstufe entscheidet § 8 AVAG diese Frage dahingehend, dass der vom Notar zu fassende Beschluss über die Vollstreckbarerklärung stets zu begründen ist.

Auch insoweit fehlt bei der notariellen Zeugniserteilung gemäß § 23 Abs. 2 AVAG eine entsprechende Regelung. § 8 AVAG ist nicht (auch nicht entsprechend) anwendbar. Es gilt dann der allgemeine verfahrensrechtliche Grundsatz, dass nur anfechtbare Entscheidungen zu begründen sind.⁴⁹ Der Schuldner kann die Zeugniserteilung aber nicht anfechten, da ein entsprechender Rechtsbehelf nicht vorgesehen ist, so dass auch eine Begründung nicht notwendig erscheint. Dies bedeutet freilich nicht, dass sich der Notar einer Begründung zwingend zu enthalten hat. Je nach Fallgestaltung kann es sich anbieten, den Beteiligten näher darzulegen, warum die Voraussetzungen der konkreten Fallgruppe des § 23 Abs. 2 AVAG gegeben waren.⁵⁰ Im praxisrelevanten Fall der Zeugniserteilung aufgrund von § 23 Abs. 2 Nr. 1 AVAG könnte eine Begründung wie folgt lauten:

[Rubrum und Tenor des Zeugnisses]⁵¹

Gründe:

Der gemäß § 23 Abs. 2 des Anerkennungs- und Vollstreckungsausführungsgesetzes (AVAG) erforderliche Antrag des Gläubigers wurde am [Datum] ordnungsgemäß⁵² gestellt.

Der Antrag ist zulässig, insbesondere bin ich gemäß § 23 Abs. 1, § 53 Abs. 3 Satz 2 AVAG für die Erteilung des beantragten Zeugnisses zuständig.

Der Antrag ist auch begründet. Gemäß § 23 Abs. 2 Ziffer 1 mit Abs. 1 AVAG ist das Zeugnis zu erteilen, dass die Zwangsvollstreckung unbeschränkt stattfinden darf, wenn der Verpflichtete bis zum Ablauf der Beschwerdefrist keine Beschwerdeschrift eingereicht hat.

Diese Voraussetzung ist erfüllt. Die Beschwerdefrist betrug gemäß § 55 Abs. 2 Satz 1 Ziffer [1/2] AVAG [einen Monat/zwei Monate].⁵³ Sie begann mit der Zustellung der vorgenannten⁵⁴ Vollstreckungsklausel beim Verpflichteten durch das [Zustellungsorgan] am [Tag der Zustellung]. Eine Rechtsmittelschrift wurde innerhalb der genannten Frist

⁴⁸ Siehe nur *Fleischhauer*, MittBayNot 2002, 15, 16 ff. Zu dieser „Vermischung von Vollstreckbarerklärung und Vollstreckungsklausel“ kritisch *Wolfsteiner*, Die vollstreckbare Urkunde, Rdnr. 53.58.

⁴⁹ *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO, § 329 Rdnr. 4.

⁵⁰ Vgl. auch hierzu allgemein *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO, § 329 Rdnr. 4, 6.

⁵¹ Siehe zu diesem „zwingenden“ Teil des notariellen Zeugnisses unten VI.

⁵² Schriftform ist nicht erforderlich, siehe oben V.2.

⁵³ Zwei Monate bei Auslandszustellungen, siehe oben IV. 2.a.

⁵⁴ Gemeint ist die im Tenor genannte Vollstreckungsklausel.

nicht eingereicht, wie sich aus der entsprechenden Bescheinigung (Notfristattest) des Urkundsbeamten des OLG [Ort] vom [Datum] ergibt[, welche mir im Original vorliegt].⁵⁵

[Ort, Datum, Unterschrift]⁵⁶

Eine kurze Begründung bietet sich auch in dem – eher theoretisch denkbaren – Fall an, dass die Voraussetzungen der gewünschten Zeugniserteilung (ggf. derzeit) nicht vorliegen. Die ablehnende Entscheidung des Notars erwächst nicht in Rechtskraft, so dass der Gläubiger zu gegebener Zeit den Antrag wiederholen kann.

6. Bekanntgabe an die Beteiligten

Eine förmliche Zustellung des Zeugnisses an den Schuldner ist gesetzlich nicht angeordnet, was im Hinblick auf die fehlende Anfechtungsmöglichkeit auch konsequent erscheint. § 10 Abs. 3 AVAG findet weder direkt noch entsprechend Anwendung. Auch eine formlose Mitteilung ist nicht vorgesehen. Der Schuldner erlangt von der Zeugniserteilung im Rahmen der auf dieser Basis vom Gläubiger durchgeführten (weiteren) Vollstreckungsmaßnahmen Kenntnis, etwa indem eine bislang nur gepfändete Forderung dem Gläubiger auch zur Einziehung überwiesen wird.

Das Zeugnis ist dem Gläubiger zu übergeben, da er es dem jeweils zuständigen Vollstreckungsorgan vorzulegen hat, vgl. § 23 Abs. 1 AVAG. Die Erteilung kann selbstredend auch auf postalischem Wege erfolgen. Eine besondere Form ist hierfür nicht vorgesehen. Gleichwohl empfiehlt sich bei postalischer Versendung, da eine vollstreckbare Urkunde betroffen ist, eine Postzustellung (durch Einwurf- oder Übergabeeinschreiben).

Bei der Übermittlung an den Gläubiger sollte vorrangig an den inländischen Verfahrensbevollmächtigten (§ 5 Abs. 2 AVAG) verschickt werden, sofern ein solcher vom Gläubiger (auch im Rahmen der Zeugniserteilung) bestellt ist.

7. Kosten und Gebühren

Das Verbot wertabhängiger Gebühren gemäß Art. 52 EuGVVO gilt auch für die Notargebühren nach § 55 Abs. 3 AVAG.⁵⁷ Dem trägt § 148a Abs. 3 Satz 1 KostO durch eine pauschale Gebühr i. H. v. 200 € Rechnung. Sie fällt an für das notarielle Verfahren über einen „Antrag auf Vollstreckbarerklärung“ der ausländischen Notarurkunde. Darunter ist wegen der Verweisung in § 148a Abs. 3 KostO auf § 55 Abs. 3 AVAG und von dort auf das gesamte Exequaturverfahren auch die etwaige spätere Tätigkeit des Notars im Rahmen der Erteilung des notariellen Zeugnisses zu verstehen; diese wird somit nicht gesondert vergütet. Auslagen und Porto können hingegen dem Gläubiger als Antragsteller gemäß §§ 136 ff., 141, 152 Abs. 2 Nr. 1 KostO in Rechnung gestellt werden.⁵⁸ Nach dem derzeitigen Stand des Gesetzgebungsvorhabens zur Kostenrechtsmodernisierung wird die Pauschalgebühr zum 1.7.2013 von 200 € auf 240 € angehoben.⁵⁹

⁵⁵ Dieser Zusatz ist nur erforderlich, wenn für das Notfristattest nicht der Original-Titel eingereicht wurde, sondern eine beglaubigte Abschrift, und das gerichtliche Attest auf diesen Titel aufgestempelt wurde; siehe dazu oben IV.2.c mit Fn. 24.

⁵⁶ Dazu unten VI.

⁵⁷ *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO, Art. 52 EuGGVO Rdnr. 1.

⁵⁸ Zur ersten Verfahrensstufe vgl. DNotI, Internetgutachten Nr. 93281 vom 7.4.2009, S. 8 f.

⁵⁹ Begründung RegE zum 2. KostRMoG, BT-Drucks. 17/11471, S. 109 und 352 (zu Gebühr 23805 KV GNotKG-E).

8. Urkundstechnische Fragen

Der Notar wird zu entscheiden haben, ob und wie er sein Zeugnis mit dem ausländischen Vollstreckungstitel verbindet. Für die erste Stufe gestattet § 9 Abs. 3 Satz 2 AVAG dem Notar, die Vollstreckungsklausel wahlweise direkt auf die Ausfertigung des Titels oder auf ein damit (urkundlich) zu verbindendes Blatt zu setzen. Eine vergleichbare Bestimmung fehlt für die zweite Verfahrensstufe. Aufgrund von § 23 Abs. 1 AVAG muss lediglich die Möglichkeit einer „Vorlage“ des (notariellen) Zeugnisses bei dem jeweiligen Vollstreckungsorgan gewährleistet sein, eine Anforderung, der beide in § 9 Abs. 3 AVAG angesprochenen Varianten genügen würden.

Aus Gründen der Zweckmäßigkeit bietet es sich an, das notarielle Zeugnis – ebenso wie die Vollstreckungsklausel – auf einem separaten Blatt mit der Urkunde zu verbinden. Grund hierfür ist die Länge beider Urkunden, selbst wenn der Notar sein Zeugnis nicht mit einer Begründung versieht.⁶⁰ Ob das notarielle Zeugnis der Vollstreckungsklausel nach- oder vorgeheftet wird, dürfte eine Frage des persönlichen Geschmacks bleiben.

Das notarielle Zeugnis gemäß § 23 Abs. 2 AVAG trägt keine Urkundenrollennummer. Es handelt sich nicht um eine Vollstreckbarerklärung der in § 8 Abs. 1 Nr. 6 DONot genannten Art. Auch der Tatbestand des § 8 Abs. 1 Nr. 5 DONot ist nicht erfüllt, da weniger die Bescheinigung von Tatsachen im Vordergrund steht, welche ggf. nicht einmal in dem Zeugnis genannt werden,⁶¹ sondern die notarielle Erklärung über die mit dem Zeugnis verbundenen Rechtsfolgen. In solchen Fällen erfolgt keine Eintragung in die Urkundenrolle.⁶²

VI. Inhalt des notariellen Zeugnisses

Ein seinem Zweck entsprechendes Zeugnis kann wie folgt aufgebaut sein: Die Überschrift zu Eingang der Urkunde lautet, angelehnt an die gerichtlichen Zeugnisse, „Notarielles Zeugnis“. Davor oder direkt anschließend folgen der Name des Notars, sein Aktenzeichen und, falls gewünscht, die Adresse der Notarstelle.

Anschließend folgt zumindest ein Kurzrubrum. Aufgrund der zumeist ausländischen Beteiligten empfiehlt sich jedoch ein ausführliches Rubrum. Neben den Beteiligten sollte auch der Verfahrensbevollmächtigte des Gläubigers genannt werden, insbesondere wenn das Zeugnis anschließend auch an diesen übermittelt werden soll. Die Bezeichnung der Verfahrensbeteiligten lautet entweder in Anlehnung an die Begrifflichkeit des AVAG „Berechtigter“ und „Verpflichteter“ oder, wie bei gerichtlichen Zeugnissen möglicherweise vorherrschend, „Antragsteller“ und „Antragsgegner“ oder, meines Erachtens wegen des vollstreckungsrechtlichen Hintergrundes ebenfalls zulässig, „Gläubiger“ und „Schuldner“.⁶³

⁶⁰ Zu dieser Frage oben V.5.

⁶¹ Nämlich dann, wenn man von einer Begründung der Zeugniserteilung absieht, siehe dazu oben V.5.

⁶² Vgl. dazu *Weingärtner/Ehrlich*, Dienstordnung für Notarinnen und Notare, 10. Aufl., Rdnr. 148 (zu § 8 DONot).

⁶³ Die deutsche Sprachfassung der EuGVVO verwendet das Begriffspaar „Schuldner“ und „Berechtigter“.

Es folgt der „Tenor“ des Zeugnisses, also die Feststellung, dass die Zwangsvollstreckung gemäß der einschlägigen Fallgruppe des § 23 Abs. 2 AVAG unbeschränkt stattfinden darf.

Im Anschluss besteht Raum für eine Begründung, wenn man diese (im Einzelfall) erteilen möchte.⁶⁴

Das Zeugnis endet mit der Orts- und Datumsangabe sowie der Unterschrift des Notars unter Beifügung seines Siegels.

Abschließend ein Vorschlag für den in der notariellen Praxis wohl häufigsten Fall einer Zeugniserteilung gemäß § 23 Abs. 2 Nr. 1 AVAG:

Notar [Name]
 [ggf. Adresse der Notarstelle]
 [Notarielles Aktenzeichen]

NOTARIELLES ZEUGNIS

In der Sache

des [Gläubigers]

– Berechtigter –
 (Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte [Name])
 gegen

den [Schuldner]

– Verpflichteter –

darf gemäß § 23 Abs. 2 Ziffer 1 i. V. m. § 23 Abs. 1, § 53 Abs. 3 des Anerkennungs- und Vollstreckungsausführungsgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 3.12.2009 (Bundesgesetzblatt I Seite 3830), zuletzt geändert durch Artikel 6 des Gesetzes vom 23.5.2011 (Bundesgesetzblatt I Seite 898, 2094), die Zwangsvollstreckung aus der [vorgehefteten/nachgehefteten]⁶⁵ Urkunde des Notars [Name] aus [Ort, Land] vom [Datum], [genaue Bezeichnung des ausländischen Titels, z. B. durch Aktenzeichen oder Rollennummer], welche ich am [Datum] gemäß meinem Beschluss vom [selben Tag] mit der [ebenfalls vor-/nachgehefteten] Vollstreckungsklausel versehen habe, über Maßregeln zur Sicherung hinausgehen und unbeschränkt stattfinden.

[Es folgt ggf. eine kurze Begründung, dann: Gründe:]

[Ort], den [Datum]

L. S. [Unterschrift]

⁶⁴ Siehe dazu oben V.3.

⁶⁵ Siehe dazu oben V.6.

TAGUNGSBERICHT

Betreutes Wohnen

Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht am 6.2.2013

Von Jan Barth, München

Am 6.2.2013 fand die zweite Tagung des Wintersemesters 2012/2013 der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München statt. Das Thema der Veranstaltung lautete „Betreutes Wohnen“. Der geschäftsführende Direktor der Forschungsstelle für Notarrecht, Professor Dr. Johannes Hager, begrüßte das Auditorium und stellte zunächst den ersten Referenten, Notar Sven Schünemann, Regensburg, vor.

Der Titel des Referates von Schünemann lautete „Betreutes Wohnen in der Teilungserklärung und im Bauträgervertrag“. Schünemann eröffnete seinen Vortrag mit dem Hinweis, dass in Zeiten steigender Immobilienpreise, steigender Lebenserwartung und veränderter Familienstrukturen ein Bedürfnis nach veränderten Wohnformen erwachse. Eine solche Wohnform, die dem Umstand, dass die Generation der Ruheständler und Pensionisten oftmals ohne die Hilfe und Versorgung durch ihre Kinder leben müsse, Rechnung trage, sei das sog. Betreute Wohnen, für das eine Legaldefinition in Bayern fehle. Kennzeichnend seien im Wesentlichen zwei Aspekte: Der Bewohner wohne erstens in seiner eigenen Wohnung in einem eigenen Haushalt. Folglich seien die Wohnungen regelmäßig mit Bad und Küche ausgestattet. Zweitens würden dem Bewohner Hilfen bereitgestellt, die jedoch nicht den Umfang wie in einem Heim im Sinne des Heimgesetzes erreichen dürfen. Durch dieses Hilfeangebot solle ein Umzug pflegebedürftiger Menschen in ein Alten- oder Pflegeheim möglichst lange vermieden werden.

Schünemann wies sodann auf die hohen Baukosten für ein geeignetes Wohngebäude hin. Nach einigen Überlegungen zur Finanzierung durch einen Immobilienfonds wandte er sich sodann der Möglichkeit zu, die späteren Bewohner selbst zu gemeinschaftlichen Eigentümern der Immobilie und damit zu Investoren zu machen. Da eine reine Miteigentümergeinschaft wegen der Unsicherheiten hinsichtlich ihrer Beständigkeit ausscheide, sei der Weg über eine Wohnungseigentümergeinschaft vorzugswürdig. Durch die Schaffung von Sondereigentum wisse der Investor, was ihm gehöre, was die Vermarktung erleichtere. Weiter könne das Sondereigentum mit Grundschulden belastet werden, was die individuelle Finanzierung erleichtere. Schließlich könne die zumindest partiell rechtsfähige Wohnungseigentümergeinschaft Verträge schließen, ohne dass sich Probleme aus dem Wechsel eines Wohnungseigentümers ergeben würden.

Hauptziel bei Projekten des Betreuten Wohnens sei laut Schünemann, dass möglichst viele Bewohner die Pflegedienstleistungen dauerhaft in Anspruch nehmen, da so der finanzielle Aufwand für den Einzelnen gering gehalten und ein finanzieller Anreiz für den Pflegedienstleister gesetzt werden könne. Erforderlich seien daher sowohl Vereinbarungen im Innenverhältnis der Investoren als auch Vereinbarungen zwischen den Investoren bzw. der Investorengemeinschaft und den Pflegedienstleistern.

Zunächst ging Schünemann auf die Vereinbarungen im Innenverhältnis der Investoren ein und unterschied zwischen der

Regelung des Gegenstands des Eigentums und der Regelung des Inhalts des Eigentums. Die Regelung des Gegenstands des Eigentums werde durch eine Aufteilung nach § 8 WEG vorgenommen. In Bezug auf das Betreute Wohnen stelle er sodann zwei Punkte heraus: Zunächst ging Schünemann darauf ein, dass Anlagen des Betreuten Wohnens neben den einzelnen Wohneinheiten regelmäßig relativ große Räumlichkeiten aufwiesen, die im Gemeinschaftseigentum stünden und die für die Erbringung der Pflegedienstleistungen vorgesehen seien. Es bestehe die Möglichkeit, diese Räume als Teileigentum auszuweisen und an den Pflegedienstleister zu verkaufen. Dies habe den Vorteil, dass dieser so die Möglichkeit habe, langfristig und exklusiv in der Anlage seine Leistungen zu erbringen, was wegen § 309 Nr. 9a BGB allein durch eine schuldrechtliche Gestaltung regelmäßig nicht erreicht werden könne. Allerdings erschwere eine solche Gestaltung den Wechsel des Pflegedienstleisters. Als zweiten Punkt strich Schünemann die Überlegung heraus, die gesamte Anlage an den Pflegedienstleister zu vermieten, der dann die einzelnen Wohnungen an die betreuungsbedürftigen Personen weitervermieten könne. Dies bereite jedoch Schwierigkeiten, wenn an den einzelnen Wohneinheiten Sondereigentum begründet werde, da dann jeder Eigentümer gesondert einen Vertrag mit dem Zwischenmieter schließen müsse. Daher habe man in der Praxis sog. Keller- oder Tiefgaragenmodelle entwickelt, bei denen nur an Kellern bzw. Stellplätzen Sondereigentum begründet werde. Die Wohnungen hingegen blieben im Gemeinschaftseigentum und würden lediglich vermietet. Schünemann äußerte jedoch auch Bedenken hinsichtlich derartiger Gestaltungen, da es schwierig sei, nach Ablauf des Betreibervertrages einen Käufer für solche Teileigentumseinheiten zu finden. Der Umstand, dass bei einer solchen Lösung der Belastungsgegenstand sehr überschaubar sei, werde von den Banken bei der Finanzierung jedoch akzeptiert.

Schünemann ging sodann auf die Regelungen bezüglich des Inhalts des Eigentums ein. Als zentralen Punkt stellte Schünemann dabei heraus, dass sinnvollerweise nur pflegebedürftige Menschen in der Anlage wohnen sollten, welche die angebotenen Leistungen potentiell auch benötigten. Eine solche Gestaltung habe der BGH in seinem Urteil vom 13.10.2006 (V ZR 289/05, MittBayNot 2007, 213) auch gebilligt. Wollte man darin eine Diskriminierung nicht pflegebedürftiger Menschen nach § 19 Abs. 3 AGG erblicken, so sei diese wohl zumindest gerechtfertigt.

Die Benutzungsregelungen für das Sondereigentum nach § 15 Abs. 1 WEG enthielten laut Schünemann regelmäßig Vorgaben hinsichtlich des Mindestalters der Nutzer bzw. hinsichtlich des Betreuungsbedarfs mindestens eines Haushaltsangehörigen. Auch seien Regelungen zur Vermeidung von Leerstand sinnvoll, etwa durch eine Vermietungspflicht an qualifizierte Nutzer oder eine zeitlich begrenzte Nutzungsmöglichkeit durch nicht qualifizierte Mieter. Schließlich empfehle sich eine vertragliche Öffnungsklausel, um eine Änderung der Benutzungsregelungen durch qualifizierte Mehrheit zu ermöglichen.

Im Rahmen der Benutzungsregelungen für das Gemeinschaftseigentum nach § 15 Abs. 2 WEG gehe es laut *Schünemann* nicht zuletzt darum, andere Nutzungen als das Betreute Wohnen unattraktiv zu machen. Zentraler Punkt sei hierbei, an welchen Dienstleister die im Gemeinschaftseigentum stehenden Räume zu welchen Konditionen zur Nutzung überlassen werden. Auch hierbei sei eine vertragliche Öffnungsklausel empfehlenswert, um im Einzelfall durch qualifizierten Mehrheitsbeschluss in der Eigentümergemeinschaft entscheiden zu können. Weiter sprach sich *Schünemann* dafür aus, die Nutzungsvereinbarungen dadurch abzusichern, dass Veräußerung und Vermietung der Wohneinheiten von der Zustimmung des Verwalters abhängig gemacht werden, was nach § 12 Abs. 2 WEG bzw. § 10 Abs. 2 WEG möglich sei.

In der Folge befasste sich *Schünemann* mit der Frage, ob und inwieweit in der Gemeinschaftsordnung auch eine Abnahmeverpflichtung, quasi ein „Anschluss- und Benutzungszwang“, vereinbart werden könne. Laut BGH (a. a. O., MittBayNot 2007, 213) seien keine grundsätzlichen Einwände dagegen zu erheben, wenn zur Umsetzung der Gebrauchsregelung eine Verpflichtung der Wohnungseigentümer zum Abschluss eines Betreuungsvertrages festgeschrieben werde. Jedoch sei ein derartiger Kontrahierungszwang gemäß § 309 Nr. 9a BGB bzw. § 242 BGB unwirksam, wenn er eine Pflicht zu mehr als zweijähriger vertraglicher Bindung beinhalte. Der Grund hierfür sei der personale Bezug von Betreuungsleistungen und damit einhergehend ein gesteigertes Bedürfnis, sich von Unternehmern trennen zu können, die den Erwartungen nicht entsprächen.

Schünemann hielt an dieser Stelle als Zwischenergebnis fest, dass es in der Gemeinschaftsordnung nicht rechtssicher möglich sei, alle Wohnungseigentümer dauerhaft zur vertraglichen Abnahme von Pflegedienstleistungen zu verpflichten. Auf der Suche nach einem Weg, sämtliche Wohnungseigentümer an den Kosten der Pflegedienstleister zu beteiligen, auch wenn sie deren Leistungen nicht in Anspruch nehmen, biete es sich laut *Schünemann* an, dass die inzwischen gemäß § 10 Abs. 6 WEG zumindest teilrechtsfähige Eigentümergemeinschaft selbst einen Vertrag mit dem Pflegedienstleister schließe. Dabei sei zwischen durch eine Pauschale abgegoltenen Grundleistungen und individuell wählbaren Zusatzleistungen zu unterscheiden. Der Vertragsschluss mit der Eigentümergemeinschaft sei vorteilhaft, da somit die Kosten der Grundleistungen für den einzelnen Eigentümer reduziert werden könnten. Für den Pflegedienstleister sei diese Gestaltung interessant, da das Zahlungsausfallrisiko durch § 10 Abs. 8 Satz 2 WEG minimiert werde. Außerdem, so *Schünemann*, sei somit die Kündigung faktisch erschwert, da auf die Eigentümergemeinschaft als Verbraucherin zwar § 309 Nr. 9a BGB Anwendung finde. Jedoch könne nicht mehr der einzelne Wohnungseigentümer den Vertrag kündigen, sondern müsste wegen § 10 Abs. 6 Satz 3 WEG versuchen, eine Mehrheit der Eigentümer für eine Kündigung zu gewinnen. Eine unbillige Benachteiligung sah *Schünemann* darin nicht, da das Mehrheitsprinzip in allen Personenvereinigungen typisch sei. Auch eine analoge Anwendung von § 16 Abs. 6 WEG lehnte *Schünemann* im Ergebnis ab.

Sodann wandte sich *Schünemann* den Auswirkungen des Betreuten Wohnens auf den Bauträgervertrag zu. Zunächst kam *Schünemann* auf die Frage zu sprechen, inwieweit sich das Betreute Wohnen auf das „Bausoll“ auswirke. Sofern keine Beschaffensvereinbarung getroffen sei, müsse sich das Bauwerk gemäß § 633 Abs. 2 Satz 2 BGB für die vertraglich vorausgesetzte Verwendung eignen. Das könne bei einem Projekt des Betreuten Wohnens durchaus bedeuten, dass die

gesamte Anlage rollstuhlgerecht und barrierefrei sein müsse. Aufgrund uneinheitlicher Entscheidungen des OLG Düsseldorf vom 15.12.2009 (I-23 U 11/08) und des OLG Zweibrücken vom 30.03.2000 (4 U 143/99) empfahl *Schünemann*, als sichersten Weg eine vertragliche Beschaffenheit zu vereinbaren.

Schließlich widmete sich *Schünemann* im Zusammenhang mit dem Bauträgervertrag der Problematik der Überleitung des Pflegedienstleistungsvertrages auf die Eigentümergemeinschaft. Da dieser Vertrag typischerweise bereits vor dem Verkauf der einzelnen Wohneinheiten als werbewirksames Verkaufsargument vorhanden sein solle, müsse bereits der Bauträger diesen abschließen und dann auf die erst später entstehende Eigentümergemeinschaft überleiten. *Schünemann* wies auf die Überlegung hin, ein Übergang könne sich bereits kraft Gesetzes nach §§ 566, 578 Abs. 2 BGB vollziehen. Jedoch fänden diese Vorschriften schon deswegen keine Anwendung, weil der Schwerpunkt regelmäßig auf den Betreuungsleistungen und nicht auf der Wohnungsmiete liege. Damit bliebe nur eine rechtsgeschäftliche Vertragsübernahme nach Entstehung der – zumindest werdenden – Wohnungseigentümergemeinschaft. Die Zustimmung des Pflegedienstleiters sei daher sinnvollerweise von Anfang an in den Pflegedienstleistungsvertrag aufzunehmen. Die Erwerber hingegen müssten sich im Bauträgervertrag verpflichten, in der ersten Eigentümerversammlung auf eine entsprechende Vertragsübernahme hinzuwirken. Eine weitere Absicherung für den Bauträger, der nicht dauerhaft Vertragspartner des Pflegedienstleiters bleiben wolle, könne durch eine entsprechende Bevollmächtigung durch den Käufer erreicht werden. Schließlich könne sich der Bauträger auch ein Kündigungs- oder Rücktrittsrecht vorbehalten, für den Fall, dass die Vertragsübernahme nicht bis zu einem bestimmten Stichtag vollzogen sein sollte.

Mit einem Hinweis auf zwei weitere Gestaltungsmittel, die in der Literatur zur Realisierung von Projekten des Betreuten Wohnens diskutiert werden, nämlich dem Erbbaurechtsvertrag sowie einem Wohnungsbesetzungsrecht als beschränkter persönlicher Dienstbarkeit, rundete *Schünemann* sodann seinen Vortrag ab.

Im Rahmen der anschließenden Diskussion beantwortete *Schünemann* zahlreiche Fragen.

Sodann stellte Professor Dr. *Johannes Hager* den zweiten Referenten des Abends, Privatdozent Dr. *Hannes Ludyga*, M. A., von der Ludwig-Maximilians-Universität München, vor.

Der Titel des Referates von *Ludyga* lautete „Vererben im betreuten Wohnen – Zur Bedeutung der ‚Landesheimgesetze‘ in der testamentarischen Gestaltungspraxis“. *Ludyga* begann seinen Vortrag mit einer statistischen Übersicht, um zu untermauern, dass mit einer alternden Bevölkerung und einer wachsenden Zahl von Pflegebedürftigen auch der Bedarf an neuen Wohnformen für das Alter einhergehe. Aufgrund des zunehmenden Demenzrisikos und der möglichen Abhängigkeit bei Pflegebedürftigkeit seien alternde Menschen in Anlagen des Betreuten Wohnens besonderen Gefahren bei der Errichtung letztwilliger Verfügungen ausgesetzt. Damit stehe die Frage im Raum, welche Bedeutung die Landesheimgesetze, insbesondere das BayPflWoqG vom 3.7.2008, für die Errichtung letztwilliger Verfügungen von Menschen im Betreuten Wohnen hätten.

Nach einem kurzen verfassungsrechtlichen Exkurs über die Föderalismusreform 2006, das Zusammenspiel von Art. 74 und Art. 72 GG sowie verschiedene Regelungen in anderen Bundesländern kam *Ludyga* auf das Zuwendungsverbot des

Art. 8 Abs. 1 PflegWoqG zu sprechen, der Bewohnern stationärer Einrichtungen ein Zuwendungsverbot gegenüber dem Heimträger auferlegt. Auch hier ging *Ludyga* kurz auf die verfassungsrechtliche Dimension und die noch zu § 14 HeimG des Bundes ergangene Entscheidung des BVerfG vom 3.7.1998 (1 BvR 434/98) ein. Die angeordnete Nichtigkeitsfolge sei im Hinblick auf die Hilf- und Arglosigkeit pflegebedürftiger Menschen und unter Berücksichtigung der Bewahrung des Heimfriedens hinzunehmen.

Sodann warf *Ludyga* die Frage auf, ob und inwieweit Art. 8 PflegWoqG auf Anlagen des Betreuten Wohnens Anwendung zu finden habe. Maßgeblich sei insoweit Art. 2 Abs. 1 und Abs. 2 PflegWoqG, der eine Abgrenzung des Betreuten Wohnens von stationären Einrichtungen vornehme. Kriterium sei dabei die Differenzierung nach Grund- und Zusatzleistungen. Sofern die Bewohner vertraglich nur zur Abnahme von Grundleistungen, etwa eines Notrufdienstes, verpflichtet seien, darüber hinausgehende Zusatzleistungen jedoch frei wählbar blieben, sehe das Gesetz insoweit keine Anwendung auf das Betreute Wohnen vor. Erschwert werde die Abgrenzung jedoch dadurch, dass das PflegWoqG, anders als etwa das baden-württembergische Heimgesetz, den Begriff des Betreuten Wohnens gerade nicht definiere. Daher komme der Abgrenzung nach Grund- und Zusatzleistungen und der entsprechenden Abnahmeverpflichtung eine erhebliche Bedeutung zu. Um die daraus resultierende Rechtsunsicherheit zumindest zu begrenzen, sprach sich *Ludyga* dafür aus, für die Auslegung des Begriffs der Zusatzleistungen als Betreuungs- und Pflegeleistungen § 36 Abs. 1 SGB IX bzw. § 37 Abs. 2 SGB V heranzuziehen. Die enge Verknüpfung von Heim- und Sozialrecht legitimiere eine Orientierung an den genannten Normen, schließlich habe sich auch der bayerische Gesetzgeber um eine sprachliche Harmonisierung bemüht. Nachhaltige Kritik übte *Ludyga* jedoch am Abstellen des Gesetzes auf eine rechtliche Abnahmeverpflichtung. Es sei keine unterschiedliche Bewertung geboten, wenn sich der Bewohner dem Angebot rein faktisch nicht entziehen könne. Eine Betreuung sämtlicher Bewohner durch denselben Anbieter könne dafür Indiz sein. Keinen Eingang in das bayerische PflegWoqG habe eine Abgrenzung nach der Bezeichnung der Anlage, der zeitlichen Dauer der Aufnahme oder nach der Pflegeeinstufung der Bewohner gefunden. Auch habe Bayern das Verhältnis der Höhe der geschuldeten Miete zu den Kosten der Grundleistungen, anders als noch das HeimG, nicht zur Differenzierung herangezogen. Da in einigen Bundesländern jedoch ein Betreutes Wohnen ausgeschlossen sei, wenn die Kosten für die Grundleistungen einen bestimmten Teil der Miete überschritten, sei nicht auszuschließen, dass die Rechtsprechung auch in Bayern eine derartige Quotenlösung heranziehe, um eine bundeseinheitliche Rechtsprechung auf dem Gebiet des Erbrechts zu sichern.

Sodann kam *Ludyga* auf die Frage zu sprechen, wer Adressat des Zuwendungsverbotes aus Art. 8 PflegWoqG sei. Der Wortlaut decke eine Ausdehnung auf ambulante Pflegedienste nicht, so dass allenfalls eine analoge Anwendung in Betracht komme. Rechtsprechung und weite Teile der Literatur bejahten eine solche Analogie, allerdings zu § 14 HeimG, wenn statt des Verbotsadressaten eine diesem nahestehende Person begünstigt werde. Auch sei, so *Ludyga*, im Betreuten Wohnen in zahlreichen Fällen von einem ähnlichen Abhängigkeitsverhältnis auszugehen, nicht zuletzt etwa im Rahmen einer ambulanten Palliativbetreuung. Ferner sei auch die jederzeit bestehende Widerrufsmöglichkeit hinsichtlich eines etwaigen Testaments kein stichhaltiges Argument gegen eine analoge Anwendung. Gerade diese Möglichkeit sei nämlich, so *Ludyga*, in einer psychischen Zwangslage erheblich eingeschränkt, etwa, wenn der Betreute aus Angst vor zukünftigen Nachteilen das Testament nicht widerrufe. Jedoch spreche Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG gegen eine Analogie. Die Festlegung der Schranken der Testierfreiheit sei dem Gesetzgeber vorbehalten, der bislang keine Regelung geschaffen habe. Auch sei die Problematik von Zuwendungen an ambulante Pflegedienste dem historischen bayerischen Gesetzgeber bekannt gewesen, so dass es auch an der Planwidrigkeit einer etwaigen Regelungslücke fehle.

Ludyga kam schließlich zu dem Ergebnis, dass an dieser Stelle ein Reformbedarf bestehe. Auch seien der Rechtsordnung Zuwendungsverbote in der ambulanten Pflege nicht fremd. So hätten frühere Zivildienstleistende bei einem ambulanten Pflegedienst in Anlagen des Betreuten Wohnens nach § 78 Abs. 2 Zivildienstgesetz, § 19 Abs. 1 Satz 1 Soldatengesetz keine Belohnungen, Geschenke oder sonstigen Vorteile fordern, sich versprechen lassen oder annehmen dürfen. Allerdings sprach sich *Ludyga* dafür aus, ein Zuwendungsverbot gerade nur für ambulante Pflegedienste zu regeln. Durch die Aufnahme von Zuwendungsverböten für weitere Berufsgruppen wie Ärzte oder Seelsorger werde die Testierfreiheit übermäßig beschränkt. Solange der Gesetzgeber ein derartiges Zuwendungsverbot jedoch nicht umsetze, müsse die Rechtsprechung deutlicher als bisher die Entscheidungs- und Testierfreiheit ambulant Gepflegter an § 138 Abs. 1 BGB prüfen. Eine Sittenwidrigkeit sei anzunehmen, wenn das Testament Ausdruck von Fremdbestimmung durch den Pflegedienst sei, etwa, wenn der Gepflegte Angst gehabt habe, ohne entsprechendes Testament nicht mehr versorgt zu werden.

Im Rahmen der nachfolgenden Diskussion beantwortete *Ludyga* zahlreiche Fragen. Bei einem anschließenden Empfang hatten Teilnehmer und Referenten die Möglichkeit zum weiteren fachlichen und persönlichen Austausch. Die Schriftfassungen der Vorträge werden in einem Tagungsband veröffentlicht. Dieser wird im Nomos Verlag in der Reihe „Schriften zum Notarrecht“ erscheinen.

BUCHBESPRECHUNGEN

Limmer/Hertel/Frenz/Mayer (Hrsg.): Würzburger Notarhandbuch. 3. Aufl., Carl Heymanns, 2012. 3113 S. + CD-ROM, 228 €

In neuer Optik präsentiert sich die dritte Auflage des Würzburger Notarhandbuchs, die erstmals im Carl Heymanns Verlag erscheint. Zweieinhalb Jahre nach Erscheinen der Voraufgabe möchte die Neuauflage (lt. Herausgeber mit dem Rechtsstand zum 1.5.2012) neben der Einarbeitung neuer Rechtsprechung und zwischenzeitlicher Gesetzesänderungen auch einen Überblick über die Umsetzung und Folgen derjenigen Gesetzesänderungen bieten, die bei Redaktionsschluss der Voraufgabe erst in Kraft traten.

Was hat sich im Vergleich zur Voraufgabe geändert? Bei erster Betrachtung fallen zunächst die merklich kleinere Schriftgröße und die geringere Grammatik der Buchseiten auf. Hier würde man sich für künftige Neuauflagen eine Rückkehr zu einer augenfreundlicheren Gestaltung wünschen. Eine begrüßenswerte Veränderung besteht darin, dass etliche weitere Formulierungsbeispiele aufgenommen wurden, etwa im Baurträgerrecht zum Verkauf an den „Nachzügler“ (Teil 2, Kapitel 3, Rdnr. 294) oder im öffentlichen Recht zur „Ablösungsvereinbarung“ (Teil 6, Rdnr. 198). Der Aufbau des Handbuchs wurde im Wesentlichen beibehalten. Die in der Voraufgabe enthaltenen Kapitel „Grundstückskauf/DDR“ (Teil 2, Kapitel 3 der Voraufgabe) und „Euromstellung im Gesellschaftsrecht“ (Teil 5, Kapitel 7 der Voraufgabe) sind entfallen. Andererseits wurden einzelne Kapitel erweitert, beispielsweise der Abschnitt Baurträgerrecht, der nun auch den Tausch mit dem Baurträger näher beleuchtet.

Inhaltlich weiß die Neuauflage des Würzburger Notarhandbuchs durch einen lehrbuchartigen Überblick über alle notarrelevanten Bereiche auf dem neuesten Rechtsstand zu überzeugen. Das Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts ist ebenso berücksichtigt wie die durch das deutsch-französische Abkommen eingeführte Wahl-Zugewinnsgemeinschaft. Auch neue Gerichtsentscheidungen sind verlässlich eingearbeitet. So ist dem Erwerb eines Grundstücks durch eine GbR ein eigener Abschnitt gewidmet (Teil 2, Kapitel 2, Rdnr. 585 ff.), in dem *Hertel* ausgehend von der Entscheidung des BGH, MittBayNot 2011, 393, Empfehlungen für die Vertragsgestaltung beim Kauf durch die BGB-Gesellschaft gibt, verbunden mit einem instruktiven Formulierungsbeispiel.

Die durch das Urteil des OLG München vom 30.6.2011, DNotZ 2011, 929, behandelte Problematik der Vereinbarkeit der Pfandfreistellungsverpflichtungserklärung mit § 3 Abs. 1 MaBV wird anhand einzelner Freigabeklauseln erläutert (Teil 2, Kapitel 3, Rdnr. 153). Eingehend erörtert wird die Frage, wie Gemeinschaftseigentum beim Baurträgerkauf einheitlich abgenommen werden kann. *Hertel* rät hierbei im Hinblick auf die Unsicherheiten nach dem Urteil des OLG Karlsruhe, NJW 2012, 227, von der Abnahmevollmacht ab. Stattdessen plädiert er für die Trennung zwischen einer einheitlichen technischen Abnahme und der gesonderten rechtlichen Abnahme durch jeden einzelnen Erwerber (Teil 2, Kapitel 3, Rdnr. 289), was AGB-rechtlich unbedenklich sein dürfte.

In dem – gemessen an der praktischen Relevanz – recht kurzen Kapitel „Grundstücksüberlassung“ beschäftigt sich *Holland* leider nur sehr kurz mit dem Thema Sozialhilferegress bei Überlassungsverträgen (Teil 2, Kapitel 6, Rdnr. 85). Hier wären ausführliche Erläuterungen wünschenswert, zumal die Frage der Überleitbarkeit vertraglicher Ansprüche und solcher nach § 528 BGB in Beratungsgesprächen häufig aufgeworfen wird und künftig wohl weiter an Bedeutung gewinnen dürfte.

Sehr lobenswert sind die Ausführungen zum Ehevertrag und zur Scheidungsvereinbarung (Teil 3, Kapitel 1). *J. Mayers* Darstellung der „aktuellen Brennpunkte des neuen Unterhaltsrechts“ (Teil 3, Kapitel 1, Rdnr. 245 ff.), in der auch die Entscheidung des BVerfG, DNotZ 2011, 291, zur Verfassungswidrigkeit der „Dreiteilungsrechtsprechung“ des BGH thematisiert wird, bringt den Leser kurz und bündig auf den neuesten Stand.

Exemplarisch für die Aktualität kann außerdem das Kapitel zum Behinderten- und Bedürftigentestament angeführt werden, wo *Limmer* den einvernehmlichen Pflichtteilsverzicht mit dem geschäftsfähigen Kind zutreffend als Gestaltungsmittel darstellt (Teil 4, Kapitel 1, Rdnr. 388, 425). Er stützt dies auf die Entscheidung des BGH vom 19.1.2011, DNotZ 2011, 381, wonach der Pflichtteilsverzicht des behinderten Kindes im Hinblick auf den „sozialrechtlichen Nachranggrundsatz“ nicht sittenwidrig sei.

Auch das Kapitel zum Gesellschaftsrecht (Teil 5) kann als Beleg herangezogen werden, dass neuere Entwicklungen in der Gesetzgebung und Rechtsprechung eingearbeitet sind. Hervorzuheben sind hier *Wilkes* Ausführungen zur Sachkapitalerhöhung der UG; diese nehmen Bezug auf die Entscheidung des BGH vom 19.4.2011, DNotZ 2011, 705, nach der das Sacheinlagenverbot nach § 5a Abs. 2 Satz 2 GmbHG für eine den Betrag des Mindestkapitals nach § 5 Abs. 1 GmbHG erreichende Kapitalerhöhung einer UG nicht gilt. Schade, dass bei der Darstellung der Vertretungsbefugnis des Liquidators der GmbH die Entscheidung des OLG Zweibrücken, RNotZ 2011, 502, unerwähnt bleibt, nach der sich eine Satzungsbestimmung, die für Geschäftsführer die Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB durch Gesellschafterbeschluss zulässt, regelmäßig auch auf Liquidatoren beziehe.

Besondere Beachtung verdient das Kapitel Ausländisches Erbrecht (Teil 7, Kapitel 3). Dort ist ein Ausblick auf die EU-Erbrechtsverordnung zu finden, gleichwohl der Verordnungstext bei Redaktionsschluss nur vom Parlament, aber noch nicht vom Rat beschlossen war. Der Leser erhält hier einen fundierten Überblick über die wesentlichen Inhalte der Verordnung.

Als Fazit lässt sich festhalten, dass das Würzburger Notarhandbuch in beeindruckender Weise den Bogen von der Einstiegslektüre für Berufsanfänger hin zum fundierten Lehrbuch für erfahrene Praktiker spannt. Kaum eine notarrelevante Problemstellung wird in diesem Werk ausgespart. Auch die neue Auflage sollte daher in keiner Notarbibliothek fehlen.

Notar *Christian Betz*, Oettingen i. Bay.

Schöner/Stöber: Grundbuchrecht. 15. Aufl., Beck, 2012. 1731 S., 129 €

Meisterwerke der juristischen Fachliteratur genießen keinen Denkmalschutz. Im Gegensatz zu Meisterwerken der Architektur müssen sie in kurzen Zeitabständen neuen Entwicklungen und Bedürfnissen Rechnung tragen, konkret: den durch Gesetzgebung, Rechtsprechung und Schrifttum geformten aktuellen Rechtszustand wiedergeben. 30 Jahre lang haben *Schöner* und *Stöber* sich dieser Herausforderung gestellt, alle drei bis vier Jahre mit einer Neuauflage. Nunmehr haben sie ihre Aufgabe Jüngeren anvertraut. Auf die Aura ihrer beiden Namen wollte der Verlag verständlicherweise nicht verzichten.

Der *Schöner/Stöber* wendet sich schon immer gleichermaßen an Grundbuchämter und Notare. Diesem Benutzerkreis entsprach bisher und entspricht auch weiterhin die Zusammensetzung der Autoren: Grundbuchamtliche Prägung verkörpern *Ernst Riedel*, Dozent an der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung und Rechtspflege in Starnberg, sowie *Harald Wilsch*, Bezirksrevisor am Grundbuchamt München. Für die notarielle Sichtweise steht *Michael Volmer*, Notar in Starnberg. Die Autoren haben sich vorgenommen – so das Vorwort –, die Sicht der Grundbuchrechtspfleger und die Sicht der Notare gleichwertig zu berücksichtigen, ohne zu verhehlen, dass der Arbeit beider „durchaus nicht immer identische Interessen“ zugrundeliegen. Gemäß der Tradition des *Schöner/Stöber* vertreten *Riedel*, *Volmer* und *Wilsch* ihre Rechtsansichten unter dem Nimbus des gemeinschaftlichen „Wir“. Der Leser erfährt nicht, wer im betreffenden Abschnitt die Feder geführt hat. Er kann es nur ahnen. Ob die Fortsetzung dieser Tradition noch zeitgemäß ist, sei dahingestellt. Naheliegend war sie jedenfalls, weil die Autoren in sämtlichen Teilen, die nicht wegen der Rechtsentwicklung oder der Aufgabe einer bisherigen Rechtsansicht umgeschrieben werden mussten, wörtlich der Diktion ihrer Vorgänger gefolgt sind. Wahrscheinlich hätte die Neuauflage sonst länger auf sich warten lassen. So spiegelt sie den Rechtszustand im Juni 2012, teils darüber hinaus.

Zusätzliche 86 Seiten waren der Tribut an Rechtsänderungen seit der Voraufgabe; dank des Verlags ist das Buch dadurch weder dicker noch schwerer lesbar geworden. Gut beraten waren die Autoren, die Reihenfolge der Randnummern (einsteilen?) unangetastet zu lassen, wenn auch erneut mit Hilfe weiterer A-Nummern. Alle Themen und die dazu ergangenen Ergänzungen, Kürzungen und neuen Akzente finden sich also an gewohnter Stelle. Nur wenige können hier herausgegriffen werden, um damit – wie bei der Besprechung der Voraufgabe (*Amann*, MittBayNot 2008, 365) – einige Schlaglichter auf die Entwicklung des Immobilienrechts der letzten Jahre zu werfen:

Die seit dem 1.9.2009 erforderlichen Verfahrensschritte auf dem Weg zur Genehmigung des Familiengerichts/Betreuungsgerichts und zu deren Rechtskraft haben die Autoren im Einzelnen dargestellt und den Meinungsstand zu den noch offenen Fragen prägnant wiedergegeben, etwa zum vergessenen Beteiligten, ohne mit der eigenen Meinung hinter dem Berg zu halten: Danach sind Notariat und Grundbuchamt nicht verpflichtet, die Richtigkeit des Rechtskraftzeugnisses nachzuprüfen, es sei denn, die Unrichtigkeit wäre zweifelsfrei bekannt. Die Möglichkeit einer Sprungrechtsbeschwerde zum BGH führt nicht dazu, dass das Rechtskraftzeugnis erst nach Ablauf der Monatsfrist für die Sprungrechtsbeschwerde erteilt werden kann (Rdnr. 3730c). Die Mitteilung der Genehmigung an den anderen Vertragsteil ist erst nach Rechtskraft der Genehmigung wirksam (Rdnr. 3731, 3739), was sich al-

lerdings nicht nur aus den aufgeführten Fundstellen, sondern vor allem aus der Verlängerung der früheren Zweiwochenfrist des § 1829 Abs. 2 BGB auf vier Wochen und der Gesetzesbegründung hierzu ergibt (BT-Drucks. 16/6308, S. 337). Leider hat der Gesetzgeber außer Acht gelassen, dass auch die Vierwochenfrist viel zu kurz ist. Schon die Voraufgabe hat deshalb empfohlen zu vereinbaren, dass die Aufforderung „in Abänderung von § 1829 Abs. 2 BGB frühestens ab ... wirksam abgegeben werden kann“. Zweifeln könnte man, ob eine gesetzlich legitimierte Aufforderung vertraglich für wirkungslos erklärt werden kann; weniger angreifbar erscheint es mir daher, die Vierwochenfrist vertraglich zu verlängern. Wenn die Autoren feststellen, die Mitteilung der Genehmigung an den anderen Vertragsteil sei nach dem Tod des Betreuten nicht mehr möglich (Rdnr. 3734), so treffen sie zwar weitgehend die Realität, jedoch ein wenig zu grob, indem sie die in der Voraufgabe noch erwähnten Ausnahmetatbestände der §§ 1698a, 1698b, 1893 BGB unerwähnt lassen.

Die Änderungen im Recht der Grundschuld durch das Risikobegrenzungs-gesetz sind in die Neuauflage eingearbeitet, ohne dass im Sachregister ein entsprechendes Stichwort den Weg zu ihnen weist. Gutgläubig einredfreier Erwerb ist nunmehr gemäß § 1192 Abs. 1a BGB bei der Grundschuld ausgeschlossen, bei der Hypothek dagegen nach § 1157 Satz 2 BGB weiterhin möglich (Rdnr. 2399c); solche Widersprüche entstehen bei hektischer Reaktion des Gesetzgebers auf wirkliche oder vermeintliche Bedürfnisse. Die verfehlte Rechtsprechung, wonach zur Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung gegen den Grundschuldzessionar der Eintritt in den Sicherungsvertrag nachzuweisen ist, verdient zu Recht nur noch eine Fußnote, nachdem der VII. Senat des BGH den alten Rechtszustand wiederhergestellt hat (Rdnr. 2399e).

Die einmalige Grundschuldnebenleistung betrachten manche Verfasser von Grundschuldformularen als clevere und zugleich diskrete Erweiterung des Sicherungsrahmens. Abweichend von den Voraufgaben und zahlreichen Stimmen in der Literatur fordert die Neuauflage nicht mehr, auch bei der Grundschuld müsse die Nebenleistung ihrer Art nach näher bezeichnet werden (Rdnr. 2296). Offen bleibt, ob sie – womöglich kombiniert mit einem Spitzenplatz im Wettbewerb der Formulare um die höchsten Grundschuldzinsen – das Vertrauensverhältnis zum Kunden stärkt und ob notarielle Belehrung ihr den Überraschungseffekt nimmt sowie zu Transparenz verhilft.

Wie im BGB erscheint auch im *Schöner/Stöber* immer noch die Hypothek als Grundform des Grundpfandrechts. Dementsprechend behandeln alle Muster und Erläuterungen zu Änderungen des entstandenen Grundpfandrechts, z. B. Abtretung, Rangänderung, nachträgliche Mitbelastung, zunächst die Hypothek und die Grundschuld als Annex. Die Rechtswirksamkeit gebietet, dieses Verhältnis umzudrehen. Dass die neuen Autoren diese Aufgabe nicht im ersten Anlauf schultern konnten, ist mehr als verständlich angesichts ihrer Aufgabe, eine ganze Reihe neuer Rechtsfragen einzuarbeiten, z. B. alle Folgewirkungen der Rechtsfähigkeit der GbR.

Schon die Voraufgabe hat aus dem neuen Status der GbR erste Konsequenzen gezogen, nämlich vorweggenommen, was infolge des ERVGBG ab 18.8.2009 Inhalt des § 47 Abs. 2 GBO geworden ist. In ruhiges Fahrwasser ist die GbR danach nicht geraten. Nun widmet ihr die Neuauflage ein eigenes Kapitel über 35 Seiten am Ende des Buchs, beginnend mit einem beeindruckenden Literaturverzeichnis sowie allgemeinen Erläuterungen und Chronologie. Darauf folgt eine systematische Darstellung des Rechts der GbR, deren Inhalt folgende Stichworte verdeutlichen mögen: Bezeichnung der GbR im Grund-

buch, Übergangsrecht und Altfälle, GbR als rechtsgeschäftliche Erwerberin, Erwerb durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung, GbR als Veräußerin, Vollmacht und GbR, Änderungen im Gesellschafterbestand, Auflösung und Umwandlung, Zwangshypothek an GbR-Immobilie, Zwangshypothek zugunsten einer GbR, Eintragungsfähigkeit von Verfügungsbeschränkungen am GbR-Anteil, GbR und WEG, GbR und Veräußerungszustimmung nach § 5 ErbbauRG, GbR und Grunderwerbsteuer. So vielfältig wie die Themen, so gelungen ist hier der Versuch, die Folgewirkungen der Rechtsfähigkeit der GbR konsistent und widerspruchsfrei auf tragende Grundgedanken zurückzuführen und daraus überzeugende Antworten auf die Einzelfragen zu gewinnen.

Naturgemäß tauchen die Einzelfragen auch an verschiedenen Stellen in den vorderen Teilen des Buches auf. Hier haben es die Autoren nicht immer übers Herz gebracht, die Texte und Fußnoten ihrer Vorgänger dem Papierkorb zu überantworten und auf den entsprechenden Teil der Gesamtdarstellung zu verweisen, wie dies vorbildlich Rdnr. 3635 praktiziert. So finden wir vor Rdnr. 240 eine geringfügig kleinere Dublette des Literaturverzeichnisses. Von der Bezeichnung der GbR im Grundbuch handelt Rdnr. 240c ebenso wie Rdnr. 4252, die Behandlung von Altfällen findet sich in Rdnr. 240d wie ausführlicher in Rdnr. 4256. Mit der Titulierung dinglicher und persönlicher Ansprüche gegen die GbR und/oder ihre Gesellschafter befassen sich nebeneinander Rdnr. 2040 und Rdnr. 4283 ff. Den Vogel schießt Rdnr. 3314 ab, wo der Erwerb durch eine bestehende GbR wörtlich wie in der Vorauflage abgehandelt wird mit Hinweis auf LG Aachen und OLG Hamm, als hätte es den in Rdnr. 4258 analysierten Beschluss des BGH vom 28.4.2011 (DNotZ 2011, 711) und all die Wirren davor und Stellungnahmen danach nie gegeben. Als Dublettenfinder hat mir hier das Sachregister gedient, dem ansonsten nicht nur wegen der von mir bereits zur Vorauflage angemerkten Mängel (*Amann*, MittBayNot 2008, 365, 367), sondern auch wegen weiterer, jetzt zufällig entdeckter, eine Überarbeitung gut täte. Zum Beispiel verweist es auf Ausführungen zur GbR als Gesellschafterin in Rdnr. 983d, die nicht mehr existiert, oder zu Verfügungen des Vorerben über einen Gesellschaftsanteil auf Rdnr. 3847 f. statt Rdnr. 3487 f. (Zahlendreher).

Die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer war schon zu Zeiten der Vorauflage teilrechtsfähig (§ 10 Abs. 6 Satz 1 WEG). Die Meinung der Vorauflage, sie könne gleichwohl kein Immobilieneigentum erwerben, insbesondere keine Eigentumswohnung in der eigenen Anlage, halten die Verfasser angesichts der Rechtsprechung nicht mehr aufrecht (Rdnr. 2838c – über das Sachregister kaum zu finden). Der Verwalter benötigt zum Erwerb einen ermächtigenden Beschluss der Eigentümerversammlung. Ob dieser ordnungsgemäßer Verwaltung entspricht, ist jedenfalls beim Erwerb einer Einheit in der eigenen Anlage nicht vom Grundbuchamt zu prüfen, sondern ausschließlich in einem Klageverfahren nach § 43 Nr. 3 WEG (Rdnr. 2838d).

Die Verfasser teilen die Ansicht des BGH (nunmehr MittBayNot 2012, 286 m. Anm. *Kreuzer*), wonach Gläubiger, deren Grundpfandrechte auf dem ganzen Grundstück lasten, der Begründung von Wohnungseigentum nicht zustimmen müssen. Allerdings lässt die dafür in Rdnr. 2849 angegebene Fundstelle nicht erkennen, dass damit der BGH zitiert wird.

Bei der Verwalterzustimmung nach § 12 WEG war umstritten, bis zu welchem Vollzugsstadium des Veräußerungsvertrags der Verwalter im Amt sein muss. *Schöner/Stöber* (Rdnr. 2904) dürfen sich inzwischen durch den BGH (MittBayNot 2013, 130 m. Anm. *Kreuzer*) bestätigt fühlen: Beendigung des Amtes

vor dem Antrag auf Eigentumsumschreibung ist unschädlich und im Grundbuchverfahren grundsätzlich nicht zu prüfen.

Schon die Voraufgabe ist der Wiederaufladung von Vormerkungen mit einem neuen oder erweiterten Anspruch zurückhaltend begegnet – mit Recht, wie die anschließenden Schwierigkeiten bei der Löschung befristeter Rückübereignungsvormerkungen gezeigt haben. Glücklicherweise konnte in der Neuauflage der Beschluss des BGH vom 3.5.2012, V ZB 258/11, (zitiert aus WM 2012, 1247, nunmehr DNotZ 2012, 609) noch berücksichtigt werden (Rdnr. 1488). Zwischenverfügungen, die zur Löschung den Todesnachweis nicht genügen lassen, weil eine Wiederaufladung der Vormerkung theoretisch denkbar sei, sollte es also nicht mehr geben.

Im Gefolge der technischen Entwicklung behandelt die Neuauflage Dienstbarkeiten zur Sicherung von Fotovoltaik- und Windenergieanlagen, vor allem die rechtstechnische Methode, diese im Ergebnis übertragbar zu machen, nämlich mittels Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs des ersten Dienstbarkeitsberechtigten auf Einräumung einer inhaltsgleichen Dienstbarkeit zugunsten eines noch zu benennenden Dritten. Dabei halten es die Verfasser im Anschluss an das OLG München für zulässig, mehrere Benennungsfälle unter dem Schirm einer einzigen Vormerkung zu sichern, jedoch nicht die Selbstbenennung des Versprechensempfängers (Rdnr. 1204 – über das Sachregister kaum zu finden).

Zunehmend Bedeutung erlangen auch Dienstbarkeiten zur Sicherung des Mieters gegen Sonderkündigungsrechte des Erstehers in der Zwangsversteigerung (§ 57a ZVG), des Käufers beim Kauf vom Insolvenzverwalter (§ 111 InsO), des Eigentümers nach Erlöschen des Nießbrauchs (§ 1056 Abs. 2 BGB) und des Nacherben nach Eintritt des Nacherbfalls (§ 2135 BGB). Deren Zulässigkeit und inhaltliche Gestaltung sind in Rdnr. 1275 ff. eingehend dargestellt. Dass solche Dienstbarkeiten von mietrechtlichen Bestimmungen der InsO unberührt bleiben, bestätigt der Beschluss des BGH vom 7.4.2011, V ZB 11/10, MittBayNot 2012, 63, der mir an dieser Stelle als aktueller Beleg fehlt.

Wie fatal sich beim subjektiv dinglichen Vorkaufsrecht die herrschende Meinung auswirkt, bei Teilung des herrschenden Grundstücks bestehe das Vorkaufsrecht für alle neuen Teilgrundstücke fort (Rdnr. 1431), verdeutlichen die in Rdnr. 1431 nicht nachgewiesenen Beschlüsse des OLG München vom 24.7.2009, 34 Wx 50/09, (MittBayNot 2010, 42 m. Anm. *Jeep*) sowie des OLG Celle vom 3.3.2010, 4 W 44/10, (NotBZ 2010, 277). Im Fall des OLG Celle standen dem Eigentümer „ca. 50“ neue Vorkaufsberechtigte gegenüber. Im Fall des OLG München wurde das herrschende Grundstück „mehrfach geteilt und außerdem in Wohnungs- und Teileigentum aufgeteilt“. Ohne große Fantasie kann man sich dabei eine noch höhere Zahl von Vorkaufsberechtigten vorstellen. An anderer Stelle habe ich dargelegt, dass damit das Grundstück faktisch unverkäuflich wird (*Amann*, NotBZ 2010, 201, 205). Von der zum Kernbereich des Eigentums zählenden Verwertungsmöglichkeit durch Verkauf bleibt im Ergebnis nichts übrig, ohne dass dies bei der Bestellung des Vorkaufsrechts zu ahnen war. Sachgerecht lösbar wäre das Problem durch analoge Anwendung des § 1109 Abs. 2 BGB, der bei Veräußerung eines Grundstücksteils das Recht grundsätzlich nur bei dem Teil belässt, den der Vorkaufsberechtigte behält. Das OLG Celle hält eine solche Analogie für ausgeschlossen in der irrigen Annahme, ein argumentum e contrario aus § 1109 Abs. 2 BGB sei zwingend. Dabei verkennt es, dass die Väter der Vorschriften über das Vorkaufsrecht das Problem sowie dessen Lösung bei der Reallast nicht gesehen haben und dass die Analogie ein Gebot verfassungskonformer Auslegung ist,

um die Aushöhlung des Eigentums am belasteten Grundstück zu vermeiden. Den Verfassern ist die Entscheidung des OLG Celle und das Problem entgangen. Dagegen haben sie an anderer Stelle mit Recht ernsthafte Zweifel angemeldet, wenn das OLG München im vorgenannten Beschluss meint, ein Verzicht einzelner Berechtigter sei unzulässig, der Eigentümer könne also die Zahl der Berechtigten durch sukzessive Löschungsbewilligungen nicht verringern (Rdnr. 1435a). Inzwischen scheint auch das Gericht daran nicht mehr festzuhalten (Beschluss vom 18.7.2012, 34 Wx 158/12).

Im Übrigen ist neue obergerichtliche Rechtsprechung verlässlich eingearbeitet. So auch der Beschluss des OLG München (DNotZ 2010, 845 m. Anm. *Kanzleiter*), wonach Grunddienstbarkeiten des Inhalts, einen bestimmten Gebäudeteil auf dem jeweiligen Nachbargrundstück unter Ausschluss des Eigentümers allein zu benutzen, nicht eintragungsfähig seien. Dieses Judikat sollte nicht kritiklos hingenommen werden (Rdnr. 1130). In seiner Konsequenz würden nämlich Grunddienstbarkeiten zur Sicherung eines Überbaus unzulässig, denn jeder Überbau soll typischerweise ausschließlich durch den Überbauenden genutzt werden und nicht selten zu Wohnzwecken. § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB setzt die Zulässigkeit solcher Überbaudienstbarkeiten als selbstverständlich voraus, wie zu Recht auch Rdnr. 2817 im *Schöner/Stöber*.

Bereits berücksichtigt ist die Entscheidung des BGH zur Kostenbeteiligung des dinglichen Wohnungsinhabers an Gemeinschaftsanlagen (nun MittBayNot 2012, 289 m. Anm. *Stürner/Klett*). Dort ging es um ein „unentgeltliches“ Wohnungsrecht, in dessen Inhalt keine Vereinbarungen über die Verteilung von Nebenkosten aufgenommen war, konkret um Verbrauchskosten und Grundkosten der Heizung. *Schöner/Stöber* vertreten traditionell entgegen der bisher herrschenden Meinung die Ansicht, eine Pflicht des jeweiligen Eigentümers, solche Kosten zu tragen, könne nicht zum Inhalt des Wohnungsrechts erhoben werden, wenn auch mit einem *argumentum ad absurdum* „Verpflichtung, die Wohnräume zu möblieren sowie ... auszustatten“ (Rdnr. 1253). Der BGH gelangt nun zum Ergebnis, mangels Vereinbarung müsse kraft „sachgerechter Abwägung der beiderseitigen Interessen“ der Wohnungsberechtigte Verbrauchskosten und Grundkosten der Heizung tragen, Grundkosten auch dann, wenn er sein Recht gar nicht ausübe. Daraus erwächst – offenbar zum Erstaunen der Autoren – eine positive Leistungspflicht des Dienstbarkeitsberechtigten (Rdnr. 1257 a. E.). Dieses Judikat sollte Anlass bieten, auch beim Wohnungsrecht das überholte Dogma „keine Leistungspflichten“ aufzugeben und wie bei Nießbrauch und sonstigen Dienstbarkeiten die Verdinglichung von Nebenleistungspflichten des Eigentümers und des Berechtigten zuzulassen, wie z. B. bei Wegerechten als Übernahme der Verkehrssicherungspflicht (vgl. Rdnr. 1113, 1133). Dabei geht es um Rechtsfragen, die das Nebeneinander von Wohnungsberechtigtem und Eigentümer zwangsläufig mit sich bringt, wie diejenige, ob die Mitbenützung der zentralen Einrichtungen zur Versorgung und Entsorgung unentgeltlich ist, wie man bei der Lektüre des § 1093 Abs. 3 BGB vermuten könnte, oder nicht (wie der BGH meint, falls eine Vereinbarung fehlt). Kein neuer Eigentümer wird überrascht, wenn er diese Fragen im Inhalt des Wohnungsrechts geregelt findet, jeder aber davor bewahrt, wie im Fall des BGH im Gang durch mehrere gerichtliche Instanzen das Ergebnis gerichtlicher Interessenabwägung abwarten zu müssen. Der sachenrechtliche Typenzwang, der neue Eigentümer vor einem untypischen Inhalt eines dinglichen Rechts schützen soll, wird nicht tangiert, denn durch solche Nebenleistungspflichten werden nur Rechtsfragen geklärt, die als zwangsläufige Begleiterscheinungen des dinglichen Rechts typischerweise auf den Eigentümer und den Berechtigten zukommen.

Die Entscheidung des BGH, ein Nießbrauch für den Eigentümer könne ohne Nachweis eines besonderen rechtlichen Interesses eingetragen werden (Rdnr. 1373), hat bereits die Voraufgabe des *Schöner/Stöber* vorweggenommen. Zu Recht halten die Autoren der Neuauflage in gleicher Weise ein Eigentümerwohnungsrecht für zulässig (Rdnr. 1200), zumal eine etwa beabsichtigte Gläubigerbenachteiligung nicht Prüfungsgegenstand des Grundbuchverfahrens sein kann (Rdnr. 1244). Inzwischen hat das OLG München (DNotZ 2012, 778) die Zulässigkeit der praktisch wichtigsten Konstellation des Eigentümerwohnungsrechts anerkannt, nämlich eines gemeinschaftlichen Wohnungsrechts für einen Dritten und den Eigentümer selbst, so dass jeder von beiden die Wohnung gleichberechtigt nutzen kann.

Zu der von § 47 Abs. 1 GBO geforderten Angabe des Gemeinschaftsverhältnisses mehrerer Berechtigter haben *Schöner/Stöber* schon in den Voraufgaben sehr entschiedene eigene Standpunkte vertreten. Dabei ist es im Wesentlichen geblieben. Beim dinglichen Vorkaufsrecht soll § 472 BGB unzulässig sein (Rdnr. 1407a) entgegen BGH, der sogar dahin (miss-)verstanden werden könnte, kein anderes Gemeinschaftsverhältnis sei beim Vorkaufsrecht eintragungsfähig. Bei Dienstbarkeiten einschließlich Wohnungsrecht soll Bruchteilberechtigung „wesenswidrig“ sein (Rdnr. 1125 a. E., 1197), während sie beim Nießbrauch zulässig ist (Rdnr. 1370), als könnte man sich die Benutzung einer Wohnung oder Versorgungsleitung nicht ebenso teilen wie Mieteinnahmen und beide Mal vereinbaren, dass der überlebende Berechtigte alleinberechtigt sein soll; über seinen Bruchteil kann bei Dienstbarkeiten wie beim Nießbrauch ohnehin kein Teilhaber verfügen. Bei Grunddienstbarkeiten soll ein Gemeinschaftsverhältnis analog §§ 1025, 1024 BGB einerseits nach Rdnr. 1124 zulässig, andererseits nach Rdnr. 1125 unzulässig sein, obwohl im Anschluss an eine Grundstücksteilung das Gesetz ausschließlich dieses Gemeinschaftsverhältnis vorsieht. Gesamtgläubigerschaft nach § 428 BGB gilt bei allen dinglichen Rechten mit Ausnahme von Eigentum und Erbbaurecht als uneingeschränkt zulässig, obwohl von deren Rechtsfolgen in der Regel einzig und allein die Einziehungsbefugnis jedes Berechtigten interessengerecht erscheint. Weiterhin als unzulässig betrachten die Autoren in Rdnr. 1125 die Kombination verschiedener Gemeinschaftsverhältnisse, z. B. von Elementen der §§ 428 und 432 BGB, obwohl diese Kombination in Rdnr. 1370 der Sache nach ihre Zustimmung findet im Anschluss an OLG Frankfurt (nunmehr MittBayNot 2012, 386 m. Anm. *Frank*) und zwar zu Recht, weil sie es erlaubt, den Willen der Beteiligten präziser zu erfassen, zumal die Gemeinschaftsverhältnisse entsprechend ihrer Herkunft aus dem Schuldrecht keiner Typenfixierung unterliegen. Alle geschilderten Unzulässigkeitsverdichte und Widersprüche entstehen daraus, dass jeweils nur eine einzige der zahlreichen rechtlichen Facetten einer Berechtigtenmehrheit in den Blick genommen wird und alle übrigen ausgeblendet bleiben. Mein Votum, den Blick auf die verschiedenen Facetten zu weiten (*Amann*, DNotZ 2008, 324, 340 ff.), wodurch solche Widersprüche sich von selbst auflösen, ist unbeachtet geblieben. Solange das bisherige Gewirr fortbesteht, liegt es für den Praktiker nahe, sich die Sache (zu) einfach zu machen und bei allen Nutzungs- und Verwertungsrechten einheitlich nur noch § 428 BGB in das Grundbuch eintragen zu lassen im Vertrauen darauf, die Rechtsprechung werde im Streitfall dessen unpassende Rechtsfolgen (§ 428 Abs. 1 letzter Satzteil, § 429 Abs. 2 BGB) ignorieren.

Bei Reallast und Leibgeding sollte nicht mehr auf *Staudinger/Amann* verwiesen werden, sondern auf die Kommentierung meines Nachfolgers *Jörg Mayer*, der 2009 diese Teile übernommen hat.

Am Ende des Streifzugs durch die Neuauflage bleibt festzustellen: Auch wer den *Schöner/Stöber* seit Jahrzehnten nutzt, wird immer wieder überrascht sein, welche Informationsfülle dieses Handbuch weit über das eigentliche Grundbuchrecht hinaus zu allen Bereichen bietet, die irgendwie mit Immobilienrecht Berührung haben. Je größer die Informationsfülle, desto leichter ist es, Verbesserungswürdiges zu finden und bei den neuen Autoren um weiteres Überdenken mancher Rechtsansichten zu werben. Wer wollte von ihnen verlangen, dass

sie alles auf einmal erledigen. Am wichtigsten bleibt, dass sie dieses für Grundbuchämter und Notare unentbehrliche Handbuch des Immobilienrechts so zügig auf aktuellen Stand gebracht haben. Der *Schöner/Stöber* bleibt im Immobilienrecht erste Wahl. Ihm sind weiterhin regelmäßige Neuauflagen zu wünschen und den neuen Autoren die dazu nötige Kraft.

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

Krüger/Hertel: Der Grundstückskauf. 10. Aufl., RWS, 2012. 406 S., 68 €

In nunmehr zehnter, neu bearbeiteter Auflage ist das Buch „Der Grundstückskaufvertrag“ erschienen. Bei den beiden aktuellen Autoren des Werkes, Notar *Christian Hertel* und Vorsitzendem Richter am BGH a. D. *Wolfgang Krüger*, handelt es sich um ausgewiesene Fachleute auf diesem Rechtsgebiet, deren Qualifikation sicher nicht mehr besonders hervorgehoben werden muss.

Das Buch wurde anlässlich eines mit der neunten Auflage vollzogenen Autorenwechsels vollständig neu aufgebaut und gliedert sich seitdem in die folgenden acht Abschnitte: Vertragsabschluss, Beurkundungsverfahren, vertragliche Hauptpflichten, Vertragsgestaltung zur Sicherung von Verkäufer und Käufer, Sach- und Rechtsmängel, Sonderfälle des Beurkundungsverfahrens, Fragen des Vorkaufsrechts und Sonderfälle der Vertragsgestaltung.

Die Darstellung der Rechtsprechung wird hierbei naheliegenderweise von Prof. *Krüger* verantwortet, die notariellen Gestaltungshinweise stammen von *Hertel*. Der große Verdienst des Werkes ist eine eng an der Rechtsprechung (primär) des BGH orientierte, kurze und prägnante Darstellung. Der Vertragsgestalter ist mit einem kurzen Blick zu dem jeweiligen Thema sofort darüber informiert, wie der BGH zu den einzelnen Themen entschieden hat. Dies ist enorm hilfreich bei der Suche nach „rechtsprechungssicheren“ Gestaltungen. Damit ist das Buch auch zur schnellen Fortbildung beim Thema „Grundstückskauf“ geeignet.

Veröffentlichte Rechtsprechung und Literatur wurden hierbei bis April 2012 berücksichtigt. Beispielhaft seien einige Aktualisierungen des Werkes aufgeführt: So hat die Entscheidung des BGH vom 2.7.2010, V ZR 240/09, MittBayNot 2011, 135, Einzug erhalten. Der BGH hat hier entschieden, dass der Vormerkungsberechtigte nicht erst Eigentümer werden muss, um gegen den Dritten nach § 888 Abs. 1 BGB

vorzugehen. Hinsichtlich der Erschließungskosten plädiert *Hertel* unter anderem unter Verweis auf BGH, Urteil vom 17.1.2008, III ZR 136/07, MittBayNot 2008, 313, für die Bescheidslösung, da sie ungesicherte Vorleistungen vermeide. Weiter finden sich die Ausführungen zur GbR im Abschnitt „Sonderfälle der Vertragsgestaltung“ auf aktuellem Stand der Rechtsprechung. Für die letzten verbliebenen Probleme werden die in der Literatur diskutierten Lösungsvorschläge knapp dargestellt und bewertet. Im Abschnitt zu den Vorkaufsrechten wurden zwei Entscheidungen eingearbeitet, so unter anderem die Entscheidung des BGH vom 27.1.2012, V ZR 272/10, MittBayNot 2012, 285. In dem der Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt hatte der Verpflichtete die mit einem Vorkaufsrecht belastete Sache in eine von ihm beherrschte Gesellschaft eingebracht und die Gesellschaftsanteile entgeltlich an einen Dritten übertragen. Der BGH hat dies als eine den Vorkaufsfall auslösende kaufähnliche Vertragsgestaltung gewertet. Da Rechtsprechung bis April 2012 berücksichtigt ist, wurde die Entscheidung des BGH vom 21.6.2012, V ZB 283/11, DNotZ 2012, 826, nach der Vollzugsvollmachten in dem Kaufvertrag mit dem Dritten nicht Inhalt des Kaufvertrags mit dem Vorkaufsberechtigten werden, nicht mehr eingearbeitet.

Wirklichen Anlass zur Kritik bietet das Buch wenig. Einzig ein ausführlicheres Sachregister wäre wünschenswert. Das Werk kann jedem Notar als Ergänzung seiner Bibliothek wärmstens empfohlen werden. Es kann und will jedoch Standardwerke, wie etwa „Immobilienkaufverträge in der Praxis“ von *Krauß*, nicht ersetzen. Insbesondere für Muster und Formulierungsvorschläge verweist das Buch zahlreich entweder auf das Würzburger Notarhandbuch oder das Buch von *Krauß*. Da „Der Grundstückskauf“ von *Krüger/Hertel* jedoch wie kein anderes Werk schnelle Kenntnis über die obergerichtliche Rechtsprechung vermittelt, ist hier eine klare Kaufempfehlung auszusprechen.

Notarassessor *Joachim Mödl*, Augsburg

**Lutter/Hommelhoff (Hrsg.): GmbH-Gesetz.
18. Aufl., Otto Schmidt, 2012. 1964 S., 119 €**

Der von *Marcus Lutter* und *Peter Hommelhoff* herausgegebene Kommentar zum GmbH-Gesetz ist in neuer, 18. Auflage erschienen. Die Voraufgabe ist drei Jahre alt und stammt aus dem Jahr 2009. Wesentliche Aufgabe der Neuaufgabe war es daher, die in der Zwischenzeit ergangene Rechtsprechung zu den Neuregelungen des MoMiG einzuarbeiten. Dieser Aufgabe ist die Neuaufgabe gerecht geworden.

Generell ist der Kommentar dadurch gekennzeichnet, dass er sich unter Beachtung und Zitierung der einschlägigen Rechtsprechung mit dieser auch kritisch auseinandersetzt. Hierdurch erlangt der Kommentar Tiefgang. Für den Leser bedeutet dies einen besonderen Gewinn, da er nicht bloß zur Wiedergabe der einschlägigen Rechtsprechung befähigt, sondern das Normverständnis insgesamt gefördert wird. Deutlich wird dies bei der Kommentierung des § 40 GmbHG zur Gesellschafterliste, die wegen der notariellen Zuständigkeit nach § 40 Abs. 2 GmbHG für unseren Berufsstand von praktischer Bedeutung ist. So werden auch Vorschläge de lege ferenda gemacht. In § 40 Rdnr. 4 wird etwa eine ausschließliche Notarzuständigkeit für die Erstellung der Liste gefordert. Begründet wird dies zum einen mit dem Fälschungsrisiko. So ist für die vom Geschäftsführer eingereichte Liste eine einfache elektronische Kopie ausreichend, eine qualifizierte elektronische Signatur ist nicht erforderlich. Anzumerken ist, dass in der Praxis das Fälschungsrisiko durch den Zwang zur Einreichung über das EGVP vermindert wird. Denn auch Geschäftsführerlisten werden regelmäßig unter Zuhilfenahme des Notars als Boten dem Registergericht übersandt. Maßgeblicher Begründungsansatz für die ausschließliche Notarzuständigkeit ist die schwierige Abgrenzung der Geschäftsführerzuständigkeit von der Notarzuständigkeit. Angeführt werden hier in Rdnr. 24 ff. die bekanntesten problematischen Fälle der Mitwirkung des Notars zum Beispiel nur im Rahmen einer Unterschriftsbeglaubigung nach § 40 BeurkG oder der mittelbaren Veränderungen (z. B. Verschmelzung einer GmbH als übertragender Rechtsträger, die eine Tochter-GmbH hat, deren neuer Anteilsinhaber der übernehmende Rechtsträger ist). Bei bloßer Beurkundung der Änderung der Firma eines GmbH-Gesellschafters ist der Kommentar in Übereinstimmung mit einer neueren Entscheidung des OLG Hamm (DNotZ 2012, 382) der Auffassung, dass keine Kompetenz des Notars zur Einreichung einer neuen Liste besteht, sondern der Geschäftsführer zuständig ist. Hier ist genau zu differenzieren: Ein derartiges Problem kann sich nur bei der Änderung der Firma eines GmbH-Gesellschafters stellen. Die Auffassung des OLG Hamm kann mit guten Gründen in Zweifel gezogen werden. Denn wird in den vorstehenden umwandlungsrechtlichen Fällen eine Zuständigkeit des Notars zur Listenstellung und Bescheinigung bejaht (so ebenfalls das OLG Hamm, DNotI-Report 2010, 18, ebenfalls zitiert in Rdnr. 25), erscheint es konsequent, eine solche auch in anderen Fällen einer mittelbaren Veränderung zu befürworten. Ansonsten würden sich die Abgrenzungsprobleme weiter verschärfen, da zwischen der Mitwirkung des Notars bei mittelbaren Veränderungen in den Beteiligungsverhältnissen einerseits und bei unveränderten Beteiligungsverhältnissen in der Person eines Gesellschafters andererseits differenziert werden müsste. Eindeutig ist dagegen der Fall, dass eine Änderung der Firma der Gesellschaft beurkundet wird, deren Liste neu erstellt werden soll. Hier handelt es sich nicht um eine Frage der Kompetenzabgrenzung von Notar und Geschäftsführer. Denn nach dem Wortlaut des § 40 Abs. 1 GmbHG besteht die Notwendigkeit der Einreichung einer

neuen Gesellschafterliste nur bei Veränderungen „in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung“. Bei bloßer Änderung der Firma ist von vornherein keine neue Liste einzureichen.

Praxisnah schlägt der Kommentar in Rdnr. 25 vor, bei unklarer Zuständigkeit eine Liste einzureichen, die sowohl vom Notar als auch vom Geschäftsführer unterzeichnet ist. Auch insoweit wird einer Entscheidung des OLG Hamm (GmbHR 2010, 430) gefolgt. Angesprochen wird dies in der Kommentierung u. a. im Zusammenhang mit der Mitwirkung des Notars an einer Veränderung bei Beurkundung eines Erbscheinsantrags. Abgrenzungsprobleme bestehen hier nicht: Der Erbscheinsantrag bewirkt keine Änderung der Rechtsverhältnisse, sondern ist ein Zeugnis über das eingetretene Erbrecht. Die Beurkundung eines Erbscheinsantrags begründet keine Kompetenz des Notars zur Einreichung der Liste.

De lege ferenda wird in Rdnr. 7a f. des Weiteren gefordert, auch dingliche Belastungen wie Nießbrauch und Verpfändung sowie Verfügungsbeschränkungen wie Insolvenzverfahren und Testamentsvollstreckung in die Gesellschafterliste aufzunehmen. Richtigerweise wird de lege lata eine derartige Aufnahme in Rdnr. 8 abgelehnt. Hier könnte der Kommentar um einen Hinweis auf die Entscheidung des OLG München (DNotI-Report 2012, 6) ergänzt werden, wonach derartige Angaben nicht eintragungsfähig sind. Das bedeutet: Eine Liste, die derartige Angaben enthält, wird vom Registergericht nicht in den Registerordner aufgenommen. Es handelt sich somit nicht einmal um einen fakultativen Listeninhalt.

Aus notarieller Sicht wünschenswert wäre es auch, die Fragen, die sich mit der Nummerierung von Anteilen beschäftigen, genauer zu erörtern. Hier ist die Entscheidung des BGH vom 1.3.2011 (MittBayNot 2011, 323) von Bedeutung. Nach dem Leitsatz b) gilt: „Die Umnummerierung abgetretener Geschäftsanteile in der Gesellschafterliste ist dann zulässig, wenn jeder Geschäftsanteil durch die Angabe der bisherigen Nummerierung zweifelsfrei zu identifizieren bleibt.“ Besonderheit der Entscheidung war, dass die Geschäftsanteile von den Nennbeträgen her unverändert blieben und nur von einem alten Rechtsinhaber an einen neuen Rechtsinhaber abgetreten wurden. In diesen Fällen ist eine Umnummerierung aus Gründen der Nachvollziehbarkeit der Rechtsinhaberschaft nur zulässig, wenn auch die bisherigen Nummern angegeben werden. Über die Anforderungen des § 40 Abs. 1 GmbHG ergibt sich eine Pflicht zur Eintragung der bisherigen Nummern. Hiervon zu unterscheiden sind jedoch Fälle, in denen eine Umnummerierung zwingend erfolgen muss, weil der ursprüngliche Anteil z. B. infolge von Zusammenlegung oder Teilung nicht mehr fortbesteht. In diesen Fällen besteht keine Pflicht zur Eintragung der Nummern der ursprünglichen Anteile in der neuen Gesellschafterliste. Das bedeutet: Fehlt eine Veränderungsspalte, in der die Nummern der bisherigen Anteile genannt sind, darf die Aufnahme der Liste in den Registerordner nicht verweigert werden. Eine Veränderungsspalte, in der die Nummern der bisherigen Anteile genannt sind, darf aber ebenfalls nicht zu einer Verweigerung der Aufnahme führen (so OLG Thüringen, RNotZ 2012, 347). Grund ist, dass die Angabe dem lückenlosen Nachvollziehen sämtlicher Veränderungen im Gesellschafterbestand dient. In derselben Entscheidung des OLG Thüringen wurde eine weitere bisherige Streitfrage zum Begriff der laufenden Nummer entschieden. Die Verwendung von Gliederungszeichen wie 1.1, 1.2 etc. fällt zwar nach enger Auslegung nicht unter den Begriff der laufenden Nummer (im Sinne des lateinischen numerus = Zahl). Trotzdem wird eine derartige Verwendung von Gliederungszeichen aus dem Sinn und Zweck der Nummerierung (Abgrenzbarkeit der Anteile) als zulässig erachtet.

Auch in anderen Bereichen wird zuverlässig die Rechtsprechung nachgezeichnet, die zu den durch das MoMiG eingefügten Vorschriften ergangen ist, und, soweit im Rahmen eines Kurzkomentars möglich, in einen größeren Kontext eingebunden. Dies gilt etwa für die Zulässigkeit von Sacheinlagen bei einer Kapitalerhöhung einer Unternehmergesellschaft auf 25.000 € bzw. auf einen höheren Betrag, durch die sie eine GmbH wird (BGH, DNotZ 2011, 705, kommentiert bei § 5a Rdnr. 23 ff.), oder für die wirtschaftliche Neugründung. Hier ist vor allem die Konkretisierung des Tatbestandes der wirtschaftlichen Neugründung durch die BGH-Entscheidung vom 18.1.2012 (MittBayNot 2010, 324, kommentiert in § 3 Rdnr. 13) von Bedeutung. Danach liegt bei der Mantelverwendung eine wirtschaftliche Neugründung nur vor, wenn die Gesellschaft vorher eine „leere Hülse“ ist, also kein aktives Unternehmen mehr betreibt, an das die Fortführung des Geschäftsbetriebs, sei es auch unter wesentlicher Umgestaltung, Einschränkung oder Erweiterung des Tätigkeitsgebiets, anknüpfen kann. Die weitere Leitentscheidung des BGH zur

wirtschaftlichen Neugründung vom 6.3.2012 (DNotI-Report 2012, 81, kommentiert bei § 3 Rdnr. 20) wird ebenfalls behandelt. Danach beschränkt sich die Unterbilanzhaftung bei der wirtschaftlichen Neugründung auf die Differenz zum Stammkapital in dem Zeitpunkt, in dem durch die Anmeldung der Satzungsänderung oder die Aufnahme der (neuen) wirtschaftlichen Tätigkeit die wirtschaftliche Neugründung nach außen erstmals in Erscheinung tritt. Auf den Zeitpunkt der Offenlegung gegenüber dem Registergericht wird nicht abgestellt. In Rdnr. 21 wird diese Rechtsprechung kritisiert, da sie die Rechtsfigur der wirtschaftlichen Neugründung und die normierte Gleichstellung mit der echten Gründung sowie das Erfordernis der Offenlegung gegenüber dem Registergericht entwertet würde.

Insgesamt bleibt der Kommentar eine sinnvolle und wertvolle Anschaffung für den Notar.

Notar Dr. *Sebastian Apfelbaum*, Lohr a. Main

RECHTSPRECHUNG

Bürgerliches Recht

1. BGB § 137 Satz 2, § 138 Abs. 1 (*Zur Sittenwidrigkeit eines Verfügungsverbots in Übergabeverträgen*)

1. Unterlassungsverpflichtungen nach § 137 Satz 2 BGB (schuldrechtliche Verfügungsverbote) werden nicht nach 30 Jahren nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen unwirksam.

2. In Übergabeverträgen zur vorweggenommenen Erbfolge vereinbarte Unterlassungspflichten, die dem Übernehmer Verfügungen über das Vermögen eines übergebenen Betriebs insgesamt oder über dessen Grundvermögen untersagen, sind nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig, wenn der Übernehmer von dem Übergaber nicht die Zustimmung zu einer mit den Grundsätzen ordnungsgemäßer Wirtschaft zu vereinbarenden und den Zweck des Verfügungsverbots nicht wesentlich gefährdenden Verfügung (Veräußerung oder Belastung) verlangen kann.

BGH, Urteil vom 6.7.2012, V ZR 122/11; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Mit notariellem Vertrag vom 11.4.1980 übertrug die im Jahre 2007 verstorbene Mutter der Parteien ihren $\frac{3}{4}$ -Miteigentumsanteil des zu einem Gut gehörenden Grundbesitzes im Wege vorweggenommener Erbfolge auf den Beklagten, dem bereits $\frac{1}{4}$ -Miteigentumsanteil an dem Grundbesitz gehörte.

In dem Vertrag verpflichtete sich der Beklagte dazu, die Grundstücke während eines Zeitraums von 35 Jahren, hilfsweise von 30 Jahren – mit Ausnahme einer Übertragung an leibliche, eheliche Abkömmlinge – nicht zu veräußern (§ 4 Nr. 1). Der Verstoß gegen das Veräußerungsverbot sollte den Rückfall der betroffenen Ländereien an den Veräußerer zur Folge haben (§ 4 Nr. 2). Das Veräußerungsverbot sollte nach dem Tod der Veräußerin fortbestehen und danach der Rückfallanspruch dem Kläger zustehen (§ 4 Nr. 3). Der Anspruch auf Rückübertragung sollte auch bei Eingriffen Dritter, wie Pfändungen, ebenso bei Verpfändungen, wirksam werden (§ 4 Nr. 5). Zur Sicherung des Rückübertragungsanspruchs wurden die betroffenen Grundstücke mit Vormerkungen belastet.

Nach Eintragung von Zwangssicherungshypotheken auf drei Grundstücken hat der Kläger von dem Beklagten die Rückkauflassung eines dieser Grundstücke verlangt. Mit der Widerklage verlangt der Beklagte von dem Kläger, die Löschung der auf den anderen Grundstücken des Guts eingetragenen Vormerkungen zu bewilligen. Das LG hat der Klage durch Teilurteil stattgegeben und die Widerklage durch Schlussurteil abgewiesen. Das OLG hat der Widerklage – unter Zurückweisung des Lösungsanspruchs für die zwei weiteren mit Zwangssicherungshypotheken belasteten Grundstücke – stattgegeben. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision will der Kläger auch im Übrigen die Abweisung der Widerklage erreichen.

Aus den Gründen:

I.

Das Berufungsgericht meint, dass der Beklagte von dem Kläger nach § 886 BGB oder § 894 BGB die Zustimmung zur Löschung der Vormerkungen auf den Grundstücken verlangen könne, die bis zum 1.7.2010 weder veräußert, verpfändet noch von Dritten mit Pfandrechten belastet worden seien.

Das Verfügungsverbot sei nämlich an diesem Tage, 30 Jahre nach dem im Übergabevertrag vereinbarten Zeitpunkt für den Übergang des Besitzes, der Nutzungen und der Lasten, erloschen. Die primär vereinbarte Bindungsfrist von 35 Jahren komme nicht zum Tragen, weil Unterlassungsverpflichtungen

nach § 137 Satz 2 BGB nach Ablauf von 30 Jahren nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen unwirksam würden. Aber auch dann, wenn man eine solche allgemeine zeitliche Begrenzung für schuldrechtlich wirkende Verfügungsverbote verneine, sei die primär vereinbarte 35-jährige Bindungsfrist unwirksam, da die nach § 138 Abs. 1 BGB zulässige zeitliche Grenze für ein Verfügungsverbot, das dem Zweck diene, den übertragenen Grundbesitz im Familienbesitz zu halten, nach 30 Jahren erreicht sei. Der durch eine Vormerkung gesicherte Rückübertragungsanspruch verleihe dem schuldrechtlichen Verfügungsverbot eine gewisse dingliche Wirkung, welche die Kernbefugnisse des Eigentümers betreffe, wobei sich hier eine zusätzliche besondere Belastung schon daraus ergebe, dass dem Beklagten bereits vor der Übertragung ein $\frac{1}{4}$ -Miteigentumsanteil an dem Grundbesitz gehört habe. Die Bindung durch das Verfügungsverbot sei deshalb gemäß dem Rechtsgedanken der erbrechtlichen Vorschriften (§ 2044 Abs. 2 Satz 1, § 2109 Abs. 1 Satz 1, § 2162 Abs. 1, § 2210 Satz 1 BGB) mit Ablauf von 30 Jahren weggefallen.

II.

Das hält revisionsrechtlicher Überprüfung nicht stand. Die Widerklage ist nicht deshalb begründet, weil bereits 30 Jahre seit dem Wirksamwerden des Unterlassungsanspruchs vergangen sind.

1. Richtig ist, dass der Beklagte, soweit innerhalb der vereinbarten Frist nicht gegen das schuldrechtliche Veräußerungs- und Belastungsverbot (§ 137 Satz 2 BGB) verstoßen worden ist, nach Fristablauf von dem Widerbeklagten die Zustimmung zur Löschung der auf seinen Grundstücken eingetragenen Vormerkungen verlangen kann. Worauf dieser Anspruch beruht, kann offen bleiben.

a) Er ergäbe sich aus § 894 BGB, wenn mit dem Ablauf der Befristung für das Verbot zugleich der durch die Vormerkung gesicherte Rückübertragungsanspruch erloschen wäre. Mit dem gesicherten Anspruch erlischt auch die akzessorische Vormerkung (vgl. Senatsurteile vom 15.12.1972, V ZR 76/71, BGHZ 60, 46, 50, und vom 26.11.1999, V ZR 432/98, BGHZ 143, 175, 181 = MittBayNot 2000, 104) und das Grundbuch wird unrichtig (vgl. Senatsurteile vom 15.12.1972, V ZR 76/71, a. a. O., und vom 28.10.1989, V ZR 94/87, NJW-RR 1989, 201).

b) § 886 BGB wäre dagegen einschlägig, wenn nur das schuldrechtliche Verfügungsverbot, jedoch nicht der gesicherte Rückübertragungsanspruch befristet wäre. Der Grundeigentümer kann nach § 886 BGB von dem Gläubiger die Beseitigung der Vormerkung verlangen, wenn der gesicherte Anspruch zwar noch besteht, aber demjenigen, dessen Grundstück oder Recht von der Vormerkung betroffen ist, eine die Geltendmachung des Anspruchs auf Dauer ausschließende materiellrechtliche Einrede zusteht (vgl. BayObLGZ 1997, 223, 226).

2. Das Verfügungsverbot ist – entgegen der von dem Berufungsgericht vertretenen Ansicht – nicht bereits infolge Zeitablaufs erloschen. Unterlassungsverpflichtungen nach § 137 Satz 2 BGB werden nicht nach 30 Jahren nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen unwirksam.

a) Das Berufungsgericht ist allerdings einer im Schrifttum weit verbreiteten Auffassung gefolgt, nach der schuldrechtliche Verfügungsverbote mit Ablauf von 30 Jahren erlöschen (*Großfeld/Gersch*, JZ 1988, 937, 943 f.; *Berger*, Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen, S. 116 f.; Münch-

KommBGB/*Armbrüster*, 6. Aufl., § 137 Rdnr. 25; *Palandt/Ellenberger*, 71. Aufl., § 137 Rdnr. 5; *Wiesmann*, Zur Tragweite des § 137 BGB, S. 101 f.). Gestützt wird diese Auffassung – bei Unterschieden in der Begründung im Einzelnen – auf eine Rechtsanalogie zu den Vorschriften in § 462 Satz 1, § 544, § 2044 Abs. 2 Satz 1, § 2109 Abs. 1, § 2262 Abs. 2 Satz 1, § 2210 Satz 1 BGB (*MünchKommBGB/Armbrüster*, § 137, 6. Aufl., a. a. O., m. w. N.).

b) Andere verweisen darauf, dass es keinen allgemeinen Rechtssatz gibt, der die Geltung vertraglicher Verpflichtungen auf eine Frist von 30 Jahren begrenzt (*Schack*, JZ 1989, 609, 612; *Staudinger/Kohler*, 2011, § 137 Rdnr. 45), und daher auch rechtsgeschäftliche Verfügungsverbote nach § 137 Satz 2 BGB nicht schon wegen Ablaufs dieser Frist erlöschen, weil dem vereinbarten Untersagungsanspruch auch noch nach dieser Zeit ein anerkanntes Interesse zugrundeliegen könne (*Staudinger/Kohler*, 2011, § 137 Rdnr. 45; *Schippers*, MittRhNotK 1998, 69, 73).

c) Die letztgenannte Auffassung ist richtig. Das BGB enthält keine Bestimmung zur höchstzulässigen Geltungsdauer vertraglicher Verpflichtungen nach § 137 Satz 2 BGB.

aa) Eine zeitliche Obergrenze lässt sich (entgegen *Großfeld/Gersch*, JZ 1988, 937, 944, und *Wiesmann*, a. a. O.) nicht daraus ableiten, dass durch langfristige Unterlassungsverpflichtungen nach § 137 Satz 2 BGB die Bestimmung in § 137 Satz 1 BGB unterlaufen werde. Angesichts der ausdrücklichen Regelung in § 137 Satz 2 BGB, nach der die Wirksamkeit schuldrechtlicher Unterlassungsverpflichtungen nicht davon berührt wird, dass nach Satz 1 BGB die Verfügungsbefugnis des Rechtsinhabers durch ein Rechtsgeschäft nicht mit dinglicher Wirkung ausgeschlossen werden kann, sind schuldrechtlich wirkende Verfügungsverbote, auch wenn sie für eine lange Zeit vereinbart werden, nicht als Umgehung von § 137 Satz 1 BGB anzusehen. Diese Norm bezweckt zudem nicht den Schutz der persönlichen Freiheit des Rechtsinhabers, sondern dient der Sicherung des numerus clausus der Sachenrechte und der Zwangsvollstreckung (Senatsbeschluss vom 5.12.1996, V ZB 27/96, BGHZ 134, 182, 186 = MittBayNot 1997, 169 m. w. N.), die der Gesetzgeber durch allein schuldrechtlich wirkende Verfügungsbeschränkungen nicht als gefährdet angesehen hat.

bb) Eine Höchstdauer von 30 Jahren für schuldrechtliche Verfügungsverbote lässt sich (entgegen *Berger*, Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen, S. 117) auch nicht daraus herleiten, dass für unbefristete Wiederkaufsrechte eine solche Frist gilt (§ 462 Satz 1 BGB). Diese Vorschrift enthält schon deshalb kein gesetzliches Leitbild für eine 30-jährige Höchstdauer vereinbarter Unterlassungsverpflichtungen nach § 137 Satz 2 BGB (so jedoch *Berger*, a. a. O.), weil die gesetzliche Ausschlussfrist für das Wiederkaufsrecht subsidiär ist und die Vertragsparteien auch längere, über 30 Jahre hinausgehende Fristen für die Geltendmachung eines Wiederkaufsrechts vereinbaren können (Senatsurteile vom 21.4.1967, V ZR 75/64, BGHZ 47, 387, 392, und vom 29.10.2010, V ZR 48/10, NJW 2011, 515, 516 Rdnr. 8 = MittBayNot 2012, 123).

cc) Aus § 544 BGB, wonach für eine längere Zeit als 30 Jahre abgeschlossene Mietverträge nach Ablauf von 30 Jahren gekündigt werden können, ergibt sich (entgegen *Großfeld/Gersch*, a. a. O.; *MünchKommBGB/Armbrüster*, 6. Aufl., § 137 Rdnr. 25) ebenfalls keine allgemeine Höchstgrenze für die Dauer schuldrechtlicher Verpflichtungen. Diese Vorschrift soll „ewige“ vertraglich begründete Nutzungsrechte, sog. „Erbmieten“ oder ähnliche Verhältnisse, verhindern (RGZ 66, 216, 220; Senatsurteil vom 20.5.1994, V ZR 292/92, NJW-RR 1994, 971), schließt jedoch Verpflichtungen für darüber hin-

ausgehende Zeiträume nicht aus (vgl. BGH, Urteil vom 26.6.2008, I ZR 221/05, NJW 2008, 2995, 2996 Rdnr. 16 – 40-jährige Haltbarkeitsgarantie).

dd) Schließlich lässt sich auch nicht aus den Befristungen in erbrechtlichen Vorschriften (§ 2044 Abs. 2 Satz 1, § 2109 Abs. 1, § 2262 Abs. 2 Satz 1, § 2210 Satz 1 BGB) der Rechtsatz herleiten, dass Verpflichtungen nach § 137 Abs. 2 BGB nach Ablauf von 30 Jahren unwirksam werden.

Das Erbrecht beschränkt die Geltungsdauer bestimmter letztwilliger Verfügungen auf einen Zeitraum von 30 Jahren nach dem Erbfall. Diese Befristungen verfolgen das Ziel, den Erben nicht 30 Jahre über den Tod des Erblassers hinaus an dessen Anordnungen zu binden (*Schack*, JZ 1989, 609, 612). Das Erbrecht trifft jedoch keine Bestimmungen für die Abreden, welche die Vertragsparteien im Zusammenhang mit einer Übertragung von Vermögensgegenständen zu Lebzeiten des Übertragenden vereinbaren. Ihm lässt sich demzufolge auch nicht entnehmen, dass die Geltungsdauer der in einem Übergabevertrag vereinbarten Unterlassungspflichten nach § 137 Satz 2 BGB auf einen Zeitraum von 30 Jahren nach dem Übergang des Eigentums auf den Übernehmer begrenzt ist, was im Übrigen zur Folge hätte, dass die Bindung des Übernehmers unter Umständen schon vor dem Ableben des Übertragenden endete.

Ob Verfügungsbeschränkungen, zu denen sich der Übernehmer in einem zur vorweggenommenen Erbfolge abgeschlossenen Übergabevertrag verpflichtet hat, 30 Jahre nach dem Tod des Übergebers unwirksam werden, weil sich aus dem Erbrecht ein Rechtssatz ergibt, dass der Erblasser nicht über diesen Zeitraum hinaus über sein Vermögen bestimmen können soll (so *Schack*, JZ 1989, 609, 612), kann dahinstehen. Diese Frist endete nämlich erst im Jahr 2037, mithin lange nach Ablauf der vertraglich vereinbarten 35-jährigen Bindungsfrist.

3. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts verstößt ein in einem Übertragungsvertrag dem Übernehmer auferlegtes Verfügungsverbot nach § 137 Satz 2 BGB auch dann nicht gegen die guten Sitten, wenn es länger als 30 Jahre dauert. Die 35-jährige Bindung des Beklagten ist nicht deshalb nach § 138 Abs. 1 BGB unwirksam.

a) Rechtsgeschäftliche Verfügungsverbote sind allerdings wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig, wenn sie die Verfügungsbefugnis des Schuldners auf übermäßige Dauer einschränken (Senatsbeschluss vom 5.12.1996, V ZB 27/96, BGHZ 134, 182, 190 = MittBayNot 1997, 169). Ob das der Fall ist, ist unter Würdigung aller Umstände, insbesondere des Maßes der Beeinträchtigung des Schuldners, der Dauer der Bindung und des durch die Verfügungsbeschränkung geschützten Interesses des Begünstigten zu entscheiden (vgl. *Staudinger/Kohler*, 2011, § 137 Rdnr. 46).

b) Das vereinbarte Verfügungsverbot mit einer Geltungsdauer von mehr als 30 Jahren stellt sich nicht – wie das Berufungsgericht meint – deswegen als sittenwidrig dar, weil der Zweck, dem das Verbot dienen soll, nach Ablauf von 30 Jahren erreicht ist. Der Zweck, das zum Gut gehörende Grundvermögen im Familienbesitz zu halten, ist zeitlos. Er ist nicht verwirklicht, wenn der Beklagte in einem Zeitraum von 30 Jahren nach der Übergabe keine den Zweck beeinträchtigenden Verfügungen vorgenommen hat. Der Beklagte wird dadurch auch nicht unverhältnismäßig belastet. Er hat mit dem Vertragsschluss das durch das Verfügungsverbot gesicherte Familieninteresse anerkannt und ist eine entsprechende vertragliche Bindung gegenüber der Übergeberin und seinen Geschwistern eingegangen, ohne die er das Vermögen nicht übertragen bekommen hätte.

III.

Das angefochtene Urteil ist deshalb aufzuheben, soweit darin der Widerklage stattgegeben worden ist. Die Sache ist jedoch insoweit an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, da der Rechtsstreit nicht zur Endentscheidung reif ist (§ 562 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

1. Die Sittenwidrigkeit eines Verfügungsverbots nach § 137 Satz 2 BGB kann sich nämlich nicht nur aus der Dauer, sondern auch aus dem Umfang der Verfügungsbeschränkung ergeben (vgl. Senat, Beschluss vom 5.12.1996 – V ZB 27/96, BGHZ 134, 182, 190). Unter diesem rechtlichen Gesichtspunkt ist die Zulässigkeit des vereinbarten Verfügungsverbots allerdings bisher in den Tatsacheninstanzen nicht geprüft worden.

a) Das wäre hier jedoch geboten gewesen, weil das in § 4 des Übergabevertrags enthaltene Verfügungsverbot, das dem Beklagten jedwede Veräußerung oder Verpfändung eines der zum Gut gehörenden Grundstücke untersagt, wegen übermäßiger Beschränkung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit nicht sein kann, § 138 Abs. 1 BGB.

b) Vertragliche Verfügungsverbote nach § 137 Satz 2 BGB beschränken zwar dann die wirtschaftliche Handlungsfreiheit des Schuldners in der Regel nicht übermäßig, wenn sie sich nur auf einen Gegenstand beziehen (vgl. Senatsbeschluss vom 5.12.1996, V ZB 27/96, a. a. O.); sie sind aber unter dem Gesichtspunkt einer unzulässigen Knebelung des Schuldners als sittenwidrig anzusehen, wenn sie sich auf dessen gesamtes Vermögen erstrecken (vgl. *Berger*, Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen, S. 114; MünchKommBGB/*Armbrüster*, 6. Aufl., § 137 Rdnr. 25; *Staudinger/Kohler*, 2011, § 137 Rdnr. 46).

c) Die Einschränkungen der Verfügungsbefugnisse des Beklagten durch die in dem Übergabevertrag vereinbarten Veräußerungs- (§ 4 Nr. 1) und Verpfändungsverbote (§ 4 Nr. 4) liegen dazwischen. Das Verfügungsverbot erfasst zwar das gesamte Immobilienvermögen des land- und forstwirtschaftlichen Betriebs einschließlich des dem Beklagten bereits zuvor gehörenden ¼-Anteils; es erstreckt sich aber nicht auf das bewegliche Betriebs- und auf das Privatvermögen.

aa) Die Zulässigkeit solcher Verfügungsbeschränkungen wird allerdings im Schrifttum meistens bejaht (*Fassbender*, DNotZ 1986, 67, 75; *von Hoyenberg*, Vorweggenommene Erbfolge, Rdnr. 204; *Krauß*, Überlassungsverträge in der Praxis, Rdnr. 1559; *Wegmann*, Grundstücksüberlassung, 2. Aufl., Rdnr. 180) und nur von einigen Autoren als bedenklich angesehen (*Lüdtke-Handjery*, DNotZ 1985, 332, 351; *Mayer*, Der Übergabevertrag, 2. Aufl., Rdnr. 228).

bb) Die Rechtsprechung sieht in solchen Verfügungsbeschränkungen indessen eine wesentliche Einschränkung bei der ordnungsgemäßen Bewirtschaftung eines übernommenen Betriebs, zu der auch die Aufnahme von Krediten und deren dingliche Absicherung gehört (vgl. Senat, Urteil vom 17.10.2008, V ZR 14/08, NJW 2009, 1135, 1136 Rdnr. 8 – zu einem Rentenkaufvertrag; OLG Celle, RdL 2006, 45 – zu einem Hofübergabevertrag). Ein Verfügungsverbot, das dem Erwerber ohne Ausnahme jede Verfügung über das Vermögen des Betriebs oder über dessen Grundvermögen untersagt, beschränkt die wirtschaftlichen Entfaltungsmöglichkeiten des Übernehmers in einem Maße, dass dieser seine Selbständigkeit und wirtschaftliche Handlungsfreiheit in einem wesentlichen Teil einbüßt, und stellt sich damit als sittenwidrige Knebelung dar (vgl. Senat, Urteil vom 17.10.2008, V ZR 14/08, a. a. O.).

cc) Verfügungsverbote in Verträgen zur Übertragung der Grundstücke eines Guts sind, auch wenn sich der Grundbesitz

seit vielen Generationen im Besitz einer Familie befindet, nicht anders zu beurteilen. Die mit dem Verbot verbundenen Einschränkungen bei der Bewirtschaftung des Betriebs, die die wirtschaftliche Existenz des Übernehmers gefährden können (vgl. *Lüdtke-Handjery*, DNotZ 1985, 332, 351, *Krauß*, Überlassungsverträge in der Praxis, Rdnr. 1564), stellen sich auch unter Berücksichtigung des grundsätzlich anzuerkennenden Interesses des Übergebenden, das übertragene Vermögen weiterhin im Familienbesitz zu halten, als eine unverhältnismäßige Einschränkung der Selbständigkeit und wirtschaftlichen Handlungsfreiheit des Übernehmers dar. Sie sind daher nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig, wenn der Übernehmer von dem Übergeber nicht die Zustimmung zu einer mit den Grundsätzen ordnungsgemäßer Wirtschaft zu vereinbarenden und den Zweck des Verfügungsverbots nicht wesentlich gefährdenden Verfügung (Veräußerung oder Belastung) verlangen kann.

d) Gemessen daran ist das Verfügungs- und Belastungsverbot mit dem in § 4 vereinbarten Inhalt nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig. Dem Beklagten sind danach alle Veräußerungen (sofern nicht an eheliche, leibliche Abkömmlinge) und ausnahmslos auch alle Verpfändungen verboten. Der Rückfallanspruch entsteht bei jedem Verstoß gegen das Verbot. Die Befugnisse des Übernehmers sind – solange das Verbot gilt – auf die aus dem Grundvermögen zu ziehenden Nutzungen beschränkt; jede Verfügung über das Eigentum an den Grundstücken ist ihm dagegen untersagt.

2. Ist ein solches Verfügungsverbot in einem Übertragungsvertrag vereinbart worden, muss jedoch geprüft werden, ob die nichtige Verfügungsbeschränkung im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung (§§ 133, 157 BGB) um einen Anspruch des Schuldners auf Zustimmung des Begünstigten zu den ordnungsgemäßer Bewirtschaftung entsprechenden Verfügungen zu ergänzen ist, um die Nichtigkeit des ganzen Vertrags zu vermeiden.

a) Die Nichtigkeit des Verfügungsverbots betreffe nämlich in diesen Fällen den Übergabevertrag insgesamt, weil vor dem Hintergrund der weitreichenden vertraglichen Regelungen zum Erhalt des Guts im Familienbesitz nicht davon ausgegangen werden kann, dass der Vertrag auch ohne eine diesen Zweck sichernde Verfügungsbeschränkung abgeschlossen worden wäre. Die Gesamtnichtigkeit des Übergabevertrags nach § 139 BGB widerspräche jedoch ersichtlich dem Willen der Vertragsparteien. Sie führte nämlich oft dazu, dass mit dem Tod des Übergebers auf den Nachlass das gesetzliche Erbrecht des BGB anzuwenden wäre, was zum Entstehen einer Miterbengemeinschaft nach § 2032 BGB und damit in der Regel zu einer Auseinandersetzung durch Teilung (§ 2049 i. V. m. §§ 750, 751 BGB) führte. Das stünde in einem klaren Gegensatz zu dem mit den Übergabeverträgen verfolgten Ziel, das gesamte Grundvermögen der Familie ungeteilt auf einen Abkömmling zu übertragen.

b) Danach wäre von einer Regelungslücke auszugehen, weil sich die vereinbarte Vertragsbestimmung über das Verfügungsverbot als nichtig erweist, die Parteien den Übergabevertrag jedoch nicht ohne eine der unwirksamen Bestimmung vergleichbaren Abrede abgeschlossen hätten (vgl. BGH, Urteil vom 16.4.1973, VII ZR 140/71, BGHZ 60, 353, 362, vom 30.10.1974, VIII ZR 69/73, BGHZ 63, 132, 135; vom 1.2.1984, VIII ZR 54/83, BGHZ 90, 69, 77, und vom 3.11.1999, VIII ZR 269/98, BGHZ 143, 103, 120). In diesen Fällen wird es in der Regel dem Willen der Parteien entsprechen, das unwirksame Verfügungsverbot durch ein weniger weitreichendes zu ersetzen oder durch einen Anspruch auf Zustimmung zu ergänzen, um die ersichtlich nicht gewollte

Rechtsfolge der Nichtigkeit des Übergabevertrags insgesamt zu vermeiden (vgl. BGH, Urteil vom 27.2.1967, III ZR 68/66, FamRZ 1967, 470, 471; *Bamberger/Roth/Wendtland*, BGB, 2. Aufl., § 137 Rdnr. 17; *Staudinger/Kohler*, 2011, § 137 Rdnr. 46).

c) Eine solche Ergänzung des Vertrags setzt allerdings voraus, dass unter Anlegung des in § 157 BGB normierten Auslegungsmaßstabs bestimmt werden kann, wie die Parteien den Vertrag gestaltet hätten, wenn ihnen die Unwirksamkeit der Abrede bekannt gewesen wäre (vgl. BGH, Urteil vom 16.4.1973, VII ZR 140/71, BGHZ 60, 353, 362, vom 30.10.1974, VIII ZR 69/73, BGHZ 63, 132, 135; vom 1.2.1984, VIII ZR 54/83, BGHZ 90, 69, 77, und vom 3.11.1999, VIII ZR 269/98, BGHZ 143, 103, 120). Die Vereinbarungen über den Umfang und die Dauer der Verfügungsbeschränkung sprechen dafür, dass die Vertragsparteien den von ihnen verfolgten Zweck, das zum Gut gehörende Grundvermögen im Eigentum der Familie zu halten, so weit wie möglich sichern wollten und daher statt des unwirksamen Verfügungsverbots die im Rahmen des rechtlich Zulässigen am weitesten gehende Verfügungsbeschränkung vereinbart hätten. Dem entspräche eine Regelung, die das vereinbarte Verfügungsverbot um die Abrede ergänzt, dass der Übernehmer von der Übergeberin eine Zustimmung zu einer Veräußerung oder Belastung verlangen kann, wenn diese Maßnahme den Regeln einer ordnungsgemäßen Wirtschaft entspricht und den mit dem Verfügungsverbot verfolgten Zweck, das Eigentum in der Familie zu halten, nicht wesentlich beeinträchtigt oder gefährdet.

d) Diese rechtlichen Gesichtspunkte sind bisher von beiden Parteien nicht bedacht und in den Tatsacheninstanzen auch nicht erörtert worden. Die Zurückverweisung gibt den Parteien Gelegenheit zu einer Ergänzung des Vorbringens, insbesondere zu der hier in Betracht kommenden ergänzenden Vertragsauslegung.

Anmerkung:

Beim ersten Lesen erschrickt man als Notar über die Entscheidung: Erklärt der BGH doch ein in der notariellen Gestaltungspraxis ganz übliches Verfügungsverbot für sittenwidrig. Bei genauerem Lesen ist das Urteil nicht ganz so einschneidend: Zum einen beschränkt es sich auf Betriebsübergaben. Zum anderen ist Rechtsfolge nicht die Unwirksamkeit des Verfügungsverbots, sondern der BGH hält dieses und die Rückforderungsklausel als wirksam aufrecht, wenn auch vorbehaltlich einer (noch von der Tatsacheninstanz vorzunehmenden) ergänzenden Vertragsauslegung, wonach der Rückforderungsberechtigte Verfügungen des Übernehmers zustimmen muss, die zur ordnungsgemäßen Bewirtschaftung erforderlich sind.

1. Besonderheiten des Sachverhalts

Der BGH hatte sich mit einer Vertragsklausel¹ über Verfügungsverbot und Rückforderungsrecht zu befassen, wie sie in ähnlicher Form vielfach, nach meiner Erfahrung sogar in den meisten Übergabeverträgen vereinbart wird.

In zwei Punkten wich der entschiedene Sachverhalt von typischen Standardfällen ab: Zum einen stand der Übereignungs-

anspruch nicht nur der Übergeberin selbst zu, sondern nach deren Ableben deren beiden anderen Söhnen (in vorbestimmter Reihenfolge – wohl als aufschiebend bedingte Abtretung) – was das Verfügungsverbot zeitlich um eine ganze Generation verlängerte (anders als der häufigere Praxisfall, dass nach dem Tod des Übergebers auch dessen Ehegatten ein bedingter Übereignungsanspruch zusteht). Zum anderen war nicht nur ein Haus übergeben, sondern ein Betrieb (bzw. der der Mutter daran gehörende Miteigentumsanteil).

Hier machte auch nicht die Übergeberin selbst, sondern – nach deren Tod – ein Bruder den Übereignungsanspruch geltend. Der Übernehmer verteidigte sich mit dem Argument, dass die Rückforderungsklausel entweder wegen überlanger Bindungsfrist oder wegen übermäßiger Beschränkung seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit unwirksam sei.

2. Verfügungsverbot nicht auf 30 Jahre ab Übergabe beschränkt

a) Zunächst lesen wir als Vertragsgestalter erleichtert, dass das Verfügungsverbot nicht auf 30 Jahre ab der Übergabe begrenzt ist, wie noch das OLG Frankfurt als Vorinstanz angenommen hatte. Der BGH prüft der Reihe nach die in der Literatur für eine zeitliche Begrenzung angeführten Begründungen und verwirft – zu Recht – die aus dem Schuldrecht angeführten Analogien (§ 137 Satz 2, § 462 Satz 1, § 544 BGB).

b) Der BGH lässt allerdings offen – weil nicht entscheidungserheblich –, ob sich möglicherweise aus einer (Gesamt-)Analogie zu erbrechtlichen Vorschriften eine Beschränkung auf 30 Jahre nach dem Tod des Übergebers ergeben könnte (§ 2044 Abs. 2 Satz 1, § 2109 Abs. 1, § 2162 Abs. 2 Satz 1, § 2210 Satz 1 BGB). Er entscheidet lediglich – zu Recht –, dass die 30-Jahresfrist bei analoger Anwendung noch nicht mit der Übergabe, sondern erst mit dem Tod des Übergebers zu laufen begänne. Denn die erbrechtlichen Vorschriften verbieten dem Übergeber nicht, die Grundstücke bis zu seinem Tod zu behalten.

Ich denke, man sollte die erbrechtlichen Höchstfristen auf die „vorweggenommene Erbfolge“ analog anwenden. Sonst könnte der Übergeber die erbrechtliche Beschränkungen umgehen. Nach dem Willen des BGB-Gesetzgebers sollen Vermögensgegenstände nicht auf Dauer dem Rechtsverkehr und der Verfügungsmacht des Eigentümers entzogen werden können. Dasselbe Anliegen lag der (späteren) Aufhebung der Familienfideikommisse zugrunde (Art. 155 Abs. 2 Weimarer Reichsverfassung).

Alle genannten erbrechtlichen Beschränkungen lassen aber Verfügungen über 30 Jahre hinaus zu, soweit sie an ein „Ereignis in der Person“ eines Erben, Mit- oder Nacherben, des Vermächtnisnehmers oder Testamentsvollstreckers anknüpfen.² Insbesondere die Ausnahmen des § 2163 BGB würden auf die vermächtnisähnliche Begründung des Übereignungsanspruchs für andere Personen als den Erwerber passen. Überträgt man dies auf eine Bindung im Übergabevertrag, so wäre eine Bindung über 30 Jahre hinaus auf die Lebenszeit des Übernehmers und des berechtigten Dritten zulässig, soweit die Übertragungspflicht an ein Ereignis in deren Person anknüpft. Damit kann meines Erachtens dem Übernehmer eine Verfügung während seiner Lebenszeit untersagt werden

¹ Der Wortlaut der Rückforderungsklausel findet sich im Urteil des OLG Frankfurt, Urteil vom 12.4.2011, 14 U 145/10 (veröffentlicht in der Juris-Rechtsprechungsdatenbank). Die Formulierung ist etwas ungewöhnlich. Im Kern enthält die Klausel aber ein Rückforderungsrecht einerseits wegen des Verfügungsverbots, andererseits wegen Zwangsvollstreckungsmaßnahmen in den Grundbesitz.

² Vgl. aus letzter Zeit insbesondere das Urteil des BGH zur Dauer der Testamentsvollstreckung in Sachen Hohenzollern: BGH, Urteil vom 5.12.2007, IV ZR 275/06, BGHZ 174, 346 = DNotZ 2008, 539 = FamRZ 2008, 406 = MittBayNot 2008, 301 = NJW 2008, 1157 = ZEV 2008, 138 = ZNotP 2008, 120.

(da die Verfügung ein „Ereignis“ in seiner Person ist), auch wenn der Übergeber schon vor mehr als 30 Jahren verstorben sein sollte. Lediglich wenn auch noch die Kinder des Übernehmers verpflichtet sein sollen, würden §§ 2162, 2163 BGB analog dies auf die Lebenszeit der Kinder einschränken, die beim Tod des Übergebers schon geboren sind.

In der Gestaltungspraxis wird man diese Höchstfrist kaum ausreizen. Denn falls ein Übergeber allzu lange Bindungsfristen wünscht, wird ihm der Notar schon aus praktischen Gründen davon abraten. Meist genügt, wenn man dem Übergeber vor Augen führt, was alles während einer Bindungsfrist passiert wäre, wenn man den Vertrag vor hundert Jahren abgeschlossen hätte – also etwa im Jahr 1913: Dann wäre der arme Übernehmer über das Ende des Kaiserreichs, die Hyperinflation, das Ende der Weimarer Republik hinaus bis kurz vor Ende des Zweiten Weltkriegs an den Willen des Übergebers gebunden gewesen – und mit mehr als 30 Jahren womöglich vom Kaiserreich bis zur Bundesrepublik. Das macht keinen Sinn. Man kann nicht alles voraussehen und absichern. Irgendwann muss der Übernehmer selbständig wirtschaften und auf neue Entwicklungen nach seinem eigenen Ermessen reagieren können.

c) Zuzustimmen ist dem BGH auch, dass das Verfügungsverbot nicht allein wegen seiner Zeitdauer sittenwidrig ist. Denn wenn es schon spezialgesetzliche Begrenzungen gibt (in der analogen Anwendung der erbrechtlichen Höchstfristen), kann man wegen der Fristlänge nicht zusätzlich noch auf die Generalklausel des § 138 BGB zurückgreifen.

3. Verfügungsverbot bei Hausübergabe unbeschränkt zulässig

Dann kommt jedoch eine Wendung der Entscheidung, die den Vertragsgestalter aufschreckt: Das Veräußerungsverbot sei sittenwidrig (§ 138 Abs. 1 BGB), weil es den Übernehmer in seiner wirtschaftlichen Handlungsfreiheit übermäßig beschränke.

a) Anknüpfend an seine bisherige Rechtsprechung unterscheidet der BGH drei Fallgruppen:

- Bezieht sich das vertragliche Verfügungsverbot nur auf einen einzelnen Vermögensgegenstand, so ist es in der Regel zulässig.³
- Verfügungsverbote, die sich auf das gesamte Vermögen des Schuldners erstrecken, seien hingegen als unzulässige Knebelung des Schuldners grundsätzlich sittenwidrig.
- Im entschiedenen Fall lag die mittlere Fallgruppe vor, bei der sich das Verfügungsverbot auf alle Grundstücke des übergebenen Betriebs bezog (aber nur auf diese, nicht auf das bewegliche Betriebsinventar). Hier dürfe die ordnungsgemäße Bewirtschaftung des Betriebs nicht übermäßig eingeschränkt werden. Insbesondere müsse der Übernehmer Kredite aufnehmen und dinglich absichern können.⁴

³ Unter Verweis auf BGH, Beschluss vom 5.12.1996, V ZB 27/96, BGHZ 134, 182, 190 = DNotZ 1997, 720 = MittBayNot 1997, 169 = NJW 1997, 861 = ZEV 1997, 77. Dort hatte der BGH das Argument der Sittenwidrigkeit mit einem einzigen Satz weggewischt. Dort war allerdings das Verfügungsverbot auf die Lebzeiten der Übergeber beschränkt gewesen.

⁴ Unter Verweis auf BGH, Urteil vom 17.10.2008, V ZR 14/08, NJW 2009, 1135, 1136 (Rentenkaufvertrag); OLG Celle, Beschluss vom 21.2.2005, 7 W 85/04 (L), Nds. Rpfl 2006, 91 = OLG-Report Celle 2006, 102 = RdL 2006, 45 (Hofübergabevertrag).

b) Für die Vertragsgestaltung kann man damit Entwarnung für den Normalfall der Hausübergabe geben: Vertragliche Verfügungsverbote sind unproblematisch wirksam, wenn sie sich nur auf einen einzelnen Vermögensgegenstand beziehen.

Ähnlich lapidar hatte die zitierte Entscheidung BGHZ 134, 182, die Wirksamkeit eines Verfügungsverbots bei einer Hausübergabe bestätigt: „Bedenken gegen die Wirksamkeit des bedingten Rückkaufanspruchs bestehen auch nicht unter dem Blickwinkel des § 138 BGB (...). Die Bindung der Beteiligten zu 2 und 3 bzw. ihrer Rechtsnachfolger beeinträchtigt deren Verfügungsbefugnis weder in unzulässiger Weise noch auf übermäßige Dauer. Denn die vereinbarten Bedingungen sind begrenzt auf einen einzigen Vermögensgegenstand (Miteigentumsanteil) und können nur eintreten, wenn der Verfügungsbeschränkung zu Lebzeiten der Eltern zuwidergehandelt wird. Darin liegt keine unzulässige Einengung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit.“⁵

c) Wie ist abzugrenzen, wenn das übergebene Hausgrundstück den einzigen größeren Vermögensgegenstand des Übernehmers darstellt? Betrifft dann nicht das Verfügungsverbot sein „gesamtes Vermögen“? Nein, so hat es der BGH nicht gemeint. Ein Haus bleibt ein „einziges Vermögensgegenstand“, auch wenn dem Übernehmer sonst nichts gehört. Anders als bei der Betriebsübergabe soll der Übernehmer mit dem übergebenen Haus typischerweise nicht wirtschaften, sondern es selbst bewohnen bzw. die Eltern weiterhin dort wohnen lassen. Selbst wenn er das Haus vermietet, gehört die Aufnahme von grundschuldbesicherten Krediten zur Finanzierung von Investitionen in ein (bewohntes) Haus nicht zu dessen typischer Verwendung.

4. Bei Betriebsübergaben müssen Verfügungen zulässig sein, die zur ordnungsgemäßen Bewirtschaftung erforderlich sind

Die Entscheidung betrifft damit die Fallgruppe der Betriebsübergabe, egal ob ein landwirtschaftlicher Betrieb (Hof oder Gut) oder ein gewerblicher Betrieb (Unternehmen) übergeben wird.

a) Der BGH verlangt, dass der Erwerber des Betriebes auch wirtschaftliche Handlungsfreiheit erhält, diesen ordnungsgemäß zu bewirtschaften, insbesondere auch Kredite aufnehmen und diese durch Grundpfandrechte absichern zu können. Das klingt sinnvoll. Denn es ist misslich, wenn der Übernehmer einen neuen Stall oder eine Photovoltaikanlage bauen will und dies mangels Zustimmung und Rangrücktritt der Übergeber an der Finanzierung scheitert.

Aber ist es gleich sittenwidrig, wenn sich die Übergeber nicht verpflichten, dem Übergeber diesen Spielraum zu gewähren? Die vom BGH als Beleg zitierten Entscheidungen belegen dies nicht. In der zitierten Entscheidung des OLG Celle ging es nicht um die Sittenwidrigkeit, sondern um die Genehmigungsfähigkeit nach § 9 Abs. 2 GrdStVG.

Der BGH-Entscheidung vom 17.10.2008 lag ein Kauf auf Leibrente zugrunde. Dort leuchtete unmittelbar ein, dass die Veräußerer nicht einerseits die Zahlung einer Leibrente verlangen konnten, die einen wesentlichen Teil der laufenden Einnahmen aufbrauchte, andererseits aber dem Erwerber jeglichen Spielraum zur Belastung für erforderliche Investitionen in den Betrieb nahmen und selbst einer Belastung im Nachrang zu ihrer Reallast widersprechen konnten.

⁵ BGH, Beschluss vom 5.12.1996, V ZB 27/96, Juris Rdnr. 24, e), BGHZ 134, 182 = DNotZ 1997, 720 = MittBayNot 1997, 169 = NJW 1997, 861 = Rpfler 1997, 208 = ZEV 1997, 77 = ZfIR 1997, 170.

Vorliegend hatte der Übernehmer aber keine Gegenleistung erbracht. Die Übergeberin hätte sich auch darauf beschränken können, ihm die Bewirtschaftung der Flächen unentgeltlich zu überlassen, vielleicht ihm auch deren Erwerb erbvertraglich zuzusagen. Wenn sie sich zur Übergabe entschloss, konnte sie sich dann nicht ein Mitsprache- oder Vetorecht für Veräußerungen oder Belastungen vorbehalten? War sie wirklich verpflichtet, den Übernehmer auch Schulden aufnehmen zu lassen? Sinnvoll mag dies sein, aber ist es rechtlich geboten – noch dazu unter dem Verdikt der Sittenwidrigkeit?

Für den BGH mag man anführen, dass der Übernehmer (wohl) seine eigene wirtschaftliche Existenz auf den übernommenen Betrieb gründete und bei einer Rückforderung nicht so leicht umsatteln konnte. Dennoch überzeugt mich nicht, dass der BGH gleich zur groben Keule der Sittenwidrigkeit greift, um schließlich doch (nur) bei der ergänzenden Vertragsauslegung zu enden. Die Frage der Sittenwidrigkeit stellte sich zwar aufgrund der früheren BGH-Entscheidung – aber zu dem Ergebnis, dass die Klausel im konkreten Fall nicht sittenwidrig war (vorbehaltlich der ergänzenden Vertragsauslegung), hätte man auch eleganter kommen können. Der BGH hätte die ergänzende Vertragsauslegung auch ohne § 138 Abs. 1 BGB begründen können – eventuell gestützt auf § 242 BGB.

b) Wie auch immer. Bei Betriebsübergaben verlangt der BGH, dass der Übernehmer Verfügungen vornehmen darf, die den Grundsätzen ordnungsgemäßer Bewirtschaftung entsprechen und den Zweck des Verfügungsverbots nicht wesentlich gefährden.

Der BGH entnimmt eine entsprechende Zustimmungspflicht im Wege ergänzender Vertragsauslegung. Das Ergebnis dürfte dem entsprechen oder nahekommen, was die Beteiligten typischerweise erwarten oder praktizieren. Denn normalerweise würde sich der Übergeber bei der Übergabe bereit erklären, sinnvollen Maßnahmen des Erwerbers zuzustimmen. Allerdings will er sich – anders als der BGH nun verlangt – vielleicht nicht dazu verpflichten, sondern sich später selbst die Entscheidung vorbehalten, welche Maßnahmen er für sinnvoll hält und nach seiner Meinung einer ordnungsgemäßen Bewirtschaftung entsprechen. Dabei können Junior und Senior durchaus unterschiedlicher Meinung sein und nicht immer hat der Junior recht. So mancher Übernehmer hat einen übernommenen Betrieb durch unbedachte Maßnahmen zugrunde gerichtet, während der Übergeber besseres Augenmaß bewiesen hatte. Das Vetorecht des Übergebers kann also durchaus auch im Interesse des Übernehmers sein. Dennoch will der BGH dem Übergeber kein freies Ermessen für seine Zustimmung zugestehen.

c) Zumindest hat der BGH im Ergebnis damit den Eingriff so gering gehalten, wie aus seiner Sicht möglich. Eine Zustimmungspflicht passt besser in das Gesamtkonzept des Verfügungsverbots als wenn der BGH Maßnahmen ordnungsgemäßer Bewirtschaftung von vornherein vom Verfügungsverbot ausgenommen hätte, ohne dass der Übergeber zuvor auch nur um seine Zustimmung hätte gefragt werden müssen.

Im Ergebnis begeistert die Entscheidung des BGH nicht gerade, aber als Vertragsgestalter kann man mit dem Ergebnis leben.

5. Vertragsgestaltung bei Betriebsübergaben

a) Als Vertragsgestalter lässt man sich nicht gern vom BGH (oder einem anderen Gericht) belehren, dass eine Klausel eigentlich unwirksam (hier gar sittenwidrig) wäre und nur mittels ergänzender Vertragsauslegung aufrechterhalten wer-

den kann. Also sollte und wird man die Zustimmungspflicht bei Betriebsübergaben ausdrücklich regeln.

Eine ausdrückliche Regelung vermeidet auch späteren Streit, wann der Übergeber zustimmen muss – und verdeutlicht ggf. auch einem späteren Betreuer, dass seine Zustimmung keine (unzulässige) unentgeltliche Verfügung ist, sondern eine Rechtspflicht des Veräußerers erfüllt.

b) Welchen Spielraum haben wir dabei für die Vertragsgestaltung? Möglicherweise nicht viel, weil der BGH gleich mit der schweren Keule der Sittenwidrigkeit droht. Heißt dies aber, dass wir nur den BGH-Leitsatz abschreiben und im Vertrag nur wiederholen können, dass sich der Übergeber verpflichtet, allen Verfügungen zuzustimmen, die mit den Grundsätzen ordnungsgemäßer Wirtschaft zu vereinbaren sind und den Zweck des Verfügungsverbots nicht wesentlich gefährden?

Ich denke, wir können diesen Obersatz zumindest präzisieren, enthält er doch zwei unbestimmte Rechtsbegriffe. Und ich denke auch, dass die Vertragsparteien dabei die Grenzen etwas hin- oder herschieben können, insbesondere dass der Übergeber auch Grenzen für die Kreditaufnahme vorgeben kann. Oder ist es sittenwidrig, wenn ein Übergeber, der als Betriebsinhaber selbst stets konservativ gewirtschaftet hat, den Übernehmer an dieselben Standards binden will? Erst recht hätten wir Gestaltungsspielraum, wenn man das Ergebnis der BGH-Entscheidung nicht auf § 138 BGB stützt, sondern unmittelbar auf ergänzende Vertragsauslegung.

Falls der Vertragsgestalter dabei die Grenzen enger fassen sollte, als nach Ansicht des später entscheidenden Gerichts zulässig wäre, wäre dies nicht allzu tragisch. Dann würde das Gericht, wenn es der Argumentation des BGH folgt, eben die zu engen Grenzen im Wege ergänzender Vertragsauslegung durch etwas weitere Grenzen ersetzen.

c) Welche Verfügungen der Übernehmer vornehmen darf, kann man im Vertrag entweder objektiv als Ausnahmen vom Verfügungsverbot formulieren oder – wie in der BGH-Entscheidung – als Zustimmungspflicht. Die Gestaltungsvariante als Zustimmungspflicht erscheint mir eindeutig vorzuzugs-würdig. Denn dann muss der Übernehmer den Übergeber zumindest fragen, so dass dieser vorab erfährt, worum es geht. Umgekehrt hat auch der Übernehmer Sicherheit, da er bereits vor Durchführung der Maßnahme weiß, ob der Übergeber zustimmt. Nachteil ist allerdings, dass ein sperriger Übergeber eine Maßnahme hinauszögern oder sogar torpedieren kann, indem er seine Mitwirkung – obwohl geschuldet – verweigert.

Und selbst wenn man die Ausnahmen objektiv formulieren würde, würde etwa die Bank als Grundschuldgläubigerin erst auszahlen, wenn der Vormerkungsberechtigte Übernehmer den Rangrücktritt mit seiner Vormerkung erklärt hat. An einer ausdrücklichen Zustimmung führt also ohnehin kein Weg vorbei.

d) Die BGH-Entscheidung betraf ein Verfügungsverbot mit Rückübertragungspflicht. Das wird bei Betriebsübergaben eher selten vereinbart, weil es dort meist nicht sinnvoll ist. Häufiger sind Wohnungsrecht und Reallasten, ggf. zusammengefasst eingetragen als Leibgeding oder Altenteil. Dort stellen sich vergleichbare Fragen des Rangrücktritts hinter Grundpfandrechte und der Freigabe bei Veräußerungen.

Ich würde daher die Zustimmungspflicht nicht nur für das Verfügungsverbot regeln, sondern allgemein für alle Grundbuchrechte des Übergebers. Denn es bringt dem Übernehmer wenig, wenn ihn der Übergeber zwar vom Verfügungsverbot befreit, die Veräußerung aber an einer fortbestehenden Real-last des Übergebers scheitert.

d) Vergleichbare Fragen stellen sich auch bei Hinauszahlungspflichten, wie sie bei Hofübergaben häufig zugunsten der weichenden Geschwister begründet werden, sofern der Übernehmer (binnen bestimmter Fristen) Grundstücke veräußert. Hier regelt man häufig Ausnahmen (z. B. bei Flächentausch, Veräußerung von Bagatellflächen oder für öffentliche Zwecke, Reinvestition in den Betrieb etc.). Dies ersetzt funktional eine Zustimmungspflicht.

Die Hinauszahlungsklausel selbst wird man nicht ändern. Sofern aber die Hinauszahlung durch eine Sicherungshypothek für die weichenden Erben abgesichert ist (was in der Praxis wohl eher selten vorkommt), sollte die allgemeine Klausel über Zustimmungspflicht zum Rangrücktritt bzw. zur Freigabe bei Veräußerungen auch für die Sicherungshypothek gelten.

e) Eine Vertragsklausel zur Zustimmungspflicht könnte wie folgt lauten:

Freigabepflicht

a) Der Übergeber verpflichtet sich, Grundstücke von seinen Rechten freizugeben bzw. mit seinen Rechten im Rang hinter Grundpfandrechte oder Dienstbarkeiten o. ä. zurückzutreten (bzw. der Veräußerung oder Belastung zuzustimmen),

- wenn die Veräußerung oder die Bestellung der vorrangigen Belastung einer ordnungsgemäßer Bewirtschaftung entspricht,
- die Verwendung der Gegenleistungen bzw. Kredite für den Betrieb gesichert ist
- und die verbleibende dingliche Absicherung genügt, insbesondere die Rechte immer noch innerhalb der ersten??? 60 % des Verkehrswerts aller Grundstücke abgesichert sind. Vorrangige Grundpfandrechte sind dabei mit ihrem Kapitalbetrag zuzüglich Nebenleistung und Zinsen für fünf Jahre anzusetzen.
- Das Wohnungsrecht muss unverändert bleiben.
- *Ggf.*: Ist eine bedingte Übertragungspflicht vereinbart, unterfallen ihr auch die ersatzweise erworbenen Grundstücke; auch dort ist die Auflassungsvormerkung einzutragen. Auch der Vormerkung dürfen höchstens Belastungen bis zu??? 60 % des Verkehrswertes vorgehen.

b) *Ggf.*: Dieselbe Pflicht haben die aus der Sicherungshypothek Berechtigten.

6. Formulierungsvorschlag für Zustimmungspflicht bei Hausübergabe

a) Bei Hausübergabeverträgen erfordert die BGH-Entscheidung keine Änderungen in der Vertragsgestaltung. Will man dies gleichwohl regeln, könnte man wie folgt formulieren:

Zustimmungspflicht

Der Veräußerer verpflichtet sich, auf Verlangen mit seiner Rückauflassungsvormerkung (nicht aber mit dem Wohnungsrecht) im Rang hinter Grundpfandrechte zurückzutreten, sofern die gesicherten Kredite (*ggf. beschränken*: bei der erstmaligen Valutierung) ausschließlich zur Finanzierung von Umbauten oder Renovierungen des Vertragsbesitzes dienen bzw. zur Zahlung von Erschließungs- und Ausbaubeiträgen für diesen.

b) Bei der Übergabe eines Bauplatzes unter Rückforderungsvorbehalt wird man bisher schon einen Rangvorbehalt für Grundpfandrechte in der voraussichtlich zur Bebauung erforderlichen Höhe vorgesehen haben (wobei die Ausübung des Rangvorbehalts dadurch bedingt sein sollte, dass vom Vorrang des Grundpfandrechts nur Gebrauch gemacht werden darf, wenn die Grundpfandrechte bei der erstmaligen Valutierung nur für Kredite zur Bebauung des Vertragsobjekts oder zur Zahlung von Erschließungskosten dafür verwendet wurden).⁶

7. Formulierungsvorschlag für Vollmachten zur Freigabe

a) Damit Zustimmung und Freigabe später auch praktisch durchführbar sind, empfiehlt sich eine Kombination mit entsprechenden Freigabevollmachten.

Entbehrlich ist dies, wenn die Übergeber ohnehin eine (notariell beurkundete oder beglaubigte) Vorsorgevollmacht erteilt haben (oder sie in Zusammenhang mit dem Übergabevertrag erteilen).

b) Andernfalls schlage ich den Beteiligten bei verheirateten Übergebern eine wechselseitige „kleine Vorsorgevollmacht“ der Übergeber vor, beschränkt auf die ihnen im Vertrag vorbehaltenen Rechte – und zwar auch bei der normalen Hausübergabe ohne Zustimmungspflicht:

Gegenseitige Löschungsvollmacht der Übergeber

Die Übergeber, Frau ... und Herr ..., erteilen sich hiermit gegenseitig Vollmacht (unter Befreiung von § 181 BGB und über ihren Tod hinaus), die Aufhebung oder Änderung, Löschung oder Rangrücktritt der in dieser Urkunde für sie (oder für einen von ihnen) bestellten Grundbuchrechte und der zugrundeliegenden Rechte und Ansprüche zu vereinbaren und zu bewilligen, insbesondere den Rangrücktritt hinter Grundpfandrechte – einschließlich der Neubestellung an einem anderen Objekt bei Pfandtausch.

Damit sichere ich die Möglichkeit von Grundbuchlöschung oder Rangrücktritt, falls (nur) einer der Übergeber später nicht mehr handlungsfähig sein sollte. Ich setze dabei stillschweigend voraus, dass der handelnde Ehegatte von der Vollmacht nur nach dem tatsächlichen oder mutmaßlichen Willen des vertretenen Ehegatten Gebrauch macht.

Mit leicht abweichender Formulierung kann (und sollte) die Vollmacht auch verwendet werden, wenn der Ehegatte des Übergebers am Vertrag nicht beteiligt ist.

c) Bei einer Hofübergabe ist ggf. auch eine Löschungsvollmacht für den Übernehmer selbst zu erwägen. Sinnvoller dürfte hier aber eine allgemeine Vorsorgevollmacht des Übergebers sein; dort kann für Verfügungen über Grundstücke oder Grundstücksrechte (und damit auch über die den Übergebern vorbehaltenen Rechte) ggf. die Erklärung zweier Kinder verlangt werden, so dass der Übernehmen zumindest noch ein Geschwister von der Sinnhaftigkeit der Freigabe überzeugen muss.

Erhält der Übernehmer selbst Löschungsvollmacht, sollte man diese im Zweifel enger als die Zustimmungspflicht

⁶ In der Rückforderungsklausel selbst ist zu regeln, dass dem Übernehmer Aufwendungen für die Bebauung des Vertragsobjekts (ggf. auch dessen Umbau und Renovierung) sowie für Erschließungskosten im Fall der Rückforderung zu ersetzen sind (soweit sie noch werterhöhend sind). Für die Rückforderung im Todesfall des Übernehmers kann man diesen Wertersatz ausschließen.

fassen, so dass er ohne Mitwirkung der Übergeber (oder von deren Bevollmächtigten oder Betreuer) nur in eindeutigen Fällen die Freigabe erklären kann und dass hinreichende Flächen weiterhin zugunsten der Übergeber belastet bleiben.

Freigabevollmacht für Übernehmer

- a) Der Übergeber erteilt dem Erwerber widerruflich Vollmacht,
- die für ihn bestellten Rechte löschen zu lassen bzw. den Rangrücktritt zu erklären, sofern noch mindestens die Hofstelle (Flst. Nr. ...) und weitere ... Hektar des heute übergebenen Grundbesitzes im bisherigen Rang belastet bleiben. (ggf. Differenzierung nach Art der Flächennutzung: darunter mindestens ... Hektar von den Flst. Nr. ...).
 - Von der Vollmacht ausgenommen sind Verfügungen über das Wohnungsrecht und die Hofstelle (Flst. Nr. ...).
 - Die Vollmacht kann nur vor einem Notar mit Amtssitz in ... ausgeübt werden.
- b) Ggf.: Die aus der Herauszahlungspflicht Berechtigten, nämlich ..., erteilen dieselbe Vollmacht für die Sicherungshypothek.

Notar *Christian Hertel*, LL.M.
(George Washington Universität), Weilheim i. OB

2. BGB §§ 133, 1105, 1968; GBO §§ 19, 22, 23, 49 (*Zur grundbuchrechtlichen Behandlung eines Leibgedings nach dem Tod der Berechtigten*)

1. **Zur grundbuchrechtlichen Behandlung eines Leibgedings, wenn nach dem Tod der berechtigten Eheleute nur noch etwaige sonst nicht abgedeckte „Kosten einer standesgemäßen Bestattung und der Gottesdienste hiezu“ durch Reallast abgesichert sind.**
2. **Jedenfalls für Rechte, die überhaupt erst nach dem Tod des Berechtigten zum Tragen kommen, ist daran festzuhalten, dass ein (unzulässiger) Löschungserleichterungsvermerk grundsätzlich nicht in eine Löschungsvollmacht für den Eigentümer umgedeutet werden kann (insoweit Bestätigung von BayObLGZ 1997, 121; 1998, 250 = MittBayNot 1999, 74).**

OLG München, Beschluss vom 10.8.2012, 34 Wx 131/12; mitgeteilt von *Edith Paintner*, Richterin am OLG München

Die Beteiligten zu 1 und 2 sind in Gütergemeinschaft Eigentümer von Grundbesitz. In der Zweiten Abteilung des Grundbuchs war unter Nr. 3 folgende Belastung eingetragen:

Leibgeding für K St. ... und Ehefrau T. ... in Gütergemeinschaft; löschar bei Todesnachweis; gemäß Bewilligung vom 26.10.1981.

Die Berechtigten des Leibgedings sind am ... 2010 und am ... 2011 verstorben. Auf den Antrag, das Recht teilweise zu löschen, hat das Grundbuchamt am 11.11.2011 bei dem Recht vermerkt, dass es nur noch hinsichtlich der Reallast für Bestattungskosten (samt Gottesdiensten) besteht.

Die Beteiligten haben nunmehr die (Gesamt-)Löschung dieses Rechts beantragt. Mit Beschluss vom 2.4.2012 hat das Grundbuchamt den Antrag zurückgewiesen. Es hat ausgeführt, eine Amtslöschung in Form einer (Voll-)Löschung der Reallast komme nicht Betracht. Die Bestellung des noch verbliebenen Rechts in Form der Reallast als Teil eines Leibgedings sei nicht unter Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften eingetragen worden. Das Recht habe nach der Teillöschung nach wie vor als Einzelrecht Bestand. Die im Grundbuch eingetragene Vorlöschungsklausel sei hinsichtlich der noch

bestehenden Rechte irreführend. Ggf. bedürfe es eines Klarstellungsvermerks. Jedoch seien Gründe, einen Amtswiderspruch einzutragen, insoweit nicht ersichtlich. Die Vorlöschungsklausel habe sich nicht auf die nun vorgetragenen Reallasten bezogen; sie sei mit der Löschung der übrigen Rechte des Leibgedings im Jahr 2011 gegenstandslos geworden. Zutreffend sei, dass eine Vorlöschungsklausel bei Rechten, die erst mit dem Todesfall entstehen, nach heutigem Verständnis unzulässig sei. Es könne indessen nicht festgestellt werden, dass die bewilligenden Parteien im Jahr 1981 eine Eintragung des Rechts auch ohne die Vorlöschungsklausel gewollt hätten. Aus der genannten Urkunde lasse sich auch kein eindeutiger Wille der damals Beteiligten erkennen. Ob und in welchem Umfang die Frage der Zulässigkeit einer Vorlöschungsklausel bei der seinerzeitigen Beurkundung überhaupt von Bedeutung gewesen war, lasse sich heute nicht mehr feststellen. Es sei auch zweifelhaft, ob die Bewilligung einer Vorlöschungsklausel in eine Vollmacht zur Löschung bei Nachweis des Todesfalles umgedeutet werden könne. Denn der Wille der Beteiligten sei nicht eindeutig feststellbar. Eine Löschung aufgrund des Sterbenachweises scheide demnach aus.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Beteiligten vom 10.4.2012, der das Grundbuchamt nicht abgeholfen hat. (...)

Aus den Gründen:

II.

Die namens aller Beteiligten erhobene Beschwerde gegen die Versagung der beantragten Löschung (§ 15 Abs. 2, § 71 Abs. 1, § 73 GBO) ist zulässig, hat im Wesentlichen aber keinen Erfolg.

1. Die Löschung eines im Grundbuch eingetragenen Rechts erfordert nach der Grundnorm des § 19 GBO die Bewilligung des betroffenen Rechtsinhabers. Ist das Recht außerhalb des Grundbuchs erloschen, so kann es auch gelöscht werden, wenn die Unrichtigkeit des Grundbuchs nachgewiesen wird (§ 22 Abs. 1 Satz 1 GBO). Für Rechte, die auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränkt, aber bei denen Rückstände von Leistungen nicht ausgeschlossen sind, gilt die Sonderregelung des § 23 GBO. Der grundsätzlich erforderlichen Bewilligung des Rechtsnachfolgers bedarf es gemäß Abs. 2 dann nicht, wenn im Grundbuch eingetragen ist, dass für die Löschung des Rechts der Nachweis des Todes genügen soll.

Soweit Leibgedingsverträge auch (Teil-)Leistungen umfassen, die erst nach dem Tod des Berechtigten fällig werden, wie etwa Bestattungskosten, kann das Recht vererblich sein (BayObLG, Rpfleger 1983, 308). Die Eintragung einer Löschungserleichterungsklausel ist, wie das Zusammenspiel von § 23 Abs. 2 mit § 23 Abs. 1 GBO zeigt, unzulässig (st. Rspr.; z. B. BayObLG, Rpfleger 1983, 308; *Demharter*, GBO, 28. Aufl., § 32 Rdnr. 26) und auch nicht kraft Gewohnheitsrechts anzuerkennen (BayObLG, Rpfleger 1988, 98). Weil sich der öffentliche Glaube des Grundbuchs auf die – nach wie vor eingetragene – Löschungserleichterung nicht erstreckt (BayObLG, Rpfleger 1983, 308; *Demharter*, § 23 Rdnr. 26), ist auf die Anregung der Beteiligten bei der Eintragung vom 11.11.2011 klarstellend zu vermerken (*Demharter*, § 53 Rdnr. 7), dass sich die Löschungserleichterung hierauf nicht bezieht.

Zulässig war die Vorlöschungsklausel hingegen, soweit sie solche dem Leibgeding zugehörigen Rechte wie etwa das Wohnungsrecht (§ 1061 Satz 1, §§ 1093, 1090 Abs. 2 BGB) erfasst, die auf die Lebenszeit der Berechtigten beschränkt sind und dort Rückstände von Leistungen in Betracht kommen (vgl. *Meikel/Böhringer*, GBO, 10. Aufl., § 49 Rdnr. 128).

2. Im Übrigen teilt der Senat die gegen die noch vorhandene Eintragung vorgebrachten Bedenken nicht.

a) Es trifft zwar zu, dass die Reallast wesensmäßig wiederkehrende – nicht nur einmalige – Leistungen zum Gegenstand

hat (siehe § 1105 Abs. 1 BGB). Jedoch ist für das Leibgeding seit Langem anerkannt, dass ausnahmsweise auch einmalige Leistungen in die im Rahmen des Altenteils vereinbarte Reallast einbezogen werden können, wenn sie innerhalb eines Gesamtbereichs wiederkehrender Leistungen liegen, innerlich zu einem Leibgedinge gehören, dieses ergänzen und nur ihrer Natur nach einmalig sind (siehe KGJ 1, 439, 442; BayObLG, DNotZ 1970, 415; OLG Hamm, DNotZ 1973, 376, 378; *Palandt/Bassenge*, 71. Aufl., § 1105 Rdnr. 5). Dies ergibt sich zudem aus Art. 15, 16 BayAGBGB (siehe *Sprau/Ott*, Justizgesetze in Bayern, Art. 16 Rdnr. 12).

Auch als noch vom umfassenderen Leibgeding verbliebene – eine – Reallast ist die Eintragung nicht unzulässig, weil sie sich als Veränderung des ursprünglichen Rechts darstellt und in dessen Kontext ihren – nachvollziehbaren – Sinn ergibt, insbesondere keine Verwirrung besorgen lässt.

b) Der Bestimmtheitsgrundsatz des Grundbuchs wird durch die Eintragung gewahrt. Die Eintragungsbewilligung spricht von den Kosten einer „standesgemäßen“ Bestattung. Insoweit entsprach der Wortlaut der Vereinbarung der damals geltenden gesetzlichen Regelung in § 1968 BGB. Die Streichung des Worts „standesgemäß“ (mit Wirkung ab 1.1.1999) brachte keine inhaltliche Änderung, so dass auch heute noch gilt, dass der Verpflichtete die Kosten zu tragen hat, die an der Ausrichtung der Lebensstellung des (der) Verstorbenen orientiert sind (*Joachim in Burandt/Rojahn*, Erbrecht, § 1968 BGB Rdnr. 6 f.). Dies ist bestimmbar, zumal außerhalb der Bewilligung liegende Umstände hier herangezogen werden können (vgl. *Demharter*, Anhang zu § 44 Rdnr. 75 m. w. N.). Weitergehende Anforderungen sind auch im Hinblick nachrangig Berechtigter nicht zu stellen. Die Bewilligung präzisiert die Verpflichtung zur Tragung der Bestattungskosten noch dahin, dass die Gottesdienste „hiezuhin“ umfasst sind, also nur solche, die im unmittelbaren (zeitlichen) Zusammenhang mit den jeweiligen Beerdigungen stehen.

c) Das bestellte Leibgeding umfasst die Beerdigungskosten. In diesem Fall liegt es trotz der Möglichkeit, durch Auslegung nach § 133 BGB auch zu einem anderen Ergebnis zu gelangen (siehe *Demharter*, § 23 Rdnr. 26, und OLG Hamm, Rpfleger 1988, 247, 248), nahe, von Vererblichkeit auszugehen (BayObLG, Rpfleger 1997, 373; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rdnr. 1344; *Hügel/Reetz*, GBO, 2. Aufl., § 49 Rdnr. 19). Denn andernfalls wären derartige Kosten dinglich nicht hinreichend abgesichert. Dass dies hier anders sein sollte, ist nicht ersichtlich. Die Bewilligung des Löschungserleichterungsvermerks allein ist dafür nicht aussagekräftig; denn dieser gewährt nur eine formelle Erleichterung, lässt aber den materiellen Rechtsinhalt unberührt (*Demharter*, § 23 Rdnr. 24).

d) Nach der Rechtsprechung des vormals zuständigen BayObLG kommt die Umdeutung eines (unzulässigen) Löschungserleichterungsvermerks in eine Löschungsvollmacht für den Eigentümer grundsätzlich nicht in Betracht (BayObLGZ 1997, 121; 1998, 250 = MittBayNot 1999, 74; zustimmend *Meikel/Böttcher*, §§ 23, 24 Rdnr. 57; *Hügel/Wilsch*, § 23 Rdnr. 43; a. A. *Amann*, DNotZ 1998, 6, 14 f.; *ders.*, MittBayNot 1999, 75 f.; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rdnr. 1344, 1344a m. w. N.). Der Senat hat dies in einer jüngeren Entscheidung, die eine unzulässige Vorlöschungsklausel für eine Vormerkung betraf (siehe Beschluss vom 8.4.2010, 34 Wx 021/10 bei juris), in Frage gestellt. Für Rechte, die überhaupt erst nach dem Tod des Berechtigten zum Tragen kommen, hält der Senat an der Rechtsmeinung des BayObLG jedoch auch für den gegenständlichen Fall fest (differenzierend insoweit auch *Amann*, MittBayNot 1999, 75,

76). Es ist, jedenfalls mit den Mitteln des Grundbuchverfahrens, regelmäßig nicht feststellbar, dass der Berechtigte eine Vollmacht gerade dafür erteilen will, den Teil des Rechts zu einem Zeitpunkt löschen zu lassen, in dem es erst zum Tragen kommen soll und für den Rechtsnachfolger des Berechtigten Bedeutung erlangen kann (BayObLGZ 1998, 250, 254 f.). Es läge dann näher, die postmortale Leistung gar nicht erst dinglich abzusichern (siehe *Schöner/Stöber*, Rdnr. 1344a bei Fn. 49). Ob die Berechtigten im Zusammenhang mit der Bestellung des Rechts die notarielle Urkunde in Kenntnis der Vorlöschungsklausel unterzeichneten oder gar noch eine – nicht notwendige – Bewilligungserklärung abgaben, kann dabei im Allgemeinen keine Rolle spielen. Sonstige Hinweise auf einen eindeutigen Willen der damaligen Beteiligten über den niedergelegten Urkundeninhalt hinaus fehlen.

(...)

Anmerkung:

In der hier zu besprechenden Entscheidung des OLG München vom 10.8.2012 hatten Ehegatten in den 1980er Jahren Grundbesitz übertragen und sich dabei ein Leibgeding vorbehalten. 2010 bzw. 2011 verstarben die Ehegatten. Auf Antrag des Eigentümers, das Leibgeding teilweise zu löschen, wurde im Grundbuch vermerkt, dass das Leibgeding nur noch hinsichtlich der Reallast für Bestattungskosten (samt Gottesdiensten) fortbestehe. Die vollständige Löschung des Leibgedings wurde aber wegen der Vererblichkeit der Reallast abgelehnt. Der Antragsteller legte hiergegen Beschwerde ein, woraufhin das OLG München das Grundbuchamt bestätigte. Die Rechtsbeschwerde zum BGH wurde nicht zugelassen, so dass die Entscheidung des OLG München vom 10.8.2012 mittlerweile rechtskräftig ist.

1. Vorlöschungsklausel trotz vererblicher Reallast?

Bis in die 1980er Jahre hinein entsprach es bei vererblichen Reallasten, die sich auch auf postmortale Leistungen erstrecken, ständiger Praxis, dass eine Vorlöschungsklausel im Grundbuch eingetragen wurde.¹ Mittlerweile vertritt die obergerichtliche Rechtsprechung jedoch ganz einheitlich die Meinung, dass Vorlöschungsklauseln bei vererblichen Reallasten mangels Vorliegens eines „Rückstandes“ im Sinne des § 23 GBO verfahrensrechtlich unwirksam seien. Meist sind von der Rechtsprechung Reallasten betroffen, die neben den lebzeitigen Leistungen wiederkehrende postmortale Leistungen (z. B. Grabpflegekosten) sichern.²

Gegenstand der Entscheidung des OLG München vom 10.8.2012 war dagegen eine einmalige postmortale Leistung (Beerdigungskosten). Diese Besonderheit bildete gleichsam das Paradoxon der Entscheidung. Denn separat betrachtet kann eine einmalige Leistung nicht Gegenstand einer Reallast sein. Setzt sich die Reallast aber neben einer einmaligen Leistung auch aus wiederkehrenden (lebzeitigen) Leistungen zusammen, kann selbst eine einmalige postmortale Leistung durch die Reallast mitabgesichert werden.³ Der postmortale Annex der einmaligen Leistung macht dann die Reallast vererblich, so dass § 23 GBO bezüglich des Annexes nicht an-

¹ Vgl. *Frank*, MittBayNot 1997, 217.

² BayObLG, BReg. 2 Z 31/83, BayObLGZ 1983, 113 = MittBayNot 1983, 170 (Ls.); BayObLG, 2 Z BR 129/96, BayObLGZ 1997, 121; BayObLG, 2 Z BR 133/98, BayObLGZ 1998, 250 = MittBayNot 1999, 74 m. Anm. *Amann*; siehe auch LG Coburg, 2 T 100/82, Rpfleger 1983, 145; KG, 1 X 934/32, HRR 1933 Nr. 1353.

³ BayObLG, BReg. 2 Z 23/70, BayObLGZ 1970, 100; mit Übersicht *Meikel/Böhlinger*, GBO, 10. Aufl. 2009, § 49 Rdnr. 70, 74.

wendbar ist. Von einer eingetragenen Vorlöschungsklausel kann in diesem Fall nur mit Blick auf die prämortalen Leistungen (z. B. wiederkehrende Geldzahlungen) Gebrauch gemacht werden. Der Annex der einmaligen Leistung wird auf diese Weise zum „Zünglein an der Waage“, so dass sich die Frage stellt, ob nicht im Lichte der Vorlöschungsklausel die Reallast als nicht vererbliche auszulegen ist.

2. Vorlöschungsklausel bei einem Leibgeding

Bei einem Leibgeding kann eine Vorlöschungsklausel bereits dann im Grundbuch eingetragen werden, wenn auch nur eines der inbegriffenen Rechte nicht vererblich ist und insoweit Rückstände möglich sind. Dabei ist es unschädlich, dass auch eine vererbliche Reallast Teil des Leibgedings ist. Aus der Grundbucheintragung geht in der Regel nicht hervor, aus welchen Einzelrechten sich das Leibgeding zusammensetzt. Dies beruht darauf, dass § 49 GBO im Vergleich zu § 874 BGB eine stark erweiterte Bezugnahmemöglichkeit auf die Eintragungsbewilligung verfahrensrechtlich zulässt.⁴ Für welche Rechte die im Grundbuch eingetragene Vorlöschungsklausel gilt, geht lediglich aus der Eintragungsbewilligung hervor.⁵ Nur aus der Eintragungsbewilligung ist somit ersichtlich, dass sich die Vorlöschungsklausel auf eine ebenfalls inbegriffene vererbliche Reallast nicht erstreckt.⁶

In dem Fall des OLG München kann man davon ausgehen, dass die Bewilligung der Vorlöschungsklausel wohl nicht nur auf die sonstigen Rechte des Leibgedings, sondern auch auf die vererbliche Reallast Bezug nahm. Denn nur unter dieser Prämisse macht es Sinn, dass sich der Grundstückseigentümer auf die Vorlöschungsklausel bei der Löschung der Reallast berief. Für das OLG München hätte dies Anlass geboten, nicht nur ansatzweise, sondern tiefgründiger auf die Frage einzugehen, ob man die Bewilligung der Vorlöschungsklausel in Bezug auf die Reallast nicht hätte auslegen bzw. umdeuten können.⁷ Wie zu zeigen sein wird, wären neben der Umdeutung in eine Löschungsvollmacht eine weitere Umdeutungs- bzw. Auslegungsvariante in Betracht gekommen – alternative Wege, die das OLG München leider nur oberflächlich erörterte.⁸

3. Varianten und Möglichkeiten der Umdeutung

a) Nachgelagertes Ereignis als Bedingung

Als Umdeutungsvariante, die zugegebenermaßen „gekünstelt“ erscheint, wäre zunächst denkbar gewesen, in die Reallast im Lichte der Vorlöschungsklausel eine auflösende Bedingung hineinzulesen, und zwar dergestalt, dass die Reallast auflösend bedingt durch das Entstehen der Kostentragungsregelung vereinbart sein sollte. Bei dem Leibgeding hätte eine derartige auflösende Bedingung wegen § 49 GBO nicht in das

Grundbuch eingetragen werden müssen. Die auflösende Bedingung hätte lediglich im Wege der Auslegung oder Umdeutung aus der Bewilligung der Reallast hervorgehen müssen.⁹

Eine derart auflösende Bedingung hätte dazu geführt, dass die Reallast die Beerdigungskosten zwar erfasste, aber nicht ad infinitum weiter bestand, sondern postmortal mit dem Entstehen der Verpflichtung erlosch, die Beerdigungskosten tragen zu müssen. Wäre die Reallast durch das Entstehen dieser Verpflichtung spiegelbildlich gleichsam untergegangen, wären die Beerdigungskosten lediglich kurzzeitig Inhalt der Reallast geworden. Entstanden wäre die dingliche Verpflichtung, die Beerdigungskosten zu tragen, unmittelbar nach dem Erbfall. Denn auch die gesetzliche Verpflichtung des Erben, die sich aus § 1968 BGB ergibt, ist eine mit dem Tod entstehende Erbfallschuld. Die Reallast wäre auf diese Weise zwar vererblich gewesen. Wegen des feststehenden Endtermins wäre § 24 Alt. 2 GBO jedoch zur Anwendung gelangt, der seinerseits auf § 23 GBO verweist. Somit hätten die noch nicht beglichenen Beerdigungskosten als Rückstände im Sinne des § 23 Abs. 1 Satz 1 GBO eingestuft werden können. Der Eigentümer hätte die Reallast unter Nachweis des Entstehens der Verpflichtung zur Kostentragung (Vorlage der Sterbeurkunden, Vorlage der ursprünglichen Bewilligung) im Grundbuch löschen lassen können (§ 24 Alt. 2, § 23 Abs. 2 GBO).

b) Löschungsvollmacht

Wesentlich naheliegender wäre es im Vergleich zu einer Umdeutung der Vorlöschungsklausel in eine auflösende Bedingung gewesen, die Vorlöschungsklausel in eine Vollmacht zur Löschung zugunsten des (jeweiligen¹⁰) Eigentümers umzu-
deuten.¹¹ Anknüpfungspunkt dieser Umdeutungsvariante wäre die Mitwirkung der Erblasser an der ursprünglichen Bestellung der Reallast gewesen.

aa) Anknüpfungspunkt der Umdeutung

Einer solchen Umdeutung hätte nicht entgegengestanden, dass die ursprünglichen Berechtigten, d. h. die Erblasser, bei gleichzeitiger Eintragung der Vorlöschungsklausel mit der Reallast an der Eintragung der Vorlöschungsklausel nicht hätten mitwirken müssen. Denn die Bewilligung des (künftigen) Berechtigten zur Eintragung einer Vorlöschungsklausel ist dann entbehrlich, wenn die Eintragung des Vermerks gleichzeitig mit der Eintragung des Rechts selbst bewilligt wird und gleichzeitig mit ihr erfolgt.¹² Ist die Bewilligung des Berechtigten der Reallast aber nur dann notwendig, wenn die Vorlöschungsklausel zu einem späteren Zeitpunkt nach Eintragung der Reallast hinzugefügt werden soll und wirkt der Berechtigte sogar bei einer anfänglichen Eintragung der Vorlöschungsklausel überobligatorisch mit, verstärkt dies geradezu den Eindruck, dass er mit seiner Mitwirkung hilfsweise einen

⁴ BGH, V ZB 31/93, DNotZ 1994, 881; OLG Frankfurt, 20 W 452/11, FGPrax 2012, 190, 191.

⁵ *Bauer/von Oefele/Wegmann*, GBO, 3. Aufl. 2013, § 49 Rdnr. 33.

⁶ *Hügel/Reetz*, GBO, 2. Aufl. 2010, § 49 Rdnr. 42; *Bauer/von Oefele/Wegmann*, GBO, 3. Aufl. 2013, § 49 Rdnr. 34; *Demharter*, GBO, 28. Aufl. 2012, § 23 Rdnr. 26; *Meikel/Böhlinger*, GBO, 10. Aufl. 2009, § 49 Rdnr. 128; gegen die Eintragung einer Vorlöschungsklausel (insgesamt) im Falle einer vererblichen Reallast als Teil des Leibgedings *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 1344.

⁷ Hierzu allgemein *KEHE/Dümmig*, Grundbuchrecht, 6. Aufl. 2006, Einl C 29.

⁸ So OLG Düsseldorf, 3 Wx 168/02, RNotZ 2002, 454, 455; zur Auslegung bei Beerdigungskosten für den erstversterbenden Ehegatten OLG Hamm, 15 W 506/86, MittRhNotK 1988, 118.

⁹ *Hügel/Reetz*, GBO, 2. Aufl. 2010, § 49 Rdnr. 40; zur Notwendigkeit der Eintragung, wenn die Reallast selbst im Grundbuch vermerkt ist OLG Köln, 2 Wx 44/93, MittRhNot 1994, 149 f.

¹⁰ Fraglich ist, ob die mit der Bevollmächtigung des jeweiligen Eigentümers einhergehende „Verdinglichung“ der Vollmacht zulässig ist; dies bejahend *Wufka*, MittBayNot 1996, 156, 159 f.; *Bolkart in Hausschild/Kallrath/Wachter*, Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2011, § 10 Rdnr. 123; *Krauβ*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 6. Aufl. 2012, Rdnr. 342; kritisch hierzu *Reymann*, ZNotP 2012, 84, 89.

¹¹ Eine Umdeutung in eine Löschungsvollmacht mit überzeugenden Argumenten bejahend *Amann*, DNotZ 1998, 6; *Frank*, MittBayNot 1997, 217, 218; *Wufka*, MittBayNot 1996, 156, 161 f.; a. A. *Staudinger/Albrecht*, Neubearb. 2012, Art. 96 EGBGB Rdnr. 21; *KEHE/Dümmig*, Grundbuchrecht, 6. Aufl. 2006, § 23 Rdnr. 51.

¹² Vgl. BGH, V ZB 15/75, DNotZ 1976, 490.

eigenständigen Aussagegehalt verband, beispielsweise eine Bevollmächtigung aussprechen wollte.

bb) Zielkonflikt mit dem Legalitätsgrundsatz

Dennoch stellt sich die Frage, ob gegen eine Umdeutung in eine Löschungsvollmacht andere Aspekte sprachen. Einer Umdeutung der Vorlöschungsklausel in eine Vollmacht, die den Grundstückseigentümer zur Aufhebung der Reallast ermächtigt, hätte entgegengehalten werden können, dass eine solche Vollmacht in ihren Wirkungen über eine Vorlöschungsklausel hinausgeht. Denn der Grundstückseigentümer kann mit ihrer Hilfe nicht nur die Grundbucheintragung, sondern das Recht materiellrechtlich beseitigen.

Damit das Ersatzgeschäft (Vollmacht) in seinen Wirkungen nicht weiter geht als das umzudeutende Geschäft,¹³ hat namentlich *Amann* vorgeschlagen, die Vorlöschungsklausel dahingehend umzudeuten, dass der Reallastberechtigte lediglich Vollmacht zur Beseitigung der Grundbucheintragung, nicht aber zur materiellrechtlichen Aufhebung der Reallast erteilt.¹⁴ Für die Erben der Reallastberechtigten hat dies den Vorteil, dass sie geringfügiger beeinträchtigt werden, weil sie gegen die Löschung jederzeit die Eintragung einer Verfügungsbeschränkung gemäß § 938 Abs. 1 ZPO oder eines Widerspruchs gemäß § 899 BGB erreichen können.¹⁵ Zwar ist bei einer Reallast, die Beerdigungskosten umfasst, das Fortbestehen des Rechts über den Tod hinaus nahezu sicher, während bei einer Vorlöschungsklausel Rückstände nur „nicht ausgeschlossen“ sind. Andererseits können Vorlöschungsklauseln aber durchaus auch dann zum Einsatz gelangen, wenn Rückstände mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit fortbestehen. Dies ist beispielsweise denkbar, wenn die lebzeitigen Leistungen jeweils zu Beginn eines Kalenderjahres entstehen, erst gegen Ende des Jahres fällig werden und der Reallastberechtigte unterjährig verstirbt.

Berechtigt die Vollmacht lediglich zur Beseitigung der Grundbucheintragung, könnte gleichwohl der grundbuchrechtliche Legalitätsgrundsatz den Gebrauch der Löschungsvollmacht ausschließen.¹⁶ Der Legalitätsgrundsatz besagt, dass der Rechtspfleger beim Grundbuchamt das Grundbuch mit der wirklichen Rechtslage in Einklang halten muss. Er darf nicht dabei mitwirken, das Grundbuch bewusst unrichtig zu machen.¹⁷ Dies tut er, wenn er bei der Eintragung zu einem sicher fortbestehenden Recht einen Lösungsvermerk ins Grundbuch einträgt. Diese Grundsätze sind auch bei der Umdeutung in eine Löschungsvollmacht zu beachten, die nur zur Beseitigung der Grundbucheintragung legitimiert. Möglicherweise rekurrten hierauf das BayObLG und das OLG München, als sie die Umdeutung in eine Vollmacht unter Hinweis darauf ablehnten, dass bei einer Reallast, die Beerdigungskosten umfasst, ein Teil des Rechts erst mit dem Tod des Berechtigten entsteht, die Reallast mit dem Tod des Berechtigten also gerade nicht erlischt.¹⁸

Gegen den Ansatz, den Legalitätsgrundsatz der Umdeutung in eine „reduzierte“ Löschungsvollmacht entgegenzuhalten,

spricht allerdings, dass nicht die Löschungsvollmacht selbst, sondern allenfalls ihr Gebrauch ggf. zur Unrichtigkeit des Grundbuchs führt. Selbst Letzteres steht in der Regel aber nicht fest. Im Rahmen des § 875 BGB ist – ähnlich wie bei § 873 BGB – anerkannt, dass die materiellrechtliche Aufhebungserklärung der Eintragung der Löschung auch nachfolgen kann.¹⁹ Regelmäßig sind Löschungsbewilligungen dahingehend auslegungsfähig, dass sie auch die Aufgabenerklärung gemäß § 875 Abs. 1 BGB mitenthalten.²⁰ Wie eine Entscheidung des OLG München aus dem Jahre 2011 zeigt, kann in einer Löschungsbewilligung aber ausdrücklich klargestellt werden, dass mit ihr keine Aufgabenerklärung im Sinne des § 875 Abs. 1 BGB abgegeben wird. Selbst in einem solchen Fall darf der Rechtspfleger die Löschung jedoch nur dann verweigern, wenn er auf Grund von Tatsachen die sichere Kenntnis davon hat, dass das Grundbuch durch die Eintragung der Löschung unrichtig wird.²¹

Deutet man eine unwirksame Vorlöschungsklausel dahingehend um, dass sie nur zur Beseitigung der Grundbucheintragung berechtigt, kann eine Löschungsbewilligung, die der bevollmächtigte Eigentümer abgibt, denkbare Weise nicht die Aufhebung (§ 875 BGB) erfassen. Mit Blick auf den Legalitätsgrundsatz hat dies zur Folge, dass die in Ausübung der Vollmacht abgegebene Löschungsbewilligung jedenfalls dann nicht vollziehbar ist, wenn der Rechtspfleger im Zeitpunkt der Löschung sichere Kenntnis vom dem Fortbestand der Reallast hat. Wird die Vollmacht nicht sofort nach dem Erbfall eingesetzt, dürfte es an dieser sicheren Kenntnis in aller Regel fehlen. Zwar existiert bei einer vererblichen Reallast unmittelbar nach dem Tod eine sehr hohe Wahrscheinlichkeit, dass die Reallast fortbesteht, weil aus der Eintragungsbewilligung hervorgeht, dass die Reallast die nach dem Erbfall entstehenden Beerdigungskosten erfasst.²² Macht der Eigentümer von der Löschungsvollmacht aber z. B. erst einen Monat nach dem Erbfall Gebrauch, ist der Fortbestand des Rechts jedenfalls nicht sicher.

Die Beteiligten können z. B. einen sog. Bestattungsvorsorgevertrag mit einem Bestattungsunternehmen zu Lebzeiten der Reallastberechtigten abgeschlossen haben, nach dem die voraussichtlichen Bestattungskosten zu Lebzeiten bereits auf ein Treuhandkonto zugunsten des Bestattungsunternehmens eingezahlt werden mussten.²³ In diesem Fall kann die Verpflichtung zur Kostentragung schon unmittelbar nach dem Erbfall erloschen sein. Antizipiert können die Verstorbenen oder die Erben die Aufhebung (§ 875 Abs. 1 BGB) gegenüber dem Eigentümer formlos erklärt haben. Aber auch sonst kann der Rechtspfleger jedenfalls zu einem Zeitpunkt, in dem üblicherweise die Beerdigung bereits stattgefunden hat, keineswegs sicher ausschließen, dass die Erben im Gegenzug zur Kostenbegleichung (konkludent) die Aufhebung gegenüber dem Eigentümer erklärt haben könnten (§ 875 Abs. 1 BGB). Die Abgabe einer derartigen Aufhebungserklärung ist auch bei Grabpflegekosten durchaus denkbar. Hier können der Erblasser oder die Hinterbliebenen mit einer Friedhofsgärtnerei und

¹³ Vgl. hierzu BGH, II ZR 229/54, BGHZ 20, 363, 370 f.; *Staudinger/H. Roth*, Neubearb. 2010, § 140 BGB Rdnr. 22.

¹⁴ Hierzu im Einzelnen *Amann*, DNotZ 1998, 6, 12; *ders.*, MittBayNot 1999, 74, 76.

¹⁵ *Amann*, MittBayNot 1999, 76.

¹⁶ *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 209.

¹⁷ BayObLG, 2 Z 76/80, BayObLGZ 1981, 110, 112; *KEHE/Dümic*, Grundbuchrecht, 6. Aufl. 2006, Einl. Rdnr. C 70.

¹⁸ So fast wörtlich, ohne auf den Sonderfall der rein verfahrensrechtlichen Löschungsvollmacht einzugehen BayObLG, 2 Z BR 133/98, MittBayNot 1999, 74, 75.

¹⁹ *Staudinger/Gursky*, Neubearb. 2012, § 875 BGB Rdnr. 21.

²⁰ Statt aller BGH, V ZR 76/71, BGHZ 60, 46, 52; BGH, IX ZR 81/94, BGHZ 130, 314, 324; OLG Hamm, 15 W 99/76, DNotZ 1977, 35.

²¹ OLG München, 34 Wx 169/10, FGPrax 2011, 69.

²² Vgl. hierzu die Ausführungen des BayObLG in Bezug auf Beerdigungs- und Grabpflegekosten BayObLG, 2 Z BR 133/98, BayObLGZ 1998, 250, 254 f. = MittBayNot 1999, 74, 75.

²³ Vgl. BSG, B 8/9 b SO 9/06 R, ZEV 2008, 539; siehe hierzu das Formulierungsbeispiel bei *Hutter-Vortisch* in *Krug/Rudolf/Kroiß/Bittler*, Anwaltformulare Erbrecht, 4. Aufl. 2010, § 6 G. II. 3. b).

einer Friefhofsgenossenschaft vorsorgend einen Dauergrabpflegevertrag auf eine bestimmte Laufzeit abgeschlossen haben. Die gesamte Vertragssumme wird bereits im Voraus an eine Friedhofsgenossenschaft als Treuhandstelle gezahlt, die Jahr für Jahr die Friedhofsgärtnerei für die Leistungen bezahlt und in regelmäßigen Abständen die Qualität der Ausführung kontrolliert.

c) Sonderfall der Rückauffassungsvormerkung

Erst recht steht der Legalitätsgrundsatz der Umdeutung einer unzulässigen Vorlöschungsklausel in eine Löschungsvollmacht nicht entgegen, wenn es um die Beseitigung einer im Grundbuch noch eingetragenen Rückauffassungsvormerkung geht. Diesbezüglich deutete das OLG München in einem anderen Fall bereits an, dass die Umdeutung in eine Löschungsvollmacht und deren Gebrauchmachen nicht von vornherein ausgeschlossen seien.²⁴ Der Grund dafür, die Umdeutung in einem solchen Fall bereits vorderhand zuzulassen, dürfte darin bestehen, dass im Gegensatz zu einer vererblichen Reallast die Fortexistenz der Rückauffassungsvormerkung im Zeitpunkt des Todes bereits unwahrscheinlich ist. Dies hat zur Folge, dass der Rechtspfleger in keiner Weise sicher behaupten kann, durch die bloße Beseitigung der Eintragung würde das Grundbuch unrichtig. Von daher läuft der Gebrauch einer Löschungsvollmacht, die zur Löschung einer Rückauffassungsvormerkung ermächtigt, dem Legalitätsgrundsatz erst recht nicht zuwider.

c) Nicht vererbliche Reallast

Neben der Umdeutung in eine Löschungsvollmacht wäre bei interessengerechter Auslegung als dritte Variante in Betracht gekommen, die Reallast im Lichte der Vorlöschungsklausel dahingehend auszulegen, dass sie nicht vererblich sein sollte. Für eine solche Auslegung hätte gesprochen, dass bei der Auslegung eines dinglichen Rechts, das mit einer Vorlöschungsklausel versehen ist, nicht unberücksichtigt bleiben kann, in welchem Verhältnis die lebzeitigen Leistungen zu der postmortalen Leistung stehen.

Erweckt die Bewilligungsurkunde den Anschein, dass die Reallast auch Beerdigungskosten miterfasst, zählen diese Kosten zwar grundsätzlich zum dinglichen Inhalt der Reallast. Bewilligen die Beteiligten zugleich jedoch eine (insoweit an sich unwirksame) Vorlöschungsklausel, liegt es nicht fern, dass die Beteiligten dadurch zum Ausdruck bringen, dass die Regelung zur Tragung der Bestattungskosten nur als schuldrechtliche Regelung vereinbart sein soll. Zwar spricht gegen eine derartige Umdeutung der unwirksamen Vorlöschungsklausel in der Regel der Wortlaut der Bewilligungsurkunde – etwa wenn die Regelung zu den Bestattungskosten in engem räumlichem Zusammenhang mit den wiederkehrenden lebzeitigen Leistungen in der Urkunde stehen. Für eine Auslegung der Reallast als nicht vererbliches Recht (im Lichte der unwirksamen Vorlöschungsklausel) lassen sich jedoch Wertungsaspekte ins Feld führen.

Zumindest bei einmalig anfallenden Beerdigungskosten wollen die Reallastberechtigten (im Gegensatz zu dauerhaften postmortalen Leistungsverpflichtungen) in der Regel nicht, dass allein wegen der in § 1968 BGB gesetzlich geregelten Bestattungskosten die Zwangsversteigerung in den Familiengrundbesitz betrieben werden kann. Vielmehr ist eine solche

dingliche Sicherung (§§ 1107, 1147 BGB) in einem derartigen Fall regelmäßig nur wegen der lebzeitigen Versorgung gewollt. Dies lässt sich bereits daraus herleiten, dass bei der Auslegung eines vererblichen Rechts nicht auf den Willen der Erben, sondern auf denjenigen der Erblasser abzustellen ist. Erblasser haben in der Regel jedoch kein gesteigertes Interesse daran, dass Beerdigungskosten, die erst nach ihrem Tod entstehen, dinglich gesichert werden. Berücksichtigt man in diesem Sinne, dass Gegenstand des Beschlusses vom 10.8.2012 keine dauerhaften postmortalen Leistungen (Grabpflegekosten) waren, sondern nur eine einmalige postmortale Leistung (Bestattungskosten) im Raum stand, hätte das OLG München es als Auslegungsvariante zumindest in Erwägung ziehen können, ob die Parteien wegen der Vorlöschungsklausel die Reallast auf die Lebenszeit der Berechtigten beschränken wollten.²⁵

Ansatzweise zog bereits das BayObLG in der Vergangenheit in Betracht, eine Reallast mit unwirksamer Vorlöschungsklausel dahingehend auszulegen, „dass die erst nach dem Tode des Berechtigten fälligen Leistungen von vornherein nicht durch die Reallast gesichert sein sollten“.²⁶ Für eine derartige Auslegung ist anzuführen, dass Beerdigungskosten meist wirtschaftlich nur einen Bruchteil der kapitalisierten Reallastleistungen ausmachen, obwohl ihre Entstehung sicher ist. Demzufolge werden die Erben nicht allzu sehr beeinträchtigt, wenn der Eigentümer die Grundbucheintragung unter Vorlage der Sterbeurkunden beseitigen kann.²⁷ Aus Sicht des Grundstückseigentümers besteht der Vorteil einer Einstufung der Reallast als nicht vererbliches Recht gerade darin, dass eine gleichsam bewilligte Vorlöschungsklausel (§ 23 Abs. 2 GBO) wirksam ist. Von ihr kann der Grundstückseigentümer Gebrauch machen, weil das Recht auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränkt ist und zudem Rückstände wegen der lebzeitigen Versorgungsleistungen nicht ausgeschlossen sind. Eine derartige Auslegung erscheint – jedenfalls bei einer einmaligen postmortalen Leistung – auch deswegen interessengerecht, weil Beerdigungskosten wirtschaftlich eher als Grabpflegekosten bzw. eher als eine womöglich noch fortbestehende Rückauffassungsvormerkung dem in § 23 Abs. 1 GBO geregelten Referenzfall der „Rückstände“ entsprechen.

4. Beschluss des OLG München vom 28.1.2013

Im Rückblick ist bemerkenswert, dass das OLG München in einem weiteren Beschluss vom 28.1.2013 (Az.: 34 Wx 329/12) ebenfalls auf keine der vorstehenden Überlegungen einging, sondern seine Entscheidung vom 10.8.2012 ohne Einschränkung bestätigte. Soweit ein Leibgeding die Kosten einer standesgemäßen Bestattung umfasse, sei eine Löschungserleichterungsklausel unzulässig. Eine Umdeutung in eine Löschungsvollmacht für den Eigentümer komme dann grundsätzlich nicht in Betracht. Für eine derartige Auslegung fehle es bereits an einem Bedürfnis, weil es die Parteien bei der Vertragsgestaltung selbst in der Hand haben, eine Löschungsbewilligung der Erben – etwa durch eine ausdrückliche Vollmachtserteilung – entbehrlich zu machen. Gleichwohl bejahte das OLG München in seinem Beschluss vom 28.1.2013 die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde, so dass ggf. mit einer höchstrichterlichen Klärung der Problematik zu rechnen sein wird.

Notarassessor PD Dr. *Christoph Reymann*, Würzburg

²⁴ „... Umdeutung nicht ausgeschlossen ...“, OLG München, 34 Wx 21/10, 34 Wx 021/10, juris-Datenbank, Rdnr. 19; zur Unwirksamkeit der Vorlöschungsklausel bei einer Vormerkung BGH, V ZB 16/91, BGHZ 117, 390 = MittBayNot 1992, 193 m. Anm. Ertl.; BGH, V ZB 34/94, BGHZ 130, 385 = MittBayNot 1996, 26.

²⁵ Vgl. *Meikel/Böhringer*, GBO, 10. Aufl. 2009, § 49 Rdnr. 128.

²⁶ BayObLG, 2 Z BR 133/98, BayObLGZ 1998, 250, 255 = MittBayNot 1999, 74, 75.

²⁷ Hierzu im Einzelnen *Amann*, DNotZ 1998, 6, 12; *ders.*, MittBayNot 1999, 74, 76.

3. BGB § 168; GBO §§ 18, 19 (*Wirksamkeit einer postmortalen Löschungsvollmacht trotz Testamentsvollstreckung*)

Wirksamkeit einer postmortalen Vollmacht zur Löschung einer zugunsten des Erblassers eingetragenen Rückkauflassungsvormerkung trotz angeordneter Testamentsvollstreckung.

OLG München, Beschluss vom 26.7.2012, 34 Wx 248/12; mitgeteilt von *Edith Paintner*, Richterin am OLG München

Mit notarieller Urkunde vom ... 2002 überließ H M seinem Sohn, dem Beteiligten, Wohnungs- und Teileigentum. Für den Veräußerer wurde für einen aufschiebend bedingten Rückkaufanspruch eine Rückkauflassungsvormerkung bewilligt und am 29.1.2003 zusammen mit dem Eigentumsübergang im Grundbuch eingetragen. Der Veräußerer verstarb am ... 3.2010. Im notariellen Testament vom selben Tag hatte er den Beteiligten zum Erben eingesetzt und ihn mit Vermächtnissen belastet. Im Hinblick auf deren Erfüllung und die Erfüllung der Grundbesitzauswechslung wurde Testamentsvollstreckung angeordnet. Die Sterbeurkunde befindet sich in beglaubigter Abschrift beim Grundbuchamt. In der notariellen Urkunde vom 23.12.2002 bevollmächtigte der Übergeber für seinen Todesfall den Erwerber – den Beteiligten –, die Löschung der zu ihren (gemeint: seinen) Gunsten im Grundbuch eingetragenen Vormerkung unter Vorlage einer Sterbeurkunde zu bewilligen.

Unter dem 12.5.2012 hat der Notar gemäß § 15 GBO die Löschung unter Vorlage einer Bewilligung des Beteiligten beantragt. Mit Zwischenverfügung vom 18.5.2012 hat das Grundbuchamt Frist zur Behebung folgenden Eintragungshindernisses gesetzt: Der Erblasser habe Testamentsvollstreckung angeordnet, diese sei mit seinem Tod eingetreten. Die dem Erben (Beteiligten) im Überlassungsvertrag erteilte Vollmacht zur Löschung der Vormerkung sei mit Eintritt des Todes und Wirksamwerden der Testamentsvollstreckung erloschen. Zur Löschung der Vormerkung sei die Vorlage einer Bewilligung der Testamentsvollstreckung neben Testamentsvollstreckungszeugnis in grundbuchtauglicher Form erforderlich.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde des Beteiligten, die damit begründet wird, dass die Vollmacht nicht durch den Todesfall erloschen, sondern als postmortale Vollmacht gerade dafür erteilt sei. Die Vollmacht sei dem Beteiligten auch nicht als Erben, sondern als dem Erwerber des Grundbesitzes erteilt und daher von der Erbenstellung unabhängig. Daher sei es unerheblich, ob er durch eine Testamentsvollstreckung beschwert sei. Bei der dem Erwerber erteilten postmortalen Löschungsvollmacht handle es sich um ein übliches Verfahren, diesem die Löschung der Vormerkung nach Versterben des Veräußerers zu ermöglichen, ohne Erbe zu sein und ohne eine Erklärung der Erben zu benötigen.

Das Grundbuchamt hat der Beschwerde nicht abgeholfen.

Aus den Gründen:

II.

Die zulässige Beschwerde gegen die Zwischenverfügung (§ 15 Abs. 2, § 18 Abs. 1, § 71 Abs. 1 und § 73 GBO) hat zumindest vorläufig Erfolg.

1. Die Zwischenverfügung (§ 18 Abs. 1 GBO) ist aufzuheben, unabhängig davon, ob man die Rechtsansicht des Grundbuchamts teilt. Folgt man dieser, so liegt nämlich ein nicht behebbares Eintragungshindernis vor, so dass der Löschantrag sofort zurückzuweisen wäre (BayObLG Rpfleger 1986, 176; vgl. *Demharter*, GBO, 28. Aufl., § 18 Rdnr. 12 und 32). Denn die nach Meinung des Grundbuchamts zur Löschung erforderliche Bewilligung der Testamentsvollstreckung (§ 19 GBO, § 2205 BGB) liegt nicht vor. Die Zwischenverfügung mit ihrer rangwahrenden Wirkung dient aber nicht dazu, erst die Schaffung der Eintragungs- bzw. der Löschantraggrundlagen zu ermöglichen (vgl. auch OLG Frankfurt, ZEV 2012, 377).

2. Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

a) Mit der überwiegenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur ist davon auszugehen, dass bereits eine transmortale, also vor und über den Tod hinaus geltende Vollmacht selbstständig neben der Testamentsvollstreckung stehen und dem Vollmachtnnehmer eigenständige, vom Erblasser und nicht vom Testamentsvollstrecker abgeleitete Befugnisse verleihen kann (vgl. auch wegen weiterer Nachweise Senat vom 15.11.2011, 34 Wx 388/11 = FGPrax 2012, 14 = MittBayNot 2012, 227; OLG Frankfurt, ZEV 2012, 377, jeweils zur Generalvollmacht; *Palandt/Weidlich*, 71. Aufl., vor § 2197 Rdnr. 12). Dabei mag es Fälle geben, in denen die Wirkung durch die Rechte des Testamentsvollstreckers eingeschränkt wird, sobald dieser das Amt angenommen hat (vgl. *Staudinger/Reimann*, Neubearb. 2012, § 2197 Rdnr. 68). Das Verhältnis ist jedoch anders zu beurteilen, wenn anzunehmen ist, dass nach dem Willen des Erblassers die Rechte des Testamentsvollstreckers durch die des Bevollmächtigten eingeschränkt sein sollen (vgl. Senat, a. a. O.; *Staudinger/Reimann*, a. a. O.; MünchKommBGB/*Zimmermann*, 5. Aufl., vor § 2197 Rdnr. 5). Da beide, Testamentsvollstrecker wie Bevollmächtigter, ihre Befugnisse vom Erblasser herleiten, ist dessen Erklärung auszulegen (vgl. MünchKommBGB/*Zimmermann*, vor § 2197 Rdnr. 15 a. E.). Die Auslegung nach den Maßstäben des § 133 BGB kann und muss das Grundbuchamt unabhängig von der Schwierigkeit auftauchender Rechtsfragen (vgl. *Demharter*, GBO, § 35 Rdnr. 42 m. w. N.) vornehmen.

b) Diese Grundsätze müssen umso mehr für die postmortale Vollmacht gelten, die erst ab dem Tod des Vollmachtgebers Wirkung entfaltet (§ 168 BGB). Die Auslegung der gegenständlichen Vollmacht dürfte zu dem Schluss führen, dass der Beteiligte die Verfügungsmacht besitzt, die Löschung der Vormerkung zu bewilligen, und zwar unabhängig von seiner erbrechtlichen Stellung.

(1) Allein daraus, dass die (spezielle) Vollmacht erst ab dem Tod des Vollmachtgebers Geltung beansprucht, lässt sich schließen, dass sie neben den Befugnissen der Testamentsvollstrecker weiter bestehen soll. Die Vollmacht ist im Übrigen im Eigeninteresse des Bevollmächtigten (= Beteiligten) eingeräumt und soll der Erfüllung des Überlassungsvertrags vom 23.12.2002 dienen. Sie bezweckt ersichtlich, die vereinbarte Löschung zu erleichtern (vgl. etwa MünchKommBGB/*Schramm*, 6. Aufl., § 168 Rdnr. 6 und 17). Diese Absicht der Vertragsparteien wäre durchkreuzt, wenn die Löschung vom Willen der Testamentsvollstrecker abhängig wäre. Dabei muss in Kauf genommen werden, dass dann, wenn das Rücktrittsrecht ausgeübt wurde und damit nach § 12 Ziffer 2 des Vertrags vom 23.12.2002 vererblich und übertragbar ist, der Erwerber die Rechtsmacht hat, die Sicherung des Rückkaufanspruchs zu beseitigen. Diese Möglichkeit haben die Vertragsparteien aber in Kauf genommen, wie die zeitgleich und in derselben vertraglichen Bestimmung aufgenommene Bevollmächtigung hinreichend zum Ausdruck bringt.

(2) Das Grundbuchamt geht aufgrund anderer Vorgänge davon aus, dass der Beteiligte durch die Testamentsvollstreckung beschwerter (Allein-)Erbe ist. Dann könnte freilich die Vollmacht durch Konfusion erloschen sein (vgl. *Palandt/Weidlich*, vor § 2197 Rdnr. 12). Für diesen Fall dürfte aber die Vollmacht gegenüber Dritten und auch gegenüber dem Grundbuchamt ihre Legitimationswirkung behalten (vgl. MünchKommBGB/*Schramm*, § 168 Rdnr. 17 bei Fn. 3 m. w. N.). Wenn der Beteiligte zwar Alleinerbe, aber durch die Testamentsvollstreckung beschränkt ist, lässt sich die Klausel ggf. auch so auslegen, dass er unabhängig von der Testamentsvollstreckerbestellung insoweit über den Nachlass verfügen kann. Dieses Recht ist ihm vertraglich eingeräumt (vgl. zum Ganzen auch LG Bremen, Rpfleger 1993, 235 m. Anm.

Meyer-Stolte). Der Beteiligte soll als Erbe nicht schlechter gestellt werden als ein Dritter. Zudem kann (vgl. *Meyer-Stolte*, a. a. O.) die Position als Erbe unklar sein, zumindest für den Rechtsverkehr nicht erkennbar, oder kann sonstige Mängel aufweisen. Für diesen Fall – und neben der Testamentsvollstreckung – behält die Vollmacht ihre Wirkung.

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch den Beitrag von *Weidlich*, MittBayNot 2013, 196 (in diesem Heft).

4. BGB §§ 472, 875, 891, 899a, 1094, 1098 Abs. 1 Satz 1; EGBGB Art. 229 § 21; GBO §§ 19, 22, 46 Abs. 1, § 47 (*Löschung eines von mehreren Vorkaufsberechtigten kraft dessen Bewilligung*)

1. Sind nach dem Rechtszustand vor dem 18.8.2009 als Grundstückseigentümer in Gesellschaft bürgerlichen Rechts die Gesellschafter – und ist damit die Gesellschaft selbst – eingetragen, kann hieraus regelmäßig nicht entnommen werden, dass im selben Grundbuch zugunsten mehrerer Personen, nämlich der Gesellschafter, eingetragene Vorkaufsrechte ebenfalls der Gesellschaft zustehen.

2. Zum Ausscheiden eines Mitberechtigten aus dem Kreis der dinglich Vorkaufsberechtigten durch einseitige Aufhebung seiner Berechtigung (Abweichung von Senat vom 24.7.2009, 34 Wx 50/09, FGPrax 2009, 256 = MittBayNot 2010, 42).

OLG München, Beschluss vom 18.7.2012, 34 Wx 158/12; eingesandt von Notar *Ulrich F. Gropengießer*, Memmingen, und mitgeteilt von *Edith Paintner*, Richterin am OLG München

Für die Beteiligten zu 1 bis 3 sind in mehreren Grundbüchern seit 18.11.2004, Vorkaufsrechte für den ersten Verkaufsfall eingetragen. Die jeweiligen Bewilligungen stammen vom 23.2.2001 bzw. 13.7.2004. Die Vorkaufsrechte sind nicht vererblich und übertragbar; sie bestehen auch bei einem Verkauf durch einen Sonderrechtsnachfolger. Ein Gemeinschaftsverhältnis ist im Grundbuch nicht vermerkt.

Die Bestellsurkunde für die Vorkaufsrechte vom 23.2.2001 enthält auch einen Kaufvertrag. Hiernach erwarben die Beteiligten zu 1 bis 3 zum Miteigentum einer bereits errichteten Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) unter der Bezeichnung X-GbR Grundbesitz. Demzufolge wurden die Beteiligten zu 1 bis 3 in Gesellschaft nach dem bürgerlichen Recht unter deren Bezeichnung am 18.11.2004 als Eigentümer im Grundbuch eingetragen. Infolge Anteilsübertragung schied zunächst der Beteiligte zu 2 und zuletzt der Beteiligte zu 3 aus der GbR aus. Die entsprechenden Veränderungen wurden am 12.10.2005 und 16.10.2007 im Grundbuch eingetragen. Dieses verlaublich nunmehr den Beteiligten zu 1 als Eigentümer.

Unter dem 20.3.2012 hat der beurkundende Notar wegen beabsichtigten Verkaufs von Grundbesitz die Berichtigung des Grundbuchs hinsichtlich der Vorkaufsrechte dahingehend zur Eintragung in das Grundbuch beantragt, dass Berechtigter der genannten Vorkaufsrechte jeweils der Beteiligte zu 1 allein ist.

Am 17.4.2012 wurde der Antrag noch dahin ergänzt, dass unter Vorlage einer Bewilligung des Beteiligten zu 2 Vollzug der Grundbuchberichtigung hinsichtlich der jeweiligen Vorkaufsrechte beantragt wird. Der Beteiligte zu 2 hat in der so bezeichneten Berichtigungsbewilligung bzgl. Vorkaufsrechten notariell beglaubigt erklärt, dass das (jeweilige) Vorkaufsrecht den Berechtigten (zu 1 bis 3) als Gesellschaftern bürgerlichen Rechts zustehe. Mit Urkunde vom 2.5.2005 sei die eigene Beteiligung auf den Beteiligten zu 1 übertragen worden. Damit sei auch die Berechtigung am Vorkaufsrecht auf den Beteiligten zu 1 übergegangen; Grundbuchberichtigung werde bewilligt.

Soweit das Grundbuchamt eine Berechtigung in Gesellschaft bürgerlichen Rechts nicht anerkennen sollte, werde vorsorglich die Mitberechtigung des Beteiligten zu 2 an dem Vorkaufsrecht auf den Beteiligten zu 1 übertragen und die entsprechende Berichtigung bewilligt. Weiter vorsorglich werde auf das Vorkaufsrecht verzichtet und dieser Verzicht zur Eintragung in das Grundbuch bewilligt.

Das Grundbuchamt hat mit Beschluss vom 23.4.2012 den Antrag zurückgewiesen. Es hat sich, unter Bezugnahme auf ein vorangegangenes formloses Schreiben vom 22.3.2012, auf den Standpunkt gestellt, dass ein Gemeinschaftsverhältnis im Sinne von § 47 GBO für das Verhältnis der Vorkaufsberechtigten untereinander nicht anzugeben war. Die Eintragung bedeute nicht, dass Berechtigte der Vorkaufsrechte die zwischen den Erwerbern bestehende GbR selbst hätte sein sollen. Das ergebe sich auch aus der Formulierung. Zumind. hätte damals die Bewilligung die gesamthänderische Bindung zum Ausdruck bringen müssen. Ggf. hätten die Erwerber wenigstens als Gesellschafter bürgerlichen Rechts im Grundbuch eingetragen werden müssen.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde des Beteiligten zu 1, der das Grundbuchamt nicht abgeholfen hat.

Die Beschwerdebegründung stützt sich im Wesentlichen darauf, dem Grundbuchamt sei durch öffentliche Urkunde nachgewiesen, dass die Anteile der Beteiligten zu 2 und 3 an der X-GbR auf den einzig verbliebenen Gesellschafter, den Beteiligten zu 1, übergegangen seien, die GbR demgemäß erloschen und der Beteiligte zu 1 alleiniger Inhaber des gesamten Gesellschaftsvermögens geworden sei. Dazu gehörten auch die bezeichneten Vorkaufsrechte. Aus der Formulierung in der Bestellsurkunde lasse sich nicht schließen, dass keine Bestellung gerade für die Gesellschaft gewollt gewesen sei. Das richtige Gemeinschaftsverhältnis sei ohne Weiteres aus der ursprünglichen Bewilligungsurkunde zu entnehmen.

Aus den Gründen:

II.

Die nach § 71 Abs. 1, § 73 in Verbindung mit § 15 Abs. 2 GBO zulässige Beschwerde des Beteiligten zu 1 hat nur zu einem Teil Erfolg.

1. Die Zurückweisung des Berichtigungsantrags vom 20.3.2012 ist zutreffend.

a) Dingliche Vorkaufsrechte, deren Rechtsinhalt nach §§ 1094, 1098 Abs. 1 Satz 1 BGB in Verbindung mit § 472 BGB zwingend festliegt, wurden, wenn sie für mehrere Personen bestellt sind, in der Vergangenheit überwiegend ohne Zusatz auf das Verhältnis der Berechtigten untereinander eingetragen (BayObLGZ 1958, 196, 203; OLG Frankfurt, FGPrax 1998, 170, 171 rechte Spalte; OLG Düsseldorf, MittRhNot 1983, 49; *Demharter*, GBO, 28. Aufl. § 47 Rdnr. 3; *ders.*, MittBayNot 1999, 16, 18; modifizierend *Hügel/Reetz*, GBO, 2. Aufl., § 47 Rdnr. 6: in das Grundbuch sei lediglich einzutragen, dass § 472 BGB auf das Vorkaufsrecht Anwendung finde). Diese Praxis hatte zur Folge, dass § 47 Abs. 1 GBO keine Anwendung fand. Darauf beruhen offensichtlich auch die gegenständlichen Einträge – im Übrigen auch bereits der notarielle Eintragungsantrag –, denen für das maßgebliche Rechtsverhältnis der drei Berechtigten untereinander nichts entnommen werden kann.

b) Die ursprüngliche – und fortbestehende – Eintragung lautet auf mehrere Berechtigte. Sie lässt sich nicht im Sinne einer Berechtigung der GbR umdeuten, zugunsten derer seinerzeit zur selben Notarsurkunde das Eigentum aufgelassen wurde.

Nach Art. 229 § 21 EGBGB gelten § 899a BGB sowie § 47 Abs. 2 Satz 2 GBO auch, wenn die Eintragung vor dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes zur Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs und der elektronischen Akte im Grundbuchverfahren sowie zur Änderung weiterer grundbuch-, register- und kostenrechtlicher Vorschriften vom

11.8.2009 (ERVGBG – BGBI I, S. 2713) am 18.8.2009 erfolgt ist. Ist die Eintragung vor dem 18.8.2009 nur unter Angabe der Gesellschafter mit Angabe des Gemeinschaftsverhältnisses vorgenommen worden, so wird durch diese Eintragung weiterhin verlautbart, dass die GbR selbst Rechtsträger ist; die Angabe der Gesellschafter gilt anfänglich als Grundbuchinhalt (Senat vom 18.8.2009, 34 Wx 47/09, DNotZ 2009, 680 = MittBayNot 2009, 466; *Palandt/Bassenge*, 71. Aufl., Art. 229 EGBGB § 21 Rdnr. 1 m. w. N.). Die Vorschrift ermöglichte die Löschung der ausgeschiedenen Gesellschafter, soweit diese mit dem auf die Gesellschaft hinweisenden Zusatz als Eigentümer eingetragen waren. Sie erlaubt aber nicht den vom Beschwerdeführer gezogenen weitergehenden Schluss auf sonstige im Grundbuch eingetragene Rechte, die auf mit den Gesellschaftern identische Personen lauten. Denn aus dem Umstand, dass Berechtigte der Vorkaufsrechte mehrere Personen sind, die ihrerseits im Grundbuch für andere Rechte als Gesellschafter einer GbR verlautbart sind, kann nicht geschlossen werden, dass sie für die gegenständlichen Rechte ebenfalls als Gesellschafter eingetragen wurden, Träger des Rechts nicht diese sind, sondern die Gesellschaft selbst. Ein derart weitgehendes Verständnis würde der Intention des Gesetzgebers, die Vermutung in § 899a BGB nur auf das eingetragene Recht zu beschränken, widersprechen. Denn die Eintragung von Gesellschaftern – zumal sie hier gar nicht als solche ausgewiesen sind – hat nicht die Folge eines allgemeinen Gesellschaftsregisters (*Palandt/Bassenge*, § 899a Rdnr. 6; BT-Drucks. 16/13437, S. 30, zu Art. 4 Nr. 2 – § 899a BGB neu –).

c) Von einer nachgewiesenen oder gar offenkundigen Unrichtigkeit im Sinne des § 22 Abs. 1 Satz 1 GBO kann nicht ausgegangen werden. An die Führung des Nachweises sind allgemeiner Meinung zufolge strenge Anforderungen zu stellen; ein gewisser Grad von Wahrscheinlichkeit genügt nicht. Vielmehr hat der Antragsteller alle Möglichkeiten auszuräumen, die der Richtigkeit der begehrten neuen Eintragung entgegenstehen würden, wenn auch ganz entfernte Möglichkeiten nicht widerlegt zu werden brauchen (siehe etwa BayObLGZ 1995, 413, 415 f.; OLG Hamm, Rpfleger 1989, 148 = MittBayNot 1989, 27; *Demharter*, § 22 Rdnr. 37 m. w. N.). Indessen drängt es sich keineswegs auf, dass die Eigentümereintragung der Beteiligten zu 1 bis 3 als GbR (damals als Gesellschafter bürgerlichen Rechts) auch für das Rechtsverhältnis der Beteiligten zu 1 bis 3, bezogen auf die bestellten Vorkaufsrechte, gelten sollte und nur, entsprechend der damaligen Eintragungstechnik, nicht verlautbart wurde. Mit den dem Grundbuchamt zur Verfügung stehenden Mitteln lässt sich eine Berichtigung jedenfalls auf diesem Weg nicht erreichen.

2. Das Grundbuchamt hat sich nicht weiter mit der gemäß Antrag vom 17.4.2012 zusätzlich vorgelegten Berichtigungsbewilligung des Beteiligten zu 2 vom 21.1.2010 befasst, möglicherweise deshalb, weil es der Meinung war, auf der Grundlage der behaupteten Berichtigung der GbR genüge jedenfalls die Bewilligung nur eines der beiden weiteren Gesellschafter zur Berichtigung nicht. Indessen findet sich im Akteninhalt hierzu keine ausreichende Stütze, geschweige denn eine Begründung. Sind aber die sachlichen Gründe, die sich hier nicht von selbst aus der Zurückweisung des Berichtigungsantrags vom 20.3.2012 ergeben, noch überhaupt nicht geprüft, ist eine Zurückverweisung ausnahmsweise gerechtfertigt (siehe *Hügel/Kramer*, GBO, 2. Aufl., § 77 Rdnr. 40). Zum weiteren Verfahren merkt der Senat – für das Grundbuchamt nicht bindend – an, dass eine Berichtigung der Grundbücher insoweit vollziehbar sein dürfte, als das Ausscheiden des Beteiligten zu 2 als Berechtigten an den Vorkaufsrechten als

Veränderung im Grundbuch eintragungsfähig (und eintragsbedürftig) ist.

Die Grundbuchberichtigung auf der Grundlage einer Berichtigungsbewilligung als Unterfall der Eintragungsbewilligung (§ 19 GBO) verlangt die schlüssige Darlegung, dass das Grundbuch unrichtig ist und durch die beantragte Eintragung (oder Löschung) richtig wird. Den Antrag darf das Grundbuchamt nur ablehnen, wenn es auf Tatsachen gestützte sichere Kenntnis hat, dass eine Unrichtigkeit des Grundbuchs nicht gegeben ist oder das unrichtige Grundbuch durch die beantragte Eintragung nicht richtig würde. Bloße Zweifel genügen insoweit nicht (Senat vom 25.1.2011, 34 Wx 169/10 = FGPrax 2011, 69; *Demharter*, § 22 Rdnr. 31).

a) Soweit der Beteiligte zu 2 erklärt, das Vorkaufsrecht stehe den drei Berechtigten als Gesellschaftern des bürgerlichen Rechts zu, er habe seine Gesellschaftsbeteiligung auf den Beteiligten zu 1 übertragen und damit sei auch die Berechtigung am Vorkaufsrecht auf den Beteiligten zu 1 übergegangen, kann indessen die Berichtigung schon deswegen nicht durchgeführt werden, weil es sich um mehr als die bloße Löschung eines ausgeschiedenen Mitgesellschafters handelt. Das Grundbuchamt kann mit Rücksicht auf den Grundbuchinhalt, der auch für das Grundbuchamt selbst gilt (vgl. § 891 BGB; OLG München, FGPrax 2011, 17), nicht von einem anderen Berechtigungsverhältnis ausgehen, als er dort verlautbart wird. Die Rechtslage ist keine andere als die unter 1. dargestellte. Denn Ausgangspunkt bildet auch hier die Annahme, dass die GbR selbst die Berechtigte der Vorkaufsrechte wäre.

b) Soweit der Beteiligte zu 2 seine Mitberechtigung an dem Vorkaufsrecht auf den Beteiligten zu 1 überträgt und die Berichtigung bewilligt, dürfte dem bereits die fehlende Übertragbarkeit der Vorkaufsrechte entgegenstehen. Die Übertragbarkeit müsste in Abweichung zum gesetzlichen Inhalt (§ 1098 Abs. 1 Satz 1, § 473 Satz 1 BGB) Rechtsinhalt geworden sein (OLG Hamm, Rpfleger 1989, 148 = MittBayNot 1989, 27; *Palandt/Bassenge*, § 1094 Rdnr. 6). Dies ist nicht der Fall. Die Beteiligten haben vielmehr zur notariellen Urkunde vom 23.2.2001 die Übertragbarkeit ausdrücklich ausgeschlossen. Unerörtert kann bleiben, ob die Übertragung einer Mitberechtigung an einem Vorkaufsrecht auf einen anderen Mitberechtigten überhaupt in Betracht kommt; denn ein „Mehr“ an Rechtsmacht erlangt dieser dadurch auch im Verhältnis zu anderen Mitberechtigten nicht.

c) Der schließlich erklärte Verzicht auf das Vorkaufsrecht könnte hingegen als Aufhebung im Sinne von § 875 BGB verstanden werden (siehe RGZ 78, 60, 69; *Staudinger/Gursky*, Bearb. 2007, § 875 Rdnr. 28). Zur Aufhebung eines Rechts an einem Grundstück ist, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt, die Erklärung des Berechtigten, dass er das Recht aufgibt, und die Löschung des Rechts im Grundbuch erforderlich. Die Erklärung ist dem Grundbuchamt oder demjenigen gegenüber abzugeben, zu dessen Gunsten sie erfolgt (vgl. § 875 Abs. 1 BGB). In Rechtsprechung und Schrifttum ist es im Einzelnen umstritten, in welcher Form einzelne Vorkaufsberechtigte ihre Mitberechtigung ohne Mitwirkung der anderen Berechtigten aufgeben können. Der Senat hat dies in einem Beschluss vom 24.7.2009 (34 Wx 50/09, FGPrax 2009, 256 = MittBayNot 2010, 42) für nicht möglich gehalten, insbesondere auch die Löschung eines ideellen Anteils am Recht grundbuchrechtlich ausgeschlossen. Die Entscheidung hat Kritik erfahren (*Jeep*, MittBayNot 2010, 44; *Herrler*, RNotZ 2010, 249; *Heinze*, ZfIR 2010, 241). Der Senat würde hieran, namentlich im Hinblick auf die gesetzliche Regelung in § 472 Satz 2 BGB, die ersichtlich vom Erlöschen des Vorkaufs-

rechts für einen von mehreren Berechtigten ausgeht, voraussichtlich nicht mehr festhalten. Vielmehr dürfte mangels anderer zu berücksichtigender schutzwürdiger Interessen für die Mitberechtigung eines Vorkaufsberechtigten § 875 Abs. 1 Satz 1 BGB entsprechend anzuwenden sein mit der Folge, dass dieser durch einseitige Aufhebung seines Rechts in der gesetzlich vorgesehenen Form aus der Gemeinschaft der Berechtigten ausscheidet. Insoweit ist die „Löschung“ zwar konstitutiv und § 22 GBO deshalb nicht anwendbar, wie auch § 46 Abs. 1 GBO nicht einschlägig sein soll (*Meikel/Böhringer*, GBO, 10. Aufl., § 46 Rdnr. 20). Indessen beschreibt die letztgenannte Regelung nur die Modalitäten der maßgeblichen Eintragung. Auf Antrag und aufgrund Bewilligung eines Mitberechtigten dürfte dieser aus dem Kreis der Mitberechtigten im Grundbuch zu „streichen“ sein (*Herrler*, RNotZ 2010, 249, 253; a. A. wohl *Meikel/Böhringer*, GBO, 10. Aufl., § 46 Rdnr. 20) – am ehesten durch Eintragung in den Spalten 4/5 für Veränderungen, ohne dass das den übrigen Berechtigten verbliebene Recht als solches davon betroffen ist.

Nach Meinung des Senats ist dem wohl auch nicht entgegenzuhalten, dass die Antragsteller selbst vom Bestand einer GbR ausgehen. Für das Grundbuchamt kann hier nur der nicht nachweislich unrichtige Grundbuchinhalt maßgeblich sein (vgl. *Palandt/Bassenge*, § 892 Rdnr. 1). Denn andernfalls ergäbe sich zur Versagung einer Berichtigung mangels nachgewiesener Unrichtigkeit ein unauflöslicher Widerspruch.

(...)

Anmerkung:

Das Thema „GbR und Grundbuch“ weist außerhalb der ausgetretenen Pfade auch in Randbereichen interessante Facetten auf. Ein Beispiel hierfür ist die Besprechungsentscheidung, wenngleich sie nicht nur für das Recht der GbR bedeutsam ist, sondern auch andere Rechtsprobleme behandelt.

Im Jahr 2001 schloss eine bereits bestehende GbR einen Kaufvertrag als Erwerberin ab. Im Jahr 2004 erfolgte die Eintragung dieser GbR als Eigentümerin in das Grundbuch, offenbar mit dem seinerzeit verbreiteten Zusatz „in Gesellschaft bürgerlichen Rechts“. In der Kaufvertragsurkunde war ferner eine Vorkaufsrechtsbestellung enthalten. Als Berechtigte des Vorkaufsrechts wurden die GbR-Gesellschafter eingetragen, jedoch ohne Angabe eines Berechtigungsverhältnisses gemäß § 47 GBO a. F. Von den drei Gesellschaftern schieden zwei nacheinander aus, was bei der Eigentümereintragung der GbR auch im Grundbuch vollzogen wurde. Der Versuch des Notars, im Wege des Unrichtigkeitsnachweises die Grundbuchberichtigung auch bezüglich des Vorkaufsrechts herbeizuführen, scheiterte. Den Standpunkt der Beteiligten, dass das Vorkaufsrecht auch der GbR zustehe, sieht das OLG München nicht als mit den Mitteln des Grundbuchverfahrensrechts erwiesen an. Da einer der im Grundbuch eingetragenen Personen aber eine als Eintragungsbewilligung auszulegende Erklärung abgegeben hat, hält das OLG München immerhin eine teilweise Grundbuchberichtigung für möglich.

1. Zur Anwendbarkeit des § 472 BGB auf eine Erbengemeinschaft

Das OLG München verweist zunächst auf Rechtsprechung und Literatur, nach welcher die Eintragung mehrerer Berechtigter bei einem Vorkaufsrecht ohne Angabe eines Berechtigungsverhältnisses erfolge. Der Grund hierfür dürfte darin liegen, dass § 472 BGB eine „zwingende Ausübungsgemeinschaft“ begründet.¹ Nach diesem Verständnis ordnet § 472

BGB eine gesamthandsartige Berechtigung der Beteiligten an, welche das (im Übrigen zwischen mehreren bestehende) Berechtigungsverhältnis hinsichtlich der Ausübung überlagert.

Dieses Verständnis erscheint richtig, soweit das Vorkaufsrecht z. B. mehreren Personen zu Bruchteilen zusteht: Der Vorkaufsverpflichtete muss davor geschützt werden, mit mehreren Bruchteilsberechtigten einen Kaufvertrag über je einen Bruchteil abschließen zu müssen. Gehört das Vorkaufsrecht allerdings einer Gesamthand mit einem rechtlich verselbständigten Sondervermögen, so liegt der Fall anders. Dies gilt übrigens unabhängig von der Rechtsfähigkeit der GbR, da die Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens durch § 719 Abs. 1 BGB angeordnet wird und nicht in Zweifel gezogen worden ist.

Die wohl überwiegende Auffassung scheint die Anwendung von § 472 Satz 2 BGB auf Gesamthandsgemeinschaften wie die Erbengemeinschaft zu bejahen.² Zutreffend ist jedoch die Gegenauffassung.³ Die herrschende Meinung zitiert zur Stützung ihrer Auffassung üblicherweise RGZ 158, 57, sowie BGH, NJW 1982, 330; jedoch rechtfertigen diese Entscheidungen nicht das gewünschte Ergebnis. Beide Entscheidungen behandelten das Miterbenvorkaufsrecht gemäß § 2034 BGB. Nach dieser Norm steht beim Verkauf eines Erbteils den übrigen Miterben ein Vorkaufsrecht zu. Gibt es mehr als einen Miterben (also insgesamt mindestens drei Miterben), so steht den verbleibenden (mindestens zwei) Miterben das Vorkaufsrecht gemeinsam zu. Auf das Verhältnis dieser Miterben untereinander mag § 472 BGB anwendbar sein. Aber das Vorkaufsrecht ist nicht Nachlassbestandteil, so dass die vorkaufsberechtigten Miterben insoweit nicht in einer Erbengemeinschaft verbunden sind (sondern eben in dem „besonderen Rechtsverhältnis“ nach § 472 BGB). Daher kann aus der Auslegung des § 2034 BGB kein Anhaltspunkt für die Frage gewonnen werden, was zu gelten hat, wenn ein Vorkaufsrecht zum Nachlass gehört und tatsächlich eine Erbengemeinschaft daran berechtigt ist. Bei genauer Betrachtung lassen sich dem Meinungsbild zu § 2034 BGB vielmehr Argumente für die hier vertretene Auffassung entnehmen: Hat sich beispielsweise eine Erbeserbengemeinschaft gebildet, so wird in der Literatur, soweit ersichtlich unwidersprochen, vertreten, dass § 472 Satz 2 BGB nicht anwendbar ist, soweit es um die Ausübung des Vorkaufsrechts durch die Mitglieder der Erbeserbengemeinschaft geht.⁴

Die Anwendung des § 472 BGB birgt die Gefahr, dass eine Nachlassenteilung außerhalb der Vorschriften des Erbrechts geschaffen wird und dass das Einstimmigkeitsprinzip des § 2038 Abs. 1 Satz 1 BGB ohne Rechtfertigung außer Kraft gesetzt wird. § 472 Satz 2 BGB setzt voraus, dass ein Berechtigter das Vorkaufsrecht ausüben könnte, es aber unterlässt. Diese vorgelagerte Möglichkeit der Ausübung besteht jedoch nicht, da § 2033 Abs. 2 BGB die Verfügung über einzelne Nachlassgegenstände untersagt. Ist die Anwendbarkeit des § 472 BGB auf Gesamthandsgemeinschaften damit abzulehnen, so gilt dies erst recht für die rechtsfähige GbR. Nach heutigem Verständnis fehlt es schon an der in § 472 Satz 1 BGB verlangten Mehrheit der Berechtigten.

² *Staudinger/Mader*, 2004, § 472 Rdnr. 5; *MünchKommBGB/Westermann*, 6. Aufl. 2012, § 472 Rdnr. 2; *Palandt/Weidenkaff*, 72. Aufl. 2013, § 472 Rdnr. 1.

³ *BeckOK-BGB/Faust*, März 2011, § 472 Rdnr. 2; *Erman/Grune-wald*, 13. Aufl. 2011, § 472 Rdnr. 5.

⁴ *Staudinger/Werner*, Neubearb. 2010, § 2034 Rdnr. 14; *Sievekling*, MDR 1989, 224, 225.

¹ *BeckOK-GBO/Reetz*, Oktober 2012, § 47 Rdnr. 6.

Zu den Schwierigkeiten im konkreten Fall mag beigetragen haben, dass man bis zum 4.12.2008 die Rechtsfähigkeit der GbR im Grundbuchverfahren nur inkonsequent und nicht einheitlich umsetzte, insbesondere im Zuständigkeitsbereich des OLG München.⁵ Aber das Problem der Antragsteller in dem vom OLG München entschiedenen Fall lag nicht in der Behandlung der GbR begründet, sondern darin, dass es verfehlt ist, bei der Eintragung einer Gesamthandsgemeinschaft als Berechtigte eines Vorkaufsrechts auf die Angabe eines Berechtigungsverhältnisses, gleich ob nach § 47 Abs. 1 oder Abs. 2 GBO, zu verzichten. Der Zweck des § 47 Abs. 1 GBO besteht nach moderner Lesart darin, Art und Umfang der Verfügungsmacht mehrerer vorhandener Beteiligter ersichtlich zu machen.⁶ Wenn man die Eintragung eines Berechtigungsverhältnisses bei Vorkaufsrechten mit der Erwägung ablehnt, dass sich die Konsequenzen aus dem Berechtigungsverhältnis aus § 472 BGB kraft Gesetzes ergeben und eine Verlautbarung daher unnötig sei, so müssen jedenfalls diejenigen Berechtigungsverhältnisse zum Ausdruck kommen, welche die Anwendbarkeit von § 472 BGB ausschließen. Hieraus folgt erst recht, dass auch § 47 Abs. 2 Satz 1 GBO anwendbar ist, sofern eine GbR Berechtigte eines Vorkaufsrechts ist.

Der Fall hätte möglicherweise noch „gerettet“ werden können, wenn wenigstens in der Eintragungsbewilligung das Berechtigungsverhältnis angegeben worden wäre. Denn im Rahmen des § 47 Abs. 1 GBO wird vertreten, dass das versehentliche Unterbleiben der Eintragung ohne Einhaltung des § 22 Abs. 1 GBO nachgeholt werden kann, wenn die Eintragungsbewilligung das Berechtigungsverhältnis enthält und kein Grund für die Annahme einer zwischenzeitlich eingetretenen Rechtsänderung vorliegt.⁷ Ob dies auch bei einem längeren Zeitablauf gilt und auch dann, wenn sich zwischenzeitlich durch § 47 Abs. 2 Satz 1 GBO die gesetzlichen Anforderungen an eine Eintragungsbewilligung geändert haben, musste das OLG München nicht entscheiden.

2. Zur Möglichkeit, auf ein Vorkaufsrecht zu verzichten

Zu den Ausführungen des Senates zu § 22 Abs. 1 GBO gibt es wenig anzumerken; angesichts des üblicherweise strengen Maßstabes verneinte das OLG München zu Recht das Vorliegen der Normvoraussetzungen. Interessant sind indes die weiteren Ausführungen des Grundbuchamtes, welche die Berichtigungsbewilligung betreffen. Das OLG München sieht zumindest das Ausscheiden derjenigen weiteren Person an, die diese Bewilligung abgegeben hat. Der Umstand, dass diese Berichtigungsbewilligung – ausgehend vom Rechtsstandpunkt der Antragsteller – Ausführungen zu einer Anteilsübertragung enthielt, war unschädlich. Das OLG München legt den Bewilligungstext aus und interpretiert die Erklärung als Aufgabenerklärung gemäß § 875 Abs. 1 BGB bezüglich der Mitberechtigung am Vorkaufsrecht. Es gibt an dieser Stelle zu erkennen, dass es den in seiner Entscheidung vom 24.7.2009⁸ noch vertretenen Standpunkt aufgeben würde. Seinerzeit hatte das OLG München – eher cursorisch – die Auffassung vertreten, dass einer von mehreren Vorkaufsberechtigten seine „Beteiligung“ am Vorkaufsrecht nicht analog § 875 Abs. 1

BGB aufgeben könne. Das OLG München hatte seinerzeit eine Parallele zur BGH-Rechtsprechung angedeutet, wonach der Verzicht auf ein Wohnungs- oder Teileigentumsrecht unmöglich ist.⁹ Hiervon rückt das Gericht zutreffenderweise ab. Die Parallele ist nicht tragfähig, da beim Vorkaufsrecht durch einen Wegfall der Mitberechtigung den übrigen Berechtigten keine Kosten oder Lasten aufgedrängt werden können; es besteht in der Tat kein sachlicher Grund, das in § 472 Satz 2 BGB ohnehin angelegte Ergebnis nicht vorwegzunehmen. Nach § 472 BGB ist ein Vorkaufsberechtigter eben nicht in der Erwartung schutzwürdig, er könne die aus der Vorkaufsausübung folgenden Verpflichtungen gemeinsam mit mehreren schultern.

3. Zur Vermutung des § 891 Abs. 1 BGB und den Anforderungen an ihre Erschütterung im Grundbuchverfahren

Einer Auslegung (oder Umdeutung) der Bewilligung im Sinne einer Aufhebungserklärung gemäß § 875 Abs. 1 BGB steht schließlich auch nicht der (aus Sicht des Gerichts) unzutreffende Rechtsstandpunkt der Beteiligten entgegen. Gelangt man zu dem Ergebnis, dass die Erklärung hier als Aufgabenerklärung gegenüber dem Grundbuchamt nach § 875 Abs. 1 Satz 2 BGB abgegeben wurde, so erscheint es folgerichtig, die gleichwohl erforderliche¹⁰ Eintragungsbewilligung gemäß § 19 GBO als mitenthalten anzusehen.

Die konsequente Anwendung der Vermutung des § 891 Abs. 1 BGB verschließt nach Auffassung des OLG München dem Grundbuchamt die Möglichkeit, etwa unter Heranziehung des Legalitätsprinzips die fehlende Verlautbarung eines GbR-Rechtsverhältnisses doch zu unterstellen, womöglich mit der Begründung, angesichts der Schilderung in der Eintragungsbewilligung lägen ja Anhaltspunkte für die Unrichtigkeit des Grundbuchs vor. Die Vermutung des § 891 Abs. 1 BGB gilt auch für das Grundbuchamt; sie ist erst widerlegt, wenn dem Grundbuchamt Tatsachen bekannt sind, aus denen sich die Unrichtigkeit der Eintragung mit Sicherheit ergibt.¹¹ Bloße Anhaltspunkte für die Unrichtigkeit genügen also nicht, um die aus der Vermutung folgende Erleichterung für das Grundbuchverfahren zu beseitigen. Insofern reiht sich die besprochene Entscheidung ein in die konsequente Rechtsprechung des OLG München zu den Wirkungen des § 891 BGB im Grundbuchverfahren. Weder ein Hinweis des Vollstreckungsgerichts im Eintragungsersuchen¹² noch die Tatsache, dass dem Grundschuldbriefbesitzer eine weitere Abtretungserklärung vorliegt, die seine Stellung als Berechtigter ggf. in Zweifel zieht,¹³ noch nachträgliche Zweifel an der Geschäftsfähigkeit eines im Grundbuch eingetragenen Berechtigten¹⁴ wurden als ausreichend angesehen, die Vermutung des § 891 Abs. 1 BGB im Grundbuchverfahren zu widerlegen. Für die ungünstige Rechtsansicht der Beteiligten kann nichts anderes gelten.

Notar *Stefan Heinze*, Moers

⁵ Vgl. hierzu BayObLGZ 2002, 330 = MittBayNot 2003, 60, und BayObLG, DNotZ 2004, 378 = MittBayNot 2004, 201.

⁶ BGHZ 73, 211, 214; BGH, DNotZ 1981, 121; BGHZ 136, 327, 329 = MittBayNot 1998, 28; zum Teil abweichend *Knöfel*, AcP 205 (2005), 645, 667 ff., auch m. w. N.

⁷ *Meikel/Böhringer*, GBO, 10. Aufl. 2008, § 47 Rdnr. 278 m. w. N.

⁸ MittBayNot 2010, 42 m. Anm. *Jeep*; hierzu *Herrler*, RNotZ 2010, 249, und *Heinze*, ZfR 2010, 239.

⁹ BGH, DNotZ 2007, 845.

¹⁰ BeckOK-BGB/*Eckert*, November 2012, § 875 Rdnr. 9.

¹¹ BayObLGZ 1994, 66, 71; OLG München, Beschluss vom 9.6.2010, 34 Wx 42/10, 1. Leitsatz.

¹² OLG München, Beschluss vom 9.6.2010, 34 Wx 42/10, 2. Leitsatz.

¹³ OLG München, Beschluss vom 19.10.2011, 34 Wx 208/11.

¹⁴ OLG München, DNotZ 2012, 298.

5. BGB §§ 138, 242 (*Erleichterter Ausschluss des Zugewinnausgleichs im Rahmen ehevertraglicher Disposition*)

1. Der Zugewinnausgleich ist einer ehevertraglichen Disposition im Hinblick auf die nachrangige Bedeutung des Zugewinnausgleichs im System des Scheidungsfolgenrechts am weitesten zugänglich (Festhaltung an Senatsurteil BGHZ 158, 81 = FamRZ 2004, 601).

2. Zur Bedeutung von salvatorischen Klauseln in Eheverträgen.

BGH, Urteil vom 21.11.2012, XII ZR 48/11; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Parteien streiten im Scheidungsverbund um Zugewinnausgleich und dabei insbesondere um die Wirksamkeit eines Ehevertrages.

Der 1956 geborene Antragsteller (im Folgenden Ehemann) und die 1957 geborene Antragsgegnerin (im Folgenden Ehefrau) heirateten am 26.9.1985, nachdem sie zuvor zwölf Jahre lang durch eine nichteheliche Lebensgemeinschaft miteinander verbunden gewesen waren. Am 25.9.1985, dem Tage vor der Eheschließung, hatten die Parteien einen notariell beurkundeten Ehevertrag geschlossen, durch den sie Gütertrennung vereinbarten, den Versorgungsausgleich ausschlossen und für den Fall der Scheidung gegenseitig auf nahehehlichen Unterhalt verzichteten; ferner war in dem Vertrag geregelt, dass eine etwaige Unwirksamkeit einer Vertragsklausel auf die Wirksamkeit des Vertrages in seinen übrigen Teilen keinen Einfluss haben sollte. Aus der Ehe der Parteien sind drei Kinder hervorgegangen, die in den Jahren 1988, 1989 und 1996 geboren wurden.

Die Ehefrau ist gelernte Bankkauffrau, hat in diesem Beruf nach Abschluss ihrer Ausbildung im Jahre 1977 allerdings nie gearbeitet. Zwischen 1977 und 1984 war sie als Büroangestellte bei den amerikanischen Streitkräften in Deutschland tätig. Im Zeitpunkt des Vertragsschlusses im September 1985 war sie arbeitslos. Der Ehemann ist Polizeibeamter, der bei Abschluss des Ehevertrages im Rang eines Polizeiobermeisters im mittleren Polizeivollzugsdienst beschäftigt war.

Der Ehemann engagierte sich seit dem Jahre 1983 als stiller Teilhaber beim Aufbau eines großen Fitnessstudios. Im Jahre 1997 veräußerte er diese Beteiligung; der Erlös floss in die Finanzierung eines im Alleineigentum des Ehemannes stehenden Einfamilienhauses. Die Ehefrau war während der Ehe zeitweise auf der Basis eines sozialversicherungsfreien Beschäftigungsverhältnisses in dem Fitnessstudio geringfügig beschäftigt gewesen; eine darüber hinausgehende Erwerbstätigkeit übte sie bis zur Trennung der Parteien im Januar 2008 nicht mehr aus. Aus der Aufteilung eines gemeinschaftlichen Bankguthabens erhielt die Ehefrau nach der Trennung rund 23.000 €.

Das Scheidungsverfahren ist seit dem 4.3.2009 rechtshängig. Die Ehefrau hat in den Folgesachen Unterhalt und Zugewinnausgleich Stufenklagen erhoben und – in der ersten Stufe – von dem Ehemann Auskunft über seine sämtlichen Einkünfte zwischen September 2008 und August 2009 einerseits und über sein Endvermögen zum Stichtag 4.3.2009 andererseits verlangt. Das AG hat durch Teilurteil den Ehemann antragsgemäß zur Erteilung von Auskünften über sein Einkommen in der Folgesache Unterhalt verurteilt; den Auskunftsantrag in der Folgesache Zugewinnausgleich hat es demgegenüber abgewiesen. Die Ehefrau hat gegen die Abweisung ihrer güterrechtlichen Auskunftsklage Berufung eingelegt und ihre Klage in der Berufungsinstanz um den Antrag erweitert, den Ehemann zur Erteilung einer Auskunft über sein Vermögen zum Trennungszeitpunkt am 1.1.2008 zu verurteilen. Das OLG hat die Berufung zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die zugelassene Revision der Ehefrau, die ihre güterrechtlichen Auskunftsansprüche weiterverfolgt.

Aus den Gründen:

Die zulässige Revision hat keinen Erfolg.

Auf das Verfahren ist gemäß Art. 111 Abs. 1 FGG-RG noch das bis zum 31.8.2009 geltende Prozessrecht anzuwenden, weil das Verfahren vor diesem Zeitpunkt eingeleitet worden ist (vgl. Senatsbeschluss vom 3.11.2010, XII ZB 197/10, FamRZ 2011, 100 Rdnr. 10).

I.

Nach Auffassung des Berufungsgerichts stehen der Ehefrau keine Auskunftsansprüche zum Güterrecht zu, da diese allein auf dem gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft gegründet seien (§ 1379 BGB) und die Parteien diesen Güterstand durch den Ehevertrag vom 25.9.1985 wirksam ausgeschlossen hätten.

Das AG habe zu Recht die Unwirksamkeit des Unterhaltsverzichts und des Verzichts auf den Versorgungsausgleich angenommen. Nach dem bestrittenen Vorbringen des Ehemannes seien Kinder zwar nicht ausdrücklich geplant; andererseits sei auch nach seinem Vorbringen nicht endgültig eine kinderlose Ehe beabsichtigt gewesen, so dass mit der Möglichkeit zu rechnen gewesen sei, dass sich der Unterhaltsverzicht auch auf den Betreuungsunterhalt beziehen würde. Dabei sei auch die ungünstige Erwerbssituation der Ehefrau zu berücksichtigen, die ihren sicheren Arbeitsplatz etwa ein Jahr vor der Eheschließung aufgegeben habe, während die berufliche Existenz des Ehemannes als Polizeibeamter dauerhaft gesichert gewesen sei. Ebenso sei von Anfang an klar gewesen, dass der Verzicht auf den Versorgungsausgleich gravierende Nachteile für die Ehefrau mit sich bringen werde. Der Vertrag sei daher bezüglich der Regelungen zum Unterhalt und zum Versorgungsausgleich als sittenwidrig (§ 138 BGB) anzusehen, weil er schon nach seinem objektiven Gehalt einer Inhaltskontrolle nicht standhalte.

Dies gelte aber nicht für die vereinbarte Gütertrennung. Die Vereinbarung eines anderen als des gesetzlichen Güterstandes sei in weitgehendem Umfang der vertraglichen Regelung durch die Ehegatten zugänglich. Dies gelte selbst dann, wenn der Vertrag auch hinsichtlich der Gütertrennung auf die Benachteiligung eines Ehegatten abziele. Insbesondere könne bei Selbständigen ein berechtigtes Interesse an der Vereinbarung der Gütertrennung bestehen, um die wirtschaftliche Substanz ihres Unternehmens und damit ihre Existenzgrundlage zu erhalten. Dem Ehemann sei es nach seinen eigenen Angaben darum gegangen, seine Beteiligung an dem Fitnessstudio nicht durch eine Ausgleichszahlung zu gefährden. Dieser Gedanke sei zwar nachvollziehbar, allerdings sei die wirtschaftliche Existenz des Ehemannes durch seine Einkünfte als Polizeibeamter ohnehin gesichert gewesen. Auch wenn danach kein ohne Weiteres schützenswertes Interesse des Ehemannes an der Gütertrennung anzuerkennen sei, reiche das Zusammenspiel zwischen den Regelungen zum Unterhalt, zum Versorgungsausgleich und zum Güterrecht nicht aus, um den Ehevertrag insgesamt für sittenwidrig zu erachten. Denn die Parteien hätten sich nicht in einer ungleichen Verhandlungsposition befunden. Die bei Vertragsschluss 27-jährige Ehefrau sei nicht unerfahren gewesen. Sie habe den Beruf der Bankkauffrau erlernt und bis etwa ein Jahr vor Vertragsschluss voll im Berufsleben gestanden. Die Ehefrau habe sich in keiner Drucksituation befunden und sei mit dem Vertragsschluss auch nicht überrumpelt worden. Sie habe selbst angegeben, dass der Ehemann schon einen Monat vor der Hochzeit erklärt habe, nur bei vorherigem Abschluss eines Ehevertrages heiraten zu wollen. Vor diesem Hintergrund spiele es keine entscheidende Rolle, ob vor dem notariellen Vertragsschluss – wie der Ehemann behauptet – ein weiterer Notartermin zur Vorbesprechung stattgefunden habe. Sollte es darauf für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit jedoch ankommen, müsse von der diesbezüglichen Darstellung des Ehemannes ausgegangen werden, weil die Ehefrau für ihre Behauptung, es habe nur ein Notartermin stattgefunden, trotz gerichtlichen Hinweises keinen Beweis angeboten habe. Da eine einseitige Unterlegenheit der Ehefrau im Zusammenhang mit dem Vertragsschluss nicht gegeben sei, erscheine die Ver-

einbarung der Gütertrennung auch bei einer Gesamtschau des Ehevertrages nicht sittenwidrig. Gerade weil die Wahl des Güterstandes am weitesten der Dispositionsfreiheit der Parteien zugänglich sei, müsse die Annahme der Unwirksamkeit einer Güterstandswahl an strenge Voraussetzungen geknüpft sein. Diese seien aber nicht erfüllt, solange der Vertrag nicht wegen subjektiver Gesichtspunkte, insbesondere wegen einer Übervorteilung des in einer schwächeren Verhandlungsposition befindlichen Vertragspartners von der Rechtsordnung missbilligt werden könne.

Eine Gesamtnichtigkeit des Vertrages folge auch nicht aus § 139 BGB. Die Parteien hätten den Fall der Teilnichtigkeit ausdrücklich bedacht und vereinbart, dass diese auf die Wirksamkeit des Vertrages in seinen übrigen Teilen keinen Einfluss haben solle. Die vereinbarte Gütertrennung stehe auch nicht in wechselseitiger Abhängigkeit zu den Regelungen über Unterhalt und Versorgungsungleich.

Schließlich halte die vereinbarte Gütertrennung auch der Ausübungskontrolle stand. Die Berufung auf eine wirksam vereinbarte Gütertrennung könne sich nur unter engsten Voraussetzungen als rechtsmissbräuchlich erweisen, so etwa, wenn die Ehegatten bei ihrer Abrede von beiderseitiger ökonomisch vergleichbar gewinnbringender Berufstätigkeit ausgegangen seien und diese Planung nicht habe verwirklicht werden können. Hier sei Grund für die vereinbarte Gütertrennung gewesen, eine Gefährdung der Beteiligung des Ehemannes an dem Fitnessstudio nicht durch güterrechtliche Ansprüche der Ehefrau zu gefährden. Der Umstand, dass diese Beteiligung von dem Ehemann zwischenzeitlich aufgegeben worden sei, führe nicht dazu, dass sich der Ehemann nicht mehr auf die Gütertrennung berufen könne, weil die Beteiligung am Fitnessstudio zwar Motiv, aber nicht Geschäftsgrundlage der Vereinbarung gewesen sei. Das Vermögen des Ehemannes habe bei Vertragsschluss allein aus der Beteiligung an dem Fitnessstudio bestanden und es sei zu diesem Zeitpunkt nicht vorhersehbar gewesen, wie sich das Fitnessstudio in der Folgezeit entwickeln würde. Bei Vereinbarung der Gütertrennung nähmen Eheleute solche Unsicherheiten in Kauf, so dass die tatsächliche Entwicklung der Vermögensverhältnisse nur in extremen – und im vorliegenden Falle nicht gegebenen – Ausnahmefällen dazu führen könnten, dass die Berufung auf die Gütertrennung rechtsmissbräuchlich erscheinen müsse. Auch die Tatsache, dass die Ehefrau in dem Fitnessstudio mitgearbeitet habe, führe zu keiner anderen Beurteilung. Es habe sich um geringfügige und geringfügig entlohnte Tätigkeiten gehandelt, die kein solches Gewicht gehabt hätten, dass sich der Ehemann deshalb auf die vereinbarte Gütertrennung nicht mehr berufen könne.

II.

Diese Ausführungen halten der rechtlichen Überprüfung im Ergebnis stand.

1. Mit Recht geht das Berufungsgericht davon aus, dass die Parteien den Zugewinnausgleich im vorliegenden Fall wirksam ausgeschlossen haben.

a) Wie der Senat wiederholt dargelegt hat (grundlegend Senatsurteil BGHZ 158, 81 = FamRZ 2004, 601, 604 ff. = MittBayNot 2004, 270), darf die grundsätzliche Disponibilität der Scheidungsfolgen nicht dazu führen, dass der Schutzzweck der gesetzlichen Regelungen durch vertragliche Vereinbarungen beliebig unterlaufen werden kann. Das wäre der Fall, wenn dadurch eine evident einseitige und durch die individuelle Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse nicht gerechtfertigte Lastenverteilung entstünde, die hinzunehmen für den belasteten Ehegatten – unter angemessener Berücksichtigung

der Belange des anderen Ehegatten und seines Vertrauens in die Geltung der getroffenen Abrede – bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe unzumutbar erscheint. Die Belastungen des einen Ehegatten werden dabei umso schwerer wiegen und die Belange des anderen Ehegatten umso genauer Prüfung bedürfen, je unmittelbarer die vertragliche Abbedingung gesetzlicher Regelungen in den Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts eingreift. Zu diesem Kernbereich gehört in erster Linie der Betreuungsunterhalt (§ 1570 BGB). Im Übrigen wird man eine Rangabstufung vornehmen können, die sich vor allem danach bemisst, welche Bedeutung die einzelnen Scheidungsfolgenregelungen für den Berechtigten in seiner jeweiligen Lage haben.

Im Rahmen der Wirksamkeitskontrolle hat der Tatrichter dabei zunächst zu prüfen, ob die Vereinbarung schon im Zeitpunkt ihres Zustandekommens offenkundig zu einer derart einseitigen Lastenverteilung für den Scheidungsfall führt, dass ihr – und zwar losgelöst von der künftigen Entwicklung der Ehegatten und ihrer Lebensverhältnisse – wegen Verstoßes gegen die guten Sitten die Anerkennung der Rechtsordnung ganz oder teilweise mit der Folge zu versagen ist, dass an ihre Stelle die gesetzlichen Regelungen treten (§ 138 Abs. 1 BGB). Erforderlich ist dabei eine Gesamtwürdigung, die auf die individuellen Verhältnisse beim Vertragsschluss abstellt, insbesondere also auf die Einkommens- und Vermögensverhältnisse, den geplanten oder bereits verwirklichten Zuschnitt der Ehe sowie auf die Auswirkungen auf die Ehegatten und auf die Kinder. Subjektiv sind die von den Ehegatten mit der Abrede verfolgten Zwecke sowie die sonstigen Beweggründe zu berücksichtigen, die den begünstigten Ehegatten zu seinem Verlangen nach der ehevertraglichen Gestaltung veranlasst und den benachteiligten Ehegatten bewogen haben, diesem Verlangen zu entsprechen (Senatsurteil BGHZ 158, 81 = FamRZ 2004, 601, 606 = MittBayNot 2004, 270; vgl. zuletzt Senatsurteil vom 18.3.2009, XII ZR 94/06, FamRZ 2009, 2124 Rdnr. 13).

b) Nach ständiger Rechtsprechung des Senats erweist sich der Zugewinnausgleich einer ehevertraglichen Disposition am weitesten zugänglich. Schon im Hinblick auf die nachrangige Bedeutung des Zugewinnausgleichs im System des Scheidungsfolgenrechts wird ein Ausschluss des gesetzlichen Güterstands – für sich genommen – regelmäßig nicht sittenwidrig sein (vgl. zuletzt Senatsurteil vom 9.7.2008, XII ZR 6/07, FamRZ 2008, 2011 Rdnr. 19 m. w. N.). An dieser Auffassung hält der Senat auch in Anbetracht der von der Revision geäußerten Bedenken im Grundsatz fest.

aa) Das BVerfG hat bereits vor Erlass der grundlegenden Senatsentscheidung vom 11.2.2004 (Senatsurteil BGHZ 158, 81 = FamRZ 2004, 601 = MittBayNot 2004, 270) ausgeführt, dass aus Art. 6 Abs. 1 i. V. m. Art. 3 Abs. 2 GG ein verfassungsrechtlich geschützter Anspruch auf Teilhabe beider Ehegatten am gemeinschaftlich erwirtschafteten Vermögen folge (BVerfG, FamRZ 2002, 527, 529, und FamRZ 2003, 1153). Der Zugewinnausgleich diene ebenso wie der Versorgungsausgleich der Aufteilung von gemeinsam erwirtschaftetem Vermögen der Eheleute, welches nur wegen der in der Ehe gewählten Aufgabenverteilung einem der Ehegatten rechtlich zugeordnet war (BVerfG, FamRZ 2003, 1153).

Davon ist auch der Senat ausgegangen. Die formal ausgestalteten Regelungen über den Zugewinnausgleich greifen allerdings über die teleologischen Grundlagen des Teilhabeanpruches – die verfassungsrechtlich verbürgte Gleichwertigkeit von Familienarbeit und Erwerbstätigkeit – deutlich hinaus, soweit sie auch solche Partnerschaften dem Ausgleich ehezeitlicher Vermögenszuwächse unterwerfen, in denen eine

dem klassischen Ehetyp der Alleinverdienerehe entsprechende Rollenverteilung überhaupt nicht stattgefunden hat und indem sie – von den wenigen Ausnahmen des § 1374 Abs. 2 BGB abgesehen – auch solchen Zugewinn in den Ausgleich einbeziehen, zu dem der andere Ehegatte nicht beigetragen haben kann. Der Grundgedanke des Zugewinnausgleiches, den in der Ehe eingetretenen Vermögenszuwachs zumindest teilweise ungeachtet der Herkunft des Vermögens und ungeachtet der Rollenwahl der Partner in der Ehe nach einem Halbteilungsmaßstab auszugleichen, kann zwar durch ein zwingendes Bedürfnis nach Pauschalierung und Vereinfachung gerechtfertigt werden. Sonst wird er aber durch keines der bekannten Begründungsmodelle für den Anspruch auf Teilhabe am Vermögen des anderen Ehegatten – z. B. Ausgleich für den mit dem Verzicht auf eigenverantwortliche Vermögensbildung einhergehenden Verzicht auf eigene Erwerbstätigkeit, Ausgleich dafür, dem anderen Ehegatten dessen Erwerbstätigkeit ermöglicht zu haben, Ausgleich für Ehegattenmitarbeit in Beruf und Geschäft des anderen Ehegatten, Ausgleich für Konsumverzicht während der Ehe – dogmatisch überzeugend legitimiert (vgl. insbesondere *Muscheler*, Familienrecht, 2. Aufl., Rdnr. 336).

Die insoweit als Korrektiv zur gesetzlichen Typisierung zu verstehende güterrechtliche Vertragsfreiheit der Ehegatten umschließt das Recht, den von ihnen als unbillig oder unbefriedigend empfundenen Verteilungsergebnissen des gesetzlichen Güterstandes durch eine eigenverantwortliche Gestaltung ihrer Vermögenssphäre begegnen und in diesem Rahmen auch eigene ökonomische Bewertungen ihrer Beiträge zum Familienunterhalt vornehmen zu können (Senatsurteil BGHZ 158, 81 = FamRZ 2004, 601, 605 = MittBayNot 2004, 270). Ausgeschlossen wäre eine solche autonome Bewertungsbefugnis der Ehegatten nur dann, wenn die Verfassung eine ökonomische Gleichbewertung derjenigen Beiträge erzwingt, die von den Ehegatten während bestehender Ehe im Unterhaltsverband erbracht worden sind. Dafür fehlt es nach Auffassung des Senats an einer verfassungsrechtlich überzeugenden Herleitung (vgl. auch *Wagenitz in Hölland/Sethe*, Eheverträge und Scheidungsfolgenvereinbarungen, 2007, S. 1, 18).

bb) Der Senat hat den Versorgungsausgleich – anders als den Zugewinnausgleich – dem Kernbereich der Scheidungsfolgen zugeordnet. Als vorweggenommener Altersunterhalt steht der Versorgungsausgleich einer vertraglichen Gestaltung nur begrenzt offen, so dass Vereinbarungen über ihn nach denselben Kriterien geprüft werden müssen wie ein vollständiger oder teilweiser Unterhaltsverzicht (Senatsurteil BGHZ 158, 81 = FamRZ 2004, 601, 605 = MittBayNot 2004, 270, und Senatsbeschluss vom 6.10.2004, XII ZB 57/03, FamRZ 2005, 185, 187). Die hochrangige Bedeutung des Versorgungsausgleichs innerhalb des Systems der Scheidungsfolgen rechtfertigt sich auch daraus, dass die Ansammlung von Vorsorgevermögen – gerade in den Regelsicherungssystemen – wirtschaftlichen Dispositionen der Ehegatten weitgehend entzogen und auch auf diese Weise sichergestellt ist, dass das gebildete Vermögen entsprechend seiner Zweckbestimmung für die Absicherung bei Alter oder Invalidität tatsächlich zur Verfügung steht.

In seiner bisherigen Rechtsprechung hat der Senat an der Kernbereichsferne des Zugewinnausgleichs auch für Unternehmeherehen festgehalten, in denen der selbständig erwerbstätige Ehegatte seine Altersvorsorge nicht durch die Bildung von Vorsorgevermögen im Sinne des § 2 VersAusglG, sondern im Wesentlichen durch die Ansammlung privaten Vermögens aufbaut. Der Senat hat sich auch dann nicht veranlasst gesehen, einen vertraglichen Ausschluss des Zugewinnausgleichs im Rahmen der Wirksamkeitskontrolle zu korrigieren, wenn bereits bei Vertragsschluss absehbar gewesen ist, dass sich der

andere Ehegatte ganz oder teilweise aus dem Erwerbsleben zurückziehen würde und ihm deshalb eine vorhersehbar nicht kompensierte Lücke in der Altersversorgung verbleibt. Vielmehr hat der Senat demgegenüber ein überwiegendes legitimes Interesse des erwerbstätigen Ehegatten anerkannt, das Vermögen seines selbständigen Erwerbsbetriebes durch die Vereinbarung der Gütertrennung einem möglicherweise existenzbedrohenden Zugriff seines Ehegatten im Scheidungsfall zu entziehen und damit nicht nur für sich, sondern auch für die Familie die Lebensgrundlage zu erhalten (Senatsurteile vom 28.3.2007, XII ZR 130/04, FamRZ 2007, 1310, 1311 = MittBayNot 2007, 507, und vom 17.10.2007, XII ZR 96/05, FamRZ 2008, 386 Rdnr. 23 = MittBayNot 2008, 217). Diese Rechtsprechung ist nicht ohne Kritik geblieben (vgl. etwa *Dauner-Lieb*, AcP 210 [2010], S. 580, 604; *Bergschneider*, FamRZ 2010, 1857, 1859; *Reetz*, FamFR 2011, 339, 341; *Brudermüller*, NJW 2008, 3191, 3192 f.), worauf im vorliegenden Fall allerdings nicht näher eingegangen werden muss. Denn ein Fall der Funktionsäquivalenz zwischen Versorgungsausgleich und Zugewinnausgleich liegt hier nicht vor, weil der Ehemann während der gesamten Ehezeit beamtenrechtliche Versorgungsansprüche erworben hat.

cc) Der Senat vermag sich auch den im Schrifttum zur Fortbildung der Kernbereichslehre entwickelten Ansätzen, der Dispositionsbefugnis der Ehegatten über ihre güterrechtlichen Beziehungen von vornherein denjenigen Betrag zu entziehen, der – nach oben durch den Halbteilungsgrundsatz beschränkt – dem Betrag einer hypothetischen Vermögensbildung des auf die eigene Erwerbstätigkeit ganz oder teilweise verzichtenden Ehegatten entspricht (vgl. insbesondere *Dauner-Lieb*, AcP 210 [2010], 580, 605 ff.; *Meder*, FPR 2012, 113, 116), nicht anzuschließen.

Der Maßstab einer hypothetischen Vermögensbildung lässt sich nur schwer mit nachvollziehbaren und rechtssicheren Kriterien erfassen. Ob einem Ehegatten ein Nachteil in Form unterlassener Vermögensbildung entstanden ist, beurteilt sich nicht allein nach dessen fiktiver Erwerbsbiographie, sondern darüber hinaus nach seiner individuellen Bereitschaft und Neigung, einen Teil seiner Einkünfte unter Inkaufnahme von Konsumverzicht zur Bildung privaten Vermögens zu verwenden. Der Senat verkennt dabei keineswegs, dass er solche Betrachtungen im Einzelfall bereits für erforderlich gehalten hat (vgl. Senatsurteile vom 11.8.2010, XII ZR 102/09, FamRZ 2010, 1637 Rdnr. 33 = MittBayNot 2011, 310, und vom 31.10.2012, XII ZR 129/10, MittBayNot 2013, 240 [in diesem Heft]); als allgemeiner Maßstab zur Beschränkung der Vertragsfreiheit der Ehegatten im Güterrecht werden Hypothesen zur Vermögensbildung des haushaltführenden Ehegatten allerdings kaum Akzeptanz finden können (vgl. auch *Hoppenz*, FamRZ 2011, 1697, 1699).

Von ausschlaggebender Bedeutung ist für den Senat allerdings weiterhin der Gesichtspunkt, dass die generelle Ausdehnung des Kernbereiches der Scheidungsfolgen auf das Güterrecht – wenn auch unter Zugrundelegung eines vom Halbteilungsgrundsatz abweichenden Verteilungsmaßstabs – die Grenze des zulässigen Eingriffes in die Privatautonomie der Ehegatten überschreitet. Mit dem Ausschluss des Güterstandes der Zugewinngemeinschaft machen die Ehegatten lediglich von einer im Gesetz ausdrücklich eröffneten Gestaltungsmöglichkeit Gebrauch (vgl. Senatsurteil vom 28.3.2007, XII ZR 130/04, FamRZ 2007, 1310, 1311 = MittBayNot 2007, 507). Die unter fairen Verhandlungsbedingungen getroffene Entscheidung der Ehegatten, sich einem anderem durch das Gesetz ausdrücklich vorgehaltenen vertraglichen (und subsidiär-gesetzlichen) Güterstand zu unterstellen, kann für sich genommen regelmäßig nicht die Missbilligung der Rechtsordnung finden.

c) Auch wenn die Vereinbarung der Gütertrennung für sich genommen den Vorwurf der Sittenwidrigkeit nicht zu rechtfertigen vermag, kann sich ein Ehevertrag im Rahmen einer Gesamtwürdigung als insgesamt sittenwidrig erweisen, wenn das Zusammenwirken aller ehevertraglichen Einzelregelungen erkennbar auf die einseitige Benachteiligung eines Ehegatten abzielt (vgl. dazu Senatsurteile vom 12.1.2005, XII ZR 238/03, FamRZ 2005, 691, 693, und vom 9.7.2008, XII ZR 6/07, FamRZ 2008, 2011 Rdnr. 20 f.). Auch daraus lässt sich hier allerdings nach der zutreffenden Ansicht des Berufungsgerichts eine Sittenwidrigkeit des Ehevertrages nicht herleiten.

Der Senat hat mehrfach betont, dass das Gesetz einen unverzichtbaren Mindestgehalt an Scheidungsfolgen zugunsten des berechtigten Ehegatten nicht kennt (vgl. Senatsurteile BGHZ 158, 81 = FamRZ 2004, 601, 604 = MittBayNot 2004, 270, und vom 28.3.2007, XII ZR 130/04, FamRZ 2007, 1309, 1310), so dass auch aus dem objektiven Zusammenspiel einseitig belastender Regelungen nur dann auf die weiter erforderliche verwerfliche Gesinnung des begünstigten Ehegatten geschlossen werden kann, wenn die Annahme gerechtfertigt ist, dass sich in dem unausgewogenen Vertragsinhalt eine auf ungleichen Verhandlungspositionen basierende einseitige Dominanz eines Ehegatten und damit eine Störung der subjektiven Vertragsparität widerspiegelt. Eine lediglich auf die Einseitigkeit der Lastenverteilung gegründete tatsächliche Vermutung für die subjektive Seite der Sittenwidrigkeit lässt sich bei familienrechtlichen Verträgen nicht aufstellen (Senatsurteil BGHZ 178, 322 = FamRZ 2009, 198 Rdnr. 32 f. = MittBayNot 2009, 152). Ein unausgewogener Vertragsinhalt mag zwar ein gewisses Indiz für eine unterlegene Verhandlungsposition des belasteten Ehegatten sein. Gleichwohl wird das Verdikt der Sittenwidrigkeit in der Regel nicht gerechtfertigt sein, wenn sonst außerhalb der Vertragsurkunde keine verstärkenden Umstände zu erkennen sind, die auf eine subjektive Imparität, insbesondere infolge der Ausnutzung einer Zwangslage, sozialer oder wirtschaftlicher Abhängigkeit oder intellektueller Unterlegenheit, hindeuten könnten (Senatsurteil vom 31.10.2012, XII ZR 129/10, MittBayNot 2013, 240 [in diesem Heft]; vgl. auch OLG Celle, NJW-RR 2009, 1302, 1304; *Palandt/Brudermüller*, 71. Aufl., § 1408 Rdnr. 10; *Rauscher*, Familienrecht, 2. Aufl., Rdnr. 366m; *Münch, DNotZ* 2005, 819, 825 f.; *Bergschneider*, FamRZ 2007, 1246). In dieser Hinsicht geht das Berufungsgericht zu Recht davon aus, dass tragfähige Anhaltspunkte für eine subjektive Imparität im Zeitpunkt des Vertragsschlusses weder von der Ehefrau dargelegt noch sonst ersichtlich sind.

Das Berufungsgericht hat in diesem Zusammenhang mit Recht darauf abgestellt, dass die Parteien bei Vertragsschluss etwa gleich alt gewesen sind und angesichts ihrer Ausbildungs- und Erwerbsbiographien auch ein vergleichbarer Bildungshintergrund vorgelegen haben dürfte. Auch von einer ausgeprägten sozialen oder wirtschaftlichen Abhängigkeit der Ehefrau von dem Ehemann kann im vorliegenden Fall nicht ausgegangen werden. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Umstand, dass die Ehefrau etwa ein Jahr vor der Eheschließung ihre Beschäftigung als Zivilangestellte bei den amerikanischen Streitkräften aufgegeben hatte und im Zeitpunkt des Vertragsschlusses arbeitslos gewesen ist. Zwar sind durchaus solche Sachverhaltsgestaltungen denkbar, in denen ein Einkommens- oder Vermögensgefälle zwischen den Ehegatten den Rückschluss auf eine gestörte subjektive Vertragsparität zulässt. Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn der mit dem Verlangen auf Abschluss eines Ehevertrages konfrontierte Ehegatte erkennbar in einem besonderen Maße auf die Eheschließung angewiesen ist, weil er ohne

den ökonomischen Rückhalt der Ehe einer ungesicherten wirtschaftlichen Zukunft entgegensehen würde (vgl. Senatsbeschluss vom 18.3.2009, XII ZB 94/06, FamRZ 2009, 1041 Rdnr. 17). Dafür ist unter den hier obwaltenden Umständen angesichts des bisherigen beruflichen Werdeganges der bei Vertragsschluss noch jungen Ehefrau nichts ersichtlich; auch der eigene Vortrag, den die Ehefrau in diesem Verfahren zum Umfang ihrer ehebedingten Erwerbsnachteile gehalten hat, lässt nicht darauf schließen, dass sie sich selbst keine Berufschancen beigemessen hätte. Das Berufungsgericht hat auch nicht festgestellt, dass der Kündigung des Beschäftigungsverhältnisses bei den amerikanischen Streitkräften und der anschließenden Arbeitslosigkeit der Ehefrau eine Vereinbarung der seinerzeit noch in nichtehelicher Partnerschaft verbundenen Parteien zugrunde lag, wonach sich die Ehefrau künftig unter Verzicht auf die Erzielung eigener auskömmlicher Erwerbseinkünfte ausschließlich der Mitarbeit im Fitnessstudio widmen sollte.

Auch sonstige Umstände, die eine Zwangslage der Ehefrau begründet oder sie gehindert hätten, auf Abschluss oder Inhalt des Ehevertrages Einfluss zu nehmen, sind nicht ersichtlich. Das Berufungsgericht hat keine konkreten Anhaltspunkte für eine Überrumpelung der Ehefrau im Zusammenhang mit dem Vertragsschluss festgestellt; zutreffend ist im Übrigen auch seine Beurteilung, dass der sich auf die Sittenwidrigkeit des Ehevertrages berufende Ehegatte nach den allgemeinen Grundsätzen für eine von ihm behauptete Drucksituation bei der Errichtung der Vertragsurkunde die Beweislast trägt (vgl. Senatsurteil vom 17.10.2007, XII ZR 96/05, FamRZ 2008, 386 Rdnr. 26 = MittBayNot 2008, 217; OLG Hamm, FamRZ 2012, 232, 234).

d) Ausgehend von seinem Rechtsstandpunkt, wonach der im Ehevertrag vom 25.9.1985 vereinbarte Verzicht auf Unterhalt und Versorgungsausgleich sittenwidrig und daher nichtig sei, hat das Berufungsgericht folgerichtig geprüft, ob die von ihm angenommene Teilnichtigkeit gemäß § 139 BGB eine Gesamtnichtigkeit des Vertrages zur Folge hat. Dies konnte das Berufungsgericht jedenfalls mit Blick auf die von den Parteien vereinbarte salvatorische Klausel mit Recht verneinen.

Der Senat hat bereits darauf hingewiesen, dass für die Beurteilung der Frage, ob ein Ehevertrag auch ohne einzelne sittenwidrige und daher nichtige Vertragsbestandteile geschlossen worden wäre, eine in den Vertrag aufgenommene salvatorische Klausel nicht von vornherein unbeachtlich sein muss (Senatsurteil vom 25.5.2005, XII ZR 296/01, FamRZ 2005, 1444, 1447 = MittBayNot 2006, 44). Andererseits hat der Senat, worauf die Revision mit Recht hinweist, auch ausgesprochen, dass dann, wenn sich das Verdikt der Sittenwidrigkeit aus der Gesamtwürdigung eines einseitig belastenden Ehevertrages ergibt, die Nichtigkeitsfolge notwendig den gesamten Vertrag erfasst, ohne dass eine Erhaltungsklausel hieran etwas zu ändern vermag (Senatsbeschluss vom 17.5.2006, XII ZB 250/03, FamRZ 2006, 1097, 1098, und Senatsurteil vom 9.7.2008, XII ZR 6/07, FamRZ 2008, 2011 Rdnr. 24). Denn dann erfüllt die salvatorische Klausel im Interesse des begünstigten Ehegatten die Funktion, den Restbestand eines dem benachteiligten Ehegatten aufgedrängten Vertragswerkes so weit wie möglich gegenüber der etwaigen Unwirksamkeit einzelner Vertragsbestimmungen rechtlich abzusichern; in diesem Falle spiegelt sich auch in der Vereinbarung der Erhaltungsklausel selbst die auf ungleichen Verhandlungspositionen beruhende Störung der Vertragsparität zwischen den Ehegatten wider. Lassen sich indessen – wie hier – ungleiche Verhandlungspositionen nicht feststellen, ist aus Rechtsgründen nichts dagegen zu erinnern, dass der Tatrichter seine

Beurteilung, ein teilweise nichtiger Ehevertrag wäre auch ohne seine unwirksamen Bestimmungen geschlossen worden, durch das Vorhandensein einer salvatorischen Klausel gestützt sieht.

Es braucht deshalb auch nicht erörtert zu werden, ob dem Berufungsgericht darin gefolgt werden kann, dass der im Ehevertrag vereinbarte Unterhaltsverzicht (und zwar hinsichtlich sämtlicher Unterhaltstatbestände) und der Verzicht auf den Versorgungsausgleich bereits einer Wirksamkeitskontrolle nicht standhalten, obwohl das Berufungsgericht für den Zeitpunkt des Vertragsschlusses im Jahre 1985 weder einen übereinstimmenden Kinderwunsch der Parteien noch sonstige konkrete Planungen festgestellt hat, nach denen sich die Ehefrau langfristig aus dem Erwerbsleben zurückziehen sollte.

2. Die Vereinbarung der Gütertrennung ist auch im Rahmen der Ausübungskontrolle nicht zu korrigieren.

Soweit die Regelungen eines Ehevertrages ganz oder – wie hier – bezüglich der streitbefangenen Scheidungsfolge der Wirksamkeitskontrolle standhält, muss der Richter im Rahmen einer Ausübungskontrolle prüfen, ob und inwieweit es einem Ehegatten nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) verwehrt ist, sich auf eine ihn begünstigende Regelung zu berufen. Entscheidend ist insofern, ob sich im Zeitpunkt des Scheiterns der Ehe aus dem vereinbarten Ausschluss der Scheidungsfolge eine evident einseitige, unzumutbare Lastenverteilung ergibt. Hält die Berufung eines Ehegatten auf die getroffene Regelung der Ausübungskontrolle nicht stand, so führt dies weder zur Unwirksamkeit des Ausschlusses der gesetzlichen Scheidungsfolge noch dazu, dass die gesetzliche Regelung in Vollzug gesetzt wird. Der Richter hat vielmehr diejenige Rechtsfolge anzuordnen, die den berechtigten Belangen beider Parteien in der eingetretenen Situation in ausgewogener Weise Rechnung trägt (vgl. grundlegend Senatsurteil BGHZ 158, 81 = FamRZ 2004, 601, 606 = MittBayNot 2004, 270). Auch die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) können dabei auf Eheverträge Anwendung finden, wenn und soweit die tatsächliche Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse von derjenigen ursprünglichen Lebensplanung abweicht, welche die Ehegatten dem Ehevertrag zugrundegelegt haben (vgl. zuletzt Senatsurteil vom 2.2.2011, XII ZR 11/09, FamRZ 2011, 1377 Rdnr. 16).

a) Die Berufung auf eine wirksam vereinbarte Gütertrennung kann sich nur unter engen Voraussetzungen als rechtsmissbräuchlich erweisen. Nach der bisherigen Rechtsprechung des Senats hindert auch der Umstand, dass sich ein Ehegatte in der Ehe der Haushaltsführung und Kindererziehung gewidmet und entgegen den Erwartungen bei Vertragsschluss Nachteile beim Aufbau einer eigenständigen Altersversorgung erlitten hat, selbst in den Fällen der Funktionsäquivalenz von Zugewinnausgleich und Versorgungsausgleich den anderen Ehegatten nach Treu und Glauben grundsätzlich nicht, sich auf eine von den Parteien wirksam vereinbarte Gütertrennung zu berufen (vgl. Senatsurteil vom 17.10.2007, XII ZR 96/05, FamRZ 2008, 386 Rdnr. 34 = MittBayNot 2008, 217).

Durch den vorliegenden Fall ist keine Entscheidung zu der Frage veranlasst, ob, und ggf. unter welchen Voraussetzungen, es im Rahmen der Ausübungskontrolle geboten erscheinen kann, dem haushaltführenden Ehegatten über einen (modifizierten) Zugewinnausgleich einen Ausgleich für die in der Ehezeit entgangene Altersversorgung zu gewähren (vgl. *Kogel*, Strategien beim Zugewinnausgleich, 3. Aufl., Rdnr. 46; *Münch*, FamRB 2008, 350, 353 f.). Denn die von der Ehefrau erlittenen Versorgungsnachteile sind hier systemgerecht über den Versorgungsausgleich auszugleichen. Selbst wenn der

vereinbarte Verzicht auf den Versorgungsausgleich der ehevertraglichen Wirksamkeitskontrolle standhalten sollte, könnte sich der Ehemann – in Ansehung der dem Ehevertrag nachfolgenden Geburt der drei gemeinsamen Kinder und die mit deren Betreuung einhergehende eingeschränkte Erwerbstätigkeit der Ehefrau – nach Treu und Glauben auf diesen Verzicht nicht berufen (vgl. auch Senatsbeschluss vom 6.10.2004, XII ZB 57/03, FamRZ 2005, 185, 187, und Senatsurteil vom 31.10.2012, XII ZR 129/10, MittBayNot 2013, 240 [in diesem Heft]). Der Versorgungsausgleich wird entweder zu einer vollständigen Kompensation der Versorgungsnachteile der Ehefrau oder zu einer Halbteilung der in der Ehezeit erworbenen Versorgungsansprüche führen. Für einen darüber hinausgehenden Nachteilsausgleich ist kein Raum.

b) Andere, für die Ausübungskontrolle maßgebliche Umstände, die den von der Ehefrau begehrten Zugewinnausgleich rechtfertigen könnten, liegen entgegen der Ansicht der Revision nicht vor.

aa) Soweit die Ehefrau auf ihre Mitarbeit im Fitnessstudio abstellen will, handelte es sich hierbei nach den Feststellungen des Berufungsgerichts um Tätigkeiten in einem (lediglich) geringfügigen Umfang, die im Rahmen eines sozialversicherungsfreien Beschäftigungsverhältnisses entfaltet wurden. Auch die Revision zeigt nicht auf, dass die Arbeitsleistung der Ehefrau im Fitnessstudio durch das ihr gezahlte Entgelt nicht angemessen vergütet worden sein könnte. In solchen Fällen der arbeitsvertraglich geregelten Ehegattenmitarbeit werden schon vermögensrechtliche Ansprüche außerhalb des ehelichen Güterrechts – etwa aufgrund eines familienrechtlichen Kooperationsvertrages – nicht gegeben sein (vgl. *Büte*, Zugewinnausgleich bei Ehescheidung, 4. Aufl., Rdnr. 527). Dann allerdings besteht erst recht keine Veranlassung, die Zuordnung der ehelichen Güter bei Gütertrennung über die ehevertragliche Ausübungskontrolle korrigieren zu müssen.

bb) Auch der weitergehende Hinweis der Revision auf die handwerklichen Arbeiten, die der Vater der Ehefrau in den 1990er Jahren bei der Errichtung des Familienheimes geleistet habe, vermag ihr nicht zum Erfolg zu verhelfen. Soweit solche Arbeitsleistungen durch den Vater der Ehefrau in der Vergangenheit erbracht worden sind, werden im Verhältnis zwischen dem Ehemann und seinem Schwiegervater ggf. Ansprüche nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage eines konkludent geschlossenen familienrechtlichen Kooperationsvertrages in Betracht kommen. Bei der dort anzustellenden Beurteilung, ob sich die Beibehaltung der bestehenden Vermögenssituation für die Schwiegereltern im Sinne des § 313 BGB als unzumutbar darstellt, ist nach der Rechtsprechung des Senats das güterrechtliche Ergebnis im Verhältnis zwischen Kind und Schwiegerkind und somit die Frage, ob das eigene Kind über den Zugewinnausgleich an der Zuwendung profitiert, ohne Bedeutung (Senatsurteil BGHZ 184, 190 = FamRZ 2010, 958 Rdnr. 32 ff., 54). Es lässt sich schon deshalb aus dem Umstand einer schwiegerelterlichen Zuwendung für sich genommen nichts für die Annahme gewinnen, dass sich der begünstigte Ehegatte mit der Berufung auf die vereinbarte Gütertrennung treuwidrig verhalten könnte.

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch die Anmerkung von *Münch*, MittBayNot 2013, 246 (in diesem Heft).

6. BGB §§ 138, 242 (*Unausgewogenheit regelmäßig nicht ausreichend für Sittenwidrigkeit eines Ehevertrages*)

1. **Ein Ehevertrag kann sich in einer Gesamtwürdigung nur dann als sittenwidrig und daher als insgesamt nichtig erweisen, wenn konkrete Feststellungen zu einer unterlegenen Verhandlungsposition des benachteiligten Ehegatten getroffen worden sind. Allein aus der Unausgewogenheit des Vertragsinhalts ergibt sich die Sittenwidrigkeit des gesamten Ehevertrages regelmäßig noch nicht.**
2. **Zur Anpassung des ehevertraglichen Ausschlusses von Unterhalt und Versorgungsausgleich an geänderte Verhältnisse im Rahmen der Ausübungskontrolle, wenn ein Ehegatte eine Erwerbsminderungsrente bezieht und ehebedingt entstandene Nachteile beim Aufbau seiner Versorgungsanwartschaften erlitten hat (Fortführung des Senatsbeschlusses vom 6.10.2004, XII ZB 57/03, FamRZ 2005, 185).**

BGH, Urteil vom 31.10.2012, XII ZR 129/10; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Parteien streiten um nahehelichen Unterhalt.

Die 1949 geborene Antragstellerin (im Folgenden Ehefrau) und der ebenfalls 1949 geborene Antragsgegner (im Folgenden Ehemann) heirateten am 5.8.1977, nachdem sie zuvor fünf Jahre lang zusammengelebt hatten. Vor der Eheschließung hatten die Parteien am 25.7.1977 einen notariell beurkundeten Ehevertrag geschlossen, durch den sie den Versorgungsausgleich ausschlossen, gleichwohl den Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft vereinbarten und für den Fall der Scheidung wechselseitig auf jegliche Unterhaltsansprüche verzichteten. Aus der Ehe der Parteien sind zwei mittlerweile volljährige, in den Jahren 1979 und 1982 geborene Kinder hervorgegangen.

Der Ehemann befand sich im Zeitpunkt der Eheschließung noch als Rechtspraktikant in der einphasigen Juristenausbildung an der Universität B. Die Ehefrau war seit 1973 als Stationschwester in einem evangelischen Krankenhaus in O vollschichtig berufstätig.

Der Ehemann legte im Jahre 1980 das juristische Staatsexamen ab und trat im gleichen Jahre als Verwaltungsrat mit der Besoldungsgruppe A 13 in den höheren Dienst einer Landesversicherungsanstalt ein. Nach der Geburt des zweiten Kindes im Jahre 1982 reduzierte die Ehefrau den Umfang ihrer Beschäftigung als Krankenschwester auf eine Halbtagsstätigkeit; sie war danach auch nicht mehr als Stationschwester tätig. In der Folgezeit versorgte die Ehefrau den Haushalt und die Kinder weitgehend allein. Im Jahre 1991 wechselte der Ehemann in den Dienst des Landes Sachsen-Anhalt, wo er derzeit als Ministerialrat nach der Besoldungsgruppe B 2 besoldet wird.

Die Parteien trennten sich im Jahre 2005. Die Ehefrau übte ihre Teilzeitbeschäftigung als Krankenschwester im evangelischen Krankenhaus O in unverändertem Umfang bis zu einer Erkrankung im Frühjahr 2007 aus. Seit dem Jahr 2009 bezieht die Ehefrau – rückwirkend seit Mai 2008 – Erwerbsminderungsrenten der Deutschen Rentenversicherung Bund und der Evangelischen Zusatzversorgungskasse (früher Kirchliche Zusatzversorgungskasse Darmstadt). Aus der Teilung des Erlöses für den Verkauf des ehemaligen Familienheimes in O erhielt die Ehefrau 76.000 €; daneben zahlte ihr der Ehemann im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung einen Betrag i. H. v. 12.500 €. Ferner flössen der Ehefrau nach der Trennung aus einer Erbschaft weitere 5.000 € zu.

Das AG hat die Ehe der Parteien auf einen im Mai 2008 zugestellten Scheidungsantrag durch Urteil vom 18.11.2009 geschieden und den Versorgungsausgleich in einem beschränkten und – nach seiner Ansicht – zum Ausgleich ehebedingter Versorgungsnachteile erforderlichen Umfang durchgeführt, indem es im Wege des Quasi-Splittings zulasten der Beamtenversorgung des Ehemannes monatliche und auf das Ende der Ehezeit am 30.4.2008 bezogene Rentenanswartschaften der gesetzlichen Rentenversicherung i. H. v. 417,98 € auf dem Versicherungskonto der Ehefrau begründet hat. Den im Verbund gestellten Antrag der Ehefrau auf Zahlung nahehelichen Unterhalts hat das AG abgewiesen. Gegen die Entscheidung zum Unterhalt hat sich die Ehefrau mit ihrer Berufung gewendet, mit der sie weiterhin die Zahlung eines nach den ehelichen Lebensverhältnissen bemessenen nahehe-

lichen Unterhalts i. H. v. monatlich 919 € begehrt hat. Das OLG hat die angefochtene Entscheidung insoweit teilweise abgeändert und den Ehemann zur Zahlung eines Nachscheidungsunterhalts in Höhe von monatlich 330 € verurteilt.

Hiergegen richtet sich die vom OLG zugelassene Revision des Ehemannes, der die Wiederherstellung der amtsgerichtlichen Entscheidung erstrebt.

Aus den Gründen:

Die zulässige Revision hat Erfolg.

Auf das Verfahren ist gemäß Art. 111 Abs. 1 FGG-RG noch das bis zum 31.8.2009 geltende Prozessrecht anzuwenden, weil das Verfahren vor diesem Zeitpunkt eingeleitet worden ist (vgl. Senatsbeschluss vom 3.11.2010, XII ZB 197/10, FamRZ 2010, 100 Rdnr. 10).

I.

1. Das Berufungsgericht hat die Auffassung vertreten, dass der am 25.7.1977 geschlossene Ehevertrag der Parteien einer Inhaltskontrolle am Maßstab des § 138 BGB standhalte und zur Begründung das Folgende ausgeführt:

Die Vereinbarung habe im Zeitpunkt ihres Zustandekommens nicht zu einer derart einseitigen Lastenverteilung für den Scheidungsfall geführt, dass ihr – losgelöst von der zukünftigen Entwicklung der Ehegatten und ihrer Lebensverhältnisse – wegen Verstoßes gegen die guten Sitten die Anerkennung der Rechtsordnung ganz oder teilweise versagt werden müsse. Zwar seien durch den Vertrag Regelungen aus dem Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts ganz oder zu erheblichen Teilen abbedungen worden, ohne dass dies durch anderweitige Vorteile kompensiert worden sei. Dies sei aber durch die besonderen Verhältnisse der Ehegatten gerechtfertigt gewesen.

In der Vorausschau hätten auf beiden Seiten Chancen und Risiken bestanden. Es sei bei Vertragsschluss in der Mitte des Jahres 1977 noch nicht sicher gewesen, dass der Ehemann seine erst zu etwa $\frac{2}{3}$ abgeschlossene Hochschulausbildung erfolgreich absolvieren und sich daran eine Laufbahn als Jurist im Beamtenverhältnis anschließen würde; erst recht seien die beruflichen Aufstiegsmöglichkeiten, die sich für den Ehemann durch die Wiedervereinigung in den neuen Bundesländern ergeben sollten, nicht vorhersehbar gewesen. Für den Fall, dass das Studium des Ehemannes misslungen oder auf dem Arbeitsmarkt für ihn keine gut bezahlten Stellen zu finden gewesen wären, hätte sich der Ehevertrag auch für die Ehefrau günstig auswirken können.

Die Geburt des ersten Kindes im Jahre 1979 lasse nicht darauf schließen, dass schon bei Abschluss des Ehevertrages im Jahre 1977 geplant gewesen sei, dass die Ehefrau ihre Erwerbstätigkeit wegen der Kinderbetreuung einschränken würde, denn auch danach sei die Ehefrau noch bis zur Geburt des zweiten Kindes im Jahre 1982 vollschichtig berufstätig geblieben. Es könne auch sonst nicht festgestellt werden, dass eine der Vertragsparteien subjektiv unterlegen gewesen sei. Beide Parteien seien bei Vertragsschluss etwa gleich alt gewesen und hätten bereits seit 1972 nichtehelich zusammengelebt. Die Ehefrau habe als Krankenschwester berufliche Erfolge aufzuweisen gehabt. Zwar möge es naheliegen, dass der Ehemann als angehender Jurist eine deutlichere Vorstellung vom Inhalt und von der Tragweite des kurz zuvor in Kraft getretenen neuen Eherechts gehabt habe; aufgrund der auch für juristische Laien eindeutigen Formulierungen des Ehevertrages habe sich auch die Ehefrau aber nicht der Erkenntnis verschließen können, dass für den Fall der Scheidung „jegliche Unterhaltsansprüche“ ausgeschlossen sein

würden. Nach der Belehrung durch den Notar hätte die Ehefrau auch eine ungefähre Vorstellung davon haben müssen, was der Verzicht auf den Versorgungsausgleich bedeute.

Einen Sachverhalt, aus dem sich sachlich schlüssig eine – wie immer geartete – Zwangslage für die Ehefrau ergeben könnte, sei von ihr nicht dargelegt worden. Es sei nicht ersichtlich, warum die Ablehnung des Vertragsschlusses zwangsläufig zu einer Beendigung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft geführt hätte. Auch erschließe sich nicht, worin der Verlust der sozialen Achtung für die Ehefrau gelegen haben sollte, wenn die Parteien ihr nichteheliches Zusammenleben ohne Vertragsschluss und ohne Eheschließung fortgesetzt hätten.

Diese – der Revision günstigen – Ausführungen des Berufungsgerichts halten der mit der Revisionserwiderung erhobenen Gegenrüge der Ehefrau stand.

2. Nach ständiger Rechtsprechung des Senats (grundlegend Senatsurteil BGHZ 158, 81 = FamRZ 2004, 601, 604 ff. = MittBayNot 2004, 270) darf die grundsätzliche Disponibilität der Scheidungsfolgen nicht dazu führen, dass der Schutzzweck der gesetzlichen Regelungen durch vertragliche Vereinbarungen beliebig unterlaufen werden kann. Das wäre der Fall, wenn dadurch eine evident einseitige und durch die individuelle Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse nicht gerechtfertigte Lastenverteilung entstünde, die hinzunehmen für den belasteten Ehegatten – bei angemessener Berücksichtigung der Belange des anderen Ehegatten und seines Vertrauens in die Geltung der getroffenen Abrede – bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe unzumutbar erscheint.

Im Rahmen der Wirksamkeitskontrolle hat der Tatrichter zu prüfen, ob die Vereinbarung schon im Zeitpunkt ihres Zustandekommens offenkundig zu einer derart einseitigen Lastenverteilung für den Scheidungsfall führt, dass ihr – und zwar losgelöst von der künftigen Entwicklung der Ehegatten und ihrer Lebensverhältnisse – wegen Verstoßes gegen die guten Sitten die Anerkennung der Rechtsordnung ganz oder teilweise mit der Folge zu versagen ist, dass an ihre Stelle die gesetzlichen Regelungen treten (§ 138 Abs. 1 BGB). Erforderlich ist dabei eine Gesamtwürdigung, die auf die individuellen Verhältnisse beim Vertragsschluss abstellt, insbesondere also auf die Einkommens- und Vermögensverhältnisse, den geplanten oder bereits verwirklichten Zuschnitt der Ehe sowie auf die Auswirkungen auf die Ehegatten und auf die Kinder. Subjektiv sind die von den Ehegatten mit der Abrede verfolgten Zwecke sowie die sonstigen Beweggründe zu berücksichtigen, die den begünstigten Ehegatten zu seinem Verlangen nach der ehevertraglichen Gestaltung veranlasst und den benachteiligten Ehegatten bewegen haben, diesem Verlangen zu entsprechen (Senatsurteil BGHZ 158, 81 = FamRZ 2004, 601, 606 = MittBayNot 2004, 270; vgl. zuletzt Senatsurteil vom 18.3.2009, XII ZR 94/06, FamRZ 2009, 2124 Rdnr. 13). Diese Gesamtwürdigung hat das Berufungsgericht ohne revisionsrechtlich bedeutsame Fehler vorgenommen.

a) Das Berufungsgericht hat nicht verkannt, dass der objektive Vertragsinhalt erheblich in den Kernbereich der Scheidungsfolgen eingreift, soweit es den vollständigen Verzicht auf Betreuungs-, Alters- und Krankenunterhalt sowie den Verzicht auf den Versorgungsausgleich betrifft. Bei gesonderter Betrachtung begegnen diese Einzelregelungen allerdings unter dem Gesichtspunkt des § 138 Abs. 1 BGB noch keinen Bedenken.

aa) Der Anspruch auf Betreuungsunterhalt (§ 1570 BGB) ist zwar einer Disposition der Parteien am wenigsten zugänglich, weil er dem anspruchsberechtigten Ehegatten im Interesse gemeinsamer Kinder gewährt wird. Dies schließt allerdings eine

vertragliche Modifikation dieses Anspruches – bis hin zu dessen gänzlichen Ausschluss – nicht schlechthin aus. Ein Verzicht auf Betreuungsunterhalt ist unter dem Gesichtspunkt des § 138 Abs. 1 BGB jedenfalls dann unbedenklich, wenn kein gemeinsamer Kinderwunsch der Ehegatten besteht und auch sonst für deren Absicht, eine Familie mit Kindern zu gründen, nichts ersichtlich ist (vgl. Senatsurteil vom 28.11.2008, XII ZR 132/05, FamRZ 2008, 582 Rdnr. 21). Aber auch dann, wenn der Zuschnitt der Ehe bei jüngeren Ehegatten zunächst auf das Modell der Doppelverdienerehe angelegt und Kinder zwar noch nicht geplant, aber ein späterer Kinderwunsch nicht ausgeschlossen ist, erscheint es zweifelhaft, ob bereits durch den Verzicht auf den Betreuungsunterhalt ein Eingriff in die Vertragsgestaltung im Wege einer richterlichen Wirksamkeitskontrolle veranlasst wird oder ob für die Ehegatten nicht auch in diesem Falle eine umfassende Freiheit bei der inhaltlichen Gestaltung ihres Ehevertrages besteht, dessen Korrektur ggf. der Ausübungskontrolle nach § 242 BGB überlassen werden kann (vgl. *Rauscher*, DNotZ 2004, 524, 537). Anhaltspunkte dafür, dass der Verzicht auf Betreuungsunterhalt für sich genommen objektiv sittenwidrig sein könnte, ergeben sich jedenfalls dann noch nicht, wenn sich bei Abschluss eines Ehevertrages durch berufstätige Ehegatten mit möglichem späteren Kinderwunsch noch keine Tendenz zu einer Alleinverdienerehe abzeichnete, weil sie von einer gleichgewichtigen Kinderbetreuung oder davon ausgingen, dass durch die spätere Geburt von gemeinsamen Kindern – etwa wegen einer besonders günstigen Kinderbetreuungssituation – kein Ehegatte seine Erwerbstätigkeit in nennenswerter Weise einschränken muss (vgl. Senatsurteil BGHZ 158, 81 = FamRZ 2004, 601, 605 = MittBayNot 2004, 270). Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hatten die Parteien bei Vertragsschluss im Jahre 1977 noch nicht geplant, dass sich die Ehefrau bei Geburt eines Kindes aus dem Erwerbsleben zurückziehen sollte, was das Berufungsgericht in rechtlich nicht zu beanstandender Weise auch daraus geschlossen hat, dass die Ehefrau noch nach der Geburt des ersten Kindes im Jahre 1979 ihre vollschichtige Tätigkeit als Krankenschwester wieder aufgenommen hatte.

bb) Die Unterhaltsansprüche wegen Alters und Krankheit (§§ 1571, 1572 BGB) sind nach ständiger Rechtsprechung des Senats zwar dem Kernbereich der Scheidungsfolgen zuzurechnen. Ihr Ausschluss wird allerdings – für sich genommen – unter dem Gesichtspunkt des § 138 Abs. 1 BGB zu meist schon deshalb keinen Bedenken begegnen, weil im Zeitpunkt des Vertragsschlusses regelmäßig noch nicht absehbar ist, ob, wann und unter welchen wirtschaftlichen Gegebenheiten ein Ehegatte wegen Alters oder Krankheit unterhaltsbedürftig werden könnte (Senatsurteile vom 12.1.2005, XII ZR 238/03, FamRZ 2005, 691, 692, und vom 28.11.2007, XII ZR 132/05, FamRZ 2008, 582 Rdnr. 22). Zusätzlich ist hier zu berücksichtigen, dass die Ehefrau im Zeitpunkt des Vertragsschlusses eine sozialversicherungspflichtige Vollzeitbeschäftigung ausübte und nach den Feststellungen des Berufungsgerichts zu jener Zeit keine konkreten Pläne verfolgt wurden, hieran auch im Hinblick auf einen späteren Kinderwunsch etwas zu ändern. Bei Vertragsschluss im Jahre 1977 ergaben sich daher keine Anhaltspunkte für die Annahme, dass die Ehefrau, die sowohl Beiträge in die gesetzliche Rentenversicherung als auch in eine Zusatzversorgungseinrichtung einzahlte, nicht selbst in der Lage sein könnte, für Krankheit und Alter Vorsorge zu treffen.

cc) Aus den letztgenannten Gründen hält auch der von den Parteien im Ehevertrag vereinbarte Ausschluss des – nach seiner Zielrichtung als vorweggenommener Altersunterhalt zu verstehenden – Versorgungsausgleiches für sich genommen

einer Wirksamkeitskontrolle am Maßstab des § 138 Abs. 1 BGB stand (vgl. Senatsbeschluss vom 6.10.2004, XII ZB 57/03, FamRZ 2005, 185, 186).

b) Auch wenn die Einzelregelungen eines Ehevertrages bei jeweils gesonderter Betrachtung den Vorwurf der objektiven Sittenwidrigkeit nicht zu rechtfertigen vermögen, kann sich der Ehevertrag dennoch bei einer Gesamtwürdigung als insgesamt sittenwidrig erweisen, wenn das Zusammenwirken aller ehevertraglichen Einzelregelungen erkennbar auf die einseitige Benachteiligung eines Ehegatten abzielt (vgl. dazu Senatsurteile vom 12.1.2005, XII ZR 238/03, FamRZ 2005, 691, 693, und vom 9.7.2008, XII ZR 6/07, FamRZ 2008, 2011 Rdnr. 20 f.). Auch daraus lässt sich hier allerdings eine Sittenwidrigkeit des Ehevertrages nicht herleiten.

aa) Zum einen hat das Berufungsgericht in seine Würdigung zu Recht den Aspekt einbezogen, dass der im Ehevertrag vereinbarte Verzicht auf sämtliche Unterhaltsansprüche und auf den Versorgungsausgleich unter bestimmten und nicht völlig fernliegenden Umständen – etwa bei einer kurzen Ehedauer und einem beruflichen Scheitern des Ehemannes – auch zu einer Begünstigung der Ehefrau hätte führen können. Dies gilt insbesondere für den Verzicht auf Erwerbslosigkeitsunterhalt (§ 1573 Abs. 1 BGB), der sich nach Lage der Dinge im Jahre 1977 allenfalls zugunsten der Ehefrau hätte auswirken können, weil diese als langjährige Angehörige des öffentlichen Dienstes kein nennenswertes Arbeitsmarktrisiko mehr getragen haben dürfte.

bb) Zum anderen hat der Senat mehrfach betont, dass das Gesetz einen unverzichtbaren Mindestgehalt an Scheidungsfolgen zugunsten des berechtigten Ehegatten nicht kennt (vgl. Senatsurteile BGHZ 158, 81 = FamRZ 2004, 601, 604, und vom 28.3.2007, XII ZR 130/04, FamRZ 2007, 1309, 1310 = MittBayNot 2007, 507), so dass auch aus dem objektiven Zusammenspiel einseitig belastender Regelungen nur dann auf die weiter erforderliche verwerfliche Gesinnung des begünstigten Ehegatten geschlossen werden kann, wenn die Annahme gerechtfertigt ist, dass sich in dem unausgewogenen Vertragsinhalt eine auf ungleichen Verhandlungspositionen basierende einseitige Dominanz eines Ehegatten und damit eine Störung der subjektiven Vertragsparität widerspiegelt. Eine lediglich auf die Einseitigkeit der Lastenverteilung gegründete tatsächliche Vermutung für die subjektive Seite der Sittenwidrigkeit lässt sich bei familienrechtlichen Verträgen nicht aufstellen (Senatsurteil BGHZ 178, 322 = FamRZ 2009, 198 = MittBayNot 2009, 152 Rdnr. 32 f.). Ein unausgewogener Vertragsinhalt mag zwar ein gewisses Indiz für eine unterlegene Verhandlungsposition des belasteten Ehegatten sein. Gleichwohl wird das Verdikt der Sittenwidrigkeit in der Regel nicht gerechtfertigt sein, wenn sonst außerhalb der Vertragsurkunde keine verstärkenden Umstände zu erkennen sind, die auf eine subjektive Imparität, insbesondere infolge der Ausnutzung einer Zwangslage, sozialer oder wirtschaftlicher Abhängigkeit oder intellektueller Unterlegenheit, hindeuten könnten (vgl. OLG Celle, NJW-RR 2009, 1302, 1304; Palandt/Brudermüller, 71. Aufl., § 1408 Rdnr. 10; Rauscher, Familienrecht, 2. Aufl., Rdnr. 366m; Münch, DNotZ 2005, 819, 825 f.; Bergschneider, FamRZ 2007, 1246). In dieser Hinsicht geht das Berufungsgericht zu Recht davon aus, dass tragfähige Anhaltspunkte für eine subjektive Unterlegenheit der Ehefrau im Zeitpunkt des Vertragsschlusses weder von der Ehefrau vorgetragen noch sonst ersichtlich sind.

Eine soziale oder wirtschaftliche Abhängigkeit der seinerzeit mit auskömmlichen Einkünften vollschichtig berufstätigen Ehefrau von ihrem noch in der Hochschulausbildung befindlichen Ehemann lag im Jahre 1977 ersichtlich nicht vor. Auch

eine mögliche intellektuelle Unterlegenheit der Ehefrau gegenüber dem juristisch versierten Ehemann vermag hier die Annahme ungleicher Verhandlungspositionen beim Abschluss des Ehevertrages nicht zu begründen. Das Berufungsgericht geht aufgrund der von ihm getroffenen Feststellungen rechtlich bedenkenfrei davon aus, dass sich die Ehefrau bei Abschluss des Vertrages darüber im Klaren gewesen sein musste, was der im Ehevertrag vereinbarte Verzicht auf „jegliche“ Unterhaltsansprüche und auf den Versorgungsausgleich bedeutete. Dies ergibt sich im Übrigen auch schon aus dem eigenen Vortrag der Ehefrau, wonach der Ehemann im Hinblick auf die zum 1.7.1977 (d. h. durch das Erste Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts vom 14.6.1976, BGBI I, S. 1421) geänderte Rechtslage mehrfach deutlich gemacht haben soll, dass er nur dann eine Ehe schließen werde, wenn er im Falle der Scheidung keinen Unterhalt zahlen müsse und auch seine Rente ihm voll und ganz verbleibe. Danach dürfte es für die Ehefrau bei Vertragsschluss keinen vernünftigen Zweifel an Inhalt und Tragweite der im Ehevertrag enthaltenen Verzichtserklärungen mehr gegeben haben.

Auch sonstige Umstände, die eine Zwangslage der Ehefrau begründet oder sie gehindert hätten, auf Abschluss oder Inhalt des Ehevertrages Einfluss zu nehmen, sind nicht ersichtlich. Konkrete Anhaltspunkte für eine Überrumpelung der Ehefrau im Zusammenhang mit der Errichtung der notariellen Urkunde hat das Berufungsgericht nicht feststellen können. Soweit die Ehefrau das Bestehen einer Zwangslage für sich daraus herleiten will, dass der Ehemann im Falle der Verweigerung eines Vertragsschlusses die Hochzeit abgesagt hätte und die Ehefrau dadurch unter den gesellschaftlichen Verhältnissen des Jahres 1977 einer besonderen sozialen Stigmatisierung und Ächtung („gefallenes Mädchen“) anheimgefallen wäre, hat das Berufungsgericht dieses Vorbringen in tatrichterlicher Verantwortung geprüft und nicht für durchgreifend erachtet. Hiergegen sind aus Rechtsgründen Bedenken nicht zu erheben.

II.

1. Das Berufungsgericht hat zur weiteren Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen das Folgende ausgeführt:

Auch wenn der Vertrag nicht von Anfang an nichtig sei, müsse die Ausübung der Rechte mit § 242 BGB vereinbar sein. Da beim Abschluss des Vertrages noch nicht festgestanden habe, wie die Parteien ihre Ehe gestalten würden und die Möglichkeit bestanden habe, dass beide voll berufstätig und im Wesentlichen wirtschaftlich selbständig sein würden, gäben der tatsächliche Verlauf der Ehe und die dadurch verursachten beruflichen Nachteile der Ehefrau Anlass für eine Einschränkung der Rechte des Ehemannes aus dem Vertrag. Es wäre evident einseitig, wenn nach dem Scheitern der Ehe ein Ehegatte sowohl unter dem Gesichtspunkt des Unterhalts als auch unter dem Gesichtspunkt der Altersvorsorge die durch den tatsächlichen Verlauf der Ehe begründeten Nachteile allein zu tragen hätte. Der Ehemann könne sich daher insoweit nicht auf den Vertrag berufen, als es um den Ausgleich ehebedingter Nachteile gehe.

Diese Nachteile bestünden im Wesentlichen darin, dass die Ehefrau nach der Geburt des zweiten Kindes im Jahre 1982 ihre Erwerbstätigkeit als Krankenschwester auf eine Halbtags-tätigkeit reduziert habe und seither nicht mehr als Stationschwester tätig gewesen sei; zudem sei ihr die Möglichkeit genommen worden, im Krankenhausbetrieb beruflich aufzusteigen. Zur Erfassung solcher ehebedingten Nachteile müsse die tatsächliche Lage mit derjenigen Lage verglichen werden, in der sie sich ohne Ehe und Kinderbetreuung befinden würde. Da die Antragsgegnerin gegenwärtig eine Rente

wegen voller Erwerbsminderung beziehe und diese Erkrankung nicht ehebedingt sei, könnten sich ihre ehebedingten Nachteile aber zur Zeit nur auswirken, wenn und soweit sie nicht schon durch den Versorgungsausgleich ausgeglichen worden seien.

Die Halbteilung der beiderseits in der Ehe erworbenen Anrechte ergäbe einen Ausgleich zugunsten der Ehefrau i. H. v. 1.034,20 €. Die Ehefrau könne aber nur den Ausgleich ehebedingter Nachteile beanspruchen; der vom AG vorgenommene Versorgungsausgleich habe diese Nachteile jedoch nicht ausgleichen können. Vielmehr wäre es zum Ausgleich ehebedingter Nachteile erforderlich gewesen, zulasten der Versorgungsanrechte des Ehemannes zugunsten der Ehefrau monatliche und auf das Ende der Ehezeit bezogene Rentenanwartschaften der gesetzlichen Rentenversicherung im Wert von monatlich 800 € auf ihrem Versicherungskonto zu begründen.

Tatsächlich habe die Ehefrau in der Ehezeit Rentenanwartschaften in einer Gesamthöhe von rund 837 € (davon 576 € gesetzliche Rente und 261 € kirchliche Zusatzversicherung) erworben. Zwar hätte eine vollschichtige Erwerbstätigkeit der Ehefrau als „einfache“ Krankenschwester nicht zu einer Verdopplung dieser in der Ehezeit erworbenen Anrechte geführt, weil die Ehefrau auch in der Ehezeit noch viereinhalb Jahre vollschichtig tätig war, die tatsächlich von ihr ausgeübte Teilzeitbeschäftigung mit rund 55 % der Regelarbeitszeit geringfügig mehr als halbschichtig gewesen sei und ihre tatsächlich erworbenen Anrechte zudem durch Kindererziehungszeiten erhöht worden seien, die ihr ohne die Geburt der Kinder nicht gutgebracht worden wären. Andererseits wäre die Ehefrau ohne die Einschränkung ihrer Berufstätigkeit auch nicht zur einfachen Krankenschwester zurückgestuft worden. Vielmehr spreche alles dafür, dass sie zumindest die nächste Stufe in der Hierarchie des Krankenhausbetriebes erreicht hätte, zumal sie durch die Übertragung der Aufgaben einer Stationschwester im Alter von 23 Jahren bereits besonderen Ehrgeiz und besondere Leistungen in ihrem Beruf unter Beweis gestellt habe. Danach könne geschätzt werden, dass der Ehefrau durch die Einschränkung ihrer Berufstätigkeit in der Ehezeit Versorgungsanwartschaften i. H. v. 800 € entgangen seien. Da das AG der Ehefrau lediglich Anrechte i. H. v. 418 € übertragen habe, wäre zum vollständigen Ausgleich ehebedingter Nachteile ein weiterer Ausgleich i. H. v. 382 € erforderlich gewesen.

Ein Ausgleich dieser Nachteile über das Unterhaltsrecht sei auch nicht deshalb ausgeschlossen, weil der Ausspruch des Versorgungsausgleichs zwischenzeitlich in Rechtskraft erwachsen sei. Zwar sei der Ausgleich ehebedingter Nachteile im Hinblick auf den Erwerb eigener Versorgungsanwartschaften vornehmlich Aufgabe des Versorgungsausgleiches und nicht des Unterhaltsrechts. Ehebedingte Nachteile könnten grundsätzlich auch nicht damit begründet werden, dass der Versorgungsausgleich den Verlust eigener Rentenanwartschaften durch die Unterbrechung der Erwerbstätigkeit nicht vollständig habe ausgleichen können, weil diesbezügliche Nachteile in der Versorgungsbilanz von beiden Ehegatten gleichermaßen zu tragen seien. Dies könne aber nur dann gelten, wenn für die Ehezeit der Versorgungsausgleich vollständig durchgeführt sei. Hat der Versorgungsausgleich demgegenüber nicht zu einer Halbteilung der Versorgungsanwartschaften geführt, bleibe ein Ausgleich über den Unterhalt möglich.

Für diesen Ausgleich komme es im vorliegenden Fall darauf an, wie sich ein entsprechend erhöhter Versorgungsausgleich auf die Höhe der Renten der Ehefrau ausgewirkt hätte. Die

Werte der erworbenen Versorgungsanrechte bezögen sich jeweils auf einen regulären Rentenbeginn bei Vollendung des 65. Lebensjahres. Die Ehefrau beziehe aber tatsächlich Renten wegen Erwerbsminderung, die niedriger ausfallen als die Vollrenten bei Erreichen der Regelaltersgrenze. Außerdem müsse berücksichtigt werden, dass aus einer erhöhten Rente auch erhöhte Beiträge zur Kranken- und Pflegeversicherung zu zahlen gewesen wären. Die tatsächliche Nettorente der Ehefrau bei der Deutschen Rentenversicherung Bund betrage rund 86 % des „erworbenen Anrechtes“. Hätte die Ehefrau im Versorgungsausgleich nicht rund 418 €, sondern 800 € erhalten, würde ihr aus der Differenz überschlägig eine zusätzliche Nettorente in Höhe von 86 % = 330 € zufließen. Das Vermögen, das die Ehefrau aus dem Erlös für den Verkauf des ehemaligen Familienheimes, aus der Zahlung für den Zugewinnausgleich und aus der Erbschaft bezogen habe, sei kein Ausgleich ehebedingter Nachteile und verminderten den mit 330 € zu bemessenen Unterhaltsanspruch der Ehefrau daher nicht.

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

2. Zutreffend ist allerdings der rechtliche Ausgangspunkt des Berufungsgerichts. Soweit ein Ehevertrag – wie hier – der Wirksamkeitskontrolle standhält, muss der Richter im Rahmen einer Ausübungskontrolle prüfen, ob und inwieweit es einem Ehegatten nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) verwehrt ist, sich auf eine ihn begünstigende Regelung zu berufen. Entscheidend ist insofern, ob sich im Zeitpunkt des Scheiterns der Ehe aus dem vereinbarten Ausschluss der Scheidungsfolge eine evident einseitige, unzumutbare Lastenverteilung ergibt. Hält die Berufung eines Ehegatten auf die getroffene Regelung der Ausübungskontrolle nicht stand, so führt dies weder zur Unwirksamkeit des Ausschlusses der gesetzlichen Scheidungsfolge noch dazu, dass die gesetzliche Regelung in Vollzug gesetzt wird. Der Richter hat vielmehr diejenige Rechtsfolge anzuordnen, die den berechtigten Belangen beider Parteien in der eingetretenen Situation in ausgewogener Weise Rechnung trägt (vgl. grundlegend Senatsurteil BGHZ 158, 81 = FamRZ 2004, 601, 606 = MittBayNot 2004, 270). Auch die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) können dabei auf Eheverträge Anwendung finden, wenn und soweit die tatsächliche Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse von derjenigen ursprünglichen Lebensplanung abweicht, welche die Ehegatten dem Ehevertrag zugrundegelegt haben (Senatsurteile vom 2.2.2011, XII ZR 11/09, FamRZ 2011, 1377 Rdnr. 16, und vom 17.10.2007, XII ZR 96/05, FamRZ 2008, 386 = MittBayNot 2008, 217 Rdnr. 36).

a) Eine grundlegende Abweichung der tatsächlichen Lebenssituation von den beim Vertragsschluss zugrundegelegten Lebensumständen hat das Berufungsgericht im Hinblick auf die dem Ehevertrag nachfolgende Geburt der beiden Kinder und die mit deren Betreuung einhergehende eingeschränkte Erwerbstätigkeit der Ehefrau mit Recht bejaht (vgl. auch Senatsbeschluss vom 6.10.2004, XII ZB 57/03, FamRZ 2005, 185, 187). Auch die Revision erinnert gegen diese Beurteilung nichts.

b) Ist derjenige Ehegatte, der seine Erwerbstätigkeit für die Betreuung gemeinsamer Kinder eingeschränkt hat im Zeitpunkt der Scheidung erwerbsunfähig erkrankt, wird sich die ehevertragliche Ausübungskontrolle im Hinblick auf die geänderten Verhältnisse grundsätzlich an dem Gedanken zu orientieren haben, dass dieser Ehegatte aufgrund der tatsächlichen Rollenverteilung in der Ehe nicht ausreichend für den Fall seiner krankheitsbedingten Erwerbsminderung vorsorgen

konnte und seine Erwerbsminderungsrente infolgedessen geringer ist, als sie es gewesen wäre, wenn er seine (vollschichtige) Berufstätigkeit entsprechend der ursprünglichen Lebensplanung bis zum Eintritt der Erwerbsunfähigkeit fortgesetzt hätte. Der Ausgleich unzureichender Vorsorgebeiträge ist dabei nach ständiger Rechtsprechung des Senats vornehmlich Aufgabe des Versorgungsausgleichs (Senatsurteile vom 17.2.2010, XII ZR 140/08, FamRZ 2010, 629 Rdnr. 24, und vom 7.7.2010, XII ZR 157/08, FamRZ 2011, 188 Rdnr. 16 m. w. N.), so dass der für die Ausübungskontrolle gewählte Ausgangspunkt, der Ehefrau über den vertraglich ursprünglich ausgeschlossen gewesenen Versorgungsausgleich nunmehr diejenigen Versorgungsrechte zukommen zu lassen, die ihr zwischen 1982 und 2008 durch die Einschränkung ihrer Erwerbstätigkeit entgangen sind, grundsätzlich nicht zu beanstanden ist.

3. Ebenfalls zutreffend ist die Einschätzung des Berufungsgerichts, dass die von dem AG im Wege des Quasi-Splittings angeordnete Begründung von monatlichen und auf das Ende der Ehezeit am 30.4.2008 bezogenen Rentenanwartschaften i. H. v. 417,98 € auf dem Versicherungskonto der Ehefrau bei der Deutschen Rentenversicherung Bund nicht ausreichend war, die Versorgungsnachteile der Ehefrau vollständig auszugleichen.

Dies wird schon anhand der Erwägungen deutlich, mit denen das AG die Bemessung der Nachteile beim Aufbau von Rentenanwartschaften der gesetzlichen Rentenversicherung begründet hat. Das AG ging bei seinen Berechnungen davon aus, dass es der Ehefrau bei einer vollschichtigen Erwerbstätigkeit im erlernten Beruf als Krankenschwester möglich gewesen wäre, in jedem Kalenderjahr der Ehezeit durch Beitragszahlungen durchschnittlich einen Entgeltpunkt zu erwerben. Dieser Berechnungsansatz ist zur Bestimmung fiktiver Versorgungsrechte der gesetzlichen Rentenversicherung im Rahmen des Nachteilsausgleiches beim Versorgungsausgleich zwar nicht grundsätzlich ungeeignet. Das vom AG dabei gefundene Ergebnis wird aber schon dadurch in Frage gestellt, dass die Ehefrau ausweislich der Versorgungsauskunft der Deutschen Rentenversicherung Bund vom 30.10.2008 bereits im Jahr 1978, d. h. im letzten vollen Kalenderjahr ihrer vollschichtigen Berufstätigkeit als Stationschwester vor der Geburt des ersten Kindes, aufgrund ihrer Beitragszahlungen 1,1121 Entgeltpunkte erwerben konnte und keineswegs anzunehmen war, dass sich bei zunehmender Berufserfahrung und steigendem Lebensalter das Verhältnis ihres Einkommens zum Durchschnittseinkommen aller Versicherten (Durchschnittsentgelt) in den Folgejahren verschlechtert hätte. Auch im Übrigen ergibt sich aus der Versorgungsauskunft, dass die Ehefrau schon aus ihrer tatsächlich ausgeübten Teilzeitbeschäftigung als Krankenschwester ohne Personalverantwortung in allen Jahren der Ehezeit seit 1983 durchgehend ein Einkommen erzielen konnte, welches – hochgerechnet auf ihre jeweilige Regelarbeitszeit – über dem Durchschnittseinkommen aller Versicherten im betreffenden Kalenderjahr lag. Die Beurteilung, dass der von dem AG in erster Instanz angeordnete Versorgungsausgleich die der Ehefrau durch die Einschränkung ihrer Berufstätigkeit seit 1982 entgangenen Versorgungsrechte nicht vollständig auszugleichen vermochte, nimmt auch die Revision erkennbar hin.

4. Das Berufungsgericht hat es im Rahmen der vertraglichen Ausübungskontrolle für möglich und geboten erachtet, der Ehefrau zum Ausgleich für die durch den erstinstanzlich angeordneten Versorgungsausgleich noch nicht vollständig kompensierten Rentennachteile einen ergänzenden Krankheitsunterhalt nach § 1572 BGB zu gewähren. Die dagegen erhobenen grundsätzlichen Einwendungen der Revision greifen nicht durch.

a) Eine weitergehende Anpassung des Vertrages wegen unterhaltsrechtlicher Regelungen scheidet nicht schon deshalb aus, weil die Ehefrau die erstinstanzliche Entscheidung zum Versorgungsausgleich nicht angefochten hatte und diese deshalb in Rechtskraft erwachsen ist.

Die Ehefrau ist im vorliegenden Fall unterhaltsbedürftig, soweit sie mit ihren tatsächlichen Renteneinkünften – auch unter Berücksichtigung des im Versorgungsausgleich bereits erworbenen Zuschlags an Entgeltpunkten – ihren nach dem Maßstab des Nachteilsausgleichs zu bemessenen Unterhaltsbedarf nicht decken kann. Zwar hätte die Ehefrau bedarfsdeckende Renteneinkünfte zur Verfügung gehabt, wenn sie mit einem Rechtsmittel gegen die Entscheidung zum Versorgungsausgleich erfolgreich eine höhere Bewertung ihrer durch die eheliche Rollenverteilung bedingten Versorgungsnachteile geltend gemacht hätte. Ob und wie sich dieses Unterlassen allerdings auf den Unterhaltsanspruch auswirken kann, richtet sich nach den allgemeinen unterhaltsrechtlichen Grundsätzen über die Herbeiführung der Bedürftigkeit durch den Unterhaltsberechtigten (§ 1579 Nr. 4 BGB) und ist daher nach den Kriterien der Mutwilligkeit und unterhaltsbezogenen Leichtfertigkeit zu beurteilen; diese sind nicht schon bei einem einfachen Verschulden des Unterhaltsberechtigten erfüllt (vgl. dazu zuletzt Senatsurteil vom 21.2.2001, XII ZR 34/99, FamRZ 2001, 541, 544). Von einer mutwilligen Herbeiführung der Bedürftigkeit kann hier schon deshalb nicht ausgegangen werden, weil die Ehefrau gegenüber dem Ehemann bereits keine Obliegenheit traf, das Verfahren über den Versorgungsausgleich in einer bestimmten Weise zu führen. Denn der Ehemann selbst stand der Ehefrau als Gegner im Versorgungsausgleichsverfahren gegenüber und er wurde durch eine möglicherweise nicht sachgerechte Verfahrensführung der Ehefrau nicht unmittelbar benachteiligt, sondern sogar begünstigt.

b) Entgegen der Auffassung der Revision rückt die vom Berufungsgericht vorgenommene unterhaltsrechtliche Korrektur der bestandskräftig gewordenen Entscheidung zum Versorgungsausgleich den Unterhaltsanspruch der Ehefrau auch nicht in die unzulässige Nähe eines sich aus den ehelichen Wirkungen ergebenden Schadenersatzanspruches.

Dieser Einwand wäre allenfalls dann berechtigt, wenn die von beiden Ehegatten erworbenen Versorgungsrechte über den Versorgungsausgleich hälftig aufgeteilt worden wären. In diesen Fällen wird der Ausgleichspflichtige aufgrund des Halbtteilungsgrundsatzes auf das Versorgungsniveau des anderen Ehegatten herabgesetzt, so dass im Hinblick darauf, dass das System der Scheidungsfolgen auf einer Halbtteilung des gemeinsam Erwirtschafteten beruht, für eine Ergänzung dieses Ausgleichssystems über den Unterhalt regelmäßig (zu den Ausnahmen vgl. etwa Senatsurteile vom 4.8.2010, XII ZR 7/09, FamRZ 2010, 1633 Rdnr. 25 [phasenverschobene Ehe], und vom 2.3.2011, XII ZR 44/09, FamRZ 2011, 713 Rdnr. 20 [kein Zugang zur Erwerbsminderungsrente wegen fehlender Pflichtbeitragszeiten]) kein Raum mehr bleibt (Senatsurteile vom 16.4.2008, XII ZR 107/06, FamRZ 2008, 1325 Rdnr. 43, und vom 25.6.2008, XII ZR 109/07, FamRZ 2008, 1508 Rdnr. 25; *Borth*, FamRZ 2008, 1329, 1331). Ein ergänzender Unterhaltsanspruch wegen ehebedingter Nachteile in der Versorgungssituation ist demgegenüber nicht von vornherein ausgeschlossen, wenn der Versorgungsausgleich noch nicht zu einer Halbtteilung der in der Ehe erworbenen Versorgungsrechte geführt hat.

5. Demgegenüber sind die Ausführungen des OLG zur Bemessung der Höhe des unterhaltsrechtlich auszugleichenden Nachteils nicht in allen Punkten frei von rechtlichen Bedenken.

a) Das Berufungsgericht bemisst den nicht ausgeglichenen ehebedingten Nachteil nicht auf der Grundlage der fiktiven Erwerbsminderungsrenten, welche die Ehefrau aus der gesetzlichen Rentenversicherung einerseits und aus der kirchlichen Zusatzversorgung andererseits bezogen hätte, wenn sie bis zum Eintritt der Erwerbsunfähigkeit vollschichtig berufstätig geblieben wäre. Es nimmt vielmehr jene hypothetische Versorgungslage zum Maßstab, die sich für die erwerbsunfähige Ehefrau ergeben hätte, wenn der – dem Rechtszustand bis zum 31.8.2009 unterworfenen – Versorgungsausgleich durch Begründung von Rentenanwartschaften der gesetzlichen Rentenversicherung im Wege des Quasi-Splittings in einer zum Ausgleich ehebedingter Versorgungs Nachteile ausreichenden Höhe durchgeführt worden wäre. Auch wenn beide Berechnungsansätze schon aus rentenrechtlichen Gründen nicht zu dem gleichen Ergebnis führen werden, ist der vom Berufungsgericht beschrittene Rechenweg folgerichtig, wenn man – wie das Berufungsgericht – davon ausgeht, dass die Versorgungsnachteile der Ehefrau im Versorgungsausgleich hätten vollständig ausgeglichen werden können und müssen.

b) Indessen rügt die Revision zu Recht, dass die Annahme des Berufungsgerichts, der Ehefrau seien durch die Einschränkung ihrer Erwerbstätigkeit nach der Geburt des zweiten Kindes im Jahre 1982 in der gesetzlichen Rentenversicherung und in der kirchlichen Zusatzversorgung Versorgungsanwartschaften in einer monatlicher Höhe von 800 € entgangen, auf unzureichende Tatsachenfeststellungen gegründet ist.

Zwar hat der Senat bereits ausgesprochen, dass sich der Tatrichter im Rahmen der Bemessung von Versorgungsnachteilen bei der Entwicklung einer hypothetischen Erwerbsbiographie und einem darauf beruhenden Versicherungsverlauf der überschlüssigen Schätzung nach § 287 ZPO bedienen darf (vgl. Senatsbeschluss vom 6.10.2004, XII ZB 57/03, FamRZ 2005, 185, 187) und dies in vielen Fällen auch muss. Dies entbindet ihn indes nicht davon, in seiner Entscheidung die tatsächlichen Grundlagen seiner Schätzung und ihre Auswertung in objektiv nachprüfbarer Weise anzugeben (BGHZ 6, 62, 63; Senatsurteile vom 26.3.2003, XII ZR 167/01, NJW-RR 2003, 873, 874, und vom 20.10.2010, XII ZR 53/09, FamRZ 2010, 2059 = MittBayNot 2011, 234 Rdnr. 33).

Daran fehlt es hier. Das Berufungsgericht hat die von der Ehefrau ohne Einschränkung ihrer Erwerbstätigkeit erzielbare Versorgung dadurch ermittelt, dass es die Summe der Nominalwerte aller von der Ehefrau in der Ehezeit tatsächlich erworbenen Versorgungsanwartschaften, wie sie sich nach den Versorgungsauskünften der Deutschen Rentenversicherung Bund und der früheren Kirchlichen Zusatzversorgungskasse Darmstadt dargestellt haben, in etwa verdoppelt hat und ist auf diese Weise zu einem im Versorgungsausgleich durch Übertragung von Rentenanwartschaften i. H. v. 800 € auszugleichenden Versorgungsnachteil gelangt. Diese Berechnung kann jedoch allenfalls einen groben Anhaltspunkt für die Höhe der Versorgungsrechte bieten, welche die Ehefrau in den beiden Versorgungssystemen bei einer durchgehenden vollschichtigen Berufstätigkeit als Krankenschwester hätte erwerben können; sie steht demgegenüber auf keiner nachvollziehbaren Tatsachengrundlage.

Soweit es die Rentenanwartschaften der gesetzlichen Rentenversicherung betrifft, werden die fiktiven Versorgungsanwartschaften in der Regel dadurch zu ermitteln sein, dass die ggf. gemäß § 287 ZPO zu schätzenden Entgelte, die der berechnete Ehegatte bei gedachter (vollschichtiger) Erwerbstätigkeit in den Jahren der ehebedingten Aufgabe oder Einschränkung seiner Erwerbstätigkeit hätte erzielen können, in das

Verhältnis zum jeweils gegebenen Durchschnittsentgelt aller Versicherten gesetzt und die sich hieraus ergebende Summe an Entgeltpunkten ermittelt wird (Senatsbeschluss vom 6.10.2004, XII ZB 57/03, FamRZ 2005, 185, 188). Es kann bei einer längeren Aufgabe oder Einschränkung der Erwerbstätigkeit zur Vereinfachung der Berechnung auch erwogen werden, der Berechnung einen durchschnittlichen Erwerb von Entgeltpunkten im Kalenderjahr zugrunde zu legen und diesen Durchschnittswert auf den gesamten Betrachtungszeitraum zu übertragen; diese Methode wird sich allerdings als problematisch erweisen, wenn – wovon das Berufungsgericht auch im vorliegenden Fall ersichtlich ausgegangen ist – die gedachte Erwerbsbiographie des berechtigten Ehegatten mit einem beruflichen Aufstieg einhergegangen wäre. Auch in der kirchlichen Zusatzversorgung hängt die Bestimmung der hypothetischen Versorgungsrechte von der Höhe der Entgelte ab, wobei noch die Besonderheit besteht, dass für die Versicherungszeiten bis zum Systemwechsel in der Zusatzversorgung zum 31.12.2001 eine fiktive Startgutschrift ermittelt werden müsste.

Jedenfalls muss das Gericht seine Hypothesen über den Erwerb fiktiver Versorgungsanwartschaften und das damit korrespondierende erzielbare Arbeitseinkommen einer nachvollziehbaren Plausibilitätskontrolle unterziehen, etwa durch Anwendung von Erfahrungssätzen im jeweiligen Berufsfeld oder durch die Heranziehung von tariflichen Regelwerken (vgl. auch Senatsurteile vom 20.10.2010, XII ZR 53/09, FamRZ 2010, 2059 = MittBayNot 2011, 234 Rdnr. 33, und vom 11.7.2012, XII ZR 72/10, FamRZ 2012, 1483 Rdnr. 44). Dies wäre unter den obwaltenden Umständen schon deshalb mit einem vertretbaren Aufwand möglich gewesen, weil sich die Vergütung der im öffentlichen Dienst beschäftigten Ehefrau aus Tarifverträgen (zuletzt aus den Arbeitsvertragsrichtlinien der Konföderation evangelischer Kirchen in Niedersachsen [AVR-K]) ergeben hat und die Auswertung dieser Regelwerke dem Gericht auch eine Handreichung für die Beurteilung der Frage gegeben hätte, welche konkreten beruflichen Aufstiegsmöglichkeiten für die Ehefrau als Krankenschwester bestanden hätten und welcher Verdienst innerhalb des tariflichen Vergütungssystems dann von ihr zu erzielen gewesen wäre.

III.

Danach kann das Berufungsurteil keinen Bestand haben. Der Senat kann in der Sache nicht abschließend entscheiden, weil es hierzu weiterer tatrichterlicher Feststellungen bedarf. Die Sache ist deshalb an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Für das weitere Verfahren wird noch auf Folgendes hingewiesen:

1. Das Berufungsgericht wird in tatrichterlicher Verantwortung darüber zu befinden haben, ob die Ehefrau mit Blick auf § 1577 Abs. 3 BGB für ihren Unterhalt vorrangig den Stamm ihres Geldvermögens i. H. v. 93.500 € verwerten muss. Eine Verwertungsobliegenheit der Ehefrau dürfte hier allerdings eher fern liegen, wobei in der gebotenen Billigkeitsabwägung neben den wirtschaftlichen Verhältnissen des Ehemannes – auch im Hinblick auf seine ihm weitgehend verbliebene Altersversorgung – insbesondere der Umstand zu berücksichtigen sein wird, dass der weit überwiegende Teil dieses Vermögens aus dem Verkauf des gemeinsamen Hauses stammt und auch der Ehemann einen entsprechenden Erlösanteil zur freien Verfügung erhalten haben dürfte (vgl. Senatsurteile vom 27.6.1984, IVb ZR 20/83, FamRZ 1985, 354, 357, und vom 8.4.1987, IVb ZR 39/86, FamRZ 1987, 912, 913).

2. Die Frage, ob sich die Ehefrau einem nach dem Maßstab des Nachteilsausgleichs bemessenen Unterhaltsanspruch die aus dem Geldvermögen erzielten oder erzielbaren Zinseinkünfte entgegenrechnen lassen muss, beurteilt sich in erster Linie danach, ob das Anwachsen dieses Vermögens als ein aus der Ehe herrührender Vorteil anzusehen ist.

a) Im Rahmen der Ausübungskontrolle ist es dem Unterhaltspflichtigen gemäß § 242 BGB verwehrt, sich gegenüber dem Verlangen des Unterhaltsberechtigten nach einem unterhaltsrechtlichen Ausgleich von ehebedingten Nachteilen auf den ehevertraglich vereinbarten Unterhaltsverzicht zu berufen. Es verstößt demgegenüber nicht gegen Treu und Glauben, den Unterhaltsberechtigten darauf zu verweisen, zum Ausgleich dieser Nachteile vorrangig jedenfalls solche Einkünfte einzusetzen, die ihm ohne die Ehe überhaupt nicht zur Verfügung gestanden hätten.

b) Nach diesen Maßstäben bleiben etwaige Zinseinkünfte aus der Anlage des von der Ehefrau geerbten Vermögens (5.000 €) außer Betracht, weil ihr diese Erbschaft unabhängig von der Ehe angefallen ist (vgl. auch OLG Celle, NJW 2010, 79, 85). Ob und ggf. in welchem Umfang die Ehefrau Kapitalerträge aus dem weiteren Vermögen einsetzen muss, welches ihr aus dem Verkaufserlös für das vormalige Familienheim (76.000 €) und als Zahlung auf den Zugewinnausgleich (12.500 €) zugeflossen ist, hängt von der Beurteilung der Frage ab, ob die Ehefrau auch allein eine private Vermögensbildung in dieser Höhe hätte betreiben können (vgl. Senatsurteil vom 11.8.2010, XII ZR 102/09, FamRZ 2010, 1637 = MittBayNot 2011, 310 Rdnr. 33). Auch dies obliegt der tatrichterlichen Würdigung.

c) Sollten hiernach Kapitalerträge ganz oder teilweise außer Betracht bleiben, darf die Nichtberücksichtigung dieser an sich unterhaltsrelevanten Einkünfte aufseiten des Unterhaltsberechtigten allerdings nicht dazu führen, dass der Unterhaltspflichtige zum Nachteilsausgleich einen höheren als den vollen Unterhalt nach den ehelichen Lebensverhältnissen (§ 1578 Abs. 1 Satz 1 BGB) zahlt. Denn der Halbteilungsgrundsatz bestimmt auch insoweit die Obergrenze der Unterhaltspflicht.

3. Das Berufungsgericht hat seinen bisherigen Berechnungen eine Versorgungsauskunft der früheren Kirchlichen Zusatzversorgungskasse Darmstadt vom 21.10.2008 zugrundegelegt, die wegen der darin enthaltenen Ermittlung der Startgutschrift für rentenferne Jahrgänge – zu denen auch die Ehefrau gehört – einer ausreichenden Rechtsgrundlage entbehrt (vgl. Senatsbeschluss vom 5.11.2008, XII ZB 53/06, FamRZ 2009, 303 Rdnr. 14 ff.). Die Verwertung dieser Auskunft war indessen ausnahmsweise gerechtfertigt, weil die Ehefrau bereits im Bezug einer Erwerbsminderungsrente stand und auf eine Berechnungsgrundlage für den unterhaltsrechtlichen Nachteilsausgleich dringend angewiesen war (vgl. auch OLG Nürnberg, FamRZ 2008, 1087 f.). Nachdem sich die Tarifparteien des öffentlichen Dienstes über die Neuberechnung der Startgutschriften geeinigt haben, werden neue Auskünfte (§§ 273, 358 a ZPO) zur kirchlichen Zusatzversorgung einzuholen sein.

Anmerkung:

– zugleich Anmerkung zu BGH, MittBayNot 2013, 235 (in diesem Heft) –

Mit vorstehenden Urteilen setzt der BGH seine Rechtsprechung zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen¹ nach längerer

¹ Eine aktuelle Zusammenstellung der bisherigen Urteile bei C. Münch, Die Scheidungsimmoblie, 2. Aufl. 2013, Rdnr. 1124 ff.

Pause fort. Er reagiert damit auf zunehmende Kritik an der vom BGH bisher gewährten Disponibilität der güterrechtlichen Vorschriften. *Bergschneider* schlägt eine generelle Überholung dieser Rechtsprechung aufgrund der Änderung der „juristischen Großwetterlage“ durch die Reformen von Unterhalt und Versorgungsausgleich vor.² *Dauner-Lieb* spricht sich für eine Begrenzung güterrechtlicher Schutzverträge für Unternehmen auf das Unternehmen selbst aus.³ *Meder* bringt einen zwingenden und unverzichtbaren Zugewinnausgleich in Höhe der ehebedingten Nachteile ins Gespräch.⁴ *Brudermüller* plädiert für eine verringerte Disponibilität im Güterrecht, will aber im Gegenzug das Anfangsvermögens beim Zugewinn um die Erwerbe erweitern, die nicht auf der Lebensleistung beider Ehegatten beruhen.⁵

1. Güterstand weiterhin kernbereichsfern

Demgegenüber bekräftigt der BGH, an seiner Rechtsprechung zur Inhaltskontrolle festzuhalten. Insbesondere bleibt es dabei, dass der Güterstand im Rahmen der Kernbereichslehre nur nachrangige Bedeutung hat und daher am ehesten vertraglichen Änderungen zugänglich ist. Der BGH hat darüber hinaus ausgeführt, dass sogar im Rahmen einer Ausübungskontrolle nur unter ganz engen Voraussetzungen eine Korrektur güterrechtlicher Vereinbarungen erfolgen könne. Allen Versuchen, einen indisponiblen „Güterrechtskern“ festzuschreiben, erteilt der BGH somit eine Absage. In der Begründung stellt sich der BGH ausdrücklich auf den Boden der BVerfG-Entscheidung⁶ zur gleichen Teilhabe, die auch für den Güterrechtsbereich eine solche fordert. Nach Ansicht des BGH geht der gesetzliche Zugewinn aber in seiner Pauschalierung weit über die gleiche Teilhabe hinaus und ist überschießend, weil er völlig unabhängig vom gelebten Ehetyp greift und Erwerbe dem Ausgleich unterwirft, zu denen der andere Ehegatte nichts beigetragen hat. Bei dieser Gesetzeslage sei die Möglichkeit, ehevertraglich etwa durch Wahl des gesetzlich angebotenen Güterstandes der Gütertrennung abzuweichen, geradezu notwendiges Korrektiv.

Offen ist nur, ob in den Fällen des Unternehmers ohne Anrechte im Versorgungsausgleich, bei dem die Altersversorgung durch Vermögen gesichert ist (der BGH benutzt hierfür den Ausdruck Funktionsäquivalenz von Güterstand und Versorgungsausgleich), im Rahmen der Ausübungskontrolle richterliche Vermögensübertragungen zum Ausgleich des ausgefallenen Versorgungsausgleichs angeordnet werden können. Sicher aber dürfte sein, dass auch in diesen Fällen die güterstandsrechtlichen Regelungen nicht unwirksam sind,⁷ so dass es nicht zu einem kompletten Zugewinnausgleich kommt.

Güterstandsregelungen wird der BGH also insbesondere bei Unternehmern kaum noch für sittenwidrig erklären. Kommen andere Verzicht hinzu, bleibt es aber gerade bei großen Vermögensdifferenzen gleichwohl empfehlenswert, auch in diesem Bereich Solidarität zu zeigen und eine begrenzte Ausgleichsleistung im Scheidungsfall zu versprechen. Dies

² *Bergschneider* in FS Meo-Micaela Hahne, 2012, S. 113 f.

³ *Dauner-Lieb*, FF 2011, 382 ff.; dagegen *Kanzleiter* in FS Bengel und Reimann, 2012, S. 191 ff.; vgl. auch OLG Brandenburg, NJOZ 2010, 2596, das in der Übllichkeit der Gütertrennung bei Unternehmern ein gewichtiges Indiz gegen die Sittenwidrigkeit sieht.

⁴ *Meder*, FPR 2012, 113 ff.

⁵ *Brudermüller* in FS Meo-Micaela Hahne, 2012, S. 121 f.

⁶ BVerfG, FamRZ 2002, 527 f.

⁷ So schon der Vorschlag bei *Münch*, FamRB 2008, 350 f. („eingesperrter Versorgungsausgleich“).

jedenfalls dann, wenn der Nichtunternehmer seine Lebensplanung umstellt.

2. Subjektive Unterlegenheit

Ganz deutlich betont der BGH in beiden Entscheidungen, dass er zu einer Sittenwidrigkeit nur bei subjektiver Unterlegenheit gelangt, welche der verzichtende Vertragsteil nachweisen muss.

Einen Schluss vom objektiv benachteiligenden Vertragsinhalt auf die subjektive Unterlegenheit lehnt der BGH anders als in den Bürgerschaftsfällen für das Familienrecht aber ebenso ab wie ein Sonderrecht für die Sittenwidrigkeit. Zu prüfen sind die allgemeinen Voraussetzungen des § 138 BGB.

Der BGH gibt noch Beispiele, wann eine solche subjektive Unterlegenheit vorliegt. Er nennt in erster Linie die Ausnutzung einer Zwangslage und hier insbesondere die Überrumpelung. Eine solche nimmt er im konkreten Fall nicht an, obwohl der Ehevertrag einen Tag vor Hochzeit geschlossen wurde. Entscheidend ist also die Vorlaufphase des Ehevertrages, die Gestaltung des Beurkundungsverfahrens und die Dokumentation der Einbindung des verzichtenden Ehegatten⁸. Dem BGH kommt es darauf an, dass dieser die Chance erhält, sich mit dem Vertrag vor Beurkundung auseinanderzusetzen⁹. Der BGH nennt als weitere Beispiele soziale oder wirtschaftliche Abhängigkeit, wenn diese zu einem Angewiesensein auf die Eheschließung führen, und die intellektuelle Unterlegenheit. Unter dem letzten Punkt wertet der BGH auch die Verständlichkeit der Rechtsfolgen aus der Urkunde heraus, so dass es sich empfehlen kann, eine notwendigerweise komplexe Urkunde in den Belehrungen so zusammenzufassen, dass die Rechtsfolge sprachlich leicht zu verstehen ist.

3. Salvatorische Klausel

Auch bei der Bewertung salvatorischer Klauseln bleibt der BGH seiner bisherigen Rechtsprechung treu. Eine solche Klausel hilft nicht bei Sittenwidrigkeit aufgrund Gesamtbeurteilung, wohl aber bei Sittenwidrigkeit nur einer Einzelklausel. Allerdings hat der BGH ausgeführt, dass auch eine salvatorische Klausel die Störung der Vertragsparität widerspiegeln könne. Das bedeutet, dass das Gericht auch die salvatorische Klausel in die Inhaltskontrolle einbezieht. Hält der BGH neben einer Einzelklausel auch die salvatorische Klausel für sittenwidrig, dann hätte die Einzelklausel den Gesamtvertrag infiziert. Insofern bleibt der Rat bestehen,¹⁰ es bei der zentral wichtigen Vereinbarung zu belassen und den Vertrag nicht durch eine Vielzahl von Verzichten zu belasten bzw. weitere Verzichte zu kompensieren.

Notar Dr. *Christof Münch*, Kitzingen

⁸ Hierzu im Detail *C. Münch*, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, 3. Aufl. 2011, Rdnr. 761 ff.

⁹ BGH, NJW 2008, 3426.

¹⁰ *C. Münch*, NotBZ 2004, 467 f.

7. BGB §§ 106, 107, 1629 Abs. 2, § 1795 Abs. 1 Nr. 1, § 1643 Abs. 1, § 1822 Nr. 10; GBO §§ 19, 20 (*Keine Bestellung eines Ergänzungspflegers für Minderjährige bei Eigentumsumschreibung von Wohnungseigentum zwecks Vermächtniserfüllung*)

- Zur Umschreibung von Wohnungseigentum an Minderjährige in Erfüllung eines Vermächtnisses, wenn ein Elternteil (Mit-)Erbe ist.**
- Der Mitwirkung eines familiengerichtlich bestellten Pflegers bedarf es zur dinglichen Überlassung des vermachten Wohnungseigentums in diesem Fall nicht (Bestätigung der Senatsrechtsprechung vom 23.9.2011, 34 Wx 311/11 = MittBayNot 2012, 145).**
- Jedoch bedarf die Auflassung von Bruchteilen eines Wohnungseigentums an Minderjährige der familiengerichtlichen Genehmigung nach § 1822 Nr. 10 BGB (siehe KG vom 15.7.2012, 1 W 312/10), und zwar auch dann, wenn zwei minderjährige Kinder gemeinsam zu gleichen Anteilen erwerben.**

OLG München, Beschluss vom 22.8.2012, 34 Wx 200/12; mitgeteilt von *Edith Paintner*, Richterin am OLG München

Die Beteiligten zu 1 und 4 sind Töchter der am 23.6.2011 verstorbenen Erblasserin Ingeborg H und gemäß notariellem Testament vom 29.9.2008 Erbinnen je zur Hälfte. In ihrer letztwilligen Verfügung hatte die Erblasserin Vermächtnisse angeordnet.

Soweit hier erheblich, überließen die Beteiligten zu 1 und 4 den Beteiligten zu 2 und 3, minderjährigen Kindern von Dr. Christof M und der Beteiligten zu 1, zu notarieller Urkunde vom 5.3.2012 in Erfüllung dieser Vermächtnisse je zu hälftigem Miteigentum eine Eigentumswohnung mit Tiefgaragen-Doppelparker. Die Beteiligte zu 1 und deren Ehemann erklärten für ihre beiden Kinder die Auflassung; sie bewilligten und beantragten die Eintragung des Rechtsübergangs im Grundbuch. Die den minderjährigen Kindern überlassene Eigentumswohnung ist nicht vermietet und steht leer.

Die Urkunde enthält unter Buchstabe C (Famliengerichtliche Genehmigung) folgende Erklärung:

Die Beteiligten gehen davon aus, dass die für die minderjährigen Kinder in dieser Urkunde enthaltenen Erklärungen von deren sorgeberechtigten Eltern für ihre Kinder ohne Bestellung eines Ergänzungspflegers abgegeben werden können, da die an die minderjährigen Kinder übereignete Wohnung unvermietet ist und somit die Erfüllung des Vermächtnisses für die Kinder rechtlich lediglich vorteilhaft ist.

Weiter gehen die Beteiligten davon aus, dass die Voraussetzungen für eine familiengerichtliche Genehmigungspflicht der Vermächtniserfüllung an die minderjährigen Kinder gemäß § 1643 Abs. 1 in Verbindung mit § 1821 Nr. 5 BGB nicht gegeben sind, weil vorliegend mangels zu erbringender Gegenleistung aus dem Vermögen der minderjährigen Kinder kein entgeltlicher Erwerb von Grundbesitz vorliegt. (...)

Das Grundbuchamt hat in diesem Zusammenhang am 17.4.2012 durch fristsetzende Zwischenverfügung aufgegeben, einen Ergänzungspfleger zu bestellen und eine familiengerichtliche Genehmigung für das Rechtsgeschäft einzuholen.

Hiergegen wendet sich das Rechtsmittel der Urkundsbeteiligten vom 30.5.2012, die, wie schon in der Urkunde niedergelegt, davon ausgehen, dass es weder eines Ergänzungspflegers noch einer familiengerichtlichen Genehmigung bedarf.

Das Grundbuchamt hat nicht abgeholfen.

Aus den Gründen:

II.

Die gegen die Zwischenverfügung nach § 18 Abs. 1 GBO grundsätzlich statthafte, auf die einzelne Beanstandung beschränkte und beschränkbare Beschwerde nach § 71 Abs. 1 GBO (vgl. *Demharter*, GBO, 28. Aufl., § 71 Rdnr. 1) ist vom Notar (vgl. § 15 Abs. 2 GBO; § 10 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 FamFG)

namens der Urkundsbeteiligten eingelegt worden. Dies sind die Beteiligten zu 1 und 4 als Erbinnen, die im Rahmen der Vermächtniserfüllung rechtsgeschäftliche Erklärungen abgegeben haben, ferner die Beteiligten zu 2 und 3 als Auflassungsempfänger. An der Urkunde vom 5.3.2012 mitgewirkt hat zwar auch der Vater und Mitinhaber der elterlichen Sorge für die Beteiligten zu 2 und 3, dies allerdings nicht aus eigenem Recht, sondern namens seiner Kinder als deren (gemeinschaftlicher) gesetzlicher Vertreter (§ 1629 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 BGB). Dieser selbst hat kein eigenes Antragsrecht (§ 13 Abs. 1 Satz 2 GBO), ebenso wenig als nicht unmittelbar Beteiligter ein eigenes Beschwerderecht (vgl. *Demharter*, § 13 Rdnr. 42). Sachgerecht ist der Beschwerdeantrag deshalb dahin auszulegen, dass er von den (allen) Beteiligten zu 1 bis 4 eingelegt ist, von den Beteiligten zu 2 und 3 durch deren vertretungsberechtigte Eltern, nämlich der Beteiligten zu 1 sowie deren Ehemann.

Die Beschwerde hat teilweise Erfolg.

1. Nach §§ 106, 107 BGB bedarf ein Minderjähriger, der das siebente Lebensjahr vollendet hat, zu einer Willenserklärung, durch die er nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt, der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters, hier also seiner Eltern als Inhaber der gemeinschaftlichen elterlichen Sorge (§ 1626 Abs. 1, § 1629 Abs. 1 Satz 1 Hs. 1 BGB). Diese liegt vor.

a) Die Beteiligten zu 1 und 2 als Inhaber der elterlichen Sorge haben für die Beteiligten zu 3 und 4 die Grundbucheintragungen abgegeben. Auf die Frage der ausschließlichen rechtlichen Vorteilhaftigkeit des Geschäfts (siehe dazu grundsätzlich BGH, NJW 2010, 3643 = MittBayNot 2011, 129) kommt es dann nicht mehr an (*Zorn*, FamRZ 2011, 776, 778; ferner *Sonnenfeld*, Rpfleger 2011, 475, 477).

b) Der Übertragung des Wohnungseigentums (§ 925 BGB) liegt ein fälliger Vermächtnisanspruch nach §§ 2174, 2176 BGB zugrunde. Ein gesetzlicher Vertretungsausschluss nach § 181 BGB besteht schon deshalb nicht, weil die Eigentumsübertragung lediglich die Erfüllung der entstandenen Verbindlichkeit, nämlich des angefallenen Vermächtnisses, zum Gegenstand hat. Zu einer anderen Beurteilung käme der Senat nach seiner im Beschluss vom 23.9.2011 niedergelegten Rechtsauffassung (34 Wx 311/11, NJW-RR 2012, 137 = MittBayNot 2012, 145) nur, wenn die Verbindlichkeit ihren Grund in einem vom Vertreter vorgenommenen Verpflichtungsgeschäft hätte (siehe *Sonnenfeld*, Rpfleger 2011, 475, 477), was hier nicht der Fall ist.

Der Senat hatte dies in seinem Beschluss vom 8.2.2011 (34 Wx 18/11, Rpfleger 2011, 434 = MittBayNot 2011, 239) noch anders beurteilt, hieran jedoch später angesichts der aufgezeigten gesetzlichen Systematik (*Sonnenfeld*, a. a. O.) nicht mehr festgehalten. Die revidierte Rechtsprechung des Senats hat Zustimmung (*Röhl*, MittBayNot 2012, 111, 113), aber auch Kritik erfahren (*Keim*, ZEV 2011, 660; *ders.* bereits in ZEV 2011, 563). So wird vorgebracht, dass beim Vermächtnisvollzug durch ein nachteiliges Erfüllungsgeschäft eine Gefahr für den vertretenen Vermächtnisnehmer bestehe, da vorher kein Verpflichtungsgeschäft von einem unabhängigen Vertreter genehmigt worden sei (*Keim*, ZEV 2012, 660, 661). Indessen hält der Senat nach erneuter Prüfung an seiner im Beschluss vom 23.9.2011 vertretenen Auffassung fest. Es greift die gesetzlich normierte Ausnahme vom Vertretungsverbot nach § 1795 Abs. 1 Nr. 1 Hs. 2 BGB in Verbindung mit § 1629 Abs. 2 BGB ein (siehe *Röhl*, MittBayNot 2012, 111, 113). Die mit dem Insihgeschäft verbundene typische Gefährdung besteht nicht, wenn die Verbindlichkeit nicht durch ein Geschäft des Vertreters begründet wurde. Die Notwendigkeit, für den Vollzug des Geschäfts einen Ergänzungspfleger zu bestellen, erübrigt sich dann.

2. Im Übrigen ist die Beschwerde jedoch nicht begründet. Zwar ist bei Übertragung von Wohnungs- und Teileigentum grundsätzlich keine familiengerichtliche Genehmigung der Auflassung erforderlich (siehe BGH, NJW 2010, 3643, 3644, Rdnr. 17). Für den Fall der zugrundeliegenden Vermächtniserfüllung gilt nichts anderes (siehe auch Beschluss des Senats vom 23.9.2011, 34 Wx 311/11 = MittBayNot 2012, 145 unter II. 2.). Indessen ist – jedenfalls hier – die Besonderheit zu beachten, dass Wohnungs-(Teil-)Eigentum in Bruchteilen (je zu 1/2) übertragen wird, was – wie das Kammergericht zu Recht ausführt (KG vom 15.7.2010, W 312/10, bei juris) – die Genehmigungspflicht nach § 1643 Abs. 1 i. V. m. § 1822 Nr. 10 BGB auslöst (zustimmend *Bettin* in *Bamberger/Roth*, BGB, 3. Aufl., § 1822 Rdnr. 26; MünchKommBGB/*Wagenitz*, 6. Aufl., § 1822 Rdnr. 65; siehe schon BGHZ 60, 385, für gesamtschuldnerische Übernahme der Kaufpreisschuld bei Erwerb eines Miteigentumsanteils). Dass die gesamtschuldnerische Haftung der Mitberechtigten (vgl. OLG Stuttgart, OLGZ 1969, 232; *Palandt/Bassenge*, 71. Aufl., § 16 WEG Rdnr. 37) eine gesetzliche Folge aus § 16 Abs. 2 WEG darstellt, ist ebenso unerheblich wie die Wahrscheinlichkeit der Heranziehung und die Durchsetzbarkeit etwaiger Ausgleichsansprüche (vgl. BGHZ 60, 385, 389). Es gilt vielmehr im Interesse des Mündels (Minderjährigen) ein abstrakter Maßstab. Es kann deshalb auch keine Rolle spielen, dass die Beteiligten zu 2 und 3 auf Erwerberseite zu 100 % das Wohnungs- und Teileigentum erwerben. Vielmehr ergibt sich die Problematik bei jedem der beiden Beteiligten gleichermaßen im Hinblick auf die Inanspruchnahme des anderen. Ebenso ist es unerheblich, ob sich die Rechtslage bei der Übertragung von Miteigentumsanteilen nach Bruchteilen (§§ 1008 BGB ff.; siehe Senat vom 23.9.2011) gleichermaßen oder doch grundlegend anders darstellt im Hinblick auf das Gemeinschaftsverhältnis nach §§ 741 ff. BGB (siehe *Palandt/Bassenge*, § 1008 Rdnr. 8), das eine Bestimmung entsprechend § 16 Abs. 2 WEG nicht kennt.

(...)

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch den Beitrag von *Röhl*, MittBayNot 2013, 189 (in diesem Heft).

8. BGB § 1629 Abs. 1, § 1643 Abs. 2, § 1822 (*Genehmigungsfreiheit der Ausschlagung für minderjähriges Kind auch bei Werthaltigkeit des Nachlasses*)

1. **Der Kreis der nach §§ 1643, 1822 BGB genehmigungsbedürftigen Geschäfte ist um der Rechtssicherheit willen formal und nicht nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls zu bestimmen. Eine auf die Umstände des Einzelfalls bezogene Erweiterung des Kreises der genehmigungsbedürftigen Geschäfte durch analoge Gesetzesanwendung ist ausgeschlossen (Anschluss an BGH, Urteile vom 20.9.1962, II ZR 209/61, NJW 1962, 2344 = BGHZ 38, 26; vom 22.9.1969, II ZR 144/68, NJW 1970, 33 = BGHZ 52, 316; vom 27.10.1982, V ZR 177/81, NJW 1983, 1780 = FamRZ 1983, 371 = BGHZ 92, 259).**
2. **Die Ausschlagung der Erbschaft für ein minderjähriges Kind durch beide sorgeberechtigten Eltern ist gemäß § 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB genehmigungsfrei, auch wenn der Nachlass werthaltig ist, wenn der Anfall an das Kind als Ersatzerbe eines Elternteils erfolgt ist, der seinerseits die Erbschaft ausgeschlagen hat.**

3. Von einer missbräuchlichen Erbausschlagung der sorgeberechtigten Eltern für das minderjährige Kind ist nicht auszugehen, wenn nicht der Nachlass entgegen dem Erblasserwillen umgeleitet, d. h. anstelle des von der Erbausschlagung betroffenen Kindes anderen Personen zugutekommen soll, sondern wenn dem Willen des Erblassers nach Übertragung wesentlichen Nachlasses an die von ihm benannten Erben Rechnung getragen, aber die Nachteile der unmittelbaren Umsetzung der testamentarischen Verfügungen vermieden werden sollen.

(Leitsätze der Schriftleitung)

OLG Köln, Beschluss vom 26.4.2012, II-12 UF 10/12

Die Antragstellerinnen begehren die Bescheinigung, dass eine für sie von ihren sorgeberechtigten Eltern erklärte Erbausschlagung einer familiengerichtlichen Genehmigung nicht bedarf. Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Die am 5.12.2010 verstorbene Erblasserin, die ohne eigene Abkömmlinge blieb, hat testamentarisch die Kinder ihrer Brüder, darunter den Vater der Antragstellerinnen, zu je $\frac{1}{5}$ zu Erben eingesetzt und als Ersatzerben, für den Fall des Vorversterbens oder den Wegfall als Erbe aus anderem Grund, die jeweiligen Abkömmlinge des Weggefallenen nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge berufen. Gleichzeitig setzte sie ihrem Ehemann, mit dem sie einen landwirtschaftlichen Betrieb bewirtschaftete, ein Vermächtnis aus, das alle beweglichen Gegenstände des Betriebsvermögens einschließlich Zubehör sowie die Einrichtung des Wohnhauses umfasst und u. a. mit der Auflage verbunden ist, alle zum Zeitpunkt des Erbfalls bestehenden betrieblichen Verbindlichkeiten zu übernehmen.

Am 1.3.2011 erklärte der Vater für sich selbst und gemeinsam mit der Mutter die Erbausschlagung für die Antragstellerinnen. Ebenso verfuhr die weiteren Testamentserven und, soweit Abkömmlinge vorhanden waren, deren mitsorgeberechtigten Elternteile.

Im Rahmen derselben Urkunde schlossen die Testamentserben, darunter der Vater der Antragstellerinnen, und der Ehemann der Erblasserin, dem nach Vorstellung der Vertragsparteien durch die Erbausschlagungen kraft Gesetzes das Erbe allein zufällt, einen Abfindungsvertrag. Darin verpflichtet sich der Ehemann der Erblasserin, ein Grundstück und Kapitalbestände der Erblasserin auf die Testamentserben zu übertragen bzw. ihnen auszuzahlen. Die Urkunde enthält außerdem eine Erklärung des Ehemannes der Erblasserin über die Beantragung eines Erbscheins.

Nach Darstellung der Antragstellerinnen ist außerdem ein Erbvertrag zwischen dem Ehemann der Erblasserin und den Testamentserben abgeschlossen worden, wonach diese nach seinem Tod landwirtschaftliche Grundstücke als Vermächtnis mit dem Wert erhalten, der dem Wert der landwirtschaftlichen Grundstücke entspricht, die der Erblasserin gehört haben. Dabei sei gleichzeitig geregelt, dass die fünf Berechtigten die Grundstücke zu Alleineigentum erhalten oder zu Miteigentum, der Stamm des Ehemannes der Erblasserin an diesen Grundstücken jedenfalls nicht mehr beteiligt sei.

Als Hintergrund dieser Verfahrensweise wird das Ziel angegeben, zivilrechtlichen Auslegungsproblemen, die das Testament aufwirft, zu entgehen, mögliche Interessenkollisionen unter den Erben zu vermeiden und schließlich steuerliche Nachteile in mindestens sechsstelliger Höhe zu verhindern.

Der Ehemann der Erblasserin hat zwischenzeitlich unter Vorlage der notariellen Urkunde beim AG Brühl die Erteilung eines Erbscheins beantragt. Die dortige Rechtspflegerin hat ihn daraufhin mit Schreiben vom 5.4.2011 aufgefordert, familiengerichtliche Genehmigungen bzw. Negativatteste bezüglich der Ausschlagung der Erbschaft durch die minderjährigen Ersatzerben vorzulegen.

Mit dem angefochtenen Beschluss vom 27.9.2011 hat der Rechtspfleger des AG – Familiengericht – Wipperfurth den deshalb gestellten Antrag der Antragstellerinnen auf Erteilung eines Negativattests zurückgewiesen. Der vorgetragene Sachverhalt erfülle zwar eindeutig den Gesetzestext des § 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB, wonach eine familiengerichtliche Genehmigung grundsätzlich nicht erforderlich sei, jedoch sei hier eine Ausnahme zu sehen, da ein werthaltiger Nachlass vorliege und bei der Ausschlagung für die Kinder nicht von gleichgerichteten Interessen des Vaters und der Kinder auszugehen sei. Der

vorgetragene Sachverhalt sei in der Rechtsprechung bislang nicht behandelt, er sei jedoch mit dem Sachverhalt vergleichbar, in dem ein testamentarischer Erbfall ausgeschlagen werde, um im Wege der gesetzlichen Erbfolge den Erbanfall einem Elternteil in vollem Umfang zukommen zu lassen.

Gegen diesen ihren gesetzlichen Vertretern am 5.10.2011 zugestellten Beschluss haben die Antragstellerinnen mit am 31.10.2011 beim AG eingegangenen Schriftsatz Beschwerde eingelegt.

Aus den Gründen:

II.

Die Beschwerde ist gemäß den §§ 58 ff. FamFG zulässig und hat auch in der Sache Erfolg.

Entgegen dem angefochtenen Beschluss bedarf die Ausschlagung der Erbschaft der Antragstellerinnen durch ihre sorgeberechtigten Eltern keiner familiengerichtlichen Genehmigung, so dass das beantragte Negativattest zu erteilen ist.

Der Auffassung des AG ist nicht zu folgen.

Zu weitgehend ist der Ausgangspunkt, dass eine Erbausschlagung durch die Eltern entgegen dem Wortlaut des § 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB auch dann nicht ohne Genehmigung des Familiengerichts möglich sei, sobald der Nachlass werthaltig ist. Dieser Ansatz verfehlt das gesetzgeberische Ziel der Regelung, die gerade verhindern will, dass die Gerichte den Wert eines Nachlasses überprüfen müssen. Das wäre nämlich mit der Gefahr verbunden, dass sie allzu häufig die Genehmigung verweigern, um sich der Prüfung des Nachlasses und der damit verbundenen Verantwortung zu entziehen (*Sagmeister*, ZEV 2012, 121, 124 m. w. N.). Sollte die Notwendigkeit einer gerichtlichen Genehmigung in jedem Falle der Werthaltigkeit eines Nachlasses anzunehmen sein, hätte dies ohne Schwierigkeit unmissverständlich im Gesetzestext Ausdruck finden können. Wäre nur die Ausschlagung wertloser Nachlässe genehmigungsfrei, bedürfte es auch keiner weiteren gesetzlichen Einschränkung der Genehmigungsfreiheit.

Für den vom AG angeführten Vergleichsfall hat das OLG Frankfurt a. M. (Beschluss vom 2.6.1954, 1 Wx 18, 54, NJW 1955, 466; siehe auch OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 14.7.1969, 6 W 88/69, FamRZ 1969, 658 = OLGZ 1970, 81; dagegen: keine Genehmigungsbedürftigkeit selbst im Falle der Nacherbschaft, OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 13.4.2011, 20 W 374/09, ZEV 2011, 597 = BeckRS 2011, 22141) in der Tat aufgrund des Schutzzwecks des § 1643 BGB zugunsten des Kindesvermögens § 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB einschränkend ausgelegt. Ob dem zu folgen ist, kann dahinstehen. Die den Entscheidungen des OLG Frankfurt zugrundeliegende Fallgestaltung, bei der „die Anwartschaft des Elternteils auf die von ihm nicht ausgeschlagene gesetzliche Erbschaft neben der dem Kinde zugefallenen Testaterbschaft besteht, so dass Elternteil und Kind praktisch nebeneinander berufen sind“ (so OLG Frankfurt, Beschluss v. 14.7.1969), entspricht nämlich nicht der vorliegenden, bei der der sein Erbe ausschlagende Vater auch nach Erbausschlagung der Kinder nicht Erbe wird. Erbe wird vielmehr allein der Ehemann der Verstorbenen. Für die hier zu beurteilende Erbausschlagung fehlt also die vom OLG Frankfurt gesehene Möglichkeit der Anknüpfung an den Wortlaut der gesetzlichen Einschränkung („wenn dieser neben dem Kind berufen war“). Es ist auch nicht der Fall gegeben, in dem die hinter § 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB stehende Vermutung widerlegt wäre. Diese geht dahin, dass eine Benachteiligung des Kindes nicht zu besorgen ist, weil der ausschlagende, vertretungsberechtigte Elternteil selbst das dringendste Interesse hat, die Erbschaft zu erwerben, und nicht ohne gehörige Prüfung der Sachlage für sich selbst ausschlagen wird (*Staudinger/Engler*,

Neubearb. 2009, § 1643 Rdnr. 36). Die Widerlegung dieser gesetzlichen Vermutung wird in der Literatur angenommen, wenn die Eltern mit der eigenen Erbausschlagung und der für eines oder einzelne von mehreren Kindern erklärten Erbausschlagung andere Kinder bevorzugen und so den Nachlass in eine bestimmte Bahn lenken wollen (*Staudinger/Engler*, a. a. O., Rdnr. 38 m. w. N.).

Eine in diesem Sinne lenkende Erbausschlagung liegt aber nicht vor. Es geht vielmehr um die Vermeidung wirtschaftlicher, insbesondere steuerrechtlicher Nachteile und von Rechtsunsicherheiten hinsichtlich der Testamentsauslegung, die gleichermaßen entstünden, wenn ihr Vater oder die Antragstellerinnen Erben geworden wären. Die Antragstellerinnen sind durch die erfolgten Erbausschlagungen und die in diesem Zusammenhang weiter getroffenen vertraglichen Vereinbarungen nicht schlechter gestellt, als wenn der Vater sein Erbe angenommen hätte.

Mit der für die Antragstellerinnen erklärten Erbausschlagung haben ihre Eltern lediglich einen Erbteil ausgeschlagen, der zuvor einzig und allein dem Vater zugestanden hat. Dieser hätte über den Erbteil völlig frei verfügen, diesen belasten, verkaufen oder verschenken können (vgl. *Sagmeister*, ZEV 2012, 121, 125). Er hätte sich also auch mit den Miterben darauf verständigen können, das Erbe zunächst anzunehmen und anschließend eine vertragliche Regelung mit dem Ehemann der Erblasserin zu treffen, die der durch das praktizierte Gesamtkonzept angestrebten Lösung möglichst nahe gekommen wäre. Dies hätte dann aber wahrscheinlich zur Folge gehabt, dass man sich den Auslegungsproblemen des Testaments zwar ebenfalls nicht hätte stellen müssen, jedoch die mit dem Erbfall und der anschließenden Übertragung einzelner Erbschaftsgegenstände auf den Ehemann der Erblasserin verbundenen Steuernachteile nicht hätte vermeiden können. Damit hätte sich im Ergebnis die wirtschaftliche Situation zunächst des Vaters der Antragstellerinnen verschlechtert, was im Ergebnis schon unmittelbar für sie als in seinem Haushalt lebende Familienangehörige nicht vorteilhaft gewesen wäre und sich im Falle, dass sie ihren Vater beerben würden, ebenfalls als nachteilig erweisen würde.

Daher gibt es keinen Grund, von dem allgemeinen, vom BGH in ständiger Rechtsprechung bestätigten Grundsatz abzuweichen. Danach ist der Kreis der nach §§ 1643, 1822 BGB genehmigungsbedürftigen Geschäfte um der Rechtssicherheit willen formal und nicht nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls zu bestimmen. Eine auf die Umstände des Einzelfalls bezogene Erweiterung des Kreises der genehmigungsbedürftigen Geschäfte durch analoge Gesetzesanwendung ist ausgeschlossen (BGH, Urteil vom 20.9.1962, II ZR 209/61, NJW 1962, 2344 = BGHZ 38, 26; Urteil vom 22.9.1969, II ZR 144/68, NJW 1970, 33 = BGHZ 52, 316; Urteil vom 27.10.1982, V ZR 177/81, NJW 1983, 1780 = FamRZ 1983, 371 = BGHZ 92, 259). Dass die Abgrenzung zwischen genehmigungsbedürftigen und genehmigungsfreien Geschäften im Einzelfall möglicherweise willkürlich erscheint, ist daher nicht zu vermeiden (*Staudinger/Engler*, a. a. O., Rdnr. 5). Allein die Möglichkeit, dass Eltern aus eigennützigen Gründen im Rahmen einer wirtschaftlich bedeutenden Angelegenheit pflicht- oder treuwidrig gegenüber ihren Kindern handeln könnten, macht diese nicht genehmigungsbedürftig und die Wirksamkeit des rechtsgeschäftlichen Handelns nicht von der gerichtlichen Genehmigung abhängig (vgl. BGH, Urteil vom 22.9.1969, II ZR 144/68, NJW 1970, 33 = BGHZ 52, 316). Allerdings hält der Senat die vorliegende Konstellation nicht für problematisch. Für pflicht- und treuwidriges Handeln der Eltern der Antragstellerinnen ist nichts ersichtlich.

Überhaupt hat das AG bei seinem Abstellen auf einen denkbaren Interessengegensatz zwischen den Antragstellerinnen und ihrem Vater dem Umstand zu wenig Rechnung getragen, dass mit diesem gemeinsam auch die Mutter der Antragstellerinnen für sie die Erbausschlagung erklärt hat. Auch die Mutter der Antragstellerinnen musste daher vor der Erbausschlagung zunächst prüfen, ob diese sachgerecht war. Die in § 1629 Abs. 1 Satz 2 BGB geregelte Gesamtvertretung der Kinder durch die Eltern, die im Jahr 1959 Gesetz wurde, stellt eine zusätzliche Gewähr der Wahrung der Kindesinteressen dar und verringert das Bedürfnis für eine familiengerichtliche Genehmigung (vgl. *MünchKommBGB/Huber*, 3. Aufl., § 1643 Rdnr. 17; *Staudinger/Engler*, a. a. O., Rdnr. 36; *Sagmeister*, a. a. O.).

Zu bedenken ist schließlich, dass sich die Verantwortung der sorgeberechtigten Eltern gegenüber dem Kind nicht allein auf die Wahrung von Vermögensinteressen beschränkt. Die Ausschlagung einer Erbschaft kann sich vielmehr auch dann als geboten erweisen und erfolgt durchaus auch in Fällen, in denen sie dem Ausschlagenden bei rein wirtschaftlicher Betrachtung nachteilig ist. In den Fallkonstellationen, in denen Rechtsprechung und Literatur bislang Missbrauch gesehen und deswegen eine Einschränkung der Genehmigungsfreiheit entgegen dem Gesetzeswortlaut befürwortet haben, ging es jeweils darum, dass ein wirtschaftlich werthaltiger Nachlass entgegen dem Erblasserwillen umgeleitet, d. h. anstelle des von der Erbausschlagung betroffenen Kindes anderen Personen zugutekommen sollte. Darum geht es vorliegend nicht. Wie das AG Geilenkirchen in seiner Entscheidung in dem denselben Sachverhalt betreffenden Parallelverfahren – 11 F 123/11 (II-12 UF 21/12) – zutreffend ausführt, geht es vielmehr darum, dem Willen der Erblasserin nach Übertragung wesentlichen Nachlasses an die von ihr benannten Erben Rechnung zu tragen. Wenn die Eltern der Antragstellerinnen sich mit den anderen Betroffenen darum bemühen, einen Weg zu finden, der im Ergebnis dem Willen der Erblasserin Rechnung trägt, aber die Nachteile der unmittelbaren Umsetzung der testamentarischen Verfügungen vermeidet, so ist nicht ersichtlich, worin der Gegensatz der Interessen der Antragstellerinnen und ihres Vaters liegen soll. Letztlich können auch die Antragstellerinnen nur davon profitieren, wenn ihr Vater wirtschaftliche Nachteile vermeiden kann.

(...)

Anmerkung:

Dem Beschluss des OLG Köln ist vollumfänglich zuzustimmen. Eine solche Entscheidung ist in einer Zeit, in der auch für Richter die Arbeitsbelastung stetig zunimmt, selten geworden. Für das Gericht wäre es ein Leichtes gewesen, sich auf die bislang doch ganz herrschende Ansicht und die stetige Praxis zu stützen und im vorliegenden Fall bei Ausschlagung eines werthaltigen Nachlasses zulasten eines minderjährigen Ersatzerben eine Genehmigung durch das Familiengericht zu verlangen.¹ Im Gegensatz dazu hat sich das Gericht mit kritischen Stimmen in der Literatur² auseinandergesetzt und eine, wie ich meine, rechtlich durchdachte wie wirtschaftlich sinnvolle Entscheidung erlassen:

1. Der Sachverhalt stellt sich vereinfacht wie folgt dar: Eine kinderlose Erblasserin setzte in einem Testament³ ihre Neffen

¹ Vgl. zur h. M. nur *Engler*, FamRZ 1972, 7, 9; *Rakete-Dombek* in *Dauner-Lieb/Heidel/Ring*, AnwKommBGB, Bd. 4, 1. Aufl. 2005, § 1643 Rdnr. 10 m. w. N.; a. A. bislang wohl nur LG Osnabrück, NotBZ 2007, 419.

² Vgl. *Sagmeister*, ZEV 2012, 121. So nun auch *Baumann*, DNotZ 202, 803, und *Litzenburger*, ZEV 2012, 333.

³ Aus dem Sachverhalt geht leider nicht hervor, ob es sich hierbei um ein handschriftliches oder notarielles Testament handelte.

und Nichten zu ihren alleinigen Erben ein. Ersatzerben der Neffen und Nichten waren deren Abkömmlinge entsprechend der gesetzlichen Erbfolge. Zwei Ersatzerben waren minderjährig. Die Erblasserin hat zugunsten ihres Ehemanns ein Vermächtnis ausgesetzt, welches die gesamten beweglichen Aktiva und Passiva des gemeinsam geführten landwirtschaftlichen Betriebs umfassen sollte. Problematisch an dieser Konstruktion war, dass bei Vollziehung des Testaments die beweglichen und unbeweglichen Gegenstände des landwirtschaftlichen Betriebs getrennt worden wären, was zu erheblichen Steuerpflichten geführt hätte. Bei einer Entnahme aus dem Betriebsvermögen bzw. der Aufgabe des Betriebs hätten die stillen Reserven versteuert werden müssen (vgl. § 16 Abs. 3 i. V. m. § 15 EStG). Aus diesem Grund sind der Ehemann der Erblasserin und die Erben übereingekommen, dass die Erben (sowie die Ersatzerben) ihr Erbe ausschlagen und im Gegenzug dafür zwischen dem Ehemann der Erblasserin und den Erben ein Abfindungsvertrag und bindender Erbvertrag geschlossen werden sollte. Der mitsorgeberechtigte Vater der minderjährigen Ersatzerben stimmte der Ausschlagung zu. Wirtschaftlich betrachtet wurden die Erben (und Ersatzerben) durch die Ausschlagung mit gleichzeitigem Abschluss des Abfindungs- und bindenden Erbvertrags nicht schlechter gestellt.

Als der Ehemann der Erblasserin nach der Ausschlagung der Erbschaft durch die Erben und Ersatzerben einen Erbschein beantragen wollte, verlangte das Nachlassgericht für die Ausschlagung zulasten der minderjährigen Ersatzerben entweder eine Genehmigung durch das Familiengericht oder ein Negativattest. Der zuständige Rechtspfleger beim Familiengericht hat den Antrag auf Erteilung eines Negativattestes jedoch zurückgewiesen. § 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB sei bei werthaltigen Nachlässen teleologisch zu reduzieren.

2. Das OLG Köln dagegen entschied, dass jedenfalls im vorliegenden Fall keine Genehmigung des Familiengerichts für die Ausschlagung zulasten der minderjährigen Ersatzerben erforderlich gewesen sei. Die Vorschriften, die eine Genehmigungspflicht auslösen, seien eng auszulegen.⁴ Für eine teleologische Reduktion sei auch kein Raum, weil der Gesetzgeber ausdrücklich eine Prüfung des Werts des Nachlasses vermeiden wollte.⁵ Ebenso wenig sei bei vorliegendem Sachverhalt die Fallgruppe der sog. selektiven Ausschlagung einschlägig. Von selektiver Ausschlagung spricht man, wenn lediglich zulasten einiger Kinder ausgeschlagen werden soll, um den Nachlass in bestimmte Bahnen zu lenken. Kernargument des OLG war, dass mit der gewählten Konstruktion über Ausschlagung und gleichzeitigem Abschluss von Abfindungs- und Erbverträgen die minderjährigen Ersatzerben wirtschaftlich in keiner Weise schlechter gestellt wurden als ohne Ausschlagung. Im Gegenteil: Wäre die Erbschaft angenommen worden, hätte die Mutter der minderjährigen Ersatzerben sogar erhebliche Steuernachteile hinnehmen müssen. Schließlich, so das OLG, seien die minderjährigen Ersatzerben auch dadurch ausreichend gesichert, dass deren sorgeberechtigter Vater, der an der Erbschaft nicht beteiligt war, seine Zustimmung erteilen musste.

3. Der Beschluss hat über den konkreten Fall hinaus Bedeutung. Das Gericht hätte sich ohne Weiteres auf das Argument beschränken können, dass im vorliegenden Fall die Ersatzerben mit Ausschlagung wirtschaftlich nicht schlechter stehen als ohne Ausschlagung. Die Beteiligten haben das einzig Vernünftige getan, um die betriebliche Einheit des landwirt-

schaftlichen Gutes zu bewahren und damit dessen Fortbestand zu sichern.⁶ Insoweit stellt man sich die Frage, warum die Rechtsberater der Antragstellerin nicht einfach das Genehmigungsverfahren durchgeführt haben, hätte im vorliegenden Fall die Genehmigung aufgrund der Sachlage doch ohne Weiteres erteilt werden müssen. Indirekt erkennt das Gericht auch das Rechtsinstitut der Abfindungsvereinbarungen bei Ausschlagungen an.⁷ Der Beschluss erlangt über den Fall hinaus Bedeutung, weil das Gericht klargestellt hat, dass alleine wegen der Werthaltigkeit des Nachlasses die Ausschlagung zulasten eines minderjährigen Ersatzerben keiner Genehmigung bedarf. Zu hoffen bleibt, dass weitere Obergerichte diesem Beschluss folgen und nicht wieder in die alte Rechtsprechungslinie zurückfallen werden.

4. Daneben gibt es die vom OLG Köln nur kurz angerissene Fallgruppe der sog. selektiven Ausschlagung. Die ganz überwiegende Meinung will in einer solchen Konstellation § 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB wiederum teleologisch reduzieren und für die Ausschlagung eine Genehmigung des Familiengerichts verlangen.⁸ Aber auch dieser Ansicht ist nicht zuzustimmen.⁹

Für eine teleologische Reduktion zwingend ist nämlich, dass die Sachverhalte, die vom Wortlaut der Norm eigentlich gedeckt sind, nach Sinn und Zweck der Norm von dieser aber nicht erfasst sein sollten. Die herrschende Ansicht meint nun, dass das nachrangig berufene Kind durch die selektive Ausschlagung und Annahme der Erbschaft rechtlich – moralische Benachteiligung alleine genügt nicht! – benachteiligt sei. Dem ist aber nicht so. § 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB stellt zu Recht nämlich nur solche Konstellationen von der Genehmigungspflicht frei, bei denen das minderjährige Kind lediglich nachrangig hinter dem vorrangig berufenen Elternteil zur Ersatzerbschaft bestellt ist. In diesen Fällen schlagen die Eltern dann aber immer auch einen Erbteil aus, der zuvor einzig und allein einem Elternteil zugestanden hat. Dieser Elternteil hätte über den Erbteil auch völlig frei verfügen, diesen belasten, verkaufen oder auch verschenken können (vgl. § 2033 Abs. 1 BGB). Dieses Argument hält auch das OLG Köln für überzeugend, auch wenn es sich zur Fallgruppe der selektiven Ausschlagung, weil nicht entscheidungserheblich, nicht ausdrücklich äußerte. Wenn der vorrangig berufene Elternteil über seinen Nachlass aber frei verfügen kann, hätte er unproblematisch den Nachlass auch einzig einem der nachrangig berufenen Ersatzerben geben können. Dieses freie Verfügungsrecht über den Erbteil rechtfertigt es, dass der vorrangig berufene sorgeberechtigte Elternteil zusammen mit dem anderen sorgeberechtigten Elternteil ohne Genehmigung des Familiengerichts auch die Ersatzerbschaft für sein minderjähriges Kind ausschlagen kann. Die Ausschlagung ist nur ein einfacherer Weg, deren Ziele stets auch mit einer Erbteilsübertragung erreicht werden könnten. Der Weg über die Ausschlagung soll – so wie auch im Fall, den das OLG Köln zu entscheiden hatte – lediglich aus steuerlichen Gründen gewählt werden. Andere Gründe sind, dass der vorrangig zur Erbschaft berufene Elternteil jeglichen Kontakt mit den Hinterbliebenen des Erblassers vermeiden will oder weil beispielsweise bei einer intakten Familie kein Erbaueinander-

⁶ Insoweit war das Testament bereits völlig falsch konzipiert.

⁷ Ausführlich dazu *Baumann*, DNotZ 2012, 803.

⁸ Vgl. OLG Frankfurt, NJW 1955, 466; OLG Frankfurt, FamRZ 1969, 658; OLG Naumburg, FamRZ 2007, 1047; *Engler*, FamRZ 1969, 7 f.; *Ivo*, ZEV 2002, 309; *Palandt/Diederichsen*, 70. Aufl., § 1643 Rdnr. 2. Neuerdings bestätigt durch KG, ZEV 2012, 332 = MittBayNot 2012, 295.

⁹ So wie hier nun *Baumann*, DNotZ 2012, 803; *Litzenburger*, ZEV 2012, 333. Vgl. zum Ganzen *Sagmeister*, ZEV 2012, 121.

⁴ Vgl. BGH, NJW 1962, 2344; NJW 1983, 1780.

⁵ Vgl. Motive, Bd. 5, S. 515.

setzungsstreit heraufbeschworen werden soll. *Litzenburger*¹⁰ bringt in diesem Zusammenhang zu Recht vor, dass es keine Pflicht zur gleichmäßigen Verteilung des von einem Elternteil ausgeschlagenen, werthaltigen Nachlasses unter sämtlichen Kindern gebe.¹¹ Die gleichmäßige Verteilung dürfe auch nicht durch die Postulierung einer familiengerichtlichen Genehmigungsbedürftigkeit faktisch erzwungen werden. Damit würde sich der Staat in unzulässiger Weise in die inneren Angelegenheiten einer Familie einmischen. Eine Abgrenzung der Fallgruppe der bloßen Werthaltigkeit des Nachlasses von der Fallgruppe der selektiven Ausschlagung ist im Einzelfall schwierig und zwänge die Familiengerichte, folgte man der bislang herrschenden Meinung, jeden Fall der Ausschlagung zulasten minderjähriger Ersatzerben genau zu überprüfen,¹² obgleich der Gesetzgeber diese Art von Motivsuche durch die klare Regelung des § 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB ausdrücklich vermeiden wollte. Dies sei, so *Litzenburger*, im Hinblick auf Art. 6 GG bedenklich. Dem ist nichts hinzuzufügen.

Notarassessor Dr. *Holger M. Sagmeister*, LL.M. (Yale),
München

¹⁰ *Litzenburger*, ZEV 2012, 333.

¹¹ Im Gegenteil: In Deutschland war es lange Zeit üblich, dass der männliche Erstgeborene den ganz überwiegenden Teil des Nachlasses erhält. Diese Rechtsstradition ist auch heute noch, vor allem innerhalb der bäuerlichen Bevölkerung, weit verbreitet.

¹² Ähnlich auch *Baumann*, DNotZ 2012, 803, der empfiehlt, künftig nur noch die Fälle des offensichtlichen Rechtsmissbrauchs von § 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB auszunehmen.

9. BGB §§ 2074, 2075 (*Gleichzeitige Voll- und Vorerbschaft*)

Der für den Fall erneuter Heirat zum auflösend bedingten Voll- und aufschiebend bedingten Vorerben eingesetzte Ehegatte ist in der Verfügung über das geerbte Vermögen nur im Falle dieser Heirat und auch nur von diesem Zeitpunkt an wie ein Vorerbe beschränkt (gegen *Palandt/Weidlich*, 71. Aufl., § 2269 Rdnr. 18 m. w. N.). Für den Umfang der Beschränkungen gibt es bei nur bedingter Vorerbschaft keine zwingenden gesetzlichen Regeln. Er richtet sich allein nach den Bestimmungen, welche der Erblasser von Todes wegen trifft, und dem Willen des Erblassers, der sich in diesen Bestimmungen bei verständiger Würdigung (§ 133 BGB) ausdrückt.

OLG Celle, Beschluss vom 4.10.2012, 6 W 180/12

Aus den Gründen:

I.

Das Rechtsmittel ist unbegründet.

Die zur Begründung des Erbscheinsantrags, den der Beteiligte gestellt hat, erforderlichen Tatsachen sind nicht für festgestellt zu erachten (§ 2359 BGB). Der Beteiligte hat die Erblasserin nicht einschränkungslos allein beerbt. Er verliert seine Stellung als alleiniger Vollerbe der Erblasserin, wenn er heiratet, mit der Eheschließung. Dieses ergibt sich aus Nr. 1 Abs. 2 Satz 2 Fall 2, Nr. 4 Satz 1 des gemeinschaftlichen Testamentes der Erblasserin und des Beteiligten vom 14.6.2009.

II.

Für das zu erwartende weitere Verfahren weist der Senat darauf hin, dass dem Beteiligten ein Erbschein folgenden Inhalts zu erteilen sein könnte: „(Die Erblasserin) ist von (dem Betei-

ligten) als alleinigem Vollerben beerbt worden. Diese Erbfolge endet, wenn er heiratet, mit dem Tage der Eheschließung. Mit diesem wird er Vorerbe. Seine gesetzlichen Beschränkungen als Vorerbe treten erst mit diesem Tage ein und wirken nicht zurück auf den Zeitpunkt des Erbfalls. Zugleich werden Nacherben er selbst und seine drei Töchter J F, I O-L und Y K. Ersatznacherben der Töchter, soweit diese den Nacherbfall nicht erleben, sind jeweils deren in dem gemeinschaftlichen Testament genannte Kinder.“

1. Dem gemeinschaftlichen Testament vom 14.6.2009 ist bei verständiger Würdigung (§ 133 BGB) der Wille der Testierenden zu entnehmen, den Überlebenden von ihnen als Voll- und nicht nur als Vorerben einzusetzen. Dieses ergibt sich aus der Verfügung in Nr. 1 Abs. 2 Satz 1 Hs. 1 des Testamentes, „beim Tode des Erstversterbenden w(e)rd(e) der Überlebende Vollerbe, so dass sich in seiner Hand Nachlass und Eigenvermögen zu einer einheitlichen Vermögensmasse vereinigt(en)“. Die Bestimmung „als Nacherben des Erstversterbenden im Sinne von § 2100 BGB ... setzen wir unsere Töchter ... ein“ (Nr. 2 Abs. 1 des Testamentes) führt zu keiner anderen Auslegung als derjenigen wechselseitiger Vollerbeinsetzung der Testierenden, auch wenn die angeführte Vorschrift des Bürgerlichen Gesetzbuchs die Nacherbfolge regelt, die das Vorhandensein eines Vor- und nicht eines Vollerben voraussetzt. Sie ist so zu verstehen, dass die Töchter erst nachher, d. h. erst nach dem überlebenden Ehegatten erben sollen.

a) Zum einen lässt § 2100 BGB für den Laien die Deutung zu, Nacherbe sei eine Person, die erst erbe, nachdem der Nachlass nach dem Erblasser das Vermögen eines anderen durchlaufen habe, den diese Person dann beerbe, zum anderen spricht die Pflichtteilsstrafklausel in Nr. 5 des Testamentes für dessen hier gewonnenes Verständnis. Sie ist nur sinnvoll, wenn die Töchter den erstversterbenden Elternteil nicht als Nacherbe, sondern nicht beerbten. Waren sie dessen Nacherben, bedurfte es keiner Strafe. Diese bestand ausreichend darin, dass sie ihre Nacherbanwartschaft verloren, wenn sie den Pflichtteil erhalten wollten. Dazu mussten sie den Nacherbteil ausschlagen (§ 2306 Abs. 1 Satz 1 Hs. 1 Alt. 1, Abs. 2 BGB).

b) Aus dem Wunsch der Testierenden, das Grundstück, welches ihnen je zur ideellen Hälfte gehörte, in der Familie zu halten, der sich in dem Testament widerspiegelt, lässt sich nichts dafür herleiten, dass der Überlebende von ihnen nur Vor- und nicht Vollerbe sein sollte. Auch wenn er nur Vorerbe wurde, war er nicht gehindert, den geerbten Bruchteil gegen Entgelt zu veräußern, ohne dass die Veräußerung mit Eintritt des Nacherbfalls unwirksam war (§ 2113 Abs. 1 BGB). Jedenfalls war der Überlebende von der Beschränkung in entgeltlichen Verfügungen über den Grundstücksteil befreit (§ 2136 BGB). Die Nacherben sollten aus dem Nachlass des Erstversterbenden nur erhalten, was bei Eintritt des Nacherbfalls übrig sein würde (§ 2137 Abs. 1 BGB).

2. Der Überlebende sollte durch seine an die erneute Heirat geknüpfte Vorerbenstellung in seiner Verfügungsbefugnis über den Nachlass des Erstversterbenden nicht beschränkt sein, ehe er eine neue Ehe einging. Weder war er zum auflösend bedingten Vorerben noch zum aufschiebend bedingten Vorerben eingesetzt mit der Bestimmung, dass die Folgen der aufschiebend bedingten Vorerbeinsetzung auf den Zeitpunkt des Erbfalls rückbezogen sein sollten (§ 159 BGB), sondern zum durch erneute Heirat auflösend bedingten Voll- und aufschiebend bedingten Vorerben ohne Rückbeziehung der Folgen des Eintritts der aufschiebenden Bedingung. Aus der Bestimmung, „Nachlass und Eigenvermögen ..., über die er zu Lebzeiten frei verfügen kann“, ergibt sich, dass der Über-

lebende bis zu seinem Tode oder seiner Wiederheirat keinen Verfügungsbeschränkungen unterliegen sollte. Die in Rechtsprechung und Schrifttum anzutreffende Annahme, der wie hier infolge der Wiederverheiratursklausel auflösend bedingte Voll- und zugleich aufschiebend bedingte Vorerbe unterliege den Verfügungsbeschränkungen eines Vorerben vom Erbfall an, bis sich bei seinem Tode ohne erneute Heirat der Ausfall der auflösenden Bedingung herausstelle, ist rechtlich nicht haltbar (vgl. auch: MünchKommBGB/Musielak, 5. Aufl., § 2269 Rdnr. 58). Vielmehr ist in diesem Falle die Bedingung für die Vorerbschaft, deren Eintritt erst Verfügungsbeschränkungen hätte auslösen können, nicht eingetreten. Für die Frage, wie die Erbfolge sich gestaltet und an welche Art von Bedingungen sie geknüpft ist, hat der Erblasser freie Hand und ist allein die Auslegung seines Testamentes maßgebend.

3. Die Nacherbfolge des Überlebenden zusammen mit den Töchtern ergibt sich aus der Anordnung in Nr. 4 Satz 2 des Testamentes, „der Ehegatte ha(be) ... den Nachlass nach den Grundsätzen der gesetzlichen Erbfolge mit den Nacherben zu teilen ...“. Die Ersatznacherbfolge der Enkel folgt aus Nr. 2 (6) des Testamentes.

(...)

Anmerkung:

1. Die (bedingte) Kombination von Voll- und Vorerbschaft

Die Anordnung einer Nacherbfolge führt, stark vereinfacht dargestellt, für den beschwerten Erben dazu, dass er die Erbschaftsgegenstände nicht selbst vererben kann und er in der Verfügung unter Lebenden im Rahmen der §§ 2113-2115 BGB eingeschränkt wird. Sofern über die Anordnung von Bedingungen Vollerbschaft und Nacherbschaft verknüpft werden, steht erst mit vollständiger Klarheit über den Bedingungseintritt¹ fest, ob der Erbe Vollerbe oder Vorerbe war. Da nach überwiegender Auffassung die Beschränkungen der §§ 2113 ff. BGB auch auf vor dem Bedingungseintritt vorgenommene Verfügungen Anwendungen finden,² kann auch erst in diesem Moment geklärt werden, ob lebzeitige Verfügungen des Erben wirksam sind oder nicht.³ Dieser Schwebezustand ist für den beschwerten Erben aus den genannten Gründen sehr belastend. Sofern die rechtliche Stellung des Erben aus dem Testament nicht eindeutig hervorgeht, ist daher im Rahmen der vorzunehmenden Auslegung besonderes Augenmerk darauf zu richten, ob der Erbe als Vollerbe eingesetzt wurde oder als Vorerbe bzw. ob und auf welche Weise Vollerbschaft und Vorerbschaft kombiniert wurden. Das OLG Celle hat bei der Auslegung einer Wiederverheiratursklausel einen Weg beschritten, der – soweit ersichtlich – von der Rechtsprechung bisher nicht betreten wurde.

2. Wiederverheiratursklauseln

Sinn einer Wiederverheiratursklausel ist es unter anderem, den Zugriff eines nach dem Tod des Erstversterbenden neu

hinzutretenden Partners auf das Vermögen, welches der länger lebende Ehepartner vom Erstversterbenden erworben hat, zu vermeiden.

a) Einheits- vs. Trennungslösung

Für die rechtliche Umsetzung dieses Wunsches ist entscheidend, ob das gemeinschaftliche Testament in Form der Trennungslösung errichtet wurde oder in Form der Einheitslösung. Da bei der Trennungslösung durch die Einsetzung des überlebenden Ehegatten zum Vorerben eine Vermengung der Vermögensmassen von Haus aus nicht erfolgt, ist die konstruktive Umsetzung der Wiederverheiratursklausel einfach. Nicht nur der Tod des Überlebenden, sondern auch dessen Wiederheirat führen zum Eintritt des Nacherbfalls. Anders ist diese Situation dagegen bei der Einheitslösung, nach der auch das dem Beschluss des OLG Celle zugrundeliegende Testament errichtet wurde. Hier wird der überlebende Ehegatte ja gerade (Voll-)Erbe des Erstversterbenden; erst bei seinem Tod geht das vereinigte Vermögen beider Ehegatten (soweit es noch vorhanden ist) auf den oder die Schlusserben über.

b) Rechtliche Umsetzung der Wiederverheiratursklausel

Die Auslegung von Testamenten, bei denen Einheitslösung und Wiederverheiratursklausel kombiniert sind, bereitet, sofern die gewünschte rechtliche Konstruktion im Testament nicht ausdrücklich offengelegt wurde (was gerade bei eigenhändigen Testamenten ja häufig der Fall ist), Probleme. Nach einer Ansicht, die als herrschende Meinung bezeichnet werden kann,⁴ wird der überlebende Ehegatte (Voll-)Erbe. Diese Erbeinsetzung ist jedoch auflösend bedingt auf den Fall der Wiederheirat. Zusätzlich ist der überlebende Ehegatte aufschiebend bedingt (auf den Fall der Wiederheirat) als Vorerbe eingesetzt und die im Testament näher bezeichneten Personen als Nacherben. Durch Auslegung ist zu klären, in welchem Umfang der überlebende Ehegatte (im Rahmen der von § 2136 BGB vorgegebenen Grenzen) von den Beschränkungen der Vor- und Nacherbfolge befreit ist. Eine zweite Ansicht⁵ kehrt das Verhältnis von Vollerbschaft und Vorerbschaft um. Nach dieser Ansicht ist der überlebende Ehegatte auflösend bedingt auf die fehlende Wiederheirat als Vorerbe eingesetzt. Er ist weiter aufschiebend bedingt auf die fehlende Verheiratung als Vollerbe eingesetzt. Eine dritte Ansicht⁶ schließlich löst die Wiederverheiratursklausel allein über die Annahme einer Vor- und Nacherbfolge. Die erneute Heirat wird hier (wie bei der Trennungslösung) schlicht als (weitere⁷) Bedingung für den Eintritt der Nacherbfolge definiert. Diese dritte Auffassung ist abzulehnen, da sie den Wunsch der Testierenden zur Einheitslösung ignoriert.

c) Der Weg des OLG Celle

Das OLG Celle geht in seinem Beschluss wie die herrschende Meinung davon aus, dass eine Wiederverheiratursklausel grundsätzlich über die Kombination von Vollerbschaft und

⁴ BGH, IVa ZB 5/85, NJW 1988, 59; OLG Hamm, 15 W 518/10, ZEV 2011, 589; *Staudinger/Kanzleiter*, § 2269 Rdnr. 42.

⁵ *Völzmann*, RNotZ 2012, 1, 10; im Grundsatz auch MünchKommBGB/Musielak, § 2269 Rdnr. 56.

⁶ *J. Mayer in Reimann/Bengel/J. Mayer*, Testament und Erbvertrag, 5. Aufl. 2006, § 2269 BGB Rdnr. 63; *Wilhelm*, NJW 1990, 2857, 2863.

⁷ Es gibt zwei Varianten dieser dritten Ansicht. Während *Wilhelm* (NJW 1990, 2857, 2863) eine „reine“ Trennungslösung annimmt, will *J. Mayer* (in *Reimann/Bengel/J. Mayer*, Testament und Erbvertrag, § 2269 BGB Rdnr. 63) den Nacherbfall nur bei Wiederheirat und nicht beim Tod des länger lebenden Ehegatten eintreten lassen.

¹ In aller Regel wird dies erst eine logische Sekunde vor dem Tod des Erben der Fall sein; MünchKommBGB/Musielak, 5. Aufl. 2010, § 2269 Rdnr. 54.

² *Staudinger/Kanzleiter*, Neubearb. 2006, § 2269 Rdnr. 43; OLG Hamm, 15 W 518/10, ZEV 2011, 589.

³ Aus diesem Grund ist auch die bedingte Anordnung der Vor- und Nacherbfolge im Grundbuch bzw. im Erbschein anzugeben; vgl. nur *Demharter*, Grundbuchordnung, 28. Aufl. 2012, § 51 GBO Rdnr. 3, 6; *Palandt/Weidlich*, 72. Aufl. 2013, § 2269 Rdnr. 17.

Vorerbschaft zu lösen ist. Die Besonderheit der Entscheidung liegt jedoch darin, dass das OLG Celle insoweit von der herrschenden Meinung abweicht, als es unter Berufung auf *Musielak*⁸ dem Erblasser nicht nur die alternative Anordnung von Vollerbschaft und Vorerbschaft, sondern auch die hintereinandergeschachtelte Anordnung von Vollerbschaft und Vorerbschaft zugesteht.⁹ Bis zur Wiederheirat ist der überlebende Ehegatte Vollerbe. Ab der Wiederheirat ist er Vorerbe, ohne (und das ist die Abweichung von der herrschenden Meinung) dass die Verfügungsbeschränkungen der Vor- und Nacherbfolge auf den Zeitraum vor der Wiederheirat zurückwirken. Die Begründung des OLG Celle ist – nicht nur, aber vor allem im Hinblick auf die Besonderheit der Entscheidung – schlank. Sie besteht aus dem genannten Verweis auf *Musielak*,¹⁰ einem Hinweis auf die Testierfreiheit und der Feststellung, dass nach dem Wortlaut des Testamentes der Längerlebende zu Lebzeiten frei verfügen können soll.

d) Kritik

Dem OLG Celle kann nicht gefolgt werden.¹¹ Zwar ist dem OLG Celle zuzugeben, dass die Lösung der sich aus der Kombination von Einheitslösung und Wiederverheiratungsklausel ergebenden Fragen nicht in der Anwendung „starrer“ Ansichten, sondern durch eine Auslegung des Testamentes zu suchen ist.¹² Bei dieser Auslegung ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Testierfreiheit des Erblassers vom erbrechtlichen Typenzwang begrenzt wird.¹³ Und für bedingte Erbeinsetzungen hat der Gesetzgeber sich für die Lösung entschieden, die in § 2103 BGB zum Ausdruck kommt, nämlich dass die Vor- und Nacherbfolge (mit den von § 2136 BGB vorgesehenen Grenzen der Befreiung) das Mittel der Wahl ist¹⁴ – auch auf die Gefahr hin, dass erst eine logische Sekunde vor dem Tod des Längerlebenden feststeht, ob er Verfügungsbeschränkungen unterlag oder nicht.

Notar *Christian Braun*, Ottobeuren

⁸ MünchKommBGB, § 2269 Rdnr. 58 ff.

⁹ *Musielak* selbst (MünchKommBGB, § 2269 Rdnr. 55) kehrt das zeitliche Verhältnis jedoch um, indem er von einer auflösend bedingten Vorerbschaft und einer aufschiebend bedingten Vollerbschaft spricht, jedoch bei Rdnr. 56 darauf hinweist, dass die Frage der dogmatischen Einordnung allein keine praktische Bedeutung hat.

¹⁰ Dabei ist zu beachten, dass *Musielak* seiner eigenen Ansicht einen Abschnitt, der in etwa dem Umfang dieser Anmerkung entspricht, widmet.

¹¹ So auch *Weidlich*, ZEV 2013, 41 f.

¹² So auch *BeckOK-BGB/Litzenburger*, Stand 1.11.2012, § 2265 Rdnr. 35; *Burandt/Rojahn/Braun*, Erbrecht, 1. Aufl. 2011, § 2269 BGB Rdnr. 61.

¹³ Im Ergebnis auch *J. Mayer in Reimann/Bengel/J. Mayer*, Testament und Erbvertrag, § 2269 BGB Rdnr. 61 bei Fn. 258.

¹⁴ *BeckOK-BGB/Litzenburger*, § 2265 Rdnr. 35.

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

10. GG Art. 14 Abs. 1; BGB §§ 140, 139, 812 Abs. 1 Satz 2, §§ 307, 812 Abs. 2 Nr. 1, § 138 Abs. 1; AktG §§ 237, 23 Abs. 5, § 68 Abs. 2 (*Nichtigkeit einer Verpflichtung des Aktionärs gegenüber der Aktiengesellschaft zur unentgeltlichen Rückübertragung zuvor entgeltlich erworbener Aktien*)

Ein schuldrechtlicher Vertrag zwischen einer Aktiengesellschaft und einem Aktionär, wonach der Aktionär seine Aktien auf die Gesellschaft unentgeltlich zu übertragen hat, wenn der Vertrag beendet wird, ist jedenfalls dann nichtig, wenn der Aktionär die Aktien zuvor entgeltlich erworben hat.

BGH, Urteil vom 22.1.2013, II ZR 80/10

Die klagende Aktiengesellschaft betreibt ein Verbundsystem für Versicherungsmakler. Nach § 2 der Satzung besteht ihr Unternehmensgegenstand darin, Versicherungsmaklern die Hilfen und Unterstützungsmittel zur Verfügung zu stellen, die sich aus dem Berufsbild des Maklers ergeben. Sämtliche Aktionäre sind Versicherungsmakler. Sie sind außerdem über einen „Partnerschaftsvertrag“ mit der Klägerin verbunden. In diesem Rahmen bietet die Klägerin den Partnern ihre Beratungs- und Unterstützungsleistungen an.

Die Beklagte, die als selbständige Versicherungsmaklerin tätig ist, schloss am 29.5.2001 einen Partnerschaftsvertrag mit der Klägerin. Darin ist vorgesehen, dass jeder Partner 25 vinkulierte Namensaktien der Klägerin im Nominalwert von jeweils 52 € zu erwerben und eine einmalige Bearbeitungsgebühr i. H. v. 300 € sowie weitere Beiträge zu zahlen hat. Der Vertrag kann von beiden Vertragsparteien mit einer dreimonatigen Frist zum Ablauf des Kalenderjahres gekündigt werden. In § 12 Abs. 4 des Vertrages heißt es:

Mit Beendigung des Vertragsverhältnisses gibt der C-Partner alle C-Aktien unentgeltlich zur Übertragung auf einen neuen C-Partner zurück.

Die Beklagte erwarb 25 Aktien der Klägerin für insgesamt 1.300 €. Mit Schreiben vom 12.9.2007 kündigte die Klägerin den Partnerschaftsvertrag zum 31.12.2007.

Die Klägerin verlangt mit ihrer Klage die unentgeltliche Rückübertragung der Aktien. Die Beklagte wehrt sich dagegen und erstrebt hilfsweise eine Verurteilung zur Herausgabe nur Zug um Zug gegen Zahlung einer angemessenen Abfindung. Das AG hat der Klage mit der Einschränkung stattgegeben, dass die Übertragung der Aktien Zug um Zug gegen Zahlung von 1.300 € zu geschehen habe. Die beiderseitigen Berufungen hat das LG zurückgewiesen. Mit den vom Berufungsgericht zugelassenen Revisionen verfolgen die Parteien ihre jeweiligen Rechtsschutzbegehren weiter.

Aus den Gründen:

Die Revision der Klägerin hat keinen Erfolg. Die Revision der Beklagten führt dagegen zur teilweisen Aufhebung des landgerichtlichen Urteils und zur Abweisung der Klage (§ 563 Abs. 3 ZPO).

I.

Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt:

Der Anspruch auf Rückübertragung der Aktien ergebe sich entweder aus § 12 Abs. 4 des Partnerschaftsvertrages oder aus § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 BGB. Die ordentliche Kündigung nach § 11 Abs. 2 des Partnerschaftsvertrages sei nach der Rechtsprechung zu den sog. Hinauskündigungsklauseln wirksam. Dagegen stelle zwar die Pflicht, die Aktien unentgeltlich zu übertragen, eine unangemessene Benachteiligung nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB dar und sei deshalb unwirksam. Wirksam bleibe aber die Pflicht, die Aktien gegen Zahlung des Nennwerts zu übertragen.

II.

Diese Ausführungen sind nicht frei von Rechtsfehlern. Die Regelung in § 12 Abs. 4 des Partnerschaftsvertrages, wonach bei einer Beendigung des Vertrages die Beklagte verpflichtet sein soll, ihre Aktien auf die Klägerin unentgeltlich zurückzuübertragen, ist gemäß § 138 Abs. 1 BGB nichtig, weil sie gegen die guten Sitten verstößt. Rechtsfolge dieses Verstoßes ist entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts die Nichtigkeit der gesamten Klausel in § 12 Abs. 4 des Partnerschaftsvertrages.

1. Das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, dass sich aus der Satzung der Klägerin eine Pflicht der Aktionäre ergibt, ihre Aktien bei einer Beendigung des Partnerschaftsvertrages auf die Klägerin zurückzuübertragen. Ebenso wenig hat es eine in der Satzung begründete Pflicht der Aktionäre festgestellt, in diesem Fall die Aktien auf einen beitragswilligen Dritten zu übertragen. Ob derartige Satzungsklauseln zulässig wären oder gegen den Grundsatz der beschränkten Satzungsautonomie nach § 23 Abs. 5 AktG verstoßen würden (gegen die Zulässigkeit RGZ 49, 77, 79 ff.; BayObLG, WM 1989, 139, 140 ff.; *Wiedemann*, Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, 1965, S. 87; *Westermann/Rosener* in FS Quack, 1991, S. 545, 551 f.; siehe auch RGZ 120, 177, 179 ff.; dafür *Becker*, ZGR 1986, 383, 392 ff.; *Grunewald*, Der Ausschluss aus Gesellschaft und Verein, 1987, S. 198 f.), bedarf somit keiner Entscheidung.

2. Die Pflicht zur Rückgabe der Aktien an die Klägerin kann sich vielmehr allein aus § 12 Abs. 4 des Partnerschaftsvertrages ergeben. Diese Klausel ist indes nichtig.

a) In Rechtsprechung und Schrifttum ist allerdings anerkannt, dass die Aktionäre aufgrund der allgemeinen Vertragsfreiheit schuldrechtliche Nebenabreden treffen und darin Regelungen vorsehen können, die in der Satzung der Aktiengesellschaft nicht zulässig wären (BGH, Urteil vom 25.9.1986, II ZR 272/85, ZIP 1987, 103, 104; Urteil vom 13.6.1994, II ZR 38/93, BGHZ 126, 226, 234 f.; Urteil vom 24.11.2008, II ZR 116/08, ZIP 2009, 216 Rdnr. 12 – Schutzgemeinschaftsvertrag II; OLG Karlsruhe, WM 1990, 725 ff.; *GroßkommAktG/Röhricht*, 4. Aufl., § 23 Rdnr. 238 ff.; *Hüffer*, AktG, 10. Aufl., § 23 Rdnr. 45 ff.; *Seibt* in *K. Schmidt/Lutter*, AktG, 2. Aufl., § 23 Rdnr. 64 ff.; *MünchKommAktG/Pentz*, 3. Aufl., § 23 Rdnr. 187 ff.; *Limmer* in *Spindler/Stilz*, AktG, 2. Aufl., § 23 Rdnr. 41 ff.; *Arnd Arnold* in *KK-AktG*, 3. Aufl., § 23 Rdnr. 172 ff.; *Mayer*, MittBayNot 2006, 281, 285; *Noack*, Gesellschaftervereinbarungen bei Kapitalgesellschaften, 1994, S. 113 ff.; ebenso für die GmbH BGH, Urteil vom 29.5.1967, II ZR 105/66, BGHZ 48, 163, 166; Urteil vom 20.1.1983, II ZR 243/81, ZIP 1983, 297, 298; Urteil vom 7.2.1983, II ZR 25/82, ZIP 1983, 432 f.; Urteil vom 27.10.1986, II ZR 240/85, ZIP 1987, 293, 295; Urteil vom 15.10.2007, II ZR 216/06, ZIP 2007, 2416 Rdnr. 13 ff.; Beschluss vom 15.3.2010, II ZR 4/09, ZIP 2010, 1541 Rdnr. 7). So können etwa die Gesellschafter einer Familiengesellschaft vereinbaren, dass ein Aktionär, der aus der Aktiengesellschaft ausscheiden will, seine Aktien den übrigen Gesellschaftern zum Kauf anbieten muss (BGH, Urteil vom 25.9.1986, II ZR 272/85, ZIP 1987, 103, 104; Urteil vom 13.6.1994, II ZR 38/93, BGHZ 126, 226, 234 f.). Damit wird das – zulässige – Ziel verfolgt, den Kreis der Aktionäre auf Familienmitglieder zu beschränken. Das Gleiche gilt für Regelungen, durch die der Aktionärskreis auf Personen beschränkt werden soll, die ein anderes gemeinsames Merkmal aufweisen (*Friedewald*, Die personalistische Aktiengesellschaft, 1991, 776 f.). In der Regel wird durch eine derartige Absprache eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts begründet (vgl. BGH, Beschluss vom 21.9.2009, II ZR 250/07, ZIP 2009, 2155 Rdnr. 4).

b) Hier ist eine entsprechende schuldrechtliche Nebenabrede aber nicht zwischen den Aktionären getroffen worden. Vielmehr hat die klagende Aktiengesellschaft selbst mit jeweils einem – künftigen – Aktionär vereinbart, dass er bei einer Beendigung des mit ihm geschlossenen Partnerschaftsvertrages – auch infolge einer fristgemäßen Kündigung seitens der Klägerin – seine Aktien auf die Klägerin unentgeltlich zurückzuübertragen habe. Eine derartige Abrede verstößt gegen die guten Sitten nach § 138 Abs. 1 BGB.

aa) Durch eine schuldrechtliche Vereinbarung zwischen der Aktiengesellschaft und ihrem jeweiligen Aktionär können grundsätzlich keine Rechte und Pflichten begründet werden, die alle gegenwärtigen und künftigen Aktionäre treffen sollen und damit mitgliedschaftlicher Natur sind (*GroßKommAktG/Wiedemann*, 4. Aufl., § 179 Rdnr. 34 f.; *GroßKommAktG/Röhricht*, 4. Aufl., § 23 Rdnr. 13; *Zöllner* in *KK-AktG*, 2. Aufl., § 179 Rdnr. 8, 11; ebenso für die GmbH *Ulmer* in *Ulmer/Habersack/Winter*, GmbHG, § 53 Rdnr. 8; a. A. *Becker*, ZGR 1986, 383 Fn. 86; zum Meinungsstand *MünchKommAktG/Oechsler*, 3. Aufl., § 237 Rdnr. 56 f.). Solche Abreden sind vielmehr notwendige materielle Satzungsbestandteile (BGH, Urteil vom 11.10.1993, II ZR 155/92, BGHZ 123, 347, 350; ebenso für die GmbH BGH, Urteil vom 25.10.1962, II ZR 188/61, BGHZ 38, 155, 161), die nur dann wirksam sein können, wenn sie in die Satzung aufgenommen werden. So kann etwa ein Recht zur Zwangseinziehung im Sinne des § 237 AktG nicht durch eine schuldrechtliche Abrede zwischen der Aktiengesellschaft und ihren Aktionären begründet werden (vgl. *Mayer*, MittBayNot 2006, 281, 283; *Hüffer*, AktG, 10. Aufl., § 23 Rdnr. 47 a. E.).

bb) Hier haben die Klägerin und die jeweiligen Aktionäre schuldrechtliche Verträge geschlossen, nämlich die Partnerschaftsverträge, mit denen sie im Ergebnis eine Bindung aller Aktionäre erreichen wollten. Dazu wird im Schrifttum in Übereinstimmung mit einem obiter dictum des BayObLG (WM 1989, 139, 143) die Meinung vertreten, schuldrechtliche Nebenabreden der Aktionäre mit der Gesellschaft seien unter anderem dann zulässig, wenn sie das Ziel verfolgten, in Ergänzung einer satzungsmäßigen Vinkulierung der Aktien nach § 68 Abs. 2 AktG einen bestimmten Aktionärskreis zu erhalten (*Barthelmeß/Braun*, AG 2000, 172 ff.; *Schanz*, NZG 2000, 337, 341; *GroßkommAktG/Merkt*, 4. Aufl., § 68 Rdnr. 522; *MünchKommAktG/Bayer*, 3. Aufl., § 68 Rdnr. 41; *Hefermehl/Bungeroth* in *Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff*, AktG, § 68 Rdnr. 70; ebenso für schuldrechtliche Vereinbarungen von zusätzlichen Zahlungen an die Gesellschaft: *Drygala* in *KK-AktG*, 3. Aufl., § 54 Rdnr. 31; *Lutter* in *KK-AktG*, 2. Aufl., § 54 Rdnr. 21; *Hüffer*, AktG, 10. Aufl., § 54 Rdnr. 7 f.). Es geht dabei etwa um den Fall, dass nach der Ausgabe von Belegschaftsaktien eine Rückübertragung der Aktien für den Fall sichergestellt werden soll, dass der Mitarbeiter aus dem Unternehmen ausscheidet (BayObLG, WM 1989, 139 ff.). Die Gegenmeinung hält derartige Andienungspflichten für unzulässig. Sie stellt darauf ab, dass die Gesellschaft im Rahmen der Nebenabrede durch den Vorstand vertreten wird und damit der Vorstand im Widerspruch zu der innergesellschaftlichen Kompetenzordnung über die Zusammensetzung der Hauptversammlung bestimmen könne. Einer solchen Möglichkeit außerhalb des Zustimmungserfordernisses bei der Vinkulierung von Aktien nach § 68 Abs. 2 AktG seien aber enge Grenzen gesetzt, wie etwa das Verbot des § 136 Abs. 2 AktG zeige, nach dem der Aktionär sich nicht verpflichten dürfe, sein Stimmrecht nach den Weisungen des Vorstands auszuüben. Damit fehle dem Vorstand die Geschäftsführungsbefugnis zum Abschluss derartiger Vereinbarungen (*Immenga*, AG 1992, 79; *Otto*, AG 1991, 369 ff.);

ähnlich schon *Rudolf Fischer in Ehrenberg*, Handbuch des gesamten Handelsrechts, III. Band, 1916, S. 376 f.).

cc) Welcher Meinung grundsätzlich zu folgen ist, braucht aus Anlass des vorliegenden Falles nicht entschieden zu werden. Denn jedenfalls ist ein schuldrechtlicher Vertrag zwischen einer Aktiengesellschaft und einem Aktionär unwirksam, wenn danach der Aktionär verpflichtet sein soll, bei Beendigung der Vertragsbeziehung die von ihm entgeltlich erworbenen Aktien entschädigungslos auf die Gesellschaft zurückzuübertragen.

Nach der Rechtsprechung des BVerfG und des BGH fällt das in der Aktie verkörperte Anteilseigentum unter den Schutz des Art. 14 Abs. 1 GG (BVerfG, ZIP 2012, 1402 Rdnr. 52; ZIP 2012, 1656 Rdnr. 21 – Daimler/Chrysler; ZIP 1999, 1436, 1439 – DAT/Altana; ZIP 1999, 1804, 1805 f.; BGH, Urteil vom 25.11.2002, II ZR 133/01, BGHZ 153, 47, 55; Beschluss vom 12.3.2001, II ZB 15/00, BGHZ 147, 108, 112, 114). Der Schutzbereich der Eigentumsgarantie umfasst die Substanz des Anteilseigentums in seiner mitgliedschaftsrechtlichen und vermögensrechtlichen Ausgestaltung. Er ist beispielsweise betroffen bei einem Ausschluss des Aktionärs (BVerfG, ZIP 2007, 1261 Rdnr. 18). Grundsätzlich ist dem Aktionär, dessen Aktien eingezogen werden oder der sonst aus der Gesellschaft ausgeschlossen wird, der volle Wert seiner Aktien zu ersetzen. Ein entschädigungsloser oder nur mit einer unangemessen geringen Abfindung verbundener Ausschluss greift unzulässig in die vermögensmäßige Rechtsposition des Aktionärs ein und verstößt deshalb grundsätzlich gegen das Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 Abs. 1 GG und gegen die guten Sitten nach § 138 Abs. 1 BGB (*Grunewald*, Der Ausschluss aus Gesellschaft und Verein, S. 174 f.; *MünchKommAktG/Oechsler*, 3. Aufl., § 237 Rdnr. 65; *Becker in Bürgers/Körper*, AktG, 2. Aufl., § 237 Rdnr. 24; siehe auch OLG München, ZIP 2008, 220, 224; *MünchHdbGesR/Krieger*, Bd. 4, 3. Aufl., § 62 Rdnr. 12 f.).

Dieser Grundsatz gilt nicht nur bei einer Zwangseinziehung im Sinne des § 237 AktG – oder einer Übertragung von Aktien nach §§ 327a ff. AktG –, sondern ggf. auch bei einem zwangsweisen Ausschluss, der auf einer außerhalb der Satzung getroffenen schuldrechtlichen Abrede beruht. Denn es ist kein Grund ersichtlich, das Aktieneigentum gegen Eingriffe aufgrund schuldrechtlicher Abreden geringer zu schützen als gegen Eingriffe, die auf einer Satzungsbestimmung oder auf dem Gesetz beruhen. Dass sich der Aktionär bei Begründung seiner Aktionärsstellung mit dieser Eingriffsmöglichkeit einverstanden erklärt hat, gilt für das satzungsmäßige Einziehungsrecht ebenso wie für ein möglicherweise anzuerkennendes Ausschließungsrecht aufgrund einer schuldrechtlichen Abrede. Jedenfalls dann, wenn der Aktionär – wie hier – die Aktien entgeltlich erworben hat, verletzt die Pflicht zur unentgeltlichen Rückübertragung der Aktien sein Eigentumsgrundrecht und kann daher keinen Bestand haben.

dd) Rechtsfolge dieses Verstoßes ist die Nichtigkeit der gesamten Klausel in § 12 Abs. 4 des Partnerschaftsvertrages. Sie kann weder durch eine ergänzende Vertragsauslegung oder eine entsprechende Anwendung von § 139 BGB noch durch eine Umdeutung aufrechterhalten werden.

Eine ergänzende Vertragsauslegung nach § 157 BGB oder eine entsprechende Anwendung von § 139 BGB kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil nach der Rechtsprechung des BGH ein wegen eines sittenwidrigen Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung nichtiges Rechtsgeschäft grundsätzlich nicht durch Anpassung der Leistungen auf ein noch vertretbares Maß aufrechterhalten werden kann (vgl. BGH, Urteil vom 30.5.1958, V ZR 280/56, NJW 1958, 1772; Urteil

vom 12.7.1965, II ZR 118/63, BGHZ 44, 158, 162; Urteil vom 21.3.1977, II ZR 96/75, BGHZ 68, 204, 207). Es kommt hinzu, dass weder Umstände festgestellt noch sonst ersichtlich sind, aufgrund derer ermittelt werden könnte, welche Regelung die Parteien bei angemessener Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben getroffen hätten, wenn sie die Unwirksamkeit der Klausel in § 12 Abs. 4 des Partnerschaftsvertrages bedacht hätten (vgl. etwa BGH, Urteil vom 14.3.2012, VIII ZR 113/11, NJW 2012, 1865 Rdnr. 24; Urteil vom 7.11.2012, XII ZR 41/11, juris Rdnr. 26).

Nichts anderes gilt für die Umdeutung nach § 140 BGB. Zwar wird für den Fall einer in der Satzung angeordneten entschädigungslosen Zwangseinziehung im Schrifttum angenommen, dass diese Regelung in eine gestattete – entgeltliche – Einziehung umzudeuten ist (vgl. *MünchKommAktG/Oechsler*, 3. Aufl., § 237 Rdnr. 35 m. w. N.). Dafür wird angeführt, dass die gestattete Einziehung einen Beschluss der Hauptversammlung erfordert und deshalb nicht demselben strengen Bestimmtheitsgrundsatz unterliegt wie die angeordnete Zwangseinziehung, die nach § 237 Abs. 6 AktG ohne Beteiligung der Hauptversammlung durch den Vorstand vollzogen wird. Deshalb bleibt es bei der gestatteten Zwangseinziehung der Hauptversammlung vorbehalten, die – angemessene – Abfindung oder jedenfalls deren Bemessungsgrundsätze festzulegen (*Lutter in KK-AktG*, 2. Aufl., § 237 Rdnr. 34). Das kann aber nur für die in der Satzung vorzusehenden Formen der Zwangseinziehung gelten, nicht dagegen für eine etwaige Ausschlussmöglichkeit durch Kündigung aufgrund einer schuldrechtlichen Abrede. Denn insoweit fehlt es schon an der Möglichkeit, im Wege der Umdeutung eine Zuständigkeit der Hauptversammlung zu begründen.

Im Übrigen hat sich auch eine Umdeutung an dem (hypothetischen) Parteiwillen zu orientieren (BGH, Beschluss vom 17.9.2008, III ZB 19/08, WM 2008, 2153 Rdnr. 18). Der (hypothetische) Parteiwille kann aber angesichts der Vielgestaltigkeit schuldrechtlicher Abreden nicht ohne Weiteres im Sinne einer gestatteten Zwangseinziehung angenommen werden. Ebenso gut hätten die Parteien, wenn ihnen die Unwirksamkeit einer Pflicht zur entschädigungslosen Rückübertragung der Aktien bewusst gewesen wäre, auf diese Rückübertragung gänzlich verzichten können oder aber die von allen Partnern zu zahlenden laufenden Gebühren höher ansetzen können, um das Kapital für etwaige Abfindungszahlungen aufzubringen.

2. Da somit schon keine Pflicht zur Übertragung der Aktien auf die Klägerin begründet worden ist, kann die Frage offen bleiben, wie eine angemessene Abfindung ggf. zu bemessen wäre.

11. GmbHG § 40 (*Zurückweisung einer durch einen ausländischen Notar unterzeichneten Gesellschafterliste*)

Eine von einem ausländischen (hier: Baseler) Notar unterzeichnete Gesellschafterliste kann das Registergericht zurückweisen.

OLG München, Beschluss vom 6.2.2013, 31 Wx 8/13 (n. rkr.); mitgeteilt von *Margaretha Förth*, Richterin am OLG München

Die beteiligte Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Beteiligte zu 1) ist im Handelsregister des AG München eingetragen. Ein in B/Schweiz ansässiger Notar hat eine von ihm erstellte Gesellschafterliste vom 5.11.2012 eingereicht. In dieser Liste ist die Beteiligte zu 2 als Inhaberin des (einzigen) Geschäftsanteils Nr. 1 genannt. Die „Bescheinigung“ lautet:

„Ich, der unterzeichnende Notar ... in B/Schweiz, bescheinige, dass die geänderten Eintragungen in der vorstehenden Liste den Veränderungen entsprechen, die sich aus den Erklärungen der Urkundsbeteiligten zu meiner Urkunde ... vom 5.11.2012 ergeben. Die übrigen Eintragungen stimmen mit dem Inhalt der letzten im Handelsregister aufgenommenen Liste überein.“

Die Liste ist vom Notar unterschrieben. Eine Apostille ist angefügt.

Das Registergericht hat mit Beschluss vom 6.11.2012 die Aufnahme der Liste in den elektronischen Registerordner der beteiligten Gesellschaft abgelehnt. Eine Einreichung der Gesellschafterliste durch ausländische Notare sei nicht zulässig; die Unterschrift habe durch die Geschäftsführer in vertretungsberechtigter Anzahl zu erfolgen.

Gegen diese Entscheidung richten sich die Beschwerden der Gesellschaft und der in der Liste vom 5.11.2012 ausgewiesenen Gesellschafterin. Es treffe zwar zu, dass der deutsche Gesetzgeber einen ausländischen Notar nicht zur Einreichung einer Gesellschafterliste verpflichten könne. Daraus könne aber nicht geschlossen werden, dass ein ausländischer Notar nicht berechtigt sei, eine Gesellschafterliste einzureichen. Durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) habe sich nichts an der Anerkennung der Auslandsbeurkundung insbesondere vor Schweizer Notaren geändert. Die Anzeige der Abtretung eines Geschäftsanteils gemäß § 40 Abs. 1 Satz 2 GmbHG a. F. habe auch ein ausländischer Notar vornehmen können; das MoMiG habe insoweit keine Änderung bewirkt. Selbst wenn man die richtig als privatrechtlich anzusehende Einreichungspflicht nach § 40 Abs. 2 GmbHG als öffentlichrechtliche Pflicht verstehe, könne ein in der Schweiz ansässiger Notar sie freiwillig erfüllen. Mit der Einreichung der Gesellschafterliste sei auch keine besondere Richtigkeitsgewähr verbunden. Der Gesetzgeber habe sich für ein System entschieden, das ohne inhaltliche Prüfung durch Organe der Rechtspflege auskomme und sich bei der Einschaltung des Notars in erster Linie von Praktikabilitätsabwägungen leiten lassen. Den Notar träfen auch nur sehr eingeschränkte Prüfpflichten. Der B-Notar unterliege zudem einem strengen Haftungsregime, während die gesetzliche Haftung des deutschen Notars nach § 19 BNotO nur sehr eingeschränkt bestehe. Weder dem Wortlaut noch der Begründung des Gesetzes lasse sich entnehmen, dass die Einreichung der Gesellschafterliste durch einen ausländischen Notar nicht zulässig sei.

Aus den Gründen:

II.

Die zulässigen Beschwerden sind nicht begründet. Das Registergericht hat es zu Recht abgelehnt, die von dem Schweizer Notar erstellte und unterzeichnete Gesellschafterliste in den Registerordner aufzunehmen. Das Registergericht hat zu prüfen, ob die eingereichte Liste den formalen Anforderungen entspricht (OLG München, NZG 2009, 797 = MittBayNot 2010, 64; OLG Frankfurt, GmbHR 2011, 823, 825; *Krafka/Willer/Kühn*, Registerrecht, 8. Aufl. Rdnr. 1105). Das ist hier nicht der Fall. Bei einer Auslandsbeurkundung sind ausschließlich die Geschäftsführer der Gesellschaft für die Erstellung und Unterzeichnung der Gesellschafterliste zuständig. Die hier eingereichte Liste ist jedoch ausschließlich von dem unzuständigen ausländischen Notar unterzeichnet, der die Abtretung des Geschäftsanteils beurkundet hat.

1. § 40 Abs. 2 GmbHG regelt zwar nicht ausdrücklich, ob ein ausländischer Notar die Gesellschafterliste erstellen und einreichen kann, wenn er an Veränderungen mitgewirkt hat. Auch die Gesetzesbegründung zur Neufassung von § 40 GmbHG äußert sich dazu nicht (BT-Drucks. 16/6140, S. 43 f.). Aus dem Gesamtzusammenhang und dem Sinn und Zweck der § 40 GmbHG n. F. getroffenen Regelungen ergibt sich jedoch, dass ein ausländischer Notar zur Erstellung und Einreichung einer Gesellschafterliste nicht befugt ist, und zwar unabhängig davon, ob dieser wirksam die Beurkundung der Geschäftsanteilsabtretung vornehmen konnte. Auf die umfangreichen Ausführungen der Beschwerde zur Zulässigkeit der Auslandsbeurkundung kommt es deshalb nicht an.

a) Für die Einreichung der Gesellschafterliste sind nach § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG grundsätzlich die Geschäftsführer zuständig. Die Zuständigkeit der Geschäftsführer entfällt nur dann, wenn ein Notar an einer Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung mitgewirkt hat. In diesem Fall ist der Notar verpflichtet, die Liste anstelle der Geschäftsführer zu unterschreiben, zum Handelsregister einzureichen und eine Abschrift der geänderten Liste an die Gesellschaft zu übermitteln (§ 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG). Die Regelung in § 40 Abs. 1 und 2 GmbHG geht davon aus, dass alternativ die Geschäftsführer oder ein Notar zur Erstellung der Liste verpflichtet sind; ein Nebeneinander von Zuständigkeiten ist nicht gewollt. Das zeigt auch die Wortwahl „anstelle der Geschäftsführer“ in § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG. Diese Formulierung soll entsprechend der Erläuterung in der Gesetzesbegründung klarstellen, „dass die Erstellung und die Einreichung der Liste allein im Verantwortungsbereich des Notars liegen. Hat ein Notar an einer Veränderung mitgewirkt, entfällt die Verpflichtung der Geschäftsführer zur Erstellung und Einreichung einer Liste, die diese Veränderung umsetzt“ (BT-Drucks. 16/6140, S. 44). Soweit ein Notar nach § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG zur Erstellung der Liste verpflichtet ist, verdrängt seine Zuständigkeit die der Geschäftsführer; § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG ersetzt die Person des Verpflichteten (vgl. OLG München, NZG 2009, 797 = MittBayNot 2010, 64; OLG München, NZG 2010, 1231 = MittBayNot 2011, 168; OLG Hamm, NZG 2010, 475).

b) Die Verpflichtung zur Erstellung und Einreichung der Liste trifft jedoch nur einen inländischen Notar, denn der deutsche Gesetzgeber kann einem ausländischen Notar keine gesetzlichen Verpflichtungen auferlegen. Das stellt auch die Beschwerde nicht in Abrede. Wird also ein ausländischer Notar tätig, bleibt die Verpflichtung der Geschäftsführer zur Erstellung der Liste gemäß § 40 Abs. 1 GmbHG bestehen. Es widerspricht der Konzeption des § 40 GmbHG, wenn ein ausländischer Notar zwar nicht verpflichtet, aber neben den Geschäftsführern berechtigt sein soll, denn die gesetzliche Regelung geht von einer alleinigen Zuständigkeit entweder der Geschäftsführer oder des an deren Stelle verpflichteten Notars aus (ebenso *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, GmbHG, 18. Aufl. 2012, § 40 Rdnr. 27; *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack*, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 40 Rdnr. 69; *Roth/Altmeppen*, GmbHG, 7. Aufl. 2012, § 40 Rdnr. 18; *Münch-KommGmbHG*, 2012, § 40 Rdnr. 225; *Olk*, NZG 2011, 381, 383; *Bayer*, GmbHR 2011, 981, 982; *Siß*, DNotZ 2011, 414, 422; *Wicke*, DB 2011, 1037, 1041; *Hasselmann*, ZIP 2010, 2486, 2490; a. A. OLG Düsseldorf, NJW 2011, 1370, 1372; *Mayer*, DNotZ 2008, 403, 411; *Vossius*, DB 2007, 2299, 2304; *Schneider*, GmbHR 2009, 393, 396).

2. Die in der Beschwerdebegründung angeführten Gesichtspunkte führen nicht zu einer anderen Beurteilung. Bei der Verpflichtung aus § 40 Abs. 2 GmbHG n. F. handelt es sich nach allgemeiner Meinung um eine dem Notar obliegende Amtspflicht (vgl. BGH, NJW 2011, 1809, 1810 = MittBayNot 2011, 323 m. w. N.; OLG Jena, ZIP 2010, 1795 = MittBayNot 2010, 490). Diese geht – anders als die Beschwerde meint – weit über das hinaus, was nach der früher geltenden Regelung Aufgabe des Notar war: Nach § 40 Abs. 1 Satz 2 GmbHG a. F. war der Notar lediglich verpflichtet, die Abtretung unverzüglich dem Registergericht anzuzeigen, wenn er einen Vertrag über die Abtretung eines Geschäftsanteils beurkundet hatte. Die Verpflichtung zur Erstellung und Einreichung der Gesellschafterliste lag hingegen in allen Fällen ausschließlich bei den Geschäftsführern (§ 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG a. F.). Diese als unbefriedigend empfundene Regelung sollte durch die Neufassung des § 40 GmbHG geän-

dert werden (vgl. BT-Drs. 16/6140, S. 44). Es verbietet sich deshalb, die Abtretungsanzeige nach § 40 Abs. 1 Satz 2 GmbHG a. F. mit der Gesellschafterliste gleichzustellen. Auf die Erwägungen der Beschwerde zur Ausgestaltung der Gesellschafterliste durch den Gesetzgeber und zur Haftung des deutschen bzw. B-Notars kommt es angesichts der im Gesetz vorgesehenen Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Geschäftsführern und (inländischem) Notar nicht an.

(...)

Internationales Privatrecht

12. EGBGB Art. 14, 15, 25; Deutsch-Türkischer KonsularVtr Nr. 14 Anlage zu Art. 20; BGB § 1371; FamFG §§ 26, 74 Abs. 3 Satz 4 (*Gesetzliche Erbfolge bei einem in Deutschland verstorbenen türkischen Staatsangehörigen*)

1. **Die erbrechtlichen Verhältnisse eines ohne Hinterlassener einer letztwilligen Verfügung in Deutschland verstorbenen türkischen Staatsangehörigen richten sich nach Ziffer 14 der Anlage zu Art. 20 des Konsularvertrages zwischen der Türkischen Republik und dem Deutschen Reich vom 28.5.1929.**
2. **Hat der Erblasser im Inland unbewegliches Vermögen hinterlassen, so ist die Erbfolge nach deutschem Recht zu beurteilen.**
3. **Findet auf die güterrechtlichen Verhältnisse des Erblassers und seiner überlebenden Ehefrau ebenfalls deutsches Recht Anwendung (Art. 15 Abs. 1 i. V. m. Art. 14 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB), so beträgt gemäß § 1931 Abs. 1, 3 i. V. m. § 1371 Abs. 1 BGB der Anteil der Ehefrau an dem unbeweglichen Vermögen neben Abkömmlingen des Erblassers $\frac{1}{2}$. Auf die Frage der international-privatrechtlichen Qualifikation des § 1371 Abs. 1 BGB kommt es in einem derartigen Fall nicht an.**

BGH, Beschluss vom 12.9.2012, IV ZB 12/12; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Der zwischen dem 26. und 27.12.2009 verstorbene Erblasser war türkischer Staatsangehöriger und lebte seit 1964 in Deutschland. Die Beteiligten zu 2 und 3 sind seine Töchter aus erster Ehe. Mit der Beteiligten zu 1 schloss er am 28.1.1991 in K die Ehe und lebte mit ihr dort bis zu seinem Tod. Der Erblasser hinterließ keine letztwillige Verfügung. In den Nachlass fallen unter anderem zwei Eigentumswohnungen in K.

Die Beteiligte zu 1 hat zunächst am 10.12.2010 beim AG Köln die Erteilung eines gemeinschaftlichen, auf den im Inland befindlichen Nachlass beschränkten Erbscheins beantragt, der sie zu $\frac{1}{4}$ und die Beteiligten zu 2 und 3 zu je $\frac{3}{8}$ als Erben ausweisen sollte. Auf einen Hinweis des AG, dass deutsches Güterrecht Anwendung finden könne, hat die Beteiligte zu 1 eine Erhöhung ihrer Erbquote auf $\frac{1}{2}$ beantragt. Am 16.2.2011 hat das AG einen gemeinschaftlichen Erbschein erteilt, wonach der Erblasser „kraft gesetzlichen türkischen Erbrechts und deutschen Güterrechts“ von der Beteiligten zu 1 zu $\frac{1}{2}$ sowie den Beteiligten zu 2 und 3 zu je $\frac{1}{4}$ beerbt worden ist. Auf die Beschwerde der Beteiligten zu 2 und 3 hat das OLG mit Beschluss vom 5.8.2011 (ZEV 2012, 205) das AG angewiesen, den Erbschein einzuziehen. Es ist davon ausgegangen, dass hinsichtlich des in Deutschland befindlichen unbeweglichen Vermögens deutsches Erb- und Güterrecht Anwendung finde, so dass die Erbquote der Beteiligten zu 1 sich auf $\frac{1}{2}$ und die der Beteiligten zu 2 und 3 auf je $\frac{1}{4}$ belaufe. Bezüglich des beweglichen Vermögens fänden türkisches Erbrecht sowie deutsches Ehegüterrecht Anwendung. Hieraus ergebe sich eine Erbquote der Beteiligten zu 1 von $\frac{1}{4}$ und der Beteiligten zu 2 und 3 von je $\frac{3}{8}$. Eine Erhöhung der Erbquote der Beteiligten zu 1 um $\frac{1}{4}$ gemäß § 1371 Abs. 1 BGB komme nicht in Betracht.

Nach Einziehung des Erbscheins hat die Beteiligte zu 1 die Erteilung eines neuen Erbscheins beantragt, der sie selbst als Erbin zu $\frac{1}{2}$ für das in Deutschland befindliche unbewegliche Vermögen und zu $\frac{1}{4}$ für das bewegliche Vermögen sowie die Beteiligten zu 2 und 3 als Erbinnen zu je $\frac{1}{4}$ für das in Deutschland befindliche unbewegliche Vermögen und zu je $\frac{3}{8}$ für das bewegliche Vermögen ausweist. Die Beteiligten zu 2 und 3 haben zuletzt beantragt, für das bewegliche und das unbewegliche Nachlassvermögen in Deutschland einen Erbschein zu erteilen, der die Beteiligte zu 1 als Erbin zu $\frac{1}{4}$ sowie die Beteiligten zu 2 und 3 als Erbinnen zu je $\frac{3}{8}$ ausweist.

Das AG hat mit Beschluss vom 29.11.2011 die Tatsachen, die zur Begründung des Antrags der Beteiligten zu 1 erforderlich sind, für festgestellt erachtet, die Erteilung eines entsprechenden Erbscheins angekündigt, die sofortige Wirksamkeit des Beschlusses ausgesetzt und die Erteilung des Erbscheins bis zur Rechtskraft dieses Beschlusses zurückgestellt sowie den Erbscheinsantrag der Beteiligten zu 2 und 3 zurückgewiesen. Die Beschwerde der Beteiligten zu 2 und 3 hat das Beschwerdegericht mit dem angefochtenen Beschluss zurückgewiesen. Am 6.3.2012 hat das AG Köln einen gemeinschaftlichen, auf den im Inland befindlichen Nachlass beschränkten Erbschein erteilt, wonach die Beteiligte zu 1 hinsichtlich des unbeweglichen Nachlasses Erbin zu $\frac{1}{2}$ sowie die Beteiligten zu 2 und 3 Erbinnen zu je $\frac{1}{4}$, hinsichtlich des beweglichen Nachlasses die Beteiligte zu 1 Erbin zu $\frac{1}{4}$ sowie die Beteiligten zu 2 und 3 Erbinnen zu je $\frac{3}{8}$ geworden sind.

Hiergegen wenden sich die Beteiligten zu 2 und 3 mit ihrer Rechtsbeschwerde. Sie erstreben einen Erbschein des Inhalts, dass der Erblasser aufgrund gesetzlicher Erbfolge von der Beteiligten zu 1 zu $\frac{1}{4}$ und den Beteiligten zu 2 und 3 zu je $\frac{3}{8}$ beerbt worden ist.

Aus den Gründen:

II.

Die gemäß § 70 Abs. 1 FamFG statthafte und auch nach § 71 FamFG im Übrigen zulässige Rechtsbeschwerde ist unbegründet.

1. Zutreffend hat das Beschwerdegericht angenommen, dass sich das maßgebliche Erbstatut nach dem Konsularvertrag zwischen der Türkischen Republik und dem Deutschen Reich vom 28.5.1929 (RGBl. 1930 II, S. 747; 1931 II, S. 538; BGBl. 1952 II, S. 608) richtet. Dieses zwischenstaatliche Abkommen geht der innerstaatlichen Regelung des Art. 25 EGBGB vor. Nach Ziffer 14 der Anlage zu Art. 20 des Konsularvertrages bestimmen sich die erbrechtlichen Verhältnisse in Ansehung des beweglichen Nachlasses nach den Gesetzen des Landes, dem der Erblasser zur Zeit seines Todes angehörte. Die erbrechtlichen Verhältnisse in Ansehung des unbeweglichen Vermögens bestimmen sich nach den Gesetzen des Landes, in dem dieser Nachlass liegt, und zwar in der gleichen Weise, wie wenn der Erblasser zur Zeit seines Todes Angehöriger dieses Landes gewesen wäre. Der Erblasser war türkischer Staatsangehöriger. Neben beweglichem Vermögen verfügte er über zwei Eigentumswohnungen in K. Auf dieser Grundlage ist das Beschwerdegericht rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, dass sich die Erbfolge hinsichtlich des beweglichen Nachlasses nach türkischem Recht und bezüglich des unbeweglichen Nachlasses nach deutschem Recht richtet. Insofern tritt zwischen beweglichem und unbeweglichem Vermögen eine Nachlassspaltung ein. Dies muss entweder durch getrennte Erbscheine oder – wie hier geschehen – durch die Zusammenfassung mehrerer Erbscheine in einer Urkunde zum Ausdruck gebracht werden.

Bezüglich des beweglichen Vermögens beträgt die Erbquote der Beteiligten zu 1 nach Art. 499 Nr. 1 des türkischen ZGB $\frac{1}{4}$. Das Beschwerdegericht hat auf der Grundlage der Anwendung deutschen Ehegüterrechts nach Art. 15 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB eine Erhöhung der Erbquote der Beteiligten zu 1 nach § 1371 Abs. 1 BGB bei gleichzeitig anzuwendendem türkischen Erbstatut abgelehnt. Die Frage der Quali-

fikation der pauschalen Erhöhung des gesetzlichen Erbteils des überlebenden Ehegatten im Fall der Beendigung des Güterstandes durch Tod um $\frac{1}{4}$ wird in Rechtsprechung und Literatur unterschiedlich beurteilt (zur Problematik etwa OLG Frankfurt, ZEV 2010, 253, 254; OLG Stuttgart, ZEV 2005, 443, 444; OLG Düsseldorf, MittRheinNotK 1988, 68; *Staudinger/Mankowski*, 2011, Art. 15 EGBGB Rdnr. 341 ff.; *Staudinger/Dörner*, 2007, Art. 25 EGBGB Rdnr. 34-38; MünchKommBGB/*Birk*, Internationales Privatrecht, Art. 25-248 EGBGB, 5. Aufl., Art. 25 Rdnr. 156-159; MünchKommBGB/*Siehr*, Internationales Privatrecht, Art. 124 EGBGB, 5. Aufl., Art. 15 EGBGB Rdnr. 114-117; *Palandt/Thorn*, 71. Aufl., Art. 15 EGBGB Rdnr. 26). Auf diese von der Rechtsbeschwerde aufgeworfene Frage der Qualifikation kommt es für das bewegliche Vermögen aber schon deshalb nicht an, weil die Beteiligten zu 2 und 3 als Beschwerdeführer insoweit durch die angegriffene Entscheidung nicht beschwert werden. Sie erstreben für sich eine Erbquote von je $\frac{3}{8}$ und für die Beteiligte zu 1 von $\frac{1}{4}$. Das entspricht hinsichtlich des beweglichen Vermögens der Entscheidung des Beschwerdegerichts und dem nunmehr durch das AG erteilten Erbschein. Die Frage der Qualifikation des § 1371 BGB bei der Anwendung ausländischen Erbstatuts und deutschen Güterrechtsstatuts stellt sich für den Senat daher nicht.

2. Beswert sind die Beteiligten zu 2 und 3 allein durch die Entscheidung des Beschwerdegerichts, dass hinsichtlich des unbeweglichen Vermögens auf der Grundlage der Anwendung deutschen Erbrechts sowie deutschen Ehegüterstatuts die Erbquote der Beteiligten zu 1 bei insgesamt $\frac{1}{2}$ sowie der Beteiligten zu 2 und 3 bei je $\frac{1}{4}$ liegt. Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde geht es insoweit nicht um die Anwendung türkischen Erbrechts sowie die sich im Zusammen treffen mit deutschem Ehegüterrecht stellenden Qualifikationsfragen. Türkisches Erbrecht findet für das im Inland belegene unbewegliche Vermögen keine Anwendung. Die Erbfolge richtet sich – wie die Rechtsbeschwerde an anderer Stelle selbst sieht – nach dem gemäß Ziffer 14 Nr. 2 der Anlage zu Art. 20 des Deutsch-Türkischen Konsularvertrages anwendbaren Belegenheitsstatut, also nach deutschem Recht. Eine Veränderung des Gefüges des ausländischen Erbrechts durch die zusätzliche Anwendung der pauschalisierten Erbteilerhöhung nach § 1371 Abs. 1 BGB findet daher nicht statt.

3. Soweit erstmals mit der Rechtsbeschwerde vorgetragen wird, dass auf die güterrechtlichen Ansprüche türkisches Recht Anwendung findet, können die Beteiligten zu 2 und 3 hiermit nicht gehört werden. Nach Art. 15 Abs. 1 i. V. m. Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB unterliegen die güterrechtlichen Wirkungen der Ehe dem Recht des Staates, dem beide Ehegatten angehören oder während der Ehe zuletzt angehörten, wenn einer von ihnen diesem Staat noch angehört. Sonst findet gemäß Art. 14 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB das Recht des Staates Anwendung, in dem beide Ehegatten ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben oder während der Ehe zuletzt hatten, wenn einer von ihnen dort noch seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Der Erblasser und die Beteiligte zu 1 hatten ihren letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland, so dass die Vorinstanzen jeweils deutsches Ehegüterrecht und damit auch § 1371 Abs. 1 BGB angewendet haben. Anhaltspunkte dafür, dass auch die Beteiligte zu 1 wie der Erblasser türkische Staatsangehörige war, bestanden nicht. Auf dieser Grundlage sind sowohl das AG als auch das OLG übereinstimmend davon ausgegangen, dass deutsches Ehegüterrecht nach Art. 14 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB Anwendung findet. Die Beteiligten zu 2 und 3 sind dieser Anwendung deutschen Ehegüterrechts in den Tatsacheninstanzen zu keinem Zeitpunkt entgegengetre-

ten und haben insbesondere nicht vorgetragen, dass auch die Beteiligte zu 1 türkische Staatsangehörige sei.

Mangels jeglichen Anhaltspunkts für eine türkische Staatsangehörigkeit der Beteiligten zu 1 liegt daher auch kein Verstoß des Beschwerdegerichts gegen den Amtsermittlungsgrundsatz des § 26 FamFG vor. Vielmehr wäre es im Rahmen ihrer Mitwirkungspflicht gemäß § 27 Abs. 1 FamFG Aufgabe der Beteiligten zu 2 und 3 gewesen, bereits in den Tatsacheninstanzen vorzutragen, dass wegen gemeinsamer Staatsangehörigkeit des Erblassers und der Beteiligten zu 1 türkisches Ehegüterrecht zur Anwendung kommt. Diesbezüglich liegt schon keine ordnungsgemäße Verfahrensrüge der Beteiligten zu 2 und 3 im Rechtsbeschwerdeverfahren gemäß § 74 Abs. 3 Satz 3 FamFG vor. Hiernach darf die angefochtene Entscheidung auf Verfahrensmängel, die nicht von Amts wegen zu berücksichtigen sind, nur geprüft werden, wenn die Mängel nach § 71 Abs. 3 und § 73 Satz 2 FamFG gerügt worden sind. Daran fehlt es. Die Beteiligten zu 2 und 3 haben im Rechtsbeschwerdeverfahren lediglich geltend gemacht, güterrechtliche Ansprüche unterlägen dem Ehegüterstatut, „also dem türkischen Recht als demjenigen der gemeinsamen Staatsangehörigkeit.“ An keiner Stelle wird auch nur ansatzweise dargelegt, woraus sich die gemeinsame türkische Staatsangehörigkeit im Einzelnen ergeben soll und wo dies in den Tatsacheninstanzen vorgetragen wurde bzw. aus welchen Gründen eine Verletzung des Grundsatzes der Amtsermittlung nach § 26 FamFG vorliegen soll. Die Beteiligten zu 2 und 3 sind auch gehindert, erstmals im Rechtsbeschwerdeverfahren mit Erfolg vorzutragen, dass die Beteiligte zu 1 türkische Staatsangehörige sei. Gemäß § 74 Abs. 3 Satz 4 FamFG i. V. m. § 559 Abs. 1 Satz 1 ZPO ist Gegenstand der Prüfung der Rechtsbeschwerde nur das Vorbringen der Beteiligten und die Feststellung der Tatsachen, die das Beschwerdegericht in seinem Beschluss vorgenommen hat. Neue Tatsachen im Rechtsbeschwerdeverfahren bleiben daher grundsätzlich unbeachtlich (vgl. *Musielak/Borth*, FamFG, 3. Aufl., § 74 Rdnr. 4).

4. Ohne Erfolg macht die Rechtsbeschwerde schließlich geltend, die Beteiligte zu 1 könnte auch dann nur einen Anteil von $\frac{1}{4}$ fordern, wenn der Erblasser die beiden Eigentumswohnungen noch zu seinen Lebzeiten verkauft und den Erlös als Festgeld angelegt hätte, weil dann für das bewegliche Vermögen das Heimatrecht des Erblassers Anwendung gefunden hätte. Hierbei handelt es sich um hypothetische Erwägungen, die an der unterschiedlichen Anknüpfung für beweglichen und unbeweglichen Nachlass in Ziffer 14 der Anlage zu Art. 20 des Deutsch-Türkischen Konsularvertrages nichts zu ändern vermögen.

Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

13. InsO §§ 203, 80, 292 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2, § 296 Abs. 3 Satz 1, §§ 295, 296 Abs. 1 Nr. 2; EGInsO Art. 103 f.; InsO a. F. §§ 6, 7; BGB 2033 Abs. 1 (*Schuldnerobliegenheit zur Herausgabe des hälftigen Werts einer Erbschaft*)

1. Der Schuldner, der während der Laufzeit der Abtretungserklärung Vermögen von Todes wegen oder mit Rücksicht auf ein späteres Erbrecht erwirbt, hat seine Obliegenheit zur Herausgabe der Hälfte des Wertes durch Zahlung des entsprechenden Geldbetrages zu erfüllen.

2. **Die Obliegenheit, die Hälfte des Wertes des erworbenen Vermögens an den Treuhänder herauszugeben, kann auch dann nicht durch Übertragung eines Anteils am Nachlass erfüllt werden, wenn der Schuldner Mitglied einer Erbengemeinschaft geworden ist.**
3. **Setzt die Erfüllung der Obliegenheit zur Herausgabe des hälftigen Wertes des erworbenen Vermögens die Versilberung des Nachlasses voraus, ist dem Schuldner vor der Entscheidung über den Antrag auf Restschuldbefreiung Gelegenheit zu geben, diese zu betreiben.**
4. **Über den Antrag auf Restschuldbefreiung sowie über etwaige Versagungsanträge kann so lange nicht entschieden werden, wie der Schuldner ausreichende Bemühungen um die Verwertung des Nachlasses nachvollziehbar darlegt und ggf. beweist.**

BGH, Beschluss vom 10.1.2013, IX ZB 163/11; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung ist abgedruckt in NZI 2013, 191, sowie abrufbar unter BeckRS 2013, 01961, und www.dnoti.de.

Beurkundungs- und Notarrecht

14. BeurkG § 26 Abs. 1 Nr. 2; § 27 (*Unzulässige Mitwirkung eines Schreibzeugen*)

Zur Wirksamkeit eines notariellen Testaments trotz Hinzuziehung eines dem Mitwirkungsverbot unterliegenden Schreibzeugen.

OLG Hamm, Beschluss vom 11.10.2012, I-15 W 265/11; mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG Hamm

Aus den Gründen:

Die Beschwerde des Beteiligten zu 2 gegen den nach den §§ 352, 354 FamFG ergangenen Feststellungsbeschluss des AG ist zulässig. Der Beteiligte zu 2 ist beschwerdebefugt (§ 59 Abs. 1 FamFG), weil er für sich in Anspruch nimmt, gesetzlicher Miterbe der Erblasserin geworden zu sein. Als gesetzlicher Miterbe wäre er durch die Erteilung des angekündigten Testamentsvollstreckerzeugnisses in seinem Erbrecht beeinträchtigt.

Die Beschwerde des Beteiligten zu 3 ist dagegen mangels Beschwerdebefugnis unzulässig. § 59 Abs. 1 FamFG erfordert einen unmittelbaren Eingriff durch den angefochtenen Beschluss in ein dem Beschwerdeführer zustehendes subjektives Recht (*Keidel/Meyer-Holz*, FamFG, 17. Aufl., § 59 Rdnr. 9). Dieses ist ein durch Gesetz verliehenes oder durch die Rechtsordnung anerkanntes und von der Staatsgewalt geschütztes, dem Beschwerdeführer zustehendes materielles Recht; wirtschaftliche, rechtliche oder sonstige berechnete Interessen genügen nicht (*Keidel/Meyer-Holz* a. a. O., Rdnr. 6). Eine Rechtsbeeinträchtigung in diesem Sinne liegt nicht vor.

Als gesetzlicher Miterbe der Erblasserin kommt der Beteiligte zu 3 nicht in Betracht, da er durch seinen Vater – den Beteiligten zu 2 – von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen ist (§ 1924 Abs. 2, § 1925 Abs. 3 Satz 1 BGB).

Nach dem notariellen Testament vom 16.11.2005 (UR-Nr. 551/2005 w des Notars W) ist der Beteiligte zu 3 nur ein Vermächtnisnehmer. Als solcher wird er durch die Anordnung

der Testamentsvollstreckung nicht unmittelbar in einem eigenen Recht beeinträchtigt. Sein Vermächtnisanspruch wird durch die Erteilung des angekündigten Testamentsvollstreckerzeugnisses nicht beschränkt, an der Geltendmachung seines Vermächtnisanspruchs wird er hierdurch nicht gehindert. Ein „Zugriff“ auf den Nachlass steht ihm als Vermächtnisnehmer nicht zu; aufgrund des Vermächtnisses hat er allenfalls einen schuldrechtlichen Anspruch auf Zahlung der ihm zugewandten 5.000 €, § 2174 BGB.

Die Erwägung, dass der Testamentsvollstrecker auf die Erfüllung des Vermächtnisses maßgeblichen Einfluss habe, begründet nur ein mittelbares wirtschaftliches Interesse, das – wie oben dargelegt – für eine Rechtsbeeinträchtigung im Sinne des § 59 Abs. 1 FamFG nicht genügt. Dasselbe gilt für die Erwartung des Beteiligten zu 3, seinerseits später einmal den Beteiligten zu 2 zu beerben, und sein Bestreben, nähere Informationen über den Nachlass der Erblasserin zu erlangen.

Abgesehen davon argumentiert der Beteiligte zu 3 auch widersprüchlich, indem er sich einerseits auf seine Stellung als Vermächtnisnehmer aufgrund des notariellen Testaments vom 16.11.2005 beruft und andererseits die Gesamtnichtigkeit dieses Testaments geltend macht.

Die zulässige Beschwerde des Beteiligten zu 2 bleibt in der Sache ohne Erfolg.

Die Erblasserin hat den Beteiligten zu 1 in dem notariellen Testament vom 16.11.2005 ausdrücklich und wirksam als Testamentsvollstrecker ernannt (§ 2197 Abs. 1 BGB). Der Beteiligte zu 1 hat in seinem Antrag vom 1.12.2010 das Amt des Testamentsvollstreckers angenommen (§ 2202 Abs. 1, 2 Satz 1 BGB). Dementsprechend ist ihm auf seinen Antrag hin ein Testamentsvollstreckerzeugnis zu erteilen (§ 2368 Abs. 1 Satz 1 BGB).

Sämtliche Einwendungen der Beteiligten zu 2 und 3 gegen die Wirksamkeit des notariellen Testaments vom 16.11.2005 greifen nicht durch.

Das Testament ist nach § 2232 Satz 1 Alt. 1 BGB in Verbindung mit den Vorschriften des BeurkG formell wirksam.

Der Umstand, dass der Notar Herr X als Schreibzeugen hinzugezogen hat, berührt die Wirksamkeit des Testaments nicht. In der notariellen Urkunde ist ausdrücklich festgehalten, dass die Erblasserin erklärt hat, dass sie aufgrund einer Tremorerkrankung nicht in der Lage sei, ihren Namen zu schreiben. Eine dahingehende Feststellung hatte im Übrigen auch schon die Rechtspflegerin bei der Aufnahme des Erbscheinsantrags der Erblasserin vom 22.8.2005 in dem Erbscheinsverfahren nach X N (Az ... AG Unna) getroffen und dementsprechend ebenfalls einen Schreibzeugen hinzugezogen. Der Einwand der Beteiligten zu 2 und 3, dass die Erblasserin trotz ihrer Parkinson-Erkrankung noch dazu in der Lage gewesen wäre, das notarielle Protokoll selbst zu unterzeichnen, ist unerheblich. Gemäß § 25 BeurkG muss der Notar schon dann einen Schreibzeugen (oder einen zweiten Notar) hinzuziehen, wenn ein Beteiligter „nach seinen Angaben“ seinen Namen nicht zu schreiben vermag. Die Richtigkeit dieser Erklärung hat der Notar nicht zu überprüfen (*Winkler*, BeurkG, 16. Aufl., § 25 Rdnr. 6).

Allerdings bestand hinsichtlich der Person des X ein Ausschlussgrund gemäß § 27 i. V. m. § 26 Abs. 1 Nr. 2 BeurkG. Dieses folgt allerdings entgegen der Ansicht der Beteiligten zu 2 und 3 nicht bereits daraus, dass in dem Testament der Vater des X – der Beteiligte zu 1 – als Miterbe und Testamentsvollstrecker eingesetzt worden ist und auch dem Bruder des X (K X) ein Vermächtnis zugewandt worden ist. Das Mitwirkungsverbot nach § 27 i. V. m. § 26 Abs. 1 Nr. 2 BeurkG

gilt nur dann, wenn der Zeuge unmittelbar selbst Begünstigter ist, nicht bei einer Begünstigung seiner Verwandten (*Winkler*, a. a. O., § 26 Rdnr. 6, und § 27 Rdnr. 5; *MünchKommBGB/Hagena*, 5. Aufl., § 27 BeurkG Rdnr. 11). Soweit die Beteiligten zu 2 und 3 insoweit § 7 BeurkG analog anwenden wollen, fehlt es hierfür bereits an einer Regelungslücke. Ein Mitwirkungsverbot bestand für X nur deshalb, weil ihm selbst in dem notariellen Testament ein Vermächtnis zugewandt worden ist. Bei dem Mitwirkungsverbot nach § 27 i. V. m. § 26 Abs. 1 Nr. 2 BeurkG handelt es sich aber nur um eine Soll-Vorschrift, so dass ein Verstoß hiergegen nicht zur Unwirksamkeit der Beurkundung führt (*Winkler*, a. a. O., § 26 Rdnr. 14, und § 27 Rdnr. 12; *MünchKommBGB/Hagena*, 5. Aufl., § 2232 Rdnr. 58, und § 27 BeurkG Rdnr. 23).

Die in diesem Zusammenhang angeführten weiteren Argumente der Beteiligten zu 2 und 3 – etwa dass der Verstoß gegen § 27 i. V. m. § 26 Abs. 1 Nr. 2 BeurkG dazu führe, dass der Notar außerhalb seiner Amtsbefugnisse gehandelt habe, dass das notarielle Testament nicht mehr als öffentliche Urkunde angesehen werden könne, dass das Testament wegen einer Minderung des Beweiswertes unwirksam sei, dass der Verstoß des Schreibzeugen gegen das Mitwirkungsverbot die Sittenwidrigkeit der testamentarischen Verfügungen der Erblasserin und die Unwirksamkeit ihrer bei der Beurkundung erteilten Genehmigung der Niederschrift zur Folge habe – sind abwegig und stellen lediglich den untauglichen Versuch dar, aus dem Verstoß gegen § 27 i. V. m. § 26 Abs. 1 Nr. 2 BeurkG entgegen der gesetzlichen Wertung (bloße Soll-Vorschrift!) einen Unwirksamkeitsgrund zu konstruieren. Der von den Beteiligten zu 2 und 3 verwendete Begriff der „Selbstbegünstigung“ des Schreibzeugen ist im Übrigen schon deshalb verfehlt, weil nicht der Schreibzeuge, sondern die Erblasserin testiert hat. Ein Schreibzeuge im Sinne des § 25 BeurkG nimmt auf die Willenserklärung des Testators keinen Einfluss (*Winkler*, a. a. O., § 26 Rdnr. 14). Die unzutreffende Rechtsansicht, dass das notarielle Testament vom 16.11.2005 keine öffentliche Urkunde sei, halten die Beteiligten zu 2 und 3 in der Beschwerdeinstanz auch nicht mehr aufrecht (...).

Dafür, dass die Erblasserin im Zeitpunkt der Errichtung des notariellen Testaments vom 16.11.2005 testierunfähig gewesen sein könnte (§ 2229 Abs. 4 BGB) – wofür die Beteiligten zu 2 und 3 die materielle Feststellungslast tragen –, bestehen keine hinreichenden Anhaltspunkte.

Soweit die Beteiligten zu 2 und 3 in der ersten Instanz angezweifelt haben, dass die Erblasserin die beurkundeten Erklärungen überhaupt abgegeben habe (...), – und damit mittelbar den Verdacht einer Falschbeurkundung in den Raum gestellt haben – halten sie daran in der zweiten Instanz nicht mehr fest (...). Im Übrigen erbringt das notarielle Testament vom 16.11.2005 als öffentliche Urkunde gemäß der Vorschrift des § 415 Abs. 1 ZPO, die auch im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit anwendbar ist (*Keidel/Sternal*, FamFG, 17. Aufl., § 29 Rdnr. 32), den vollen Beweis des beurkundeten Vorgangs (vgl. *Palandt/Weidlich*, 71. Aufl., § 2232 Rdnr. 9; *MünchKommBGB/Hagena*, 5. Aufl., § 2232 Rdnr. 129; *Staudinger/Baumann*, Neubearb. 2012, § 2232 Rdnr. 58; *BeckOK-BGB/Litzenburger*, § 2232 Rdnr. 19). Die Beweisaufnahme vor dem AG hat keine Anhaltspunkte für eine Falschbeurkundung ergeben (§ 415 Abs. 2 ZPO). Die Angaben des als Zeugen vernommenen Notars werden von den Beteiligten zu 2 und 3 jetzt auch nicht mehr ernsthaft in Zweifel gezogen (...).

Soweit die Beteiligten zu 2 und 3 auch in der Beschwerdeinstanz die Rüge aufrechterhalten, dass der Schlussvermerk der notariellen Urkunde keine ausreichende Genehmigung der Erblasserin erkennen lasse, weil daraus nicht hervorgehe, dass

die Erblasserin die Niederschrift mündlich zumindest mit einem „Ja“ bestätigt habe, und sich hierzu auf eine Entscheidung des BayObLG vom 21.10.1999 (1 Z BR 184/99) berufen, übersehen sie Folgendes:

Die Erklärung des letzten Willens im Sinne des § 2232 Satz 1 Alt. 1 BGB und die Genehmigung der Niederschrift im Sinne von § 13 Abs. 1 Satz 1 Hs. 1 BeurkG können in der Praxis zusammenfallen (*MünchKommBGB/Hagena*, 5. Aufl., § 2232 Rdnr. 10 und 107; *Palandt/Weidlich*, 71. Aufl., § 2232 Rdnr. 7; *Staudinger/Baumann*, Neubearb. 2012, § 2232 Rdnr. 32). Für eine mündliche Erklärung des letzten Willens reicht es aus, wenn der Erblasser den vorgelesenen Text mit einem verständlichen Schluss-Ja genehmigt (vgl. *Palandt/Weidlich*, 71. Aufl., § 2232 Rdnr. 2; *MünchKommBGB/Hagena*, a. a. O., Rdnr. 8; *Staudinger/Baumann*, a. a. O., Rdnr. 32, 35, 36). Dass zumindest dieses erfolgt ist, ist durch das notarielle Testament vom 16.11.2005 gemäß § 415 Abs. 1 ZPO bewiesen; denn in der Präambel des notariellen Testaments vom 16.11.2005 ist festgehalten, dass die Erblasserin die beurkundeten Erklärungen „mündlich“ abgegeben hat.

Abgesehen davon ist entgegen der Ansicht der Beteiligten zu 2 und 3 eine mündliche Erklärung des Erblassers kein zwingendes Wirksamkeitserfordernis. In der seit dem 1.8.2002 geltenden Neufassung des § 2232 BGB ist das bisherige Wort „mündlich“ gestrichen worden. Die Erklärung des letzten Willens im Sinne des § 2232 Satz 1 Alt. 1 BGB und die Genehmigung der Niederschrift im Sinne von § 13 Abs. 1 Satz 1 Hs. 1 BeurkG können auch konkludent (z. B. durch Gebärden oder Zeichen wie Kopfnicken oder Kopfschütteln) erfolgen (*Palandt/Weidlich*, a. a. O., Rdnr. 2 und 7; *MünchKommBGB/Hagena*, a. a. O., Rdnr. 9, 10, 106, 107; *Staudinger/Baumann*, a. a. O., Rdnr. 31, 32, 36; *Winkler*, a. a. O., § 13, Rdnr. 41, 42). Der Schlussvermerk muss keine Angabe dazu enthalten, auf welche Weise der Erblasser die Genehmigung erklärt hat (vgl. § 13 Abs. 1 Satz 2 BeurkG).

Der Einwand der Beteiligten zu 2 und 3, dass die in Ziffer VII. des Testaments enthaltene Schiedsklausel unwirksam sei und dass dies die Gesamtnichtigkeit des Testaments nach sich ziehe, greift ebenfalls nicht durch. Selbst wenn man die – in einem Testament gemäß § 1066 ZPO im Grundsatz zulässige – Schiedsklausel im vorliegenden Fall für unwirksam hält, lässt dieses gemäß § 2085 BGB die Wirksamkeit der übrigen in dem Testament getroffenen Verfügungen unberührt. Dafür, dass die Erblasserin die übrigen Verfügungen ohne die nebensächliche Schiedsklausel nicht getroffen hätte, bestehen keine Anhaltspunkte.

Die Behauptungen der Beteiligten zu 2 und 3, dass die Erblasserin und ihre bereits am 6.7.2005 vorverstorbenen Schwester X1 früher immer erklärt hätten, den Beteiligten zu 3 als ihren Erben einsetzen zu wollen, dass dieses in der Familie als „abgemacht“ gegolten habe und dass dieses auch „stadtbekannt“ gewesen sei, sind unerheblich. Abgesehen davon, dass dieser Vortrag nicht die hier in Rede stehende Ernennung eines Testamentsvollstreckers betrifft, wären derartige angebliche mündliche Äußerungen der Erblasserin rechtlich völlig unverbindlich. Erst recht war die Erblasserin nicht dazu verpflichtet, entsprechend der Erwartungshaltung des Beteiligten zu 3 oder sonstiger Dritter zu testieren. Selbst wenn die Erblasserin früher ein formwirksames Testament zugunsten des Beteiligten zu 3 errichtet hätte, was die Beteiligten zu 2 und 3 weder substantiiert vorgetragen noch nachgewiesen haben, wäre die Erblasserin hierdurch in ihrer Testierfreiheit nicht eingeschränkt worden. Es stand der Erblasserin frei, durch das notarielle Testament vom 16.11.2005 ihre Erbfolge neu und abschließend zu regeln, wodurch zugleich eine etwaige

frühere Erbeinsetzung des Beteiligten zu 3 aufgehoben worden wäre (§ 2258 Abs. 1 BGB).

Soweit die Beteiligten zu 2 und 3 beklagen, dass die Erblasserin nach der Errichtung des notariellen Testaments vom 16.11.2005 den Kontakt zu ihnen gemieden habe, ist dieses für die Frage der Wirksamkeit des Testaments ebenfalls rechtlich unerheblich. Ein solches Verhalten der Erblasserin könnte im Übrigen auch darauf zurückzuführen sein, dass die Errichtung des Testaments vom 16.11.2005 in den Zeitraum fiel, in dem sich die Erblasserin eines Rechtsangriffs des Beteiligten zu 2 erwehren musste, der ihr in dem Erbscheinsverfahren Az ... AG Unna die Alleinerbenstellung nach ihrer am 6.7.2005 verstorbenen Schwester X1 streitig gemacht hat.

(...)

Kostenrecht

15. KostO § 18 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 Hs. 2, § 30 Abs. 1 Hs. 1 (*Geschäftswert für eine Kommanditbeteiligung*)

Das Schuldenabzugsverbot nach § 18 Abs. 3 KostO findet auch dann keine Anwendung, wenn der Übergang eines Kommanditanteils im Wege der Erbfolge stattfindet (im Anschluss an BGH, NJW 2010, 2218 = MittBayNot 2010, 232; Aufgabe von BayObLG, ZEV 2004, 510 = MittBayNot 2005, 74). (Leitsatz der Schriftleitung)

OLG München, Beschluss vom 30.10.2012, 31 Wx 379/11; mitgeteilt von *Margaretha Förth*, Richterin am OLG München

Das Nachlassgericht eröffnete am 17.9.2008 letztwillige Verfügungen des am 8.7.2008 verstorbenen Erblassers. Zu dessen Nachlass gehören u. a. Kommanditanteile an zwei GmbH & Co. KGs in Höhe von 4,66 % und 36,10 %. Mit Beschluss vom 8.4.2011 bestimmte das Nachlassgericht den Geschäftswert dieser Anteile ohne Berücksichtigung der Verbindlichkeiten der beiden Gesellschaften. Auf Beschwerde der Kostenschuldnerin hob das LG die Entscheidung des Nachlassgerichts auf und setzte den Geschäftswert unter Abzug der Schulden fest. Es vertrat dabei die Auffassung, dass die Rechtsprechung des BGH betreffend die Bestimmung des Geschäftswerts bei Übertragung von Kommanditanteilen auch bei Übergang im Wege der Erbfolge Anwendung finde. Hiergegen richtet sich die vom LG zugelassene weitere Beschwerde des Beteiligten zu 3.

Aus den Gründen:

II.

Die nach § 31 Abs. 3 Satz 5 i. V. m § 14 Abs. 5 KostO zulässige weitere Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg. Zu Recht ist das LG zu dem Ergebnis gelangt, dass bei der Bewertung der Kommanditanteile des Erblassers das Schuldenabzugsverbot des § 18 Abs. 3 KostO keine Anwendung findet. Die von dem Beschwerdeführer vertretene Meinung, dass der BGH in seiner Entscheidung die Anwendung des § 18 Abs. 3 KostO bei Vererbung von Kommanditanteilen ausdrücklich bestätigt habe, trifft nicht zu.

1. In der von dem Beschwerdeführer zitierten Entscheidung (BGH, NJW 2010, 2218 = MittBayNot 2010, 232) ist der BGH der bis dahin in Literatur und Rechtsprechung weit verbreiteten Auffassung (zu Nachweisen vgl. BGH, a. a. O., Tz. 9), dass bei der Ermittlung des Geschäftswerts der notariellen Beurkundung einer Übertragung von Kommanditanteilen nur das Aktivvermögen zugrunde zu legen ist, weil in

einem solchen Fall das Abzugsverbot im Sinne des § 18 Abs. 3 KostO greift, nicht gefolgt. Maßgebend für die Auffassung des BGH war, dass für die Wertberechnung nach § 18 Abs. 2 KostO der Hauptgegenstand des Geschäfts bestimmend ist, Gegenstand der Veräußerung eines Anteils an einer Personengesellschaft aber nicht das Gesamthandsvermögen oder eine hieran bestehende Beteiligung, sondern die Mitgliedschaft als solche ist. Verbindlichkeiten, die am Gesamthandsvermögen bestehen, lasten insofern nicht auf dem Kommanditanteil, sondern werden bei der Bewertung der Beteiligung berücksichtigt (BGH, a. a. O., Tz. 12).

2. Zu Recht ist das LG zu dem Ergebnis gelangt, dass diese Grundsätze auch für den Übergang des Kommanditanteils im Wege der Erbfolge gelten. Insofern besteht auch nach Auffassung des Senats kein kostenrechtlicher Unterschied zu einer Übertragung des Anteils zu Lebzeiten des Erblassers. Gegenstand der Erbfolge ist auch hier nicht das Gesamthandsvermögen oder eine hieran bestehende Beteiligung, sondern die Mitgliedschaft als solche (in MünchKommHGB/K. *Schmidt*, 3. Aufl. 2012, § 177 Rdnr. 15; von *Gerkan/Hass in Röhrich/v. Westphalen*, HGB, 3. Aufl. 2008, § 177 Rdnr. 2). Während die Änderung in der gesamthänderischen Mitberechtigung am Gesamthandsvermögen bei einem rechtsgeschäftlichen Übergang ohne Weiteres als gesetzliche Folge der Anteilsübertragung eintritt (BGH, a. a. O., Tz. 12), erfolgt diese bei Tod des Erblassers unmittelbar im Wege der Erbfolge. Demgemäß liegen in kostenrechtlicher Hinsicht gleichartig zu bewertende Akte des Übergangs von Kommanditanteilen vor.

3. Entgegen der Meinung des Beschwerdeführers ergibt sich Gegenteiliges auch nicht aus den Ausführungen des BGH in Abschnitt Tz. 13 seiner Entscheidung. Ein ausdrücklicher Ausspruch, dass das Abzugsverbot bei erbrechtlichem Übergang eines Kommanditanteils im Gegensatz zum rechtsgeschäftlichen zur Anwendung kommt, findet sich darin nicht. Auf den Hinweis des BGH, dass gemäß § 18 Abs. 3 Hs. 2 KostO das Abzugsverbot dann gilt, wenn Nachlässe oder sonstige Vermögensmassen Geschäftsgegenstand sind, lässt sich die von dem Beschwerdeführer vertretene Meinung, dass das Abzugsverbot für den Übergang eines Kommanditanteils im Wege der Erbfolge weiterhin Anwendung finde, nicht stützen. Dieser Hinweis steht im Zusammenhang mit der Hervorhebung der Unterschiede einer gesamthänderischen Mitberechtigung am Nachlass im Rahmen einer Erbengemeinschaft und der Beteiligung am Gesamthandsvermögen einer Personengesellschaft und den daraus zu ziehenden Schluss, dass der Mitgliedschaft an einer Personengesellschaft ein eigenständiger Vermögenswert beizumessen ist, der nicht mit der Beteiligung am Gesellschaftsvermögen identisch ist. Eine solche Mitgliedschaft, nicht aber eine gesamthänderische Mitberechtigung im Sinne des § 2033 BGB ist aber vorliegend Geschäftsgegenstand. Demgemäß lasten auch die Verbindlichkeiten, die am Gesamthandsvermögen bestehen, nicht auf dem Anteil der Personengesellschaft und werden daher bei der Bewertung der Beteiligung berücksichtigt.

(...)

Öffentliches Recht

16. VwVfG § 45; RSG § 10; GrdstVG § 2 Abs. 2 Nr. 2 (*Heilbarkeit eines antraglosen Bescheids über die Ausübung des Vorkaufsrechts*)

1. **Verfahrensfehler der für die Erteilung der Genehmigung nach dem Grundstücksverkehrsgesetz zuständigen Behörden sind grundsätzlich nach § 45 VwVfG heilbar.**
2. **Ein außerhalb eines Genehmigungsverfahrens ergangener Bescheid über die Mitteilung der Ausübung des siedlungsrechtlichen Vorkaufsrechts ist in dem Einwendungsverfahren nach § 10 RSG aufzuheben, und zwar auch dann, wenn eine der Vertragsparteien nachträglich die Genehmigung beantragt.**
3. **Veräußerungen von Erbanteilen nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 GrdstVG sind, auch wenn der Nachlass nicht aus einem Betrieb, sondern aus landwirtschaftlichen Grundstücken besteht, dann genehmigungspflichtig, wenn die Form der Erbanteilsübertragung allein deswegen gewählt wurde, um die Genehmigungspflicht einer von den Vertragsparteien bezweckten Veräußerung landwirtschaftlich genutzter Grundstücke zu umgehen.**

BGH, Beschluss vom 23.11.2012, BLw 13/11

Mit notariellem Vertrag vom 22.7.2008 kaufte der Beteiligte zu 1, ein auch als Forstwirt tätiger Notar, landwirtschaftlich genutzte Flächen von den Beteiligten zu 2 bis 4, einer Erbengemeinschaft. Die Vertragsparteien nahmen ihren Antrag, die Genehmigung nach dem GrdstVG zu erteilen, zurück, nachdem die Genehmigungsbehörde angezeigt hatte, dass sie den Vertrag der Beteiligten zu 5 (Siedlungsunternehmen) zur Entscheidung über die Ausübung des Vorkaufsrechts vorgelegt habe.

Zwei Tage nach der Rücknahme des Genehmigungsantrags schlossen die Beteiligten zu 1 bis 4 einen notariellen Erbteilsübertragungsvertrag. In diesem hoben sie den Grundstückskaufvertrag auf. Die Beteiligten zu 2 bis 4 nahmen eine Teil-Erbauseinandersetzung vor, nach der nur noch die Grundstücke, die Gegenstand des aufgehobenen Kaufvertrags waren, im Nachlass verblieben. Sie verkauften und übertrugen sodann ihre Erbteile an den Beteiligten zu 1 zu dem bereits im Kaufvertrag vereinbarten Preis. Für diesen Vertrag beantragten sie keine Genehmigung nach dem GrdstVG.

Nachdem die Genehmigungsbehörde von dem Vollzug des Vertrags erfahren hatte, teilte sie den Beteiligten zu 1 bis 4 mit Bescheid vom 17.6.2009 die Ausübung des siedlungsrechtlichen Vorkaufsrechts durch die Beteiligte zu 5 mit. Hiergegen haben die Beteiligten zu 1 bis 4 die gerichtliche Entscheidung beantragt. Der Beteiligte zu 1 erklärte in einem danach an die Genehmigungsbehörde gesandten Schreiben, dass er der hiermit beantragten Genehmigung nach §§ 5, 6 GrdstVG zu der anliegenden Urkunde (dem Erbteilsübertragungsvertrag) entgegensehe.

Das AG – Landwirtschaftsgericht – hat den Bescheid vom 17.6.2009 für nichtig erklärt und in einem ergänzenden Bescheid das Grundbuchamt um Eintragung eines Widerspruchs gegen die Eintragung des Beteiligten zu 1 als Eigentümer ersucht. Das OLG – Senat für Landwirtschaftssachen – hat die erstinstanzliche Entscheidung abgeändert. Es hat den Bescheid vom 17.6.2009 aufgehoben und festgestellt, dass das Vorkaufsrecht nicht wirksam ausgeübt worden sei und dass der Erbteilsübertragungsvertrag keiner Genehmigung nach dem GrdstVG bedürfe. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde wollen die Beteiligten zu 5 und zu 6 (die der Genehmigungsbehörde übergeordnete Behörde) die Zurückweisung der von den Beteiligten zu 1 bis 4 gegen die Ausübung des Vorkaufsrechts erhobenen Einwendungen erreichen.

Aus den Gründen:

II.

Nach Ansicht des Beschwerdegerichts (dessen Entscheidung in NotBZ 2012, 187, veröffentlicht ist) war der Bescheid über

die Mitteilung der Ausübung des Vorkaufsrechts trotz fehlenden Antrags nicht nichtig, sondern nur anfechtbar. Dieser Mangel sei jedoch durch die nachträgliche Antragstellung des Beteiligten zu 1 geheilt worden. Der Verwaltungsakt sei allerdings aufzuheben, weil der Erbteilsübertragungsvertrag nicht dem siedlungsrechtlichen Vorkaufsrecht unterfalle. Die Ausübung des Vorkaufsrechts setze einen nach dem GrdstVG genehmigungspflichtigen Vertrag voraus. Daran fehle es, weil die Übertragung von Erbanteilen nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 GrdstVG einer genehmigungspflichtigen Veräußerung landwirtschaftlicher Grundstücke nur dann gleichstehe, wenn der Nachlass im Wesentlichen aus einem land- und forstwirtschaftlichen Betrieb bestehe, jedoch nicht, wenn – wie hier – zum Nachlass lediglich landwirtschaftliche Grundstücke gehörten. Die darin liegende Umgehungsgefahr habe der Gesetzgeber gesehen, die Übertragung von Erbanteilen gleichwohl nur teilweise der Genehmigungspflicht unterstellt. Die gesetzliche Entscheidung schließe es aus, einen Erbteilsübertragungsvertrag als genehmigungspflichtiges Rechtsgeschäft zu behandeln, auch wenn – wie hier – die Vertragsparteien mit der Wahl dieser Form die Genehmigungspflicht hätten vermeiden wollen.

III.

Die Rechtsbeschwerde ist nach der aufgrund der Übergangsregelung des Art. 111 Abs. 1 Satz 1 FGG-RG anzuwendenden Vorschrift § 24 Abs. 1 LwVG a. F. statthaft und nach §§ 25, 26 und § 32 Abs. 2 Satz 2 LwVG a. F. auch im Übrigen zulässig.

1. Die Rechtsbeschwerde ist nicht – wie die Rechtsbeschwerdeerwiderung meint – schon deshalb unbegründet, weil es an einer zulässigen Beschwerde der Beteiligten zu 6 fehlte. Diese hat nach § 32 Abs. 2 Satz 2 LwVG als übergeordnete Behörde innerhalb der laufenden Frist für die sofortige Beschwerde (§ 22 Abs. 1 LwVG a. F. i. V. m. § 22 Abs. 1 Satz 1 FGG) dem Gericht nicht nur mitgeteilt, dass sie der von der Genehmigungsbehörde eingelegten Beschwerde beitrete, sondern auch, dass sie sich diese zu eigen mache. Das Beschwerdegericht hat darin zutreffend ein eigenes Rechtsmittel der Beteiligten zu 6 erkannt.

2. Das Rechtsmittel bleibt jedoch ohne Erfolg, soweit es sich gegen die Aufhebung des Bescheids der Genehmigungsbehörde und die Feststellung richtet, dass das siedlungsrechtliche Vorkaufsrecht nicht wirksam ausgeübt worden ist.

a) Die Ausübung des siedlungsrechtlichen Vorkaufsrechts nach § 4 RSG, die durch eine in § 21 GrdstVG als Mitteilung bezeichnete Entscheidung der Genehmigungsbehörde erfolgt (Senat, Beschluss vom 24.11.2006, BLw 11/06, NL-BzAR 2007, 98, 100 Rdnr. 16), beruhte auf einem fehlerhaften Verwaltungsverfahren. Die Koppelung des Genehmigungsverfahrens mit dem Vorkaufsrecht durch das GrdstVG hat zur Folge, dass die Ausübung dieses Rechts nur im Rahmen eines von einem Antrag abhängigen Genehmigungsverfahrens stattfinden kann (Senat, Beschluss vom 4.2.1964, V BLw 31/63, BGHZ 41, 114, 119).

Der unzutreffenden Ansicht der Rechtsbeschwerde, dass das Vorkaufsrecht schon mit dem Abschluss eines nach dem GrdstVG genehmigungspflichtigen, aber nicht genehmigungsfähigen Vertrags entstehe, ist der Senat bereits in der zitierten Entscheidung mit dem Hinweis entgegengetreten, dass die Vorkaufsrechtsausübung auf einem Antrag nach § 3 GrdstVG aufbaut, den Veräußerungsvertrag zu genehmigen. Ohne diesen Antrag kann ein Genehmigungsverfahren nicht eingeleitet und daran eine Vorkaufsrechtsausübung abgeschlossen werden (Senat, Beschluss vom 4.2.1964, V BLw 31/63, a. a. O., 121). Ist das dennoch geschehen, ist die Mit-

teilung über die Vorkaufsrechtsausübung im Einwendungsverfahren nach § 10 RSG aufzuheben (Senat, Beschluss vom 4.2.1964, V BLw 31/63, a. a. O., 120).

b) Der Verfahrensfehler ist nicht nach der Vorschrift in § 45 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG M-V (die nachfolgend zitierten landesrechtlichen Bestimmungen stimmen inhaltlich mit dem VwVfG des Bundes überein) wegen eines von dem Beteiligten zu 1 nachträglich gestellten Genehmigungsantrags unbeachtlich, wie das Beschwerdegericht meint.

aa) Verfahrensfehler der für die Erteilung der Genehmigung nach dem GrdstVG zuständigen Behörden sind allerdings grundsätzlich nach § 45 VwVfG heilbar. Deren Entscheidungen sind Verwaltungsakte, auf die die Verwaltungsverfahrensgesetze anzuwenden sind, soweit nicht im GrdstVG etwas Abweichendes bestimmt ist (vgl. Senat, Beschlüsse vom 13.5.1982, V BLw 22/80, AgrarR 1982, 207, 208, und vom 5.5.1983, V BLw 1 /82, NJW 1984, 54).

Ob ein Bescheid der Genehmigungsbehörden, der ohne einen Antrag nach § 3 Abs. 2 GrdstVG erlassen worden ist, nichtig (so *Netz*, GrdstVG, 5. Aufl., § 8 Anm. 8.5.2.1) oder nur anfechtbar ist (so *Ehrenforth*, RSG und GrdstVG, § 3 GrdstVG Anm. 2; *Herminghausen*, DNotZ 1963 387, 388; *Lange*, GrdstVG, 2. Aufl., § 3 Anm. 2), ist streitig. Sie ist von dem Beschwerdegericht zutreffend entschieden worden. Hat ein vom Gesetz vorgeschriebener Antrag allein verfahrensrechtliche Bedeutung und stellt keine nach materiellem Recht notwendige Mitwirkung des Antragstellers dar, führt ein Verstoß der Behörde gegen das Verbot in § 22 Satz 2 VwVfG, dort von Amts wegen tätig zu werden, wo sie nur auf Antrag tätig werden darf, zur Fehlerhaftigkeit, jedoch nicht zur Nichtigkeit des Verwaltungsakts (vgl. *Ritgen* in *Knack/Henneke*, VwVfG, 9. Aufl., § 22 Rdnr. 33; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 12. Aufl., § 22 Rdnr. 29 und § 45 Rdnr. 15; *Stelkens* in *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, 7. Aufl., § 35 Rdnr. 239). Das trifft auf den Antrag § 3 GrdstVG zu, da dieser eine verfahrensrechtliche Voraussetzung, aber kein materielrechtliches Zustimmungserfordernis für die im öffentlichen Interesse ergehenden Entscheidungen der Genehmigungsbehörde ist (vgl. Senat, Beschluss vom 10.3.1959, V BLw 46/58, RdL 1959, 159).

Danach wird auch die ohne einen Antrag auf Genehmigung des Veräußerungsgeschäfts erfolgte Mitteilung über die Ausübung des Vorkaufsrechts nach § 43 Abs. 1 Satz 2 VwVfG mit dem den Beteiligten bekannt gegebenen Inhalt wirksam und bleibt es nach § 43 Abs. 2 VwVfG bis zu einer etwaigen Rücknahme durch die Behörde oder einer Aufhebung in einem gerichtlichen Verfahren. Soweit der Senat in seiner – vor dem Inkrafttreten der Verwaltungsverfahrensgesetze des Bundes und der Länder ergangenen – Entscheidung vom 4.2.1964 (V BLw 31/63, BGHZ 41, BGHZ Band 41, 114, 120) ausgeführt hat, dass eine außerhalb eines Genehmigungsverfahrens erfolgte Mitteilung über die Ausübung des siedlungsrechtlichen Vorkaufsrechts rechtlich keine Bedeutung erlange, hält er daran aus den vorstehenden Gründen nicht mehr fest.

bb) Ein außerhalb eines Genehmigungsverfahrens ergangener Bescheid über die Mitteilung der Ausübung des siedlungsrechtlichen Vorkaufsrechts ist in dem Einwendungsverfahren nach § 10 RSG grundsätzlich aufzuheben (vgl. Senat, Beschluss vom 4.2.1964, V BLw 31/63, BGHZ 41, 114, 120, an dem insoweit festzuhalten ist), und zwar auch dann, wenn eine der Vertragsparteien nachträglich die Genehmigung beantragt. Es kann deswegen dahinstehen, ob der Beteiligte zu 1 mit seinem Schreiben vom 6.7.2009 nachträglich eine Genehmigung nach § 2 GrdstVG oder nur ein Zeugnis über die Genehmigungsfreiheit nach § 5 GrdstVG beantragt hat, wie die

Rechtsbeschwerdeerwiderung meint. Das Beschwerdegericht hat bei seiner auf § 45 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG gestützten Entscheidung nicht berücksichtigt, dass nach dieser Vorschrift nur die Einleitung des Verfahrens ohne den vorgeschriebenen Antrag unbeachtlich sein kann. Nicht geheilt werden jedoch die weiteren Verfahrensmängel, die darauf beruhen, dass die Genehmigungsbehörde außerhalb eines förmlichen Verwaltungsverfahrens zugunsten des Siedlungsunternehmens entschieden hat, ohne zuvor den Vertragsparteien Gelegenheit gegeben zu haben, sich vor der Entscheidung zu den für diese erheblichen Tatsachen zu äußern (Verstoß gegen § 28 Abs. 1 VwVfG).

(1) Eine Heilung von Verwaltungsakten durch Nachholung der Maßnahmen, die vor dessen Erlass hätten erfolgen müssen, muss in einer Art und Weise erfolgen, dass die mit dem Fehler verbundenen Nachteile vollständig beseitigt werden (vgl. BVerwE 68, 267, 275; *Hufen*, JuS 1999, 323, 325; HK-VerwR/Schwarz, § 45 VwVfG Rdnr. 16; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 12. Aufl., § 45 Rdnr. 42). Verfahrensfehler der Behörde stellen einen Verstoß gegen das Gebot der Gesetzmäßigkeit des Verwaltungshandelns dar. Die darauf beruhenden Eingriffe in seine grundrechtlich geschützten Rechte muss der Einzelne grundsätzlich nicht hinnehmen. Soweit Gesetze Verfahrensfehler für unbeachtlich oder heilbar erklären, ist das nur hinnehmbar, wenn der Einzelne durch die nachgeholt Verfahrenshandlung so gestellt wird, wie er gestanden hätte, wenn der Fehler nicht geschehen wäre (*Hufen*, a. a. O.; HK-VerwR/Schwarz, a. a. O.; *Kopp/Ramsauer*, a. a. O.).

(2) Bei einem ordnungsgemäßen Verfahren können die Vertragsparteien – wie hier geschehen – nach der Ankündigung, dass der Vertrag dem Siedlungsunternehmen zur Entscheidung über die Ausübung des Vorkaufsrechts vorgelegt werde, den Genehmigungsantrag noch zurücknehmen, danach die Voraussetzungen für eine Erteilung der Genehmigung (z. B. durch Aufnahme einer Nebenerwerbslandwirtschaft oder einer gemäß § 9 Nr. 6 GrdstVG im volkswirtschaftlichen Interesse liegenden Tätigkeit durch den Käufer) herbeiführen und sodann erneut die Genehmigung beantragen. Die Möglichkeit, die Voraussetzungen für eine Genehmigung noch vor Ausübung des Vorkaufsrechts herbeizuführen, wird dem Käufer jedoch genommen, wenn die Genehmigungsbehörde nach einem von Amts wegen durchgeführten Verwaltungsverfahren die Vertragsparteien mit der Mitteilung über die Ausübung des gesetzlichen Vorkaufsrechts überrascht.

(3) Die Verschlechterung der Rechtsstellung des Käufers durch ein von Amts wegen eingeleitetes Genehmigungsverfahren wird nicht dadurch beseitigt, dass der Käufer nachträglich den Antrag auf Erteilung der Genehmigung stellt. In einem nachfolgenden gerichtlichen Verfahren nach § 10 RSG können die Kaufvertragsparteien das bereits ausgeübte Vorkaufsrecht nämlich nur noch durch die Einwendungen zu Fall bringen, dass die Voraussetzungen für die Ausübung dieses Rechts nicht vorlagen, weil die Veräußerung keiner Genehmigung nach § 2 GrdstVG bedurfte oder diese nach § 9 GrdstVG nicht zu versagen gewesen wäre (vgl. Senat, Beschlüsse vom 4.2.1964, V BLw 31/63, BGHZ 41, 114, 122, und vom 28.4.2006, BLw 32/05, NJW-RR 2006, 1245, 1246 Rdnr. 22). Grund dafür ist, dass mit der Zustellung der Mitteilung nach § 21 GrdstVG das Vorkaufsrecht ausgeübt worden und gemäß § 464 Abs. 2 BGB ein Kaufvertrag zwischen dem Verkäufer und dem Siedlungsunternehmen zustande gekommen ist (Senat, Beschlüsse vom 13.5.1982, V BLw 8/81, NJW 1983, 41, und vom 28.4.2006, BLw 32/05, NJW-RR 2006, 1245, 1246 Rdnr. 22). Der Käufer kann dem Siedlungsunternehmen dessen Rechtsstellung nicht nachträglich wieder entziehen, indem er erst in dem gerichtlichen Verfahren die Vorausset-

zungen herbeiführt, unter denen ihm im Verwaltungsverfahren die Genehmigung zu erteilen gewesen wäre (Senat, Beschluss vom 24.11.2006, BLW 11/06, NL-BzAR 2007, 98, 100 Rdnr. 20).

3. Erfolg hat die Rechtsbeschwerde, soweit sie sich gegen die Feststellung des Beschwerdegerichts wendet, dass der Erbteilsübertragungsvertrag keiner Genehmigung nach dem GrdstVG bedarf. (...)

b) Die Rechtsbeschwerde ist jedoch insoweit in der Sache begründet, weil das Beschwerdegericht zu Unrecht den Erbteilsübertragungsvertrag als genehmigungsfrei angesehen hat.

aa) Allerdings sind Verträge über die Veräußerung von Anteilen am Nachlass durch einen Miterben (§ 2033 Abs. 1 Satz 1 BGB) nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 GrdstVG nur unter den darin bestimmten Voraussetzungen und nicht schon nach § 2 Abs. 1 GrdstVG genehmigungsbedürftig.

(1) Eine rechtsgeschäftliche Grundstücksveräußerung im Sinne des § 2 Abs. 1 GrdstVG, unter der die sachenrechtliche Übereignung eines Grundstücks nach §§ 873, 925 BGB zu verstehen ist (*Pikalo/Bendel*, GrdstVG, § 2 F 1 b, S. 265; *Netz*, GrdstVG, 5. Aufl., § 2 Anm. 4.2.3.1; *Vorwerk/von Spreckelsen*, GrdstVG, § 2 Rdnr. 85), liegt nicht vor. Von der Übereignung eines (zum Nachlass gehörenden) Grundstücks ist die Übertragung des Anteils eines Miterben am Nachlass nach § 2033 Abs. 1 Satz 1 BGB zu unterscheiden, die eine Verfügung über einen Anteil an dem gesamthänderisch gebundenen Vermögen darstellt und nur solange möglich ist, wie der Nachlass noch nicht geteilt ist (vgl. nur RGZ 134, 296, 299). Solche Verfügungen sind in § 2 Abs. 2 Nr. 2 GrdstVG nur dann den Grundstücksveräußerungen gleichgestellt, wenn der Erbanteil an einen Dritten veräußert wird und der Nachlass im Wesentlichen aus einem land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb besteht, woran es hier fehlt.

(2) Nicht genehmigungsbedürftige Übertragungen von Anteilen an Gesamthandsgemeinschaften, deren Vermögen im Wesentlichen aus landwirtschaftlich genutzten Grundstücken besteht, sind nicht schon wegen des Interesses der Allgemeinheit an der Ausübung des Vorkaufsrechts durch das Siedlungsunternehmen genehmigungspflichtigen Veräußerungsgeschäften gleichzustellen, da es allein Sache des Gesetzgebers ist, den Umfang der Genehmigungspflicht und des daran anknüpfenden siedlungsrechtlichen Vorkaufsrechts festzulegen. Eine Ausdehnung der gesetzlichen Regelung kann nicht im Wege der Auslegung, sondern nur durch Änderung des Gesetzes erfolgen (RGZ 104, 42, 44; Senat, Beschluss vom 8.11.1955, V BLw 25/55, RdL 1956, 50, 51).

bb) Zu Unrecht meint das Beschwerdegericht jedoch, dass die nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 GrdstVG nicht genehmigungspflichtigen Veräußerungen von Erbanteilen unabhängig von dem von ihnen mit dem Rechtsgeschäft verfolgten Zweck genehmigungsfrei sein müssen. Das widerspricht der Rechtsprechung des Senats, nach der die Genehmigungspflicht im Verkehr mit land- und forstwirtschaftlichen Grundstücken nicht umgangen werden darf und die hierauf gerichteten Rechtsgeschäfte der Genehmigung bedürfen (vgl. Beschlüsse vom 9.7.1956, V BLw 2/56, BGHZ 21, 221, 225, vom 3.5.1957, V BLw 2/57, RdL 1957, 786, 788, und vom 3.6.1976, V BLw 16/75, WM 1976, 849, 850). Sie gilt auch für an sich nicht genehmigungsbedürftige Erbanteilsübertragungen (vgl. Senat, Beschluss vom 8.11.1955, V BLw 25/55, RdL 1956, 50, 52). Daran ist festzuhalten.

(1) Richtig ist allerdings, dass die Annahme einer Genehmigungspflicht für einen Vertrag einer besonderen Begründung bedarf, wenn dieser zu einer Kategorie von Rechtsgeschäften

gehört, die nach dem Gesetz nicht genehmigungsbedürftig ist. Eine solche Begründung ist deshalb geboten, weil ein Richter nicht entgegen dem Grundsatz der Gewaltenteilung (Art. 20 Abs. 2 GG) und der Bindung an das Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG) aus seiner Rolle als Normanwender heraustreten darf (BVerfGE 113, 88, 103; 128, 193, 210), indem er – hier durch Anwendung der allgemeinen Rechtsgrundsätze für Umgehungsgeschäfte – „durch die Hintertür“ eine Genehmigungspflicht für eine Gruppe von Verträgen begründet, die der Gesetzgeber davon freigestellt hat. Ob und unter welchen Voraussetzungen es vor diesem Hintergrund zulässig ist, Verfügungen über Anteile an einem Nachlass aus besonderen Gründen dennoch als genehmigungspflichtig zu behandeln, muss anhand des Normenkontexts, der Zwecksetzung und der mit den Normen verbundenen gesetzgeberischen Intention entschieden werden (vgl. BVerfGE 113, 88, 104).

(2) Aus dem Kontext aller Vorschriften über die einer Genehmigung bedürftigen Rechtsgeschäfte (§ 2 GrdstVG) ergibt sich, dass allein die Übertragung der Anteile von Miterben an dem ungeteilten Nachlass nach § 2033 Abs. 1 Satz 1 BGB genehmigungsfrei ist, wenn kein Betrieb den wesentlichen Teil des Nachlasses bildet, weil das nach Ansicht des Gesetzgebers zu einer von dem Zweck des Gesetzes nicht gebotenen Beeinträchtigung der Interessen einer Erbengemeinschaft geführt hätte (BT-Drucks. 3/2635, S. 5). Alle von einem Alleinerben vorgenommenen Rechtsgeschäfte sind demgegenüber nach § 2 Abs. 1 GrdstVG genehmigungsbedürftige Veräußerungen; das gilt auch für Verkäufe des gesamten Nachlasses nach §§ BGB § 2371 ff. BGB, da diese nur durch Übertragung der einzelnen zur Erbschaft gehörenden Sachen und Rechte erfüllt werden können (RGZ 134, 296, 298). Dasselbe gilt für die Veräußerung der zum Nachlass gehörenden Grundstücke durch alle Miterben nach § 2033 Abs. 2 BGB.

Danach bedürfen alle Rechtsgeschäfte, durch die das Eigentum an einem landwirtschaftlichen Grundstück von einem Erben auf einen Dritten übertragen wird, der Genehmigung; bei diesen Geschäften ist zu prüfen, ob – insbesondere bei einer Veräußerung eines landwirtschaftlichen Grundstücks an einen Nichtlandwirt – Gründe für eine Versagung der Genehmigung nach § 9 GrdstVG vorliegen. Vor diesem Hintergrund wäre es nicht gerechtfertigt, Verträge über die Veräußerung von Erbanteilen auch dann von der Genehmigungspflicht nach § 2 Abs. 1 GrdstVG freizustellen, wenn mit ihnen das Eigentum an landwirtschaftlichen Grundstücken von den Erben auf einen Dritten übertragen werden soll und die Form einer Verfügung über die Anteile am Nachlass (§ 2033 Abs. 1 Satz 1 BGB) nur gewählt wird, um die für das gewollte Veräußerungsgeschäft geltende Genehmigungspflicht zu umgehen.

cc) So ist es hier. Die von den Beteiligten zu 1 bis 4 gewählte Vertragsgestaltung stellt ein solches Umgehungsgeschäft dar, wovon auch das Beschwerdegericht ausgegangen ist. Dafür sprechen sowohl der tatsächliche Geschehensablauf als auch der Inhalt des Erbteilskaufvertrags selbst. Die von den Beteiligten zu 1 bis zu 4 verfolgte Absicht der Umgehung wird daraus deutlich, dass sie die Grundstücke ursprünglich aufgrund eines genehmigungspflichtigen Rechtsgeschäfts veräußern wollten und sich erst, nachdem die Ausübung des siedlungsrechtlichen Vorkaufsrechts im Raume stand, dazu entschlossen, den Weg über eine Veräußerung von Erbanteilen zu beschreiten. Auch nach seinem Inhalt stellt sich der Erbteilskaufvertrag als ein Umgehungsgeschäft dar, weil er nicht die für die Übertragung von Anteilen an einer Sachgesamtheit, sondern die für eine Veräußerung von Grundstücken typischen Merkmale aufweist. Das Substrat der Anteile an der Erbschaft wurde durch eine zuvor vorgenommene Teil-

Erbaueinandersetzung auf diejenigen Grundstücke reduziert, die Gegenstand des aufgehobenen Kaufvertrags waren. Zugleich wurde die mit den Erbteilsübertragungen regelmäßig verbundene Haftung für Verbindlichkeiten des Nachlasses (§§ 2382, 2383 BGB) schuldrechtlich abbedungen. Auch der Kaufpreis blieb unverändert.

dd) Nach alledem bedarf der Erbteilsübertragungsvertrag wie das mit ihm umgangene Veräußerungsgeschäft einer Genehmigung nach dem GrdStVG. Insoweit ist die Rechtsbeschwerde begründet und die Feststellung der Genehmigungsfreiheit in dem angegriffenen Beschluss aufzuheben.

ee) Ob – wie die Rechtsbeschwerdeerwiderung meint – einem Antrag nach § 3 GrdStVG auf Genehmigung des Erbteilsübertragungsvertrags mangels Vorliegens von Versagungsgründen nach § 9 Abs. 1 GrdStVG zu entsprechen gewesen wäre, ist nicht Gegenstand dieses Verfahrens. Wenn die Vertragsparteien – wie hier – vorbringen, lediglich ein Zeugnis der Genehmigungsfreiheit, aber nicht die Genehmigung beantragt zu haben, ist auch das Gericht nicht dazu berufen, eine nicht beantragte Genehmigung zu erteilen. Über einen solchen Antrag hätte – falls die Vertragsparteien sich dazu entschließen sollten – zunächst die Genehmigungsbehörde zu entscheiden.

(...)

Steuerrecht

17. EStG § 4 Abs. 1, § 6 Abs. 1 Nr. 4 Satz 1, Abs. 5 Satz 3 (*Keine Gewinnrealisierung bei Übertragung eines Wirtschaftsguts aus dem Sonderbetriebsvermögen in das Gesamthandsvermögen gegen ein den Buchwert nicht überschreitendes Entgelt*)

Die teilentgeltliche Übertragung eines Wirtschaftsguts des Sonderbetriebsvermögens in das Gesamthandsvermögen der Personengesellschaft führt nicht zur Realisierung eines Gewinns, wenn das Entgelt den Buchwert nicht übersteigt.

BFH, Urteil vom 19.9.2012, IV R 11/12

Hinweise der Schriftleitung:

Die Entscheidung ist abgedruckt in BB 2012, 2685, DStR 2012, 2051, und NZG 2012, 1319, sowie abrufbar unter <http://www.bundesfinanzhof.de/entscheidungen/entscheidungen-online>.

Siehe hierzu auch die Anmerkung von *Wartenburger*, MittBayNot 2013, 266 (in diesem Heft).

18. EStG § 6 Abs. 3, 5; EStG a. F. § 7g (*Unentgeltliche Übertragung eines Mitunternehmeranteils bei gleichzeitiger Ausgliederung von Sonderbetriebsvermögen*)

Nach § 6 Abs. 3 Satz 1 Hs. 1 EStG in seiner seit dem Veranlagungszeitraum 2001 gültigen Fassung scheidet die Aufdeckung der stillen Reserven im unentgeltlich übertragenen Mitunternehmeranteil auch dann aus, wenn ein funktional wesentliches Betriebsgrundstück des Sonderbetriebsvermögens vorher bzw. zeitgleich zum Buchwert nach § 6 Abs. 5 EStG übertragen worden ist.

BFH, Urteil vom 2.8.2012, IV R 41/11

Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung ist abgedruckt in BB 2012, 2811, in DStR 2012, 2118, in NZG 2013, 270, und in ZEV 2012, 685, sowie abrufbar unter <http://www.bundesfinanzhof.de/entscheidungen/entscheidungen-online>.

Anmerkung:

– zugleich Anmerkung zu BFH, MittBayNot 2013, 266 (in diesem Heft) –

Beide Entscheidungen betreffen mit § 6 Abs. 5 EStG eine Norm, die für die steuerlichen Folgen der Umstrukturierung von Personenunternehmen erhebliche Bedeutung hat und daher dem Notar – auch wenn er sich vielleicht eines offenen steuerlichen Rates enthalten möchte – zumindest in den Grundzügen bekannt sein sollte.

Während § 6 Abs. 5 Satz 1 und 2 Fälle betrifft, in denen sich nur die steuerliche Zuordnung eines Wirtschaftsgutes, nicht aber das zivilrechtliche Eigentum verändert – und die sich daher im Regelfall außerhalb des notariellen Arbeitsfeldes rein in den Büchern des Unternehmens abspielen (sog. Überführung), geht es in Satz 3 um echte Übertragungen des wirtschaftlichen und damit im Regelfall auch des zivilrechtlichen Eigentums.

Die Übertragung von Einzelwirtschaftsgütern geschieht dabei zwingend (kein Wahlrecht!) zum Buchwert, wenn

- sich die Übertragung – vereinfacht gesagt – in der betrieblichen Sphäre eines Personenunternehmens zwischen Mitunternehmern und Gesamthand abspielt und
- entweder keine Gegenleistung gewährt wird oder eine solche lediglich in Gesellschaftsrechten besteht.

I. Gegenleistung und Teilentgelt

Bei dem letztgenannten Tatbestandsmerkmal setzt die Entscheidung des IV. Senats vom 19.9.2012 (IV R 11/12) an. In dem zu entscheidenden Sachverhalt wurde ein Grundstück gegen Übernahme einer Verbindlichkeit aus dem Sonderbetriebsvermögen eines Mitunternehmers in das Gesamthandsvermögen der Mitunternehmerschaft übertragen. Die Verbindlichkeit war geringer als der Buchwert des Grundstückes; dieser wiederum war niedriger als der Verkehrswert. Es waren also stille Reserven vorhanden, an deren Aufdeckung dem Finanzamt gelegen war.

Aus dem Bereich teilentgeltlicher Veräußerungen von Einzelwirtschaftsgütern ist bekannt, dass diese auch dann zu einem steuerpflichtigen Veräußerungsgewinn führen können, wenn die Gegenleistung den Buchwert nicht erreicht. Man setzt die Gegenleistung ins Verhältnis zum Verkehrswert und geht mit diesem Anteil von einer entgeltlichen Veräußerung aus (sog. Trennungstheorie).¹ Der entsprechende Anteil der stillen Reserven wird dadurch aufgedeckt und als Veräußerungsgewinn steuerpflichtig.

Einer Übertragung dieser Herangehensweise auf § 6 Abs. 5 Satz 3 EStG hat der BFH eine Absage erteilt, vielmehr wendet er die aus der Übertragung von Betrieben und Mitunternehmeranteilen bekannte Einheitstheorie an, nach der ein Veräußerungsgewinn nur vorliegt, soweit die Gegenleistung den Buchwert übersteigt.²

¹ So auch das BMF-Schreiben vom 8.12.2011, BStBl I 2011, S. 1279, zu § 6 Abs. 5 EStG.

² Allerdings bleibt es – anders als bei § 6 Abs. 3 – dabei, dass die Übernahme betrieblicher Schulden als Gegenleistung angesehen wird. Zu Konstellationen, in denen neben der Zahlung/Schuldübernahme noch Gesellschaftsrechte gewährt werden (sog. Mischentgelt) vgl. *Schulze zur Wiesche*, DStR 2012, 2414, 2415.

Genauer gesagt geschieht Folgendes:

- in Höhe der Gegenleistung (hier: Schuldübernahme) liegt eine entgeltliche Veräußerung vor, die nur steuerpflichtig ist, soweit das Entgelt den Buchwert übersteigt;
- im Übrigen (= Differenzbetrag zwischen Verkehrswert und Gegenleistung) liegt eine unentgeltliche Übertragung vor, die insbesondere als Entnahme steuerpflichtig sein kann.

Beispiel: Buchwert = 800 Verkehrswert = 1000 Gegenleistung = 400	Einheitstheorie	Trennungstheorie
Entgeltlicher Teil	400 (< Buchwert, daher steuerfrei)	40 %; darauf entfallender Buchwert = 320 (40 % von 800); Gewinn: 80
Unentgeltlicher Teil	600 (evtl. steuerpflichtiger Entnahmegewinn von 200)	60 %; darauf entfallender Buchwert = 480; ggf. Entnahmegewinn von 120
Buchwertansatz des Erwerbers bei steuerpflichtiger Entnahme und Einlage	1000	1000
Buchwertansatz des Erwerbers bei Buchwertübertragung	800 (Fortführung)	$400 + 60 \% \times 800 = 880$

Im Folgenden wird die Argumentation des BFH dann etwas unübersichtlich. Die Ausführungen in Tz. 17 erwecken den Anschein, die Trennungstheorie könne nur deshalb nicht eingreifen, weil das Wirtschaftsgut „den Bereich des Betriebes“ nicht verlassen hat. Offenbar hat man sich geschaut, der Trennungstheorie frei heraus die Gefolgschaft zu versagen und deshalb künstlich nach einer Verengung des Anwendungsbereiches gesucht – und scheinbar gefunden: Der unentgeltliche Teil der Übertragung erfüllt laut BFH keinen Steuertatbestand. Denkbar wäre eine Steuerpflicht höchstens im Fall einer Entnahme, die aber voraussetzt, dass das Wirtschaftsgut das Betriebsvermögen verlässt. Dies ist laut BFH nicht der Fall, wenn es vom Sonderbetriebsvermögen eines Mitunternehmers in das Gesamthandsvermögen derselben Mitunternehmerschaft übertragen wird. Dieser Fall sei zwar in § 6 Abs. 5 Satz 3 Nr. 2 Alt. 1 EStG erfasst, aber nur deklaratorisch, da mangels Entnahme ohnehin nur die Möglichkeit einer Buchwertfortführung bleibt.

Sonderlich überzeugend ist das nicht. Die Trennungstheorie trifft zunächst gar keine Aussage darüber, wie der unentgeltliche Teil zu würdigen, sondern wie er zu ermitteln ist. Für die Anwendbarkeit dieser „Theorie“ kann es also auch keine Rolle spielen, ob der unentgeltliche Teil eine Entnahme darstellt oder nicht.³

Auch sonst führt die auf den ersten Blick bestechende Argumentation, wonach die unentgeltliche Übertragung zwischen zwei Teilen desselben Betriebsvermögens keinen Steuertatbestand erfülle, zu einigen Folgefragen:

Warum braucht man – die Argumentation des BFH als richtig vorausgesetzt – noch die Norm des § 6 Abs. 5 Satz 3 Nr. 3

EStG, die ja nur solche Fälle erfasst? Sind unentgeltliche Übertragungen in derselben Mitunternehmerschaft in § 6 Abs. 5 Satz 3 nur noch deshalb erwähnt, damit hierfür die Nachsteueratbestände des § 6 Abs. 5 Satz 4-6 greifen? Hat der Gesetzgeber also einen neuen Steuertatbestand geschickt in einer scheinbaren Verschönerungsnorm verpackt?

Statt für Einzelfälle des § 6 Abs. 5 Satz 3 ein Sonderrecht zu konstruieren, täte der BFH besser daran, die Trennungstheorie als solche in Frage zu stellen. Dass ein steuerpflichtiger Gewinn vorliegt, wenn die Gegenleistung nicht einmal den Buchwert erreicht, ist – wie die Beratungspraxis zeigt – schwer zu vermitteln und in dieser Form auch nicht gesetzlich festgelegt. Die Angleichung der Beurteilung der „Entgeltlichkeit“ bei § 16 EStG, § 24 UmwStG und § 6 Abs. 5 Satz 3 EStG ließe sich so besser und konsequenter bewerkstelligen. In diese Richtung zeigt v. a. die zuvor ergangene Entscheidung IV R 1/08.⁴ Diese betraf einen Fall, der heute hinsichtlich des unentgeltlichen Teiles unter § 6 Abs. 5 Satz 3 Nr. 2 Alt. 2 (andere Mitunternehmerschaft) fallen würde, eine Norm, die im maßgeblichen Zeitraum aber gerade nicht bestand. Obwohl dort zweifelsfrei ein Wechsel in ein anderes Betriebsvermögen vorlag, hat der BFH die Trennungstheorie nicht angewendet.⁵

Wenn auch die dogmatische Begründung des BFH nicht sonderlich erhellend ist, so ist das Ergebnis für die Gestaltungspraxis willkommen. Viele Steuerfallen bei der teilentgeltlichen Übertragung von Wirtschaftsgütern ließen sich durch eine konsequente Fortschreibung dieser Rechtsprechung entschärfen.

II. Abgrenzung zu § 6 Abs. 3 EStG

Die Entscheidung IV R 41/11 beschäftigt sich mit einem anderen Aspekt der Norm, nämlich mit der Abgrenzung zu § 6 Abs. 3 EStG, der die unentgeltliche Übertragung von Sachgesamtheiten (Betrieb, Mitunternehmeranteil, Mitunternehmeranteil) unter Buchwertfortführung regelt.

Im entschiedenen Sachverhalt hatten die Beteiligten

im ersten Schritt:

- einen Mitunternehmerteilanteil von 80 % übertragen (d. h. der Übergeber blieb zunächst Mitunternehmer mit 20 % seines ursprünglichen Anteils),
- dabei aber Teile des Sonderbetriebsvermögens (Anteil an der Komplementär-GmbH) überquotal (nämlich zu 100 %) übertragen,
- einen anderen Teil des Sonderbetriebsvermögens (Grundstück) unterquotal, nämlich gar nicht übertragen,

im zweiten Schritt (wenig später):

- dieses Grundstück in eine andere Mitunternehmerschaft eingebracht
- und den verbleibenden 20 %-Mitunternehmeranteil an den Erwerber des ersten Teilanteils übertragen.

Dieser nicht ganz einfache Sachverhalt bot dem BFH Gelegenheit, dazu Stellung zu nehmen,⁶

- wie das Nebeneinander einer überquotalen und einer unterquotalen Übertragung im ersten Schritt steuerlich zu würdigen ist;

⁴ BFH, DStR 2012, 1500.

⁵ Vgl. zu den Konsequenzen dieser Entscheidung *Demuth/Eisgruber*, Beihefter, DStR 49, 2012, 135, 144 ff.

⁶ Der weitere Streitpunkt betreffend Größengrenzen bei der Vornahme von Ansparschreibungen soll hier ausgeklammert werden.

³ Allerdings ergeben sich, wie das Rechenbeispiel oben zeigt, in der Belastungswirkung grundsätzlich keine Unterschiede zwischen beiden Theorien, wenn der unentgeltliche Teil als Entnahme steuerlich erfasst wird.

- welche Auswirkungen das Zusammentreffen von Einbringung und Anteilsschenkung im zweiten Schritt hat.

1. Überquotale Übertragung von Sonderbetriebsvermögen

Der BFH stellt sich zunächst (Tz. 29) gegen die bisherige Verwaltungsauffassung,⁷ wonach nur eine quotale Mitübertragung des Sonderbetriebsvermögens nach § 6 Abs. 3 zu beurteilen sei, eine überquotale Übertragung hingegen nach § 6 Abs. 5 Satz 3 EStG. Die Unterschiede sind erheblich. So sieht § 6 Abs. 5 weitere Haltefristen vor; außerdem ist bei § 6 Abs. 5 Satz 3 die Übernahme (betrieblicher) Schulden eine zur Aufdeckung stiller Reserven führende Gegenleistung, was bei § 6 Abs. 3 nicht der Fall ist.

Die Ausführungen des BFH sind dabei so zu verstehen, dass die überquotale Übertragung des Sonderbetriebsvermögens stets nach § 6 Abs. 3 zu beurteilen ist; zu diesem Ergebnis kommt man mit der Begründung des BFH nicht nur, wenn – wie hier – die überquotale Übertragung eines Wirtschaftsgutes durch die unterquotale Übertragung eines anderen (hier: Grundstück) kompensiert wird, sondern in jedem Fall der überquotalen Übertragung. Auch dies ist eine erfreuliche Nachricht, die bei der Unternehmensnachfolge mehr Flexibilität ermöglicht. Die Situation, dass der Übergeber noch mit einem verringerten Anteil in der Gesellschaft verbleiben möchte, aber dennoch die im Sonderbetriebsvermögen stehende Betriebsimmobilie komplett übertragen werden soll, ist häufig anzutreffen.

2. Unterquotale Übertragung des Betriebsgrundstückes

Die Zurückbehaltung des Betriebsgrundstückes im ersten Schritt der Gestaltung ist (für sich gesehen) unkritisch, da dieser Fall in § 6 Abs. 3 Satz 2 EStG ausdrücklich geregelt ist. Der BFH kommt hier zu einer saldierenden Betrachtung, wonach § 6 Abs. 3 Satz 2 anzuwenden ist, wenn das Verhältnis des übertragenen Sonderbetriebsvermögens zum gesamten Sonderbetriebsvermögen des Übergebers kleiner ist als das Verhältnis des übertragenen Mitunternehmeranteils zum ursprünglichen Mitunternehmeranteil des Übergebers. Es kommt also nicht darauf an, ob ein einzelner Gegenstand unterquotale übertragen worden ist oder nicht.

Schädlich wäre nach § 6 Abs. 3 Satz 2 EStG eine spätere Weiterübertragung des erworbenen Anteils durch den Erwerber, wobei die dort statuierte Sperrfrist spätestens dann enden soll, wenn der ursprünglich zurückbehaltene Teilanteil nachträglich mit übergeben wird (Tz. 26).

3. Gleichzeitigkeit von Buchwertübertragung und Anteilsüberlassung

Die wichtigste Aussage des BFH betrifft jedoch die Problematik, dass im zweiten Schritt gleichzeitig mit der unentgeltlichen Übertragung des Restanteils ein funktional wesentlicher Gegenstand des (Sonder)Betriebsvermögens (Betriebsgrundstück) an eine andere Mitunternehmerschaft übertragen wurde. Die Finanzverwaltung sah hierin einen „Gesamtplan“ und wollte für beide Übertragungen die Buchwertfortführung versagen.

Hierzu führt der BFH überzeugend aus,

- dass es für die Anwendbarkeit des § 6 Abs. 3 nur auf die Verhältnisse zur Zeit der Übertragung ankommt, es also

keine Rolle spielt, ob schon im Vorfeld Gegenstände aus dem Betrieb herausverlagert worden sind (Tz. 18),

- dass die anderweitige Übertragung funktional wesentlicher Teile des Betriebsvermögens im Moment der Anteilsübertragung („taggleich“) an sich der Anwendbarkeit des § 6 Abs. 3 entgegensteht, allerdings dann nicht, wenn die Übertragung des Einzelgegenstandes nach § 6 Abs. 5 Satz 3 zum Buchwert stattfindet (Tz. 19).

Der BFH sieht in den Abs. 3 und 5 des § 6 EStG gleichberechtigte Normen, die durchaus auch parallel angewendet werden können. Die Rechtfertigung, bei Zurückbehaltung funktional wesentlicher Wirtschaftsgüter des Sonderbetriebsvermögens die Buchwertfortführung zu versagen, findet sich in der sog. Gleichstellungsthese, wonach die Mitunternehmerschaft steuerlich nicht besser gestellt werden soll als das Einzelunternehmen. Da aber auch dem Einzelunternehmer die Anwendung des § 6 Abs. 5 Satz 3 eröffnet ist, steht die Gleichstellungsthese der Buchwertfortführung nicht entgegen (Tz. 42, 43).

4. Einschränkungen

Die Ausführungen des BFH sind hilfreich und zu begrüßen, dürfen jedoch im Anwendungsbereich nicht überschätzt werden:

- Vorerst ist nicht gesichert,⁸ ob die Buchwertfortführung nach § 6 Abs. 3 künftig gewährt wird, wenn funktional wesentliche Wirtschaftsgüter im Vorfeld der Übertragung – ohne Buchwertfortführung – entnommen oder veräußert werden. Die Entscheidung des X. Senats vom 9.11.2011⁹ zum Parallelproblem bei § 24 UmwStG lässt hoffen, dass es auch hier zu einer Entschärfung kommen wird.¹⁰
- Ob die Grundsätze der Entscheidung auch gelten, wenn im Vorfeld von Maßnahmen nach §§ 20, 24 UmwStG Einzelwirtschaftsgüter zum Buchwert übertragen werden, ist noch nicht verlässlich geklärt, wobei die Urteilsbegründung eine Entschärfung andeutet.¹¹
- Die im Sachverhalt erwähnte Einbringung des Betriebsgrundstückes in eine neue KG ist nach § 6 Abs. 5 Satz 3 zu Buchwerten nur möglich, wenn diese KG selbst (zumindest „auch“) gewerblich tätig oder gewerblich geprägt ist. Diese Gesellschaft hatte offenbar (dies war vom BFH weder zu prüfen noch zu entscheiden und ist folglich auch in der Entscheidung nicht dargestellt) neben der Vermietung des Betriebsgrundstückes noch eine andere Daseinsberechtigung.
- Weiterhin soll auch künftig die Buchwertfortführung nicht möglich sein, wenn „zerschlagungsähnliche“ Maßnahmen vorgenommen werden; dies war im Sachverhalt des BFH deshalb nicht der Fall, weil das Betriebsgrundstück weiterhin an den Betrieb vermietet wurde (Tz. 39).¹²
- Die anderweitige Buchwertübertragung funktional wesentlicher Teile des Sonderbetriebsvermögens ist unverändert

⁸ Schädlich ist nach Tz. 19 der hier besprochenen Entscheidung die taggleiche Entnahme, aber offen gelassen in Tz. 47.

⁹ MittBayNot 2012, 326; dort allerdings ging es nicht um eine taggleiche, sondern um eine vorgelagerte Veräußerung; für eine Entnahme im Vorfeld dürfte nichts anderes gelten, vgl. *Bohn/Pelters*, DStR 2013, 281,286.

¹⁰ Ebenso *Bohn/Pelters*, DStR 2013, 281, 286.

¹¹ *Bohn/Pelters*, DStR 2013, 281, 287; *Schulze zur Wiesche*, DStR 2012, 2414, 2418 f.

¹² Eventuell hätte man sich diese zusätzliche Differenzierung sparen können, indem man von vornherein anerkennt, dass das Grundstück doch nicht so wesentlich für den Betrieb war, vgl. *Schulze zur Wiesche*, DStR 2012, 2414, 2417.

⁷ BMF-Schreiben vom 3.3.2005, BStBl I 2005, S. 458 Tz. 16.

schädlich, wenn gar nicht die Buchwertfortführung, sondern die Tarifiermäßigung nach §§ 16, 34 EStG erreicht werden soll (Tz. 45), da diese einen anderen Gesetzeszweck verfolgt.¹³

III. Fazit

Der IV. Senat des BFH hat die Verfahren IV R 41/11 und IV R 11/12 genutzt, um am Beispiel des § 6 Abs. 5 EStG zu zeigen, dass sich Steueransprüche nur aus gesetzlichen Tatbeständen ergeben (§ 38 AO), nicht aus Theorien und Brauchtum.

Aus Sicht des Rechtsgestalters ist die Entwicklung der Rechtsprechung zu begrüßen, insbesondere soweit sie sich einem Ausufern der „Gesamtplan“-Argumentation entgegenstellt. Sowohl die vorweggenommene Erbfolge als auch die Umstrukturierung von Personenunternehmen werden so erleichtert. Die Entscheidungen sind allerdings – bisher – noch nicht im Bundessteuerblatt veröffentlicht. Da sich der BFH in wesentlichen Punkten gegen die bisherige Verwaltungsmeinung stellt, sollte der Gestalter die Reaktion der Verwaltung abwarten oder ggf. eine verbindliche Auskunft einholen.

Notar *Lucas Wartenburger*, Rosenheim

19. SaarVtr Art. 3 Satz 2, Art. 19, Anlage 4; CC Art. 1524 Abs. 1, Art. 1526; GG Art. 3 Abs. 1; BewG § 121; AO §§ 12, 85 Satz 1; BGB §§ 1482, 1483 (*Erbschaftsteuer bei Erwerb aufgrund ausländischen Rechts [hier: Anwachsungsklausel nach französischem Ehegüterrecht]*)

- 1. Ein auf ausländischem Recht (hier: Anwachsungsklausel nach französischem Ehegüterrecht) beruhender Erwerb von Todes wegen kann der inländischen Erbschaftsteuer unterliegen.**
- 2. Die Vorschriften des Saarvertrags zur Vermeidung einer Doppelbesteuerung sind seit dessen Außerkrafttreten am 5.7.1959 nicht mehr anwendbar. Die Verwaltungsanweisungen, durch die ihre weitere Anwendung angeordnet wurde, sind für die Gerichte nicht verbindlich und begründen keinen Vertrauensschutz zugunsten der Steuerpflichtigen.**

BFH, Urteil vom 4.7.2012, II R 38/10

I. Der Kläger und Revisionskläger (Kläger) und seine am ... Januar 2002 verstorbene Ehefrau (E), beide deutsche Staatsangehörige, hatten seit dem Jahr 1977 ihren gemeinsamen Wohnsitz in Frankreich. Sie hielten je zur Hälfte die Aktien der im Saarland ansässigen ... AG (AG), deren Vorstandsvorsitzender und alleiniger Geschäftsführer der Kläger war, und zudem die Anteile an der ... GmbH (F-GmbH) und der ... GmbH (A-GmbH).

Die Eheleute waren darüber hinaus Gesellschafter der im Jahr 1994 in Saarbrücken gegründeten ... GbR (GbR), an deren Vermögen und Ergebnis sie jeweils zur Hälfte beteiligt waren. Sie hatten ein im Saarland gelegenes Grundstück in das Gesamthandsvermögen der GbR eingebracht und weitere ihnen zu hälftigem Bruchteilseigentum gehörende, ebenfalls im Saarland gelegene Grundstücke der GbR zur Nutzung überlassen. Die Grundstücke waren an die AG vermietet.

Der Kläger war nach dem Gesellschaftsvertrag für die laufenden Geschäfte allein vertretungsbefugter Geschäftsführer der GbR. Lediglich für den Abschluss und die Beendigung von Mietverträgen über Grundstücke, die Führung von Rechtsstreitigkeiten und die Aufnahme und/oder Vergabe von Darlehen waren die Eheleute gemeinsam geschäftsführungs- und vertretungsbefugt. Die GbR sollte durch den Tod eines Gesellschafters nicht aufgelöst, sondern mit seinen Erben oder Vermächtnisnehmern fortgesetzt werden. Sie erklärte im

Inland gewerbliche Einkünfte infolge Betriebsaufspaltung. Die Steuerbescheide und die diesen zugrundeliegenden Feststellungs-, Einheitswert- und Grundsteuermessbescheide wurden der GbR unter ihrer inländischen Anschrift bekannt gegeben.

Am ... Dezember 2001 vereinbarten die Eheleute, die bis dahin noch keinen Ehevertrag geschlossen hatten, vor dem Vertreter des französischen Generalkonsuls nach Art. 1526 des Code Civil (CC), dass sie ihre vermögensrechtlichen Beziehungen dem französischen Recht und dem Güterstand der Gütergemeinschaft unterstellen. Die Auswirkungen der Vereinbarung sollten sich nach deren Einleitung auf die Güter erstrecken, deren Eigentümer die Eheleute bereits waren, mit Ausnahme ihrer in Deutschland belegenen unbeweglichen Sachen, auf die weiterhin ihr deutscher Güterstand Anwendung finden sollte. In Art. 1 Abs. 1 und 2 der Vereinbarung heißt es hingegen, die Eheleute übernahmen als Grundlage für ihre Gemeinschaft den Güterstand der Gütergemeinschaft für alle ihre heutigen und künftigen unbeweglichen Sachen. Demzufolge umfasste die Gütergemeinschaft alle in Frankreich belegenen unbeweglichen Sachen, die die Eheleute heute besäßen, sowie alle diejenigen, die sie ggf. während ihrer Ehe aus irgendeinem Grund erwerben würden. Die Vereinbarung enthielt in Art. 2 Abs. 1 eine Anwachsungsklausel auf den Todesfall gemäß Art. 1524 Abs. 1 CC. Danach sollte im Falle der Auflösung der Gütergemeinschaft durch den Tod eines Ehegatten der überlebende Ehegatte ungeachtet der Tatsache, ob Kinder oder Nachkommen des erstverstorbenen Ehegatten existieren oder nicht, das Alleineigentum an allen unbeweglichen Sachen der Gemeinschaft ohne Ausnahme und Vorbehalt erwerben und für die gemeinsamen Schulden aufzukommen haben.

Die Vereinbarung vom ... Dezember 2001 wurde sowohl vom Kläger als auch von den beteiligten französischen und deutschen Stellen so verstanden, dass sich die Gütergemeinschaft auf das gesamte Vermögen der Eheleute mit Ausnahme der inländischen Grundstücke bezog und die Anteile der E an diesem Vermögen aufgrund der Anwachsungsklausel auf den Kläger übergegangen sind. Die aus dem Kläger und der Tochter (T) der Eheleute bestehende Erbengemeinschaft erwarb danach lediglich die inländischen Grundstücke. T, das einzige Kind der Eheleute, erklärte sich mit notarieller Urkunde vom ... Juli 2002 mit der Vereinbarung vom ... Dezember 2001 einverstanden. Sie machte ihren (etwaigen) Pflichtteil nicht geltend. Der Erwerb des Klägers aufgrund der Anwachsungsklausel wurde in Frankreich erbschaftsteuerrechtlich nicht erfasst.

Der Beklagte und Revisionsbeklagte (das Finanzamt – FA –) setzte die Erbschaftsteuer gegen den Kläger durch den weiterhin nach § 164 Abs. 1 AO unter dem Vorbehalt der Nachprüfung stehenden Änderungsbescheid vom 15.11.2004 auf ... EUR fest. Das FA ermittelte dabei den Wert des Erwerbs von ... EUR, indem es den Wert der von E stammenden Anteile des Klägers an den Grundstücken mit dem halben Grundstückswert (... EUR) und für den auf den Kläger übergegangenen Anteil der E am Restvermögen der GbR (ohne Grundstücke und Gesellschaftsbeteiligungen) einen Betrag von ... EUR ansetzte und hiervon Erbfallkosten von ... EUR abzog. Der vom FA angesetzte steuerpflichtige Erwerb von ... EUR ergab sich durch Berücksichtigung eines Freibetrags von 128.000 € und eines Bewertungsabschlags von ... EUR nach § 13a Abs. 1 und 2 ErbStG in der seinerzeit geltenden Fassung (ErbStG a. F.) sowie des in § 16 Abs. 2 ErbStG a. F. vorgesehenen Freibetrags von 1.100 € und durch Abrundung nach § 10 Abs. 1 Satz 5 ErbStG.

Durch Änderungsbescheid vom 7.6.2006 setzte das FA die Steuer auf ... EUR fest. Es wich dabei von dem Bescheid vom 15.11.2004 insoweit ab, als es zusätzlich für den Erwerb der Beteiligungen der E an der AG, der F-GmbH und der A-GmbH ... EUR, ... EUR und ... EUR ansetzte und den Bewertungsabschlag nach § 13a Abs. 2 ErbStG a. F. auf ... EUR erhöhte. Den Bewertungsabschlag errechnete das FA, indem es die sich auf ... EUR belaufende Summe aus den Werten der auf den Kläger übergegangenen Beteiligungen der E an den Kapitalgesellschaften (... EUR) und der GbR (... EUR) um den in § 13a Abs. 1 ErbStG a. F. vorgesehenen Freibetrag von 128.000 € verminderte und vom Unterschiedsbetrag 40 % ansetzte.

Das FA wies den Einspruch als unbegründet zurück. Die aufgrund der Anwachsungsklausel erfolgte Anwachsung des Vermögens der E beim Kläger unterliege nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG der Erbschaftsteuer. Zu besteuern sei gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG i. V. m. § 121 BewG das Inlandsvermögen, nämlich die Anteile der E an den inländischen Grundstücken, an den Kapitalgesellschaften und am übrigen Betriebsvermögen der GbR. Die im Vertrag zwischen der Bundes-

¹³ Vgl. BFH BStBl II 1991, S. 635; BStBl II 2001, S. 229.

republik Deutschland und der Französischen Republik zur Regelung der Saarfrage (SaarVtr) vom 27.10.1956 (BGBl 1956 II, S. 1589) enthaltenen Vorschriften zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiet der Erbschaftsteuer seien zwar aufgrund von Weisungen des saarländischen Finanzministeriums weiter anwendbar und würden auch von Frankreich beachtet, wiesen aber das Besteuerungsrecht im Streitfall dem Saarland zu.

Mit der Klage beantragte der Kläger, die Erbschaftsteuer auf ... EUR herabzusetzen.

Das FG wies die Klage durch das in Entscheidungen der Finanzgerichte 2010, 1711, veröffentlichte Urteil mit der Begründung ab, die von der Anwachsungsklausel erfassten Wirtschaftsgüter seien dem Kläger mit dem Tod der E zugewachsen. Dieser Erwerb des Klägers unterliege als Erwerb von Todes wegen gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG der Erbschaftsteuer. Es könne auf sich beruhen, ob die Anwachsungsklausel nur für die in Frankreich belegenen unbeweglichen Sachen oder für alle den Eheleuten gehörenden Wirtschaftsgüter mit Ausnahme der inländischen Grundstücke vereinbart worden sei. Da alle beteiligten Personen und Stellen die Vereinbarung so angewandt und umgesetzt hätten, als ob die Anwachsungsklausel für das gesamte Vermögen der Eheleute mit Ausnahme der inländischen Grundstücke gelten solle, bleibe es nach § 41 Abs. 1 AO bei dieser Beurteilung.

Zu dem der beschränkten Steuerpflicht gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 ErbStG unterliegenden Inlandsvermögen (§ 121 BewG) gehörten neben den auf den Kläger entsprechend der Erbquote übergegangenen Anteilen der E an den im Inland gelegenen Grundstücken die Beteiligungen der E an der AG, der F-GmbH und der A-GmbH sowie ihr Anteil am Restvermögen der GbR. Die GbR sei aufgrund der mit der AG als Betriebsunternehmen bestehenden Betriebsaufspaltung gewerblich tätig gewesen und habe im Inland auf dem an die AG vermieteten Grundstück, ihrer einzigen wesentlichen Betriebsgrundlage, eine Betriebsstätte gehabt. Die GbR habe in ihren Feststellungserklärungen als inländische Anschrift den Geschäftssitz der AG angegeben. Für die GbR bestimmte Post sei an diese Adresse versandt worden. Der Kläger habe dort als Geschäftsführer der AG ein Büro gehabt und Tätigkeiten für die GbR vorgenommen. Im Übrigen habe die AG durch ihre ständige Tätigkeit für die GbR als deren Vertreter im Inland fungiert. Der Kläger und seine Berater hätten somit die GbR zu Recht seit jeher als einen Gewerbebetrieb behandelt, mit dessen Einkünften die Gesellschafter im Inland der beschränkten Einkommensteuerpflicht unterlegen hätten (§ 49 Abs. 1 Nr. 2 lit. a EStG).

Völkerrechtliche Vereinbarungen stünden der Besteuerung nicht entgegen. Beim Tod der E habe es kein die Erbschaftsteuer betreffendes Doppelbesteuerungsabkommen mit Frankreich gegeben. Die in Art. 19 i. V. m. Anlage 4 SaarVtr enthaltenen „Bestimmungen über die Ausschaltung von Doppelbesteuerungen“ seien mit Ablauf der in Art. 1 Abs. 2 i. V. m. Art. 3 SaarVtr vereinbarten Übergangszeit und somit am 5.7.1959, 24 Uhr, außer Kraft getreten (vgl. den durch Bekanntmachung vom 30.6.1959 veröffentlichten Briefwechsel vom 25.6.1959, BGBl 1959 I, S. 401). Die weitere Anwendung des Art. 19 i. V. m. Anlage 4 SaarVtr habe nicht durch ministerielle Weisungen angeordnet werden können. Vielmehr hätte es dazu einer Entscheidung des Gesetzgebers bedurft.

Mit der Revision rügt der Kläger die Verletzung von § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG, § 121 Nr. 3 BewG, Art. 3 Abs. 1 GG wegen Nichtanwendung der Regelungen des SaarVtr zur Vermeidung von Doppelbesteuerungen sowie von Unionsrecht. Der güterrechtliche Anwachsungserwerb nach französischem Recht unterliege im Inland nicht der Erbschaftsteuer. Das FG habe eine unzulässige steuerverschärfende Analogie vorgenommen. Das französische Steuerrecht erkenne die güterrechtlichen Wirkungen der Vereinbarung einer Gütergemeinschaft mit Anwachsungsklausel auf den Todesfall steuerrechtlich an. Ohne ausdrückliche Regelung im französischen Erbschaftsteuerrecht folge die Rechtsprechung in Frankreich der zivilrechtlichen Beurteilung, dass die Anwachsung von Vermögen aufgrund der güterrechtlichen Anwachsungsklausel keine Schenkung sei. Das deutsche Erbschaftsteuerrecht könne hiervon nicht abweichen (vgl. ergänzend *Gottschalk*, ZEV 2006, 99). Dies ergebe sich auch aus der unionsrechtlich gewährleisteten Kapitalverkehrsfreiheit.

Davon abgesehen sei der auf ihn – den Kläger – übergegangene Anteil der E am Restvermögen der GbR (ohne Grundstücke und Gesellschaftsbeteiligungen) kein der beschränkten Erbschaftsteuerpflicht

unterliegendes inländisches Vermögen. Es handle sich dabei nicht um inländisches Betriebsvermögen im Sinne von § 121 Nr. 3 BewG. Die GbR habe im Inland keine Betriebsstätte unterhalten. Sie habe im Inland weder eine feste Geschäftseinrichtung noch die Stätte ihrer Geschäftsleitung gehabt. Der Mittelpunkt ihrer geschäftlichen Oberleitung habe sich aufgrund der langjährigen schweren Krankheit der E am gemeinsamen Wohnsitz der Eheleute in Frankreich befunden. Unerheblich sei, dass die GbR in Frankreich nicht aktiv wirtschaftlich tätig gewesen sei. Die AG sei nicht ständiger Vertreter der GbR im Inland im Sinne des § 13 AO gewesen.

Darüber hinaus seien die Regelungen im SaarVtr zur Vermeidung einer Doppelbesteuerung auf dem Gebiet der Erbschaftsteuer trotz Ablaufs der Übergangszeit aufgrund der ergangenen ministeriellen Weisungen weiter anwendbar, und zwar aufgrund der Verpflichtung der Finanzbehörden gemäß Art. 3 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 3 GG zur gesetzmäßigen und gleichmäßigen Steuerfestsetzung und zur Gewährung gebotenen Vertrauensschutzes (Selbstbindung durch nachhaltiges Verwaltungshandeln), und stünden der Besteuerung hinsichtlich der von ihm – dem Kläger – erworbenen Anteile der E an den Kapitalgesellschaften entgegen. (...)

Aus den Gründen:

II.

Die Revision ist unbegründet und war daher zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 FGO). Das FG hat die Rechtmäßigkeit des angefochtenen Erbschaftsteuerbescheids zutreffend bejaht.

1. Das FG hat zu Recht angenommen, dass der Erwerb des Klägers aufgrund der nach Art. 1524 Abs. 1 CC vereinbarten Anwachsungsklausel dem Grunde nach gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG als Erwerb von Todes wegen der Erbschaftsteuer unterliegt.

a) Ein nach ausländischem Recht erfolgter Erwerb von Todes wegen kann nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG der inländischen Erbschaftsteuer unterliegen.

aa) Der Erbschaftsteuer unterliegt der Erwerb von Todes wegen (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG). Nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG gilt als Erwerb von Todes wegen der Erwerb durch Erbanfall (§ 1922 BGB), durch Vermächtnis (§§ 2147 ff. BGB) oder aufgrund eines geltend gemachten Pflichtteilsanspruchs (§§ 2303 ff. BGB). Weitere Tatbestände sind in § 3 Abs. 1 Nr. 2 bis 4 und Abs. 2 ErbStG geregelt. Die Vorgänge, die als Erwerb von Todes wegen in Betracht kommen, sind in § 3 ErbStG abschließend aufgezählt. Nicht im Katalog des § 3 ErbStG genannte Erwerbsgründe unterliegen nicht der Erbschaftsteuer. Für die Annahme eines Erwerbs von Todes wegen reicht es auch nicht aus, dass der Erwerb lediglich im Zusammenhang mit einem Erbfall steht (BFH, Urteil vom 4.5.2011, II R 34/09, BFHE 233, 184, BStBl II 2011, S. 725 = MittBayNot 2012, 161).

bb) Die Verweisungen in § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG auf das BGB sind indes nach ständiger Rechtsprechung des BFH nicht so zu verstehen, dass die Vorschrift nur solche Erwerbe von Todes wegen der Erbschaftsteuer unterwerfe, die auf den in ihr genannten Vorschriften des BGB beruhen. Vielmehr kann auch ein nach ausländischem Recht erfolgter Erwerb von Todes wegen der Erbschaftsteuer nach dem ErbStG unterliegen (vgl. z. B. BFH-Urteile vom 19.10.1956, III 128/55 U, BFHE 63, 431, BStBl III 1956, S. 363; vom 15.5.1964, II 177/61 U, BFHE 79, 481, BStBl III 1964, S. 408; vom 12.5.1970, II 52/64, BFHE 105, 44, BStBl II 1972, S. 462; vom 2.2.1977, II R 150/71, BFHE 121, 500, BStBl II 1977, S. 425; vom 28.2.1979, II R 165/74, BFHE 127, 432, BStBl II 1979, S. 438, und vom 7.5.1986, II R 137/79, BFHE 147, 70, BStBl II 1986, S. 615; vgl. auch zur Vermögensteuer BFH, Urteil vom 8.6.1988, II R 243/82, BFHE 153, 422, BStBl II 1988, S. 808).

Beruhet der Erwerb auf ausländischem Recht, so ist, sofern die deutsche Erbschaftsteuer überhaupt Platz greift (§ 2 ErbStG), die Besteuerung unproblematisch, soweit im Einzelfall die Institutionen des ausländischen Erbrechts denen des deutschen Erbrechts entsprechen. Trifft das nicht zu, können die Begriffe des ausländischen Rechts den Begriffen des deutschen bürgerlichen Rechts nicht gleichgesetzt werden. In diesem Fall ist nicht die formale Gestaltung des ausländischen Rechts maßgebend, weil dessen Konsequenzen im Einzelfall andere sein können, als sie die ungefähr vergleichbare Rechtsfigur des deutschen Rechts vorsieht; maßgebend ist in diesem Falle vielmehr die wirtschaftliche Bedeutung dessen, was das ausländische Recht für den Einzelfall vorschreibt (BFH-Urteile in BFHE 63, 431, BStBl III 1956, S. 363; BFHE 79, 481, BStBl III 1964, S. 408, und BFHE 105, 44, BStBl II 1972, S. 462). Nur soweit der Vermögensanfall in seiner wirtschaftlichen Bedeutung einem durch das ErbStG erfassten Erwerb gleichkommt, sind die Voraussetzungen eines Tatbestands erfüllt, an den das ErbStG die Leistungspflicht knüpft (§ 38 AO). Sieht das deutsche bürgerliche Recht mehrere Strukturen vor, die dem nach ausländischem Recht wirklichen Sachverhalt in ihrem wirtschaftlichen Ergebnis gleichkommen, und sind deshalb mehrere Zuordnungen der sich nach ausländischem Recht bestimmenden Nachlassfolge gleichermaßen möglich, muss bezogen auf die Steuerklasse die jeweils mildere Besteuerung Platz greifen; denn nur in Bezug auf diesen Mindestsatz hat das deutsche Recht die Besteuerung eindeutig vorgeschrieben (BFH-Urteile in BFHE 105, 44, BStBl II 1972, S. 462, und BFHE 147, 70, BStBl II 1986, S. 615). Zur Begründung verwies der BFH (Urteile in BFHE 63, 431, BStBl III 1956, S. 363, und BFHE 105, 44, BStBl II 1972, S. 462) unter anderem auf die – inzwischen durch Art. 96 Nr. 5 des Einführungsgesetzes zur Abgabenordnung (BGBl 1976 I, 3341, S. 3380) aufgehobenen – Vorschriften des § 1 Abs. 2 und 3 des Steueranpassungsgesetzes (StAnpG).

cc) An dieser Rechtsprechung ist im Ergebnis auch nach der Aufhebung des § 1 Abs. 2 und 3 StAnpG festzuhalten (ebenso *Jülicher* in *Troll/Gebel/Jülicher*, ErbStG, § 2 Rdnr. 3, 91 ff.; *Geck* in *Kapp/Ebeling*, § 1 ErbStG Rdnr. 79 ff.; *Wälzholz* in *Viskorf/Knobel/Schuck*, ErbStG, BewG, 3. Aufl., § 3 ErbStG Rdnr. 4 ff.; *Jüptner* in *Fischer/Jüptner/Pahlke/Wachter*, ErbStG, 4. Aufl., § 2 Rdnr. 22 f.; *Meincke*, ErbStG, Kommentar, 16. Aufl., § 2 Rdnr. 4; *Weinmann* in *Moench/Weinmann*, § 2 ErbStG Rdnr. 3; *Högl* in *Gürsching/Stenger*, Bewertungsrecht, § 2 ErbStG Rdnr. 2).

Dies ergibt sich aus den Regelungen des § 2 ErbStG über die persönliche Steuerpflicht. Diese Regelungen knüpfen nicht an einen Erwerb nach inländischem Zivilrecht an und würden in großem Umfang leerlaufen, wenn man § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG so verstünde, dass nur ein Erwerb nach den ausdrücklich genannten Vorschriften des BGB erfasst werde. § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG hätte bei einer solchen engen Auslegung zur Folge, dass in zahlreichen Fällen, in denen gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 oder 3 ErbStG die unbeschränkte oder beschränkte Steuerpflicht gegeben ist, die Besteuerung ausgeschlossen wäre.

So ordnet beispielsweise § 2 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 ErbStG die unbeschränkte Steuerpflicht für den gesamten Vermögensanfall an, wenn der Erblasser zur Zeit seines Todes ein Inländer war. Als Inländer gelten gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 lit. a ErbStG natürliche Personen, die im Inland einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, ohne dass es auf die Staatsangehörigkeit ankommt (BFH, Urteil vom 18.4.1962, II R 272/60 U, BFHE 75, 18, BStBl III 1962, S. 276). Bei ausländischen Staatsangehörigen unterliegt die Rechtsnachfolge von Todes wegen hingegen zivilrechtlich nach dem Grundsatz des Art. 25 Abs. 1 EGBGB dem Recht des Staates,

dem der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes angehörte (vgl. z. B. *Jülicher*, a. a. O., § 2 Rdnr. 91; *Palandt/Thorn*, 71. Aufl., Art. 25 EGBGB Rdnr. 1 ff.).

Würde man die Anwendung des § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG auf Erwerbe von Todes wegen beschränken, die auf den Vorschriften des BGB beruhen, könnte demnach in allen Fällen, in denen die Rechtsnachfolge von Todes wegen nach einem ausländischen Staatsangehörigen dem Recht des Staates unterliegt, dem dieser im Zeitpunkt seines Todes angehörte, die Festsetzung von Erbschaftsteuer nicht darauf gestützt werden, dass der Erblasser einen Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hatte und deshalb gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 lit. a ErbStG als Inländer gilt. Bei der Anknüpfung an einen Erwerb nach dem BGB wäre regelmäßig auch eine Besteuerung nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG ausgeschlossen. Eine solche Einschränkung des durch § 2 Abs. 1 Nr. 1 und 3 ErbStG bestimmten Anwendungsbereichs der Erbschaftsteuer wird durch § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG nicht bezweckt.

dd) Die Steuerbarkeit eines auf einem Todesfall beruhenden Erwerbs nach ausländischem Recht kann allerdings nicht allein auf eine wirtschaftliche Betrachtungsweise gestützt werden; denn dies wäre mit der Tatbestandsmäßigkeit der Besteuerung nicht vereinbar. Vielmehr ist darüber hinaus die zivilrechtliche Analyse des Erwerbs nach ausländischem Recht erforderlich (so zutreffend *Fischer* in *Fischer/Jüptner/Pahlke/Wachter*, ErbStG, 4. Aufl., § 3 Rdnr. 62 f.). Ein Erwerb nach ausländischem Recht unterliegt demgemäß bei Vorliegen der allgemeinen Voraussetzungen für die Steuerbarkeit im Inland dann der Erbschaftsteuer, wenn sowohl die Rechtsfolgen als auch das wirtschaftliche Ergebnis einem der in § 3 ErbStG ausdrücklich genannten inländischen Tatbestände entsprechen.

ee) Ein Erbanfall im Sinne des § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG ist somit gegeben, wenn nach dem maßgebenden ausländischen Recht der Tod einer Person unmittelbar kraft Gesetzes zu einer Gesamtrechtsnachfolge in ihr Vermögen führt. Ist dies der Fall, entspricht dies sowohl hinsichtlich der Rechtsfolgen als auch des wirtschaftlichen Ergebnisses einem Erwerb durch Erbfolge gemäß §§ 1922 und 1967 BGB. Unerheblich ist, wie das ausländische Recht den Erwerb zivilrechtlich qualifiziert.

Nicht erforderlich ist auch, dass sich die Gesamtrechtsnachfolge auf das gesamte Vermögen des Erblassers erstreckt. Auch bei einem Erwerb durch Erbanfall (§ 1922 BGB) können Vermögensgegenstände, die dem Erblasser gehört hatten, vom Übergang auf die Erben durch Gesamtrechtsnachfolge ausgeschlossen sein, so bei einer Schenkung auf den Todesfall (§ 2301 BGB, § 3 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG), wenn die Rechtsfolgen des Erfüllungsgeschäftes mit dem Tode des Schenkers ohne weitere Rechtshandlungen eintreten (vgl. BFH, Urteil vom 5.12.1990, II R 109/86, BFHE 163, 223, BStBl II 1991, S. 181), oder wenn aufgrund eines vom Erblasser geschlossenen Vertrags bei dessen Tode ein Dritter einen Vermögensvorteil unmittelbar erwirbt (vgl. § 3 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG).

ff) Bei dieser Auslegung des § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG handelt es sich entgegen der Ansicht des Klägers nicht um eine unzulässige steuerverschärfende Analogie, sondern um eine Auslegung der Vorschrift im Lichte des § 2 Abs. 1 Nr. 1 und 3 ErbStG, der Verfassungsrecht nicht entgegensteht. Es geht nicht um eine außerrechtliche wirtschaftliche Beurteilung rechtlicher Sachverhaltsgestaltungen, sondern um die an den spezifischen Zielen der steuerrechtlichen Regelung ausgerichtete steuerrechtliche Beurteilung, ob der bewirkte wirtschaftliche Erfolg einen Steueratbestand erfüllt und die Belastung mit der Steuer daher gerechtfertigt ist (vgl. zur

Grunderwerbsteuer Kammerbeschluss des BVerfG vom 27.12.1991, 2 BvR 72/90, BStBl II 1992, S. 212).

gg) Die unionsrechtlich gewährleistete Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 56 Abs. 1 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft in der im Jahr 2002 geltenden Fassung, nunmehr Art. 63 Abs. 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union) steht dieser Auslegung des § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG ebenfalls nicht entgegen. Die Kapitalverkehrsfreiheit schützt die Steuerpflichtigen nicht davor, dass bei einem im Todesfall nach ausländischem Recht erfolgenden Erwerb Erbschaftsteuer festgesetzt wird, wenn die in § 2 Abs. 1 Nr. 1 und 3 ErbStG bestimmten Voraussetzungen der unbeschränkten oder beschränkten Steuerpflicht erfüllt sind und der Vermögensanfall in seiner rechtlichen und wirtschaftlichen Bedeutung einem durch das ErbStG erfassten Erwerb nach inländischem Recht gleichkommt. Dies gilt insbesondere, wenn es sich um den mit dem Tod eines deutschen Staatsangehörigen durch Gesamtrechtsnachfolge eintretenden Erwerb inländischen Vermögens durch einen anderen deutschen Staatsangehörigen handelt und die Gesamtrechtsnachfolge nur deshalb nicht auf § 1922 BGB beruht, weil die deutschen Staatsangehörigen die Anwendung ausländischen Rechts vereinbart haben.

b) Der Erwerb des Klägers aufgrund der durch den Vertrag vom ... Dezember 2001 nach Art. 1524 Abs. 1 CC vereinbarten Anwachsungsklausel unterliegt demnach als Erwerb von Todes wegen dem Grunde nach gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG der Erbschaftsteuer.

aa) Der Erwerb entspricht in seinen für die Erbschaftsteuer maßgebenden rechtlichen und wirtschaftlichen Folgen einem Erwerb durch Erbanfall (§ 1922 BGB; vgl. BFH-Urteil in BFHE 63, 431, BStBl III 1956, S. 363). Der Kläger ist aufgrund der Anwachsungsklausel unmittelbar mit dem Tod der E bezüglich der Anteile der E an den zur Gütergemeinschaft gehörenden aktiven Vermögensgegenständen und Schulden wie ein Erbe Gesamtrechtsnachfolger der E geworden. Diese Anteile sind nicht zunächst in den Nachlass gefallen und mussten daher auch nicht von den Erben auf den Kläger übertragen werden.

bb) Der erbschaftsteuerrechtlichen Gleichstellung des Klägers mit einem Erben steht nicht entgegen, dass sich die vereinbarte Gütergemeinschaft und somit auch die Anwachsungsklausel nicht auf das gesamte Vermögen der E erstrecken. Es spielt auch keine Rolle, ob die Eheleute durch den Vertrag vom ... Dezember 2001 für das davon erfasste Vermögen das Pflichtteilsrecht ihrer Tochter ausschließen konnten. Entscheidend ist der Eintritt der Gesamtrechtsnachfolge mit dem Tod der E. Sollte sich das Pflichtteilsrecht der Tochter auf das durch den Vertrag vom ... Dezember 2001 erfasste Vermögen der E bezogen haben, würde ein Abzug als Nachlassverbindlichkeit nach § 10 Abs. 5 Nr. 2 ErbStG dessen Geltendmachung voraussetzen (zu den Anforderungen an die Geltendmachung vgl. BFH-Urteile vom 19.7.2006, II R 1/05, BFHE 213, 122, BStBl II 2006, S. 718, und vom 31.3.2010, II R 22/09, BFHE 229, 374, BStBl II 2010, S. 806). Das FG hat in diesem Zusammenhang festgestellt, dass T den Pflichtteil nicht geltend gemacht hat.

cc) Dass der Erwerb des Klägers aufgrund der Anwachsungsklausel dem Grunde nach der Erbschaftsteuer unterliegt, entspricht auch den Wertungen des Gesetzgebers in § 3 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 ErbStG.

Gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 ErbStG gilt als der Erbschaftsteuer unterliegende Schenkung auf den Todesfall auch der auf dem Ausscheiden eines Gesellschafters beruhende Übergang

des Anteils oder des Teils eines Anteils eines Gesellschafters einer Personengesellschaft oder Kapitalgesellschaft bei dessen Tode auf die anderen Gesellschafter oder die Gesellschaft, soweit der Wert, der sich für seinen Anteil zur Zeit seines Todes nach § 12 ErbStG ergibt, Abfindungsansprüche Dritter übersteigt. Dies betrifft beispielsweise eine Personengesellschaft, bei der der Gesellschaftsvertrag abweichend von § 727 Abs. 1 BGB vorsieht, dass sie durch den Tod eines der Gesellschafter nicht aufgelöst wird, und bei der der Anteil des verstorbenen Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen im Todesfall den anderen Gesellschaftern zuwächst (§ 738 Abs. 1 Satz 1 BGB).

dd) Der Gesetzgeber nimmt auf einem Todesfall beruhende Erwerbe auch nicht allein deshalb von der Erbschaftsteuer aus, weil die Rechtsgrundlage für den Erwerb nicht zum Erbrecht, sondern zum ehelichen Güterrecht gehört. Die Vereinbarung einer Gütergemeinschaft durch Ehevertrag gemäß § 1415 BGB führt nicht dazu, dass das zum Gesamtgut gehörende Vermögen (§ 1416 BGB) beim Tod eines der Ehegatten von der Erbschaftsteuer ausgenommen wird. Der Tod eines der Ehegatten hat regelmäßig zur Folge, dass der Anteil des verstorbenen Ehegatten am Gesamtgut zum Nachlass gehört (§ 1482 Satz 1 BGB). Der verstorbene Ehegatte wird gemäß § 1482 Satz 2 BGB nach den allgemeinen Vorschriften beerbt. Erbschaftsteuerrechtliche Besonderheiten ergeben sich in diesem Fall nicht. Für Lebenspartner gilt Entsprechendes (§ 7 LPartG i. V. m. §§ 1415 ff. BGB).

Wird die Gütergemeinschaft nach dem Tod eines Ehegatten (oder Lebenspartners) mit den Abkömmlingen fortgesetzt (§§ 1483 ff. BGB), ist der Anteil des verstorbenen Ehegatten am Gesamtgut zwar nicht Bestandteil des Nachlasses (§ 1483 Abs. 1 Satz 3 Hs. 1 BGB), wird aber gemäß § 4 Abs. 1 ErbStG erbschaftsteuerrechtlich so behandelt, als wäre er ausschließlich den anteilsberechtigten Abkömmlingen angefallen.

ee) Es spielt danach entgegen der Ansicht des Klägers keine Rolle, wie die Anwachsung des Vermögens eines verstorbenen Ehegatten auf den überlebenden Ehegatten bei einer nach französischem Recht vereinbarten Gütergemeinschaft mit Anwachsungsklausel für den Todesfall nach französischem Erbschaftsteuerrecht beurteilt wird. Das deutsche Erbschaftsteuerrecht ist in seiner Auslegung und Anwendung nicht an Beurteilungen nach französischem Erbschaftsteuerrecht gebunden. Es entspricht vielmehr der auch verfassungsrechtlich gebotenen Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit, wenn die mit dem Tod eines Ehegatten eintretende Gesamtrechtsnachfolge des anderen Ehegatten unabhängig davon der Erbschaftsteuer unterworfen wird, ob sie auf Erbrecht oder einer Anwachsungsklausel nach ausländischem Ehegüterrecht beruht (vgl. *Fischer*, a. a. O., § 3 Rdnr. 62). Die verfassungsrechtlich gebotene Ausrichtung der Steuerlast am Prinzip der finanziellen Leistungsfähigkeit betrifft auch die Erbschaftsteuer (BVerfG, Beschluss vom 21.7.2010, 1 BvR 611, 2464/07, BVerfGE 126, 400, unter B. I.2. a).

c) Revisionsrechtlich nicht zu beanstanden ist auch, dass das FG den im Wortlaut widersprüchlichen Vertrag vom ... Dezember 2001 übereinstimmend mit der Handhabung durch den Kläger selbst, T und die beteiligten Stellen so verstanden hat, dass sich die vereinbarte Gütergemeinschaft auf das gesamte Vermögen der Eheleute mit Ausnahme der inländischen Grundstücke bezogen habe.

2. Das FG hat auch den Umfang des der beschränkten Steuerpflicht nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG unterliegenden Vermögensanfalls zutreffend bestimmt.

a) Die in § 2 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG bestimmten Voraussetzungen für eine unbeschränkte Steuerpflicht sind nicht erfüllt,

weil die Eheleute seit mehr als fünf Jahren vor dem Erbfall im Inland weder einen Wohnsitz (§ 8 AO) noch ihren gewöhnlichen Aufenthalt (§ 9 AO) hatten. Der Kläger hatte nicht deshalb im Inland seinen gewöhnlichen Aufenthalt, weil er als Vorstandsvorsitzender und alleiniger Geschäftsführer der AG im Inland tätig war. Sog. Grenzgänger, d. h. Arbeitnehmer, die sich an jedem Arbeitstag von ihrem Wohnort im Ausland über die Grenze an ihre Arbeitsstätte begeben und nach Arbeitschluss regelmäßig wieder an ihren Wohnort zurückkehren, haben im Inland nicht schon deswegen ihren gewöhnlichen Aufenthalt, weil sie sich während der Arbeitszeit im Inland aufhalten (BFH-Urteile vom 20.4.1988, I R 219/82, BFHE 154, 38, BStBl II 1990, S. 701, und vom 25.1.1989, I R 205/82, BFHE 158, 210, BStBl II 1990, S. 687, je m. w. N.).

b) Die beschränkte Erbschaftsteuerpflicht bezieht sich nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 ErbStG auf den Vermögensanfall, der in Inlandsvermögen im Sinne von § 121 BewG besteht. Zum Inlandsvermögen im Sinne von § 121 BewG gehören unter anderem

- das inländische Grundvermögen (§ 121 Nr. 2 BewG),
- das inländische Betriebsvermögen. Als solches gilt das Vermögen, das einem im Inland betriebenen Gewerbe dient, wenn hierfür im Inland eine Betriebsstätte unterhalten wird oder ein ständiger Vertreter bestellt ist (§ 121 Nr. 3 BewG), und
- Anteile an einer Kapitalgesellschaft, wenn die Gesellschaft Sitz oder Geschäftsleitung im Inland hat und der Gesellschafter entweder allein oder zusammen mit anderen ihm nahestehenden Personen im Sinne des § 1 Abs. 2 des Außensteuergesetzes in der jeweils geltenden Fassung am Grund- oder Stammkapital der Gesellschaft mindestens zu einem Zehntel unmittelbar oder mittelbar beteiligt ist (§ 121 Nr. 4 BewG). Es reicht dabei gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 ErbStG aus, wenn der Erblasser zur Zeit seines Todes entsprechend § 121 Nr. 4 BewG am Grund- oder Stammkapital der inländischen Kapitalgesellschaft beteiligt war.

Betriebsstätte ist nach § 12 Satz 1 AO jede feste Einrichtung oder Anlage, die der Tätigkeit eines Unternehmens dient. Als Betriebsstätte ist gemäß § 12 Satz 2 Nr. 1 AO insbesondere auch die Stätte der Geschäftsleitung anzusehen. Diese Begriffsbestimmung gilt auch für den Begriff der Betriebsstätte im Sinne des § 121 Nr. 3 Satz 2 BewG (BFH, Urteil vom 30.10.1996, II R 12/92, BFHE 181, 356, BStBl II 1997, S. 12).

Die feste Einrichtung oder Anlage muss dem Gewerbebetrieb unmittelbar dienen. Der Betriebsinhaber muss die tatsächliche Verfügungsgewalt über die betrieblichen Einrichtungen oder Anlagen haben. Diese Verfügungsmacht darf nicht nur von vorübergehender Art sein (BFH-Urteile vom 3.2.1993, I R 80-81/91, BFHE 170, 263, BStBl II 1993, S. 462; BFHE 181, 356, BStBl II 1997, S. 12, und vom 4.6.2008, I R 30/07, BFHE 222, 14, BStBl II 2008, S. 922).

Eine hinreichende Verfügungsmacht besteht nur dann, wenn der Steuerpflichtige eine Rechtsposition innehat, die ihm ohne seine Mitwirkung nicht mehr ohne Weiteres entzogen oder die ohne seine Mitwirkung nicht ohne Weiteres verändert werden kann. Ob sie auf Eigentum oder auf einer entgeltlichen oder unentgeltlichen Nutzungsüberlassung beruht, ist gleichgültig. Die bloße Berechtigung zur Nutzung eines Raumes im Interesse eines anderen sowie eine rein tatsächliche Nutzungsmöglichkeit genügen jedoch nicht. Die in Frage kommende Rechtsposition muss allerdings weder ausdrücklich vereinbart noch auf einen bestimmten Raum oder Arbeitsplatz bezogen

sein; es genügt vielmehr, wenn aus tatsächlichen Gründen anzunehmen ist, dass dem Unternehmer irgendein für seine Tätigkeit geeigneter Raum zur ständigen Nutzung zur Verfügung steht. Für die Begründung einer Betriebsstätte ist letztlich entscheidend, ob eine unternehmerische Tätigkeit in einer Geschäftseinrichtung oder Anlage mit fester örtlicher Bindung ausgeübt wird und sich in der Bindung eine gewisse „Verwurzelung“ des Unternehmens mit dem Ort der Ausübung der unternehmerischen Tätigkeit ausdrückt (BFH-Urteil in BFHE 222, 14, BStBl II 2008, 922, m. w. N.).

Der Besitz von Grundstücken oder Gebäuden allein reicht indes nicht, um eine Betriebsstätte zu begründen. Hinzukommen muss vielmehr, dass dort eine eigene gewerbliche Tätigkeit ausgeübt wird. Lediglich vermietete oder verpachtete Grundstücke oder Gebäude oder Gebäudeteile begründen keine Betriebsstätte. Insbesondere reichen die üblichen mit der Pachtzinsvereinnahmung und mit der Erhaltung der Pachtobjekte verbundenen Verwaltungsarbeiten für die Annahme einer Betriebsstätte am Ort des Pachtobjekts nicht aus, da sie durch die Verpächterseite von der Betriebsstätte des Verwaltungssitzes aus vorgenommen werden. Gleiches gilt, soweit sich der Verpächter ein Recht zum Betreten der Pacht Räume zur Prüfung von Geschäftsvorfällen oder sogar eine Kontrolle des gesamten Betriebsablaufs vorbehalten hat (BFH, Urteil vom 10.2.1988, VIII R 159/84, BFHE 153, 188, BStBl II 1988, S. 653).

Dies gilt auch dann, wenn zwischen dem Verpachtungsunternehmen als Besitzunternehmen einerseits und dem pachtenden Unternehmen als Betriebsunternehmen andererseits eine Betriebsaufspaltung besteht. Besitz- und Betriebsunternehmen einer Betriebsaufspaltung bleiben ertragsteuerrechtlich jeweils rechtlich selbständige Unternehmen, ohne dass die Tätigkeit des Betriebsunternehmens dem Besitzunternehmen zugerechnet würde; dieses erzielt vielmehr Einkünfte aus einer gewerblich qualifizierten Vermietung bzw. Verpachtung, wobei zum notwendigen Betriebsvermögen des Besitzunternehmens die der Betriebsgesellschaft zur Nutzung überlassenen Wirtschaftsgüter gehören (BFH, Urteil vom 10.12.1998, III R 50/95, BFHE 188, 176, BStBl II 1999, S. 607).

c) Die Anteile der E an den inländischen Grundstücken und ihre Beteiligungen an der AG, der F-GmbH und der A-GmbH gehören danach zum Inlandsvermögen im Sinne von § 121 BewG. Sollte § 121 Nr. 3 BewG nicht eingreifen, ergibt sich dies aus § 121 Nr. 2 und 4 BewG.

d) Das FG hat zu Recht angenommen, dass auch das übrige Vermögen der GbR nach § 121 Nr. 3 BewG Inlandsvermögen war. Aus den tatsächlichen Feststellungen des FG (§ 118 Abs. 2 FGO) lässt sich übereinstimmend mit der ertragsteuerrechtlichen Behandlung, der die Eheleute nicht widersprochen haben, entnehmen, dass die GbR im Inland nicht nur ihren Sitz, sondern auch eine Betriebsstätte hatte.

Dies ergibt sich zwar nicht bereits aus der zwischen der GbR als Besitzunternehmen und der AG als Betriebsunternehmen bestehenden Betriebsaufspaltung. Die GbR hatte aber am inländischen Sitz der AG deshalb eine Betriebsstätte, weil sie die Räumlichkeiten der AG für ihre gewerbliche Tätigkeit ständig nutzen konnte und auch tatsächlich genutzt hat. Unerheblich ist, ob die Nutzung auf einem vertraglich eingeräumten Nutzungsrecht beruhte (BFH-Urteile vom 23.2.2011, I R 52/10, BFH/NV 2011, 1354 Rdnr. 35 f., und vom 24.8.2011, I R 46/10, BFHE 234, 339 Rdnr. 23). Entscheidend ist vielmehr, dass der Kläger nicht nur Gesellschafter und Geschäftsführer der GbR, sondern auch mit hälftiger Beteiligung neben E Gesellschafter der AG und deren Vorstandsvorsitzender und alleiniger Geschäftsführer war und deshalb die Räumlichkeiten der AG auch für die GbR

nutzen konnte, ohne dass ihm diese Nutzungsmöglichkeit entzogen werden konnte. Von dieser Nutzungsmöglichkeit machte er auch Gebrauch. Denn die GbR hatte am Sitz der AG eine inländische Adresse. Unter dieser Anschrift wurden ihr die Steuerbescheide und die diesen zugrundeliegenden Feststellungs-, Einheitswert- und Grundsteuermessbescheide bekannt gegeben. Der Kläger bringt im Übrigen nicht vor, dass er die im Zusammenhang mit der GbR anfallenden Tätigkeiten ausschließlich in Frankreich ausgeübt habe oder habe ausüben lassen. Auf die vom FG offengelassene Frage, wo sich die Stätte der Geschäftsleitung der GbR befand, kommt es danach ebenso wenig an wie auf das Vorhandensein eines im Inland bestellten ständigen Vertreters der GbR.

e) Die Revision hätte im Übrigen auch dann nicht teilweise Erfolg, wenn das Vermögen der GbR beim Eintritt des Erbfalls abweichend von der ertragsteuerrechtlichen Behandlung kein Betriebsvermögen, sondern Privatvermögen gewesen wäre. Das Restvermögen der GbR im Wert von ... EUR wäre dann zwar nicht als Inlandsvermögen anzusetzen. Zugleich entfielen aber der vom FA gemäß § 13a Abs. 2 ErbStG a. F. berücksichtigte Bewertungsabschlag auf das Restvermögen und das Grundvermögen der GbR in Höhe von 40 %.

3. Wie das FG ferner zutreffend angenommen hat, stehen der Besteuerung die Vorschriften des SaarVtr zur Vermeidung einer Doppelbesteuerung ebenfalls nicht entgegen.

(...)

Anmerkung:

Im Mittelpunkt der vorliegenden Entscheidung stand die Anwendbarkeit des § 3 ErbStG auf einen mit dem Tod zusammenhängenden Erwerbsvorgang nach französischem Güterrecht. Die verstorbene Ehefrau hatte kurz vor ihrem Tod mit ihrem Ehemann einen Ehevertrag abgeschlossen, in dem beide ihre vermögensrechtlichen Beziehungen dem Güterstand der Gütergemeinschaft nach französischem Recht unterstellten. Mit dem Tod der Ehefrau führte die gemäß Art. 1524 Abs. 1 CC vereinbarte Anwachsungsklausel auf den Todesfall zu einer partiellen Gesamtrechtsnachfolge, die Beteiligungen an inländischen Kapitalgesellschaften und einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts umfasste. In den Nachlass der Erbengemeinschaft, die aus dem Ehemann und dessen Tochter bestand, fiel allein inländisches Grundvermögen, das die Eheleute von der französischen Güterstandsvereinbarung ausgenommen hatten. Das deutsche Güterrecht der Gütergemeinschaft kennt keine vergleichbare güterrechtliche Sonderrechtsnachfolge für den überlebenden Ehegatten, an die das deutsche Erbschaftsteuerrecht anknüpfen könnte. Vielmehr gehört der Anteil des verstorbenen Ehegatten am Gesamtgut gemäß § 1482 BGB zum Nachlass. Der verstorbene Ehegatte wird also nach den allgemeinen Vorschriften beerbt. Einen vergleichbaren Fall einer gesetzlich angeordneten güterrechtlichen Sondererbfolge kennt das deutsche Zivilrecht nur für die sog. fortgesetzte Gütergemeinschaft des überlebenden Ehegatten mit gemeinsamen Abkömmlingen (vgl. § 1483 Abs. 1 Satz 2 BGB).

In der vorliegenden Entscheidung geht der II. Senat des BFH davon aus, dass die partielle Gesamtrechtsnachfolge nach französischem Güterrecht für den Todesfall als Erwerb durch Erbanfall (§ 1922 BGB) im Sinne des § 3 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 ErbStG zu werten sei. Das ist dogmatisch nicht überzeugend.

Uneingeschränkt zuzustimmen ist der vom II. Senat des BFH erneut bestätigten ständigen Rechtsprechung (RFH vom 17.4.1944, III 84/43, StuW 1944, Sp. 201), der Klammerzusatz „§ 1922 BGB“ bedeute keine Beschränkung auf den Tatbestand der in § 1922 BGB angeordneten Gesamtrechtsnach-

folge nach deutschem Erbrecht, soweit im konkreten Fall die Institutionen des ausländischen Erbrechts denjenigen des deutschen Erbrechts entsprechen. Insofern kann – namentlich im Falle unbeschränkter Steuerpflicht des Erwerbers – auch auf den Leistungsfähigkeitsgedanken verwiesen werden. Problematisch ist es demgegenüber, die Tatbestände des § 3 ErbStG auch auf Institutionen des ausländischen Rechts auszuweiten, die denjenigen des deutschen Erbrechts nicht entsprechen. Hier droht die Gefahr, im Wege einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise das Prinzip der Tatbestandsmäßigkeit der Besteuerung gegenüber einem am Todesereignis anknüpfenden Bereicherungsprinzip vollständig aufzugeben. Das räumt der II. Senat des BFH zunächst allgemein ein, indem er sich für eine zivilrechtliche Analyse des Erwerbs nach ausländischem Recht ausspricht. Nichtsdestoweniger läuft die Subsumtion der güterrechtlichen Anwachsungsklausel gemäß Art. 1524 Abs. 1 CC auf den Todesfall unter den Tatbestand des Erbanfalls gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 ErbStG auf eine rein wirtschaftliche Betrachtungsweise hinaus. Unerheblich sei nach Meinung des BFH, dass dem Erwerb nur eine partielle Gesamtrechtsnachfolge (Sonderrechtsnachfolge) eines Vermögensteils statt einer auf das ganze Vermögen ausgerichteten Gesamtrechtsnachfolge zugrunde liege und dass die Zuwendung ihren Rechtsgrund im Familienrecht statt im Erbrecht habe. Entscheidend sei die (partielle) Gesamtrechtsnachfolge „mit dem Tod“. Wäre Letzteres ausreichend, dann wäre der Tatbestand des § 3 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG, der an eine „Schenkung“ anknüpft, überflüssig. Ebenso wäre der Ergänzungstatbestand des § 4 ErbStG, der die güterrechtliche Sonderrechtsnachfolge bei fortgesetzter Gütergemeinschaft dem Erwerb von Todes wegen gleichstellt (vgl. BFH vom 26.3.1954, III 89/52 U, BStBl III 1954, S. 159), nicht notwendig.

Dogmatisch schlüssiger wäre es deshalb gewesen, den Vergleich zur Schenkung auf den Todesfall gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 ErbStG zu ziehen. Das hätte aber zur Folge gehabt, dass die Ehegatten bei Vereinbarung der Gütergemeinschaft französisches Rechts eine unentgeltliche Zuwendung eines der Beteiligten hätten beabsichtigen müssen (näher *Fischer in Fischer/Jüptner/Pahlke/Wachter*, ErbStG, 4. Aufl. 2012, § 3 Rdnr. 425). Im konkreten Fall liegt dies nahe, weil die verstorbene Ehefrau offensichtlich todkrank war und die Gütergemeinschaft erst einen Monat vor ihrem Ableben abgeschlossen worden ist. Für den Regelfall wäre demgegenüber wegen des aleatorischen Charakters des Rechtsgeschäfts – es ist regelmäßig bei Vereinbarung der Gütergemeinschaft unklar, wer zuerst verstirbt – von einer entgeltlichen Zuwendung auszugehen. Dass der II. Senat des BFH bei Anwendung des § 3 Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 ErbStG eine „Besteuerungslücke“ wohl erkannt hat, die er im Wege einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise vermeiden möchte, zeigt sich insbesondere an dem Hinweis, die Besteuerung der güterrechtlichen Anwachsungsklausel entspreche „den Wertungen des Gesetzgebers in § 3 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 ErbStG“. Der durch das ErbStRG 1974 (BGBl 1974 I, S. 933) eingefügte Sondertatbestand richtet sich ebenso wie § 7 Abs. 7 ErbStG unter anderem in auf § 738 Abs. 1 BGB beruhenden gesellschaftsrechtlichen Anwachsungsfällen gegen die Wagnisrechtsprechung des BGH, der sich der BFH für das Schenkungssteuerrecht angeschlossen hatte (BFH vom 15.5.1953, III 65/51 S, BStBl III 1953, S. 199). Im Ergebnis läuft die Sichtweise des BFH damit auf eine nach hier vertretener Auffassung unzulässige analoge Erweiterung des § 3 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 ErbStG auf ausländische güterrechtliche Anwachsungsklauseln von Todes wegen zulasten des Steuerpflichtigen hinaus.

Prof. Dr. Michael Fischer, Kiel

HINWEISE FÜR DIE PRAXIS

Der Sanierungsvermerk in der notariellen Praxis

I. Grundlagen

Zur Behebung städtebaulicher Missstände kann die Gemeinde ein Gebiet durch städtebauliche Maßnahmen wesentlich verbessern oder umgestalten, § 136 Abs. 2 BauGB.

Sanierungsgebiete werden von den Gemeinden durch Beschluss gemäß § 142 Abs. 1 Satz 1 BauGB förmlich festgelegt. Einzelne Grundstücke können gemäß § 142 Abs. 1 Satz 3 BauGB ausgenommen werden.

Die Festlegung erfolgt durch Satzung der Gemeinde. Mit Bekanntmachung der Sanierungssatzung treten die rechtlichen Wirkungen der Sanierung ein, § 143 Abs. 1 Satz 4 BauGB.¹ Die notarielle Vertragsgestaltung wird im Wesentlichen durch die Genehmigungserfordernisse (§ 144 BauGB), die Preisprüfung, den Ausgleichsbeitrag (§ 154 BauGB) und das Entstehen des gemeindlichen Vorkaufsrechts (§ 24 Abs. 1 Nr. 3 BauGB) beeinflusst.

Die Gemeinde kann gemäß § 142 Abs. 4 BauGB ein vereinfachtes Genehmigungsverfahren beschließen, in welchem sie sanierungsrechtliche Vorschriften sowie Rechtsfolgen des Sanierungsvermerks (insbesondere die Genehmigungspflicht) ganz oder teilweise ausschließen kann. Bei Ausschluss der Genehmigungspflicht wird im Grundbuch auch kein Sanierungsvermerk eingetragen, § 143 Abs. 2 Satz 4 BauGB.

Die Gemeinde hat die rechtsverbindliche Sanierungssatzung dem Grundbuchamt mitzuteilen und in dieser Mitteilung die betroffenen Grundstücke einzeln aufzuführen (§ 143 Abs. 2 Satz 1 BauGB). Das Grundbuchamt hat daraufhin in Abteilung II² einen entsprechenden Sanierungsvermerk einzutragen (§ 143 Abs. 2 Satz 2 BauGB). Grundbuchrechtlich stellt die Mitteilung der Gemeinde ein Ersuchen einer Behörde im Sinne des § 38 GBO dar.³

Der Eigentümer wird gemäß § 55 Abs. 1 GBO von der Eintragung unterrichtet.

Der Sanierungsvermerk ist jedoch nicht konstitutiv. Die Beschränkungen des § 144 BauGB treten nicht erst mit Eintragung im Grundbuch, sondern bereits mit ortsüblicher Bekanntmachung der Sanierungssatzung ein (§ 143 Abs. 1 BGB). Der gute Glaube an das Nichtvorhandensein der durch das Sanierungsverfahren eintretenden Verfügungsbeschränkungen ist nicht geschützt.⁴

Der Sanierungsvermerk hat folglich auch keine Rangstelle, sondern erschöpft sich in der Information des Rechtsverkehrs, dass auf dem betroffenen Grundstück Sanierungsmaßnahmen stattfinden.

Rechtsgeschäftliche Verfügungen unterliegen nach bindender Erklärung allerdings dem Schutz des § 878 BGB.⁵

Logische Folge der vorstehenden Ausführungen ist eine nicht zu vermeidende Unsicherheit des Notars. Mit Sicherheit wird

er nie beurteilen können, ob das Grundstück in einem Sanierungsgebiet liegt oder nicht. Es empfiehlt sich daher, in der Urkunde zumindest den Verkäufer eine kurze Erklärung dahingehend abgeben zu lassen, dass ihm nicht bekannt ist, dass das Vertragsobjekt in einem Sanierungs- oder Umlegungsgebiet (bei Letzterem besteht die vergleichbare Problematik) liegt. Der Verkäufer müsste hierüber (wenn er auch die Rechtsfolgen nicht kennt) Bescheid wissen, da die Sanierung gemäß § 137 BauGB möglichst frühzeitig mit den Eigentümern erörtert werden soll.

Formulierungsvorschlag:

Den Beteiligten ist nicht bekannt, dass das Grundstück in einem Sanierungs- oder Umlegungsgebiet liegt.

Ist die Sanierung abgeschlossen, löscht das Grundbuchamt auf Ersuchen der Gemeinde den Sanierungsvermerk, § 163 Abs. 3 Satz 2 BauGB. Ein versehentlich stehengelassener Sanierungsvermerk entfaltet keine Rechtswirkungen.⁶

II. Auswirkungen auf die notarielle Vertragsgestaltung

1. Relevante Genehmigungserfordernisse/ Verfügungsbeschränkungen

Gemäß § 144 BauGB bedürfen diverse Rechtsvorgänge der schriftlichen Genehmigung der Gemeinde. Über den Verweis des § 145 Abs. 6 Satz 1 BauGB auf § 22 Abs. 6 BauGB ist sichergestellt, dass das Grundbuchamt Eintragungen ebenfalls nur gegen Vorlage der entsprechenden Unterlagen vornehmen darf. Materiellrechtlich sind Verfügungen bis zur Erteilung oder Versagung der Genehmigung schwebend unwirksam.⁷

Für den Notar sind insbesondere die nachfolgenden Tatbestände relevant:

a) § 144 Abs. 1 Nr. 2 BauGB

Genehmigungspflichtig sind demnach Vereinbarungen, durch die ein schuldrechtliches Vertragsverhältnis über den Gebrauch oder die Nutzung eines Grundstücks, Gebäudes oder Gebäudeteils auf bestimmte Zeit von mehr als einem Jahr eingegangen oder verlängert wird.

Die Vorschrift soll nach einer Auffassung auch für die Begründung von Sondernutzungsrechten nach §§ 10, 13 WEG anwendbar sein, da Vereinbarungen, durch die ein schuldrechtliches Vertragsverhältnis über den Gebrauch oder Nutzen eines Grundstücks von mehr als einem Jahr begründet werden, genehmigungspflichtig sind.⁸

b) § 144 Abs. 2 Nr. 1 BauGB

Nach § 144 Abs. 2 Nr. 1 BauGB ist die rechtsgeschäftliche Veräußerung eines Grundstücks und die Bestellung und Veräußerung eines Erbbaurechts genehmigungspflichtig.

Nach herrschender Meinung ist hierunter das dingliche Erfüllungsgeschäft nach den §§ 873, 925 BGB zu verstehen, durch

¹ Heiß/Schreiner, NVwZ 2009, 1147, mit Verweis auf BGH, III ZR 109/93, NVwZ 1995, 101, „am selben Tag“.

² Krautberger in Battis/Krautberger/Löhr, BauGB, § 143 Rdnr. 6.

³ Demharter, GBO, § 38 Rdnr. 24.

⁴ BeckOK-GBO/Hügel, Verfügungsbeschränkungen, Rdnr. 47.

⁵ Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 3884, 126.

⁶ Würzburger Notarhandbuch/Hertel, 3. Aufl., Teil 6 Rdnr. 13.

⁷ Krautberger in Battis/Krautberger/Löhr, BauGB, § 144 Rdnr. 6.

⁸ BeckOK-GBO/Hügel, Verfügungsbeeinträchtigungen, Rdnr. 50.

das das Eigentum an einem Grundstück auf den Erwerber übertragen wird, also die Auflassung.⁹

Unter die Veräußerung eines Grundstücks fällt gemäß § 200 Abs. 1 BauGB auch die Veräußerung eines Grundstücksteils, ebenso die Veräußerung eines Miteigentumsanteils, nicht dagegen die Veräußerung eines Erbteils an einer Erbmasse, zu der das Grundstück gehört.¹⁰ Auch die Übertragung eines Gesellschaftsanteils ist nicht genehmigungspflichtig.¹¹

c) § 144 Abs. 2 Nr. 2 BauGB

Nach § 144 Abs. 2 Nr. 2 BauGB ist die Bestellung eines das Grundstück belastenden Rechts genehmigungspflichtig.

d) § 144 Abs. 2 Nr. 3 BauGB

Schließlich ist gemäß § 144 Abs. 2 Nr. 3 BauGB ein schuldrechtlicher Vertrag, durch den eine Verpflichtung zu einem der in Nr. 1 oder 2 genannten Rechtsgeschäfte begründet wird, genehmigungspflichtig; ist der schuldrechtliche Vertrag jedoch bereits genehmigt, gilt dies auch für das in Ausführung des Vertrags vorgenommene dingliche Rechtsgeschäft.

e) § 144 Abs. 2 Nr. 5 BauGB

Nach § 144 Abs. 2 Nr. 5 BauGB bedarf auch die Teilung eines Grundstücks der sanierungsrechtlichen Genehmigung. Hierunter fällt nur die Realteilung (Veränderung der Grundstücksgrenzen), nicht die Aufteilung des Grundstücks in Wohnungseigentum. Bei Grundstücken, bei denen eine Sanierungsgenehmigung zur Grundstücksteilung nicht zu erlangen ist, kann somit die Aufteilung nach dem WEG (bspw. als Mehrhausanlage) eine Gestaltungsalternative darstellen.

Bei der Aufteilung in Wohnungseigentum ist allerdings nach richtiger Auffassung zu differenzieren: Findet eine Aufteilung nach § 8 WEG statt, ist eine Genehmigung nicht erforderlich. Bei einer Aufteilung nach § 3 WEG, bei der eine vorherige Übertragung von Miteigentumsbruchteilen erforderlich ist, ist die Genehmigung erforderlich.¹² Für die Begründung von Sondernutzungsrechten kann die Vorschrift des § 144 Abs. 1 Nr. 2 BauGB einschlägig sein (siehe oben).

f) Ausnahme von der Genehmigungspflicht, § 144 Abs. 4 Nr. 2 BauGB

Nach § 144 Abs. 4 Nr. 2 besteht die Genehmigungspflicht nach Abs. 2 nicht für Rechtsvorgänge nach Abs. 2 Nr. 1 bis 3, die der Vorwegnahme der gesetzlichen Erbfolge dienen. Die Ausnahme muss sich aus Gründen der Missbrauchsverhinderung auf Fälle im Rahmen der gesetzlichen Erbfolge beschränken.¹³

2. Vorkaufsrecht im förmlich festgelegten Sanierungsgebiet, § 24 Abs. 1 Nr. 3 BauGB

Für die Vertragsgestaltung- und abwicklung weiter relevant ist, dass im förmlich festgelegten Sanierungsgebiet gemäß § 24 Abs. 1 Nr. 3 BauGB ein Vorkaufsrecht der Gemeinde besteht. Erforderlich ist demnach eine Nichtausübungserklärung der Gemeinde.

⁹ DNotI-Report 1994, 1, 2, m. w. N.

¹⁰ Krautzberger in Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, § 144 Rdnr. 13.

¹¹ Schöner/Stöber, Rdnr. 3886.

¹² BeckOK-GBO/Hügel, Verfügungsbeeinträchtigungen, Rdnr. 50.

¹³ Krautzberger in Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, § 144 Rdnr. 22.

3. Hinweispflichten des Notars

Weiß der Notar, dass der Vertrag der sanierungsrechtlichen Genehmigung bedarf, so soll der Notar gemäß § 18 BeurkG die Beteiligten darauf hinweisen und dies in der Niederschrift vermerken. Der Notar muss hierbei nicht prüfen, ob die Genehmigungsvoraussetzungen vorliegen, er schuldet auch nicht die Herbeiführung dieser Voraussetzungen. Bestehen aus Sicht des Notars Zweifel darüber, ob die Genehmigungsvoraussetzungen bedarf oder ob die Genehmigungsvoraussetzungen vorliegen, soll der Notar hierauf hinweisen.¹⁴

Auch auf das bestehende Vorkaufsrecht ist selbstverständlich gemäß § 20 BeurkG hinzuweisen.

4. Ausgleichsbetrag des Eigentümers, § 154 BauGB

Folge des Sanierungsverfahrens ist, dass gemäß § 154 BauGB der Grundstückseigentümer zur Finanzierung der Sanierung an die Gemeinde einen Ausgleichsbetrag in Geld zu entrichten hat, der der durch die Sanierung bedingten Erhöhung des Bodenwerts seines Grundstücks entspricht.

Dieser Betrag trifft öffentlichrechtlich den Eigentümer. Die sachliche Beitragspflicht entsteht mit Abschluss der Sanierung entweder für das gesamte Sanierungsgebiet nach § 162 BauGB durch Satzung oder für einzelne Grundstücke nach § 163 BauGB durch Abschlusserklärung. Wann die persönliche Beitragspflicht entsteht, ist umstritten.¹⁵ Teilweise wird vertreten, dass diese zeitgleich mit der sachlichen Beitragspflicht entsteht. Zahlungspflichtig ist dann der Grundstückseigentümer zum Zeitpunkt des Abschlusses der Sanierung. Andere Auffassungen vertreten in analoger Anwendung des § 134 Abs. 1 Satz 1 BauGB, dass die persönliche Beitragspflicht mit Bekanntgabe des Bescheides entsteht. Zahlungspflichtig ist dann der Eigentümer im Zeitpunkt der Bescheidsbekanntgabe.

In der Regel scheidet es aus, den (künftigen) Ausgleichsbetrag dem Verkäufer aufzuerlegen und dies im Kaufpreis entsprechend zu berücksichtigen. Die Einrechnung in den Kaufpreis ist dem Verkäufer wegen § 153 Abs. 2 BauGB regelmäßig versagt. Dies liegt darin begründet, dass eine Einpreisung regelmäßig zur Verweigerung der Genehmigung führt: Im Rahmen des Genehmigungsverfahrens findet eine Preiskontrolle statt. Die Vereinbarung eines Gegenwerts, der über dem von sanierungsbedingten Wertsteigerungen bereinigten Verkehrswert liegt, stellt in der Regel eine wesentliche Erschwerung der Sanierung im Sinne des § 145 Abs. 2 BauGB und damit einen Versagungsgrund dar. Die Preiskontrolle soll insbesondere den Erwerber davor schützen, dass er für die sanierungsbedingten Werterhöhungen doppelt bezahlt,¹⁶ ebenso soll auf der Kehrseite ein ungerechtfertigter Gewinn des Veräußerers verhindert werden.¹⁷

Deswegen ist regelmäßig der Ausgleichsbetrag dem Käufer – jedenfalls im Innenverhältnis – aufzuerlegen. Eine fehlende Regelung würde die Kostentragungspflicht dem Zufall überlassen.

¹⁴ Heinemann in Grziwotz/Heinemann, BeurkG, § 18 Rdnr. 4 m. w. N.

¹⁵ Vgl. hierzu Löhr in Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, § 154 Rdnr. 19.

¹⁶ Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 6. Aufl., Rdnr. 1559.

¹⁷ Würzburger Notarhandbuch/Hertel, 3. Aufl., Teil 6 Rdnr. 18.

Formulierungsvorschlag:¹⁸

Der Vertragsgegenstand befindet sich in einem Sanierungsgebiet. Das Sanierungsverfahren ist nach Angabe des Verkäufers noch nicht abgeschlossen. Über die Bedeutung und Rechtswirkungen (insbesondere Genehmigungspflichten, Preiskontrolle, Ausgleichsbetrag, gemeindliches Vorkaufrecht) hat der Notar belehrt. Der Verkäufer garantiert, dass er die ihn und den Vertragsgegenstand im Rahmen des Sanierungsverfahrens bis heute treffenden Verpflichtungen erfüllt hat.

Der Käufer tritt in das Sanierungsverfahren mit Wirkung ab heute ein und übernimmt den im Grundbuch eingetragenen Sanierungsvermerk mit allen sich aus dem Gesetz und der Sanierungssatzung ergebenden Verpflichtungen.

Einen etwa künftig fällig werdenden Ausgleichsbetrag für sanierungsbedingte Werterhöhungen trägt im Innenverhältnis der Käufer. Der Notar wies darauf hin, dass im Außenverhältnis derjenige haftet, der im Zeitpunkt des Entstehens der Beitragspflicht Grundstückseigentümer ist.

Möglichkeiten, die Ablösung des Ausgleichsbetrages mit der Gemeinde zu vereinbaren, wurden erörtert. Der Verkäufer versichert, dass ein Entschädigungsverzicht nach § 145 Abs. 3 BauGB bislang nicht erklärt wurde und auch nicht erklärt wird. Weiter erklärt der Verkäufer, keine Ablösung oder Vorauszahlung auf den Ausgleichsbetrag geleistet zu haben.

Denkbar ist auch, dass der Verkäufer eine Ablösung des Ausgleichsbetrags vor Abschluss der Sanierung mit der Gemeinde vereinbart hat (§ 154 Abs. 3 Satz 2 und 3 BauGB). Ist eine solche Ablösung erfolgt und der Ablösebetrag bereits bezahlt, entfällt die Preisprüfung (vgl. § 153 Abs. 2 Satz 2 BauGB)¹⁹ und die Beteiligten können einen entsprechend höheren Kaufpreis vereinbaren.

5. Kaufpreisfälligkeit

Da der Kaufvertrag bis zur Erteilung der Genehmigung schwebend unwirksam ist, ist der Kaufpreis nicht vor Genehmigungserteilung fällig, was klarstellend im Vertrag geregelt werden sollte.²⁰ Weiter wird in der Regel die Kaufpreisfälligkeit von der Eintragung der Auflassungsvormerkung abhängen, die den Käufer ab Eintragung gegen beeinträchtigende Verfügungen schützt, aber nur unter der Bedingung, dass der gesicherte vertragliche Anspruch infolge Genehmigung entsteht.²¹

Benötigt der Käufer im Rahmen der Kaufpreisfinanzierung eine Grundschuld auf dem Vertragsobjekt, ist zu beachten, dass auch gemäß § 144 Abs. 2 Nr. 2 BauGB diese Grundschuld der Genehmigung bedarf.

Es sollte mit den Parteien erörtert werden, ob auch die Genehmigung der Finanzierungsgrundschuld als Fälligkeitsvoraussetzung vereinbart werden soll, womit der Verkäufer jedenfalls mit der Einschränkung einverstanden sein dürfte, dass die Finanzierungsgrundschuld am gleichen Tag (oder in enger zeitlicher Nähe) wie der Kaufvertrag beurkundet wird.²²

¹⁸ Weitere Formulierungsvorschläge bei *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 1565; *Salzig* in Beck'sche Online Formulare Vertragsrecht, Formular 8.1.3; Würzburger Notarhandbuch/*Hertel*, Teil 6 Rdnr. 6.

¹⁹ *Löhr* in *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, § 154 Rdnr. 11a.

²⁰ Würzburger Notarhandbuch/*Hertel*, Teil 6 Rdnr. 20.

²¹ Würzburger Notarhandbuch/*Hertel*, Teil 6 Rdnr. 21.

²² Vgl. *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 1563.

6. Eintragung der Auflassungsvormerkung

Die Eintragung einer Auflassungsvormerkung erfüllt keinen Genehmigungstatbestand. Sie kann folglich auch ohne sanierungsrechtliche Genehmigung eingetragen werden.²³ Schwebend unwirksame Ansprüche werden hinsichtlich der Vormerkung wie künftige Ansprüche behandelt.²⁴ Es empfiehlt sich, nach Erörterung mit den Beteiligten im Kaufvertrag klarzustellen, wann die Eintragung der Vormerkung beantragt werden soll, und den Notar entsprechend anzuweisen.

Formulierungsvorschlag:*Alternative 1:*

Der Notar wird angewiesen, die Eintragung der Eigentumsvormerkung erst nach Vorliegen der sanierungsrechtlichen Genehmigung zu beantragen.

Alternative 2:

Der Notar wird angewiesen, die Eintragung der Eigentumsvormerkung sofort, unabhängig vom Vorliegen der sanierungsrechtlichen Genehmigung, zu beantragen.

Wurde eine Vormerkung eingetragen und wird die sanierungsrechtliche Genehmigung versagt, wird die eingetragene Auflassungsvormerkung gegenstandslos.²⁵ Für diesen Fall sollte Vorsorge für ihre Löschung getroffen werden, z. B. durch eine Löschungsvollmacht des Notars.

7. Vollzugsvollmacht

Bei Vollzugsvollmachten ist, da der Notar hinsichtlich des Einholens der Sanierungsgenehmigung kein gesetzliches Antragsrecht hat, darauf zu achten, dass diese das Einholen der Genehmigung umfassen.²⁶ Der Notar sollte zur Entgegennahme von Genehmigungen nur ermächtigt sein, wenn diese vorbehaltlos ohne Auflagen und Bedingungen erteilt sind.²⁷

III. Einfluss auf bestehende Kaufverträge**a) Schwebend unwirksame Verträge**

Ist der beurkundete Vertrag im Zeitpunkt der Bekanntmachung der Sanierungssatzung aus anderen Gründen noch schwebend unwirksam, etwa weil er vorbehaltlich nachträglicher Genehmigung eines Vertragsteils geschlossen wurde oder aus anderen Gründen noch der Genehmigung bedarf (beispielsweise betreuungsgerichtliche Genehmigung, Verwaltungszustimmung), ist maßgeblicher Zeitpunkt der Eintritt der Wirksamkeit des Vertrages. Ist zu diesem Zeitpunkt eine Sanierungssatzung in Kraft getreten, bedarf der Vertrag der sanierungsrechtlichen Genehmigung.

b) Kaufvertrag beurkundet, Auflassung noch nicht erklärt

Wurde die Sanierungssatzung nach Beurkundung des Kaufvertrages, aber vor Erklärung der Auflassung bekannt gemacht, gilt:

Der Kaufvertrag selbst bedarf keiner Genehmigung mehr, da im Zeitpunkt des Vertragsschlusses kein Genehmigungserfor-

²³ *Schöner/Stöber*, Rdnr. 3886.

²⁴ *Schöner/Stöber* Rdnr. 1490; speziell zur Vormerkung bei Sanierungsverfahren LG Halle, DNotI-Report 1996, 214.

²⁵ OLG Zweibrücken 3 W 20/89, DNotZ 1990, 300.

²⁶ Vgl. etwa Kaufvertragsmuster in Würzburger Notarhandbuch/*Hertel*, Teil 2 Kapitel 2 Rdnr. 3.

²⁷ *Grein*, RNotZ 2004, 115.

dernis bestand.²⁸ Das dingliche Rechtsgeschäft, die Auflassung, ist jedoch genehmigungspflichtig gemäß § 144 Abs. 2 Nr. 1 BauGB.

Eine etwa eingetragene Vormerkung schützt nicht gegen den nachträglichen Eintritt öffentlichrechtlicher Genehmigungserfordernisse.

Wird in diesem Fall die Genehmigung versagt, ist das Verpflichtungsgeschäft wirksam, kann aber nicht mehr erfüllt werden. Diese nachträgliche Unmöglichkeit dürfte im Regelfall von keiner Partei zu vertreten sein.²⁹

c) Kaufvertrag beurkundet, Auflassung erklärt

Tritt die Sanierungssatzung nach Beurkundung des Kaufvertrages und Erklärung der Auflassung, jedoch vor Eintragung des Eigentumswechsels im Grundbuch in Kraft, gilt Folgendes:

Der schuldrechtliche Kaufvertrag bedarf wiederum keiner Genehmigung.

²⁸ Vgl. *Schöner/Stöber*, Rdnr. 3888.

²⁹ *Zimmermann*, MittRhNotK, 1990, 185, 189.

Hinsichtlich der Verfügungsbefugnis des Eigentümers ist der Käufer unter den Voraussetzungen des § 878 BGB geschützt.³⁰

Ob bzw. bis zu welchem Zeitpunkt öffentlichrechtlich die Genehmigung des dinglichen Erfüllungsgeschäftes erforderlich ist, ist nicht vollständig geklärt. Entscheidend für die Frage ist, wann das „dingliche Erfüllungsgeschäft“ im Sinne des § 144 Abs. 2 Nr. 1 BauGB als vorgenommen gilt. Nach ganz allgemeiner Auffassung ist hierbei nicht der volle zivilrechtliche Erwerbstatbestand im Sinne von §§ 873, 925 BGB maßgebend, also das Vorliegen von Auflassung und Eintragung, sondern es soll zumindest reichen, wenn die Eintragungsanträge vor Erlass der Sanierungssatzung bereits beim Grundbuchamt eingegangen waren.³¹ Nach herrschender Meinung wird auch die reine Beurkundung der Auflassung vor Erlass der Sanierungssatzung als ausreichend angesehen.³²

Notarassessor *Joachim Mödl*, Augsburg

³⁰ *Schöner/Stöber*, Rdnr. 3884, 126.

³¹ DNotI-Gutachten, Faxabruf Nr. 96511 m. w. N.

³² Ebenda m. w. N.

STANDESNAHRICHTEN

Personaländerungen

1. Verstorben:

Notar a. D. Dr. Dietrich Reuter, Bad Tölz,
verstorben am 25.3.2013

2. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung vom 1.7.2013:

Notar Dr. Karl Gerstner, Miesbach

Notar Michael Freiherr von Steinaecker, Geisenfeld

Mit Wirkung vom 1.8.2013:

Notar Hans-Christian Düwel, Rosenheim

Notar Dr. Hartmut Schöner, München

3. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung vom 1.4.2013:

Arnstorf der Notarin
 Dr. Susanne Kappler
 (bisher in Wegscheid)

München dem Notar
 Dr. Jörg Budnick
 (bisher in Nürnberg)

Passau der Notarassessorin
 Silvia Paulöhl
 (bisher in Weilheim
 Notarstelle Dr. Bracker)

Mit Wirkung vom 15.4.2013:

Neu-Ulm dem Notarassessor
(in Sozietät mit Notar Dr. Reul) Dr. Alexander Lutz
 (bisher in München
 Landesnotarkammer Bayern
 und Notarkasse A.d.ö.R.)

Mit Wirkung vom 1.5.2013:

Landsberg am Lech dem Notar
(in Sozietät mit Notar Oliver Kuhn
Regensburger) (bisher in Naila)

Parsberg der Notarassessorin
 Susanne Schulze
 (bisher in Schwabach
 Notarstellen Hagg/Liebing)

Mit Wirkung vom 1.6.2013:

Würzburg dem Notarassessor
 Dr. Jens Neie
 (bisher in Schweinfurt
 Notarstellen Dr. Weiß/Muschel)

4. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung vom 1.3.2013:

Malte Giebel, Erlangen
(Notarstellen Dr. Martini/Siegler)

Christian Häusler, Füssen
(Notarstellen Dr. Malzer/Dr. Wälzholz)

Jochen Keßler, Würzburg
(Notarstellen Prof. Dr. Limmer/Dr. Friederich)

Dr. Johannes Weber, Weißenhorn
(Notarstelle Dr. Ziegler)

5. Neueinstellungen von Inspektoren i. N.:

Mit Wirkung vom 1.4.2013:

Jessica Geis, Obernburg a. Main
(Notarstellen Herrmann/Dr. Koch)

Karin Haberl, Simbach a. Inn (Notarstelle Dr. Mayer)

Christina Heckl, München
(Notarstellen Dr. Kopp/Benesch)

Carolin Kandler, Regensburg (Notarstelle Dr. Huber)

Tatjana Köstler, Ingolstadt
(Notarstellen Blomeier/Dr. Lichtenwimmer)

Dominic List, Hauzenberg
(Notarstelle Dr. Kappler, Wegscheid)

Beate Nusko, München
(Notarstellen Dr. Schemmann/Dr. Ludewig)

Cornelia Nußbaumer, München
(Notarstellen Dr. Frank/Dr. Schneeweiß)

Sabrina Pfeifer, Würzburg
(Notarstellen Prof. Dr. Limmer/Dr. Friederich)

Verena Riepl, Regensburg
(Notarstellen Dr. Thalhammer/Schünemann)

Carina Romano, Augsburg (Notarstellen Feist/Kristic)

Stefanie Schönwasser, Nürnberg
(Notarstellen Dr. Kutter/Dr. Sommerhäuser)

Jelena Stanojevic, Rosenheim (Notarstelle Lederer)

Sandra Tamm, Burgau (Notarstelle Schmitt)

Jürgen Thomann, Erlangen
(Notarstellen Dr. Rieder/Dr. Schwanecke)

Doris Vogel, München (Notarstelle Ellert)

6. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Die Sozietät Dr. Pfisterer/Siller-Bauer, München,
wurde mit Wirkung vom 1.5.2013 aufgehoben

Notarassessor Dr. Benedikt Schreindorfer,
Mindelheim (Notarstelle Franzmann), ab 1.3.2013
in München (Landesnotarkammer Bayern und
Notarkasse A.d.ö.R.)

Notarassessorin Stefanie Tafelmeier, Augsburg
(Notarstellen Dr. Bernhard/Dr. Straßer), ab 18.3.2013
in München (Landesnotarkammer Bayern)

Notarassessor Dr. Ulrich Höhle, Amberg (Notarstelle
Dr. Frank), ab 1.4.2013 in München (Notarstellen
Dr. Götte/Lautner)

Notarassessor Martin Hörmann, Würzburg (Notar-
stellen Dr. Baumann/Sorge), ab 1.4.2013 in München
(Notarstellen Dr. Walz/Dr. Vollrath)

Notarassessor Dr. Valentin Spemath, Landsberg am Lech
(Notarstellen Dr. Rapp/Regensburger), ab 1.4.2013 in
München (Notarstellen Spoerer/Dr. Wicke)

Inspektorin i. N. Manuela Hellmuth, Nürnberg (derzeit
in Elternzeit), ab 1.4.2013 in Bad Neustadt a. d. Saale
(Notarstelle Dr. Schmitkel)

Oberinspektorin i. N. Lucia Schütz, Regensburg (derzeit im Sonderurlaub), ab 1.4.2013 in Regensburg (Notarstellen Dr. Albrecht/Franzmann)

7. Ausgeschiedene Beschäftigte:

Oberamtsrat i. N. Franz Kempf, Passau (Notarstelle Dr. Bandel/Pich), ab 1.3.2013 im Ruhestand

Oberinspektor i. N. Norbert Feneis, Bayreuth (Notarstelle Dr. Dr. Forst), zum 31.3.2013 ausgeschieden

Amtsrat i. N. Franz Simmel, Waldkirchen (Notarstelle Dr. Graf), ab 1.7.2013 im Ruhestand

Anschriften- und Rufnummernänderungen:

München, Notarstelle Dr. Pfisterer
Residenzstraße 23/III, 80333 München
Telefon: 089 24214780

München, Notarstelle Siller-Bauer
Residenzstraße 23/IV, 80333 München

München, Notarstellen Dr. Schwab/Dr. Weiler
Telefax: 089 242939777
E-Mail: info@schwab-weiler.de
Homepage: www.schwab-weiler.de

Schriftleitung: Notarassessorin Dr. Bernadette Bord
Notarassessor Boris Pulyer

Ottostraße 10, 80333 München
ISSN 0941-4193

Die Mitteilungen erscheinen jährlich mit sechs Heften und können nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Telefon 089 551660, Fax 089 55166234, info@mittbaynot.de, bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 53,00 € zuzüglich 6,00 € Versandkosten und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt. Einzelheft 13,00 € einschließlich Versandkosten.

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an:
Mediengruppe Universal, Kirschstraße 16, 80999 München, Telefon 089 5482170, Fax 089 555551.

Bestellen Sie Einbanddecken gerne auch im Internet unter www.mediengruppe-universal.de/notarkammer.

Veranstaltungen des DAI

1. Das neue Kostenrecht in der notariellen Praxis
(Gutfried)
2.5.2013, 13.6.2013 und 27.6.2013 in Berlin, 21.5.2013 in Essen, 7.6.2013 in Glücksburg und 12.6.2013 in Gießen
(Kühnelt)
2.5.2013 in Lübeck, 16.5.2013 und 3.6.2013 in Kiel
(Schmidt)
3.5.2013 in Mönchengladbach und 17.5.2013 in Detmold
(Gläser, Schmidt)
6.5.2013 in Karlsruhe
(Sandkühler)
7.5.2013 und 25.6.2013 in Dortmund, 14.5.2013 in Bochum, 3.6.2013 in Lüdenscheid und 28.6.2013 in Siegen
(Robbers)
8.5.2013 in Münster, 15.5.2013 in Kassel, 21.5.2013 in Northeim, 22.5.2013 in Paderborn, 7.6.2013 in Darmstadt, 17.6.2013 in Bielefeld, 21.6.2013 in Arnsberg und 27.6.2013 in Fulda
(Tiedtke)
8.5.2013 in Göttingen, 14.5.2013 und 5.6.2013 in Berlin, 29.5.2013 in Siegen, 14.6.2013 in Duisburg, 26.6.2013 in Lübeck und 27.6.2013 in Detmold
(Neie)
10.5.2013, 13.5.2013 und 18.6.2013 in Heusenstamm
(Schmidt, Wegerhoff)
10.5.2013 in Düsseldorf
(Sikora)
13.5.2013 in Berlin
(Diehn)
17.5.2013 in Berlin, 23.5.2013 in Lübeck, 27.5.2013 und 17.6.2013 in Hamburg
(Bachmayer, Wegerhoff)
17.5.2013 in Koblenz
(Bensmann)
22.5.2013 in Leer, 28.5.2013 und 14.6.2013 in Oldenburg und 4.6.2013 in Melle
(Sikora, Tiedtke)
23.5.2013 in Berlin
(Fackelmann, Gläser)
24.5.2013 in Köln
(Fackelmann)
27.5.2013 in Limburg, 10.6.2013 in Bremen, 11.6.2013 in Paderborn, 12.6.2013 in Wuppertal, 13.6.2013 in Dortmund, 21.6.2013 in Berlin, 24.6.2013 in Bonn und 28.6.2013 in Heusenstamm
(Büttner)
28.5.2013 in Bremerhaven
(Robbers, Sikora)
29.5.2013 in Münster
(Sandkühler, Sikora)
6.6.2013 in Essen
(Bachmayer, Schmidt)
7.6.2013 in Mainz
(Sticherling)
11.6.2013 in Salzgitter und 17.6.2013 in Marburg
(Wriedt)
18.6.2013 in Bokel
(Wegerhoff)
21.6.2013 in Hagen
(Robbers, Schmidt)
24.6.2013 in Wiesbaden und 26.6.2013 in Aachen
(Bachmayer)
24.6.2013 in Stuttgart
2. Gestaltungen im Pflichtteilsrecht
(Herrler, Müller)
3.5.2013 in Berlin
3. Ausgewählte Fragen des Bauträgervertragsrechts
(Basty)
4.5.2013 in Köln
4. Handelsregister- und Handelsregisterkostenrecht
(Schmidt)
15.5.2013 in Berlin
5. Haftungsfallen im Gesellschaftsrecht
(Heckschen, Heidinger)
25.5.2013 in Heusenstamm
28.6.2013 in Kassel
6. Der Versorgungsausgleich in der notariellen Praxis
(Reetz)
31.5.2013 in Kiel
7. Aktuelles Steuerrecht für Notare
(Wälzholz)
5.6.2013 in Bochum
8. Intensivkurs Erbrecht
(Frenz)
7.–8.6.2013 in Dinklage
21.–22.6.2013 in Heusenstamm
9. 16. Vorbereitungslehrgang auf die notarielle Fachprüfung
Teil 3 – Familienrecht einschließlich des Verfahrensrechts in Betreuungs- und Unterbringungssachen, Notarielles Kostenrecht, Grundzüge des Internationalen Privatrechts
(Diehn, Reetz, Tiedtke, Wandel)
10.–15.6.2013 in Heusenstamm
Teil 4 – Recht der Personengesellschaften nebst Handelsregisteranmeldung und Handelsrecht, Recht der Kapitalgesellschaften und Umwandlungsrecht nebst Handelsregisteranmeldung, Stiftungsrecht und Grundzüge des Internationalen Privatrechts der Gesellschaften, Handelsregisteranmeldung, Wohnungseigentumsrecht, Grundzüge des Insolvenzrechts, Grundzüge des Haftungsrechts
(Hügel, Leitzen, Reul, Weiler)
1.–6.7.2013 in Heusenstamm

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.

SONSTIGES

„Update Familienrecht“

Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München

Mittwoch, 10.7.2013, 16:30 Uhr s. t.
Geschwister-Scholl-Platz 1, 80539 München, Senatssaal (E 106/110 im 1. Obergeschoss)

Referenten: **Notar Dr. Michael Grötsch, München**
Genauer Titel des Referats steht noch nicht fest.

Richterin am OLG München
Dr. Isabell Götz
Genauer Titel des Referats steht noch nicht fest.

Im Anschluss an die Vorträge besteht die Möglichkeit zur Diskussion. Zum Ausklang der Veranstaltung wird zu einem kleinen Empfang geladen.

Anmeldung und Information:

Forschungsstelle für Notarrecht, Prof.-Huber-Platz 2,
80539 München; Tel: 089 2180-1420, Fax: 089 2180-13981,
E-Mail: FS-Notarrecht@jura.uni-muenchen.de

Die Teilnahme steht jedem Interessierten offen und ist kostenfrei. Aus organisatorischen Gründen wird um eine Anmeldung gebeten. Bitte teilen Sie auch mit, ob Sie am Empfang teilnehmen. Teilnahmebescheinigungen gemäß § 15 FAO werden auf Wunsch im Anschluss an die Tagung gegen eine Zahlung von € 50 (nur Barzahlung) persönlich ausgehändigt. Weitere Informationen über die Einrichtung finden Sie unter www.notarrechtsinstitut.de.

Neuerscheinungen

1. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 6: Sachenrecht (§§ 854-1296), WEG, ErbbauRG. 6. Aufl., Beck, 2013. 2460 S., 239 €
2. Wudy: Das neue Gebührenrecht für Notare. Deutscher Notarverlag, 2013. 304 S., 39,90 €

Landesnotarkammer Bayern, Ottostr. 10, 80333 München
PVSt, Deutsche Post AG • Entgelt bezahlt • B 13022 F