

1 MittBayNot

Begründet 1864

Bestellkarten für den Streifzug durch die
Kostenvordnung (9. Aufl. 2012)

Januar/Februar 2012

Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern
Ottostraße 10
80333 München

Herausgeberbeirat:

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

Dr. Johann Frank,
Notar in Amberg

Dr. Susanne Frank,
Notarin in München

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

Prof. Dr. Dieter Mayer,
Notar in München

Dr. Jörg Mayer,
Notar in Simbach

Dr. Eckhard Wälzholz,
Notar in Füssen

Schriftleitung:

Dr. Bernadette Bord,
Notarassessorin

Eliane Schuller,
Notarassessorin

ISSN 0941-4193



Neue Tabelle
zur Verkehrswert-
berechnung
nach dem Brand-
versicherungswert

Aufsätze

Gottwald: Aktuelle Entwicklungen des
Gründerwerbsteuerrechts 2010/2011 1

Münch: Unterhaltsverstärkende Vereinbarungen 10

Mayer: Testamentsgestaltung bei überschuldeten Erben
(Teil II) 18

Everts: Schenkungsrückforderung und vorbehalten Rechte 23

Tagungsberichte

Gomille: Wohnungseigentümer und ihre Gemeinschaft 26

Rechtsprechung

Gewährleistungsausschluss und Nichtursächlichkeit
eines verschwiegenen Sachmangels für Willensentschluss
(BGH, Urteil vom 15.7.2011, V ZR 171/10) 37

mit Anmerkung *Arnold* 39

Zuordnung eines Sondernutzungsrechts
zu einem Miteigentumsbruchteil
(OLG Nürnberg, Beschluss vom 3.8.2011, 10 W 302/11) 42

mit Anmerkung *Kühnlein* 43

Vertretungsmacht des Verwalters zur Abgabe
einer Löschungsbewilligung
(OLG München, Beschluss vom 16.2.2011, 34 Wx 156/10) 47

mit Anmerkung *Then* 48

Entlassung des Testamentsvollstreckers wegen Einziehens
einer überhöhten Vergütung
(KG, Beschluss vom 30.11.2010, 1 W 434/10) 54

mit Anmerkung *Kroiß* 56

Kostentragungspflicht des unerkannt Geschäftsunfähigen
(OLG München, Beschluss vom 8.8.2011,
32 Wx 286/11 Kost) 68

mit Anmerkung *Tiedtke* 69

Keine schenkungsteuerpflichtige Bereicherung des Zwischen-
erwerbers, wenn er Gegenstand sogleich weiterverschenkt
(FG München, Beschluss vom 30.5.2011, 4 V 548/11) 72

mit Anmerkung *Wälzholz* 74

Hinweise für die Praxis

Streifzug durch die KostO, 9. Auflage – Übersicht über
wichtige Änderungen, Klarstellungen und Neuerungen
gegenüber der 8. Auflage 76

Inhalt

Aufsätze

- Gottwald*: Aktuelle Entwicklungen des Grunderwerbsteuerrechts 2010/2011 **1**
- Münch*: Unterhaltsverstärkende Vereinbarungen **10**
- Mayer*: Testamentsgestaltung bei überschuldeten Erben (Teil II) **18**
- Everts*: Schenkungsrückforderung und vorbehalten Rechte **23**

Tagungsberichte

- Gomille*: Wohnungseigentümer und ihre Gemeinschaft **26**

Buchbesprechungen

- Pause: Bauträgerkauf und Baumodelle (*Deutrich*) **28**
- Wolfsteiner: Die vollstreckbare Urkunde (*Soutier*) **29**
- Heidenhain/Meister (Hrsg.): Münchener Vertragshandbuch, Band 1: Gesellschaftsrecht (*Färber*) **30**
- Tiedke/Diehn: Notarkosten im Grundstücksrecht (*Sikora*) **31**
- Ancker/Postel (Hrsg.): 1811–2011. Das Hamburgische Notariat in Geschichte und Gegenwart (*Harms*) **32**

Rechtsprechung

Bürgerliches Recht

Allgemeines

1. Leistungsbegriff i.S.v. § 529 Abs. 1 Fall 2 BGB; Fristlauf trotz vorbehaltenen Nutzungsrechts (BGH, Urteil vom 19.7.2011, X ZR 140/10) **34**
2. Gewährleistungsausschluss und Nichtursächlichkeit eines verschwiegenen Sachmangels für Willensentschluss (BGH, Urteil vom 15.7.2011, V ZR 171/10) **37**
mit Anmerkung *Arnold* **39**
3. Erforderlichkeit der Bestellung eines Betreuers trotz Vorsorgevollmacht bei Zweifeln an der Redlichkeit des Bevollmächtigten (BGH, Beschluss vom 13.4.2011, XII ZB 584/10) **40**
4. Verknüpfung von Bauvertrag mit Grundstückskaufvertrag (*nur Leitsatz*) (OLG Karlsruhe, Urteil vom 24.5.2011, 13 U 121/10) **42**

Inhalt (Fortsetzung)

Sachen- und Grundbuchrecht

5. Zuordnung eines Sondernutzungsrechts zu einem Miteigentumsbruchteil
(OLG Nürnberg, Beschluss vom 3.8.2011, 10 W 302/11) **42**
mit Anmerkung *Kühnlein* **43**
6. Löschung einer Rückauflassungsvormerkung nach dem Ableben der Berechtigten
(OLG München, Beschluss vom 28.4.2011, 34 Wx 72/11) **46**
7. Vertretungsmacht des Verwalters zur Abgabe einer Löschungsbewilligung
(OLG München, Beschluss vom 16.2.2011, 34 Wx 156/10) **47**
mit Anmerkung *Then* **48**

Familienrecht

8. Auswirkung der adoptionsbedingten Änderung des Geburtsnamens auf den Beinamen zum Ehenamen
(BGH, Beschluss vom 17.8.2011, XII ZB 656/10) **49**
9. Wiederaufleben des nachehelichen Unterhaltsanspruchs nach Beendigung der verfestigten Lebensgemeinschaft
(BGH, Urteil vom 13.7.2011, XII ZR 84/09) **51**

Erbrecht

10. Anforderungen an eine wirksame Pflichtteilsentziehung
(BGH, Beschluss vom 13.4.2011, IV ZR 102/09) **54**
11. Entlassung des Testamentsvollstreckers wegen Einziehens einer überhöhten Vergütung
(KG, Beschluss vom 30.11.2010, 1 W 434/10) **54**
mit Anmerkung *Kroiß* **56**

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

12. Auslegung einer Mehrheitenregelung bei Abstimmungen im Gesellschaftsvertrag einer Publikumsgesellschaft
(*nur Leitsatz*)
(BGH, Urteil vom 19.7.2011, II ZR 209/09) **58**
13. Anforderungen an die Anmeldung einer Satzungsänderung eines Vereins
(OLG München, Beschluss vom 15.9.2011, 31 Wx 363/11) **58**
14. Gesamtnichtigkeit des Beschlusses über eine bedingte Kapitalerhöhung bei Verstoß gegen zulässigen Höchstbetrag gemäß § 192 Abs. 3 Satz 1 AktG
(OLG München, Beschluss vom 14.9.2011, 31 Wx 360/11) **59**
15. Wirksamkeit eines Einziehungsbeschlusses nach vorangegangener außerordentlicher Kündigung des Gesellschafters trotz fehlender Abfindung
(OLG München, Urteil vom 28.7.2011, 23 U 750/11) **60**

Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

16. Erlöschen einer Dienstbarkeit trotz Kündigungssperre des § 112 InsO
(BGH, Beschluss vom 7.4.2011, V ZB 11/10) **63**

Inhalt (Fortsetzung)

Beurkundungs- und Notarrecht

17. Unzulässige Grundbucheinsicht im automatisierten Abrufverfahren durch den Notar auf bloße Bitte eines Maklers
(OLG Celle, Urteil vom 15.7.2011, Not 7/11) **65**

Kostenrecht

18. Keine gesonderte Vergütung nach § 147 Abs. 2 KostO für die Überwachung der Umschreibungsreife bei Abwicklung des Kaufvertrages über Notaranderkonto
(BGH, Beschluss vom 29.6.2011, V ZB 161/11) **66**
mit Anmerkung *Prüfungsabteilung der Notarkasse A.d.ö.R.* **68**
19. Kostentragungspflicht des unerkannt Geschäftsunfähigen
(OLG München, Beschluss vom 8.8.2011, 32 Wx 286/11 Kost) **68**
mit Anmerkung *Tiedtke* **69**

Öffentliches Recht

20. Zur Geltungsdauer von Sanierungssatzungen
(BVerwG, Beschluss vom 12.4.2011, 4 B 52.10) **69**
21. Zur Ausdehnung des Vorkaufsrechts auf durch die Ausübung des Vorkaufsrechts unwirtschaftlich werdende Restfläche
(*nur Leitsatz*)
(VGH Hessen, Beschluss vom 8.4.2011, 3 A 1126/10) **70**

Steuerrecht

22. Keine Privilegierung nach § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 EStG bei Veräußerung eines unbebauten Gartengrundstücks
(BFH, Urteil vom 25.5.2011, IX R 48/10) **70**
23. Keine schenkungsteuerpflichtige Bereicherung des Zwischenerwerbers, wenn er Gegenstand sogleich weiterverschenkt
(FG München, Beschluss vom 30.5.2011, 4 V 548/11) **72**
mit Anmerkung *Wälzholz* **74**

Hinweise für die Praxis

- Streifzug durch die KostO, 9. Aufl. (Stand 1.1.2012) – Übersicht über wichtige Änderungen, Klarstellungen und Neuerungen gegenüber der 8. Aufl. 2010
(*Prüfungsabteilung der Notarkasse A.d.ö.R.*) **76**
- Bewertung von Gebäuden gem. § 19 KostO. Wertbestimmung anhand des Gebäudebrandversicherungswertes. Neue Richtzahl ab 1.10.2011: 15,5 **80**

Standesnachrichten **85**

Sonstiges **III**

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

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

Schriftleitung: Notarassessoren Dr. Bernadette Bord,
Eliane Schuller
Herausgeber: Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10,
80333 München

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

AUFsätze

Aktuelle Entwicklungen des Grunderwerbsteuerrechts 2010/2011

Von Notar Dr. *Stefan Gottwald*, Bayreuth

Die Grunderwerbsteuer bleibt in Bewegung. Für den Betrachtungszeitraum 2010/2011 sind nicht nur grundlegende BFH-Urteile hervorzuheben, sondern auch wichtige Erlasse der Finanzverwaltung. Darüber hinaus ist auch der Gesetzgeber aktiv geworden. Der Aufsatz gibt im Wesentlichen den Vortrag wieder, den der Verfasser anlässlich der 9. Jahresarbeitstagung des Notariats, einer Veranstaltung des Deutschen Anwaltsinstitutes, im September 2011 in Berlin gehalten hat.

I. Aktuelle Grunderwerbsteuersätze

Mit der Föderalismusreform wurde den Bundesländern die Befugnis zur Bestimmung des Steuersatzes bei der Grunderwerbsteuer übertragen (Art. 105 Abs. 2 a GG). Einzelne Bundesländer haben inzwischen von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht und den vormals einheitlichen Grunderwerbsteuersatz von 3,5 % erhöht. Die aktuellen Grunderwerbsteuersätze sind auf der Homepage des Deutschen Notarinstituts abrufbar.¹

II. Gleichstellung eingetragener Lebenspartner mit Ehegatten

Durch das Jahressteuergesetz 2010² wurden im Bereich der Grunderwerbsteuer die bislang nur für Ehegatten geltenden personenbezogenen Steuerbefreiungen im Katalog des § 3 GrEStG auf eingetragene Lebenspartner erstreckt. Von der Gleichstellung betroffen sind folgende Befreiungstatbestände:

- Erwerb eines Grundstücks zur Teilung des Nachlasses durch den Lebenspartner eines Miterben oder durch den überlebenden Lebenspartner des Erblassers, § 3 Nr. 3 Satz 2 und 3 GrEStG;
- Grundstückserwerb zwischen Lebenspartnern, § 3 Nr. 4 GrEStG;

- Grundstückserwerb durch den früheren Lebenspartner im Rahmen der Vermögensauseinandersetzung nach Aufhebung der Lebenspartnerschaft, § 3 Nr. 5 a GrEStG;³
- Grundstückserwerb durch Lebenspartner von mit dem Veräußerer in gerader Linie verwandten Personen bzw. Stiefkindern, § 3 Nr. 6 Satz 3 GrEStG;
- Grundstückserwerb durch Lebenspartner von begünstigten Teilnehmern an einer fortgesetzten Gütergemeinschaft, § 3 Nr. 7 Satz 2 GrEStG.

III. Doppelte Begünstigung bei Adoptionsfällen

Darüber hinaus hat der Gesetzgeber durch das Jahressteuergesetz 2010⁴ in § 3 Nr. 6 Satz 1 GrEStG n. F. die im Schrifttum zuvor schon herrschende Ansicht⁵ festgeschrieben, dass die dort vorgesehene Steuerbefreiung für Grundstückserwerbe zwischen Verwandten in gerader Linie auch dann zu gewähren ist, wenn das durch Abstammung begründete Verwandtschaftsverhältnis durch die Annahme als Kind bürgerlichrechtlich erloschen ist. Da infolge der Adoption eine zusätzlich begünstigte Verwandtschaft in gerader Linie entsteht, kommt es somit zu einer Verdoppelung der Begünstigungs-

³ Die Norm entspricht inhaltlich der Steuerbefreiung für geschiedene Ehegatten gemäß § 3 Nr. 5 GrEStG; vgl. *Ihle*, Notar 2011, 17, Fn. 54.

⁴ Vgl. BGBI I, S. 1768 ff.

⁵ Vgl. *Ihle*, Notar 2011, 18; *Gottwald*, Grunderwerbsteuer, 3. Aufl. 2009, Rdnr. 469 m. w. N.

¹ www.dnoti.de (=> Gesetzesänderungen => Steuerrecht)

² Vgl. BGBI I, S. 1768 ff., in Kraft seit 14.12.2010.

beziehungen.⁶ In Adoptionsfällen können somit sowohl die leiblichen Eltern als auch die Adoptiveltern ihrem Kind bzw. Adoptivkind grunderwerbsteuerfrei Grundbesitz übertragen. Auch in umgekehrter Richtung und zugunsten sonstiger Verwandter in gerader Linie (Enkelkinder usw.) besteht die entsprechende Befreiung.⁷

Die Neuregelungen sind nach § 23 Abs. 9 GrEStG n. F. erstmals auf Erwerbsvorgänge anzuwenden, die nach dem 13.12.2010 verwirklicht werden. Eine Rückwirkung ist nicht vorgesehen, obwohl die Ungleichbehandlung von eingetragenen Lebenspartnern und Ehegatten – nicht nur im Erbschaft- und Schenkungsteuergesetz, sondern auch im Grunderwerbsteuerrecht – mit Art. 3 Abs. 1 GG kollidieren dürfte.⁸ In Altfällen ist eingetragenen Lebenspartnern daher zu raten, Einspruch gegen den Grunderwerbsteuerbescheid einzulegen.⁹

IV. Angabe der steuerlichen Identifikationsnummer in der grunderwerbsteuerlichen Veräußerungsanzeige

1. Inhalt der erweiterten Anzeigepflicht

Durch das Jahressteuergesetz 2010 wurde der Inhalt der Anzeigepflicht gemäß § 20 GrEStG erweitert.¹⁰ Nach der Übergangsvorschrift in Art. 32 Abs. 1 des Jahressteuergesetzes 2010 ist der neugefasste § 20 GrEStG am 14.12.2010 in Kraft getreten. Neben Vorname, Zuname und Anschrift müssen die grunderwerbsteuerlichen Veräußerungsanzeigen nunmehr auch die steuerliche Identifikationsnummer gemäß § 139 b AO des Veräußerers und des Erwerbers enthalten. In Anzeigen, die sich auf Anteile an einer Gesellschaft beziehen, ist zusätzlich die Wirtschaftsidentifikationsnummer der Gesellschaft gemäß § 139 c AO anzugeben. Nach Angabe des Bundeszentralamtes für Steuern sind Wirtschaftsidentifikationsnummern gemäß § 139 c AO bislang noch nicht vergeben worden. Ihre Einführung ist einer Rechtsverordnung vorbehalten, die aber noch nicht existiert; umso erstaunlicher ist es daher, dass ein Fachgesetz bereits diese Angabe fordert. Solange die Wirtschaftsidentifikationsnummern jedoch nicht verfügbar sind, hat der Notar nur die Identifikationsnummern gemäß § 139 b AO anzugeben.¹¹

⁶ Die Inanspruchnahme der Steuerbefreiung nach § 3 Nr. 6 Satz 1 GrEStG dürfte jedoch ausgeschlossen sein, wenn die Verwandtschaft des Adoptivkindes zu seinen bisherigen Adoptiveltern vor dem Erwerb durch Aufhebung des Adoptionsverhältnisses erloschen ist; vgl. dazu die entsprechende Auslegung der Parallelvorschrift des § 15 Abs. 1 a ErbStG durch den BFH, Urteil vom 17.3.2010, ZEV 2010, 323 m. Anm. *Ihle*, Notar 2010, 299 ff.

⁷ Eine ähnliche Begünstigung haben schon nach der bisherigen Gesetzesfassung Stiefkinder erfahren. Diese stehen nach § 3 Nr. 6 Satz 2 GrEStG den Abkömmlingen gleich. Da aber die Eigenschaft als Stiefkind nicht vom Fortbestand der Ehe abhängt, durch welche das Stiefkindverhältnis begründet wurde, wurde diese Wertung schon nach bisher h. M. auf das Verhältnis zwischen den Adoptierten und ihren durch Abstammung Verwandten übertragen. Denn auch die besonderen persönlichen Beziehungen unter den leiblichen Verwandten in gerader Linie, die der Gesetzgeber gerade als begünstigenswert ansieht, sind nicht vom Fortbestand der rechtlichen Verwandtschaft abhängig. Ähnlich *Pahlke/Franz*, GrEStG, § 3 Rdnr. 185; *Hofmann*, Grunderwerbsteuergesetz Kommentar, § 3 Rdnr. 38.

⁸ Vgl. *Messner*, DStR 2010, 1875 ff.

⁹ Vgl. *Ihle*, Notar 2011, 18.

¹⁰ Am 28.10.2010 hat der Deutsche Bundestag das Jahressteuergesetz 2010 in der vom Finanzausschuss vorgeschlagenen Fassung verabschiedet. Der Bundesrat hat dem Gesetz am 26.11.2010 zugestimmt. Es wurde am 13.12.2010 im Bundesgesetzblatt (BGBl I, S. 1768 ff.) verkündet. Vgl. hierzu ausführlich *Gottwald*, DNotZ 2011, 83 ff.

¹¹ Vgl. Rundschreiben 2/2011 der Bundesnotarkammer vom 2.1.2011.

Ausweislich der Gesetzesbegründung sollen durch die Erweiterung der Anzeigepflichten in § 20 GrEStG keine grunderwerbsteuerlichen Ziele verfolgt werden, sondern lediglich Kontrollmitteilungen an Ertragsteuer- und Umsatzsteuerfinanzämter erleichtert und verbessert werden.¹²

2. Auswirkungen bei Nichtangabe der Identifikationsnummer

a) Rückabwicklungsfälle

Nach § 16 Abs. 1 und Abs. 2 GrEStG wird unter bestimmten Voraussetzungen die Grunderwerbsteuer nicht festgesetzt bzw. eine bereits erfolgte Steuerfestsetzung wieder aufgehoben, wenn ein Rechtsvorgang rückgängig gemacht wird. Nach § 16 Abs. 5 GrEStG gelten diese Rückabwicklungsvergünstigungen jedoch nicht, wenn einer der in § 1 Abs. 2, Abs. 2 a und Abs. 3 GrEStG bezeichneten Erwerbsvorgänge rückgängig gemacht wird, der nicht ordnungsgemäß angezeigt war. Die Anzeigepflicht der Notare folgt hierbei aus § 18 GrEStG und der Inhalt der Anzeige aus § 20 GrEStG. Fraglich ist jedoch, ob § 16 Abs. 5 GrEStG bereits einschlägig ist, wenn der Notar die steuerliche Identifikationsnummer gemäß § 139 b AO bzw. die Wirtschaftsidentifikationsnummer gemäß § 139 c AO in seiner Veräußerungsanzeige nicht angegeben hat. Im Hinblick darauf, dass die Neufassung des § 20 GrEStG durch das Jahressteuergesetz 2010 keine originären grunderwerbsteuerlichen Zwecke verfolgt, sondern der Finanzverwaltung lediglich einen Anknüpfungspunkt liefern soll, um die für die Beteiligten zuständigen Ertrag- und Umsatzsteuerfinanzämter verwaltungsökonomisch ermitteln zu können, ergibt sich m. E., dass auch ohne Angabe der entsprechenden Identifikationsnummer eine ordnungsgemäße Anzeige im Sinn des § 16 Abs. 5 GrEStG vorliegt. Sollte sich diese Rechtsauffassung durchsetzen, wäre bei Rückabwicklungsfällen selbst dann die Steuer nach § 16 Abs. 1 bzw. Abs. 2 GrEStG nicht festzusetzen bzw. aufzuheben, wenn ein Erwerbsvorgang im Sinne dieser Vorschrift rückgängig gemacht wird, bei dem der Notar die Identifikationsnummer in seiner Veräußerungsanzeige nicht angegeben hatte. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass derzeit völlig ungeklärt ist, ob die Finanzverwaltung und die Finanzgerichte sich ebenfalls dieser teleologischen Auslegung des § 16 Abs. 5 GrEStG anschließen werden. Insbesondere ist zu betonen, dass der BFH in der Vergangenheit die Tatbestandsmerkmale des § 16 Abs. 5 GrEStG sehr formalistisch, also für den Steuerpflichtigen durchaus streng, ausgelegt hat.¹³

b) Urkundenaushändigung

Nach § 21 GrEStG dürfen Notare die Urkunden, die einen anzeigepflichtigen Vorgang betreffen, den Beteiligten erst aushändigen und Ausfertigungen oder beglaubigte Abschriften den Beteiligten erst erteilen, wenn sie die Anzeigen an das

¹² Daraus, dass der Gesetzgeber den Notaren die Pflicht zur Mitteilung der entsprechenden Identifikationsnummern auferlegt, folgt, dass die Beteiligten dem Notar die entsprechenden Nummern auch offenbaren müssen. Der Notar verstößt somit sicherlich nicht gegen seine Verschwiegenheitspflichten, wenn er entsprechend dem gesetzlichen Auftrag die Identifikationsnummern an die Finanzverwaltung weiterleitet.

¹³ So auch Vizepräsident am BFH *Viskorf* anlässlich der 9. Jahrestagung des Notariats am 23.9.2011 in Berlin. Für ihn ist die teleologische Auslegung keineswegs selbstverständlich. Er empfiehlt den Notaren vielmehr, über ihre Standesvertretungen Einfluss auf den Gesetzgeber auszuüben, damit dieser die viel zu kurze Zwei-Wochen-Frist des § 18 Abs. 3 Satz 1 GrEStG anpasst.

seien. Demgegenüber entschied der BFH: Stelle der Ersterwerber eines Grundstücks einen Ersatzkäufer und erschöpfe sich dabei sein Interesse an der Abwendung möglicher Schadensersatzforderungen der Verkäuferseite, könne unter den dort genannten weiteren Voraussetzungen sehr wohl eine Rückgängigmachung nach § 16 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG vorliegen. Dies bedeutet, dass allein die tatsächliche Möglichkeit des Ersterwerbers, weiterhin Einfluss auf die Weiterveräußerung zu nehmen, einer Rückgängigmachung i. S. d. § 16 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG nicht (mehr) zwingend entgegensteht. Vielmehr müsse der Ersterwerber – um § 16 GrEStG ablehnen zu können – von dieser Möglichkeit auch tatsächlich Gebrauch gemacht und die ihm aus dem vorangegangenen Erwerbsvorgang verbliebene Rechtsposition im eigenen (wirtschaftlichen) Interesse verwertet haben.²² Diese Voraussetzungen lägen nicht vor, wenn der Ersterwerber ausschließlich im Interesse eines Dritten handle,²³ oder wenn sich sein Interesse ausschließlich darauf beschränke, vom Vertrag loszukommen und er lediglich dem Verlangen des Verkäufers nach Stellung eines Ersatzkäufers nachkomme.²⁴

M. E. enthält die BFH-Entscheidung insofern eine wichtige Neuerung, als nunmehr offensichtlich auch der *teilweise Austausch* der Erwerbspersonen unter die Fallgruppe „Stellung eines Ersatzkäufers zur Abwendung von Schadensersatzforderungen“ gefasst wird. Bislang wurde nach überwiegender Auffassung die Ansicht vertreten, dass § 16 GrEStG nicht geeignet sei, einen teilweisen Austausch von Erwerbspersonen zu ermöglichen, da der nicht ausgetauschte Teil stets noch Einfluss auf die Vertragsgestaltung nehmen könne.²⁵

VII. Anwendungserlass zu § 6 a GrEStG

Mit § 6 a GrEStG wurde durch das Wachstumsbeschleunigungsgesetz vom 22.12.2009 eine Regelung eingeführt, die Umstrukturierungen im Konzern erleichtern und planungssicherer machen sollte.²⁶

Die Finanzverwaltung hat am 1.12.2010 gleichlautende Erlasse der Obersten Finanzbehörden der Länder zur Anwendung des § 6 a GrEStG veröffentlicht.²⁷ In der Grundrichtung interpretiert die Finanzverwaltung § 6 a GrEStG eher restriktiv. Nur sehr vereinzelt wird eine für den Steuerpflichtigen günstige Auffassung vertreten. Zahlreiche Zweifelsfragen bleiben unbeantwortet.²⁸

Im Folgenden sollen die wesentlichen Konsequenzen der Verwaltungsauffassung, die der neue Erlass mit sich bringt, dargestellt werden.

1. Beteiligte

Nach § 6 a Satz 3 GrEStG müssen an dem Umwandlungsvorgang ausschließlich ein herrschendes Unternehmen und ein oder mehrere von einem herrschenden Unternehmen abhängige Gesellschaften oder ausschließlich mehrere von einem

²² Vgl. BFH, BStBl II 2003, S. 770.

²³ Vgl. BFH, BStBl II 1988, S. 296.

²⁴ Vgl. BFH, BStBl II 1986, S. 271.

²⁵ Vgl. Gottwald, Grunderwerbsteuer, 3. Aufl. 2009, Rdnr. 960 ff. Der Vizepräsident des BFH, Herr Viskorf, wies jedoch anlässlich der 9. Jahresarbeitsstagung des Notariats am 23.9.2011 in Berlin darauf hin, dass es sich um einen etwas speziellen Einzelfall gehandelt habe, der nicht unbedingt verallgemeinerungsfähig sei.

²⁶ Vgl. Bericht des Finanzausschusses, BT-Drucks. 17/147, S. 10.

²⁷ Vgl. Erlass vom 1.12.2010, DSStR 2010, 2520 ff.

²⁸ Vgl. ausführlich Wischott/Schönweiß, DSStR 2011, 497 ff., Behrens, Ubg 2010, 845; vgl. ferner ausführlich zur neuen Konzernklausel des § 6 a GrEStG: Viskorf, Stbg 2010, S. 534 ff.

herrschenden Unternehmen abhängige Gesellschaften beteiligt sein. Es müssen also mindestens zwei Rechtsträger beteiligt sein, nämlich entweder das herrschende Unternehmen und mindestens eine von diesem abhängige Gesellschaft (Up- oder Down-Stream-Merger unter Beteiligung des herrschenden Unternehmens) oder mindestens zwei von einem herrschenden Unternehmen abhängige Gesellschaften (Up- oder Down-Stream-Verschmelzungen unterhalb der Ebene des herrschenden Unternehmens sowie Sidestep-Umwandlungen zwischen Schwestergesellschaften im Konzern).

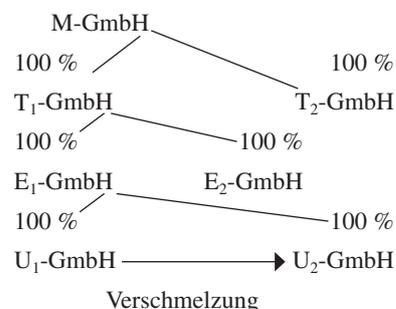
a) Herrschendes Unternehmen

Gemäß Tz. 2.2 des Erlasses kann es sich bei dem herrschenden Unternehmen um eine natürliche oder juristische Person, eine Personengesellschaft oder eine Gebietskörperschaft handeln. Für die Definition des Unternehmens erklärt der Erlass die umsatzsteuerliche Definition des Unternehmerbegriffes für anwendbar.²⁹ Nach Tz. 2.1 des Erlasses darf das herrschende Unternehmen – im Einklang mit der Auffassung der Finanzverwaltung im Umsatzsteuerrecht – somit keine reine Holding-Gesellschaft sein. Auch natürliche Personen, die Gesellschaftsanteile im Privatvermögen halten, kommen nicht als Unternehmen i. S. d. § 6 a GrEStG in Betracht. Somit scheidet eine grunderwerbsteuerfreie Verschmelzung einer grundbesitzhaltenden GmbH auf ihren Alleingesellschafter, der die Anteile im Privatvermögen hält, aus.

Umstritten war zudem die Frage, welches Unternehmen innerhalb des Konzerns konkret als das herrschende Unternehmen anzusehen ist. Diese Frage hat vor allem bei Umstrukturierungen in mehrstufigen Konzernen Bedeutung, wenn es innerhalb der Nachbehaltensfrist zu einem Veräußerungsvorgang kommt. In einem solchen Fall ist klärungsbedürftig, auf welcher Ebene die Nachbehaltensfrist erfüllt werden muss. Als herrschendes Unternehmen kommt hierbei zum einen die oberste Konzernspitze in Betracht und zum anderen dasjenige Unternehmen, zu dem ein unmittelbares Abhängigkeitsverhältnis der nachgeordneten Gesellschaften besteht. Überwiegend wurde der Erlass zunächst so interpretiert, dass nur die oberste Konzernspitze als herrschendes Unternehmen in Betracht kam.³⁰

Beispiel:

Die M-GmbH ist zu jeweils 100 % an der T₁-GmbH und der T₂-GmbH beteiligt. Die T₁-GmbH ist wiederum zu jeweils 100 % an der E₁-GmbH und der E₂-GmbH beteiligt. Die E₁-GmbH ist wiederum zu jeweils 100 % an der U₁-GmbH und der U₂-GmbH beteiligt. Sämtliche Gesellschaften haben Grundbesitz. Die U₁-GmbH soll auf die U₂-GmbH verschmolzen werden.



²⁹ Vgl. hierzu krit. Behrens, Beihefter zu DSStR Heft 12/2011, 10 ff. Ungeklärt ist beispielsweise, was gelten soll, wenn bei unveränderten Beteiligungsverhältnissen die umsatzsteuerliche Unternehmereigenschaft während der Vor- und Nachbehaltensfristen – ggf. vorübergehend – wegfällt.

³⁰ Vgl. hierzu krit. Behrens, Beihefter zu DSStR Heft 12/2011, 10 ff.

Lösung:

Im Falle einer Verschmelzung der U₁-GmbH auf die U₂-GmbH kommen als herrschendes Unternehmen sowohl die M-GmbH (durch ihre mittelbare 100 %ige Beteiligung an der U₁-GmbH und der U₂-GmbH) als auch die T₁-GmbH (ebenfalls durch ihre mittelbare 100 %ige Beteiligung an der U₁-GmbH und der U₂-GmbH) sowie die E1-GmbH (durch ihre unmittelbar 100 %ige Beteiligung an der U1-GmbH und der U₂-GmbH) in Betracht. Wäre ausschließlich die M-GmbH als herrschendes Unternehmen anzusehen, wäre eine Veräußerung der T₁-GmbH durch die M-GmbH oder der E1-GmbH durch die T₁-GmbH innerhalb von fünf Jahren nach dem oben genannten Verschmelzungsvorgang für die Zwecke des § 6 a GrEStG schädlich.³¹

In der Literatur gibt es selbstverständlich hier die Bestrebung, § 6 a GrEStG einschränkend dahingehend auszulegen, dass nicht allein die oberste Konzernspitze als herrschendes Unternehmen anzuerkennen sei; vielmehr sollten auch diejenigen Rechtsträger, gegenüber denen die betreffenden abhängigen Gesellschaften unmittelbar oder sonst mittelbar abhängig sind, als herrschende Unternehmen angesehen werden.³²

Auch innerhalb der Finanzverwaltung war die Frage, ob innerhalb einer Beteiligungskette lediglich die oberste Gesellschaft als herrschendes Unternehmen i. S. d. § 6 a GrEStG in Frage komme, sehr umstritten.³³ Nach der letztgenannten Auffassung käme man u. U. zu einer Vielzahl von herrschenden Unternehmen. Die erstgenannte Auffassung, die nur die Konzernspitze als herrschendes Unternehmen anerkennt, kann allerdings in der Praxis dazu führen, dass große operative Konzerne mit einer Vielzahl umsatzsteuerlicher Unternehmungsgesellschaften nur deshalb nicht in den Genuss der Begünstigung des § 6 a GrEStG kommen, weil die oberste Gesellschaft zufälligerweise keine Unternehmereigenschaft aufweist, sondern eine Holding-Gesellschaft ist. Außerdem ist diese von oben beginnende Betrachtung für die Unternehmen häufig deutlich unflexibler. Bei einer Betrachtung, die in der Beteiligungskette von unten anfängt, könnten demgegenüber oberhalb des herrschenden Unternehmens beliebige Veräußerungen durchgeführt werden, ohne die Behaltensfristen des § 6 a GrEStG zu verletzen. Die Gegenansicht führt demgegenüber dazu, dass die Konzernstrukturen für einen Zeitraum von bis zu zehn Jahren „einbetoniert“ werden.

Erfreulicherweise hat das Finanzministerium Brandenburg mit Erlass vom 22.6.2011³⁴ den Erlass vom 1.12.2010 wie folgt ergänzt:

„Das herrschende Unternehmen i. S. d. § 6 a GrEStG ist der oberste Rechtsträger, der die Voraussetzungen des § 6 a Satz 4 GrEStG erfüllt, und insbesondere Unternehmer im umsatzsteuerlichen Sinne ist“.

Die Ergänzung soll wohl klarstellen, dass ein herrschendes Unternehmen nicht nur die oberste Konzerts Spitze sein kann. Bei der Bestimmung des herrschenden Unternehmens ist von den am Umwandlungsvorgang beteiligten Gesellschaften auszugehen und dann bei den auf darüber liegenden Ebenen befindlichen gemeinsamen Spitzen die Anforderungen an das herrschende Unternehmen zu überprüfen. Ist in einer Beteili-

gungskette i. S. d. § 6 a S. 4 GrEStG eine abhängige Tochtergesellschaft Unternehmer (und nicht die Mutter) und kommt es bei einer Verschmelzung i. S. d. § 6 a GrEStG bei einer abhängigen Enkelgesellschaft zu einem umwandlungsbedingten Erwerbsvorgang, genügt es für die Befreiung nach § 6 a GrEStG, wenn die darüber liegende Tochtergesellschaft Unternehmerin ist. Die Finanzverwaltung scheint sich somit erfreulicherweise nunmehr der herrschenden Literaturmeinung anzuschließen.

b) Abhängige Gesellschaft

Nach längeren Beratungen innerhalb der Finanzverwaltung stellt der Erlass nunmehr in Tz. 2.3 ausdrücklich klar, dass sowohl Kapital- als auch Personengesellschaften abhängige Gesellschaften i. S. d. § 6 a GrEStG sein können. Die Frage, ob auch Personengesellschaften abhängige Gesellschaften sein könnten, war durch die ursprüngliche Gesetzesformulierung entstanden, wonach das herrschende Unternehmen unmittelbar oder mittelbar zu mindestens 95 % „am Kapital der abhängigen Gesellschaft“ beteiligt sein musste. Der Gesetzgeber hat nunmehr diesen unglücklichen Wortlaut in einem Nachtragsgesetz korrigiert.³⁵

Im Sinn von § 6 a Satz 3 GrEStG abhängig ist nach der Neuformulierung des Gesetzes eine Gesellschaft, an deren Kapital oder Gesellschaftsvermögen das herrschende Unternehmen innerhalb von fünf Jahren vor dem Rechtsvorgang und fünf Jahren nach dem Rechtsvorgang unmittelbar oder mittelbar oder teils unmittelbar, teils mittelbar zu mindestens 95 % ununterbrochen beteiligt ist.

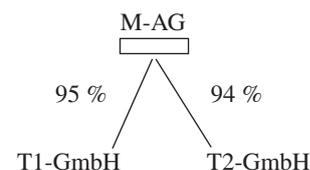
Nach Tz. 2.4 des Erlasses liegt eine mittelbare Beteiligung am Kapital der Gesellschaft von mindestens 95 % dann vor, wenn auf jeder Stufe mindestens eine kapitalmäßige Beteiligung in dieser Höhe besteht (sog. statische Methode). Es erfolgt also – sowohl bei Kapital- als auch bei Personengesellschaften – keine Durchrechnung durch die einzelnen Beteiligungsstufen.³⁶

c) Ausschließlichkeitskriterium

Nach § 6 a Satz 3 GrEStG dürfen ausschließlich herrschende Unternehmen und abhängige Gesellschaften an dem Umwandlungsvorgang beteiligt sein (siehe auch Tz. 2.1 des Erlasses). Bei Umwandlungen unter Beteiligung einer nicht abhängigen Gesellschaft ist daher in der Gestaltungspraxis Vorsicht geboten. Im Einzelfall kann es sich empfehlen, einen Umwandlungsvorgang aufzuteilen in einen Teil unter ausschließlicher Beteiligung abhängiger Gesellschaften und einen weiteren Teil unter ausschließlicher Beteiligung der nicht abhängigen Gesellschaften.

Beispiel:

Die grundbesitzende M-AG ist seit mehr als fünf Jahren zu 95 % an der T₁-GmbH und zu 94 % an der T₂-GmbH beteiligt. Sie möchte ihren Grundbesitz ausgliedern, und zwar ein Grundstück auf die T₁-GmbH und ein weiteres Grundstück auf die T₂-GmbH.



³¹ Dieses Beispiel ist entnommen aus *Klass/Möller*, BB 2011, 408.

³² So auch *Ihle*, DNotZ 2010, 729; *Neitz/Lange*, Ubg 2010, 25; *Klass/Möller*, BB 2011, 407. Unstreitig ist dagegen, dass Veräußerungen unterhalb der verschmolzenen Gesellschaften unschädlich sind; siehe hierzu die Ausführungen unter nachfolgender Ziffer 4.

³³ Vgl. hierzu Beihefter zu DStR Heft 12/2011, 8.

³⁴ Vgl. UVR 2011, 267 und BStBl 2011, S. 673.

³⁵ Vgl. Art. 12 des UGAW IV (Gesetz betreffend Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren) vom 20.6.2011, BGBl 2011 I, S. 1126.

³⁶ Kritisch hierzu *Klass/Möller*, BB 2011, 409.

Lösung:

Bei Wahl eines einheitlichen Umwandlungsvorganges sind an diesem nicht ausschließlich Gesellschaften beteiligt, die von der M-AG i. S. d. § 6 a Satz 4 GrEStG abhängig sind. Die M-AG wird daher erwägen, den Vorgang in zwei separate Spaltungsvorgänge aufzuteilen, um wenigstens hinsichtlich der Grundstücksübertragung auf die T₁-GmbH in den Genuss des § 6 a GrEStG zu kommen.³⁷

2. Begünstigte Erwerbsvorgänge

Nach § 6 a Satz 1 GrEStG werden nur Erwerbsvorgänge nach § 1 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 a oder Abs. 3 GrEStG sowie der Übergang der Verwertungsbefugnis eines Grundstücks nach § 1 Abs. 2 GrEStG privilegiert. Der Erlass geht nur auf einen Grunderwerbsteueratbestand gesondert ein, nämlich auf § 1 Abs. 2 a GrEStG (Anteilsverschiebungen bei Personengesellschaften). Tz. 3 des Erlasses enthält dazu die Feststellung, dass die Begünstigung des § 6 a GrEStG in den Fällen des § 1 Abs. 2 a GrEStG nur „soweit greift, wie der übertragende Rechtsträger an der grundbesitzenden Personengesellschaft beteiligt ist“. Es sei nicht erforderlich, dass die Personengesellschaft selbst zum Verbund gehöre. Weiter wird ausgeführt, dass „die Beurteilung der innerhalb der letzten fünf Jahre vorangegangenen Gesellschafterwechsel ... davon unberührt (bleibt)“.

Der Gehalt dieser Aussagen ist nicht ganz deutlich. Die Finanzverwaltung dürfte wohl davon ausgehen, dass ein Anteilseignerwechsel in Form eines von § 6 a GrEStG erfassten Umwandlungsvorganges zwar dazu beitragen kann, dass die 95 %-Schwelle des § 1 Abs. 2 a GrEStG überschritten wird, die Steuer in diesem Fall aber anteilig (nämlich bezogen auf den Umfang der durch den privilegierten Umwandlungsvorgang übergebenen Beteiligung) nicht erhoben wird.³⁸

Das Problem stellt sich insbesondere bei mehraktigen Vorgängen, die zwar in einer Gesamtschau zu einem 95 %igen Gesellschafterwechsel i. S. d. § 1 Abs. 2 a GrEStG binnen fünf Jahren führen (sog. gestreckte Tatbestände), bei denen aber nur einer der Teilakte eine Umwandlung i. S. v. § 1 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 UmwG ist.

Werden etwa in einem Jahr 50 % der vermögensmäßigen Beteiligungen im Weg der Einzelrechtsnachfolge übertragen und gehen im folgenden Jahr weitere 50 % der vermögensmäßigen Beteiligungen im Wege der Verschmelzung über, so ist die Begünstigung des § 6 a GrEStG nach Auffassung der Finanzverwaltung nur auf den durch die Verschmelzung ausgelösten Teil anzuwenden und daher nur zu 50 % zu gewähren. Dies dürfte auch dann gelten, wenn nicht der letzte, sondern ein vorhergehender Gesellschafterwechsel auf einer Umwandlung beruht.³⁹ Eine vollständige Befreiung des Vorganges nach § 6 a GrEStG wird demgegenüber überwiegend abgelehnt.⁴⁰

Lediglich BFH-Vizepräsident *Viskorf* vertrat anlässlich der 9. Jahresarbeitstagung des Notariats in Berlin am 23.9.2011

³⁷ Vgl. *Klass/Möller*, BB 2011, 410.

³⁸ Vgl. hierzu auch kritisch *Behrens*, Beihefter zu DStR Heft 12/2011, 10 ff.

³⁹ Vgl. hierzu auch kritisch *Behrens*, Beihefter zu DStR Heft 12/2011, 10 ff.

⁴⁰ Eine ähnliche Problematik stellt sich auch, wenn der Tatbestand des § 1 Abs. 3 GrEStG durch sukzessive Anteilerwerbe realisiert wird und nur einer dieser Anteilsübergänge auf einer nach § 6 a GrEStG begünstigten Umwandlung beruht; vgl. *Behrens*, Beihefter zu DStR Heft 12/2011, 12. Auch hier liegt eine teilweise Befreiung des Erwerbsvorganges nahe.

die Auffassung, dass in dem vorbezeichneten Beispielfall eine Umwandlung, die gemäß § 6 a GrEStG begünstigt ist, bei der Ermittlung des 95 %igen Gesellschafterwechsels i. S. d. § 1 Abs. 2 a GrEStG nicht mitgezählt werden dürfe; vielmehr könne der gestreckte Tatbestand des § 1 Abs. 2 a GrEStG erst bei einer späteren Geschäftsanteilsübertragung (z. B. durch eine weitere Einzelrechtsnachfolge) realisiert werden. M. E. verkennt diese Auffassung, die im vorgenannten Beispielfall zu einer vollständigen Grunderwerbsteuerfreiheit des Vorganges käme, jedoch, dass es sich bei § 6 a GrEStG um eine Befreiungsvorschrift handelt.⁴¹ Demzufolge ist zunächst auf Tatbestandsebene zu prüfen, ob die Steuerbarkeit eines Vorganges gegeben ist, also mindestens 95 % der Anteile auf neue Gesellschafter innerhalb von 5 Jahren übergegangen sind. Sollte dies bejaht werden, ist erst in einem zweiten Schritt zu fragen, in welchem Umfang dieser grundsätzlich steuerbare Vorgang von der Grunderwerbsteuer befreit ist. Erst hier dürfte sich die Befreiungsvorschrift des § 6 a GrEStG auswirken. Die Finanzverwaltung scheint dies ähnlich zu sehen. Gleichwohl wäre es für den Steuerpflichtigen natürlich erfreulich, wenn sich eines Tages die von *Viskorf* vertretene Auffassung durchsetzen sollte.

Nicht von § 6 a GrEStG begünstigt bleiben aber auch nach dem Erlass der Formwechsel, die Einzelrechtsübertragung und die Anwachsung. Dass ein Formwechsel nicht unter § 6 a GrEStG fallen soll, wird in Tz. 3.1 ausdrücklich festgestellt. Mangels Rechtsträgerwechsel wird ein Grunderwerbsteueratbestand beim Formwechsel in der Regel auch nicht ausgelöst, so dass für eine Steuerbegünstigung daher grundsätzlich keine Notwendigkeit besteht.⁴²

3. Vorbehaltensfrist

Die Mindestbeteiligung von 95 % am Kapital der abhängigen Gesellschaft muss nach § 6 a Satz 4 GrEStG in den fünf Jahren vor der Umwandlung ununterbrochen bestanden haben. Die Haltefristen beziehen sich nach dem Wortlaut der Vorschrift explizit auf die Beteiligung am Kapital der abhängigen Gesellschaft und nicht auf die (wirtschaftliche) Beteiligung am jeweiligen Grundstück. Eine Änderung der Grunderwerbsteuerlichen Zurechnung des Grundstücks innerhalb der Haltefristen – etwa durch Veräußerung des Grundbesitzes durch die abhängige Gesellschaft – ist daher unschädlich (Tz. 1, 6.2 des Erlasses). Umgekehrt kann aber ein Verstoß gegen die gesellschaftsrechtlichen Behaltensfristen folglich sogar dann noch Grunderwerbsteuer auslösen, wenn zu diesem Zeitpunkt keinerlei Grundbesitz mehr zum Vermögen der abhängigen Gesellschaft gehört, weil dieser nach dem Umwandlungsvorgang mittlerweile komplett veräußert wurde.⁴³

Es bestehen jedoch einzelne Ausnahmen von der Vorbehaltensfrist:

⁴¹ Diese ergibt sich schon aus der systematischen Stellung des § 6 a innerhalb der weiteren Befreiungsvorschriften der §§ 3 – 7 GrEStG.

⁴² Gleichwohl kann ein Formwechsel dazu führen, dass nachträglich die Voraussetzungen einer Grunderwerbsteuerbefreiung (§ 5 Abs. 3, § 6 Abs. 3 Satz 2 GrEStG) entfallen; vgl. *Neitze/Lange*, Ubg 2010, 17 ff. Da der Erlass in Tz. 3 jedoch die durch einen Umwandlungsvorgang nach § 5 Abs. 3, § 6 Abs. 3 Satz 2 GrEStG ausgelöste Grunderwerbsteuer aus dem Anwendungsbereich des § 6 a GrEStG ausklammert, ist diese Sichtweise der Finanzverwaltung konsequent, wenn auch nicht zwingend; vgl. *Klass/Möller*, BB 2011, 410.

⁴³ In der Praxis führt dies dazu, dass Anteilsabtretungen auch dann Grunderwerbsteuer auslösen können, wenn zum Gesellschaftsvermögen keinerlei Grundbesitz mehr gehört. Dies erfordert somit eine noch intensivere Begutachtung der Verhältnisse, um überhaupt noch beurteilen zu können, ob eine Anteilsabtretung Grunderwerbsteuer auslöst.

a) Umwandlung zur Neugründung

Bei Beteiligung von Gesellschaften, die in den fünf Jahren vor der Umwandlung entstanden sind, kann die Einhaltung der Vorbehaltensfrist nach dem Gesetzeswortlaut zweifelhaft sein. Nach Tz. 4 des Erlasses kommt eine Privilegierung nach § 6 a GrEStG hier grundsätzlich nicht in Betracht. Davon ausgenommen wird der Fall, dass eine abhängige Gesellschaft innerhalb der Frist durch einen Umwandlungsvorgang im Verbund entstanden ist. Die Beteiligung eines Rechtsträgers am Umwandlungsvorgang, der innerhalb der Fünfjahresfrist durch Umwandlung zur Neugründung entstanden ist, steht der Steuervergünstigung daher nicht entgegen. Folglich sind auch die in der Praxis bedeutsamen Fälle der Umwandlung zur Neugründung privilegiert.⁴⁴

b) Formwechsel

Die Nichterfüllung des Fünfjahreszeitraums der Vorbehaltensfrist ist nach Tz. 4 auch im Fall eines Formwechsels unschädlich, wenn die kapitalmäßige Beteiligung von mindestens 95 % erhalten bleibt.

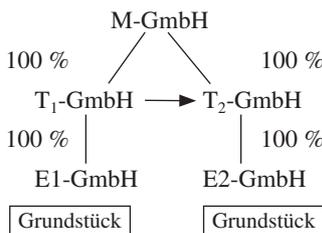
4. Nachbehaltensfrist

Die Mindestbeteiligung von 95 % muss nach § 6 a Satz 4 GrEStG fünf Jahre nach dem Umwandlungsvorgang fortbestehen. Der Stichtag für die Berechnung der Frist ist gemäß Tz. 2.3 des Erlasses die Registereintragung der Umwandlung (= Zeitpunkt der Verwirklichung des Erwerbsvorgangs).

Nach Tz. 5 des Erlasses ist eine Veräußerung von Anteilen an Gesellschaften, die dem übertragenden bzw. dem übernehmenden Rechtsträger nachgeordnet sind, für die Wahrung der Nachbehaltensfrist unschädlich.

Beispiel:

Die M-GmbH ist seit mehr als fünf Jahren an den grundbesitzenden Gesellschaften T₁-GmbH und T₂-GmbH beteiligt. Diese Gesellschaften halten wiederum jeweils 100 %ige Beteiligungen an zahlreichen grundbesitzenden Gesellschaften. Die T₁-GmbH spaltet Grundstücke auf die T₂-GmbH ab. Innerhalb der Nachbehaltensfrist veräußern sowohl die T₁-GmbH als auch die T₂-GmbH zahlreiche Beteiligungen.



Lösung:

Diese Veräußerungen sind nach Tz. 5 des Erlasses für die Nachbehaltensfrist unschädlich. Die nachgeordneten Gesellschaften seien nicht Beteiligte, sondern lediglich Gegenstand des Umwandlungsvorgangs.

Nach Tz. 5 des Erlasses wird die Nachbehaltensfrist verletzt, wenn die Mindestbeteiligung auch nur einer am Umwandlungsvorgang beteiligten Gesellschaft unterschritten wird oder nicht mehr besteht. Es handelt sich um eine „Fallbeil-Regelung“, nach der jegliches Absinken der Beteiligungsquote unter 95 % schädlich ist.⁴⁵ Die Beteiligung muss jedoch nicht über den gesamten Zeitraum in unveränderter Form be-

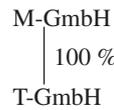
stehen. Keine Verletzung der Nachbehaltensfrist liegt daher vor, wenn eine unmittelbare zu einer mittelbaren Beteiligung wird oder umgekehrt.

Es gibt jedoch noch zu beachtende Ausnahmen von der Nachbehaltensfrist.

Von dem Erfordernis der Nachbehaltensfrist gilt nach Tz. 5 Abs. 1 Satz 1 des Erlasses bei Verschmelzung einer abhängigen Gesellschaft auf das herrschende Unternehmen eine Ausnahme.

Beispiel:

Die grundbesitzende T-GmbH wird auf ihre (seit mehr als fünf Jahren beteiligte) Alleingeschafterin M-GmbH verschmolzen. Die T-GmbH als übertragender Rechtsträger erlischt durch Verschmelzung. Eine fortdauernde Beteiligung an dieser Gesellschaft scheidet damit aus.



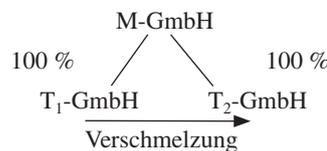
Lösung:

Der Erlass gewährt die Steuervergünstigung des § 6 a GrEStG damit für den praktisch relevanten Fall des Up-Stream-Merger der Tochter- auf die herrschende Mutter-Gesellschaft. Diese Behandlung ist zutreffend. Andernfalls wäre jede Verschmelzung zur Aufnahme auf das herrschende Unternehmen durch den Untergang der Anteile an der übertragenden abhängigen Gesellschaft im Rahmen des § 6 a Satz 4 GrEStG schädlich. Eine so weit reichende Ausnahme von der Steuerbegünstigung hätte im Gesetz ausdrücklich Niederschlag finden müssen.⁴⁶

Tz. 5 Abs. 1 Satz 2 des Erlasses regelt Fälle, in denen die übertragende abhängige Gesellschaft bei der Umwandlung erlischt, aber keine Verschmelzung auf ein herrschendes Unternehmen vorliegt. Während in den letztgenannten Fällen eine Nachbehaltensfrist überhaupt nicht ausgelöst wird, läuft in den Fällen der Umwandlung unter Schwestergesellschaften eine Nachbehaltensfrist, die sich auf die Beteiligung am übernehmenden Rechtsträger beschränkt. Dass eine Beteiligung am übertragenden Rechtsträger wegen dessen Erlöschens nicht mehr bestehen kann, wird für unschädlich erklärt.

Beispiel:

Die M-GmbH ist seit mehr als fünf Jahren jeweils zu 100 % an der grundbesitzenden T₁-GmbH und der T₂-GmbH beteiligt. Nun wird die T₁-GmbH auf die T₂-GmbH verschmolzen.



Lösung:

Bei diesem Vorgang erlischt die T₁-GmbH als übertragender Rechtsträger. Dies ist für § 6 a GrEStG unschädlich, solange die M-GmbH noch fünf Jahre lang mit mindestens 95 % an der T₂-GmbH beteiligt bleibt.

Vor Veröffentlichung des Erlasses war fraglich, ob eine Veräußerung der übertragenden oder erwerbenden Gesellschaft innerhalb der Nachbehaltensfrist begünstigungsschädlich ist,

⁴⁴ So wohl auch *Klass/Möller*, BB 2011, 412.

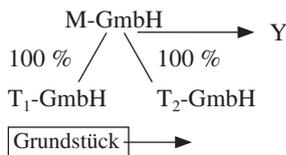
⁴⁵ Vgl. *Klass/Möller*, BB 2011, 413.

⁴⁶ Ebenso *Klass/Möller*, BB 2011, 413.

wenn eine Möglichkeit der Steuerumgehung objektiv ausscheidet, wenn also der Verstoß gegen die Nachbehaltensfrist selbst einen Grunderwerbsteuerbaren Vorgang darstellt.

Beispiel:

Die M-GmbH ist seit mehr als fünf Jahren zu jeweils 100 % an der T₁-GmbH und der T₂-GmbH beteiligt, die jeweils Grundbesitz halten. Im Weg der Abspaltung überträgt die T₁-GmbH ihre Grundstücke auf die T₂-GmbH. Zwei Jahre später überträgt M-GmbH die T₂-GmbH auf den konzernfremden Y. Auf diese Übertragung fällt nach § 1 Abs. 3 (Übertragung vereinigter Anteile) Grunderwerbsteuer an.



Lösung:

Nach dem Wortlaut des § 6 a Satz 4 GrEStG entfällt die ursprünglich gewährte Steuervergünstigung des § 6 a GrEStG aufgrund des Verstoßes gegen die Nachbehaltensfrist. Der Erlass bestätigt dies im Beispiel in Tz. 8 (dort letzter Satz). Danach steht es der Nacherhebung der Steuer wegen der Verletzung der Behaltensfrist nicht entgegen, dass der die Nacherhebung auslösende Rechtsvorgang seinerseits Grunderwerbsteuerpflichtig ist. In der Literatur wird demgegenüber vorgetragen, dass § 6 a Satz 4 GrEStG teleologisch reduziert werden müsse und zumindest die Fälle aus dem Anwendungsbereich der Norm herauszunehmen seien, bei denen eine Möglichkeit der Steuerumgehung objektiv ausgeschlossen ist.⁴⁷ Die Finanzverwaltung scheint dies jedoch einstweilen anders zu sehen.⁴⁸

VIII. Steuerbefreiung bei Grundstücksübertragungen im Rahmen einer öffentlich-privaten Partnerschaft (ÖPP)

Nach § 4 Nr. 9 GrEStG ist der Erwerb eines Grundstücks von einer juristischen Person des öffentlichen Rechts sowie der Rückerwerb des Grundstücks durch die juristische Person des öffentlichen Rechts von der Grunderwerbsteuer befreit, wenn das Grundstück im Rahmen einer öffentlich-privaten Partnerschaft für einen öffentlichen Dienst oder Gebrauch i. S. d. § 3 Abs. 2 des GrEStG benutzt wird und zwischen dem Erwerber und der juristischen Person des öffentlichen Rechts die Rückübertragung des Grundstücks am Ende des Vertragszeitraums vereinbart worden ist. Mit Verfügung der OFD Koblenz vom 22.12.2010⁴⁹ wurden die Begriffe öffentlicher Dienst oder Gebrauch näher erläutert. Einem öffentlichen Dienst oder Gebrauch dienen z. B. Anlagen zur Abfall-, Abwasser- und Müllbeseitigung (Müllverbrennung), Altenheime, Badeanstalten, Behörden, Bedürfnisanstalten, Blindenheime, botanische Gärten, Büchereien, Desinfektionsanstalten, Durchgangslager, Erziehungsanstalten, Feuerwehren, Flugsicherungsanlagen, Forschungsanstalten, Fürsorgeanstalten, Grün- und Parkanlagen, Hochschulen, Kindergärten, Kliniken, Krankenhäuser, Konzerthäuser, Lesehallen, Museen, Schlös-

ser, Schutzflächen, Obdachlosenheime, Schulen, Schullandheime, Schwimmbäder, Spiel- und Sportplätze, Strafvollzugsanstalten, Straßen und Plätze, Tiergärten, Waisenhäuser, Wetterdienstanlagen, wissenschaftliche Institute. Ein öffentlicher Dienst oder Gebrauch ist nicht anzunehmen z. B. bei Ausstellungshallen, Bauhöfen, Baumschulen, Börsen, Brauereien, Druckereibetrieben, Elektrizitätswerken, Gärtnereien, Gaswerken, Heilbädern, Heizwerken, Kreditinstituten, Meschallen, Milchverwertungsanlagen, Wasserwerken.

Zur Erläuterung der Begriffe verweist die Verfügung insbesondere auf Abschnitt 9 und 10 der Grundsteuerrichtlinien. Zu den Betrieben gewerblicher Art, die eine Steuerbefreiung nicht rechtfertigen, gehören z. B. Verkehrs- und Hafentriebe, öffentlich-rechtliche Versicherungsanstalten, Kurverwaltungen, Marktveranstaltungen und Markthallen, Wochen- und Weihnachtsmärkte, Börseneinrichtungen, Verlage, eingetragene Campingplätze, bewachte Parkplätze und Parkhäuser, Schwimmbäder.

IX. Mögliche Verfassungswidrigkeit der in § 8 Abs. 2 GrEStG angeordneten Heranziehung der Grundbesitzwerte i. S. d. § 138 BewG als Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer

Der BFH hat das BVerfG angerufen, weil er Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des Ansatzes der nur noch für die Grunderwerbsteuer maßgeblichen Grundbesitzwerte als Bemessungsgrundlage hat. Im Regelfall bestimmt sich diese nach dem Wert der Gegenleistung. In den Ausnahmefällen des § 8 Abs. 2 GrEStG, zu denen u. a. die praktisch bedeutsamen Grundstücksübergänge aufgrund von Umwandlungen sowie Anteilsvereinigungen und Anteilsübertragungen gehören, bestimmt sich die Bemessungsgrundlage nach den Grundbesitzwerten i. S. d. §§ 138 ff. BewG. Das Bundesverfassungsgericht hatte diese Bewertungsvorschriften im Jahr 2006 für die Erbschaft- und Schenkungsteuer als verfassungswidrig beanstandet. Diesen verfassungswidrigen Zustand hat der Gesetzgeber ab 2007 für die Erbschaft- und Schenkungsteuer beseitigt und durch neue Bewertungsregeln ersetzt, hierauf aber für die Grunderwerbsteuer verzichtet.⁵⁰ Mit der Vorlage des BFH an das Bundesverfassungsgericht wird die Entscheidung darüber eingeholt, ob § 11 GrEStG in der im Jahr 2001 geltenden Fassung mit Art. 3 Abs. 1 GG insofern unvereinbar ist, als er die Beteiligten an Erwerbsvorgängen i. S. d. § 8 Abs. 2 GrEStG, für die die Steuerbemessungsgrundlage nach § 138 Abs. 2 und Abs. 3 BewG in der im Jahr 2001 geltenden Fassung zu ermitteln ist, mit einheitlichen Steuersätzen belastet.

Obwohl der BFH von der Verfassungswidrigkeit der Verwendung der Grundbesitzwerte nach den §§ 138 ff. BewG für die Grunderwerbsteuer ausgeht und diese Frage dem Bundesverfassungsgericht vorgelegt hat, kommt eine Aussetzung der Vollziehung wegen ernstlicher Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit nicht in Betracht. Im Verfahren über die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes sei nämlich zu beachten, dass regelmäßig keine weitergehende Entscheidung getroffen werden kann als vom Bundesverfassungsgericht zu erwarten ist. Da das Bundesverfassungsgericht in solchen Fällen aber regelmäßig nur die Unvereinbarkeit mit dem Grundgesetz feststellt und damit die verfassungswidrige Norm befristet weiter anwenden lasse, wäre eine Aussetzung der Vollziehung eine weitergehende Entscheidung als vom Bundesverfassungs-

⁴⁷ Vgl. *Klass/Möller*, BB 2011, 414; *Wischott/Schönweiß*, DStR 2009, 2644.

⁴⁸ Zu den Zweifelsfragen, wann eine Umwandlung nach ausländischem Recht einer solchen nach deutschem Recht i. S. d. § 6 a Satz 2 GrEStG entspricht, vgl. *Klass/Möller*, BB 2011, 411 ff.

⁴⁹ Vgl. OFD Koblenz, UVR 2011, 74.

⁵⁰ Vgl. BFH, Beschluss vom 2.3.2011, DStR 2011, VIII.

gericht zu erwarten ist.⁵¹

Mit gleichlautenden Ländererlassen vom 1.4.2010⁵² und 17.6.2011⁵³ wurde von der Finanzverwaltung beschlossen, die Grunderwerbsteueranordnungen im Hinblick auf das anhängige BFH-Verfahren bezüglich des Ansatzes des Grundstückswerts gemäß § 8 Abs. 2 GrEStG i. V. m. § 138 ff. BewG als Bemessungsgrundlage vorläufig durchzuführen.

X. Entbehrlichkeit der Unbedenklichkeitsbescheinigung

Die Geschäftsanweisung für die Behandlung von Grundbuchsachen (GBGA) vom 16.10.2006 (JMBl S. 182) wurde mit Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz vom 12.7.2011⁵⁴ mit Wirkung zum 1.8.2011 wie folgt geändert:

Die Vorlage einer Unbedenklichkeitsbescheinigung ist entbehrlich beim Grundstückserwerb durch die Bundesrepublik Deutschland, durch ein Land oder durch eine Gemeinde.

Darüber hinaus wurde klargestellt, dass in den Fällen, in denen bei Ehegatten die Vorlage einer Unbedenklichkeitsbescheinigung nicht erforderlich ist, diese nunmehr auch bei eingetragenen Lebenspartnern nicht mehr benötigt wird. Die Geschäftsanweisung gilt allerdings nur für Grunderwerbsteuerfälle, bei denen in Bayern belegene Grundstücke betroffen sind.

XI. Zusammenfassung

Die Steuersätze bei der Grunderwerbsteuer schwanken mittlerweile in den einzelnen Bundesländern zwischen 3,5 und 5,0 %. Durch das Jahressteuergesetz 2010 wurde die eingetragene Lebenspartnerschaft auch im Grunderwerbsteuergesetz der Ehe gleichgestellt, so dass die entsprechenden Begünstigungen unter Ehegatten auch auf eingetragene Lebenspartner Anwendung finden. Darüber hinaus wurde die im Schrifttum zuvor schon herrschende Ansicht im Gesetz festgeschrieben,

dass die in § 3 Nr. 6 GrEStG vorgesehene Steuerbefreiung für Grundstückserwerbe zwischen Verwandten in gerader Linie auch dann zu gewähren ist, wenn das durch Abstammung begründete Verwandtschaftsverhältnis durch die Annahme als Kind bürgerlichrechtlich erloschen ist.

Nach § 20 GrEStG sind in der Grunderwerbsteuerlichen Veräußerungsanzeige ergänzend zu den bisherigen Daten der am Erwerbsvorgang Beteiligten bei natürlichen Personen die steuerliche Identifikationsnummer gemäß § 139 b AO und bei juristischen Personen, Personenvereinigungen und natürlichen Personen, die wirtschaftlich tätig sind, die Wirtschaftsidentifikationsnummer gemäß § 139 c AO anzugeben. Der Erwerb einer mittelbaren Beteiligung an einer grundbesitzenden Gesellschaft unterliegt gemäß § 1 Abs. 3 GrEStG der Grunderwerbsteuer, wenn die Beteiligungsquote von 95 % auf jeder Beteiligungsstufe erreicht wird. Eine Ermittlung der für die Tatbestandsverwirklichung maßgeblichen Beteiligungsquote durch Multiplikation der auf den jeweiligen Beteiligungsstufen bestehenden Beteiligungsquoten (Durchrechnungsmethode) kommt demnach nicht in Betracht. Stellt der Ersterwerber eines Grundstücks einen Ersatzkäufer und erschöpft sich dabei sein Interesse in der Abwendung möglicher Schadensersatzforderungen der Verkäuferseite, kann unter den dort genannten weiteren Voraussetzungen eine Rückgängigmachung nach § 16 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG vorliegen. Dies kommt nunmehr auch dann in Betracht, wenn die Käufer nur teilweise ausgetauscht werden. Die Finanzverwaltung hat in ihrem Anwendungserlass zu § 6 a GrEStG zu zahlreichen Zweifelsfragen Stellung bezogen. Außerdem hat die Finanzverwaltung die Begriffe öffentlicher Dienst oder Gebrauch i. S. d. § 4 Nr. 9 GrEStG bei öffentlich-privaten Partnerschaften näher definiert. Der BFH hat mittlerweile das Bundesverfassungsgericht angerufen, weil er Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des Ansatzes der nur noch für die Grunderwerbsteuer maßgeblichen Grundbesitzwerte als Bemessungsgrundlage gemäß § 8 Abs. 2 GrEStG hat. Trotz der verfassungsrechtlichen Zweifel kommt jedoch eine Aussetzung der Vollziehung nach Auffassung des BFH nicht in Betracht. Die entsprechenden Grunderwerbsteuerbescheide werden von der Finanzverwaltung mit einem Vorläufigkeitsvermerk versehen. Die Vorlage einer Unbedenklichkeitsbescheinigung ist nunmehr in Bayern auch beim Grundstückserwerb durch die Bundesrepublik Deutschland, durch ein Land oder durch eine Gemeinde entbehrlich.

Insgesamt lässt sich feststellen, dass die Grunderwerbsteuer – wie auch in den vergangenen Jahren – in Bewegung bleibt.

⁵¹ Vgl. BFH, Beschluss vom 5.4.2011, DStR 2011, 769 ff.

⁵² Vgl. Erlass vom 1.4.2010, BStBl I 2010, S. 266 ff.

⁵³ DStR 2011, 1182; der Erlass vom 17.6.2011 trat an die Stelle des Erlasses vom 1.4.2010.

⁵⁴ AZ: 3851-I-5603/2011, JMBl Nr. 6 / 2011, 82.

Unterhaltsverstärkende Vereinbarungen

Von Notar Dr. *Christof Münch*, Kitzingen

Seit Inkrafttreten des Unterhaltsrechtsänderungsgesetzes im Jahre 2008 werden die Notare verstärkt mit dem Ansinnen nach unterhaltsverstärkenden Vereinbarungen konfrontiert,¹ die mittlerweile als eigener Ehevertragstypus Anerkennung gefunden haben.² Soweit solchen Vereinbarungen die Wandelbarkeit ehelicher Lebensverhältnisse nach der Rechtsprechung des BGH entgegenstand, ist durch die Entscheidung des BVerfG³ zur Verfassungswidrigkeit dieser Rechtsprechung eine neue Sicht möglich.

I. Vertragliches Unterhaltsregime als Grundlage der Entscheidung für ein Kind

1. Schwierige Prognose gesetzlicher Unterhaltsansprüche

Das neue Unterhaltsrecht hat sich die Stärkung des Kindeswohls und mehr Eigenverantwortung nach der Ehe auf die Fahnen geschrieben. Mit dieser positiv gewendeten Formulierung gehen in Wirklichkeit eine Verringerung der Unterhaltszahlung und regelmäßige zeitliche Befristungen des Unterhaltsanspruches einher.

a) Individualisierung des Unterhaltsrechts

Herausragendes Merkmal des neuen Unterhaltsrechts aber ist seine Individualisierung. Es wird in der Zukunft für die Frage von Unterhaltshöhe und -dauer verstärkt auf die jeweilige Lebensbiographie und die übereinstimmende Rollenverteilung in der Ehe ankommen. So ist zentrale Frage für einen Unterhaltsanspruch nunmehr, ob der Berechtigte einen ehebedingten Nachteil erlitten hat (vgl. § 1578 b Abs. 1 Satz 2 BGB). Hierzu sind alternative Lebensentwürfe – ohne Kind und Ehe – zu betrachten und zu prognostizieren. Dem tradierten Altersphasenmodell, nach dem die Erwerbsobliegenheit des Berechtigten bestimmt wurde, ist vom Gesetzgeber die Grundlage entzogen. Die Rechtsprechung lehnt auch ein modifiziertes Altersphasenmodell ab und verlangt die Heranziehung weiterer individueller Umstände neben dem Lebensalter des Kindes.⁴ In vielen Bereichen greift das Gesetz zu Billigkeitstatbeständen und stellt auf die konkreten Einzelumstände ab.

Letztlich werden im Spannungsfeld zwischen vermehrter Eigenverantwortung und naheheglicher Solidarität verstärkt individuelle Unterhaltsentscheidungen⁵ und solche temporärer Natur⁶ ergehen.

b) Verkürzung der Unterhaltszeiträume

Die Unterhaltsreform hat zugleich die Zeiträume, für die Unterhalt gezahlt werden muss, erheblich verkürzt. Im Falle der Kindesbetreuung sieht § 1570 Abs. 1 Satz 1 BGB nun-

mehr nur noch drei Jahre Basisunterhalt vor, in denen der Kindesbetreuende Elternteil sicher mit Unterhaltszahlungen rechnen kann. Eines der wichtigsten Ergebnisse der Unterhaltsreform ist die Abschaffung der sog. „Lebensstandsgarantie“.⁷ Unterhalt ist nunmehr zu einer regelmäßig vorübergehenden Zahlung zum Ausgleich ehebedingter Nachteile geworden. Zusätzliche Befristungsvorschriften wie § 1578 b BGB tun ein Übriges, um auch außerhalb der in § 1570 BGB schon immanenten Beschränkungen Unterhaltsansprüche zu verkürzen.

c) Verstärkung der Erwerbsobliegenheit

Zugleich wurde die Erwerbsobliegenheit sehr viel strenger. Mit der Abschaffung des traditionellen Altersphasenmodells beginnt bereits nach dem dritten Lebensjahr die Obliegenheit, eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen, soweit eine Fremdbetreuung möglich ist. Zwar wird dem Ehegatten nicht angedungen, sofort eine vollschichtige Tätigkeit aufzunehmen, aber über den Umfang der zumutbaren Tätigkeit wird im Einzelfall auf der Grundlage der Möglichkeiten der Kindesbetreuung entschieden. Nach Auffassung des BGH hat der Gesetzgeber damit den Vorrang der persönlichen Betreuung gegenüber anderen kindgerechten Betreuungsmöglichkeiten aufgegeben.⁸

Verstärkend wirkt zusätzlich die Änderung des § 1574 BGB, nach dem auch eine vor der Ehe ausgeübte Erwerbstätigkeit als zumutbar anzusehen ist und die ehelichen Lebensverhältnisse nur noch eine Einwendung darstellen, aber kein gleichwertiges Angemessenheitskriterium mehr bilden.

d) Rangverschlechterung der Erstehefrau

Mit der Unterhaltsreform ist der Kindesunterhalt an die erste Rangstelle gerückt. Der frühere Vorrang der ersten Ehefrau ist aufgehoben worden. Stattdessen wird – wenn nicht die erste Ehe eine lange Ehe i. S. d. § 1609 BGB war – häufig zusätzlich die zweite Ehefrau der geschiedenen Ehefrau im Range vorgehen oder auch eine Lebensgefährtin, wenn sie etwa Kinder erzieht. Dies droht den Unterhalt für eine geschiedene Ehefrau noch weiter zu verschlechtern.

e) Beweislast des Unterhaltsberechtigten

Die Gründe für eine kindbezogene und ehebezogene Verlängerung des Kindesbetreuungsunterhalts nach § 1570 Abs. 1 Sätze 2 und 3 sowie Abs. 2 BGB sind in vollem Umfang vom Unterhaltsberechtigten nachzuweisen,⁹ so dass dieser darlegen muss, wie er sich um Fremdbetreuung bemüht hat und warum eine solche aus örtlichen Gegebenheiten oder wegen des Kindeswohls ausscheidet.

¹ Hierzu schon *C. Münch*, notar 2009, 286 ff.; *Herrler*, FPR 2009, 506 ff.; *B. Schmitz*, RNotZ 2011, 265 ff.

² *Langenfeld*, Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, 6. Aufl. 2011, Rdnr. 540 f.

³ BVerfG, Beschluss vom 25.1.2011, 1 BvR 918/10, DNotZ 2011, 291 m. Anm. *Gutdeutsch* = FamRB 2011, 66 = NJW 2011, 836; hierzu *C. Münch*, FamRB 2011, 90; Anm. *Hauß*, FamRB 2011, 94; *Schwamb*, FamRB 2011, 120 f.; *Borth*, FamRZ 2011, 445 f.; *Gerhardt*, FamRZ 2011, 537 f.; *Gutdeutsch*, FamRZ 2011, 772; *Maurer*, FamRZ 2011, 849 f.; *Graba*, FF 2011, 102 f.; *Maier*, FuR 2011, 182; *Rieble*, NJW 2011, 819 f.; *Viefhues*, ZFE 2011, 124 ff.

⁴ BGH, FamRZ 2010, 1050, 1054; BGH NJW 2011, 1582; BGH, NJW 2011, 2646.

⁵ *Erman/Graba*, BGB, 12. Aufl. 2008, § 1570, Rdnr. 6.

⁶ *Viefhues*, ZFE 2008, 48.

⁷ Die hatte der BGH freilich schon zuvor für die Fälle vorehelichen Qualifikationsdefizits nicht mehr anerkannt, BGH, FamRZ 2006, 1006.

⁸ BGH, NJW 2009, 1956; BGH, NJW 2009, 1876 = MittBayNot 2009, 303; BGH, FamRZ 2010, 1050, 1052.

⁹ BGH, NJW 2009, 1876 = MittBayNot 2009, 303.

Im Rahmen des § 1578 b BGB muss zwar der Unterhaltspflichtige darlegen und beweisen, welche Tatsachen für eine Befristung des Unterhaltes sprechen, allerdings legt der BGH sodann dem Unterhaltsberechtigten die sekundäre Darlegungslast auf, so dass dieser die Behauptung des Pflichtigen, es seien keine ehebedingten Nachteile entstanden, substantiiert bestreiten und seinerseits darlegen muss, welche konkreten ehebedingten Nachteile ihm erwachsen sind.¹⁰ Hierzu gehört es, die mutmaßliche berufliche Entwicklung ohne die Eheschließung hinreichend plausibel darzulegen.¹¹

f) Offene Billigkeitstatbestände

Das neue Unterhaltsrecht stellt vielfach auf Billigkeitsentscheidungen ab, insbesondere im Rahmen des § 1570 und § 1578 b BGB. Auch die Frage, ob eine Erwerbstätigkeit angemessen im Sinne des § 1574 BGB ist, muss letztlich nach Wertungsgesichtspunkten entschieden werden.

g) Unterhaltsanspruch nicht prognostizierbar

Dies führt im Ergebnis dazu, dass Höhe und Dauer eines Unterhaltsanspruchs vorab kaum prognostizierbar sind. Auch nach rechtlicher Beratung wird man angesichts offener Sachverhaltsentwicklungen im Rahmen eines vorsorgenden Ehevertrages kaum vorhersagen können, welche konkreten Unterhaltsansprüche im Scheidungsfalle gegeben sein werden.

2. Ehevertrag als Basis der Entscheidung für ein Kind

Mit dieser Unsicherheit wollen aber viele Ehepaare gerade im Bewusstsein hoher Scheidungsquoten nicht in die Entscheidung über ein Kind und die damit verbundene Lebensumstellung gehen.

a) Bewusste Entscheidung für das Kind

Die Entscheidung für ein Kind ist heute angesichts der modernen Möglichkeiten zur Familienplanung für viele Ehepaare eine bewusst getroffene Entscheidung, bei der die Familiensituation, die finanziellen Voraussetzungen, das Lebensalter und die berufliche Situation der Ehegatten mit in die Abwägung einfließen. Für viele Ehepaare ist aber auch die finanzielle Situation bei einem Scheitern der Ehe ein wichtiger Abwägungsgesichtspunkt. Hier werden schon im Vorfeld einer solchen Entscheidung berufliche Einbußen erörtert und finanzielle Bedürfnisse diskutiert. Gerade das von der Gesetzesbegründung des Unterhaltsrechtsänderungsgesetzes hervorgehobene veränderte gesellschaftliche Bewusstsein ist hier spürbar. Der gesetzliche Unterhaltsanspruch mit den dargelegten Unsicherheiten bietet für eine solche Abwägung keine verlässliche Grundlage mehr.

b) Gemeinsame Interessen der Eltern an persönlicher Betreuung

Zudem stößt die Entscheidung des Gesetzgebers, die von der Rechtsprechung konsequent umgesetzt wird, den Vorrang der persönlichen Kindesbetreuung ab dem dritten Lebensjahr aufzugeben, bei vielen Eltern nicht auf Zustimmung. Gerade Familien der Mittel- und Oberschicht geben häufig der Eigenbetreuung den Vorzug.¹² Im Vorfeld einer Ehe oder jedenfalls fernab von einer Ehekrise ist es so Konsens, dass der kindesbetreuende Elternteil jedenfalls bis zu einem bestimmten Lebensalter des Kindes nicht auf eine Erwerbstätigkeit i. V. m.

einer Fremdbetreuung verwiesen sein soll. Dies gilt besonders bei gehobenen finanziellen Möglichkeiten. Beratene Ehegatten lassen diesen Konsens auch festhalten, damit er später bei einer Trennung Grundlage der weiteren Ansprüche sein kann.

c) Karriereunterbrechung als dauerhafter ehebedingter Nachteil

Die persönliche Betreuung wiederum führt in vielen Fällen dazu, dass berufliche Möglichkeiten desjenigen Ehegatten, der die Kindesbetreuung übernimmt, einer Einschränkung unterliegen. Droht aber eine Karriereunterbrechung oder gar ein Karrierestopp, so werden im Scheidungsfalle die Möglichkeiten, sich selbst zu unterhalten, eingeschränkt sein.

d) Vertragliche Kompensation

Dieses Szenario ist für viele (künftige) Ehegatten, die in guten Verhältnissen leben, Anlass, sich vertragliche Ansprüche einräumen zu lassen, die von den gesetzlichen Unwägbarkeiten losgelöst sind und im Scheidungsfalle einen verstärkten Unterhalt gewähren. Die Möglichkeiten und Grenzen vertraglicher Gestaltung solchen verstärkten Unterhalts sollen nachfolgend ausgelotet werden.

II. Möglichkeiten der Unterhaltsverstärkung

Inzwischen ist die schon früh diskutierte Unterhaltsverstärkung¹³ literarisch mancherorts aufgenommen worden,¹⁴ gerichtliche Entscheidungen zu diesem konkreten Problemkreis sind aber noch nicht ersichtlich.

1. Definitionsvereinbarungen für die Billigkeitstatbestände

Zahlreiche Unterhaltstatbestände setzen eine Abwägung nach Billigkeit voraus oder verwenden wertende Begriffe, die im Einzelfall auszufüllen sind. Die Ehegatten können nun vertraglich ihr Ehemodell festlegen und dabei auch aus ihrer Sicht wichtige Aspekte für die Billigkeitsabwägung festlegen. Sie haben also in diesem Rahmen eine Definitionskompetenz.

So können Ehegatten etwa festlegen, dass bei ihrer Ehe 15 Jahre als „lange Dauer“ im Sinne des § 1578 b BGB zu gelten haben, so dass ab diesem Zeitpunkt eine Unterhaltsbefristung nach dieser Vorschrift ausscheiden soll.

Die angemessene Erwerbstätigkeit im Sinne des § 1574 BGB kann für die Ehegatten einer vertraglichen Definition zugänglich sein, so z. B. wenn die zuletzt ausgeübte Tätigkeit später nur schwer einzuschätzen sein wird. So könnte etwa in der Ehe der Unternehmerin mit einem Künstler geregelt werden:

Formulierungsvorschlag (Definition Billigkeit)

Herr ... war nach einem Lehramtsstudium für Kunst und Religion in den letzten drei Jahren als freischaffender Künstler tätig. Da der Reingewinn dieser Tätigkeit das Gehalt

¹⁰ BGH, FamRZ 2010, 875 ff.

¹¹ Finke, FamRZ 2010, 879.

¹² So ausdrücklich Bergschneider, DNotZ 2008, 195, 199.

¹³ Schwab in Limmer (Hrsg.), Scheidung, Trennung – Scheidungs- und Trennungvereinbarungen, 68, 94 ff.; C. Münch, Unterhaltsvereinbarungen nach der Reform, 2008, Rdnr. 239 ff.; ders., notar 2009, 286 ff.; Herrler, FPR 2009, 506 ff.

¹⁴ Brambring in Schnitzler (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Familienrecht, 3. Aufl. 2010, § 23 Rdnr. 98 ff.; Helms in Festschrift für Spellenberg, 2010, 27, 38; Koch in Luthin/Koch, Handbuch des Unterhaltsrechts, 11. Aufl., Rdnr. 2281 ff.; Langenfeld (Fn. 2), Rdnr. 540 ff.; ders., NJW 2011, 966, 967 f.; Reetz, Beck'sches Formularbuch Bürgerliches Handels- und Wirtschaftsrecht, 10. Aufl. 2010, V.14, Anm. 1; Schmitz, RNotZ 2011, 265 ff.

eines Lehrers für Realschulen jedenfalls nicht überstieg, legen wir hiermit ausdrücklich fest, dass die Tätigkeit als Lehrer an einer Realschule oder – soweit eine solche altersbedingt nicht mehr in Betracht kommt – an einer privaten Einrichtung eine angemessene Erwerbstätigkeit des Ehemannes im Sinne des § 1574 BGB darstellt.

Soweit eine solche Definition den gesetzlichen Rahmen ausfüllt, ohne ihn durch unangemessene Abweichungen zu verlassen, sollte man hier noch nicht von einer Unterhaltsverstärkung sprechen, die den nachfolgenden Einschränkungen unterliegt.¹⁵

2. Vereinbarung über den Rang

Soll der Unterhaltsberechtigte gegenüber anderen besser gestellt werden, so könnte man zunächst überlegen, ob eine vertragliche Vereinbarung über den Rang des Unterhaltsanspruches zulässig ist, in welcher dem Berechtigten eine bessere Rangposition als in § 1609 BGB eingeräumt wird. § 1609 BGB wird zwar nicht als zwingend angesehen, sondern könnte durch eine allseitige Vereinbarung durchaus Änderungen erfahren. Das aber setzt voraus, dass die Vereinbarung sich nicht zu Lasten eines an diesem Vertrag nicht beteiligten Dritten auswirkt.¹⁶ Solches ist indes kaum zu erreichen. Schon später hinzutretende Kinder sind nicht vertraglich eingebunden. Außerdem wird sich eine solche Abrede in Mangelfällen regelmäßig zu Lasten des Sozialhilfeträgers auswirken. Daher wird eine Vereinbarung über den Rang nicht wirksam zu treffen sein.

Hinweis:

Vereinbarungen über den Rang des § 1609 BGB können in aller Regel nicht wirksam getroffen werden.

Selbst die eigene vertragliche Definition einer „Ehe von langer Dauer“ im Sinne des § 1609 BGB wird als ein Verstoß gegen den Rang des § 1609 BGB zu werten sein, wenn die Rechtsprechung andere Grenzen festlegt.

Die Problematik, dass die Rechtsprechung des BGH schon auf der dem § 1609 BGB vorgreiflichen Bedarfsebene für eine Verkürzung von Ansprüchen des geschiedenen Ehegatten durch die sog. „wandelbaren ehelichen Lebensverhältnisse“¹⁷ gesorgt hatte, dürfte mit der Entscheidung des BVerfG¹⁸ zur Verfassungswidrigkeit dieser Rechtsprechung¹⁹ erledigt sein.

3. Vereinbarung des vor dem 1.1.2008 gültigen Unterhaltsrechts

Nicht selten tragen Ehegatten das Ansinnen an den Notar heran, doch vertraglich das vor dem 1.1.2008 geltende Unter-

haltsrecht zu vereinbaren, weil sie der Auffassung sind, dies habe besser zu ihrem Ehetyp gepasst. Eine solche Generalverweisung ist jedoch wenig hilfreich. Dies liegt vor allem daran, dass schon unter Geltung des alten Unterhaltsrechts die Rechtsprechung durch die Abkehr von der Lebensstandsgarantie und die Hinwendung zum Ausgleich ehebedingter Nachteile²⁰ das Unterhaltsrecht gewandelt hatte. Auch die sich weiter entwickelnde Rechtsprechung wird man bei der Auslegung des alten Rechts zu berücksichtigen haben. Damit aber ist der Inhalt der Verweisung nur noch schwer bestimmbar. Zudem wird eine Grenze der Wirksamkeit erreicht, wenn mit der Verweisung auf das frühere Unterhaltsrecht auch die alten Rangverhältnisse wieder hergestellt werden sollen.

Hinweis:

Eine Generalverweisung auf das alte Unterhaltsrecht ist keine empfehlenswerte Regelungstechnik. Vorzuziehen ist eine vertragliche Ausgestaltung auf der Basis des geltenden Unterhaltsrechts.

Der früher vorgeschlagene Ausschluss der Wandelbarkeit²¹ ist mit der Entscheidung des BVerfG²² zur Verfassungswidrigkeit der Rechtsprechung des BGH zu den wandelbaren ehelichen Lebensverhältnissen wohl obsolet geworden, da der Beschluss des BVerfG wieder zu § 1578 BGB mit einem festen Stichtag zurückzuführen wird.²³

4. Verlängerung des Zahlungszeitraumes

Eine Verstärkung auf der Grundlage des neuen Unterhaltsrechts kann etwa so vorgenommen werden, dass der Basisunterhalt des § 1570 Abs. 1 Satz 1 BGB zeitlich ausgedehnt wird. Dieser Basisunterhalt ist der gesetzlich hervorgehobene Kernbereich des Kindesbetreuungsunterhalts. Solange er greift, ist eine Abwägung von Kindes- und Elterninteresse nicht erforderlich. Eine Erwerbsobliegenheit besteht nicht. Eine Verlängerung dieses Zeitraumes bietet also dem kindesbetreuenden Elternteil Gewähr, dass der Unterhalt nicht mit dem Hinweis auf Fremdbetreuungsmöglichkeiten oder Abwägungen in Frage gestellt wird.

Zur Sicherheit sollte daher auch die Anwendung des § 1578 b BGB in zeitlicher und höhenmäßiger Hinsicht ausgeschlossen werden. Zwar hat der BGH²⁴ entschieden, dass diese Vorschrift wegen der in § 1570 BGB bereits immanenten Grenzen dort keine Anwendung findet, man weiß aber nicht, ob er dies auch für einen vertraglich verlängerten Basisunterhalt so sehen würde.

Die nachfolgende Formulierung gewährt den Basisunterhalt ferner nur, wenn der Unterhaltsberechtigte auch außerhalb der Kindergarten- bzw. Schulzeiten die Betreuung tatsächlich übernimmt und nicht einer Erwerbstätigkeit nachgeht.

Zu bedenken ist die Auswirkung des verlängerten Basisunterhalts auf Anschlussunterhalt. Hier sieht die Formulierung vor, dass für Anschlussunterhaltstatbestände nicht der vertraglich hinausgeschobene Zeitpunkt, sondern der gesetzliche als Ein- satzzeitpunkt gilt.

¹⁵ A. A. Schmitz, RNotZ 2011, 265, 275.

¹⁶ Büttner, NJW 1987, 1855, 1857; Bamberger/Roth/Reinken, 2. Aufl. 2008, § 1609 Rdnr. 5; Langenfeld, (Fn. 2), 547; Palandt/Brudermüller, 70. Aufl. 2011, § 1609, Rdnr. 4; Schürmann, FamRZ 2008, 313, 319; für Abänderbarkeit: OLG Frankfurt, FamRZ 1984, 176 und OLG Frankfurt, FamRZ 1985, 489; differenzierend Schwab (Fn. 13), 100.

¹⁷ BGH, FamRZ 2003, 590; BGH, FamRZ 2006, 683; BGH, FamRZ 2008, 968; BGH, FamRZ 2009, 23 = MittBayNot 2009, 149; BGH, FamRZ 2009, 411; BGH, FamRZ 2009, 579; BGH, FamRZ 2010, 111 = MittBayNot 2010, 313.

¹⁸ BVerfG, DNotZ 2011, 291 = NJW 2011, 836.

¹⁹ Kritisch zu dieser Entscheidung C. Münch, FamRB 2011, 90; Rieble, NJW 2011, 819 ff. („familienpolitische Intervention des BVerfG“); a. A. Rütters, NJW 2011, 1865 ff.

²⁰ BGH, FamRZ 2006, 683; BGH, FamRZ 2006, 1006; BGH, FamRZ 2008, 134.

²¹ C. Münch, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, 3. Aufl. 2011, Rdnr. 2742, 2794.

²² BVerfG, DNotZ 2011, 291 = NJW 2011, 836.

²³ Reetz, RNotZ 2011, 228, 229.

²⁴ BGH (Tz. 42), FamRZ 2009, 770 = MittBayNot 2009, 303.

Da der Basisunterhalt großzügig verlängert wurde, soll danach Unterhalt nach § 1570 Abs. 2 BGB wegen ehebezogener Verlängerung grundsätzlich nicht mehr in Betracht kommen. Eine Ausnahme wurde für den Fall vorgesehen, dass drei oder mehr Kinder vorhanden sind, um dem dann verstärkten Betreuungsaufwand Rechnung zu tragen.

Formulierungsvorschlag (Verlängerung des Basisunterhalts):

Wir vereinbaren hiermit folgendes:

a)

Der in § 1570 Abs. 1 Satz 1 BGB vorgesehene Basisunterhaltsanspruch auf Ehegattenunterhalt wegen Kindesbetreuung wird verlängert auf einen Zeitraum, bis das jüngste unserer gemeinschaftlichen Kinder das 12. Lebensjahr vollendet hat.

Das bedeutet, dass für diesen Zeitraum eine Erwerbsobliegenheit nicht besteht und auch keine Billigkeitsabwägung zu treffen ist, wie sie in Satz 2 und Abs. 2 des § 1570 BGB vorgesehen sind.

Eine Herabsetzung oder zeitliche Begrenzung des Unterhalts nach § 1578 b BGB schließen wir für den vorgenannten Zeitraum aus.

b)

Diese Verlängerung vereinbaren wir deshalb, weil unsere gemeinschaftlichen Kinder durch die Ehefrau ohne Fremdbetreuung erzogen werden sollen.

Aus diesem Grund gilt die Verlängerung nur dann, wenn die Ehefrau diese Erziehungsaufgabe wahrnimmt, also – außerhalb der üblichen Halbtageskindergarten- und Schulzeiten – nicht berufstätig ist, soweit dies nicht aus besonderen Gründen gemeinsam anders entschieden wird.

c)

Diese Regelung stellt nur eine Unterhaltsmodifikation dar. Das bedeutet, dass mit Ausnahme der in a) festgelegten Betreuungszeiten alle anderen Unterhaltsvoraussetzungen in ihrer gesetzlichen Form erfüllt sein müssen und Unterhaltsbeträge in der gesetzlichen Höhe geschuldet werden.

d)

Für Anschlussunterhaltstatbestände vereinbaren wir, soweit gesetzlich zulässig, den Ablauf der dreijährigen Frist des gesetzlichen Basisunterhalts und gegebenenfalls den Ablauf von nach dieser Frist bestehenden Unterhaltsansprüchen nach § 1570 Abs. 1 Satz 2 oder Abs. 2 BGB als maßgeblich anstelle der hier verlängerten Frist.²⁵

Wir sind uns einig, dass nach Ablauf der verlängerten Frist weiterer Unterhalt nach § 1570 Abs. 2 BGB höchstens dann verlangt werden kann, wenn drei oder mehr Kinder betreut werden.

..... (ggf. Höhenbegrenzung und dann weitergehender Verzicht)

Diesem Formulierungsvorschlag sind ggf. die nachfolgend vorgeschlagenen Vereinbarungen bei begrenzten finanziellen Verhältnissen hinzuzufügen.

²⁵ Hier sollte es bei den vom Gesetz vorgesehenen Bedingungen für Anschlussunterhaltstatbestände bleiben. Dies dürfte zulässig sein, nachdem die Rechtsprechung (BGH, FamRZ 2008, 1507 = NJW 2008, 2644) die durch die Befristung des Unterhalts stattfindende Ausschließung von Anschlussunterhaltstatbeständen gebilligt hat.

5. Vereinbarung eines individuellen Altersphasenmodells

Mit dem neuen Unterhaltsrecht ist das bisherige Altersphasenmodell nicht mehr anwendbar. Der BGH hat in gefestigter Rechtsprechung auch ein modifiziertes Altersphasenmodell nicht gebilligt²⁶, sondern fordert nach der gesetzlichen Rechtslage eine individuelle Betrachtung und Abwägung für die Frage der Erwerbsobliegenheit, die nicht rein auf das Kindesalter abstellen könne.

Die Ehegatten können aber von dieser gesetzlichen Rechtslage abweichen und ein individuelles Altersphasenmodell vertraglich vereinbaren. Dieses kann zum einen nur die Erwerbsobliegenheit als solche regeln oder es können sogleich abschmelzende Zahlungsbeträge vereinbart werden. Ein Vorschlag hierzu, der das frühere Modell aufnimmt und durch eine zusätzliche Stufe ergänzt, findet sich bei *Langenfeld*:²⁷

Formulierungsvorschlag (Erwerbsobliegenheit):

„Bis zur Vollendung des 8. Lebensjahres des jüngsten Kindes besteht für den betreuenden Ehegatten keine Erwerbsobliegenheit. Ab dann bis zur Vollendung des 11. Lebensjahres des jüngsten Kindes hat der betreuende Ehegatte eine Erwerbsobliegenheit von 15 Stunden wöchentlich. Ab dann bis zur Vollendung des 15. Lebensjahres des jüngsten Kindes besteht eine Erwerbsobliegenheit von 20 Stunden wöchentlich. Danach obliegt dem Ehegatten die volle Berufstätigkeit.“

Eine abschmelzende Zahlungsvereinbarung hat die Wertung des § 1578 b BGB bereits vorweggenommen. Sie schließt höheren Unterhalt nicht aus, wohl aber eine zusätzliche Herabsetzung oder Befristung nach § 1578 b BGB. Die Abänderbarkeit nach § 239 FamFG – etwa bei niedrigerem Einkommen des Unterhaltspflichtigen – ist hingegen vorbehalten. Die Vereinbarung²⁸ kann folgendermaßen aussehen:

Formulierungsvorschlag (Individuelles Altersphasenmodell – Abschmelzende Zahlungspflicht mit steigender Erwerbsobliegenheit ohne Verzicht):

1)

Ich, der Ehemann, verpflichte mich, für die Zeit ab Rechtskraft der Scheidung an meine geschiedene Ehefrau unter Zugrundelegung der gesetzlichen Vorschriften auf der Basis der sog. „Düsseldorfer Tabelle“ einen monatlichen Ehegattenunterhalt i. H. v. ... €

– in Worten Euro –

zu zahlen, und zwar Elementarunterhalt i. H. v. ... € und Vorsorgeunterhalt i. H. v. ... €.

2)

Dieser Betrag ist bis zur Vollendung des ... Lebensjahres des jüngsten unserer gemeinsamen Kinder zu zahlen, also bis einschließlich ... (Monat und Jahr) ...

Danach sind 60 % dieses Betrages bis einschließlich ... (Monat und Jahr) ... zu zahlen.

²⁶ BGH, FamRZ 2009, 770 = MittBayNot 2009, 303; BGH, NJW 2011, 1582; BGH, NJW 2011, 2646.

²⁷ *Langenfeld* (Fn. 2), Rdnr. 546.

²⁸ Hier Scheidungsvereinbarung mit feststehenden Beträgen und Kindesalter. Ein vorsorgender Ehevertrag wird sich abstrakt auf die Phasen des Abs. 2 und die weiteren Regelungen beschränken.

Danach sind 30 % dieses Betrages bis einschließlich ... (Monat und Jahr) zu zahlen.

3)

Für die drei Phasen der vereinbarten Unterhaltszahlung gilt folgendes: Eine Erwerbsobliegenheit der Kindesbetreuenden Mutter besteht in der ersten Phase nicht, in der zweiten Phase besteht eine Erwerbsobliegenheit von ... Stunden wöchentlich, in der dritten Phase von Stunden wöchentlich.

Ein weiterer oder höherer Anspruch nach dem Gesetz unter Berücksichtigung dessen bleibt vorbehalten und wird mit dieser Vereinbarung nicht ausgeschlossen. Eine Herabsetzung oder Befristung der Unterhaltszahlung innerhalb des vorgenannten Zeitraumes wird aber ausgeschlossen, insbesondere soweit eine solche nach § 1578 b BGB erfolgen könnte.

4)

Der Unterhaltsbemessung liegen folgende eheprägende Daten zugrunde:

.....

5)

Die Vereinbarung ist nach § 239 FamFG abänderbar.

6. Novierende Unterhaltsrente

Gerade bei Ehen mit gehobenen Einkommensverhältnissen ist oft eine novierende Unterhaltsrente das Mittel der Wahl.²⁹ Diese hat den Vorteil, dass Einkommensverhältnisse nicht gesondert dargelegt werden müssen. Das kann gerade in Unternehmerfällen eine oft komplizierte und teure Einkommensberechnung sowie deren ständige Aktualisierung ersparen. Außerdem können beide Seiten von verlässlichen Zahlungen ausgehen.

Es handelte sich dabei um einen rein vertraglichen Anspruch. Da dies nicht der Regelfall ist, muss die Novation deutlich zum Ausdruck gebracht werden. Die vereinbarte Zahlung unterliegt i. d. R. einer Wertsicherung, ist aber von Leistungsfähigkeit und Bedürftigkeit dann unabhängig. Da für die vertraglich vereinbarte Zahlung die gesetzlichen Vorschriften des Unterhaltsrechts nicht gelten, muss insbesondere zu der Frage Stellung genommen werden, ob die Zahlung bei Wiederheirat des Berechtigten erlöschen soll. Ohne eine Regelung gilt dies nicht, da § 1586 b BGB nicht anwendbar ist.

Bei der Vereinbarung ist ferner darauf zu achten, dass bei einer Änderung der Verhältnisse der Unterhaltsschuldner möglicherweise überfordert sein kann. Dem ist ggf. durch eine Notklausel zu begegnen.

Eine novierende Unterhaltsrente kann auf folgende Weise vereinbart werden:

Formulierungsvorschlag (Novation – Unterhaltsrente):

1)

Für die Zeit nach einer etwaigen Scheidung unserer Ehe verzichten wir gegenseitig auf den gesetzlichen nachehelichen Unterhalt, auch für den Fall des Notbedarfs, gleichgültig, ob ein Unterhaltsanspruch gegenwärtig bereits erkennbar hervorgetreten ist oder nicht.

2)

Diesen Verzicht nehmen wir hiermit gegenseitig an.

3)

Ich, der Ehemann, verpflichte mich, an meine Ehefrau, beginnend mit dem auf die Rechtskraft der Scheidung folgenden Monat, folgende vertragliche Unterhaltsrente zu zahlen, die ausdrücklich nicht den Vorschriften über den gesetzlichen Unterhalt unterliegt.

a)

Ich, ..., verpflichte mich, an meine Ehefrau ...

– nachstehend kurz: „die Berechtigte“ –

auf deren Lebenszeit (*alternativ: auf die Dauer von ... Jahren ab Rechtskraft der Ehescheidung*) als Unterhaltsrente monatlich einen Betrag i. H. v ... €

– in Worten ... Euro –

kostenfrei zu zahlen.

Die Unterhaltsrente ist im Voraus je bis zum Dritten eines jeden Monats zur Zahlung fällig, erstmals für den auf die Rechtskraft der Scheidung folgenden Monat.

Alternativen:

(1) Die Unterhaltsrente erlischt mit Wiederverhehlung der Berechtigten.

(2) Die Unterhaltsrente halbiert sich mit Wiederverhehlung der Berechtigten.

(3) Die Unterhaltsrente ist bei Wiederverhehlung der Berechtigten noch für drei Jahre von der Wiederverhehlung an zu zahlen.

b)

Die Unterhaltsrente soll wertbeständig sein ... (Indexklausel)

c)

... (Bestellung Reallast) ... (Zwangsvollstreckungsunterwerfung) ...

4)

Für diesen vertraglichen Unterhaltsanspruch wird im Übrigen eine entsprechende oder ergänzende Anwendung der gesetzlichen Vorschriften über den Unterhalt ausdrücklich ausgeschlossen. Weitergehende Anpassungen als diejenigen nach der Wertsicherungsklausel finden nicht statt. Insbesondere wird die Abänderungsklage nach § 239 FamFG bzw. 323 a ZPO und eine etwaige Leistungsklage insoweit ausgeschlossen. Der Notar hat darüber belehrt, dass auch dieser Ausschluss der nachstehend erläuterten Inhaltskontrolle unterliegen kann.

5)

Eigenes Einkommen der Berechtigten ist auf diese Unterhaltsrente ausdrücklich nicht anzurechnen.

6)

Bestünde ohne Verzicht ein höherer Anspruch aus § 1570 Abs. 1 Satz 1 BGB (Basisunterhalt bei Kindesbetreuung bis zum 3. Lebensjahr), so erhöht sich der Betrag der Unterhaltsrente für die Dauer des Bestehens dieses Anspruchs entsprechend.³⁰

²⁹ Vgl. etwa *Brambring*, Ehevertrag und Vermögenszuordnung unter Ehegatten, 6. Aufl. 2008, Rdnr. 125 f.

³⁰ Ein solches Übersteigen sollte bei angemessenen Beträgen der Unterhaltsrente in der Diskrepanzphase eigentlich nicht vorkommen. Zur Sicherheit wurde aber festgehalten, dass jedenfalls der Basisunterhaltsanspruch durch diese Vereinbarung nicht gekürzt wird.

7)

Wir wurden vom Notar über das Wesen des nahehelichen Unterhalts, die Auswirkungen des Verzichts und die Vereinbarung eines eigenen, von den gesetzlichen Ansprüchen losgelösten vertraglichen Unterhaltsanspruchs eingehend belehrt. Wir wissen somit insbesondere, dass eine Änderung unserer wirtschaftlichen Verhältnisse auf den zugesagten vertraglichen Unterhalt keine Auswirkung hat.

(... ggf. Belehrungen bzw. Notklauseln wie nachstehend erläutert) ...

III. Schranken unterhaltsverstärkender Vereinbarungen

Zu untersuchen ist, welchen Schranken solche unterhaltsverstärkenden Vereinbarungen unterliegen:

1. Sittenwidrige Überforderung des Unterhaltsschuldners

Die Inhaltskontrolle von Eheverträgen greift keinesfalls nur zugunsten der Unterhaltsberechtigten ein, sondern auch zugunsten des Unterhaltsverpflichteten. Geht dieser also eine Verpflichtung ein, die ihn überfordert, kann dies zur Sittenwidrigkeit des Vertrages führen. Diese sieht der BGH³¹ nicht schon bei einer Abweichung vom Halbteilungsgrundsatz als gegeben an oder beim Unterschreiten des notwendigen Selbstbehaltes, sondern erst dann, wenn dem Verpflichteten weniger als das Existenzminimum verbleibt.

Der Vertragsgestalter wird hier vorher eingreifen wollen und im Sinne der Vertragsgerechtigkeit versuchen, den Halbteilungsgrundsatz zu wahren, so dass jedenfalls im Verhältnis der beiden Vertragsschließenden nicht der Zahlende weniger für sich zur Verfügung hat, als er zahlen muss.

Der Vertrag wird daher zumeist eine „Notklausel“ enthalten, die bewirkt, dass die Zahlungspflicht gekappt wird, wenn entweder der Halbteilungsgrundsatz verletzt ist oder wenn der notwendige Selbstbehalt nicht mehr gewahrt ist.³² In einer Diskrepanz, für die ein solcher Notfall schlechterdings nicht vorstellbar ist, mag die Klausel entfallen. Ihr Fehlen führt zudem nicht in jedem Falle zur Sittenwidrigkeit des Vertrages. Ihr Vorhandensein kann aber davor bewahren.

Eine solche Klausel kann folgendermaßen formuliert sein:

Formulierungsvorschlag – Notklausel (Unterschreiten des Selbstbehaltes)

Der Zahlungsverpflichtete kann jedoch dann eine Abänderung der Zahlungsverpflichtung verlangen, wenn durch die Zahlung sein Selbstbehalt, wie er einem Ehegatten gegenüber besteht (derzeit nach B IV. der Düsseldorfer Tabelle 1.050 € monatlich; maßgeblich ist der jeweils gültige Betrag), nicht mehr gewahrt würde. Der Zahlungsbetrag ist dann soweit herabzusetzen, dass dieser Selbstbehalt dem Zahlungsverpflichteten verbleibt.

Geht man in einer Diskrepanz davon aus, dass der Betrag der Unterhaltsrente niedriger ist als der gesetzliche Unterhalt

³¹ BGH, NJW 2009, 842 = FamRZ 2009, 198 = MittBayNot 2009, 152.

³² Grziwotz, NJW 2009, 846; Reetz, NotBZ 2009, 37, 40; Herrler, FPR 2009, 506, 513 spricht sich für eine differenzierte Abwägung aus, ob eine Notklausel aufgenommen wird, sieht aber keine generelle Empfehlung hierzu.

wäre, so kann man auch eine Vereinbarung treffen, dass dem Unterhaltsverpflichteten nachgelassen wird, nachzuweisen, dass der gesetzliche Unterhalt niedriger wäre und ihm dann zugestehen, nur noch den niedrigeren Betrag zu zahlen. Angesichts des Aufwandes für diesen Nachweis wird von einer solchen Klausel nur bei schwerwiegenden wirtschaftlichen Einbrüchen Gebrauch gemacht werden.

Dass allein der „kategorische Unterschied“ zwischen vertraglichem und gesetzlichem Unterhaltsanspruch bei einer novierenden Vereinbarung vor einer Inhaltskontrolle bewahrt,³³ dürfte sich trotz des berechtigten Hinweises auf die Unterschiede als zu optimistisch erweisen.

2. Vertrag zu Lasten Dritter

Häufig wird eingewandt, dass es sich bei einer unterhaltsverstärkenden Vereinbarung um einen Vertrag zu Lasten Dritter handele, der nach allgemeiner Ansicht³⁴ unzulässig sei.

Verträge zu Lasten Dritter liegen aber nur vor, wenn durch sie unmittelbar eine Rechtspflicht für einen nicht am Vertrag beteiligten Dritten ohne dessen Zustimmung begründet werden soll.³⁵ Nicht ausreichend ist eine bloß mittelbare oder Reflexwirkung.³⁶ Der BGH hat dies erst jüngst in Zusammenhang mit Übertragungen im Wege der vorweggenommenen Erbfolge nochmals ausgesprochen: allein die wirtschaftlich nachteilige Auswirkung für einen Dritten macht einen Vertrag noch nicht zu einem Vertrag zu Lasten Dritter.³⁷

Wenn also in einem vorsorgenden Ehevertrag zwei jung verliebte Verlobte einen Kindesbetreuungsunterhaltsanspruch verstärken, um der künftigen Ehefrau die Entscheidung für ein Kind zu erleichtern, dann denken sie nicht an eine spätere „Zweitfrau“, ihnen geht es nur um die Begründung eines Anspruchs untereinander. Daher liegt kein Vertrag zu Lasten Dritter vor.³⁸

3. Relativierung durch weitere Unterhaltsberechtigte

Auch wenn eine unterhaltsverstärkende Vereinbarung nicht als Vertrag zu Lasten Dritter zu qualifizieren ist, so ist doch zu untersuchen, ob sich die erhöhte Unterhaltspflicht auch gegenüber weiteren Unterhaltsberechtigten durchsetzt, ob sie also insbesondere in der Unterhaltsberechnung der Zweitehe abgezogen werden kann.

a) Wandelbare eheliche Lebensverhältnisse – Beschluss des BVerfG vom 25.1.2011

An dieser Stelle war bisher darauf hinzuweisen, dass die allgemeine Systematik der Prüfung eines Abzugs der verstärkenden Unterhaltspflicht im Rahmen der Leistungsfähigkeit des Unterhaltsverpflichteten durch die Rechtsprechung des BGH zu den wandelbaren ehelichen Lebensverhältnissen durchbrochen worden ist. Denn nach dieser Rechtsprechung hatte das Hinzutreten weiterer Unterhaltsberechtigter selbst

³³ In diese Richtung Herrler, FPR 2009, 506, 508.

³⁴ Vgl. nur Bamberger/Roth/Janoschek (Fn. 16), § 328 Rdnr. 5 mit zahlreichen Nachweisen aus der Rechtsprechung.

³⁵ BGH, NJW 2004, 3326, 3327.

³⁶ BGH, NJW 2004, 3326, 3327; Bamberger/Roth/Janoschek (Fn. 16); MünchKommBGB/Gottwald, Band 2, 5. Aufl. 2007, § 328 Rdnr. 194.

³⁷ BGH, NJW 2009, 1346 = MittBayNot 2009, 294.

³⁸ Ebenso Herrler, FPR 2009, 506, 510; anderes erwägt Schwab (Fn. 13), S. 98 für den Fall, dass die künftige Zweitfrau bereits schwanger ist.

dann, wenn diese nachrangig waren, eine Kürzung des Bedarfs des ersten Ehegatten zur Folge. Nach der Rechtsprechung des BGH war die Abschottung des Bedarfs durch den Zeitpunkt des § 1578 BGB nicht mehr gegeben. Dies hatte die Tendenz der Besserstellung der Zweitehe auch über die Mangelfälle hinaus deutlich verstärkt.³⁹ In diesen Fällen musste man, soweit ein modifizierter gesetzlicher Unterhalt vorlag, die Kürzung der Ansprüche wegen der Herabsetzung des Bedarfs auch gegenüber nachrangig Unterhaltsberechtigten fürchten. Dem Plädoyer für eine Aufweichung der starren Dreiteilung gegenüber unterhaltsverstärkenden Vereinbarungen⁴⁰ war bis dahin kein Gehör geschenkt worden.

Dieser Rechtsprechung des BGH ist nunmehr durch den Beschluss des BVerfG⁴¹ vom 25.1.2011 der Boden entzogen.⁴² Das BVerfG hat die Rechtsprechung des BGH zu den wandelbaren ehelichen Lebensverhältnissen als verfassungswidrige Rechtsfortbildung angesehen und der Abschottung durch den Zeitpunkt des § 1578 BGB wieder Geltung verschafft. Das bedeutet in der Folge, dass der Bedarf des geschiedenen Ehegatten sich – wie vor dieser Rechtsprechung des BGH – nach den Verhältnissen in der jeweiligen Ehe richtet und für jedes Unterhaltsrechtsverhältnis wieder gesondert festzustellen ist.⁴³ Das Hinzutreten neuer Unterhaltsberechtigter führt nicht mehr zu einer Minderung des Unterhaltsbedarfs. Damit ist ein erhebliches Hindernis für unterhaltsverstärkende Vereinbarungen entfallen.⁴⁴

b) Abwägung zur Berücksichtigung der Unterhaltsschuld aus erster Ehe

Es bleibt somit zu prüfen, wie sich die verstärkende Vereinbarung bei der Unterhaltsberechnung neuer Kinder oder eines zweiten Ehegatten auswirkt. In Diskrepanzen ist dies nicht problematisch, weil Mittel zur Erfüllung aller Unterhaltsansprüche zur Verfügung stehen. Für Mangelfälle ist zu den allgemeinen Grundsätzen zurückzukehren, wonach prägende Verbindlichkeiten (verstärkte Unterhaltspflicht gegenüber Erstehefrau) bei der Bedarfsberechnung in der Zweitehe und nicht prägende Verbindlichkeiten⁴⁵ bei der Leistungsfähigkeit zu berücksichtigen sind.

Allerdings ist hierbei eine umfassende Abwägung der Interessen von Unterhaltsverpflichtetem, Gläubiger (Erstehefrau) und Unterhaltsberechtigtem (Zweitehefrau) erforderlich.⁴⁶ Hierbei kommt es insbesondere auf den Zweck der Verbindlichkeit, den Zeitpunkt und die Art ihrer Entstehung sowie die Kenntnis des Unterhaltspflichtigen von Grund und Höhe der Unterhaltsschuld an.⁴⁷ In diesen Abwägungsmechanismus, der schon nach der alten Rechtsprechung vor der Unterhaltsreform im Rahmen des § 1581 BGB stattzufinden hatte, sind

nun noch die Rechtsgedanken des § 1578 b BGB zu integrieren, dem nach dem Beschluss des BVerfG eine gestiegene Bedeutung attestiert wird,⁴⁸ in dessen Rahmen allerdings nach der neuen verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung nur noch ehebezogene Abwägungsgesichtspunkte Berücksichtigung finden sollen.⁴⁹ In der Prüfungsreihenfolge wäre § 1578 b BGB nach der Prüfung auf Ebene der Leistungsfähigkeit und anschließender Angemessenheitsprüfung anzuwenden.⁵⁰

Bei dieser Abwägung wird zu berücksichtigen sein, dass die Erstehefrau sich auf Kinder eingelassen hat, weil ihr der erhöhte Unterhalt versprochen worden ist. An dieser Entscheidung kann sie nichts mehr ändern. Ihr kommt daher ein gewisser Vertrauensschutz zu. Auch das BVerfG erkennt in seinem jüngsten Beschluss an, dass Modifikationen des Halbtteilungsgrundsatzes ehevertraglich zulässig sind.⁵¹ Das BVerfG stellt nicht nur die Ehe als solche unter den Schutz des Art. 6 GG, sondern „die Lebensgemeinschaft gleichberechtigter Partner, in der die Ehegatten ihre persönliche und wirtschaftliche Lebensführung in gemeinsamer Verantwortung bestimmen“.⁵² Damit genießt eine ehevertragliche Rollenverteilung und eine ehevertragliche Unterhaltsverstärkung, welche Voraussetzung der Entscheidung für ein Kind war, einen ganz besonderen verfassungsrechtlichen Schutz.⁵³ Der BGH hat jüngst beim Vertrauensschutz unterschieden und im Rahmen des § 36 Nr. 1 EGZPO betont, schützenswert sei nicht generell das Vertrauen, sondern „vor allem das Vertrauen auf der Grundlage getroffener Entscheidungen, die nicht oder nicht sogleich rückgängig zu machen sind“.⁵⁴ Um einen solchen Fall handelt es sich bei der Entscheidung für ein Kind aufgrund Unterhaltsverstärkung.

Die zweite Ehefrau hingegen wird in aller Regel von diesen Umständen Kenntnis haben. Sie kann sich auf die entsprechende finanzielle Situation einstellen und ist darüber hinaus nach § 1356 Abs. 2 BGB zur Rücksichtnahme auf die finanziellen Verhältnisse des Ehegatten verpflichtet.⁵⁵ Es sei betont, dass hier mit dem konkreten Fall argumentiert und nicht einer generellen Schlechterstellung der Zweitehefrau das Wort geredet wird. Dies wäre schon mit § 1609 BGB und der neuen gesetzlichen Rangordnung nicht zu vereinbaren.

Allein der Umstand, dass es sich bei den unterhaltsverstärkenden Vereinbarungen um eine Novation handelt, dürfte diese nicht außerhalb der Rangordnung des § 1609 BGB stellen.⁵⁶ So wird denn auch eine Umgehung darin gesehen, einen vertraglichen Unterhaltsanspruch als sonstige Verbindlichkeit vorweg abzuziehen.⁵⁷ Damit dürfte aber nur der regelmäßige Vorwegabzug ohne Einzelabwägung gemeint sein.

Kindern gegenüber hingegen wird man den verstärkten Unterhalt nicht als Verbindlichkeit abziehen können, da diesen mit

³⁹ *Börger*, FPR 2009, 71, 75.

⁴⁰ *C. Münch*, FamRZ 2009, 171, 178.

⁴¹ BVerfG, Beschluss vom 25.1.2011, 1 BvR 918/10, DNotZ 2011, 291 = FamRB 2011, 66 = NJW 2011, 836;

⁴² Zu diesem Beschluss und dazu, dass das Verdikt der Verfassungswidrigkeit allzu streng ist, *C. Münch*, FamRB 2011, 90 f.

⁴³ *Born*, FF 2011, 136, 141 f.; *Borth*, FamRZ 2011, 445 f.; *Graba*, FF 2011, 102 f.; *Maier*, FuR 2011, 182 f.; *Reetz*, RNotZ 2011, 228 f.; *Vieffues*, ZFE 2011, 124 f.; *Wellenhofer*, FF 2011, 144, 145.

⁴⁴ So schon *C. Münch*, FamRB 2011, 90 ff.; *Reetz*, RNotZ 2011, 228, 234.

⁴⁵ Diese Unterscheidung, die nach der Rechtsprechung des BGH zweifelhaft geworden war, wird man nach dem Beschluss des BVerfG, der § 1578 BGB als Zäsur begreift, wieder verwenden dürfen.

⁴⁶ BGH, FamRZ 1982, 157 f.; *C. Münch*, (Fn. 2), Rdnr. 2331 ff.

⁴⁷ BGH, FamRZ 1992, 797, 798; BGH, FamRZ 2005, 1817, 1820.

⁴⁸ *Born*, FF 2011, 136, 144; *Wellenhofer*, FF 2011, 144 f.

⁴⁹ *Wellenhofer*, FF 2011, 144 f.

⁵⁰ *Götz/Brudermüller*, NJW 2011, 801, 806.

⁵¹ Darauf wurde bereits hingewiesen, *C. Münch*, FamRB 2011, 90 f.; dies kann größere Bedeutung auch bei Fragen der ehevertraglichen Abweichung im Rahmen der Gütertrennung haben.

⁵² BVerfG, (Tz. 46), DNotZ 2011, 291 = FamRB 2011, 66 = NJW 2011, 836.

⁵³ So zu Recht *Schmitz*, RNotZ 2011, 265, 280.

⁵⁴ BGH, Urteil vom 29.6.2011, XII ZR 157/09, Beck RS 2011, 23107.

⁵⁵ BGH, FamRZ 1981, 341, 343.

⁵⁶ So schon mit näherer Begründung *C. Münch*, FamRZ 2009, 171, 178.

⁵⁷ *Palandt/Brudermüller* (Fn. 16), § 1609 Rdnr. 4 m. w. N.

der Reform die stets erste Rangstelle zugewiesen wurde. Möglicherweise lässt sich bei der Angemessenheitsprüfung eine Schlechterstellung der Erstherrin in gewisser Weise korrigieren.

Im Ergebnis wird man sagen müssen, dass sich der verstärkte Unterhaltsanspruch kaum gegenüber neuen Kindern behaupten, jedoch gegen neue Ehegatten im Rahmen einer Abwägung im Einzelfall durchsetzen kann.⁵⁸

Für den Vertragsgestalter ist dies unbefriedigend, da die Unterhaltsverstärkung nur in der Diskrepanz rechtssicher vereinbart werden kann. Das bedeutet, dass er auf diese Probleme hinweisen sollte, wenn nicht eine ausgeprägte Diskrepanz vorliegt, die Mangelfälle nicht erwarten lässt.

Formulierungsbeispiel:

Wir sind darauf hingewiesen worden, dass eine Erweiterung des Ehegattenunterhaltes auch im Wege der Novation möglicherweise nicht zu Lasten vorrangig unterhaltsberechtigter Kinder oder anderer vorrangig oder gleichrangig Unterhaltsberechtigter gehen darf. In einem solchen Falle gilt sie daher nur, soweit und solange diese Unterhaltsansprüche nicht beeinträchtigt werden.⁵⁹

IV. Ausweichgestaltungen

Diese mangelnde Rechtssicherheit bei unterhaltsverstärkenden Vereinbarungen lässt auf Ausweichgestaltungen sinnen.

1. Übertragung einer eigenen Einkunftsquelle

Eine alternative Möglichkeit besteht darin, nicht im Unterhaltsrecht, sondern im Vermögensrecht eine Kompensation zu suchen. Die Ehefrau könnte durch die Übertragung einer sicheren Einkunftsquelle in die Lage versetzt werden, später selbst für ihren Unterhalt zu sorgen. Die Übertragung eines solchen Vermögensgegenstandes kann außerhalb der allgemeinen anfechtungsrechtlichen Grenzen von später unterhaltsberechtigten Personen nicht rückgängig gemacht werden, denn es liegt auch in diesen Fällen kein Vertrag zu Lasten Dritter vor.⁶⁰

Die finanzgerichtliche Rechtsprechung sieht allerdings – nach Auffassung des Autors zu Unrecht⁶¹ – solche Vermögensübertragungen, gerade auch wenn sie als Gegenleistung für einen Unterhaltsverzicht vorgenommen werden, als Schenkung an, die der Schenkungsteuer zu unterwerfen ist.⁶² Aus diesem

⁵⁸ Weitergehend *Schmitz*, RNotZ 2011, 265, 281, wonach der verstärkte Unterhaltsanspruch sich stets gegen den Zweitehegatten durchsetzen soll.

⁵⁹ Beim Formulierungsvorschlag *Brambring* (Fn. 29), Rdnr. 125, wird darauf hingewiesen, dass diese Verpflichtung die Unterhaltsansprüche weiterer Berechtigter gefährden kann. Nach dem oben Gesagten ist eher darauf zu achten, ob die Verstärkung wirksam vereinbart werden kann.

⁶⁰ *Herrler*, FPR 2009, 506, 509; *Schmitz*, RNotZ 2011, 265, 283 f.

⁶¹ *C. Münch*, DStR 2008, 26 f.

⁶² BFH, DStR 2007, 1516 f.; BFH, FamRZ 2008, 611 = MittBayNot 2008, 417 m. Anm. *Schuck*.

Grunde muss man darauf achten, dass solche Schenkungen

- im Verlobtenehevertrag aufschiebend bedingt durch die Heirat erklärt werden, um in den Genuss der Ehegattenfreibeträge und Steuerklassen zu kommen,
- sich im Rahmen der gegebenen Freibeträge halten oder
- das eigenbewohnte Haus betreffen, das gänzlich von der Schenkungsteuer ausgenommen ist.

Nicht zuletzt wegen der schenkungsteuerlichen Beurteilung wird zumeist die Verpflichtung entweder aufschiebend bedingt durch die Geburt eines Kindes oder aufschiebend bedingt durch die Ehescheidung getroffen. In diesen Fällen sollte eine Absicherung – etwa durch Eintragung einer Auflassungsvormerkung – vorgesehen sein.

2. Unterhaltsabfindung

Eine andere Möglichkeit besteht darin, in einer Scheidungsvereinbarung eine Unterhaltsabfindung zu vereinbaren. Neben der derzeitigen Unterhaltszahlung ist dabei die weitere Entwicklung des Unterhaltsrechtsverhältnisses in den Blick zu nehmen, d. h. die voraussichtliche Dauer der Unterhaltszahlung. Die Vereinbarung einer Abfindung ist fest und unterliegt keiner Veränderung bei Hinzutreten weiterer Unterhaltsberechtigter. Auch eine Ratenvereinbarung nimmt einer Abfindung nicht die Endgültigkeit, wie die Rechtsprechung des BGH festgestellt hat.⁶³ Da eine solche Abfindung für beide Teile risikobehaftet ist, fehlt ihr die Zielrichtung, in Rechte Dritter einzugreifen. Das mag nur dann anders sein, wenn etwa weitere Unterhaltsberechtigte im Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung bereits feststehen. In der Literatur werden z. T. gegen eine Ratenzahlung Bedenken erhoben, wenn später neue unterhaltsberechtigte Kinder hinzutreten.⁶⁴

Die Unterhaltsabfindung ist also in der Scheidungssituation ein gutes Mittel, um Unterhaltsansprüche noch ohne Rücksicht auf weitere Unterhaltsberechtigte zu erfüllen. Aufgrund mangelnder Vorhersehbarkeit taugt sie jedoch kaum für einen vorsorgenden Ehevertrag.

V. Fazit

Die unterhaltsverstärkende Vereinbarung hat sich seit der Unterhaltsreform als eigener Vertragstyp des Ehevertrages etabliert. Sie hat eine Bedarfsreduzierung unabhängig vom Rang weiterer Unterhaltsberechtigter nicht mehr zu befürchten, wird aber im Mangelfall nicht ohne weiteres in die Unterhaltsberechnung in der Zweitehe als Schuld eingestellt, sondern hat sich einer Einzelabwägung zu stellen. Der Unterhalt weiterer Kinder wird dabei stets vorrangig sein. Überlegenswert ist daher als Ausweidlösung die Übertragung einer Einkunftsquelle zur Sicherung der Position des Ehegatten, der sich angesichts der knapp bemessenen gesetzlichen Unterhaltszeiträume sonst nicht für ein Kind entscheiden kann.

⁶³ BGH, NJW 2005, 3282 = FamRZ 2005, 1662.

⁶⁴ *Schmitz*, RNotZ 2011, 265, 284.

Testamentsgestaltung bei überschuldeten Erben (Teil II)

Von Notar Dr. Jörg Mayer, Simbach am Inn

Der in MittBayNot 2011, 445 begonnene Beitrag wird hiermit fortgesetzt.

IV. Versorgungsvermächtnisse

1. Unpfändbare Vermächtnisse

Sollen verschuldete oder insolvente Personen durch Verfügung von Todes wegen bedacht werden, so kommt hier die Zuwendung unpfändbaren Vermögens durch ein Vermächtnis in Betracht.¹ Dies kann als Ausgleich für die Enterbung oder aber auch für den Fall der Ausschlagung angeordnet werden. In Betracht kommen dabei insbesondere:

- ein Wohnungsrecht, dessen Ausübung Dritten – entsprechend der gesetzlichen Grundregel – nicht überlassen werden kann,²
- ein Rentenvermächtnis. Soweit dieses aufgrund „Fürsorge und Freigiebigkeit“ und frei von jeder Art von Gegenleistung zugewandt wird, ist darauf § 850 b Abs. 1 Nr. 3 ZPO anwendbar.³ Die Geldrente ist dann gemäß § 850 b Abs. 2 ZPO nur in Ausnahmefällen und nach den Bestimmungen über die Pfändung von Arbeitseinkommen pfändbar. Z. Zt. liegt der Pfändungsfreibetrag für Arbeitseinkommen, selbst wenn kein Unterhaltsberechtigter vorhanden ist, bei mindestens 989,99 € monatlich (vgl. § 850 c Abs. 1 ZPO).⁴ Der Nachteil dieser Gestaltung ist jedoch, dass für die Berechnung des tatsächlich unpfändbaren Betrags nicht nur das durch das Vermächtnis Zugewandte, sondern zusätzlich das Arbeitseinkommen des Bedachten und andere zugewandte Naturalleistungen zusammenzuzählen sind (§ 850 b Abs. 2 i. V. m. § 850 e Nr. 2 und 3 ZPO).⁵ Hat der Bedachte daher noch eigenes Erwerbseinkommen, so besteht die Gefahr, dass es zur Pfändbarkeit des Rentenvermächtnisses kommt;⁶ zumindest sind diese Risiken bei der Testamentserrichtung meist nicht mit der nötigen Sicherheit vorhersehbar.

Soweit unpfändbare Rechte über ein Vermächtnis zugewiesen werden, sind diese nicht Teil der Insolvenzmasse (§ 36 InsO) und können daher auch nicht auf den Insolvenzverwalter oder Treuhänder im Rahmen eines solchen Verfahrens übertragen werden. Dies ist unabhängig davon, ob der Erwerb bereits vor der Verfahrenseröffnung stattfand oder erst während des Verfahrens.⁷

2. Vermächtnisse mit pfändbaren Vermächtnisgegenständen

a) Sofort anfallende Vermächtnisse

Werden Vermächtnisse zugewandt, deren Inhalt Rechte und Ansprüche sind, die der Pfändung unterliegen, so können diese sowohl in der Einzelvollstreckung wie auch im Fall der Insolvenz zugunsten der Gläubiger verwertet werden. Kein erfolgversprechender Weg ist daher, wenn ein Nießbrauch zugewandt wird. Denn dieser ist selbst dann pfändbar, wenn entgegen der grundsätzlichen gesetzlichen Bestimmung (§ 1059 BGB) die Überlassung zur Ausübung mit dinglicher Wirkung ausgeschlossen wird.⁸

Teilweise wurde auch die Zuwendung von pfändbaren Vermächtnisobjekten allein deswegen uneingeschränkt empfohlen, weil der Vermächtnisnehmer es „in der Schwebe halten“ könne, ob er das Vermächtnis annimmt.⁹ Er könne daher abwarten, ob ein Gläubigerzugriff auf das Vermächtnis noch zu erwarten sei. Denn für die Ausschlagung des Vermächtnisses (§ 2180 BGB) sieht das Gesetz keine Ausschlagungsfrist vor. Es müsse nur „strikt“ vermieden werden, dass der Vermächtnisnehmer das Vermächtnis durch konkludentes Verhalten annimmt oder bei einem Pflichtteilsberechtigten eine Aufforderung nach § 2307 Abs. 2 BGB erfolgt. Zudem sei unter der Geltung des neuen Erbrechts die Verjährung des Anspruchs auf Vermächtniserfüllung (§ 2174 BGB) auf möglichst 30 Jahre durch entsprechende Anordnung in der Verfügung von Todes wegen¹⁰ zu verlängern, da sonst grundsätzlich die kurze Regelverjährung gelte. Diese Auffassung geht ausdrücklich davon aus, dass für das Vermächtnis, anders als für die Erbschaft, kein „Vonselbsterwerb“ eintritt,¹¹ was aber gerade nicht zutrifft.¹² Daher kann sofort mit Eintritt des Erbfalls von einem Gläubiger der Anspruch auf Erfüllung des Vermächtnisses gepfändet werden. Allerdings wirkt auch hier die Ausschlagung (ex tunc) zurück.¹³ Sie hat zur Folge, dass der Anfall des Vermächtnisses an den Ausschlagenden als nicht erfolgt gilt (§§ 2180 Abs. 3, 1953 Abs. 1 BGB). Dabei hindert weder die Pfändung des Vermächtnisanspruchs noch die Anordnung eines Insolvenzverfahrens (§ 83 InsO) den Vermächtnisnehmer an der Ausschlagung des Vermächtnisses.¹⁴ Insoweit besteht zur Rechtslage bei der Erbschaft (Mitt. BayNot 2011, 449 III. 2. a)) kein Unterschied. Da die Ausschlagung keine Schenkung ist (§ 517 BGB), kann sie auch nicht von einem Gläubiger nach dem Anfechtungsgesetz oder

¹ Wälzholz, FamRB 2006, 252, 253 f.; Hartmann, ZNotP 2005, 82, 83.

² Vgl. etwa R. Kössinger in Nieder/Kössinger, Handbuch der Testamentsgestaltung, 3. Aufl. 2008, § 8 Rdnr. 155.

³ Zu Einzelheiten hierzu etwa Musielak/Becker, ZPO, 7. Aufl. 2009, § 850 b Rdnr. 5.

⁴ Zöller/Stöber, ZPO, 28. Aufl. 2010, § 850 b ZPO Rdnr. 16.

⁵ Musielak/Becker, ZPO, § 850 b Rdnr. 12; Zöller/Stöber, § 850 b ZPO Rdnr. 16; Engelmann, Letztwillige Verfügungen zugunsten Verschuldeter und Sozialhilfebedürftiger, 2. Aufl. 2001, S. 68 f.; Hartmann, ZNotP 2005, 82, 83; a. A. Krauß, Überlassungsverträge, Rdnr. 4851.

⁶ Engelmann, Letztwillige Verfügungen zugunsten Verschuldeter und Sozialhilfebedürftiger, 2. Aufl. 2001, S. 68 f.; Hartmann, ZNotP 2005, 82, 83; Bisle, DSStR 2011, 526, 529 f.

⁷ Hartmann, ZNotP 2005, 82, 83.

⁸ BGHZ 95, 99, 101 = 1985, 2827; MünchKommBGB/Pohlmann, 5. Aufl. 2009, § 1059 Rdnr. 21 ff.; Palandt/Bassenge, 70. Aufl. 2011, § 1059 Rdnr. 5; a. M. Rossak, MittBayNot 2000, 383, 384.

⁹ Etwa Krauß, Überlassungsverträge, 2. Aufl. 2010, Rdnr. 4833 ff.

¹⁰ Dazu Odersky, notar 2009, 366.

¹¹ So explizit Krauß, Überlassungsverträge, Rdnr. 4835.

¹² Dazu ausdrücklich NK-BGB/J. Mayer, 3. Aufl. 2010, § 2176 Rdnr. 2; ausf. Muscheler, Universalsukzession und Vonselbsterwerb, 2002, S. 147 ff.

¹³ Vgl. nur Muscheler (Fn. 12), S. 182.

¹⁴ MünchKommBGB/Schlichting, § 2180 Rdnr. 7; Staudinger/Otte, § 2180 Rdnr. 4; NK-BGB/J. Mayer § 2180 Rdnr. 7 m. w. N.

der Insolvenzordnung erfolgreich angefochten werden.¹⁵ Wegen der Gefahr, dass ein Gläubiger aber nicht doch eine zumindest konkludente Annahme des Vermächtnisses beweisen kann, sollte diese Gestaltung vermieden werden. Nachteilig ist bei dieser auch, dass auf alle Fälle die Gefahr besteht, dass dem Erben als Schuldner des Vermächtnisanspruchs ein Pfändungs- und Überweisungsbeschluss des Gläubigers ins Haus flattert.

b) Anordnung von Vermächtnissen unter der Bedingung der eingetretenen Entschuldung

Werden solche Vermächtnisse unter der aufschiebenden Bedingung zugewandt, dass diese erst entstehen sollen, wenn eine entsprechende Entschuldung eingetreten ist (solche aufschiebenden Bedingungen sind nach §§ 2176 f. BGB möglich),¹⁶ so stellt sich die Frage, ob ein solches bedingtes Vermächtnis bereits vor seinem Anfall gepfändet und verwertet werden kann. Dies erscheint nicht nur deshalb möglich,¹⁷ weil auch sonst aufschiebend bedingte Ansprüche pfändbar sind.¹⁸ Vielmehr kommt hier hinzu, dass mit Eintritt des Erbfalls bereits ein Anwartschaftsrecht für den Vermächtnisnehmer entsteht,¹⁹ das damit pfändbar ist.²⁰ Zudem besteht die Gefahr der Nachtragsverteilung nach § 203 Abs. 1 Nr. 3 InsO, wenn das Vermächtnis nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens vom Vermächtnisnehmer angenommen wird.²¹ Dabei ist zu beachten, dass eine Nachtragsverteilung unbegrenzt möglich ist. Es genügt, dass der Erbfall vor oder während des Insolvenzverfahrens eingetreten ist.²²

c) Herausgabeobliegenheit im Rahmen der Restschuldbefreiung?

Erfolgt der Anfall des Vermächtnisses während der Wohlverhaltensphase eines Restschuldbefreiungsverfahrens, so ist dieser erbrechtliche Erwerb abweichend von § 294 Abs. 1 InsO, wonach Neuvermögen grundsätzlich vor dem Zugriff der Gläubiger geschützt ist, nach Maßgabe des § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO zur Hälfte seines Wertes an den Treuhänder herauszugeben. Daher stellt sich die Frage, ob der Vermächtnisnehmer durch Nichterklärung über die Annahme oder Ausschlagung des Vermächtnisses dessen Verwertung und Berücksichtigung im Rahmen des Restschuldbefreiungsverfahrens vermeiden kann.²³ Schlägt der Vermächtnisnehmer das Vermächtnis aus, so ist darin keine Verletzung der Obliegenheitspflicht nach § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO zu sehen. Denn insoweit setzt sich die Wertung des § 83 Abs. 1 InsO auch hier, wie bei der Erbschaft, durch.²⁴ Eine Herausgabepflicht wird im Rahmen des Restschuldbefreiungsverfahrens nur hinsichtlich derjenigen erbrechtlichen Erwerbe begründet, die

endgültig eingetreten sind, aber nicht bei solchen, die durch eine Ausschlagung wieder beseitigt werden können. In konsequenter Fortführung dieses Gedankens der „negativen Erbfreiheit“²⁵ hat der BGH nunmehr entschieden, dass innerhalb der „Wohlverhaltensphase“ keine Verpflichtung des Vermächtnisnehmers nach § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO besteht, dieses Vermächtnis auch geltend zu machen.²⁶

V. Besserungsklauseln

Da es sich bei den vorstehend genannten Anordnungen um sehr weitreichende Beschränkungen handelt, wird in der Praxis immer wieder auch die Frage gestellt, welche Möglichkeiten durch Vorkehrungen in der Verfügung von Todes wegen²⁷ es gibt, diese später wieder entfallen zu lassen, wenn keine Pfändungsgefahr mehr besteht.²⁸ Bereits vorweg soll jedoch festgestellt werden, dass fast alle bislang vorgeschlagenen Versuche problematisch, teilweise sogar riskant sind.²⁹

1. Motivangabe zur Beseitigung der Beschränkungen durch Auslegung oder Anfechtung

Hier wird empfohlen,³⁰ der Erblasser solle seine Motive für die Anordnung der Beschränkungen in der Urkunde offen legen. Dadurch soll den Erben nach Wegfall dieser Gründe die Möglichkeit eröffnet werden, durch eine Auslegung oder notfalls durch eine Anfechtung diese Beschränkungen wieder zu beseitigen. Das sich hieraus ergebende Anfechtungsrecht ist nach §§ 857 Abs. 1, 851 ZPO unpfändbar und gehört daher auch nicht zur Insolvenzmasse. Diese Lösung ist trotzdem nicht unproblematisch.³¹

Zum einen gilt der Vorrang der Auslegung: Aufgrund des mit dieser Gestaltung verfolgten Zwecks ergibt sich bei einer sachorientierten Auslegung, dass letztlich eine Automatik dahingehend gewollt ist, dass bei Wegfall der Gründe, die für die belastenden Anordnungen sprechen, diese ebenfalls entfallen sollen. Dies führt mehr oder weniger zwingend zur nachstehend (siehe V.2.) näher erörterten „Bedingungs- lösung“, mit den dort genannten Risiken. Zudem ist die Anfechtungsfrist oftmals schon abgelaufen sein kann, bis die Erben die Notwendigkeit zur Abgabe der Anfechtungserklärung erkennen. Letztlich aber erscheint es mehr als fraglich, ob überhaupt von einem korrekturbedürftigen Irrtum gesprochen werden kann, wenn sich der Erblasser in Kenntnis dieser Pro-

²⁵ So ausdrücklich BGH, Urteil vom 19.1.2011, IV ZR 7/10, DNotZ 2011, 381, 384 f. = MDR 2011, 303.

²⁶ BGH, Beschluss vom 10.3.2011, IX ZB 168/09, MittBayNot 2011, 421.

²⁷ Zur (teilweise auch nicht immer unproblematischen) Reparatur durch die Erben und den Testamentsvollstrecker nach Eintritt des Erbfalls siehe Krauß, Überlassungsverträge, Rdnr. 4863 ff.

²⁸ Systematischste Darstellungen wohl bei Kornxl, Nachlassplanung bei Problemkindern, Rdnr. 410 ff. und Krauß, Überlassungsverträge, Rdnr. 4861 ff.

²⁹ Zutr. Wälzholz, FamRB 2006, 252, 256.

³⁰ Everts, ZErB 2005, 357; Nieder, Münchener VertrHdb., 5. Aufl. 2003, VI/2 Form XVI. 17; Klumpp in Bengel/Reimann, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 4. Aufl. 2010, V Rdnr. 401 ff.; Kleensang, RNotZ 2007, 22, 26; dazu auch Gutbell, ZEV 2001, 260, die besonders auf den Pfändungsschutz nach § 850 b Abs. 1 Nr. 3 ZPO abstellt; dazu auch OLG Frankfurt ZEV 2001, 156 m. Anm. Gutbell.

³¹ Dazu Kornxl, Nachlassplanung bei Problemkindern, 2006, Rdnr. 422; Litzenburger, ZEV 2009, 278, 279 f.; Chr. Hartmann, ZNotP 2005, 82, 87; J. Mayer, ZEV 2005, 175, 178; Krauß, Überlassungsverträge, Rdnr. 4869 ff.

¹⁵ RGZ 67, 425, 431; MünchKommBGB/Schlichting, § 2180 Rdnr. 7; Staudinger/Otte, § 2180 Rdnr. 4; NK-BGB/J. Mayer § 2180 Rdnr. 7.

¹⁶ Vgl. dazu etwa Reul/Heckschen/Wienberg, Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis, 2. Aufl. 2011, S. 801 ff.

¹⁷ Wälzholz, FamRB 2006, 252, 254.

¹⁸ Allgemein dazu etwa BGHZ 130, 314, 318; Stöber, Forderungspfändung, 14. Aufl. 2005, Rdnr. 324 f.

¹⁹ Vgl. § 1 Bamberger/Roth/Müller-Christmann, BGB, 2. Aufl. 2008, § 2179 Rdnr. 7; NK-BGB/J. Mayer, BGB, 3. Aufl. 2010, § 2179 Rdnr. 13 f. m. w. N.

²⁰ Bamberger/Roth/Müller-Christmann, § 2179 Rdnr. 7.

²¹ Dazu Menzel, MittBayNot 2011, 374.

²² Reul, ZEV 2011, 88 f.

²³ Dazu Bartels, KTS 2003, 41, 57; Limmer, ZEV 2004, 133, 136; Wälzholz, FamRB 2006, 252, 254.

²⁴ BGH, NJW-RR 2010, 121 = MittBayNot 2010, 52 m. Anm. Menzel.

blematik bewusst dagegen entschieden hat, diesen Fall durch Aufnahme einer Bedingungslösung zu regeln. Denn wie die Klausel belegt, rechnet er ja gerade mit einer erheblichen Besserung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Erben.³²

Gefahren ergeben sich auch aus der Rückwirkung der Anfechtung (§ 142 Abs. 1 BGB):³³ So scheint es denkbar, dass das durch die erfolgreiche Anfechtung erworbene Recht als „künftiger Anspruch“ bereits gepfändet werden kann (§§ 857, 844 ZPO). Auch ist noch nicht geklärt, ob auch nach Beendigung des Insolvenzverfahrens, aber nach erfolgter Anfechtung eine Nachtragsverteilung nach § 203 Abs. 1 Nr. 3 InsO in Betracht kommt (vgl. auch V. 9.).³⁴

2. Bedingungslösung

Erwogen wird auch, ob die Einsetzung des überschuldeten Erben lediglich zum Vorerben und die Anordnung der Testamentsvollstreckung dann entfallen soll, wenn die Restschuldbefreiung rechtskräftig erteilt ist und die Frist des § 303 Abs. 2 InsO abgelaufen ist,³⁵ also auflösend bedingt hierdurch für den Erben alle Beschränkungen der Vorerbschaft entfallen sollen.³⁶ Dann aber ist er nach der gängigen Anschauung neben der zunächst belastenden Vorerbschaft auch zum aufschiebend bedingten Nacherben, nämlich als Vollerbe, berufen. Damit erlangt er aber ein Anwartschaftsrecht, das vor der Insolvenzeröffnung gepfändet³⁷ und im Insolvenzverfahren verwertet werden kann.

Allerdings kann der Erblasser die Übertragbarkeit des Anwartschaftsrechts wohl ausschließen.³⁸ Dadurch wird auch die Verwertbarkeit durch Veräußerung im Insolvenzverfahren verhindert. Zugleich kann deshalb diesbezüglich auch keine Herausgabeobliegenheit nach § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO in einem Restschuldbefreiungsverfahren mehr entstehen, weil es an der hierfür erforderlichen Übertragbarkeit fehlt.³⁹ Teilweise wird auch angenommen, dass die nach der Erlangung der Restschuldbefreiung durch die Verwirklichung der Bedingung eintretende Vollerbenstellung im Nachhinein nicht wieder in die Herausgabeobliegenheit einbezogen wird.⁴⁰ Jedoch verkennt diese Ansicht die Möglichkeit der Nachtragsverteilung (eingehender dazu V. 9.).

³² Zu Recht daher zweifelnd *Chr. Hartmann*, ZNotP 2005, 82, 87; dagegen *Everts*, Zerb 2005, 357; das „Motiv für die Angabe des Motivs“ sei unschädlich, denn ein Motivirrtum entfalle nicht durch die Veranschaulichung der Grundlage seiner Entstehung.

³³ Dazu zutreffend *Krauß*, Überlassungsverträge, Rdnr. 4871 f.

³⁴ Für möglich hält dies nun *Reul*, ZEV 2011, 89; eher ablehnend aber noch *Reul/Heckschen/Wienberg*, Insolvenzrecht in der Kautelarpraxis, 2006, S. 326 f.

³⁵ Alternativ wird auch empfohlen, auf eine schriftliche Bestätigung abzustellen, die gegenüber dem Nachlassgericht abgegeben wird, und in der die Gläubiger (aber welche?) die Tilgung der Schulden bestätigen oder der Rechtsberater des Erben den Eintritt der Verjährung der Eigenschulden des Erben bestätigt.

³⁶ So etwa *Langenfeld*, Testamentsgestaltung, Rdnr. 847; *Kesseler*, RNotZ 2003, 557, 562; vgl. zu ähnlichen Überlegungen bereits *Flik*, BWNotZ 1979, 53, 54.

³⁷ Eingehend dazu *Limmer*, ZEV 2004, 133, 140; *Krauß*, Überlassungsverträge, Rdnr. 4875; *Wälzholz*, FamRB 2006, 252, 256; Übersicht über die Zugriffsmöglichkeiten der Gläubiger je nach der gewählten Nachlassbeteiligung des Problemkindes bei *Kornexl*, Nachlassplanung bei Problemkindern, Rdnr. 414.

³⁸ Dazu etwa *Nieder* in *Nieder/Kössinger*, Handbuch der Testamentsgestaltung, 3. Aufl. 2008, § 10 Rdnr. 82 m. w. N.

³⁹ *Limmer*, ZEV 2004, 133, 140; *Chr. Hartmann*, ZNotP 2005, 82, 88; *Krauß*, Überlassungsverträge, Rdnr. 4878; Gutachten DNotI-Report 2009, 65, 68.

⁴⁰ *Limmer*, ZEV 2004, 133, 140; Gutachten DNotI-Report 2009, 65, 68 m. w. N.; *Krauß*, Überlassungsverträge, Rdnr. 4878.

Allerdings wird die Pfändbarkeit des Anwartschaftsrechts durch den Ausschluss der Übertragbarkeit wohl nicht verhindert, wie sich aus der Wertung des § 851 Abs. 2 ZPO ergeben dürfte.⁴¹ Hieraus ergibt sich weiter, dass es sich bei dem Anwartschaftsrecht um einen Vermögenswert des Erben handelt, der im Falle seiner Insolvenz zur Insolvenzmasse gehört. Denn dazu zählt bereits all das Vermögen, das während der Insolvenzeröffnung vorhanden ist oder während des Verfahrens erlangt wird und das ferner nicht nach § 36 Abs. 1 InsO als „unpfändbar“ ausscheidet.⁴² Auf die Verwertbarkeit durch den Vermögensinhaber kommt es nicht an.⁴³

Vereinzelt wird jedoch empfohlen, den Pfändungsgefahren dadurch zu begegnen, dass die aufschiebend bedingte Einsetzung als unbeschränkter Vollerbe auflösend bedingt durch die Pfändung des Anwartschaftsrechts angeordnet wird.⁴⁴ Jedoch ist m. E. hier die Gefahr groß, dass diese Gestaltung als unzulässige Gläubigerbenachteiligung nichtig ist (§ 138 BGB).⁴⁵ Daher kann noch nicht von einer gesicherten Gestaltung gesprochen werden. Zudem führt sich diese Lösung über den doppelten Bedingungsansatz „ad absurdum“: Man gelangt wieder zum Ausgangspunkt der Überlegung, den nach wie vor fortdauernden belastenden Anordnungen.⁴⁶

Noch größere Gefahren bestehen, wenn der Überschuldete zum Miterben eingesetzt wird. Denn dann ist sein Erbteil trotz der Anordnung der Nacherbschaft und der Testamentsvollstreckung pfändbar.⁴⁷ Und während bei der unbefristeten Testamentsvollstreckung und Nacherbschaft für den Gläubiger eine Verwertbarkeit des Erbteils ausgeschlossen ist, liegt bei den auflösenden bedingten Anordnungen dieser Art die Sachlage gerade anders: Mit Eintritt der Bedingung entfallen die die Verwertung ausschließenden Beschränkungen und der Erbteil wird wieder verwertbar und damit wirtschaftlich werthaltig.⁴⁸

3. Gestuftes Ausschlagungsrecht

*Tönnies*⁴⁹ schlägt eine Lösung vor, die dem überschuldeten Erben eine flexible Entscheidungsmöglichkeit zur Annahme der unbeschränkten Erbschaft gibt: Nach der Rechtsprechung kann analog § 1951 Abs. 3 BGB dem Alleinerben, der unter unterschiedlicher Ausgestaltung berufen ist (unbeschränkter

⁴¹ *Chr. Hartmann*, ZNotP 2005, 82, 88; für das (richtige) Anwartschaftsrecht des Nacherben ebenso *Stöber*, Forderungspfändung, 13. Aufl. 2002, Rdnr. 1656; *Krauß*, Überlassungsverträge, Rdnr. 4876; gegen Ausschluss der Pfändbarkeit durch Anordnung der Unübertragbarkeit aber *Kessel*, MittRhNotK 1991, 137, 138, der jedoch § 851 Abs. 2 ZPO übersieht.

⁴² *Reul/Heckschen/Wienberg*, Insolvenzrecht in der Kautelarpraxis, 2006, S. 323; a. A. *Limmer*, ZEV 2004, 140.

⁴³ *Krauß*, Überlassungsverträge, Rdnr. 4877; vgl. auch Gutachten DNotI-Report 2009, 65, 67 f.

⁴⁴ So jetzt *Chr. Hartmann*, ZNotP 2005, 82, 88; Formulierungsvorschlag bei *Kleinsang* in *Brambring/Mutter*, Beck'sches Formularbuch Erbrecht, 2. Aufl. 2010, F II 4.

⁴⁵ So ausdrücklich *Stein/Jonas/Brehm*, ZPO, 21. Aufl., § 851 Rdnr. 29; der hiesigen Auffassung zust. *Krauß*, Überlassungsverträge, Rdnr. 4876 Fn. 336; a. A. aber eingehend *Chr. Hartmann*, ZNotP 2005, 82, 88 f. unter Berufung auf RG, JW 1932, 344 m. Anm. *Diefenbach*; KGJ 40, 232; *Stöber*, Forderungspfändung, Rdnr. 20 u. a. Wenn *Hartmann* feststellt, dass die anderen ZPO-Kommentare die Frage nicht erörtern, so vielleicht deshalb nicht, weil für diese die Rechtslage wegen § 138 BGB völlig klar ist.

⁴⁶ Zutr. *Kornexl*, Nachlassplanung bei Problemkindern, Rdnr. 416; *Krauß*, Überlassungsverträge, Rdnr. 4876 Fn. 336.

⁴⁷ *Wälzholz*, FamRB 2006, 252, 255.

⁴⁸ *Krauß*, Überlassungsverträge, Rdnr. 4879.

⁴⁹ ZNotP 2003, 92; zust. *Hartmann*, ZNotP 2005, 82, 87.

Alleinerbe, Vor- oder Nacherbe), vom Erblasser die gesonderte Annahme oder Ausschlagung der verschiedenen Erbschaftsformen gestattet werden. Daher rät *Tönnies*, den überschuldeten Erben zunächst zum Vollerben einzusetzen, ferner für den Fall seiner Ausschlagung dessen Abkömmlinge als Ersatzerben, diese jedoch dann nur als Vorerben und zum Nacherben wiederum das überschuldete Kind zu berufen. Dabei soll der Nacherbfall erst zu einem bestimmten Zeitpunkt eintreten, der längere Zeit nach dem eigentlichen Erbfall liegt, und die Vorerben sollen bis dahin mit einer Testamentsvollstreckung belastet sein. Der Vorteil dieser Gestaltung soll darin liegen, dass der überschuldete Abkömmling zweimal die Möglichkeit hat, sich zu entscheiden, ob er die Erbschaft annimmt. Nachteilig daran ist vor allem, dass der überschuldete Erbe bereits unmittelbar nach Eintritt des eigentlichen Erbfalls innerhalb der kurzen Ausschlagungsfrist die Ausschlagung erklären muss. Versäumt er dies trotz fortbestehender Überschuldung, so können seine Gläubiger auf die Erbschaft voll zugreifen.⁵⁰ Aus der Praxis spricht dagegen, dass nach der tagtäglichen Erfahrung gerade so überschuldete Abkömmlinge die Problematik ihrer Vermögensverhältnisse überhaupt nicht einschätzen können. Aus Rechtsgründen spricht gegen diese Gestaltung, dass dem überschuldeten Erben nach der ersten Ausschlagung die Rechtsstellung eines Nacherben und damit ein Nacherbenanwartschaftsrecht zusteht. Daher können die Gläubiger dieses Anwartschaftsrecht sofort pfänden und verwerten, wenn der Nacherbfall eintritt.⁵¹

4. Der Überschuldete als Nacherbe

Überlegt wurde auch, ob nicht der überschuldete Angehörige nur als Nacherbe eingesetzt werden sollte. Der Nacherbfall müsste dann bei dieser Konstruktion mit erfolgreicher Beendigung des Restschuldbefreiungsverfahrens oder einer sonstigen Beendigung der Überschuldung eintreten. Nachteilig ist hieran jedoch, dass das Nacherbenanwartschaftsrecht grundsätzlich pfändbar ist. Zudem kann in diesem Fall der Pflichtteilsberechtigte nach § 2306 Abs. 2 BGB die Erbschaft ausschlagen, um den Pflichtteil zu verlangen, der seinerseits nach Maßgabe des § 852 Abs. 1 ZPO pfändbar ist.

Zudem ergibt sich bei dieser Konstruktion die Verpflichtung des Nacherben, seine Nacherbenanwartschaft innerhalb der Wohlverhaltensphase des Restschuldbefreiungsverfahrens nach § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO zur Hälfte an den Treuhänder abzutreten. Dieses Recht ist in diesem Fall u. U. zudem sehr werthaltig, weil der Fall der erfolgreichen Beendigung des Restschuldbefreiungsverfahrens zur vollen Erbschaft führt.

Der verfügte Ausschluss der Abtretbarkeit führt allerdings wohl zum Ausschluss der Herausgabepflicht nach § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO, weil eine Übertragung an den Treuhänder damit gerade nicht möglich wird,⁵² schließt aber eine Pfän-

dung nicht aus, wie sich aus § 851 Abs. 2 ZPO ergibt.⁵³ Nicht weiter hilft in diesem Zusammenhang auch die Überlegung, für den Fall der Pfändung oder des Eintritts eines Insolvenzverfahrens das Nacherbenanwartschaftsrecht aufgrund einer entsprechenden auflösenden Bedingung ganz entfallen zu lassen. Denn dies würde dazu führen, dass die Nacherbeneinsetzung des überschuldeten Angehörigen bei Eintritt der Bedingung ganz entfällt. Dies würde seine volle Enterbung bewirken mit den oben diesbezüglich dargestellten Konsequenzen, insbesondere einer Pfändbarkeit des Pflichtteilsanspruchs des Pflichtteilsberechtigten nach Maßgabe des § 852 Abs. 1 ZPO.

5. Pflichtteilsbeschränkung in guter Absicht

Bei überschuldeten Abkömmlingen besteht die Möglichkeit, auch die Pflichtteilsbeschränkung in guter Absicht nach § 2338 BGB vorzunehmen, die mit den gleichen Instrumentarien (Vor- und Nacherbschaft, Verwaltungsvollstreckung) arbeitet, aber auch die Tücken des § 2306 BGB überwindet.⁵⁴

6. Auflagenlösungen

a) Vorschlag *Kornexl*

Eine neue Lösung des Problems schlägt *Kornexl* für den überschuldeten Vorerben vor:⁵⁵ Mit Wegfall der Schulden (etwa nach Durchführung des Restschuldbefreiungsverfahrens) tritt der Nacherbfall bzw. der Anfall des Nachvermächtnisses an den Nachvermächtnisnehmer ein. Dann besteht keine aufschiebende bedingte, pfändbare Vermögensposition mehr. Im Wege der Auflage werden aber die „Nachrücker“ (z. B. Nacherben) verpflichtet, dann einen bestimmten Anteil am Nachlass bzw. bestimmte Nachlassgegenstände an das frühere Problemkind zu übereignen. Eine auf den ersten Eindruck fast absurde Lösung, wie *Kornexl* selbst einräumt.

b) Vorschlag *Wälzholz*

Auch *Wälzholz*⁵⁶ macht sich die Möglichkeit der erbrechtlichen Auflage zu Nutze: Nach seiner Lösung wird ein „zuverlässiger Dritter“ zum Erben eingesetzt, der wiederum mit der Auflage (§§ 2192 ff. BGB) beschwert wird, den gesamten Nachlass nach Eintritt der Restschuldbefreiung an den Auflagenbegünstigten, den überschuldeten Abkömmling, herauszugeben. Diese Auflage soll erst mit Eintritt der Restschuldbefreiung anfallen, also dann erst entstehen, wenn die Herausgabeobliegenheit nach § 295 InsO kein Problem mehr ist. Der Vorteil dieser Lösung liegt gerade darin, dass der aus der Auflage Begünstigte keinen einklagbaren Anspruch auf Erfüllung der Auflage hat. Zudem kann sogar der Vollzugsanspruch nach § 2194 BGB ausgeschlossen werden. Zur Sicherung der Erfüllung der Auflage nach dem genannten Zeitpunkt wird eine Testamentsvollstreckung angeordnet, so dass der Begünstigte letztlich zu seinem Erwerb kommt. Den Gefahren, die sich aus einem Pflichtteilsanspruch des Enterbten ergeben, kann durch einen Pflichtteilsverzicht vorgebeugt werden.

7. Die „Befreiungslösung“ nach *Litzenburger*

Insbesondere wegen der Gefahr der Pfändung des Anwartschaftsrechts bei der Bedingungslösung schlägt nun *Litzenburger* für den Sonderfall des „Bedürftigentestaments“, also

⁵³ *Hartmann*, ZNotP 2005, 82, 88.

⁵⁴ Eingehend dazu *Baumann*, ZEV 1996, 121; Formulierungsvorschläge etwa bei *R. Kössinger*, in *Nieder/Kössinger*, Handbuch der Testamentsgestaltung, § 8 Rdnr. 152; *Wälzholz*, FamRB 2006, 252, 257.

⁵⁵ *Kornexl*, Nachlassplanung bei Problemkindern, 2006, Rdnr. 423 ff.

⁵⁶ FamRB 2006, 252, 256.

⁵⁰ Verkannt von *Limmer*, ZEV 2004, 133, 141; die von ihm erwähnte Möglichkeit der Pfändung des bei der Ausschlagung entstehenden Nacherbenanwartschaftsrechts ist dagegen nicht so problematisch, weil der Nacherbe dieses durch Ausschlagung des Nacherbenrechts (§ 2142 BGB) gegenstandslos machen kann. Die Möglichkeit, die Übertragbarkeit des Nacherbenanwartschaftsrechts durch entsprechende Verfügung des Erblassers auszuschließen, vermag allerdings die Pfändbarkeit dann nicht auszuschließen, wenn man hierauf § 851 Abs. 2 ZPO für anwendbar hält. Dies würde allerdings eine entsprechende Analogie erfordern, weil diese Norm eine Abtretungsbeschränkung durch Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner voraussetzt (statt aller *Musielak/Becker*, § 851 ZPO Rdnr. 8; *Zöllner/Stöber*, § 851 ZPO Rdnr. 6).

⁵¹ *Hartmann*, ZNotP 2005, 82, 87; *Kornexl*, Nachlassplanung bei Problemkindern, Rdnr. 420; *Krauß*, Überlassungsverträge, Rdnr. 4889.

⁵² *Limmer*, ZEV 2004, 133, 140; *Hartmann*, ZNotP 2005, 82, 88.

bei Zuwendungen an Langzeitarbeitslose, die sog. „Befreiungslösung“ vor:⁵⁷ Die Vor- und Nacherbschaft soll zwar bestehen bleiben, die sich hieraus für den Bedürftigen (= Überschuldeten) ergebenden Beschränkungen aber dadurch verringert werden, dass dem Vorerben bei Wegfall der Hilfsbedürftigkeit das Recht gegeben wird, sich die Rechtsstellung eines i. S. v. § 2136 BGB umfassend befreien Vorerben zu verschaffen. Zugleich soll auch die den bedürftigen Erben besonders belastende Verwaltungsvollstreckung bei Vorliegen desselben Ereignisses aufgrund einer entsprechenden auflösenden Bedingung entfallen. Dass der umfassend befreite Vorerbe aber immer noch weder eine Schenkung vornehmen darf (§ 2113 Abs. 2 BGB) noch selbst über den Nachlass durch eine eigene Verfügung von Todes wegen verfügen kann, solle demgegenüber nicht so stark ins Gewicht fallen. Die Feststellung des Ereignisses, mit der diese befreienden Wirkungen eintreten, soll dadurch mit der erforderlichen Rechtssicherheit geschehen, dass die Testamentsvollstreckung ersatzlos endet, wenn der bedürftige Vorerbe über einen ununterbrochenen Zeitraum von zwölf Monaten hinweg weder Sozialhilfe noch Grundsicherung für Arbeitssuchende nach den jeweils geltenden Vorschriften erhalten hat und dies durch Erklärung gegenüber dem Nachlassgericht darlegt und die Richtigkeit eidesstattlich versichert. Dann soll der Bedürftige auch die Stellung eines von allen gesetzlichen Beschränkungen befreiten Vorerben erhalten.

Dieser Formulierungsvorschlag leidet bereits daran, dass es nach dem Gesetz keinen Anspruch auf eine entsprechende Feststellung des Nachlassgerichts gibt. Im Zuge seiner Ausführungen erkennt *Litzenburger* dies aber offensichtlich und weist den Weg, über einen entsprechenden (neuen) Erbscheinsantrag zu der entsprechenden Entscheidung des Nachlassgerichts zu gelangen.⁵⁸ Verkannt wird auch das Gefahrenpotenzial für den plötzlich von der schützenden Testamentsvollstreckung und den gesetzlichen Beschränkungen eines Vorerben entblößten Nachlass: Gerade wegen der Möglichkeit des Wegfalls dieser Anordnungen wird der Sozialhilfeträger die Sozialhilfe regelmäßig nur auf Darlehensbasis gewähren (§ 91 SGB XII), so dass selbst zwölf Monate nach Einstellung des Sozialleistungsbezugs der Sozialhilferegress droht. Die sich hieraus ergebenden Risiken werden in der Praxis nicht allein dadurch vermieden werden, dass erst durch eine entsprechende „Befreiungserklärung“ des Bedürftigen der Wegfall dieser Anordnungen eintritt. Denn diese Gefahren werden dem i. d. R. rechtlich nicht vorgebildeten Bedürftigen kaum bewusst sein.

Die Probleme, die sich für den Bedürftigen aus einer ihm nicht genehmen Person des Testamentsvollstreckers ergeben, will *Litzenburger* dadurch lösen, dass das Nachlassgericht auf Antrag des Erben hin verpflichtet ist, den zunächst berufenen Testamentsvollstrecker zu entlassen und dann durch einen von diesem vorgeschlagenen Testamentsvollstrecker zu ersetzen hat. Dies scheitert aber bereits daran, dass das Nachlassgericht bei der hier nach § 2200 BGB vorzunehmenden Ernennung nach pflichtgemäßem Ermessen entscheidet,⁵⁹ also gerade nicht an irgendwelche Vorschläge gebunden ist. Der handwerklich richtige Weg zur Verwirklichung dieses Ziels wäre vielmehr, wenn der Erblasser den Erben selbst ermächtigt, die Bestimmung des Testamentsvollstreckers vorzunehmen. Dass eine solche Anordnung nach § 2198 Abs. 1 Satz 1 BGB möglich ist, ist allgemein anerkannt.⁶⁰

⁵⁷ ZEV 2009, 278, 280.

⁵⁸ ZEV 2009, 278, 281.

⁵⁹ Vgl. nur *Staudinger/Reimann*, § 2200 Rdnr. 11.

⁶⁰ RGZ 92, 68, 72; *Staudinger/Reimann*, § 2198 Rdnr. 3 m. w. N.; a. M. *Zimmermann*, Testamentsvollstreckung, Rdnr. 57.

Nicht genügend beachtet wird in diesem Zusammenhang folgende, nicht juristische, aber dennoch wichtige Überlegung: Es zeigt sich immer wieder, dass derjenige, der einen Hang zum Schuldenmachen hat, auch in Zukunft immer wieder Schulden macht. So manche „Besserungsklausel“ nützt daher nur den Gläubigern des labilen Erben.

8. Nur Wegfall der Dauervollstreckung

Unter dem Titel „weniger ist mehr“ propagiert nunmehr *Tersteegen*⁶¹ dafür, mit der Erteilung der Restschuldbefreiung nur die den überschuldeten Erben besonders belastende Dauertestamentsvollstreckung entfallen zu lassen. Für den Fall, dass bei einem vorzeitigen Tod des Erben eine Restschuldbefreiung noch nicht erteilt werden konnte, würde die immer noch bestehen bleibende Nacherbfolge ausreichend Schutz gegen die Eigengläubiger bieten.

9. Das Nachtragsverteilungsverfahren nach § 203 Abs. 1 Nr. 3 InsO

Fast alle bisherigen Darstellungen zu den Besserungsklauseln gehen auf die Probleme überhaupt nicht ein, die sich durch das Nachtragsverteilungsverfahren nach § 203 Abs. 1 Nr. 3 InsO ergeben. Deutlich werden die sich daraus ergebenden Gefahren jetzt durch die neue Entscheidung des BGH vom 2.12.2010:⁶² Danach unterliegt sogar der erst nach der Aufhebung des Insolvenzverfahrens anerkannte oder rechtshängig gemachte Pflichtteilsanspruch der Nachtragsverteilung. Die zunächst eintretende beschränkte Pfändbarkeit des Pflichtteilsanspruch nach § 852 ZPO ist daher für die insolvenzrechtliche Verwertbarkeit irrelevant. Damit können die vorstehend dargestellten „Befreiungsmöglichkeiten“ nicht mehr empfohlen werden. Denn auch das, was aufgrund eines auf Eintritt des formalen Abschlusses des Restschuldbefreiungsverfahrens aufschiebend bedingt zugewandten Erbteils oder Vermächtnisses an den verschuldeten Erben fällt, unterliegt damit über die Nachtragsverteilung dem Zugriff seiner Gläubiger. Entsprechendes gilt auch bei der zunächst so verblüffend wirkenden Auflagenlösung.

Daneben können auch Gläubiger, deren Rechte durch das Restschuldbefreiungsverfahren nicht berührt werden, wie die Absonderungsberechtigten (§ 301 Abs. 2 InsO) oder Opfer von vorsätzlich unerlaubten Handlungen (§ 302 Nr. 1 InsO), nach Abschluss des Restschuldbefreiungsverfahrens auf den durch den Wegfall der schützenden Anordnungen für die Zwangsvollstreckung frei werdenden Nachlass zugreifen. Auch ist für die Dauer eines Jahres nach der rechtskräftigen Entscheidung über die Restschuldbefreiung auf Antrag eines Insolvenzgläubigers der Widerruf der Erteilung der Restschuldbefreiung möglich (§ 303 Abs. 1 und 2 InsO). Dies ist allerdings nur zulässig, wenn sich nachträglich herausstellt, dass der Schuldner eine seiner Obliegenheiten vorsätzlich verletzt und dadurch die Befriedigung der Insolvenzgläubiger erheblich beeinträchtigt hat (§ 303 Abs. 1 InsO). Jedoch ist in der Gestaltungspraxis nicht ausgeschlossen, dass auch solch ein Fall eintritt.

Es muss daher dringend der Rat gegeben werden zu vermeiden, dass die vollstreckungsbeschränkenden Anordnungen automatisch mit der rein formal durch Abschluss des „Restschuldbefreiungsverfahrens“ eintretenden Entschuldung entfallen⁶³. Daher kann allenfalls auf die tatsächliche, „materi-

⁶¹ ZErB 2011, 234, 236 f.

⁶² ZEV 2011, 87 m. Anm. *Reul*.

⁶³ *Reul*, ZEV 2011, 89.

elle“ Restschuldbefreiung abgestellt werden. Aber die kann letztlich niemand feststellen.

VI. Zusammenfassung

Der Testamentstyp „Verfügungen von Todes wegen zugunsten überschuldeter Erben“⁶⁴ wird angesichts der steigenden Insolvenzzahlen immer mehr an Bedeutung gewinnen. Die dabei grundsätzlich anzuwendenden Instrumentarien sind bekannt. Sie werden i. d. R. ausreichen, um den Zugriff von

Eigengläubigern des Erben abzuwehren. Dass solche Gestaltungen wegen einer unzulässigen Gläubigerbeeinträchtigung sittenwidrig und damit nichtig sind, ist m. E. zumindest für den Regelfall abzulehnen. Äußerst problematisch sind jedoch die sog. „Besserungsklauseln“. Diese sind ein deutliches Beispiel dafür, dass das, was zunächst mit großem gedanklichen Aufwand ausgedacht wird, nicht immer den gewünschten Erfolg hat. Häufig sind daher die einfachen Lösungen doch die besseren. Auf alle Fälle sind immer die verschiedenen Rechtsfolgen bei der Einzelvollstreckung, dem eigentlichen Insolvenzverfahren und der Herausgabeobliegenheit im Rahmen eines Restschuldbefreiungsverfahrens (§ 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO) zu beachten.

⁶⁴ So etwa *Langenfeld*, Testamentsgestaltung, 4. Aufl. 2010, Rdnr. 841 ff.

Schenkungs-rückforderung und vorbehalten Rechte

– zugleich Anmerkung zu BGH, Urteil vom 19.7.2011, X ZR 140/10 –¹

Von Notar Dr. Arne Everts, Berchtesgaden

Soweit ein Schenker nach der Vollziehung der Schenkung außerstande ist, seinen angemessenen Unterhalt zu bestreiten und/oder die ihm seinen Verwandten, seinem Ehegatten, seinem Lebenspartner oder seinem früheren Ehegatten oder Lebenspartner gegenüber gesetzlich obliegende Unterhaltspflicht zu erfüllen, kann er nach § 528 Abs. 1 Satz 1 BGB von dem Beschenkten die Herausgabe des Geschenkes nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern. Der Anspruch auf Herausgabe des Geschenkes ist jedoch nach § 529 Abs. 1 Hs. 2 BGB u. a. dann ausgeschlossen, wenn zur Zeit des Eintritts seiner Bedürftigkeit seit der Leistung des geschenkten Gegenstandes zehn Jahre verstrichen sind. Der BGH hat nunmehr in einer für die Praxis erfreulichen Grundsatzentscheidung Stellung zum maßgeblichen Zeitpunkt des Fristanlaufs, zumal für den Fall vorbehaltener Nutzungsrechte, genommen. Gleichwohl besteht Anlass, dieses Judikat für eine grundsätzliche Hinterfragung der Karlsruher „Genussverzichtsrechtsprechung“ zu nutzen, auch und gerade für den Beginn der zehnjährigen Pflichtteilsergänzungsfrist in § 2325 Abs. 3 BGB.

I. Die Frage des maßgeblichen Zeitpunkts für den Fristanlauf

Dem Kautelarjuristen fällt in der zur Publikation in der amtlichen Sammlung BGHZ vorgesehenen Entscheidung zu diesem Themenkreis zunächst eine gewisse thematische Schiefelage auf. Geschätzte 80% seiner Ausführungen verwendet der X. Senat auf die Frage nach dem „maßgeblichen Zeitpunkt“ des Fristanlaufs i. e. Sinne, nämlich, ob die Frist erst mit der Eintragung im Grundbuch oder bereits mit dem Eingang des Eintragungsantrags beim Grundbuchamt zu laufen beginnt. Die Begründung überrascht nicht, sie entspricht ohnehin der bislang herrschenden Meinung² und der Rechtslage zum Fristbeginn bei § 14 ErbStG i. V. mit § 9 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG.³ Die damit verbundene Argumentation, warum der Fristanlauf bei § 2325 BGB weiter (auf den Zeitpunkt der Grundbucheintragung) hinausgeschoben sein und bleiben soll, überzeugt freilich nicht. Vielmehr sollte das Gleiche wie auch sonst in vergleichbaren Fristanlaufsituationen gelten, schließlich kann hier der Schenker-Erblasser ebenfalls nichts für die Verzögerung bei Bearbeitung durch dritte Stellen. So

aber hält der BGH den Pflichtteilsberechtigten offenbar für schutzwürdiger als den Schenker selbst oder die Finanz- und Sozialverwaltung! Ferner ist ärgerlich, dass der X. Senat hier ohne Not – weil obiter – wiederholt, was schon der IX. Senat in der Vergangenheit zu §§ 140 Abs. 2 Satz 1 InsO, 8 Abs. 2 Satz 1 AnfG entschieden hat,⁴ wonach der durch den Notar auf der Grundlage von § 15 GBO oder explizit als Vertreter des Erwerbers gestellte Antrag die Frist nicht anlaufen lassen soll.⁵ Inzwischen ist nicht nur nachgewiesen, dass dies kaum haltbar ist.⁶ Vielmehr hält auch der IX. Senat selbst offenbar an seiner Meinung⁷ nicht mehr fest, erwähnt er doch in einer neuerlichen Entscheidung die Problematik mit keinem Wort mehr.⁸ Umso mehr ist das obiter dictum in der hier behandelten Entscheidung zu kritisieren, als es schlicht überflüssig ist.

Aus Sicht des Praktikers bleibt angesichts des Hauptteils der Entscheidung nur zu hoffen, dass die Vollzugszeiten der Grundbuchämter weiter möglichst kurz bleiben. Darauf, dass in den hiesigen notariellen Urkunden meist auch eigene An-

¹ MittBayNot 2012, 34 (in diesem Heft).

² Vgl. zusammenfassend DNotI-Gutachten, DNotI-Report 2008, 83.

³ Die streng genommen sogar noch großzügiger ist (Antragsvoraussetzungen ausreichend), vgl. *Meincke*, ErbStG, 15. Aufl. 2009, § 9 Rdnr. 45.

⁴ Zunächst obiter in ZIP 2001, 933, 935 = NJW 2001, 2477, 2479, sodann tragend in MittBayNot 2009, 61 m. abl. Anm. *Kessler*.

⁵ Siehe Tz. 31 ff.

⁶ *Amann*, DNotZ 2010, 246, 254 ff.; *Kessler*, MittBayNot 2009, 62.

⁷ Siehe die Nachw. in Fn. 4.

⁸ Vgl. BGH, DNotZ 2010, 294.

tragsformulierungen der Beteiligten enthalten sind, würde ich mich nicht verlassen.

II. Rückforderungsfrist und vorbehaltene Nutzungsrechte

1. Praxisrelevanz, insbesondere: Sozialhilferegress

Viel wichtiger und zudem äußerst erfreulich für den Vertragsgestalter sind die letzten beiden Textziffern der Entscheidung. Endlich ist höchstrichterlich entschieden, dass die Zehn-Jahres-Frist des § 529 Abs. 1 Alt. 2 BGB jedenfalls auch dann anläuft, wenn sich der Schenker ein, zumal lebenslanges, Nutzungsrecht vorbehalten hat! Für die Praxis dürfte dieses Problem des Fristbeginns bei § 529 Abs. 1 BGB, zumal wegen § 93 SGB XII in Gestalt des Sozialhilferegresses, das Eigentliche sein:⁹ Falls nämlich der Sozialhilfeträger Kenntnis von einer möglichen Schenkung erhält, leitet er durch schriftliche Anzeige an den Beschenkten gemäß § 93 Abs. 1 Satz 1 SGB XII den Rückforderungsanspruch des Schenkers auf sich über. Die Überleitung ist nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Anspruch nicht übertragen, verpfändet oder gepfändet werden kann (§ 93 Abs. 1 Satz 4 SGB XII). Auch die Vorschriften des SGB XII über Schonvermögen (§ 90 Abs. 2 SGB XII) und vergleichbare Regelungen kommen dem Beschenkten nicht zugute, weil sie nur die leistungsberechtigte Person schützen sollen, nicht Dritte.¹⁰ Deshalb dürfte dieses Problem eigentlich in jeder gut besprochenen Übergabeverhandlung in der ein oder anderen Facette vorkommen. Bei der Schenkungsrückforderung ist die Lage verglichen mit der Pflichtteilsergänzung auch deshalb besonders prekär, weil im Pflichtteils(ergänzungs)recht eine Ausschaltung von unkalkulierbaren Forderungsrisiken durch Mitwirkung der relevanten Personen zumindest machbar ist (Pflichtteilsverzicht). §§ 528, 529 BGB sind demgegenüber als „Schutznormen“ nicht dispositiv.¹¹ Hinzu kam bislang die Unsicherheit, dass das Fristproblem anders als zur parallelen Problematik bei § 2325 BGB weder entschieden noch überhaupt gerichtlich behandelt wurde. Auch in der Literatur wurde hierüber, diametral zur praktischen Bedeutung der Thematik, erstaunlicherweise bislang kaum diskutiert.¹² Insofern kann das aktuelle Urteil mit Fug und Recht zumindest als „Jahrzehntentscheidung“ gelten und steht für mich mutatis mutandis auf einer Stufe mit der grundlegenden Entscheidung zum Leistungsbegriff und Fristanlauf bei § 2325 Abs. 3 Satz 2 BGB.¹³

2. Bisheriger Diskussionsstand

Bislang hatte sich nämlich zum Anlauf der Rückforderungsfrist bei Verarmung des Schenkers und von diesem vorbehaltenen Rechten im Schrifttum, soweit ersichtlich, nur *Schippers*¹⁴ grundsätzlich und ausführlich geäußert.¹⁵ Hauptargument dafür, dass die Rechtsprechungsgrundsätze zur Pflichtteilsergänzungsfrist nicht auf die Frist nach § 529 Abs. 1 BGB über-

tragbar seien, sollte sein, dass es beim Schenkungswiderruf nur um den Interessenausgleich Schenker-Beschenkte gehe.¹⁶ Denn aus dem Blickwinkel des § 529 BGB sei eine solchermaßen eingeschränkte Schenkung gerade wünschenswert, da sie dazu diene, eine Notlage des Schenkers abzuwenden. In der Literatur wurde die Übertragung der Rechtsprechungsgrundsätze zum Fristanlauf bei § 2325 BGB auf den Schenkungswiderruf aber teilweise auch befürwortet,¹⁷ aktuell auch in der sozialgerichtlichen Instanzenrechtsprechung,¹⁸ so dass die Rechtslage zumindest als unsicher bezeichnet werden musste.¹⁹ Hieraus wurde bislang für die Praxis geschlussfolgert, anstelle von Vorbehaltsrechten sollten andere Liquiditätssichernde Instrumente (z. B. die dauernde Last) gewählt werden.²⁰

3. Urteilkritik

Der BGH hat nunmehr ohne Bezugnahme auf diese Diskussion mit vergleichbarer Begründung entschieden: Der Nutzungsvorbehalt diene der Versorgung des Schenkers, wirke somit gerade der Gefahr entgegen, dass sich der Rückforderungstatbestand verwirkliche – also könne dies nicht auch noch dazu führen, dass sich dessen zeitlicher Anwendungsbereich ausdehne. Gleichwohl kann man über dieses Ergebnis wiederum ins Grübeln geraten:²¹ Der gegenüber § 529 BGB im Falle vorbehaltener Nutzung spätere Fristbeginn bei § 2325 BGB heißt nämlich auch an dieser Stelle, dass der Pflichtteilsberechtigte offenbar grundsätzlich für schutzwürdiger zu halten ist als der Schenker selbst oder der Verwaltungsträger, der Sozialleistungen erbringt (und damit letztlich die Allgemeinheit). Dies könnte und sollte unter dem Aspekt der Einheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung ein dogmatischer Ansatz sein, die „Genussverzichtsrechtsprechung“ des BGH²² überhaupt, also auch und gerade für § 2325 BGB, (wieder) in Frage zu stellen. Auszugehen ist jedoch davon, dass dies mittelfristig nicht geschieht, und so sollte sich die Praxis schlicht darüber freuen, dass zumindest bei § 529 BGB die Gefahr gebannt ist.

4. Praktische Folgerungen

Für die praktische Rechtsgestaltung gilt künftig: Jedenfalls im Hinblick auf §§ 528, 529 BGB sind vorbehaltene Nutzungsrechte jeder Art und Dauer, auch lebenslange, nunmehr möglich und für die Schenkungswiderrufsfrist bei Verarmung, somit auch in puncto Sozialhilferegress, unschädlich. Dieses Nutzungsrecht kann sowohl ein Wohnungsrecht in allen Facetten, insbesondere aber auch der (nach wie vor pflichtteilsschädliche) „Totalvorbehalt“ in Gestalt eines Nießbrauchs sein. Die Empfehlung à la „raus aus dem Vorbehalt, rein in die Leistung“²³ ist daher hinfällig. Auch das im Bereich der Pflichtteilsergänzung notorische Problem, nämlich Art, Umfang und Reichweite des Vorbehalts so zu bestimmen, dass das Genussverzichtsargument des BGH nicht greift und die Frist anläuft, besteht daher bei § 529 BGB, anders als bei § 2325 BGB,²⁴ von vornherein nicht.

⁹ Dass eine Rückforderung wegen Verarmung des Schenkers durch diesen selbst erfolgt, ist bislang weder in meiner Praxis vorgekommen noch, soweit ersichtlich, je der Ausgangspunkt der zu §§ 528, 529 BGB ergangenen Rechtsprechung gewesen.

¹⁰ BGH, NJW 2005, 670, 671 m. zust. Anm. *Meisterernst*, DNotZ 2005, 283 sowie ausf. Bespr. durch *Krauß*, MittBayNot 2005, 349; BGHZ 125, 283, 287 = NJW 1994, 1655.

¹¹ MünchKomm/Koch, 5. Aufl. 2008, § 529 Rdnr. 6.

¹² Zusammenfassend vgl. DNotI-Gutachten, DNotI-Report 2008, 83.

¹³ BGHZ 125, 395 = NJW 1994, 1791.

¹⁴ MittRhNotK 1996, 212 f.; RNotZ 2006, 42.

¹⁵ Dem folgend z. B. *Rundel*, MittBayNot 2003, 177, 179 f.

¹⁶ Dem folgend z. B. DNotI-Gutachten, DNotI-Report 2008, 83, 84.

¹⁷ *Littig/J. Mayer*, Sozialhilferegress gegenüber Erben und Beschenkten, 1999, Rdnr. 76.

¹⁸ SG Freiburg (Brsg.), Urteil vom 27.7.2011, S 6 SO 6485/09, zit. nach jurion.

¹⁹ *Krauß*, ZEV 2001, 417, 423.

²⁰ Vgl. DNotI-Gutachten, DNotI-Report 2008, 83, 84.

²¹ Welches ich an dieser Stelle der Diskussion mit meinem Amtsvorgänger *Hermann Amann* verdanke.

²² Ausgehend von BGHZ 125, 395 = NJW 1994, 1791.

²³ Siehe oben Fn. 20.

²⁴ Vgl. z. B. *Gehse*, RNotZ 2009, 361; *Herrler*, ZEV 2008, 461.

III. Rückforderungsfrist bei vereinbarten Rückforderungsrechten

Weitergehend stellt sich die Frage, ob die BGH-Entscheidung zugleich Rückschlüsse auf den Fristanlauf bei vertraglich vereinbarten Rückforderungsrechten im Zusammenhang mit § 529 BGB zulässt. Was die Pflichtteilergänzungsfrist angeht, ist die Rechtslage nach wie vor einigermaßen unsicher: Die insofern aktuellste Zusammenstellung verdanken wir auch hier dem DNotI.²⁵ Zu § 529 BGB existiert diesbezüglich bislang keine einschlägige Gerichtsentscheidung, auch der BGH äußert sich in der Rezensionsentscheidung nicht. Ins Zweifeln könnte man deshalb geraten, weil eine gedankliche Fortführung der Rezensionsentscheidung selbst nur schwer möglich scheint. Denn das für den Nutzungsvorbehalt schlagende BGH-Argument zieht hier eigentlich nicht, da beim vom Schenker ausbedungenen Rückforderungsrecht kein Versorgungsmoment inmitten steht, das aktuell laut BGH bei § 529 BGB den gesetzmäßigen Fristanlauf „lohnt“.

Allerdings könnte man in diesem Zusammenhang das bereits erwähnte Interessenausgleichsargument zu § 529 BGB im Schrifttum fruchtbar machen,²⁶ und zwar m. E. erst recht: Denn wenn das Gesetz schon selbst bestimmte Rückforderungs- und Widerrufsgründe im dualen Verhältnis der Beteiligten aufruft und hierfür eine Frist konstituiert, wäre nicht

erklärlich, warum sich bei der vertraglichen Hinzufügung lediglich weiterer Rückforderungsgründe, also einer bloß quantitativen oder graduellen Verstärkung, die gesetzliche Wertung auf einmal in ihr Gegenteil verkehren soll.

Das wird besonders deutlich, wenn man die Sache gleichsam auf die Spitze treibt und den Fall eines vereinbarten gänzlich freien Widerrufsrechts betrachtet, das bei § 2325 BGB nach herrschender Meinung übrigens schädlich für den Fristanlauf sein dürfte:²⁷ Wenn ein Schenker den Gegenstand jederzeit wieder an sich ziehen kann, ist dies ja gerade, mehr noch als jedes vorbehaltene Nutzungsrecht, ein Fall, der den Eintritt des Widerrufsgrundes der Verarmung verhindern hilft. Damit wäre man aber wieder bei der Argumentation des BGH „Sicherung des Übergebers“ und die Widerrufsfrist liefere auf jeden Fall an – wenn aber schon die gänzlich freie Widerrufsvariante für den Fristanlauf bei § 529 BGB unschädlich sein dürfte, dann kann für die Vereinbarung der typischen, enumerativen Einzeltatbestände nichts anderes gelten. Auch vorbehaltene Rückforderungsrechte stehen dem Fristanlauf bei § 529 BGB somit nicht entgegen.

Beim Schenkungswiderruf und damit beim Sozialhilferegress kehren sich die Verhältnisse also praktisch um: Was für die Ergänzungsfrist des § 2325 BGB in höchstem Maße schädlich ist (Totalvorbehalte, freie Rückforderungsrechte), ist für den Fristanlauf bei § 529 BGB völlig unschädlich!

²⁵ Gutachten, DNotI-Report 2011, 65; zuvor etwa DNotI-Report 2002, 178, 179 f.

²⁶ Vgl. die Nachw. in Fn. 14 ff.

²⁷ Vgl. aktuell die Nachw. in DNotI-Gutachten, DNotI-Report 2011, 65, 66.

TAGUNGSBERICHT

Wohnungseigentümer und ihre Gemeinschaft

Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht am 21.7.2011

Von Dr. *Christian Gomille*, München

Die Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München richtete am 21.7.2011 eine Tagung mit dem Thema „Wohnungseigentümer und ihre Gemeinschaft“ aus. Es referierten Professor Dr. *Christian Armbrüster*, Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Handels- und Gesellschaftsrecht, Privatversicherungsrecht und Internationales Privatrecht an der Freien Universität Berlin, sowie Professor Dr. *Martin Häublein* vom Institut für Arbeits- und Sozialrecht, Wohn- und Immobilienrecht und Rechtsinformatik an der Leopold-Franzens-Universität Innsbruck.

Nach Begrüßung und einführenden Worten zum Tagungsthema durch Professor Dr. *Johannes Hager*, den geschäftsführenden Direktor der Forschungsstelle für Notarrecht, startete das Programm mit dem Vortrag von *Christian Armbrüster*. Er sprach über „Änderungsvorbehalte in der Teilungserklärung hinsichtlich der Aufteilung von Sonder- und Gemeinschaftseigentum.“ Den Begriff der Teilungserklärung definierte *Armbrüster* als die sachenrechtliche Aufteilung. Nicht selten sei bereits bei der Beurkundung absehbar, dass der aufteilende Eigentümer ein Interesse daran habe, später noch Änderungen an der Aufteilung vornehmen zu können. Zwar sei der aufteilende Eigentümer zunächst frei, die beurkundete Teilungserklärung zu ändern. Diese Freiheit ende jedoch durch die schuld- und sachenrechtliche Bindung, wenn der erste Kaufvertrag geschlossen und die erste Vormerkung im Grundbuch eingetragen sei. Ab diesem Zeitpunkt kollidierten das Flexibilitätsinteresse des Aufteilenden mit dem Bestandsinteresse des Erwerbenden. Im Verlauf seines Referats ging *Armbrüster* dann auf die Instrumente ein, mit denen der Aufteilende sein Flexibilitätsinteresse absichern könne, namentlich mittels einem Änderungsvorbehalt oder einer Änderungsvollmacht, die ggf. auch kombinierbar seien.

Zunächst schilderte *Armbrüster* die relevanten Fallgruppen und das jeweilige besondere Flexibilitätsinteresse des Aufteilenden. *Armbrüster* nannte hier (1.) die Umwandlung von Wohnungs- in Teileigentum und umgekehrt, (2.) die nachträgliche Einräumung von Sondernutzungsrechten sowie (3.) die Umwandlung von Gemeinschafts- in Sondereigentum und umgekehrt. Dieser dritten Fallgruppe widmete *Armbrüster* besondere Aufmerksamkeit, weil es sich hier nicht um eine Neuordnung von Eigentum, sondern um eine Inhaltsänderung des Miteigentums handele.

Ausführlich ging *Armbrüster* sodann auf die Möglichkeit ein, einen Änderungsvorbehalt in die Teilungserklärung aufzunehmen. Dessen besonderer Effekt besteht darin, dass er die ansonsten erforderliche Zustimmung aller Wohnungseigentümer zur Änderung entbehrlich macht. Freilich unterliegt solch ein Änderungsvorbehalt der Inhaltskontrolle. *Armbrüster* vertrat hierzu die These, dass Prüfungsmaßstab allein die allgemeinen Schranken der §§ 138, 242 BGB seien. In diesem Zusammenhang zog er eine Parallele zum gesellschaftsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz und folgerte, dass die Bestandsinteressen der Erwerber desto weiter zurückzutreten hätten, je präziser die vorbehaltenen Änderungen gefasst seien. Im Übrigen gelte, dass die Änderung nur rechtmäßig

sei, wenn für sie ein sachlicher Grund bestehe und wenn der einzelne Eigentümer durch sie nicht unbillig benachteiligt werde. Sodann zeigte *Armbrüster* anhand der eingangs von ihm herausgestellten Fallgruppen auf, welche Flexibilität solch ein Änderungsvorbehalt dem Aufteilenden einräume. Dabei stimmte er der Rechtsprechung zu, die solchen Regelungen für die Umwandlung von Gemeinschafts- in Sondereigentum und umgekehrt deutliche Grenzen setzt. Denn immerhin gehe es hier um die dingliche Grundstruktur der Gemeinschaft. Die alternative Gestaltungsmöglichkeit, in die Gemeinschaftsordnung eine Vollmacht für den Aufteilenden aufzunehmen, die Umwandlung auch im Namen der übrigen Sondereigentümer vor dem Notar zu erklären, sei eine unzulässige Umgehung.

Diese Erkenntnis leitete über zum letzten großen Themenblock des Vortrags, nämlich den Möglichkeiten, eine Änderungsvollmacht im Kaufvertrag zu vereinbaren. Daneben komme auch eine Vereinbarung in Betracht, die den Käufer verpflichte, an Änderungen der Teilungserklärung – insbesondere der Umwandlung von Gemeinschaftseigentum in Sondereigentum und umgekehrt – mitzuwirken. *Armbrüster* zeigte jedoch die Nachteile dieses letztgenannten Instruments auf: So sei die Durchsetzung der Mitwirkungspflicht im Zweifel aufwendig und die Weiterverpflichtung eines Sonderrechtsnachfolgers unsicher. Freilich stelle sich bei der Vollmachtslösung im Hinblick auf den Sonderrechtsnachfolger des ersten Käufers das sachlich identische Problem: Dieser sei zur „Bestätigung“ der Vollmacht ebenso wenig verpflichtet wie zur Abgabe einer Eintragungsbewilligung. Der im Schrifttum vorgeschlagene Lösung über § 12 WEG – danach wäre die unterlassene „Bestätigung“ der Vollmacht ein wichtiger Grund, um die Zustimmung zur Veräußerung des Sondereigentums an diesen Zweiterwerber zu versagen – erteilte *Armbrüster* eine Absage.

Im Anschluss wandte sich *Armbrüster* den Wirksamkeitsvoraussetzungen einer zulässigen Änderungsvollmacht zu. Dabei ging er zunächst auf den grundbuchrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz und sodann auf die Inhaltskontrolle ein. Auseinanderhalten müsse man hier die grundbuchrechtliche und die materiellrechtliche Wirksamkeit. Anders als der Änderungsvorbehalt in der Teilungserklärung unterliege die Änderungsvollmacht im Kaufvertrag der uneingeschränkten materiellrechtlichen Inhaltskontrolle nach §§ 305 ff. BGB. *Armbrüster* sprach sich für eine Prüfung der Vollmacht am Maßstab des § 308 Nr. 4 BGB aus. Wer dem nicht folgen wolle, müsse aber jedenfalls § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB heranziehen. Bei der Überprüfung der Klausel auf ihre Zumutbarkeit seien wirtschaftliche Erwägungen maßgebend. Im Übrigen gelte auch hier ein materiellrechtliches Bestimmtheitsgebot, ferner müsse ein triftiger Grund für die Änderung bestehen. In diesem Zusammenhang ging *Armbrüster* noch auf die Folgen der materiellrechtlichen Unwirksamkeit der Vollmacht sowie auf den Fall ein, dass trotz Unwirksamkeit eine aufgrund der Vollmacht vorgenommene Änderung im Grundbuch eingetragen werde. *Armbrüster* schloss seine Ausführungen zu diesem

Themenblock mit den Hinweisen, dass (1.) eine Änderung der Teilungserklärung der Zustimmung aller Inhaber dinglicher Rechte bedürfe, die dadurch rechtlich nachteilig betroffen sein können, (2.) eine im Übrigen wirksame Vollmacht unwiderprüflich gestaltet werden könne und (3.) gleichwohl eine zeitliche Beschränkung der Vollmacht geboten sei.

Im Anschluss griff *Martin Häublein* das Wort. Er wählte „Werdende Wohnungseigentümergeinschaft und ‚werdender‘ Wohnungseigentümer – Gesicherter Bestand des deutschen Wohnungseigentumsrechts oder korrekturbedürftige Verlegenheitslösung?“ als Titel für seinen Vortrag.

Zunächst umriss *Häublein* die verschiedenen rechtlichen Probleme dieses Themenkreises. Von einer werdenden Wohnungseigentümergeinschaft spreche man herkömmlich in der Phase zwischen ihrem Gründungsakt und ihrer endgültigen rechtlichen Invollzugsetzung. Bei der Teilung nach § 3 WEG entsteht die Gemeinschaft erst mit Eintragung der Teilungsvereinbarung im Grundbuch. Bei der Teilung nach § 8 WEG entsteht sie erst dadurch, dass mindestens zwei Miteigentümer als Inhaber von Sondereigentum in das Grundbuch eingetragen sind. Erst ab diesem Zeitpunkt sind die Bestimmungen des WEG unmittelbar anwendbar. Zwischen dem Kauf vom Aufteilenden und der Eintragung des Erwerbers in das Grundbuch vergehen indes mitunter Jahre, in denen die Erwerber die Immobilie bereits tatsächlich nutzen, untereinander aber noch nicht als Wohnungseigentümergeinschaft verbunden sind. Unter dem Schlagwort der werdenden Wohnungseigentümergeinschaft stellt sich dann die Frage, ob die Rechte und Pflichten der künftigen Gemeinschaftsmitglieder untereinander bereits vor der endgültigen Invollzugsetzung der Gemeinschaft Geltung beanspruchen können. *Häublein* fasste die damit einhergehenden Sachprobleme unter den Überschriften „Nichterfüllungsrisiko“ und „Majorisierungsrisiko“ zusammen. Sein Vortrag erfasste darüber hinaus auch den werdenden Eigentümer. Damit ist der Zweiterwerber gemeint, der die Wohnung von einem eingetragenen Eigentümer bezieht. Der BGH lehne es ab, in der Phase bis zu seiner Eintragung die Bestimmungen des WEG auf den Zweiterwerber entsprechend anzuwenden. Dadurch entstehe ein erheblicher Gestaltungsbedarf. Denn sowohl der Zweit-

erwerber als auch die bestehende Wohnungseigentümergeinschaft hätten berechnete Interessen, ihr Verhältnis bereits vor der Eintragung an das künftige Gemeinschaftsverhältnis anzupassen. Das gelte etwa für die Wahrnehmung von Stimmrechten seitens des Zweiterwerbers und dessen Bindung an das Gemeinschaftsverhältnis seitens der Wohnungseigentümergeinschaft.

Häublein befasste sich sodann mit den praktischen Problemen und den offenen Fragen in Zusammenhang mit der werdenden Wohnungseigentümergeinschaft. Zunächst übte er dabei Kritik an der Abgrenzung zwischen Erst- und Zweiterwerb. Außerdem ging er auf das – vom BGH offen gelassene – Problem ein, ob die Grundsätze über die werdende Wohnungseigentümergeinschaft nur im Innenverhältnis der künftigen Eigentümer gelten, oder ob sie auch eine zumindest partielle Rechtsfähigkeit im Außenverhältnis begründeten. Während die herrschende Meinung diese Konsequenz zieht, lehnte *Häublein* sie unter Hinweis auf die fehlende Publizität der werdenden Wohnungseigentümergeinschaft ab. Er wies noch auf weitere Fragen hin, die die herrschende Konzeption zu werdender Wohnungseigentümergeinschaft und werdendem Eigentümer nicht oder nicht befriedigend lösen könnten. Zu erwähnen sind etwa der Abschluss von Verträgen vor Entstehen der werdenden Wohnungseigentümergeinschaft und deren „Überleitung“ auf diese oder die Verdrängung des noch eingetragenen Veräußerers durch den werdenden Eigentümer im Hinblick etwa auf die Ausübung von Verwaltungsrechten oder auch die Vollstreckung in das Wohnungseigentum.

Häublein schloss mit Hinweisen, wie und welche der offenen Fragen auf Basis der *lex lata* mittels der Vertragsgestaltung sowohl bei der Gemeinschaftsordnung als auch bei den Erwerbsverträgen gelöst werden könnten. *De lege ferenda* empfahl er, in Anlehnung an das österreichische Wohnungseigentumsrecht in das WEG einen eigenen Abschnitt über die werdende Wohnungseigentümergeinschaft aufzunehmen.

Im Anschluss an die Vorträge ergab sich eine lebhaftige Aussprache über die von den Rednern präsentierten Thesen. Die Veranstaltung endete mit einem Empfang, bei dem Teilnehmer und Referenten sich nicht nur persönlich austauschten, sondern auch die fachliche Diskussion fortsetzten.

BUCHBESPRECHUNGEN

Pause: Bauträgerkauf und Baumodelle. 5. Aufl., Beck, 2011. 600 S., 78 €

Das Handbuch (bis zur 3. Auflage noch unter *Brych/Pause* bekannt) wird seit der 4. Auflage nunmehr allein von *Hans-Egon Pause* (Rechtsanwalt in München) bearbeitet. Schwerpunkt der Darstellung liegt beim klassischen Bauträgererwerb (ca. 400 Seiten); daneben werden auf ca. 100 Seiten Bauherrenmodelle erläutert. Rechtsprechung und Literatur sind nach Angabe bis Oktober 2010 berücksichtigt.

Um es gleich vorwegzunehmen: Die kompakte und praxisnahe Behandlung des Bauträgerrechtes hat mich überzeugt. Das Buch hat sich als Standardwerk zum Bauträgerrecht etabliert.

Aus notarspezifischer Sicht ist nur bedauerlich, dass konkrete Hinweise zur Vertragsgestaltung fehlen, insbesondere Musterformulierungen sucht man vergebens. Dies ist nicht als Kritik zu verstehen, denn es handelt sich vom Anspruch her um ein Lehrbuch. Gleichwohl wird deswegen für Notare das Werk von *Basty* (Der Bauträgervertrag, 6. Auflage) wohl das Objekt des ersten Zugriffs bleiben.

Folgendes ist mir aufgefallen:

Der Autor bedauert, dass die vom Bauträger zu stellende Sicherheit nach dem neuen § 632 a Abs. 3 BGB nur bezüglich wesentlicher Mängel gilt, stellt dies aber wegen des klaren Gesetzeswortlauts nicht in Frage (Rdnr. 201 d). Eine Auseinandersetzung mit der z. B. von *Everts* (MittBayNot 2009,194) geäußerten Ansicht, wonach auch bei der Abnahme gerügte unwesentliche Mängel von der Sicherheit umfasst sind, fehlt.

Mit der gesetzlichen Neuregelung des § 632 a BGB dürfte jedem Zweifel an der Zulässigkeit des sogenannten Vormerkungsmodells endgültig der Boden entzogen worden sein. Dies wird vom Autor in Rdnr. 202 ff. ausführlich und zutreffend begründet.

Zu Recht bezeichnet der Autor die Prozentangaben in § 3 Abs. 2 MaBV als Höchstsätze für Abschlagszahlungen und nicht etwa als Preisvorschriften (Rdnr. 205). Er führt dazu aus, dass, sofern die tatsächlichen Wertrelationen von den typisierten Abschlagszahlungen des § 3 Abs. 2 MaBV zu Lasten des Erwerbers abweichen (z. B. denkbar in Gebieten mit äußerst niedrigen Bodenpreisen), sich der Erwerber auf die Unwirksamkeit des Zahlungsplanes berufen könne.

Die Darstellung zur Abgrenzung der Abschlagszahlungen von (unzulässigen) Vorauszahlungen (Rdnr. 198 ff.), in die die Neuerungen durch die Neufassung des § 632 a BGB und allgemeine Überlegungen zum Vormerkungsmodell eingearbeitet wurden, halte ich für etwas unübersichtlich.

In Rdnr. 236 wird ausgeführt, dass eine Auflassungsvormerkung am ungeteilten Grundstück beim Teilflächenkauf nicht ausreichend ist, sofern die Teilung nach Landesrecht genehmigungspflichtig ist. Hier wird § 3 Abs. 1 Nr. 1 (Welche Genehmigungen müssen vorliegen?) und § 3 Abs. 1 Nr. 2 MaBV (Wo muss die Vormerkung eingetragen sein?) vermischt.

Interessant: Die nach § 3 Abs. 1 Satz 3 MaBV zugelassene Begrenzung des Rückzahlungsanspruches gegenüber der Bank auf den anteiligen Wert des Vertragsobjekts ist nach Ansicht des Autors nach § 307 BGB unwirksam (Rdnr. 265). Dies wurde bereits von *Eue* (Münchener Vertragshandbuch I.30 Anm. 22) vertreten; ob sich diese Ansicht durchsetzen wird, bleibt abzuwarten.

In Rdnr. 299 hält der Autor einen variablen Zahlungsplan (also keine Vorabfestlegung des Bauträgers auf sieben Abschlagszahlungen bereits im Vertrag) für zulässig, gibt aber das Meinungsbild in der Fußnote nicht vollständig wieder. Eine herrschende Meinung ist hier nämlich nur schwer auszumachen, vgl. *Basty*, a. a. O. Rdnr. 489 mit umfassenderen Nachweisen.

In Rdnr. 307 wird die Ansicht vertreten, dass ein gesonderter Zahlungsplan für Nebenanlagen, die wirtschaftlich zum Vertragsgegenständlichen Bauvorhaben gehören (z. B. Tiefgaragenstellplatz), unstatthaft sei. Dazu zitiert er als stützende Ansicht *Basty*, a. a. O. Rdnr. 592, der allerdings in Rdnr. 594 das Gegenteil vertritt.

Im Rahmen der Erläuterungen zur Bürgschaft nach § 7 MaBV konnte die neueste wegweisende Entscheidung des BGH vom 9.12.2010 (DNotZ 2011, 351) zum Sicherungsumfang in sogenannten Abschlagszahlungsfällen nicht mehr berücksichtigt werden. Die bisherige (nunmehr teilweise veraltete) Rechtsprechung, wonach der Sicherungszweck des § 7 MaBV immer weiter ausgelegt wurde, bewertet er zu Recht kritisch (Rdnr. 352 ff.).

Zutreffend weist er auch auf die großen Gefahren hin, wenn – auch nur geringfügig – gegen den Zahlungsplan des § 3 MaBV verstoßen wurde. In diesem Fall gelte § 641 BGB (der „GAU“ für den Bauträger); daran habe auch der neue § 632 a BGB nichts geändert (Rdnr. 376).

Ausführlich behandelt der Autor in den Rdnr. 594 ff. die Problematik zur Abnahme des Gemeinschaftseigentums. Er bezweifelt in Rdnr. 607 wohl zu Recht, dass die Kompetenz zur Abnahme an die Wohnungseigentümergeinschaft delegiert werden kann (a. A. von *Oefele*, DNotZ 2011, 261). Als sicherste Variante zur Geltung einer bereits erfolgten Abnahme gegenüber „Nachzüglern“ bezeichnet er (wie *Basty*, a. a. O. Rdnr. 1120) nicht die Abnahmefiktion, sondern die Verkürzung der Gewährleistungsfrist auf die Länge der Frist der Vorerwerber. Dies hält er nach einer Nutzungsdauer des Gemeinschaftseigentums von zwischen einem halben Jahr und einem Jahr für vertretbar, da man dann diesen Teil des Vertragsgegenstandes dem Kaufrecht unterstellen könne (Rdnr. 611).

Für eine eigene Prospekthaftung des Bauträgers (analog § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB) sieht der Autor kein Bedürfnis (Rdnr. 881), weil durch entsprechende Vertragsauslegung bzw. Verschulden bei Vertragsschluss eine ausreichende Haftungsgrundlage bestehen würde. Mich überzeugt da eher die gegenteilige Ansicht (vgl. etwa *Wolfsteiner*, DNotZ 2004, 415).

Die Problematik einer Haftungsbegrenzung bzgl. Schadensersatzansprüchen bei leichter Fahrlässigkeit, wenn es um sogenannte Kardinalpflichten geht, wird in Rdnr. 862 zu knapp behandelt.

Ein eigener, lesenswerter Abschnitt widmet sich der Verfolgung von Mängeln am Gemeinschaftseigentum (Rdnr. 883 ff.).

Die Folgen einer Bauträgerinsolvenz stellt der Autor auf ca. acht Seiten (Rdnr. 1004 ff.) kompakt und übersichtlich dar.

Fazit: Das Buch kann auch Notaren uneingeschränkt zum Kauf empfohlen werden.

Notar *Michael Deutrich*, Friedberg

Wolfsteiner: Die vollstreckbare Urkunde. 3. Aufl., Beck, 2011. 785 S., 78 €

Wolfsteiners „Die vollstreckbare Urkunde“ ist ein Phänomen. Ursprünglich ist das Werk als Dissertation erschienen und wurde angeblich seinerzeit von *Wolfsteiners* Doktorvater mit wenig Begeisterung aufgenommen. Doch der Erfolg hat dem Autor schließlich Recht gegeben, was dieser nicht ohne gewissen Stolz im Vorwort der 2. Auflage anmerkt. „Die vollstreckbare Urkunde“ gehört heute jedoch in der Tat zu den Standardwerken des notariellen Schrifttums und ist sicherlich in den Bibliotheken der allermeisten Kollegen zu finden. *Wolfsteiner* hat mit seiner Vollstreckbaren Urkunde Pionierarbeit darin geleistet, das für die notarielle Tätigkeit und für das notarielle Selbstverständnis so wichtige Thema der Vollstreckbarkeit der notariellen Urkunde umfassend zu beleuchten, und dabei gleichzeitig eine gelungene Symbiose aus wissenschaftlicher Dogmatik und Praxistauglichkeit zu finden. Auch außerhalb des notariellen Bereichs hat das Werk daher große Beachtung gefunden.

25 Jahre hat es gedauert, bis im Jahr 2006 die 2. Auflage der Vollstreckbaren Urkunde erschienen ist. Im damaligen Vorwort hat der Autor versprochen, bis zur 3. Auflage keine so lange Zeit mehr verstreichen zu lassen. Und tatsächlich sind diesmal nur fünf Jahre vergangen, bis nunmehr im Jahr 2011 die 3. Auflage des Werks erschienen ist.

Als erstes fällt dem Leser der deutlich gestiegene Umfang des Buchs auf: Über 150 Seiten mehr enthält die Neuauflage im Vergleich zur Voraufgabe. Dies liegt jedoch nicht allein an neuem Material: Das Buch wurde auch optisch überarbeitet und gefällt nun durch ein etwas lockereres Schriftbild, was aber natürlich seinen Teil zur gestiegenen Seitenzahl beigetragen hat. Unverändert bleibt die umfangreiche Verweisteknik auf andere Kapitel des Buchs. Dieses Vorgehen hat Vor- und Nachteile. Zum einen wird hierdurch eine optimale Vernetzung der einzelnen Abschnitte gewährleistet. Der nach einem bestimmten weiterführenden Problem suchende Leser muss nicht erst nach der entsprechenden Stelle im Stichwortverzeichnis suchen. Andererseits erschwert die Verweisteknik die Lesbarkeit der einzelnen Abschnitte erheblich. Kaum ein Kapitel ist aus sich heraus vollständig verständlich, häufig müssen zur vollständigen Durchdringung des Problems noch weitere Abschnitte herangezogen werden, auf die allerdings deutlich verwiesen wird.

Die Neuauflage wurde an die aktuelle Gesetzes- und Rechtslage angepasst. Insbesondere wurden die Neuheiten durch das FamFG eingearbeitet. Dieses hat das System der Rechtsbehelfe und Rechtsmittel in entscheidender Weise verändert. *Wolfsteiner* diskutiert beispielsweise die neue Fristbindung bei der Beschwerde gegen die Ablehnung der Beurkundung bzw. der Erteilung der Vollstreckungsklausel durch den Notar aufgrund des Verweises auf § 63 FamFG in § 15 Abs. 2 BNotO und § 54 BeurkG. Weiterhin hat das FamFG dazu geführt, dass nunmehr auch der Notar bei Ablehnung seiner Amtstätigkeit förmliche Beschlüsse mit Rechtsbehelfsbelehrung zu erlassen hat. Die Neuauflage enthält hierfür ergänzte und an die neue Rechtslage angepasste Muster und Erläuterungen.

Auch die Änderungen durch die WEG-Reform wurden berücksichtigt, beispielsweise die Auswirkungen der nunmehr normierten Teilrechtsfähigkeit der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer auf die Errichtung einer vollstreckbaren Urkunde im Verhältnis zur persönlichen Haftung der Eigentümer. Hierbei untersucht *Wolfsteiner* auch, wie die Gemeinschaft bzw. die Eigentümer durch den Verwalter vertreten werden und wie diese Vertretungsmacht formgerecht nachzuweisen ist.

Breiteren Raum nehmen schließlich die Ausführungen zur Rechtslage bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts aufgrund der Einführung der §§ 47 Abs. 2 GBO und 899 a BGB ein. *Wolfsteiner* führt aus, dass die GbR ihre Rechtsfähigkeit prozessual kaum nutzen könne, da außerhalb des Anwendungsbereichs von § 899 a BGB (zum Beispiel bei einer Vollstreckungsunterwerfung über einen persönlichen Anspruch) oft kein formgerechter Nachweis über die vertretungsberechtigten Gesellschafter geführt werden könne. Insbesondere gelte die Gutgläubenswirkung des § 899 a BGB auch nicht für die dingliche Zwangsvollstreckungsunterwerfung selbst, da diese kein Recht an einem Grundstück begründe. Bestellen daher die im Grundbuch gemäß § 47 Abs. 2 GBO eingetragenen Gesellschafter einer GbR eine Grundschuld an dem Grundstück der GbR, obwohl diese in Wahrheit nicht Gesellschafter sind, so hätte dies zur Folge, dass über § 899 a BGB die Grundschuld selbst zwar gutgläubig erworben werden könne, nicht jedoch der Titel aufgrund der dinglichen Zwangsvollstreckungsunterwerfung. § 1148 BGB ist nach Ansicht *Wolfsteiners* nicht anwendbar, weil die Norm nicht an § 899 a BGB angepasst worden sei. Der BGH hat mittlerweile allerdings in anderem Zusammenhang entschieden, dass § 1148 BGB auch auf die Eintragung der Gesellschafter einer GbR im Grundbuch anzuwenden ist, vgl. BGH, NJW 2011, 1449. Es ist daher fraglich, ob sich die Ansicht *Wolfsteiners* in diesem Punkt durchsetzen wird.

Trotz all dieser Neuheiten ist das Buch jedoch in Teilbereichen bereits wieder überholt. Dies liegt allerdings nicht an Versäumnissen des Autors, sondern an der besonderen Dynamik des Rechts und der Besonderheit, dass die vollstreckbare Urkunde Berührungspunkte zu sehr vielen Rechtsgebieten hat. So enthält das Buch beispielsweise noch umfangreiche Anmerkungen und Kritik zur Entscheidung des XI. Zivilsenats des BGH vom 30.3.2010 (BGHZ 185, 133 = MittBayNot 2010, 378) hinsichtlich des Nachweiserfordernisses des Eintritts in den Sicherungsvertrag bei Umschreibung der Vollstreckungsklausel auf den Zessionar einer Sicherungsgrundschuld. Bekanntlich hat der für den Bereich der Rechtsbeschwerden und sonstige Rechtsbehelfe zuständige VII. Zivilsenat des BGH aber zwischenzeitlich entschieden, dass der Notar für die Umschreibung der Vollstreckungsklausel den Eintritt in den Sicherungsvertrag nicht zu prüfen habe, da es sich nicht um eine Vollstreckungsbedingung im Sinne von § 726 ZPO handle. Vielmehr könne dieser Umstand nur durch Klage entsprechend § 768 ZPO geltend gemacht werden. Jedenfalls sind für den Notar im Rahmen des Klauselerteilungsverfahrens die im vorliegenden Buch zitierte Rechtsprechung und ihre Ausführungen hierzu mittlerweile obsolet geworden.

Ein weiteres Beispiel für eine noch nicht berücksichtigte Rechtsprechung kommt ebenfalls aus dem Bereich der Vollstreckungsklausel: *Wolfsteiner* ist mit durchaus guten Argumenten der Auffassung, dass ein Gesellschafterwechsel bei der GbR keine Auswirkungen auf die gegen die Gesellschaft selbst erteilte Vollstreckungsklausel habe, weil sich der Anspruch nach wie vor gegen die rechtsfähige Gesellschaft richte. Der BGH hat jedoch entschieden, dass aufgrund der Regelung in § 47 Abs. 2 GBO und § 1148 BGB bei Rechten an Grundstücken ein Gleichlauf zwischen Grundbuch und Vollstreckungstitel bestehen müsse. Sei der Gesellschafterwechsel daher gemäß § 82 S. 3 GBO ins Grundbuch eingetragen worden, so müsse der Notar auch die Vollstreckungsklausel in analoger Anwendung von § 727 ZPO umschreiben, vgl. BGH, ZIP 2011, 119.

Insgesamt gilt jedoch, dass die Neuauflage all das hält, was bereits die Voraufgaben geboten haben. Bei Fragen zu den

Grundlagen der notariellen Tätigkeit, insbesondere zur Errichtung vollstreckbarer Urkunden und der Erteilung von (vollstreckbaren) Ausfertigungen oder Vollstreckungsklauseln lohnt sich stets ein Blick in den *Wolfsteiner*, um eine praxisgerechte und zugleich wissenschaftlich begründete

Lösung zu erhalten. Schon angesichts der zahlreichen gesetzlichen Neuerungen kann die Neuauflage daher jedem Notar zur Anschaffung empfohlen werden.

Notarassessor *Martin Soutier*, München

Heidenhain/Meister (Hrsg.): Münchener Vertrags- handbuch, Band 1: Gesellschaftsrecht. 7. Aufl., Beck, 2011. 2 027 S., 148 €

Sechs Jahre nach Erscheinen der Voraufgabe liegt nunmehr die 7. Auflage des Bandes zum Gesellschaftsrecht des – weiterhin auf insgesamt sechs Bände angelegten – Münchener Vertrags- handbuchs vor. Am bewährten Konzept hat sich nichts geändert: Jedem der insgesamt 591 Formulare sind erläuternde Anmerkungen beigelegt, die dem Praktiker in komprimierter Form einen raschen Überblick über die Hintergründe der einzelnen Gestaltungsvorschläge, etwaige ungeklärte Fragen und denkbare Alternativgestaltungen geben, sowie sich mit zahlreichen Verweisen auf weiterführende Literatur und kurzen Erläuterungen auch der steuerlichen Rahmenbedingungen ggf. auch hervorragend als Ausgangspunkt für eigene weitere Recherchen eignen. Abgedeckt wird weiterhin das gesamte Personen- und Kapitalgesellschaftsrecht von der GbR bis zur SE einschließlich zahlreicher Muster zu konzernrechtlichen Verträgen und Umwandlungen nach dem UmwG.

Das Werk befindet sich auf dem Stand von Ende 2010 und trägt den zwischenzeitlich erfolgten umfangreichen Änderungen im Bereich des Gesellschaftsrechts v. a. durch das EHUG, das 2. Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes, das MoMiG, das BilMoG, das ARUG und das FamFG Rechnung. Insbesondere die hierdurch besonders betroffenen Abschnitte zum GmbH-Recht und zum Aktienrecht sind grundlegend überarbeitet und ergänzt, im Übrigen sind die Formulare und Kommentierungen unter Berücksichtigung neuerer Rechtsprechung und Literatur auf den aktuellen Stand gebracht worden.

Neu aufgenommen worden ist etwa im Bereich der Kommanditgesellschaft ein Mustergesellschaftsvertrag einer Publikums-GmbH & Co. KG, welcher die indirekte Beteiligung von Anlegern durch Begründung eines echten Treuhandverhältnisses mit einer direkt beteiligten GmbH als Treuhandkommanditistin vorsieht. Deutlich erweitert worden sind die Abschnitte zur Stiftung und zur SE (neben dem schon in der Voraufgabe zur „Gründung durch Umwandlung“ enthaltenen Umwandlungsbeschluss findet sich zu Letzterer nunmehr etwa auch ein Muster des entsprechenden – vom Leitungsorgan der Gesellschaft zu erstellenden und „vorsichtshalber“ (Formular XV. 3 Anm. 8, S. 1927) auch notariell zu beurkundenden – Umwandlungsplans).

Der der GmbH gewidmete Abschnitt IV. enthält nunmehr auch ein Muster zum Gesellschafterwechsel vor Eintragung einer GmbH in der Form eines satzungsändernden Vertrages zwischen sämtlichen Gründern und dem neuen Gesellschafter (als Alternative zur ebenso möglichen Übertragung des künftigen, erst mit Eintragung der GmbH entstehenden Geschäftsanteils). Gänzlich neu sind im Bereich des GmbH-Rechts des Weiteren Formulare zur Kapitalerhöhung aufgrund genehmigten Kapitals und zur Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) i. S. v. § 5 a GmbHG. Neben Formularen zur Gründung einer UG, sowohl im vereinfachten Verfahren nach

§ 2 Abs. 1 a GmbHG als auch im „Regelverfahren“, finden sich hier auch Muster (Gesellschafterversammlung, Anmeldung, Übernehmer- und Gesellschafterliste) zur „Überführung einer Unternehmergeellschaft in eine Voll-GmbH“ im Wege der Barkapitalerhöhung. Mittlerweile ist durch den Beschluss des BGH vom 19.4.2011, II ZB 25/10, DNotI-Report 2011, 86 für die Praxis geklärt, dass Kapitalerhöhungen auf 25.000 € ungeachtet des Sacheinlageverbots des § 5 a Abs. 2 Satz 2 GmbHG auch im Wege der Sachkapitalerhöhung zulässig sind, was bislang sehr umstritten war (vgl. Anm. 4 zu Muster IV. 19). Entfallen sind demgegenüber z. B. die Muster zur „Ein-Mann-Gründung“, nachdem das MoMiG die für die Gründung einer Ein-Mann-GmbH vorgesehenen Sonderregelungen (wie etwa in §§ 7 Abs. 2 Satz 3, 8 Abs. 2 Satz 2 und 19 Abs. 4 GmbHG a. F.) aufgehoben hat.

Zutreffend enthält Anm. 6 zu Formular IV. 77 („Gesellschafterliste nach Veränderung“, S. 666) den Hinweis, dass in Abtretungsverträgen unter aufschiebenden Bedingungen die Unterrichtung des gemäß § 40 Abs. 2 GmbHG zur Einreichung einer neuen Liste verpflichteten Notars über den Bedingungseintritt vorgesehen werden sollte. Leider enthalten dann allerdings weder das Formular zur Sicherungsabtretung eines Geschäftsanteils (S. 658 ff.), welches eine aufschiebend bedingte Rückabtretung des Anteils an den Sicherungsgeber vorsieht, noch das Formular einer „Erwerbstreuhand“ (S. 1495 ff.), welches eine aufschiebend bedingte Abtretung des Anteils an den Treugeber (u. a.) im Falle einer Kündigung des Treuhandverhältnisses vorsieht, Vorkehrungen, die sicherstellen könnten, dass der Notar vom Eintritt der entsprechenden Bedingungen erfährt und so in die Lage versetzt wird, seiner Verpflichtung gemäß § 40 Abs. 2 GmbHG nachzukommen. Wenn in diesem Zusammenhang im Übrigen ganz pauschal davon die Rede ist, es sei z. B. trotz bereits erfolgter aufschiebend bedingter Abtretung an den Treugeber im Treuhandvertrag „unter den Voraussetzungen des § 16 Abs. 4 GmbHG“ (gemeint sein muss § 16 Abs. 3 GmbHG) eine wirksame (vertragswidrige) Abtretung durch den Treuhänder an gutgläubige Dritte möglich (Formular IX. 14 Anm. 7 (5), S. 1499; vgl. auch Formular IX. 16 Anm. 4, S. 1505), so hätte man sich hier zumindest einen kurzen Hinweis auf die abweichende Auffassung gewünscht (inzwischen ist hierzu insbesondere mit dem Beschluss des OLG München vom 11.2.2011, Az. 31 Wx 162/10, MittBayNot 2011, 326 und dem Beschluss des BGH vom 20.9.2011, II ZB 17/10, DNotI-Report 2011, 181 ober- und höchstichterliche Rechtsprechung ergangen, die die Möglichkeit eines derartigen gutgläubigen Erwerbs explizit verneint).

Dass das Werk „von Praktikern für den Praktiker“ geschrieben ist, zeigt sich exemplarisch an dem Muster zum Formwechsel einer GmbH in eine GmbH & Co. KG (Formular XIII. 42, S. 1796 ff.), das zwar weiterhin der wohl noch überwiegenden Auffassung folgt, wonach die als spätere Komplementär-GmbH vorgesehene Gesellschaft bereits mit Wirkung mindestens eine logische Sekunde vor dem Wirksamwerden des Formwechsels (i. d. R. nur treuhänderisch) einen Mini-

Anteil an der formwechselnden GmbH erwerben muss, um den Grundsatz der Identität der beteiligten Gesellschafter vor und nach dem Formwechsel zu wahren; in den Anmerkungen wird jedoch die – durch ein obiter dictum des BGH in seinem Urteil vom 9.5.2005, II ZR 29/03, NZG 2005, 722 gestützte – abweichende Gestaltungsmöglichkeit (Beitritt der Komplementär-GmbH erst im Zeitpunkt des Wirksamwerdens des Formwechsels) mit eigenen Formulierungsvorschlägen dem Praktiker als „deutlich einfachere“ Lösung empfohlen – allerdings nicht ohne den Ratschlag, sich diesbezüglich möglichst vorher mit dem zuständigen Registergericht abzustimmen.

Für die tägliche Praxis wünschenswert wäre eine CD-ROM, die die einfache Übernahme der Formulare in die eigene Textverarbeitung ermöglichen würde. Diesbezüglich wird der

Nutzer aber auf die parallel zur 7. Auflage aller sechs Bände des Münchener Vertragshandbuchs erscheinende – separat zu bestellen und mit Erscheinen jeden Bandes zu aktualisierende – Gesamt-CD-ROM (mit Gesamtabnahmeverpflichtung) verwiesen.

Die vorstehenden vereinzelt Kritikpunkte vermögen den positiven Gesamteindruck des Werkes allerdings allenfalls unwesentlich zu mindern. Als Fazit bleibt festzuhalten, dass der Band zum Gesellschaftsrecht des „Münchener Vertragshandbuchs“ auch in der 7. Auflage ein nahezu unverzichtbares Arbeitsmittel bleibt und uneingeschränkt zur Anschaffung empfohlen werden kann.

Notar *Achim Färber*, Roththalmünster

Tiedtke/Diehn: Notarkosten im Grundstücksrecht. 3. Aufl., Carl Heymanns, 2011. 556 S., 88 €

In nunmehr dritter, überarbeiteter Auflage ist das Buch „Notarkosten im Grundstücksrecht“ erschienen. Seit dieser Auflage wird es nicht mehr von *Tiedtke* allein, sondern gemeinsam mit *Diehn* verfasst. Die eigentliche Tiefe des Werkes erschließt sich mit „Notarkosten im Grundstücksrecht“ nur unzureichend. Zu Recht wurde der Titel um den Hinweis „Mit Bezügen zum Familien- und Erbrecht, Handels- und Gesellschaftsrecht“ ergänzt. Die umfangreichen kostenrechtlichen Ausführungen gehen nämlich erheblich über den Bereich des Grundstücksrechts hinaus. So finden sich allgemeine Erläuterungen zum Notarkostenrecht, hierbei insbesondere auch zu den Kosten des elektronischen Rechtsverkehrs, ebenso wie kostenrechtliche Erläuterungen in den im Untertitel genannten Rechtsgebieten. Der allgemeine Teil („A. Einführung“) umfasst etwa ein Viertel des Werkes. Schwerpunktmäßig befasst sich das für die notarielle und gerichtliche Praxis gleichermaßen hervorragend geeignete Werk in Abschnitt B. mit „Grundstücksveräußerungsverträgen“. Abschnitt C. ist dem Bereich „Grundpfandrechte“ gewidmet, bevor in weiteren Abschnitten die Themen „Erbbaurecht“, „Wohnungs-/Teileigentum, Dauerwohn-/Dauernutzungsrecht“ sowie „Sonstige Rechte an Grundstücken und Grundstückserklärungen“ einschließlich Bauherrenmodelle, Leasingverträge oder städtebauliche Verträge behandelt werden. Das letzte Viertel des Buches (Abschnitt H. „Sonstige Sachbereiche mit Berührung im Grundstücksrecht“) ist ein buntes Potpourri notarieller Kostenfragen die zwar sehr ansprechend aufbereitet sind, allerdings nur sehr eingeschränkten Bezug zum Grundstücksrecht haben. So werden etwa Kostenfragen im Zusammenhang mit Eheverträgen, Scheidungsvereinbarungen und erb-

rechtlichen Vorgängen ebenso erörtert wie die Gründung einer Gesellschaft, Stiftungen und das Thema Vollmachten. Positiv hervorzuheben ist auch die in Rdnr. 1404 ff. behandelte Kapitalerhöhung mit Grundstückseinbringung.

Konzeptionell überzeugt das Buch dadurch, dass es – anders als etwa der Streifzug durch die Kostenordnung, der einer alphabetischen, stichwortbezogenen Gliederung folgt – einzelne Sachgebiete zusammenhängend, kompakt und abschließend behandelt. Hierbei erfolgt die Darstellung fallorientiert unter Einbeziehung von Berechnungsbeispielen. Hilfreich ist auch die eine oder andere tabellarische Übersicht, wie etwa die in Rdnr. 523 (Kreis der Geschäfte nach § 146 Abs. 1 KostO) oder die in Anlehnung an die entsprechenden Übersichten des DNotI erstellte Aufarbeitung der landesrechtlichen Vorkaufsrechte in Rdnr. 571. Wegen seiner präzisen, fallorientierten, jedoch gleichwohl systematischen und übersichtlichen Darstellung eignet sich das Werk gleichermaßen zum Nachschlagen einzelner Fragen wie auch für den Praktiker zur systematischen Einarbeitung in kostenrechtliche Fragen, schwerpunktmäßig und damit titeltreu im Zusammenhang mit dem Grundstücksrecht.

Dem aus zahlreichen anderen kostenrechtlichen Publikationen bekannten, erfahrenen Experten *Tiedtke* ist gemeinsam mit *Diehn* ein praxiserfahrenes Werk auch in dritter Auflage gelungen, das – ob seiner systematischen Gliederung – eine wertvolle Ergänzung selbst dann bietet, wenn andere kostenrechtliche Werke bereits in der eigenen Bibliothek vorhanden sind. Da mit der Reform der Kostenordnung wohl erst 2013 zu rechnen ist, führt an der 3. Auflage kein Weg vorbei.

Notar a. D. Dr. *Markus Sikora*, München

Ancker/Postel (Hrsg.): 1811–2011. Das Hamburgische Notariat in Geschichte und Gegenwart. Beck, 2011. 221 S., 79 € + Beilage

Die hier anzuzeigende Festschrift des Hamburgischen Notariats und seiner, der ununterbrochen seit 200 Jahren in Deutschland bestehenden, Notarkammer verlangt Anerkennung und Beachtung. Alle Beiträge haben einen unmittelbaren Bezug auf die Entwicklung des Notariats in Hamburg von seinen Anfängen unter der napoleonischen Herrschaft bis zur heutigen Einflussnahme der EU auf die Ernennung von Notaren (EuGH, 24.5.2011, C – 54/08). Damit hebt sie sich wohltuend von den zahlreichen Festschriften ab, deren Beiträge häufig keinen Bezug auf das zu würdigende Ereignis haben, schlimmer noch, durch eine Änderung der Rechtsprechung oder der Gesetzgebung zur Makulatur verkommen.

Nach einem Vorwort des Präsidenten der Kammer, die gegenwärtigen Herausforderungen durch Gesetzgebung und Rechtsprechung aufzeigend, folgt die einleitende Inhaltsübersicht durch die beiden Herausgeber.

Die elf Beiträge der Festschrift, zur einen Hälfte von Notaren und zur anderen Hälfte von Nicht-Notaren verfasst, beleuchten alle Facetten eines Notariats, das auf eine – wenn auch große – weltoffene Handels- und Hafenstadt beschränkt ist. Verallgemeinert gesprochen entwickelte sich das Hamburgische Notariat in den 200 Jahren seines Bestehens in ruhigen und geordneten Bahnen.

Erst die Neuzeit in der Gestalt von Gesetzgebung und Rechtsprechung griff tief in die Strukturen des in vielen langen Jahren gewachsenen, von Bürgern und Wirtschaft geschätzten und anerkannten Notariats ein.

Zu nennen sind hier das Groß-Hamburg-Gesetz von 1937 (siehe die Nachsatzkarte) und die damit verbundene Aufnahme von Anwaltsnotaren in das hamburgische Nurnotariat einschließlich der damit verbundenen – nicht immer sachlichen – Anwürfe über die bessere Notariatsform – ein Vorgang, der sich im Rahmen der Wiedervereinigung nahezu spiegelbildlich mit allen Invektiven wiederholte.

Die Entscheidung des BVerfG vom 18.6.1986 u. a. über die Ausschreibung von Notarassessorstellen entgegen der seit ewigen Zeiten gängigen Übung, nach der die Notariate sich selber den Nachwuchs nach ihren Vorstellungen (Herkommen, Ausbildung, Zusammenarbeit, Altersversorgung) heranzogen.

Endlich die überraschende hamburgische Notarverordnung von 2005, die zerstörerisch in die seit mehreren Generationen bestehende Übung und Handhabung der mehrgliedrigen Sozietäten (vereinzelt bis zu sieben Notare in einer Sozietät) eingriff (siehe die Grafiken bei *Hermann Schultze-v. Lasaulx*: Geschichte des Hamburgischen Notariats seit dem Ausgang des 18. Jahrhunderts. Hamburg, 2. Aufl. 1980) – ein Vorgang, der die Frankfurter Allgemeine Zeitung nahezu boulevardmäßig titeln ließ: „Den Notariaten droht die Zerschlagung. Hamburgs Justizsenator plant schwere Eingriffe“ (3.6.2005, Nr. 126, S. 41) und „Notarverordnung nach Gutsherrenart. Hamburger Senator riskiert Verfassungsstreit“ (1.7.2005, Nr. 150, S. 43).

Diese Vorgänge – sowie weniger zeitnahe, aber keineswegs weniger wichtige – sind in der Festschrift mit großer, fast beunruhigender Sachlichkeit mit reichen Quellen- und Literaturangaben dargestellt.

Dem Beitrag „Das Notariat im Alten Reich“ (*Postel*) folgt die Betrachtung über „Die Reform des Hamburgischen Notariats in der Franzosenzeit“ (*Schmidt*). Allerdings handelt es sich

bei der teilabgebildeten Constituion (S. 9) nicht um die Urfassung Kaiser Maximilians I. Ordnung zu Unterrichtung der Notarien [...] von 1512, sondern um einen Druck aus dem Jahre 1549.

Hieran schließen sich zwei Abhandlungen über Hamburger Bürger an, die das Notariat mit Leben erfüllten. Zuerst „Gefährliche Leute und achtbare Bürger. Das Hamburgische Notariat im 19. Jahrhundert“ (*Postel*) unter Würdigung der ersten hamburgischen „Notariats-Ordnung vom 18. December 1815“ (Nachdruck der Hamburgischen Notarkammer von 1986 aus Anlass des Bestehens eines Notariats moderner Prägung seit 175 Jahren) und der fortschreitenden Akademisierung der Notare, dargestellt an den Lebensbildern der Notare *Johann Heinrich Hübbe*, Dr. *Eduard Schramm* und Dr. *Gabriel Riesser* (siehe u. a. Anm. 4; bereits früher erheblich umfangreicher dargestellt in dem sehr zu empfehlenden, reichbebilderten Band von *Rainer Postel* und *Helmut Stubbe-da Luz*: „Die Notare Johann Heinrich Hübbe, Eduard Schramm, Gabriel Riesser, Hans Harder Biermann-Ratjen“, Bremen 2001 – Hamburgische Lebensbilder; Bd. 17). Gefolgt von „Juden im Hamburgischen Notariat 1782–1967“ (*Braden*). Wobei dem bereits genannten *Gabriel Riesser* vom Jüdischen Museum in Frankfurt am Main im Juni/Juli 2006 eine Ausstellung nebst einem Begleitbuch (*Helga Krohn*: „Dem Streiter für Recht und Freiheit. Gabriel Riesser“, herausgegeben vom Jüdischen Museum der Stadt Frankfurt am Main, 2006) gewidmet wurde.

Es folgt der geschichtliche Überblick „Das Hamburgische Notariat vom Norddeutschen Bund bis zum Groß-Hamburg-Gesetz (1867–1937)“ (*Ancker*), wobei auch auf die Ausstattung der Kanzleien und die damaligen Arbeitsverhältnisse der Angestellten eingegangen wird.

Schließlich die beiden Beiträge zum Groß-Hamburg-Gesetz von 1937 mit dessen Vollzug preußische Gebiete des Anwaltnotariats der Stadt Hamburg zugeschlagen wurden: „Nurnotariat oder Anwaltsnotariat? Hamburger Diskussionen und Entscheidungen im Umfeld der Groß-Hamburg-Frage“ (*Loose*) und „Vom Anwaltsnotariat in Blankenese zum Nurnotariat in Hamburg. Beobachtungen und Erlebnisse“ (*Junge*). Der Beitrag von *Junge* schildert den Übergang aus unmittelbarem Erleben, war sein Vater zur Zeit der Eingliederung doch Anwaltsnotar in Blankenese.

Die sich anschließenden Ausführungen von *Sieveking* „Jüngste Entwicklungen im Hamburgischen Notariat“ setzen sich mit den tief greifenden strukturellen Veränderungen seit 1986 auseinander, die das Hamburgische Notariat für kurze Zeit durcheinanderwirbelten. Die Entscheidung des BVerfG von 1986 über die notwendige öffentliche Ausschreibung von Notarassessorstellen wird als ein Wendepunkt beschrieben. Die pragmatischen Hanseaten haben hier eine alle Beteiligten befriedigende Lösung gefunden. Die engeren räumlichen Amtsbereiche (§ 10 a Abs. 1 Satz 1 BNotO n. F.) wurden unter Zustimmung der Kammer aufgehoben. Ein Versorgungswerk wurde begründet und der Hamburgische Notarverein errichtet. Abermals wird auf die Notarverordnung von 2005 eingegangen, wobei deren endgültige Realisierung erst 2029 eintreten wird, da bestehende Sozietäten Bestandschutz genießen.

Der folgende Aufsatz „Die Entwicklung der Notarsozietäten in Hamburg“ (*von Hinden*) zeigt die Entstehung der Sozietäten mit ausnahmsweise bis zu sieben Notaren und deren grundlegende Bedeutung für das Hamburgische Notariat mit Spezialisierung der Sozien und deren Versorgungsansprüchen auf, um schlussendlich nochmals auf die zukünftigen Auswirkungen der Notarverordnung von 2005 mit der Überzeugung

einzuweisen: „Dabei wird die Höchstzahl von drei Sozietätsmitgliedern nicht bestehen bleiben können, wenn man das Hamburgische Notariat nicht grundlos schwächen will.“ (S. 187).

Die Festschrift wird beschlossen mit den Beiträgen „Das Notariat und die hamburgische Wirtschaft“ (*Vogel*) und „Die Hamburgische Notarkammer heute. Rechtsgrundlagen und Schwerpunkte der Kammertätigkeit“ (*Karthaus/Reski*). In seinem Beitrag zeigt *Vogel* auf, wie sich sehr langsam mit der besseren Ausbildung der Notare und im Gefolge des wirtschaftlichen Aufschwungs im Kaiserreich eine vertrauensvolle Zusammenarbeit zwischen Kaufmannschaft und Notariat entwickelte, in die heute die Justizbehörden, die Anwälte und die Universitäten miteinbezogen sind, sodass diese vereinigte „Hamburgische Rechtskompetenz“ (S. 200) im Juni 2009 auf Initiative der Kammer und ihres Präsidenten den Verein „Rechtsstandort Hamburg e. V.“ gründete, um „Law – Made in Germany!“ (S. 201) erfolgreich zu exportieren.

Sämtliche Beiträge vermitteln in ihrem Zusammenspiel einen vollständigen und teilweise sehr detaillierten Überblick über die Entwicklung des Hamburgischen Notariats in den letzten 200 Jahren. Unter Hinzuziehung der 1961 (2. Auflage 1980) erschienenen „Jubiläumsausgabe der Hamburgischen Notarkammer anlässlich ihres 150-jährigen Bestehens“, verfasst von *Hermann Schultze-v. Lasaulx* unter dem Titel „Geschichte des Hamburgischen Notariats seit dem Ausgang des 18. Jahrhunderts“ (s. o.), darf mit Fug und Recht behauptet werden, dass keine andere deutsche Notarkammer über eine ähnlich erhellende und lesenswerte Notariatsgeschichte der Neuzeit verfügt. Möge das vorliegende Werk von allen Notarassessoren (nicht nur den hamburgischen) im Hinblick auf ihre künftige Tätigkeit und von allen Notaren a. D. im Rückblick auf ihre lange und wechselvolle Berufsausübung mit viel Freude gelesen und wert gehalten werden, auf dass noch viele Auflagen dieser ersten folgen.

Notar a. D. *Wolf-George Harms*, Johannesberg

RECHTSPRECHUNG

Bürgerliches Recht

1. BGB § 529 Abs. 1 Fall 2 (*Leistungsbegriff i. S. v. § 529 Abs. 1 Fall 2 BGB; Fristlauf trotz vorbehaltenen Nutzungsrechts*)

1. Bei der Schenkung eines Grundstücks genügt es zur Leistung des geschenkten Gegenstandes i. S. v. § 529 Abs. 1 Fall 2 BGB, dass der Beschenkte nach dem formgerechten Abschluss des Schenkungsvertrages und der Auflassung einen Antrag auf Eintragung der Rechtsänderung beim Grundbuchamt eingereicht hat.

2. Der Beginn der in § 529 Abs. 1 Fall 2 BGB vorgesehenen Zehnjahresfrist wird nicht dadurch gehindert, dass sich der Schenker an dem verschenkten Grundstück ein lebenslanges Nutzungsrecht vorbehält.

BGH, Urteil vom 19.7.2011, X ZR 140/10

Der Kläger macht gegen den Beklagten einen übergeleiteten Anspruch auf Herausgabe einer Schenkung wegen Verarmung des Schenkers geltend.

Der Beklagte und seine am 8.6.2007 verstorbene Mutter waren in Erbengemeinschaft teils Eigentümer, teils Miteigentümer mehrerer Grundstücke. Am 11.12.1995 schloss der Beklagte mit seiner Mutter einen notariellen Auseinandersetzungsvertrag, in dem ihm diese Grundstücke unentgeltlich zum Alleineigentum übertragen wurden. Der Beklagte räumte seiner Mutter in dem Vertrag ein lebenslanges Wohnungsrecht an einem der Grundstücke ein. Die Vertragsparteien bewilligten und beantragten die Eintragung der Rechtsänderungen in das Grundbuch. Der beurkundende Notar reichte den Eintragungsantrag im Dezember 1995 beim Grundbuchamt ein. Die Eintragung erfolgte am 26.3.1996.

Der Kläger hat der Mutter des Beklagten vom 3.2.2006 an Sozialhilfeleistungen für die Unterbringung in einem Pflegeheim in Höhe von insgesamt 12.426,30 Euro gewährt. Er nimmt den Beklagten in dieser Höhe aus übergeleitetem Recht auf Herausgabe des Wertes der übertragenen Grundstücksanteile in Anspruch.

Das LG hat den Beklagten antragsgemäß verurteilt. Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen. Dagegen wendet sich der Kläger mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, der der Beklagte entgegentritt.

Aus den Gründen:

Die Revision bleibt ohne Erfolg.

I.

Das Berufungsgericht hat seine die Klage abweisende Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet:

Dem Kläger stehe kein Anspruch aus § 528 BGB zu, weil die Zehnjahresfrist des § 529 Abs. 1 Fall 2 BGB bei Eintritt der Bedürftigkeit am 3.2.2006 bereits abgelaufen gewesen sei. Die Frist habe nicht erst mit der Eintragung im Grundbuch, sondern bereits mit dem Eingang des Eintragungsantrags beim Grundbuchamt zu laufen begonnen.

Die Frage, zu welchem Zeitpunkt die Frist beginne, sei in der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht abschließend geklärt. Die Rechtsprechung zu § 2325 Abs. 3 BGB, wonach die Zehnjahresfrist für Ansprüche auf Pflichtteilsergänzung frühestens mit der Eintragung im Grundbuch beginne, sei auf die hier zu beurteilende Konstellation nicht übertragbar. Der Schenker sei nicht in vergleichbarer Weise schutzbedürftig wie ein Pflichtteilsberechtigter, dessen Ansprüche durch eine

Schenkung beeinträchtigt würden. Wenn der Erwerber nach Abschluss eines formwirksamen Schenkungsvertrages und erfolgter Auflassung einen Eintragungsantrag gestellt habe, sei es dem Schenker nicht mehr möglich, den Eigentumsübergang zu verhindern. Die Zeitspanne zwischen dem Eingang des Eintragungsantrags und dessen Vollzug sei für die Vertragsparteien nicht beeinflussbar. Die Berücksichtigung dieses Zeitraums bei der Berechnung der Zehnjahresfrist führe zu zufälligen Ergebnissen.

II.

Diese Beurteilung hält der revisionsrechtlichen Überprüfung stand.

Der geltend gemachte Anspruch auf Herausgabe des Geschenks ist gemäß § 529 Abs. 1 Fall 2 BGB ausgeschlossen. Die Leistung des geschenkten Gegenstandes im Sinne dieser Vorschrift war abgeschlossen, als der Eintragungsantrag des Beklagten im Dezember 1995 beim Grundbuchamt eingegangen ist. Bis zum Eintritt der Bedürftigkeit am 3.2.2006 waren mithin zehn Jahre verstrichen.

1. Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass die für die Entscheidung des Streitfalles entscheidende Frage, ob die Leistung des geschenkten Gegenstandes i. S. v. § 529 Abs. 1 Fall 2 BGB bei der Übertragung von Rechten an Grundstücken bereits dann erfolgt ist, wenn sich die Vertragsparteien formgerecht über die dingliche Rechtsänderung geeinigt haben und der Erwerber den Eintragungsantrag beim Grundbuchamt eingereicht hat, durch die höchstrichterliche Rechtsprechung noch nicht geklärt ist.

Der Senat hat sich mit der Frage noch nicht befasst. Er hat zwar in einer früheren Entscheidung (Urteil vom 26.10.1999, X ZR 69/97, BGHZ 143, 51, 53) die im Berufungsurteil jenes Verfahrens zugrunde gelegte Annahme, die Schenkung sei mit Eingang des Umschreibungsantrags vollzogen worden, nicht beanstandet. Er hatte damals aber keinen Anlass, sich mit der Frage auseinanderzusetzen, weil die tatrichterlichen Feststellungen zum Zeitpunkt des Schenkungsvollzuges nicht angegriffen waren.

2. Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass es bei einer Grundstücksschenkung für die Leistung des geschenkten Gegenstandes i. S. v. § 529 Abs. 1 Fall 2 BGB ausreicht, wenn die Auflassung formgerecht erklärt ist und der Beschenkte die Eintragung des Rechtswechsels im Grundbuch beantragt hat.

a) In Literatur und Instanzrechtsprechung wird die Frage unterschiedlich beantwortet. Zum Teil wird es für ausreichend erachtet, wenn der Schenker alles für den Vollzug Erforderliche getan hat (BeckOKBGB/*Gehrlein*, Edition 18, § 529 Rdnr. 3; *Palandt/Weidenkaff*, 70. Auflage, § 529 Rdnr. 2; *Staudinger/Wimmer-Leonhardt*, Bearbeitung 2005, § 529 Rdnr. 8; *Rundel*, MittBayNot 2003, 177, 179; OLG Köln, Urteil vom 26.6.1985, 26 U 6/85, FamRZ 1986, 988, 989). Nach der Gegenauffassung soll der Eintritt des Leistungserfolges, bei Übertragung von Rechten an Grundstücken also die Eintragung im Grundbuch, maßgeblich sein (MünchKommBGB/*Koch*, 5. Auflage, § 529 Rdnr. 3; *jurisPK/Sefrin*, BGB, 5. Auflage, § 529 Rdnr. 7 und § 518 Rdnr. 21; *Erman/Herrmann*, BGB, 12. Auflage, § 529 Rdnr. 2 und § 518 Rdnr. 5).

b) Zu Recht hat das Berufungsgericht die Rechtsprechung des BGH zu § 2325 Abs. 3 Hs. 1 BGB a. F. (nunmehr: Abs. 3 Satz 2) nicht als unmittelbar einschlägig angesehen.

Nach dieser Rechtsprechung beginnt die in § 2325 Abs. 3 Satz 2 BGB vorgesehene Zehnjahresfrist für Schenkungen, die zu Ansprüchen auf Pflichtteilergänzung führen, frühestens mit der wirtschaftlichen Ausgliederung des Schenkungsgegenstandes aus dem Vermögen des Schenkenden (BGH, Urteil vom 17.9.1986, IV ZR 13/85, BGHZ 98, 226, 230 ff. = MittBayNot 1987, 40 in Abkehr von früheren Entscheidungen). Bei Grundstücksschenkungen liegt dieser Zeitpunkt nicht vor der Eintragung des Rechtsübergangs im Grundbuch (BGH, Urteil vom 2.12.1987, IV ZR 149/86, BGHZ 102, 289, 290 ff.).

Der BGH hat in diesem Zusammenhang ausgeführt, für die Auslegung von § 2325 Abs. 3 BGB gebe weder der allgemeine Sprachgebrauch noch der spezifisch juristische Sinn, der dem Wort „Leistung“ auf den Gebieten des Schuldrechts oder des Erbrechts beigelegt werde, hinreichend Aufschluss. Die Bedeutung des Wortes „Leistung“ könne vielmehr nur unter Beachtung des jeweiligen Regelungszusammenhanges der betreffenden Vorschrift und des mit ihr verfolgten gesetzgeberischen Zweckes erschlossen und entwickelt werden (BGHZ 98, 226, 230). Der Senat teilt diese Auffassung.

Die für die Auslegung von § 2325 Abs. 3 BGB maßgeblichen Erwägungen können auf die hier zu beurteilende Konstellation nicht übertragen werden. Im Zusammenhang mit § 2325 Abs. 3 BGB sind die Interessen der Pflichtteilsberechtigten von entscheidender Bedeutung. Schenkungen, bei denen der Schenker den Genuss des verschenkten Gegenstandes auch nach der Schenkung tatsächlich nicht entbehren muss, sollen nicht zu einer Einschränkung des Pflichtteils führen. Deshalb darf die Zehnjahresfrist frühestens mit der wirtschaftlichen Ausgliederung des Schenkungsgegenstandes aus dem Vermögen des Erblassers beginnen (BGHZ 98, 226, 232 = MittBayNot 1987, 40). Der Anspruch auf Herausgabe eines Geschenks wegen Verarmung des Schenkers gemäß § 528 Abs. 1 Satz 1 BGB dient hingegen nicht den Interessen von Pflichtteilsberechtigten. Er soll vielmehr den Schenker in die Lage versetzen, seinen Unterhalt selbst zu bestreiten sowie seine gesetzlichen Unterhaltspflichten gegenüber Verwandten und Ehegatten zu erfüllen. Damit soll zugleich eine Inanspruchnahme der Allgemeinheit für den Notbedarf des Schenkers verhindert werden (BGH, Urteil vom 25.4.2001, X ZR 229/99, BGHZ 147, 288, 290 m. w. N.). Die Interessenlage in dieser Konstellation ist nicht vergleichbar mit derjenigen in den Fällen des § 2325 BGB.

c) Der systematische Zusammenhang zwischen dem Leistungsverweigerungsrecht nach § 519 BGB und dem Rückforderungsrecht nach § 528 BGB führt ebenfalls zu keinem eindeutigen Ergebnis (abweichend *Schippers*, RNotZ 2006, 42, 45 f.).

Dabei kann dahingestellt bleiben, ob einem Schenker, der bereits im Zeitpunkt des Vollzugs der Schenkung bedürftig i. S. v. § 528 BGB ist, schon dann ein Herausgabeanspruch zusteht, wenn er das geschenkte Grundstück aufgelassen hat, der Eigentumswechsel aber noch nicht im Grundbuch eingetragen ist. Selbst wenn dies zu bejahen wäre, ergäbe sich daraus nicht, dass der Beschenkte von diesem Zeitpunkt an auch Vertrauensschutz nach § 529 Abs. 1 Fall 2 BGB genießen muss. Wenn die Bedürftigkeit des Schenkers schon durch die Schenkung selbst geschaffen wurde oder zum Zeitpunkt der Schenkung vorhersehbar war, fehlt es von vornherein an einem schutzwürdigen Interesse des Beschenkten (BGH, Urteil vom 5.11.2002, X ZR 140/01, NJW 2003, 1384, 1386). Eine Anwendung von § 529 Abs. 1 Fall 2 BGB kommt in dieser Konstellation ohnehin nicht in Betracht, weil die Bedürftigkeit jedenfalls vor Ablauf von zehn Jahren nach der Leistung des geschenkten Gegenstandes eingetreten ist.

Unabhängig davon sind die Anwendungsbereiche von § 519 BGB und § 528 BGB ohnehin nicht deckungsgleich. Die Einrede aus § 519 BGB steht dem Schenker schon dann zu, wenn sein angemessener Unterhalt oder die Erfüllung der ihm obliegenden gesetzlichen Unterhaltspflichten gefährdet wird. Ein Anspruch aus § 528 Abs. 1 BGB entsteht hingegen erst dann, wenn die Erschöpfung des Vermögens eingetreten ist (BGHZ 143, 51, 53 = MittBayNot 2000, 226).

d) Aus Sinn und Zweck des § 529 Abs. 1 Fall 2 BGB ergibt sich, dass die Stellung des Eintragungsantrags durch den Beschenkten ausreicht.

(1) Die genannte Vorschrift hat – ebenso wie § 529 Abs. 1 Fall 1 BGB (dazu BGH, NJW 2003, 1384, 1386) – den Zweck, einen Ausgleich zwischen dem Bedürfnis des Schenkers und dem Vertrauen des Beschenkten auf die Rechtsbeständigkeit des schenkweisen Erwerbs zu schaffen. Das Vertrauen des Beschenkten ist in umso höherem Maße schutzwürdig, je länger die Schenkung zurückliegt (MünchKommBGB/*Koch*, 5. Auflage, § 529 Rdnr. 1; *Schippers*, RNotZ 2006, 42, 48).

(2) Als Grundlage für ein entsprechendes Vertrauen des Beschenkten reicht im vorliegenden Zusammenhang die Rechtsposition nach Auflassung und Einreichung des Umschreibungsantrags aus.

In diesem Stadium hat der Beschenkte zwar noch nicht die Rechtsstellung erlangt, die ihm dem Schenkungsversprechen zufolge zukommen soll. Er kann aber davon ausgehen, dass er diese Rechtsstellung erlangen wird und dass der Rechtserwerb ohne seine Mitwirkung weder vom Schenker noch von Dritten verhindert werden kann, sondern nur noch vom Vollzug der Eintragungshandlung durch das Grundbuchamt abhängt. Er ist durch § 17 GBO davor geschützt, dass der Rechtserwerb durch anderweitige Verfügungen des Schenkers oder durch Vollstreckungsmaßnahmen von dessen Gläubigern vereitelt wird. Wegen § 878 BGB und § 91 Abs. 2 InsO scheidet der Rechtserwerb auch nicht daran, dass der Schenker nachträglich in der Verfügung über das Grundstück beschränkt wird. Nach der seit dem 1.1.1999 geltenden Rechtslage beginnen sogar die Fristen für eine Gläubigeranfechtung innerhalb (§ 140 Abs. 2 Satz 1 InsO) oder außerhalb (§ 8 Abs. 2 Satz 1 AnFG) eines Insolvenzverfahrens, sobald die übrigen Voraussetzungen für das Wirksamwerden erfüllt sind, die Willenserklärung des Schenkers für ihn bindend geworden ist und der Beschenkte den Antrag auf Eintragung der Rechtsänderung gestellt hat (zur abweichenden früheren Rechtslage vgl. BT-Drucks. 12/2443, S. 166 f.; *Behmer*, FamRZ 1999, 1254 f.).

Insgesamt hat der Beschenkte, der nach wirksamer Auflassung die Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuch beantragt hat, damit eine Stellung erlangt, in der er berechtigterweise davon ausgehen kann, dass ihm der geschenkte Gegenstand auf Dauer verbleiben wird. Die für den eigentlichen Rechtsübergang erforderliche Eintragung im Grundbuch ist nur noch eine Formalie, deren Vornahme er auch gegenüber dem Grundbuchamt verlangen kann. Der Zeitpunkt der Eintragung hängt nur noch von der Bearbeitungsdauer im Grundbuchamt ab. Diese wiederum kann vom Zufall beeinflusst sein und dient jedenfalls nicht dem Schutz des Schenkers oder dessen Unterhaltsberechtigten und -verpflichteten. Angesichts all dessen erschiene es verfehlt, für den Beginn der in § 529 Abs. 1 Fall 2 BGB vorgesehenen Frist abweichend von den oben genannten Rechtsvorschriften auf den Vollzug der Rechtsänderung im Grundbuch abzustellen.

e) Der vom LG hervorgehobene Aspekt der Rechtssicherheit führt zu keiner abweichenden Beurteilung.

Allerdings erfordert es das Interesse aller Beteiligten, dass die Abgrenzung der von der Regelung in § 528 und § 529 BGB erfassten Fälle von den anderen praktisch handhabbar bleibt (BGHZ 143, 51, 55). Mit dieser Zielsetzung wäre es kaum vereinbar, wenn das Kriterium für den Beginn der Zehnjahresfrist so festgelegt würde, dass der Fristbeginn in aller Regel nur mit großen Schwierigkeiten festgestellt werden kann. In der hier zu beurteilenden Konstellation bestehen derartige Schwierigkeiten jedoch nicht. Der Eingang eines Eintragungsantrags beim Grundbuchamt kann in aller Regel anhand der Grundakten ermittelt werden. Das Grundbuchamt ist nach § 13 Abs. 2 Satz 1 GBO gehalten, den genauen Zeitpunkt des Eingangs auf dem Antrag zu vermerken.

3. Entgegen der von der Revision in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat vertretenen Auffassung hat der Beklagte durch den im Dezember 1995 beim Grundbuchamt eingereichten Eintragungsantrag eine hinreichend geschützte Stellung erlangt.

a) Der im Dezember 1995 eingereichte Eintragungsantrag stammt vom Beklagten.

Nach der Rechtsprechung des BGH zu § 140 Abs. 2 Satz 1 InsO und § 8 Abs. 2 Satz 1 AnfG reicht ein Eintragungsantrag, den der Notar auf der Grundlage von § 15 GBO gestellt hat, für die Erlangung einer geschützten Stellung im vorgenannten Sinne nicht aus. Erforderlich ist vielmehr ein eigener Antrag des Erwerbers, der auch durch den hierzu bevollmächtigten Notar gestellt werden kann (BGH, Urteil vom 26.4.2001, IX ZR 53/00, NJW 2001, 2477, 2479; Urteil vom 2.2.2006, IX ZR 67/02, BGHZ 166, 125 Rdnr. 23 [= Rdnr. 24 in NJW 2006, 1800]; Urteil vom 19.5.2009, IX ZR 129/06, NJW-RR 2009, 1567 Rdnr. 22 = MittBayNot 2010, 228, 229).

Im Streitfall haben nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts, die mit dem Inhalt des vorgelegten Vertrages übereinstimmen, beide Vertragsparteien bereits in der notariellen Urkunde vom 11.12.1995 die Eintragung im Grundbuch bewilligt und beantragt. Mit der im Dezember 1995 erfolgten Einreichung dieses Antrags beim Grundbuchamt hat der Beklagte folglich einen eigenen Antrag gestellt und damit eine geschützte Stellung erlangt. Dass an zwei anderen Stellen des Berufungsurteils von einem Eintragungsantrag „des Notars“ die Rede ist, führt nicht zu einer anderen Beurteilung. Diesen Ausführungen kann nicht entnommen werden, dass der Notar im Dezember 1995 anstelle des von ihm beurkundeten Eintragungsantrags des Beklagten einen eigenen Eintragungsantrag auf der Grundlage des § 15 GBO gestellt hat. Aus dem Zusammenhang der vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen ergibt sich vielmehr, dass der Notar die Eintragungsanträge der Vertragsparteien und damit auch den Antrag des Beklagten auf Eintragung des Eigentumswechsels beim Grundbuchamt eingereicht hat.

b) Entgegen der Auffassung der Revision steht die in § 8 des Auseinandersetzungsvertrages erteilte Vollmacht, aufgrund der der Notar u. a. dazu befugt war, gestellte Eintragungsanträge zurückzunehmen, der Erlangung einer geschützten Stellung nicht entgegen.

Der BGH hat in einem Fall, in dem der Eintragungsantrag vom Notar gestellt worden war, die Erlangung einer geschützten Stellung allerdings auch mit der Begründung verneint, dass der – nach den dort maßgeblichen Vertragsbestimmungen allein antragsbefugte – Notar auch zur Rücknahme des Antrags bevollmächtigt worden war (BGH, NJW-RR 2009, 1567 Rdnr. 22 = MittBayNot 2010, 228, 229). Hieraus lässt sich jedoch nicht ableiten, dass es auch bei einem Eintragungsantrag des Erwerbers an einer hinreichend gesicherten Stellung fehlt, wenn der Erwerber einer anderen Person eine

Vollmacht erteilt hat, die zur Rücknahme dieses Antrags berechtigt. Wie bereits oben dargelegt hat der Beschenkte eine hinreichend geschützte Stellung erlangt, wenn der Erwerb des geschenkten Grundstücks ohne seine Mitwirkung weder vom Schenker noch von Dritten verhindert werden kann (so auch BGH, NJW-RR 2009, 1567 Rdnr. 22 = MittBayNot 2010, 228, 229). Die Rücknahme eines vom Beschenkten selbst gestellten Eintragungsantrags durch eine von ihm hierzu bevollmächtigte Person kann nicht als Handeln eines Dritten in diesem Sinne angesehen werden. Sie ist gemäß § 164 Abs. 1 BGB vielmehr wie eine Rechtshandlung des Vollmachtgebers selbst zu behandeln.

4. Zutreffend hat das Berufungsgericht ferner entschieden, dass die Einräumung eines Wohnrechts keinen Einfluss auf die Frist des § 529 Abs. 1 Fall 2 BGB hat.

Nach der Rechtsprechung des BGH zu § 2325 Abs. 3 BGB liegt eine Leistung im Sinne dieser Vorschrift nur vor, wenn der Erblasser nicht nur seine Rechtsstellung als Eigentümer endgültig aufgibt, sondern auch darauf verzichtet, den verschenkten Gegenstand – sei es aufgrund vorbehaltener dinglicher Rechte, sei es durch Vereinbarung schuldrechtlicher Ansprüche – im Wesentlichen weiterhin zu nutzen (BGH, Urteil vom 27.4.1994, IV ZR 132/93, BGHZ 125, 395, 398). Auch dies beruht auf der besonderen Interessenlage, die dieser Vorschrift zugrunde liegt, und kann nicht auf die hier zu beurteilende Konstellation übertragen werden (ebenso MünchKommBGB/Koch, 5. Auflage, § 529 Rdnr. 3; jurisPK/Sefrin, BGB, 5. Auflage, § 529 Rdnr. 7; Staudinger/Wimmer-Leonhardt, Bearbeitung 2005, § 529 Rdnr. 8; Rundel, MittBayNot 2003, 177, 179 f.; Schippers, RNotZ 2006, 42, 45).

Die Rechtsprechung zu § 2325 Abs. 3 BGB beruht auf der Erwägung, dass nach der Konzeption des Gesetzgebers nur solche Vermögensstücke bei der Berechnung des Pflichtteilsanspruches unberücksichtigt bleiben sollen, deren „Genuss“ der Erblasser schon zehn Jahre vor dem Erbfall entbehrt hat (BGHZ 125, 395, 398). Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass der Erblasser, der die Schenkung vornimmt, und ein Pflichtteilsberechtigter, der als Gläubiger eines Anspruchs aus § 2325 BGB in Betracht kommt, typischerweise entgegengesetzte Interessen haben. Der Vorbehalt eines Nutzungsrechts für die Lebensdauer des Schenkers kommt nur dem Schenker, nicht aber dem Pflichtteilsberechtigten zu Gute. Deshalb soll diesem aus einer mit dieser Maßgabe erfolgten Schenkung kein Nachteil entstehen. Im hier zu beurteilenden Zusammenhang kommt der Vorbehalt eines Nutzungsrechts hingegen auch den Personen zugute, denen der Schenker Unterhalt schuldet, oder die für seinen Unterhalt aufzukommen haben. Das Nutzungsrecht hat zur Folge, dass der Schenker zumindest einen Teil seines Unterhaltsbedarfs decken kann (vgl. BGH, NJW 2003, 1384, 1385). Dies erhöht seine Leistungsfähigkeit gegenüber Unterhaltsberechtigten und vermindert seine Bedürftigkeit gegenüber Unterhaltspflichtigen und dem Träger der Sozialhilfe. Die Interessen dieses Personenkreises werden nur durch die Übertragung der übrigen Befugnisse beeinträchtigt. Diese findet aber sofort mit dem Wechsel des Eigentums statt.

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch den Beitrag von Everts, MittBayNot 2012, 23 (in diesem Heft).

2. BGB §§ 323, 346, 437 Nrn. 2 u. 3, 444; BauGB § 35 Abs. 4 (*Gewährleistungsausschluss und Nichtursächlichkeit eines verschwiegenen Sachmangels für Willensentschluss*)

Auch wenn ein arglistig verschwiegener Sachmangel für den Willensentschluss des Käufers nicht ursächlich war, ist dem Verkäufer die Berufung auf den vereinbarten Haftungsausschluss gemäß § 444 BGB verwehrt.

BGH, Urteil vom 15.7.2011, V ZR 171/10; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Mit notariellem Vertrag vom 23.11.2007 erwarben die Kläger von dem Beklagten eine Eigentumswohnung unter Ausschluss der Haftung für Sachmängel. Die Wohnung befindet sich in einem ehemaligen Brennereigebäude, das zuvor nicht zu Wohnzwecken genutzt wurde und noch unrenoviert ist. Eine durch den Beklagten selbst übernommene Baulast sichert öffentlichrechtliche Veränderungsbeschränkungen hinsichtlich des Gestaltwerts des Gebäudes, dem eine das Bild der Kulturlandschaft prägende Bedeutung zukommt (§ 35 Abs. 4 Nr. 4 BauGB). Auch der Vertreter des Beklagten bei den Vertragsverhandlungen, ein Immobilienkaufmann, hatte hiervon Kenntnis. Im Gegensatz zu vier anderen Baulasten wird diese Baulast in dem Kaufvertrag nicht erwähnt.

Die Kläger sehen sich arglistig getäuscht und verlangen Rückabwicklung des Vertrags. Ihre auf Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Rückübergang der Eigentumswohnung, Erstattung von Nebenkosten und vorgerichtlichen Anwaltskosten sowie Feststellung des Annahmeverzugs gerichtete Klage ist in den Tatsacheninstanzen ohne Erfolg geblieben. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung der Beklagte beantragt, verfolgen die Kläger ihren Klageantrag weiter.

Aus den Gründen:

I.

Das Berufungsgericht unterstellt, dass die Kläger über die durch die Baulast gesicherte Baubeschränkung nicht aufgeklärt worden sind. Dennoch verneint es eine Haftung des Beklagten, weil der vereinbarte Haftungsausschluss eingreife. Weder in objektiver noch in subjektiver Hinsicht liege ein arglistiges Verhalten vor. Es fehle an einer Aufklärungspflicht, weil der Mangel für den Kaufentschluss der Kläger nicht wesentlich gewesen sei. Aufgrund der persönlichen Anhörung der Kläger stehe fest, dass diese den Vertrag auch dann geschlossen hätten, wenn sie von der Baulast gewusst hätten. Sie hätten nämlich keine baulichen Veränderungen in Erwägung gezogen, die durch die Baulast eingeschränkt würden, und wollten sich aus anderen Gründen von dem Vertrag lossagen. Selbst wenn eine bestimmte aufgrund der Baulast ausgeschlossene Fassadengestaltung bei Vertragsschluss in Rede gestanden haben sollte, könne nicht davon ausgegangen werden, dass diese maßgeblich für den Kaufentschluss gewesen sei. Erst recht fehle es dann in subjektiver Hinsicht an der Arglist, weil weder der Beklagte noch sein Vertreter gewusst haben könnten, dass die Kläger ihren Kaufentschluss von einer bestimmten Fassadengestaltung hätten abhängig machen wollen.

II.

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Die Verneinung des geltend gemachten Rückabwicklungsanspruchs (§ 437 Nr. 2 i. V. m. §§ 323, 346 BGB) und des Schadensersatzanspruchs (§ 437 Nr. 3 i. V. m. §§ 280, 281 BGB) hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

1. Für das Revisionsverfahren ist zu unterstellen, dass der Beklagte die Kläger über die durch die Baulast gesicherte Baubeschränkung nicht aufgeklärt hat und diese nicht als Beschaffenheit der Eigentumswohnung i. S. v. § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB vereinbart worden ist. Inhalt der Baulast ist die

Verpflichtung des jeweiligen Eigentümers, das Gebäude entsprechend dem gestellten Bauantrag umzubauen, künftig seinen Gestaltwert in der dann bestehenden Form zu unterhalten und alle weiteren Baumaßnahmen in Abstimmung mit der Baubehörde so zu planen, dass der Gestaltwert für die Kulturlandschaft nicht beeinträchtigt wird. Eine solche Baubeschränkung stellt – wie das Berufungsgericht im Ausgangspunkt zutreffend annimmt – einen Sachmangel i. S. v. § 434 Abs. 1 Satz 2 BGB dar (vgl. Senat, Urteil vom 10.3.1978, V ZR 69/76, ZMR 1978, 307; *Masloh*, NJW 1995, 1993, 1996 m. w. N.).

2. Infolgedessen hat der Beklagte seine Pflicht zur Lieferung einer mangelfreien Sache gemäß § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB verletzt. Entscheidend ist, ob ihm die Berufung auf den vertraglich vereinbarten Haftungsausschluss gemäß § 444 BGB verwehrt ist, weil er bzw. sein Vertreter (§ 166 Abs. 1 BGB) den Mangel arglistig verschwiegen hat.

a) Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH besteht auch bei Vertragsverhandlungen, in denen die Parteien entgegengesetzte Interessen verfolgen, für jeden Vertragspartner die Pflicht, den anderen Teil über solche Umstände aufzuklären, die den Vertragszweck des anderen vereiteln können und daher für den Entschluss eines verständigen Käufers von wesentlicher Bedeutung sind, sofern eine Mitteilung nach der Verkehrsauffassung erwartet werden kann. Für den Kauf eines Hausgrundstücks hat der Senat eine Pflicht zur Offenbarung verborgener wesentlicher Mängel angenommen (vgl. nur Senat, Urteil vom 8.12.1989, V ZR 246/87, BGHZ 109, 327, 330; Urteil vom 23.3.1990, V ZR 233/88, NJW-RR 1990, 847, 848 jeweils m. w. N.).

b) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts liegt ein solcher wesentlicher Mangel auch dann vor, wenn der Käufer – wie hier – den Vertrag in Kenntnis des Mangels ebenfalls geschlossen hätte und dieser damit nicht ursächlich für seinen Kaufentschluss geworden ist. Ob ein Mangel so wesentlich ist, dass er ungefragt offenbart werden muss, kann, wie die Revision zu Recht geltend macht, nicht aus der Sicht des jeweiligen Käufers bestimmt werden. Klärt der Verkäufer über einen objektiv wesentlichen Sachmangel nicht auf, kann er nämlich nicht wissen, ob dieser für die Kaufentscheidung seines Vertragspartners bedeutsam ist oder nicht. Maßgeblich ist allein, ob ein verständiger Verkäufer damit rechnen muss, dass der verschwiegene Mangel Einfluss auf die Entscheidung des Käufers hat. Dann ist der Mangel unabhängig von seinem tatsächlichen Einfluss auf den Kaufentschluss wesentlich und der Verkäufer zur Offenbarung verpflichtet. So liegt es hier. Nach der Verkehrsanschauung kann kein Zweifel daran bestehen, dass die durch die Baulast gesicherte Baubeschränkung angesichts des unrenovierten, nach Nutzungsänderung noch umzubauenden und zudem in Wohnungseigentum aufgeteilten Haus einen wesentlichen Mangel darstellt. Dabei ist ohne Bedeutung, ob die Kläger – wie sie erst in zweiter Instanz vorgetragen haben – im Laufe der Vertragsverhandlungen konkret eine durch die Baulast ausgeschlossene Außengestaltung des Gebäudes thematisiert haben. Dann hätte erst recht eine Aufklärung erfolgen müssen, weil Fragen unabhängig von der Erheblichkeit des Mangels stets vollständig und wahrheitsgemäß zu beantworten sind (vgl. nur Senat, Urteil vom 27.3.2009, V ZR 30/08, BGHZ 180, 205 Rdnr. 25 m. w. N.). Ebenso rechtsfehlerhaft ist die Annahme des Berufungsgerichts, wegen der dem Beklagten unbekanntem fehlenden Kausalität fehle es an den subjektiven Voraussetzungen der Arglist.

3. Das Urteil stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO).

a) Die seitens des Berufungsgerichts festgestellte fehlende Ursächlichkeit des Mangels für den Kaufentschluss schließt die geltend gemachten Ansprüche nicht aus. Ob sich ein Verkäufer auf den vereinbarten Haftungsausschluss berufen kann, wenn ein arglistig verschwiegener Mangel ohne Einfluss auf den Willensentschluss seines Vertragspartners war, ist für § 444 BGB in der seit dem 1.1.2002 geltenden Fassung höchstrichterlich allerdings noch nicht entschieden worden.

aa) Während das Reichsgericht Kausalitätsfragen im Gewährleistungsrecht allgemein für unerheblich hielt (RG WarnR 1933 Nr. 193; zu § 477 BGB a. F. RGZ 55, 210, 215 f.; zu § 463 BGB a. F. RGZ 102, 394, 395; ebenso *Enneccerus/Lehmann*, Schuldrecht, 15. Aufl., S. 436; *Planck/Knoke*, BGB, 4. Aufl., § 463 Anm. 2 a. E.), hat der Senat für § 463 Satz 2 BGB in der bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung angenommen, dass die von dem Verkäufer zu beweisende fehlende Kausalität den Anspruch ausschließt. So differenziert das Urteil des Senats vom 30.4.2003, auf das sich das Berufungsgericht gestützt hat, zwischen der arglistigen Täuschung, für die es die Beweislast bei dem Käufer sieht, und der von dem Verkäufer zu beweisenden fehlenden Ursächlichkeit der Täuschung für den Willensentschluss (V ZR 100/02, NJW 2003, 2380, 2381; ebenso Senat, Urteil vom 7.7.1989, V ZR 21/88, NJW 1990, 42, 43; Urteil vom 19.9.1980, V ZR 51/78, NJW 1981, 45, 46; BGH, Urteil vom 29.6.1977, VIII ZR 43/76, NJW 1977, 1914, 1915; KG, NJW-RR 1989, 972, 973). In der Literatur war die Frage umstritten. Teils wurde vertreten, dass die fehlende Kausalität einen Schadensersatzanspruch gemäß § 463 Satz 2 BGB a. F. ausschließe (*Erman/Grünwald*, BGB, 10. Aufl., § 463 Rdnr. 6; *Palandt/Putzo*, 60. Aufl., § 463 Rdnr. 29), teils wurde sie für irrelevant gehalten (*Soergel/Huber*, BGB, 12. Aufl., § 463 Rdnr. 25; § 476 Rdnr. 9 f.; *Staudinger/Honsell*, [1995] § 476 Rdnr. 24).

bb) Für § 444 BGB in der seit dem 1.1.2002 geltenden Fassung wird – soweit zu dieser Frage überhaupt Stellung bezogen wird – überwiegend angenommen, dass die Arglist nicht ursächlich für den Vertragsschluss gewesen sein muss (*Krüger in Krüger/Hertel*, Der Grundstückskauf, 9. Aufl., Rdnr. 748; allgemein zum Recht der Sachmängelhaftung *Bamberger/Roth/Faust*, BGB, 2. Aufl., § 438 Rdnr. 37; widersprüchlich *Staudinger/Matuschke-Beckmann*, [2004], § 444 Rdnr. 42 einerseits, § 438 Rdnr. 95 andererseits; a. A. Münch-KommBGB/*Westermann*, 5. Aufl., § 438 Rdnr. 35).

cc) Richtigerweise ist die Ursächlichkeit der Arglist für den Kaufentschluss unerheblich. Anders als in § 123 Abs. 1 BGB („zur Abgabe einer Willenserklärung durch arglistige Täuschung ... bestimmt“) findet die Kausalität in dem Wortlaut des § 444 BGB keine Erwähnung („kann sich der Verkäufer nicht berufen, soweit er den Mangel arglistig verschwiegen ... hat“). Ein Kausalitätserfordernis wäre im Recht der Sachmängelhaftung systemwidrig. Während die Anfechtbarkeit im Falle einer arglistigen Täuschung die rechtsgeschäftliche Entschließungsfreiheit schützt (BGH, Urteil vom 24.10.1968, II ZR 214/66, BGHZ 51, 141, 147), sind Ansprüche aus Sachmängelhaftung an eine Verletzung der in § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB normierten Pflicht zur Lieferung einer mangelfreien Sache geknüpft. Sie setzen grundsätzlich nicht voraus, dass der Mangel die Kaufentscheidung beeinflusst hat. Während das arglistige Verhalten des Verkäufers nach § 463 Satz 2 BGB a. F. Voraussetzung für einen Schadensersatzanspruch war, ist die Pflicht zur Lieferung einer mangelfreien Sache seit der Reform des Schuldrechts Teil des Erfüllungsanspruchs, § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB. Ein Schadensersatzanspruch ist gemäß § 437 Nr. 3, § 280 Abs. 1 Satz 2, § 276 Abs. 1 Satz 1 BGB auch bei einer fahrlässig verschuldeten mangelhaften Lieferung gegeben. Das arglistige Verhalten

des Verkäufers ist in diesem Zusammenhang nur noch im Rahmen von § 444 BGB von Bedeutung. Diese Vorschrift soll den Käufer allein vor einer unredlichen Freizeichnung des Verkäufers von der Sachmängelhaftung schützen. Eine solche unredliche Freizeichnung ist gegeben, wenn der Verkäufer arglistig handelt. Weitere Voraussetzungen enthält § 444 BGB nicht.

b) Der Vorrang der Nacherfüllung, der sich für den Rücktritt aus § 437 Nr. 2, § 323 Abs. 1 BGB und für den Schadens- bzw. Aufwendungsersatz aus § 437 Nr. 3, § 281 Abs. 1 Satz 1, § 284 BGB ergibt, steht den von den Klägern geltend gemachten Ansprüchen nicht entgegen. Ohnehin ist nicht ersichtlich, dass der Beklagte die Baulast beseitigen könnte. Jedenfalls aber wäre bei einer arglistigen Täuschung die Nacherfüllung unzumutbar (Senat, Urteil vom 8.12.2006, V ZR 249/05, NJW 2007, 835 Rdnr. 10 ff.; BGH, Urteil vom 9.1.2008, VIII ZR 210/06, NJW 2008, 1371 Rdnr. 19 f.).

4. Damit ist das Urteil aufzuheben und die Sache zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Denn das Berufungsgericht hat – von seinem Standpunkt aus folgerichtig – offen gelassen, ob die Aufklärung erfolgt ist. Auch fehlen Feststellungen zu den subjektiven Voraussetzungen der Arglist.

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

a) Die Darlegungs- und Beweislast für die unterbliebene Aufklärung tragen im Grundsatz die Kläger. Dabei begründet die im Gegensatz zu den weiteren Baulasten fehlende Erwähnung der Baulast in dem Vertrag zwar keine negative Vermutung, weil es sich nicht um eine Vereinbarung, sondern um eine Information handelt. Sie kann aber indizielle Bedeutung für die Beweisführung haben (vgl. Senat, Urteil vom 20.6.1986, V ZR 158/85, juris Rdnr. 11 f.).

b) Zunächst trifft jedoch den Beklagten als Verkäufer hinsichtlich der behaupteten Aufklärung durch seinen Vertreter eine sekundäre Darlegungslast, weil es sich um eine negative Tatsache handelt. Der Käufer kann sich in dieser Fallkonstellation darauf beschränken, zunächst die fehlende Offenbarung zu behaupten. Er muss lediglich die von dem Verkäufer in räumlicher, zeitlicher und inhaltlicher Weise zu spezifizierende Aufklärung ausräumen. Kommt der Verkäufer der sekundären Darlegungslast nicht nach, ist sein Vorbringen nicht erheblich (näher Senat, Urteil vom 12.11.2010, V ZR 181/09, NJW 2011, 1280 Rdnr. 12 m. w. N., zum Abdruck in BGHZ vorgesehen). Das Berufungsgericht wird daher zu prüfen haben, ob der bisherige Vortrag des Beklagten zu der behaupteten mündlichen Aufklärung diesen Anforderungen entspricht. Dabei dürfte sich die Aufklärung nicht in allgemein gehaltenen Aussagen erschöpfen haben, sondern müsste Art, Inhalt und Tragweite der baurechtlichen Beschränkung in wesentlichen Zügen umfasst haben. Nicht ausreichend wäre wegen der Wirkung der Baulast in die Zukunft die bloße Vorstellung der bislang genehmigten Planung.

c) In subjektiver Hinsicht setzt die Arglist neben der Kenntnis des Mangels voraus, dass der Verkäufer bzw. sein Vertreter (§ 166 Abs. 1 BGB) weiß oder für möglich hält, dass der Käufer den Fehler nicht kennt und er bei Offenbarung den Vertrag nicht oder zumindest nicht mit dem vereinbarten Inhalt geschlossen hätte. Sollte der Beklagte aber in objektiver Hinsicht keine ausreichende Aufklärung darlegen, träge ihn auch in subjektiver Hinsicht die sekundäre Darlegungslast für diejenigen Umstände, aufgrund derer er bzw. sein Vertreter trotz unterbliebener eigener Aufklärung davon ausgegangen sein will, die Kläger hätten Kenntnis von dem Mangel gehabt (vgl. zum Ganzen Senat a. a. O., Rdnr. 14 f.).

Anmerkung:

Der BGH entschied eine im neuen Schuldrecht noch nicht höchstrichterlich entschiedene Frage: Kann sich der Verkäufer, obwohl er einen Mangel arglistig verschwiegen hat, trotz § 444 BGB auf einen Gewährleistungsausschluss berufen, wenn die Täuschung (objektiv) nicht für den Kaufentschluss des Käufers maßgeblich war? Der BGH verneinte diese Frage. Auch, wenn der Käufer selbst dann gekauft hätte, wenn der Verkäufer den Mangel offenbart hätte, greife § 444 BGB ein.

1. Zum Sachverhalt

Die Kläger hatten unter Ausschluss der Sachmängelhaftung mit notariellem Kaufvertrag vom Beklagten eine Eigentumswohnung erworben. Die Wohnung liegt in einem ehemaligen Brennereigebäude. Der Beklagte hatte – wie auch sein Vertreter bei den Vertragsverhandlungen (ein Immobilienkaufmann) wusste – eine Baulast übernommen, die öffentlichrechtliche Veränderungsbeschränkungen hinsichtlich des Gestaltswerts des Gebäudes sichert, das § 35 Abs. 4 Nr. 4 BauGB unterfällt. Anders als vier andere Baulasten findet diese Baulast im Kaufvertrag keine Erwähnung. Die Kläger verlangen u. a. Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Rückübertragung der Eigentumswohnung. Das Berufungsgericht hatte unterstellt, dass die Kläger über die Baubeschränkung nicht aufgeklärt wurden. Zugleich hielt es für erwiesen, dass die Kläger den Vertrag auch dann geschlossen hätten, wenn sie von der Baulast gewusst hätten.

2. Zur Begründung des BGH

Der BGH hob die Entscheidung des Berufungsgerichts, das die Klage abgewiesen hatte, auf und wies die Sache an das Berufungsgericht zurück.

Eine Baulast, die den jeweiligen Eigentümer treffe, begründe einen Sachmangel i. S. d. § 434 Abs. 1 Satz 2 BGB. Damit befindet sich der Senat im Einklang mit seiner bisherigen Rechtsprechung.¹ Der Anspruch des Klägers gegen den Beklagten aus §§ 437 Nr. 2, 433 Abs. 1 Satz 2, 323 oder 326 Abs. 5 BGB hänge daher entscheidend davon ab, ob sich der Beklagte auf den vertraglich vereinbarten Haftungsausschluss berufen könne. Folgerichtig legt der Senat einen Schwerpunkt auf die Auslegung des § 444 BGB: Der Verkäufer könnte sich möglicherweise deshalb nicht auf den Haftungsausschluss berufen, weil der Verkäufer (oder sein Vertreter, § 166 BGB) den Mangel arglistig verschwiegen hat. Hier bejaht der Senat zunächst eine Aufklärungspflicht des Verkäufers bezüglich der Baulast. Dies entspricht der ständigen Rechtsprechung des BGH, wonach der Verkäufer den Käufer über wesentliche verborgene Mängel aufklären muss, da diese den Vertragszweck des Käufers vereiteln können.² Ein solcher wesentlicher Mangel sei schon dann anzunehmen, wenn ein verständiger Verkäufer damit rechnen muss, dass der verschwiegene Mangel Einfluss auf die Entscheidung des Käufers hat („subjektive Kausalität“³).

Damit kommt der BGH zum Kern seiner Entscheidung: Auch, wenn der arglistig verschwiegene Mangel nicht objektiv für

den Kaufentschluss ursächlich war, könne sich der Verkäufer wegen § 444 BGB nicht auf den Gewährleistungsausschluss berufen. Das Reichsgericht hatte für das alte Kaufrecht objektive Kausalität des arglistigen Verschweigens für unbeachtlich erklärt, insbesondere, weil das Gesetz keinen „Betrug“ voraussetze.⁴ Dagegen hatte der BGH für § 463 Satz 2 BGB a. F. (Schadensersatz bei arglistigem Verschweigen eines Mangels) die gegenteilige Auffassung vertreten: Fehlende Kausalität – die allerdings der Verkäufer zu beweisen habe – schließe den Schadensersatzanspruch aus.⁵ Für § 444 BGB n. F. kehrt der BGH jetzt zum Standpunkt des Reichsgerichts zurück.⁶ Die Ursächlichkeit der Arglist für den Kaufentschluss sei unerheblich.

Zur Begründung zieht der BGH zunächst überzeugend den naheliegenden Vergleich zum Wortlaut des § 123 Abs. 1 BGB, wonach der Getäuschte „zur Abgabe einer Willenserklärung durch arglistige Täuschung ... bestimmt worden“ sein muss. § 444 BGB lässt dagegen genügen, dass der Verkäufer „den Mangel arglistig verschwiegen“ hat. Zudem hält der BGH ein Kausalitätserfordernis im Sachmängelrecht für systemwidrig. Das Sachmängelrecht schütze nicht die rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit, sondern regle Ansprüche wegen Verletzung der Pflicht zur sachmangelfreien Lieferung. Dieses systematische Argument ist kaum zwingend. Gewährleistungsansprüche haben neben der Vertragsverletzung zusätzliche Voraussetzungen (vgl. nur § 437 BGB). Zudem ist auch nach der Lösung des BGH die Entscheidungsfreiheit mittelbar geschützt: Immerhin muss es der Verkäufer (subjektiv) für möglich halten, dass sein Verschweigen den Kaufentschluss beeinflusst. Überzeugender sind die teleologischen Argumente des BGH. § 444 BGB schütze den Käufer vor einer unredlichen Freizeichnung durch den Verkäufer. Damit rückt die Vorschrift Sanktions- und Präventionsgedanken in den Vordergrund. Unredliches Verkäuferverhalten wird dadurch sanktioniert, dass sich der Verkäufer auf den Gewährleistungsausschluss nicht berufen darf. Zugleich werden Vertragsverhandlungen mit Blick auf die Zukunft reguliert: Ein striktes Verständnis des § 444 BGB dürfte potentiell unredliche Verkäufer dazu anhalten, versteckte Mängel zu offenbaren. Damit zeigt sich auch im Rahmen des § 444 BGB der im Privatrecht immer öfter aufscheinende Präventionsgedanke.⁷

Der BGH führt sodann unter Berufung auf seine frühere Rechtsprechung⁸ aus, dass die arglistige Täuschung auch dazu führt, dass die Nacherfüllung für den Käufer unzumutbar ist. Der Käufer musste daher keine Frist zur Nacherfüllung setzen.

Praxisrelevant sind die abschließenden Bemerkungen des Senats zur Darlegungs- und Beweislast bezüglich der Aufklärungspflichtverletzung. In Anwendung der Normentheorie⁹ führt der BGH zunächst aus, dass die Darlegungs- und Beweislast für die unterbliebene Aufklärung beim Käufer liegt. Die fehlende Erwähnung im notariellen Vertrag habe dabei indizielle Bedeutung für die Beweisführung. Vor allem aber

4 RGZ vom 26.6.1903, RGZ 52, 210, 212 ff. (unmittelbar zu § 377 Abs. 5 HGB).

5 BGH, Urteil vom 30.4.2003, V ZR 100/02, NJW 2003, 2380, 2381; BGH, Urteil vom 29.6.1977, VIII ZR 43/76, NJW 1977, 1914, 1915.

6 Ebenso BeckOK/Faust, § 438 BGB Rdnr. 39; Staudinger/Matuschke-Beckmann, § 438 BGB Rdnr. 95 und § 444 Rdnr. 42.

7 Dazu G. Wagner, AcP 2006, 352.

8 BGH, Beschluss vom 8.12.2006, V ZR 249/05, NJW 2007, 835 = MittBayNot 2007, 309; BGH, Urteil vom 9. 1. 2008, VIII ZR 210/06, NJW 2008, 1371.

9 Dazu S. Arnold, AcP 2009, 285.

1 BGH, Urteil vom 10.3.1978, V ZR 69/76, NJW 1978, 1429; ebenso Masloh, NJW 1995, 1993, 1996 m. w. N. aus der Rspr.; a. A. etwa: BeckOK BGB/Faust, Edition 20, 2011, § 435 Rdnr. 19 m. w. N.

2 BGH, Urteil vom 8.12.1989, V ZR 246/87, BGHZ 109, 327, 330 = MittBayNot 1990, 160; BGH, Urteil vom 23.3.1990, V ZR 233/88, NJW-RR 1990, 847, 848 m. w. N.

3 Dazu instruktiv S. Lorenz, LMK 2011, 323580.

treffe den Verkäufer eine sekundäre Darlegungslast, wenn der Käufer fehlende Aufklärung behauptete. Der Käufer muss danach in entsprechenden Fallkonstellationen zunächst bloß behaupten, dass er nicht aufgeklärt wurde. Dann liegt es am Verkäufer, seine Aufklärung spezifisch darzulegen. Gelingt ihm dies nicht, oder kann der Käufer die behauptete Aufklärung widerlegen, gilt die fehlende Aufklärung als bewiesen.

3. Folgen für die notarielle Praxis

Die Entscheidung bedingt keine Änderungen in der notariellen Beurkundungs- oder Belehrungspraxis. Die gängigen Muster für Klauseln zum Gewährleistungsausschluss können unverändert beibehalten werden. Die BayBO sieht keine Baulasten vor. Die stattdessen vorkommenden Grunddienstbarkeiten oder beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten für die Bauaufsichtsbehörde sind aus dem Grundbuch ersichtlich.¹⁰ Daher stellt sich für bayerische Notare die haftungsrelevante Frage nicht, ob der Notar zur Einsichtnahme des Baulastenverzeichnisses vor Beurkundung verpflichtet ist. Stattdessen sollte aber in Bayern ein Hinweis des Notars auf nicht aus dem Grundbuch ersichtliche Übernahme von Abstandsflächen oder eine Erklärung des Verkäufers, dass eine Übernahme nicht erfolgt bzw. eine solche nicht bekannt ist, erfolgen. Für Länder mit Baulastenverzeichnis dürfte gelten: Der Notar genügt seinen Fürsorgepflichten jedenfalls dann, wenn er den Käufer auf das entsprechende Verzeichnis und die Möglichkeit von Baulasten hinweist.¹¹

Dr. Stefan Arnold, LL. M. (Cambridge), München

¹⁰ BeckOK GBO/Wilsch, § 54 GBO Rdnr. 26.

¹¹ BeckOK GBO/Wilsch, § 54 GBO Rdnr. 25 m. w. N.; noch großzügiger: OLG Schleswig, Urteil vom 11.1.1990, 11 U 109/88, NJW-RR 1991, 96 (Kein Hinweis auf das Baulastenverzeichnis geboten); strenger dagegen Masloh, NJW 1995, 1993, 1996: Der Notar müsse Einsicht in das Baulastenverzeichnis nehmen, die Baulastenproblematik erläutern und auf Wunsch Lösungsvorschläge unterbreiten.

3. BGB §§ 1896 Abs. 2 Sätze 1 u. 2, Abs. 3, 1897 Abs. 4 Satz 1 (*Erforderlichkeit der Bestellung eines Betreuers trotz Vorsorgevollmacht bei Zweifeln an der Redlichkeit des Bevollmächtigten*)

1. **Eine vom Betroffenen erteilte Vorsorgevollmacht hindert die Bestellung eines Betreuers nur, wenn gegen die Wirksamkeit der Vollmachtserteilung keine Bedenken bestehen (Senat, NJW 2011, 925 = FamRZ 2011, 285, Rdnr. 11).**
2. **Eine Vorsorgevollmacht steht der Anordnung der Betreuung auch dann nicht entgegen, wenn der Bevollmächtigte als zur Wahrnehmung der Interessen des Betroffenen nicht tauglich erscheint, namentlich erhebliche Zweifel an seiner Redlichkeit im Raum stehen. In diesem Fall genügt die Einsetzung eines Kontrollbetreuers gemäß § 1896 Abs. 3 BGB regelmäßig nicht.**

BGH, Beschluss vom 13.4.2011, XII ZB 584/10; mitgeteilt von Wolfgang Wellner, Richter am BGH

Die Betroffene wendet sich mit ihrer Rechtsbeschwerde gegen die Einrichtung der Betreuung.

Die 1922 geborene Betroffene erteilte zunächst im Jahr 2003 den Beteiligten zu 3 und 4 und später – u. a. am 4.1.2010 – dem Beteiligten zu 1 eine Vorsorgevollmacht. Die Beteiligten zu 3 und 4 wollen die

Vollmacht wegen der Ablehnung und des Misstrauens, das ihnen von der Betroffenen entgegen gebracht wird, nicht wahrnehmen.

Das vom Betreuungsgericht auf Anregung der Betreuungsstelle eingeholte Sachverständigengutachten ist zu dem Ergebnis gelangt, dass die Betroffene an einer fortgeschrittenen Demenz leide, weshalb sie mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zum Zeitpunkt der Vollmachtserteilung für den Beteiligten zu 1 nicht mehr geschäftsfähig gewesen sei. Im anschließenden Anhörungstermin hat der Beteiligte zu 1 eine auf ihn ausgestellte notarielle Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung vom 10.3.2010 vorgelegt, ausweislich derer die Betroffene zum Zeitpunkt der Errichtung der Vollmacht „voll geschäftsfähig“ gewesen sei.

Das AG hat für die Betroffene eine Betreuung für alle Angelegenheiten inklusive Entgegennahme, Öffnen und Anhalten der Post angeordnet und den Beteiligten zu 1 als Betreuer bestellt. Zudem hat es die Beteiligte zu 2 zur weiteren Betreuerin mit den Aufgabenkreisen „Abschluss eines Pflege- und Dienstleistungsvertrages“ mit dem Beteiligten zu 1 sowie „Gegenbetreuung für den Aufgabenkreis Vermögenssorge“ bestellt.

Das Beschwerdegericht hat die Beschwerde der Betroffenen zurückgewiesen. Den Beteiligten zu 1 hat es als Betreuer entlassen und für ihn einen anderen Betreuer bestellt. Schließlich hat es die Aufgabenkreise geändert.

Hiergegen wendet sich die Betroffene mit ihrer Rechtsbeschwerde.

Aus den Gründen:

II.

Die Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg.

1. Die Rechtsbeschwerde ist gemäß § 70 Abs. 3 Nr. 1 FamFG statthaft und auch im Übrigen zulässig.

2. Die Rechtsbeschwerde ist jedoch unbegründet.

a) Das Beschwerdegericht hat seine Entscheidung zur Anordnung der Betreuung damit begründet, dass die Betroffene geschäftsunfähig und in vollem Umfang betreuungsbedürftig sei. Die Betroffene habe bei beiden Anhörungen durch das Beschwerdegericht einen „bedauernswerten Eindruck“ hinterlassen. Sie sei nicht einmal zu ihren persönlichen Verhältnissen hinreichend orientiert. Das Beschwerdegericht habe aufgrund des persönlichen Eindrucks von der Betroffenen nicht die geringsten Zweifel an der Richtigkeit des Gutachtens des Sachverständigen, der die Betroffene zum Untersuchungszeitpunkt im April 2010 ebenfalls sichtlich überfordert, völlig desorientiert und ratlos erlebt habe. Diese Diagnose und die daraus abgeleitete Schlussfolgerung, dass die Betroffene bereits zum Zeitpunkt 4.1.2010 mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit geschäftsunfähig gewesen sei, beruhe nicht nur auf den Untersuchungsergebnissen des Sachverständigen, sondern ergebe sich auch aus den beigezogenen Befundberichten zweier Kliniken sowie des behandelnden Hausarztes. Letzterer habe zum Zeitpunkt der Gutachtenerstellung eine Demenzerkrankung der Betroffenen seit ca. einem halben Jahr bekundet. Nicht nachvollziehbar sei, insbesondere auch aufgrund des persönlichen Eindrucks von der Betroffenen bei beiden Anhörungen, wie der beurkundende Notar am 10.3.2010 zu der Annahme einer „vollen Geschäftsfähigkeit“ der Betroffenen gelangen und an diesem Tag nicht nur eine Vorsorgevollmacht mit Patientenverfügung, sondern zudem noch ein Testament der Betroffenen habe beurkunden können.

Letztlich sei es allerdings nicht entscheidend, ob die Vorsorgevollmachten wegen Geschäftsunfähigkeit der Betroffenen unwirksam seien, wovon die Kammer überzeugt sei, und ob eine weitere Vorsorgevollmacht mit Datum 17.5.2009 tatsächlich an diesem Tag erstellt worden sei – was nach Auffassung der Kammer nicht der Fall sei. Die Betreuung sei schon deshalb aufrecht zu erhalten, weil die 2003 von der Betroffenen bevollmächtigten Beteiligten zu 3 und 4 – momentan – von

der erteilten Vorsorgevollmacht keinen Gebrauch machen wollten und weil massive Anhaltspunkte dafür bestünden, dass der Beteiligte zu 1 die Vorsorgevollmacht vom 17.5.2009 missbrauche. Er sei bei seiner Anhörung sichtlich in Verlegenheit und Erklärungsnot geraten, als er auf den Versuch angesprochen worden sei, einen Betrag von 15.000 € vom Konto der Betroffenen abzuheben. Eine Reihe von Unregelmäßigkeiten auf Seiten des Beteiligten zu 1 kennzeichneten auch das parallele Betreuungsverfahren für den Sohn der Betroffenen, zu dessen Ersatzbetreuer der Beteiligte zu 1 bestellt worden sei. Unter Würdigung aller Umstände sei davon auszugehen, dass die Betroffene unter dem Einfluss des Beteiligten zu 1 stehe und dass dieser ein erheblich gesteigertes Interesse an den Vermögenswerten der Betroffenen habe, was diese aufgrund ihrer Situation nicht mehr erkennen und überblicken könne. Deshalb sei es zwingend erforderlich, sowohl die Betreuung aufrecht zu erhalten als auch den Beteiligten zu 1 umgehend zu entlassen und andere Betreuer für die Betroffene einzusetzen.

b) Die angegriffene Entscheidung hält einer rechtlichen Überprüfung stand.

aa) Es ist nicht zu beanstanden, dass das Beschwerdegericht die Einrichtung der Betreuung für erforderlich gehalten hat, obwohl Vorsorgevollmachten der Betroffenen vorliegen.

(1) Ein Betreuer darf nur bestellt werden, soweit die Betreuung erforderlich ist (§ 1896 Abs. 2 Satz 1 BGB). Eine Betreuung ist nicht erforderlich, soweit die Angelegenheit des Betroffenen durch einen Bevollmächtigten ebenso gut wie durch einen Betreuer besorgt werden können (§ 1896 Abs. 2 Satz 2 BGB). Eine vom Betroffenen erteilte Vorsorgevollmacht hindert die Bestellung eines Betreuers aber nur, wenn gegen die Wirksamkeit der Vollmachtserteilung keine Bedenken bestehen (Senatsbeschluss vom 15.12.2010, XII ZB 165/10, FamRZ 2011, 285, Rdnr. 11).

Eine Vorsorgevollmacht steht der Bestellung eines Betreuers allerdings auch dann nicht entgegen, wenn der Bevollmächtigte ungeeignet ist, die Angelegenheiten des Betroffenen zu besorgen, insbesondere weil zu befürchten ist, dass die Wahrnehmung der Interessen des Betroffenen durch jenen eine konkrete Gefahr für das Wohl des Betroffenen begründet. Dies ist der Fall, wenn der Bevollmächtigte wegen erheblicher Bedenken an seiner Redlichkeit als ungeeignet erscheint (KG, FamRZ 2010, 924, 925; OLG Zweibrücken, OLGR 2006, 729, 730; *Palandt/Diederichsen*, 70. Aufl., § 1896 Rdnr. 12 m. w. N.).

Dabei entscheidet der Tatrichter über Art und Umfang seiner Ermittlungen nach pflichtgemäßem Ermessen. Dem Rechtsbeschwerdegericht obliegt lediglich die Kontrolle auf Rechtsfehler, insbesondere die Prüfung, ob die Tatsachengerichte alle maßgeblichen Gesichtspunkte in Betracht gezogen haben und die Würdigung auf einer ausreichenden Sachaufklärung beruht (Senatsbeschlüsse BGHZ 185, 272 = FamRZ 2010, 1060, Rdnr. 29 m. w. N. und vom 15.12.2010, XII ZB 165/10, FamRZ 2011, 285, Rdnr. 13).

(2) Gemessen hieran ist es rechtlich nicht zu beanstanden, dass das Beschwerdegericht die Anordnung der Betreuung für erforderlich gehalten hat.

Dass die Betroffene Hilfe bei der Erledigung ihrer Angelegenheiten benötigt, stellt auch die Rechtsbeschwerde nicht in Frage. Ihr Angriff, im Hinblick auf die dem Beteiligten zu 1 erteilte Vorsorgevollmacht bestehe kein Betreuungsbedarf, geht indessen fehl.

Das Beschwerdegericht hat in seiner ausführlich begründeten Entscheidung im Einzelnen dargetan, warum die Vorsorge-

vollmacht seiner Auffassung nach der Anordnung der Betreuung nicht entgegensteht.

Dass es sich dabei nicht an der – den Beteiligten zu 3 und 4 erteilten – Vorsorgevollmacht aus dem Jahr 2003 gehindert gesehen hat, ist schon deshalb nicht zu beanstanden, weil diese – jedenfalls gegenwärtig – die Vollmacht nicht wahrnehmen wollen (vgl. *Palandt/Diederichsen*, 70. Aufl., § 1896 Rdnr. 12).

Ebenso wenig ist es zu beanstanden, dass das Beschwerdegericht eine Betreuung trotz der dem Beteiligten zu 1 erteilten Vorsorgevollmachten als erforderlich erachtet hat.

Ob die Einrichtung der Betreuung bereits deshalb erforderlich war, weil die Vorsorgevollmachten wegen Geschäftsunfähigkeit der Betroffenen unwirksam gewesen sein könnten, wofür vieles sprechen mag, kann indes dahingestellt bleiben. Denn das Beschwerdegericht hat seine Entscheidung im Ergebnis maßgeblich damit begründet, es bestünden „massive Anhaltspunkte“ für einen Vollmachtsmissbrauch durch den Beteiligten zu 1. Dabei hat das Beschwerdegericht, das sowohl den Beteiligten zu 1 als auch die Betroffene persönlich angehört hat, im Einzelnen nachvollziehbar dargelegt, wie es zu dieser Einschätzung gelangt ist.

Das Beschwerdegericht hat hierzu ausgeführt, dass der Erklärungsversuch des Beteiligten zu 1, wieso er bereits vier Tage nach Vorlage der Vorsorgevollmacht für die Betroffene einen Betrag von 15.000 € habe von ihrem Konto abheben wollen, wenig überzeugend gewirkt habe. Danach sei das Geld für mögliche Umbaumaßnahmen im Haus der Betroffenen gedacht gewesen, wobei der Beteiligte zu 1 habe einräumen müssen, dass keinerlei Aufträge für derartige Maßnahmen erteilt worden seien und keine Rechnungen zur Bezahlung anstünden. Dass das Beschwerdegericht weitere Umstände herangezogen hat, die aus der Tätigkeit des Beteiligten zu 1 als Ersatzbetreuer für den Sohn der Betroffenen herrühren, ist rechtsbeschwerderechtlich ebenso wenig zu beanstanden. Danach hat er für den Sohn der Betroffenen Sozialhilfe beantragt, obwohl er hätte wissen müssen, dass dieser vermögend sei. Zudem habe der Beteiligte zu 1 über einen längeren Zeitraum die von ihm in Aussicht gestellte Sperrvereinbarung hinsichtlich des Sparkontos des Sohnes nicht überreicht. Daneben habe der Beteiligte zu 1 versucht, für Auslagen 2.000 € abzuheben, was jedoch nicht gelungen sei, weil dieser Vorgang wegen fehlender Zustimmung der Betroffenen wieder storniert worden sei. Außerdem habe er, nachdem er als Betreuer wieder entlassen worden sei, einen Betrag i. H. v. 717 € von dem für den Sohn der Betroffenen eingerichteten Girokonto abgehoben. Unter den Belegen, mit denen er seine entsprechenden Auslagen nachzuweisen versucht habe, habe sich ein Beleg über den Betrag von rund 369 € befunden, der den Beteiligten zu 3 und 4 geschuldet gewesen sei.

Dass das Beschwerdegericht unter Würdigung dieser Umstände zu der Annahme gelangt ist, der Beteiligte zu 1 habe ein erheblich gesteigertes Interesse an den Vermögenswerten der Betroffenen, was diese aufgrund ihrer Situation nicht mehr erkennen und überblicken könne, ist nicht zu beanstanden.

Mit den hiergegen gerichteten Angriffen setzt die Rechtsbeschwerde ihre Einschätzung an die Stelle der vom Beschwerdegericht vorgenommenen Tatsachenbewertung. Das ist rechtsbeschwerderechtlich ohne Belang.

bb) Da nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts erhebliche Zweifel an der Redlichkeit des Beteiligten zu 1 bestehen, war das Gericht entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde nicht gehalten, statt der Einrichtung einer Betreuung lediglich einen Kontrollbetreuer gemäß § 1896 Abs. 3

BGB zu bestellen. Die Kontrollbetreuung dient regelmäßig als Ausgleich dafür, dass der nach Erteilung der Vollmacht geschäftsunfähig gewordene Betroffene die Vollmacht nicht mehr selbst widerrufen kann. Erforderlich ist die Kontrollbetreuung etwa, wenn besondere Schwierigkeiten in der Geschäftsführung bestehen bzw. konkrete Verdachtsmomente vorliegen, dass dem Betreuungsbedarf durch die Vollmachtserteilung nicht genügt wird. Bei erheblichen Zweifeln an der Redlichkeit des Bevollmächtigten und an der Abwendbarkeit der Vermögensgefährdung durch eine Vollmachtsüberwachungsbetreuung ist allerdings eine Vollbetreuung einzurichten (*Palandt/Diederichsen*, 70. Aufl., § 1896 Rdnr. 23).

cc) Auch wenn es dem Wunsch der Betroffenen entsprechen sollte, von dem Beteiligten zu 1 betreut zu werden, ist es schließlich nicht zu beanstanden, dass das Beschwerdegericht ihn verpflichtet und an seiner Stelle einen anderen Betreuer bestellt hat.

Nach § 1897 Abs. 4 Satz 1 BGB hat das Betreuungsrecht einem Vorschlag des Betroffenen zur Person des Betreuers zu entsprechen, sofern die Bestellung des vorgeschlagenen Betreuers dem Wohl des Betroffenen nicht zuwiderläuft. Ein solcher Vorschlag erfordert in der Regel weder Geschäftsfähigkeit noch natürliche Einsichtsfähigkeit. Vielmehr genügt es, dass der Betroffene seinen Willen oder Wunsch kundtut, eine bestimmte Person solle sein Betreuer werden. Etwaigen Missbräuchen und Gefahren wird hinreichend durch die begrenzte, letztlich auf das Wohl des Betroffenen abstellende Bindungswirkung eines solchen Vorschlags begegnet (Senatsbeschlüsse vom 15.12.2010, XII ZB 165/10, FamRZ 2011, 285, Rdnr. 14 und vom 16.3.2011, XII ZB 601/10 – zur Veröffentlichung bestimmt).

Nach den vom Beschwerdegericht getroffenen Feststellungen würde die Bestellung des Beteiligten zu 1 dem Wohl der Betroffenen zuwiderlaufen. Demgemäß ist es nicht zu beanstanden, dass das Beschwerdegericht ihn als Betreuer entpflichtet hat.

4. BGB §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2; ZPO §§ 531, 540 Abs. 1 (*Verknüpfung von Bauvertrag mit Grundstückskaufvertrag*)

Steht ein Bauvertrag mit einem Grundstückskaufvertrag in rechtlichem Zusammenhang, so ist auch der Bauvertrag beurkundungspflichtig. Ob ein rechtlicher Zusammenhang vorliegt, ergibt sich aus den Gesamtumständen. Ein rechtlicher Zusammenhang liegt vor, wenn nach dem Willen der Anbieterseite das Vorhaben als Ganzes angeboten wird, also der Erwerber das Grundstück nur erhält, wenn er auch den Bauvertrag schließt und umgekehrt der Abschluss des Grundstückskaufvertrages nur dazu dient, den Bauvertrag zu ermöglichen. Weiteres Indiz für einen Verknüpfungswillen der Parteien ist die Einflussmöglichkeit des Bauunternehmers auf die Durchführung des Kaufvertrages. (Leitsatz der Schriftleitung)

OLG Karlsruhe, Urteil vom 24.5.2011, 13 U 121/10

Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung ist abrufbar unter BeckRS 2011, 1524.

5. WEG §§ 10 Abs. 2, 15 Abs. 1 (*Zuordnung eines Sondernutzungsrechts zu einem Miteigentumsbruchteil*)

Ein Sondernutzungsrecht kann auch einem Miteigentumsbruchteil an einem Wohnungs- oder Teileigentum zugeordnet werden (entgegen KG, DNotZ 2004, 634).

OLG Nürnberg, Beschluss vom 3.8.2011, 10 W 302/11

Mit notariellem Vertrag vom 18.1.2010 haben die Beteiligten einen $\frac{1}{4}$ -Miteigentumsanteil an dem $\frac{8}{1000}$ -Miteigentumsanteil an dem Grundstück Gemarkung H., FlNr. ... und ..., verbunden mit dem Sondereigentum an dem Vierfachparker in der Tiefgarage Nr. 93 a-d, (als Eigentümer auf Blatt eingetragen: K. und E. G. in Gütergemeinschaft) vertauscht gegen einen $\frac{1}{4}$ -Miteigentumsanteil an dem $\frac{8}{1000}$ -Miteigentumsanteil am vorgenannten Grundstück, verbunden mit dem Sondereigentum an dem Vierfachparker in der Tiefgarage Nr. 85 a-d (als Eigentümerin auf Blatt ... eingetragen: A. F.), mit welchem Sondernutzungsrechte an den oberirdischen Stellplätzen F, G, H, I, J, K, L, M, N, O und P sowie das Sondernutzungsrecht an dem Tiefgaragenstellplatz Nr. 85 a links unten verbunden sind. Vom Tausch ausgenommen werden sollen die Sondernutzungsrechte an den vorgenannten oberirdischen Stellplätzen; dies soll dadurch realisiert werden, dass diese Sondernutzungsrechte von dem Sondereigentum des jeweiligen Miteigentümers zu $\frac{1}{4}$ in Blatt ... ab- und dem Sondereigentum des jeweiligen Miteigentümers zu $\frac{1}{4}$ in Blatt ... zugeschrieben werden sollen.

Ausweislich der Vertragsurkunde ist der auf Blatt ... eingetragene Grundbesitz in Abteilung III mit einer Grundschuld ohne Brief i. H. v. 179.000 DM belastet und wurde mit notariellem Vertrag vom 18.1.2010, welcher hier nicht vorliegt, an den Beteiligten zu 1 verkauft.

Unter Vorlage einer beglaubigten Abschrift der Tauschvertragsurkunde und zweier steuerlicher Unbedenklichkeitsbescheinigungen hat der beurkundende und bevollmächtigte Notar mit Schreiben vom 2.6.2010 beim Grundbuchamt in Erlangen Antrag auf Vollzug gestellt.

Mit Beschluss vom 27.12.2010 hat das AG Erlangen die Eintragungsanträge kostenpflichtig zurückgewiesen.

Das AG hält – unter Bezugnahme auf eine Entscheidung des Kammergerichts vom 30.12.2003 (abgedruckt in DNotZ 2004, 634) – die Zuordnung eines Sondernutzungsrechts zu einem Miteigentumsbruchteil am Wohnungs- oder Teileigentum für unzulässig. Nach seiner Ansicht kann deswegen weder dem Antrag auf Zu- und Abschreibung der Sondernutzungsrechte noch dem auf Vollzug der Eigentumsänderungen stattgegeben werden. Wegen der Begründung im Einzelnen wird auf den Beschluss Bezug genommen.

Mit der für die Beteiligten form- und fristgerecht eingelegten Beschwerde macht der beurkundende Notar geltend, dass das vom AG angenommene Eintragungshindernis nicht bestehe. Er verweist auf eine in der Literatur weit verbreitete Auffassung, die von der Zulässigkeit der Zuordnung eines Sondernutzungsrechtes zu einem Miteigentumsbruchteil an einer Wohnungs- oder Teileigentumsseinheit ausgeht, sowie auf die herrschende Rechtsprechung, wonach Gegenstand einer Eintragung gemäß §§ 10 Abs. 2, 15 Abs. 1 WEG auch eine das Sondereigentum von Bruchteilsmiteigentümern betreffende Gebrauchsregelung sein könne. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Beschwerdebegründung Bezug genommen.

Das AG hat der Beschwerde nicht abgeholfen.

Aus den Gründen:

II.

Das zulässige Rechtsmittel ist begründet.

Das AG hält es für ausgeschlossen, ein Sondernutzungsrecht als Inhalt des Sondereigentums einem Miteigentumsbruchteil an einem Wohnungs- oder Teileigentum zuzuordnen. Es schließt sich in seiner Begründung im Wesentlichen der Entscheidung des Kammergerichts vom 30.12.2003 (DNotZ 2004, 634) an, der auch ein Teil der Literatur folgt (z. B. *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rdnr. 2910 und 2963; *Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann*, Grundbuchrecht,

6. Aufl., Einl. E Rdnr. 83; MünchKommBGB/*Commichau*, 5. Aufl., § 10 WEG Rdnr. 20). Überwiegend wird im Schrifttum die gegenteilige Meinung vertreten (vgl. *Häublein*, DNotZ 2004, 635 ff.; *Böttcher*, RPfl. 2005, 652 ff.; *Meikel-Morvilius*, GBO, 10. Aufl., Einl. C Rdnr. 148; BeckOKGBO/*Kral*, Stand 1.6.2011, Sonderbereich WEG, Rdnr. 38; *Palandt/Bassenge*, 70. Aufl., § 13 WEG Rdnr. 9).

Der zuletzt genannten Auffassung schließt sich der Senat an.

Mit dem Argument, dass eine Vereinbarung nach § 10 Abs. 2 WEG nur das Verhältnis der „Wohnungseigentümer“ untereinander betreffe und das Sondereigentum nur einem „Wohnungseigentümer“ zustehen könne, ein Bruchteilseigentümer als nicht allein Berechtigter diese Eigenschaften aber nicht erfülle, lässt sich die Unzulässigkeit der Verbindung eines Sondernutzungsrechts mit einem Bruchteil eines Wohnungs- oder Teileigentums nicht zwingend begründen. Ein Bruchteilseigentümer wird nämlich auch anderweitig als Wohnungseigentümer im weiteren Sinne angesehen; dies gilt z. B. bezüglich der allgemeinen Mitnutzung des gemeinschaftlichen Eigentums und der Teilnahme an einer Eigentümerversammlung.

Auch steht der in § 6 WEG niedergelegte Grundsatz der notwendigen Verbindung des Sondereigentums mit einem Miteigentumsanteil am Grundstück nur der Zuordnung eines Sondernutzungsrechtes an einen außerhalb der Wohnungseigentümergeinschaft stehenden Dritten entgegen. Ein diesbezüglicher Hinderungsgrund ist bei einem Bruchteilseigentümer als Sondernutzungsberechtigtem nicht anzunehmen.

Zudem muss ein im Miteigentum stehendes Wohnungs- oder Teileigentum nicht unbedingt für sämtliche Mitberechtigte den gleichen Inhalt haben. Die Bruchteilseigentümer, welche eine „Untergemeinschaft“ bilden und für die im Innenverhältnis das Gemeinschaftsverhältnis gilt (vgl. OLG Frankfurt, DNotZ 2007, 471 m. w. N.), sind grundsätzlich nicht gehindert, ihre Rechte den anderen Eigentümern gegenüber unterschiedlich auszugestalten. Dies hat auch in Bezug auf die Ausübung eines Sondernutzungsrechtes zu gelten, zumal dieses schuldrechtlicher Natur ist, auch wenn es im Grundbuch eingetragen ist und damit zum „Inhalt“ des Sondereigentums wird (womit nur gesagt sein soll, dass es sich nicht um eine im Grundbuch eintragbare „Belastung“ handelt). Bei Bruchteilseigentum an einem Grundstück ist allgemein anerkannt, dass in den Grenzen des § 745 Abs. 3 BGB Sondernutzungsrechte für einzelne Teilhaber begründet werden können (vgl. BGH, NJW 1953, 1427 und NJW 2009, 1270 = MittBayNot 2009, 222). Besteht eine Bruchteilsgemeinschaft an einem Wohnungs- oder Teileigentum, ist dies unter dem Aspekt der inhaltlichen Verschiedenheit nicht anders; es ist kein zwingender Grund vorhanden, eine derartige unterschiedliche Ausgestaltung des Sondereigentums nicht zuzulassen.

Im Übrigen ist zu sehen, dass nach herrschender Auffassung eine im Grundbuch eintragbare Gebrauchsregelung gemäß § 15 Abs. 1 WEG in Bezug auf ein in Bruchteilseigentum stehendes Sondereigentum als möglich betrachtet wird (vgl. BayObLG, RPfl. 1995, 67; OLG Jena, MittBayNot 2000, 443; OLG Frankfurt RPfl. 2000, 212). Es liegt nahe, Entsprechendes für den Gebrauch des Gemeinschaftseigentums zuzulassen (vgl. zum Ganzen: *Häublein*, a. a. O.; *Böttcher*, a. a. O.).

Nach allem ist das vom AG angenommene Eintragungshindernis nicht vorhanden, weshalb die angefochtene Entscheidung aufzuheben war.

Über die Eintragungsanträge hat das AG, nach Abklärung der übrigen Eintragungsvoraussetzungen, erneut zu entscheiden.

Gegebenenfalls wird eine Zwischenverfügung, auch im Hinblick auf das von der Rechtspflegerin mit dem Notariatssachbearbeiter erörterte Erfordernis einer vorherigen Grundbuchberichtigung, zu erlassen sein. (...)

Anmerkung:

Der Beschluss betrifft zwei Rechtsfragen:

Die in der obergerichtlichen Rechtsprechung bisher nicht behandelte Frage nach der Zulässigkeit der Zuordnung eines dinglich bereits zugeordneten Sondernutzungsrechtes, das mit einem Miteigentumsbruchteil einer Wohnungs- oder Teileigentumseinheit verbunden ist, zu einem Miteigentumsbruchteil einer anderen Wohnungs- oder Teileigentumseinheit im Wege einer Inhaltsänderung (dazu 2.), und die entscheidungserhebliche und vom KG in einer Entscheidung vom 30.12.2003 (KG, DNotZ 2004, 634) verneinte Rechtsfrage, ob es überhaupt zulässig ist, ein Sondernutzungsrecht mit einem Miteigentumsbruchteil an einer Wohnungs- oder Teileigentumseinheit zu verbinden (dazu 1.).

Nicht mehr entscheidungserheblich war die vom Grundbuchamt aufgeworfene Rechtsfrage einer Übertragung der zur Kettenauflassung mit Blick auf die Ermächtigung des Erwerbers entwickelten Grundsätze auf die Übertragung von Sondernutzungsrechten (dazu 3.).

1. Zulässigkeit der Zuordnung eines Sondernutzungsrechtes zu einem Miteigentumsbruchteil an einer Wohnungs- oder Teileigentumseinheit

a) Das KG hat es in einem Beschluss vom 30.12.2003¹ bekanntlich abgelehnt, ein Sondernutzungsrecht, welches den Gebrauch des Gemeinschaftseigentums betrifft, dem bloßen Bruchteil eines Wohnungs- oder Teileigentümers zuzuordnen. Dies folge zum einen aus der Natur der Vereinbarung nach § 10 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 WEG, welche dem Sondernutzungsrecht zugrunde liegt, denn diese kann nur das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander betreffen. Die Übertragung des Sondernutzungsrechtes auf einen Bruchteilseigentümer hätte eine unterschiedliche Ausgestaltung des im Miteigentum stehenden Sondereigentums zur Folge. Eine derartige Differenzierung zwischen den Rechten verschiedener Miteigentümer einer einheitlichen Sondereigentumseinheit sei rechtlich ausgeschlossen, da § 10 Abs. 2 WEG nur die Eintragung von Vereinbarungen als Inhalt des Sondereigentums, nicht aber als Inhalt eines Teils des Sondereigentums vorsieht.

Zum anderen werde ein Sondernutzungsrecht durch die Eintragung im Grundbuch gemäß § 10 Abs. 2 WEG zum Inhalt des Sondereigentums, das aber nur einem Wohnungseigentümer bzw. Teileigentümer zustehen könne. Ein bloßer Bruchteilseigentümer sei dagegen nicht Wohnungs- bzw. Teileigentümer im Sinne von § 10 Abs. 2 WEG.

b) Das OLG Nürnberg folgt dieser Ansicht zutreffend nicht, sondern geht mit der ganz herrschenden Auffassung von der Zulässigkeit der Zuordnung eines Sondernutzungsrechtes zu einem Miteigentumsbruchteil an einer Wohnungs- oder Teileigentumseinheit aus.²

¹ KG, DNotZ 2004, 634 = Rpfleger 2004, 347.

² *Häublein*, DNotZ 2004, 635; *Bärmann/Klein*, WEG, 11. Aufl. 2010, § 13 Rdnr. 79; BeckOKWEG/*Timme/Dötsch*, Stand: 1.10.2010, § 15 Rdnr. 297; *Schneider*, Beck'sches Formularbuch Wohnungseigentumsrecht, 2007, S. 214; *Palandt/Bassenge*, 70. Aufl. 2011, § 13 WEG Rdnr. 9; *Erman/Grziwotz*, BGB, 12. Aufl. 2008, § 15 WEG Rdnr. 7; *Hogenshurz*, Das Sondernutzungsrecht nach dem WEG, 2008, § 1 Rdnr. 45.

aa) Mit *Häublein*³ ist davon auszugehen, dass auch das eingetragene Sondernutzungsrecht letztlich schuldrechtlicher Natur ist und daher in seiner Ausgestaltung weitgehend der privatautonomen Entscheidung des Eigentümers unterliegt. Nur dort, wo die Rechtsordnung zwingende Grenzen setzt, endet dieses Recht des Eigentümers. Eine solche Grenze kann entgegen dem KG nicht bereits aus der vom WEG benutzten Wendung, nach der eine Eintragung als „Inhalt des Sondereigentums“ erfolgt, hergeleitet werden. Damit ist nur gesagt, dass die Eintragung entgegen § 1010 Abs. 1 BGB, der Vorbild für die Regelung in § 10 Abs. 2 WEG war, nicht als „Belastung“ in Abteilung II des Grundbuchs einzutragen ist, daher also keinen Rang besitzt. Versteht man die Einräumung eines Sondernutzungsrechts als von § 13 WEG abweichende Vereinbarung der Wohnungseigentümer, so ist mangels Geltung des sachenrechtlichen Formzwangs nicht ersichtlich, warum die Wohnungseigentümer nicht zugunsten eines Bruchteilseigentümers auf ihren Anspruch auf Mitbenutzung des gemeinschaftlichen Eigentums verzichten können sollten.⁴

bb) Auch kann dem KG nicht darin gefolgt werden, dass ein Wohnungseigentum für sämtliche an ihm Mitberechtigte gleichen Inhalts sein müsse. Es sind keine Gründe und kein Rechtssatz ersichtlich, warum eine Regelung ausgeschlossen sein soll, die die Rechte der Bruchteilseigentümer den anderen Eigentümern gegenüber unterschiedlich ausgestaltet. Dies gilt, wie das OLG Nürnberg zu Recht feststellt, auch in Bezug auf die Ausübung eines Sondernutzungsrechtes, zumal es schuldrechtlicher Natur ist.

cc) Nach ganz herrschender Auffassung in Rechtsprechung und Literatur kann Gegenstand einer Eintragung gemäß §§ 10 Abs. 2, 15 Abs. 1 WEG auch eine Gebrauchsregelung sein, die das Sondereigentum von Bruchteilseigentümern betrifft.⁵

Wenn aber eine solche Binnenregelung nach den §§ 10, 15 WEG regelbar und im Grundbuch eintragbar ist, muss dies wegen des stärkeren Bezugs zum Gemeinschaftsverhältnis erst recht für den Gebrauch des Gemeinschaftseigentums gelten, sodass durch eine Vereinbarung aller Wohnungseigentümer ein Sondernutzungsrecht einem Miteigentumsbruchteile zugeordnet werden kann. Es ist mit dem OLG Nürnberg kein Grund ersichtlich, warum die Wohnungseigentümer zugunsten eines Bruchteilseigentümers zwar auf ihren Anspruch auf Mitbenutzung des Sondereigentums, nicht aber auch auf Mitbenutzung des gemeinschaftlichen Eigentums verzichten können sollten.

dd) Auch sind Bruchteilseigentümer Wohnungseigentümer i. S. d. § 10 Abs. 2 WEG⁶, zumindest solche, wie das OLG Nürnberg ausführt, „im weiteren Sinne“. Aus § 25 Abs. 2 Satz 2 WEG kann nicht gefolgert werden, das Gesetz kenne nur die Gesamtheit der Berechtigten als Wohnungseigentümer an. So ist nach allgemeiner Auffassung jeder Bruchteilseigentümer zu der Wohnungseigentümerversammlung zu laden,⁷ wie auch jeder Bruchteilseigentümer allein zur Teilnahme an der Versammlung berechtigt ist.

ee) Bei der Miteigentümergeinschaft handelt es sich um eine geteilte Rechtszuständigkeit an einem ungeteilten ge-

meinschaftlichen Gegenstand. Ein Miteigentumsbruchteile ist aber dem Vollrecht wesensgleich,⁸ sodass nach § 747 Satz 1 BGB auch jeder Teilhaber über seinen Anteil verfügen und diesen insbesondere gesondert belasten kann. Dann aber muss umgekehrt auch die Zuordnung eines Sondernutzungsrechtes zu diesem Miteigentumsbruchteile und damit eine unterschiedliche inhaltliche Ausgestaltung möglich sein. Bei Bruchteileigentum an einem Grundstück ist allgemein anerkannt, dass in den Grenzen des § 745 Abs. 3 BGB Sondernutzungsrechte für einzelne Teilhaber begründet werden können. Besteht eine Bruchteileigentums-Gemeinschaft, wie hier an einem Wohnungs- oder Teileigentum, ist dies mit dem OLG Nürnberg unter dem Aspekt der inhaltlichen Verschiedenheit nicht anders zu beurteilen.

ff) Sondernutzungsrechte müssen im Übrigen in gleichem Umfang originär begründbar sein, wie sie auch durch spätere rechtsgeschäftliche Verfügung entstehen können. Es dürfte dabei aber keinem Zweifel unterliegen, dass die Übertragung eines Miteigentumsanteils durch einen bisherigen Alleineigentümer an einem Wohnungs- oder Teileigentum nicht zwingend auch zur Übertragung einer damit verbundenen anteiligen Sondernutzungsbefugnis führen muss.⁹ Auch die grundbuchtechnische Vereinigung zweier Wohnungseigentumsrechte zu einem einheitlichen Miteigentumsanteil führt nicht ohne weiteres zur „Erstreckung“ eines nur mit einem der ursprünglichen Anteile verbundenen Sondernutzungsrechtes. Auch hier wird anerkannt, dass entgegen der Rechtsauffassung des KG eine unterschiedliche inhaltliche Ausgestaltung des Sondereigentums rechtlich möglich ist.

2. Zulässigkeit der Übertragung des Sondernutzungsrechtes

Hält man mit dem KG die Zuordnung eines Sondernutzungsrechtes zu einem Miteigentumsbruchteile an einem Wohnungs- oder Teileigentum für unzulässig, ist auch die Übertragung an einen Bruchteilseigentümer, die als Inhaltsänderung des Sondereigentums behandelt wird, unzulässig.¹⁰

Diese Bedenken bestehen nicht, wenn man mit der herrschenden Auffassung in der Literatur und jetzt auch dem OLG Nürnberg die Zuordnung eines Sondernutzungsrechtes zu einem Miteigentumsbruchteile an einem Wohnungs- oder Teileigentum für zulässig erachtet.

3. Übertragung der zur Kettenauflassung mit Blick auf die Ermächtigung des Erwerbers entwickelten Grundsätze auf die Übertragung von Sondernutzungsrechten

Als Gestaltungsvariante zu der im Anschluss an das KG verworfenen Übertragung des Sondernutzungsrechtes an einen Bruchteilseigentümer hatte das Grundbuchamt vorgeschlagen, die Sondernutzungsrechte an den Stellplätzen nach Wahl des Beteiligten A. F. zu einer anderen im Alleineigentum des A. F. stehenden Wohnungseigentumseinheit mit notarieller Urkunde zuzuordnen. Nach Auffassung des Grundbuchamtes sei durch Bezugnahme auf die Teilungserklärung der Ausschluss von der Nutzung der betroffenen oberirdischen Stellplätze als sogenannte „negative Komponente“ der Sondernutzungsrechte als Inhalt der einzelnen Sondereigentumsein-

³ DNotZ 2004, 635.

⁴ *Hogenschurz*, Das Sondernutzungsrecht nach dem WEG, § 1 Rdnr. 45.

⁵ OLG Jena, MittBayNot 2000, 443; OLG Frankfurt a. M., MittBayNot 2000, 440; BayObLG, MittBayNot 1994, 438; *Schneider*, Beck'sches Formularbuch Wohnungseigentumsrecht, 2007, S. 214.

⁶ *Bärman/Klein*, § 13 WEG, Rdnr. 79.

⁷ Vgl. *Bärman/Merle*, WEG, § 24 Rdnr. 41; *Drasdo*, Die Eigentümerversammlung nach WEG, 3. Aufl. 2005, Rdnr. 98.

⁸ *Staudinger/Langbein*, BGB, Vorbem. zu §§ 741-758 Rdnr. 12; MünchKommBGB/K. *Schmidt*, § 741 Rdnr. 2.

⁹ *Schneider*, Beck'sches Formularbuch Wohnungseigentumsrecht, 2007, S. 214.

¹⁰ *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rdnr. 2963.

heiten im Grundbuch eingetragen. Durch entsprechende Erklärung im Kaufvertrag mit A. F. über den Erwerb dieser oberirdischen Stellplätze habe der teilende Eigentümer von seiner vorbehaltenen Zuweisungsbefugnis Gebrauch gemacht. Allerdings sei infolge unzulässiger Zuweisung zu dem Miteigentumsanteil des A. F. an einer Sondereigentumseinheit der dahingehende Eintragungsantrag insoweit noch nicht vollzogen. Um eine praktikable und dem Interesse der Beteiligten gerecht werdende Lösung des Problems zu erreichen, kann nach Auffassung des Grundbuchamtes diese Zuweisungserklärung des teilenden Eigentümers, ähnlich wie bei einer Kettenauflassung, als Ermächtigung für die Kaufvertragspartei A. F. ausgelegt werden, etwa weiter erforderliche Erklärungen abzugeben, um eine eindeutig wirksame Grundbucheintragung herbeizuführen oder auch die Sondernutzungsrechte einer Sondereigentumseinheit wirksam zuzuordnen.

a) Ausgangspunkt einer vom Grundbuchamt angenommenen Unzulässigkeit der Zuordnung eines Sondernutzungsrechtes zu einem Miteigentumsbruchteil an einem Wohnungs- oder Teileigentum ist die Unrichtigkeit der bisherigen Grundbucheintragung. Das Grundbuch ist unrichtig, ohne dass das nicht eintragungsfähige Recht gutgläubig erworben werden könnte. Von einer Bindung des Grundbuchamtes an die bisherige Rechtsauffassung – die Zuordnung der Sondernutzungsrechte zu dem Miteigentumsbruchteil wurde am 23.2.2001 und damit noch vor der Entscheidung des KG bewilligt – kann nicht ausgegangen werden. Die bisherige Eintragung der Zuordnung der Sondernutzungsrechte zu dem Miteigentumsbruchteil des A. F. wäre nach § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO von Amts wegen als inhaltlich unzulässig zu löschen und über den früheren, noch nicht erledigten Eintragungsantrag neu zu entscheiden.¹¹

b) Ob in der – nach Auffassung des Grundbuchamtes unzulässigen und damit unwirksamen – Zuweisungserklärung der Sondernutzungsrechte zu dem veräußerten Miteigentumsbruchteil im Kaufvertrag zwischen dem teilenden Eigentümer und dem A. F. tatsächlich eine Ermächtigung für den A. F. im Wege der Auslegung angenommen werden kann, etwa erforderliche Erklärungen abzugeben, um eine eindeutig wirksame Grundbucheintragung herbeizuführen oder auch die Sondernutzungsrechte einer Sondereigentumseinheit wirksam zuzuordnen, erscheint mir zweifelhaft.

Die Weiterveräußerung eines Grundstücks des Veräußerers (A) durch den Auflassungsempfänger (B) an den Zweiterwerber (C) ist eine Verfügung des Nichtberechtigten (B) über fremdes Eigentum, deren Wirksamkeit nach § 185 BGB zu beurteilen ist. Die Erstauflassung (§§ 873, 925 BGB) und Bewilligung (§§ 19, 29 GBO) enthalten nach überwiegender Auffassung die Einwilligung des als Eigentümer eingetragenen Veräußerers (A) zur Weiterveräußerung seines Grundstücks durch den Auflassungsempfänger (B) gemäß § 185 BGB und zur formellen Bewilligung der Eigentumsumschreibung an Dritte analog § 185 BGB, sofern sich aus seinen Erklärungen nichts Gegenteiliges ergibt.¹²

Wer als eingetragener Veräußerer mit der Auflassung und Bewilligung alles seinerseits materiell- und formellrechtliche zur Übertragung des Eigentums getan hat, muss sich so behandeln lassen, wie wenn er dem Auflassungsempfänger

(B) die Veräußerungsermächtigung erteilt hätte,¹³ sofern er seinen nach der Verkehrsauffassung so verstandenen Erklärungen nicht unmissverständlich entgegen getreten ist oder der Erwerb des Dritten (C) einer vertraglichen Zweckbestimmung zuwiderliefe,¹⁴ z. B. wenn Gefahr besteht, dass die vom Auflassungsempfänger (B) dem Veräußerer (A) bewilligte Kaufpreishypothek oder Rückauflassungsvormerkung nicht oder nicht im richtigen Rang eingetragen wird.¹⁵ Es kann an dieser Stelle dahin stehen, ob dieser nahezu fiktiven¹⁶ Ermächtigungsauslegung bei Weiterveräußerung eines Grundstücks (Kettenauflassung) in dieser Allgemeinheit gefolgt werden kann.¹⁷

Die Schutzwirkungen für den Zweiterwerber (C) hängen von der Rechtsbeständigkeit und der Durchsetzbarkeit des aus dem Vertrag zwischen (A) und (B) resultierenden Anspruchs auf Eigentumsverschaffung ab.¹⁸ Der Zweiterwerber (C) ist nicht in seinem guten Glauben an die Ermächtigung des Veräußerers (A) zur Weiterveräußerung durch den Auflassungsempfänger (B) gemäß § 185 BGB und zur Bewilligung der Eigentumsumschreibung analog § 185 BGB geschützt, wenn Auflassung und Eintragungsbewilligung von Anfang an unwirksam sind oder nachträglich unwirksam werden.¹⁹

c) Überträgt man diese zur Kettenauflassung mit Blick auf die Ermächtigung des Erwerbers/Zuweisungsempfängers entwickelten Grundsätze auf die Zuweisung/Übertragung von Sondernutzungsrechten, gilt m. E. folgendes:

Die beschwerdegegenständlichen oberirdischen Stellplätze waren in der Teilungserklärung von der Benutzung durch alle Eigentümer ausgeschlossen (negative Komponente) und dem teilenden Eigentümer war das Recht vorbehalten worden, diese Sondernutzungsrechte mit von ihm bestimmten Sondereigentumseinheiten zu verbinden (positive Komponente).²⁰

Wenn aber nach Auffassung des Grundbuchamtes die bewilligte Zuordnung dieser Stellplätze zu einem Miteigentumsbruchteil an einer Wohnungs- oder Teileigentumseinheit unzulässig und damit unwirksam war, kann – wie im vergleichbaren Fall einer unwirksamen Auflassung und Eintragungsbewilligung bei einer Kettenauflassung auch – die unwirksame Zuweisungserklärung des teilenden Eigentümers nicht als wirksame Ermächtigung für den Vertragspartner A. F. ausgelegt werden, etwa weiter erforderliche Erklärungen abzugeben, um eine wirksame Grundbucheintragung herbeizuführen oder auch die Sondernutzungsrechte einer in seinem Alleineigentum stehenden Sondereigentumseinheit wirksam zuzuordnen.

Das Zuweisungsrecht ist, nachdem der teilende Eigentümer nicht mehr Mitglied der Wohnungseigentümergeinschaft ist, nach richtiger Auffassung erloschen und die Nutzungsbefugnis steht wieder der Eigentümergeinschaft zu.²¹ Im

¹¹ Meikel/Morvilius, GBO, 10. Aufl. 2009, Einl. C Rdnr. 70.

¹² BGH, NJW 1989, 1093 = MittBayNot 1989, 87; OLG Frankfurt a. M., NotBZ 2007, 26; BayObLG, MittBayNot 1987, 252; OLG Hamm, MittBayNot 2001, 394; Staudinger/Pfeifer, 2004, § 925 Rdnr. 126, 135; Monath, RNotZ 2004, 363.

¹³ Meikel/Böttcher, GBO, 10. Aufl. 2009, § 20 Rdnr. 129, § 39 Rdnr. 13.

¹⁴ BGH, NJW 1997, 936; OLG Hamm, MittBayNot 2001, 394.

¹⁵ OLG Düsseldorf OLGZ 1980, 343; Meikel/Böttcher, GBO, § 20 Rdnr. 129.

¹⁶ Staudinger/Pfeifer, § 925 Rdnr. 126.

¹⁷ zurückhaltend BayObLG, NJW 1971, 514.

¹⁸ Monath, RNotZ 2004, 375.

¹⁹ Vgl. BGHZ 84, 202; Ertl, RPfl 1982, 407; Staudinger/Pfeifer, § 925 Rdnr. 126; Kersten/Bühling/Ruhwinkel, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 23. Aufl. 2010, § 56 Rdnr. 27.

²⁰ KG, RNotZ 2007, 151; OLG Frankfurt a. M., DNotZ 1998, 392 = MittBayNot 1998, 183.

²¹ Hügel/Scheel, Rechtshandbuch Wohnungseigentum, 3. Aufl. 2010, Teil 6, III. Sondernutzungsrechte, Rdnr. 48.

Übrigen würde die Ermächtigung allenfalls den Weg einer Zuordnung der Sondernutzungsrechte zu einer im Alleineigentum des A. F. stehenden Sondereigentumseinheit ebnen, was aber wirtschaftlich nicht gewollt ist. Dieser vermeintliche kautelarjuristische Königsweg muss nach der überzeugenden Entscheidung des OLG Nürnberg nicht beschritten werden.

Notar *Markus Kühnlein*, Herzogenaurach

6. BGB § 883; GBO §§ 18 Abs. 1, 19, 22 Abs. 1, 23, 29 (*Löschung einer Rückauflassungsvormerkung nach dem Ableben der Berechtigten*)

1. Scheidet ein Grundstück mit Zustimmung des Nacherben aus der Nacherbfolge aus, gehört der (vormerkungsgesicherte) Rückübertragungsanspruch nicht mehr in die Nacherbfolge, sondern fällt in den Nachlass nach dem Vorerben. Das hat zur Folge, dass für die Löschung der Vormerkung die Bewilligung der Erben des Vorerben erforderlich ist.

2. Zur Löschung einer Rückauflassungsvormerkung aufgrund Unrichtigkeitsnachweises.

OLG München, Beschluss vom 28.4.2011, 34 Wx 72/11

Der Beteiligte ist im Grundbuch als Eigentümer eines Grundstücks eingetragen. In der Zweiten Abteilung des Grundbuchs findet sich unter lfd. Nr. 8 eine am 12.4.2001 eingetragene Rückauflassungsvormerkung für einen bedingten und befristeten Anspruch zugunsten E. Sch., der Mutter des Beteiligten, gemäß Bewilligung vom 17.8.2000.

Die zugrundeliegende Bewilligung ist in einem Vertrag enthalten, mit dem E. Sch. in Vorwegnahme der im Grundbuch ursprünglich wiedergegebenen Nacherbfolge nach ihrem verstorbenen Ehemann und Vater des Erwerbers das Grundstück dem Beteiligten überließ, und demgemäß der Beteiligte als Erwerber die Löschung des im Grundbuch eingetragenen Nacherbfolgevermerks bewilligte und beantragte. Der mit einer Vormerkung abgesicherte aufschiebend bedingte Rückübertragungsanspruch kann in folgenden Fällen geltend gemacht werden:

- a) Versterben des Erwerbers,
- b) Zwangsvollstreckung in das Vertragsobjekt,
- c) Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Erwerbers,
- d) berechtigte Ansprüche auf das Grundstück durch die Ehefrau des Erwerbers, etwa im Zusammenhang mit dem damals beim Amtsgericht anhängigen Scheidungsverfahren.

Der Anspruch ist nur abtretbar und vererblich, wenn die Veräußerin das Rückübertragungsverlangen vor ihrem Tode abgesandt hat. Soweit ein zur Rückübertragung verpflichtender Umstand eintritt, kann der Erwerber die Veräußerin schriftlich zu einer Erklärung auffordern, ob sie den Rückübertragungsanspruch geltend mache. Übt sie diesen nicht innerhalb von sechs Monaten ab Zugang der Aufforderung durch schriftliche Erklärung aus, erlischt der Anspruch für diesen Fall, wenn der Erwerber die Veräußerin hierauf aufmerksam gemacht hat.

Der Beteiligte hat am 12.1.2011 die Sterbeurkunde für die am 4.7.2007 verstorbene Vormerkungsberechtigte beim Grundbuchamt vorgelegt und die Löschung wegen Unrichtigkeit beantragt. Er erachtet die Eintragung mit dem Tod der Berechtigten als gegenstandslos. Die Immobilie gehöre zur Nacherbschaft nach dem Vater des Erwerbers. Er selbst sei alleiniger Nacherbe, die Nacherbfolge sei mit dem Tod der Vorerbin eingetreten. Der der Vorerbin vorbehaltenen Rückübertragungsanspruch unterliege gemäß § 2111 BGB von vornherein der Nacherbfolge, sodass er durch Konfusion gegenstandslos geworden sei.

Das Grundbuchamt hat mit Zwischenverfügung vom 1.2.2011 folgendes Eintragungshindernis bezeichnet und Frist gesetzt, um dieses durch die notariell beglaubigte Zustimmung der Erben von Frau

Sch. unter Vorlage eines grundbuchtauglichen Erbnachweises zu erbringen:

Der Rückübertragungsanspruch falle nicht als Surrogat in die Nacherbfolge des ehemaligen Eigentümers, sondern in den Nachlass von Frau Sch. Durch die Überlassung vom 17.8.2000 sei das Grundstück aus der Nacherbfolge ausgeschieden. Im Fall einer Rückübertragung auf die Vorerbin hätte diese nacherbenfreies Eigentum erhalten; der Gegenstand wäre zukünftig in ihren Nachlass und nicht mehr in den Nachlass des ursprünglichen Erblassers gefallen. Daher falle auch der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch in deren Nachlass. Der Beteiligte als Nacherbe habe seine Zustimmung zum Ausscheiden des Vermögensgegenstands aus der Nacherbfolge erklärt. Wäre man seinerzeit davon ausgegangen, dass der Rückforderungsanspruch als Surrogat in die Vorerbschaftsmasse falle, wäre dies in der Urkunde irgendwie zum Ausdruck gebracht worden, z. B. durch das Bestehenlassen des Nacherbfolgevermerks im Grundbuch, der Zustimmung nur vorbehaltlich der Rückübertragung oder Eintragung des Nacherbfolgevermerks bei der Rückauflassungsvormerkung selbst.

Der hiergegen erhobenen Beschwerde hat das Grundbuchamt unter dem 24.2.2011 nicht abgeholfen. Zur Begründung des Rechtsmittels wird insbesondere noch vorgebracht, dass der Rückauflassungsanspruch zeitlebens nicht geltend gemacht worden sei, was auch von niemandem behauptet werde. Im Testament vom 3.3.2004 habe die Verstorbene ihre sechs Enkelkinder zu Erben eingesetzt. Der Beteiligte sei Testamentsvollstrecker und könne als einzig möglicher Adressat des Rückauflassungsanspruchs eidesstattlich versichern, dass dieser zu Lebzeiten der Berechtigten nicht entstanden und von der Erblasserin nicht geltend gemacht worden sei.

Aus den Gründen:

II.

Die nach §§ 18 Abs. 1, 71 Abs. 1, 72, 73 GBO zulässige Beschwerde hat in der Sache nur vorläufigen Erfolg.

1. Aus formalen Gründen ist die beanstandete Zwischenverfügung aufzuheben, weil sie das Grundbuchamt nicht hätte erlassen dürfen. Denn die Voraussetzungen nach § 18 GBO sind nicht gegeben. Eine Zwischenverfügung darf nur ergehen, wenn ein Eintragungshindernis mit rückwirkender Kraft zu beseitigen ist. Andernfalls würde der beantragten Eintragung ein Rang zukommen, der ihr nicht gebührt (vgl. *Demharter*, GBO, 27. Aufl., § 18 Rdnr. 8 m. w. N.; Senat vom 10.3.2011, 34 Wx 55/11; ausführlich OLG Schleswig, FGPrax 2010, 282 mit Anm. *Lorbacher*). Die fehlende Bewilligung der Erben als der unmittelbar Betroffenen für die Löschung der Vormerkung bildet hier ein solches Hindernis. Eine rangwahrende Zwischenverfügung scheidet deshalb aus.

Indessen ist dem Grundbuchamt in der Sache Recht zu geben, so dass eine Anweisung, von den geäußerten Bedenken Abstand zu nehmen und die Löschung ohne Bewilligung der Berechtigten, sei es mit oder sei es ohne eidesstattliche Erklärung des Beteiligten, durchzuführen, nicht in Betracht kommt.

2. Das Grundbuchamt ist davon ausgegangen, dass es zur Löschung der Rückauflassungsvormerkung grundbuchrechtlich der Zustimmung (Bewilligung, § 19 GBO) der Erben bedarf. Das Grundbuchamt hat insoweit zutreffend dargelegt, dass der Rückübertragungsanspruch nicht in die Nacherbschaft fällt. Das betroffene Grundstück ist nämlich mit Zustimmung des Beteiligten als Nacherben aus der Nacherbfolge ausgeschieden; der Rückübertragungsanspruch gehört dann nicht mehr in die Nacherbfolge, sondern fällt in den Nachlass nach der Vorerbin (*Dumoulin*, DNotZ 2003, 571, 573; *Reimann*, DNotZ 2007, 579, 591). Die Urkundenslage lässt, auch unter Berücksichtigung der Auslegungsmöglichkeiten gemäß § 133 BGB, hier keine andere Würdigung zu. Insoweit teilt der Senat die Auffassung des Grundbuchamts.

3. Es genügt auch nicht die Bewilligung durch den Beteiligten in seiner Eigenschaft als Testamentsvollstrecker für den Nachlass seiner verstorbenen Mutter.

Der Beteiligte gibt an, Testamentsvollstrecker zu sein. Insofern wird er sich dem Grundbuchamt gegenüber durch Vorlage des Testamentsvollstreckerzeugnisses in Urschrift oder Ausfertigung – ersatzweise durch Vorlage der öffentlich beurkundeten Verfügung von Todes wegen nebst Eröffnungsniederschrift und Nachweis der Amtsannahme durch ein Zeugnis des Nachlassgerichts (vgl. *Demharter*, a.a.O., § 35 Rdnr. 63) ausweisen können (vgl. BayObLGZ 1990, 87 f. = MittBayNot 1990, 253; BayObLG, DNotZ 1996, 20). Der Testamentsvollstrecker ist während der Dauer der Testamentsvollstreckung über den Nachlass verfügungsberechtigt (§ 2205 Satz 2, § 2211 BGB), so dass er die Löschung einer Eintragung, die den Nachlass der Vorerbin betrifft (vgl. zu 1.), grundsätzlich beantragen und bewilligen kann. Dem steht hier allerdings schon entgegen, dass der Beteiligte ein In-Sich-Geschäft vornehmen müsste, für das § 181 BGB analog gilt (BGH, NJW 1981, 1271; *Palandt/Weidlich*, 70. Aufl., § 2205 Rdnr. 25; *Meikel/Böhringer*, GBO, 10. Aufl., § 52 Rdnr. 50). Die Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB in dem Testament vom 3.3.2004 gilt ausdrücklich nur für die Verfügungen in diesem Testament bzw. für Verfügungen in anderen von der Erblasserin errichteten letztwilligen Verfügungen von Todes wegen. Davon nicht erfasst wird hingegen der Überlassungsvertrag vom 17.8.2000 als Vertrag unter Lebenden.

4. Eine Berichtigung aufgrund Unrichtigkeitsnachweises kommt ebenfalls nicht in Betracht (vgl. § 22 Abs. 1 GBO).

a) Einer Zustimmung des Erben zu einer unentgeltlichen – nämlich gegenleistungslosen – Verfügung bedarf es nicht, wenn das Grundbuch aufgrund des Todes des Berechtigten unrichtig geworden ist und durch die Löschung berichtigt werden soll (§ 22 Abs. 1 GBO); denn dann handelt es sich um eine Maßnahme ordnungsgemäßer Verwaltung durch den Testamentsvollstrecker. Dem Grundbuchamt ist dann aber nachzuweisen, dass das Grundbuch unrichtig ist und die Abgabe der Löschungsbewilligung somit im Rahmen ordnungsgemäßer Verwaltung liegt (zu allem BayObLG, DNotZ 1996, 20).

b) Die Vormerkung nach § 883 BGB ist nicht auf die Lebensdauer der Berechtigten beschränkt und damit durch deren Tod auch nicht in Wegfall gekommen. Wenn das Recht von der Berechtigten zu deren Lebenszeit in der vertraglich festgelegten Form ausgeübt worden ist, geht der noch nicht durchgesetzte Anspruch auf die Erben über und bleibt durch die Vormerkung gesichert. Deshalb kommt eine Löschung nach § 22 Abs. 1 GBO nur in Betracht, wenn der vormerkungsgesicherte schuldrechtliche Rückübertragungsanspruch zu Lebzeiten der Berechtigten nicht entstanden ist. Ohne Nachweis kann das Grundbuchamt nicht selbst feststellen, ob die in der Bewilligung genannten Voraussetzungen der Rückübertragung zu Lebzeiten der Berechtigten erfüllt waren und geltend gemacht wurden. Dies gilt namentlich für die zu d) genannte Bedingung. Der Beteiligte muss daher nachweisen, dass diese Voraussetzungen nicht vorliegen. Ob daneben hier auch die Möglichkeit, die Vormerkung „aufzuladen“, den Schuldgrund auszutauschen oder zu erweitern berücksichtigt werden muss und auch deshalb die Bewilligung der Erben unerlässlich erscheint (vgl. zuletzt KG vom 24.2.2011, 1 W 472/10 bei juris; OLG Schleswig, FGPrax 2010, 282; OLG Köln, FGPrax 2010, 14 = MittBayNot 2010, 473), kann dahin stehen.

c) Für den Nachweis negativer Umstände, der in der Form des § 29 Abs. 1 GBO regelmäßig schwierig zu erbringen ist (siehe BayObLG, NJW-RR 1989, 587 = MittBayNot 1989,

163; OLG Hamm, Rpfleger 1991, 59; BayObLG, DNotZ 1996, 20), lässt die Rechtsprechung in bestimmten Fallgruppen Beweiserleichterungen zu. Das Grundbuchamt hat dann sorgfältig unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände in freier Beweiswürdigung zu prüfen, ob ein Nachweis erbracht ist (*Meikel/Böhringer*, § 52 Rdnr. 60 ff.). Insofern kann auch die im Grundbuchverfahren an sich (vgl. § 29 GBO) nicht vorgesehene eidesstattliche Versicherung für die Überzeugungsbildung des Rechtspflegers eine Rolle spielen (vgl. *Meikel/Hertel*, § 29 Rdnr. 448 ff.). Das BayObLG hat diese Möglichkeit in seiner Entscheidung vom 16.3.1995 (DNotZ 1996, 20, 23 f.) nicht generell ausgeschlossen.

d) Der Senat hält diesen Weg hier nicht für gangbar. Eine Löschung gemäß § 23 Abs. 1 GBO oder § 23 Abs. 2 GBO kommt nicht in Betracht (siehe zu allem BayObLG, DNotZ 1996, 20; vgl. auch BGH, FGPrax 1995, 225; BGHZ 117, 390 = MittBayNot 1992, 193 und *Demharter*, a. a. O., § 23 Rdnr. 11). Die dazu entwickelte Rechtsprechung vor allem des BGH, die die Interessen des (bzw. der) aus der Vormerkung Berechtigten in den Vordergrund rückt (vgl. insbesondere BGH, FGPrax 1995, 225, 226), würde konterkariert, wenn die sonst notwendige Bewilligung des Berechtigten durch Beweiserleichterungen zugunsten des Grundstückseigentümers ersetzbar wäre. Beweiserleichterungen, etwa in der Form der eidesstattlichen Versicherung, werden überdies in der Regel nur erwogen, wenn es anderenfalls praktisch unmöglich wäre, einen formgerechten Nachweis zu erbringen (vgl. KG, FGPrax 1997, 212, 214). Eine Berichtigungsbevollmächtigung ist hier aber von den namentlich bekannten Erben – wenn auch unter größerem Aufwand – durchaus zu beschaffen. Schließlich wäre eine eidesstattliche Versicherung, wenn man deren Abgabe entgegen den vorstehenden Überlegungen in Erwägung ziehen wollte, auch deshalb in ihrer Bedeutung gering, weil sie von derjenigen Person stammen würde, die ein Eigeninteresse an der Grundbuchberichtigung hat und sich deshalb in einem Interessenkonflikt befindet (siehe unter 2.). (...)

7. GBO §§ 19, 22, 27; WEG §§ 10 Abs. 6, 27 Abs. 3 Satz 1 (*Vertretungsmacht des Verwalters zur Abgabe einer Löschungsbewilligung*)

Der Verwalter einer Wohnungseigentümergeinschaft ist ohne ermächtigende Vereinbarung oder ermächtigenden Beschluss der Wohnungseigentümer nicht befugt, zur Löschung einer zugunsten der Gemeinschaft im Grundbuch eingetragenen Zwangshypothek eine Löschungsbewilligung abzugeben.

OLG München, Beschluss vom 16.2.2011, 34 Wx 156/10; mitgeteilt von *Edith Paintner*, Richterin am OLG München

Der Beteiligte zu 1 ist Wohnungseigentümer. Er verkaufte sein Wohnungseigentum am 29.7.2010 an den Beteiligten zu 2 und erklärte am 21.10.2010 die Auflassung. Am Wohnungseigentum ist in der Dritten Abteilung des Grundbuches zugunsten der Wohnungseigentümergeinschaft (WEG) seit 4.4.2007 eine Zwangssicherungshypothek zu 1.909,74 € zzgl. Zinsen eingetragen. Mit notariell beglaubigter Urkunde vom 15.9.2010 bewilligte der Geschäftsführer G. für die G.-GmbH als Verwalterin der WEG die Löschung der Zwangshypothek. Die Beteiligten haben Lösungsantrag gestellt. Mit Zwischenverfügung vom 18.10.2010 hat das Grundbuchamt eine Zwischenverfügung erlassen und Frist zur Beseitigung zweier Eintragungshindernisse gesetzt:

Zum einen fehle ein ordnungsgemäßer Nachweis der Verwalterbestellung. Zum anderen sei der Verwalter zur Abgabe einer Löschungsbewilligung nur berechtigt, wenn er hierzu ausdrücklich durch Beschluss der WEG ermächtigt worden sei (§ 27 WEG). Er

könne insoweit nur eine löschungsfähige Quittung in der Form des § 29 GBO erteilen, aus der ersichtlich sein müsse, wer zu welchem Zeitpunkt die hypothekarisch gesicherte Forderung bzw. einen Teilbetrag davon beglichen habe. Alternativ könne ein ermächtigender Beschluss der WEG in grundbuchtauglicher Form vorgelegt werden.

Gegen die vom Grundbuchamt verneinte Berechtigung des Verwalters zur Abgabe der Löschungsbewilligung richtet sich die Beschwerde der Beteiligten, die damit begründet wird, dass die Zwangshypothek ein Vermögensrecht darstelle, welches der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer zustehe. Deren Rechtsfähigkeit sei nunmehr anerkannt. Organ der WEG sei der Verwalter, der sowohl bei der Geltendmachung als auch bei der Aufgabe von Sicherheiten umfassend zu deren Vertretung berechtigt sei (§ 27 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 WEG).

Das Grundbuchamt hat der Beschwerde nicht abgeholfen.

Aus den Gründen:

II.

Die auch namens des Beteiligten zu 2 als Erwerber eingelegte, insgesamt zulässige Beschwerde (§ 18 Abs. 1, § 71 Abs. 1, §§ 72, 73 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 i. V. m. § 15 Abs. 2 GBO; *Demharter*, GBO, 27. Aufl., § 71 Rdnr. 63) hat in der Sache keinen Erfolg. Das Grundbuchamt verlangt für die Löschung (u. a.) zutreffend die Vorlage einer löschungsfähigen Quittung oder aber einen Ermächtigungsbeschluss der WEG.

Die Löschung der Zwangshypothek erfordert nach §§ 19, 22, 27 GBO – neben der Zustimmung des Eigentümers – entweder die Löschungsbewilligung des Grundpfandgläubigers oder dessen Erklärung, befriedigt zu sein, und zwar in Form einer löschungsfähigen Quittung (vgl. *Demharter*, § 27 Rdnr. 20 und 21).

1. Entgegen einer in der Literatur vertretenen Meinung (vgl. *Schneider* in *Riecke/Schmid*, WEG, 3. Aufl., § 1 Rdnr. 161 a. E.; *Timme/Dötsch*, WEG, § 10 Rdnr. 430; *Hügel*, DNotZ 2007, 326, 327; *Böttcher*, Rpfleger 2009, 181, 182) ergibt sich aus der Rechtsfähigkeit (§ 10 Abs. 6 WEG) der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer nicht, dass der Verwalter deshalb auch – über die Erteilung einer löschungsfähigen Quittung hinaus (*Demharter*, § 19 Rdnr. 107) – zur Abgabe einer Löschungsbewilligung befugt ist. Die in § 27 Abs. 3 WEG gesetzlich geregelte Vertretungsbefugnis umfasst nicht die Abgabe der Löschungsbewilligung.

§ 27 Abs. 3 WEG bestimmt, inwieweit der Verwalter mit Wirkung für und gegen die WEG handeln kann. Die Vorschrift enthält einen Katalog von Maßnahmen und Rechtsgeschäften, zu denen der Verwalter von Gesetzes wegen berechtigt ist. Dieser Katalog ist abschließend (vgl. *Palandt/Bassenge*, 70. Aufl., § 27 WEG Rdnr. 1; *Bärnann/Merle*, WEG, 11. Aufl., § 27 Rdnr. 13; auch *Niedenführ* in *Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten*, WEG, 9. Aufl., § 27 Rdnr. 74). Wie sich aus § 27 Abs. 3 Satz 1 Nr. 7 WEG ergibt, benötigt der Verwalter für „sonstige Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen“ einen Beschluss der Wohnungseigentümer. Hierunter fallen auch Verfahrenshandlungen (vgl. *Palandt/Bassenge*, § 27 WEG Rdnr. 28; *Suilmann*, ZWE 2008, 113, 114). Ein solcher Beschluss ist bislang nicht vorgelegt.

Gemäß § 27 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 i. V. m. § 27 Abs. 1 Nr. 4 und 5 WEG kann der Verwalter Lasten- und Kostenbeiträge anfordern, in Empfang nehmen und abführen, ferner alle Zahlungen und Leistungen bewirken und entgegennehmen, die mit der laufenden Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums zusammenhängen. Die gegenständliche Erklärung ist davon nicht umfasst. Die Aufgabe von Sicherheiten gehört jedenfalls dann nicht zur laufenden Verwaltung, solange diese noch benötigt werden, etwa wenn noch nicht geleistet ist. Eine

löschungsfähige Quittung als Nachweis dafür, dass Bezahlung erfolgt ist (vgl. § 368 BGB), wurde nicht vorgelegt. Rechte der WEG darf der Verwalter nicht aufgeben (vgl. *Bärnann/Merle*, § 27 Rdnr. 207 m. w. N.). Dafür, dass die Aufgabe von Sicherheiten zur laufenden Verwaltung gehört, wenn die durch sie gesicherten Ansprüche nicht (mehr) bestehen (vgl. *Demharter*, NZM 2005, 601, 603; *Schaal*, RNotZ 2008, 569, 594), spricht vieles, braucht aber an dieser Stelle nicht vertieft zu werden, da die Tilgung der Schuld nicht nachgewiesen ist.

Gestützt wird die Auffassung des Senats auch durch § 27 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 WEG. Hiernach ist der Verwalter zwar befugt, Willenserklärungen für die WEG entgegenzunehmen. Hingegen erstreckt sich die gesetzliche Vertretungsmacht des Verwalters für den Verband nicht auch auf die Abgabe von Willenserklärungen (siehe *Demharter* und *Schaal* je a. a. O.). Die Eintragungsbewilligung ist zwar eine dem Verfahrensrecht zuzurechnende Erklärung (*Demharter*, § 19 Rdnr. 13 m. w. N.). Im Zusammenhang mit § 27 Abs. 3 Satz 1 Nr. 7 WEG erschließt sich jedoch, dass jede Erweiterung der gesetzlich eingeräumten Vertretungsmacht des Verwalters allein in die Autonomie der Eigentümergemeinschaft fällt.

2. Weil jede einzelne Beanstandung in der Zwischenverfügung eine Entscheidung i. S. v. § 71 GBO bildet (siehe *Demharter*, § 77 Rdnr. 12), erstreckt sich die Befugnis des Senats im Beschwerdeverfahren nicht auch auf andere, nicht angefochtene Beanstandungen. (...)

Anmerkung:

Mit der in Grundbuchsachen gewohnten Prägnanz entscheidet das OLG München folgenden Sachverhalt: Die Wohnungseigentümergeinschaft hatte auf dem Wohnungseigentum eines Wohnungseigentümers eine Zwangssicherungshypothek eintragen lassen. Der Verwalter bewilligte mit notariell beglaubigter Urkunde die Löschung der Zwangshypothek. Eine löschungsfähige Quittung des Grundpfandrechtsgläubigers in der Form des § 29 GBO fehlte. Das Grundbuchamt forderte den Nachweis der Verwalterbestellung sowie die Ermächtigung des Verwalters durch die WEG zur Abgabe einer Löschungsbewilligung.

Zu Recht: Nur mit einer löschungsfähigen Quittung, die beinhaltet, durch wen und wann der Gläubiger freiwillig befriedigt worden ist und auch, ob die Zahlung auf das dingliche Recht oder die gesicherte Forderung erfolgt war, kann der Gläubiger gegenüber dem Grundbuchamt darstellen, dass die Forderung, für die die Zwangssicherungshypothek bestellt ist, getilgt ist. Eine einfache Quittung, die nur den Leistungsempfang gemäß § 368 BGB nachweist, reicht nicht; ohne Benennung des Zahlenden kann der konkrete Rechtsübergang nicht beurteilt werden (*Demharter*, GBO, § 27 Rdnr. 21). Die Löschungsbewilligung des Eigentümers alleine weist nicht nach, dass er Inhaber des Grundpfandrechts ist.

Wegen dieser sachenrechtlichen Bedeutung von löschungsfähigen Quittungen und Löschungsbewilligung ist genau zu prüfen, welche Vollmachten dem Verwalter einer WEG zustehen, seien sie originär aus dem Gesetz abgeleitet oder aus ermächtigender Vereinbarung oder ermächtigendem Beschluss der Wohnungseigentümer.

Die Vertretung des teilrechtsfähigen Verbands – die Teilrechtsfähigkeit hat die WEG-Novelle zum 1.7.2007, § 10 Abs. 6 WEG nach dem Beschluss des BGH vom 02.06.2005, V ZB 32/05, MittBayNot 2005, 495 anerkannt – bestimmt § 27 Abs. 3 WEG. Diese dort geregelten Befugnisse können zwar nicht eingeschränkt oder ausgeschlossen werden, aller-

dings gemäß § 27 Abs. 3 Nr. 7 WEG durch Vereinbarung oder Beschluss der Wohnungseigentümer mit Stimmenmehrheit erweitert werden. Unter anderem hat der Verwalter für die Gemeinschaft Willenserklärungen und Zustellungen entgegenzunehmen, aber auch Notmaßnahmen (wie z. B. zur Wahrung einer Frist oder zur Abwendung sonstiger Rechtsnachteile) zu treffen; er hat gegen die Gemeinschaft gerichtete Rechtsstreitigkeiten im Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren zu führen, § 27 Abs. 3 Nr. 2 WEG. Zu diesen originären Aufgaben ist der Verwalter von Gesetzes wegen bevollmächtigt. Er ist auch bevollmächtigt, nach § 27 Abs. 1 Nr. 5 WEG (durch den Verweis in § 27 Abs. 3 Nr. 4 WEG) alle Zahlungen und Leistungen zu bewirken und entgegenzunehmen, die mit der laufenden Verwaltung zusammenhängen.

Wohl außer Streit steht, dass der Verwalter die löschungsfähigen Quittungen, wenn die Voraussetzungen vorliegen, ausstellt; es gehört zur laufenden Verwaltung bei der Entgegennahme von Leistungen, diesen tatsächlichen Vorgang (herrschende Meinung) zu bestätigen. Also ist zu fragen, ob die Abgabe einer Löschungsbewilligung an den Eigentümer, auf dessen Wohnungseigentum eine Zwangssicherungshypothek zugunsten der WEG eingetragen ist, ebenfalls eine laufende Angelegenheit im Zusammenhang mit der Entgegennahme von Leistungen ist, zu der der Verwalter von Gesetzes wegen vertretungsberechtigt ist.

Problematisch ist, ob der Verwalter auch Sicherheiten aufgeben darf, solange nicht nachgewiesen ist, dass die Sicherheiten noch benötigt werden können. Auch hier ist es fast einstimmige Meinung, dass diese Rechte der Verwalter als Vertreter der WEG nicht aufgeben darf. Das OLG München bestätigt dies erneut.

Ständige Rechtsprechung auch des BayObLG vom 5.11.1998 (ZZ BR 147/98, BayObLGZ 1998, 284 = NJW-RR 1999, 235) ist es, dass der Verwalter ohne ausdrückliche Ermächtigung nicht befugt ist, in einem außergerichtlichen Vergleich auf (Wohngeld-)Ansprüche zu verzichten (ebenso: BayObLG vom 22.4.2004 – 2 Z BR 113/03, ZMR 2004, 839; *Spielbauer/Then*, WEG, § 27 Rn. 11). Würde man davon ausgehen, dass die Aufgabe von Sicherheiten, wenn die gesicherten Ansprüche nachweislich nicht mehr bestehen, zur laufenden Verwaltung im Zusammenhang mit der Entgegennahme von Leistungen gehört, wie es das OLG München auch sieht (unter Bezugnahme auf Fundstellen in der Rechtsliteratur – im Fall allerdings offen gelassen –), dann bestünde für die Aufgabe der Sicherheit die originäre Befugnis des Verwalters. Anders ist es, wenn die Tilgung der Schuld dem Grundbuchamt nicht nachgewiesen ist. Dann bedarf der Verwalter zur Aufgabe der Sicherheit der Bevollmächtigung der Eigentümer.

Der Leitsatz, den das OLG München seiner Entscheidung mitgegeben hat, wonach der Verwalter nur im Rahmen des § 27 Abs. 3 Nr. 7 WEG, also mit einer ausdrücklichen Ermächtigung der Wohnungseigentümergeinschaft (oder bereits einer ermächtigenden Vereinbarung) befugt ist, die Löschungsbewilligung abzugeben, ist leider insofern unscharf, weil er dem tragenden Gesichtspunkt der Entscheidung nicht entspricht, dass die Tilgung der Schuld der Zwangssicherungshypothek dem Grundbuchamt nicht nachgewiesen war. So sinnvoll es ist, für die Aufgabe von Rechten insbesondere für den Verzicht von Zahlungsansprüchen zugunsten der Wohnungseigentümergeinschaft einen Beschluss der Wohnungseigentümergeinschaft zu fordern, so wenig überzeugend erscheint es dann, wenn die Tilgung der Schuld, für die eine Zwangssicherungshypothek zugunsten der Wohnungseigentümergeinschaft eingetragen ist, nachgewiesen ist, die originäre Befugnis des Verwalters, die Löschungsbewilligung zu erklären, zu ver-

neinen; der Wohnungseigentümergeinschaft würde anderenfalls ein Rechtsstreit auf Abgabe der Löschungsbewilligung drohen, sollte nicht schnell genug ein Beschluss der Eigentümerversammlung vorliegen. Dies suggeriert allerdings entgegen den Entscheidungsgründen, denen im Übrigen uneingeschränkt zuzustimmen ist, der Leitsatz.

Das besondere dieser Entscheidung des OLG München, die über eine Beschwerde gegen eine Zwischenverfügung des Grundbuchamts erfolgte, war der fehlende Nachweis der Tilgung der gesicherten Forderung.

Rechtsanwalt *Michael Then*, München

8. BGB §§ 1355 Abs. 4, 1757 Abs. 1, 1767 Abs. 2 (*Auswirkung der adoptionsbedingten Änderung des Geburtsnamens auf den Beinamen zum Ehenamen*)

Der als Folge einer späteren Adoption geänderte Geburtsname tritt auch als Beinamen zum Ehenamen zwingend an die Stelle des früher hinzugefügten Geburtsnamens. Ein Wahlrecht zwischen dem früheren und dem neuen Geburtsnamen besteht insoweit nicht. Will der Angenommene seinen neuen Geburtsnamen nicht als Beinamen zum Ehenamen führen, kann er die Beifügung des Geburtsnamens nach § 1355 Abs. 4 Satz 4 BGB widerrufen.

BGH, Beschluss vom 17.8.2011, XII ZB 656/10; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die 1952 geborene Betroffene, eine geborene Ha., hatte im Jahre 1971 die Ehe geschlossen. Der Geburtsname Sch. des Ehemannes war Ehenamen geworden. Im Jahre 1979 hatte die Betroffene dem Ehenamen ihren Geburtsnamen als Begleitnamen vorangestellt; sie führte seitdem den Namen Ha.-Sch. Durch einen am 25.4.2009 wirksam gewordenen Beschluss wurde die Betroffene von dem 1945 geborenen Herrn We. als Kind angenommen. Zugleich wurde ausgesprochen, dass sie als Geburtsnamen den Namen We. erhält.

Die Beteiligten streiten darum, ob sich die Änderung des Geburtsnamens der Betroffenen auch auf den ihrem Ehenamen vorangestellten Beinamen auswirkt. Die Betroffene möchte nach der Adoption den Namen Ha.-Sch., geborene We. führen. Der mit der Führung des Familienbuches befasste Standesbeamte hat es für zweifelhaft gehalten, ob die gewünschte Namensführung zulässig ist und hat die Sache über den Beteiligten zu 2 dem AG zur Entscheidung vorgelegt. Das AG hat den Standesbeamten angewiesen, den Familiennamen der Betroffenen mit We.-Sch., geborene We. zu führen. Die gegen diese Entscheidung gerichtete Beschwerde hat das OLG mit seinem in FamRZ 2011, 909 f. veröffentlichten Beschluss zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die – vom OLG zugelassene – Rechtsbeschwerde der Betroffenen.

Aus den Gründen:

II.

Die Rechtsbeschwerde ist statthaft, weil das OLG sie in dem angefochtenen Beschluss zugelassen hat. Daran ist der Senat gebunden (§ 51 Abs. 1 PStG i. V. m. § 70 Abs. 1, Abs. 2 Satz 2 FamFG). Sie ist auch im Übrigen zulässig, hat in der Sache aber keinen Erfolg.

Die Instanzgerichte haben den Standesbeamten im Vorlageverfahren nach § 49 Abs. 2 PStG zu Recht angewiesen, für die Betroffene den Namen We.-Sch., geborene We. zu führen.

1. Die Betroffene und ihr Ehemann haben bei ihrer Eheschließung im Jahre 1971 dessen Geburtsnamen Sch. zum Ehenamen bestimmt. Dieser Ehenamen der Betroffenen hat sich seitdem nicht geändert.

Der Geburtsname der Betroffenen, der ursprünglich Ha. lautete, hat sich durch ihre Adoption im Jahre 2009 gemäß §§ 1757

Abs. 1, 1767 Abs. 2 Satz 1 BGB geändert. Die Betroffene hat mit ihrer Adoption als Geburtsnamen den Familiennamen des Annehmenden We. erhalten. Das stellt auch die Rechtsbeschwerde nicht in Zweifel.

Im Jahre 1979 hatte die Betroffene gemäß § 1355 Abs. 3 BGB a. F. (jetzt: § 1355 Abs. 4 BGB) dem Ehenamen ihren Geburtsnamen vorangestellt. Bis zu ihrer Adoption im Jahre 2009 führte sie deswegen den Namen Ha.-Sch., geborene Ha. Welche Auswirkungen die spätere Adoption und die damit verbundene Änderung des Geburtsnamens auf den dem Ehenamen vorangestellten Namen hat, ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten.

2. Das OLG weist zutreffend darauf hin, dass zu den Auswirkungen der adoptionsbedingten Änderung des Geburtsnamens auf den beigefügten Namen im Wesentlichen drei Auffassungen vertreten werden.

a) Teilweise wird vertreten, dem Angenommenen stehe mit der Änderung des Geburtsnamens ein Wahlrecht hinsichtlich seines Begleitnamens zu. Er könne den früheren Geburtsnamen auch nach der Adoption als Begleitnamen beibehalten, weil nach § 1355 Abs. 6 BGB Geburtsname der Name sei, der in die Geburtsurkunde eines Ehegatten zum Zeitpunkt der Erklärung gegenüber dem Standesbeamten einzutragen sei. Zudem lasse § 1355 Abs. 4 Satz 1 BGB nicht nur die Beifügung des Geburtsnamens, sondern auch die Beifügung des zur Zeit der Erklärung über die Bestimmung des Ehenamens geführten Namens zu. Der Angenommene könne den früheren Geburtsnamen aber auch gegen seinen neuen Geburtsnamen als Beinamen austauschen (BayObLG, StAZ 2000, 107; OLG Düsseldorf, FamRZ 2011, 907, 908; *Soergel/Liermann*, BGB, 13. Aufl., § 1757 Rdnr. 18; *Bamberger/Roth/Enders*, BGB, 2. Aufl., § 1757 Rdnr. 13 f.; MünchKommBGB/v. *Sachsen Gessaphe*, 5. Aufl., § 1355 Rdnr. 30; *Hepting/Gaaz*, PStR Bd. II Rn. V – 487; *Eckebrecht*, FPR 2001, 357, 371).

b) Nach einer anderen Auffassung soll mit der Änderung des Geburtsnamens als Folge der Adoption der dem Ehenamen beigefügte Begleitname entfallen. Dem Adoptierten stehe es aber frei, durch Erklärung gegenüber dem Standesbeamten den durch die Adoption erworbenen neuen Geburtsnamen dem Ehenamen beizufügen (KG, StAZ 1988, 170 f.; LG Hanau, StAZ 2002, 171 m. Anm. *Liermann*, StAZ 2002, 339; *Staudinger/Frank*, 2007, § 1757 Rdnr. 37 f.; *Homeyer*, StAZ 2009, 82 f.).

c) Schließlich wird die Auffassung vertreten, der durch die Adoption geänderte Geburtsname trete auch als Beinamen zum Ehenamen zwingend an die Stelle des früher hinzugefügten Geburtsnamens. Ein Wahlrecht bestehe insoweit nicht; der Angenommene könne lediglich die Beifügung des Geburtsnamens nach § 1355 Abs. 4 Satz 4 BGB widerrufen (LG Berlin, StAZ 1986, 290; MünchKommBGB/*Maurer*, 5. Aufl., § 1757 Rdnr. 6; *Erman/Saar*, BGB, 12. Aufl., § 1757 Rdnr. 2; *Palandt/Diederichsen*, 70. Aufl., § 1757 Rdnr. 6; *Henrich/Wagenitz/Bornhofen*, Deutsches Namensrecht, § 1757 BGB Rdnr. 19; *Krause*, NotBZ 2006, 273, 276).

3. Mit dem Beschwerdegericht schließt sich der Senat der zuletzt genannten Auffassung an.

a) Die Betroffene hatte dem Ehenamen ihren seinerzeit geltenden Geburtsnamen beigefügt. Nach §§ 1767 Abs. 2 Satz 1, 1754, 1757 Abs. 1 Satz 1 BGB hat sie mit der Annahme den Familiennamen des Annehmenden als Geburtsnamen erhalten. Durch diese gesetzliche Entscheidung, die auch in dem Annahmebeschluss ihren Niederschlag gefunden hat, ist der Beifügung des nicht mehr geltenden Geburtsnamens die Grundlage entzogen. Die Vorschrift des § 1355 Abs. 6 BGB

will lediglich die Beifügung eines geänderten früheren Geburtsnamens verhindern, schließt die Berücksichtigung späterer Änderungen des Geburtsnamens, u. a. durch eine Adoption, aber nicht aus (MünchKommBGB/v. *Sachsen Gessaphe*, 5. Aufl., § 1355 Rdnr. 8).

b) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde kann der vor der Adoption dem Ehenamen beigefügte Geburtsname auch nicht nach der zweiten Alternative des § 1355 Abs. 4 Satz 1 BGB fortbestehen. Danach kann ein Ehegatte, dessen Name nicht Ehepartner geworden ist, durch Erklärung gegenüber dem Standesbeamten außer seinem Geburtsnamen auch den zur Zeit der Erklärung über die Bestimmung des Ehenamens geführten Namen voranstellen oder anfügen. Diese Vorschrift soll es dem Ehegatten ermöglichen, einen vom Geburtsnamen abweichenden Familiennamen dem Ehenamen beizufügen (BR-Drucks. 262/92, S. 39 f.). Die beiden Alternativen des § 1355 Abs. 4 Satz 1 BGB schließen sich mithin wechselseitig aus. Der Ehegatte kann entweder seinen Geburtsnamen oder einen anderen zur Zeit der Erklärung geführten Namen beifügen (*Staudinger/Frank*, 2007, § 1757 Rdnr. 38). Hier hatte die Betroffene im Zeitpunkt der Erklärung nach § 1355 Abs. 4 BGB (= § 1355 Abs. 3 BGB a. F.) keinen abweichenden Familiennamen und hat dem Ehenamen deswegen ihren Geburtsnamen vorangestellt.

c) Der dem Ehenamen beigefügte Geburtsname entfällt durch die Änderung des Geburtsnamens in Folge der Adoption auch nicht automatisch. Zutreffend wird zwar darauf hingewiesen, dass nach dem Wechsel des Geburtsnamens namensästhetische Gründe zu einem schützenswerten Interesse führen können, den Begleitnamen abzulegen (KG, StAZ 1988, 170, 171; *Staudinger/Frank*, 2007, § 1757 Rdnr. 38). Solche berechnete Interessen eines adoptierten Ehegatten sind allerdings durch das Gesetz hinreichend geschützt. Nach § 1355 Abs. 4 Satz 4 BGB, einer Vorschrift, die im Zeitpunkt der Entscheidung des KG noch nicht galt und erst zum 1.4.1994 eingefügt wurde, kann der Ehegatte seine Erklärung gegenüber dem Standesamt widerrufen, was zum Wegfall des beigefügten Namens führt. Wenn der Betroffene seinen neuen Geburtsnamen als Begleitnamen neben dem Ehenamen nicht mehr aufrechterhalten möchte, trägt diese Vorschrift seinem Interesse hinreichend Rechnung.

Soweit § 1355 Abs. 4 Satz 4 Hs. 2 BGB vorsieht, dass nach dem Widerruf einer früheren Erklärung keine neue Erklärung nach § 1355 Abs. 4 Satz 1 BGB abgegeben werden darf, belastet auch dies den adoptierten Ehegatten nicht unangemessen. Nach §§ 1767 Abs. 2 Satz 1, 1757 Abs. 1 Satz 1 BGB erhält der Angenommene zwingend den Geburtsnamen des Annehmenden (*Müller/Sieghörtner/Emmerling de Oliveira*, Adoptionsrecht in der Praxis, 2. Aufl., Rdnr. 364 f.). Auch ein volljähriger Angenommener erhält mithin einen neuen Geburtsnamen, den er anstelle des früheren Geburtsnamens führen muss, wenn er nicht verheiratet ist. Mit der Annahme soll das Kind voll in seine neue Familie integriert werden. Diesem Ziel liefe es zuwider, wenn das Kind seinen früheren Namen weiterführen könnte und so die Beziehungen zur bisherigen Familie aufrechterhalten blieben (BR-Drucks. 262/92, S. 48). Nur in besonderen Fällen kann das Gericht nach § 1757 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BGB mit dem Ausspruch der Annahme dem neuen Familiennamen des Kindes den bisherigen Familiennamen voranstellen oder anfügen, wenn dies aus schwerwiegenden Gründen zum Wohl des Kindes erforderlich ist. Ist der Angenommene aber – wie hier – bereits verheiratet und führt er als Ehenamen den Namen des Ehegatten auch nach der Adoption fort, hat das Kontinuitätsinteresse deutlich weniger Gewicht. Auch die Vorschrift des § 1757 Abs. 3 BGB spricht für sehr weitgehende Folgen der Änderung des Geburts-

namens durch eine Adoption. Selbst wenn der Geburtsname in einer bestehenden Ehe zum Ehenamen bestimmt worden ist, bleibt der Ehe name nur dann von der Adoption unberührt, wenn der Ehegatte der Namensänderung nicht zustimmt. Andernfalls ändert sich sogar der vom früheren Geburtsnamen abgeleitete Ehe name.

d) Gegen diese gesetzliche Regelung bestehen nach Auffassung des Senats auch keine durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken. Zwar wird der Verzicht auf einen früher geführten Namen grundsätzlich als Identitätseinbuße erlebt. Der Name ist nicht nur seinem Träger, sondern auch dessen Berufs- und Lebenskreis vertraut; mit ihm verbindet sich ein Abschnitt des bisherigen Lebenswegs (BR-Drucks. 262/92, S. 23). Bei der Ausgestaltung des Namensrechts hat der Gesetzgeber den Schutz der von Ehegatten bis zur Ehe geführten Namen zu respektieren. Denn der Name eines Menschen ist Ausdruck seiner Identität und Individualität und begleitet die Lebensgeschichte seines Trägers, die unter dem Namen als zusammenhängend erkennbar wird (BVerfGE 84, 9, 22; 97, 391, 393). Wegen der sonstigen Funktionen, die der Gesetzgeber dem Namen beigemessen hat, hat der Einzelne jedoch kein uneingeschränktes Recht auf Beibehaltung seines bisher geführten Namens, sofern Eingriffe unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit erfolgen (BVerfGE 78, 38, 49; BVerfGE 123, 90 = FamRZ 2009, 939 Rdnr. 24). Wenn ein Ehegatte nach seiner Adoption – wie hier – seinen zuvor geführten Ehenamen fortführt und ihm lediglich die Möglichkeit der Fortführung des durch die Adoption entfallenen Geburtsnamens als Begleitname genommen wird, ist der damit verbundene Eingriff in das Persönlichkeitsrecht nicht unverhältnismäßig. Die mit der Adoption bezweckte Zuordnung zur Familie des Annehmenden kann nur durch den in §§ 1767 Abs. 2 Satz 1, 1757 Abs. 1 Satz 1 BGB angeordneten Wechsel des Geburtsnamens erfolgen. Für den verheirateten Angenommenen wird sein Kontinuitätsinteresse durch den fortbestehenden Ehenamen gewahrt. Die Kontinuität des Ehenamens ist stets sichergestellt, wenn der Geburtsname oder früher geführte Name des anderen Ehegatten zum Ehenamen bestimmt wurde. Dieser Ehe name kann dem Adoptierten dann regelmäßig nicht gegen seinen Willen genommen werden (zu den Grenzen vgl. Senatsurteil BGHZ 175, 173 = FamRZ 2008, 859 Rdnr. 10 ff.). Für den Fall, dass der Geburtsname des angenommenen Ehegatten zum Ehenamen bestimmt wurde, bietet § 1757 Abs. 3 BGB hinreichenden Schutz.

4. Die Instanzgerichte haben deswegen zu Recht entschieden, dass die Änderung des Geburtsnamens der Betroffenen durch die Adoption auch zu einer Änderung des dem Ehenamen beigefügten Geburtsnamens führt. Danach kann die Betroffene entweder den Namen We.-Sch., geborene We. führen oder ihre Erklärung über die Beifügung ihres Geburtsnamens nach § 1355 Abs. 4 Satz 4 BGB widerrufen. Erst dann wäre ihr Name als Sch., geborene We. zu führen. Die Rechtsbeschwerde der Betroffenen hat somit keinen Erfolg.

9. BGB § 1579 Nr. 2 (*Wiederaufleben des nachehelichen Unterhaltsanspruchs nach Beendigung der verfestigten Lebensgemeinschaft*)

1. Zweck der gesetzlichen Neuregelung in § 1579 Nr. 2 BGB ist es, rein objektive Gegebenheiten bzw. Veränderungen in den Lebensverhältnissen des bedürftigen Ehegatten zu erfassen, die eine dauerhafte Unterhaltsleistung unzumutbar erscheinen lassen. Entscheidend ist deswegen darauf abzustellen, dass der

unterhaltsberechtigter frühere Ehegatte eine verfestigte neue Lebensgemeinschaft eingegangen ist, sich damit endgültig aus der ehelichen Solidarität herauslöst und zu erkennen gibt, dass er diese nicht mehr benötigt. Kriterien wie die Leistungsfähigkeit des neuen Partners spielen hingegen keine Rolle.

2. Ein nach § 1579 Nr. 2 BGB beschränkter oder versagter nachehelicher Unterhaltsanspruch kann grundsätzlich wiederaufleben, wobei es einer umfassenden Zumutbarkeitsprüfung unter Berücksichtigung aller Umstände bedarf. Bei Beendigung der verfestigten Lebensgemeinschaft lebt ein versagter Unterhaltsanspruch regelmäßig im Interesse gemeinsamer Kinder als Betreuungsunterhalt wieder auf. Für andere Unterhaltstatbestände gilt dies nur dann, wenn trotz der für eine gewisse Zeit verfestigten neuen Lebensgemeinschaft noch ein Maß an nachehelicher Solidarität geschuldet ist, das im Ausnahmefall eine weitergehende nacheheliche Unterhaltspflicht rechtfertigen kann.

BGH, Urteil vom 13.7.2011, XII ZR 84/09

Der Kläger, der den Wegfall seiner Unterhaltspflicht begehrt, bezieht inzwischen höhere Einkünfte, weil er zum Leiter des Qualitätsmanagements aufgestiegen ist und seine Erwerbstätigkeit vorübergehend von wöchentlich 35 Stunden auf 40 Stunden aufgestockt hatte. Er ist neben der Beklagten und dem gemeinsamen Sohn zwei weiteren, im März 1993 und November 1997 geborenen Kindern, unterhaltspflichtig.

Die Beklagte ist ausgebildete Bauzeichnerin. Sie war seit der Geburt des gemeinsamen Sohnes nur in geringfügigem Umfang erwerbstätig und widmete sich der Betreuung des Sohnes und ihrer Tochter aus einer früheren Beziehung. Nach der Trennung gab sie ihren Beruf auf. Von August 2006 bis August 2007 ließ sie sich zur Feng-Shui-Beraterin ausbilden. Als solche ist sie seit Januar 2008 selbstständig. Jedenfalls seit dem Frühjahr 2004 bis November 2008 unterhielt sie eine auf Dauer angelegte Partnerschaft mit dem Zeugen K.

Das AG hat der Abänderungsklage stattgegeben und der Beklagten für die Zeit ab Januar 2008 wegen ihrer verfestigten Lebensgemeinschaft weiteren Unterhalt versagt. Auf die Berufung der Beklagten hat das OLG die Entscheidung abgeändert und den Wegfall des Unterhaltsanspruches auf die Zeit von April bis November 2008 begrenzt. Für die Zeit ab Dezember 2008 hat es den Unterhalt herabgesetzt und zwar auf 359 € für Dezember 2008 und auf monatlich 484 € für die Zeit ab Januar 2009. Zur Frage des „Wiederauflebens des Unterhaltsanspruches nach Beendigung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft“ hat das OLG die Revision zugelassen. Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision des Klägers, mit der er einen Wegfall seiner Unterhaltspflicht auch für die Zeit ab Dezember 2008 begehrt.

Aus den Gründen:

(...)

Soweit das Berufungsgericht der Beklagten für die hier noch relevante Zeit ab Dezember 2008 den vollen rechnerisch ermittelten Aufstockungsunterhalt zugesprochen und eine weitere Begrenzung nach § 1579 Nr. 2 BGB abgelehnt hat, hält dies den Angriffen der Revision nicht stand.

a) Zutreffend ist das OLG allerdings davon ausgegangen, dass der Unterhaltsanspruch der Beklagten wegen ihrer verfestigten Lebensgemeinschaft in der Zeit von Januar bis November 2008 überwiegend entfallen war. Dies hält auch den Gegenrügen der Beklagten stand.

Schon nach ständiger Rechtsprechung des Senats zum früheren Recht konnte ein länger dauerndes Verhältnis des Unterhaltsberechtigten zu einem anderen Partner zur Annahme eines Härtegrundes im Rahmen des § 1579 Nr. 7 BGB a. F. – mit der Folge der Unzumutbarkeit einer weiteren uneinge-

schränkten Unterhaltsbelastung für den Unterhaltspflichtigen – führen, wenn sich die Beziehung in einem solchen Maße verfestigt hatte, dass sie als eheähnliches Zusammenleben anzusehen und gleichsam an die Stelle einer Ehe getreten war. Dabei setzte die Annahme einer verfestigten Lebensgemeinschaft nicht zwingend voraus, dass die Partner räumlich zusammenlebten und einen gemeinsamen Haushalt führten, auch wenn eine solche Form des Zusammenlebens in der Regel als ein typisches Anzeichen hierfür angesehen wurde. Unter welchen Umständen – nach einer gewissen Dauer, die im Allgemeinen zwischen zwei und drei Jahren lag – auf ein eheähnliches Zusammenleben geschlossen werden konnte, ließ sich nicht allgemein verbindlich festlegen. Letztlich oblag es der verantwortlichen Beurteilung des Tatrichters, ob er den Tatbestand des eheähnlichen Zusammenlebens aus tatsächlichen Gründen für gegeben erachtete oder nicht (Senatsurteile BGHZ 176, 150 = FamRZ 2008, 1414 Rdnr. 26; BGHZ 157, 395 = FamRZ 2004, 614, 616 und BGHZ 150, 209 = FamRZ 2002, 810, 811).

Mit der zum 1.1.2008 in Kraft getretenen Neuregelung des § 1579 Nr. 2 BGB ist die verfestigte Lebensgemeinschaft als eigenständiger Härtegrund in das Gesetz übernommen worden. Auch damit wird kein vorwerfbares Fehlverhalten des Unterhaltsberechtigten sanktioniert. Zweck der Vorschrift ist es vielmehr, rein objektive Gegebenheiten bzw. Veränderungen in den Lebensverhältnissen des bedürftigen Ehegatten zu erfassen, die eine dauerhafte Unterhaltsleistung unzumutbar erscheinen lassen. Auch die gesetzliche Neuregelung hat nicht festgelegt, ab wann von einer verfestigten Lebensgemeinschaft auszugehen ist, sondern ausdrücklich auf die hierzu ergangene Rechtsprechung Bezug genommen. Eine verfestigte Lebensgemeinschaft kann danach insbesondere angenommen werden, wenn objektive, nach außen tretende Umstände wie etwa ein über einen längeren Zeitraum hinweg geführter gemeinsamer Haushalt, das Erscheinungsbild in der Öffentlichkeit, größere gemeinsame Investitionen wie der Erwerb eines gemeinsamen Familienheims oder die Dauer der Verbindung den Schluss auf eine verfestigte Lebensgemeinschaft nahelegen. Entscheidend ist darauf abzustellen, dass der unterhaltsberechtigter frühere Ehegatte eine verfestigte neue Lebensgemeinschaft eingegangen ist, sich damit endgültig aus der ehelichen Solidarität herauslöst und zu erkennen gibt, dass er diese nicht mehr benötigt (BT-Drucks. 16/1830, S. 21; vgl. auch Senatsurteil vom 30.3.2011, XII ZR 3/09, FamRZ 2011, 791 Rdnr. 39). Kriterien wie die Leistungsfähigkeit des neuen Partners spielen hingegen keine Rolle. Die verfestigte Lebensgemeinschaft ist damit als Anwendungsfall der Unbilligkeit nach § 1579 BGB zu begreifen und nicht als Fall der bloßen Bedarfsdeckung im Sinne von § 1577 Abs. 1 BGB. Die Belange eines gemeinsamen Kindes sind allerdings im Rahmen der Kinderschutzklausel im Einleitungssatz des § 1579 BGB zu beachten.

Auf dieser rechtlichen Grundlage ist die Annahme einer verfestigten Lebensgemeinschaft durch das OLG aus revisionsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden. Zu Recht hat es dabei auch auf das Erscheinungsbild der neuen Lebensgemeinschaft der Beklagten in der Öffentlichkeit abgestellt. Dem Umstand, dass die Beklagte keinen gemeinsamen Haushalt mit ihrem Lebensgefährten unterhielt, hat es dadurch Rechnung getragen, dass es eine verfestigte Lebensgemeinschaft erst ab Januar 2008, also nach 3 ¼ Jahren seit Aufnahme der neuen Partnerschaft, angenommen hat. Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung liegt darin jedenfalls keine rechtswidrige Belastung der Beklagten.

b) Das Wiedererstarren des Anspruchs auf Aufstockungsunterhalt für die Zeit ab Dezember 2008 hat das OLG hingegen nicht rechtsfehlerfrei begründet.

aa) Zutreffend ist allerdings der Ansatz des OLG, wonach ein nach § 1579 BGB beschränkter oder versagter Unterhaltsanspruch bei Wegfall des Härtegrundes grundsätzlich wieder aufleben kann. Insoweit unterscheidet sich die Vorschrift von der früheren Regelung in § 66 EheG, die eine Verwirkung des Unterhaltsanspruchs vorsah. Ändern sich später die Gegebenheiten, die die Unzumutbarkeit der Inanspruchnahme des früheren Ehegatten auf Unterhalt begründet haben, bleiben diese Änderungen weder unberücksichtigt noch führen sie ohne Weiteres zur Wiederherstellung der unterhaltsrechtlichen Lage, die vor dem Eintritt der die Unzumutbarkeit begründenden Umstände bestanden hat. Erforderlich ist nach ständiger Rechtsprechung des Senats vielmehr eine neue umfassende Prüfung, ob die aus einer wiederauflebenden Unterhaltspflicht erwachsenden Belastungen für den Unterhaltspflichtigen weiterhin die Zumutbarkeitsgrenze überschreiten (Senatsurteile vom 6.5.1987, IV b ZR 61/86, FamRZ 1987, 689, 690 und vom 25.9.1985, IV b ZR 49/84, FamRZ 1986, 443, 444). In diese Prüfung sind grundsätzlich alle Umstände einzubeziehen, die die gebotene Billigkeitsabwägung beeinflussen können. Erhebliche Bedeutung kommt dabei zunächst dem Maß der nahehelichen Solidarität zu. Insbesondere in Fällen, in denen der unterhaltsberechtigte Ehegatte während der Ehezeit seine Erwerbstätigkeit aufgegeben hatte, um den gemeinsamen Haushalt zu führen oder die gemeinsamen Kinder zu betreuen, gewinnt auch die Ehedauer an Bedeutung (vgl. Senatsurteil vom 6.10.2010, XII ZR 202/08, FamRZ 2010, 1971 Rdnr. 21 und vom 11.8.2010, XII ZR 102/09, FamRZ 2010, 1637 Rdnr. 48). Auf der anderen Seite ist auch zu berücksichtigen, wie lange die Verhältnisse gedauert haben, die eine Unterhaltsgewährung als objektiv unzumutbar erscheinen ließen (OLG Celle, FamRZ 2008, 1627 Rdnr. 42). Entsprechend wird in der Literatur einhellig die Auffassung vertreten, dass ein nach § 1579 Nr. 2 BGB beschränkter oder versagter nahehelicher Unterhaltsanspruch grundsätzlich wiedererstarren kann, wobei es einer umfassenden Zumutbarkeitsprüfung unter Berücksichtigung aller Umstände bedarf (*Wendl/Gerhardt*, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 8. Aufl., Rdnr. 1384; *Scholz/Kleffmann/Motzer*, Praxishandbuch Familienrecht, Stand: März 2011, Teil H Rdnr. 280; *Johannsen/Henrich/Büttner*, Familienrecht, 5. Aufl., § 1579 BGB Rdnr. 68 ff.; *Hoppenz/Hülsmann*, Familiensachen, 9. Aufl., § 1579 BGB Rdnr. 54 ff.; *Borth*, Praxis des Unterhaltsrechts, 2. Aufl., Rdnr. 414 und 476; *Luthin/Koch*, Handbuch des Unterhaltsrechts, 11. Aufl., Rdnr. 2244; *Büttner/Niepmann/Schwamb*, Die Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts, 11. Aufl., Rdnr. 1190; *Ehinger/Griesche/Rasch*, Handbuch Unterhaltsrecht, 6. Aufl., Rdnr. 535 d; *Büte/Poppen/Menne*, Unterhaltsrecht, 2. Aufl., § 1579 Rdnr. 50 und *Weinreich/Klein*, Fachanwaltskommentar Familienrecht, 4. Aufl., § 1579 Rdnr. 166 f.).

bb) Im Rahmen dieser notwendigen umfassenden Zumutbarkeitsprüfung sind auch solche Umstände zu berücksichtigen, die erst nach der Scheidung hinzugetreten sind. Zum einen ist deswegen die Kinderschutzklausel zu beachten, die im Einklang mit der Rechtsprechung des BVerfG (BVerfGE 57, 361 = FamRZ 1981, 745, 749 f.) durch das Unterhaltsrechtsänderungsgesetz vom 20.2.1986 (BGBl I, S. 301) Eingang in den Einleitungssatz des § 1579 BGB gefunden hat. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass sich der Unterhaltsberechtigte durch die Aufnahme einer verfestigten neuen Lebensgemeinschaft aus der nahehelichen Solidarität der Ehegatten herausgelöst und zu erkennen gegeben hatte, dass er diese nicht mehr benötigt (vgl. BT-Drucks. 16/1830, S. 21). Insoweit unterscheidet sich die Rechtslage nur unwesentlich von der Regelung des § 1586 a Abs. 1 BGB, wonach bei Auflösung einer Zweitehe gegenüber dem geschiedenen ersten Ehegatte

ten lediglich der Betreuungsunterhalt wieder auflebt. Denn eine neue Ehe des Unterhaltsberechtigten führt stets zur endgültigen Auflösung der nahehelichen Solidarität, so dass es für ein Wiederaufleben anderer Tatbestände an einer Legitimation fehlt, während ein Wiederaufleben des Betreuungsunterhalts auf das schutzwürdige Interesse der gemeinsamen Kinder zurückzuführen ist (vgl. BT-Drucks. 16/1830, S. 22).

Das OLG weist zwar zutreffend darauf hin, dass die Eingehung einer verfestigten Lebensgemeinschaft nicht notwendig eine gleiche endgültige Wirkung beinhaltet wie die Eingehung einer neuen Ehe. Auch der Vorschrift des § 1579 Nr. 2 BGB liegt allerdings die Überlegung zugrunde, dass ein widersprüchliches Verhalten des Unterhaltsberechtigten vorliegt, wenn er sich in eine neue verfestigte Lebensgemeinschaft begibt, aber gleichzeitig die naheheliche Solidarität aus der geschiedenen Ehe einfordert.

Nach diesen rechtlichen Maßstäben lebt auch ein nach § 1579 Nr. 2 BGB versagter Unterhaltsanspruch regelmäßig nur im Interesse gemeinsamer Kinder als Betreuungsunterhalt wieder auf. Für andere Unterhaltstatbestände gilt dies nur ausnahmsweise, wenn trotz der für eine gewisse Zeit verfestigten neuen Lebensgemeinschaft noch ein Maß an nahehelicher Solidarität gefordert werden kann, das eine fortdauernde naheheliche Unterhaltspflicht rechtfertigen kann (so im Ergebnis auch *Wendl/Gerhardt*, a. a. O., Rdnr. 1384; *Scholz/Kleffmann/Motzer/Kühner*, a. a. O., Rdnr. 280; *Luthin/Koch*, a. a. O., Rdnr. 2244).

cc) Diesen Grundsätzen wird das angefochtene Urteil nicht gerecht.

Der Entscheidung des OLG fehlt schon insoweit eine hinreichende Begründung, als es der Beklagten trotz der relativ kurzen Ehedauer und der zwischenzeitig verfestigten Lebensgemeinschaft der Beklagten für die Zeit ab Dezember 2008 den rechnerisch ermittelten ungekürzten Aufstockungsunterhalt zugesprochen hat. Hinzu kommt, dass es nicht alle relevanten Umstände rechtsfehlerfrei gewürdigt hat.

Zu Unrecht hat das OLG für die Bemessung der Ehedauer auf den Zeitpunkt der Rechtskraft der Scheidung und nicht, entsprechend der Rechtsprechung des Senats, auf die Zustellung des Scheidungsantrags abgestellt (vgl. Senatsurteile vom 20.10.2010, XII ZR 53/09, FamRZ 2010, 2059 Rdnr. 36; vom 30.6.2010, XII ZR 9/09, FamRZ 2010, 1414 Rdnr. 30 und BGHZ 179, 43 = FamRZ 2009, 406 Rdnr. 35). Denn ab Zustellung des Scheidungsantrags konnte kein weiteres Vertrauen auf den Fortbestand der Ehe und insoweit auch keine weitere naheheliche Solidarität mehr entstehen. Der Ehedauer hat das OLG überdies lediglich eine Zeit der verfestigten Lebensgemeinschaft von Januar bis November 2008 gegenübergestellt. Dabei hat es unberücksichtigt gelassen, dass die Lebensgemeinschaft der Beklagten seit dem Frühjahr 2004 bestand und sich bereits im Laufe der ersten Jahre verfestigt hatte. Wenn das OLG die Zeit bis zur endgültigen Verfestigung der Lebensgemeinschaft unberücksichtigt lässt, muss es im Gegenzug aber auch berücksichtigen, dass mit der Verfestigung der Lebensgemeinschaft ab Januar 2008 eine endgültige Aufgabe der nahehelichen Solidarität eingetreten war (vgl. BT-Drucks. 16/1830, S. 21).

Im Rahmen der Zumutbarkeitsabwägung hat das OLG auch nicht hinreichend berücksichtigt, dass sich die tatsächlichen Lebensverhältnisse der Parteien nicht wesentlich unterscheiden. Zwar hat das OLG für den Kläger ein unterhaltsrelevantes Einkommen errechnet, das sich nach Abzug des Kindesunterhalts auf monatlich 2.080 € beläuft, während es der Be-

klagten lediglich Einkünfte i. H. v. 1.113 € zugerechnet hat. Dabei hat es allerdings erhebliche weitere Kreditverbindlichkeiten des Klägers unberücksichtigt gelassen, weil diese zur Finanzierung seines Wohneigentums aufgebracht werden und den Umfang der vom Senat akzeptierten zusätzlichen Altersvorsorge übersteigen. Andererseits hat das OLG das der Beklagten von ihrer Mutter zugewendete Vermögen i. H. v. 120.000 € und insbesondere auch die daraus resultierenden Zinsen unberücksichtigt gelassen, weil die Parteien solche Einkünfte auch bei Abschluss ihres Vergleichs nicht berücksichtigt hatten. Im Rahmen der Billigkeitsabwägung nach § 1579 BGB können diese Umstände allerdings nicht unberücksichtigt bleiben.

5. Die angefochtene Entscheidung kann deswegen keinen Bestand haben. Das OLG wird im Rahmen des § 1579 Nr. 2 BGB eine erneute Zumutbarkeitsabwägung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles durchzuführen und dabei insbesondere das Maß der nach Beendigung einer verfestigten Lebensgemeinschaft regelmäßig nur noch sehr begrenzt zu erwartenden nahehelichen Solidarität zu berücksichtigen haben.

6. Ergänzend weist der Senat darauf hin, dass auch die Ausführungen des Berufungsgerichts zur zeitlichen Begrenzung des Unterhaltsanspruchs der Beklagten nach § 1578 b BGB nicht frei von Rechtsfehlern sind.

Soweit das OLG im Rahmen der Prüfung einer zeitlichen Begrenzung des Unterhalts nach § 1578 b Abs. 2 BGB von einem fortbestehenden ehebedingten Nachteil der Beklagten ausgegangen ist, widerspricht dies der Rechtsprechung des Senats. Die Beklagte ist ausgebildete Bauzeichnerin und hatte in diesem Beruf zunächst vollschichtig und ab der Geburt des gemeinsamen Sohnes im geringfügigen Umfang gearbeitet. Erst seit der Trennung der Parteien im Februar 2004 bis zur Aufnahme ihrer Ausbildung zur Feng-Shui-Beraterin im August 2006, also für zweieinhalb Jahre, war sie nicht erwerbstätig. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts wäre es ihr gleichwohl möglich, eine Vollzeittätigkeit als Bauzeichnerin zu finden. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts sprechen die zeitweilige Reduzierung des Umfangs der Erwerbstätigkeit und die zweieinhalbjährige Erwerbslosigkeit nicht zwingend für noch vorhandene Einkommenseinbußen. Der Wechsel der Erwerbstätigkeit mit Ausbildung zur Feng-Shui-Beraterin ist ohnehin nicht ehebedingt. Soweit die Beklagte sich trotz der Obliegenheit zur Aufnahme einer vollschichtigen Erwerbstätigkeit im erlernten Beruf auf einen fortdauernden ehebedingten Nachteil beruft, hätte sie dazu im Rahmen ihrer sekundären Darlegungslast substantiiert vortragen müssen (Senatsurteile vom 20.10.2010, XII ZR 53/09, FamRZ 2010, 2059 Rdnr. 32 ff. und BGHZ 185, 1 = FamRZ 2010, 875 Rdnr. 20 ff.). Erst ein solcher substantiiertes Vortrag versetzt den unterhaltspflichtigen Kläger in die Lage, einen fortdauernden ehebedingten Nachteil zu akzeptieren oder ebenso substantiiert zu bestreiten.

Hinzu kommt, dass das OLG trotz der sehr begrenzten nahehelichen Solidarität keine Herabsetzung des nahehelichen Unterhalts nach § 1578 b Abs. 1 BGB geprüft hat, obwohl die dafür relevanten Umstände von den Parteien vorgetragen sind. Auch dies wird das OLG nachzuholen haben, falls es im Rahmen des § 1579 Nr. 2 BGB zu einer Fortdauer des nahehelichen Unterhalts gelangt.

10. BGB §§ 2333, 2336, 2339, 2345 (*Anforderungen an eine wirksame Pflichtteilsentziehung*)

Die Voraussetzungen für eine Pflichtteilsentziehung nach § 2333 Nr. 1 BGB a. F. liegen nicht vor, wenn der Pflichtteilsberechtigte der Erblasserin in schuldunfähigem Zustand Faustschläge versetzt und einen plötzlichen Tod in Kauf genommen hat, sofern er hierbei nicht mit natürlichem Vorsatz gehandelt hat. (Leitsatz der Schriftleitung)

BGH, Beschluss vom 13.4.2011, IV ZR 102/09

Aus den Gründen:

Soweit das Berufungsgericht eine Pflichtteilsentziehung nach § 2333 Nr. 1 und 2 BGB a. F. bereits daran hat scheitern lassen, dass die Erblasserin in ihrem Testament vom 20.1.1994 den Grund der Entziehung nicht gemäß § 2336 Abs. 2 BGB a. F. angegeben hat, begegnet das allerdings Bedenken. Auf der Grundlage der Rechtsprechung des Senats (Urteil vom 27.2.1985, IVa ZR 136/83, BGHZ 94, 36, 40, 42 f. = MittBayNot 1985, 131) hat die Erblasserin das in Betracht kommende Geschehen am 13.1.1994 hinreichend deutlich durch den Verweis auf Faustschläge auf den Kopf sowie das Inkaufnehmen eines plötzlichen Todes umschrieben. Nicht zu beanstanden ist demgegenüber die Annahme des Berufungsgerichts, die Voraussetzungen für eine Pflichtteilsentziehung nach § 2333 Nr. 1 BGB a. F. lägen nicht vor, weil nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht festgestellt werden könne, dass der Kläger auf der Grundlage der Vorgaben des BVerfG im Beschluss vom 19.4.2005 (1 BvR 1644/00, ZEV 2005, 301, Rdnr. 90, 92 = MittBayNot 2006, 512) zwar schuldunfähig, aber in einem natürlichen Sinn vorsätzlich gehandelt hat. Weder hat das Berufungsgericht das – für das Zivilverfahren nicht bindende – Strafurteil gegen den Kläger nicht ausreichend in seine Würdigung einbezogen noch hat es den Begriff des natürlichen Vorsatzes verkannt. Auf die Beweislast nach § 2336 Abs. 3 BGB kommt es dagegen schon deshalb nicht an, weil das Berufungsgericht keine Beweislastentscheidung getroffen, sondern den fehlenden natürlichen Vorsatz des Klägers positiv festgestellt hat. Schließlich stellt sich auch nicht die vom BVerfG offen gelassene Frage (a. a. O., Rdnr. 95), ob beim Pflichtteilsentziehungsgrund nach § 2333 Nr. 2 BGB a. F. sowie bei der Pflichtteilsunwürdigkeit nach §§ 2339 Abs. 1 Nr. 1, 2345 Abs. 2 BGB schuldhaftes Handeln des Pflichtteilsberechtigten erforderlich ist oder ebenfalls natürlicher Vorsatz genügt, da nach den Feststellungen des Berufungsgerichts der Kläger gerade nicht mit natürlichem Vorsatz gehandelt hat. (...)

11. BGB §§ 2199, 2227 (*Entlassung des Testamentsvollstreckers wegen Einziehens einer überhöhten Vergütung*)

Das Einziehen einer überhöhten Testamentsvollstreckervergütung zur Unzeit rechtfertigt die Annahme eines wichtigen Grundes i. S. d. § 2227 Abs. 1 BGB für die Entlassung des Testamentsvollstreckers.

KG, Beschluss vom 30.11.2010, 1 W 434/10

Der am ... 2009 verstorbene Erblasser hatte mit notariellem Testament vom 17. Januar 2006 die Beteiligten zu 2 und 3 zu Vorerben eingesetzt und die Beteiligte zu 1 zur Testamentsvollstreckerin u. a. mit der Aufgabe, seinen umfangreichen Grundbesitz in XI. zu verwalten, ernannt. Die Beteiligten zu 2 und 3 haben die Entlassung der Beteiligten zu 1 als Testamentsvollstreckerin beantragt, da diese bei Fehlen der persönlichen und sachlichen Kompetenz planlos handele, versucht habe, ein überhöhtes Honorar abzurechnen und einzuziehen, und auch sonst ihre Pflichten bei der Verwaltung verletzt habe.

Die Beteiligte zu 1 erteilte unter dem 7.9.2010 eine „Liquidation für die Testamentsvollstreckung“ und stellte ein „Voraus“ i. H. v. 104.944,80 € in Rechnung. In der Folge versuchte die Beteiligte zu 1 durch Überweisungen von Nachlasskonten einen entsprechenden Betrag einzuziehen. Am 13.9.2010 wurde ihr durch eine einstweilige Verfügung des LG Berlin – 2 O 445/10 – untersagt, sich für ihre Tätigkeit als Testamentsvollstreckerin vor Ablauf des 21.12.2010 eine Vergütung oder einen Vergütungsvorschuss aus dem Nachlass zu entnehmen.

Das Nachlassgericht hat es durch Beschluss vom 14.9.2010 abgelehnt, die Beteiligte zu 1 aus dem Amt des Testamentsvollstreckers zu entlassen und die für die Erteilung des Testamentsvollstreckerzeugnisses gemäß Antrag der Beteiligten zu 1 erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachtet.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Beteiligten zu 2 und 3 vom 18.9.2010, mit der sie ihr Begehren weiterverfolgen.

Aus den Gründen:

II.

Die Beschwerde der Beteiligten zu 2 und 3 ist statthaft (§ 58 Abs. 1 FamFG), insbesondere form- und fristgerecht eingelegt worden (§§ 63, 64 f. FamFG). Die Beteiligten zu 2 und 3, deren Anträge zurückgewiesen wurden, sind gemäß § 59 Abs. 2 FamFG beschwerdeberechtigt. Der Beschwerdewert gemäß § 61 Abs. 1 FamFG ist erreicht.

Nach neuem Recht ergibt sich die Zuständigkeit des OLG als Beschwerdegericht aus § 119 Abs. 1 Nr. 1 b GVG n. F. i. V. m. § 23 a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 2 GVG n. F.

Die Durchführung einer mündlichen Verhandlung (§ 68 Abs. 3 Satz 2 FamFG) ist nicht notwendig, weil vorliegend letztendlich nur Rechtsfragen entscheidungserheblich sind (in diesem Sinne OLG Stuttgart, FGPrax 2010, 83 = FamRZ 2010, 674). Dies bedarf vorliegend keiner weiteren Vertiefung, da über die Beschwerde in Erbscheinsverfahren nach § 68 Abs. 3 Satz 1 FamFG unter Anwendung der Vorschriften über das Verfahren im ersten Rechtszug auch dann ohne mündliche Verhandlung entschieden werden kann, wenn erstinstanzlich ohne Verstoß gegen die §§ 32 ff. FamFG ein Termin und eine persönliche Anhörung der Beteiligten nicht stattgefunden hat (OLG Schleswig, FGPrax 2010, 106 ff.). Der Senat schließt sich der eingehenden und am Gesetzeszweck orientierten Begründung des OLG Schleswig vollinhaltlich an (zustimmend auch *Sternal* in seiner Urteilsanmerkung, a. a. O., 108 f.).

§ 68 Abs. 3 Satz 2 FamFG kommt daher nur zur Anwendung, wenn nach den einschlägigen Verfahrensvorschriften ein Termin, eine mündliche Verhandlung oder sonstige Verfahrenshandlungen durchzuführen sind, was vorliegend nicht der Fall ist.

Die vom AG getroffene Entscheidung hält der Überprüfung in der Sache nicht stand, soweit sie die versuchte vorfristige Entnahme einer Verwaltervergütung im konkreten Fall für eine Entlassung nicht als ausreichend erachtet hat.

Nach § 2227 Abs. 1 BGB kann der Testamentsvollstrecker auf Antrag eines Beteiligten aus dem Amt entlassen werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Das Gesetz gibt als Beispiele eine grobe Pflichtverletzung des Testamentsvollstreckers oder dessen Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung an. Neben den im Gesetz genannten Beispielsfällen kann ein wichtiger Grund ohne Rücksicht auf ein Verschulden des Testamentsvollstreckers auch dann vorliegen, wenn dieser durch sein persönliches Verhalten begründeten Anlass zu der Annahme gibt, dass ein längeres Verbleiben im Amt der Ausübung des letzten Willens des Erblassers hinderlich sei oder dass sich dadurch eine Schädigung oder eine erhebliche Gefährdung der Interessen der am Nachlass Beteiligten ergeben

könnte. Auch ein nicht nur auf subjektiven Gefühlsmomenten, sondern auf Tatsachen beruhendes Misstrauen eines Beteiligten, zu dem der Testamentsvollstrecker Anlass gegeben hat, kann zur Entlassung des Testamentsvollstreckers führen. Schließlich kann auch ein erheblicher Interessengegensatz zwischen Testamentsvollstrecker einerseits und Erben andererseits ein wichtiger Grund zur Entlassung sein (BayObLGZ 1985, 298, 302; 2001, 167, 170 = MittBayNot 2002, 50).

Andererseits setzt das Amt des Testamentsvollstreckers kein Vertrauensverhältnis zu den Erben voraus. Der Testamentsvollstrecker muss unabhängig von diesen den Willen des Erblassers ausführen, wengleich er sich im Rahmen des ihm zustehenden Verwaltungsermessens nicht grundlos über die Interessen und Vorstellungen der Erben hinwegsetzen darf. Daher ist an eine Entlassung des Testamentsvollstreckers wegen berechtigten Misstrauens ein strenger Maßstab anzulegen; die Beteiligten dürfen nicht in die Lage versetzt werden, einen ihnen möglicherweise lästigen Testamentsvollstrecker durch eigenes feindseliges Verhalten oder aus für sich genommen unbedeutendem Anlass aus dem Amt zu drängen (BayObLGZ 1997, 1, 26; MünchKommBGB/Zimmermann, 4. Aufl., § 2227 Rdnr. 11; Palandt/Edenhofer, 69. Aufl., § 2227 Rdnr. 5).

Unter Zugrundelegung dieser Kriterien ist das AG unzutreffend zu dem Ergebnis gekommen, dass die Voraussetzungen für die Entlassung der Beteiligten zu 1 aus dem Amt des Testamentsvollstreckers nicht gegeben sind. Vielmehr rechtfertigt bereits der Versuch der Beteiligten zu 1, sich nach ca. vier Monaten der Verwaltungstätigkeit einen Vorschuss auf ihr Honorar von über 100.000 € zu überweisen, im vorliegenden Fall die Entlassung.

Soweit nichts anderes bestimmt ist, ist die Vergütung erst nach Beendigung des Amtes in einem Betrag zur Zahlung fällig, wenn der Testamentsvollstrecker alle seine Pflichten, insbesondere seine Pflicht zur Rechnungslegung (§§ 2218, 666 BGB) erfüllt hat (vgl. BGH, WM 1964, 950, 952; BayObLG, Rpfleger 1973, 94). Bei länger währenden Verwaltungen ist sie aber in regelmäßigen Zeitabschnitten zu entrichten und zwar hier nachträglich nach Ablauf des Verwaltungsjahres, entsprechend der Rechnungslegungspflicht (BayObLGZ 1972, 379; Tiling, ZEV 1998, 331, 333). Die Beteiligte zu 1 hatte mithin keinen Anspruch auf Vergütung; Vorschuss auf die noch nicht fällige Vergütung kann der Testamentsvollstrecker nicht verlangen (MünchKommBGB/Zimmermann, 5. Aufl., § 2221 Rdnr. 23).

Die Inanspruchnahme einer Vergütung zur Unzeit und in unangemessener Höhe führt im vorliegenden Fall zur Entlassung der Beteiligten zu 1 (vgl. OLG Köln, NJW-RR 1987, 1097, 1098).

Hierbei ist zunächst zu berücksichtigen, dass die versuchte Entnahme zu einem Zeitpunkt erfolgte, zu dem erhebliche Erbschaftsteuerzahlungen durch die Beteiligten zu 2 und 3 ausstanden und absehbar war, dass das vorhandene Barvermögen nicht dazu ausreichen würde, diese Zahlungen zu erbringen. In dieser Situation fällt umso gravierender der Versuch der Beteiligten zu 1 ins Gewicht, sich aus dem Barvermögen vorab für einen noch nicht fälligen Anspruch zu befriedigen. Dies lässt den Eindruck entstehen, dass die Beteiligte zu 1 zunächst nur darauf bedacht war, ihre Eigeninteressen zu wahren, ohne auf den Nachlass und die Interessen der Beteiligten zu 2 und 3 Rücksicht zu nehmen.

Diesen Aspekt hat das Nachlassgericht bei seiner Würdigung unberücksichtigt gelassen.

Der Beteiligten zu 1 stand zum Zeitpunkt ihrer Rechnungsstellung weder ein Anspruch auf Vergütung noch ein Vorschussanspruch zu.

Dessen ungeachtet vermag der Senat dem Nachlassgericht auch nicht darin zu folgen, dass vorliegend von einem besonderen Arbeitsaufwand bei der Konstituierung des Nachlasses wegen dessen Umfangs und der fehlenden Zusammenarbeit zwischen den Beteiligten auszugehen ist. Denn die Beteiligte zu 1 hat selbst vortragen lassen, dass „ein anderer Testamentsvollstrecker aufgrund fehlender Vorkenntnisse diese Tätigkeit nur unzureichend ausüben könnte“. Dies belegt, dass für die Beteiligte zu 1 die Übernahme der Tätigkeit als Testamentsvollstrecker aufgrund ihrer früheren Verwaltungstätigkeit für die Nachlassgrundstücke eher mit weniger Aufwand verbunden war, als bei einem mit den Verhältnissen nicht vertrautem Dritten. Auch wenn die Kommunikation zwischen der Beteiligten zu 1 und den Beteiligten zu 2 und 3 gestört war und deshalb öfters nachgefragt werden musste, rechtfertigt dies auch nicht ansatzweise eine Erschweriszulage von $\frac{5}{10}$ bei der Vergütung.

Auch insoweit kommt der Verdacht einer „Selbstbedienungsmentalität“ auf, wenn zudem abweichend von der herangezogenen Vergütungsempfehlung des Deutschen Notarvereins nicht 2 % sondern 2,5 % des Bruttowertes des Nachlasses angesetzt wird.

Steht die Höhe der Vergütung nicht aufgrund der Anordnung des Erblassers oder aufgrund einer Vereinbarung fest, kann sie ohnehin nicht vom Testamentsvollstrecker selbst bindend bestimmt werden; vielmehr ist sie durch das Prozessgericht festzusetzen (OLG Köln, ZEV 2008, 335).

Es ist im Ergebnis unerheblich, ob auch die übrigen Vorwürfe der Beteiligten zu 2 und 3 zutreffen, da bereits der festgestellte Pflichtverstoß für sich genommen bei verständiger Würdigung und objektiver Betrachtung ein auf Tatsachen beruhendes, berechtigtes Misstrauen in die unparteiliche Amtsführung begründet und damit einen wichtigen Grund i. S. v. § 2227 BGB darstellt. Die weiteren Vorwürfe, insbesondere das Verhalten der Beteiligten zu 1 gegenüber dem Finanzamt X2. mit Schreiben vom 4.8.2010, müssen daher nicht abschließend aufgeklärt und bewertet werden.

Auch bei Vorliegen eines wichtigen Grundes ist die Entlassung des Testamentsvollstreckers jedoch nicht zwingend; vielmehr ist zu prüfen, ob nicht überwiegende Gründe für ein Verbleiben des Testamentsvollstreckers im Amt sprechen (ständige Rechtsprechung, vgl. nur BayObLG, FamRZ 1987, 101; OLG Zweibrücken, FamRZ 1999, 472).

Die Entlassung gemäß § 2227 Abs. 1 BGB steht nämlich im Ermessen des Tatrichters, wobei überwiegende Gründe dafür sprechen können, den Testamentsvollstrecker nicht zu entlassen (Entlassungs- contra Fortführungsinteresse). Vorzunehmen ist eine Abwägung sämtlicher Umstände des konkreten Einzelfalls, ggf. unter Berücksichtigung des Erblasserwillens (OLG Zweibrücken, Beschluss vom 29.9.1998, 3 W 161/98, BeckRS 2009, 07397; BayObLG, NJWE-FER 2000, 212, 214 m. w. N.), sowie den Interessen der Steller des Entlassungsantrags, aber auch des Umstandes, ob die Erben den Nachlass selbst ordnungsgemäß verwalten können (BeckOKBGB/J. Mayer, Stand: 1.8.2010, § 2227 Rdnr. 16 m. w. N.). Hiernach vermag der Senat nicht festzustellen, dass überwiegende Gründe für einen Verbleib der Testamentsvollstreckerin sprechen.

Im Übrigen führt die Entlassung der Beteiligten zu 1 nicht automatisch dazu, dass deshalb bezüglich Immobilienvermögens die Testamentsvollstreckung entfiel. Bei einer Verwaltungsvollstreckung, wie hier, liegt die Auslegung nahe, dass es dem Erblasser diesbezüglich auf eine dauerhafte Testamentsvollstreckung auch unabhängig von der Person des von ihm eingesetzten Testamentsvollstreckers ankam. Hierfür spricht auch, dass er der Beteiligten zu 1 das Recht zur Benennung eines Nachfolgers eingeräumt hat. Entfällt nun die Einsetzung

des Testamentsvollstreckers durch dessen Entlassung ist zu prüfen, ob in der letztwilligen Verfügung ein konkludentes Ersuchen an das Nachlassgericht gesehen werden kann, nach Wegfall der Beteiligten zu 1 einen Testamentsvollstrecker für den zuvor von diesem wahrgenommenen Aufgabenkreis gemäß § 2200 Abs. 1 BGB zu ernennen.

Vorher ist jedoch weiter Folgendes zu prüfen: Die Testamentsvollstreckung als solche entfällt mit der Entlassung der Beteiligten zu 1 auch deshalb nicht automatisch, weil der Erblasser in seiner die Testamentsvollstreckung betreffenden letztwilligen Verfügung der namentlich benannten Beteiligten zu 1 das Recht eingeräumt hat, einen weiteren Ersatztestamentsvollstrecker zu bestimmen (§ 2199 Abs. 2 BGB). Dies ergibt sich aus der Formulierung, dass die Beteiligten zu 1 „einen weiteren Ersatztestamentsvollstrecker bestimmen kann“. Die Ermächtigung der Beteiligten zu 1 nach § 2199 Abs. 2 BGB kann nach einhelliger Auffassung nur so lange gemäß §§ 2199 Abs. 3, 2198 Abs. 1 Satz 2 BGB ausgeübt werden, als der Testamentsvollstrecker selbst noch im Amt ist (*Palandt/Edenhofer*, 69. Aufl., § 2199 Rdnr. 1).

Das AG müsste daher vor der Entlassung der Beteiligten zu 1 dieser nach § 2199 Abs. 2 BGB Gelegenheit geben, von der ihr erteilten Ermächtigung zur Ernennung eines Nachfolgers in ihrem Amt als Testamentsvollstrecker Gebrauch zu machen (vgl. OLG Hamm, Beschluss vom 23.3.1992, 15 W 303/91; OLG Hamm, NJW-RR 2007, 878), wenn diese Ermächtigung trotz der Pflichtverletzung noch gelten soll. Letzteres wird das AG ebenfalls zu prüfen haben (vgl. OLG München, NJW-RR 2008, 1690, 1691 f.).

Das Verfahren war insoweit an das AG zurückzugeben, das die Entlassung vorzunehmen hat (vgl. OLG Karlsruhe, FamRZ 2005, 1282). Insoweit wird dieses auch Gelegenheit haben, darüber zu befinden, ob in der Folge der Entlassung ein Benennungsrecht der Beteiligten zu 1 für einen Nachfolger besteht oder dieses etwa entfallen ist. Ferner wird es zu prüfen haben, ob bei Entfallen eines Benennungsrechts durch die Beteiligten zu 1 die Entlassung das Ende der Testamentsvollstreckung insgesamt zur Folge hat, oder aber von einem konkludenten Ersuchen der Bestellung eines Testamentsvollstreckers durch das Gericht auszugehen ist. Dem Senat ist insoweit eine eigene Beurteilung verwehrt, da das Beschwerdegerecht nur in den Grenzen des Rechtsmittels vollständig an die Stelle des erstinstanzlichen Gerichts tritt und ihm notwendige Ausführungshandlungen nicht obliegen (vgl. *Bumiller/Harders*, FamFG, 9. Aufl., § 69 Rdnr. 7 und 8). (...)

Anmerkung:

Das Nachlassgericht musste über zwei Anträge entscheiden.

Der Testamentsvollstrecker beantragte ein Testamentsvollstreckerzeugnis. Für dieses Verfahren verweist § 2368 Abs. 3 BGB auf die Vorschriften über den Erbschein, §§ 2353 ff. BGB, 352 FamFG. Dementsprechend erließ das AG, da widersprechende Anträge vorlagen, einen Feststellungsbeschluss nach § 352 Abs. 2 FamFG. Die Erteilung des Zeugnisses erfolgt dabei erst nach Rechtskraft des Beschlusses, § 352 Abs. 2 Satz 2 FamFG.

Weiterhin beantragten die Erben die Entlassung des Testamentsvollstreckers. Kommt man zu dem Ergebnis, dass der Testamentsvollstrecker zu entlassen ist, ist auch sein Antrag auf Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses zurückzuweisen.

Nach § 2227 BGB kann das Nachlassgericht den Testamentsvollstrecker entlassen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Die Entlassung des Testamentsvollstreckers nach § 2227 BGB setzt einen Antrag eines Beteiligten voraus. Antragsberechtigt

ist jeder Beteiligte im materiellen Sinn, also diejenigen, deren Rechte und Pflichten durch die Testamentsvollstreckung unmittelbar betroffen werden können, zum Beispiel Erben, Vermächtnisnehmer, Pflichtteilsberechtigte und Mitvollstrecker.¹ Nicht antragsberechtigt ist hingegen der frühere Testamentsvollstrecker. Nach Beendigung seines Amtes hat er kein rechtliches Interesse daran, von welcher Person und auf welche Weise die Testamentsvollstreckung geführt wird.²

Darüber hinaus muss ein wichtiger Grund vorliegen. Eine grobe Pflichtverletzung i. S. d. § 2227 BGB setzt eine erhebliche und schuldhaftige Zuwiderhandlung gegen die dem Testamentsvollstrecker obliegenden Pflichten voraus.³ Entlassungsgründe können z. B. sein:

Missachtung der vom Erblasser getroffenen Verwaltungsanordnungen, auch wenn diese nur im Wege der Auslegung zu ermitteln sind;⁴

Bevorzugung einzelner Erben oder der eigenen Interessen;⁵

die Verweigerung der vollständigen Erfüllung eines Vermächtnisses;⁶

eine einseitige Testamentsauslegung;⁷

die Verschleuderung des Nachlasses;⁸

die Errichtung eines unvollständigen Nachlassverzeichnisses⁹ oder

Zuwendungen aus dem Nachlass an verwandte Miterben ohne Information der übrigen Erben;¹⁰

Einbehaltung einer unangemessenen Vergütung;¹¹

eigennützige Amtsführung¹²

Die Entlassung eines Vollstreckers ist mithin schon dann zulässig, wenn Umstände vorliegen, die den Erblasser, wenn er noch lebte, mutmaßlich zum Widerruf der Ernennung des erwählten Vollstreckers veranlasst hätten und die auch, objektiv betrachtet, diesen Widerruf als im Interesse der Erben oder sonst Beteiligten liegend erscheinen lassen.¹³

Die Entnahme einer zu hohen Vergütung ist nur unter besonderen Umständen ein Entlassungsgrund.¹⁴ Die Vergütung wird regelmäßig, wenn der Erblasser nichts anderes bestimmt hat, insgesamt mit der Beendigung des Amtes fällig.¹⁵ Der Testamentsvollstrecker kann keinen Vorschuss auf die noch nicht fällige Vergütung verlangen.¹⁶ Dies ergibt sich auch dar-

¹ Vgl. *Palandt/Weidlich*, 70. Aufl., § 2227 Rdnr. 7; *Bengel/Reimann*, Handbuch der Testamentsvollstreckung, VII Rdnr. 31; *Burandt/Rojahn/Heckschen*, Erbrecht, § 2227 BGB Rdnr. 3.

² Vgl. OLG München, Beschluss vom 10.3.2011, 31 Wx 73/11; OLG Köln, NJW-RR 1987, 1098; *Staudinger/Reimann*, § 2227 Rdnr. 25; *Keidel/Zimmermann*, § 345 Rdnr. 99.

³ BayObLG, FamRZ 1998, 325; BayObLGZ 1997, 1, 12; FamRZ 1991, 615, 616.

⁴ BayObLG, FamRZ 2000, 573, 1055.

⁵ BayObLG, ZEV 2000, 315.

⁶ BayObLG, MDR 2000, 584.

⁷ BayObLG, NJW-RR 2002, 77 = MittBayNot 2002, 50.

⁸ BGH, NJW-RR 2001, 1369 = MittBayNot 2001, 488.

⁹ BayObLG, NJWE-FER 2001, 262.

¹⁰ BayObLG, FamRZ 2000, 54.

¹¹ BayObLGZ 72, 380.

¹² OLG Karlsruhe, NJW-RR 2005, 527.

¹³ *Bengel/Reimann*, VII Rdnr 26; BayObLGZ 1953, 357; vgl. KGJ 36 A 73; KG OLGE 34, 300; 40, 137.

¹⁴ OLG Zweibrücken, DNotZ 1973, 112; KG, JW 1937, 475; OLG Köln, Rpfleger 1987, 458; *Bengel/Reimann*, VII Rdnr 27.

¹⁵ MünchKommBGB/*Zimmermann*, § 2221 Rdnr 22.

¹⁶ MünchKommBGB/*Zimmermann*, § 2221 Rdnr 23; *Bengel/Reimann/Eckelskemper*, X Rdnr 145.

aus, dass § 669 BGB in § 2218 BGB nicht erwähnt ist.¹⁷ Auch hat der Testamentsvollstrecker nur Anspruch auf eine angemessene Vergütung, § 2221 BGB. Diese hat sich, wie in der Rechtsprechung anerkannt ist, der Rechnungslegung anzupassen, ist also nach Beendigung des Amts und bei längerer Verwaltung in jährlichen Abschnitten nachträglich zu zahlen.¹⁸ Die Inanspruchnahme einer überhöhten Vergütung kann dann zur Entlassung führen, wenn sie sich nicht mehr in möglichen Grenzen der Angemessenheit hält.¹⁹

Hier war die Vergütung weder fällig noch ein Vorschuss möglich. Der Testamentsvollstrecker konnte hier auch keine „Konstituierungsgebühr“ verlangen. Unter „Konstituierung eines Nachlasses“ versteht man die Ermittlung des Nachlasses, seine Inbesitznahme, die Aufstellung des Verzeichnisses der der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Aktien und Passiven, die Regelung der vom Erblasser herrührenden Schulden, die Bezahlung der Kosten für Beerdigung und Grabstein sowie die Erklärung und Zahlung der Erbschaftsteuer. Bei dieser Gebühr handelt es sich nicht um eine Vergütung für die laufende Verwaltungstätigkeit des Testamentsvollstreckers, sondern um die Entlohnung für eine besonders geartete Tätigkeit, nämlich für eine Tätigkeit während des besonders arbeitsreichen und verantwortungsvollen Zeitabschnitts der sogenannten Konstituierung des Nachlasses. Diese gilt als beendet, wenn der Testamentsvollstrecker die genannten Verrichtungen erledigt und dadurch die Grundlage für die weitere laufende Verwaltung des Nachlasses geschaffen hat.²⁰ Gegen den Anfall einer Konstituierungsgebühr bestehen jedoch hier rechtliche Bedenken. Jedenfalls ist die Zuerkennung einer derartigen Konstituierungsgebühr nur gerechtfertigt, wenn die Ermittlung und Inbesitznahme des Nachlasses besonders schwierig oder besonders zeitraubend waren.²¹ Dies war hier nicht der Fall. Dabei bezog das Beschwerdegericht zu Recht auch den Umstand, dass der Testamentsvollstrecker bereits mit der Verwaltung des Vermögens „vorbehaftet war“, für die Frage der Zulässigkeit einer erhöhten Gebühr mit ein.

Im Ergebnis konnte nach der Abwägung sämtlicher Umstände eine grobe Pflichtverletzung angenommen werden. Die Entlassung des Testamentsvollstreckers war gerechtfertigt.

Die Entlassung des Testamentsvollstreckers führt nicht zwingend zur Aufhebung der Testamentsvollstreckung als solcher. Entscheidend ist, ob der Erblasser die Testamentsvollstreckung nur für einen „bestimmten Testamentsvollstrecker“ gewollt hatte oder ob er in jedem Fall also auch bei Entlassung des bisherigen Testamentsvollstreckers, eine Vollstreckung wollte. Im letzt genannten Fall, läge ein konkludentes Ersuchen an das Nachlassgericht, einen neuen Testamentsvollstrecker zu bestimmen, § 2200 BGB, vor.

Was die Ermittlung der Höhe der angemessenen Vergütung anbelangt, darf auf Folgendes hingewiesen werden:

Eine Gebührenordnung oder dergleichen existiert nicht. Insofern ist auf die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zurückzugreifen. Der BGH hat die 1925 verbesserten Richtlinien des Vereins für das Notariat in Rheinpreußen²² für akzeptabel erachtet.²³

„Es wird empfohlen, die Gebühr für die Tätigkeit des Notars als Testamentsvollstrecker im Regelfalle wie folgt zu berechnen:

1. Bei einem Nachlass bis zu 20.000 DM Bruttowert 4 %,
2. darüber hinaus bis zu 100.000 DM Bruttowert 3 %,
3. darüber hinaus bis zu 1 Mio. DM Bruttowert 2 %,
4. darüber hinaus 1 %.

Diese Sätze gelten für normale Verhältnisse und glatte Abwicklungen. Folgt dagegen eine längere Verwaltungstätigkeit, z.B. beim Vorhandensein von Minderjährigen, oder verursacht die Verwaltung eine besonders umfangreiche und zeitraubende Tätigkeit, so kann eine höhere Gebühr als angemessen erachtet werden, auch eine leer laufende, nach dem Jahresbetrag der Einkünfte zu berechnende Gebühr gerechtfertigt sein.“

Im Hinblick auf das Alter dieser Tabelle werden folgende Vergütungssätze vorgeschlagen:²⁴

Aktivnachlass	Regelfall	schwieriger
Bis zu 10.000 EUR	5 %	6 %
Bis zu 50.000 EUR	3,75 %	4 %
Bis zu 500.000 EUR	2,5 %	3 %
Darüber hinaus	1,25 %	1,5 %

Das OLG Düsseldorf²⁵ hat die genannten Richtlinien des rheinpreußischen Notarvereins als „Anhalt für Normalfälle“ angesehen, jedoch im konkreten Fall deutlich nach unten korrigiert. Die Richtlinien des rheinpreußischen Notarvereins seien auch heute noch eine geeignete Grundlage für die Bemessung der Testamentsvollstreckergebühren. Richtlinien für die Testamentsvollstreckervergütung stellen nur einen Anhalt für Normalfälle dar und können nicht schematisch angewendet werden.

In der Praxis und Literatur finden sich weitere Vorschläge zur Vergütung des Testamentsvollstreckers:²⁶

– Möhringsche Tabelle²⁷

Aktivnachlass	
10.000 EUR	7,50 %
50.000 EUR	5,82 %
500.000 EUR	3,82 %
1.000.000 EUR	2,81 %

– Eckelkempersche Tabelle²⁸

Nachlass bis zu	
50.000 EUR	4 %
250.000 EUR	3 %
2.500.000 EUR	2 %
Darüber hinaus	1 %

Im Übrigen darf auf die Vergütungsempfehlungen des Deutschen Notarvereins hingewiesen werden.²⁹

Dr. Ludwig Kroiß, Traunstein

¹⁷ BGH, WM 1971, 106. BeckOKBGB/J. Mayer, § 2221 Rdnr 21.

¹⁸ BGH, WM 1964, 950, 952.

¹⁹ BayObLGZ 1972, 379; OLG Köln, NJW-RR 1987, 1097; MDR 1963, 763.

²⁰ BayObLGZ 1972, 379.

²¹ OLG Köln, OLGR 1993, 297.

²² Abgedruckt im MünchKommBGB, § 2221 Rdnr. 9.

²³ BGH LM Nr. 2 und 4.

²⁴ Tschisgale, JurBüro 1965, 89.

²⁵ OLG Düsseldorf. MittRHNNotK 1996, 172.

²⁶ DM-Beträge wurden 1:2 auf EUR abgeändert.

²⁷ Staudinger/Reimann, § 2221 Rdnr 39; Soergel/Damrau, BGB, § 2221 Rdnr 9.

²⁸ Bengel/Reimann/Eckelskemper, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 4. Aufl., Kap. 10 Rdnr. 35.

²⁹ ZEV 2000, 181; www.dnotv.de; www.dnoti.de.

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

12. BGB § 709 Abs. 2; HGB §§ 105, 161; GmbHG § 47 Abs. 1 (*Auslegung einer Mehrheitenregelung bei Abstimmungen im Gesellschaftsvertrag einer Publikumsgesellschaft*)

Ist im Gesellschaftsvertrag einer Publikumsgesellschaft geregelt, dass über bestimmte Beschlussgegenstände nicht die Mehrheit der abgegebenen, sondern die Mehrheit der anwesenden Stimmen entscheidet, und ergibt die Auslegung des Gesellschaftsvertrags, dass die Mehrheit der anwesenden Stimmen als Mehrheit aller teilnehmenden und nicht als Mehrheit der mit Ja oder Nein stimmenden Gesellschafter zu verstehen ist, sind bei schriftlicher Beschlussfassung mit den „anwesenden“ Gesellschaftern im Regelfall nicht alle, sondern nur die Gesellschafter gemeint, die sich an der schriftlichen Abstimmung beteiligen.

BGH, Urteil vom 19.7.2011, II ZR 209/09

Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung ist abgedruckt in MDR 2011, 1243–1244 sowie abrufbar unter BeckRS 2011, 22983.

13. BGB §§ 33 Abs. 1 Satz 2, 71 Abs. 1 (*Anforderungen an die Anmeldung einer Satzungsänderung eines Vereins*)

Zum Umfang der Prüfungspflicht des Registergerichts bei der Anmeldung einer Satzungsänderung zur Eintragung in das Vereinsregister.

OLG München, Beschluss vom 15.9.2011, 31 Wx 363/11; mitgeteilt von *Margaretha Förth*, Richterin am OLG München

Aus den Gründen:

Die zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg. Zu Recht ist das Registergericht zu dem Ergebnis gelangt, dass die Voraussetzungen für eine Eintragung der Ziffer 1 der Anmeldung vom 9.2.2011 betreffend der Änderung der Satzung des Beschwerdeführers nicht gegeben sind.

1. Zwar besteht entgegen der Auffassung des Registergerichts nicht deswegen ein Eintragungshindernis, da die zur Eintragung angemeldete Änderung des § 2 der Satzung nicht mit Zustimmung aller Mitglieder getroffen wurde. Ein solches Zustimmungserfordernis wäre gemäß § 33 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 BGB nur dann erforderlich, wenn durch den Beschluss der Mitgliederversammlung der Zweck des Vereins geändert worden wäre. Dies ist aber nicht der Fall.

a) Gemäß § 33 Abs. 1 BGB erfordert nicht jede Satzungsänderung des Vereins die Zustimmung sämtlicher Mitglieder des Vereins, sondern nur solche, die den Zweck des Vereins ändern (§ 33 Abs. 1 Satz 2 BGB). Damit kommt dem Erfordernis des § 33 Abs. 1 Satz 2 BGB eine mitglieder- und minderheitenschützende Aufgabe zu (*Soergel/Hadding*, BGB, 13. Aufl., § 33 Rdnr. 8). Ob eine Satzungsänderung eine Änderung des Vereinszwecks beinhaltet, ist daher aus der Sicht und der Interessenslage des einzelnen Mitglieds zu bestimmen. Das Mitglied soll nicht vor jeder Änderung in der Betätigung des Vereins geschützt werden, sondern nur davor, dass sich der „Charakter des Vereins“ (*Soergel/Hadding*, a. a. O., Rdnr. 23), also der oberste Leitsatz für die Vereinstätigkeit, d. h. die große Linie, um derentwillen sich die Mitglieder zu-

sammengeschlossen haben (BGHZ 96, 245, 252 = MittBayNot 1986, 66), ändert.

b) Zweck des Vereins ist vorliegend der Schutz und die Bewahrung der das Gebiet des A.-J. prägenden Architektur. Dieser wird nach Auffassung des Senats nicht durch die hier inmitten stehende Satzungsänderung in Form der Aufnahme des Zusatzes „und seiner angrenzenden Gebiete“ in seinem Kern geändert. Denn durch diesen Zusatz soll erkennbar nicht der Vereinszweck um den Schutz „sonstiger“ Architektur in Gebieten, die an den A.-J. angrenzen, erweitert werden (eine solche Unterstützungsmöglichkeit sieht bereits die „Kann-Bestimmung“ in Nr. 3 der Satzung vor). Vielmehr bezweckt der Zusatz lediglich den Versuch einer geographischen Eingrenzung solcher Baudenkmäler, die von den Bauformen her von dem Vereinszweck (bereits) erfasst werden.

2. Gleichwohl hat das Registergericht die zur Eintragung angemeldete Satzungsänderung zu Recht zurückgewiesen, da die formellen Eintragungsvoraussetzungen hierfür nicht gegeben sind. Trotz Hinweis durch das Gericht wurdet von dem Beschwerdeführer kein den Anforderungen i. S. d. § 71 Abs. 1 Satz 3 und 4 BGB entsprechender vollständiger aktueller Satzungstext eingereicht.

a) Gemäß der Neufassung des § 71 Abs. 1 Satz 3 BGB sind bei einer Satzungsänderung nunmehr der Anmeldung eine Abschrift des die Änderung enthaltenden Beschlusses und der Wortlaut der Satzung beizufügen. Dabei müssen in dem Wortlaut der Satzung die geänderten Bestimmungen mit dem Beschluss über die Satzungsänderung, die unveränderten Bestimmungen mit dem zuletzt eingereichten vollständigen Wortlaut der Satzung und, wenn die Satzung geändert worden ist, ohne dass ein vollständiger Wortlaut der Satzung eingereicht wurde, auch mit den zuvor eingetragenen Änderungen übereinstimmen (§ 71 Abs. 1 Satz 4 BGB). In formeller Hinsicht muss daher für einen Vollzug der zur Eintragung angemeldeten Satzungsänderung zusätzlich zum Änderungsbeschluss eine vollständige aktuelle Satzung eingereicht werden, wobei die „Satzungshistorie“ korrekt sein muss (vgl. *Palandt/Ellenberger*, 70. Aufl., § 71 Rdnr. 2). Dies ist vorliegend, was das Registergericht zutreffend beanstandet hat, nicht der Fall. Der von dem Beschwerdeführer vorgelegte Satzungstext stimmt in den unverändert gebliebenen Teilen nicht mit dem Wortlaut der früheren Satzung vom 8.11.1995 überein und entspricht daher nicht dem aktuellen Satzungstext.

aa) Der vorgelegte Satzungstext gibt nicht die mit Beschluss der Mitgliederversammlung vom 8.11.1995 geänderten und weiterhin geltenden Satzungsbestimmungen in § 9 Abs. 3 und 5 („E. Kurier“ anstatt „Tagespresse“ bzw. „mindestens 1/10“ statt „mindestens zwanzig Mitglieder“), sondern den vor der damaligen Beschlussfassung gültigen Satzungstext wieder.

bb) Da auch rein redaktionelle Änderungen unter den Begriff der Satzungsänderung im Sinne des § 33 Abs. 1 Satz 1 BGB fallen (*Palandt/Ellenberger*, a. a. O., § 33 Rdnr. 1), sind zudem die in dem neu eingereichten Satzungstext vorgenommenen Absatznummerierungen in §§ 2, 3, 5, 7, 9 ohne entsprechende Beschlussfassung einer Mitgliederversammlung gemäß § 33 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam, und geben daher auch nicht den aktuell geltenden Satzungstext i. S. d. § 71 Abs. 3 Satz 3 und 4 BGB wieder.

b) Zu Recht hat das Registergericht in seine Überprüfung auch die Frage miteinbezogen, ob der eingereichte Wortlaut der Satzung tatsächlich der aktuellen Fassung entspricht. Denn die Neufassung des § 71 Abs. 1 Satz 3 und 4 BGB begründet insofern eine Prüfungspflicht des Registergerichts (*Palandt/Ellenberger*, a. a. O., § 71 Rdnr. 2; a. A. *Krafka/Willer/Kühn*, Registerrecht, 8. Aufl., Rdnr. 2189).

Nach der Gesetzesbegründung zu § 71 Abs. 1 Satz 3 und 4 BGB (vgl. dazu BT-Drucks. 16/12813, S. 12 zu § 71 BGB) bezweckt deren Neufassung zwei Gesetzesziele: zum einen soll die vollständige Einreichung des vollständigen Wortlauts der geänderten Satzung die Einsicht Dritter in die Satzung erheblich erleichtern. Da sich der aktuelle Satzungswortlaut für denjenigen, der das Register einsieht, immer aus einem Dokument ergibt, muss sich der Einsichtnehmende nunmehr den aktuellen Satzungswortlaut nicht mehr mühsam aus der ursprünglich eingereichten Satzung und den angemeldeten Änderungsbeschlüssen erschließen. Zum anderen soll die Einreichung des vollständigen aktuellen Satzungstextes dem Registergericht die Prüfung der Anmeldungen von Satzungsänderungen erleichtern. Damit kommt der Einreichung des vollständigen aktuellen Satzungswortlauts nicht mehr nur die Bedeutung einer Lesehilfe als (hilfreiche) Arbeitsunterlage für das Registergericht zu (vgl. dazu § 9 Abs. 4 Vereinsregisterverordnung – VRV – a. F.; in diesem Sinne *Krafka/Willer/Kühn*, a. a. O., Rdnr. 2189 weiterhin). Nach Sinn und Zweck der Neufassung des § 71 Abs. 1 Satz 3 und 4 BGB soll die einzureichende Satzung vielmehr eine verlässliche Grundlage sowohl für das Gericht als auch den in das Vereinsregister Einsichtnehmenden sein (OLG Düsseldorf, NZG 2010, 754). Eine solche Funktion setzt aber gerade eine Überprüfung der Satzung voraus (in diesem Sinne auch OLG Düsseldorf, NZG 2010, 754, die Frage aber mangels Entscheidungserheblichkeit offen lassend).

3. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde liegen nicht vor.

14. AktG §§ 195, 192 Abs. 1, 3; BGB § 139 (*Gesamtnichtigkeit des Beschlusses über eine bedingte Kapitalerhöhung bei Verstoß gegen zulässigen Höchstbetrag gemäß § 192 Abs. 3 Satz 1 AktG*)

1. **Überschreitet der von der Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft beschlossene Nennbetrag des bedingten Kapitals den gesetzlich zulässigen Höchstbetrag i. S. d. § 192 Abs. 3 Satz 1 AktG, führt dies zur Gesamtnichtigkeit des die bedingte Kapitalerhöhung betreffenden Teils des Beschlusses.**
2. **In diesem Fall ist auch die Eintragung einer bedingten Kapitalerhöhung in Höhe des gesetzlich zulässigen Betrages trotz eines entsprechenden Antrags der Gesellschaft nicht zulässig.**

OLG München, Beschluss vom 14.9.2011, 31 Wx 360/11; mitgeteilt von *Margaretha Förth*, Richterin am OLG München

Die Beschwerdeführerin ist eine Aktiengesellschaft, deren Grundkapital 708.099.784 € beträgt. Zur Eintragung ist u. a. die mit Beschluss der Hauptversammlung vom 15.4.2011 bedingte Erhöhung des Grundkapitals um bis zu 354.049.892 € angemeldet. Bereits mit Beschluss der Hauptversammlung von 23.4.2010, eingetragen im Register am 7.6.2010, wurde das Grundkapital der Gesellschaft um einen Betrag i. H. v. 53.916.185 € bedingt erhöht; eine Ausnutzung dieser Erhöhung hat bisher noch nicht stattgefunden. Mit Schreiben vom 16.6.2011 wies das Registergericht darauf hin, dass derzeit ein Eintragungshindernis bestehe, da die zur Eintragung angemeldete bedingte Kapitalerhöhung die gesetzlich vorgesehene Höchstsumme i. S. d. § 192 Abs. 3 Satz 1 AktG übersteige und mit Zurückweisung der Anmeldung gerechnet werden müsse, sofern den gerichtlichen Anforderungen nicht bis zum 1.8.2011 entsprochen werde. Mit Antrag vom 4.7.2011 änderte die Beschwerdeführerin ihren ursprünglichen Antrag dahingehend ab, dass die Hauptversammlung am 15.4.2011 die bedingte Erhöhung des Grundkapitals um bis zu 300.133.707 € beschlossen habe. Der Beschluss der Hauptversammlung sei bezüglich des bedingten Kapitals darauf gerichtet gewesen,

dieses auf den gesetzlich zulässigen höchstmöglichen Betrag zu erhöhen, und in diesem Sinne auszulegen. Demgemäß sei auch der diesbezügliche Beschluss der Hauptversammlung vom 15.4.2011 lediglich hinsichtlich des den gesetzlich zulässigen Höchstbetrags (300.133.707 €) überschneidenden Betrags (teil) nichtig, sodass der Teil, der innerhalb der Höchstgrenze des § 192 Abs. 3 Satz 1 AktG liegt, entsprechend dem Rechtsgedanken des § 139 BGB wirksam und daher eintragungsfähig sei. Mit Schreiben vom 14.7.2011 teilte das Registergericht mit, dass auch durch die Einreichung der neu gefassten Anmeldung das mit Schreiben vom 16.6.2011 beanstandete Eintragungshindernis nicht behoben werden könne, da der Beschluss nicht in dem von der Beschwerdeführerin vertretenen Sinn ausgelegt werden könne. Hiergegen wendet sich die Beschwerdeführerin.

Aus den Gründen:

II.

Die zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg. Zu Recht ist das Registergericht zu dem Ergebnis gelangt, dass trotz geänderter Anmeldung weiterhin das mit Schreiben vom 16.6.2011 erkannte Eintragungshindernis besteht.

1. Das Registergericht hat im Rahmen des § 195 Abs. 1 AktG die Anmeldung des Beschlusses über eine bedingte Kapitalerhöhung in formeller und materieller Hinsicht zu prüfen (vgl. *Hüffer*, AktG, 9. Aufl., § 195 Rdnr. 9). Die Prüfung in materieller Hinsicht erstreckt sich darauf, ob die gesetzlichen und satzungsmäßigen Voraussetzungen der bedingten Kapitalerhöhung vorliegen. Das Gericht hat die Eintragung insbesondere dann abzulehnen, wenn der Beschluss nach § 241 AktG nichtig ist.

2. Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze hat das Registergericht zutreffend erkannt, dass derzeit die Voraussetzungen für die Eintragung der angemeldeten Satzungsänderung betreffend der bedingten Kapitalerhöhung durch Beschluss der Hauptversammlung vom 15.4.2011 weder in der ursprünglich angemeldeten noch in der berichtigten Fassung (Anmeldung vom 4.7.2011) gegeben sind.

a) Die Eintragung der ursprünglich zur Anmeldung angemeldeten bedingten Erhöhung des Grundkapitals um bis zu 354.049.892 € gemäß Beschluss der Hauptversammlung vom 15.4.2011 verstößt gegen den zulässigen Höchstbetrag i. S. d. § 192 Abs. 3 Satz 1 Alt. 1 AktG.

aa) Gemäß § 192 Abs. 3 Satz 1 Alt. 1 AktG darf der Nennbetrag des bedingten Kapitals die Hälfte des Grundkapitals, das zur Zeit der Beschlussfassung über die bedingte Kapitalerhöhung vorhanden ist, nicht übersteigen. Bei der Berechnung des zulässigen Höchstbetrages für den Nennbetrag des bedingten Kapitals sind auch Nennbeträge aus früheren bedingten Kapitalerhöhungen, soweit sie noch nicht ausgeschöpft sind, zu berücksichtigen (*Hüffer*, a. a. O., § 192 Rdnr. 23). Ausgehend von einem Grundkapital i. H. v. 708.099.784 € und unter Berücksichtigung der bereits mit Beschluss der Hauptversammlung vom 23.4.2010 bedingten Kapitalerhöhung i. H. v. 53.916.185 € beträgt demgemäß der nach § 192 Abs. 3 Satz 1 Alt. 1 AktG gesetzlich zulässige Höchstbetrag für eine weitere bedingte Kapitalerhöhung maximal 300.133.707 €.

Diesen Betrag hat der Beschluss der Hauptversammlung überschritten.

bb) Der Verstoß gegen § 192 Abs. 3 Satz 1 AktG führt nach allgemeiner Auffassung zur Nichtigkeit des Kapitalerhebungsbeschlusses gemäß § 241 Nr. 3 AktG (*Hüffer*, a. a. O., § 192 Rdnr. 23; *Krafka/Willer/Kühn*, Registerrecht, 8. Aufl., Rdnr. 1504; *Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff/Bungeroth*, AktG, 1993, § 192 Rdnr. 55; Großkommentar zum AktG/*Frey*, 2006, § 192 Rdnr. 143; *K. Schmidt/Lutter/Neil*, AktG, 2010, § 192 Rdnr. 28; Kölner Kommentar zum Aktiengesetz/

Lutter, 2. Aufl., § 192 Rdnr. 31 m. w. N.; MünchKommAktG/*Fuchs*, 2011, § 192 Rdnr. 153). Zu Recht hat daher das Registergericht die zur Eintragung ursprünglich angemeldete Satzungsänderung betreffend einer bedingten Kapitalerhöhung in Höhe von bis zu 354.049.892 € abgelehnt (vgl. *Hüffer*, a. a. O., § 192 Rdnr. 23; MünchKommAktG/*Fuchs*, a. a. O., § 192 Rdnr. 154).

b) Entgegen dem Beschwerdevorbringen erweist sich auch die mit Antrag vom 4.7.2011 zur Eintragung angemeldete Satzungsänderung mit dem Inhalt, dass die Hauptversammlung am 15.4.2011 eine bedingte Kapitalerhöhung bis zu einer Höhe von 300.133.707 € beschlossen hat, als nicht eintragungsfähig.

aa) Die mit Beschluss vom 15.4.2011 von der Hauptversammlung gefasste bedingte Kapitalerhöhung von bis zu 354.049.892 € führt im Hinblick auf den Verstoß gegen § 192 Abs. 3 AktG zur Gesamtnichtigkeit des Beschlusses über die bedingte Kapitalerhöhung und beschränkt sich nicht nur auf den die Grenze des § 193 Abs. 3 AktG überschneidenden Teil (allgemeine Auffassung: *Hüffer*, a. a. O., § 192 Rdnr. 23; MünchHdb AG/*Krieger*, 2. Aufl., § 57 Rdnr. 9; MünchKommAktG/*Fuchs*, a. a. O., § 192 Rdnr. 154; Großkommentar zum AktG/*Frey*, 2006, § 192 Rdnr. 143; Kölner Kommentar zum AktG/*Lutter*, a. a. O., § 192 Rdnr. 31 m. w. N.). Soweit vereinzelt in der Vergangenheit die Auffassung vertreten wurde, dass der Beschluss in einen wirksamen und einen unwirksamen Teil aufgespalten werden könne (vgl. *Röder*, ZHR 99 (1934), 212, 215 f.; *Ritter*, AktG 1937, 2. Aufl., § 159 Rdnr. 5, der aber trotz Aufspaltung des Beschlusses in einen wirksamen und unwirksamen Teil die Auffassung vertritt, dass das Registergericht die Eintragung des Beschlusses zur bedingten Kapitalerhöhung insgesamt ablehnen muss), hat sich diese Meinung in der Folgezeit in der Literatur nicht durchgesetzt (vgl. oben).

bb) Auch der Senat hält die in der Literatur – soweit erkennbar – einhellig vertretene Meinung einer Gesamtnichtigkeit des gegen den zulässigen Höchstbetrag nach § 192 Abs. 3 Satz 1 AktG verstoßenden Beschlusses gemäß § 241 Nr. 3 AktG für zutreffend, da § 192 Abs. 3 AktG nicht nur dem Schutz der Aktionäre, sondern auch dem öffentlichen Interesse an der Übersichtlichkeit der Kapitalverhältnisse (MünchKommAktG/*Fuchs*, a. a. O., § 192 Rdnr. 145) dient und daher die Verletzung des öffentlichen Interesses an der Einhaltung der Vorschrift die Nichtigkeit des ganzen Hauptversammlungsbeschlusses bewirkt (vgl. Kölner Kommentar zum AktG/*Lutter*, a. a. O., § 192 Rdnr. 31). Für eine Anwendung des Rechtsgedankens des § 139 BGB ist daher entgegen dem Beschwerdevorbringen wegen der hier in rechtlicher Hinsicht fehlenden Teilbarkeit des Hauptversammlungsbeschlusses über die bedingte Kapitalerhöhung kein Raum. Dieses Ergebnis steht nicht in Widerspruch zu der von der Beschwerdeführerin zitierten Rechtsprechung zur grundsätzlichen Anwendbarkeit des § 139 BGB auf Hauptversammlungsbeschlüsse (vgl. BGH, NJW 1988, 1214; OLG Hamburg, NZG 2000, 549), insbesondere auch nicht zu der Entscheidung des OLG München vom 27.8.2008 (AG 2008, 864). Der Verfahrensgegenstand dieser Entscheidungen betraf weder den hier inmitten stehenden Verstoß gegen den nach § 192 Abs. 3 Satz 1 AktG zulässigen Höchstbetrag für eine bedingte Kapitalerhöhung, noch die hier zu entscheidende Frage der registerrechtlichen Eintragbarkeit.

3. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde liegen nicht vor.

15. BGB §§ 242, 271 Abs. 1, 810; AktG §§ 241, 246; GmbHG §§ 30, 34 (*Wirksamkeit eines Einziehungsbeschlusses nach vorangegangener außerordentlicher Kündigung des Gesellschafters trotz fehlender Abfindung*)

1. **Hat die GmbH die außerordentliche Kündigung eines Gesellschafters akzeptiert und zum Anlass genommen, die Einziehung des Geschäftsanteils zu beschließen, ist der Einziehungsbeschluss allenfalls anfechtbar, aber nicht nichtig, selbst wenn kein wichtiger Grund für die Kündigung vorlag.**
2. **Die Einziehung des Geschäftsanteils nach der Austrittserklärung eines Gesellschafters, also letztlich die Einigung über dessen Austritt, ist einem in der Satzung zugelassenen Ausschluss mit sofortiger Wirkung vergleichbar. Im letztgenannten Fall lebt die Gesellschaftsterstellung des Betroffenen nicht wieder auf, wenn die Gesellschaft nichts dazu tut, dass der Ausgeschlossene den Gegenwert seines Geschäftsanteils erlangt (BGHZ 32, 17, 23 = NJW 1960, 866).**
3. **Ein Abfindungsanspruch und dementsprechend ein Auskunftsanspruch nach §§ 810, 242 BGB entsteht bereits mit Zugang der außerordentlichen Kündigung des Gesellschafters bei der GmbH. Kann er diese Ansprüche wegen Verjährung nicht mehr durchsetzen, kann er sich nicht darauf berufen, der Einziehungsbeschluss habe mangels Abfindungszahlung seine Wirkung verloren.**

OLG München, Urteil vom 28.7.2011, 23 U 750/11

Die Parteien streiten über die Frage, ob der Kläger noch Gesellschafter der Beklagten zu 1) ist. Hilfsweise macht der Kläger im Wege der Stufenklage seinen Abfindungsanspruch geltend.

Der Kläger übernahm bei Gründung der Beklagten zu 1), deren jetziger Geschäftsführer der Beklagte zu 2) ist, eine Stammeinlage in Höhe von 13.750 DM. Die Gesellschafterliste vom 7.2.2002 weist ihn als Gesellschafter mit zwei Geschäftsanteilen im Nennwert von 13.500 DM und 6.900 DM aus. Der Kläger war außerdem als Angestellter für die Beklagte zu 1) tätig. Nach § 4 der Satzung der Beklagten zu 1) kann die auf unbestimmte Zeit errichtete Gesellschaft von jedem Gesellschafter mit einer Frist von einem Jahr zum Ende eines Kalenderjahres gekündigt werden. Nachdem es zu Unstimmigkeiten zwischen den Parteien gekommen war, erklärte der Beklagte zu 2) mit Schreiben vom 19.10.2006 gegenüber dem Kläger dessen Tätigkeit als Vertriebs- und Projektleiter mit sofortiger Wirkung für beendet. Daraufhin kündigte der Kläger mit Schreiben vom 20.10.2006 unter dem Betreff „fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses und des Gesellschaftsvertrages“ u. a. das Gesellschaftsverhältnis mit der Beklagten zu 1) aus wichtigem Grund und mit sofortiger Wirkung. Mit Schreiben seines damaligen Anwalts vom 12.12.2006 forderte er u. a. einen Abfindungsbetrag in Höhe von 114.000 €, da er den Gesellschaftsvertrag mit Schreiben vom 20.11.2006 fristlos gekündigt habe, er aber bis zur Zahlung seiner Abfindung Gesellschafter bleibe. Daraufhin entgegnete die Beklagte zu 1) durch ihre damaligen Anwälte mit Schreiben vom 22.12.2006, die außerordentliche fristlose Kündigung des Gesellschaftsvertrages durch den Kläger mit Schreiben vom 20.11.2006 sei ohne wichtigem Grund erfolgt; sollte aus anderen Gründen eine unüberwindbare Zerrüttung des Gesellschaftsverhältnisses vorliegen, nehme sie die darauf gestützte Kündigung des Gesellschaftsverhältnisses zur Kenntnis. Bei der Gesellschafterversammlung vom 8.2.2007 wurde die Einziehung des Geschäftsanteils des Klägers beschlossen. Das Protokoll dieser Gesellschafterversammlung wurde dem Kläger mit Schreiben vom 13.2.2007 übersandt. Nachdem der Kläger mit Schreiben vom 10.2.2010 den Beklagten zu 2) aufforderte, eine Gesellschafterversammlung der Beklagten zu 1) einzuberufen, reichte der Beklagte zu 2) eine Gesellschafterliste ein, die den Kläger nicht als Gesellschafter ausweist. Dort heißt es u. a., dass durch die Einziehung der Geschäftsanteile vom 9.2.2007 die vormaligen Geschäftsanteile des Klägers erloschen seien. Am 9.2.2007 hatte keine Gesellschafterversammlung stattgefunden.

Der Kläger vertritt die Ansicht, er sei nach wie vor Gesellschafter der Beklagten zu 1). Der Beschluss der Gesellschafterversammlung vom

8.2.2007 sei aufgrund erheblicher formeller materieller Mängel nichtig und unwirksam. Er habe jedenfalls seine Wirkung verloren. Die dem Handelsregister des AG Traunstein am 10.5.2007 vorgelegte Gesellschafterliste sei falsch. Er habe jedenfalls einen Abfindungsanspruch, den er mit seinen Hilfsanträgen geltend mache.

Die Beklagten entgegnen, der Einziehungsbeschluss sei wirksam, Auskunfts- und Abfindungsansprüche des Klägers seien jedenfalls verjährt. Die Beklagte zu 1) erklärt hilfsweise mit Schadensersatzansprüchen aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. §§ 17, 18 UWG die Aufrechnung gegenüber etwaigen Abfindungsansprüchen des Klägers.

Das LG, auf dessen tatsächliche Feststellungen gemäß § 540 ZPO Bezug genommen wird, hat die Klage insgesamt abgewiesen. Die beiden Feststellungsanträge seien unbegründet, da der Gesellschafterbeschluss vom 8.2.2007 wirksam sei. Ob in dem Verhalten der Beklagten vor der Kündigung des Klägers ein wichtiger Grund zu sehen sei, könne dahinstehen, weil die Zustimmung der Gesellschafterversammlung zum Austritt vorlag. Der Kläger könne sich auch nicht mit Erfolg darauf berufen, dass der Einziehungsbeschluss deshalb unwirksam sei, weil die Einziehung ohne gleichzeitige ausdrückliche Anerkennung des von ihm geltend gemachten Abfindungsanspruchs erfolgt sei. Die Beklagte zu 1) habe einen Abfindungsanspruch des Klägers dem Grunde nach anerkannt, jedoch dargelegt, dass kein auszahlendes Abfindungsguthaben vorhanden sei. Der Kläger behaupte primär die Nichtigkeit des Gesellschafterbeschlusses mache jedoch keinen Nichtigkeitsgrund geltend. Ein Anfechtungsrecht stehe dem Kläger dagegen analog § 246 AktG nicht mehr zu. Da der Kläger als Gesellschafter aus der Beklagten zu 1) ausgeschieden sei, sei die am 10.5.2010 zum Handelsregister eingereichte Gesellschafterliste, abgesehen vom Schreibfehler hinsichtlich der Verwechslung des Datums, inhaltlich zutreffend, weshalb ein Anspruch des Klägers auf Einreichung einer Gesellschafterliste, die ihn als Gesellschafter ausweist, nicht bestehe. Auch die im Wege der Stufenklage formulierten Hilfsanträge seien unbegründet, da der Auskunftsanspruch jedenfalls verjährt sei.

Dagegen wendet sich die Berufung des Klägers, der vor allem seine Argumentation in erster Instanz wiederholt und vertieft. Die vom Kläger nach § 4 der Satzung der Beklagten zu 1) erklärte Kündigung des Gesellschaftsverhältnisses könne nicht in eine Zustimmung zur Einziehung umgedeutet werden. Der Einziehungsbeschluss vom 8.2.2007 sei bereits deshalb nichtig, da die Einziehung nach § 34 GmbHG eine entsprechende Satzungsklausel voraussetze, die die Satzung der Beklagten zu 1) nicht enthalte. Der Kläger sei Gesellschafter der Beklagten zu 1) geblieben, da der Beschluss vom 8.2.2007 jedenfalls seine Wirkung verloren habe, da die aufschiebende gesetzliche Bedingung, dass die Zahlung des Einziehungsentgelts ohne Beeinträchtigung des Stammkapitals in angemessener Zeit erfolge, ausgefallen sei. Dem Kläger stehe jedenfalls hilfsweise ein Abfindungsanspruch zu, der sich nach dem Verkehrswert seiner Geschäftsanteile zum Zeitpunkt des Einziehungsbeschlusses bemesse, und erst mit Zugang des Einziehungsbeschlusses im Februar des Jahres 2007 habe entstehen können. Räumt der Gesellschaftsvertrag den Gesellschaftern ein Kündigungsrecht ein, so führe die Ausübung dieses Rechts, wenn der Gesellschaftsvertrag wie im vorliegenden Fall keine andere Regelung enthalte, nach § 60 GmbHG zur Auflösung der Gesellschaft und nicht zum Ausscheiden des kündigenden Gesellschafters. Jeder GmbH-Gesellschafter könne jedenfalls bei Vorliegen eines wichtigen Grundes aus der Gesellschaft austreten und eine Abfindung verlangen. Dieses Recht gehöre als Grundprinzip des Verbandsrechts zu den zwingenden unverzichtbaren Mitgliedschaftsrechten und könne daher auch nicht in der Satzung ausgeschlossen oder unzumutbar erschwert werden.

Aus den Gründen:

II.

Die zulässige Berufung hat keinen Erfolg.

1. Der Klageantrag zu 1) ist unbegründet, da der auf der Gesellschafterversammlung vom 8.2.2007 gefasste Beschluss, den Geschäftsanteil des Klägers einzuziehen weder nichtig ist noch seine Wirkung verloren hat.

a) Den Beschluss vom 8.2.2007 hat der Kläger nicht innerhalb der als Leitbild heranzuziehenden Monatsfrist des § 246 AktG angefochten. Nichtigkeitsgründe hat der Kläger nicht

vorgetragen. Da das GmbHG keinen Katalog von Nichtigkeitsgründen enthält, hat die Rechtsprechung in Übereinstimmung mit dem Schrifttum in Anlehnung an das Aktienrecht einen solchen entwickelt (RGZ 166, 129, 132 f.; BGHZ 11, 231, 235), der sich am heutigen § 241 AktG orientiert (*Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, 10. Aufl., § 45 Rdnr. 62 ff.).

aa) Es kann offenbleiben, ob der anwaltliche Vertreter des Klägers bei der Gesellschafterversammlung vom 8.2.2007 zu Recht von der Abstimmung ausgeschlossen worden ist. Die Nichtberücksichtigung von Stimmen, die nur vermeintlich vom Stimmrecht ausgeschlossen sind, ist nur ein Anfechtungsgrund (*Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, a. a. O., § 45 Rdnr. 98).

bb) Der Beschluss ist auch nicht deswegen unwirksam, weil die Satzung der Beklagten zu 1) die Einziehung von Geschäftsanteilen nicht zulässt. Beim außerordentlichen Austritt eines Gesellschafters muss die Einziehung nämlich in Abweichung von § 34 GmbHG nicht im Gesellschaftsvertrag zugelassen sein; ebenso wenig muss der Austretende ihr zustimmen (*Scholz/H. Winter/Seibt*, GmbHG, 10. Aufl., Anhang § 34, Rdnr. 16).

In der vom Kläger mit Schreiben vom 20.10.2006 erklärten Kündigung liegt ein außerordentlicher Austritt des Klägers. Die vom Kläger vor allem in der Sitzung vom 30.6.2011 und im Schriftsatz vom 25.7.2011 vertretene Ansicht, der Kläger habe nicht das Gesellschaftsverhältnis, sondern die Gesellschaft gekündigt, überzeugt nicht. Der Kläger hat sich in seinem Kündigungsschreiben weder auf § 4 der Satzung der Beklagten zu 1) berufen, noch ist der Kläger von einer Kündigungsfrist bis zum 31.12.2007 ausgegangen. Auch wenn das Schreiben als Betreff „Kündigung des Gesellschaftsvertrags“ angibt, ergibt sich aus dem folgenden Text eindeutig, dass der Kläger das Gesellschaftsverhältnis „aus wichtigem Grund und mit sofortiger Wirkung“ gekündigt hat. Die Erklärung einer außerordentlichen Kündigung ist eine Austrittserklärung (*Lutter/Hommelhoff/Lutter*, GmbHG, 17. Aufl., § 34 Rdnr. 75). Der Kläger ist auch im nachfolgenden Schreiben vom 12.12.2006 davon ausgegangen, dass ihm aufgrund dieses Austritts ein Abfindungsanspruch zusteht. Die jetzt vom Berufungsführer vertretene Ansicht, die Kündigung des Klägers habe zur Auflösung der Gesellschaft zum 31.12.2007 geführt, ist damit nicht in Einklang zu bringen. § 4 der Satzung gibt den Gesellschaftern nur das Recht zur ordentlichen Kündigung der Gesellschaft mit der Frist von einem Jahr zum Ende des Kalenderjahres, nicht aber ein Recht zur außerordentlichen Kündigung, das unter dem Grundsatz der Subsidiarität stünde (*Scholz/K. Schmidt/Bitter*, GmbHG, 10. Aufl., § 60 Rdnr. 77). Danach ist vom Vorrang des Austritts auszugehen und die Auflösung der Gesellschaft der äußerste Mittel, das der Minderheit nur ausnahmsweise zugestanden werden kann (*Scholz/K. Schmidt/Bitter*, a. a. O., § 61 Rdnr. 3). Aus dem Kündigungsschreiben des Klägers ergibt sich eindeutig, dass er seinen Austritt mit sofortiger Wirkung begehrte.

Das LG ist zutreffend davon ausgegangen, dass dahinstehen kann, ob in dem Verhalten der Beklagten zu 1) ein den Kläger zur außerordentlichen Kündigung berechtigender wichtiger Grund lag. Die Beklagte zu 1) hat die Kündigung akzeptiert und zum Anlass genommen, die Einziehung des Geschäftsanteils des Klägers zu beschließen. Selbst wenn die Voraussetzungen einer außerordentlichen Kündigung nicht vorgelegen haben sollten, war der in der Gesellschafterversammlung vom 8.2.2007 gefasste Beschluss nicht nichtig, sondern allenfalls anfechtbar (*Goette* zu BGH, Beschluss vom 28.4.1997, II ZR 162/96, DStR 1997, 1336).

cc) Auch der Umstand, dass durch den Beschluss „der Geschäftsanteil“ des Klägers eingezogen wurde, steht der Wirk-

samkeit nicht entgegen. Zwar bleibt auch bei Vereinigung mehrerer Geschäftsanteile in einer Hand jeder Geschäftsanteil selbständig (*Lutter/Hommelhoff/Bayer*, GmbHG, 17. Aufl., § 15 Rdnr. 22), da jedoch sowohl in der Ladung zur Gesellschafterversammlung vom 8.2.2007 als auch in der Niederschrift auf die vorausgegangene Kündigung des Klägers Bezug genommen wird, ist der Beschluss eindeutig dahingehend zu verstehen, dass beide Geschäftsanteile des Klägers eingezogen werden.

b) Der Einziehungsbeschluss hat nicht mangels einer Abfindungszahlung der Beklagten zu 1) an den Kläger „seine Wirkung verloren“. Denn nach Ansicht des Senats stand der Einziehungsbeschluss vom 8.2.2007 wegen der vorausgegangenen Kündigung des Klägers nicht unter der aufschiebenden Bedingung der Abfindung ohne Verstoß gegen § 30 GmbHG, die ausgefallen sein könnte; jedenfalls müsste sich der Kläger so behandeln lassen als wäre die Bedingung eingetreten.

aa) Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung kann die Satzung einer GmbH für den Fall des Ausschlusses eines Gesellschafters durch Gesellschafterbeschluss anordnen, dass der betroffene Gesellschafter seine Gesellschafterstellung mit sofortiger Wirkung – also auch schon vor Zahlung seiner Abfindung – verliert (BGHZ 32, 17, 23; Beschluss vom 8.12.2008, II ZR 263/07, ZIP 2009, 314). Für einen Austritt durch Kündigung gilt nichts anderes (BGH, Urteil vom 30.6.2003, II ZR 326/01, ZIP 2003, 1544 ff.). In der Entscheidung vom 25.1.1960 (BGHZ 32, 17, 23) führte der BGH aus, ein rechtmäßiger Ausschließungsbeschluss habe zur Folge, dass der betroffene Gesellschafter seine Gesellschafterstellung verliere, der Geschäftsanteil dagegen bestehen bleibe. Auch wenn die Gesellschaft nicht in angemessener Frist die Einziehung des Geschäftsanteils beschließe oder seine Abtretung verlange und nichts dazu tue, dass der Ausgeschlossene den Gegenwert seines Geschäftsanteils erlangt, lebe doch die Gesellschafterstellung des Betroffenen nicht wieder auf.

Ob ein Einziehungsbeschluss mangels einer entsprechenden Satzungsregelung schon mit seiner Bekanntgabe an den Gesellschafter zur Vernichtung des Geschäftsanteils führt oder ob diese Wirkung erst mit der Zahlung der Abfindung eintritt, hat der BGH im Urteil vom 30.6.2003 (juris Tz. 14) ausdrücklich offen gelassen. Das OLG Hamm (Urteil vom 12.3.2008, 8 U 205/07, juris Tz. 22, m. w. N.) interpretiert dies als Lösung von dem Gedanken eines strikten Junktims zwischen Zahlung der Einziehungsabfindung und Verlust der Gesellschafterstellung (in diesem Sinn auch *Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich*, GmbHG, 19. Aufl., § 34 Rdnr. 42). Nach Ansicht *Goettes* (Die GmbH, 2. Aufl., 2002, § 6 Rdnr. 53) kann die Judikatur des II. Zivilsenats ohnehin nicht im Sinne eines solchen Junktims verstanden werden. Lediglich eine vereinzelt gebliebene, nicht tragende Nebenbemerkung in BGHZ 101, 113, 121, nach der der Betroffene Gesellschaftsrechte wahrnehmen könne, jedenfalls solange die Einziehung, insbesondere infolge Nichtzahlung der geschuldeten Abfindung, nicht vollzogen ist, könnte die Deutung zulassen, dass der II. Zivilsenat auch über den Fall der Ausschließung durch gestaltendes Urteil hinaus die Wirksamkeit dieser Maßnahme stets von der Zahlung der Abfindung bzw. des Abtretungsentgelts abhängig machen will. Anderen Entscheidungen, wie der bereits zitierten vom 25.1.1960 (BGHZ 32, 17, 23), lasse sich entnehmen, dass bei der Ausschließung durch Beschluss eine derartige Koppelung nicht gelte.

Nach Ansicht des Senats ist die Einziehung des Geschäftsanteils nach der Austrittserklärung eines Gesellschafters, also letztlich die Einigung über dessen Austritt, einem in der Satzung zugelassenen Ausschluss mit sofortiger Wirkung ver-

gleichbar. Für den letztgenannten Fall ist jedoch höchstrichterlich entschieden, dass auch dann, wenn die Gesellschaft nichts dazu tut, dass der Ausgeschlossene den Gegenwert seines Geschäftsanteils erlangt, die Gesellschafterstellung des Betroffenen nicht wieder auflebt (BGHZ 32, 17, 23; BGH, Beschluss vom 8.12.2008, II ZR 263/07, ZIP 2009, 314). Anders als in dem vom BGH mit Urteil vom 17.10.1983 (II ZR 80/83, WM 1983, 1354) entschiedenen Fall stand hier nach dem Einziehungsbeschluss vom 8.2.2007 die Umsetzung der Austrittserklärung des Klägers nicht mehr aus.

bb) Auch wenn man mit dem OLG Köln (Urteil vom 26.3.1999, 19 U 108/96, NZG 1999, 1222 ff.) der Ansicht des Klägers folgt, dass ein nach einer Kündigung des Gesellschafters ergangener Einziehungsbeschluss unter der aufschiebenden Bedingung der Zahlung der Abfindung steht, kann nicht festgestellt werden, dass der Gesellschafterbeschluss vom 8.2.2007 seine Wirkung verloren hat.

Ausgefallen ist eine Bedingung, wenn feststeht, dass sie nicht mehr eintreten kann (*Palandt/Ellenberg*, 70. Aufl., § 158, Rdnr. 3). Der Kläger muss sich jedoch so behandeln lassen, als wäre die aufschiebende Bedingung eingetreten. Der Kläger wäre aufgrund seiner gesellschaftlichen Treuepflicht gehalten gewesen, seine Abfindungsansprüche nach Erhalt des ablehnenden Schreibens der Beklagten zu 1) vom 22.12.2006 und des Beschlusses vom 8.2.2007 – u. U. gerichtlich – weiter zu verfolgen, um die „schwierige Schwebelage“ (BGH, Urteil vom 30.06.2003, II ZR 326/01, Tz. 14) zu beenden. § 162 Abs. 1 BGB ist zwar nicht auf Rechtsbedingungen anwendbar, wohl aber der in der Vorschrift zum Ausdruck kommende allgemeine Rechtsgedanke, dass niemand aus seinem treuwidrigen Verhalten Vorteile ziehen darf. Der Kläger hat nicht während der dreijährigen Verjährungsfrist Stufenklage erhoben, um seinen Abfindungsanspruch durchzusetzen (siehe unten 4.), er muss sich daher so stellen lassen, als sei die Bedingung eingetreten.

2. Der Klageantrag zu 2) hat keinen Erfolg, da am 9.2.2007 unstrittig überhaupt kein Gesellschafterbeschluss gefasst wurde, denn die Beklagten haben mit Schriftsatz vom 6.8.2010 eingeräumt, dass das Schreiben 10.5.2010 an das Handelsregister einen Schreibfehler enthält.

3. Der Kläger hat gegen die Beklagte zu 1) aus den unter Ziffer 1.1. dargelegten Gründen keinen Anspruch auf Einreichung einer Gesellschafterliste, die ihn als Gesellschafter ausweist.

Folgt man der Ansicht, die Einziehung sei aufschiebend bedingt durch die Zahlung der Abfindung, ergibt sich dies auch aus der Überlegung, dass der Kläger nach Bekanntgabe des Einziehungsbeschlusses allenfalls noch formal Gesellschafter war. Geht es nach dem Austritt eines Gesellschafters nur noch darum, die ihm zustehende Abfindung für seinen Geschäftsanteil zu erhalten, darf er seine Mitspracherechte in der Gesellschaft nur noch insoweit ausüben, als sein wirtschaftliches Interesse an der Durchsetzung seines Abfindungsanspruchs betroffen ist (BGH, Urteil vom 30.11.2009, II ZR 208/08, Tz. 17). Hier kann der Kläger einen Abfindungsanspruch jedoch nicht mehr durchsetzen.

Bezüglich des Beklagten zu 2) wird auf die zutreffenden Ausführungen des Erstgerichts und das Senatsurteil vom 29.7.2010, 23 U 1997/10 Bezug genommen.

4. Die Hilfsanträge zu 4) bis 8) haben keinen Erfolg. Das LG hat die hilfsweise erhobene Stufenklage zu Recht insgesamt wegen Verjährung abgewiesen. Ansprüche gegen den Beklagten zu 2) bestehen ohnehin nicht, Abfindungs- und Auskunftsansprüche des ausscheidenden Gesellschafters be-

stehen nur gegen die Gesellschaft. Die im weiteren Hilfsantrag auf Zahlung von 114.000 € liegende Klageerweiterung ist nach § 533 ZPO zulässig. Auch insoweit kann die Beklagte zu 1) jedoch Verjährung einwenden.

Ein Abfindungsanspruch und dementsprechend ein Auskunftsanspruch des Klägers nach §§ 810, 242 BGB ist bereits mit Zugang der Kündigung des Klägers bei der Beklagten zu 1) am 23.10.2006 entstanden. Bereits die Kündigungserklärung des Klägers bewirkte, dass die Gesellschaft berechtigt und verpflichtet war, gegen Abfindung des Gesellschafters nach ihrer Wahl entweder den Geschäftsanteil einzuziehen oder dessen Abtretung unter Wahrung der Form des § 15 Abs. 3 GmbHG zu verlangen (*Ulmer/Ulmer*, GmbHG, Anh. § 34 Rdnr. 57; *Scholz/H. Winter/Seibt*, GmbHG, 10. Aufl., Anhang § 34 Rdnr. 14 m. w. N.). Dass die Gesellschaft von ihrem Wahlrecht Gebrauch macht, ist keine Voraussetzung für den Abfindungsanspruch des Gesellschafters nach einer Kündigung (OLG Celle, Urteil vom 28.08.2002, 9 U 29/92, Tz. 29, GmbHR 2002, 1063). Dementsprechend ist maßgeblicher Zeitpunkt für die Berechnung der Abfindung nach herrschender Meinung der Zugang der Austrittserklärung bei der Gesellschaft (*Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich*, GmbHG, 19. Aufl., § 34 Rdnr. 25. m. w. N.). Im Übrigen hat die Beklagte zu 1) die Kündigung des Klägers bereits im Jahr 2006 akzeptiert. Denn im Schreiben vom 22.12.2006 brachte die Beklagte zu 1) lediglich zum Ausdruck, ihr Verhalten begründe keinen wichtigen Grund, eine Zerrüttung sei auf das Verhalten des Klägers zurückzuführen. Einer darauf gestützten Kündigung hat sie nicht widersprochen, sondern „zur Kenntnis“ genommen.

Der Auskunftsanspruch und – mangels einer abweichenden Regelung in der Satzung – auch der Abfindungsanspruch wurden gemäß § 271 Abs. 1 BGB sofort fällig. Die dreijährige Verjährungsfrist endete am 31.12.2009. Die Klage ging am 4.6.2010 bei Gericht ein.

Tatsachen, aus denen sich eine Hemmung der Verjährung ergibt, müsste der Kläger darlegen und beweisen. (...)

Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

16. InsO §§ 112, 119, 259; BGB §§ 158 Abs. 2, 1090; GBO § 71 Abs. 2 Satz 2; ErbbauRG § 14 Abs. 3 Satz 1 (*Erlöschen einer Dienstbarkeit trotz Kündigungssperre des § 112 InsO*)

Die Kündigungssperre des § 112 InsO hindert nicht das Erlöschen einer Dienstbarkeit, welche das aus einem Mietvertrag folgende Nutzungsrecht an dem belasteten Grundstück sichert und unter der auflösenden Bedingung steht, dass über das Vermögen des Berechtigten ein Insolvenzverfahren eröffnet wird, wenn diese Bedingung vor dem Sicherungsfall eintritt.

BGH, Beschluss vom 7.4.2011, V ZB 11/10; mitgeteilt von Wolfgang Wellner, Richter am BGH

Zugunsten der Schuldnerin waren im Grundbuch und im Erbbaugrundbuch von G. zwei beschränkte persönliche Dienstbarkeiten eingetragen, durch die jeweils die Befugnis zum Betrieb von Geschäften aller Art, insbesondere eines Waren- oder Parkhauses, eingeräumt wurde. Die Bewilligung erfolgte im Rahmen eines im Jahr 2006 von der Schuldnerin als Mieterin abgeschlossenen Gesamtmietvertrags über den Grundbesitz. Darin wurden hinsichtlich der Dienstbarkeiten u. a. folgende Bestimmungen getroffen:

„§ 16 Dienstbarkeiten

(...)

16.3 Die Dienstbarkeiten erlöschen, wenn eine der folgenden auflösenden Bedingungen eingetreten ist:

(...)

c) über das Vermögen des Mieters ist von diesem selbst ein Insolvenzantrag gestellt worden oder ein solcher Antrag wurde von einem Dritten gestellt und das zuständige Gericht hat vorläufige Insolvenzsicherungsmaßnahmen beschlossen oder über das Vermögen des Mieters wurde das Insolvenzverfahren eröffnet oder die Eröffnung mangels Masse abgelehnt;

(...)

16.4 Die Löschung der jeweiligen Dienstbarkeit kann nicht verlangt werden, wenn im Zusammenhang mit Zwangsvollstreckungsmaßnahmen in das betroffene Grundstück (§ 57 a ZVG), mit einem Insolvenzverfahren über das Vermögen des Mieters (§ 111 InsO) oder mit Eintritt einer Nacherbfolge (§§ 2135, 1056 Abs. 2 BGB) das Mietverhältnis vorzeitig endet. (...) § 16.3 geht der Regelung dieses Absatzes vor.

Sobald einer der vorstehend genannten Sicherungsfälle eintritt und solange er andauert, ist der Mieter berechtigt, die Dienstbarkeit auszuüben. Die gegenwärtigen Eigentümer und die Hauptvermieter sowie die Mieter sind verpflichtet, Art und Umfang der Ausübung an den einschlägigen Bestimmungen des Mietvertrags, die hier entsprechend anzuwenden sind, auszurichten, auch wenn die Dienstbarkeit einen weitergehenden dinglichen Inhalt hat.

Der Mieter ist verpflichtet, für die Dauer der Ausübung der Dienstbarkeit anstelle der Miete eine Ausübungsvergütung an den jeweiligen (gegenwärtigen oder zukünftigen) Grundstückseigentümer zu zahlen, die der Höhe der Miete nebst Umsatzsteuer entspricht, die er ohne Beendigung oder Beeinträchtigung des Mietverhältnisses zu entrichten hätte. (...)“

Nachdem im Juni 2009 gegen die Schuldnerin Sicherungsmaßnahmen i. S. v. § 21 Abs. 2 InsO angeordnet worden waren, wurden die Dienstbarkeiten – auf einen entsprechenden Antrag der Beteiligten zu 2, einer nachrangigen Grundpfandrechtsgläubigerin – am 16.9.2009 im Grundbuch gelöscht. Hiergegen erhob der frühere Beteiligte zu 1 als zwischenzeitlich bestellter Insolvenzverwalter über das Vermögen der Schuldnerin Widerspruch und beantragte zugleich die Eintragung eines Amtswiderspruchs.

Das Grundbuchamt hat den Widerspruch zurückgewiesen und die Eintragung eines Amtswiderspruchs abgelehnt. Gegen die Zurückweisung seiner Beschwerde durch das OLG hat sich der Insolvenzverwalter mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde gewandt. Nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens haben die Verfahrensbevollmächtigten des Insolvenzverwalters erklärt, das Rechtsbeschwerdeverfahren für die Schuldnerin fortführen bzw. aufnehmen zu wollen. Anschließend hat die Schuldnerin der Beteiligten zu 2 Löschungsbevollmächtigungen für die Dienstbarkeiten erteilt und das Verfahren für erledigt erklärt. Die Beteiligte zu 2 beantragt, die Kosten des Verfahrens der Schuldnerin aufzuerlegen.

Aus den Gründen:

II.

(...)

c) Die Kostenentscheidung ist gemäß § 83 Abs. 2 i. V. m. § 81 Abs. 1 Satz 1 FamFG nach billigem Ermessen zu treffen. Dabei kommt als besonderer Billigkeitsgrund für die Auferlegung von Kosten aus Rechtsmittelverfahren der Umstand in Betracht, ob das Rechtsmittel erfolglos geblieben wäre (vgl. *Keidel/Zimmermann*, FamFG, 16. Aufl., § 84 Rdnr. 28). Dagegen ist der Umstand, dass sich die Schuldnerin durch Abgabe der Löschungsbevollmächtigungen freiwillig in die Rolle der Unterlegenen begeben hat, hier nicht maßgeblich. Es ist nicht erkennbar, dass der Entschluss der Schuldnerin, die Auseinandersetzung um die Dienstbarkeiten zu beenden, Ausdruck einer von ihr anerkannten Rechtspflicht zu deren Löschung

ist; vielmehr dürfte er auf wirtschaftlichen Erwägungen beruhen. Eine solche Verfahrensbeendigung muss möglich sein, ohne dass sie zwingend zu der Verpflichtung führt, die Kosten des Rechtsstreits zu tragen. Dass es hier dennoch der Billigkeit entspricht, der Schuldnerin die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens aufzuerlegen, folgt daraus, dass die Rechtsbeschwerde ohne Erfolg und es damit bei der Zurückweisung ihrer sofortigen Beschwerde durch das Beschwerdegericht geblieben wäre.

2. Die Rechtsbeschwerde war unbegründet, weil die Voraussetzungen für einen Amtswiderspruch, der sich auch gegen die Löschung einer Grundbucheintragung richten kann (BayObLG, Rpfleger 1987, 101; KEHE/Eickmann, GBO, 6. Aufl., § 53 Rdnr. 2; Meikel/Streck, GBO, 10. Aufl., § 53 Rdnr. 7), nicht vorlagen. Das Grundbuch – für das Erbbaugrundbuch gilt insoweit nichts anderes (vgl. § 14 Abs. 3 Satz 1 ErbbauRG) – ist auf Grund der Löschung der beiden beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten (§ 1090 BGB) nicht unrichtig geworden. Diese sind durch den Eintritt der in § 16.3 c) des Gesamtmietvertrags geregelten auflösenden Bedingung (§ 158 Abs. 2 BGB) auch materiellrechtlich erloschen.

a) Die Dienstbarkeiten sind jeweils wirksam unter eine auflösende Bedingung gestellt worden, obwohl diese nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts nicht in den Eintragungsvermerk aufgenommen worden ist. Dabei kommt es nicht darauf an, ob – was der Senat bislang offen gelassen hat (Urteil vom 29.9.2006, V ZR 25/06, WM 2006, 2226, 2228 = MittBayNot 2007, 47 m. w. N.) – eine auflösende Bedingung zum wesentlichen Rechtsinhalt der Dienstbarkeit zählt und daher nach § 873 Abs. 1 BGB der Eintragungspflicht unterliegt oder ob es sich hierbei lediglich um eine den näheren Inhalt des dinglichen Rechts in zeitlicher Hinsicht konkretisierende Bestimmung handelt mit der Folge, dass insoweit nach § 874 BGB auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden kann. Folgt man der zuerst genannten Ansicht, wäre das Recht zwar unbedingt eingetragen. Die Dienstbarkeit wäre dennoch lediglich bedingt entstanden, da sich Einigung und Eintragung nur insoweit decken (BGH, Urteil vom 12.7.1989, IVb ZR 79/88, NJW 1990, 112, 114; BayObLG, NJW-RR 1998, 1025, 1026 = MittBayNot 1998, 260 – jeweils m. w. N.).

Die auflösende Bedingung gemäß § 16.3 c) des Gesamtmietvertrags war eingetreten, da das Insolvenzgericht aufgrund eines das Vermögen der Schuldnerin betreffenden Insolvenzantrags Sicherungsmaßnahmen gemäß § 21 Abs. 2 InsO angeordnet hatte.

b) Die Regelungen der §§ 112, 119 InsO stehen dem Erlöschen der Dienstbarkeiten in der hier gegebenen Konstellation nicht entgegen.

aa) Durch § 112 InsO wird zugunsten des Insolvenzschuldners für ein von diesem als Mieter (oder Pächter) eingegangenes Vertragsverhältnis insoweit ein Kündigungsschutz begründet, als der Vermieter daran gehindert ist, nach dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens den Vertrag aus den näher bezeichneten Gründen (Zahlungsverzug aus der Zeit vor dem Eröffnungsantrag; Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Schuldners) zu kündigen.

Die Regelung, die nach der herrschenden Meinung – zumindest in Verbindung mit dem in § 119 InsO enthaltenen Verbot abweichender Vereinbarungen – auch eine Vertragsbeendigung durch Eintritt einer auflösenden Bedingung erfasst (vgl. MünchKommInsO/Eckert, 2. Aufl., § 112 Rdnr. 16; K/P/B/Tintelnot, InsO, Stand November 2010, § 112 Rdnr. 13; Uhlenbruck/Wegener, InsO, 13. Aufl., § 112 Rdnr. 13; Braun,

InsO, 4. Aufl., § 112 Rdnr. 2 – jeweils m. w. N.; a. A. Hess/Pape, InsO und EGInsO, Rdnr. 340), bezieht sich nach ihrem Wortlaut ausschließlich auf (schuldrechtliche) Miet- und Pachtverträge. Eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit als ein dingliches Nutzungsrecht fällt somit grundsätzlich nicht in den Anwendungsbereich der Norm (vgl. BGH, Urteil vom 20.10.2005, IX ZR 145/04, ZIP 2005, 2267, 2268 [für einen Erbbaurechtsvertrag]; MünchKommInsO/Eckert, a. a. O., § 108 Rdnr. 41; K/P/B/Tintelnot, a. a. O., § 108 Rdnr. 15; HK-InsO/Ahrendt, InsO, 3. Aufl., § 108 Rdnr. 3).

Das gilt auch dann, wenn die zur Begründung der Dienstbarkeit erforderliche dingliche Einigung (§ 873 Abs. 1 BGB) – wie hier – in einem gleichzeitig abgeschlossenen Mietvertrag über das Grundstück enthalten ist und das dingliche Recht der Sicherung des schuldrechtlichen Gebrauchsrechts (§ 535 Abs. 1 Satz 1 BGB) dient. Soweit die Rechtsbeschwerde demgegenüber von einem typgemischtem Vertrag ausgeht, der wegen des bloßen Sicherungscharakters der Dienstbarkeit einheitlich nach Mietrecht zu beurteilen sei, verkennt sie, dass die Dienstbarkeit von den ihr zugrundeliegenden schuldrechtlichen Vereinbarungen (Sicherungsabrede, Mietvertrag) abstrakt ist (Senat, Urteil vom 29.1.1988, V ZR 310/86, NJW 1988, 2364; Urteil vom 20.1.1989, V ZR 181/87, NJW-RR 1989, 519; BGH, Urteil vom 15.4.1998, VIII ZR 377/96, NJW 1998, 2286, 2287). Das schließt es aus, das dingliche Nutzungsverhältnis einem schuldrechtlichen Vertragstyp zuzuordnen. Darauf, ob sich die für die Zeit nach dem Eintritt des Sicherungsfalls getroffenen Bestimmungen ihrerseits an dem Inhalt des Mietvertrags ausrichten (vgl. § 16.4 des Gesamtmietvertrags), kommt es in diesem Zusammenhang nicht an.

bb) Auch eine teleologische, an Sinn und Zweck der Norm ausgerichtete Auslegung des § 112 InsO steht der Annahme eines wirksamen Bedingungseintritts nicht entgegen.

Der Vorschrift liegt die Erwägung zugrunde, dass die wirtschaftliche Einheit im Besitz des Schuldners nicht zur Unzeit auseinandergerissen werden darf (RegE, BT-Drucks. 12/2443, S. 148). Mit dem Erlöschen einer Sicherungsdienstbarkeit durch den Eintritt einer auflösenden Bedingung ist indes nicht zwingend ein Verlust der Berechtigung des Schuldners verbunden, das ihm an dem Grundstück eingeräumte Recht auszuüben. Denn die Sicherungsdienstbarkeit bildet nicht bereits von dem Zeitpunkt ihrer Bestellung an die rechtliche Grundlage für die Nutzung des Grundbesitzes. Ihre Bestellung erfolgt vielmehr zusätzlich zu dem Abschluss eines Mietvertrags, um das daraus resultierende Gebrauchsrecht entsprechend dem Inhalt der Sicherungsabrede – mit dinglicher Wirkung – auf die Zeit nach der Vertragsbeendigung zu erstrecken.

Auf diese Weise soll den rechtlichen und wirtschaftlichen Nachteilen begegnet werden, die dem (insbesondere gewerblichen) Mieter für den Fall drohen, dass das Vertragsverhältnis auf der Vermieterseite auf einen Dritten übergeht und dieser sodann von einem aus Anlass des Vertragsübergangs bestehenden Sonderkündigungsrecht (z. B. nach § 57 a ZVG, § 111 InsO, § 2135 i. V. m. § 1056 Abs. 2 BGB; vgl. § 16.4 des Gesamtmietvertrags) Gebrauch macht (dazu etwa Staudinger/Mayer, 2009, § 1093 Rdnr. 12; Stapenhorst/Voß, NZM 2003, 873 f.; Stiegele, Die Mietsicherungsdienstbarkeit, S. 26 ff.; Wiemann in GS Gruson, S. 441 ff.). Der Rechtsinhaber ist daher aufgrund der Sicherungsabrede erst nach dem Eintritt des Sicherungsfalls zur Ausübung der Dienstbarkeit berechtigt, während sich zuvor die Nutzung des Grundstücks ausschließlich nach Maßgabe des Mietvertrags richtet.

Daraus folgt, dass das Recht zur Nutzung der Mietsache durch das Erlöschen der Dienstbarkeit nicht nachteilig betroffen

wird, wenn die auflösende Bedingung – wie hier – vor dem Sicherungsfall eintritt. Das Gebrauchsrecht besteht dann auf der Grundlage des Mietvertrags fort, der seinerseits der Kündigungssperre nach § 112 InsO unterliegt. Ein Bedürfnis für die Anwendung dieser Vorschrift auf die Dienstbarkeit besteht insoweit nicht. Etwas anderes ergibt sich auch nicht im Hinblick darauf, dass die Dienstbarkeit jedenfalls bei einem späteren Eintritt des Sicherungsfalls, etwa wegen einer Kündigung des Mietvertrags als Folge einer Insolvenz des Vermieters (vgl. § 111 InsO), die weitere Nutzung des Grundstücks durch den Mieter sichern könnte. Denn § 112 InsO schützt nicht jeglichen Fortbestand des Nutzungsverhältnisses. Der Mieter wird (in bestimmten Fällen) lediglich vor einem Verlust seines Gebrauchsrechts im Zusammenhang mit einem sein eigenes Vermögen betreffenden Insolvenzantrag bewahrt.

Beurkundungs- und Notarrecht

17. GBO §§ 12, 133; GBV § 43; BNotO § 14 (*Unzulässige Grundbucheinsicht im automatisierten Abrufverfahren durch den Notar auf bloße Bitte eines Maklers*)

Die bloße Bitte eines Maklers um Grundbucheinsicht berechtigt den Notar ohne nähere Prüfung eines berechtigten Interesses nicht zur Einholung eines Grundbuchauszugs im automatisierten Abrufverfahren (Bestätigung von Not 26/10).

OLG Celle, Urteil vom 15.7.2011, Not 7/11

Der Kläger begehrt die Aufhebung einer Disziplinarverfügung und des sie bestätigenden Widerspruchsbescheids. Mit der Disziplinarverfügung wurde gegen den Kläger ein Verweis wegen der unberechtigten Einsichtnahme in das elektronische Grundbuch in sechs Fällen verhängt.

Aufgrund einer turnusmäßigen Überprüfung der Amtsgeschäfte wirft der Beklagte dem Kläger vor, in sechs Fällen unberechtigt Einsichtnahme in das elektronische Grundbuch genommen zu haben, weil dies für andere als die in § 43 Abs. 2 GBV geregelten Zwecke erfolgt sei. Die Grundbuchauszüge sind von verschiedenen Maklern beim Notar abgefragt worden. Die Beurkundung eines Kaufvertrags hat nicht beim Kläger, sondern bei einem anderen Notar stattgefunden. Der Kläger hat mittlerweile Gebühren für die Einsichtnahme in das elektronische Grundbuch erhoben.

Der Beklagte hat nach Einleitung des nichtförmlichen Disziplinarverfahrens mit Bescheid vom 4.1.2010 einen Verweis verhängt. Das hiergegen vom Kläger eingelegte Rechtsmittel hat der Präsident des OLG Celle mit dem Widerspruchsbescheid vom 31.1.2011 zurückgewiesen.

Der Kläger hat nach Zustellung des Widerspruchsbescheids am 4.2.2011 Klage erhoben. Er vertritt unter Bezugnahme auf die Entscheidung des erkennenden Notarsenats vom 24.8.2010 (Not 9/10) die Auffassung, er habe eine notarielle Amtshandlung vorgenommen, da er auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege tätig geworden sei. Die Grundstückseigentümer hätten die in ihrem Eigentum stehenden Grundstücke verkaufen wollen und zu diesem Zwecke Makler eingeschaltet. Auf der Grundlage des von den Eigentümern erteilten Maklerauftrags seien diese – die Makler – an den Kläger in seiner Eigenschaft als Notar herangetreten, um Grundbuchabschriften anzufordern. Ein konkreter notarieller Auftrag im Sinne eines Beurkundungs- oder Beglaubigungsgeschäftes sei nicht erforderlich. Vielmehr ergebe sich aus § 43 Abs. 2 GBV, dass der Eigentümer immer ein berechtigtes Interesse habe und es im Übrigen der Darlegung eines berechtigten Interesses durch den Notar nicht bedürfe. Einen „Grundbuchservice auf Zuruf“ eines Maklers habe er nicht betrieben.

Der Beklagte verteidigt die von ihm erlassene Disziplinarverfügung sowie den Widerspruchsbescheid.

Aus den Gründen:

Die zulässige Klage ist unbegründet. Der Beklagte hat gegen den Kläger zu Recht einen Verweis wegen der unberechtigten Einsichtnahme in das elektronische Grundbuch in sechs Fällen verhängt. Es liegt ein Dienstvergehen wegen des Verstoßes gegen § 14 Abs. 1 und 3 BNotO vor.

Ein Notar hat gemäß § 14 Abs. 1 BNotO sein Amt getreu seinem Eide zu verwalten. Gemäß § 14 Abs. 3 Satz 2 BNotO hat er jedes Verhalten zu vermeiden, dass den Anschein eines Verstoßes gegen die ihm gesetzlich auferlegten Pflichten erzeugt. Hiergegen hat der Kläger verstoßen. Der Kläger hat den Anschein erweckt, er nehme die gesetzlichen Vorgaben nicht ernst, indem er ohne weitere Nachprüfung des Vorliegens eines berechtigten Interesses in sechs Fällen einen Grundbuchauszug im automatisierten Abrufverfahren eingeholt hat.

1. Grundsätzlich ist gemäß § 133 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GBO die Einrichtung eines automatisierten Verfahrens zulässig, sofern sichergestellt ist, dass der Abruf von Daten die nach den oder aufgrund der §§ 12 und 12 a GBO zulässige Einsicht nicht überschreitet. Gemäß § 133 Abs. 2 Satz 2 BNotO darf die Genehmigung u. a. nur an Notare erteilt werden. Unter diesen Voraussetzungen ist das uneingeschränkte automatisierte Abrufverfahren nur geeignet, wenn ein berechtigtes Interesse für die Einsichtnahme in das Grundbuch nicht dargelegt zu werden braucht (*Demharter*, GBO, 27. Aufl., § 133 Rdnr. 4; Senat, Beschluss vom 24.8.2010, Not 9/10, juris).

Gemäß § 12 Abs. 1 Satz 1 GBO ist die Einsicht des Grundbuchs jedem gestattet, der ein berechtigtes Interesse darlegt. Ein berechtigtes Interesse wird jedem zugeschrieben, dem ein Recht am Grundstück oder an einem Grundstücksrecht zusteht (*Demharter*, a. a. O., § 12 Rdnr. 8). Dem Eigentümer ist grundsätzlich die Einsicht gestattet (*Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rdnr. 524). § 43 Abs. 2 Satz 1 i. V. m. Abs. 1 GBV gestattet u. a. Notaren die Grundbucheinsicht, ohne dass es der Darlegung eines berechtigten Interesses bedarf. Dies wird damit begründet, dass bei Notaren das berechtigte Interesse aus deren Tätigkeit in Ausübung der Amtspflicht folgt (*Schöner/Stöber*, a. a. O., Rdnr. 527). Dies hat zur Folge, dass bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 43 GBV eine Prüfung der berechtigten Interessen entfällt. Ein berechtigtes Interesse muss aber vorhanden sein (*Schöner/Stöber*, a. a. O., Rdnr. 528; *Demharter*, a. a. O., § 12 Rdnr. 15; Senat, Not 9/10). Dabei kann ein tatsächliches, vor allem wirtschaftliches Interesse genügen (*Demharter*, a. a. O., § 133 Rdnr. 9). Eine Einsichtnahme ist nicht statthaft, wenn sie lediglich aus Neugier oder zu unbefugten Zwecken erfolgen soll. Auch dem Immobilienmakler wird ein allgemeines Recht auf Grundbucheinsicht zu versagen sein (*Demharter*, a. a. O., § 133 Rdnr. 12). Er darf nur mit Vollmacht des Eigentümers Einsicht in das Grundbuch nehmen (*Schöner/Stöber*, a. a. O., Rdnr. 525; Senat, Urteil vom 3.3.2011, Not 26/10, juris).

2. Der Kläger hat in sechs Fällen auf Anforderung zweier Makler Grundbuchauszüge im automatisierten Verfahren abgerufen und den Maklern zur Verfügung gestellt. Dies ist für sich genommen kein durch § 12 GBO gerechtfertigtes und nach § 43 GBV nicht weiter darlegungsberechtigtes Abrufverfahren, da der Makler kein entsprechendes Einsichtsinteresse hat. Der Kläger hat sich nach den obigen Maßstäben nicht davon vergewissert, ob tatsächlich eine Vollmacht der Eigentümer zur Einsichtnahme in das Grundbuch vorlag. Soweit die den Kläger beauftragenden Makler dies behauptet haben, hätte dies dem Kläger nicht ausreichen dürfen, um im Wege des automatisierten Abrufverfahrens im elektronischen Grundbuch einen Auszug zu erstellen und den Maklern zu übermitteln.

Soweit der Kläger behauptet, die Eigentümer hätten die Makler um Beiziehung eines Grundbuchauszuges gebeten, hat er sich in keinem einzigen Fall mit den Eigentümern in Verbindung gesetzt oder sich sonst im Einzelfall von der Zustimmung des betreffenden Eigentümers verlässlich überzeugt. Es lag beim Abruf des Grundbuchauszuges durch den Kläger (oder seiner Angestellten) nur die nicht näher verifizierte bloße Behauptung der Makler vor, sie seien vom Eigentümer beauftragt worden. Dies macht allerdings, auch wenn es sich bei den Maklern nach Behauptung des Klägers um seriöse, ihm bekannte Makler handeln soll, eine Prüfung der für den Einzelfall erklärten Zustimmung des Eigentümers nicht entbehrlich. Es ist nicht auszuschließen, dass auch sonst seriöse Makler wegen des nahe liegenden Eigeninteresses an Gelegenheiten zu Nachweismaklertätigkeiten auch ohne Auftrag des Verkäufers an einer Kenntnis des Grundbuchs interessiert sein könnten.

Es tritt hinzu, dass in den dieser Entscheidung zugrundeliegenden Fällen auch keine notarielle Beurkundung eines Kaufvertrages beim Kläger erfolgt ist, die Grundbucheinsicht also auch nicht im Rahmen eines beim Kläger beabsichtigten Urkundsgeschäftes erfolgt ist.

Der Senat folgt mit dieser Entscheidung seiner bereits im Verfahren Not 26/10 geäußerten Auffassung. Dort wie hier ging es darum, dass der betroffene Notar das automatisierte Abrufverfahren für das elektronische Grundbuch auf Bitte von Maklern nutzte, um Grundbuchauszüge zu erstellen. Ob ein dahinter stehender konkreter Auftrag des jeweiligen Eigentümers stand, hatte er sich nicht vergewissert.

Soweit der Kläger auf ein seit August 2009 verwendetes Formular zum Nachweis der Vollmachterteilung durch die Eigentümer oder andere Berechtigte zur Beschaffung eines Grundbuchauszuges verweist, ist dies für die Entscheidung nicht maßgeblich, da die in Rede stehenden Fälle vor der Verwendung dieses Formulars erfolgt sind.

Der Kläger kann sich zur Begründung seiner Klage nicht auf die Ausführungen des Senats in dem Verfahren Not 9/10 berufen. Der Senat setzt sich zu dieser Entscheidung auch nicht in Widerspruch. Im Verfahren Not 9/10 hatte sich der klagende Notar persönlich davon überzeugt, dass der Steuerberater von der Eigentümerin zur Einholung des Grundbuchauszuges beauftragt war. Er kannte im Übrigen die tatsächlichen Verhältnisse und war wegen eines bereits erfolgten Urkundsvorgangs mit diesen vertraut. Darüber hinaus hatte es sich auch um die Interessenwahrnehmung sowohl der Eigentümerin als auch der Bank gehandelt, da es um eine Umschuldung ging. Somit war der Notar nicht nur einseitig tätig, sondern handelte im Interesse mehrerer Beteiligten.

Der Senat kann deswegen – so wie im Verfahren 9/10 – ausdrücklich offen lassen, ob die Befugnis des Notars zur Grundbucheinsicht im uneingeschränkten Abrufverfahren sich daraus ergibt, dass der Eigentümer des Grundstücks entsprechend beauftragt oder ob darüber hinaus für den Notar erkennbar weitere Umstände vorliegen müssen, aus denen sich ein notarielles Amtsgeschäft ergibt.

Es bedarf aus diesem Grund auch keiner Erörterung, ob die Argumentation der Widerspruchsbehörde im Hinblick auf die Gesetzesinitiative des Bundesrates in sich schlüssig ist.

3. Der Kläger hat zumindest fahrlässig gehandelt. Er hätte erkennen und wissen können, dass eine Einsichtnahme in das elektronische Grundbuch nur auf Bitte eines Maklers nicht gerechtfertigt ist. Diese haben nicht ohne weiteres ein berechtigtes Interesse an der Einsichtnahme. Ob den Bitten der Makler entsprechende Aufträge der Eigentümer zugrunde lagen, hat der Kläger nicht weiter erforscht. Der Hinweis des Klägers auf die Stellungnahme der Bundesnotarkammer verfährt nicht. Der dem Kläger gemachte Vorwurf geht dahin, dass die Bitte eines Maklers die Erteilung eines Grundbuchauszuges nicht rechtfertigt. Die Bundesnotarkammer vertritt hingegen nicht die Ansicht, dass ein Notar auf die bloße Bitte eines Maklers das automatisierte Abrufverfahren nutzen dürfe. Vielmehr ist die Bundesnotarkammer der Ansicht, dass jedenfalls bei der Erteilung von Einsicht für den Eigentümer das Grundbuchamt keinen Ermessenspielraum hat und daher der Notar ohne weiteres im automatisierten Abrufverfahren einen Grundbuchauszug einholen könne. Dies ist auf das Einsichtsersuchen eines Maklers nicht übertragbar.

Das dem Kläger vorgeworfene Dienstvergehen ist keine Bagatelle. Der Beklagte hat zu Recht darauf abgestellt, der Kläger habe quasi einen „Maklerservice“ in der Hoffnung auf spätere Urkundsaufträge geboten, die sich in den vorliegenden Fällen zerschlagen haben. Der Notar hat durch diese Vorgehensweise zumindest den Anschein erweckt, er würde auf bloßen Zuruf den Maklern ohne Prüfung einer Vollmacht der betreffenden Eigentümer Grundbuchauszüge zur Verfügung stellen. Dies war insbesondere aus Sicht des Klägers geeignet, sich für eine spätere notarielle Beurkundung ins Gespräch zu bringen. (...)

Kostenrecht

18. KostO §§ 147 Abs. 2, 149 (*Keine gesonderte Vergütung nach § 147 Abs. 2 KostO für die Überwachung der Umschreibungsreife bei Abwicklung des Kaufvertrages über Notar-anderkonto*)

Die Kaufpreisüberwachung ist als Teil des Verwahrungsgeschäfts anzusehen und daher durch die Hebegebühr gemäß § 149 KostO abgegolten. (Leitsatz der Schriftleitung)

BGH, Beschluss vom 29.6.2011, V ZB 161/11; mitgeteilt von Wolfgang Wellner, Richter am BGH

Der Beteiligte zu 1 (Notar) beurkundete am 31.3.2008 einen Vertrag, durch den der Beteiligte zu 3 ein Grundstück an die Beteiligte zu 2 verkaufte. Der Kaufpreis in Höhe von 219.000 € sollte über ein Anderkonto des Beteiligten zu 1 abgewickelt werden. In Ziffer 6 des Vertrages wiesen die Kaufvertragsparteien den Notar an, den Antrag auf Eigentumsumschreibung beim Grundbuchamt erst einzureichen, wenn der Kaufpreis auf dessen Anderkonto eingegangen war und alle zur vertragsgerechten Eigentumsumschreibung erforderlichen Unterlagen vorlagen. Nach Ziffer 9 sollte der Kaufpreis an den Verkäufer ausgezahlt werden, wenn eine Vormerkung zugunsten des Käufers eingetragen war und der Eigentumsumschreibung keine Hindernisse entgegenstanden. Nachdem der Notar gegenüber der Beteiligten zu 2 die Beurkundungs- und Vollzugsgebühr sowie die Hebegebühr gemäß § 149 KostO abgerechnet hatte, brachte er in seiner Kostenrechnung – neben anderen Kosten – für die Überwachung der Eigentumsumschreibungsreife eine 5/10-Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO aus einem Geschäftswert von 109.500 € in Ansatz.

Auf die Beschwerde der Beteiligten zu 2 hat das LG, soweit hier von Interesse, die Kostenrechnung dahin geändert, dass die für die Überwachung der Eigentumsumschreibungsreife angesetzte Gebühr von 111 € nebst Umsatzsteuer entfällt. Dagegen richtet sich die weitere Beschwerde des Notars, die das OLG zurückweisen möchte. Es sieht sich hieran durch die Beschlüsse des OLG Frankfurt vom 26.1.2006 (MittbayNot 2007, 76), des OLG Düsseldorf vom 6.7.1995 (JurBüro 1996, 101)

und vom 7.5.1992 (JurBüro 1992, 823), des OLG Köln vom 6.2.1991 (MittRhNotK 1991, 89) und des KG vom 4.2.1986 (JurBüro 1986, 903) und vom 12.11.1974 (DNotZ 1975, 752) gehindert und hat deshalb die Sache dem BGH vorgelegt.

Aus den Gründen:

II.

Die Vorlage ist gemäß § 156 Abs. 4 Satz 4 KostO a. F., § 28 Abs. 2 FGG a. F. i. V. m. Art. 111 Abs. 1 Satz 1 FGG-RG (vgl. BGH, Beschluss vom 3.11.2010, XII ZB 197/10, NJW 2011, 386, 387 Rdnr. 10) statthaft. Das vorliegende OLG ist der Ansicht, dass für die Überwachung der Umschreibungsreife neben der Hebegebühr gemäß § 149 KostO keine Betreuungsgebühr nach § 147 Abs. 2 KostO entstehen kann. Demgegenüber vertreten jedenfalls das OLG Düsseldorf, das OLG Köln und das KG in den Vergleichsentscheidungen die Auffassung, dass die Prüfung der Umschreibungsreife durch die Hebegebühr nicht abgegolten wird, sondern nach § 147 Abs. 2 KostO gesondert zu vergüten ist. Diese Divergenz rechtfertigt die Vorlage.

III.

Die weitere Beschwerde ist zulässig (§ 156 Abs. 2 Sätze 1 u. 2, Abs. 4 KostO a. F.), bleibt aber in der Sache ohne Erfolg. Die Annahme des Beschwerdegerichts, der Kostengläubiger könne im vorliegenden Fall für die Überwachung der Umschreibungsreife keine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO in Ansatz bringen, ist zutreffend und beruht damit nicht auf einer Verletzung des Rechts (§ 156 Abs. 2 Satz 3 KostO a. F.).

1. Bei dem Gebührentatbestand des § 147 Abs. 2 KostO handelt es sich um eine Auffangregelung, deren Anwendung voraussetzt, dass die Kostenordnung für die betreffende Tätigkeit keine Gebühr bestimmt und auch keine Regelung enthält, aus der sich ergibt, dass dem Notar für diese Tätigkeit keine gesonderte Gebühr erwachsen soll (Senat, Beschluss vom 13.7.2006, VZB 87/05, NJW 2006, 3428, 3429 Rdnr. 8 = MittBayNot 2007, 71 m. w. N.). Eine derartige, die Anwendung von § 147 Abs. 2 KostO ausschließende Regelung stellt die Vorschrift des § 149 KostO dar (Senat, Beschluss vom 2.4.2009, VZB 70/08, NJW-RR 2009, 1434 Rdnr. 6 = MittBayNot 2009, 399).

2. In Rechtsprechung und Literatur ist allerdings umstritten, ob die Kaufpreisüberwachung als Teil des Verwahrungsgeschäfts anzusehen und daher durch die Hebegebühr gemäß § 149 KostO abgegolten ist.

a) Nach herrschender Meinung stellt die Kaufpreisüberwachung eine außerhalb des Hinterlegungsgeschäfts liegende notarielle Tätigkeit dar, die nach § 147 Abs. 2 KostO selbständig zu vergüten ist (OLG Düsseldorf, JurBüro 1996, 101; JurBüro 1992, 823; OLG Köln, MittRhNotK 1991, 89, 90; KG Berlin, JurBüro 1986, 903, 906, DNotZ 1975, 752, 753; *Assenmacher/Mathias*, KostO, 16. Aufl., „Hebegebühr“ Anm. 9.2.5; *Filzek*, KostO, 4. Aufl., § 149 Rdnr. 7; *Bay. Notarkasse*, Streifzug durch die Kostenordnung, 6. Aufl., Rdnr. 1199; *Wudy*, NotBZ 2009, 273, 274; *Brossette*, Mitt-RhNotK 1993, 134, 136; *Mümmeler*, JurBüro 1992, 823; *Bund*, DNotZ 1997, 27, 30, *ders.* differenzierend nach der Prüfungstätigkeit des Notars, JurBüro 2005, 45, 46). Es lägen verschiedene Geschäfte mit unterschiedlicher Zielrichtung vor: Während die mit der Hebegebühr gemäß § 149 KostO insbesondere abgeholte Feststellung der Auszahlungsreife den Interessen des Käufers diene, solle durch die Überwachung des Eingangs des Kaufpreises das Interesse des Verkäufers gewahrt werden. Daher handle es sich bei der Kaufpreisüberwachung um ein zusätzliches Überwachungsgeschäft des Notars zur Sicherung des Verkäufers. Zudem gehöre zur Prüfung der Umschreibungsreife die wei-

tere selbständige Feststellung, dass der Kaufpreis vollständig auf das Notaranderkonto eingezahlt worden sei. Die Überprüfung der Vollständigkeit der Kaufpreiszahlung sei aber nicht Teil des notariellen Verwahrungsgeschäfts.

b) Nach a. A. wird die Überwachung der Kaufpreiszahlung von der Hebegebühr gemäß § 149 KostO erfasst (OLG Brandenburg, JurBüro 2011, 143, 144; OLG Celle, JurBüro 2005, 42, 43; OLG Hamm, NJW-RR 1999, 583, 584; OLG Frankfurt, JurBüro 1989, 1142; *Rohs/Wedewer*, KostenO, § 147 Rdnr. 13 c, Stand: November 2009, § 149 Rdnr. 12, Stand: September 2010; *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostenO, 18. Aufl., § 149 Rdnr. 7b; anders noch die Voraufgabe). Diese gelte die gesamte auf das Verwahrungsgeschäft verwendete Tätigkeit ab, die der Notar zur Erfüllung der Anforderungen erbringe, die die Vertragsteile an die Hinterlegung und Auszahlung des auf das Anderkonto zu hinterlegenden Betrages gestellt hätten. Dazu gehöre auch die Überwachung des vollständigen Zahlungseingangs. Denn der Käufer sei gemäß § 266 BGB zu Teilzahlungen nicht berechtigt, sodass auch der Notar erst nach vollständigem Zahlungseingang die Beträge auskehren dürfe. Außerdem diene die Einrichtung des notariellen Anderkontos nicht nur der Sicherstellung der vertragsgemäßen Verwendung des Kaufpreises, sondern auch des vollständigen Zug-um-Zug-Austausches der beiderseitigen Leistungen.

c) Die zuletzt genannte Auffassung verdient den Vorzug. Bei dem Hinterlegungsgeschäft und der Überwachung der Kaufpreiszahlung handelt es sich nicht um verschiedene Geschäfte mit unterschiedlicher Zielsetzung. Vielmehr ist die Überwachung des vollständigen Zahlungseingangs Teil des Verwahrungsgeschäfts.

aa) Die Kaufpreisabwicklung über ein Notaranderkonto dient der Abwicklung des grundsätzlich Zug-um-Zug vorzunehmenden, bei Grundstückskaufverträgen in der praktischen Durchführung aber mit vielfältigen Schwierigkeiten verbundenen Leistungsaustausches. Es muss erreicht werden, dass keine der Vertragsparteien eine ungesicherte Vorleistung erbringt, ohne dass der Leistungsaustausch durch Zurückbehaltungsrechte beider Parteien nach § 320 BGB blockiert wird. Zur Bewältigung der technischen Abwicklungsprobleme stehen den Vertragsparteien unterschiedliche Möglichkeiten zur Verfügung. Ist eine direkte Kaufpreiszahlung vorgesehen, können sie die Kaufpreisfälligkeit und die Umschreibung des Eigentums von bestimmten, ihren jeweiligen Leistungsanspruch sichernden Voraussetzungen abhängig machen und den Notar mit deren Überwachung beauftragen. Sie können, sofern ein berechtigtes Sicherungsinteresse i. S. v. § 54 a Abs. 2 BeurkG anzunehmen ist, die Kaufpreisabwicklung aber auch über ein Notaranderkonto vornehmen. In diesem Fall wahrt der Notar ihr beiderseitiges Interesse an dem Zug-um-Zug-Austausch der geschuldeten Leistungen im Rahmen des Hinterlegungsgeschäfts. Auf den Kaufpreis bezogene notarielle Überwachungstätigkeiten sind deshalb immer dann als von der Hebegebühr abgeholter Teil des Verwahrungsgeschäfts anzusehen, wenn sie der Abwicklung des Leistungsaustausches dienen (Senat, Beschluss vom 2.4.2009, VZB 70/08, NJW-RR 2009, 1434, 1435 Rdnr. 12, 13).

bb) So liegt es hier. Die Prüfung des Notars vor Stellung des Umschreibungsantrags, ob der Kaufpreis auf dem Notaranderkonto eingegangen ist, dient der Sicherstellung des Zug-um-Zug durchzuführenden Leistungsaustausches. Der Verkäufer soll seine Leistung – die Übertragung des Eigentums an den Käufer – erst erbringen, wenn gesichert ist, dass er die vereinbarte Gegenleistung erhält. Dies ist nur dann gewährleistet, wenn der Notar nicht lediglich den Zahlungseingang als

solchen, sondern auch die Vollständigkeit der Kaufpreiszahlung überprüft. Da diese Tätigkeit somit in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Hinterlegungsgeschäft steht, fällt hierfür neben der Gebühr nach § 149 KostO keine weitere Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO an.

cc) Für eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO wäre nur dann Raum, wenn die Prüfung der Umschreibungsreife über die Prüfung des Kaufpreiseingangs auf dem Notaranderkonto hinaus eine gesonderte, nicht bereits durch die Hebegebühr gemäß § 149 KostO oder durch andere Gebühren, insbesondere durch die Vollzugsgebühr nach § 146 Abs. 1 KostO, abgegoltene Tätigkeit des Notars erforderte (OLG Celle, JurBüro 2005, 42, 44; OLG Hamm, JurBüro 1987, 418, 419; *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostenO, 18. Aufl., § 149 Rdnr. 9). Solche gesondert vergütungspflichtigen Tätigkeiten fielen hier – wie das Beschwerdegericht zutreffend ausführt – indes nicht an.

Anmerkung:

Mit Beschluss vom 2.4.2009 (DNotZ 2009, 789 = MittBayNot 2009, 399 = ZNotP 2009, 287 m. Anm. *Tiedtke* = NotBZ 2009, 273 = notar 2009, 354 m. Anm. *Wudy* = BWNZ 2009, 182 = JurBüro 2009, 492) hat der BGH bereits zur Reichweite der Hebegebühr entschieden. Der BGH hat festgestellt, dass für die der Hinterlegung des Kaufpreises vorausgehende Mitteilung der Kaufpreisfälligkeit neben der Hebegebühr nach § 149 KostO keine weitere Betreuungsgebühr nach § 147 Abs. 2 KostO entsteht. Die Hebegebühr gilt also Betreuungstätigkeiten ab, die mit dem Verwahrungsgeschäft zusammenhängen. Gegen diese Einordnung spräche auch nicht, dass die Prüfung der Einzahlungsvoraussetzungen vor Beginn des Verwahrungsgeschäfts und damit zeitlich vor dem Anfall des Gebührenatbestands des § 149 KostO erfolgt. Zur Frage der kostenrechtlichen Behandlung der Vollzugsüberwachung bezüglich der Auflassung bei Kaufpreisabwicklung über ein Notaranderkonto hatte sich der BGH bislang nicht geäußert. Die obergerichtliche Rechtsprechung hierzu war uneinheitlich. *Reimann (Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostenO, 18. Aufl., § 149 Rdnr. 7b) schließt aus der Entscheidung des BGH vom 2.4.2009, dass auch weitere Überwachungstätigkeiten mit der Hebegebühr abgegolten sein müssen, insbesondere auch die Überwachung des Vollzugs der Auflassung.

Mit dem hier veröffentlichten Beschluss vom 29.9.2011 nimmt der BGH in der Vollzugsüberwachung (Prüfung der Umschreibungsreife bezüglich der Auflassung) zwar eine Betreuungstätigkeit nach § 147 Abs. 2 KostO an, diese sei aber ebenfalls von der Hebegebühr nach § 149 KostO erfasst. Es handele sich nicht um verschiedene Geschäfte mit unterschiedlicher Zielsetzung. Die Prüfung der Umschreibungsreife diene der Sicherstellung des Zug-um-Zug durchzuführenden Leistungsaustausches, wenn der Kaufpreis über ein Notaranderkonto abgewickelt wird. Die Überwachungstätigkeit steht mit dem Hinterlegungsgeschäft in einem unmittelbaren Zusammenhang.

Eine zusätzliche Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO kann jedoch (so auch der BGH) dann entstehen, wenn die Prüfung der Umschreibungsreife über die Prüfung des Kaufpreiseingangs auf dem Notaranderkonto hinaus eine gesonderte, nicht bereits durch die Hebegebühr gemäß § 149 KostO oder durch andere Gebühren, insbesondere durch die Vollzugsgebühr nach § 146 Abs. 1 KostO, abgegoltene Tätigkeit des Notars erfordert. Das ist auch dann der Fall, wenn sich die Beteiligten nachträglich entschließen sollten, von einer Kaufpreisabwicklung über ein Notaranderkonto abzusehen. In diesem Falle ist die Betreuungsgebühr nach § 147 Abs. 2 KostO für die Umschreibungsüberwachung nachträglich zu erheben.

Die Notarkasse schließt sich der Rechtsprechung des BGH an und hat ihre frühere gegenteilige Auffassung bereits in der 9. Auflage des Streifzugs durch die KostO, Stand: 1.1.2012, unter Rdnr. 1436 aufgegeben und bittet die Notarinnen und Notare in ihrem Tätigkeitsbereich um Beachtung.

Prüfungsabteilung der Notarkasse A.d.ö.R., München

19. KostO §§ 2 Nr. 1; 7, 16 Abs. 1, BeurkG § 11 Abs. 1 (*Kostentragungspflicht des unerkannt Geschäftsunfähigen*)

Ein Geschäftsunfähiger, der eine notarielle Beurkundung beantragt hat, ist zur Zahlung der Kosten verpflichtet, wenn der Notar bei der Beurkundung von der Geschäftsfähigkeit ausging. (Leitsatz der Schriftleitung)

OLG München, Beschluss vom 8.8.2011, 32 Wx 286/11 Kost

Der Kostenschuldner wendet sich gegen die berichtigte Kostenrechnung des Antragsgegners vom 7.3.2011 in Höhe von 4.938,50 €, die dieser für Beurkundung eines Testaments vom 25.6.2010 stellte. Im Zeitpunkt der Beurkundung war dem Notar die vorliegende Testierunfähigkeit nicht bekannt.

Auf Antrag des Kostenschuldners hat das LG mit Beschluss vom 2.5.2011 die Kostenrechnung aufgehoben.

Gegen diesen am 9.5.2011 zugestellten Beschluss legte der Kostengläubiger am 17.5.2011 formgerecht Beschwerde ein, mit der er Aufhebung des landgerichtlichen Beschlusses und damit die Wiederherstellung der Kostenrechnung begehrt.

Aus den Gründen:

II.

Die zulässige Beschwerde ist begründet.

1. Das Beschwerdegericht hat im Wesentlichen Folgendes ausgeführt:

Es sei zwar anerkannt, dass auch der unerkannt geschäftsunfähige Auftraggeber die Kosten der veranlassten Beurkundungstätigkeit zu tragen habe, wenn der Notar zur Beurkundung verpflichtet war. Eine Berechtigung und Verpflichtung zur Ablehnung bestehe, wenn einem Beteiligten nach Überzeugung des Notars die erforderliche Geschäftsfähigkeit fehle. Wenngleich der Notar grundsätzlich von der Geschäftsfähigkeit der Beteiligten ausgehen könne, hätten hier Anhaltspunkte für Zweifel bestanden. Der Notar hätte sich nicht mit dem wenig aussagekräftigen Attest eines Allgemeinarztes zufrieden geben dürfen, sondern hätte auf eine psychiatrische Stellungnahme bestehen müssen. Der Notar hätte die Geschäftsunfähigkeit bei den pflichtgemäß anzustellenden Ermittlungen des Geisteszustandes erkennen können und wäre zur Amtstätigkeit nicht verpflichtet gewesen.

2. Die sachlichen Feststellungen des LG zur Unkenntnis des Notars von der Testierunfähigkeit und zum Ablauf der Beurkundung wurden von keinem Beteiligten beanstandet und entsprechen auch der Aktenlage. Auch das LG geht hinsichtlich des Ablaufes der Beurkundung von der Richtigkeit der Angaben des Notars aus.

3. Die Ausführungen des LG halten jedoch der rechtlichen Überprüfung nicht stand:

a) Der Kostengläubiger hat das Testament des Kostenschuldners beurkundet. Damit ist die verfahrensgenständliche Gebühr entstanden und fällig (§ 7 KostO). Der Kostenschuldner schuldet die Beurkundungsgebühr auch nach § 2 Nr. 1 KostO, ohne dass es darauf ankommt, ob der Veranlasser des notariellen Geschäfts geschäftsfähig ist (BayObLGZ

1991, 113 = MittBayNot 1991, 177; *Hartmann*, Kostengesetze, 40. Aufl., KostO § 2 Rdnr. 13 „Geschäftsunfähigkeit“; *Rohs/Wedewer/Waldner*, KostO, Stand Dez. 2010, § 2 Rdnr. 9, jeweils m. w. N.).

b) Die entstandene Gebühr hat nicht nach § 16 Abs. 1 KostO unerhoben zu bleiben. Es kann zwar eine unrichtige Sachbehandlung darstellen, wenn der Notar entgegen seiner Überzeugung hinsichtlich der Geschäftsfähigkeit eine Beurkundung vornimmt, zumal das beurkundete Testament unwirksam ist (vgl. Senatsbeschluss vom 21.9.2011, 32 Wx 15/10). Eine unrichtige Sachbehandlung liegt jedoch nicht vor, denn für den Notar stand keine zweifelsfreie Geschäftsunfähigkeit des Testierenden fest (*Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, KostO, 18. Aufl., § 16 Rdnr. 32).

Nach § 11 Abs. 1 BeurkG soll der Notar die Beurkundung nur dann ablehnen, wenn er von der Geschäftsunfähigkeit überzeugt ist, d. h. wenn an der Geschäftsunfähigkeit kein vernünftiger Zweifel besteht (*Huhn/v. Schuckmann*, BeurkG, 3. Aufl., § 11 Rdnr. 4). An die Annahme der Geschäfts- bzw. Testierunfähigkeit und damit die Ablehnung der Beurkundung sind strenge Anforderungen zu stellen; im Regelfall hat der Notar unter Schilderung seiner Wahrnehmungen und Zweifel die Beurkundung vorzunehmen.

Der Notar hat ein Gespräch mit dem Kostenschuldner geführt und sich von dessen Reaktionen, die durchaus folgerichtig und vernünftig waren, überzeugt. Ferner lag ein, wenngleich nicht besonders aussagekräftiges, ärztliches Attest vor. Bei dieser Sachlage war der Notar nicht gehalten, die Beurkundung vom Ergebnis weiterer Überprüfungen der Geschäftsfähigkeit abhängig zu machen. Die vom LG geschilderten Umstände der Beurkundung sind nicht geeignet, um Rückschlüsse auf die Geschäftsfähigkeit ziehen zu können. Das Vergessen des Ausweises ist ein normaler Vorgang, der auch bei unzweifelhaft Geschäftsfähigen vorkommt.

c) Der Kostenschuldner kann auch nicht mit einem Schadenersatzanspruch nach § 19 Abs. 1 BNotO, § 839 BGB in Höhe der Kosten aufrechnen. Eine Pflichtwidrigkeit des Notars liegt nicht vor. Auf die obigen Ausführungen wird Bezug genommen.

Anmerkung:

Das OLG München stellt mit Recht fest, dass der Notar als Träger eines öffentlichen Amtes eine Beurkundung nur dann ablehnen darf, wenn er von der mangelnden Geschäftsfähigkeit des Beteiligten überzeugt ist (vgl. *Winkler*, BeurkG, 8. Aufl., § 11 Rdnr. 9 ff.). Allein Zweifel an der Geschäftsfähigkeit berechtigten den Notar nicht dazu, den Urkundsgewähranspruch zu versagen (*Winkler*, a. a. O., § 11 Rdnr. 10). Der beteiligte Notar hat sich genau an diese Grundsätze gehalten und der Geschäfts- und Testierfähigkeit des Antragstellers (dieser war im Zeitpunkt der Beurkundung 85 Jahre alt) besondere Aufmerksamkeit geschenkt. Das LG hat hierzu festgestellt, dass der Notar im Grundsatz vom Vorliegen der Geschäftsfähigkeit ausgehen kann. Etwas anderes gelte aber dann, wenn dem Notar konkrete Umstände bekannt seien, die Zweifel am Vorliegen der erforderlichen Geschäftsfähigkeit aufkommen ließen, z. B. wenn sich ergäbe, dass der Beteiligte leicht beeinflussbar sei (mit Hinweis auf *Müller*, DNotZ 2006, 325, 328). Das wäre im vorliegenden Fall gegeben, was dem Notar nicht verborgen geblieben sei. Das dem Notar vorliegende unbegründete ärztliche Attest eines Allgemeinarztes, dem der Beteiligte wohl nur einmal vorgestellt worden sei, könne nicht als ausreichend angesehen werden. Der Notar hätte sich zudem nicht nur auf seine eigene (laienhafte) Beurteilung verlassen dürfen, er hätte vielmehr pflichtgemäß er-

kennen müssen, dass weitere Ermittlungen bezüglich des Geisteszustandes des Antragstellers erforderlich gewesen wären. Das hätte zur Versagung der Amtstätigkeit führen müssen mit der Folge, dass die für die Beurkundung des Testaments erhobenen Gebühren nicht entstanden wären. Zudem kam das LG München I gegen die vorliegende OLG-Rechtsprechung zum Ergebnis, es bestehe keine Notwendigkeit für den Grundsatz der Kostenhaftung des unerkannt Geschäftsunfähigen. Auch von daher sei der Kostenanspruch des Notars gegen den Antragsteller unbegründet.

Das OLG München hat mit der hier besprochenen Entscheidung mit Recht den Beschluss des LG München I aufgehoben. Es läge keine unrichtige Sachbehandlung nach § 16 Abs. 1 KostO vor, denn für den Notar lag keine zweifelsfreie Geschäftsunfähigkeit des Testierenden vor. Zur Ablehnung der Beurkundung wäre der Notar nur berechtigt gewesen, wenn er von der Geschäftsunfähigkeit überzeugt gewesen wäre bzw. an der Geschäftsunfähigkeit kein vernünftiger Zweifel bestanden hätte. Der Notar hat im vorliegenden Fall die Geschäfts- und Testierfähigkeit in einem hinreichenden Maße geprüft. Das Ergebnis seiner Überprüfungen hat der Notar zudem im Urkundseingang ausführlich dokumentiert. Er hat sich außerdem ein – wenn auch wenig aussagekräftiges – Attest eines Allgemeinmediziners vorlegen lassen, welches ebenfalls von einer Geschäfts- und Testierfähigkeit des Antragstellers im Zeitpunkt der Beurkundung ausging. Der Notar hat damit ausreichende Überprüfungen angestellt und kam zur eigenen Überzeugung, dass Gründe für eine Ablehnung der Beurkundung nicht vorlagen. Die Anordnung der Betreuung war dem Notar ebenso wenig bekannt, wie die Vorlage entgegenstehender psychiatrischer Gutachten. Diese Unkenntnis kann dem Notar nicht vorgehalten werden. Diese Tatsachen wurden dem Notar schlicht verschwiegen. Eine unrichtige Sachbehandlung nach § 16 Abs. 1 KostO liegt damit ebenso wenig vor wie eine Amtspflichtverletzung, aus welcher für den Antragsteller ein Schadenersatzanspruch nach § 19 Abs. 1 BNotO, § 839 BGB in Höhe der angefallenen Kosten erwachsen könnte.

Es entspricht, wie das OLG München mit Recht feststellt, gefestigter Auffassung in Rechtsprechung und Literatur, dass ein unerkannt Geschäftsunfähiger verpflichtet ist, die für die von ihm veranlasste Amtstätigkeit angefallenen Kosten als Kostenschuldner gemäß § 2 Abs. 1 KostO zu tragen (z. B. BayObLGZ 1991, 113 = MittBayNot 1991, 177; OLG Köln, RNotZ 2001, 56; LG Köln, RNotZ 2005, 244). Entgegen der Auffassung des LG München I ist die Kostentragungspflicht eines Geschäftsunfähigen nach denselben Maßstäben zu bestimmen wie bei Geschäftsfähigen (so auch KG, DNotZ 1977, 500, 501).

Notariatsoberrat *Werner Tiedtke*,
Prüfungsabteilung der Notarkasse A.d.ö.R., München

Öffentliches Recht

20. BauGB §§ 136, 145 (*Zur Geltungsdauer von Sanierungsatzungen*)

1. Weder der Zeitablauf noch eine sachlich nicht gerechtfertigte Verzögerung der Sanierung haben zur Folge, dass die zugrundeliegende Sanierungssatzung automatisch außer Kraft tritt.
2. Ein langer Zeitraum seit Inkrafttreten der Sanierungssatzung kann wie die unzureichend zügige Förderung der Sanierung bei der Prüfung der Gründe

für eine Genehmigung gemäß § 145 BauGB von Belang sein.

- 3. Auch bei sehr langer Dauer ist die städtebauliche Sanierung keine Enteignung i. S. d. Art. 14 Abs. 3 Satz 1 GG. Wird die Sanierung nicht mehr sachgemäß und nicht hinreichend zügig durchgeführt, so ist die Grenze der Sozialbindung überschritten. (Leitsatz der Schriftleitung).**

BVerwG, Beschluss vom 12.4.2011, 4 B 52.10

Aus den Gründen:

(...)

Gemäß § 154 Abs. 3 Satz 1 BauGB ist der Ausgleichsbetrag nach Abschluss der Sanierung (§§ 162 und 163) zu entrichten. Die Pflicht zur Zahlung des Ausgleichsbetrags entsteht erst mit Erlass der Aufhebungssatzung. Nach § 162 Abs. 1 Satz 1 BauGB in der vorliegend noch anwendbaren Fassung ist die Satzung aufzuheben, wenn die Sanierung durchgeführt ist (Nr. 1) oder die Sanierung sich als undurchführbar erweist (Nr. 2) oder die Sanierungsabsicht aus anderen Gründen aufgegeben wird (Nr. 3). Dieselbe Rechtsfolge sieht der Gesetzgeber nunmehr auch für den – vorliegend nicht heranzuziehenden – Fall vor, dass die nach § 142 Abs. 3 Satz 3 oder 4 BauGB für die Durchführung der Sanierung festgelegte Frist abgelaufen ist (Nr. 4). In sämtlichen Fällen bedarf es somit einer ausdrücklichen Entscheidung über die Aufhebung der Satzung. Die Gemeinde ist in den Fällen des § 162 Abs. 1 BauGB zur Aufhebung der Sanierungssatzung verpflichtet. Der Beschluss der Gemeinde, durch den die förmliche Festlegung des Sanierungsgebiets ganz oder teilweise aufgehoben wird, ergeht als Satzung (§ 162 Abs. 2 Satz 1 BauGB).

In der Rechtsprechung des BVerwG ist geklärt, dass weder der Zeitablauf noch eine unzureichend zügige Förderung der Sanierung zur Folge haben, dass die zugrunde liegende Sanierungssatzung automatisch außer Kraft tritt (Urteil vom 20.10.1978, BVerwG 4 C 48.76, Buchholz 406.15 § 50 StBauFG Nr. 1).

Schutzlos ist der Betroffene dadurch nicht gestellt: Ein langer Zeitraum seit Inkrafttreten der Sanierungssatzung kann wie die unzureichend zügige Förderung der Sanierung bei der Prüfung der Gründe für eine Genehmigung gemäß § 145 BauGB (Urteile vom 7.9.1984, BVerwG 4 C 20.81, BVerwGE 70, 83, 91 und vom 6.7.1984, BVerwG 4 C 14.81, Buchholz 406.15 § 15 StBauFG Nr. 6 jeweils zu § 15 StBauFG) von Belang sein. Die Annahme eines Außerkrafttretens wäre überdies – wie auch das OVG angemerkt hat – mit den Bedürfnissen nach Rechtssicherheit unvereinbar. Das verdeutlichen bereits die unüberwindbaren Schwierigkeiten, ohne eine entsprechende gesetzliche Regelung den Zeitpunkt des Außerkrafttretens auch nur einigermaßen präzise festzulegen.

Von dieser Rechtsprechung hat sich der Senat in dem von der Beschwerde in Bezug genommenen Beschluss vom 7.6.1996 (BVerwG 4 B 91.96, Buchholz 11 Art. 14 GG Nr. 297) nicht distanziert. Mit diesem Beschluss hat der Senat klargestellt, dass die städtebauliche Sanierung auch bei sehr langer Dauer keine Enteignung i. S. d. Art. 14 Abs. 3 Satz 1 GG ist und zugleich unterstrichen, dass die Grenze der Sozialbindung zwar überschritten werde, wenn die Sanierung nicht mehr sachgemäß und nicht hinreichend zügig durchgeführt wird. Die daran anschließende Feststellung, auf die auch die Beschwerde abhebt, in diesem Fall entfalle die Rechtsgültigkeit der Sanierungssatzung, erlaubt jedoch nicht den Schluss, dass die Sanierungssatzung „automatisch“ außer Kraft tritt. Das ergibt sich schon aus dem nachfolgenden Hinweis, dass es

auch – namentlich im Bereich der Genehmigungspflicht – geboten sein kann, im Wege verfassungskonformer Handhabung die eigentumsrechtliche Ausgangslage zu beachten.

(...)

21. BauGB §§ 8 Abs. 3, 24, 26, 28 Abs. 2, 205; BGB § 465 (Zur Ausdehnung des Vorkaufsrechts auf durch die Ausübung des Vorkaufsrechts unwirtschaftlich werdende Restfläche)

- 1. Auch der Vorentwurf eines Flächennutzungsplans kann nach Beschlussfassung über und Veröffentlichung des Aufstellungsbeschlusses mit der gemäß § 24 Abs. 1 Satz 3 BauGB erforderlichen Planreife die Planungsvorstellungen der Gemeinde benennen, die die Ausübung des gemeindlichen Vorkaufsrechts rechtfertigen, ohne dass es auf eine Abgrenzung zwischen „Entwürfen“ und „Vorentwürfen“ ankommt.**
- 2. Das Vorkaufsrecht kann von dem Vorkaufsberechtigten ohne entsprechende Erklärung des Vorkaufsverpflichteten nicht auf durch die Ausübung des Vorkaufsrechts unwirtschaftlich werdende Restflächen ausgedehnt werden, auf die sich die Vorkaufsberechtigung nicht bezieht.**

VGH Hessen, Beschluss vom 8.4.2011, 3 A 1126/10

Steuerrecht

22. EStG § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 (Keine Privilegierung nach § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 EStG bei Veräußerung eines unbebauten Gartengrundstücks)

Wird ein unbebautes, bislang als Garten eines benachbarten Wohngrundstücks genutztes Grundstück veräußert, ohne dass der Steuerpflichtige seine Wohnung aufgibt, so ist diese Veräußerung nicht nach § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 EStG privilegiert.

BFH, Urteil vom 25.5.2011, IX R 48/10

Die Beteiligten streiten über die Besteuerung eines Veräußerungsgewinns nach § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, § 22 Nr. 2 des Einkommensteuergesetzes i. d. F. des Streitjahres –2005– (EStG) aus der Veräußerung eines neben dem Wohngrundstück des Klägers und Revisionsklägers (Kläger) liegenden, mit einem befestigten Pavillon bebauten und als Garten genutzten Grundstücks.

Der Kläger erzielte im Streitjahr u. a. Einkünfte aus Gewerbebetrieb als Immobilienmakler. Er erwarb am 22.1.1999 ein mit einem Wohnhaus bebautes Grundstück mit einer Größe von 3 661 m² für 2 Mio. DM (Grundstück I). Das Gebäude wurde seither von der Familie des Klägers überwiegend zu Wohnzwecken genutzt. Ferner befand sich in dem Gebäude das Maklerbüro des Klägers. Ebenfalls am 22.1.1999 erwarb er das Grundstück angrenzende, mit einem im Jahr 1950 errichteten Gartenpavillon bebaute Grundstück (2 956 m²) für 650.000 DM (Grundstück II). Die ursprünglich zusammengehörenden Grundstücke (Flurstücke 28/9 und 28/7) waren bereits im Jahr 1994 geteilt worden.

Im Jahr 2004 teilte der Kläger das Grundstück II in drei eigenständige Grundstücke auf. Aus dem bisherigen Flurstück 28/7 wurden die Flurstücke 28/7 mit 126 m², 28/29 mit 415 m² – Einfahrt zum Büro – und das Flurstück 28/30 mit 2 385 m². Dieses Flurstück (Grundstück III) veräußerte der Kläger für 425.000 €.

Der Beklagte und Revisionsbeklagte (das Finanzamt – FA –) behandelte den Verkauf als privates Veräußerungsgeschäft und legte einen (unstreitigen) Gewinn von 134.715,77 € der Besteuerung zugrunde.

Hiergegen wandte sich der Kläger mit dem Begehren, den Veräußerungsgewinn nach § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 EStG von der Besteuerung auszunehmen, weil das Grundstück III im Jahr der Veräußerung und in den beiden vorangegangenen Jahren zu eigenen Wohnzwecken genutzt worden sei. Es habe sich nämlich bei dem Erwerb der beiden Grundstücke I und II nach den tatsächlichen Verhältnissen um ein einheitliches, großzügig geschnittenes und parkähnlich angelegtes Einfamilienhausgrundstück gehandelt. Dieses sei fortan vom Kläger und seiner Familie als Garten zu eigenen Wohnzwecken genutzt worden. Der Gartenpavillon sei in die Wohnnutzung mit einbezogen worden.

Dieses Begehren hatte im Vorverfahren keinen Erfolg; die daraufhin erhobene Klage wies das Finanzgericht (FG) als unbegründet ab. Es sah in seinem in Entscheidungen der Finanzgerichte 2011, 240 veröffentlichten Urteil die Voraussetzungen der Ausnahmvorschrift des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 EStG nicht als erfüllt an. Grund und Boden, auf dem sich das Wohngebäude befinde, werde lediglich mittelbar zu Wohnzwecken genutzt. Unbebaute Grund und Boden könne dagegen grundsätzlich nicht zu Wohnzwecken genutzt werden. Ein von dem Wohngrundstück getrenntes, unbebautes und eigenständig verkehrsfähiges Grundstück stelle ein eigenes Wirtschaftsgut dar. Ein etwaiger tatsächlicher Nutzungszusammenhang könne an der Bewertung nichts ändern, dass lediglich das Wirtschaftsgut „Wohnhaus“ zu eigenen Wohnzwecken genutzt werde und allenfalls mittelbar noch der rechtlich diesem zuzuordnende Grund und Boden. Bei der Größe des Flurstückes könne auch nicht mehr von einer für eine Gartennutzung erforderlichen und üblichen Fläche ausgegangen werden.

Hiergegen richtet sich die auf Verletzung von § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 EStG gestützte Revision des Klägers. Die Nutzung eines Wirtschaftsguts zu Wohnzwecken setze nicht voraus, dass dieses Wirtschaftsgut alleine sämtliche Wohnbedürfnisse befriedige. Vielmehr sei bei der Klärung der Frage, ob ein Wirtschaftsgut zu Wohnzwecken genutzt werde, auf den Nutzungs- und Funktionszusammenhang abzustellen. Das Grundstück II habe als Garten der Wohnung des Klägers gedient und sei also in die tatsächliche Nutzung der Wohnung funktionell eingebunden gewesen. Es sei auch mit Blick auf den in der Entwurfsbegründung (BT-Drucks. 14/265, S. 181 zu § 23 EStG) zum Ausdruck kommenden Normzweck verfehlt, auf die zur Wohnungseigentumsförderung ergangene Rechtsprechung abzustellen. (...)

Aus den Gründen:

II.

Die Revision ist unbegründet. Zutreffend hat das FG den Veräußerungsgewinn von 134.715,77 € gemäß § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG der Besteuerung unterworfen. Der Kläger hat die Voraussetzungen eines privaten Veräußerungsgeschäfts erfüllt, indem er einen Teil des im Jahr 1999 erworbenen Grundstücks II als Grundstück III im Streitjahr veräußerte.

1. Ausgenommen von der Besteuerung sind nach § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 EStG Wirtschaftsgüter, die im Zeitraum zwischen Anschaffung und Veräußerung ausschließlich zu eigenen Wohnzwecken genutzt wurden. Diese Voraussetzungen liegen bei dem veräußerten Grundstück nicht vor.

a) „Nutzung zu eigenen Wohnzwecken“ ist entgegen der Revision bei § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 EStG so zu verstehen wie in § 10 e EStG und in § 4 des Eigenheimzulagengesetzes (Urteil des BFH vom 18.1.2006, IX R 18/03, BFH/NV 2006, 936; so auch die einhellige Auffassung im Schrifttum, vgl. *Schmidt/Weber-Grellet*, EStG, 30. Aufl., § 23 Rdnr. 18; *Blümich/Glenk*, § 23 EStG Rdnr. 51; *Kirchhof/Kube*, EStG, 10. Aufl., § 23 Rdnr. 6, m. w. N.; *Kirchhof/Söhn/Mellinghoff/Wernsmann*, EStG, § 23 Rdnr. B 46; BMF, Schreiben vom 5.10.2000, IV C3 -S 2256- 263/00, BStBl I 2000, S. 1383 Rdnr. 21). Danach dient ein Wirtschaftsgut eigenen Wohnzwecken, wenn es vom Steuerpflichtigen selbst tatsächlich und auf Dauer angelegt bewohnt wird (vgl. dazu eingehend BFH, Beschluss vom 28.5.2002, IX B 208/01,

BFH/NV 2002, 1284, m. w. N. auf die Rechtsprechung). Dem entspricht der Zweck der gesetzlichen Freistellung, die Besteuerung eines Veräußerungsgewinns bei Aufgabe eines Wohnsitzes (z. B. wegen Arbeitsplatzwechsels) zu vermeiden (BT-Drucks. 14/265, S. 181 zu Nr. 27, § 23).

b) Kann nur in einer in einem Gebäude befindlichen Wohnung der Lebenssachverhalt stattfinden, den man gemeinhin als „Wohnen“ umschreibt, so mag auch der Grund und Boden mittelbar zu Wohnzwecken genutzt werden, wenn und soweit er zu einem zu eigenen Wohnzwecken genutzten Gebäude gehört (*Herrmann/Heuer/Raupach/Musil*, § 23 EStG Rdnr. 129; *Kirchhof/Söhn/Mellinghoff/Wernsmann*, EStG, § 23 Rdnr. B 46; BMF-Schreiben in BStBl I 2000, S. 1383 Rdnr. 17).

aa) Zwar bildet der Grund und Boden ein selbständiges, vom (zu Wohnzwecken genutzten) Gebäude oder Gebäudeteil zu unterscheidendes Wirtschaftsgut. Zwischen dem Gebäude oder Gebäudeteil und dem Grund und Boden, auf dem es steht, besteht grundsätzlich auch kein Nutzungs- und Funktionszusammenhang (BFH, Urteil vom 30.1.1996, IX R 18/91, BFHE 180, 65, BStBl II 1997, S. 25; zum Grund und Boden als selbständige Wirtschaftsgüter vgl. auch *Blümich/Wied*, § 4 EStG Rdnr. 271, m. w. N.).

bb) Indes ist es vom Zweck des Gesetzes her geboten, wie bei § 10 e Abs. 1 EStG den dazugehörenden Grund und Boden in die Begünstigung nach § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 EStG einzubeziehen. Denn regelmäßig umfasst die Veräußerung eines zu eigenen Wohnzwecken genutzten Wirtschaftsguts den anteiligen Grund und Boden. Soll die Besteuerung bei Aufgabe des Wohnsitzes vermieden werden, würde dieser Normzweck verfehlt und es würde der vom Gesetzgeber geförderten beruflichen Mobilität (durch Arbeitsplatzwechsel) entgegenwirken, wollte man den zugehörigen Grund und Boden abweichend vom zu Wohnzwecken genutzten Wirtschaftsgut (regelmäßig das Gebäude oder das zu Wohnzwecken genutzte Gebäudeteil) der Besteuerung unterwerfen. Ein Umzug würde unter diesen Umständen – entgegen der gesetzlichen Intention – möglicherweise erschwert.

cc) Wird durch diese am Normzweck orientierte Auslegung des Gesetzes auch der zum (selbstbewohnten) Wirtschaftsgut „dazugehörige Grund und Boden“ zu eigenen Wohnzwecken genutzt, so ist dieser – normativ zu verstehende – einheitliche Nutzungs- und Funktionszusammenhang zwischen Wohnung und Grund und Boden (siehe dazu auch BFH, Urteil vom 24.4.2008, IV R 30/05, BFHE 221, 112, BStBl II 2008, S. 707) nicht gegeben, wenn ein unbebautes Grundstück, welches – wie im Streitfall das Grundstück II – an das zu eigenen Wohnzwecken genutzte Grundstück angrenzt (hier Grundstück I), zunächst als Garten genutzt und später veräußert wird (so auch BMF-Schreiben in BStBl I 2000, S. 1383 Rdnr. 17; *HHR/Musil*, § 23 EStG Rdnr. 129). Die als Ausnahme von der Belastungsgrundentscheidung des Gesetzgebers (Besteuerung von privaten Veräußerungsgeschäften) konstituierte Nichtsteuerbarkeit von zu Wohnzwecken genutzten Wirtschaftsgütern muss, um gleichheitswidrige Ergebnisse zu vermeiden, streng anhand des normativen Lenkungs- und Förderzwecks legitimiert werden (vgl. dazu *Kirchhof/Söhn/Mellinghoff/Wernsmann*, EStG, § 23 Rdnr. B 43 und B 44). Veräußert der Steuerpflichtige das bisher als Garten genutzte Nachbargrundstück, während er auf dem anderen Grundstück wohnen bleibt, so ist der Normzweck der Steuerbegünstigung, einen Umzug insbesondere infolge eines Arbeitsplatzwechsels nicht zu erschweren, nicht erfüllt und die Veräußerung steuerbar. Es fehlt insoweit an einem nach den Wertungen des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 EStG gege-

benen einheitlichen Nutzungs- und Funktionszusammenhang zwischen der Wohnung und dem Grund und Boden des Nachbargrundstücks.

Dabei mag offen bleiben, ob ein solcher Zusammenhang je bestand. Denkbar wäre nämlich auch, einen einheitlichen Nutzungs- und Funktionszusammenhang nur mit dem auf dem Nachbargrundstück betriebenen Garten (als selbständiges Wirtschaftsgut, siehe dazu BFH-Urteil in BFHE 180, 65, BStBl II 1997, S. 25) anzunehmen (mit der Folge der Steuerbarkeit der Grundstücksveräußerung). Ob, wie und mit was man einen derartigen Zusammenhang bejahen könnte, kann dahinstehen; denn jedenfalls ist der Konnex mit dem zu eigenen Wohnzwecken nach wie vor genutzten Wirtschaftsgut mit der Veräußerung gelöst worden. Die in § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 EStG umschriebene zeitliche Voraussetzung (der maßgebliche Zeitraum von mindestens zwei Jahren vor der Veräußerung, vgl. dazu HHR/Musil, § 23 EStG Rdnr. 131) bezieht sich nur auf das unmittelbar zu eigenen Wohnzwecken genutzte Wirtschaftsgut.

Dadurch unterscheidet sich der von § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 EStG geforderte Nutzungs- und Funktionszusammenhang von Grund und Boden und bewohntem Gebäude von der Fallkonstellation, über die der BFH in seinem Urteil in BFHE 221, 112, BStBl II 2008, S. 707 entscheiden musste. Dort geht es nicht um einen vom Gesetzgeber geförderten Umzug, sondern um die Abwahl der Nutzungswertbesteuerung bei den Einkünften aus Land- und Forstwirtschaft qua Entnahmefiktion gemäß § 52 Abs. 15 Satz 6 EStG a. F., die sich auch auf den zur Wohnung dazugehörenden Grund und Boden bezieht. Wenn sich danach ein Nutzungs- und Funktionszusammenhang des Grund und Bodens mit der begünstigten Wohnung nach den gegendüblichen Verhältnissen als landwirtschaftlicher Haus- und/oder Obstgarten im Entnahmezeitpunkt richtet und eine zukünftige andere Zweckbestimmung nicht erheblich ist, so ergibt sich dies aus der ratio legis der Übergangsregelung in § 52 Abs. 15 EStG a. F. Demgegenüber will das Gesetz mit § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 EStG verhindern, dass durch die Veräußerungsgewinnbesteuerung ein Umzug erschwert wird.

dd) Wird ein unbebautes Grundstück, das an das Wohngrundstück angrenzt und das der Steuerpflichtige vor der Veräußerung als Garten mitbenutzt, veräußert, ohne dass es zu einer Aufgabe des Wohnsitzes kommt, ist die Veräußerung nach den oben aufgeführten Grundsätzen steuerbar. Es kommt deshalb nicht darauf an, inwieweit der Grund und Boden eines Wohngrundstücks überdies als „dazugehöriger Grund und Boden“ in einem Nutzungs- und Funktionszusammenhang mit dem zu eigenen Wohnzwecken genutzten Wirtschaftsgut steht und damit von der Ausnahmevorschrift des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 EStG umfasst wird (vgl. dazu z. B. BMF-Schreiben in BStBl I 2000, S. 1383 Rdnr. 17).

2. Nach diesen Maßstäben hat das FG zutreffend die Voraussetzungen des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 EStG abgelehnt und die Veräußerung des Grundstücks III der Besteuerung unterworfen. Dieses Grundstück war kein Wirtschaftsgut, das zu eigenen Wohnzwecken genutzt wurde. Die vom Kläger genutzte Wohnung befand sich auf dem Nachbargrundstück (Grundstück I). Der auf dem Grundstück stehende Pavillon ermöglichte es nach den bindenden Feststellungen des FG (§ 118 Abs. 2 FGO) nicht, dort einen eigenständigen Haushalt zu führen. Das aus dem Grundstück II gebildete Grundstück III war auch nicht als dazugehöriger Grund und Boden in die Begünstigung des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 EStG einbezogen. Es bestand kein einheitlicher Nutzungs- und Funktionszusammenhang mit der zu eigenen Wohnzwe-

cken genutzten Wohnung auf dem Grundstück I, und zwar jedenfalls dann nicht mehr, als die Wohnung nach der Veräußerung des Grundstücks III weiterhin wie bisher zu eigenen Wohnzwecken genutzt wurde.

Da das Grundstück III schon in vollem Umfang nicht unter die Begünstigung des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 EStG zu subsumieren ist, kommt es hier nicht darauf an, welche Auswirkungen es hat, dass das auf dem Grundstück I befindliche Gebäude nicht ausschließlich zu Wohnzwecken, sondern auch als Maklerbüro genutzt wurde.

23. ErbStG § 7 Abs. 1 Nr. 1 (*Keine schenkungsteuerpflichtige Bereicherung des Zwischenerwerbers, wenn er Gegenstand sogleich weiterverschenkt*)

Bei einer Kettenschenkung ist der Zwischenerwerber grundsätzlich nicht bereichert i. S. v. § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG, wenn er den Gegenstand sogleich weiterschchenkt. Dies gilt auch dann, wenn zivilrechtlich zwei Zuwendungen anzunehmen sind. (Leitsatz der Schriftleitung)

FG München, Beschluss vom 30.5.2011, 4 V 548/11 (n. rkr.)

Mit Urkundsnummer 1175/2010 B des Notars ... überließ J. T. (Vater) einem seiner Söhne, W. T. (Sohn), eine Wohnung in ... In dieser Urkunde erklärten Vater und Sohn die Auflassung, sahen aber ausdrücklich von der Eintragung einer Auflassungsvormerkung ab. Der Vater bewilligte die Eintragung im Grundbuch. Als Gegenleistungen wurden für den Vater vereinbart ein Nutzungsrecht für einen Raum sowie für gemeinsame Anlagen und Einrichtungen und außerdem die Verpflichtung des Sohns, den vom Nutzungsrecht umfassten Raum in gut nutzbarem Zustand zu erhalten. Zur Sicherung des Nutzungsrechts bewilligten und beantragten die Vertragsparteien die Eintragung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit zugunsten des Vaters. Ferner verpflichtete sich der Sohn, an seinen Bruder einen einmaligen Geldbetrag in Höhe von 50.000 € zu zahlen. Soweit der Wert des Objekts die vereinbarten Gegenleistungen überstieg, erfolgte die Überlassung unentgeltlich. Vereinbart war, dass sich der Sohn diese unentgeltliche Zuwendung auf seinen Pflichtteilsanspruch anrechnen lassen muss; eine Ausgleichspflicht mit anderen Abkömmlingen gemäß § 2050 Abs. 3, 2052 BGB bestand ausdrücklich nicht. Darüber hinaus verzichtete der Antragsteller gegenüber seinem Vater auf seinen gesetzlichen Pflichtteilsanspruch sowie auf seinen Pflichtteilsergänzungsanspruch. Die Vertragsparteien vereinbarten ein Rückforderungsrecht zugunsten des Vaters für den Fall, dass der Sohn vor dem Vater verstirbt und dann das Eigentum am Objekt nicht vollständig auf seinen Ehegatten und/oder eheliche Abkömmlinge des Sohns übergeht und/oder übertragen wird, dass der Sohn oder dessen Rechtsnachfolger im Eigentum des Objekts dieses zu Lebzeiten des Vaters ohne dessen Zustimmung ganz oder teilweise vermietet, veräußert oder belastet oder sich dazu verpflichtet, dass über das Vermögen des Sohns ein Insolvenzverfahren eröffnet oder mangels Masse abgelehnt wird, dass das Objekt ganz oder teilweise zu Sicherung einer Geldforderung zwangsweise belastet oder zum Zweck der Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung beschlagnahmt wird, es sei denn, solche Maßnahmen sind binnen sechs Monaten wieder beseitigt, sowie für den Fall, dass der Sohn oder dessen Ehegatte Scheidungsantrag stellt und Zugewinnausgleichsansprüche aus dem Objekt geltend gemacht werden.

Der Rückübertragungsanspruch wurde durch eine Auflassungsvormerkung gesichert. Der Vater stimmte im Hinblick auf das Rückforderungsrecht der Veräußerung eines Miteigentums zu 1/2 an die Ehefrau des Sohns, die Antragstellerin, unwiderruflich zu.

Mit darauf folgender Urkundsnummer 1176/2010 B des gleichen Notars vom gleichen Tag überließ der Sohn an seine mit ihm im gesetzlichen Güterstand lebende Ehefrau, die Antragstellerin, das Miteigentum zu 1/2 an dem gerade überlassenen Wohneigentum. Zugleich ließen der Sohn und die Antragstellerin das Grundstück auf; der Sohn bewilligte die Eintragung der Auflassung im Grundbuch. Auf die Eintragung einer Auflassungsvormerkung wurde verzichtet. Die Eigentumsumschreibung sollte unmittelbar auf den Sohn und auf

die Antragstellerin als Miteigentümer zu je 1/2 erfolgen. Nach dieser Urkunde hat die Antragstellerin an der Vorurkunde „mitgewirkt“. Die Übertragung des Miteigentums erfolgte als ehebezogene Zuwendung ohne besonderes Entgelt zur gerechten Vermögensverteilung während der Ehe. Im Falle der Scheidung oder falls die Antragstellerin vor dem Sohn verstirbt, hat der Sohn das Recht, die Zuwendung zurück zu verlangen. Zur Sicherung des Rückübertragungsanspruchs bewilligte die Vertragsteile die Eintragung einer Auflassungsvormerkung. Diese sollte „jedoch derzeit nicht im Grundbuch eingetragen“ werden. Vereinbart wurde, dass die Antragstellerin zusammen mit dem Sohn Gesamtschuldnerin der Bankverbindlichkeiten werden wird, zu deren Sicherung Grundpfandrechte zur Eintragung kommen sollten.

Der Antragsgegner (das Finanzamt – FA –) beurteilte diese Vorgänge als Schenkung des Vaters an den Sohn und an die Antragstellerin als Miteigentümer je zur Hälfte. Dementsprechend setzte das FA mit Bescheid vom 16.11.2010 die Schenkungsteuer aus einem Erwerb der Antragstellerin vom Vater auf 23.200 € fest.

Hiergegen legte die Antragstellerin am 16.12.2010 Einspruch ein, den das FA mit Einspruchsentscheidung vom 1.2.2011 als unbegründet zurückwies. Zur Begründung führte das FA aus, nach dem einheitlichen Plan (Gesamtplan) der Beteiligten (Vater, Sohn, Antragstellerin) habe die Zwischenschaltung der Antragstellerin dazu führen sollen, Schenkungsteuer zu umgehen, die bei einer unmittelbaren Übertragung an die Antragstellerin zweifelsfrei anfele. Dieser Gesamtplan sei von den Beteiligten auch umgesetzt worden. Die Verwirklichung des Plans sei auch deshalb leicht umsetzbar gewesen, da die beteiligten Personen in engem familiären Verhältnis zueinander stünden. Als weiteres wichtiges Indiz für das Vorliegen eines entsprechenden Plans sei die kurze Zeitspanne für den Zwischenerwerb zu nennen. Der zwar zivilrechtlich wirksame Zwischenerwerb durch den Sohn sei schenkungssteuerrechtlich nicht zu berücksichtigen. Den zugleich mit dem Einspruch gestellten Antrag auf Aussetzung der Vollziehung (AdV) des Schenkungsteuerbescheids lehnte das FA ab. (...)

Aus den Gründen:

II.

Die Zugangsvoraussetzung des § 69 Abs. 4 FGO liegt vor; das FA hat nämlich die AdV abgelehnt. Der Antrag ist auch im Übrigen zulässig. Der Antrag ist aber unbegründet.

1. Nach § 69 Abs. 3 Satz 1 i. V. m. Abs. 2 Satz 2 FGO soll das FG die Vollziehung eines angefochtenen Verwaltungsakts aussetzen, wenn ernstliche Zweifel an seiner Rechtmäßigkeit bestehen oder – was im Streitfall nicht in Betracht kommt – die Vollziehung für den Betroffenen eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge hätte. Ernstliche Zweifel sind zu bejahen, wenn bei summarischer Prüfung des angefochtenen Verwaltungsakts neben den für seine Rechtmäßigkeit sprechenden Umständen gewichtige Gründe zutage treten, die Unentschiedenheit oder Unsicherheit in der Beurteilung der entscheidungserheblichen Rechtsfragen oder Unklarheit in der Beurteilung von Tatfragen bewirken (BFH, Beschluss vom 15.5.2009, IV B 24/09, BFH/NV 2009, 1402, m. w. N.).

2. Diese Voraussetzungen sind im Streitfall nicht erfüllt.

a) Gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG gilt als Schenkung jede freigebige Zuwendung unter Lebenden, soweit der Bedachte durch sie auf Kosten des Zuwendenden bereichert wird. Wird dem Bedachten der Schenkungsgegenstand nicht unmittelbar von dessen ursprünglichem Inhaber zugewendet, sondern noch ein Dritter zwischengeschaltet, kommt es nach der Rechtsprechung des BFH für die Bestimmung der Person des Zuwendenden darauf an, ob der Dritte über eine eigene Entscheidungsmöglichkeit hinsichtlich der Verwendungs des Schenkungsgegenstands verfügte (BFH, Urteile vom 13.10.1993, II R 92/91, BFHE 172, 520, BStBl II 1994, S. 128, unter II.1.; vom 10.3.2005 II R 54/03 BFHE 208, 447,

BStBl II 2005, S. 412, unter II.1.). Hierfür maßgeblich sind die Ausgestaltung der Verträge unter Einbeziehung ihrer inhaltlichen Abstimmung untereinander sowie die mit der Vertragsgestaltung erkennbar angestrebten Ziele der Parteien (BFH, Urteile in BFHE 208, 447, BStBl II 2005, S. 412, unter II.1.; vom 28.10.2009, II R 32/08, BFH/NV 2010, 893, unter II.2.; vgl. Hessisches FG vom 21.10.2007 I K 268/04, EFG 2008, 472). Der BFH hat bei dem Abschluss der Verträge in einem Zuge, nämlich an einem Tage in aufeinanderfolgenden Urkundenrollennummern sowie aus der inhaltlichen Abstimmung der Verträge untereinander darauf geschlossen, dass ein Zwischenerwerber nicht bereichert war, und damit eine unmittelbare Schenkung vom ursprünglichen Inhaber auf den Bedachten angenommen (BFHE 172, 520, BStBl II 1994, S. 128, unter II.1.).

b) Der Senat ist der Auffassung, dass schenkungssteuerrechtlich der Zwischenerwerber grundsätzlich nicht bereichert ist, wenn er den Gegenstand sogleich weiterschwenkt, selbst wenn zivilrechtlich zwei Zuwendungen anzunehmen sind.

aa) Für die Frage, aus wessen Vermögen die Zuwendung stammt, und damit die Frage, ob der Empfänger über das Zugewendete im Verhältnis zum Leistenden tatsächlich und rechtlich frei verfügen kann, ist ausschließlich die Zivilrechtssituation maßgeblich (BFH, Urteile in BFH/NV 2010, 893, unter II.2. b. aa; vom 28.6.2007, II R 21/05, BFHE 217, 254, BStBl II 2007, S. 669, unter II.1. a; vom 25.1.2001, II R 39/98, BFH/NV 2001, 908, unter II.1.; vom 9.9.2009, II R 47/07, BFHE 226, 399, BStBl II 2010, S. 74, unter II.1. a; vom 9.12.2009, II R 22/08, BFHE 228, 165, BStBl II 2010, S. 363, unter II.1. a. aa; BFH, Beschluss vom 20.9.2010, II B 7/10, BFH/NV 2010, 2280, unter II.1. a.); es kommt nicht darauf an, wem bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise das übertragene Vermögen nach § 39 Abs. 2 AO zuzurechnen ist (BFH, Urteile in BFH/NV 2001, 908, unter II.1. a; in BFHE 217, 254, BStBl II 2007, S. 669, unter II.1. a; in BFHE 226, 399, BStBl II 2010, S. 74, unter II.1. a).

bb) Nach der Auffassung des Senats schließt diese Ausrichtung auf das Zivilrecht nicht aus, dass zivilrechtlich zwei unentgeltliche Zuwendungen vorliegen, aber schenkungssteuerrechtlich der Zwischenerwerb unbeachtlich ist, weil der zwischengeschaltete Dritte schenkungssteuerrechtlich nicht bereichert ist.

Zwar knüpft das Erbschaft- und Schenkungssteuerrecht an die bürgerlichrechtlichen Gestaltungen an und verwendet dem Zivilrecht entnommene Begriffe. Dies schließt jedoch nicht aus, dass zivilrechtliche Gestaltungen und Begriffe entsprechend den steuerrechtlichen Bedeutungszusammenhängen selbständig interpretiert werden können und müssen. Es gibt keine Vermutung, dass das dem Zivilrecht entlehnte Tatbestandsmerkmal einer Steuerrechtsnorm im Sinne des zivilrechtlichen Verständnisses zu interpretieren ist. Dies gilt auch für § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG (BFH, Urteil vom 8.12.1993, II R 61/89, BFH/NV 1994, 373, unter II.2. d.). So ist eine Schenkung unter Auflage zivilrechtlich insgesamt unentgeltlich; schenkungssteuerrechtlich ist der Bedachte aber, soweit ihm Aufwendungen auferlegt sind, die ihn zu Leistungen verpflichten, nicht i. S. d. § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG auf Kosten des Zuwendenden bereichert (BFH, Urteile vom 12.4.1989, II R 37/87, BFHE 156, 244, BStBl II 1989, S. 524; in BFH/NV 1994, 373). Zudem hat der BFH entschieden, dass eine aufschiebend bedingte Gegenleistung des Beschenkten nach § 12 Abs. 1 ErbStG i. V. m. § 6 BewG auch im Rahmen des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG erst beim Eintritt der Bedingung als ein die Bereicherung mindernder Umstand zu berücksichtigen ist (BFH, Urteil vom 8.2.2006, II R 38/04, BFHE 213, 102, BStBl II 2006, S. 475, unter II.2.). Auf eine

Bereicherung nach Zivilrecht kommt es nach dieser Entscheidung insoweit nicht an.

Dementsprechend führte der BFH im Beschluss vom 22.12.2004, II B 166/03 (BFH/NV 2005, 705, unter II.2. b) aus, die unter II.2. a dargestellte Rechtsprechung im BFH-Urteil in BFHE 172, 520, BStBl II 1994, S. 128 beruhe auf einer Auslegung des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG.

cc) Ein zwischengeschalteter Dritter, der den geschenkten Gegenstand sogleich weiterschenkt, ist nach der Auffassung des Senats schenkungsteuerrechtlich grundsätzlich nicht bereichert. Das Ziel der Erbschaft- und Schenkungsteuer ist es, den durch Erbfall oder Schenkung anfallenden Vermögenszuwachs jeweils gemäß seinem Wert zu erfassen und die daraus resultierende Steigerung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit (die durch Erbfall oder Schenkung vermittelte Bereicherung) des Erwerbers – wenn auch in unterschiedlichen Steuersätzen nach Maßgabe des Verwandtschaftsgrades und dem Wert des Erwerbs – zu besteuern (BVerfG, Beschluss vom 7.11.2006, 1 BvL 10/02, BVerfGE 117, 1, BStBl II 2007, S. 192, unter C. I.3. a). Eine Steigerung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit tritt aber i. d. R. nicht ein, wenn der Zwischenerwerber den Gegenstand sogleich weiterchenkt. In den typischen Fällen dieser Kettenschenkungen sind daran Personen beteiligt, die enge persönliche Beziehungen zueinander haben. Die Weitergabe des geschenkten Gegenstandes ist i. d. R. dem ursprünglichen Inhaber bekannt, unter den Beteiligten abgestimmt und die entsprechenden Verträge sind vorbereitet. Demnach ist typischerweise das Geschehen – nämlich die unmittelbare Weitergabe – bereits vorgezeichnet. In diesen Fällen führt der von Anfang an auf unmittelbare Weitergabe angelegte Zwischenerwerb nicht zu einer Steigerung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und daher nicht zu einer Bereicherung.

dd) Dieser Auffassung steht das BFH, Urteil vom 26.9.1990, II R 150/88 (BFHE 163, 214, BStBl II 1991, S. 320) nicht entgegen. In dieser Entscheidung hat der BFH zwar in einem Fall der Bestimmung des Gegenstands der Schenkung, für den vergleichbare Grundsätze gelten (BFH-Urteile vom 10.11.2004, II R 44/02, BFHE 207, 360, BStBl II 2005, S. 188, unter II.1. a; vom 16.1.2008, II R 10/06, BFHE 220, 513, BStBl II 2008, S. 631, unter II.1.), bei einer Schenkung eines Grundstücks an den Sohn und der Weiterveräußerung dieses Grundstücks an einen Dritten die zeitliche Nähe von vier Tagen zwischen den Verträgen nicht als ein hinreichendes Indiz für eine Verpflichtung zur Weitergabe gesehen. Allerdings unterscheidet sich der damals zu entscheidende Sachverhalt von den typischen Fällen der Kettenschenkungen bereits dadurch, dass die an der Kettenschenkungen Beteiligten regelmäßig eine enge persönliche Beziehung zueinander haben. Ferner sind im hier zu entscheidenden Fall beide Verträge unmittelbar nacheinander geschlossen worden.

c) Im Streitfall ist im ersten Vertrag keine Verpflichtung für den Sohn enthalten, mit dem Grundstück in einer bestimmten Weise zu verfahren. Jedoch wurden die Verträge in einem Zug abgeschlossen. Damit ist grundsätzlich davon auszugehen, dass der Sohn hinsichtlich des weitergereichten Miteigentums nicht bereichert war und somit der Vater seiner Schwiegertochter, der Antragstellerin, schenkungsteuerrechtlich das Miteigentum zuwandte.

Anhaltspunkte für Umstände, aus denen sich ausnahmsweise eine Bereicherung des Sohns als Zwischenerwerber ergibt, sind nicht ersichtlich. Vielmehr sind die Beteiligten familiär eng verbunden und war dem Vater bekannt, dass sein Sohn einen Miteigentumsanteil zu 1/2 auf die Antragstellerin weiter übertragen wollte.

Die im zweiten Vertrag vereinbarte ehebedingte Zuwendung spricht zwar zivilrechtlich für eine Zuwendung des Sohnes an die Antragstellerin, weil nach der neueren Rechtsprechung des BGH Zuwendungen der Eltern, die um der Ehe ihres Kindes Willen an das Schwiegerkind erfolgen, nicht als unbenannte Zuwendungen, sondern als Schenkungen zu qualifizieren sind (BGH, Urteil vom 3.2.2010, XII ZR 189/06, BGHZ 184, 190, NJW 2010, 2202 = MittBayNot 2011, 144; a. A. unter Hinweis auf die damalige Rechtsprechung des BGH: BFH-Urteil in BFHE 208, 447, BStBl II 2005, S. 412, unter II.3.). Deshalb ist es zivilrechtlich (güterrechtlich) von Bedeutung, ob die Antragstellerin das Miteigentum vom Vater oder vom Sohn erhalten hat (vgl. BGH-Urteil in BGHZ 184, 190, NJW 2010, 2202 = MittBayNot 2011, 144).

Aus den dargelegten Gründen kommt es aber in den Fällen des Zwischenerwerbs nicht entscheidend auf das Zivilrecht an.

Etwas anderes folgt auch nicht aus der Stellungnahme des Vaters. Danach hat der Vater dem Sohn und nicht der Antragstellerin das Wohneigentum zuwenden wollen. Der Sohn ist nach der Darstellung des Vaters in seiner Entscheidung über das geschenkte Wohneigentum frei gewesen. Dies ändert aber nichts daran, dass der Sohn – entsprechend der Abstimmung der Beteiligten – den Miteigentumsanteil zu 1/2 sogleich an die Antragstellerin weiterschenkte und er mithin nicht bereichert war. (...)

Anmerkung:

Der Beschluss des FG München bestätigt die Gefahren, die mit einer so genannten Kettenschenkungen einhergehen. Die Problematik der sog. Kettenschenkungen (siehe dazu *Fromm*, DStR 2000, 453; *Jülicher*, DStR 1994, 926; *Schuck*, DStR 2004, 1948; *Grziwotz*, MDR 2007, 124; *Büte*, FuR 2006, 484; *Reymann*, ZEV 2006, 55), liegt immer dann vor, wenn zwei nacheinander geschaltete Schenkungen vorgenommen werden, die jeweils einen schenkungsteuerpflichtigen Vorgang auslösen können. Der klassische Sachverhalt der Kettenschenkungen besteht darin, dass das überwiegende Vermögen beim einen Elternteil sich angesammelt hat und die Freibeträge zur Durchführung der vorweggenommenen Erbfolge von diesem Ehegatten zugunsten der Kinder nicht ausreichen. Um die Freibeträge des weniger vermögenden Ehegatten ebenfalls nutzen zu können, wird daher in einem ersten Schritt das Vermögen des vermögenden Ehegatten auf den weniger vermögenden Ehegatten transferiert und anschließend von beiden Elternteilen das Vermögen auf die Kinder übertragen. Pro Kind können dann Freibeträge von 800.000 € alle zehn Jahre von beiden Eltern gemeinschaftlich ausgenutzt werden. Bei dieser Gestaltung sollte jedoch stets auch bedacht werden, dass der beschenkte Ehegatte ebenfalls nur einen Freibetrag von 500.000 € hat, soweit nicht sonstiges begünstigtes Vermögen wie ein Familienheim gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 4 a ErbStG vorliegt. In der eben geschilderten Sachverhaltskonstellation entspricht es bereits seit längerem der herrschenden Meinung in der Rechtsprechung (BFH vom 13.10.1993, II R 92/01, BStBl II 1994, S. 128; BFH vom 10.3.2005, II R 54/03, BStBl II 2005, S. 412), dass das entscheidende Kriterium für die Anerkennung dieser Gestaltung darin besteht, ob der Zwischenbeschenkte frei darüber entscheiden kann und auch tatsächlich frei selbst darüber entscheidet, ob und wann er das geschenkte Vermögen ggf. an dritte Personen weiter überträgt. Aus diesem Grunde sind in entsprechenden Fallgestaltungen bedingte Rückforderungsrechte für den Scheidungs- oder Veräußerungsfall bei der ehebedingten Zuwendung nicht unproblematisch, auch wenn der BFH auf dieses Kriterium bisher niemals abgestellt hat.

Hat der Zwischenbeschenkte keine eigene Entscheidungsmöglichkeit, so gilt das Gesamtvermögen als unmittelbar vom Erstschenker an den Endbeschenkten zugewandt. Die Vermehrung der nutzbaren Freibeträge wäre also gescheitert.

In der Vergangenheit war es immer wieder umstritten, ob die vorstehende Problematik der Kettenschenkung auch dann gilt, wenn Eltern ihr Vermögen auf ein eigenes Kind übertragen und dieses im nächsten Schritt das Vermögen oder einen Teil dieses Vermögens auf das Schwiegerkind überträgt.

Der BFH hat in einer Entscheidung (BFH vom 10.3.2005, II R 54/03, BStBl II 2005, S. 412; BFH vom 10.3.2005, II R 55/03, BFH/NV 2005, 1309) auch für die Zuwendung ans Schwiegerkind über das eigene leibliche Kind eine Kettenschenkung angenommen und die Zuwendung unmittelbar ans Schwiegerkind besteuert, also in Steuerklasse II. Zu dieser Entscheidung wurde teilweise jedoch angemerkt, dass diese Entscheidung nicht verallgemeinerungsfähig sei, da der Vertrag ungewöhnlich gestaltet sei (siehe zur Abgrenzung *Gebel* in *Troll/Gebel/Jülicher*, ErbStG, § 7 Rdnr. 239, Loseblattsammlung Stand 42. Ergänzungslieferung). Nunmehr wendet das FG München die vorstehende Rechtsprechung jedoch auch auf einen Sachverhalt an, in dem die Zuwendung an das eigene Kind und die Weiterschenkung an das Schwiegerkind durch das eigene Kind in zwei getrennten Urkunden separat vereinbart wird, jedoch beide Urkunden am gleichen Tag unterschrieben werden. Auf Zwischeneintragung des Eigentums des Kindes wird verzichtet. Aus der Entscheidung des FG München muß der auch bisher bereits empfehlenswerte Rat gefolgert werden, dass entsprechende Gestaltungen zukünftig zu unterlassen sind. Um eine sichere Vertragsgestaltung zu erreichen, sollte stets das Vermögen erst auf das eigene Kind der Ausgangsschenker übertragen werden und im Grundbuch auch auf dieses Kind eingetragen werden. Erst nach endgültigem Eigentumserwerb durch das leibliche Kind sollte m. E. aus völlig freien Stücken in einem neuen Entschluss das zwischenbeschenkte leibliche Kind das Vermögen ganz oder teilweise auf das Schwiegerkind weiter übertragen. Eine Ver-

pflichtung hierzu sollte in keinem Fall in der Ausgangsschenkung vereinbart werden. Inwieweit weitere Schamfristen einzuhalten sind, ist in der Rechtsprechung nicht geklärt, wurde von der Finanzverwaltung jedoch auch nie verlangt. Denn entscheidendes Abgrenzungskriterium zwischen einer nicht anzuerkennenden Kettenschenkung und einer anzuerkennenden Doppelschenkung liegt darin, ob der Zwischenbeschenkte seine Zuwendung aus freien Stücken, aufgrund eines eigenen Willensentschlusses, tätigen kann. Das Abwarten gewisser Schamfristen – je länger desto besser – empfiehlt sich jedoch, um dem Einwand vorzubeugen, dass aus der zeitlichen Nähe der Gestaltungen darauf zurückgeschlossen werden könne, dass die Weiterschenkung an das Schwiegerkind von vorneherein abgesprochen und vereinbart gewesen sei. Entsprechende Begründungstopoi sind im Steuerrecht nicht ungewöhnlich (siehe beispielsweise die Argumentationslinien beim gewerblichen Grundstückshandel, BFH vom 10.12.2001, GrS 1/98, BStBl II 2002, S. 291; siehe dazu auch *Kempermann*, DStR 2002, 785; *Tiedtke/Wälzholz*, DB 2002, 652).

Die vorstehenden Schlussfolgerungen für die Praxis sollen nicht verhehlen, dass die Rechtsprechung des BFH (BFH vom 10.3.2005, II R 54/03, BStBl II 2005, S. 412) und die hier zu besprechende Entscheidung des FG München abzulehnen sind. Sie unterstellen, dass eigentlich eine Zuwendung von den Ausgangsschenkern an das Schwiegerkind unmittelbar gewollt gewesen sei und das zwischenbeschenkte Kind gar nicht frei habe entscheiden können sollen. Da die zivilrechtlichen Folgen einer Schwiegerkindzuwendung und einer Zuwendung an das eigene Kind mit Weiterschenkung an das Schwiegerkind sich jedoch grundlegend unterscheiden (siehe § 1380 BGB), ist die gesamte Rechtsprechung bei der Schwiegerkindzuwendung mit Kettenschenkung verfehlt (siehe zu den zivilrechtlichen Auswirkungen und Unterschieden ausführlich *Reymann*, ZEV 2006, 55 ff.). Für die Praxis sind die entsprechenden Entscheidungen gleichwohl zu beachten.

Notar Dr. Eckhard Wälzholz, Füssen

HINWEISE FÜR DIE PRAXIS

1. Streifzug durch die KostO, 9. Aufl. (Stand 1.1.2012) – Übersicht über wichtige Änderungen, Klarstellungen und Neuerungen gegenüber der 8. Aufl. 2010

Mit der nachfolgenden Übersicht soll dem Praktiker ein Überblick über die wesentlichen Änderungen des Streifzugs gegenüber der Voraufgabe gegeben werden.

1. Beglaubigung eines elektronischen Dokumentes – Rdnr. 204, 429 ff.

Das OLG Düsseldorf (MittBayNot 2010, 335 mit abl. Anm. *Diehn* = RNotZ 2010, 352 mit abl. Anm. *Neye* = ZNotP 2010, 319 mit abl. Anm. *Tiedtke*) vertritt die Auffassung, dass sich die Beglaubigungsgebühr nach § 55 KostO auf Dokumente, die auf Papier verkörpert sind, beschränkt. Das OLG Düsseldorf lehnt die Anwendung des § 55 KostO auf elektronische Dokumente ab. Die Notarkasse vertritt dagegen die Auffassung, dass § 55 KostO nicht auf das Verfahren und die Art der Herstellung abstellt, sondern jede Vervielfältigung des Originals erfasst und damit auch die Beglaubigung elektronischer Dokumente.

2. Einheitliche Vollstreckungsklausel für mehrere selbständige Kostenberechnungen – Rdnr. 207

An die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung einer Kostenberechnung des Notars sind hohe Anforderungen zu stellen, weil diese die Grundlage einer Zwangsvollstreckung darstellt. Das schließt im Regelfall eine Zusammenfassung mehrerer Titel in einer gemeinsamen Vollstreckungsklausel aus, so das OLG Celle (MittBayNot 2010, 499 = ZNotP 2010, 358). Dies folgt aus § 757 Abs. 1 ZPO, wonach ein Gerichtsvollzieher nach Empfang der Leistung dem Schuldner die vollstreckbare Ausfertigung nebst einer Quittung aushändigen soll (vgl. auch § 106 Nr. 3 GVGA). Werden mehrere Kostenberechnungen verschiedener Vorgänge in einer einheitlichen Vollstreckungsklausel zusammengefasst, besteht diese Möglichkeit nicht, wenn der Kostenschuldner nur eine Kostenberechnung begleicht.

3. Abtretbarkeit der Kostenforderung? – Rdnr. 215 ff.

An die Notarkasse ist in der Vergangenheit immer wieder die Frage gerichtet worden, ob der Notar seine Kostenforderung an einen Dritten abtreten kann. Obwohl auch eine öffentlich-rechtliche Forderung (um eine solche handelt es sich bei der Kostenforderung des Notars) grundsätzlich abtretbar ist, spricht sich die Notarkasse gegen die Zulässigkeit der Abtretung der Notarkostenforderung an einen Dritten aus. Für eine Abtretung eines öffentlich-rechtlichen Anspruchs gelten vor allem die allgemeinen Schranken der Privatautonomie. Hierzu geht die Rechtsprechung in mittlerweile ständiger Entscheidungspraxis davon aus, dass die Abtretung von Honorarforderungen solcher Personen, die zur Verschwiegenheit verpflichtet sind, ohne Zustimmung des Schuldners wegen der damit regelmäßig gegenüber dem Zessionar verbundenen umfassenden Auskunftspflicht als Verstoß gegen die Verschwiegenheit anzusehen und insoweit gemäß § 134 BGB nichtig ist. Allerdings ist es zulässig, einen Anwalt mit der Beitreibung der Kosten zu beauftragen. Nach Ansicht der Bundesnotarkam-

mer ist eine Übertragung der Beitreibung auf ein Inkassounternehmen jedoch abzulehnen.

4. Vollstreckung im Ausland – Rdnr. 217

Die vollstreckbare notarielle Kostenberechnung wird im Ausland nicht als Vollstreckungstitel anerkannt, auch nicht in den Vertragsländern der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handels-sachen. Die Notarkasse empfiehlt daher, von dem Recht des Kostenvorschusses nach § 8 KostO Gebrauch zu machen, um Kostenausfälle zu vermeiden. Auch hierüber sind im Streifzug unter Rdnr. 217 Ausführungen enthalten.

5. Dienstvertrag – Rdnr. 272 ff.

Das Kapitel Dienstvertrag wurde neu in den Streifzug aufgenommen. Im Rahmen der Beurkundung von gesellschaftsrechtlichen Vorgängen werden zunehmend auch Anstellungsverträge (z. B. für Geschäftsführer einer GmbH) mitbeurkundet. In der 9. Auflage des Streifzugs sind kostenrechtliche Hinweise zur Bewertung solcher Anstellungsverträge ebenso enthalten wie Bewertungshinweise zu Agentur-, Kommissions- und Maklerverträgen. Die kostenrechtlichen Hinweise sind durch Beispielsberechnungen untermauert.

6. Dokumentenpauschale – Mitteilungen an das Zentrale Testamentsregister – Rdnr. 281 ff.

Für die nach § 34 a BeurkG (in der bis 31.12.2011 geltenden Fassung) in Papierform vorzunehmenden Mitteilungen an Standesämter hat der Notar die Dokumentenpauschale nach §§ 152 Abs. 1, 136 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 KostO erhalten. Die in Papierform vorzunehmenden Mitteilungen an Standesämter wurden mit Wirkung ab 1.1.2012 durch die Mitteilungen an das Zentrale Testamentsregister abgelöst. Diese Mitteilungen erfolgen ausschließlich in elektronischer Form. Für jede elektronische Übermittlung einer Datei fällt gemäß §§ 152 Abs. 1, 136 Abs. 3 KostO die Dokumentenpauschale von 2,50 € an.

7. Durchlaufende Posten – Einforderungsmöglichkeit im Zusammenhang mit der Kostenberechnung – Rdnr. 309

Die Verauslagung von Kosten im Auftrag der Beteiligten bei dritten Stellen (z.B. Vorsorgeregister, Gemeinden usw.) nimmt zu. Problematisch ist die Einforderung mit Hilfe der Kostenberechnung des Notars. Bei einem durchlaufenden Posten handelt es sich nicht um einen originären Kostenanspruch des Notars nach der KostO, weshalb keine Einforderung mit der Kostenberechnung nach § 154 KostO erfolgen kann. Ebenso entfällt für diese Positionen das Vollstreckungsprivileg des § 155 KostO. Ungeachtet dessen dürfte es zulässig sein, die Durchlaufposten im Zusammenhang mit einer Kostenberechnung einzufordern. Die durchlaufenden Posten müssen als solche gekennzeichnet werden (Transparenzgebot der Kostenberechnung). Im Falle einer zwangsweisen Beitreibung der Kosten und Zinsen nach § 155 KostO ist zur Erteilung der Vollstreckungsklausel von der Kostenberechnung eine auszugswise Ausfertigung zu erstellen, welche die durchlaufenden Posten nicht enthält.

8. Erstellung von XML-Strukturdaten – Rdnr. 431

Weiterhin kontrovers wird die Frage diskutiert, ob für die Erstellung der XML-Strukturdaten zur elektronischen Einreichung beim Registergericht eine Betreuungsgebühr nach § 147 Abs. 2 KostO entsteht oder ob ein gebührenfreies Rechtsgeschäft gemäß § 35 KostO zur Registeranmeldung vorliegt. Die Rechtsprechung lehnt eine Gebühr für die XML-Strukturdaten weitgehend ab, die Literatur nimmt dagegen nahezu einhellig eine gebührenpflichtige Betreuungstätigkeit nach § 147 Abs. 2 KostO an. Nachdem zu dieser Streitfrage noch keine Entscheidung des BGH ergangen ist, bleibt die Notarkasse weiterhin bei ihrer Auffassung, dass die Erstellung der XML-Strukturdaten eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO aus einem nach § 30 Abs. 1 KostO zu bestimmenden Teilwert auslöst.

9. Vorkaufsrecht am Erbbaurecht – Rdnr. 501 ff.

Das Vorkaufsrecht, das der Erbbauberechtigte am Erbbaurecht für den Grundstückseigentümer bestellt, ist gemäß § 44 Abs. 2 KostO gegenstandsverschieden zur Erbbaurechtsbestellung. Streitig war in der Vergangenheit die Frage des Geschäftswertes. Einerseits wurde der Standpunkt vertreten, bei Zustimmungsvorbehalt des Eigentümers zur Veräußerung des Erbbaurechts sei lediglich ein Teilwert von 10 % für das Vorkaufsrecht am Erbbaurecht anzunehmen, während eine andere Auffassung vom Regelwert des § 20 Abs. 2 KostO (halber Wert des Erbbaurechts) ausgeht. Inzwischen liegt eine Entscheidung des BGH vor (Beschluss vom 6.10.2011, V ZB 52/11). Danach sollen die schuldrechtlichen Vereinbarungen über das Zustimmungserfordernis des Grundstückseigentümers zur Veräußerung des Erbbaurechts nicht zu einem geringeren Wert des Vorkaufsrechts führen. Es bleibt also im Regelfall beim Wertansatz nach § 20 Abs. 2 KostO. Eine Abweichung davon soll nur ausnahmsweise und nur dann in Betracht kommen, wenn der Eintritt des Vorkaufsfalles und die Ausübung des Vorkaufsrechts aufgrund von anderen gesicherten Umständen als äußerst unwahrscheinlich anzusehen ist (wie z. B. bei Gebäuden, deren Verwendung ausschließlich öffentlichen Zwecken gewidmet ist).

10. Wertermittlung eines Erbbaurechtes und eines mit einem Erbbaurecht belasteten Grundstücks – Rdnr. 538 ff.

Mit Wirkung zum 1.7.2010 ist auf der Grundlage des § 199 Abs. 1 BauGB die Immobilienwertermittlungsverordnung (ImmoWertV) in Kraft getreten. Die ImmoWertV soll zur gleichmäßigen Anwendung von erhobenen Daten, wie z. B. Bodenrichtwerten, führen. Ergänzt wird die ImmoWertV durch die WertR 2006. Im Hinblick auf diese geänderten Rahmenbedingungen mussten komplette Neuberechnungen für ein mit einem Erbbaurecht belastetes Grundstück erfolgen. Gleiches gilt für die Bewertung des Erbbaurechtes selbst, insbesondere zur Ermittlung des Bodenwertanteils am belasteten Grundstück. Der Streifzug enthält nicht nur Hinweise auf die geänderten Bewertungsgrundlagen, sondern auch Beispielsberechnungen samt Erläuterungen.

11. Gebührenermäßigung – Begriff des wirtschaftlichen Unternehmens – Rdnr. 647 ff.

§ 144 KostO regelt eine Gebührenermäßigung für die öffentliche Hand, die Kommunen und die Kirchen. Eine Ermäßigung ist jedoch ausgeschlossen, wenn die Angelegenheit deren wirtschaftliche Unternehmen betrifft. Die Definition des Begriffs „wirtschaftliche Unternehmen“ war in der Ver-

gangenheit weitgehend unklar. In der Neuauflage des Streifzugs befasst sich die Notarkasse erneut mit der Einordnung der wirtschaftlichen Unternehmen anhand aktueller Rechtsprechung.

12. Handelsregistergebührenverordnung HRegGebV – Hinweise in Rdnr. 774, Anhang I

Die HRegGebV wurde durch die zweite Verordnung zur Änderung der Handelsregistergebührenverordnung vom 29.11.2010 mit Wirkung zum 1.1.2011 neu gefasst. Die neuen aufwandsbezogenen Eintragungsgebühren beim Handelsregister sind in einem Gebührenverzeichnis enthalten. Die HRegGebV samt Gebührenverzeichnis wurde dem Streifzug als Anhang I beigelegt.

13. Registeranmeldungen – wirtschaftliche Neugründung einer GmbH – Rdnr. 834 ff.

Vorratsgesellschaften werden häufig nach Bedarf aktiviert, indem sie durch den Gründer in Form einer Geschäftsanteilsabtretung an einen Dritten übertragen werden, der daraufhin durch Änderung des Gesellschaftsvertrages, insbesondere durch einen neuen Gegenstand des Unternehmens sowie durch die Änderung der Firma, und die Bestellung eines neuen Geschäftsführers die Gesellschaft praktisch wirtschaftlich neu gründet. Alle damit zusammenhängenden kostenrechtlichen Fragen werden in Rdnr. 834 und 835 behandelt.

14. Kapitalerhöhungen mit Aufgeld – Rdnr. 948

Nicht selten verpflichtet sich der zur Übernahme eines neuen Geschäftsanteils zugelassene Gesellschafter bei der Kapitalerhöhung zur Einzahlung in die Kapitalrücklage gemäß § 272 Abs. 1 HGB. Ist die Verpflichtung zur Einzahlung Teil des Kapitalerhöhungsbeschlusses, zählt sie sowohl beim Beschluss als auch bei der Übernahmeerklärung mit. Im Regelfall wird es sich um ein sog. echtes Agio handeln, für das eine Zahlungspflicht gegenüber der Gesellschaft begründet wird (§ 272 Abs. 2 Nr. 1 HGB). In diesem Falle ist die Zuzahlungsverpflichtung sowohl beim Beschluss als auch bei der Übernahmeerklärung zu berücksichtigen. Zu unterscheiden ist hiervon die einer Kapitalerhöhung vorgeschaltete schuldrechtliche Verpflichtung des Übernehmers zur Einzahlung in die Kapitalrücklage gemäß § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB. Diese schuldrechtliche Verpflichtung entfaltet keine Rechtswirkungen gegenüber der Gesellschaft, sondern begründet nur Verpflichtungen unter den Gesellschaftern. Die Einzahlungsverpflichtung ist in diesem Fall Gegenstand der der Kapitalerhöhung vorausgehenden Gesellschaftervereinbarung. Wird diese Verpflichtung nicht zusätzlich in die Urkunde über den Kapitalerhöhungsbeschluss aufgenommen, ist sie weder beim Beschluss noch bei der Übernahmeerklärung zu berücksichtigen.

15. Privilegierte Änderungen des Musterprotokolls – Rdnr. 979 ff.

Wird die Änderung des Musterprotokolls beurkundet, muss der Text des Musterprotokolls (dieser ist auf den Gründungsvorgang zugeschnitten) dementsprechend angepasst werden, da andernfalls nach außen suggeriert würde, das Protokoll hätte bereits bei Gründung in der geänderten Weise bestanden. Die Literatur unterbreitet zu diesem Problem Vorschläge zur Umformulierung der entsprechenden Passagen des Musterprotokolls. Das Kostenprivileg des § 41d KostO soll dabei möglichst nicht verloren gehen. Unklar ist in der Praxis, wie weit der Anwendungsbereich der Privilegierungsvorschrift des § 41d KostO geht. Ausgehend davon, dass es sich

hierbei um eine Ausnahmvorschrift handelt, die als solche eng auszulegen ist, ist eine Satzungsänderung von der Ratio dieser Vorschrift nur gedeckt, wenn die Gesellschaft im Zeitpunkt der Beschlussfassung nach Maßgabe von § 2 Abs. 1 a Sätze 1 bis 3 GmbHG im vereinfachten Verfahren gegründet werden könnte. Der Privilegierung sind also Grenzen gesetzt, der Rahmen des gesetzlichen Musterprotokolls darf auch durch die Änderungen nicht überschritten werden. Nachdem das Musterprotokoll ersichtlich nur auf die Gründung zugeschnitten ist, sind Textanpassungen im Falle der Änderung einzelner Bestimmungen unvermeidlich. Nach Auffassung der Notarkasse bleibt das Kostenprivileg des § 41d KostO auch dann erhalten, wenn im Interesse erhöhter Rechtsklarheit eine Anpassung des Gesellschaftsvertrages auch hinsichtlich der nicht geänderten Bestimmungen durch Streichung aller auf die Neugründung verweisenden Formulierungen erfolgt (siehe auch *Wicke*, DNotZ 2012, Heft 1).

16. Geschäftsanteil an einer gemeinnützigen GmbH – Rdnr. 998

Die Notarkasse hat ihre bisherige Auffassung zur Bewertung eines Geschäftsanteils an einer gemeinnützigen GmbH im Hinblick auf die Entscheidung des OLG Jena (ZNotP 2010, 446 = MittBayNot 2011, 426 = NotBZ 2011, 50) geändert. Bei einer gemeinnützigen GmbH dürfen die Gesellschafter keine Gewinnanteile erhalten. Ohne diese Regelungen wäre eine Gemeinnützigkeit i. S. d. § 55 Abs. 1 Nr. 1 AO nicht gegeben. Durch die Bindung des Vermögens für gemeinnützige Zwecke ist eine Individualnützlichkeits der gemeinnützigen GmbH auf Dauer ausgeschlossen. Der Wert des Geschäftsanteils entspricht seinem Nominalbetrag. Wird jedoch ein darüber hinausgehender Kaufpreis vereinbart, ist dieser als Geschäftswert maßgebend (Austauschvertrag nach § 39 Abs. 2 KostO).

17. Gesellschafterliste und Wirksamkeitsbescheinigung – Rdnr. 1011 ff.

a) Gesellschafterliste

In Rechtsprechung und Schrifttum ist streitig, ob die vom Notar erstellte Gesellschafterliste kostenpflichtig nach § 147 Abs. 2 KostO ist oder ob ein gebührenfreies Nebengeschäft gemäß § 35 KostO zur Registeranmeldung vorliegt. Das OLG Frankfurt a.M. hat mit Beschluss vom 23.7.2010 (n. v.) entschieden, dass jedenfalls zur Gesetzeslage vor Inkrafttreten des MoMiG ein gebührenfreies Nebengeschäft vorliegen soll. Das Gericht hat die Rechtsbeschwerde zum BGH zugelassen, die Rechtsbeschwerde wurde vom Notar eingelegt. Das OLG Frankfurt a.M. hat jedoch angedeutet, dass sich die Rechtslage nach Inkrafttreten des MoMiG geändert haben könnte und nunmehr von einem gebührenpflichtigen Vorgang auszugehen sei. Die Streitfrage wird vermutlich durch die Entscheidung des BGH noch vor Inkrafttreten der neuen KostO (Nachfolgegesetz: Gerichts- und Notarkostengesetz – GNotKG, das zum 1.7.2013 in Kraft treten soll) entschieden werden.

18. Wirksamkeitsbescheinigung

Nach wie vor ist streitig, ob bei der vom Notar gemäß § 40 Abs. 2 GmbHG zu erteilenden Wirksamkeitsbescheinigung z. B. zur neuen Liste nach Abtretung eines Geschäftsanteils ein gebührenpflichtiger Vorgang nach § 50 Abs. 1 Nr. 1 KostO vorliegt oder ob die Wirksamkeitsbescheinigung gebührenfreies Nebengeschäft zur Geschäftsanteilsabtretung ist. Auch die neuere Rechtsprechung tendiert zur Gebührenfreiheit, während die Literatur durchweg von einer Gebührenpflicht

nach § 50 Abs. 1 Nr. 1 KostO ausgeht. Die Notarkasse schließt sich der Literaturmeinung an und hält nach wie vor den Ansatz einer Gebühr nach § 50 Abs. 1 Nr. 1 KostO für sachgerecht und vertretbar. Zur Bewertung der Wirksamkeitsbescheinigung enthält der Streifzug unter Rdnr. 1013 ff. ausführliche Hinweise.

19. Geschäftswert für Kommanditanteile – Rdnr. 1026 ff.

Bis zur Entscheidung des BGH (DNotZ 2010, 230 mit Anm. *Diehn* = MittBayNot 2010, 232 mit Anm. *Tiedtke/Hecht*) wurde sowohl durch die obergerichtliche Rechtsprechung als auch durch die Literatur der Standpunkt vertreten, dass sich der Geschäftswert für einen Kommanditanteil nach der Quote am Aktivvermögen der Gesellschaft bestimmt, welche der Beteiligung des Kommanditisten am Vermögen der Gesellschaft entspricht. Gemäß § 18 Abs. 3 KostO sei das Schuldenabzugsverbot zu berücksichtigen. Dem ist der BGH nicht gefolgt. Der BGH bewertet die Mitgliedschaft des Kommanditisten an der KG nicht als Vermögensbeteiligung, auf welcher anteilige Schulden lasten, vielmehr sei das Schuldenabzugsverbot nach § 18 Abs. 3 KostO nicht zu berücksichtigen.

Die Rechtsprechung des BGH bezog sich auf eine Kommanditbeteiligung. Die Literatur unterscheidet hiervon die Beteiligung eines persönlich haftenden Gesellschafters, weil sich die Gesellschaftsverbindlichkeiten über die Haftungsschnittstelle des § 128 HGB zumindest mittelbar an der Mitgliedschaft eines jeden persönlich haftenden Gesellschafters fortsetzt. Bei der Bewertung von Gesellschaftsbeteiligungen persönlich haftender Gesellschafter gilt damit nach Auffassung der Notarkasse nach wie vor das Schuldenabzugsverbot des § 18 Abs. 3 KostO.

20. Privilegierte Gründung einer GmbH oder UG (haftungsbeschränkt) und Geschäftsführerbestellung – Rdnr. 1068, 1097 ff.

Das OLG Celle (ZNotP 2010, 199 = NotBZ 2010, 148) hat die Auffassung der Notarkasse bestätigt, dass es sich bei der Geschäftsführerbestellung im Rahmen einer durch Musterprotokoll gegründeten Gesellschaft nicht um einen Beschluss handelt. Es liegt vielmehr ein unechter Satzungsbestandteil vor. Die Bestellung des Geschäftsführers löst damit keine über die Gründungskosten hinausgehenden Gebühren aus. Wird ein Geschäftsführer nach Eintragung der Gesellschaft abberufen oder neu bestellt, liegt allerdings kein privilegierter Beschluss einer Satzungsänderung vor, der Beschluss ist vielmehr nach den allgemeinen Vorschriften der KostO zu bewerten. Der Geschäftswert für den Beschluss beträgt daher gemäß § 41 c Abs. 1 i. V. m. § 41 a Abs. 4 Nr. 1 KostO mindestens 25.000 €.

21. Beteiligungsvertrag – Beitritt von Investoren – Rdnr. 1126 ff.

Vermehrt sind in der Praxis gesellschaftsrechtliche Vereinbarungen festzustellen, die den Beitritt von Investoren als Gesellschafter betreffen. Die Beteiligung wird in aller Regel über eine Kapitalerhöhung, bei welcher Investoren zur Übernahme eines Geschäftsanteils zugelassen werden, verwirklicht. Zusätzlich werden Aufgelder in Form einer Einzahlungsverpflichtung in die Kapitalrücklage gemäß § 272 Abs. 2 Nr. 1 oder Abs. 2 Nr. 4 HGB vereinbart. Im Vorfeld auf den Kapitalerhöhungsbeschluss werden fast immer in einer vorausgehenden Urkunde Gesellschaftervereinbarungen ge-

troffen, die alle mit dem Beitritt zusammenhängenden Vereinbarungen betreffen und verpflichtende Rechtswirkungen unter den Altgesellschaftern und den Investoren begründen.

Die Neuauflage des Streifzugs enthält einen Beispielsfall über eine solche Gesellschaftervereinbarung einschließlich der Vereinbarung von Optionsrechten (Vorerwerbsrechte, Mitverkaufsrechte, Vereinbarung von Mitverkaufspflichten usw.) und kostenrechtliche Hinweise zur Bewertung der auf die Gesellschaftervereinbarung folgenden Beurkundung der Kapitalerhöhung.

22. Umwandlungen – Rdnr. 1135 ff.

Die kostenrechtlichen Ausführungen zur Bewertung von Umwandlungsvorgängen (Verschmelzung, Spaltung, Vermögensübertragung und Formwechsel) wurden im Hinblick auf die Änderung des Umwandlungsgesetzes überarbeitet und angepasst. Insbesondere wurden die kostenrechtlichen Ausführungen bei der Mitwirkung des Notars bei Erstellung der Satzung des neuen Rechtsträgers konkretisiert (vgl. Rdnr. 1211 ff.).

23. Dienstbarkeiten für Anlagen zur alternativen Energiegewinnung (Windkraftanlage, Photovoltaikanlage) – Rdnr. 1301 ff.

In der Praxis häufen sich Beurkundungen, Entwurfsfertigungen und Unterschriftsbeglaubigungen im Hinblick auf die Bestellung von beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten für Windkraft- oder Photovoltaikanlagen. Welche Kosten für eine derartige Dienstbarkeitsbestellung anfallen, ist für jeden Einzelfall zu beurteilen nach Inhalt und Fallgestaltung. Nach ersten Hinweisen von *Tiedtke* (MittBayNot 2010, 444 ff.) sind nunmehr auch im Streifzug Hinweise zur Bewertung derartiger Dienstbarkeitsbestellungen enthalten. Um der Praxis die Umsetzung der Bewertungsfragen zu erleichtern, enthält die Neuauflage des Streifzuges einige Bewertungsbeispiele mit kostenrechtlichen Erläuterungen.

24. Grundstückswert – Rdnr. 1385 ff.

Das Kapitel Grundstückswert wurde überarbeitet. Berücksichtigt werden musste die zum 1.7.2010 in Kraft getretene ImmoWertV. Für den Begriff Verkehrswert wird nunmehr auch das Synonym „Marktwert“ verwendet. Was die Bewertung von Gebäuden angeht, ist die seit 1.10.2011 geltende neue Richtzahl von 15,5 eingearbeitet. Die neuen Richtzahlen sind dem Streifzug als Anhang II beigelegt.

25. Hinterlegung – Verwahrung – Rdnr. 1418 ff.

Bei Abwicklung z. B. einer Kaufpreiszahlung über ein Notaranderkonto fällt die Hebegebühr nach § 149 KostO an. Die Hebegebühr kompensiert weitgehend weitere Betreuungstätigkeiten, sodass neben der Hebegebühr eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO nur in Ausnahmefällen entstehen kann. Der BGH hat bereits im Jahre 2009 entschieden, dass für eine der Hinterlegung vorausgehende Fälligkeitsmitteilung keine zusätzliche Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO entstehen kann. Mit seinem Beschluss vom 29.9.2011 (V ZB 161/11) gilt dies auch für die Prüfung der Umschreibungsreife bezüglich der Auflassung. Auch diese Betreuungstätigkeit wird durch die Hebegebühr kompensiert. Der BGH stellt aber auch fest, dass dann Raum für eine Betreuungsgebühr nach § 147 Abs. 2 KostO neben der Hebegebühr besteht, wenn die Tätigkeit des Notars über die Prüfung des Kaufpreisingangs auf dem Anderkonto hinausgeht, der Vollzug der Auflassung mithin von weiteren Bedingungen abhängt, z. B. Mitteilung an den Notar über die Räumung des Vertrags-

gegenstandes. Die Notarkasse hat sich dieser Auffassung angeschlossen.

26. Kaufvertrag und Grundschuldübernahme mit Übernahme der Verbindlichkeiten – Schuldbetritt, Rdnr. 1511 ff.

Da nur noch in Ausnahmefällen im Rahmen der Abwicklung von Kaufverträgen echte Schuldübernahmevereinbarungen getroffen werden, wurde das gesamte Kapitel zu diesem Thema grundlegend überarbeitet. Die einzelnen Sachverhalte werden anhand von Beispielsfällen vertieft. Auch wurden unter Rdnr. 1519 kostenrechtliche Hinweise gegeben, wenn sich der Käufer gegenüber dem Verkäufer verpflichtet, diesen aus Verbindlichkeiten freizustellen entweder durch eine echte Schuldübernahme oder durch Vereinbarung eines neuen Darlehensvertrages mit Neuvaluierung des übernommenen Grundpfandrechts (Erklärungen über die Vereinbarung eines neuen Sicherungsvertrages mit dem Gläubiger). Die verschiedenen Fallgestaltungen werden durch Berechnungsbeispiele verdeutlicht.

27. Kostenbeschwerde – Übergangsvorschriften – Rdnr. 1661

Ob für ein Kostenbeschwerdeverfahren nach § 156 KostO noch das alte Recht gilt oder bereits das neue Rechtsmittelverfahren anwendbar ist, wird in Rechtsprechung und Literatur unterschiedlich beantwortet. Nach OLG München (ZNotP 2010, 79 = JurBüro 2009, 655) soll das alte Verfahren maßgeblich sein, wenn die Kosten vor dem 1.9.2009 fällig geworden sind, während andere Obergerichte (z. B. OLG Köln, FG Prax 2009, 286) auf den Zeitpunkt der Einleitung des Verfahrens abstellen. Die Notarkasse hat sich der Rechtsmeinung des OLG Köln angeschlossen, welche sich auch mit der Begründung des Gesetzgebers im Regierungsentwurf zu Art. 111 FGG-RG deckt. Auch danach ist der Zeitpunkt der Einleitung des Verfahrens maßgebend.

28. Kostenschuldner – Beschlussbeurkundungen – Rdnr. 1690

In Rechtsprechung und Literatur wird durchweg nahezu undifferenziert die Auffassung vertreten, dass bei Beschlussbeurkundungen ausschließlich die Gesellschaft als Kostenschuldner für die Kosten des Notars haftet. Die Gesellschafter würden keine Willenserklärungen abgeben, sondern nur als Beschlussorgan auftreten. Die Notarkasse hat in der Neuauflage diese Rechtsfrage erneut untersucht und kommt nunmehr zum Ergebnis, dass je nach Fallgestaltung auch die Gesellschafter als Kostenschuldner für Beschlussbeurkundungen in Frage kommen können, insbesondere dann, wenn die Niederschrift in der Form des § 36 BeurkG errichtet wird. Dies gilt insbesondere auch bei Gründungsvorgängen, für die die Notarkasse nunmehr zum Ergebnis kommt, dass die Gründer nicht nur für die Kosten der Beurkundung der Errichtung der Gesellschaft, sondern auch für alle weiteren Kosten (Beschluss über die Geschäftsführerbestellung, Registeranmeldung, Gesellschafterliste usw.) haften.

29. Umsatzsteueroption des Verkäufers – Rdnr. 1786

Die Notarkasse hat schon in der Voraufgabe die Auffassung vertreten, dass die vom Verkäufer im Grundstückskaufvertrag erklärte Umsatzsteueroption weder eine Hinzurechnung i. S. d. § 20 Abs. 1 KostO ist, noch es sich um eine zum Kaufvertrag gegenstandsverschiedene Erklärung handelt. Wegen Gegenstandsgleichheit der Option zum Kaufvertrag entsteht

keine weitere Gebühr (§ 44 Abs. 1 KostO). Die Auffassung der Notarkasse wurde vom BGH bestätigt (MittBayNot 2011, 423 = ZNotP 2011, 117 = DNotZ 2011, 651).

30. Land- und forstwirtschaftliche Betriebe – Rdnr. 1969 ff.

Neu in den Streifzug aufgenommen worden sind die nach dem Gesetz über die Alterssicherung der Landwirte i. V. m. den Merkblättern der landwirtschaftlichen Alterskassen geltenden Mindestgrößen nicht nur für die Land- und Forstwirtschaft, sondern auch für Sonderkulturen, wie z. B. Weinanbau, Gemüseanbau, Obstanbau, Hopfenanbau usw. Damit wird die Abgrenzung zu den nach § 19 Abs. 4 KostO privilegierten Betrieben erleichtert.

31. Vermittlung einer Auseinandersetzung – Rdnr. 2050 ff.

Neu in den Streifzug wurde das Kapitel Vermittlung einer Auseinandersetzung aufgenommen. Zunehmend werden Notare nicht nur nach Übertragung durch das Gericht bei der Vermittlung einer Auseinandersetzung tätig, sondern auch bei der Vermittlung auf Antrag der Beteiligten. Maßgebliche Kostenvorschriften sind für diese Vorgänge die §§ 116 und 148 KostO. Der Streifzug enthält nunmehr auch Hinweise zur Bewertung der Beurkundung und von sonstigen Tätigkeiten im Rahmen der Vermittlung einer Auseinandersetzung.

32. Vollmachten – Rdnr. 2135 ff.

Das Kapitel Vollmacht wurde gerade im Gesellschaftsbereich deutlich ausgeweitet. Im Streifzug enthalten sind nicht nur Ausführungen zur Bewertung einer Vollmacht zur Gründung einer Gesellschaft oder zu einer Stimmrechtsvollmacht, sondern nunmehr auch zu Handelsregistervollmachten allgemein, wie z. B. zur Vollmacht durch ein Vertretungsorgan, zur Kommanditistenvollmacht und zur Ermächtigung nach § 25 Abs. 3 GenG.

2. Bewertung von Gebäuden gem. § 19 KostO. Wertbestimmung anhand des Gebäudebrandversicherungswertes (Anschluss an MittBayNot 2010, 513). Neue Richtzahl ab 1.10.2011: 15,5

Prüfungsabteilung der Notarkasse A. d. ö. R., München

Das Bayerische Staatsministerium der Justiz und für Verbraucherschutz hat eine Neuberechnung der Richtzahlen zur Bewertung von Gebäuden nach dem Brandversicherungswert, die ab 1.10.2011 anzuwenden sind, erstellt.

Die Baukostenrichtzahl, die nach wie vor dem Euro-Umrechnungskurs angepasst ist, beträgt 15,5. Nicht auf Euro umgestellt sind wie bisher die Stammversicherungssummen 1914. Bei der Berechnung der Brandversicherungswerte ist daher die Versicherungssumme 1914 weiterhin in Mark mit der Baukostenrichtzahl zu vervielfältigen. Das Ergebnis ist bereits der Euro-Betrag, es hat keine Umrechnung auf Euro zu erfolgen (dies ist bereits durch die Umstellung der Richtzahl geschehen). Auf die Bewertungshinweise in MittBayNot 2006, 88; 2007, 80 und 2008, 80 und in Streifzug durch die KostO, 8. Aufl. 2010, Anhang II wird zur Vermeidung von fehlerhaften Wertbestimmungen hingewiesen.

33. Übernahme von Treuhandauflagen

Streitig ist nach wie vor, ob für die Übernahme von Treuhandaufgaben durch den Notar, z. B. im Rahmen der Lastenfreistellung bei einem Kaufvertrag, ggf. neben der Vollzugsgebühr eine Betreuungsgebühr nach § 147 Abs. 2 KostO entsteht oder ob diese Überwachungstätigkeit mit der Vollzugsgebühr abgegolten wird. Die Rechtsprechung hierzu ist uneinheitlich, die neuere Rechtsprechung lehnt eine zusätzliche Betreuungsgebühr ab. Seit der Entscheidung des OLG Frankfurt a. M. (notar 2011, 373 m. Anm. *Wudy*) ist diese Rechtsfrage wieder offen. Das Gericht vertritt zwar nach wie vor die Auffassung, dass die Treuhandaufgabe durch die Vollzugsgebühr kompensiert wird, hat aber zur Klärung durch den BGH die Rechtsbeschwerde zugelassen. Die Rechtsbeschwerde wurde von dem beteiligten Notar eingelegt. Das Verfahren ist beim BGH unter V ZB 210/11 anhängig. Die Notarkasse folgt weiterhin der Auffassung, wonach auch neben der Vollzugsgebühr nach § 146 Abs. 1 KostO für die Übernahme von Treuhandaufgaben eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO anfällt. Wird die Lastenfreistellungserklärung durch Entwurf angefordert, entsteht neben der Entwurfsgebühr eine Betreuungsgebühr nach § 147 Abs. 2 KostO. Die Frage der Kompensation mit der Vollzugsgebühr stellt sich dann mangels Entstehen einer Gebühr nach § 146 Abs. 1 KostO nicht.

34. Zentrales Testamentsregister – Rdnr. 2325 ff.

Bei der Bundesnotarkammer wurde zum 1.1.2012 das Zentrale Testamentsregister eingeführt. Für Registrierungen werden Gebühren erhoben. Auf der Grundlage von § 78 e Abs. 4 Satz 1, Abs. 1 Satz 1 und 2 Nr. 2 und 3 BNotO hat die Vertreterversammlung der Bundesnotarkammer eine Gebührensatzung beschlossen. Diese Gebührensatzung ist im Streifzug enthalten samt Erläuterungen zu den gebührenpflichtigen Vorgängen und zu Abgrenzungsfragen, zur Höhe und zum Kostenschuldner, zur Fälligkeit und zur Gebührenentgegennahme durch Notare und Gerichte sowie Konsulate.

Prüfungsabteilung der Notarkasse A.d.ö.R., München

Nach der Rechtsprechung des BayObLG (BayObLGZ 1976, 89 = Rpfleger 1976, 375; Rpfleger 1987, 161; JurBüro 1984, 904; JurBüro 1985, 434; DNotZ 1988, 451; BayObLGZ 1993, 173) stellt insbesondere die Verwendung der Bodenrichtwerte nach § 196 BauGB (für Grund und Boden – regelmäßiger Abschlag darauf 25 %) und der Brandversicherungswerte (für das Gebäude) eine brauchbare und mit dem Gesetz zu vereinbarende Art der Wertermittlung bei bebauten Grundstücken dar.

Im Hinblick auf etwa vorzunehmende Abschlüsse im Einzelfall wird auf *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 18. Auflage 2010, § 19 Rdnr. 58 a verwiesen. Auch wenn Brandversicherungen überwiegend durch Selbstveranlagung (nicht Schätzung durch den Versicherer) erfolgen, wird man im Regelfall von einer sachgerechten Wertermittlung ausgehen können (*Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, a. a. O., § 19 Rdnr. 58a am Ende).

Damit eine möglichst einheitliche Bewertung von Grundbesitz durch die Gerichte und Notare erreicht wird, werden die Notare im Tätigkeitsbereich der Notarkasse gebeten, künftig nach der neuen Tabelle zur Berechnung des Gebäudebrandversicherungswertes zu verfahren.

2011

Stand: 1.10.2011

Tabelle
zur Berechnung des Verkehrswertes von Gebäuden
nach dem Brandversicherungswert

Materialien:

- Beschluss des BayObLG vom 9.4.1976, 3 Z 54/74 (BayObLGZ 1976, 89 = Rpfleger 1976, 375 = JurBüro 1976, 1236 = DNotZ 1977, 434 = JMBI 1976, 199)
- Wertermittlungsrichtlinien 2006 (WertR 2006)
- JMS vom 24.10.2005, Gz. 5604-VI-4032/04
- Richtzahl der Bayer. Landesbrandversicherung AG ab 1.10.2011 für Gebäude 15,5

Anleitung

Der nach der Art des Gebäudes und dessen Alter (in vollen Jahren) gefundene Vervielfältiger ist auf die „Versicherungssumme 1914“ anzuwenden. Im Vervielfältiger ist die technische (altersbedingte) Wertminderung der jeweiligen Gebäudeart (Anlage 8a WertR 2006 – nur für Eigentumswohnungen – bzw. Anlage 8 WertR 2006) und der vom BayObLG für erforderlich gehaltene generelle Abschlag von 20 % bereits eingearbeitet.

Das Ergebnis ist der Verkehrswert des jeweiligen Gebäudes nach dem Brandversicherungswert. Vgl. im Übrigen JMS vom 24.10.2005, Gz. 5604-VI-4032/04.

Der Restwert von 30 % darf weder aus technischen noch aus wirtschaftlichen Wertminderungsgesichtspunkten unterschritten werden, wenn für das Gebäude noch eine Nutzung möglich ist.

Gebäudeart	Einfamilienhäuser, Reihenhäuser	Eigentumswohnungen	Gemischt genutzte Wohn- und Geschäftshäuser, Verwaltungs- und Bürogebäude, Mietwohngebäude ab 4 Wohnungen, Fertighäuser, Veranstaltungsbauwerke, Schulen, Hotels, Einkaufsmärkte	Industriegebäude, Werkstätten, Lagergebäude, Scheunen ohne Stallteil, Kauf- und Warenhäuser, Garagen in Massivbauweise	Landwirtschaftliche Wirtschaftsgebäude, Reithallen, Ställe, Fertiggaragen
Lebensdauer	100 Jahre	100 Jahre	80 Jahre	50 Jahre	30 Jahre
Gebäudealter in Jahren					
1	12,276	12,276	12,276	12,152	12,028
2	12,152	12,276	12,028	11,904	11,532
3	12,028	12,152	11,904	11,656	11,160
4	11,904	12,152	11,780	11,408	10,788
5	11,780	12,028	11,656	11,160	10,292
6	11,656	12,028	11,408	10,912	9,920
7	11,532	11,904	11,284	10,664	9,548
8	11,408	11,904	11,160	10,416	9,052
9	11,284	11,780	11,036	10,168	8,680
10	11,160	11,656	10,788	9,920	8,308

Gebäudeart	Einfamilienhäuser, Reihenhäuser	Eigentums- wohnungen	Gemischt genutzte Wohn- und Geschäfts- häuser, Verwaltungs- und Bürogebäude, Mietwohngebäude ab 4 Wohnungen, Fertighäuser, Veran- staltungsgebäude, Schulen, Hotels, Einkaufsmärkte	Industriegebäude, Werkstätten, Lagergebäude, Scheunen ohne Stallteil, Kauf- und Warenhäuser, Garagen in Massivbauweise	Landwirtschaftliche Wirtschaftsgebäude, Reithallen, Ställe, Fertigaragen
Lebensdauer	100 Jahre	100 Jahre	80 Jahre	50 Jahre	30 Jahre
Gebäudealter in Jahren					
11	11,036	11,656	10,664	9,672	7,812
12	10,912	11,532	10,540	9,424	7,440
13	10,788	11,532	10,416	9,176	7,068
14	10,664	11,408	10,168	8,928	6,572
15	10,540	11,284	10,044	8,680	6,200
16	10,416	11,284	9,920	8,432	5,828
17	10,292	11,160	9,796	8,184	5,332
18	10,168	11,036	9,548	7,936	4,960
19	10,044	11,036	9,424	7,688	4,588
20	9,920	10,912	9,300	7,440	4,092
21	9,796	10,788	9,176	7,192	3,720
22	9,672	10,788	8,928	6,944	und darüber (Restwert = 30%)
23	9,548	10,664	8,804	6,696	
24	9,424	10,540	8,680	6,448	
25	9,300	10,416	8,556	6,200	
26	9,176	10,416	8,308	5,952	
27	9,052	10,292	8,184	5,704	
28	8,928	10,168	8,060	5,456	
29	8,804	10,044	7,936	5,208	
30	8,680	9,920	7,688	4,960	
31	8,556	9,920	7,564	4,712	
32	8,432	9,796	7,440	4,464	
33	8,308	9,672	7,316	4,216	
34	8,184	9,548	7,068	3,968	
35	8,060	9,424	6,944	3,720	
36	7,936	9,424	6,820	und darüber (Restwert = 30%)	
37	7,812	9,300	6,696		
38	7,688	9,176	6,448		
39	7,564	9,052	6,324		
40	7,440	8,928	6,200		

Gebäudeart	Einfamilienhäuser, Reihenhäuser	Eigentums- wohnungen	Gemischt genutzte Wohn- und Geschäfts- häuser, Verwaltungs- und Bürogebäude, Mietwohngebäude ab 4 Wohnungen, Fertighäuser, Veran- staltungsgebäude, Schulen, Hotels, Einkaufsmärkte	Industriegebäude, Werkstätten, Lagergebäude, Scheunen ohne Stallteil, Kauf- und Warenhäuser, Garagen in Massivbauweise	Landwirtschaftliche Wirtschaftsgebäude, Reithallen, Ställe, Fertigaragen
Lebensdauer	100 Jahre	100 Jahre	80 Jahre	50 Jahre	30 Jahre
Gebäudealter in Jahren					
41	7,316	8,804	6,076		
42	7,192	8,680	5,828		
43	7,068	8,556	5,704		
44	6,944	8,432	5,580		
45	6,820	8,308	5,456		
46	6,696	8,184	5,208		
47	6,572	8,060	5,084		
48	6,448	7,936	4,960		
49	6,324	7,812	4,836		
50	6,200	7,688	4,588		
51	6,076	7,564	4,464		
52	5,952	7,440	4,340		
53	5,828	7,316	4,216		
54	5,704	7,192	3,968		
55	5,580	7,068	3,844		
56	5,456	6,944	3,720		
57	5,332	6,820	und darüber (Restwert = 30%)		
58	5,208	6,696			
59	5,084	6,572			
60	4,960	6,448			
61	4,836	6,324			
62	4,712	6,200			
63	4,588	6,076			
64	4,464	5,952			
65	4,340	5,704			
66	4,216	5,580			
67	4,092	5,456			
68	3,968	5,332			
69	3,844	5,208			
70	3,720	4,960			

Gebäudeart	Einfamilienhäuser, Reihenhäuser	Eigentums- wohnungen	Gemischt genutzte Wohn- und Geschäfts- häuser, Verwaltungs- und Bürogebäude, Mietwohngebäude ab 4 Wohnungen, Fertighäuser, Veran- staltungsgebäude, Schulen, Hotels, Einkaufsmärkte	Industriegebäude, Werkstätten, Lagergebäude, Scheunen ohne Stallteil, Kauf- und Warenhäuser, Garagen in Massivbauweise	Landwirtschaftliche Wirtschaftsgebäude, Reithallen, Ställe, Fertigaragen
Lebensdauer	100 Jahre	100 Jahre	80 Jahre	50 Jahre	30 Jahre
Gebäudealter in Jahren					
71	und darüber (Restwert = 30%)	4,836			
72		4,712			
73		4,588			
74		4,464			
75		4,216			
76		4,092			
77		3,968			
78		3,844			
79		und darüber (Restwert = 30%)			
80					

STANDESNAHRICHTEN

Personaländerungen

1. Verstorben:

Notar a. D. Dr. Emil Beck, München,
verstorben am 16.10.2011

Notar a. D. Volkmar Diez, Aichach,
verstorben am 30.10.2011

Notar a. D. Wolfgang Lehnert, Trostberg,
verstorben am 13.11.2011

Notariatsrat i. N. Günter Wegmann, Neu-Ulm,
verstorben am 13.11.2011

2. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung vom 1.12.2011:

Gunzenhausen (in Sozietät mit Notarin Dr. Stiebitz)	dem Notarassessor Dr. Christian Vedder (bisher in München Notarstellen Dr. Götte/Lautner)
---	--

Rotthalmünster (in Sozietät mit Notar Meier-Kraut)	dem Notarassessor Achim Färber (bisher in München Notarstelle Prof. Dr. Mayer)
--	---

Mit Wirkung vom 1.2.2012:

Bad Aibling (in Sozietät mit Notar Dr. Kleeberger)	dem Notar Dr. Jürgen Schlögel (bisher in Vilshofen)
--	---

3. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung vom 1.1.2012:

Dr. Benjamin Hamberger, Bischofsheim a. d. Rhön
(Notarstelle Koch)

Josef Hölzlein, Neu-Ulm (Notarstellen
Dr. Winkler/Stelzer)

Mit Wirkung vom 15.1.2012:

Jan Mohr, Kaiserslautern (Notarstellen Jacob/Dietrich)

Mit Wirkung vom 1.2.2012:

Georg Seitz, Füssen (Notarstellen Dr. Malzer/
Dr. Wälzholz)

4. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Notarassessor Christoph Röhl, Nürnberg, wurde mit
Wirkung vom 19.9.2011 promoviert

Notarassessor Alexander Lutz, München (Notarstellen
Kirchner/Thiede im Umfang von 60 % Arbeitszeit), ab
1.12.2011 in München (Landesnotarkammer Bayern und
Notarkasse A.d.ö.R.)

Notarassessor Martin Soutier, München (Notarkasse
A.d.ö.R.), ab 1.12.2011 in München (Notarstellen Kirchner/
Thiede)

Notarassessor Dr. Torsten Jäger, Kaiserslautern (Notar-
stellen Jacob/Dietrich), ab 1.2.2012 in Landstuhl (Dr.
Stuppi)

Die Notarstelle in Arnstein (bisheriger Inhaber: Notar
Gregor Stein) wird mit Wirkung zum 1.1.2012 aufge-
hoben. Der Amtssitz der Notars Gregor Stein wird mit
Wirkung zum 1.1.2012 nach Werneck verlegt. Notar
Gregor Stein verwahrt die Urkunden und Akten der
Notarstelle Arnstein.

Der Amtsbereich der Notarstelle in Werneck umfasst ab
dem 1.1.2012 die Amtsbereiche der bisherigen Notar-
stellen Arnstein und Werneck mit Ausnahme der nach-
folgend genannten Gemeinden. Die Gemeindeteile
Hundsbach und Obersfeld der Gemeinde Eußenheim
werden dem Amtsbereich der Notarstelle in Karlstadt,
die Gemeindeteile Dipbach und Opferbaum der Ge-
meinde Bergtheim dem Amtsbereich der Notarstellen
in Würzburg und der Gemeindeteil Sömersdorf der
Gemeinde Euerbach dem Amtsbereich der Notarstellen
in Schweinfurt zugeordnet.

Notar Gregor Stein unterhält ab dem 1.1.2012 eine stän-
dige Geschäftsstelle in Arnstein.

Amtsärztin i. N. Irmgard Hasselbacher, Wassertrüdingen
(Notarstelle Dr. Stiebitz), ab 1.9.2011 in Gunzenhausen
(Notarstellen Dr. Stiebitz/Dr. Vedder)

Oberinspektor i. N. Thorsten Roth, Roth (Notarstellen
Dr. Weidlich/Dr. Keller), ab 1.9.2011 in Gunzenhausen
(Notarstellen Dr. Stiebitz/Dr. Vedder)

Oberinspektorin i. N. Sigrid Eisl, München (Notarstellen
Dr. Walz/Dr. Vollrath), ab 1.12.2011 in München (Notar-
stellen Thallinger/Dr. Steiner)

Amtsrat i. N. Rainer Queste, München (Notarstellen Dr.
Wenner/Dr. Riemenschneider), ab 1.1.2012 in München
(Notarstellen Rumpf/Dr. Westermeier)

5. Ausgeschiedene Angestellte:

Oberamtsrat i. N. Karl Baumgartner, Regensburg (Notar-
stelle Ritz-Mürtz), ab 1.1.2012 im Ruhestand

Amtsärztin i. N. Bärbel Eberwein, Coburg (Notarstellen
Dr. Heisel/Dr. Heisel), ab 1.1.2012 im Ruhestand

6. Höhergruppierungen:

Mit Wirkung vom 1.1.2012:

Zum Notariatsrat i. N. (Entgeltgruppe 13):

Werner Heinz, Ansbach (Notarstelle Appel)

Wolfgang Müller, Dachau (Notarstellen Dr. Mayr/
Dr. Odersky)

Zum Oberamtsrat i. N. (Entgeltgruppe 12):

Rudolf Eyerer, Fürth (Notarstelle Stoll)

Alois Megele, Ansbach (Notarstellen Dr. Anderle/
Dr. Dietrich)

Rudolf Pohl, Kronach (Notarstelle Dr. Thum)

Herbert Winzinger, Nürnberg (Notarstellen Dr. El-Gayar/
Dr. Schrenk)

Zum Amtsrat i. N. (Entgeltgruppe 11):

Reiner Drumm, Zweibrücken (Notarstellen Vogel/
Dr. Schmitz)

Rainer Haußmann, Nürnberg (Notarstellen Dr. Adrian/
Dr. Wahl)

Thomas Heilmeyer, Weilheim (Notarstelle Hertel)

Herbert Maier, Lauf a. d. Pegnitz (Notarstelle Dr. Waldner)

Heinz Spannmacher, Deggendorf (Notarstellen Dr. Kurz/
Ruhwinkel)

Erwin Wenisch, München (Notarstellen Predel/Dr. Görk)
Zum Amtmann i. N./zur Amtfrau i. N. (Entgeltgruppe 10):

Martin Großhauser, Hilpoltstein (Notarstelle Dr.
Twehues)

Martin Kremhöller, Osterhofen (Notarstelle Dr. Kappler)

Susanne Moltke, Bad Reichenhall (Notarstelle Büschel)

Thorsten Müller, Hof (Notarstelle Meyer)

Matthias Ostertag, München (Notarstellen Rüth/
Dr. Döbereiner)

Ronald Osthus, Uffenheim (Notarstelle Rebhan)

Petra Wettstein, Rockenhausen (Notarstellen Dr. Schmidt/
Schneider)

*Zum Oberinspektor i. N./zur Oberinspektorin i. N.
(Entgeltgruppe 9, Erfahrungsstufe 4):*

Karin Maria Breitreiner, Ebersberg (Notarstellen Hil-
scher/Frauhammer)

Maria Therese Dichtl, München (Notarstellen Predel/
Dr. Görk)

Michael Dillinger, Mallersdorf-Pfaffenberg (Notarstelle
Matheis)

Eva-Maria Ferstl, Schongau (Notarstellen Ferstl/Ruhland)

Carolin Angelika Oppel, Bad Staffelstein (Notarstelle
Richter)

Doreen Rumpel, Bamberg (Notarstelle Dr. Wirth)

Christian Sander, Günzburg (Notarstellen Wachter/
Dr. Braun)

Benjamin Skirka, Weißenhorn (Notarstelle Dr. Ziegler)

Jessica Stübe, Neu-Ulm (Notarstellen Dr. Munzig/
Dr. Feierlein)

Katrin Tempelmeier, Hilpoltstein (Notarstelle Dr.
Twehues)

Silke Tremel, Regensburg (Notarstelle Dr. Huber)

Stephan Wimmer, Wasserburg (Notarstellen Dr. Bartsch/
Martin)

Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Haag i. OB, Notarstelle Dr. Barth
Hauptstraße 36, 83527 Haag i. OB

Kronach, Notarstelle Dr. Thum
E-Mail: info@notare-kronach.de

Fürstenfeldbruck, Notarstellen Dr. Buchta/Dr. Jung
E-Mail: mail@notare-bju.de
Homepage: www.notare-bju.de

Gunzenhausen, Notarstellen Dr. Stiebitz/Dr. Vedder
Hauptstraße 17, 91710 Gunzenhausen

SONSTIGES

Wissenschaftliches Symposium

„Gemeinsames Europäisches Kaufrecht in der EU?“

Am Freitag, den 20.1.2012, im Tagungszentrum des Juliusspitals Würzburg
Zugang: Klinikstraße 1 bzw. Juliuspromenade 19; Garagenzufahrt: zwischen Koellikerstraße 2a – 4

09.00 Uhr	Kaffee und Gebäck	Nachmittagsblock
09.20 Uhr	Begrüßung Prof. Dr. <i>Oliver Remien</i> , Universität Würzburg, Tagungsleiter	14.30 Uhr Vertragsbegriff und Vertragsabschluss, einschließlich AGB-Problemen Prof. Dr. <i>Wolfgang Ernst</i> , LL. M., Universität Zürich
09.30 Uhr	Einführung Prof. Dr. <i>Dirk Staudenmayer</i> , Europäische Kommission, Generaldirektion Justiz (angefragt)	14.50 Uhr Informationspflichten des Unternehmers und Widerrufsrechte des Verbrauchers Prof. Dr. <i>Dirk Looschelders</i> , Universität Düsseldorf
	Vormittagsblock	15.10 Uhr Diskussion
09.40 Uhr	An assessment of the proposed Regulation on a Common European Sales Law Prof. Dr. Dr. h. c. mult. <i>Ole Lando</i> , Copenhagen Business School	15.40 Uhr Kaffeepause
10.10 Uhr	Der räumlich-persönliche Anwendungs- bereich des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts Prof. Dr. <i>Stefan Leible</i> , Universität Bayreuth	16.10 Uhr Der Verordnungsentwurf und die Problematik seiner Lücken Prof. Dr. <i>Beate Gsell</i> , LL. M., Universität Augsburg
10.30 Uhr	Anwendungsbereich: Vertragsparteien und Vertragsgegenstand Prof. Dr. <i>Thomas Pfeiffer</i> , LL. M., Universität Heidelberg	16.30 Uhr Leistungsstörungenrecht Prof. Dr. <i>Florian Faust</i> , LL. M., Bucerius Law School, Hamburg
10.50 Uhr	Diskussion	16.50 Uhr Schadensersatz und Rückabwicklung Prof. Dr. <i>Christiane Wendehorst</i> , LL. M., Universität Wien
11.20 Uhr	Kaffeepause	17.10 Uhr Diskussion
11.45 Uhr	Das Gemeinsame Europäische Kaufrecht – eine sinnvolle Option für B2B-Geschäfte? Prof. Dr. <i>Thomas Ackermann</i> , LL. M., LMU München	17.45 Uhr Schlusswort – Ende gegen 18.00 Uhr
12.05 Uhr	EU-Kompetenz, Funktionsbedingungen und Perspektiven Prof. Dr. <i>Hans Christoph Grigoleit</i> , LL. M., LMU München	Tagungsbeitrag (inklusive Verköstigung und Tagungsband):
12.25 Uhr	Diskussion	– 80 € für Nichtmitglieder
13.00 Uhr	Mittagessen	– 40 € für Mitglieder der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. (NotRV)
		– frei für Notare a. D. und Notarassessoren, die NotRV-Mitglied sind
		– frei für Universitätsangehörige
		Anmeldungen bitte an Europaeisches_Kaufrecht@DNotI.de bzw. Institut für Notarrecht Würzburg, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg, Tel. 0931/355760, Fax 0931/35576225, Internet: www.notrv.de

Schriftleitung: Notarassessorin Dr. Bernadette Bord
Notarassessorin Eliane Schuller

Ottostraße 10, 80333 München
ISSN 0941-4193

Die Mitteilungen erscheinen jährlich mit 6 Heften und können nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern,
Ottostraße 10, 80333 München, Telefon 089 551660, Fax 089 55166234, info@mittbaynot.de, bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 53,00 € zuzüglich 6,00 € Versandkosten und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt.
Einzelheft 13,00 € einschließlich Versandkosten.

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an:
Mediengruppe Universal, Kirschstraße 16, 80999 München, Telefon 089 5482170, Fax 089 555551.
Bestellen Sie Einbanddecken gerne auch im Internet unter www.universalmedien.de/Notarkammer.

SONSTIGES

12. Wissenschaftliches Symposium des Instituts für Notarrecht an der Universität Würzburg

**„Notarielle Gestaltung bei geänderten Familienstrukturen
– demographischer Wandel, faktische Lebensgemeinschaften und Patchworkfamilien“**

Am Freitag, den 4.5.2012, in der Neubaukirche der Julius-Maximilians-Universität, Domerschulstraße 16, 97070 Würzburg

09.00 Uhr	Kaffee und kalte Getränke	Tagungsleitung: Prof. Dr. Dr. <i>Herbert Grziwotz</i>
09.30 Uhr	Begrüßung Prof. Dr. Dr. <i>Herbert Grziwotz</i> , Notar, Regen Vorstandsmitglied des INotR Würzburg	ca. 17.00 Uhr Ende – anschließend Mitgliederversammlung der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung – Organisatorische Hinweise:
09.45 Uhr	Biologische, soziale und rechtliche Elternschaft – Herausforderungen durch neue Familienformen und Reproduktionsmedizin Prof. Dr. <i>Nina Dethloff</i> , LL. M., Universität Bonn, Institut für Deutsches, Europäisches und Internationales Familienrecht anschließend Diskussion	Die Veranstaltung richtet sich an alle vertragsgestaltend und forensisch tätigen Praktiker und einschlägig interessierten Wissenschaftler, also nicht nur an Notare bzw. Mitglieder der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. Sämtliche Teilnehmer erhalten nach dem Symposium eine Teilnahme- bescheinigung sowie einen Tagungsband per Post.
10.45 Uhr	Kaffee und Gebäck	Tagungsbeitrag (inklusive Verköstigung, Teilnahmebeschei- nigung und Tagungsband):
11.15 Uhr	Vorsorgevollmacht und Patienten- verfügung Dr. <i>Andreas Albrecht</i> , Notar, Regensburg anschließend Diskussion	– 130 € für Mitglieder der Deutschen Notarrechtli- chen Vereinigung e. V. (NotRV) – 185 € für Nichtmitglieder – 65 € für Notare a. D., Notarassessoren und Rechtsanwälte mit höchstens dreijähriger Zulassung
12.15 Uhr	Testamentsgestaltung bei der Patchworkfamilie Prof. Dr. <i>Christopher Keim</i> , Notar, Bingen anschließend Diskussion	– frei für Notare a. D. und Notarassessoren, die Mitglied der NotRV sind (bitte bei Anmeldung angeben)
13.15 Uhr	Mittagessen im historischen Innenhof der Alten Universität (im Tagungsbeitrag inbegriffen)	Der Tagungsbeitrag ist vor Beginn der Tagung und nach Erhalt der Rechnung auf das Konto der Deutschen Notar- rechtlichen Vereinigung e. V. mit Verwendungszweck: „Symposium Mai 2012“ bei der Bayerischen HypoVereins- bank AG Würzburg, BLZ 79020076, Konto-Nr. 6671594, zu überweisen. Rückerstattung des Tagungsbeitrages bei Nichtteilnahme erfolgt nur bei Abmeldung bis 7 Tage vor der Veranstaltung.
14.45 Uhr	Vermögensauseinandersetzung bei faktischen Lebensgemeinschaften Prof. Dr. <i>Martin Löhnig</i> , Universität Regensburg, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht sowie Deutsche und Europäische Rechtsgeschichte anschließend Diskussion	Anmeldungen richten Sie bitte an:
15.45 Uhr	Betreutes Wohnen und Wohnungs- eigentum Dr. <i>Manfred Rapp</i> , Notar, Landsberg anschließend Diskussion	Institut für Notarrecht an der Universität Würzburg, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg, Tel. 0931/355760, Fax: 0931/35576225, E-mail: notrv@dnoti.de

Veranstaltungen des DAI

1. 8. Vorbereitungslehrgang auf die notarielle Fachprüfung
Teil 3 – Familienrecht einschließlich des Verfahrensrechts in Betreuungs- und Unterbringungssachen, Notarielles Kostenrecht, Grundzüge des Grunderwerbsteuerrechts und des Erbschaft- und Schenkungsteuerrechts (Diehn, Fumi, Reetz, Tiedtke)
16.–21.1.2012 in Bochum
Teil 4 – Recht der Personengesellschaften nebst Handelsregisteranmeldung und Handelsrecht, Recht der Kapitalgesellschaften und Umwandlungsrecht nebst Handelsregisteranmeldung, Stiftungsrecht und Grundzügen des Internationalen Privatrechts der Gesellschaften, Handelsregisteranmeldung, Grundzüge des Insolvenzrechts, Grundzüge des Haftungsrechts, Grundzüge des Internationalen Privatrechts (Leitzen, Reul, Wandel, Weiler)
13.–18.2.2012 in Bochum
 2. 9. 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)
23.–28.1.2012 in Berlin
Teil 4 – Recht der Personengesellschaften nebst Handelsregisteranmeldung und Handelsrecht, Recht der Kapitalgesellschaften und Umwandlungsrecht nebst Handelsregisteranmeldung, Stiftungsrecht und Grundzügen des Internationalen Privatrechts der Gesellschaften, Handelsregisteranmeldung, Wohnungseigentumsrecht, Grundzüge des Grunderwerbsteuerrechts und des Erbschaft- und Schenkungsteuerrechts (Fumi, Hügel, Leitzen, Weiler)
20.–25.2.2012 in Berlin
 3. Aktuelles zum Recht der Hauptversammlung (N. N., Reul)
27.1.2012 in Heusenstamm
 4. Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung im Immobilienrecht 2011/2012 (Frenz, Albrecht, Hertel, Kessler)
3.2.2012 in Heusenstamm
11.2.2012 in Berlin
 5. Einführung in die Praxis des Notarberufs (van Kell, Tondorf)
24.–25.2.2012 in Bochum
 6. Notarielle Nachlassregelungen in der Praxis (Wegerhoff)
29.2.2012 in Berlin
 7. Haftungsfallen im Gesellschaftsrecht (Heckschen, Heidinger)
3.3.2012 in Berlin
- Soweit nicht anders vermerkt, handelt es sich um Veranstaltungen des Fachinstituts für Notare.** Anfragen sind ausschließlich zu richten an das Deutsche Anwaltsinstitut e.V., Fachinstitut für Notare, Postfach 25 02 54, 44740 Bochum, Telefon 0234 970640, Fax 0234 703507, E-Mail: notare@anwaltsinstitut.de

Neuerscheinungen

1. Andres/Leithaus: InsO. 2. Aufl., Beck, 2011. 1 127 S., 84 €
2. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann: ZPO. 70. Aufl., Beck, 2012. 3 184 S., 154 €
3. Eickmann/Böttcher: Grundbuchverfahrensrecht. 4. Aufl., Giesecking, 2011. 336 S., 49 €
4. Haarmeyer/Wutzke/Förster/Hintzen: Zwangsverwaltung. 5. Aufl., Beck, 2011. 568 S., 79 €
5. Haug/Zimmermann: Die Amtshaftung des Notars. 3. Aufl., Beck, 2011. 406 S., 98 €
6. Kopp/Ramsauer: VwVfG. 12. Aufl., Beck, 2011. 1 738 S., 59 €
7. Lütkes/Ewer: BNatSchG. Beck, 2011. 651 S., 88 €
8. Notarkasse A.d.ö.R.: Streifzug durch die Kostenordnung. 9. Aufl., Beck, 2012. 765 S., 22,90 €
9. Pause: Bauträgerkauf und Baumodelle. 5. Aufl., Beck, 2011. 600 S., 78 €
10. Schmidt: EStG. 30. Aufl., Beck, 2011. 2 588 S., 95 €
11. Stöber/Otto: Handbuch zum Vereinsrecht. 10. Aufl., Otto Schmidt, 2011. 850 S., 79,80 €
12. Waldner: Immobilienkaufverträge. 2. Aufl., Beck, 2011. 242 S., 45 €
13. Wendl/Dose: Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis. 8. Aufl., Beck, 2011. 2 413 S., 139 € + CD-ROM

Landesnotarkammer Bayern, Ottostr. 10, 80333 München
PVSt, Deutsche Post AG • Entgelt bezahlt • B 13022 F

Bestellschein für den Streifzug durch die Kostenordnung

Ich bestelle

_____ Exemplare des Streifzuges durch die Kostenordnung (9. Auflage 2012)
zum Preis von je 22,90 € zuzüglich Versandkosten und USt.

Datum, Unterschrift

Bestellungen sind auch per E-Mail (streifzug@notarkasse.de) oder Fax (089 55089579) möglich.

Bestellschein für ein Abonnement der **MittBayNot**

Ich bestelle die **MittBayNot** in jährlich sechs Heften zum Preis von 53 € pro Jahr zuzüglich 6 € Versandkosten. Der Bezug beginnt **rückwirkend** zum Beginn des heute laufenden Jahres, sodass die in diesem Jahr bereits erschienenen Hefte nachgeliefert werden.

Der Bezugspreis einschließlich Versandkosten wird in einem Betrag am 1. Juli jedes Jahres in Rechnung gestellt. Das Abonnement ist kündbar bis spätestens 15. November (Zugang schriftlich oder per Telefax bei der Schriftleitung) zum Ende eines jeden Kalenderjahres.

Datum, Unterschrift

80333 München

Notarkasse A. d. ö. R.
Ottostraße 10/III

Absender:

80333 München

Landesnotarkammer Bayern
Schriftleitung der **MittBayNot**
Ottostraße 10/III

Absender:

