

## Bestellschein für den Streifzug durch das GNotKG

Ich bestelle

\_\_\_\_\_ Exemplare des Streifzuges durch das GNotKG (11. Auflage 2015)  
zum Preis von je 29,50 € 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, so dass 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

Landesnotarkammer Bayern, Ottostr. 10, 80333 München  
PVSt, Deutsche Post AG • Entgelt bezahlt • B 13022 F

# 1 MittBayNot

Begründet 1864

Bestellkarte für den Streifzug durch das  
GNotKG (11. Aufl. 2015)

Januar/Februar 2015

Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

### Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern  
Ottostraße 10  
80333 München

### Herausgeberbeirat:

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

Dr. Johann Frank,  
Notar in Amberg

Dr. Susanne Frank,  
Notarin in München

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

Prof. Dr. Dieter Mayer,  
Notar in München

Dr. Eckhard Wälzholz,  
Notar in Füssen


Dr. Dietmar Weidlich,  
Notar in Roth

### Schriftleitung:

Stefan Künkele,  
Notarassessor

Anja Schaller,  
Notarassessorin

ISSN 0941-4193

 Neue Tabelle  
zur Verkehrswert-  
berechnung  
nach dem Brand-  
versicherungswert

### Aufsätze

*Gottwald*: Aktuelle Entwicklungen des Grunderwerb-  
steuerrechts 2013/2014 **1**

*Everts*: Wohnungsrechtsverzicht und Sozialleistungsregress **14**

*Müller*: Welches Sondereigentum ist „betroffen“ im Sinne  
von KV Nr. 14160 Ziffer 5? **18**

### Rechtsprechung

Gewährleistungshaftung des Übergebers bei Nichtlöschung  
eines Nacherbvermerks  
(OLG München, Hinweisbeschluss vom 8.4.2013,  
20 U 456/13) **27**  
mit Anmerkung *Menzel* **28**

Eintragung mehrerer in das Grundbuch einzutragenden  
Rechte abweichend von einer Rangbestimmung  
(BGH, Beschluss vom 20.2.2014, V ZB 179/13) **32**  
mit Anmerkung *Niemeyer* **33**

Zurückweisung nicht eingetragenen Sondernutzungsrechts  
(OLG München, Beschluss vom 4.7.2014, 34 Wx 153/14) **36**  
mit Anmerkung *Schmidt* **38**

Rangverhältnis zwischen Auflassungsvormerkung und  
Ansprüchen der Wohnungseigentümergeinschaft  
(BGH, Beschluss vom 9.5.2014, V ZB 123/13) **39**  
mit Anmerkung *Schreindorfer* **42**

Auslegung eines Verzichts auf testamentarische Zuwendung  
(OLG Schleswig, Beschluss vom 15.4.2014, 3 Wx 93/13) **48**  
mit Anmerkung *Kanzleiter* **50**

Umfang des Auskunftsanspruchs eines Pflichtteilsberechtigten  
(OLG Köln, Urteil vom 10.1.2014, 1 U 56/13) **52**  
mit Anmerkung *Weidlich* **53**

Gesetzlicher Auskunftsanspruch eines minderjährigen Erben  
(OLG Koblenz, Beschluss vom 26.11.2013, 11 UF 451/13) **54**  
mit Anmerkung *Braun* **57**

Zur Frage der vorsätzlichen Benachteiligung bei einem  
Rechtsgeschäft unter Angehörigen  
(BGH, Urteil vom 10.7.2014, IX ZR 50/12) **63**  
mit Anmerkung *Huber* **65**

Grundstücksschenkung an ein Kind bei anschließender  
Weiterschenkung als Zuwendung an das Schwiegerkind  
(BFH, Urteil vom 18.7.2013, II R 37/11) **79**  
mit Anmerkung *Selbherr* **82**

## Inhalt

### Aufsätze

*Gottwald:* Aktuelle Entwicklungen des Grunderwerbsteuerrechts 2013/2014 **1**

*Everts:* Wohnungsrechtsverzicht und Sozialleistungsregress – zugleich Anmerkungen zum Urteil des OLG Nürnberg vom 22.7.2013, 4 U 1571/12 und zum Beschluss des BGH vom 25.1.2012, XII ZB 479/11 **14**

*Müller:* Welches Sondereigentum ist „betroffen“ im Sinne von KV Nr. 14160 Ziffer 5? – Ein Plädoyer für die materiellrechtliche Auslegung **18**

### Buchbesprechungen

Borth: Versorgungsausgleich (*Bergschneider*) **22**

Dutta: Warum Erbrecht? (*Krafka*) **23**

Eckhardt/Hermanns (Hrsg.): Kölner Handbuch des Gesellschaftsrechts (*Braun*) **24**

Oetker (Hrsg.): Handelsgesetzbuch (*Giehl*) **25**

### Rechtsprechung

#### Bürgerliches Recht

##### Allgemeines

- Gewährleistungshaftung des Übergebers bei Nichtlöschung eines Nacherbvermerks (OLG München, Hinweisbeschluss vom 8.4.2013, 20 U 456/13) **27**  
mit Anmerkung *Menzel* **28**
- Rückforderungsanspruch wegen Verarmung bei unentgeltlichem Verzicht auf ein dingliches Wohnrecht trotz Umzugs in ein Pflegeheim (OLG Nürnberg, Urteil vom 22.7.2013, 4 U 1571/12) **30**

##### Sachen- und Grundbuchrecht

- Eintragung mehrerer in das Grundbuch einzutragenden Rechte abweichend von einer verfahrensrechtlichen Rangbestimmung (BGH, Beschluss vom 20.2.2014, V ZB 179/13) **32**  
mit Anmerkung *Niemeyer* **33**
- Zurückweisung nicht eingetragenen Sondernutzungsrechts (OLG München, Beschluss vom 4.7.2014, 34 Wx 153/14) **36**  
mit Anmerkung *Schmidt* **38**
- Rangverhältnis zwischen Auflassungsvormerkung und Ansprüchen der Wohnungseigentümergeinschaft (BGH, Beschluss vom 9.5.2014, V ZB 123/13) **39**  
mit Anmerkung *Schreindorfer* **42**

Absender:

---

---

---

Landesnotarkammer Bayern  
Schriftleitung der **MittBayNot**  
Ottostraße 10/III  
**80333 München**



Absender:

---

---

---

Notarkasse A. d. ö. R.  
Ottostraße 10/III  
**80333 München**



## Inhalt (Fortsetzung)

### Familienrecht

6. Zur sittlichen Rechtfertigung der Annahme eines Volljährigen  
(OLG Nürnberg, Beschluss vom 4.8.2014, 9 UF 468/14) **45**
7. Zur Änderung einer notariellen Vereinbarung über Unterhaltszahlungen  
bei fortschreitendem Alter  
(OLG Koblenz, Beschluss vom 18.6.2014, 9 UF 34/14) **47**

### Erbrecht

8. Auslegung eines vertraglichen Verzichts auf testamentarische Zuwendung  
(OLG Schleswig, Beschluss vom 15.4.2014, 3 Wx 93/13) **48**  
mit Anmerkung *Kanzleiter* **50**
9. Umfang des Auskunftsanspruchs eines Pflichtteilsberechtigten  
(OLG Köln, Urteil vom 10.1.2014, 1 U 56/13) **52**  
mit Anmerkung *Weidlich* **53**
10. Gesetzlicher Auskunftsanspruch eines minderjährigen Erben  
(OLG Koblenz, Beschluss vom 26.11.2013, 11 UF 451/13) **54**  
mit Anmerkung *Braun* **57**

### Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

11. Keine Haftung wegen Firmenfortführung bei Übernahme einer Etablissementbezeichnung  
(BFH, Urteil vom 20.5.2014, VII R 46/13) **58**
12. Eintragungspflichtiger Umstand muss bei Anmeldung der Satzungsänderung eines  
eingetragenen Vereins nicht inhaltlich wiedergegeben werden  
(OLG Nürnberg, Beschluss vom 26.9.2014, 12 W 2015/14) **59**
13. Fassungsbeschwerde einer Aktiengesellschaft nach unvollständiger Eintragung  
von Satzungsänderungen  
(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18.2.2014, I-3 Wx 154/13) **61**

### Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

14. Zur Frage der vorsätzlichen Benachteiligung bei einem Rechtsgeschäft unter Angehörigen  
(BGH, Urteil vom 10.7.2014, IX ZR 50/12) **63**  
mit Anmerkung *Huber* **65**

### Beurkundungs- und Notarrecht

15. Zum Anspruch des Notars auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über den Widerruf  
einer Zuweisung eines fachkundigen Mitarbeiters durch die Notarkasse  
(BGH, Beschluss vom 21.7.2014, NotZ [Brfg] 15/13) **67**

### Kostenrecht

16. Kostenschuldnerschaft hinsichtlich der Entwurfsgebühr bei einem allein vom Makler in  
Auftrag gegebenen Vertragsentwurf  
(OLG München, Beschluss vom 17.6.2014, 32 Wx 213/14 Kost) **72**

## Inhalt (Fortsetzung)

### Öffentliches Recht

17. Zeitliche Festsetzung sanierungsrechtlicher Ausgleichsbeträge nach Erlangung des Sanierungsvorteils unter dem Aspekt des Grundsatzes von Treu und Glauben (BVerwG, Urteil vom 20.3.2014, 4 C 11.13 [OVG Münster]) **73**

### Steuerrecht

18. Wegfall der Steuerbegünstigung des Betriebsvermögens gemäß § 13a Abs. 5 Nr. 1 Satz 1 ErbStG (BFH, Urteil vom 26.2.2014, II R 36/12) **77**
19. Grundstücksschenkung an ein Kind bei anschließender Weiterschenkung als Zuwendung an das Schwiegerkind (BFH, Urteil vom 18.7.2013, II R 37/11) **79**  
mit Anmerkung *Selbherr* **82**  
(zugleich Anmerkung zu BFH, Urteil vom 18.7.2013, II R 45/11 [NV])
20. Schenkungsteuerliche Behandlung der Zuwendung eines geschenkten Gegenstandes an einen Dritten (BFH, Urteil vom 18.7.2013, II R 45/11 [NV]) **83**

### Hinweise für die Praxis

- Streifzug durch das GNotKG, 11. Auflage 2015 (Stand 1.1.2015)  
Übersicht über wichtige Änderungen, Klarstellungen und Neuerungen gegenüber der 10. Auflage 2013 **87**
- Bewertung von Gebäuden gemäß § 46 GNotKG. Wertbestimmung anhand des Gebäudebrandversicherungswertes. Neue Richtzahl ab 1.10.2014: 16,7 **92**

### Standesnachrichten 96

### Sonstiges III



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

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

Schriftleitung: Notarassessor Stefan Künkele,  
Notarassessorin Anja Schaller  
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 2013/2014

Von Notar Dr. Stefan Gottwald, Bayreuth

Im Nachfolgenden soll auf die wesentlichen Entwicklungen der Rechtsprechung, auf wichtige Verwaltungserlasse und Gesetzesänderungen im Bereich des Grunderwerbsteuerrechts eingegangen werden, die sich im Berichtszeitraum 2013/2014 ergeben haben.<sup>1</sup>

#### I. Alt- und Neugesellschafter im Sinne des § 1 Abs. 2a GrEStG

Gehört zum Vermögen einer Personengesellschaft ein inländisches Grundstück und ändert sich innerhalb von fünf Jahren der Gesellschafterbestand unmittelbar oder mittelbar dergestalt, dass mindestens 95 % der Anteile am Gesellschaftsvermögen auf neue Gesellschafter übergehen, so gilt dies gemäß § 1 Abs. 2a Satz 1 GrEStG als ein auf die Übereignung eines Grundstücks auf eine neue Personengesellschaft gerichtetes Rechtsgeschäft.

Nach einem Urteil des BFH vom 13.5.2013<sup>2</sup> verliert ein Gesellschafter seine Stellung als (Alt-)Gesellschafter einer Personengesellschaft, wenn sein Mitgliedschaftsrecht zivilrechtlich wirksam auf ein neues Mitglied der Personengesellschaft übergeht. Diese mit dem Ausscheiden des Gesellschafters verbundenen Rechtsfolgen können nur nach Maßgabe des § 16 Abs. 2 GrEStG durch Anteilsrückübertragung auf den vormaligen (Alt-)Gesellschafter beseitigt werden. Erwirbt dagegen der zuvor ausgeschiedene (Alt-)Gesellschafter erneut einen Anteil an der Personengesellschaft (ohne dass die Voraussetzungen des § 16 Abs. 2 GrEStG vorliegen), ist er *neuer* Gesellschafter im Sinne des § 1 Abs. 2a Satz 1 GrEStG. Dies gilt auch dann, wenn das Ausscheiden aus der Personengesellschaft und der Wiedereintritt innerhalb der Fünf-Jahresfrist des § 1 Abs. 2a Satz 1 GrEStG erfolgen.

Im Streitfall waren sämtliche Anteile an einer grundbesitzenden Gesellschaft bürgerlichen Rechts innerhalb von fünf Jah-

ren übertragen worden. Ein Erwerber war zunächst mit seinem Anteil von einem Drittel aus der Gesellschaft ausgeschieden und dann innerhalb von fünf Jahren mit einem Anteil von einem Drittel wieder in die Gesellschaft eingetreten. Nach der Entscheidung des BFH verliert dieser Gesellschafter seine Gesellschafterstellung, wenn sein Mitgliedschaftsrecht *zivilrechtlich wirksam* auf ein neues Mitglied der Personengesellschaft übergeht. Erwirbt dieser (Alt-)Gesellschafter erneut einen Anteil an der Personengesellschaft, ist er grunderwerbsteuerrechtlich auch dann *neuer Gesellschafter*, wenn das Ausscheiden und der Wiedereintritt innerhalb von fünf Jahren erfolgen. Der BFH begründet seine Entscheidung mit zivilrechtlichen Überlegungen und auch mit dem Wortlaut sowie dem Sinn und Zweck des § 1 Abs. 2a Satz 1 GrEStG.

#### Beispiel:

An einer Personengesellschaft sind beteiligt:

1. Im Jahr 01: A, B, C je 1/3
2. Im Jahr 02: A, B, D je 1/3
3. Im Jahr 03: A, B, C je 1/3 (kein § 16 GrEStG)

#### Lösung:

C gilt als neuer Gesellschafter.

#### II. Nichtanwendungserlass zum BFH-Urteil vom 24.4.2013, II R 17/10

Mit dem Urteil vom 24.4.2013<sup>3</sup> hatte der BFH entschieden, dass eine mittelbare Änderung des Gesellschafterbestandes einer grundstücksbesitzenden Personengesellschaft im Sinne des § 1 Abs. 2a GrEStG ausschließlich nach wirtschaftlichen

<sup>1</sup> Der Aufsatz entspricht im Wesentlichen dem Vortrag, den der Verfasser bei der 12. Jahresarbeitstagung des Notariats – einer Veranstaltung des Deutschen Anwaltsinstitutes – am 12.9.2014 in Berlin gehalten hat.

<sup>2</sup> Vgl. BFH, Urteil vom 16.5.2013, DStR 2013, 2058 ff.

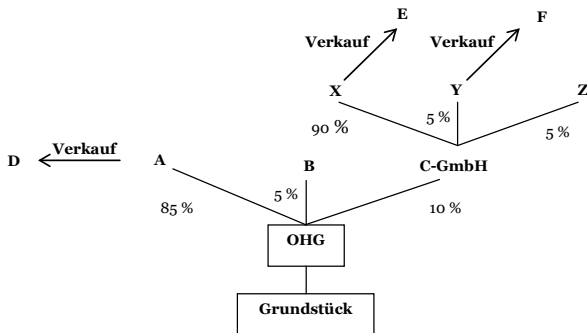
<sup>3</sup> Vgl. BFH, Urteil vom 24.4.2013, BStBl II 2013, S. 833 ff.

Maßstäben zu beurteilen sei. Kapital- und Personengesellschaften seien hierbei gleichermaßen als transparent zu betrachten. Eine Veränderung der Beteiligungsverhältnisse an einer im maßgeblichen Fünf-Jahres-Zeitraum unmittelbar an der grundstücksbesitzenden Personengesellschaft beteiligt gebliebenen Kapital- oder Personengesellschaft lasse diese nur dann fiktiv zu einer neuen Gesellschaft werden, wenn sich in diesem Zeitraum deren Gesellschafterbestand unmittelbar oder mittelbar, d. h. auf den weiteren Beteiligungsebenen, im wirtschaftlichen Ergebnis vollständig (also zu 100 %) geändert habe.

Mit dem Erlass der Obersten Finanzbehörden der Länder vom 9.10.2013<sup>4</sup> werden die Finanzämter angewiesen, das Urteil des BFH vom 24.4.2013 nicht über den entschiedenen Einzelfall hinaus anzuwenden. Die BFH-Entscheidung hätte dazu geführt, dass es künftig wesentlich seltener zu steuerbaren mittelbaren Änderungen des Gesellschafterbestandes im Sinne des § 1 Abs. 2a GrEStG gekommen wäre. Diesen Weg wollte die Finanzverwaltung aus fiskalischen Interessen nicht akzeptieren. Die Auswirkungen der Rechtsprechung und der gegenteiligen Auffassung der Finanzverwaltung sollen anhand folgenden Beispielsfalles verdeutlicht werden:

#### Beispiel:

An einer grundbesitzenden OHG sind A zu 85 %, B zu 5 % und die C-GmbH zu 10 % beteiligt. Die Anteile der C-GmbH halten X zu 90 % und Y und Z zu je 5 %. In 01 überträgt A seine gesamte Beteiligung an der OHG auf D, in 02 übertragen X und Y ihre Anteile an der C-GmbH auf E und F.



#### Lösung:

Die Übertragung der Beteiligung des A auf D führt zu einem unmittelbaren Gesellschafterwechsel i. H. v. 85 % der Anteile am Gesellschaftsvermögen. In Bezug auf die Anteile der C-GmbH lag nach bisheriger Verwaltungsmeinung ein mittelbarer Gesellschafterwechsel i. H. v. 10 % vor, weil die Änderung der Anteile an der C-GmbH 95 % betrug. Die mittelbare Anteilsänderung wurde nicht anteilig (95 % von 10 %), sondern *voll* mit 10 % berücksichtigt, sobald sich ein mittelbarer Gesellschafterwechsel bei einer Kapitalgesellschaft von über 95 % ereignete. Nach der neuen Rechtsprechung des BFH dürfte dagegen in diesem Beispielsfall keine Grunderwerbsteuer mehr anfallen, da sich kein 100 %iger mittelbarer Gesellschafterwechsel vollzogen hat.

#### Abwandlung:

Anstelle der C-GmbH ist in obigem Beispielsfall eine C-OHG mit 10 % am Vermögen der Grundbesitz haltenden OHG beteiligt.

#### Lösung:

Die Übertragung der Beteiligung des A auf D führt auch hier zu einem unmittelbaren Gesellschafterwechsel i. H. v. 85 % der Anteile am Gesellschaftsvermögen. In Bezug auf die Anteile der C-OHG lag nach bisheriger Verwaltungsmeinung ein mittelbarer Gesellschafterwechsel i. H. v. 9,5 % vor, weil Personengesellschaften als transparent betrachtet wurden und folglich eine Durchrechnung erfolgte. In der Addition betrug somit der Gesellschafterwechsel nur 94,5 % (85 % unmittelbar und 9,5 % mittelbar), so dass der Tatbestand des § 1 Abs. 2a GrEStG nicht realisiert wurde.

Nach der neuen BFH-Rechtsprechung ist der Tatbestand des § 1 Abs. 2a GrEStG ebenfalls nicht verwirklicht, da nur noch 100 %ige mittelbare Gesellschafterwechsel zu beachten sind. Der BFH käme in der Abwandlung somit zu einem 85 %igen Gesellschafterwechsel, während die Finanzverwaltung einen 94,5 %igen Gesellschafterwechsel angenommen hätte.

Würde in der Abwandlung beispielsweise B auch noch 1 % seiner Beteiligung an einen neuen Gesellschafter veräußern, wäre demgemäß nach der bisherigen Auffassung der Finanzverwaltung der Tatbestand des § 1 Abs. 2a GrEStG realisiert worden (es wären dann 86 % der Anteile, nämlich 85 % von A und 1 % von B unmittelbar auf neue Gesellschafter übergegangen und 9,5 % mittelbar). Demgegenüber dürfte die neue BFH-Rechtsprechung dazu führen, dass trotz der zusätzlichen 1 %igen Geschäftsanteilsabtretung durch B keine Steuerbarkeit ausgelöst wird. Der BFH käme nach seiner Betrachtungsweise nur zu einem unmittelbaren 86 %igen Gesellschafterwechsel, während die mittelbaren Gesellschafteränderungen nicht berücksichtigt werden könnten, da sie unter 100 % liegen.

Die Finanzverwaltung wird diese neue Rechtsprechung aufgrund des vorbezeichneten Nichtanwendungserlasses für künftige Fälle nicht anwenden.<sup>5</sup> Zur Absicherung eines Nichtanwendungserlasses ist nunmehr dem Vernehmen nach sogar ein klarstellendes Gesetz geplant, wonach die Verwaltungsmeinung weiterhin maßgeblich sein soll, möglicherweise sogar mit (verfassungsrechtlich bedenklicher) Rückwirkung.<sup>6</sup>

### III. Erbengemeinschaft als Erwerberin im Sinne des § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG

Nach einer neuen Entscheidung des BFH vom 12.2.2014<sup>7</sup> ist eine Erbengemeinschaft in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit – und nicht ihre einzelnen Mitglieder – Erwerberin im Sinne des § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG.

Nach Auffassung des BFH können sich Anteile an einer Gesellschaft im Sinne des § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG in der Hand einer Erbengemeinschaft vereinigen. Die Erbengemeinschaft sei selbständiger Rechtsträger im Sinne des Grunderwerbsteuerrechtes. Sie könne ein Grundstück aus dem Nachlass veräußern oder für den Nachlass erwerben. Dem stehe nicht entgegen, dass die Erbengemeinschaft nicht auf Dauer angelegt, sondern auf Auseinandersetzung gerichtet sei. Unschädlich sei auch, dass sie über keine Organe verfügt, durch die sie

<sup>5</sup> Mit gleichlautendem Erlass der Länder vom 18.2.2014 hat die Finanzverwaltung ihre Interpretation des § 1 Abs. 2a GrEStG aktualisiert.

<sup>6</sup> Die ursprünglich von den Ländern im Gesetzgebungsverfahren des sog. „Kroatien-Gesetzes“ vorgesehene Änderung des § 1 Abs. 2a GrEStG wurde aber zunächst nicht beschlossen, ist aber inzwischen im Rahmen des sog. „Zollkodexanpassungsgesetzes“ wieder in das Gesetzgebungsverfahren eingebracht worden.

<sup>7</sup> Vgl. BFH, Urteil vom 12.2.2014, II R 46/12, DStRE 2014, 636 ff.

<sup>4</sup> Vgl. Oberste Finanzbehörden der Länder, Erlass vom 9.10.2013, BStBl I 2013, S. 1278; DStR 2014, 1062.

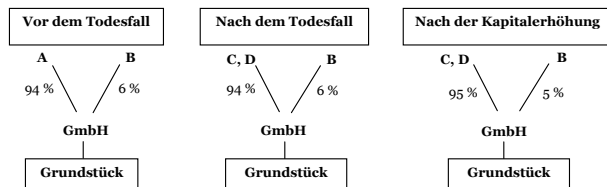


im Rechtsverkehr handeln könnte und kein eigenständiges, handlungsfähiges Rechtssubjekt ist. Die Grunderwerbsteuerliche Selbständigkeit der Erbengemeinschaft nach außen folge aus deren bürgerlich-rechtlicher Selbständigkeit als Zurechnungssubjekt des gesamthänderisch gebundenen Sondervermögens. Nichts anderes gelte im Anwendungsbereich des § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG. Erlange eine Erbengemeinschaft mindestens 95 % der Anteile an einer grundbesitzenden Gesellschaft, werde sie gemäß § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG Grunderwerbsteuerrechtlich so behandelt, als habe sie das Grundstück von der Gesellschaft erworben. Den Miterben stehe nur gemeinschaftlich und nicht etwa jedem einzelnen Miterben entsprechend seinem Erbanteil der Anteil an der grundbesitzenden Gesellschaft zu. Beträge dieser mindestens 95 %, so habe die Erbengemeinschaft insgesamt eine dem zivilrechtlichen Eigentum an einem Grundstück vergleichbare Rechtszuständigkeit an dem Grundstück.

Der BFH stellt somit nicht auf die wirtschaftliche Beteiligung der einzelnen Miterben ab, sondern betrachtet die Erbengemeinschaft selbst als eine Hand.<sup>8</sup>

**Beispiel:**

A und B sind an einer GmbH zu 94 % bzw. 6 % beteiligt. A verstirbt und wird von seinen beiden Söhnen C und D je zur Hälfte beerbt. Somit sind nach dem Todesfall an der GmbH die Erbengemeinschaft, bestehend aus C und D, mit 94 % und B mit 6 % beteiligt. Sofern nunmehr noch eine Kapitalerhöhungsmaßnahme durch die Erbengemeinschaft innerhalb der GmbH durchgeführt wird, die dazu führt, dass sich die Beteiligungsquote der Erbengemeinschaft auf mindestens 95 % erhöht, ist der Tatbestand des § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG erfüllt, obwohl jeder einzelne Miterbe wirtschaftlich nur zu rechnerisch 47,5 % an der GmbH beteiligt ist.



**Ausweichgestaltung:**

Vor der Kapitalerhöhungsmaßnahme sollte die Erbengemeinschaft auseinandergesetzt werden, so dass C und D mit jeweils 47 % an der GmbH beteiligt sind. Im Zuge der Kapitalerhöhung würde dann kein einzelner Gesellschafter 95 % der Anteile erhalten.

**IV. Wirtschaftliche Anteilsvereinigung, § 1 Abs. 3a GrEStG**

Durch das Amtshilferichtlinie-Umsetzungsgesetz wurde § 1 GrEStG um einen weiteren Steuertatbestand in Abs. 3a ergänzt. Danach werden bei Anteilserwerben grundbesitzender Gesellschaften die Anteilsquoten zwecks Berechnung des die Grunderwerbsteuer auslösenden Quantums von 95 % anteilig „durchgerechnet“. Durch diese Regelung soll es nicht mehr möglich sein, Kapitalgesellschaften, an denen Dritte nur geringfügig beteiligt sind, bei Beteiligungstransaktionen

<sup>8</sup> Vgl. *Graessner*, NWB 2014, 1645 ff., der die Auffassung vertritt, dass zumindest im Bereich der Befreiungsvorschriften der §§ 5 und 6 GrEStG im Falle einer Erbengemeinschaft auf die dahinterstehenden Miterben abzustellen sei.

zwischenzuschalten, um so die Entstehung der Grunderwerbsteuer nach § 1 Abs. 3 GrEStG zu verhindern (sog. RETT-Blocker).<sup>9</sup> Die Obersten Finanzbehörden der Länder haben in einem gleichlautenden Erlass zu der Neuregelung Stellung genommen.<sup>10</sup>

Die in den Erlassen zu § 1 Abs. 3a GrEStG vom 9.10.2013 enthaltenen notarrelevanten Verwaltungsanweisungen werden im Folgenden dargestellt und kommentiert:

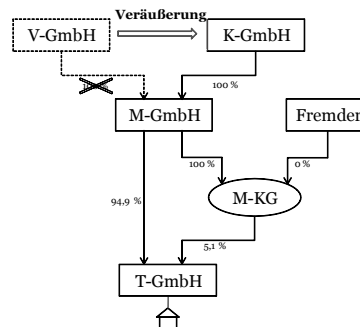
**1. Allgemeines**

In Tz. 1 des Länder-Erlasses wird § 1 Abs. 3a GrEStG als „neuer, eigenständiger Fiktionstatbestand“ bezeichnet, mit dessen Hilfe „insbesondere Erwerbsvorgänge mit sog. Real Estate Transfer Tax Blocker-Strukturen (RETT-Blocker) der Besteuerung unterworfen“ würden. Die Grundsätze zu § 1 Abs. 3 GrEStG sollen – soweit in den weiteren Tz. des Erlasses nicht abweichend dargestellt – entsprechend gelten.

**2. Wirtschaftliche Beteiligung**

In Tz. 5 wird erläutert, dass im Rahmen von § 1 Abs. 3a GrEStG die sachenrechtliche Betrachtungsweise, die bei Anwendung von § 1 Abs. 3 GrEStG zu beachten ist, nicht gelte. Es seien alle Beteiligungen am Kapital oder am Vermögen einer Gesellschaft rechtsformneutral anteilig zu berücksichtigen.<sup>11</sup> Unabhängig davon, ob es sich bei den vermittelnden Gesellschaften um Kapital- oder Personengesellschaften handle, seien für die Ermittlung der Beteiligungsquote die V Hundertsätze am Kapital oder Vermögen der Gesellschaft zu multiplizieren, somit durch die verschiedenen Beteiligungsebenen „durchzurechnen“.<sup>12</sup> Anders als im Anwendungsbereich von § 1 Abs. 3 GrEStG sei es unerheblich, ob der Gesellschafter mindestens 95 % der Anteile an der vermittelnden Gesellschaft hält. Verdeutlicht wird dies anhand des folgenden

**Beispiels:**



Tz. 5: Gemäß § 1 Abs. 3a Satz 2 GrEStG „gilt hier nicht die sachenrechtliche Betrachtungsweise.“

<sup>9</sup> Auf die Neuregelung wurde bereits im Jahresüberblick 2012/2013 eingegangen.

<sup>10</sup> Vgl. gleichlautenden Erlass der Obersten Finanzbehörden der Länder vom 9.10.2013, BStBl II 2013, S. 1364 ff.

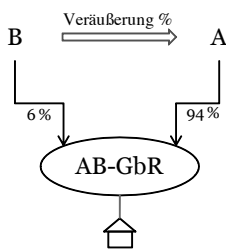
<sup>11</sup> Vereinbarungen zwischen den mehreren Käufern der Anteile an einer Grundstücksgesellschaft sind unbeachtlich. Dies gilt auf Grundlage des Länder-Erlasses dann nicht, wenn die Vereinbarung einen schuldrechtlichen Anteilsübertragungsanspruch begründet.

<sup>12</sup> Der Länder-Erlass stellt klar, dass es für das Innehaben der wirtschaftlichen Beteiligung auf das Innehaben eines Anteils an einer (gezeichneten) Kapital bzw. am Vermögen der Gesellschaft ankommt. Demnach sind zum Beispiel Mezzanine-Kapital-Strukturen, atypisch stille Beteiligungen, unterschiedliche Anteilsklassen, Gewinnabführungsverträge etc. nicht zu berücksichtigen. Auf den Umfang der Stimmrechte kommt es nicht an; so auch *Wischott/Keller/Graessner/Bakeberg*, DB 2013, 2235, 2236.

Der Verkauf des 100 %igen Anteils an der M-GmbH durch die V-GmbH an die K-GmbH erfüllt nicht den Tatbestand von § 1 Abs. 3 Nr. 3 GrEStG, weil der V-GmbH bzw. der K-GmbH der von der M-KG gehaltene 5,1 %ige Anteil an der grundbesitzenden T-GmbH nicht zugerechnet werden kann. „Anteil der Gesellschaft“ im Sinne von § 1 Abs. 3 GrEStG meint bei Personengesellschaften die gesamthänderische Mitberechtigung am Gesellschaftsvermögen, ohne dass es darauf ankommt, ob und in welcher Höhe der gesamthänderisch Mitberechtigte am Wert des Gesellschaftsvermögens beteiligt ist.<sup>13</sup> Die K-GmbH verwirklicht jedoch § 1 Abs. 3a GrEStG, weil ihr für die Zwecke dieser Neuregelung sowohl der von der M-GmbH direkt an der T-GmbH gehaltene 94,9 %ige Anteil zuzurechnen ist als auch 100 % des von der M-KG an der T-GmbH gehaltenen 5,1 %igen Anteils. Hinsichtlich der M-KG kommt es auf die Höhe des Anteils am Vermögen an.<sup>14</sup>

Anschließend wird verdeutlicht, dass – soweit grundbesitzende Personengesellschaften betroffen sind – Grunderwerbsteuer nach § 1 Abs. 3a GrEStG nicht nur bei RETT-Blocker-Gestaltungen anfallen kann, sondern auch dann, wenn ein seit Gründung oder seit mindestens fünf Jahren oder seit Grundstückserwerb durch die Gesamthand beteiligter Gesamthänder seine Beteiligung auf 95 % oder mehr aufstockt.

#### Beispiel:



§ 1 Abs. 2a GrEStG (-), weil Anteilsverschiebung zwischen Altgesellschaftern

§ 1 Abs. 3 GrEStG (-), wegen der weiterhin bestehenden gesamthänderischen Mitberechtigung von A und B

§ 1 Abs. 3a GrEStG (+), aber § 6 Abs. 2 i. H. v. 94 %

§ 6 Abs. 4 schließt § 6 Abs. 2 nicht aus, weil A Gründungsgesellschafter ist

Anders als im Rahmen von § 1 Abs. 3 GrEStG ist die sachenrechtliche Betrachtung irrelevant. Weil A erstmals 95 % der Anteile am Vermögen der AB-GbR innehat, ist der Tatbestand von § 1 Abs. 3a GrEStG erfüllt. Erfreulich ist die Klarstellung, dass die nach § 1 Abs. 3a GrEStG anfallende Grunderwerbsteuer i. H. v. 94 % gemäß § 6 Abs. 2 GrEStG unerhoben zu bleiben hat. Dies bestätigt die bereits in Tz. 1 getroffene Aussage, dass die Grundsätze zu § 1 Abs. 3 GrEStG entsprechend gelten.<sup>15</sup>

### 3. Aufeinanderfolge von Tatbeständen, § 1 Abs. 6 GrEStG

Der Länder-Erlass gibt den durch das Amtshilferichtlinien-Umsetzungsgesetz geänderten Wortlaut von § 1 Abs. 6 GrEStG wieder und macht deutlich, dass in Bezug auf das

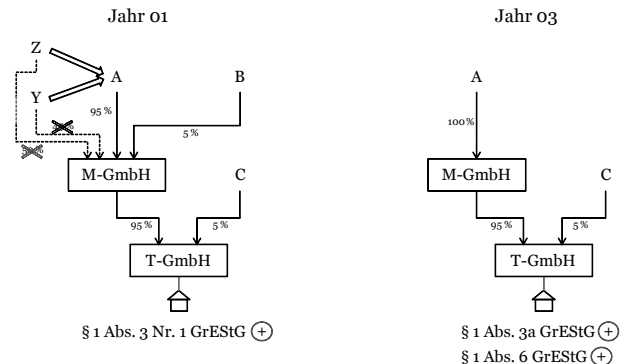
<sup>13</sup> Vgl. Hofmann, 9. Aufl. 2010, § 1 GrEStG Rdnr. 141; BFH, Urteil vom 26.7.1995, II R 68/92, BStBl II 1995, S. 736.

<sup>14</sup> Dies entspricht der Regelung in § 1 Abs. 2a Satz 1 GrEStG („Anteil am Gesellschaftsvermögen“). Gemeint ist der Anteil des einzelnen Gesamthänders am Vermögen der Gesamthand; vgl. Fischer in Boruttau, 17. Aufl. 2011, § 1 GrEStG Rdnr. 842.

<sup>15</sup> Dazu, dass nach § 6 Abs. 2 GrEStG auch die aufgrund Anteilsvereinigung im Sinne von § 1 Abs. 3 GrEStG auf den fingierten Grundstückserwerb anfallende Grunderwerbsteuer unerhoben zu bleiben hat, vgl. FM Baden-Württemberg, koordinierter Länder-Erlass vom 18.12.2009, 3 S 4505/18, StEK § 1 GrEStG Nr. 189.

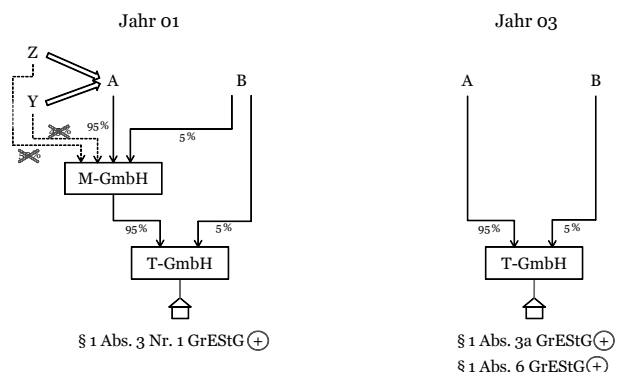
selbe Grundstück vom selben Erwerber sowohl der Rechtsvorgang nach § 1 Abs. 3 GrEStG als auch der Rechtsvorgang nach § 1 Abs. 3a GrEStG hintereinander verwirklicht werden können.

#### Beispiel:



Im Jahr 01 erwirbt A 50 % der Anteile an der M-GmbH von Z und 45 % der Anteile an der M-GmbH von Y. Wegen der 95 %igen Beteiligung der M-GmbH an der grundbesitzenden T-GmbH verwirklicht A mithin im Jahr 01 den Tatbestand von § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG hinsichtlich des Grundstücks der T-GmbH. Dadurch, dass A im Jahr 03 den restlichen 5 %-Anteil an der M-GmbH von B hinzu erwirbt, erhöht er seine durchgerechnete sog. wirtschaftliche Beteiligung an der T-GmbH von bisher 90,25 % auf 95 %. Die Finanzverwaltung vertritt die Auffassung, dass A damit im Jahr 03 den Tatbestand von § 1 Abs. 3a GrEStG erfüllt. Gemäß § 1 Abs. 6 GrEStG sei auf die für den im Jahr 03 verwirklichten Tatbestand relevante Bemessungsgrundlage die für die Besteuerung nach § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG in im Jahr 01 relevante Bemessungsgrundlage anzurechnen.

#### Beispiel:

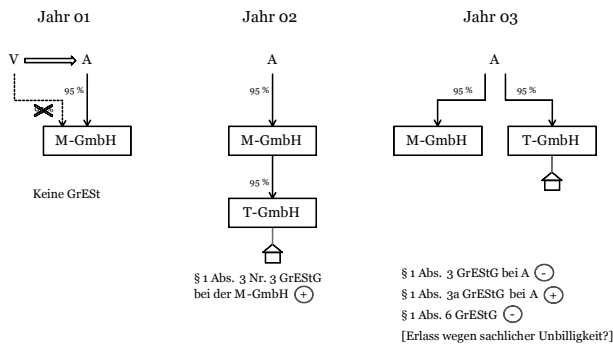


Für den Fall, dass A nicht den 5 %igen Anteil an der M-GmbH von B hinzu erwirbt, sondern den 95 %igen an der T-GmbH von der M-GmbH, gilt nach Ansicht der Finanzverwaltung Entsprechendes. Statt bisher mittelbar nur i. H. v. 90,25 % hat A im Jahr 03 erstmals 95 % der Anteile am Kapital der T-GmbH inne. Insoweit sei unbeachtlich, dass der Grundbesitz der T-GmbH dem A bereits aufgrund der Anteilsvereinigung im Sinne von § 1 Abs. 3 GrEStG im Jahr 01 Grunderwerbsteuerrechtlich zuzurechnen war.

Anschließend betont die Finanzverwaltung, dass § 1 Abs. 6 GrEStG für die Bemessungsgrundlagen-Anrechnung die Identität des Erwerbers verlangt.



**Beispiel:**



Erwerberin im Jahr 02 ist die M-GmbH. Nur auf ihrer Ebene wird der Tatbestand von § 1 Abs. 3 Nr. 3 GrEStG erfüllt. Eine Besteuerung nach § 1 Abs. 3 Nr. 3 GrEStG auch auf der Ebene des A hat zu unterbleiben. A verwirklicht im Jahr 03 nach Verwaltungsansicht den Tatbestand von § 1 Abs. 3a GrEStG, wenn er den 95 %igen Anteil an der T-GmbH von der M-GmbH übernimmt. Denn seine bisher durchgerechnet 90,25 %ige Beteiligung an der T-GmbH wird auf 95 % aufgestockt.

Zuzustimmen ist der Verwaltung darin, dass sie im Jahr 03 auf der Ebene des A den Tatbestand des § 1 Abs. 3 GrEStG nicht für verwirklicht hält. Widersprochen werden muss jedoch der Ansicht, dass Steuer nach § 1 Abs. 3a GrEStG angefallen sei.<sup>16</sup> Denn ausweislich des Gesetzeswortlauts (Rechtsvorgänge im Sinne von Abs. 3a „gelten als Rechtsvorgänge nach § 1 Abs. 3 GrEStG“) ist § 1 Abs. 3a GrEStG im Verhältnis zu § 1 Abs. 3 GrEStG nicht eigenständig. Nach dem Länder-Erlass soll eine Anrechnung der für den Vorgang im Jahr 02 relevanten Bemessungsgrundlage auf die Bemessungsgrundlage, nach der die im Jahr 03 angefallene Steuer zu berechnen ist, ausscheiden. Zu der Frage, ob dem A die nach § 1 Abs. 3a GrEStG nach Ansicht der Finanzverwaltung angefallene Grunderwerbsteuer aus Billigkeitsgründen zu erlassen ist, wird im Länder-Erlass nicht Stellung genommen.<sup>17</sup>

**4. Anwendung der §§ 3, 6 und 6a GrEStG**

Der Länder-Erlass stellt klar, dass die Grundsätze zur Anwendung der §§ 3 und 6 GrEStG auf die Fälle von § 1 Abs. 3a GrEStG entsprechend gelten.<sup>18</sup> Zudem seien unter den Voraussetzungen des § 6a GrEStG Rechtsvorgänge im Sinne des § 1 Abs. 3a GrEStG begünstigt.<sup>19</sup> Verdeutlicht wird dies für § 6 Abs. 2 GrEStG anhand des folgenden

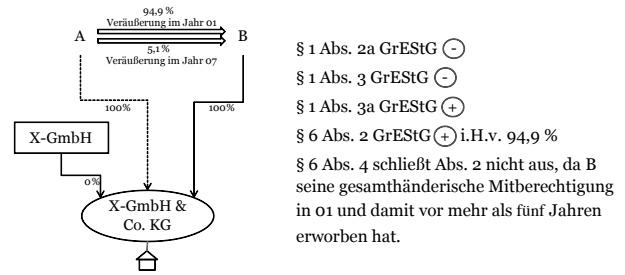
<sup>16</sup> Ebenso *Fleischer*, *StuB* 2013, 765, 767; *Wagner/Lieber*, *DB* 2013, 2295, 2297.

<sup>17</sup> Zum Beispiel lässt die Finanzverwaltung die Differenzbesteuerung nach § 1 Abs. 6 GrEStG zu, wenn zunächst die Tochter-GmbH die restlichen, bisher bei konzernfremden Dritten liegenden Anteile an der Grundstücks-GmbH hinzuerwirbt (und dadurch § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG erfüllt) und anschließend die Grundstücks-GmbH ein Grundstück auf den Alleingesellschafter der Tochter-GmbH überträgt; zum Beispiel koordinierter Erlass, FM Niedersachsen vom 23.9.1992, *DStR* 1992, 1513.

<sup>18</sup> Vgl. dazu auch *Dorn/Galke*, *DStR* 2013, 2365.

<sup>19</sup> Dies ergibt sich eindeutig aus der durch das AmtshilfeRLUMsG geänderten Fassung von § 6a GrEStG.

**Beispiels:**



Die entsprechende Anwendbarkeit von § 6 Abs. 2 GrEStG wird bereits in den Lösungshinweisen zu Beispiel 10 des Länder-Erlasses verdeutlicht. Es ist bedauerlich, dass der Länder-Erlass die entsprechende Anwendung von § 3 GrEStG nicht näher erläutert.

**5. Steuerschuldnerschaft**

Der Länder-Erlass gibt lediglich den Gesetzeswortlaut von § 13 Nr. 7 GrEStG wieder. Nicht beantwortet wird die Frage, ob in Beteiligungsketten auf jeder Ebene eine Besteuerung nach § 1 Abs. 3a GrEStG in Betracht gezogen werden könnte. Meines Erachtens ist dies nicht der Fall. Steuerschuldner ist lediglich der Rechtsträger, der durch den Anteilserwerb aktiv selbst die Erfüllung des Tatbestands von § 1 Abs. 3a GrEStG herbeiführt.

**6. Verhältnis zu § 16 GrEStG**

Im Länder-Erlass wird festgestellt, dass § 16 GrEStG im Zusammenhang mit § 1 Abs. 3a GrEStG anzuwenden sei. Die Grundsätze zur Anwendung des § 16 GrEStG in den Fällen des § 1 Abs. 3 GrEStG würden entsprechend gelten. Dem ist uneingeschränkt zuzustimmen.<sup>20</sup> Auch für die Rückgängigmachung eines Rechtsvorgangs im Sinne von § 1 Abs. 3a GrEStG n. F. ist die Rückübertragung (ggf. auf Grundlage eines Rückverkaufs) eines Teilanteils für die Anwendung von § 16 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG ausreichend, der groß genug ist, so dass anschließend eine (ggf. durchgerechnete) Kapital- oder Vermögensbeteiligung des ursprünglichen erwerbenden Rechtsträgers an der grundbesitzenden Gesellschaft von weniger als 95 % verbleibt.

**7. Anwendbarkeit von §§ 3, 6, 6a GrEStG**

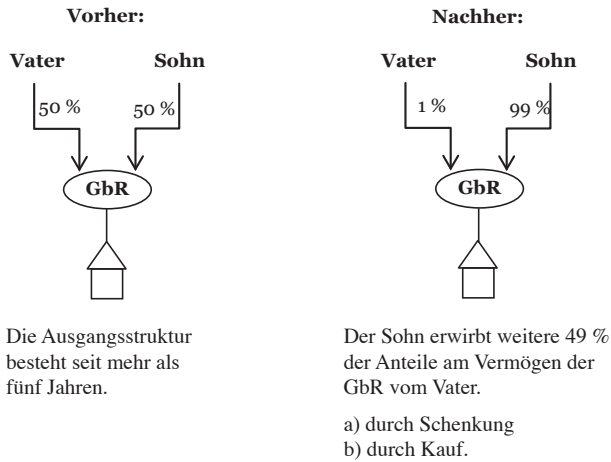
In Tz. 7 der Erlasse bestätigt die Finanzverwaltung, dass die Befreiungs- und Nichterhebungs-Vorschriften in den §§ 3, 6, 6a GrEStG auf die Fälle von § 1 Abs. 3a GrEStG entsprechend anzuwenden sind.<sup>21</sup> Die Anwendung von § 3 Nr. 2 Satz 1 und Nr. 6 GrEStG sowie von § 6 Abs. 2 GrEStG soll verdeutlicht werden anhand des folgenden

**Beispiels:**

Seit mehr als fünf Jahren sind der Vater und sein Sohn jeweils hälftig an einer grundbesitzenden GbR beteiligt. Der Vater überträgt nun 49 % der Anteile am Vermögen der GbR auf seinen Sohn entweder durch Schenkung oder auf Grundlage eines Kaufvertrags:

<sup>20</sup> Vgl. *Behrens*, *BB* 2013, 2341 f.

<sup>21</sup> Die gleichlautenden Erlasse betreffend die Anwendung der §§ 3 und 6 GrEStG in den Fällen des § 1 Abs. 3 GrEStG vom 6.3.2013, *BStBl I* 2013, S. 773 gelten für § 1 Abs. 3a GrEStG entsprechend.



Der Übergang des 49 %igen Anteils auf den Sohn löst weder nach § 1 Abs. 2a<sup>22</sup> noch nach § 1 Abs. 3 GrEStG<sup>23</sup> Grunderwerbsteuer aus. Jedoch hat der Sohn erstmals eine sog. wirtschaftliche Beteiligung i. H. v. mindestens 95 % (hier 99 %) der Anteile am Vermögen der GbR inne. Die Übertragung des 49 %igen Anteils auf den Sohn verwirklicht mithin den Tatbestand von § 1 Abs. 3a GrEStG.<sup>24</sup>

Weil der Sohn seit mehr als fünf Jahren gesamthänderisch zur Hälfte an der grundbesitzenden GbR beteiligt gewesen ist, bleibt die nach § 1 Abs. 3a GrEStG ausgelöste Grunderwerbsteuer gemäß § 6 Abs. 2 GrEStG i. H. v. 50 % unerhoben.<sup>25</sup> In Bezug auf die beim Vater verbleibende 1 %-Beteiligung greift § 6 Abs. 3 GrEStG nicht, weil kein (fiktiver) Grundstücksübergang auf eine andere Personengesellschaft vorliegt. Allerdings ist im Falle des Kaufs in Bezug auf die restlichen 49 % § 3 Nr. 6 GrEStG, im Falle der Schenkung § 3 Nr. 2 GrEStG anzuwenden. Auf Grundlage von § 1 Abs. 3a GrEStG wird zwar der Übergang des Grundstücks nicht vom Vater, sondern von der GbR auf den Sohn fingiert.<sup>26</sup> Jedoch sind persönliche Eigenschaften der Gesellschafter im (ggf. fingierten) Grundstücksverkehr mit der Gesellschaft, d. h. mit der Gesamthand der Gesellschafter, zu berücksichtigen.<sup>27</sup>

<sup>22</sup> Der Sohn ist sog. Alt-Gesellschafter.

<sup>23</sup> Auf Grundlage der sog. sachenrechtlichen Betrachtungsweise bleibt der Vater für die Zwecke von § 1 Abs. 3 GrEStG zu 50 % an der GbR beteiligt.

<sup>24</sup> Vgl. auch die Erlasse zur Anwendung von § 1 Abs. 3a GrEStG vom 9.10.2013, Tz. 5, Beispiel 10.

<sup>25</sup> § 6 Abs. 4 GrEStG steht der hälftigen Befreiung nach § 6 Abs. 2 GrEStG nicht entgegen, weil der Sohn seinen 50 %igen Anteil seit mehr als fünf Jahren innehat. Auch in Bezug auf die zweite Hälfte der nach § 1 Abs. 3a GrEStG angefallenen Grunderwerbsteuer greift eine Befreiungsvorschrift: Im Falle der Schenkung ist § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG anzuwenden; Zweck dieser Vorschrift ist es, die doppelte Belastung eines Lebenssachverhalts mit Grunderwerb- und Erbschaft- bzw. Schenkungsteuer zu vermeiden. Vgl. zum Zweck von § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG zum Beispiel BFH, Urteil vom 23.5.2012, II R 21/10, BStBl II 2012, S. 793 und gleichlautender Erlasse zur Anwendung der §§ 3 und 6 GrEStG in den Fällen des § 1 Abs. 3 GrEStG vom 6.3.2013, BStBl I 2013, S. 773, Tz. 1.

<sup>26</sup> Vgl. oben in Ziffer 1.

<sup>27</sup> Vgl. gleichlautende Erlasse zur Anwendung der §§ 3 und 6 GrEStG in den Fällen des § 1 Abs. 3 GrEStG vom 6.3.2013, BStBl I 2013, S. 773, Tz. 3 Abs. 3 m. w. N. Vgl. ferner Behrens, DStR 2013, S. 2726 ff.

## 8. Anzeigepflichten

Zu beachten ist in dem Zusammenhang die gleichfalls durch das Amtshilferichtlinie-Umsetzungsgesetz erfolgte Ergänzung des § 20 Abs. 2 GrEStG um eine neue Nr. 3. Danach ist einer Anzeige, die sich auf Anteile an einer Gesellschaft bezieht, bei mehreren beteiligten Rechtsträgern eine *Beteiligungsübersicht* beizufügen. Auch wenn diese neue Dokumentationspflicht offensichtlich das Ziel verfolgt, die Finanzämter in den Stand zu versetzen, Fälle einer wirtschaftlichen Anteilsvereinigung im Sinne des § 1 Abs. 3a GrEStG leichter zu identifizieren, ist die Bestimmung ihrem Wortlaut nach nicht auf diese Fälle beschränkt.

Der Notar, der eine Übertragung von Anteilen an einer Grundstückshaltenden Personen- oder Kapitalgesellschaft beurkundet, erfüllt seine ihm obliegende Anzeigepflicht nach § 18 GrEStG grundsätzlich dadurch, dass er eine Anzeige nach amtlich vorgeschriebenem Vordruck erstattet und dem Vordruck eine Abschrift der Urkunde über den Rechtsvorgang beilegt. Der Umfang der vom Notar verlangten Angaben wird dabei durch die Vorgaben des § 20 GrEStG begrenzt, aber nicht erweitert. Nach herrschender Meinung sind deshalb Notare von der Pflicht, der Anzeige an das Finanzamt eine Übersicht über die beteiligten Rechtsträger beizufügen, nicht betroffen.<sup>28</sup> Eine Klarstellung dieser Frage seitens der Finanzverwaltung steht jedoch noch aus.

Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 16 Abs. 2 GrEStG ist jedoch eine ordnungsgemäße Anzeige des Erwerbsvorgangs (§ 16 Abs. 5 GrEStG). Nach der insoweit recht großzügigen BFH-Rechtsprechung sollte es hierbei ausreichen, wenn der Anzeige diejenigen Rechtsvorgänge eindeutig und vollständig entnommen werden können, die den Tatbestand nach § 1 Abs. 2a GrEStG ausgelöst oder zur Tatbestandsverwirklichung beigetragen haben.<sup>29</sup> Die Anzeige müsse nicht die der Gesellschaft gehörenden Grundstücke bezeichnen. Enthält die Anzeige keine oder nur unvollständige Angaben, erlangt das Finanzamt jedoch innerhalb der Anzeigefrist durch eigene Ermittlungen oder von dritter Seite Kenntnis von den Vorgängen, stehe § 16 Abs. 5 GrEStG nach Ansicht des BFH der Anwendung des § 16 Abs. 2 GrEStG nicht entgegen. Auf diese Rechtsprechung reagierte die Finanzverwaltung mit einem Nichtanwendungserlass vom 4.6.2013<sup>30</sup> und regte eine Änderung des Gesetzes an. Nach § 16 Abs. 5 GrEStG in der Fassung nach Änderung durch Art. 26 Nr. 6 des Gesetzes vom 26.6.2013 (sog. „Kroatien-Gesetz“)<sup>31</sup> gelten die Abs. 1 bis 4 des § 16 GrEStG nicht, wenn einer der in § 1 Abs. 2 bis Abs. 3a GrEStG bezeichneten Erwerbsvorgänge rückgängig gemacht wird, der nicht fristgerecht und in allen Teilen vollständig angezeigt (§§ 18 bis 20 GrEStG) war. Diese Regelung gilt nach § 23 Abs. 12 GrEStG rückwirkend für alle Erwerbsvorgänge, die nach dem 30.6.2013 verwirklicht wurden und werden, da nach Auffassung des Gesetzgebers ab der Veröffentlichung des Nichtanwendungserlasses kein Vertrauen der Steuerpflichtigen in die Rechtsprechung des BFH zu schützen gewesen sei.<sup>32</sup>

Deshalb könnte in die Geschäftsanteilsübertragungsurkunde folgender Hinweis für die Beteiligten aufgenommen werden:

<sup>28</sup> Ebenso Ihle, notar 2013, 8.

<sup>29</sup> Vgl. BFH, Urteil vom 18.4.2012, II R 51/11, BStBl II/2013, S. 830 ff.

<sup>30</sup> Vgl. Nichtanwendungserlass vom 4.6.2014, BStBl II/2013, S. 830 ff.

<sup>31</sup> Vgl. sog. Kroatien-Gesetz, BGBl I/2013, S. 1809 ff.

<sup>32</sup> Vgl. Loose, DWS-Verlag, Merkblatt 9, 2014, S. 6.

**Formulierungsvorschlag:**

„Der Notar hat die Beteiligten auf die Steuertatbestände des § 1 Abs. 2, Abs. 3 und Abs. 3a GrEStG hingewiesen, die auch in Fällen einer mittelbaren wirtschaftlichen Anteilsvereinigung zu einer Grunderwerbsteuerpflicht führen können. Der Notar hat den Beteiligten geraten, den beurkundeten Rechtsvorgang selbst gegenüber den zuständigen Finanzämtern anzuzeigen und bei mehreren beteiligten Rechtsträgern – entsprechend den Vorgaben des § 20 Abs. 2 Nr. 3 GrEStG – zusätzlich eine Beteiligungsübersicht beizufügen.“<sup>33</sup>

## V. Unterschiedliche Bewertung eines Wohnungsrechts bei der Schenkungsteuer und der Grunderwerbsteuer

Nach einem Urteil des BFH vom 20.11.2013<sup>34</sup> kann bei der Schenkung eines Grundstücks unter Vorbehalt eines Wohnungsrechts der für die Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer maßgebliche Kapitalwert des Wohnungsrechts höher sein als der Kapitalwert, mit dem das Wohnungsrecht bei der Schenkungsteuer bereicherungsmindernd berücksichtigt wird.

Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Schenker S übertrug mit notariell beurkundetem Vertrag ein Grundstück auf den mit ihm nicht verwandten Beschenkten B, wobei sich S ein unentgeltliches Wohnungsrecht auf Lebenszeit vorbehielt. Bei der Bemessung der Schenkungsteuer wurde die Einräumung des Wohnungsrechts an S als bereicherungsmindernde Auflage mit einem Wert von 98.110 € berücksichtigt. Anders als die Vorinstanz,<sup>35</sup> nach deren Ansicht der Kapitalwert eines Wohnungsrechtes bei der Grunderwerbsteuer nur in der Höhe anzusetzen sei, in welcher dieser tatsächlich bei der Schenkungsteuer abgezogen werden könne, entschied der BFH, dass nach § 17 Abs. 3 Satz 2 BewG die Kappungsgrenze des § 16 BewG im Grunderwerbsteuerrecht keine Anwendung finde. Auch lasse sich aus § 3 Nr. 2 GrEStG weder verfahrensrechtlich noch materiellrechtlich ableiten, dass eine Schenkung unter Auflage nur insoweit der Grunderwerbsteuer unterliege, als der Wert der Auflage bei der Schenkungsteuer abziehbar sei.

Nach dieser Entscheidung des BFH kann es folglich bei Grundstücksschenkungen unter Vorbehalt eines Wohnungs- oder Nießbrauchsrechtes zumindest partiell zu einer Doppelbelastung mit Schenkung- und Grunderwerbsteuer kommen. Soweit Erwerbe natürlich aus anderen Gründen von der Grunderwerbsteuer befreit sind (zum Beispiel Schenkungen zwischen Ehegatten oder Verwandten in gerader Linie, vgl. § 3 Nr. 4 bzw. Nr. 6 GrEStG) kommt es naturgemäß nicht zu einer Doppelbelastung. Betroffen sein können jedoch Grundstückszuwendungen an Geschwister, Nichten, Neffen oder Nichtverwandte, da hier keine persönlichen Steuerbefreiungen im Grunderwerbsteuerrecht existieren. Hier kommt es folglich zu einer Doppelbesteuerung in dem Umfang, in welchem der Wert der Nutzungs- oder Duldungsaufgabe nach dem unbegrenzten Jahreswert von dem nach § 16 BewG auf den 18,6ten Teil des Grundstückswerts begrenzten Jahreswert abweicht.

<sup>33</sup> Der Formulierungsvorschlag ist übernommen von *Ihle*, notar 2013, 379.

<sup>34</sup> Vgl. BFH, Urteil vom 20.11.2013, II R 38/12, DStR 2014, 369 ff.

<sup>35</sup> Vgl. Niedersächsisches FG, Urteil vom 7.3.2012, 7 K 105/11, DStRE 2013, 939 ff.

Das nachstehende Rechenbeispiel soll die Konsequenzen der BFH-Entscheidung veranschaulichen.<sup>36</sup>

**Beispiel:**

Der siebzigjährige O möchte seinem Neffen N im Jahr 2014 die von ihm selbst genutzte Immobilie (Wert 500.000 €) übertragen und sich ein lebenslanges Wohnrecht vorbehalten. Der ungekürzte Jahreswert des Wohnungsrechtes beträgt 30.000 €. Der Höchstwert gemäß § 16 BewG beläuft sich auf ca. 26.882 € (500.000 € : 18,6).

**Lösung:**

Der Wert des Wohnungsrechts hängt von dessen Jahreswert und der statistischen Lebenserwartung des O ab. Als Vervielfältiger für einen siebzjährigen Mann ist dabei ein Faktor von 9,801 anzusetzen. Das Wohnungsrecht hat danach einen schenkungsteuerlichen Kapitalwert von 26.882 € x 9,801 = ca. 263.470 €. Der steuerpflichtige Erwerb des N beläuft sich auf 500.000 € (= Steuerwert des Grundstücks) abzüglich 263.470 € (= Kapitalwert des Wohnungsrechtes), also somit auf 236.530 €, abgerundet auf volle 100 € (§ 10 Abs. 1 Satz 6 ErbStG), also auf somit 236.500 €. An Schenkungsteuer würde nach Abzug des persönlichen Freibetrages gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 5 ErbStG von 20.000 € und Multiplikation mit dem Steuersatz von 20 % ein Betrag von 43.300 € anfallen.

Zur Ermittlung der Grunderwerbsteuer müsste der Wert des bei der Schenkungsteuer abziehbaren Wohnungsrechts mit dem ungekürzten Jahreswert, d. h. mit 30.000 € angesetzt werden. An Grunderwerbsteuer würden somit zusätzlich 30.000 € x 9,801 x zum Beispiel Steuersatz 5 % = 14.701,50 € festgesetzt werden.

Wäre die Grunderwerbsteuer dagegen auf der Basis des Höchstbetrages nach § 16 BewG zu ermitteln, würde diese nur 26.882 € x 9,801 x 5 % = 13.173,50 € betragen. Daraus ergibt sich als Folge der BFH-Entscheidung in dem vorstehenden Fall eine Mehrbelastung (= Doppelbesteuerung) in Höhe von 1.628 € (= Differenz zwischen 14.801,50 € und 13.173,50 €).

Der Jahreswert eines Wohnrechtes wird somit bei der Schenkungsteuer gesetzlich begrenzt auf höchstens den Betrag, der sich ergibt, wenn man den Grundstückswert durch 18,6 teilt. Diese gesetzliche Begrenzung auf einen Höchstbetrag gilt nach der BFH-Entscheidung nicht für die Berechnung des Wertes des Wohnrechtes für Zwecke der Grunderwerbsteuer. Dies hat also zur Konsequenz, dass der Wert des Wohnrechtes bei der Grunderwerbsteuer höher sein kann als der Wert, der bei der Berechnung der Schenkungsteuer abzuziehen ist.

## VI. Wegfall der Grunderwerbsteuerbefreiung für eine Grundstückseinbringung bei anschließendem Formwechsel

Geht ein Grundstück von einer Gesamthand auf eine andere Gesamthand (ggf. nach § 1 Abs. 2a GrEStG auch nur fiktiv) über, wird bei Identität der Beteiligungsverhältnisse die Steuer nach § 6 Abs. 3 Satz 1 GrEStG nicht erhoben. Vermindert sich die Höhe des Anteils einer im Zeitpunkt des Grundstücksübergangs an der grundstückserwerbenden Gesamthand beteiligten Person innerhalb von fünf Jahren dadurch, dass diese über ihren Anteil zugunsten ihres Ehegatten oder eines Verwandten in gerader Linie oder durch freigebige Zuwendung unter Lebenden im Sinne des § 7 Abs. 1 ErbStG verfügt, wirkt sich dies im Hinblick auf § 3 Nr. 4, Nr. 6 und Nr. 2 GrEStG auf die Nichterhebung der Steuer nicht aus,

<sup>36</sup> Das Beispiel ist übernommen von *Ihle*, notar 2014, 137.

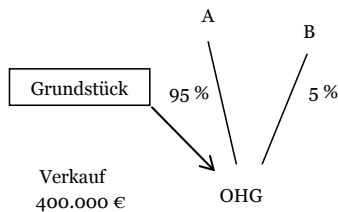


soweit die begünstigten Personen ihrerseits die Beteiligung an der Gesamthand im Sinne des § 6 Abs. 3 Satz 2 GrEStG unvermindert über den Zeitraum von fünf Jahren aufrechterhalten. Geht die gesamthänderische Mitbeteiligung der an der Grundstückserwerbenden Gesamthand beteiligten Personen innerhalb von fünf Jahren nach dem (unter Umständen auch nur fiktiven) Grundstücksübergang durch eine formwechselnde Umwandlung in eine Kapitalgesellschaft verloren, entfallen allerdings die Voraussetzungen für die Nichterhebung der Grunderwerbsteuer rückwirkend.<sup>37</sup> Durch den Formwechsel von der Personen- in die Kapitalgesellschaft vermindern sich die Anteile der bisherigen Gesellschafter an der Gesamthand auf Null, da das Grundstück fortan einer Kapitalgesellschaft zuzurechnen ist. Damit seien laut Auffassung des BFH die Voraussetzungen für die Nichterhebung der Grunderwerbsteuer beim Einbringungsvorgang rückwirkend nicht mehr erfüllt (§ 5 Abs. 3 bzw. 6 Abs. 3 Satz 2 GrEStG).

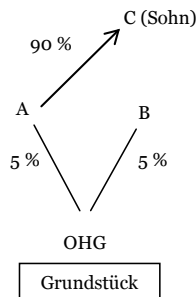
#### Beispiel:

An der AB-OHG sind A zu 95 % und B zu 5 % beteiligt. A veräußert an die OHG ein Grundstück zum Preis von 400.000 €. Zwei Jahre später überträgt A 90 % seiner OHG-Anteile auf seinen Sohn C. Ein weiteres Jahr später wird die OHG formwechselnd umgewandelt in eine GmbH.

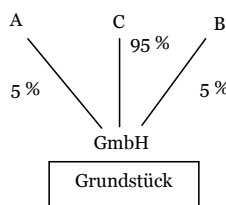
Jahr 01: Verkauf des Grundstücks



Jahr 03: Geschäftsteilabtretung an den Sohn C



Jahr 04: Formwechsel in eine GmbH



#### Lösung:

Für den Kaufvertrag ist die Grunderwerbsteuer wegen § 5 Abs. 2 GrEStG nur aus 20.000 € zu erheben (= 5 % Beteiligungsquote des B).

Verringert A nunmehr innerhalb von fünf Jahren nach der Grundstücksübertragung seine Beteiligung durch Übertragung von 90 % der Geschäftsanteile an C, so wäre die Steuer von dem anteiligen Kaufpreis von 360.000 € (= 90 %) nach § 5 Abs. 3 GrEStG nachträglich zu bemessen. Weil C aber Sohn des A ist, erfolgt keine Nachbesteuerung im Hinblick auf § 3 Nr. 6 GrEStG, soweit der Begünstigte seinerseits die Beteiligung an der Gesamthand im Sinne von § 6 Abs. 3 Satz 2 GrEStG unvermindert über den Restzeitraum von fünf Jahren aufrechterhält. Da jedoch durch den heterogenen Formwechsel in die Kapitalgesellschaft die gesamthänderische Mitbeteiligung der an der grundstückserwerbenden Gesamthand beteiligten Personen innerhalb von fünf Jahren nach dem Grundstücksübergang verloren geht, entfallen die Voraussetzungen für die Nichterhebung der Grunderwerbsteuer rückwirkend. Durch den Formwechsel von der Personen- in die Kapitalgesellschaft vermindern sich die Anteile der bisherigen Gesellschafter an der Gesamthand auf Null, da das Grundstück fortan einer Kapitalgesellschaft zuzurechnen ist. Damit sind nach Auffassung des BFH die Voraussetzungen für die Nichterhebung der Grunderwerbsteuer beim Einbringungsvorgang rückwirkend nicht mehr erfüllt (§ 5 Abs. 3 bzw. § 6 Abs. 3 Satz 2 GrEStG). Folglich wird der Verkauf des Grundstücks aufgrund des Formwechsels innerhalb der Fünf-Jahres-Frist komplett besteuert (also i. H. v. 100 %). Hätte A das Grundstück von vornherein an eine GmbH veräußert, hätte auch kein Befreiungstatbestand existiert.

## VII. Änderung des § 6a GrEStG durch das Amtshilferichtlinie-Umsetzungsgesetz

Durch das AmtshilfeRLUmsG ist § 6a GrEStG mit Wirkung ab dem 7.6.2013 dahingehend erweitert worden, dass nun auch der Tatbestand des § 1 Abs. 3a GrEStG sowie (als Rechtsvorgänge) auch Einbringungen sowie andere Erwerbsvorgänge auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage begünstigungsfähig sind. Statt die gleichlautenden Länder-Erlasse vom 19.6.2012 insgesamt zu überarbeiten und an die vom Gesetzgeber neu aufgenommenen Tatbestandsmerkmale anzupassen, haben die Obersten Finanzbehörden der Länder am 9.10.2013 sehr knapp gehaltene Ergänzungs-Erlasse beschlossen.<sup>38</sup> Darin wird lediglich geregelt,

- dass die Grundsätze zur Anwendung des § 6a GrEStG in den Fällen des § 1 Abs. 3 GrEStG für Erwerbsvorgänge im Sinne des § 1 Abs. 3a GrEStG entsprechend gelten,
- „die Einbringung von Grundstücken – mit Ausnahme der Fälle der Gesamtrechtsnachfolge – § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG unterliege und damit nicht vom Anwendungsbereich des § 6a GrEStG erfasst“ sei,
- die in § 6a Sätze 3 und 4 GrEStG normierten Voraussetzungen für alle begünstigungsfähigen Rechtsvorgänge zu beachten seien und
- diese Anweisungen für Erwerbsvorgänge gelten, die nach dem 6.6.2013 verwirklicht würden.<sup>39</sup>

### 1. Begünstigungsfähige Tatbestände und begünstigungsfähige Rechtsvorgänge

Nach § 6a GrEStG befreit können – zumindest soweit es um übertragende Umwandlungen im Sinne von § 1 Abs. 1 bis 3 UmwG geht – nur solche Rechtsvorgänge sein, die die Tatbestände in § 1 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2, 2a, 3 oder Abs. 3a GrEStG

<sup>38</sup> Vgl. BStBl I 2013, S. 1375.

<sup>39</sup> Unter Hinweis auf § 23 Abs. 11 GrEStG.

<sup>37</sup> Vgl. BFH, Urteil vom 25.9.2013, DStR 2014, S. 32 ff.

erfüllen.<sup>40</sup> Gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 UmwG können Rechtsträger mit Sitz im Inland umgewandelt werden

- durch Verschmelzung,
- durch Spaltung (Aufspaltung, Abspaltung, Ausgliederung) und
- durch Vermögensübertragung.

Übertragende Umwandlungsvorgänge im Sinne von § 1 Abs. 1 bis 3 UmwG sind auch insoweit begünstigungsfähig, als sie auf Landesrecht beruhen.<sup>41</sup> Begünstigungsfähig sind zudem übertragende Umwandlungen von SE und SCE sowie grenzüberschreitende Umwandlungen von Gesellschaften aus verschiedenen Mitgliedsstaaten.<sup>42</sup> Vom Tatbestandsmerkmal „Umwandlung“ in § 6a Satz 1 GrEStG nicht erfasst ist der Formwechsel im Sinne von §§ 1 Abs. 1 Nr. 4, 190 ff. UmwG.<sup>43</sup>

Seit dem 7.6.2013 sind neben übertragenden Umwandlungen im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 UmwG auch Einbringungen und andere Erwerbsvorgänge auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage nach § 6a GrEStG begünstigungsfähig. Diese Merkmale sind meines Erachtens ebenso auszulegen wie in § 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GrEStG:<sup>44</sup>

- Einbringungen sind solche Rechtsvorgänge, durch die ein Gesellschafter ein Grundstück zur Erfüllung einer Sacheinlageverpflichtung<sup>45</sup> oder zur Erfüllung einer Beitragspflicht<sup>46</sup> auf eine Gesellschaft überträgt.
- Andere Erwerbsvorgänge auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage sind solche Erwerbsvorgänge, die die Gesellschafterstellung des beteiligten Gesellschafters und damit das Gesellschaftsverhältnis in rechtlicher Hinsicht beeinflussen.<sup>47</sup> Die erforderliche Veränderung der Gesellschafterstellung des beteiligten Gesellschafters in rechtlicher Hinsicht<sup>48</sup> ist gegeben bei
  - der Übertragung eines Grundstücks oder von Gesellschaftsanteilen an einer grundbesitzenden Gesellschaft auf einen oder mehrere Gesellschafter im Zuge der Auflösung einer Gesellschaft,
  - bei der Anwachsung auf den „letzten Gesellschafter“,<sup>49</sup>
  - Aufstockung der Beteiligungsquote,
  - Verminderung der Beteiligungsquote sowie
  - Sachkapitalerhöhung.

**40** Dass auch bei Einbringungen und anderen Erwerbsvorgängen auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage nur die Fälle von § 1 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2, 2a, 3 oder Abs. 3a GrEStG befreit sein können, ergibt sich zwar nicht zwingend aus dem Gesetz, ist jedoch Verwaltungsansicht; vgl. Erlasse vom 9.10.2013 betr. § 6a GrEStG n. F., BStBl I 2013, S. 1375.

**41** Vgl. *Viskorf in Boruttau*, 17. Aufl. 2011, § 6a GrEStG Rdnr. 18.

**42** Vgl. *Viskorf in Boruttau*, § 6a GrEStG Rdnr. 23 und 25.

**43** Für den Fall, dass der Formwechsel Grunderwerbsteuer nach § 1 Abs. 3 Nr. 2 GrEStG auslöst, sollte m. E. jedoch die Fallgruppe „anderer Erwerbsvorgang auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage“ einschlägig sein.

**44** Vgl. zum Beispiel auch *Wischoff/Keller/Graessner*, NWB 44/2013, 3460, 3461; so wohl auch *Fleischer*, StuB 20/2013, 765, 769.

**45** Zum Beispiel nach § 27 AktG oder nach § 5 Abs. 4 GmbHG oder nach § 5 Abs. 4 GmbHG.

**46** Vgl. § 706 BGB.

**47** Vgl. *Viskorf in Boruttau*, § 8 GrEStG Rdnr. 74.

**48** Vgl. BFH, Beschluss vom 26.2.2003, II B 54/02, BStBl II 2003, S. 483.

**49** Nicht jedoch im Falle der Anwachsung auf einen Rechtsträger, der bisher nicht Gesellschafter der endenden Personengesellschaft gewesen ist.

## 2. Einbringungen und andere Erwerbsvorgänge auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage

Zu beachten ist, dass die Einbringung von Grundstücken und auch die Übertragung von Grundstücken auf einen oder mehrere Gesellschafter im Zuge der Auflösung der Gesellschaft den Tatbestand von § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG auslösen und nach Verwaltungsansicht § 6a GrEStG Vorgänge nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG in keinem Falle von der Grunderwerbsteuer befreit.<sup>50</sup>

Der ursprüngliche Wortlaut des § 6a Satz 1 GrEStG legte nahe, dass – entgegen der Verwaltungsansicht – Einbringungen und andere Erwerbsvorgänge auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage nach § 6a GrEStG von der Grunderwerbsteuer befreit sein können, auch wenn durch die Einbringung bzw. den anderen Erwerbsvorgang auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage im ersten Halbsatz von Satz 1 des § 6a GrEStG nicht genannte Tatbestände von § 1 GrEStG verwirklicht sind (Verwendung des Worts „aufgrund“ einerseits und des Worts „bei“ andererseits). Auch aus der amtlichen Überschrift von § 6a GrEStG („Steuervergünstigungen bei Umstrukturierungen im Konzern“) ließ sich kein Argument für die Ansicht der Finanzverwaltung ableiten, dass auch bei Einbringungen und den anderen Erwerbsvorgängen auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage nur die in § 1 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2, 2a, 3 und Abs. 3a GrEStG genannten Rechtsvorgänge befreit sein könnten.

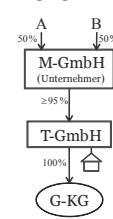
Auf diese redaktionelle Ungenauigkeit hat der Gesetzgeber inzwischen reagiert, indem er das Wort „bei“ aus dem Tatbestand des § 6a GrEStG entfernt hat, so dass nunmehr die Auffassung der Finanzverwaltung zumindest durch den Wortlaut des Gesetzes abgedeckt wird.<sup>51</sup>

## 3. Verhältnis der §§ 5, 6 GrEStG und § 6a GrEStG (Tz. 7 Erlass vom 19.6.2012)

Die Finanzverwaltung bestätigt, dass die Steuervergünstigungen nach §§ 5, 6 GrEStG einerseits und § 6a GrEStG andererseits gleichrangig nebeneinander bestehen. Fallen die Voraussetzungen für die Begünstigung nach einer der Vorschriften nachträglich weg, bedeutet dies nicht automatisch, dass auch die in der jeweils anderen Vorschrift vorgesehenen Begünstigung nicht mehr anwendbar ist. Vielmehr ist jede Begünstigungsvorschrift unabhängig von der jeweils anderen eigenständig zu prüfen. Dies soll verdeutlicht werden anhand des folgenden

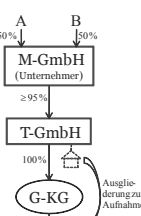
### Beispiels:

Ausgangsstruktur:



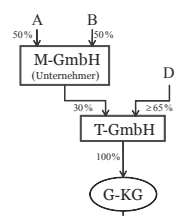
Die Ausgangsstruktur besteht seit mindestens fünf Jahren.

Jahr 01:



Die T-GmbH gliedert ihr Grundstück auf die G-KG aus, an der sie vermögensmäßig zu 100% beteiligt ist.

Jahr 04:



Die M-GmbH verringert ihre Beteiligung an der T-GmbH auf unter 95%.

**50** Vgl. gleichlautende Erlasse der Obersten Finanzbehörden der Länder zur Änderung von § 6a GrEStG durch das AmtshilfeRLUMsG vom 9.10.2013: „Die Einbringung von Grundstücken unterliegt – mit Ausnahme der Fälle der Gesamtrechtsnachfolge – § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG und ist damit nicht vom Anwendungsbereich des § 6a GrEStG erfasst.“

**51** Vgl. das sog. Kroatien-Anpassungsgesetz vom 25.7.2014, BGBl I/2014, S. 1266 ff.

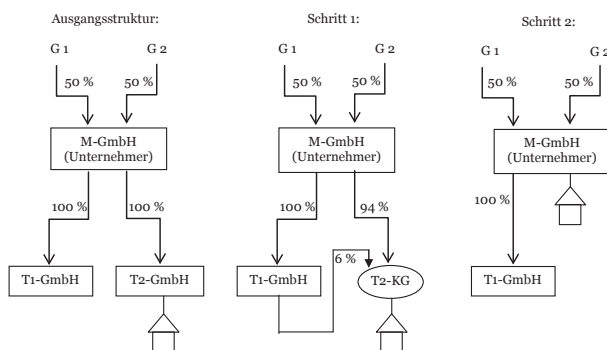


Die nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG im Jahr 01 durch die Eintragung der Ausgliederung des Grundstücks zur Aufnahme auf die G-KG ausgelöste Grunderwerbsteuer bleibt unerhoben. Dies folgt sowohl aus § 6a GrEStG als auch – wegen der vermögensmäßigen 100 %-Beteiligung der T-GmbH an der G-KG – aus § 5 Abs. 2 GrEStG. Dadurch, dass die M-GmbH ihre Beteiligung an der T-GmbH im Jahr 04 – d. h. vor Ablauf der fünfjährigen Nachbehaltensfrist im Sinne von § 6a Satz 4 GrEStG – auf 30 % reduziert, fällt die Befreiung gemäß § 6a GrEStG nach Verwaltungsansicht rückwirkend weg. Dennoch kommt es nicht zur nachträglichen Festsetzung von Grunderwerbsteuer auf den durch Eintragung der Ausgliederung im Jahr 01 bewirkten Grundstückübergang auf die G-KG. Denn die Befreiung nach § 5 Abs. 2 GrEStG besteht fort. Dem ist zuzustimmen, weil die Systematik und der Wortlaut des Gesetzes keiner dieser Befreiungsvorschriften den Rang als *lex specialis* einräumen.

#### 4. Neue Möglichkeit grunderwerbsteuerneutraler Umstrukturierungen

Die Ergänzung von § 6a Satz 1 GrEStG um Einbringungen sowie andere Erwerbsvorgänge auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage erweitern die Möglichkeiten zu grunderwerbsteuerneutralen konzerninternen Umstrukturierungen. Dies soll anhand des folgenden Beispiels verdeutlicht werden:

Die seit mehr als fünf Jahren umsatzsteuerlich als Unternehmerin tätige M-GmbH, deren Anteile hälftig von G 1 und G 2 gehalten werden, ist Alleingeschäftlerin der T1-GmbH sowie der grundbesitzenden T2-GmbH. Die T2-GmbH soll beendet und deren Geschäftsbetrieb samt Grundstücken von der M-GmbH übernommen und fortgeführt werden. Würde die T2-GmbH auf die M-GmbH verschmolzen, fiel die Grunderwerbsteuer nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG an. Auf Grundlage der Verwaltungsansicht stünde die Befreiung nach § 6a GrEStG dennoch nicht zur Verfügung, weil die Verschmelzung der T2-GmbH auf die M-GmbH zur Beendigung des Verbunds, d. h. zur Nicht-Wahrung der nachgelagerten Fünf-Jahres-Mindest-Haltefrist im Sinne von § 6a Satz 4 GrEStG führt.<sup>52</sup> Statt der Verschmelzung der T2-GmbH auf die M-GmbH kommt es in Betracht, die T2-GmbH identitätswahrend gemäß §§ 190 ff. UmwG in eine KG umzuwandeln und anschließend das Vermögen der KG durch Anwachsung auf die M-GmbH zu übertragen:



Die Ausgangsstruktur besteht unverändert seit mindestens fünf Jahren.

<sup>52</sup> Vgl. gleichlautende Länder-Erlasse zur Anwendung von § 6a GrEStG vom 22.6.2011, Tz. 2.1: „Der für den jeweiligen Umwandlungsvorgang zu bestimmende Verbund besteht aus dem herrschenden Unternehmen und der oder den am Umwandlungsvorgang beteiligten abhängigen Gesellschaft(en) sowie den dieses Beteiligungsverhältnis vermittelnden abhängigen Gesellschaften. Der Umwandlungsvorgang, durch den der Verbund begründet oder beendet wird, ist nicht begünstigt. Spiegelbildlich liegt kein begünstigungsfähiger Vorgang vor, wenn die letzte am Umwandlungsvorgang beteiligte abhängige Gesellschaft auf das herrschende Unternehmen verschmolzen wird.“

Der Formwechsel der T2-GmbH in eine KG ist grunderwerbsteuerrechtlich irrelevant; auch § 1 Abs. 3 GrEStG wird nicht erfüllt, weil die Anteile an der T2-GmbH bereits zuvor in der M-GmbH vereinigt waren.<sup>53</sup> Dass die M-GmbH bis zur Eintragung des Formwechsels im Handelsregister am Kapital der T2-GmbH beteiligt war und durch die Eintragung des Formwechsels erstmalig (teils unmittelbar, teils mittelbar über die T1-GmbH) eine Beteiligung i. H. v. mindestens 95 % am Vermögen der T2-KG erwirbt, erfüllt den Tatbestand von § 1 Abs. 3a GrEStG nicht.

Scheidet die T1-GmbH anschließend aus der T2-KG aus, erwirbt die M-GmbH das Vermögen der T2-KG einschließlich der inländischen Grundstücke durch Erwerbsvorgang auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage.<sup>54</sup> An diesem Erwerbsvorgang beteiligt sind die T2-KG als übertragender Rechtsträger und die M-GmbH als Erwerberin.<sup>55</sup> An diesem Erwerbsvorgang sind ausschließlich das herrschende Unternehmen (M-GmbH) und eine von diesem abhängige Gesellschaft (T2-KG) beteiligt. Infolge des Formwechsels der T2-GmbH in eine KG, an der die T1-GmbH als Komplementärin beteiligt ist, wird die T1-GmbH zum Mitglied des für den Erwerbsvorgang auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage zu bestimmenden Verbunds. Unter der Voraussetzung, dass die M-GmbH eine Beteiligung i. H. v. mindestens 95 % an der T1-GmbH nach dinglichem Wirksamwerden der Anwachsung für mindestens fünf weitere Jahre in ihrem unternehmerischen Bereich hält, bleibt die durch die Anwachsung nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG ausgelöste Grunderwerbsteuer endgültig unerhoben.

#### 5. Erste Rechtsprechung zu § 6a GrEStG

Darüber hinaus liegt inzwischen erste Rechtsprechung zu § 6a GrEStG vor.

Nach einem Urteil des FG Münster vom 15.11.2013<sup>56</sup> sei § 6a GrEStG nicht anwendbar, wenn eine GmbH auf ihren Alleingeschäftler verschmolzen werde, der die Gesellschaftsanteile im Privatvermögen halte. Nach dem Urteil seien „herrschende Rechtsträger“, die keine Unternehmer sind, weil sie die Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 UStG nicht erfüllen, nicht vom Anwendungsbereich des § 6a GrEStG erfasst. Das FG Münster schließt sich somit der herrschenden Meinung an, wonach eine natürliche Person kein herrschendes Unternehmen im Sinne der Befreiungsvorschrift sein könne, wenn sich die Beteiligung an der abhängigen Gesellschaft im Privatvermögen der natürlichen Person befinde. In diesem Fall fehle es an der erforderlichen Unternehmereigenschaft.<sup>57</sup>

Nach einem Beschluss des FG Berlin-Brandenburg vom 15.4.2013<sup>58</sup> sei unter der Beteiligung am Gesellschaftsvermögen

<sup>53</sup> Folgt auf die unmittelbare Anteilsvereinigung die teils unmittelbare, teils mittelbare Beteiligung (hier in Bezug auf den 6 %igen Komplementäranteil über die T1-GmbH), wird der Tatbestand von § 1 Abs. 3 GrEStG nicht erfüllt. Auch § 1 Abs. 3a GrEStG wird nicht erfüllt, weil die M-GmbH bereits zuvor in Höhe von mindestens 95 % (hier i. H. v. 100 %) am Kapital der T2-GmbH beteiligt war.

<sup>54</sup> Die Gesellschafterstellung der M-GmbH und der T1-GmbH in der T2-KG verändern sich in rechtlicher Hinsicht, weil sie beendet werden.

<sup>55</sup> A. A. *Wischott/Keller/Graessner*, NWB 44/2013, 3460, 3467.

<sup>56</sup> Vgl. FG Münster, Urteil vom 15.11.2013, UVR 2014, 72 ff.

<sup>57</sup> Ebenso gleichlautende Erlasse der Obersten Finanzbehörden der Länder vom 1.12.2010, BStBl I 2010, S. 1321 und vom 22.6.2011, BStBl I 2011, S. 673 sowie vom 19.6.2012, BStBl I 2012, S. 665; ebenso *Schanko*, UVR 2012, 336 ff.

<sup>58</sup> Vgl. FG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 15.4.2013 (rechtskräftig), DStRE 2013, 1314 ff.

gen im Sinne von § 6a Satz 4 GrEStG die verhältnismäßige dingliche Mitberechtigung am Vermögen zu verstehen. Sofern die Gesellschafter ihre Beteiligungsverhältnisse von vornherein – unabhängig von den künftigen Einlagen und Entnahmen der einzelnen Gesellschafter (hier: dargestellt auf dem Kapitalkonto II) – durch unveränderliche feste Kapitalanteilsbeträge (hier: dargestellt auf dem Kapitalkonto I) festgelegt hätten, sei für die Beteiligung am Gesellschaftsvermögen nur auf das Kapitalkonto I abzustellen. Auch dieser Beschluss dürfte der herrschenden Meinung entsprechen.

### VIII. Einheitlicher Erwerbsgegenstand

Nach einem Urteil des BFH vom 19.6.2013<sup>59</sup> liegt ein einheitlicher, auf den Erwerb des bebauten Grundstücks gerichteter Erwerbsvorgang bei Auftreten mehrerer Personen auf Veräußererseite u. a. auch dann vor, wenn die Personen durch ihr abgestimmtes Verhalten auf den Abschluss des Grundstückskaufvertrages und die Verträge, die der Bebauung des Grundstücks dienen, hinwirken, auch wenn dies der Erwerber nicht erkannt hatte.

Dem BFH-Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Zwischen dem Verkäufer eines Bauplatzgrundstückes und dem Bauunternehmer, der nach dem Kauf vom Käufer mit der Errichtung eines Gebäudes auf diesem Grundstück beauftragt wurde, bestand – offenbar ohne Kenntnis des Käufers – eine Provisionsabrede. Das Finanzamt bezog aus diesem Grund die Bauleistung in die Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer ein.

#### Lösung:

Der BFH hat – abweichend von der Vorinstanz – die Auffassung des Finanzamtes bestätigt. Zur Annahme eines einheitlichen Erwerbsgegenstandes sei es nötig, dass vor Abschluss des Kaufvertrages ein Angebot für Kauf- und Bauleistungen vorliege, das vom Käufer später – nicht zwingend in einem Schritt – so oder mit kleineren Veränderungen angenommen werde. Sind Verkäufer und Bauunternehmer verschiedene Personen, sei zusätzlich erforderlich, dass diese miteinander verbunden sind oder sich abgestimmt verhalten. Nicht erforderlich sei allerdings – anders als zum Beispiel im Urteil vom 27.10.1999,<sup>60</sup> dass dieser Umstand dem Erwerber bekannt war.<sup>61</sup>

Die Rechtsprechung zum einheitlichen Erwerbsvorgang zieht, den Angriffen des FG Niedersachsen<sup>62</sup> zum Trotz, immer weitere Kreise und erfasst folglich nunmehr auch Fälle, in denen der Käufer guten Gewissens davon ausgehen konnte, alles richtig gemacht zu haben, weil ihm eine Innenprovisionsabrede zwischen Verkäufer und Bauunternehmer verschwiegen wurde. Folgende Formulierung im Kaufvertrag könnte dem Käufer hier zumindest einen Schadensersatzanspruch gegen den Verkäufer verschaffen:<sup>63</sup>

„Der Käufer plant nach seiner Erklärung auf dem Vertragsgrundstück die Errichtung eines Gebäudes auf der Grundlage

eines ihm bereits vorliegenden Angebotes der Firma X-Bau GmbH. Der Verkäufer versichert hiermit, dass er mit der Firma X-Bau GmbH in keiner Weise verbunden ist und dass bezüglich des vertragsgegenständlichen Grundstücks und der vorbezeichneten Bauleistung zwischen dem Verkäufer und der X-Bau GmbH kein abgestimmtes Verhalten vorliegt.“

Für das Vorliegen eines einheitlichen Vertragswerks kommt es nach der neuen Rechtsprechung folglich nur noch darauf an, dass Grundstücksverkäufer und Bauunternehmer objektiv zusammenwirken. Das Zusammenwirken muss dem Erwerber nicht bekannt sein.

### IX. Aktuelle Grunderwerbsteuersätze

Von der Befugnis zur Bestimmung des Steuersatzes bei der Grunderwerbsteuer nach Art. 105 Abs. 2a Satz 2 GG hat als erstes Bundesland *Berlin* Gebrauch gemacht und die Grunderwerbsteuer mit Wirkung zum 1.1.2007 auf 4,5 % erhöht.<sup>64</sup> Zwischenzeitlich haben bis auf Bayern und Sachsen alle Bundesländer den Grunderwerbsteuersatz erhöht.

Derzeit gelten in Deutschland folgende Grunderwerbsteuersätze:

Bundesland	Steuersatz <sup>65</sup>	Geltung ab
Baden-Württemberg	5,0 %	5.11.2011
Bayern	3,5 %	–
Berlin <sup>66</sup>	6,0 %	1.1.2014
Brandenburg	5,0 %	1.1.2011
Bremen	5,0 %	1.1.2014
Hamburg	4,5 %	1.1.2009
Hessen	6,0 %	1.8.2014
Mecklenburg-Vorpommern	5,0 %	1.7.2012
Niedersachsen	5,0 %	1.1.2014
Nordrhein-Westfalen	6,5 %	1.1.2015
Rheinland-Pfalz	5,0 %	1.3.2012
Saarland <sup>68</sup>	5,5 %	1.1.2013
Sachsen	3,5 %	–
Sachsen-Anhalt	5,0 %	1.3.2012
Schleswig-Holstein	6,5 %	1.1.2014
Thüringen	5,0 %	7.4.2011

<sup>64</sup> Vgl. „Gesetz über die Festsetzung der Hebesätze für die Realsteuern für die Kalenderjahre 2007 bis 2011 und des Steuersatzes für die Grunderwerbsteuer“, verkündet am 30.12.2006 im Gesetz- und Verordnungsblatt für Berlin, GVBl Berlin 2006, S. 1172. Ob der erhöhte Steuersatz auch bei Erwerbsvorgängen i. S. d. § 1 Abs. 2a GrEStG gilt, wenn ein Teil der Gesellschafterwechsel noch vor Anhebung des Steuersatzes und ein Teil der Gesellschafterwechsel erst danach erfolgte, ist bisher nicht abschließend geklärt; vgl. ablehnend *Halaczinsky*, NWB 2008, Fach 8, S. 1592 ff.

<sup>65</sup> Eine Übersicht über die aktuellen Grunderwerbsteuersätze findet sich auch auf der Internetseite des DNotI unter [www.dnoti.de/doc/2012/grunderwerbsteuersaetze.pdf](http://www.dnoti.de/doc/2012/grunderwerbsteuersaetze.pdf).

<sup>66</sup> Diskutiert wird eine nochmalige Erhöhung ggf. auf 7 %.

<sup>67</sup> Diskutiert wird eine nochmalige Erhöhung ggf. auf 6,5 %.

<sup>59</sup> Vgl. BFH, Urteil vom 19.6.2013, DStRE 2013, 1456 ff.

<sup>60</sup> Vgl. BFH, Urteil vom 27.10.1999, II R 3/97.

<sup>61</sup> Nach Aussage des Vizepräsidenten des BFH, Herrn *Viskorf*, anlässlich der Jahresarbeitstagung des Notariats – einer Veranstaltung des Deutschen Notarinstitutes – sei allerdings objektive Erkennbarkeit für den Steuerpflichtigen erforderlich.

<sup>62</sup> Vgl. neuerdings wieder Niedersächsischen FG, Urteil vom 20.3.2013, DStRE 2014, 481 ff.

<sup>63</sup> Die Formulierung ist übernommen von *Wartenburger*, Steuern im Notariat 2014, S. 11.

## X. Rückgängigmachung eines Erwerbsvorgangs nach § 16 GrEStG

### 1. Vertragsaufhebung und Weiterveräußerung in einer Urkunde

Werden die Aufhebung des ursprünglichen Kaufvertrages und die Weiterveräußerung des Grundstücks in einer einzigen Vertragsurkunde zusammengefasst, hat der Ersterwerber die Möglichkeit, die Aufhebung des ursprünglichen Kaufvertrages zum anschließenden Erwerb des Grundstücks durch eine von ihm ausgewählte dritte Person zu nutzen.

Ist dem Ersterwerber das weitere Schicksal des Grundstücks *gleichgültig*, hindert die Benennung des Dritten als Ersatzkäufer nicht die Anwendung des § 16 GrEStG.

Ob die Benennung des Ersatzkäufers auf Verlangen des Verkäufers oder im eigenen (wirtschaftlichen) Interesse des Ersterwerbers erfolgt, ist nach einem neuen Urteil des BFH im Rahmen einer Gesamtwürdigung aller Tatsachen festzustellen.<sup>68</sup>

Wird also in einem einheitlichen Vertrag sowohl der ursprüngliche Kauf aufgehoben als auch mit dem Ersatzkäufer der neue Kaufvertrag abgeschlossen, hat der Erstkäufer regelmäßig die Möglichkeit, auf die Weiterveräußerung Einfluss zu nehmen, so dass der erste Kaufvertrag nicht vollständig rückgängig gemacht worden ist. Hat der Erstkäufer jedoch keinerlei eigene wirtschaftliche Interessen an dem Weiterverkauf des Grundstücks, entfällt die Grunderwerbsteuer auf den ersten Erwerbsvorgang auch dann, wenn er den Ersatzkäufer benennt. Dies hat der BFH in Klarstellung seiner bisherigen Rechtsprechung entschieden. Bislang wurde die Benennung eines Ersatzkäufers durch den Erstkäufer für schädlich gehalten. Nunmehr muss anhand einer Gesamtwürdigung aller Umstände geprüft werden, ob die Benennung des Ersatzkäufers auf Verlangen des Verkäufers oder im eigenen wirtschaftlichen Interesse des Ersterwerbers erfolgt ist. Letzteres kann zum Beispiel dann der Fall sein, wenn der Ersatzkäufer persönlich oder wirtschaftlich mit dem Erstkäufer verbunden ist. Die Anwendung des § 16 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG ist folglich nur dann ausgeschlossen, wenn der Ersterwerber die ihm verbliebene Rechtsposition auch in seinem eigenen wirtschaftlichen Interesse verwertet hat. Eine Verwertung in diesem Sinne liegt vor, wenn die Einflussnahme des Ersterwerbers auf die Weiterveräußerung Ausfluss der ihm verbliebenen Rechtsposition ist. In diesem Fall sind die Interessen Dritter an der Weiterveräußerung unbeachtlich. Ist Ersterwerber eine Kapitalgesellschaft, so muss sie sich in diesem Zusammenhang die Interessen derjenigen Personen zurechnen lassen, die bei der Ausübung der Rechtsposition der Kapitalgesellschaft aus dem ursprünglichen Kaufvertrag gehandelt haben. Der Kapitalgesellschaft zuzurechnen sind auch die wirtschaftlichen Interessen ihres Alleingesellschafters und zwar unabhängig davon, ob es sich hierbei um eine natürliche oder um eine juristische Person handelt; denn der Alleingesellschafter kann maßgeblich nur Einfluss auf die Angelegenheiten der Kapitalgesellschaft nehmen.<sup>69</sup>

In Abkehr von der bisherigen BFH-Rechtsprechung kann somit § 16 Abs. 1 GrEStG auch einschlägig sein, wenn in einer einheitlichen Urkunde der erste Kauf aufgehoben und gleichzeitig ein neuer Kauf abgeschlossen wird, sofern dem Erstkäufer das weitere Schicksal des Grundstücks gleichgültig ist

und mit der Benennung des Dritten als Ersatzkäufer kein wirtschaftliches Eigeninteresse verfolgt wird.<sup>70</sup>

### 2. § 16 GrEStG bei Erwerbsvorgängen nach § 1 Abs. 2a und § 1 Abs. 3 GrEStG

Nach § 16 Abs. 2 GrEStG wird auf Antrag sowohl für den Rükckerwerb als auch für den vorausgegangenen Erwerbsvorgang die Grunderwerbsteuer nicht festgesetzt, wenn in bestimmten Fällen der Veräußerer das Eigentum an dem veräußerten Grundstück zurückerwirbt. Der BFH hat nunmehr entschieden, dass diese Vorschrift auch auf Erwerbsvorgänge nach § 1 Abs. 3 GrEStG anwendbar ist. Der Steuertatbestand des § 1 Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 2 GrEStG ist danach nicht mehr erfüllt, wenn durch einen Anteilsrückerwerb das von dieser Vorschrift vorausgesetzte Quantum von 95 % der Anteile der Gesellschaft unterschritten wird.<sup>71</sup>

Nach der Rechtsprechung des BFH reicht auch im Bereich des § 1 Abs. 2a GrEStG eine teilweise Aufhebung der Anteilsübertragung aus, wenn durch die Rückabwicklung die 95 %-Schwelle des § 1 Abs. 2a GrEStG wieder unterschritten wird.<sup>72</sup>

### 3. Keine Rückgängigmachung eines Erwerbsvorgangs bei Erwerb von Wohnungseigentum an dem veräußerten Grundstück durch den Veräußerer

Nach dem Wortlaut des § 16 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG muss der Veräußerer das Eigentum an dem *veräußerten Grundstück* zurückerwerben. Nach einem Beschluss des BFH vom 19.2.2014<sup>73</sup> sei diese Voraussetzung nicht erfüllt, wenn der Erwerber das Grundstück in Wohnungs- und Teileigentum aufteilt und der Veräußerer einen Teil der neu geschaffenen Eigentumseinheiten übertragen erhält.

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Eine Grundstückseigentümerin übertrug 2011 ein ihr gehörendes Grundstück auf einen Bauträger, der das Grundstück mit einem in Eigentumswohnungen aufzuteilenden Mehrfamilienhaus bebauen sollte. Sie sollte für das Grundstück im Weg des Tausches eine Wohnungseigentumseinheit, bestehend aus einem Miteigentumsanteil an dem Grundstück verbunden mit dem Sondereigentum an einer Wohnung sowie zwei Teileigentumseinheiten, bestehend aus Miteigentumsanteilen an dem Grundstück verbunden mit dem Sondereigentum an Tiefgaragenstellplätzen erhalten. 2012 wurde die Klägerin (der ursprüngliche Grundstückseigentümer) als Eigentümerin der mit dem Sondereigentum verbundenen Miteigentumsanteile in das Wohnungsgrundbuch bzw. das Teileigentumsgrundbuch eingetragen.

Bei diesem sog. Tausch mit dem Bauträger erwirbt der ursprüngliche Eigentümer nach der Veräußerung des zu bebauenden Grundstücks an den Bauträger sog. Wohnungs- und Teileigentum an dem vom Bauträger in Wohnungs- und Teileigentum aufgeteilten Grundstück zurück. Nach Auffassung des BFH liege hier kein zur Nichterhebung der Grunderwerbsteuer führender Rükckerwerb des veräußerten Grund-

<sup>70</sup> Vgl. BFH, Urteile vom 5.9.2013, II R 16/12 und II R 9/12, beides abgedruckt in DStR 2013, 11.

<sup>71</sup> Vgl. BFH, Urteil vom 11.6.2013, DStRE 2013, 1133 ff.

<sup>72</sup> Vgl. BFH, DStR 2012, 1342.

<sup>73</sup> Vgl. BFH, Beschluss vom 19.2.2014, II B 106/13, UVR 2014, 171. Es handelte sich bei der Entscheidung um einen Beschluss über eine Nichtzulassungsbeschwerde.

<sup>68</sup> Vgl. BFH, Urteil vom 5.9.2013, DStRE 2013, 1507 ff.

<sup>69</sup> Vgl. BFH, Urteil vom 5.9.2013, DStRE 2013, 1508.



stücks vor. Die durch Teilung eines veräußerten Grundstücks in Wohnungs- oder Teileigentum neu entstehenden Miteigentumsanteile seien weder identisch noch teildentisch mit dem veräußerten Grundstück. Der BFH begründet seine Beschlussentscheidung damit, dass jeder Miteigentumsanteil ein selbständiges Grundstück im Sinne des § 2 Abs. 1 Satz 1 GrEStG darstelle, welches somit nicht mehr mit dem ursprünglich veräußerten Grundstück identisch oder teildentisch sei. Die Entscheidung stellt sich gegen die ganz herrschende Literatuffassung,<sup>74</sup> mit der sich der BFH in den Beschlussgründen nicht einmal auseinandersetzt. Nach dieser Meinung sollte ein Fall des § 16 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG vorliegen, wenn die Rückauflassung des Wohnungs- bzw. Teileigentums innerhalb der Zweijahresfrist dem Grundbuchamt vorgelegt wird. Somit entfällt künftig das sog. Grundstücksmodell als Grunderwerbsteuerliche Gestaltungsmöglichkeit. Es verbleibt lediglich das – in der Vorbereitung und Abwicklung allerdings häufig sehr aufwendige – Anteilsmodell.<sup>75</sup> Dieses zeichnet sich dadurch aus, dass der Bauträger einen ideellen Miteigentumsanteil am Grundstück erhält und sich der Grundstückseigentümer einen restlichen Miteigentumsanteil zurückbehält. Bauträger und Grundstückseigentümer teilen dann das Grundstück nach § 3 WEG in Wohnungseigentum auf. Als Gegenleistung errichtet der Bauträger die mit dem zurückbehaltenen Anteil verbundene Wohnung. Bei diesem Anteilsmodell erwirbt somit nur der Bauträger Grundbesitz; der ursprüngliche Grundstückseigentümer behält seinen Miteigentumsanteil am Grundstück und erhält vom Bauträger lediglich die nicht der Grunderwerbsteuer unterliegende Bauleistung. Ein Tausch im Sinne des § 1 Abs. 5 GrEStG liegt hier nicht vor. Der Bauträger schuldet für seinen Erwerb selbstverständlich die Grunderwerbsteuer, jedoch nicht aus dem vollen Wert des Grundstücks, sondern nur aus dem Kaufpreis für den erworbenen Miteigentumsanteil. Allerdings unterliegt die Leistung des Bauträgers an den Grundstückseigentümer beim Anteilsmodell der Umsatzsteuer; nach § 4 Nr. 9a UStG reicht die Umsatzsteuerbefreiung für den Erwerb von Kaufeigenheimen und Eigentumswohnungen etc. nämlich nur soweit, wie die Leistungen des Unternehmers der Grunderwerbsteuer unterliegen. Der Grundstückseigentümer muss damit, wie bei einem Werkvertrag, auf den Wert der Bauleistung zwar keine Grunderwerbsteuer, aber 19 % Umsatzsteuer entrichten. Der Bauträger hat dagegen die Möglichkeit, auch ohne die Option nach § 9 Abs. 1 UStG die bei ihm angefallenen Vorsteuern abzuziehen; allerdings muss er auch auf die beim Bauträgerverkauf nicht umsatzsteuerbaren Teile seiner Leistung (eigene Wertschöpfung, zum Beispiel die Löhne eigener Arbeitnehmer) Umsatzsteuer erheben. Deshalb besteht beim Anteilsmodell für den Bauträger auch eine andere Kalkulationsgrundlage als beim Bauträgerkauf. Dem Anteilsmodell wurde bislang in der Literatur das Grundstücksmodell vorgezogen. Hier konnte bei einer zeitlich getrennten Abwicklung der Verträge nach bislang herrschender Auffassung für den Rück-erwerb eine Grunderwerbsteuerbefreiung nach § 16 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG erreicht werden, gleichwohl sollte keine Umsatzsteuer anfallen. Dieser Grunderwerbsteuerliche Vorteil des Grundstücksmodells ist nach der neuen Rechtsprechung des BFH nunmehr entfallen.

<sup>74</sup> Vgl. *Albrecht*, DNotZ 1997, 282 ff.; *Albrecht*, MittBayNot 1998, 418 ff.; *Gottwald*, Grunderwerbsteuer, 4. Aufl., Rdnr. 990 ff. m. w. N.

<sup>75</sup> Beim Anteilsmodell wird ein Miteigentumsanteil verkauft. In dieser Kaufurkunde muss dann zugleich der Werkvertrag über die Bauleistungen an den ursprünglichen Verkäufer enthalten sein. Es erfolgt die kostenrechtlich teurere Aufteilung nach § 3 WEG. Auch im Hinblick auf Globalgläubiger kann das Anteilsmodell zu erheblichen Problemen der Abwicklung führen.

## XI. Das Verhältnis von Grunderwerbsteuer und Umsatzsteuer

Mit dem Verhältnis von Grunderwerb- und Umsatzsteuer bei mitveräußertem Inventar beschäftigt sich ein Urteil des Finanzgerichts München vom 16.4.2013.<sup>76</sup> Streitig war, ob bei einer Grundstücksveräußerung das mitveräußerte Inventar unter die Steuerfreiheit nach § 4 Nr. 9a UStG fällt; danach sind die Umsätze, die unter das Grunderwerbsteuergesetz fallen, steuerfrei. Der Grunderwerbsteuer unterfallen vor allem die Lieferungen von Grundstücken und Gebäude mit Außenanlagen. Der Begriff „Grundstück“ meint nicht nur das Grundstück als solches, sondern auch alle wesentlichen Bestandteile im Sinne von § 94 BGB, d. h. neben Grund und Boden auch Außenanlagen (zum Beispiel Umzäunungen oder andere Befestigungen) und Betriebsvorrichtungen (zum Beispiel Schornsteine oder Schwerlastkrananlagen). Bei Lieferung von Inventar, zum Beispiel Mobiliar, Bestuhlungen o. ä., im Zusammenhang mit einer Grundstücksveräußerung liegt ein einheitlicher Leistungsgegenstand, der nach § 4 Nr. 9a UStG steuerfrei ist, nur dann vor, wenn es sich hierbei um einen *wesentlichen Bestandteil* der veräußerten Grundstücke bzw. Gebäude (zum Beispiel Wände, Treppen, Fenster, Duschen) handelt. Bei der Inventarlieferung handelt es sich nicht um eine unselbständige Nebenleistung, die das Schicksal der Hauptleistung (Grundstückslieferung) teilt. Unerheblich ist, dass die Zusatzleistungen (Inventarlieferungen) in die notariell beurkundeten Grundstückskaufverträge aufgenommen worden sind. Nach der Entscheidung des FG München waren demnach die Inventarlieferungen in diesem Fall umsatzsteuerbar und umsatzsteuerpflichtig, weil es sich nicht um wesentliche Bestandteile handelte.

Ziel der Steuerbefreiungsvorschrift in § 4 Nr. 9a UStG ist, eine Doppelbelastung der Inventarlieferungen mit Umsatzsteuer und Grunderwerbsteuer zu vermeiden. Der steuerfreie Umsatz durch Lieferung eines Grundstücks schließt danach alle Leistungen ein, die mit diesem Leistungsgegenstand so abgestimmt sind, dass sie in ihm aufgehen und ihre Selbständigkeit verlieren (einheitliche Leistung), oder als unselbständige Nebenleistung zur Hauptleistung zu beurteilen sind. Der Steuerpflichtige muss nachweisen, dass es sich bei dem streitgegenständlichen Inventar um wesentliche Bestandteile der veräußerten Grundstücke bzw. Gebäude gehandelt hat; ansonsten liegt kein einheitlicher Leistungsgegenstand und somit hinsichtlich des Inventars auch kein Umsatz vor, der unter das Grunderwerbsteuergesetz fällt. Werden beispielsweise im Bauträgervertrag möblierte Studentenapartments veräußert, fällt somit hinsichtlich des Inventars (soweit es kein wesentlicher Bestandteil ist) Umsatzsteuer an.

## XII. Zusammenfassung und Ausblick

Im Berichtszeitraum 2013/2014 war die Grunderwerbsteuer wieder stark in Bewegung. Nach dem zivilrechtlich wirksamen Ausscheiden eines Mitglieds aus einer Personengesellschaft gilt dieses im Bereich des § 1 Abs. 2a GrEStG als neuer Gesellschafter, wenn es neue Anteile an der Gesellschaft erwirbt und kein Fall des § 16 GrEStG vorliegt. Die Finanzverwaltung wendet die einschränkende Rechtsprechung des BFH zu § 1 Abs. 2a GrEStG bei mittelbaren Gesellschafterwechseln nicht an. Eine Erbengemeinschaft gilt als eine Erwerberin im Sinne des § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG. Vorbehaltenene Wohnungsrechte werden bei der Schenkungsteuer und der Grunderwerbsteuer unterschiedlich bewertet. Ein hetero-

<sup>76</sup> Vgl. FG München, Urteil vom 16.4.2013, UVR 2014, 234.

gener Formwechsel von einer Personen- in eine Kapitalgesellschaft nach einer befreiten Grundstückseinbringung führt zu einer Nachbesteuerung gemäß § 5 Abs. 3 GrEStG. § 6a GrEStG wurde durch das Amtshilferichtlinie-Umsetzungsgesetz erweitert, wobei die Finanzverwaltung durch einen neuen Erlass den Anwendungsbereich der Vorschrift gleich wieder stark eingeschränkt hat. Nach neuer Rechtsprechung kann ein einheitlicher Erwerbsvorgang auch dann vorliegen, wenn der Erwerber das abgestimmte Verhalten der Veräußerer nicht erkannt hatte. In einzelnen Bundesländern wurden die Grunderwerbsteuersätze wieder erhöht. Die Aufhebung des ursprünglichen Grundstückskaufvertrages kann nach § 16 GrEStG begünstigt sein, selbst wenn in der gleichen Urkunde

das Grundstück an einen Dritten weiterveräußert wird. Voraussetzung ist, dass der Ersterwerber keine eigenen wirtschaftlichen Interessen mit der Drittbenennung verfolgt. Eine teilweise Anteilsabtretungsaufhebung ist von § 16 GrEStG begünstigt, wenn durch den teilweisen Rückerwerb die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2a bzw. 1 Abs. 3 GrEStG wieder entfallen und die sonstigen Voraussetzungen des § 16 GrEStG vorliegen. Der BFH hat dem sog. Grundstücksmodell beim Tausch mit dem Bauträger eine Grunderwerbsteuerliche Absage erteilt. Beim Verkauf möblierter Studentenapartments durch den Bauträger fällt hinsichtlich des Inventars, soweit es kein wesentlicher Bestandteil des Gebäudes ist, Umsatzsteuer an.

## Wohnungsrechtsverzicht und Sozialleistungsregress

– zugleich Anmerkungen zum Urteil des OLG Nürnberg vom 22.7.2013, 4 U 1571/12<sup>1</sup>  
und zum Beschluss des BGH vom 25.1.2012, XII ZB 479/11<sup>2</sup> –

Von Notar Dr. Arne Everts, Berchtesgaden

Eine Schenkungsrückforderung gemäß § 528 Abs. 1 BGB wegen Verarmung des Schenkers ist im privaten Bereich praktisch selten zu verzeichnen. Ihre Hauptbedeutung hat die Norm mittlerweile im Sozial- und Versorgungsrecht erlangt, in dem zahlreiche Überleitungsmöglichkeiten den Regress durch die öffentlichen Versorgungsträger ermöglichen. Diese machen von dieser Möglichkeit, zumal in Zeiten des demographischen Wandels, zudem immer mehr Gebrauch. Dass dabei auch scheinbar banale oder formal erscheinende Vorgänge zu einem späteren Rückforderungskonflikt führen können, zeigt die Entscheidung des OLG Nürnberg. Sie veranschaulicht zudem, wie § 528 Abs. 1 BGB immer mehr zu einer bloßen Geldentschädigungsnorm mutiert. Der BGH hat demgegenüber im Bereich des Betreuungsrechts entschieden, dass nicht jeder entschädigungslose Verzicht so gleich gegen das Schenkungsverbot des § 1804 BGB i. V. m. § 1908i Abs. 2 Satz 1 BGB verstößt.

### I. Analyse eines Wohnungsrechtsverzichts

#### 1. Ausgangslage

Ein Routinefall an der Notarstelle: Berechtigte von Wohnungsrechten gemäß §§ 1093 ff. BGB (meist aber wohl eher die Eigentümer) möchten die Eintragung im Grundbuch löschen lassen. Die Berechtigten unterschreiben hierzu eine – regelmäßig an der Notarstelle auf vorheriges Ersuchen vorbereitete – Löschungsbewilligung. Dass damit eine sozialrechtliche Zeitbombe zum Ticken gebracht werden kann, macht die vorstehende Entscheidung deutlich.

Einer Frau U war das Recht eingeräumt worden, eine Wohnung unentgeltlich, nur gegen Zahlung der Betriebskosten, zu nutzen. Dafür war ein Wohnungsrecht gemäß § 1093 BGB im Grundbuch eingetragen worden. Als U altersbedingt pflegebedürftig wurde, übersiedelte sie in ein Pflegeheim, von wo sie nach Behauptung der Eigentümer nicht mehr in die Wohnung hätte zurückkehren wollen. Das Wohnungsrecht wurde im Grundbuch aufgrund einer von den Eigentümern und der

Berechtigten in grundbuchfähiger Form unterschriebenen Erklärung gelöscht. Der klagende Bezirk trug die Kosten der Heimunterbringung der vormals Berechtigten, die dazu selbst wirtschaftlich nicht in der Lage war. Der Bezirk berief sich auf Verarmung im Sinne des § 528 Abs. 1 BGB, machte aus übergegangenem Recht einen Anspruch auf Rückgabe des „geschenkten“ Wohnungsrechtsverzichts geltend und verlangte Ersatz der Pflegekosten. Zuletzt beim OLG Nürnberg mit Erfolg.<sup>3</sup> Das Urteil ist schon deswegen zu kritisieren, weil das OLG die Revision nicht zugelassen hat, obwohl der entschiedene Fall von grundsätzlicher Bedeutung ist, und es seine Wertung durch Abgrenzung von der Rechtsprechung des BGH<sup>4</sup> (dazu näher unten II. 1.) getroffen hat. Im Übrigen können auch manche Details der Anspruchsbegründung nicht überzeugen.

#### 2. Löschung, Aufgabe, Schenkung

Bezeichnend sind Sätze wie: „In dieser Löschungsbewilligung liegt die Aufgabe der Rechte aus der Wohnungsrechtsbestellung

<sup>1</sup> OLG Nürnberg, Urteil vom 22.7.2013, 4 U 1571/12, MittBayNot 2014, 30 (in diesem Heft).

<sup>2</sup> BGH, Beschluss vom 25.1.2012, XII ZB 479/11, MittBayNot 2013, 312.

<sup>3</sup> OLG Nürnberg, Urteil vom 22.7.2013, 4 U 1571/12, MittBayNot 2014, 30 (in diesem Heft).

<sup>4</sup> BGH, Beschluss vom 25.1.2012, XII ZB 479/11, MittBayNot 2013, 312.



vom 18.10.1995, welche sich als Zuwendung eines Vermögensbestandteils darstellt und somit Gegenstand einer Schenkung sein kann<sup>5</sup> oder „Zwar wurde nicht die Form eines notariellen Schenkungsvertrags gewählt. Aus der Löschungsbewilligung ergibt sich aber die schenkweise Aufgabe des Wohnungsrechts ... Es handelt sich dabei ... um die schenkweise Erfüllung einer Vereinbarung“<sup>6</sup>. Hier stimmt so gut wie nichts: Weder ist eine Löschungsbewilligung als rein grundbuchrechtliche Verfahrenserklärung gemäß § 19 GBO eine materiellrechtliche Aufgabenerklärung nach § 875 BGB<sup>7</sup> – jedenfalls hätte eine solche Kongruenz näherer Darlegung bedurft.<sup>8</sup> Zwar ist es möglich und bietet sich aus Gründen der Rechtsklarheit an, schon bei der Begründung des Rechts festzuhalten, dass mit Abgabe der Löschungsbewilligung zugleich der materielle Rechtsverzicht als erklärt gilt. Das war hier aber nicht geschehen.

Sodann: Ein Rechtsverzicht kann zwar Schenkungsgegenstand sein. Dann benötigt man aber immer noch die diesem Verzicht zugrundeliegende Schenkung bzw. genauer: Den schuldrechtlichen Schenkungsvertrag. Das kann aber nicht die Löschungsbewilligung sein, jedenfalls nicht „einfach so“. Es gibt ferner kein Wahlrecht zwischen formgerecht notariell protokolliertem Schenkungsversprechen und einer bloß unterschriftsbeglaubigten Lösungs-/Aufgabenerklärung bzw. ersetzt diese jenes nicht. Und dann wird es endgültig zirkulär: Eine „schenkweise Erfüllung“ einer Vereinbarung gibt es nicht, es gibt nur die Erfüllung. Und zwar einer Schenkungsvereinbarung. Deren Vorliegen aber gerade zu beweisen gewesen wäre.

### 3. Insbesondere: Die geschenkte Rechtsaufgabe

Im Fall des OLG Nürnberg sollte sich eine solche schenkweise Aufgabe des Wohnungsrechts nun aus „Vertragselementen“ ergeben, die das OLG in der Grundbucheintragung enthalten sieht, nämlich in der Kostenteilung, in der Feststellung, es sei keine Gegenleistung zu erbringen, sowie in dem Antrag auf Erteilung einer beglaubigten Abschrift an das Schenkungssteuerfinanzamt.<sup>9</sup> Diese „Vereinbarung“ wäre indes mangels beurkundetem Schenkungsversprechen formunwirksam gewesen – jedoch wäre wohl spätestens mit Eingang der Erklärung im Grundbuchamt und Löschung im Grundbuch folgerichtig Heilung eingetreten. Im Urteil liest man jedoch dazu nichts. Auch inhaltlich kann man anderer Auffassung sein. Die Angabe der hälftigen Kostentragung kann auch eine rein öffentlichrechtliche Erklärung für das notarielle und gerichtliche Kostenberechnungsverfahren sein, die Anzeige an die Schenkungssteuerstelle bloßer notarieller Amtspflicht aus § 34 Abs. 2 Nr. 3 ErbStG geschuldet<sup>10</sup> und vom Notar allein deswegen eingeführt worden sein – so dass allein die Passage über das nicht geschuldete Entgelt allenfalls ein Indiz liefern kann. Einen „eindeutig“ schenkungsvertraglichen Charakter, wie das OLG Nürnberg meint, kann man aber in dem Ganzen sicher nicht sehen.

<sup>5</sup> OLG Nürnberg, MittBayNot 2014, 30 (in diesem Heft), in Ziffer II. 1. der Gründe, wobei das vom OLG angeführte *Palandt*-Zitat irreführend ist.

<sup>6</sup> OLG Nürnberg, MittBayNot 2014, 30 (in diesem Heft), in Ziffer II. 1. e) der Gründe.

<sup>7</sup> Statt aller BeckOK-GBO/*Holzer*, Stand 1.7.2014, § 19 Rdnr. 7 ff.

<sup>8</sup> Vgl. MünchKommBGB/*Kohler*, 6. Aufl. 2013, § 875 Rdnr. 9.

<sup>9</sup> OLG Nürnberg, MittBayNot 2014, 30 (in diesem Heft), in Ziffer II. 1. e) der Gründe.

<sup>10</sup> Auf die Frage der Reichweite der „Beurkundung“ im Sinne dieser Vorschrift und somit auf die Frage der Anzeigepflicht bloßer unterschriftsbeglaubigter Erklärungen mit/ohne Entwurf (vgl. zum Beispiel *Klöckner*, ZEV 2011, 299, 300 f.) kann hier aus Raumgründen nicht eingegangen werden.

## II. Zum Wert „nutzloser“ Wohnungsrechte

### 1. Subjektive versus objektive Wertlosigkeit des Rechts

Schließlich überzeugt auch die „Abgrenzung“ zur aktuellen Rechtsprechung des BGH betreffend die Löschung eines Wohnungsrechts durch einen Betreuer<sup>11</sup> nicht vollständig: Im Fall des BGH war der Berechtigte an Demenz erkrankt, eine Rückkehr stand nicht zu erwarten und wurde von dem Berechtigten auch nicht angestrebt. Die Ausübungsüberlassung an Dritte war ebenfalls nicht gestattet. Das OLG Nürnberg schlussfolgert nun, „eine Verfügung, die sich nach § 516 BGB als Schenkung darstelle, müsse demnach nicht zwingend auch eine Schenkung im Sinne des § 1804 BGB sein, ...“<sup>12</sup> und zwar aus Schutzzweckgesichtspunkten. Zum Schenkungsbegriff des § 516 BGB hat sich der BGH jedoch in seiner Entscheidung selbst gar nicht verhalten, sondern allein im Zusammenhang mit § 1804 BGB Folgendes ausgeführt:<sup>13</sup>

„Voraussetzung ist jedoch, dass die Rechtsposition, die der Betreuer weggibt, einen realen Vermögenswert des Betreuten darstellt. Eine Rechtsposition, die keinen Vermögenswert darstellt, und deren Weggabe dem Betreuten keinen Nachteil zufügt, untersteht nicht dem Schutz des § 1804 BGB. Das vom Betreuten innegehaltene Wohnungsrecht stellt einen aktiven Vermögenswert insoweit dar, als es ihm persönlich die Wohnnutzung ermöglicht. Daher läge in dem Verzicht auf das Wohnungsrecht eine dem § 1804 BGB unterfallende Vermögenszuwendung, solange eine Wiederaufnahme der Wohnnutzung durch den Betreuten in Betracht kommt. Bestünde jedoch das Interesse an der Wohnnutzung endgültig nicht mehr, verlore das Wohnungsrecht seinen Nutzwert und – da es auch durch Vermietung nicht fruchtbar gemacht werden kann – seinen Vermögenswert insgesamt. Der Verzicht auf ein wertlos gewordenenes Wohnungsrecht erfüllte nicht den Begriff der Schenkung im Sinne des § 1804 BGB.“

Die Rechtsposition, die der Betreute dann noch innehat, entfaltet lediglich eine Sperrwirkung. Sie hat zur Folge, dass die dem Wohnungsrecht unterliegenden Räume nach dem Umzug des Berechtigten in das Pflegeheim von niemandem genutzt werden könnten. Der Betreute ist aus tatsächlichen Gründen gehindert, sein Recht wahrzunehmen ...[und] nicht befugt, die Räume ohne Zustimmung des Betreuten selbst zu nutzen oder Dritten zu überlassen. ... Hier steht dem verbliebenen Vorteil, die Wohnnutzung im Bedarfsfalle wiederaufnehmen zu können, eine laufende Kostenbelastung durch Hausgeld und Nebenkosten gegenüber. Je unwahrscheinlicher eine Rückkehr in die frühere Wohnung ist, desto mehr entspricht die Aufgabe des Wohnungsrechts dem Interesse des Betreuten, um sich der monatlichen Kostenlast zu entledigen.“

Aber auch bei einer Schenkung gemäß § 516 BGB muss eine Entreicherung beim Schenker eintreten. Das bedeutet, dass die gegenwärtige Vermögenssubstanz dauerhaft vermindert werden muss; „der Schenker muss ärmer werden“.<sup>14</sup> Dann wäre aber in dem vom BGH entschiedenen Fall auch im Sinne des § 516 BGB gerade keine Entreicherung eingetreten und hätte somit auch keine Rückabwicklung gedroht.

<sup>11</sup> BGH, MittBayNot 2013, 312.

<sup>12</sup> OLG Nürnberg, MittBayNot 2014, 31 (in diesem Heft), unter Ziffer II. 1. d) der Gründe.

<sup>13</sup> BGH, MittBayNot 2013, 312, in Ziffer II. 2. d) und e) der Gründe.

<sup>14</sup> BGH, Urteil vom 1.7.1987, IVb ZR 79/86, NJW 1987, 2817; MünchKommBGB/*Koch*, 6. Aufl. 2012, § 516 Rdnr. 6.

Das OLG Nürnberg begründet eine fortbestehende Werthaltigkeit des Wohnungsrechts in seinem Fall nun zum Einen mit der Möglichkeit für die Berechtigte, mit Gestattung des Grundstückseigentümers die Ausübung des Rechts einem anderen zu überlassen und dadurch für sich zum Beispiel Mietzinsansprüche zu begründen. Das wird nicht reichen, wenn die Ausübungsüberlassung nicht schon von vornherein Inhalt des Rechts selbst war, da eine nachträgliche Pflicht zu einer solchen Gestattung nicht besteht. Auch der BGH hat dies in der „Betreuer-Entscheidung“ wie zitiert klar herausgestellt. Zum Anderen meint das OLG, das Recht werde weder gegenstands- noch wertlos, nur weil die Berechtigte nach ihren Angaben kein Interesse an der Ausübung mehr habe oder – so wird man hinzufügen müssen – sie diese für zu beschwerlich halte. Nur subjektiv empfundene Wertlosigkeit reicht also nicht. Man könnte zwar entgegenhalten, dass es sich auch dabei um völlig theoretische Nutzungsvorteile ohne „wirklich wirtschaftlichen Wert“ für die Berechtigte handle.<sup>15</sup> Allerdings ist dies praktisch nicht objektivierbar und daher die Sicht des OLG Nürnberg nachvollziehbar. Im Fall des BGH zu § 1804 BGB konnte der Beklagte wohl aufgrund der Demenzerkrankung sein Recht tatsächlich selbst bei Aufnahme von Pflegepersonal nicht mehr in den Wohnräumen ausüben, sein Recht war demnach auch objektiv wertlos, wengleich es nach wie vor Bestand gehabt hätte. Die *objektive* Unmöglichkeit der Ausübung wäre also richtigerweise das entscheidende Abgrenzungskriterium gewesen. Diese lässt sich zudem durch fachärztliches Attest klären, und zwar vorsorglich schon beim Umzug, da der Regress unter Umständen erst Jahre später erfolgt und Anknüpfungstatsachen dann verloren sein können. Für künftige Fälle wäre den von einem Regress betroffenen Eigentümern zu raten, dies unter entsprechendem Beweisantritt darzulegen.

## 2. Relevanz einer Aufgabenschädigung und/oder Kostenbefreiung?

Von Bedeutung ist ferner, ob mit dem Wohnungsrecht nicht zugleich ein etwaiger Entschädigungsanspruch für den Fall der Nichtausübung aufgegeben wird – dann von vornherein keine Wert- oder Nutzlosigkeit; dabei wird bei fehlender ausdrücklicher Vereinbarung eine solche Entschädigungspflicht regelmäßig jedoch nicht anzunehmen sein.<sup>16</sup> Umgekehrt führt aber selbst ein ausdrücklicher Ausschluss einer Aufgabenschädigung eben nicht zwingend dazu, dass das nicht ausgeübte Recht stets als wertlos anzusehen wäre (siehe oben 1.). Ein entsprechender Rat würde daher über das Ziel hinauschießen.

Ein weiterer Aspekt für die Frage nach der Werthaltigkeit des Rechts wäre die Befreiung des Berechtigten von einer Pflicht zur Kosten- und Lastentragung, wie im Fall des BGH (im Besprechungsfall des OLG Nürnberg war dies nicht relevant, weil dort diese Pflicht beim Eigentümer ohnehin verblieben war). Ob es jedoch tatsächlich für die Annahme einer Schenkung darauf ankommen kann, ob sich das Wohnungsrecht beim Berechtigten aufgrund fortbestehender Pflichten noch negativ auswirkt oder ob es „lediglich nutzlos“ ist,<sup>17</sup> ist zweifelhaft. Denn das Wohnungsrecht ist schon bei feststehender objektiver Ausübungsmöglichkeit wertlos, bestünden dazu noch Pflichten fort, ist es „noch wertloser“. Von Bedeutung ist

diese Differenzierung jedoch für die Frage, ob ein Betreuer ein Wohnungsrecht für den Betreuten aufgeben *muss* und ob dies betreuungsgerichtlich genehmigungsfähig ist, ja sogar genehmigt werden *muss*.<sup>18</sup> Hier wird für Betreuer und Betreuungsgerrichte auch zukünftig entscheidend sein, ob der Verzicht auf das Wohnungsrecht für den Berechtigten Vorteile, etwa im Hinblick auf Erhaltungs- oder Kostentragungspflichten, bedeuten würde. Bereits dort, wo ein Wohnungsrecht sich für den Betreuten nicht nachteilig auswirkt, etwa weil ihn keine Pflichten treffen, also „nur nutzlos“ ist, wird ein (entschädigungsloser) Verzicht nicht in Betracht kommen. Dies gilt vor allem auch, wo der Eigentümer ein dringendes Interesse an der Löschung hat, etwa weil er verkaufen will, denn die Entscheidung ist allein im Interesse des Betreuten zu treffen. Eine Berücksichtigung der Interessen des Eigentümers (und Übernehmers) gehört damit nicht zum Pflichtenkreis des Betreuers.<sup>19</sup>

## III. Die Abwicklung nach erfolgtem Widerruf

### 1. Schenkungsgegenstand Werterhöhung

Auch auf die Rechtsfolgenseite lohnt sich ein Blick, wenn man, wie das OLG Nürnberg, mit der Aufgabe des Rechts tatsächlich eine Entreicherung des Berechtigten annimmt: Mit der Rechtsprechung des BGH<sup>20</sup> sieht das OLG den nach § 528 Abs. 1 BGB herauszugebenden Wert der Bereicherung nicht im Wert des Wohnungsrechts für den Wohnungsberechtigten, sondern in der Erhöhung des Verkehrswertes des Grundstücks bei Wegfall des Wohnungsrechts, da nur der sich hieraus ergebende Wertzuwachs dem Beschenkten zugutekomme.<sup>21</sup> Dagegen ist erst einmal nichts zu erinnern, da Entreicherungs- und Bereicherungsgegenstand nicht identisch zu sein brauchen.<sup>22</sup> Zutreffend wird auch herausgestellt, dass nur (Teil-)Werterersatz nach § 818 Abs. 2 BGB geschuldet wird.

Womit sich der BGH jedoch ausdrücklich nicht beschäftigt hatte, ist der Weg zur Ermittlung dieser Werterhöhung. Im Fall des OLG Nürnberg hatte ein Sachverständiger reine Sachwertermittlungen in puncto unbelastetes/belastetes Grundstück angestellt. Was aber spricht dagegen, anstelle dessen den Kapitalwert des Wohnungsrechts nach ertragsorientierten Grundsätzen (Sterbetafel/hypothetische Vergleichs-Nettojahreskaltmiete, ggf. ebenfalls sachverständig zu ermitteln) als den Betrag anzusetzen, um den der Verkehrswert des Grundstück zuvor gemindert war? Diese Vorgehensweise entspräche auch der von Kreditinstituten bei der Beleihungsprüfung. Sie wird wirtschaftlichen Grundsätzen eher gerecht, auch wenn man damit im Ergebnis doch wieder auf den Wert des Wohnungsrechts zurückgreift. Insofern kann man die Wertermittlung im vorstehenden Fall durchaus hinterfragen. Dies ist jedoch ausweislich der Urteilsbegründung offenbar nur unzureichend von Eigentümerseite vorgetragen worden. Prozessual zutreffend hatte das OLG Nürnberg diesen Punkt daher nicht weiter zu behandeln.

### 2. „Dulde und liquidiere“

Und wenn man schon dabei ist: Was spricht dagegen, § 528 Abs. 1 BGB einfach einmal beim Wort zu nehmen und den

<sup>15</sup> Müller, NotBZ 2013, 425.

<sup>16</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 6.2.2009, V ZR 130/08, MittBayNot 2009, 294; Zimmer, NJW 2012, 1919, 1920; vgl. auch Volmer, MittBayNot 2009, 276 ff.; Auktor, MittBayNot 2008, 14 ff.; Everts, ZEV 2004, 495 ff.

<sup>17</sup> Vgl. Böttcher, NJW 2014, 978, 980.

<sup>18</sup> Zutr. Zimmer, NJW 2012, 1919, 1920 f.

<sup>19</sup> Zimmer, NJW 2012, 1919, 1921.

<sup>20</sup> BGH, Urteil vom 26.10.1999, X ZR 69/97, NJW 2000, 728.

<sup>21</sup> OLG Nürnberg, MittBayNot 2014, 31 (in diesem Heft), in Ziffer II. 4. der Gründe.

<sup>22</sup> MünchKommBGB/Koch, § 516 Rdnr. 9 m. w. N. zur st. Rspr. von RG, BGH und BFH.

Rückforderungsanspruch schlicht zu erfüllen, sprich das Wohnungsrecht wieder einzuräumen? § 818 Abs. 2 BGB führt zum Geldersatz schließlich nur, wenn die Rückgabe in natura nicht möglich ist. Ein Verbot dieser Rückgabe in natura enthalten jedoch weder § 528 Abs. 1 BGB, insbesondere nicht dessen Satz 2, der lediglich eine Abwendungsmöglichkeit durch Unterhaltszahlung enthält, noch § 818 Abs. 2 BGB. So hat der BGH denn auch ausgeführt:<sup>23</sup> „Gibt der Beschenkte ... das Geschenk zurück, so wird damit der Zustand hergestellt, der ohne die Freigiebigkeit des Schenkers bestünde.“ Trotzdem dürfte man damit aktuell nicht durchdringen, eben weil – ebenfalls laut BGH<sup>24</sup> – der Gegenstand der Schenkung nicht das Wohnungsrecht oder sein Wert ist, sondern die Werterhöhung des Grundstücks, welche die Aufgabe mit sich bringt. Und diese kann in der Tat nicht in natura herausgegeben werden. Nicht zuletzt die Sichtweise des BGH zum Schenkungsgegenstand beim Rechtsverzicht führt im Ergebnis dazu, dass § 528 Abs. 1 BGB immer mehr zu einem Geldentschädigungsanspruch zugunsten der öffentlichen Kassen mutiert, von seinem Kern ist mittlerweile wenig übrig.

### 3. Prozessuales

Zumindest spannend sind auch die Ausführungen des OLG Nürnberg zur Beweislast, was die Verarmung betrifft:<sup>25</sup> Das OLG Nürnberg dreht die Darlegungslast, wenn nicht entgegen seiner eigenen Beteuerung sogar die Beweislast, quasi um, indem es meint, schon durch den Sozialleistungsantrag der Berechtigten und dessen Stattgabe durch den Leistungsträger sei die Verarmung in hinreichender Weise dargelegt; der Eigentümer müsse konkret hiergegen vortragen. So einfach wird es wohl nicht gehen, da regelmäßig weder der Eigentümer im Sozialleistungsverfahren beteiligt war noch der Träger in diesem Verfahren Ermittlungen anstellt, geschweige denn rechtsförmlich Beweis erhebt. Allerdings hätten im konkret entschiedenen Fall die Eigentümer wohl auch gezielter die Angaben der Berechtigten in ihrem Antrag bzw. deren Übernahme in den Bescheid des Bezirkes bestreiten und Nachweise fordern müssen, ferner konkret den Beweis nach dem Verbleib der Zuwendungen an die Berechtigte aus der Vergangenheit fordern und Beweis für mutwillige Vermögensübertragungen der Berechtigten antreten müssen.

Leider wurde in der Entscheidung des OLG Nürnberg die Revision nicht zugelassen. Wenn sich aber ein OLG schon in seinem amtlichen Leitsatz bewusst zum BGH „abgrenzt“, hätte es der Rechtskultur entsprochen, dies von jenem auch überprüfen zu lassen. Denn die Abgrenzung ist zum einen nicht überzeugend gelungen,<sup>26</sup> zum anderen kann nur der BGH seine eigenen Entscheidungen voneinander abgrenzen. Der BGH hätte zudem Gelegenheit gehabt, hier einiges dogmatisch straffzuziehen. Ganz zu schweigen davon, dass entgegen dem OLG Nürnberg diese Rechtssache durchaus grundsätzliche Bedeutung hat, wie schon die eingangs erwähnte Vielzahl solcher Fälle indiziert.

## IV. Folgen für die Gestaltungspraxis

Im Ergebnis dürften also bei der unentgeltlichen Aufgabe von Wohnungsrechten keine Regressprobleme drohen, wenn das Recht nachweislich „objektiv“ wertlos (geworden) ist. Dies ist immer dann der Fall, wenn seine Ausübung faktisch abso-

lut unmöglich (geworden) ist. Denn dann wird auf nichts verzichtet, was zurückgefordert werden könnte.

### 1. Die „reine“ Grundbucheklärung und notarielle Vorsorgepflichten

Ob im Übrigen die Rückgabepflicht (und damit auch die Wertersatzpflicht) bereits dann „vermieden werden [kann], wenn der Berechtigte veranlasst wird, durch einseitige Grundbucheklärung die Löschung herbeizuführen“<sup>27</sup> ist zweifelhaft. Richtig ist, dass nicht nur die Löschungsbewilligung,<sup>28</sup> sondern auch die an das Grundbuchamt gerichtete materiellrechtliche Aufgabebekanntmachung gemäß § 875 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 BGB, weder für sich genommen Schenkungen sind noch das zugrundeliegende Rechtsgeschäft präjudizieren.<sup>29</sup> Andernfalls läge ein Verstoß gegen das Trennungsprinzip im Schuld- und Sachenrecht vor. Ein Schenkungsversprechen, als dessen Vollzug und zugleich Heilung seiner Formunwirksamkeit sich spätestens die Löschung im Grundbuch darstellt, wird jedoch meist konstruiert werden können – wie auch die Rezensionsentscheidung des OLG Nürnberg eindrucksvoll zeigt –,<sup>30</sup> und sei es nur, dass sich Eigentümer und Berechtigte unter den Augen des Notars über die nicht mehr bestehende Notwendigkeit des Rechts oder das „Nicht-mehr-im-Weg-Stehenwollen“ des Berechtigten austauschen und/oder dem Eigentümer eine Abschrift und/oder die Vollzugsmitteilung im Auftrag des Berechtigten übersandt werden. Einer Annahmeerklärung des Schenkungsversprechens durch den Eigentümer bedarf es nach § 151 Satz 1 BGB nicht, da bei Schenkungen nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten.<sup>31</sup>

In der notariellen Praxis empfiehlt es sich also, klar zu trennen: Entweder beurkundete Aufhebungsvereinbarung mit Ablösesumme oder klarer Feststellung des fehlenden Nutzungswertes, ggf. ergänzt um die Tatsache der wegfallenden Kostenlast – oder reine Löschungsbewilligung. Die erste Alternative greift in meiner Praxis nur bei Mitwirkung eines (Ergänzungs-)Betreuers, der für den Betreuten regelmäßig zumindest eine „Lästigkeitsprämie“ als Abfindungssumme verlangt, auch unter Hinweis auf § 1804 BGB.<sup>32</sup> Zumindest dies wird man künftig vor dem Hintergrund der zitierten BGH-Rechtsprechung<sup>33</sup> eigentümerseits nicht mehr ohne Weiteres hinnehmen müssen.

Bei der zweiten Alternative empfiehlt es sich im eigenen Interesse, diese Löschungsbewilligungen so formal wie möglich zu halten. Eine notarielle Nachforschungspflicht zu den Rechtsgründen besteht nicht, daher auch keine Belehrungspflicht zu der einzuhaltenden Form bei schenkungshalber erklärten Löschungen, zumal spätestens mit Grundbuchvollzug Heilung eintritt. Auch besteht bislang keine Belehrungspflicht gewissermaßen ins Blaue hinein über die möglichen gesetzlichen Folgen einer Schenkung, was deren Widerruflichkeit angeht. Dies gilt selbst dann, wenn ein Rechtsverzicht als Schenkung tatsächlich einmal beurkundet, d. h. proto-

<sup>27</sup> So Braeuer, FamFR 2013, 406.

<sup>28</sup> Dies schon deshalb nicht, weil das Wohnungsrecht als schuldrechtliches – dann als Leihe – fortbestehen kann, vgl. BGH, Urteil vom 11.12.1981, V ZR 247/80, NJW 1982, 820 = DNotZ 1982, 557 (Ls.) sowie OLG Nürnberg, MittBayNot 2014, 31 (in diesem Heft), Ziffer II. 1. d) der Gründe.

<sup>29</sup> Siehe oben I. 2.

<sup>30</sup> Siehe oben I. 3.

<sup>31</sup> BeckOK-BGB/H.-W. Eckert, Stand 1.8.2014, § 151 Rdnr. 8.

<sup>32</sup> Siehe auch oben II. 2.

<sup>33</sup> OLG Nürnberg, MittBayNot 2013, 312, siehe das Zitat in Abschn. II. 1.

<sup>23</sup> BGH, Urteil vom 17.12.2009, Xa ZR 6/09, DNotZ 2011, 31, 32.

<sup>24</sup> Siehe Fn. 20.

<sup>25</sup> OLG Nürnberg, MittBayNot 2014, 31 (in diesem Heft), in Ziffer II. 2. der Gründe.

<sup>26</sup> Siehe oben II. 1.



kolliert, werden sollte. Anders mag dies nach § 17 Abs. 1 BeurkG nur sein und eine erweiterte notarielle Belehrungspflicht bestehen, wenn dem Notar entsprechende konkrete Fragen gestellt werden oder ihm positiv bekannt ist, dass der Berechtigte Sozialleistungsbezieher ist oder durch die Aufgabe des Rechts wird. Um im Bild zu bleiben: Die eingangs erwähnte „Zeitbombe“ explodiert allenfalls dann, wenn weitere Umstände hinzukommen, die bei Abgabe der Löschungsbewilligung noch nicht eingetreten oder jedenfalls dem Notar nicht bekannt sind

## 2. Bedingte Rechtsbestellung

Regressprobleme bei einer vorzeitigen Rechtsbeendigung werden möglicherweise minimiert, wenn ein Wohnungsrecht gleich für den Fall des Wegzugs auflösend bedingt bestellt wird.<sup>34</sup> Jedoch könnte auch die Herbeiführung der Bedingung durch den Berechtigten als Zuwendung an den Eigentümer angesehen werden; der Zuwendungsbegriff des § 516 Abs. 1

<sup>34</sup> Böttcher, NJW 2014, 978, 980.

BGB erfasst nämlich auch Realakte.<sup>35</sup> Es stellte sich dann die Abgrenzungsproblematik nur unter anderen Vorzeichen: Geschenk des faktisch „freiwilligen Auszugs“ versus faktisch „objektiv nötiger Auszug“. Außerdem schwächen solche Bedingungen strukturell immer die Position des Berechtigten, was namentlich in Übergabeverträgen bedenklich ist. Wenn weder die Wohnungsrechtsräume durch den Eigentümer konkret benötigt werden, noch die Rangstelle des Rechts benötigt wird, zum Beispiel für Grundpfandrechte, kann bei sich abzeichnender prekärer Finanzlage des Berechtigten der meines Erachtens richtige Rat nur sein, an der Rechtsbestellung nicht zu rühren, die damit verbundene Pattsituation hinzunehmen und im Zweifel das Recht im Grundbuch stehen zu lassen. Andernfalls droht durch den allfälligen Verzicht-Regress der Sozialleistungsträger eine sonst nicht geschuldete Aufgabenschädigung durch die Hintertür.

<sup>35</sup> Vgl. Palandt/Weidenkaff, 73. Aufl. 2014, § 516 Rdnr. 5.

# Welches Sondereigentum ist „betroffen“ im Sinne von KV Nr. 14160 Ziffer 5?

## – Ein Plädoyer für die materiellrechtliche Auslegung –

Von Notar Dipl.-Finanzwirt (FH) Michael Andreas Müller, Garmisch-Partenkirchen

Die neuen Vorschriften des GNotKG sind nunmehr schon länger als ein Jahr in Kraft. Wir Notare/Notarinnen haben uns an die Gebührenvorschriften der KV Nr. 21100 ff. gewöhnt. Und so treten immer stärker auch solche Kostenaspekte in den Blickpunkt, die den gerichtlichen Bereich betreffen, namentlich diejenigen für den Vollzug im Grundbuch. Auch diese berühren die notarielle Praxis. Fackelmann hat ihnen daher dankenswerterweise in der MittBayNot einen ausführlichen Beitrag gewidmet.<sup>1</sup>

### I. Einführung

Das Kostenverzeichnis geht hinsichtlich der Grundbuchgebühren vom numerus clausus der Tatbestände in den Nr. 14110 bis 14152 aus und bestimmt lediglich in Nr. 14160 einen Katalog von fünf Eintragungen, für die jeweils eine Festgebühr i. H. v. 50 € zu erheben ist. Besondere Anwendungsschwierigkeiten scheint nach den Erfahrungen der Praxis der Tatbestand der Ziffer 5 zu bereiten, bei der es um Änderungen des Inhalts oder die Aufhebung von Sondereigentum geht. Dabei – so wird klargestellt – wird die Gebühr „für jedes betroffene Sondereigentum gesondert erhoben“. Unklar ist bis jetzt, welches Sondereigentum betroffen im Sinne dieser Vorschrift ist. Die (Kommentar-)Literatur<sup>2</sup> nimmt zu dieser Frage (noch) nicht Stellung.

<sup>1</sup> Fackelmann, MittBayNot 2014, 129 ff.

<sup>2</sup> Dremptic in Fackelmann/Heinemann, GNotKG, KV Nr. 14160 Nr. 5, Rdnr. 17; Langhein, notar 2014, 130.

### II. Ausgangsfall

Als Ausgangsfall soll eine sehr praxisrelevante Gestaltung dienen, und zwar die nachträgliche Zuordnung von oberirdischen Pkw-Stellplätzen oder Gartenflächen zur verkauften Wohnung im Kaufvertrag durch den Verkäufer (häufig Bauträger) aufgrund einer entsprechenden Ermächtigung in der Teilungserklärung. Dort werden die maßgeblichen Stellplätze/Gartenflächen bereits begründet, die Zuweisung zum Sondereigentum in Form von Sondernutzungsrechten samt Eintragung in das Grundbuch wird jedoch erst beim Verkauf der Wohnungen vorgenommen, um dem Käufer die Auswahlmöglichkeit und dem Bauträger die Freiheit bis zuletzt zu belassen.

Aus meiner Erfahrung werden hier auch bei Zuordnung jeweils nur eines Stellplatzes durch den teilenden und veräußernden Bauträger zu einer Wohnung in einer Anlage mit angenommenen 40 Einheiten pro Eintragung etwa eines Stellplatzes 40 x 50 € = 2.000 € an Grundbuchgebühren erhoben. Die Kostenträchtigkeit wird noch dadurch verstärkt, dass es

sich meist um die zeitlich versetzte Zuordnung einer Mehrzahl von Sondernutzungsrechten handelt, so dass die Grundbuchkosten je Einzelzuweisung, also mehrfach anfallen. Bei zehn derartigen Eintragungen kurz hintereinander beläuft sich der Betrag auf satte 20.000 €. Der neue legislative Ansatz der Festgebühr führt also bei einer Vielzahl von Einheiten bei größeren Anlagen auch schon bei geringfügigen Änderungen zu sehr hohen Grundbuchkosten.<sup>3</sup> Klagen von verwunderten Beteiligten sind folgerichtig auch nicht ausgeblieben, insbesondere bei solchen Teilungserklärungen, in denen aus bekannten Gründen für jegliche Keller- und sonstige Nebenräume und die Tiefgaragenstellplätze eigene Teileigentumseinheiten geschaffen wurden, die sich nun extrem kostensteigernd auswirken. Kann diese Kostenbehandlung im Ausgangsfall richtig sein?

### III. Auslegung des „Betroffenseins“ im Sinne des KV Nr. 14160 Ziffer 5

Die Frage, die sich aus der neuen Rechtslage ergibt, lautet konkret: Wie ist das „Betroffensein“ im Sinne des KV Nr. 14160 Ziffer 5 zutreffend auszulegen? Im rein kostenrechtlich-formellen Sinn, wonach jede Einheit betroffen ist, bei der eine Eintragung erfolgt oder zu erfolgen hat (so die Auslegung der Gerichtskostenpraxis im Ausgangsfall)? Oder im materiellrechtlichen Sinn, wonach nur solche Einheiten betroffen sind, für die auch die zivilrechtlichen Verhältnisse durch die einzutragende Änderung berührt werden? Ergibt sich die Betroffenheit aus der „Eintragung“ oder der „Änderung des Inhalts“ des Sondereigentums?

Zur Beantwortung dieser Fragestellung unter Zuhilfenahme der juristischen Auslegungsmethoden bedarf es eines Rückgriffs auf die einschlägigen Grundlagen des WEG. § 5 Abs. 4 Satz 1 WEG sieht zunächst die Möglichkeit vor, Vereinbarungen über das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander zum Inhalt des Sondereigentums zu machen. Hierunter fällt auch die Begründung von Sondernutzungsrechten gemäß § 15 Abs. 1 WEG i. V. m. § 10 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 WEG. Diese besondere inhaltliche Ausgestaltung des Sondereigentums wird durch die Eintragung in das Grundbuch verdinglicht und wirkt dadurch auch gegen Rechtsnachfolger.<sup>4</sup>

Zwar genügt gemäß § 7 Abs. 3 WEG (ggf. i. V. m. § 8 Abs. 2 Satz 1 WEG) hierzu bei der erstmaligen Eintragung des Sondereigentums die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung. Aus Gründen der Rechtssicherheit ist jedoch eine explizite Verlautbarung im Bestandsverzeichnis dringend zu empfehlen (Eintragungsfähigkeit, keine Eintragungspflicht *Langhein*, notar 2014, 126; *Böttcher*, ZNotP 2014, 55; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 2915). Die Unsicherheit der Kaufvertragsparteien im Termin darüber, ob denn der avisierte und besichtigte Stellplatz zur Wohnung gehört oder nicht, wenn er im Grundbuchstand nicht erscheint, ist aus der Praxis hinlänglich bekannt. Insoweit ist kostenrechtlich aus Sicht des KV Nr. 14160 Ziffer 5 alles unproblematisch.

Jede spätere, also nach der erstmaligen Eintragung des Sondereigentums erfolgende Veränderung des Inhalts, zum Beispiel die erstmalige Begründung oder die inhaltliche Änderung eines Sondernutzungsrechts, bedeutet zunächst im Grundsatz, dass wiederum alle Einheiten und damit auch alle

Sondereigentümer hiervon „betroffen“ sind (so *Armbrüster*, a. a. O., Rdnr. 39 mit dieser – allerdings wohl unbeabsichtigten – identischen Wortwahl aus dem Kostenverzeichnis). Auch bei sonstigen allgemeinen Korrekturen der Gemeinschaftsordnung – wie auch im Beispielfall 15 bei *Fackelmann*, a. a. O., 136 zur Änderung des Lasten- und Kostenverteilungsschlüssels – sind ganz offensichtlich alle Einheiten betroffen. Betroffenheit bedeutet konkret, dass alle Eigentümer und ggf. die dinglich Berechtigten bei der Bewilligung der Änderung mitwirken müssen.

Für die Eintragung der Änderung selbst gilt auch § 7 Abs. 3 WEG (i. V. m. § 8 Abs. 2 Satz 1 WEG), also der Grundsatz „Eintragungsfähigkeit, jedoch keine Eintragungspflicht“. Jedoch zeigen zwei neue Entscheidungen des OLG München und des OLG Zweibrücken, welche Implikationen sich aus der formfrei möglichen Übertragung von Sondernutzungsrechten und der fehlenden konstitutiven Wirkung der Grundbucheintragung ergeben können und lassen die Empfehlung an die Beteiligten sehr dringend erscheinen, selbst bei Buchung der Sondernutzungsrechte die Teilungserklärung samt Gemeinschaftsordnung und alle Nachträge hierzu zu prüfen.<sup>5</sup> Auch wenn den Notar per se keine Amtspflicht hierzu trifft, sollte man doch durch Beiziehung der Urkunden auf Nachfragen hierzu gewappnet sein.

Kein Grundsatz ohne Ausnahme: Die rechtliche Dogmatik der Sondernutzungsrechte hat den Zuweisungsvorbehalt des teilenden Eigentümers entwickelt,<sup>6</sup> spaltet deren Begründung in zwei Komponenten auf, die vorliegend bedeutsam sind.<sup>7</sup> Der Begründungsakt beinhaltet daher sowohl zunächst den Ausschluss aller Miteigentümer von der Nutzung des betreffenden Teils des Gemeinschaftseigentums (negative Komponente) als auch die Zuweisung der ausschließlichen Nutzungsbefugnis an den begünstigten Sondereigentümer (positive Komponente). Zeitlich können diese beiden Komponenten auseinanderfallen, wie dies regelmäßig im Ausgangsfall geschieht: Der Bauträger legt in der Teilungserklärung (Gemeinschaftsordnung) nur die Anzahl und die Lage der Stellplätze bzw. Gartenanteile fest und behält sich vor, beim späteren Verkauf der Wohnungen je nach dem Wunsch der Käufer dann einen oder mehrere Stellplätze/Gartenanteile der Wohnung zuzuordnen und sie damit zum Vertragsgegenstand zu machen. Rechtlich gesprochen: Er schließt in der Gemeinschaftsordnung die Stellplätze/Gartenanteile vom Mitgebrauch durch alle Miteigentümer negativ aus und verbindet das Recht erst im Kaufvertrag positiv mit einer Wohnung.

Rechtlich bestehen drei Möglichkeiten für den Eigentümer:<sup>8</sup>

- Zuweisung der Sondernutzungsrechte an eine Einheit („Parken“) und jeweils Übertragung („Zuweisung“) im Kaufvertrag an die verkaufte Wohnung
- Bloße räumliche Festlegung der Sondernutzungsrechtsflächen und Ausschluss der anderen Miteigentümer mit Ausnahme des Bauträgers in der Gemeinschaftsordnung und Ermächtigung an den teilenden Eigentümer zur späteren endgültigen Zuweisung
- Ausschluss aller Sondereigentümer vom Mitgebrauch aufschiebend bedingt (§ 161 BGB) mit der Zuweisung an eine Wohnung durch den teilenden Eigentümer

<sup>5</sup> *Langhein*, notar 2014, 126.

<sup>6</sup> *Böttcher*, ZNotP 2014, 53.

<sup>7</sup> *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 2912; *Böttcher*, a. a. O.

<sup>8</sup> *Böttcher*, a. a. O.

<sup>3</sup> Hierzu m. w. N. *Fackelmann*, MittBayNot 2014, 135 f.; *Langhein*, notar 2014, 130: „Kostenfalle“.

<sup>4</sup> *Armbrüster* in *Bärmann*, WEG, 12. Aufl., § 7 Rdnr. 37 und 38.



Die Nutzungsmöglichkeit in der Zwischenzeit verbleibt hierbei entweder beim teilenden Bauträger (in den ersten beiden Varianten) oder – in der Variante 3 – bei der Eigentümergemeinschaft.<sup>9</sup>

Warum wählt man diese Konstruktionen?

Es geht darum, bei späteren Maßnahmen die Unterschrift derjenigen Eigentümer und dinglich Berechtigten nicht mehr zu benötigen, für die die Änderung keine Auswirkung hat, die bzw. deren Rechte also nicht „betroffen“ oder – in anderen Worten – nicht „berührt“ oder nicht „beeinträchtigt“ werden. Sedes materiae ist hierfür zunächst § 19 GBO sowie für die dinglich Berechtigten die §§ 877, 876 BGB.

Betroffen im Sinne dieser Vorschriften ist nur derjenige, dessen Rechtsstellung durch die vorzunehmende Eintragung beeinträchtigt wird oder zumindest rechtlich nachteilig berührt werden kann.<sup>10</sup> Die Regelungen der Teilungserklärung/Gemeinschaftsordnung als erster zeitlich erster Rechtsakt bilden quasi das Fundament für alle später hinzutretenden Rechte Dritter, wie Finanzierungsgläubiger und Erwerber, so dass diese an diese negative Komponente a priori gebunden sind. Bereits die negative Komponente kann also die Nichtbetroffenheit aller Einheiten bewirken, ungeachtet der weiteren Zuweisungsakte.

In allen drei rechtlichen Varianten kann die Zuweisung durch den Bauträger alleine vorgenommen werden. Die Zuweisung des Sondernutzungsrechts samt deren Eintragung in das Grundbuch bedarf nicht mehr der Zustimmung der Eigentümer der bereits verkauften Einheiten sowie der dinglich Berechtigten daran (§§ 877, 876 BGB, § 19 GBO), da diese infolge der bereits realisierten negativen Komponente von der positiven Zuweisung zu einer anderen Wohnung rechtlich „nicht betroffen“ sind.<sup>11</sup>

Ein Unterschied besteht lediglich hinsichtlich der Zustimmung der dinglich Berechtigten an den noch im Eigentum des teilenden Bauträgers stehenden Einheiten: Die rechtlich konsequenteste Gestaltung besteht insoweit in der dritten Variante, also der Lösung der aufschiebenden Bedingung, da der Ausschluss vom Mitgebrauch bereits von Anfang an Inhalt des Sondereigentums ist. In den beiden anderen Fällen ist der Bauträger immer noch selbst Inhaber des Rechts, entweder in eigener Person oder als Eigentümer einer bestimmten Sondereigentumseinheit; die bloße Ermächtigung zur späteren Zuweisung/Übertragung ist keine von Anfang an bestehende Ausgestaltung des Inhalts des Sondereigentums, so dass hier die Zustimmung des Grundpfandgläubigers des Eigentümers und – streng genommen – auch die der Finanzierungsgläubiger der bereits verkauften, aber noch nicht umgeschriebenen Wohnungen erforderlich ist.<sup>12</sup>

Was hat dies nun mit der kostenrechtlichen Behandlung zu tun?

Sehr viel, denn danach ist die gebührenmäßige Behandlung der nachträglichen Zuweisung von Sondernutzungsrechten zu beurteilen. Das Tatbestandsmerkmal „jedes betroffene Sondereigentum“ im KV Nr. 14160 Ziffer 5 weist auf eine materiellrechtliche Betroffenheit hin.<sup>13</sup>

<sup>9</sup> *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 2913 und 2913a.

<sup>10</sup> *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 100.

<sup>11</sup> *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 2913; *Böttcher*, a. a. O.

<sup>12</sup> *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 2913 Fn. 179.

<sup>13</sup> Siehe auch *Heyl* in *Korintenberg* u. a., GNotKG, 19. Aufl., Nr. 14160 KG, Rdnr. 29.

Ich wage an dieser Stelle den Brückenschlag vom Kostenrecht zum materiellen Recht mit folgender These:

Betroffen im Sinne des KV Nr. 14160 Ziffer 5 ist nur dasjenige Sondereigentum, dessen eingetragener Eigentümer oder dinglich Berechtigter von der vorzunehmenden Eintragung zugrundeliegenden Rechtsänderung betroffen ist. Es kommt also nicht auf die bloße Zahl derjenigen Grundbuchblätter an, bei denen eine Eintragung erfolgt. Demgemäß ist das Wort „betroffen“ auch nicht auf den Eintragungsakt zu beziehen, sondern auf die beantragte Inhaltsänderung.

Dieses Ergebnis wird auch durch die Anwendung von Auslegungsmethoden gestützt: Durch die Verwendung des Worts „betroffen“ ist bereits sprachlich zunächst auf die Einheit der Rechtsordnung abzustellen. In der Grundbuchordnung taucht dieser Begriff in § 19 auf. Danach ist betroffen, wessen Rechtsstellung durch die vorzunehmende Eintragung rechtlich, nicht nur wirtschaftlich, unmittelbar oder mittelbar, beeinträchtigt wird oder zumindest rechtlich nachteilig berührt werden kann (Passivbeteiligter, verlierender Teil), so die ständige Rechtsprechung des BGH.<sup>14</sup> Auf die Einheiten, die „gewinnender Teil“ sind, kommt es danach nicht an.<sup>15</sup>

Ferner heißt es im Text des Kostenverzeichnisses weiter „jedes betroffene Sondereigentum“. Es ist ausdrücklich nicht die Rede vom betroffenen Grundbuchblatt. Die Formulierung wäre anders ausgefallen, hätte der Gesetzgeber eine Kostenbelastung von 50 € je Eintragung auf einer Blattstelle gewollt. Dann hätte man nicht das Wort „betroffen“ gewählt, sondern etwa die Wendung „...“; die Gebühr wird je Blattstelle gesondert erhoben“. Die Wortwahl „betroffenes Sondereigentum“ bezieht sich eben nicht nur auf die Blattstelle, sondern darüber hinaus auf das zugrundeliegende Eigentum und damit auch auf die Vorschriften des BGB und der GBO.

Aus der Entstehungsgeschichte spricht der Wille des Gesetzgebers ebenfalls für die materiellrechtliche Interpretation, wonach mit der Neuregelung gemäß der Gesetzesbegründung die bereits geltende Kostenpraxis normiert werden sollte.<sup>16</sup> Diese sah jedoch häufig nur die Erhebung einer Änderungsgebühr vor mit dem Argument, dass nur eine Grundverfassung der WEG-Anlage betroffen sei, nicht eine bestimmte Anzahl von Einheiten oder Grundbuchblättern. Eine derartige Ausweitung der Kostenbelastung war also nicht beabsichtigt.

#### IV. Fazit

Ich möchte abschließend meine kostenrechtliche Lösung zum Ausgangsfall entsprechend meiner Argumentation nicht schuldig bleiben:

##### 1. Gestaltung mittels Zuordnung zu einer Einheit des Bauträgers

Durch diese Zuordnung sind alle anderen Einheiten von Anfang an vom Mitgebrauch ausgeschlossen. Die Ermächtigung an den Eigentümer zur Übertragung und Zuweisung beinhaltet jedoch noch keinen Ausschluss für die Einheit, von der das Sondernutzungsrecht später abgespalten wird. Vielmehr findet die eigentliche Rechtsveränderung erst durch die Aus-

<sup>14</sup> Zitiert bei *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 100.

<sup>15</sup> Etwas anders *Heyl* in *Korintenberg* u. a., GNotKG, 19. Aufl., Nr. 14160 KG, Rdnr. 29, der auch die begünstigten Einheiten als betroffen ansieht.

<sup>16</sup> *Fackelmann*, MittBayNot 2014, 135 m. w. N. und mit dem Verweis auf *Wilsch*, FGPrax 2013, 47.

übung der Ermächtigung statt. Daher sind die Finanzierungsgläubiger des Bauträgers an der Einheit, bei der das Recht „geparkt“ wird, betroffen. Die spätere Zuordnung und der Vermerk an allen Einheiten löst daher eine Festgebühr von 50 € (ein betroffenes Sondereigentum) aus.

## 2. Gestaltung mittels Festlegung des Gegenstands des Sondernutzungsrechts und Beschränkung des Gebrauchs beim Bauträger

Durch diese Zuordnung sind alle Einheiten von Anfang an vom Mitgebrauch ausgeschlossen mit Ausnahme der im Eigentum des Bauträgers verbleibenden. Die Ermächtigung an den Eigentümer zur Übertragung und Zuweisung beinhaltet jedoch auch hier noch keinen Ausschluss für die Einheiten des Bauträgers. Vielmehr findet die eigentliche Rechtsveränderung erst durch die Ausübung der Ermächtigung statt. Daher sind die Finanzierungsgläubiger des Bauträgers an den Einheiten, die in seinem Eigentum stehen, betroffen (streng genommen sogar auch die Gläubiger der Käufer an denjenigen Einheiten, die noch nicht umgeschrieben sind). Die spätere Zuordnung und der Vermerk an allen Einheiten löst daher eine Festgebühr von 50 € für jede Einheit aus, die noch im Eigentum des Bauträgers steht (und ggf. an solchen Einheiten, die zwar verkauft, aber noch nicht auf den Käufer umgeschrieben sind), aus.

## 3. Gestaltung mittels aufschiebender Bedingung

Es liegt wegen der originären und alle Beteiligten bindenden Regelung in der TE/GO (§ 161 BGB) keine Betroffenheit vor, weder der Eigentümer der bereits verkauften Einheiten noch des Bauträgers angesichts der in seinem Besitz befindlichen Einheiten noch der jeweiligen dinglichen Berechtigten. Die spätere Zuordnung und der Vermerk an allen Einheiten sind daher gerichtskostenfrei.<sup>17</sup>

<sup>17</sup> Ebenso *Heyl* in *Korintenberg* u. a., GNotKG, 19. Aufl., Nr. 14160 KG, Rdnr. 29 am Ende.

Dieses Ergebnis mag überraschen, ist aber durch die einheitliche Interpretation des Begriffs „betroffen“ in sich konsequent und stimmig. Dass in der Variante 3 keine Gebühren anfallen, ist auch nicht systemfremd, werden doch nach dem Kostenverzeichnis auch in vielen anderen Fällen für Eintragungen oder Löschungen keine Gebühren erhoben.<sup>18</sup> Es gilt nicht der Grundsatz „Jede Eintragung/Löschung löst eine Gebühr aus“, sondern „Nur die im Kostenverzeichnis aufgenommenen Fälle sind kostenpflichtig, die übrigen nicht“. Das Ergebnis ist also nichts anderes als eine Reflexwirkung aus dem Inhalt der ursprünglichen Bewilligung bei Festlegung der aufschiebenden Bedingung. Dort wird schon die spätere Betroffenheit ausgeschlossen, so dass der spätere Vermerk nur noch die Käufereinheit begünstigt, aber keine andere mehr negativ betrifft. Nicht nur aus Kostengesichtspunkten geht daher der Rat zur Gestaltung mittels der aufschiebenden Bedingung.<sup>19</sup> Eine weitere Schlussfolgerung besteht darin, dass der/die Rechtspfleger/-in die materielle Gestaltung der Urkunde analysieren muss und danach die „betroffenen“ Einheiten für die Kostenberechnung festzustellen hat. Als Strategie aus den bösen Erfahrungen zu den immens gestiegenen Grundbuchkosten kann nicht der Ausweg dienen, schuldrechtliche Ausweichgestaltungen mit den Problemen beim Eigentümerwechsel zu wählen, sondern – speziell bei den nachträglich zugeordneten Sondernutzungsrechten – die Praxis der Kostenerhebung mit der vorstehenden Argumentation zu korrigieren.

<sup>18</sup> Siehe *Fackelmann*, a. a. O., 136.

<sup>19</sup> Ebenso *Schöner/Stöber*, a. a. O., Rdnr. 2913 Fn. 179.

## BUCHBESPRECHUNGEN

### **Borth: Versorgungsausgleich in anwaltlicher oder familiengerichtlicher Praxis. 7. Aufl., Luchterhand, 2014. 666 S., 99 €**

Das am 1.9.2009 in Kraft getretene Gesetz über den Versorgungsausgleich (VersAusglG) verfolgt unter anderem das Ziel, die Gestaltungsmöglichkeiten für Eheleute deutlich zu erweitern (BT-Drucks. 16/10144 S. 51). Deshalb räumt es ihnen bezüglich des Versorgungsausgleichs (VA) eine umfassende Dispositionsbefugnis ein (BGH FamRZ 2014, 1179, 1180). Zwar bedürfen die entsprechenden Vereinbarungen grundsätzlich der notariellen Form (§ 7 Abs. 1 VersAusglG), müssen aber ansonsten nur einer Inhalts- und Ausübungskontrolle standhalten und im Rahmen der Zulässigkeit innerhalb der maßgebenden Versorgungsregelungen bleiben (§ 8 VersAusglG).

Diese Neuregelung, die es mit sich bringt, dass unter dem VersAusglG wesentlich mehr Vereinbarungen zum VA geschlossen werden als unter dem Vorgängerrecht, stellt die Notare vor die Aufgabe, sich verstärkt mit diesem wichtigen Gebiet zu befassen. Das Buch von *Borth*, der einer der namhaftesten Kenner dieses Rechtsgebiets und der hierfür zuständige Schriftleiter der FamRZ ist, hat sich die Aufgabe gestellt, dazu die erforderlichen Informationen nach dem neuesten Stand in der 7. Auflage seines Standardwerks zu liefern.

Im Vordergrund des Interesses stehen damit die vom BGH gezogenen Grenzen zur Inhalts- und Ausübungskontrolle von Eheverträgen und Scheidungsvereinbarungen (S. 477 ff.), wobei *Borth* die gesetzliche Regelung und die maßgebende Judikatur wie auch die in der Praxis am häufigsten vorkommenden Einzelfälle behandelt. Besonderes Augenmerk gilt dabei der Wirksamkeit eines entschädigungslosen Verzichts auf den VA. Diese richtet sich danach, ob eine einseitige und evidente Benachteiligung eines Ehegatten vorliegt. Dazu werden Beispiele pro und contra vorgestellt (S. 481 f.).

Des Weiteren sind Vereinbarungen über die Herausnahme bestimmter Zeiträume aus dem VA von besonderer praktischer Bedeutung. Sie kommen vor allem dann in Betracht, wenn die Beteiligten die Scheidung noch nicht einreichen, den anderen Ehegatten jedoch nicht mehr am weiterlaufenden Erwerb von Versorgungsansprüchen beteiligen wollen. Solche Vereinbarungen sind nach der Rechtsprechung grundsätzlich zulässig, bedürfen jedoch einer präzisen Formulierung, für die *Borth* einen ausführlichen Vorschlag bringt (S. 469 f.).

Auch Vereinbarungen mit einer Verrechnung von beiderseitigen Ansprüchen der Ehegatten, insbesondere beim Zusammentreffen von Versorgungsansprüchen zweier Landesbeamten, sind oft sinnvoll, wenn nicht gar geboten. Da für Landesbeamte keine interne Teilung vorgesehen ist, sind ihre Ansprüche nach § 16 VersAusglG extern in der Weise zu teilen, dass das Anrecht bei einem Träger der gesetzlichen Rentenversicherung auszugleichen ist. Sind beide Ehegatten Landesbeamte, verlieren sie nach der gesetzlichen Regelung jeweils ihre auszugleichenden Ansprüche als Beamte und erwerben Ansprüche in der gesetzlichen Rentenversicherung. Um möglichst hohe An-

rechte aus der Beamtenversorgung zu behalten, können die beiderseitigen Rechte miteinander verrechnet (saldiert) werden. Solche Verrechnungen auch unter anderen Ansprüchen sind zulässig, wie *Borth* anhand von Beispielen erläutert und wie dies mittlerweile auch vom BGH, Beschluss vom 30.4.2014, XII ZB 668/12, FamRZ 2014, 1179 bestätigt wurde.

Ein wesentliches Thema insbesondere bei der Gestaltung von Scheidungsvereinbarungen ist der korrespondierende Kapitalwert, der von den Versorgungsträgern im Scheidungsverfahren regelmäßig mitzuteilen ist, falls es sich nicht ohnedies um einen Kapitalwert handelt (§ 5 VersAusglG). Für den gesetzlichen Ausgleich, also den internen und externen Ausgleich, sowie den schuldrechtlichen Ausgleich ist dieser Wert zunächst insoweit von Bedeutung, als er eine Vorstellung über den Wert der einzelnen Versorgungsansprüche wie auch des Gesamtbetrags der auszugleichenden Versorgungsbilanz jedes Ehegatten in EURO vermittelt. Dies ist deshalb wichtig, weil die einzelnen Ansprüche oft von unterschiedlicher Berechnungsart sind (Entgeltpunkte, Versorgungspunkte usw.). Mit dem korrespondierenden Kapitalwert werden die einzelnen Ansprüche vergleichbar und oft zur Grundlage in der Vertragsgestaltung gemacht, insbesondere bei der Saldierung von Ansprüchen unterschiedlicher Art, aber auch beim Ausgleich in Form einer Kapitalzahlung oder einer sonstigen Vermögenszuwendung. *Borth* widmet sich den Anwendungsfällen und der Berechnung des korrespondierenden Kapitalwerts mit der gebotenen Ausführlichkeit und weist auch auf seinen Charakter als Hilfsgröße hin (§ 47 VersAusglG, S. 86 ff.), der nicht immer dem tatsächlichen Wert entspricht. In einschlägigen Vereinbarungen sollte deshalb auf dieses Manko des korrespondierenden Kapitalwerts ausdrücklich hingewiesen werden.

Das Buch informiert laut den Kapitelüberschriften insbesondere über die Grundlagen und die Konzeption des VA (S. 1 ff.), die Bewertung von Ansprüchen auf eine Versorgung wegen Alters oder Invalidität (S. 72 ff.), den Wertausgleich von Versorgungsansprüchen (S. 255 ff.), die Ausgleichsansprüche nach der Scheidung (S. 368 ff.), die Teilhabe an der Hinterbliebenenversorgung (S. 413 ff.), die Vereinbarungen zum VA (S. 464 ff.), die Auswirkungen der Übertragung oder Begründung von Ansprüchen in der gesetzlichen Rentenversicherung sowie der Beamtenversorgung (S. 514 ff.) und schließlich den VA mit Auslandsberührung (S. 524 ff.). Es werden aber auch Spezialprobleme, wie die Pensionszusagen von Gesellschaftergeschäftsführern (S. 513 ff.), die steuerlichen Folgen (S. 348 ff.), die Konsequenz vergessener Ansprüche (S. 387 ff.) usw., behandelt. Schaubilder, praktische Hinweise und Berechnungsbeispiele lockern den Text sehr anschaulich auf. In seiner systematischen, übersichtlichen und klaren Darstellung liefert *Borth* in hervorragender Weise das Wissen, ohne das eine verantwortungsvolle Gestaltung von Eheverträgen und Scheidungsvereinbarungen mit Regelungen zum VA nicht möglich ist.

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Familienrecht  
Dr. Ludwig Bergschneider, München

**Dutta: Warum Erbrecht? Mohr Siebeck, 2014.  
682 S., 89 €**

Wer aus der Geschichte lernen will, darf sich von der Gegenwart nicht gefangen nehmen lassen – so formuliert es treffend der Soziologe *Reinhard Blomert*.<sup>1</sup> Eine umfassende Prüfung der Funktionsweise und Legitimität des Erbrechts muss in diesem Sinne der Bericht über eine weite Reise durch die juristische Welt sein. Als langjähriger Mitarbeiter des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Recht ist der Autor, *Anatol Dutta*, mittlerweile Lehrstuhlinhaber an der Universität Regensburg, dafür gut ausgestattet.

Die Arbeit selbst bietet am Anfang einen detaillierten Bericht über die Ausgangspunkte dieser Reise. Das ist vor allem zu nächst der adlige, später auch bürgerliche Wille zur autokratisch-patriarchalischen Machthäufung und -perpetuierung und dessen Durchsetzung mithilfe „findiger Juristen“ mit Hausgesetzen, Familienfideikomissen, entails, trusts, Stiftungen, Nacherbfolgen und Testamentsvollstreckungen – wovon (wie *Dutta* in Fußnoten beschreibt) schon Shakespeares Hamlet und Jane Austen Zeugnis ablegten (vgl. S. 67 ff.). Die Grenzen der Möglichkeiten beschreibt dabei das Recht selbst – etwa in der konkreten Gestalt der Erbsatzbesteuerung (in Deutschland heute bei Stiftungen), als Mindestverwaltungs- oder -nutzungsteilhabung sowie als allgemeine gesetzliche Gestaltungsschranken (§ 138 Abs. 1, § 242 BGB). Untersuchungsgegenstand des Hauptteils seines Werks bleibt für *Dutta*, dass das Recht vielfältige – und zumindest teils in sich widersprüchliche – Instrumente bereitstellt, die es den Menschen ermöglichen, autonom ihr eigenes „Erbrecht“ zu erzeugen und damit ihr Vermögen generationenübergreifend gebunden weiterzugeben.

Auf dieser deskriptiven Darstellung aufbauend, versucht der Autor in seinem Werk anhand fünf von ihm gefundener Funktionen des Erbrechts dessen Tauglichkeit und Konsistenz zu beurteilen, letztlich mit der Idee, die private Erbrechtssetzung – und damit auch die von Notaren nicht selten verlangte Nachlassgestaltung – in ein umfassendes Konzept einzuordnen. Der Autor arbeitet hierbei ein gleichbleibendes Programm ab: Erst untersucht er (geltendes und früheres) Recht auf Elemente ab, die die jeweilige Funktion abbilden, anschließend versucht er zu ermitteln, welche konkreten Ziele der Gesetzgeber damit verfolgt, sodann, welche privatautonomen Instrumente zur Umsetzung und Ausfüllung dieser Funktion das Gesetz vorsieht und abschließend, welche „funktionsspezifischen Grenzen“ dementsprechend für die private Nachlassgestaltung geboten sind.

Die erste von *Dutta* erkannte Funktion des Erbrechts sieht er in der „Erblassermotivation“, also in der Vorstellung, der künftige Erblasser werde zur Produktivität und Sparsamkeit angeleitet, indem ihm die Möglichkeit eingeräumt wird, das Erworbene nach eigenen Vorstellungen folgenden Generationen weiterzugeben. Maßgeblicher – und in Deutschland vergleichsweise prägnant ausgeprägter – Anhaltspunkt im geltenden Erbrecht ist hierfür naturgemäß die Testierfreiheit. Am deutlichsten wird dies bei dem Versuch, im Wege der Stiftung zumindest in juristisch-ökonomischer Hinsicht unsterblich zu werden. Allerdings vermittelt die Darstellung einige empirische Zweifel am tatsächlichen Vorliegen und insbesondere an der Reichweite einer solchen Motivationswirkung des Erbrechts. Für dessen gesetzliche oder privatautonome Ausgestaltung gibt sie daher wenig her.

Zur zweiten Funktion des Erbrechts erklärt *Dutta* eine Umverteilungswirkung, also die Chance, das weitergegebene

Vermögen in der kommenden Generation zu streuen und damit eigenen Vorstellungen der Zuordnung materiell vermittelter Lebenschancen Raum zu geben. Gesetzliche Vorgaben sind dafür neben der Erbschaftsteuer einerseits die Auseinandersetzung des Nachlasses durch dessen Teilung bei mehreren Erben sowie andererseits das Pflichtteilsrecht als zwingende Mindestbeteiligung. Dass damit allerdings die gesellschaftspolitisch divergenten Zielsetzungen einer Angleichung der Lebensverhältnisse unter gleichzeitiger Wahrung des neoliberalen Leistungsprinzips erreichbar sein sollen, ist schon angesichts des Leerformelcharakters des Letzteren in einer wirtschaftlich geprägten Wettbewerbsordnung kaum zu erwarten, was *Dutta* versucht, relativierend in einer ausgleichenden Beurteilung eher zu verbergen, als zu glätten.

Eine dritte Funktion beschreibt der Autor als „Aktualisierung“ des Vermögens und meint damit die Befugnis der Nachfolger, umfassend über das vom Erblasser Erhaltene verfügen zu können und damit den Nachlass für ganz neue Zwecke einsetzen zu können. Dass insoweit die Einsetzung von Nacherben oder Testamentsvollstreckern ebenso wie Stiftungen dem Erblasser massive Eingriffe erlauben, liegt auf der Hand. Diesen sind allerdings ihrerseits wiederum Grenzen gesetzt, um eine – schon aus faktischen Gründen kaum sinnvolle – langfristige Perpetuierung der wirtschaftlichen Ausrichtung des Nachlasses zu beschränken.

Eine vierte Funktion sieht *Dutta* in der Solidaritätsfunktion und spricht damit die Möglichkeit an, das eigene Vermögen im Rahmen persönlicher Näheverhältnisse weiterzugeben. Die gesetzliche Erbfolge verwirklicht dieses Prinzip ebenso, wie das unabdingbare Pflichtteilsrecht als Mindestmaß zwingender Solidarität. Im Übrigen erkennt der Autor zu Recht, dass in diesem Zusammenhang einige spektakuläre Entwicklungen bevorstehen könnten, wie insbesondere die Öffnung des gesetzlichen Erbrechts für rein faktische Nähebeziehungen, wie es etwa – so berichtet *Dutta* – in Slowenien, Katalonien und Portugal bereits der Fall ist.

Als abschließende fünfte Funktion des Erbrechts behandelt *Dutta* die Kontinuitätsfunktion, also die Idee, dass trotz des persönlich endgültigen Generationenwechsels die wirtschaftliche Bedeutung des verfügbaren Privatvermögens unverändert, sprich „neutralisiert“ wird. Da der feudalistisch-dynastische Gedanke nicht mehr zeitgemäß ist, bleiben für das Kontinuitätsprinzip vor allem wirtschaftliche Einheiten, insbesondere Höfe und Familienunternehmen übrig. Zu Recht weist *Dutta* in diesem Zusammenhang darauf hin, dass die Kontinuität allerdings mit allen vier anderen Funktionen des Erbrechts leicht in Widerspruch gerät und daher im Regelfall geringe Durchsetzungskraft hat, da andernfalls das gesamte System des Nachfolgerechts destabilisiert wäre.

Auf seinem intellektuell anspruchsvollen Gang durch die Erbrechtsfunktionen erkennt *Dutta* immer wieder systematische Schwierigkeiten in Bezug auf die Vereinbarkeit der divergenten Gesichtspunkte einer dauerhaft problematischen Ungleichverteilung der Vermögen in der Gesellschaft, der grundsätzlich hochwertigen Entscheidungsfreiheit der Erben, die gleichfalls für den Fortbestand der Gesellschaft maßgebliche Generationengerechtigkeit und des hegemonialen kapitalistischen Leistungsprinzips, das *Dutta* nicht weiter in Frage stellt. Gleichwohl zeigt sein ambitioniertes Projekt einen wichtigen Weg auf: aus den Quellen der späten Neuzeit bis hin zur Gegenwart lohnt sich ein systematischer Blick auf die Evolution des Rechts, auf die damit verbundenen Erwartungen sowie Zielsetzungen seiner Gestalter und nicht zuletzt auf die damit verbundenen gesellschaftlichen Folgen. Wie menschliches Leben im Allgemeinen ist auch das Recht nicht

<sup>1</sup> Leviathan 42 (2014), 307, 317.



ohne irrationalen Rest widerspruchsfrei in eine geordnete Konzeption zu bringen. Vielmehr erweist es sich auch in dieser Untersuchung einmal mehr als Raum der Widersprüche mit einer unauflösbaren Eigenlogik. *Duttas* große Leistung ist es, diese Logik unter Berücksichtigung verschiedener – auch historischer – Rechtsordnungen erheblich transparenter gemacht zu haben. Wer den aus meiner Sicht für eine verantwortungsbewusste Arbeit unerlässlichen Anspruch hat, seine praktische Tätigkeit kritisch-reflexiv zu hinterfragen, wird in

*Duttas* Werk eine Unmenge an durchdachten Hinweisen und interessanten Gedanken finden. Er entgeht damit sicherlich der Gefahr, im Sinne des Eingangssatzes Gefangener seiner eigenen Gegenwart zu bleiben. Ohne Frage: Das Werk ist ein Glücksfall einer auch noch in vielen Jahrzehnten überaus lesenswerten Habilitationsschrift.

Notar Prof. Dr. *Alexander Kraflka*, Landsberg a. Lech

**Eckhardt/Hermanns: Kölner Handbuch des Gesellschaftsrechts. 2. Aufl., Carl Heymanns, 2014. 1404 S. + CD-ROM, 149 €**

Die 2. Auflage des erstmals 2011 in der seiner Zeit neu begründeten Reihe Kölner Hand- und Formularbücher der notariellen Praxis erschienenen Kölner Handbuchs des Gesellschaftsrechts ist sehr gut gelungen. Seinem Anspruch, die für den Notar relevanten Aspekte des Gesellschaftsrechts umfassend, praxisorientiert und in der nötigen Tiefe darzustellen, wird das Kölner Handbuch Gesellschaftsrecht weitgehend gerecht. Dies gilt umso mehr, als in der Neuauflage nun auch die Bereiche Steuerrecht und Insolvenzrecht, sowie – sehr knapp – die KGaA in eigenen Kapiteln behandelt werden und zudem die Darstellung der Personengesellschaften um eine Abhandlung zur Partnerschaftsgesellschaft ergänzt wurde. Für kommende Auflagen wäre als weitere Ergänzung eine zusammenhängende Darstellung des Rechts der Europäischen Aktiengesellschaft (SE) wünschenswert. Im – durchaus gelungenen – Kapitel über das internationale Gesellschaftsrecht findet sich hierzu bisher lediglich eine Randnummer (Kapitel 5 Rdnr. 154).

Es macht Freude mit diesem Buch zu arbeiten: Die theoretischen Darstellungen sind fast ausnahmslos auf dem neuesten Stand und gehen im nötigen Maße in die Tiefe, ohne dabei jedoch allzu weitschweifig zu sein. Die Erläuterungen werden – auch optisch – immer wieder von allerlei nützlichen Mustern und Checklisten aufgelockert. Die beiliegende CD-ROM ermöglicht zudem die unkomplizierte Verwendung der Formulierungsvorschläge in der eigenen Praxis. Schade ist nur, dass das Stichwortverzeichnis nicht immer alle relevanten Fundstellen zu einem Thema beinhaltet. So findet sich unter Sachgründung einer GmbH lediglich ein Verweis auf Kapitel 2 Rdnr. 224 nicht jedoch auf die umfassende Darstellung in Kapitel 2 Rdnr. 491 ff. Angesichts des erheblichen Umfangs ist eine vollständige inhaltliche Auseinandersetzung an dieser Stelle nicht möglich. Anstelle einer bloßen Inhaltsangabe sollen deshalb – ohne jeden Anspruch auf Vollständigkeit – einige Details aufgegriffen werden, die mir bei der Verwendung des Handbuchs „im Echtbetrieb“ aufgefallen sind.

In Kapitel 1 (Personengesellschaften) wird die Problematik der Nachschusspflicht (§ 707 BGB) bei der GbR nur sehr knapp im Rahmen der allgemeinen Behandlung sog. Grundlagenbeschlüsse dargestellt (vgl. Rdnr. 110), auch fehlt ein Verweis hierauf im Stichwortverzeichnis. Hier wäre eine Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des BGH (vgl. etwa BGH, Urteil vom 19.3.2007, II ZR 73/06, NJW-RR 2007, 832) zur Nachschusspflicht bei Publikumsgesellschaften und eine Erörterung von deren Anwendbarkeit auf „kleine“ Gesellschaften wünschenswert gewesen.

Im vorzüglichen Kapitel über das Recht der GmbH findet sich unter Verweis auf *Scholz/Winter*, § 15 Rdnr. 54 die Aussage, die Verpflichtung zur „Beschaffung“ eines fremden GmbH-Geschäftsanteils sei nicht beurkundungsbedürftig, da § 15 Abs. 4 GmbHG lediglich die Verpflichtung zur Abtretung des Geschäftsanteils eines Gesellschafters im Blick habe. Sollte hiermit gemeint sein, dass die Verpflichtung zum Erwerb von Geschäftsanteilen nicht der Beurkundung bedarf, so ist dies sicherlich richtig, da die in § 15 Abs. 4 GmbHG angesprochene Verpflichtung zur Abtretung eben vom Veräußerer und nicht vom Erwerber eingegangen wird. Sollte allerdings gemeint sein, der Verkauf oder die sonstige Veräußerung eines vom Veräußerer erst noch zu beschaffenden Geschäftsanteils („Stichwort „Leerverkauf“) bedürfe keiner Beurkundung, so vermag dies nicht zu überzeugen. Zweck des § 15 Abs. 3 und Abs. 4 GmbHG ist primär die Verhinderung eines leichten und spekulativen Handels mit Geschäftsanteilen (vgl. *Baumbach/Hueck*, GmbHG § 15 Rdnr. 21), sowie die Beweissicherung. Beiden Zwecken würde eine formfreie Verpflichtung zur Abtretung fremder Anteile in erheblichem Maße widersprechen, so dass § 15 Abs. 4 GmbHG insoweit analog anzuwenden ist.

Im Kapitel zur Aktiengesellschaft ist mir der kurze Abschnitt zur Rolle des Notars bei der Überprüfung von Hauptversammlungseinladungen aufgefallen. Zu Recht vertritt *Terbrack* die Auffassung, dass der Notar ohne besonderen Prüfungsauftrag die Einladungsbekanntmachung nicht zu prüfen braucht. Nicht ganz stimmig erscheint mir jedoch die Ansicht, den Notar treffe eine Pflicht zur Prüfung auf offensichtliche Mängel, wenn ihm die Einladung oder deren Entwurf – wie in der Praxis häufig – ohne Auftrag zur Prüfung „informationshalber“ oder zur Kenntnisnahme übermittelt wird. Richtig dürfte es sein, hinsichtlich der Prüfungspflicht nach dem Grundsatz alles oder nichts zu verfahren. Entweder die Beteiligten wünschen eine Prüfung der Einladung durch den Notar (mit der Kostenfolge der NR 24203 des KV zum GNotKG), dann hat diese stets umfassend zu erfolgen oder sie wünschen dies nicht. Eine (kostenlose) Light-Version der notariellen Prüfung sieht das Gesetz nicht vor. Sofern der notarielle Rat durch die Beteiligten nicht gewünscht wird, kann daher durch die bloße Übermittlung eines Einladungsentwurfs keine Pflicht des Notars zur Kenntnisnahme von dessen Inhalt und somit zu dessen ggf. kursorischer Prüfung begründet werden. Stellt der Notar freilich rechtzeitig Mängel der Einladung fest wird er die Beteiligten hierauf selbstverständlich hinweisen.

Im sehr ausführlichen Kapitel zu den Umwandlungsvorgängen findet sich unter anderem eine überzeugende Darstellung zur Reichweite des Gebots der Identität der Anteilsinhaber

beim Formwechsel, insbesondere zur Frage, ob eine am Gesellschaftsvermögen nicht beteiligte Komplementärin im Rahmen der Umwandlung in eine GmbH & Co KG der Gesellschaft beitreten bzw. aus einer solchen Gesellschaft anlässlich der Umwandlung austreten kann (vgl. Kapitel 5, Rdnr. 516 ff.). Vergeblich gesucht habe ich dagegen Ausführungen zu Umwandlungsvorgängen unter Beteiligung einer SE, etwa auch zur Frage, ob § 66 SE-VO solche Umwandlungen abschließend regelt und falls nicht, inwieweit § 66 Abs. 5 SE-VO analog für Umwandlungen nach nationalem Recht

gilt. Das Kapitel zum Vertragskonzern könnte um eine Darstellung der Notarkosten nach dem GNotKG ergänzt werden.

Auch wenn es sich im Bereich des gesellschaftsrechtlich geprägten Notariats sicherlich auch ohne das Kölner Handbuch leben lässt und auch dieses Buch natürlich nicht alle Fragen beantworten kann, möchte ich persönlich auf diese nützliche Arbeitshilfe künftig nicht mehr verzichten. Fazit: Kaufen!

Notar *Stefan Braun*, LL.M. (London)  
Maitre en droit (Paris), Erlangen

### **Oetker (Hrsg.): Handelsgesetzbuch. 3. Aufl., Beck, 2013. 2247 S., 195 €**

Der nunmehr in 3. Auflage vorliegende „*Oetker*“ ist eine gelungene Synthese aus Praktiker- und fundiertem Großkommentar sämtlicher Normen des HGB mit Ausnahme des Bilanzrechts.

Erwähnung verdient zunächst die hervorragende Einleitung, die vom Herausgeber *Hartmut Oetker* selbst verfasst ist und nicht nur ein ausführliches rechtshistorisches Bild der Entwicklung des Handelsrechts zeichnet, sondern auch die der heutigen gesetzlichen Regelung zugrundeliegenden Leitgedanken plastisch herausarbeitet: Selbständigkeit und Eigenverantwortlichkeit der am Handelsverkehr Beteiligten und die daraus folgende Außerkraftsetzung bestimmter für den allgemeinen Rechtsverkehr geltender Schutzvorschriften (etwa Formfreiheit von Bürgschaft oder Schuldanerkenntnis, § 350 HGB) einerseits sowie Erweiterung privatautonomer Gestaltungsspielräume (§ 7 Abs. 2 MaBV, §§ 29, 38 ZPO) andererseits; schnelle und einfache Abwicklung des geschäftlichen Verkehrs und als Konsequenz hiervon Sonderregelungen zur Vertretungsmacht, zur Bedeutung von Erklärungen und Handelsbräuchen sowie zum Gutgläubenschutz hinsichtlich der Verfügungsmacht (§ 366 HGB); schließlich Publizität und Vertrauensschutz (durch die Registereintragung, das Firmenrecht und das Bilanzrecht). Weiterhin befasst sich *Oetker* mit der durch das EU-Recht beförderten Hinwendung von der Anknüpfung an den subjektiven Kaufmannsbegriff zu derjenigen an die gewerbliche oder selbständige berufliche Tätigkeit, das Unternehmen, dessen Gegenpol der Verbraucher ist, und die in der Legaldefinition der §§ 13, 14 BGB Eingang gefunden hat, welche im Jahr 2000 im Rahmen des Gesetzes über Fernabsatzverträge in das BGB eingefügt wurden. Tatsächlich nimmt die Zahl der Vorschriften, die den Kaufmannsbegriff in den Normtext aufnehmen, zugunsten derjenigen, die an den Unternehmer im Sinne von § 14 BGB anknüpfen, tendenziell zu (siehe etwa § 310 BGB anstelle von § 24 AGBG; § 491 BGB anstelle des früheren § 8 AbzG). Gut dargestellt wird auch die Qualität des HGB als Sonderprivatrecht, das mit dem BGB teilweise verzahnt ist oder diesem – jeweils nach der durch Auslegung zu ermittelnden Reichweite der betreffenden Norm – vorgeht. Interessant ist der Überblick über das internationale Handelsrecht: die sog. *Lex mercatoria*, das EU-Recht und die Wirkungsweise von EU-Richtlinien nach Art. 288 AEUV, die – anders als die für den Rechtsverkehr unmittelbar geltenden EU-Verordnungen – zwar lediglich die Mitgliedsstaaten binden, damit aber auch deren Gerichte im Sinne einer richtlinienkonform vorzunehmenden Auslegung des nationalen Rechts. In diesem Zusammenhang wird auch die – außerhalb von Verbraucherverträ-

gen (vgl. Art 6 Rom I-VO) bestehende – Möglichkeit der Wahl des auf den betreffenden Vertrag anzuwendenden nationalen Rechts behandelt, die ihre Grenze in Deutschland und allen im weitesten Sinne liberal geprägten Staaten nur am *ordre public* Vorbehalt findet; nicht in Betracht kommt eine Rechtswahl allerdings in den meisten islamischen Ländern. Ist eine Rechtswahl nicht getroffen, entscheidet das internationale Privatrecht als Kollisionsrecht, welches kein supranationales, sondern einzelstaatliches Privatrecht darstellt und, wie *Oetker* auch für den mit diesem Rechtsgebiet weniger vertrauten Juristen verständlich erläutert, seine Bezeichnung als international daher trägt, dass das IPR selbst keine materiellrechtlichen Regelungen enthält, sondern nur formell das jeweilige Recht eines Staates auf einen bestimmten Sachverhalt für anwendbar erklärt. Angesichts des Fehlens eindeutiger, auf das Handelsrecht bezogener kollisionsrechtlicher Vorgaben im deutschen Recht trennt die Praxis hier zwei Ebenen: Zunächst wird das betreffende Rechtsgeschäft nach allgemeinen kollisionsrechtlichen Grundsätzen, also dem Wirkungsstatut eingeordnet. Handelsgeschäfte unterliegen hiernach den Bestimmungen über vertragliche Schuldverhältnisse, Art. 3 ff. Rom I-VO (vormals Art. 27 ff. EGBGB); maßgeblich ist danach das Recht des Staates, mit dem der Vertrag die engsten Verbindungen aufweist, Art. 4 Abs. 4 Rom I-VO, also das Recht des Staates, von dem aus die für den Vertrag charakteristische Leistung erbracht wird; soweit es dann auf die Kaufmannseigenschaft ankommt (2. Ebene), ist diese – wofür *Oetker* plädiert – nach dem Wirkungsstatut oder gemäß abweichender Ansicht nach eigenständigen Kriterien zu beurteilen. Anschaulich werden hier und später in der Vorbemerkung zu den §§ 373-381 HGB auch die im internationalen Wirtschaftsverkehr zum Tragen kommenden unterschiedlichen Rechtsquellen und ihr jeweiliges Ineinandergreifen dargestellt: multilaterale Konventionen, welche durch nationale Gesetze in nationales Recht transformiert wurden und – soweit sie vereinbart werden – dem HGB nach Art. 3 Nr. 2 EGBGB vorgehen, sog. multilaterales Einheitsrecht wie zum Beispiel das UN-Kaufrecht (CISG); internationale Handelsbräuche, welche auf Verträge Anwendung finden, die innerhalb ihres Verbreitungsgebietes abgeschlossen oder erfüllt werden, und zwar unabhängig von der Kenntnis des individuellen Marktteilnehmers; schließlich international vereinheitlichte Vertragsbedingungen, die gelten, sofern auf sie Bezug genommen wird, etwa die Incoterms® (International Commercial Terms) in der Fassung aus dem Jahre 2010 sowie die sog. Trade Terms.

In gleicher Weise überlegt aufgebaut, das Ganze und Wesentliche im Blick, dennoch umfassend und häufig fundiert begründet, liest sich durchgehend auch die Einzelkommentierung der Normen. Ihre Stärke liegt vor allem in der nahezu

vollständigen und äußerst aktuellen Zusammenschau nahezu aller relevanten Fragestellungen.

Die Antworten sind für den Praktiker indessen inhaltlich manchmal zu stark verkürzt und bleiben dann leider – wie in einem Kurzkomentar – konkrete Lösungen schuldig, so etwa die Kommentierungen zur Gesellschafterstellung, § 105 Rdnr. 33 ff. Die gerade für den gesellschaftsrechtlichen Vertragsgestalter wichtigen und von der Praxis längst sehr detailliert geklärten Problemfelder der Einpersonengesellschaft, der Einheitlichkeit der Gesellschaftsbeteiligung, der unmittelbaren Beteiligung einer GbR an einer Personenhandelsgesellschaft, der Testamentsvollstreckung und der Nießbrauchsbestellung werden lediglich angerissen. Hier würde man sich für die nächste Auflage eine entsprechende Vertiefung wünschen.

Ebenfalls etwas knapp und deshalb leicht missverständlich dargestellt ist zum Beispiel auch die Einbringung quoad sortem (§ 105, Rdnr. 55). Bei einer derartigen Gestaltung wird ein Vermögensgegenstand lediglich wirtschaftlich, also zur Nutzung und zum Wertverzehr eingebracht. Der bei Liquidation analog § 732 BGB bestehende Rückgabeanpruch des einbringenden Gesellschafters wird sich nach dem Inhalt des typischen Einbringungs- und Gesellschaftsvertrages, wonach Einlagen in die gemeinsame Rücklage einzustellen sind, in aller Regel nur auf den unmittelbaren Besitz beziehen, nicht aber auch auf den eingebrachten Wert. Etwas anderes gilt lediglich dann, wenn die Einbringung ausschließlich in ein dem Einbringenden gesondert zustehendes Rücklagenkonto eingestellt wird, wertmäßig also dessen Beteiligung zugeordnet bleibt.

Erfreulich ist die Einbeziehung der neueren Entwicklung im Verbraucherschutzrecht. Richtigerweise finden auf den durch mündliche Verhandlungen in der Privatwohnung veranlassten Beitritt eines Verbrauchers zu einem geschlossenen Immobilienfonds in der Form einer Personengesellschaft die §§ 312, 355 ff. BGB Anwendung. Zwar handelt es sich bei der Beitrittserklärung nicht eigentlich um eine entgeltliche Leistung im Sinne von § 312 Abs. 1 BGB, sondern um einen organisationsrechtlichen Akt, jedoch ist dieser weniger auf die Erlangung einer Mitgliedschaft, sondern die Anlage von Kapital ausgerichtet und damit einem Vertrag über eine entgeltliche Leistung gleichzustellen (§ 105 Rdnr. 94 f.). Widerruft der Verbraucher seine Beitrittserklärung, so entsteht ein Widerspruch zwischen dem Verbraucherschutzrecht, welches dem Verbraucher die Wiederherstellung des früheren Zustands, also die Rückzahlung der gesamten Einlage gewährleistet, und Gesellschaftsrecht, welches zum Schutz der Mitgesellschafter nach den Regeln der faktischen Gesellschaft lediglich zu einem Anspruch auf das – ggf. verminderte – Abfindungs- und Auseinandersetzungsguthaben führt. Nach der jüngsten Rechtsprechung von BGH und EuGH ist dieser Widerspruch zugunsten des Gesellschaftsrechts zu entscheiden, da dieses im Hinblick auf derartige Fonds ebenfalls Verbraucherschutzrecht (zugunsten der Mitgesellschafter) ist.

Gelungen ist auch die übersichtliche und konzentrierte Darstellung der rechtsgeschäftlichen Unternehmensübertragungen (§§ 25-28 Anh.). Neben dem Unternehmenskauf in den Formen des Asset- und Share-Deals werden die wichtigsten Fragen zeitweiliger Unternehmensüberlassungen (Unterneh-

menspacht, Unternehmensnießbrauch, Unternehmenstreuhand), zudem die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung einer gescheiterten Unternehmensübertragung sowie internationale Unternehmensübertragungen behandelt.

Auch zum internationalen Gesellschaftsrecht finden sich in dem Kommentar an verschiedenen Stellen wertvolle Hinweise. In § 105 Rdnr. 105 ff. befasst sich *Weitemeyer* mit dem immer noch brandaktuellen Thema grenzüberschreitender Sitzverlegung. Ihre Ansicht, entgegen einer Entscheidung des OLG Nürnberg gebiete es die Niederlassungsfreiheit, innerhalb des EU/EWR-Raumes sowohl den Zuzug als auch den Wegzug einer Personen- oder Kapitalgesellschaft unter Wahrung der Rechtspersönlichkeit (Identität) und unter Umwandlung in eine entsprechende Rechtspersönlichkeit des Zuzugsstaats ggf. in analoger Anwendung des UmWG zu ermöglichen, verdient uneingeschränkte Zustimmung.

Die von der Verfasserin vertretene Anwendung der Gründungstheorie nicht nur auf Kapital-, sondern auch auf Personengesellschaften im EU/EWR-Raum (§ 105 Rdnr. 105) ist allerdings aus folgendem Grund nach wie vor abzulehnen: Nach der Gründungstheorie gilt für die Gründung, Rechtsfähigkeit, Vertretung und Haftung sowie alle innergesellschaftlichen Vorgänge das Recht des Gründungsstaats der Gesellschaft, auch wenn sich ihr Verwaltungssitz in einem anderen EU/EWR-Staat befindet; Voraussetzung ist lediglich, dass das Gründungsstatut einen Wegzug gestattet. Würde man diesen Grundsatz auf Personengesellschaften anwenden, käme man zur Möglichkeit eines vom tatsächlichen Verwaltungssitz abweichenden statuarischen „Handelsregister“-Sitzes des Gründungslandes, für den es jedenfalls nach deutschem Recht aber keine entsprechende Grundlage gibt. Personengesellschaften haben hiernach nur einen maßgeblichen Sitz, nämlich den Verwaltungssitz der Geschäftsleitung (so auch an anderer Stelle des Kommentars richtig *Preuß*, § 8 Rdnr. 68). Jeder Wegzug einer Personengesellschaft ist also als Sitzverlegung ins Ausland anzusehen, die nach obiger richtiger Ansicht nicht zur Auflösung der Gesellschaft, sondern – unter Berücksichtigung des erforderlichen Schutzes von Gläubigern und Arbeitnehmern, vgl. EUGH NZG 2012, 871, Rs Vale – zu einem identitätswahrenden Formwechsel in eine vergleichbare Rechtsform des Sitzlandes führt.

Insgesamt ermöglicht der Kommentar dem Leser einen zusammenfassenden und nahezu vollständigen Überblick über das gesamte Handelsrecht (exkl. Bilanzrecht) unter Berücksichtigung aller maßgeblichen hiermit in Berührung stehenden Rechtsgebiete, insbesondere des internationalen Rechts. Alle wesentlichen Fragestellungen werden berührt.

Der „*Oetker*“ leistet also etwas, was weder einem Großkommentar noch einem Kurzkomentar in dieser Weise bisher gelang: dem Vertragsgestalter, Anwalt und Richter eine detaillierte, mit Wegweisungen versehene Landkarte des Handelsrechts und der über das HGB hinausgehenden Rechtsquellen an die Hand zu geben und damit eine hervorragende Orientierung. Dass die Entscheidung, welcher Weg sicher und welcher schwankend bzw. in welcher Form zu befestigen ist, aus dieser Karte nicht immer zu entnehmen ist, mag man angesichts zur Verfügung stehender Alternativen verschmerzen.

Notar Dr. *Christoph Giehl*, Erlangen



## RECHTSPRECHUNG

### Bürgerliches Recht

1. BGB a. F. §§ 325, 434, 439, 440 Abs. 1, §§ 459, 463 (Gewährleistungshaftung des Übergebers bei Nichtlöschung eines Nacherbvermerks)

1. **Die Freiheit des Grundstücks von Rechten Dritter ist keine Eigenschaft, die gemäß § 459 Abs. 2 BGB a. F. zugesichert werden kann.**
2. **Von einer verschuldensunabhängigen (Garantie-) Haftung auf Schadensersatz für mit der Nacherbfolge verbundene Rechtsmängel kann nur dann ausgegangen werden, wenn diese laut Vertrag übernommen wurde.**

#### (Leitsätze der Schriftleitung)

OLG München, Hinweisbeschluss vom 8.4.2013, 20 U 456/13

Die Berufung hat offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg (§ 522 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO). (...)

Das LG hat die Klage jedenfalls im Ergebnis zu Recht abgewiesen. Der Senat schließt sich zwar nicht sämtlichen – voneinander unabhängigen – Klageabweisungsgründen des LG an, teilt aber die Meinung, dass eine Gewährleistungshaftung des Beklagten als Rechtsnachfolger der Verkäufer für die durch die Nacherbschaft bedingten Rechtsmängel ausgeschlossen ist.

1. Soweit der Kläger in der Berufungsbegründung (...) die Auffassung vertritt, es liege in Ziffer IX. des Vertrages im Hinblick auf die das Grundstück betreffende Nacherbschaft eine Zusicherung im Sinne des § 459 BGB a. F. vor, trifft dies nicht zu. Die Freiheit des Grundstücks von Rechten Dritter ist keine Eigenschaft, die gemäß § 459 Abs. 2 BGB a. F. zugesichert werden kann (Palandt, 60. Auflage 2001, § 459 Rdnr. 20), mit der Folge, dass insoweit eine Sachmängelhaftung nach §§ 459, 463 BGB a. F. ausscheidet und allein eine Rechtsmängelhaftung gemäß §§ 434, 440 Abs. 1, 325 BGB a. F. in Betracht kommt.

2. Der Senat folgt auch nicht der Ansicht des Klägers, dass die Rechtsmängelhaftung des Verkäufers stets unabhängig von Verschulden besteht. Dem steht der eindeutige Wortlaut des § 325 Abs. 1 Satz 1 BGB a. F., auf den § 440 Abs. 1 BGB a. F. auch für den Fall der Rechtsmängelhaftung verweist, entgegen, wonach Voraussetzung für den Schadensersatzanspruch das Verschulden des Schuldners ist. Es handelt sich vorliegend auch nicht um einen Fall des anfänglichen Unvermögens, weil bei Vertragsschluss durchaus noch die Möglichkeit bestand, dass der Nacherbenvermerk gelöscht werden würde (was ja zunächst auch gelungen war). So geht auch die Berufungsbegründung (...) zutreffend von nachträglicher Unmöglichkeit aus. Von einer verschuldensunabhängigen (Garantie-)Haftung auf Schadensersatz für mit der Nacherbfolge verbundene Rechtsmängel kann deshalb nur dann ausgegangen werden, wenn diese laut Vertrag übernommen wurde, was vorliegend nicht der Fall ist (siehe dazu Ziffern 3. und 4.).

3. Eine Rechtsmängelhaftung der Verkäufer ist unabhängig von der Frage des Verschuldens – wie vom LG jedenfalls im Ergebnis zu Recht festgestellt – gemäß § 439 BGB a. F. ausgeschlossen, weil der Kläger als „Käufer“ den Rechtsmangel (Nacherbenvermerk) kannte. Es trifft zwar zu, dass im Rah-

men des § 439 BGB a. F. Kenntnis der Tatsachen nicht genügt, sondern der Käufer daraus auch die zutreffenden rechtlichen Folgerungen ziehen und den Rechtsmangel erkennen muss (Palandt, a. a. O., § 439 Rdnr. 4), wobei ein Irrtum über dessen rechtliche und wirtschaftliche Tragweite unerheblich ist (BGH, NJW 1979, 713 Rdnr. 8). Allerdings genügt es, wenn der Käufer mit dem Vorliegen des Rechtsmangels rechnet und dieses Risiko bewusst in Kauf nimmt; denn eine derart bewusste Risikoübernahme stellt sich unter dem Blickwinkel des § 439 BGB a. F. ebenfalls als Verzicht auf etwaige Gewährleistungsansprüche dar (BGH, a. a. O., Rdnr. 13).

Wie der Kläger selbst einräumt, war er über den Nacherbenvermerk informiert. In dem Vertrag vom 18.12.1975, den er als Vertragspartner unterschrieben hat, sind auf Seite 2 die Nacherbfolge und die entsprechende Eintragung im Grundbuch genannt. In Ziffer IX. des Vertrages mit den Klauseln zur Gewährleistung ist geregelt, dass der Kläger sein Nacherbfolgerecht auf Josef S. überträgt und die Löschung des Nacherbfolgebermerks bewilligt. Weiter ist geregelt, dass die Löschungsbewilligung unter der Bedingung erfolgt, dass auch die übrigen Nacherben ihre Rechte auf Josef S. übertragen und ebenfalls die Löschung bewilligen. Auch der Erb- und Pflichtteilsrechtsverzicht des Klägers auf Seite 7 unter Ziffer 3. erfolgt unter der Bedingung, dass die Nacherben ihr Recht auf Josef S. übertragen und (in der Folge) der Nacherbenvermerk im Grundbuch gelöscht wird. Damit wird deutlich, dass die Vertragsschließenden davon ausgegangen sind, dass sich der Rechtsmangel „Nacherbenvermerk“ nur dann mit Sicherheit beseitigen lässt, wenn die Nacherben daran mitwirken, also ihr Recht auf Josef S. übertragen und daraufhin die Löschung bewilligen. Davon, dass wegen Vollentgeltlichkeit des Vertrages der Nacherbenvermerk auch ohne entsprechende Mitwirkung der Nacherben gelöscht werden kann, sind die Vertragsschließenden also zumindest nicht selbstverständlich ausgegangen, anderenfalls hätte es der genannten Regelungen nicht bedurft. Auch wurde auf Seite 7 Ziffer 5. zumindest die Möglichkeit in Betracht gezogen, dass der Wert des Grundstücks den Wert der Gegenleistungen übersteigen könnte. Das Risiko, dass der Nacherbenvermerk nicht gelöscht wird, wurde also ausweislich des Vertrages auch vom Kläger gesehen und bewusst in Kauf genommen. Dies ergibt sich zusätzlich aus Ziffer XV. des Vertrages, wo es heißt: „Sollten die Abkömmlinge des Vorerben ... ihre Rechte aus der Nacherbfolge ... nicht auf den Vorerben übertragen und den Nacherbfolgebermerk im Grundbuch nicht löschen lassen, ...“

Auch wenn zugleich die Erwartung bestanden haben sollte, dass es auch ohne Mitwirkung der Nacherben zur Löschung des Nacherbenvermerks kommen könnte, so hat diese Erwartung in dem Vertrag keinen Niederschlag gefunden. Vielmehr wurde dort davon ausgegangen, dass die Löschung erfolgt, wenn die Nacherben ihr Recht auf den Vorerben übertragen, und es wurde weiter geregelt, was passiert, wenn dies nicht geschieht.

Mit den genannten Klauseln, von denen sich eine ausgerechnet auch in Ziffer IX. des Vertrages zur Gewährleistungshaftung befindet, haben die Vertragspartner – auch der Kläger – also deutlich gemacht, dass ihnen das Hindernis, das sich aus der Nacherbschaft ergibt, bekannt ist, und dass nicht sicher ist, dass dieses beseitigt werden kann. Der Kläger muss sich daher so behandeln lassen, als habe er auf eine Haftung der Verkäufer für die sich daraus ergebenden Rechtsmängel ver-



zichtet (BGH, NJW 1979, 713). Eine Auslegung der Ziffer IX. dahingehend, dass die Verkäufer dennoch die unbedingte oder gar verschuldensunabhängige Haftung dafür übernehmen, dass die Nacherben tatsächlich ihr Nacherbenrecht auf Josef S. übertragen oder der Nacherbenvermerk auf sonstige Weise gelöscht werden kann, lässt der Vertrag angesichts der genannten Klauseln nicht zu. Vielmehr ist der Vertrag – auch unabhängig von § 439 BGB a. F. – umgekehrt so auszulegen, dass für das von beiden Seiten gesehene Risiko, dass der Nacherbenvermerk nicht gelöscht wird, die Eltern nicht, jedenfalls nicht verschuldensunabhängig, haften sollten.

4. Selbst wenn entgegen dem Wortlaut des Vertrages die Behauptung des Klägers zugrunde gelegt würde, dass die Parteien bei Vertragsabschluss fest damit gerechnet haben, dass auch ohne Mitwirkung der Nacherben der Nacherbenvermerk schon wegen Vollentgeltlichkeit des Übertragungsvertrages gelöscht werden kann, hier also keinerlei Risiko besteht, ist für die Annahme, dass die Eltern für das Ausbleiben dieses angeblich doch ohnehin ausgeschlossenen Risikos eine unbedingte und verschuldensunabhängige Garantiehaftung übernehmen wollten, kein Raum.

5. Der Senat stimmt auch der Auffassung des LG zu, dass die Regelung in Ziffer XV. verdeutlicht, dass für den Fall, dass sich die mit der Nacherbschaft verbundenen Risiken verwirklichen sollten, eine Lösung durch erbrechtliche Regelungen gefunden wurde, also auch deshalb eine (zusätzliche) Gewährleistungshaftung auf Schadensersatz ausgeschlossen werden sollte. Ziffer XV. regelte gerade den Fall, dass es zu einer Löschung des Nacherbenvermerks nicht kommt, die Nacherben also Rechte an dem dem Kläger mit dem Vertrag übertragenen Grundstück geltend machen. Für diesen Fall sollte der Kläger, der laut Erbvertragsnachtrag Vermächtnisnehmer des Grundstücks und nicht Erbe sein sollte, abweichend davon Erbe zu  $\frac{3}{18}$  werden. Entgegen den Ausführungen in der Berufungsbegründung (...) war die Erbeinsetzung nicht eine zwangsläufige Folge einer (gelingenden) vollentgeltlichen Übertragung des Grundstücks (mit der Folge, dass die Nacherben keine Rechte an dem Grundstück gehabt hätten), sondern nur und gerade für den Fall gedacht, dass der Kläger das Grundstück nicht frei von den Rechten der Nacherben erhält. Korrespondierend damit galt für diesen Fall dann auch nicht der auf Seite 7, Ziffer 3 vereinbarte bedingte Verzicht auf das Pflichtteilsrecht.

Da schon aus den genannten Gründen eine Gewährleistungshaftung ausscheidet, ist die Klage zu Recht abgewiesen worden, ohne dass es auf die weiteren vom LG genannten Gründe und die Frage der Verjährung noch ankommt.

(...)

### Anmerkung:

I. Der Hinweisbeschluss des OLG München ist ohne den Sachverhalt kaum verständlich. Daher soll vorab der zugrundeliegende Sachverhalt, wie er sich aus dem Urteil der Vorinstanz<sup>1</sup> ergibt, zusammengefasst werden, um sodann auf die rechtlichen Aussagen der Entscheidung besser eingehen zu können.

Eltern schlossen im Jahre 1975 einen Überlassungsvertrag mit ihrem Sohn, dem späteren Kläger. Gegenstand dieses Vertrages war ein Grundstück, welches in Abteilung II einen Nacherbenvermerk zugunsten des Klägers und seiner Geschwister enthielt. Diese Nacherbfolge beruhte aufgrund

<sup>1</sup> LG Landshut, Urteil vom 21.12.2012, 54 O 819/12, BeckRS 2014, 10391.

eines Testaments des Großvaters des Klägers aus dem Jahre 1941. Dieser hatte den Vater des Klägers, den jetzigen Übergeber, nur als Vorerben und die Enkelkinder, also den Kläger und seine Geschwister, als Nacherben bestimmt.

Als Gegenleistung für die Übergabe wurde ein Wohnrecht für die Eltern sowie eine monatliche Leibrente von 500 DM vereinbart. Der Kläger verzichtete ferner auf sein gesetzliches Erb- und Pflichtteilsrecht unter der Bedingung, dass seine Geschwister ihr Nacherbrecht (sic!) auf den gemeinsamen Vater übertragen<sup>2</sup> und der Nacherbenvermerk im Grundbuch gelöscht wird. Ferner wurde für den Fall, dass die Geschwister des Erwerbers ihre Rechte aus der Nacherbfolge nach ihrem Großvater nicht auf den Vorerben übertragen und den Nacherbenvermerk nicht im Grundbuch löschen lassen, eine Änderung einer bestehenden Erbeinsetzung vorgenommen. Der Kläger sollte dann Erbe zu  $\frac{3}{18}$  werden. Schließlich enthält der Übergabevertrag eine Regelung zur Mängelhaftung (Ziffer IX). Hierin ist bestimmt, dass die Übergeber für ungehinderten Besitz- und Eigentumsübergang und für die Freiheit des überlassenen Grundbesitzes von jeglichen grundbuchmäßigen dinglichen Rechten Dritter und einer Hypothekengewinnabgabe haften.

In der Folge haben nicht alle Geschwister ihr Nacherbrecht auf den Vater übertragen bzw. der Überlassung zugestimmt. Gleichwohl wurde der Nacherbenvermerk, trotz vorausgehenden Widerspruchs des Bruders des Klägers, durch das AG München am 6.10.1977 gelöscht. Vermutlich ging man von einer entgeltlichen Verfügung des (wohl) befreiten Vorerben aus.<sup>3</sup> Dieser Nacherbenvermerk wurde durch Urteil des LG München I aus dem Jahre 1997,<sup>4</sup> welches durch das OLG München<sup>5</sup> und den BGH<sup>6</sup> bestätigt wurde, wegen teilweiser Unentgeltlichkeit wieder eingetragen.

Der Kläger wurde nach Eintritt des Nacherbfalls durch das LG München I im Jahre 2007 zur Übertragung eines  $\frac{1}{5}$ -Anteils des Vertragsgrundstücks an seinen Bruder verurteilt. Mittlerweile ist Klage auf Übergabe des  $\frac{1}{5}$ -Anteils beim LG München I erhoben worden.

Der Kläger begehrt nun aufgrund des Übergabevertrages aus dem Jahre 1975 Schadensersatz gegenüber seinen Eltern bzw. dessen Rechtsnachfolgern. Er ist der Auffassung, dass seine Eltern die im Überlassungsvertrag aufgestellte ungehinderte Besitz- und Eigentumsübertragungsverpflichtung (unter Freiheit von Rechten Dritter) nicht erfüllt hätten.

II. Das vor allem in der Hand der juristischen Laien gefährliche Instrument der Vor- und Nacherbfolge führt, wie häufig, zu einer Gerichtsodyssee. An dieser Stelle sei nochmals die Rechtslage zur Löschung des Nacherbenvermerks vor Eintritt des Nacherbfalls dargestellt.<sup>7</sup>

<sup>2</sup> Diese Formulierung ist missverständlich. Vor Eintritt des Nacherbfalls kann nur die Nacherbenanwartschaft übertragen werden. Eine solche Übertragung der Nacherbenanwartschaft wäre aber im Hinblick auf den Vertragsgegenstand nicht erforderlich und im Hinblick auf etwaige Ersatznacherben auch nicht zielführend gewesen. Vielmehr reicht die Verfügung unter Zustimmung der Nacherben oder der Nachweis der Entgeltlichkeit bei Verfügung des befreiten Vorerben (siehe hierzu nachfolgende Nr. II.).

<sup>3</sup> Der Sachverhalt ist an dieser Stelle im Beschluss des LG Landshut leider nur sehr verkürzt wiedergegeben.

<sup>4</sup> LG München I, Urteil vom 12.12.1997, zitiert nach LG Landshut, BeckRS 2014, 10391.

<sup>5</sup> OLG München, Urteil vom 29.10.1999, 19 U 1654/98, zitiert nach LG Landshut, BeckRS 2014, 10391.

<sup>6</sup> BGH, Urteil vom 7.3.2001, IV ZR 84/00, zitiert nach LG Landshut, BeckRS 2014, 10391.

<sup>7</sup> Vgl. zuletzt auch *Zimmer*, ZEV 2014, 526 ff. m. w. N.

1. Zur Löschung des Nacherbenvermerks vor Eintritt des Nacherbfalls bieten sich grundsätzlich zwei Wege an: zum einen die Löschung aufgrund Löschungsbewilligung gemäß § 19 GBO, zum anderen die Löschung aufgrund Unrichtigkeitsnachweises nach § 22 GBO. Die erste Alternative ist grundsätzlich zu vernachlässigen, da sie die Bewilligung nicht nur des Nacherben, sondern auch der Ersatznacherben verlangt.<sup>8</sup> Außerdem wird durch eine bloße Löschungsbewilligung die Verfügung nicht automatisch wirksam, wenn sie nicht gleichzeitig als Zustimmung zur Verfügung im Sinne des materiellen Rechts ausgelegt wird.

Praxisrelevant ist daher bei Grundstücksverfügungen an Dritte<sup>9</sup> vor allem die Löschung aufgrund Unrichtigkeitsnachweises. Hierbei ist das Grundbuch bezüglich des Nacherbenvermerks dann unrichtig, wenn das betreffende Grundstück mit Wirkung gegen den Nacherben aus dem Nachlass ausgeschieden ist.<sup>10</sup> Dies ist dann der Fall, wenn der Vorerbe über das Grundstück mit Zustimmung des Nacherben verfügt<sup>11</sup> oder der befreite Vorerbe den Grundbesitz entgeltlich veräußert.

a) Bei einer Verfügung des Vorerben mit Zustimmung des Nacherben bedarf es nach ganz herrschender Meinung keiner Zustimmung der Ersatznacherben.<sup>12</sup> Die vom Nacherben erklärte Zustimmung wirkt dabei auch gegenüber dem Ersatznacherben, selbst wenn der Nacherbe anschließend vor dem Nacherbfall wegfällt und der Ersatznacherbe zur Erbfolge gelangt.<sup>13</sup> Probleme stellen sich, wenn die Nacherben nur abstrakt bestimmt sind (zum Beispiel „Nacherben sind die Abkömmlinge des Vorerben“).<sup>14</sup> In diesen Fällen ist regelmäßig die Zustimmung unbekannter Nacherben, die durch einen Pfleger zu vertreten sind, erforderlich.<sup>15</sup> Diese Zustimmung bedarf wiederum einer Genehmigung durch das Betreuungsgericht nach den §§ 1821, 1812, 1915 BGB.<sup>16</sup> In der Praxis ist die Zustimmung des Pflegers und die Genehmigung des Gerichts kaum zu erreichen, da sie in der Regel am Schenkungsverbot der § 1915 Abs. 1, § 1804 BGB scheitert.<sup>17</sup>

b) Liegt keine Zustimmung vor, wird – wie bereits ausgeführt – das Grundstück auch dann aus dem Nachlass ausgeschieden, wenn der befreite Vorerbe den Grundbesitz entgeltlich veräußert. Die Entgeltlichkeit ist dem Grundbuchamt glaubhaft zu machen. Hierbei ist bei einem Verkauf an einen Dritten davon auszugehen, dass der vereinbarte Kaufpreis dem Wert des Grundstücks entspricht,<sup>18</sup> so dass es eines auf ein Wertgutachten gestützten Nachweises in solchen Fällen

grundsätzlich nicht bedarf.<sup>19</sup> Bei einem persönlichen Näherverhältnis zwischen Vorerbe und Erwerber ist die Entgeltlichkeit dagegen in der Regel durch Vorlage von Wertgutachten und/oder Verwendungsnachweisen zu belegen.<sup>20</sup>

c) Da im vorliegenden Fall nicht alle Nacherben der Veräußerung zugestimmt haben, käme eine Löschung nur dann in Betracht, wenn der befreite Vorerbe entgeltlich über den Grundbesitz verfügt hätte. Ausgehend von den bisher gefällten Entscheidungen in dieser Sache, lag eine solche entgeltliche Verfügung wohl gerade nicht vor, weshalb letztlich eine Löschung des Nacherbenvermerks unterblieb bzw. die bereits zu Unrecht erfolgte Löschung wieder aufgehoben wurde.

2. Ergänzend ist noch anzumerken, dass die im Übergabevertrag angedachte Übertragung des „Nacherbrechts“ auf den gemeinsamen Vater kein gangbarer Weg sein dürfte. Denn vor Eintritt des Nacherbfalls ist der Nacherbe noch kein Erbe, sondern verfügt nur über ein Nacherbenanwartschaftsrecht.<sup>21</sup> Sofern der Erblasser die Veräußerung nicht ausgeschlossen hat, kann der Nacherbe diese Anwartschaft zwar an den Vorerben übertragen. Allerdings berührt diese Übertragung nicht die Rechte der Ersatznacherben. Etwas anderes würde nur gelten, wenn der Erblasser anordnet, dass die Nacherbschaft nicht vererblich und nur an den Vorerben übertragbar ist und dass im Falle der Übertragung der Nacherbenanwartschaft an den Vorerben jede ausdrückliche oder konkludente Ersatznacherbenbestimmung erlischt. Nur in diesem Fall würde der Vorerbe eine unbeschränkte Vollerbenstellung erhalten.<sup>22</sup> Es darf allerdings bezweifelt werden, dass der Großvater in seinem Testament aus dem Jahre 1941 eine solche Anordnung getroffen hat.

III. In der Sache ist der Entscheidung des LG Landshut mit dem bestätigenden Hinweisbeschluss des OLG München zuzustimmen und bietet insoweit auch keine neuen Erkenntnisse.

Die Auslegung des Vertrages, dass keine Haftung aufgrund des bestehenden Nacherbenvermerks eintreten soll, ist nicht zu beanstanden. Der Erwerber kannte die bestehende Nacherbschaft. Der Vertrag enthält ausdrücklich Regelungen für den Fall, dass eine Löschung des Nacherbenvermerks nicht erreicht werden kann. Hätten dem Erwerber im Falle einer Nichtbeseitigung des Nacherbenvermerks weitergehende Rechte (zum Beispiel Schadensersatz, Rücktritt, etc.) zustehen sollen, so hätte dies im Vertrag einen Niederschlag finden müssen. Erst recht kann, wie das OLG München zutreffend darlegt, keine verschuldensunabhängige Haftung der Veräußerer angenommen werden.

Allerdings ist einzuräumen, dass die notarielle Regelung hinsichtlich der Gewährleistung in Ziffer IX des Vertrages noch genauer hätte gefasst werden können. Vorzugswürdig wäre es gewesen, den Veräußerer für die Freiheit von Rechten Dritter haften zu lassen, „soweit sie nicht vom Erwerber übernommen werden“. In einem weiteren Absatz (Übernahme von Belastungen, Lastenfreistellung) hätte man dann expressis verbis regeln sollen, dass der Nacherbenvermerk – mit den damit verbundenen rechtlichen Konsequenzen – vom Erwer-

<sup>8</sup> Vgl. *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 3513; *Zimmer*, ZEV 2014, 526, 531 jeweils m. w. N.

<sup>9</sup> Nicht näher vertieft werden soll an dieser Stelle der Eigenerwerb des Vorerben, hierzu u. a. *Zimmer*, ZEV 2014, 526, 528 m. w. N.

<sup>10</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11.1.2008, 3 Wx 228/07, NJW-RR 2009, 26 ff.

<sup>11</sup> In der Praxis wird diese notarielle Zustimmung zuweilen auch fälschlicherweise als Löschungsbewilligung tituliert.

<sup>12</sup> Vgl. *Palandt/Weidlich*, 73. Aufl., § 2113 Rdnr. 6; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 3519 jeweils m. w. N.

<sup>13</sup> So zutreffend *BeckOK-BGB/Litzenburger*, § 2113 Rdnr. 28, unklar *Reimann*, MittBayNot 2014, 466.

<sup>14</sup> Vgl. u. a. OLG München, Beschluss vom 13.1.2014, 34 Wx 166/13, MittBayNot 2014, 464 m. Anm. *Reimann*; *Zimmer*, ZEV 2014, 526, 530.

<sup>15</sup> Vgl. OLG München, Beschluss vom 13.1.2014, 34 Wx 166/13, MittBayNot 2014, 464 m. Anm. *Reimann* m. w. N.

<sup>16</sup> Vgl. *Reimann*, MittBayNot 2014, 466; *Zimmer*, ZEV 2014, 526, 530.

<sup>17</sup> Vgl. *Reimann*, MittBayNot 2014, 466.

<sup>18</sup> Vgl. *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 3518.

<sup>19</sup> Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11.1.2008, 3 Wx 228/07, NJW-RR 2009, 26, 28; *Zimmer*, ZEV 2014, 526, 530.

<sup>20</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11.1.2008, 3 Wx 228/07, NJW-RR 2009, 26, 28; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 3518, jeweils m. w. N.

<sup>21</sup> Vgl. *Keim* in Würzburger Notarhandbuch, 3. Aufl., Teil 4 Kap. 1, Rdnr. 182.

<sup>22</sup> Vgl. *Keim* in Würzburger Notarhandbuch, 3. Aufl., Teil 4 Kap. 1, Rdnr. 184 m. w. N.

ber notfalls übernommen wird, falls eine Löschung des Nachbenervermerks nicht erreicht werden kann.

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

2. BGB § 528 Abs. 1, § 818 Abs. 2, § 1804; BVG § 27d (*Rückforderungsanspruch wegen Verarmung bei unentgeltlichem Verzicht auf ein dingliches Wohnrecht trotz Umzugs in ein Pflegeheim*)

**Die vereinbarungsgemäß unentgeltliche Aufgabe eines dinglichen Wohnrechts löst im Falle der Verarmung auch dann einen Rückforderungsanspruch aus, wenn der Wohnrechtsinhaber an der Ausübung kein Interesse mehr hat, er aber objektiv die Möglichkeit hätte, sein Recht weiter zu nutzen (Abgrenzung zu BGH, Beschluss vom 25. 1. 2012, XII ZB 479/11, ZEV 2012, 371, NJW 2012, 1956).**

OLG Nürnberg, Urteil vom 22.7.2013, 4 U 1571/12

Aus den Gründen:

## II.

Die (...) Berufungen der Beklagten zu 2 und 3 sind unbegründet. Das LG hat die Beklagten zu Recht zur Zahlung der für U aufgewendeten Kosten i. H. v. 16.733,97 € nebst Zinsen verurteilt und festgestellt, dass die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind, noch weitere Schenkungsrückforderungsansprüche bis zu 25.000 € zur Deckung der Leistungen des Klägers nach dem BVG für U zu ersetzen. Der Anspruch des Klägers als überörtlichem Träger der Kriegsofopferfürsorge gegen die Beklagten ergibt sich aus übergegangenem Recht gemäß § 528 Abs. 1, § 818 Abs. 2 BGB i. V. m. § 27g BVG.

1. Die Klageforderung ist unter dem Gesichtspunkt begründet, dass die Aufgabe des Wohnrechts durch U eine rückforderbare Schenkung darstellt. Ein übergegangener Schenkungsrückforderungsanspruch ergibt sich aus der von U am 11.5.2000 erteilten notariellen Löschungsbewilligung bzgl. des Wohnrechts. In dieser Löschungsbewilligung liegt die Aufgabe der Rechte aus der Wohnrechtsbestellung von 1995, welche sich als Zuwendung eines Vermögensbestandteils darstellt und somit Gegenstand einer Schenkung sein kann (*Palandt/Weidenkaff*, 72. Aufl., § 516 Rdnr. 5).

a) Gegen die Aufgabe einer geldwerten Vermögensposition spricht nicht, dass im notariellen Vertrag von 1995 ausdrücklich vereinbart war, dass die Ausübung des Wohnrechts Dritten nicht überlassen werden dürfe. Das Wohnrecht als eine besondere Art der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit gemäß § 1093 Abs. 1 Satz 1 BGB erlischt, wenn seine Ausübung aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen dauernd unmöglich wird. Das ist unter anderem der Fall, wenn das Recht niemandem mehr einen Vorteil bietet. An diesen Voraussetzungen fehlt es jedoch, wenn das Wohnrecht aufgrund der Aufnahme der Berechtigten in ein Pflegeheim nicht ausgeübt werden kann. Denn dem Berechtigten verbleibt nach § 1090 Abs. 1 Satz 2 BGB die Möglichkeit, mit Gestattung des Grundstückseigentümers die Ausübung seines Rechts anderen zu überlassen und dadurch z. B. für sich einen Mietanspruch gegen den Besitzer der dem Recht unterliegenden Räume zu begründen. Ein in der Person des Berechtigten liegendes Ausübungshindernis führt somit nicht generell zum Erlöschen des Wohnrechts, und zwar selbst dann nicht, wenn das Hindernis auf Dauer besteht (BGH, Urteil vom 19.1.2007, VZR 163/06, ZEV 2007, 391; OLG Hamm, OLGR 2006, 773). Bei einem

nur formalen Weiterbestand des Wohnrechts ist also nicht von dessen Wertlosigkeit auszugehen. Denn immerhin stellt die Eintragung des Wohnrechts für sich genommen eine Belastung des Grundstücks dar, die sich zwar absehbar nicht mehr unmittelbar wirtschaftlich auswirken kann, die Verwertbarkeit des Grundstücks aber gleichwohl zu beeinträchtigen geeignet ist. Erst der Verzicht auf das Wohnrecht und dessen Löschung ließen diese Beeinträchtigung der Verwertbarkeit des Grundstücks entfallen. Dementsprechend ist der sich hierdurch ergebende Vermögensvorteil dem Beklagten schenkweise zugewendet worden (BGH, Urteil vom 26.10.1999, XZR 69/97, ZEV 2000, 111 m. Anm. *Putzo*). Da das dingliche Wohnrecht ausweislich des notariellen Vertrags von 1995 aber auch die Befugnis der Berechtigten zur Aufnahme ihrer „Familie und die zur Wart und Pflege nötigen Personen“ enthält, ist nicht ausgeschlossen, dass U anderen Sinnes geworden wäre und mit pflegenden Angehörigen oder nach Verbesserung ihrer finanziellen Verhältnisse – etwa durch eine Erbschaft – mit entsprechendem Pflegepersonal wieder eingezogen wäre. Auf diese rechtlich mögliche Änderung ihrer Entscheidung hat sie verzichtet. Darauf, dass sie zum Zeitpunkt des Auszugs „partout“ nicht mehr einziehen wollte, kommt es daher nicht an, da auch dies einen Sinneswandel nicht ausschließt.

b) Die Beklagten können aus ihrer Nichtveranlagung zur Schenkungsteuer nicht herleiten, dass das Finanzamt (FA) nicht von einem steuerbaren Vorgang und damit nicht von einer Schenkung ausgegangen ist. Bei einem unentgeltlichen Verzicht auf ein dingliches Wohnrecht handelt es sich um eine erbschaftsteuerbare freigebige Zuwendung im Sinne des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG. Hinsichtlich der Schenkungsteuer gilt nichts anderes. Die Nichtveranlagung der Beklagten zur Schenkungsteuer dürfte allein daran liegen, dass das FA angenommen hat, dass die Zuwendungen jeweils unter dem Freibetrag geblieben sind.

Auch die verwaltungsrechtliche Judikatur (OVG NRW, Urteil vom 14.8.2008, 16 A 1409/07, BeckRS 2008, 40131; VG Düsseldorf, Urteil vom 18.10.2007, 21 K 5062/06, BeckRS 2011, 49639) geht ohne Weiteres davon aus, dass im Falle des Verzichts auf ein dingliches Wohnrecht grundsätzlich ein Schenkungsrückforderungsanspruch gegeben ist. Erörtert wird dort nur, unter welchen Voraussetzungen es einem Heimbewohner zumutbar ist, dieses Vermögen einzusetzen.

c) Der Einordnung, dass es sich beim Verzicht auf das Wohnrecht um eine Schenkung handelt, steht die Entscheidung des BGH vom 25.1.2012, ZEV 2012, 371 nicht entgegen. Diese Entscheidung betrifft die Zulässigkeit eines Verzichts des Betreuers auf ein nicht genutztes Wohnrecht. Der BGH kommt für diesen Fall zu einer teleologischen Reduktion des Begriffs der Schenkung im Sinne des § 1804 BGB, der dem des § 516 BGB nicht entspricht. Diese auf den Gesetzeszweck des § 1804 BGB abgestellte Auslegung hat er deswegen für erforderlich gehalten, weil grundsätzlich eine Schenkung des Betreuers aus dem Vermögen des Betreuten unheilbar nichtig ist und auch nicht durch das Gericht genehmigt werden kann (*Palandt/Götz*, 72. Aufl., § 1804 Rdnr. 1). Durch das Schenkungsverbot des § 1804 BGB soll aber nur verhindert werden, dass durch unentgeltliche Verfügungen des Vormunds oder des Betreuers das Vermögen des Betreuten gemindert wird. Dies enge den Schenkungsbegriff des § 1804 gegenüber dem des § 516 BGB wieder ein. Eine Verfügung, die sich nach § 516 als Schenkung darstelle, müsse demnach nicht zwingend auch eine Schenkung im Sinne des § 1804 BGB sein, wenn sie objektiv zu keinem Vermögensnachteil für den Betreuten führe. Hierbei folgt der BGH bei der Beurteilung, ob in der Löschung des Wohnrechts ohne Gegenleistung eine regelrechte Schenkung zu sehen sei, nicht



der sich allein an § 516 BGB orientierenden Sichtweise der Vorinstanzen, sondern bezieht wirtschaftliche Aspekte mit ein. Nachdem im dort entschiedenen Fall der Betreute das Wohnrecht aller Wahrscheinlichkeit nicht mehr nutzen will und wird und eine Nutzung durch Dritte rechtlich ausgeschlossen ist, hat es für den Betreuten jegliche wirtschaftliche Bedeutung verloren und ist damit wertlos geworden. Gegen die Aufgabe eines objektiv ersichtlich wertlosen Vermögensgegenstandes durch den Betreuer muss der Betreute aber nicht durch § 1804 BGB geschützt werden.

d) Der Einwand, dass es sich beim streitgegenständlichen Wohnrecht nicht um eine Schenkung, sondern eine Leihe handele, greift nicht durch. Für das schuldrechtliche Wohnrecht hat die Rechtsprechung des BGH angenommen, dass die Verpflichtung zur unentgeltlichen Gebrauchsüberlassung einer Wohnung auf Lebenszeit als Leihvertrag (§ 598 BGB) und nicht als Schenkung (§ 516 BGB) zu qualifizieren ist (BGH, Urteil vom 11.12.1981, V ZR 247/80, BGHZ 82, 354, NJW 1982, 820). Hier liegt aber ein dingliches Wohnrecht vor.

e) Bei der am 11.5.2000 bewilligten Löschung des Wohnrechts hat sowohl auf Seiten der U als auch der Beklagten eine Schenkungsabsicht bestanden. Zwar wurde nicht die Form eines notariellen Schenkungsvertrags gewählt. Aus der Löschungsbewilligung ergibt sich aber die schenkweise Aufgabe des Wohnrechts durch die Berechtigte. Es handelt sich dabei auch nicht um eine – nach § 875 BGB durchaus mögliche – einseitige Aufgabe eines Rechts, sondern um die schenkweise Erfüllung einer Vereinbarung. Dies ergibt sich aus dem ausdrücklichen Wortlaut der Löschungsbewilligung, in der geregelt ist, dass Gegenleistungen für die Aufgabe des Wohnrechts nicht zu erbringen seien. Hinsichtlich der Kostentragung für diese notarielle Urkunde war eine hälftige Kostenteilung zwischen U und den Grundstückseigentümern vereinbart, was ebenfalls auf eine vertragliche Vereinbarung hindeutet. Ausweislich der Urkunde selbst sollte auch die Schenkungssteuerstelle eine beglaubigte Abschrift der Löschungsbewilligung erhalten. Diese Kriterien belegen eindeutig den schenkungsvertraglichen Charakter der Aufgabe des Wohnrechts durch U und die Annahme durch die Beklagten. Dies ist völlig unabhängig davon, dass U nach der Aufgabe des Wohnrechts nicht mehr verpflichtet war, die im Vertrag von 1995 vereinbarten Nebenkosten für die Wohnung zu tragen, sie sich also weitere Kosten für die von ihr nicht mehr genutzte Wohnung ersparte.

2. Soweit die Beklagten zu 2) und 3) meinen, dass die Voraussetzungen der Verarmung bei Frau U nicht vorgelegen haben, haben sie keine konkreten Anhaltspunkte aufgezeigt, nach denen eine Hilfebedürftigkeit von Frau U ausscheidet. Zwar hat der Kläger die Beweislast für die anspruchsbegründenden Tatsachen und damit auch für die Hilfebedürftigkeit von Frau U. Der Kläger kann aber grundsätzlich die Angaben der Antragstellerin seiner Entscheidung zugrunde legen, wenn keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass diese falsch oder unvollständig sind. Wenn die Beklagten die Verarmung von Frau U bestreiten, bestreiten sie mittelbar die Hilfestellung durch den Kläger, wie sie in den bestandskräftigen Bescheiden zum Ausdruck kommt. Etwas Substantielles gegen die Richtigkeit der Bescheide haben die Beklagten, denen insoweit eine sekundäre Darlegungslast obliegt, nicht vorgebracht. Ihr Hinweis auf Geldübertragungen ihres Vaters an Frau U und das diesbezügliche Beweisangebot (Herr K) sind unbeachtlich, weil diese Geldübertragungen – deren zeitliche Einordnung und Höhe nicht vorgetragen wurden – jedenfalls noch zu Lebzeiten des am 13.06.1996 verstorbenen Vaters erfolgt sein müssten. Da Frau U aber erst ab Juni 2008 Leistungen des Klägers bezogen hat, sagen diese mindestens zwölf Jahre zurückliegenden Zuwendungen über die Verar-

mung der Leistungsberechtigten zum Zeitpunkt der Hilfestellung durch den Kläger nichts aus. Das Geld kann in der Zwischenzeit schlicht verbraucht sein. Für die von den Beklagten aufgestellte Vermutung der mutwilligen Übertragung des Vermögens auf ihre Tochter oder andere Angehörige, um die Verarmung herbeizuführen, findet sich kein tatsächlicher Anhaltspunkt.

(...)

4. Grundsätzlich wird beim Rückforderungsanspruch nach § 528 Abs.1 Satz 1 BGB zwar Naturalrestitution (§ 812 Abs.1 Satz 1 BGB) geschuldet. Ist der Unterhaltsbedarf aber geringer als der Wert des geschenkten Gegenstands und ist bei einem real unteilbaren Geschenk – wie hier in Form der Aufgabe eines Wohnrechts – eine Teilherausgabe unmöglich, ist gemäß § 818 Abs.2 BGB (Teil-)Wertersatz in Geld zu leisten (BGH, Urteil vom 29.3.1985, V ZR 107/84, BGHZ 94, 141, NJW 1985, 2419). Bei regelmäßig wiederkehrendem Bedarf richtet sich der Anspruch aus § 528 Abs.1 Satz 1 BGB demgemäß nach ständiger Rechtsprechung auf wiederkehrende Leistungen des Beschenkten in einer dem angemessenen Unterhaltsbedarf entsprechenden Höhe, und zwar so lange, bis der Wert des Schenkungsgegenstands erschöpft ist (BGH, Urteile vom 28.10.1997, X ZR 157/96, BGHZ 137, 76, 83, ZEV 1998, 73; vom 19.12.2000, X ZR 128/99, BGHZ 146, 228, 231, ZEV 2001, 199; BGH, NJW 2003, 53).

Dabei liegt der nach § 528 Abs.1 BGB herauszugebende Wert der Bereicherung nicht im Wert des Wohnrechts für den Wohnungsberechtigten, sondern in der Erhöhung des Verkehrswerts des Grundstücks bei Wegfall des Wohnrechts, da nur der sich hieraus ergebende Wertzuwachs dem Beschenkten zugutekommt (BGH ZEV 2000, 111). Das vom Senat hierzu in Auftrag gegebene Sachverständigengutachten des Sachverständigen (...) ist auf der Basis der Sachwertermittlung (...) zu einem Wert für das unbelastete Grundstück von 175.000 € gekommen. Nach Abzinsung dieses Wertes auf die Dauer des Rechts und unter Ansatz des Barwerts zwischenzeitlicher Belastungen für die Eigentümer hat der Sachverständige den Wert des belasteten Grundstücks zum Stichtag am 11.5.2000 mit 80.000 € festgestellt. Damit hat der Wertzuwachs des streitgegenständlichen Grundstücks zum Zeitpunkt der Aufgabe des Wohnrechts 95.000 € betragen. Die Beklagten, die Gelegenheit zur Stellungnahme zu diesem schriftlichen Sachverständigengutachten hatten, haben ausdrücklich eine Stellungnahme für entbehrlich gehalten und nur daran festgehalten, dass die Werte des Objekts zu hoch geschätzt seien, da trotz der Ausbauarbeiten der Beklagten im Jahr 2005 kein höherer Wert als 165.000 € zu erzielen gewesen sei. Der Senat schließt sich den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen aufgrund eigener Würdigung an und geht – je nach Bedarf der U – von einem Herausgabeanspruch i. H. v. bis zu 95.000 € aus, so dass die Klageforderung in jedem Fall abgedeckt ist. Dass die Beklagten das Anwesen 2005 für (nur) 165.000 € verkaufen konnten, steht der Richtigkeit der Sachverständigenbewertung nicht entgegen. Wie allgemein bekannt ist, lässt sich der tatsächliche Verkehrswert nicht immer zu jedem Zeitpunkt erzielen.

5. Der Schenkungsrückforderungsanspruch richtet sich gegen die Beschenkten, wobei mehrere Beschenkte Gesamtschuldner sind (BGH, Urteil vom 28.10.1997, X ZR 157/96, ZEV 1998, 73). Darauf, ob es sich beim Anspruch aus § 528 BGB um eine Nachlassverbindlichkeit handelt, kommt es nicht an. Vorliegend richtet sich der Anspruch unmittelbar gegen die Beklagten als Begünstigte der Wohnrechtsaufgabe.

(...)



3. BGB § 879 Abs. 3, GBO § 45 Abs. 3 (Eintragung mehrerer in das Grundbuch einzutragenden Rechte abweichend von einer verfahrensrechtlichen Rangbestimmung)

**Trägt das Grundbuchamt das Rangverhältnis unter mehreren in das Grundbuch einzutragenden Rechten abweichend von einer verfahrensrechtlichen Rangbestimmung ein, hat das nicht die Unrichtigkeit des Grundbuchs im Sinne von § 894 BGB zur Folge. Diese ist jedoch gegeben, wenn die Eintragung unter Verstoß gegen eine materiellrechtliche Rangvereinbarung erfolgt.**

BGH, Beschluss vom 20.2.2014, V ZB 179/13

(...)

Mit notarieller Urkunde vom 19.6.2012 übertrug der Beteiligte zu 2 seiner Tochter, der Beteiligten zu 1, u. a. den im Eingang dieses Beschlusses bezeichneten Grundbesitz. Er behielt sich den Nießbrauch daran vor. Seiner Ehefrau, der Beteiligten zu 3, wurde das Recht eingeräumt, nach seinem Tod die Bestellung eines inhaltsgleichen Nießbrauchs zu verlangen. Weiter behielt sich der Beteiligte zu 2 das Recht vor, unter bestimmten Bedingungen die Rückübertragung des Grundbesitzes zu verlangen. Schließlich verpflichtete sich die Beteiligte zu 1 zur „Wartung und häuslichen Pflege“ des Beteiligten zu 2 und der Beteiligten zu 3.

In Abschnitt VII, überschrieben mit „Auflassung und Grundbuch“, heißt es u. a.:

„1. Die Erschienenen sind darüber einig, dass das Eigentum am Vertragsgrundbesitz auf den Übernehmer zu obigem Beteiligungsverhältnis übergeht. (...)

2. (...)

3. Es wird bewilligt und beantragt, den Nießbrauch für den Übergeber im Grundbuch an nächst offener Rangstelle einzutragen. (...)

4. Zur Sicherung des bedingten Anspruchs des Ehegatten des Übergebers wird die Eintragung einer Vormerkung zugunsten des Ehegatten im Rang nach dem vorbehaltenen Nießbrauch des Übergebers bewilligt und beantragt. (...)

5. Für die Wartungs- und Pflegeverpflichtung wird die Eintragung einer Reallast für die Berechtigten gemäß § 428 BGB bewilligt und beantragt. ... Die Eintragung soll im Gleichrang mit obigem Recht erfolgen. (...)

6. Zur Sicherung des vorstehend begründeten bedingten Rückübertragungsanspruchs wird bewilligt und beantragt, eine Vormerkung für den Übergeber (...) einzutragen. Die Vormerkung soll Rang nach den in dieser Urkunde bestellten und übernommenen Rechten erhalten.“

Am 20.7.2012 beantragte der Urkundsnotar gemäß § 15 GBO die Grundbucheintragung entsprechend den Bestimmungen in Abschnitt VII Nr. 1 und Nr. 3 bis 6 der Urkunde. Mit Zwischenverfügung vom 10.8.2012 verlangte das Grundbuchamt die Klarstellung der Rangbestimmung in Abschnitt VII Nr. 5. Daraufhin reichte der Notar eine Nachtragsurkunde vom 30.8.2012 bei dem Grundbuchamt ein, in welcher es u. a. heißt:

„Mit der Rangbestimmung in Ziffer VII. 5 ist der Gleichrang mit dem obigen Recht, nämlich dem gemäß Ziffer VII. 4. gemeint.“

Das Grundbuchamt hat, soweit hier von Belang, am 11.10.2012 in Abteilung II des Grundbuchs folgende Eintragungen vorgenommen:

„Laufende Nr. 5: Nießbrauch für W. S. [= der Beteiligte zu 2]; Gleichrang mit Abteilung II Nr. 7.

Laufende Nr. 6: Vorgemerkt nach § 883 BGB: Nießbrauch für B. S. [= Beteiligte zu 3]; Gleichrang mit Abteilung II Nr. 7.

Laufende Nr. 7: Reallast für B. und W. S.; gleichrangig mit Abteilung II Nr. 5 und 6.

Laufende Nr. 8: Rückauflassungsvormerkung für W. S.“

Der Beschwerde, mit welcher die Beteiligten gerügt haben, dass der Nießbrauch zu Unrecht im Gleichrang mit der Reallast eingetragen worden sei, hat das Grundbuchamt nicht abgeholfen. Das OLG hat sie zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgen die Beteiligten ihr Beschwerdeziel weiter.

Aus den Gründen:

II.

(...)

aa) Nach der Bewilligung in dem Übergabevertrag sollte die Nießbrauchsvormerkung den Rang nach dem Nießbrauch erhalten. So ist die Eintragung beantragt worden und so ist sie auch erfolgt. Das ergibt sich aus den Regelungen in § 45 Abs. 1 Hs. 2, Abs. 3 Alt. 2 GBO. Danach ist bei – wie hier – gleichzeitig gestellten Anträgen auf Eintragungen in einer Abteilung des Grundbuchs (hier in Abteilung II) zu vermerken, dass die Eintragungen gleichen Rang haben, es sei denn, die Antragsteller haben – ebenfalls wie hier – ein abweichendes Rangverhältnis bestimmt. Dann unterbleibt der Vermerk des Gleichrangs; das Rangverhältnis bestimmt sich gemäß § 879 Abs. 1 Satz 1 BGB nach der Reihenfolge der Eintragungen.

bb) Da hier ein Gleichrang des Nießbrauchs mit der Nießbrauchsvormerkung nicht vermerkt ist und der Nießbrauch unter der laufenden Nr. 5 sowie die Nießbrauchsvormerkung unter der laufenden Nr. 6 eingetragen ist, hat der Nießbrauch – wie von den Beteiligten gewollt – Vorrang vor der Nießbrauchsvormerkung.

c) Das Beschwerdegericht hat somit, indem es seiner rechtlichen Beurteilung die Eintragung eines Vermerks betreffend den Gleichrang zwischen Nießbrauch und Nießbrauchsvormerkung zugrunde legt, über einen Sachverhalt entschieden, der nicht Gegenstand des Beschwerdeverfahrens war und den es auch nicht gibt. Seine Entscheidung erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig.

aa) Das Grundbuchamt hat die den Gleichrang von Nießbrauch und Reallast ausweisenden Vermerke unter Verstoß gegen die Vorschrift des § 45 Abs. 3 Alt. 2 GBO eingetragen.

(1) Aus den in dem Übergabevertrag getroffenen Rangbestimmungen und der in der Nachtragsurkunde enthaltenen Klarstellung ergibt sich, dass ausschließlich die Nießbrauchsvormerkung und die Reallast untereinander den gleichen Rang haben sollen; ein Gleichrang zwischen Nießbrauch und Reallast ist nicht gewollt. Das folgt zwar nicht aus dem Wortlaut der Urkunden. Darin ist zu dem Rangverhältnis dieser beiden Rechte nichts gesagt. Die Folge davon ist grundsätzlich, dass der Gleichrang im Grundbuch – wie hier geschehen – zu vermerken ist (§ 45 Abs. 1 Hs. 2 GBO). Aber die Auslegung der Eintragungsbewilligungen, die der Senat selbst vornehmen kann (Senat, Beschluss vom 17.11.2011, V ZB 58/11, NJW 2012, 530 Rdnr. 12), führt zu diesem Ergebnis. Denn wenn die Beteiligten gewollt hätten, dass auch der Nießbrauch und die Reallast untereinander den gleichen Rang haben, hätten sie wegen der Regelung in § 45 Abs. 1 Hs. 2 GBO keine Rangbestimmung hinsichtlich der Nießbrauchsvormerkung und der Reallast treffen müssen. Es wären dann der Gleichrang zwischen dem Nießbrauch und der Reallast sowie der Gleichrang zwischen der Nießbrauchsvormerkung und der Reallast im Grundbuch zu vermerken gewesen. Dass sie jedoch den Gleichrang zwischen der Nießbrauchsvormerkung und der Reallast ausdrücklich bestimmt haben, lässt als nächstliegende Bedeutung dieser Bestimmung nur den Schluss zu, dass der Nießbrauch und die Reallast nicht den gleichen Rang haben sollen. Aus der weiteren Rangbestimmung, dass der Nießbrauch „an nächst offener Rangstelle“ eingetragen werden soll, ergibt sich zudem, dass er Vorrang auch vor der Reallast haben soll.

(2) Die auf der Verletzung von § 45 Abs. 3 Alt. 2 GBO beruhenden falschen Eintragungen der beiden Rangvermerke hat

– darin ist dem Beschwerdegericht zu folgen – nicht die Unrichtigkeit des Grundbuchs im Sinne von § 894 BGB zur Folge (allg. Meinung, siehe nur KG, FGPrax 2012, 238, 239; OLG Frankfurt, FGPrax 1995, 17; *Bamberger/Roth/Eckert*, BGB, 3. Aufl., § 879 Rdnr. 12; *Erman/Lorenz*, BGB, 13. Aufl., § 879 Rdnr. 21; NK-BGB/U. Krause, 3. Aufl., § 879 Rdnr. 25; *Palandt/Bassenge*, 73. Aufl., § 879 Rdnr. 11; *Staudinger/Kutter*, 2012, § 879 Rdnr. 45; *Demharter*, GBO, 29. Aufl., § 45 Rdnr. 10; *Meikel/Böttcher*, GBO, 10. Aufl., § 45 Rdnr. 22; *Lemke/Wagner*, Immobilienrecht, § 45 GBO Rdnr. 36; vgl. auch RGZ 57, 277, 279 ff.; Senat, Urteil vom 20.6.1956, V ZR 28/55, BGHZ 21, 98, 99 ff.). Die Eintragung eines Amtswiderspruchs (§ 53 GBO) scheidet aus.

bb) Sie kommt jedoch in Betracht, wenn das Grundbuchamt auch gegen § 879 Abs. 3 BGB verstoßen hat. Danach bedarf eine von den Absätzen 1 und 2 der Vorschrift abweichende Bestimmung des Rangverhältnisses der Eintragung in das Grundbuch.

(1) Anders als die Regelungen in § 45 GBO, bei denen es sich um an das Grundbuchamt gerichtete Vorschriften zum Vollzug der für die Entstehung des materiellrechtlichen Rangverhältnisses maßgeblichen Erklärungen im Grundbuch handelt, betrifft § 879 BGB das materiellrechtliche Rangverhältnis unter mehreren Rechten. Es bestimmt sich, wenn – wie hier – die Rechte in derselben Abteilung des Grundbuchs eingetragen sind, nach der Reihenfolge der Eintragungen (§ 879 Abs. 1 Satz 1 BGB). Diese Regelung ist dispositiv. Das Rangverhältnis kann von vornherein abweichend vereinbart werden. Die Vereinbarung bedarf zu ihrer Wirksamkeit der Eintragung in das Grundbuch (§ 879 Abs. 3 BGB).

(2) Entgegen der von dem Beschwerdegericht – ohne Begründung – vertretenen Ansicht haben die Beteiligten Rangvereinbarungen in diesem Sinn und nicht bloß Rangbestimmungen im Sinn von § 45 Abs. 3 Alt. 2 GBO getroffen. Das folgt schon aus dem Wortlaut der die Eintragung des Nießbrauchs, der Nießbrauchsvormerkung, der Reallast und der Rückauflassungsvormerkung betreffenden Bewilligungen. Bei diesen handelt es sich zwar um verfahrensrechtliche Erklärungen (Senat, Beschluss vom 15.11.2012, V ZB 99/12, NJW 2013, 934 Rdnr. 16). Sie können aber auch eine materiellrechtliche Rangvereinbarung enthalten (vgl. Senat, Urteil vom 15.12.1972, V ZR 76/71, BGHZ 60, 46, 53; OLG Düsseldorf, MittRhNotK 1994, 80). So liegt es hier. Sämtliche Beteiligte haben die Bewilligungen abgegeben. Die gewünschten Rangverhältnisse zwischen den einzutragenden Rechten entsprechen ihren jeweiligen Interessen und Willen (vgl. *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 317). Bei bloßen Rangbestimmungen von § 45 Abs. 3 Alt. 2 GBO wäre es ausreichend gewesen, wenn die Beteiligte zu 1 einseitig die Eintragung der Rangverhältnisse bewilligt hätte.

(3) Inhaltlich sind die Vereinbarungen darauf gerichtet, dass die Nießbrauchsvormerkung und die Reallast gleichrangig sind und der Nießbrauch den Vorrang vor ihnen hat. Die bei dem Nießbrauch und der Reallast eingetragenen Vermerke, dass diese Rechte untereinander den gleichen Rang haben, geben somit nicht die materielle Rechtslage wieder. Das hat die Unrichtigkeit des Grundbuchs zu Folge.

(a) Dies gilt allerdings nicht für das Bestehen der Rechte selbst. Ob sie trotz der falschen Rangvermerke durch Einigung und Eintragung entstanden sind (§ 873 Abs. 1 BGB), richtet sich nach § 139 BGB analog (Senat, Urteil vom 29.9.1989, V ZR 343/87, NJW-RR 1990, 206). Danach ist die Unwirksamkeit des gesamten Rechtsgeschäfts die Regel, die Wirksamkeit die Ausnahme. Von Letzterer ist hier jedoch

auszugehen. Denn es ist nichts dafür ersichtlich, dass die Beteiligten die Rechte ohne den vereinbarten Rang nicht bestellt hätten. Sie sind deshalb entstanden (Senat, Urteil vom 29.9.1989, V ZR 343/87, a. a. O.). Hinsichtlich der Eintragung dieser Rechte ist das Grundbuch somit richtig.

(b) Anders ist es jedoch bei den Rangvermerken. Das sich aus ihnen ergebende Rangverhältnis zwischen dem Nießbrauch und der Reallast ist mangels Übereinstimmung mit dem materiellen Recht nicht entstanden. Das vereinbarte Rangverhältnis ist ebenfalls nicht entstanden, weil es nicht eingetragen ist. Da die Rechte jedoch in einem bestimmten Rangverhältnis zueinander stehen müssen, ist nach herrschender Ansicht die gesetzliche Rangfolge eingetreten, die sich aus § 879 Abs. 1 BGB ergibt; das Grundbuch ist unrichtig, weil es nicht dieses, sondern ein anderes Rangverhältnis (Gleichrang) verlautbart (vgl. Senat, Urteil vom 29.9.1989, V ZR 343/87, NJW-RR 1990, 206; OLG München, NJW-RR 2006, 239, 240; OLG Brandenburg, FGPrax 2002, 49, 51 f.; *Bamberger/Roth/Eckert*, BGB, 3. Aufl., § 879 Rdnr. 16; *Erman/Lorenz*, BGB, 13. Aufl., § 879 Rdnr. 21; Münch-KommBGB/Kohler, 6. Aufl., § 879 Rdnr. 38; NK-BGB, U. Krause, 3. Aufl., § 879 Rdnr. 28; *Palandt/Bassenge*, 73. Aufl., § 879 Rdnr. 12; *Planck/Strecker*, BGB, 5. Aufl., § 879 Anm. 6 b; *PWW/Huhn*, BGB 8. Aufl., § 879 Rdnr. 13; *Soergel/Stürner*, BGB, 13. Aufl., § 879 Rdnr. 15; *Staudinger/Kutter*, 2012, § 879 Rdnr. 71; *Demharter*, GBO, 29. Aufl., § 45 Rdnr. 8; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 324, 399; *Lemke/Wagner*, Immobilienrecht, § 45 GBO Rdnr. 36). Soweit dagegen vertreten wird, es gelte nicht das gesetzliche, sondern das sich aus der Grundbucheintragung ergebende Rangverhältnis, weil anderenfalls ein Rang entstehe, der weder der Rangvereinbarung noch der Grundbucheintragung entspreche (*Bauer/von Oefele/Knothe*, GBO, 3. Aufl., § 45 Rdnr. 25; *Meikel/Böttcher*, GBO, 10. Aufl., § 45 Rdnr. 221; *Bestelmeyer*, Rpfleger 2006, 318, 319; *Streuer*, Rpfleger 1985, 388, 389), braucht darauf nicht näher eingegangen zu werden. Denn die Bedenken der Mindermeinung kommen hier nicht zum Tragen, weil hinsichtlich des in Abteilung II unter der laufenden Nr. 5 eingetragenen Nießbrauchs und der in Abteilung II unter der laufenden Nr. 7 eingetragenen Reallast das gesetzliche Rangverhältnis (§ 879 Abs. 1 Satz 1 BGB) dem vereinbarten Rangverhältnis (Vorrang des Nießbrauchs vor der Reallast) entspricht.

d) Wegen der Unrichtigkeit des Grundbuchs betreffend die bei dem Nießbrauch und bei der Reallast eingetragenen wechselseitigen Vermerke des Gleichrangs beider Rechte ist die von den Beteiligten erstrebte Eintragung eines Amtswiderspruchs zulässig. Die Entscheidung des Beschwerdegerichts ist somit aufzuheben (§ 74 Abs. 5 FamFG i. V. m. § 78 Abs. 3 GBO). Auf die Beschwerde der Beteiligten zu 2 und 3 ist das Grundbuchamt gemäß § 71 Abs. 2 Satz 2 GBO anzuweisen, einen Widerspruch gegen die Eintragung der beiden Rangvermerke einzutragen.

(...)

#### Anmerkung:

Der Beschluss ist im Ergebnis und in der Begründung nur teilweise richtig. Richtigerweise hätte der BGH das Grundbuchamt anweisen müssen, den Rangvermerk bei den Rechten lfd. Nr. 5 und 7 zu löschen. Im Rahmen der nachfolgenden Anmerkung werden die voreingetragenen Buchungen lfd. Nr. 1 bis einschließlich lfd. Nr. 4 sowie die im Nachrang einzutragende Rückauflassungsvormerkung außen vor gelassen. Sie sind für die Problemerkennung irrelevant.

## 1. Der falsche Rangvermerk

In der notariellen Urkunde wird die Eintragung eines Nießbrauchs, einer Nießbrauchsvormerkung und einer Reallast bewilligt und beantragt. Die Eintragungsbewilligungen<sup>1</sup> in Abschnitt VII der Urkunde enthalten jedenfalls auch verfahrensrechtliche Rangbestimmungen nach § 45 Abs. 3 Alt. 2. GBO dahingehend, dass der Nießbrauch im Vorrang und danach Nießbrauchsvormerkung und Reallast im Nachrang, diese beiden Rechte aber untereinander im Gleichrang<sup>2</sup>, einzutragen sind.<sup>3</sup> Durch das Grundbuchamt wären also in Abt. II folgende Eintragungen vorzunehmen gewesen: (1) Der Nießbrauch ohne jeden Rangvermerk gemäß § 879 Abs. 1 Satz 1 BGB unmittelbar räumlich nach den bereits eingetragenen Rechten (2) Nießbrauchsvormerkung und Reallast unmittelbar auf den Nießbrauch nachfolgend, untereinander in beliebiger räumlicher Reihenfolge (3) ein Rangvermerk gemäß § 45 Abs. 1 Hs. 2 GBO, der den Gleichrang zwischen Nießbrauchsvormerkung und Reallast im Grundbuch verlaubar. Das Grundbuchamt hat jedoch verfahrensfehlerhaft auch bei dem Nießbrauchsrecht und bei der Reallast vermerkt, dass diese untereinander Gleichrang haben.

## 2. Vorüberlegungen

Wichtig ist es, zunächst einmal zu erkennen, dass nur ein Rangvermerk verfahrensfehlerhaft eingetragen wurde, nämlich derjenige, der den Gleichrang zwischen Nießbrauch und Reallast verlaubar. Dieser eine Rangvermerk wurde aufgrund § 18 der Grundbuchverordnung bei beiden betroffenen Rechten (Nießbrauch und Reallast) eingetragen. Wenn der BGH im Tenor und in den Gründen des besprochenen Beschlusses von den den „Gleichrang von Nießbrauch und Reallast ausweisenden Vermerken“ spricht, ist das missverständlich. Wichtig ist es weiter, zu erkennen, dass bei Löschung dieses falschen Rangvermerks das Grundbuch richtig wird. Es wiese dann genau die Rangfolge aus, die von den Beteiligten verfahrensrechtlich bestimmt und materiellrechtlich gewollt ist,<sup>4</sup> nämlich Nießbrauch vor Nießbrauchsvormerkung und Reallast, diese beiden Rechte wiederum untereinander im Gleichrang. Der BGH prüft allerdings gar nicht, ob eine unbeschränkte Beschwerde mit dem Ziel der Löschung möglich ist, sondern geht davon aus, dass lediglich eine beschränkte Beschwerde gemäß § 71 Abs. 2 Satz 2 Alt. 1 GBO mit dem Ziel der Eintragung eines Amtswiderspruchs zulässig ist.

## 3. Regel und Ausnahme bei der Beschwerde gegen Eintragungen

§ 71 Abs. 2 Satz 1 GBO erklärt die Beschwerde gegen Eintragungen – und um eine solche Eintragung handelt es sich bei der Eintragung des Rangvermerks – für grundsätzlich unzu-

lässig. § 71 Abs. 2 Satz 2 Alt. 1 GBO lässt dann jedoch die beschränkte Beschwerde gegen Eintragungen mit dem Ziel der Eintragung eines Amtswiderspruchs (§ 53 Abs. 1 Satz 1 GBO) gegen die Eintragung zu. § 71 Abs. 2 Satz 2 Alt. 2 GBO wiederum lässt in Fällen, in denen die Eintragung ihrem Inhalt nach unzulässig ist, die Beschwerde gegen Eintragungen mit dem Ziel der Amtslöschung der Eintragung (§ 53 Abs. 1 Satz 2 GBO) zu. Nach der Binnensystematik der GBO ist also bei Beschwerden gegen inhaltlich zulässige Eintragungen nur die beschränkte Beschwerde mit dem Ziel der Eintragung eines Amtswiderspruchs vorgesehen. Diese Einschränkung des Beschwerderechts gründet auf der Überlegung, dass durch die Beschwerdeentscheidung nicht in die Rechtsstellung eines gutgläubigen Erwerbers eingegriffen werden darf.<sup>5</sup> Aus dieser Teleologie ergeben sich somit aber auch zugleich die Grenzen für eine Einschränkung des Beschwerderechts: Immer dann, wenn sich an eine Eintragung kein gutgläubiger Erwerb anschließen kann, ist auch gegen eine Eintragungsentscheidung des Grundbuchamtes die unbeschränkte Beschwerde mit dem Ziel der Löschung gegeben.<sup>6</sup> Diese „Einschränkung der Einschränkung“ ist auch verfassungsrechtlich – und zwar doppelt – geboten: Verfahrensfehlerhafte Grundbucheintragungen ohne zugrundeliegende dingliche Einigung verletzen jedenfalls die durch Art. 2 Abs. 1 GG gewährte negative Vertragsfreiheit<sup>7</sup>. Wenn die Einlegung der Beschwerde der Beseitigung solcher Eintragungen dient, ist auch diese Rechtsmitteleinlegung Ausübung der durch Art. 2 Abs. 1 GG gewährten negativen Vertragsfreiheit. Rechtswidrige Grundrechtseingriffe müssen aber hinsichtlich ihrer unmittelbaren Folgen vollständig beseitigt werden. Das ist der Kerninhalt des Folgenbeseitigungsanspruchs.<sup>8</sup> Da Rechtsakte des Grundbuchrechtspflegers jedenfalls keine Rechtsprechung<sup>9</sup> darstellen, unterliegen sie zudem auch aufgrund Art. 19 Abs. 4 GG im Grundsatz einer vollständigen unbeschränkten Prüfung durch die Gerichte.<sup>10</sup> Betrachtet man das Problem des Rechtsschutzes gegen Grundbucheintragungen also nicht aus der einfachrechtlichen grundbuchrechtlichen Perspektive, sondern aus der letztendlich maßgeblichen Perspektive des höherrangigen Verfassungsrechts, stellt sich die Rechtslage wie folgt dar: Nur wenn und soweit Grundrechtspositionen anderer Beteiligter (insbesondere also der Verlust eines gutgläubig erworbenen Rechts) einer unbeschränkten Korrektur fehlerhafter Eintragungen entgegenstehen,<sup>11</sup> ist eine Beschränkung des Beschwerdeziels auf die Eintragung eines Amtswiderspruches gerechtfertigt.

<sup>1</sup> Eine Rangbestimmung nach § 45 GBO kann sowohl in der Eintragungsbewilligung gemäß § 19 GBO als auch im Rahmen des Eintragungsantrags nach § 13 GBO getroffen werden. Enthält die Eintragungsbewilligung eine Rangbestimmung, so kann im Eintragungsantrag keine abweichende Rangbestimmung mehr getroffen werden, da der Eintragungsantrag nicht im Widerspruch zur Eintragungsbewilligung stehen darf. Eine Rangbestimmung im Eintragungsantrag ist dann auch überflüssig, da die Rangfolge bereits in der Bewilligung festgelegt ist; vgl. zum Vorstehenden nur *Demharter*, GBO, 29. Aufl., § 45 Rdnr. 31.

<sup>2</sup> Insoweit entspricht das von den Beteiligten bestimmte Rangverhältnis § 45 Abs. 1 Hs. 2 GBO.

<sup>3</sup> Siehe die zutreffende Auslegung durch den BGH unter III. 2. c) aa) (1) der Gründe.

<sup>4</sup> Siehe die zutreffende Auslegung durch den BGH unter III. 2. c) bb) (2) der Gründe.

<sup>5</sup> *Bauer/von Oefele/Budde*, 2. Aufl., § 71 Rdnr. 36; *Demharter*, GBO § 71 Rdnr. 1.

<sup>6</sup> *Bauer/von Oefele/Budde*, GBO, § 71 Rdnr. 36; *Demharter*, GBO, § 71 Rdnr. 45.

<sup>7</sup> Siehe nur *Jarass/Pieroth/Jarass*, GG, 13. Aufl., Art. 2 Rdnr. 22.

<sup>8</sup> Siehe nur *Jarass/Pieroth/Jarass*, GG, Art. 20 Rdnr. 41.

<sup>9</sup> *Demharter*, GBO § 1 Rdnr. 29.

<sup>10</sup> BVerfG, Beschluss vom 18.1.2000, 1 BvR 321/96, NJW 2000, 1709: „Akte des Rechtspflegers gehören zur öffentlichen Gewalt im Sinne dieser Regelung. Soweit sie in Rechte des Bürgers eingreifen, müssen diese Akte auch vollständig, d. h. in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht, der richterlichen Prüfung unterstellt werden.“

<sup>11</sup> Der BGH, Beschluss vom 16.4.1975, V ZB 22/74, RPfl. 1975, 246, verlangt allerdings für die Zulässigkeit der unbeschränkten Beschwerde – ohne dass es im besprochenen Fall auf diese Differenzierung ankäme – weitergehend, dass die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs sowohl für Vergangenheit als auch Zukunft ausgeschlossen sein muss. Diese Rechtsprechung ist deshalb abzulehnen, weil sie die Folgenbelassung zur Regel und die Folgenbeseitigung zur Ausnahme macht.



#### 4. Wartungs- und Pflegereallasten als höchstpersönliche Rechte

Hier hat durch die verfahrensfehlerhafte Eintragung des Gleichrangvermerks die Reallast im Verhältnis zum Nießbrauch eine bessere (Buch-)Rangposition (Gleichrang statt Nachrang) erhalten. Diese bessere Rangposition unterliegt im Ausgangspunkt dem Gutgläubensschutz des § 892 BGB.<sup>12</sup> Ein rechtsgeschäftlicher und gutgläubiger Erwerber<sup>13</sup> einer Reallast erwürbe also eine verfahrensfehlerhaft eingetragene bessere Rangposition mit. Eine Reallast kann grundsätzlich auch rechtsgeschäftlich gemäß § 873 BGB übertragen werden. Die hier eingetragene Reallast sicherte aber eine Wartungs- und Pflegeverpflichtung und somit ein höchstpersönliches Recht. In einem solchen Fall kann die Reallast nicht rechtsgeschäftlich übertragen werden.<sup>14</sup> Der ihr verfahrensfehlerhaft durch das Grundbuchamt zugewiesene bessere Rang kann also gar nicht Gegenstand eines gutgläubigen Erwerbes sein, da ein solcher nur bei einem rechtsgeschäftlichen Erwerb möglich ist.<sup>15</sup> Gegen den fehlerhaften Rangvermerk wäre hier also die unbeschränkte Beschwerde mit dem Ziel der Löschung zulässig gewesen.

#### 5. Rangvermerk und Rangvereinbarung

Für die beschränkte Beschwerde im Sinne des § 71 Abs. 2 Satz 2 Alt. 1 GBO ist anerkannt, dass diese nur dann begründet ist, wenn die Voraussetzungen des § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO vorliegen.<sup>16</sup> Der BGH prüft also zumindest<sup>17</sup> auf Basis seiner Auffassung zu Recht, ob durch die verfahrensfehlerhafte Eintragung des Rangvermerks das Grundbuch unrichtig geworden ist. Eine Grundbuchunrichtigkeit kommt für den BGH dann in Betracht, wenn das Grundbuchamt auch gegen § 879 Abs. 3 BGB verstoßen hat. § 879 Abs. 3 BGB bestimmt, dass eine (von der Grundregel des § 879 Abs. 1 BGB) abweichende Bestimmung des Rangverhältnisses der Eintragung in das Grundbuch bedarf. § 879 Abs. 3 BGB regelt also, dass eine materiellrechtliche Rangvereinbarung ohne entsprechende Grundbucheintragung unwirksam ist. Diese Norm ist hier also zumindest in direkter Anwendung nicht einschlägig, weil hier ja die von § 879 Abs. 3 BGB geforderte abweichende Grundbucheintragung (der Gleichrangvermerk bei Nießbrauch und Reallast) in jedem Fall vorliegt. Vielmehr ist hier umgekehrt fraglich, ob bei einer eingetragenen abweichenden Rangbestimmung rechtlich auch eine materiellrechtliche Rangvereinbarung erforderlich ist und – wenn man diese Rechtsfrage bejaht – ob die Beteiligten eine solche der eingetragenen abweichenden Rangbestimmung entsprechende materiellrechtliche Rangvereinbarung getroffen haben. Die ganz herrschende Meinung<sup>18</sup> bejaht diese gerade gestellte Rechtsfrage. Entsprechend § 873 Abs. 1, § 880 Abs. 2 BGB sei neben der Grundbucheintragung auch eine entsprechende materiellrechtliche Rangvereinbarung der Beteiligten für den

Eintritt des Rechtserfolges nötig. Diese Rechtsauffassung ist richtig, weil sie einerseits dem Grundprinzip des deutschen Immobiliarsachenrechts – nur Voluntativ- und Publizitätselemente zusammen führen zum Rechtserfolg – folgt und so andererseits den Rechtserfolg grundrechtskonform an den Willen der Beteiligten rückbindet.<sup>19</sup> Der BGH hätte also gar nicht prüfen müssen, ob die Beteiligten im vorliegenden Fall eine materiellrechtliche Rangvereinbarung getroffen haben, sondern er hätte vielmehr umgekehrt feststellen müssen, dass die Beteiligten jedenfalls keine dem eingetragenen Rangvermerk entsprechende materiellrechtliche Rangvereinbarung getroffen haben. § 879 Abs. 3 BGB<sup>20</sup> i. V. m. § 879 Abs. 1 Satz 1 BGB hat nämlich einen anderen Bezugspunkt als § 45 Abs. 3 GBO i. V. m. § 45 Abs. 1 Hs. 2 GBO. Während verfahrensrechtlich der Gleichrangvermerk gerade dann anzubringen ist, wenn keine abweichende Rangfolge bestimmt ist, ist materiellrechtlich für die Wirksamkeit des Gleichrangvermerks erforderlich, dass dem Gleichrangvermerk eine materiellrechtliche Rangvereinbarung zugrunde liegt.<sup>21</sup> Trotz der falsch gestellten Ausgangsfrage kommt der BGH aber zum richtigen Ergebnis. Der BGH stellt zu Recht fest, dass die Beteiligten wollten, dass der Nießbrauch Vorrang vor der Reallast hat.<sup>22</sup> Mit der Feststellung des BGH, dass die Beteiligten materiellrechtlich eine andere Reihenfolge wollten, als im eingetragenen Rangvermerk verlautbart, ist zugleich gesagt, dass dem eingetragenen Rangvermerk jedenfalls keine mit ihm übereinstimmende Rangvereinbarung zugrunde liegt. Der eingetragene Rangvermerk gibt die materiellrechtliche Rechtslage nicht richtig wieder, das Grundbuch ist unrichtig.

#### 6. § 139 BGB bei fehlerhaftem Rangvermerk?

Der BGH prüft sodann, ob die beiden Rechte trotz des falschen Rangvermerks durch Einigung und Eintragung entstanden sind. Der BGH hält in dieser Konstellation § 139 BGB analog für anwendbar und beruft sich hierzu auf ein früheres Senatsurteil.<sup>23</sup> Das angeführte Urteil betrifft zunächst überhaupt nicht die Konstellation, dass das Grundbuchamt verfahrensfehlerhaft einen falschen Rangvermerk einträgt, dem keine materiellrechtliche Rangvereinbarung zugrunde liegt, sondern die Konstellation, dass das Grundbuchamt verfahrensfehlerfrei Grundschuld und Auflassungsvormerkung, deren Eintragung zeitgleich beantragt wurden, ohne Eintragung eines Rangvermerks unter Angabe des gleichen Tages in Abt. II und III des Grundbuchs einträgt und so gemäß § 879 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 BGB Gleichrang zwischen diesen Rechten herbeiführt, obwohl zwischen den Beteiligten eine materiellrechtliche Rangvereinbarung dahingehend getroffen wurde, dass die Grundschuld Rang nach der Auflassungsvormerkung erhalten soll. In dem angeführten Urteil sucht man zudem vergebens nach einer Begründung für die Anwendbarkeit des § 139 BGB in dieser Konstellation. Es wird lediglich mitgeteilt, dass die entsprechende Anwendung des § 139 BGB auf diese Konstellation allgemein bejaht werde und „dem Interesse an der Durchset-

<sup>12</sup> Siehe nur *Staudinger/Gursky*, Neubearbeitung 2008, § 892 Rdnr. 42.

<sup>13</sup> Zu den Erfordernissen für einen gutgläubigen Erwerb siehe im Einzelnen *Palandt/Bassenge*, 73. Aufl., § 892 Rdnr. 2-8.

<sup>14</sup> *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 1313.

<sup>15</sup> *Palandt/Bassenge*, 73. Aufl., § 892 Rdnr. 2.

<sup>16</sup> *Demharter*, GBO, § 71 Rdnr. 49.

<sup>17</sup> Richtigerweise ist jedoch auch bei der unbeschränkten Beschwerde mit dem Ziel der Löschung Voraussetzung der Begründetheit, dass das Grundbuch durch die verfahrensfehlerhafte Eintragung unrichtig geworden ist. Ist das Grundbuch richtig, würde die Löschung das Grundbuch ja erst unrichtig machen.

<sup>18</sup> *MünchKommBGB/Kohler*, BGB, 6. Aufl., § 879 Rdnr. 35 m. w. N. auch zur Gegenmeinung.

<sup>19</sup> Ähnliche Begründung bei *Stadler*, AcP 189 (1998), 427, 450 ff., die allerdings ergänzend noch auf die „inhaltsgleiche Wirkung“ des Ranges abstellt.

<sup>20</sup> Genauer: § 879 Abs. 3 BGB i. V. m. §§ 873, 880 Abs. 2 BGB analog.

<sup>21</sup> Widersprüchlich *Demharter*, GBO, § 45 Rdnr. 8, der davon spricht, dass „dem Gleichrangvermerk gemäß § 45 Abs. 1 Hs. 2 GBO keine materiellrechtliche Rangvereinbarung zugrunde liegt“, zugleich aber zu Beginn der gleichen Rdnr. meint, dass das Grundbuch nur dann „richtig sei, wenn der Vermerk der Einigung“ entspricht.

<sup>22</sup> Siehe oben Fn. 4.

<sup>23</sup> BGH, Urteil vom 29.9.1989, V ZR 343/87, NJW RR 1990, 206.



zung des mutmaßlichen Willens der Beteiligten diene“.<sup>24</sup> Richtigerweise ist § 139 BGB jedenfalls in der hier vorliegenden Konstellation nicht anwendbar: § 139 BGB setzt voraus, dass ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig ist. Hier ist aber kein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig, sondern das Grundbuchamt hat – gerade ohne dass ein entsprechendes Rechtsgeschäft (nämlich die sich mit dem Rangvermerk deckende materiellrechtliche Rangvereinbarung) vorlag – fehlerhaft einen Rangvermerk eingetragen. Wendet man in der vorliegenden Konstellation § 139 BGB an, wird der Sinn und Zweck des § 139 BGB, nämlich der Schutz der Privatautonomie<sup>25</sup> in sein Gegenteil verkehrt. Der rechtswidrige Eingriff des Grundbuchamts in die Privatautonomie der Beteiligten (Eintragung eines Rangvermerks ohne entsprechende Einigung der Beteiligten) wird – anstatt, dass er durch Löschung des falschen Rangvermerks beseitigt wird – durch die entsprechende Anwendung des § 139 BGB noch dahingehend vertieft, dass auch die betroffenen Rechte, über deren Entstehung sich die Beteiligten einig waren, im Zweifel nichtig sein sollen. Diese Extension des § 139 BGB führt zudem zu Wertungswidersprüchen mit § 880 Abs. 2 BGB: § 879 Abs. 3 BGB in der richtigen Lesart der herrschenden Meinung (siehe oben unter 5.) unterscheidet sich lediglich hinsichtlich des zeitlichen Anwendungsbereichs von § 880 Abs. 2 BGB. Der Parallelisierung der Tatbestandsvoraussetzungen bei § 879 Abs. 3 BGB und § 880 Abs. 2 BGB muss dann aber auch eine Rechtsfolgenharmonisierung dahingehend folgen, dass bei einem Rangvermerk, dem keine entsprechende Rangvereinbarung zugrunde liegt, nur der Rangvermerk als solcher unwirksam ist, die betroffenen Rechte jedoch in ihrem Bestand unberührt bleiben. Der Rang der Rechte bestimmt sich dann – wie der BGH richtig ausführt – nach der gesetzlichen Regelung des § 879 Abs. 1 BGB.

## 7. Praktische Schlussfolgerungen

Der Fehler des Grundbuchamtes ist dadurch entstanden, dass die Rangbestimmung in der Urkunde unübersichtlich und in Form einer Verbalbeschreibung getroffen wurde. In komplizierten Fällen sollte der Notar daher das gewollte Rangverhältnis in Form einer übersichtlichen Tabelle in der Urkunde darlegen. Zwischen verfahrensrechtlicher Rangbestimmung und materiellrechtlicher Rangvereinbarung muss der Notar dagegen im Normalfall nicht differenzieren, weil die Angabe des im Ergebnis gewollten Rangverhältnisses ganz regelmäßig sowohl die verfahrensmäßige Rangbestimmung als auch die materiellrechtliche Rangvereinbarung enthält.

Notar Dr. Carl Michael Niemeyer, Eschenbach i. d. Opf.

<sup>24</sup> BGH, Urteil vom 29.9.1989, V ZR 343/87, NJW RR 1990, 206 unter II. 2. A) der Entscheidungsgründe.

<sup>25</sup> MünchKommBGB/Busche, BGB, 6. Aufl., § 139 Rdnr. 1.

4. BGB § 878; GBO §§ 29, 71 Abs. 1; WEG § 10 Abs. 3, § 15 Abs. 1 (*Zurückweisung nicht eingetragenen Sondernutzungsrechts*)

**Die Beschwerdeberechtigung im Antragsverfahren deckt sich mit der Antragsberechtigung. Sie muss (noch) im Zeitpunkt über die Entscheidung der Beschwerde gegeben sein. § 878 BGB hilft hier nicht (hier: Beschwerde gegen im Jahr 2014 erfolgte Zurückweisung eines 1996 zum Vollzug vorgelegten Eintragungsantrags).**

OLG München, Beschluss vom 4.7.2014, 34 Wx 153/14

Zu notarieller Urkunde vom 21.7.1994 teilte der damalige Eigentümer – Beteiligter zu 1 – den Grundbesitz in Wohnungseigentum

auf. Beabsichtigt war die Errichtung einer Wohnanlage mit drei Mehrfamilienhäusern (21 Wohneinheiten) sowie Tiefgarage. Er behielt sich das Recht vor, bezüglich jedes einzelnen der im Plan durch farbige Umrandung gekennzeichneten elf oberirdischen Kfz-Stellplätze Sondernutzungsrechte zu begründen und einem beliebigen Wohnungseigentum zuzuordnen. Weiter heißt es dort (Gebrauchsregelung Abschnitt IV.3.):

„Diese Sondernutzungsrechtsbegründung erfolgt hiermit unter der aufschiebenden Bedingung der Zuordnung zu einer oder mehrerer Sondereigentumseinheiten. Die Zuweisung hat spätestens mit Veräußerung der letzten Sondereigentumseinheit zu erfolgen. Erfolgt diese nicht, so verbleiben die dann noch nicht zugewiesenen Flächen im Gemeinschaftseigentum ohne Gebrauchsregelung.“

Nach Abschnitt IV.4. (2. Abs. letzter Satz) können Sondernutzungsrechte ganz oder teilweise auf andere Wohnungs- oder Teileigentümer übertragen werden. Gemäß Abschnitt V. bewilligte und beantragte der Eigentümer, die Aufteilung des Grundstücks nach § 8 WEG einschließlich der Begründung der Sondernutzungsrechte gemäß Abschn. IV sowie die als Anlage beigefügte Gemeinschaftsordnung in das Grundbuch einzutragen. Dies hat am 27.4.1995 stattgefunden.

Das gegenständliche Wohnungseigentum wurde vom teilenden Eigentümer veräußert. Im Vertrag vom 27.12.1994 mit der Ersterwerblerin – Beteiligte zu 2 – ist mitverkauft das Sondernutzungsrecht an der oberirdischen Stellplatzfläche Nr. 6, welches bei dieser Gelegenheit mit dem Sondereigentum verbunden und wofür der entsprechende Grundbuchvollzug bewilligt und beantragt wurde (Ziffer II a. E.). Nach der am 8.8.1996 erklärten Auflassung blieb beim abschließenden Vollzug gemäß Antrag vom 13.8.1996 das Sondernutzungsrecht unberücksichtigt. Als die derzeitigen Eigentümer ihrerseits die Wohnung mitsamt einem Sondernutzungsrecht an dem oberirdischen Stellplatz Nr. 6 Ende 2013 weiterveräußern wollten, wurde festgestellt, dass ein solches im Grundbuch nicht eingetragen ist.

Das Grundbuchamt hat mit Beschluss vom 13.2.2014 den Eintragungsantrag – soweit noch unerledigt – zurückgewiesen. Dieser sei nicht mehr vollziehbar, nachdem die letzte dem teilenden Eigentümer gehörende Einheit am 20.10.2003 veräußert worden sei. Das Sondernutzungsrecht sei mit Zuweisung zwar entstanden; könne jedoch mangels Eintragung gegenüber Sondernachfolgern keine Wirkung entfalten. Am 28.11.2005 habe der erste Erwerb durch einen anderen Eigentümer stattgefunden. Diesem gegenüber sei das nicht eingetragene Sondernutzungsrecht unwirksam. Seitdem hätten mehrere Eigentumsänderungen und Belastungen in der Anlage stattgefunden. Die betreffende Zuweisung durch den teilenden Eigentümer hätte aber spätestens mit der letzten Veräußerung im Grundbuch eingetragen sein müssen. Die nachträgliche Eintragung eines allenfalls rein schuldrechtlichen, frei veräußerbaren Sondernutzungsrechts bedürfe der Mitwirkung aller Wohnungseigentümer und sonstiger Berechtigter mit Ausnahme des jeweils begünstigten Sonder- oder Teileigentums.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde, die der Rechtsnachfolger des damals beurkundenden Notars eingelegt hat. Dieser meint, die Voraussetzungen für die wirksame Entstehung des Sondernutzungsrechts seien erfüllt; einer – ohnehin nicht konstitutiven – Eintragung des Rechts im Grundbuch habe es nicht bedurft. Die Befugnis zur Zuweisung habe im fraglichen Zeitpunkt (Ende 1994) vorgelegen. Die betreffenden Rechte seien damit entstanden.

Die Vereinbarung sei bereits mit Vollzug der Teilungserklärung Inhalt des Grundbuchs geworden, worauf dort Bezug genommen werde. Das Bestandsverzeichnis weise dies allerdings nicht aus. Es komme ein ergänzender Vermerk in Betracht. Auch wenn nach der Rechtsprechung in der Regel kein Anspruch auf ausdrückliche Verlautbarung bestehe, so sei eine Buchung hier aber vorzunehmen, schon um Missverständnissen vorzubeugen, nachdem bei anderen Einheiten in der Anlage Sondernutzungsrechte im Bestandsverzeichnis verbucht seien. Dazu bedürfe es auch keiner Zustimmung der anderen Wohnungs- und Teileigentümer. Denn die Zuweisung sei von Anfang an latent erfolgt.

Das Grundbuchamt hat nicht abgeholfen. Selbst wenn Sondernutzungsrechte schon ursprünglich eingetragen gewesen seien, ergäben die Ausführungen der Beschwerde nichts zur Notwendigkeit, später die Zuweisung einzutragen.

Aus den Gründen:

## II.

Das Rechtsmittel ist erfolglos.

1. Gegen die Zurückweisung eines Eintragungsantrags, eine Sachentscheidung des Grundbuchamts, ist die – unbefristete – Beschwerde der statthafte Rechtsbehelf (§ 71 Abs. 1 GBO). Eingelegt ist die Beschwerde von dem Amtsnachfolger des damaligen Urkundsnotars für die seinerzeit Antragsberechtigten (siehe § 15 Abs. 2 GBO; *Demharter*, GBO 29. Aufl., § 15 Rdnr. 20). Die Beschwerdeberechtigung im Antragsverfahren deckt sich mit der Antragsberechtigung (*Demharter*, GBO, 29. Aufl., § 71 Rdnr. 57 und 63). Sie muss (noch) im Zeitpunkt über die Entscheidung der Beschwerde gegeben sein (*Demharter*, GBO, 29. Aufl., § 71 Rdnr. 66; auch *Hügel/Kramer*, GBO, 2. Aufl., § 71 Rdnr. 222). § 878 BGB hilft hier nicht (OLG München, Beschluss vom 2.10.2008, 34 Wx 33/08, FGPrax 2009,12, 13; BayObLGZ 1969, 284, 289; *Palandt/Bassenge*, BGB, 73. Aufl., § 878 Rdnr. 2). Es genügte auch nicht, wenn aus dem Vertrag von 1996 noch schuldrechtliche Verpflichtungen zur Herbeiführung des Grundbuchvollzugs beständen (BayObLG, a. a. O.).

Das Grundbuch weist aktuell keinen der seinerzeitigen Antragsberechtigten als Rechtsinhaber aus. Für einen Fall der Verfahrensstandschaft jener an der Beurkundung vom 8.8.1996 (Antrag vom 13.8.1996) beteiligten Personen ist nichts ersichtlich.

Für die aktuellen, bereits seit 3.1.2007 eingetragenen Eigentümer als Berechtigten ist ein Rechtsmittel nicht eingelegt.

2. Das Rechtsmittel bliebe aber auch in der Sache jedenfalls insoweit erfolglos, als die begehrte Eintragung an der bislang fehlenden Mitwirkung der übrigen Wohnungseigentümer und sonstigen dinglich Berechtigten scheitert.

Mit Eintragungsanträgen der bezeichneten Art hatte sich der Senat in jüngster Zeit wiederholt zu befassen. Er hat zuletzt in seiner Entscheidung vom 11.6.2014, 34 Wx 172/14 ausgeführt:

Es ist nicht in der Form des § 29 GBO nachgewiesen, dass zu der Wohnung ... auch das beschriebene Sondernutzungsrecht gehört. Das Grundbuchamt lässt deshalb zu Recht die Eintragung an der fehlenden Mitwirkung der übrigen Wohnungseigentümer und dinglich Berechtigten scheitern. (...)

a) Das Sondernutzungsrecht als Form der Gebrauchsregelung gemeinschaftlichen Eigentums (§ 15 Abs. 1 WEG) kann im Grundbuch eingetragen werden (vgl. § 10 Abs. 3 WEG). Zu dessen Wirksamkeit muss es dies aber nicht. Eine derartige Gebrauchsregelung lag hier mit der Zuweisung der fraglichen Garagenfläche ... vor.

b) Der Eigentümer kann das seinem Sondereigentum zugewiesene Recht „isoliert“, auch ohne dass dies im Grundbuch verlaubar werden müsste, durch Abtretung nach § 398 BGB an ein anderes Mitglied der Gemeinschaft übertragen (herrschende Meinung; vgl. OLG München, Beschlüsse vom 11.5.2012, 34 Wx 137/12, NJW-RR 2013, 135, vom 18.4.2013, 34 Wx 363/12, Rpfleger 2013, 514 sowie vom 27.5.2014, 34 Wx 149/14; *Bärmann/Klein*, WEG, 12. Aufl., § 13 Rdnr. 121; *Kümmel* in *Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten*, WEG, § 13 Rdnr. 35; *Riecke* in *Riecke/Schmid*, WEG, 3. Aufl., Anhang zu § 13 Rdnr. 164; *Böttcher*, ZNotP 2014, 47, 56).

Die Übertragung des Sondereigentums führt auch grundsätzlich – ohne dass die Abtretung im Vertrag ausdrücklich verlaubar sein müsste (vgl. OLG Hamm, FGPrax 1998, 175;

OLG Schleswig, FGPrax 1996, 56; *Hügel/Kral*, GBO, 2. Aufl., Wohnungseigentum Rdnr. 140) – zum Übergang des schuldrechtlichen Sondernutzungsrechts nach § 746 BGB (andere Ansicht *Bärmann/Klein*, § 13 Rdnr. 122).

c) Dazu kommt es aber nicht, wenn der jeweilige Voreigentümer das Sondernutzungsrecht ganz oder teilweise auf andere Miteigentümer übertragen hatte. Denn dann stand das Recht einem anderen Wohnungseigentümer als gerade dem hiesigen Rechtsvorgänger im Eigentum der Beteiligten zu. Da sich der Vorgang außerhalb des Grundbuchs abspielt, ist dessen Publizität insoweit eingeschränkt.

Mangels bisheriger Eintragung (vgl. § 10 Abs. 3 WEG) spricht deshalb auch keine Vermutung (§ 891 BGB) für die Zugehörigkeit des – einmal zugewiesenen – Sondernutzungsrechts an dem Garagenstellplatz gerade zum gegenständlichen Wohnungseigentum, eben weil das Recht zwischen den Wohnungseigentümern ein und derselben Gemeinschaft regelmäßig ohne Mitwirkung der anderen außerhalb des Grundbuchs wirksam übertragen werden kann. Es ist weder auszuschließen noch gänzlich unwahrscheinlich, dass dies in der Vergangenheit auch geschehen ist. Das Grundbuch verlaubar bislang eine Zuordnung des Sondernutzungsrechts zu einem Sondereigentum nicht, so dass für die begehrte Buchung des Rechts bei der Wohnung ... der Beteiligten die verfahrensrechtliche Mitwirkung aller Miteigentümer notwendig ist. Es steht nämlich nach der erstmaligen Zuweisung ... nicht fest, ob und ggf. an wen das Sondernutzungsrecht abgetreten wurde. Ebenso bedarf es zur Buchung des bis jetzt lediglich „schuldrechtlichen“ Sondernutzungsrechts der Zustimmung der Gläubiger nach Maßgabe von § 5 Abs. 4 Satz 2 WEG.

d) Eine abgeschwächte Form des Nachweises, dass das Recht (noch immer) zur ursprünglichen Wohneinheit gehört, zum Beispiel durch eidesstattliche Versicherung, ist im Eintragungsverfahren grundsätzlich unzulässig (*Demharter*, GBO, 29. Aufl., § 29 Rdnr. 23). ... Offenkundigkeit im grundbuchrechtlichen Sinne, also das Vorhandensein eines Umstands, den das Grundbuchamt so sicher erfahren hat, dass ein Zweifel ausgeschlossen ist (KG, JfG 20, 217, 220; *Demharter*, GBO, 29. Aufl., § 29 Rdnr. 60), kann nicht bejaht werden. Es lässt sich, keineswegs ausschließen, dass ... einer der Rechtsvorgänger das Stellplatzrecht, etwa mangels Eigenbedarfs, auf einen Miteigentümer übertragen hat. ...

Die vorliegende Sache wäre nicht anders zu würdigen. Es ließe sich nämlich nicht ausschließen, dass es unter den Eigentümern der aus 21 Wohnungen bestehenden Anlage in den vergangenen nahezu zwei Jahrzehnten zu Übertragungen oder zum Tausch von Stellplätzen gekommen ist. Dass die Verhältnisse seit der Zuweisung unverändert geblieben wären, steht demnach weder fest noch erscheint dies gänzlich unwahrscheinlich. Die in der Beschwerde angestellten Überlegungen würden zu keinem anderen Ergebnis führen: der Mangel liegt nicht in der Wirksamkeit der – erstmaligen – Zuweisung, sondern im Nachweis, dass das zugewiesene Recht noch mit demselben Sondereigentum verbunden ist. Eine entsprechende Eintragung im Grundbuch fehlt bisher, so dass ein Klarstellungsvermerk ausscheidet. Die Eintragung beim gegenständlichen Wohnungseigentum könnte demnach nur vorgenommen werden, wenn alle in Betracht kommenden Inhaber von Rechten entsprechend § 19 GBO zustimmen (siehe auch OLG Zweibrücken, Beschluss vom 1.7.2013, 3 W 22/13 bei juris).

(...)

**Anmerkung:****Sondernutzungsrechte im freien Flug? – Kritische Gedanken zur neuen Rechtsprechung des OLG München****1. Grundlagen**

Was ist mit dem OLG München los? Zunehmend werden ordnungsgemäß bestellte verdinglichte Sondernutzungsrechte an Kfz-Stellplätzen in Frage gestellt. Den Anfang machte der Beschluss vom 11.5.2012,<sup>1</sup> es folgten 2014 drei Beschlüsse,<sup>2</sup> von denen der hier abgedruckte und besprochene vom 4.7.2014 besondere Aufmerksamkeit verdient. Er verfolgt eine Linie, die nicht unwidersprochen sein kann. Dazu muss auf die bis Anfang der 90er-Jahre des vorigen Jahrhunderts von Literatur und Rechtsprechung entwickelten Grundlagen für die Bestellung von Sondernutzungsrechten an Kfz-Stellplätzen im Bauträgerrecht zurückgegriffen werden.<sup>3</sup> Stellplätze waren beim Verkauf neuer Eigentumswohnungen ein wesentlicher Faktor. Neben Garagen und Garagenstellplätzen im Sondereigentum mussten auch ebenerdige Stellplätze (auch Tiefgaragenplätze), die ja nicht sondereigentumsfähig waren, verwertbar sein. Dies geschah über Sondernutzungsrechte, die über die Teilungserklärung (Vereinbarungen) nach § 10 WEG, bzw. Nutzungsregelungen nach § 15 WEG, bei einer bestimmten Wohnung als Inhalt des Sondereigentums eingetragen und ihr zugeordnet wurden. Sie wurden so „verdinglicht“ und erhielten Dauerbestand. Schließlich wurde in der Regel für den Stellplatz auch extra bezahlt. Wichtig war es dabei aber, dass ein Wohnungskäufer beim Kauf aus dem vorhandenen Angebot ein Objekt auswählen konnte: Garage oder Garagenplatz im Sondereigentum oder offener Stellplatz als Sondernutzungsrecht. Literatur und Rechtsprechung mussten eine geeignete Konstruktion „erfinden“. Dies gelang schließlich dem BayObLG mit der Konstruktion der aufschiebend bedingten Zuordnung eines Sondernutzungsrechts zur gekauften Wohnung (erst) im Kaufvertrag.<sup>4</sup> Dies setzte sich dann rasch durch.

**2. Historische Entwicklung**

Dem Ganzen ging eine intensive sachliche Debatte voraus, die besonders von *Ertl*, *Weitnauer* und mir bestritten wurde. Einzelheiten würden hier zu weit führen. Der sachliche Inhalt bestand darin, dass in der Teilungserklärung als Inhalt des Sondereigentums eine Regelung über die Zuteilung eines aufschiebend bedingten Sondernutzungsrechts vereinbart und mit der Eintragung im Grundbuch bereits eine verdinglichte Rechtsstellung gewährt wurde. Das war bereits die Grundbucheintragung nach § 10 WEG. Die Zuordnung eines konkreten Stellplatzes geschah dann erst im Kaufvertrag über die Eigentumswohnung. Damit war der in der Teilungserklärung vorgesehene Tatbestand erfüllt. Einer weiteren Eintragung bedurfte es dafür nicht mehr. Für dieses System habe ich in der ersten Auflage des Münchener Vertragshandbuchs 1983 in den Formularen Teilungserklärung und Kaufvertrag das erste

<sup>1</sup> OLG München, Beschluss vom 11.5.2012, 34 Wx 137/12, ZWE 2012, 367 mit abl. Anm. *Schmidt*.

<sup>2</sup> OLG München, Beschluss vom 27.5.2014, 34 Wx 149/14, MittBayNot 2014, 530; OLG München, Beschluss vom 11.6.2014, 34 Wx 172/14, BeckRS 2014, 13644; OLG München, Beschluss vom 4.7.2014, 34 Wx 153/14.

<sup>3</sup> Eine grundlegende und umfangreiche Darstellung von mir über die Entwicklung der Sondernutzungsrechte von den Anfängen bis heute erscheint im Frühjahr 2015 in einer Festschrift.

<sup>4</sup> BayObLG, Beschluss vom 8.11.1985, 2 Z 119-122/84 mit voll zust. Anm. *Ertl* = MittBayNot 1986, 24.

Formular überhaupt geliefert, das dann auch *Weitnauer* ausdrücklich gebilligt hat.<sup>5</sup> Durch die genannte Rechtsprechung des BayObLG wurde es auch „hoffähig“.

**3. Dogmatische Gedanken**

Wichtig waren die Ausführungen von *Ertl*.<sup>6</sup> Er beschäftigte sich mit der Zuordnung des aufschiebend bedingten Sondernutzungsrechts, was erst im Kaufvertrag der Wohnung geschah. Er führt aus, dass die Eintragung eines Sondernutzungsrechts, das erst nachträglich wirksam wird, zur Herbeiführung der Verdinglichungswirkung nur im Wohnungsgrundbuch des begünstigten Wohnungseigentümers erfolgen muss. Die Verdinglichungswirkung sei hier bereits erfolgt, gleichgültig, ob nach außen sichtbar durch einen Vermerk im Bestandsverzeichnis oder nach außen unsichtbar unter Bezug auf die Eintragungsbewilligung. Einer Eintragung des Eintritts dieser Bedingung im Grundbuch bedürfe es aber nicht, wie auch sonst bei aufschiebenden bedingten dinglichen Rechten der Bedingenseintritt nicht aus dem Grundbuch hervorgehen müsse. Den praktischen Bedürfnissen genüge es, wenn dem Grundbuchamt der Eintritt der Bedingung durch Zuleitung des Kaufvertrages in der Form des § 29 GBO mitgeteilt werde. Einer besonderen Form bedürfe es nicht. *Ertl* sieht sich dabei auch im Einklang mit den Ansichten von *Weitnauer* und *Schmidt*. Damit bestätigte *Ertl*, dass die Verdinglichung des Sondernutzungsrechts durch die bereits eingetragene Bezugnahme nach § 10 WEG weiterbestehe und das zugeordnete Sondernutzungsrecht voll abdecke. Der Zugang des Kaufvertrages stellt dabei grundbuchrechtlich eine einseitige Erklärung an das Grundbuchamt dar. Weitere Eintragungen sind nicht erforderlich und auch nicht denkbar.<sup>7</sup> Der Gesamttatbestand des verdinglichten Sondernutzungsrechts ist so erfüllt. Diese Methode des aufschiebend bedingten zugeordneten Sondernutzungsrechts hat sich in den 80er-Jahren durchgesetzt und sie gilt bis heute. In einem über das Internet zugänglichen Skriptum hat sie *Schneider* zutreffend als den „Königsweg“ bezeichnet. Im Entscheidungsfall wurde nach dem wiedergegebenen Sachverhalt genau danach verfahren. Somit ist es nicht erklärlich, weshalb das OLG München diesen Weg verlassen hat. Der Fehler liegt darin, dass es den Tatbestand der Zuordnung als Teil der bereits eingetragenen Verdinglichung nicht mehr anerkennt und damit zu einem nur schuldrechtlichen Sondernutzungsrecht gelangt. Dadurch werden alle anschließenden Gedankengänge nicht mehr nachvollziehbar.

**4. Sondernutzungsrecht nach WEG**

Das OLG befasst sich sodann mit den Eintragungsmöglichkeiten eines aus seiner Sicht schuldrechtlichen Sondernutzungsrechts, um es zu verdinglichen. Zunächst muss festgehalten werden, dass das nach dem WEG gar nicht möglich ist.<sup>8</sup> Als Weg dazu nennt es die Zustimmung aller anderen

<sup>5</sup> JZ 1984, 1115.

<sup>6</sup> DNotZ 1986, 485.

<sup>7</sup> So aber *Schneider*, der sich mit dem Sondernutzungsrecht besonders im „Beck’schen Formularbuch Wohnungseigentumsrecht“, 2. Aufl. 2011, Formular E. II. 4 befasst. Er schreibt zwar dort in der Anm. 3, dass durch den Eintritt der Bedingung die Rechtsstellung des Begünstigten nicht mehr nachteilig berührt werden könne, und verweist auch auf meine Formulierungen im Münchener Vertragshandbuch. In Anm. 5 verlangt er aber dennoch eine weitere Grundbucheintragung, ohne zu sagen, wie ein solcher Antrag aussehen oder formuliert werden soll.

<sup>8</sup> Die Frage, ob ein Sondernutzungsrecht aufgrund einer Öffnungsklausel beschlossen werden kann, wird hier nicht behandelt. Ein solcher Beschluss wäre nach h. M. nicht eintragungsfähig und damit wertlos, m. E. nichtig, da Eingriff im Kernbereich.



Wohnungseigentümer. Das klingt plausibel, erweist sich aber als Irrweg. Um das schuldrechtliche Sondernutzungsrecht zu verdinglichen, kennt das WEG nur einen einzigen Weg, nämlich eine Vereinbarung nach § 10 WEG. Die Zustimmung der anderen Wohnungseigentümer zu einem Antrag eines einzelnen Wohnungseigentümers auf Eintragung eines Sondernutzungsrechts bei seiner Wohnung, wie im Entscheidungsfall, ist dem WEG fremd. So hat das OLG keinen brauchbaren Ratschlag gegeben. Es hätte zu einer Vereinbarung raten müssen.

## 5. Das Grundbuchrecht

Sodann wird das Grundbuchrecht bemüht. Es wird der Nachweis gefordert, dass das Sondernutzungsrecht noch bestehe und nicht außerhalb des Grundbuches veräußert wurde. Das Argument, eine solche Veräußerung sei nicht unwahrscheinlich<sup>9</sup> widerspricht der Lebenserfahrung. Mehr spricht dafür, dass derjenige, der jetzt so um sein Sondernutzungsrecht kämpft, den Stellplatz weiterhin nutzt. Weiterhin ist es ein dem Grundbuchrecht fremder Gedanke, dass der Bestand eines dinglichen Rechts nachgewiesen werden müsse. Es gilt immer noch die Vermutung des § 891 Abs. 2 BGB. Dazu hat das OLG München 2011<sup>10</sup> entschieden, dass die Vermutung des § 891 Abs. 2 BGB nur durch eine zweifelsfreie<sup>11</sup> Unrichtigkeit nachgewiesen werden könne, also gerade keine Nachforschung „ins Blaue“, wie in der besprochenen Entscheidung. Man findet in der Grundbuchordnung keine Bestimmung, die eine solche Nachforschung zulässt. Dem Grundbuchamt steht kein derartiges Prüfungsrecht zu. Hier irrt das OLG München. Das Grundbuchrecht kennt zudem auch kein Verfahren, den Bestand eines Rechtes durch Erklärungen Dritter festzustellen. So steht man diesen grundbuchrechtlichen Ausführungen verständnislos gegenüber.

## 6. Schlussgedanke

Es bleibt das unbefriedigende Resümee, dass das OLG München weder WEG-Recht noch Grundbuchrecht richtig angewandt hat. Die Entscheidung kann nicht Bestand haben.

Notar a. D. *Friedrich Schmidt*, Bayreuth

<sup>9</sup> So schon OLG München, Beschluss vom 11.5.2012, 34 Wx 137/12, NJW-RR 2013, 135 und ihm nachfolgend das OLG Zweibrücken mit Beschluss vom 1.7.2013, 3 W 22/13, ZWE 2013, 410.

<sup>10</sup> Beschluss vom 7.11.2011, 34 Wx 400/11, DNotZ 2012, 298.

<sup>11</sup> Begriff des OLG.

5. ZVG § 10 Abs. 1 Nr. 2 und 4, § 28 Abs. 1 Satz 1; BGB § 883 Abs. 2; WEG § 16 Abs. 2 (*Rangverhältnis zwischen Auflassungsvormerkung und Ansprüchen der Wohnungseigentümergeinschaft*)

1. **Eine (Auflassungs-)Vormerkung ist im Zwangsversteigerungsverfahren wie ein Recht der Rangklasse 4 des § 10 Abs. 1 ZVG zu behandeln.**

(Amtlicher Leitsatz)

2. **Ansprüche der Wohnungseigentümergeinschaft, die die Zwangsversteigerung aus der Rangklasse 2 des § 10 Abs. 1 ZVG betreibt, sind gegenüber einer Auflassungsvormerkung stets vorrangig. Diese ist nicht im geringsten Gebot zu berücksichtigen und erlischt mit dem Zuschlag; erwirbt der Vormerkungsberechtigte nach der Beschlagnahme das Eigentum,**

**ist das Verfahren fortzusetzen und nicht gemäß § 28 Abs. 1 Satz 1 ZVG einzustellen.**

(Amtlicher Leitsatz)

3. **Der auf einem vorgemerkten Anspruch beruhende Eigentumserwerb ist aufgrund der Beschlagnahme gegenüber der aus einem besseren Recht betreibenden Wohnungseigentümergeinschaft relativ unwirksam und hindert die Fortsetzung des Zwangsversteigerungsverfahrens deshalb nicht (insoweit Aufgabe von BGHZ 170, 378 Rdnr. 12 ff. = NZM 2007, 377 = NJW 2007, 2993). Die insoweit unechte Rückwirkung der WEG-Novelle 2007 auf am 1.7.2007 eingetragene Auflassungsvormerkungen unterliegt keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.**

(Leitsatz der Schriftleitung)

BGH, Beschluss vom 9.5.2014, V ZB 123/13

Im Grundbuch der eingangs genannten Teileigentumseinheit der Beteiligten zu 2 ist seit dem 20.1.1999 eine Auflassungsvormerkung zugunsten der Beteiligten zu 3 und 4 eingetragen. Die Beteiligte zu 1 – die Wohnungseigentümergeinschaft, zu deren Anlage das Teileigentum gehört – betreibt wegen titulierter Wohngeldansprüche aus dem Jahr 2008 die Zwangsversteigerung. Das AG hat mit Beschluss vom 8.10.2010 wegen der Ansprüche der Beteiligten zu 1 die Zwangsversteigerung aus der Rangklasse des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG angeordnet. Vor dem Versteigerungstermin haben die Beteiligten zu 3 und 4 mitgeteilt, dass die Teileigentumseinheit am 15.2.2013 an sie aufgelassen worden sei und sie ihre Eintragung als Eigentümer beantragt hätten. Die Umschreibung des Eigentums ist nicht erfolgt. In dem Versteigerungstermin am 21.2.2013 hat das Vollstreckungsgericht die Auflassungsvormerkung nicht in das geringste Gebot aufgenommen. Mit Beschluss vom gleichen Tag ist der Beteiligten zu 5 als Meistbietender der Zuschlag erteilt worden; die Vormerkung ist in dem Zuschlagsbeschluss nicht als bestehenbleibendes Recht aufgeführt.

Die gegen den Zuschlagsbeschluss gerichtete sofortige Beschwerde der Beteiligten zu 3 und 4 ist erfolglos geblieben. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde wollen sie die Aufnahme der zu ihren Gunsten eingetragenen Auflassungsvormerkung in das geringste Gebot erreichen.

Das Beschwerdegericht meint, das Verfahren sei nicht gemäß § 28 Abs. 1 ZVG aufzuheben. Dies setze voraus, dass die Umschreibung des Eigentums im Grundbuch aufgrund der Auflassungsvormerkung erfolgt sei; dazu sei es aber nicht gekommen. Die Auflassungsvormerkung sei zu Recht nicht in das geringste Gebot aufgenommen worden, weil sie gegenüber den Ansprüchen der betreibenden Wohnungseigentümergeinschaft aus der Rangklasse 2 des § 10 Abs. 1 ZVG nachrangig sei. Zwar werde die Vormerkung in § 10 ZVG nicht ausdrücklich erwähnt. Nach zutreffender Ansicht falle sie aber in die Rangklasse 4 des § 10 Abs. 1 ZVG; hieraus ergebe sich ihre Nachrangigkeit gegenüber Ansprüchen, die der Rangklasse 2 zuzuordnen seien.

*Aus den Gründen:*

Die zulässige Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg.

Weil eine Partei mit ihrer Prozesshandlung im Zweifel das Erreichen will, was nach den Maßstäben der Rechtsordnung vernünftig ist und ihrer recht verstandenen Interessenlage entspricht (vgl. nur Senat, Urteil vom 19.10.2012, V ZR 233/11, ZfIR 2013, 23 Rdnr. 11 m. w. N.), ist der Antrag der Beteiligten zu 3 und 4 dahingehend auszulegen, dass sie die Versagung des Zuschlags begehren; nur diese, nicht aber die beantragte Änderung des geringsten Gebots, kann mit der Rechtsbeschwerde erreicht werden. Ein Zuschlagsversagungsgrund liegt jedoch nicht vor.

I. Zutreffend und von der Rechtsbeschwerde unbeanstandet verneint das Beschwerdegericht der Sache nach einen Zuschlagsversagungsgrund gemäß § 83 Nr. 5 ZVG. Nach dieser Bestimmung ist der Zuschlag zu versagen, wenn das Recht

eines Beteiligten der Fortsetzung des Verfahrens entgegensteht. Ist ein solches Recht aus dem Grundbuch ersichtlich, hat das Vollstreckungsgericht das Verfahren gemäß § 28 Abs. 1 Satz 1 ZVG aufzuheben oder einstweilen einzustellen bzw. gemäß § 33 ZVG den Zuschlag zu versagen. Die Voraussetzungen des § 28 Abs. 1 Satz 1 ZVG lagen aber schon deshalb nicht vor, weil eine Umschreibung des Eigentums aufgrund des vorgemerkten Anspruchs auf die Beteiligten zu 3 und 4 nicht erfolgt ist. Die Auflassungsvormerkung als solche stellt kein der Zwangsversteigerung entgegenstehendes Recht im Sinne von § 28 Abs. 1 Satz 1 ZVG dar (vgl. nur Senat, Urteil vom 28.10.1966, V ZR 11/64, BGHZ 46, 124, 126 f.; BGH, Urteil vom 11.7.1996, IX ZR 226/94, NJW 1996, 3147 f., jeweils m. w. N.).

II. Ebenso wenig ist der Zuschlag wegen einer Verletzung der Vorschriften über die Feststellung des geringsten Gebots im Sinne von § 83 Nr. 1 ZVG zu versagen. Das Vollstreckungsgericht hat die für die Beteiligten zu 3 und 4 im Grundbuch eingetragene Auflassungsvormerkung zu Recht nicht in das geringste Gebot aufgenommen.

1. Im Ausgangspunkt ist eine Auflassungsvormerkung wie ein eingetragenes Recht zu behandeln (§ 9 Nr. 1, § 48 ZVG).

a) In das geringste Gebot ist sie aufzunehmen, wenn sie dem Anspruch des (bestrangig betreibenden) Gläubigers vorgeht (§ 44 Abs. 1 ZVG); dies gilt auch dann, wenn sie einen bedingten Anspruch sichert (Senat, Urteil vom 28.10.1966, V ZR 11/64, BGHZ 46, 124 ff.). Fällt die Auflassungsvormerkung in das geringste Gebot, bleibt sie bei dem Zuschlag in der Zwangsversteigerung bestehen (§ 52 Abs. 1 Satz 1 ZVG). Weil der Eigentumserwerb des Erstehers dem Vormerkungsberechtigten gegenüber unwirksam ist (§ 883 Abs. 2 BGB), kann dieser den gesicherten Anspruch auf Übertragung des Eigentums trotz des erfolgten Zuschlags gegenüber dem Ersteher durchsetzen (§ 888 Abs. 1 BGB; vgl. Senat, Urteil vom 28.10.1966, V ZR 11/64, BGHZ 46, 124, 127; BGH, Urteil vom 11.7.1996, IX ZR 226/94, NJW 1996, 3147, 3148; *Staudinger/Gursky*, 2013, § 883 Rdnr. 298 ff.).

b) Dagegen ist die Vormerkung nicht in das geringste Gebot aufzunehmen, wenn sie dem Recht des (bestrangig betreibenden) Gläubigers im Rang nachgeht. Der Vormerkungsberechtigte muss den Eigentumserwerb des Erstehers gegen sich gelten lassen, weil die Vormerkung mangels Aufnahme in das geringste Gebot mit dem Zuschlag erlischt (§ 91 Abs. 1, § 52 Abs. 1 Satz 2 ZVG). An die Stelle des zuvor durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs tritt der Anspruch auf Wertersatz aus dem Versteigerungserlös (§ 92 Abs. 1 ZVG; vgl. *Staudinger/Gursky*, 2013, § 883 Rdnr. 304 f.).

2. Ob eine vor der Beschlagnahme eingetragene Auflassungsvormerkung dem Recht der Wohnungseigentümergeinschaft im Sinne von § 44 Abs. 1 ZVG vorgeht, wenn diese die Zwangsversteigerung aus Ansprüchen betreibt, die der Rangklasse 2 des § 10 Abs. 1 ZVG zuzuordnen sind, ist umstritten.

a) Nach überwiegender Ansicht gehen die bevorrechtigten Hausgeldansprüche der Auflassungsvormerkung vor. Teils wird dies vornehmlich aus deren vermeintlich dinglichem Charakter hergeleitet (*Alff*, ZWE 2010, 105, 112; *ders.*, Rpfleger 2013, 15, 18 f.; *Schmidberger*, ZfIR 2013, 113 ff.; *Schneider*, ZMR 2009, 165, 169 f.; ZMR 2013, 305 f.; ZWE 2013, 246, 249; *Suilmann*, NotBZ 2010, 365, 368). Andere sehen Ansprüche der Rangklasse 2 des § 10 Abs. 1 ZVG unabhängig von ihrer Rechtsnatur als vorrangig an; die Auflassungsvormerkung müsse wie jedes andere aus dem Grundbuch ersichtliche Recht in das Rangklassensystem des

§ 10 ZVG eingeordnet werden und falle in die (nachrangige) Rangklasse 4 (*Morvilius* in *Dierck/Morvilius/Vollkommer*, Handbuch des Zwangsvollstreckungsrechts, S. 344 Rdnr. 296 a; *Stöber*, ZVG, 20. Aufl., § 10 Rdnr. 16.8; *Schmidt-Räntsch*, ZWE 2011, 429, 439; wohl auch *Becker* in *Bärmann*, WEG, 12. Aufl., § 16 Rdnr. 200; *Kümmel* in *Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten*, WEG, 9. Aufl., Anhang IV Rdnr. 49; *Hintzen* in *Dassler/Schiffhauer/Hintzen/Engels/Rellermeyer*, ZVG, 14. Aufl., § 44 Rdnr. 11; *Franck*, MittBayNot 2012, 345, 349; *Böttcher*, ZfIR 2010, 345, 347).

b) Nach der Gegenauffassung bietet eine Auflassungsvormerkung Schutz vor einer Zwangsversteigerung, die aus Rechten der Rangklasse 2 betrieben wird. Zur Begründung wird teilweise darauf verwiesen, dass die bevorrechtigten Hausgeldansprüche keine dingliche Wirkung hätten. Könne das Vorrecht einem Erwerber nicht entgegengehalten werden, sei die Beschlagnahme als vormerkungswidrig anzusehen; der Vormerkungsberechtigte müsse sie nicht gegen sich gelten lassen. Die Wohnungseigentümergeinschaft stehe im Verhältnis zu dem Vormerkungsberechtigten gewöhnlichen persönlichen Gläubigern gleich (*Reymann*, ZWE 2013, 446, 449; *Herrler*, NJW 2013, 3518; *Fabis*, ZfIR 2010, 354, 357 f.). Vereinzelt wird auch die Einordnung der Auflassungsvormerkung in die Rangklasse 4 bestritten, weil die Vormerkung ebenso wie das Eigentum selbst außerhalb des Rangklassensystems des § 10 Abs. 1 ZVG stehe; ihre Schutzwirkung bestimme sich ausschließlich nach § 883 Abs. 2 BGB (*Kesseler*, NJW 2009, 121, 123 f.; zustimmend *Münch-KommBGB/Kohler*, 6. Aufl., § 883 Rdnr. 62 Fn. 428; offengelassen von *Reymann*, ZWE 2013, 446, 448).

c) Der Senat entscheidet die Frage mit der zuerst genannten Auffassung dahingehend, dass Ansprüchen der Wohnungseigentümergeinschaft, die die Zwangsversteigerung aus der Rangklasse 2 des § 10 Abs. 1 ZVG betreibt, stets Vorrang gegenüber einer Auflassungsvormerkung zukommt; diese ist auch dann nicht im geringsten Gebot zu berücksichtigen, wenn sie – wie hier – bereits vor dem Entstehen der bevorrechtigten Hausgeldansprüche in das Grundbuch eingetragen worden ist.

aa) Dies ergibt sich allerdings nicht aus einer vermeintlich dinglichen Wirkung des Vorrechts der Wohnungseigentümergeinschaft. Nach der Rechtsprechung des Senats enthält § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG lediglich eine Privilegierung schuldrechtlicher Ansprüche im Zwangsversteigerungsverfahren und verleiht diesen keine dingliche Wirkung (Senat, Urteil vom 13.9.2013, V ZR 209/12, BGHZ 198, 216 Rdnr. 8 ff.). Aus dem schuldrechtlichen Charakter der bevorrechtigten Ansprüche folgt aber nicht, dass eine Auflassungsvormerkung Schutz vor der aus § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG betriebenen Zwangsversteigerung bietet (zutreffend *Morvilius* in *Dierck/Morvilius/Vollkommer*, Handbuch des Zwangsvollstreckungsrechts, S. 344 Rdnr. 296 a; *Schneider*, ZWE 2014, 61, 70 f.).

bb) Der Vorrang der § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG unterfallenden Hausgeldansprüche ergibt sich vielmehr daraus, dass die Auflassungsvormerkung der Rangklasse 4 des § 10 Abs. 1 ZVG zuzuordnen ist.

(1) Welches Recht dem Anspruch des betreibenden Gläubigers im Sinne von § 44 Abs. 1 ZVG vorgeht und folglich im geringsten Gebot Berücksichtigung finden muss, richtet sich nach §§ 10 bis 12 ZVG (*Stöber*, ZVG, 20. Aufl., § 44, Rdnr. 4.2; *Löhnig/Siwonia*, ZVG, § 44 Rdnr. 2 f.). Aus diesem Grund muss auch die Vormerkung zwingend in das Rangklassensystem des § 10 Abs. 1 ZVG – also in eine der in dieser Norm unter Nr. 1 bis 8 aufgeführten Rangklassen – eingeord-

net werden (zutreffend *Morvilius* in *Dierck/Morvilius/Vollkommer*, Handbuch des Zwangsvollstreckungsrechts, S. 344 Rdnr. 296 a). Nach der Rechtsprechung des BGH steht eine Auflassungsvormerkung im Zwangsversteigerungsverfahren in einem Rangverhältnis zu den Rechten der Rangklasse 4 (Senat, Urteil vom 28.10.1966, V ZR 11/64, BGHZ 46, 124, 127; BGH, Urteil vom 11.7.1996, IX ZR 226/94, NJW 1996, 3147, 3148); nichts anderes gilt für ihr Verhältnis zu Rechten der Rangklassen 1 bis 3. Zwar trifft es zu, dass die Vormerkung wie das vorgemerkte Eigentum zu behandeln ist (§ 48 ZVG) und dass das Eigentum als solches nicht rangfähig ist (Senat, Beschluss vom 25.1.2007, V ZB 125/05, BGHZ 170, 378 Rdnr. 16; *Assmann*, Die Vormerkung [1998] S. 146, 194). Daraus ergibt sich aber nicht, dass eine Auflassungsvormerkung außerhalb des Rangklassensystems des § 10 Abs. 1 ZVG steht; sie sichert zwar den Anspruch auf Verschaffung des Eigentums, ist aber ein Sicherungsrecht eigener Art und kein gegenüber dem Eigentum wesensgleiches Minus.

(2) Dass Auflassungsvormerkungen in die Rangklasse 4 des § 10 Abs. 1 ZVG einzuordnen sind, entspricht der nahezu einhelligen Auffassung (vgl. *Jäckel/Güthe*, ZVG, 7. Aufl., § 10 Rdnr. 15; *Staudinger/Gursky*, 2013, § 883 Rdnr. 294; *Soergel/Stürner*, BGB, 13. Aufl., § 883 Rdnr. 40; MünchKommBGB/*Kohler*, 6. Aufl., § 883 Rdnr. 60; *Jauernig*, BGB, 15. Aufl., § 883 Rdnr. 20; *Becker in Bärmann*, WEG, 12. Aufl., § 16 Rdnr. 200; *Kümmel in Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten*, WEG, 9. Aufl., Anhang IV Rdnr. 49; *Morvilius in Dierck/Morvilius/Vollkommer*, Handbuch des Zwangsvollstreckungsrechts, S. 344 Rdnr. 296 a; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 1532; *Schmidt-Räntsch*, ZWE 2011, 429, 439; *Böttcher*, ZfIR 2010, 345, 347, jeweils m. w. N.). So sieht es auch der Senat. Weil die in § 10 Abs. 1 ZVG nicht ausdrücklich geregelte Vormerkung – wie ausgeführt – zwingend einer der in der Norm enthaltenen Rangklassen zugeordnet werden muss, kommt nur die Rangklasse 4 in Betracht. Denn sie ist am ehesten mit den darin aufgeführten dinglichen Rechten vergleichbar, während sie mit den in den anderen Rangklassen geregelten Rechten keine Ähnlichkeiten aufweist.

(3) Aus der Einordnung der Auflassungsvormerkung in die Rangklasse 4 des § 10 Abs. 1 ZVG ergibt sich ohne Weiteres, dass sie gegenüber Rechten der Rangklasse 2 nachrangig ist. Denn die Rechte der Rangklasse 2 gehen insgesamt den Rechten aus den nachfolgenden Rangklassen 3 bis 8 vor. Auf die zeitliche Entstehung der Rechte kommt es insoweit nicht an; diese ist von Bedeutung, wenn mehrere Rechte innerhalb der Rangklasse 4 konkurrieren (vgl. § 11 Abs. 1 ZVG, §§ 879 ff. BGB). Auch hängt die bevorzugte Stellung der Ansprüche von Wohnungseigentümergeinschaften im Sinne von § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG nicht von deren Rechtsnatur ab. Sie ergibt sich vielmehr aus der Einordnung der Hausgeldansprüche in dem Rangklassensystem des § 10 Abs. 1 ZVG. Mit diesem wäre es unvereinbar, wenn die der Rangklasse 2 unterfallenden Ansprüche im Verhältnis zu Auflassungsvormerkungen den nicht bevorrechtigten Ansprüchen aus der Rangklasse 5 der betreibenden Wohnungseigentümergeinschaft gleichgesetzt würden (zutreffend *Schneider*, ZWE 2014, 61, 70 f.; vgl. auch Senat, Beschluss vom 17.4.2008, V ZB 13/08, NJW 2008, 1956 Rdnr. 17).

cc) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde steht § 883 Abs. 2 BGB diesem Ergebnis nicht entgegen. Die Aufstellung des geringsten Gebots richtet sich nicht nach dieser Norm, sondern allein nach dem Rangklassensystem des Zwangsversteigerungsgesetzes. Die Wirkungen des § 883 Abs. 2 BGB kann die Vormerkung gegenüber dem Ersteher nur dann entfalten, wenn sie gegenüber dem Recht des betrei-

benden Gläubigers (nach § 10 Abs. 1 ZVG) vorrangig ist, infolgedessen in das geringste Gebot fällt und trotz des Zuschlags bestehen bleibt. Nicht das Rangklassensystem wird durch § 883 Abs. 2 BGB durchbrochen, sondern im Gegenteil wird die Schutzwirkung der Vormerkung durch die Spezialregelungen des Zwangsversteigerungsgesetzes erheblich modifiziert und eingeschränkt (vgl. *Staudinger/Gursky*, 2013, § 883 Rdnr. 293 a. E.; *Rosenberg*, Sachenrecht 1919, § 883 Anm. IV 3 c); *Meiser, Gruchot*, Bd. 57, 769 f.; unzutreffend daher *Reymann*, ZWE 2013, 446, 448; *Kesseler*, NJW 2009, 121, 123; *Herrler*, NJW 2013, 3518). Durch die Geltendmachung eines (nach dem Rangklassensystem) vorrangigen Anspruchs des betreibenden Gläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung wird der vorgemerkte Auflassungsanspruch nämlich in gesetzlich zulässiger Weise beeinträchtigt (*Meiser, Gruchot*, Bd. 57, 769, 770).

dd) Gegen den Vorrang der Ansprüche der Beteiligten zu 1 lässt sich auch nicht einwenden, dass hierdurch ein „Wettlauf“ zwischen der Wohnungseigentümergeinschaft und dem Vormerkungsberechtigten entstehe, weil ein Eigentumserwerb des Vormerkungsberechtigten während des Zwangsversteigerungsverfahrens dessen Fortsetzung entgegenstehe (vgl. *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 6. Aufl., Rdnr. 1133; *ders.*, notar 2013, 331, 334).

(1) Richtig ist allerdings, dass es widersprüchlich wäre, wenn – wie es das Beschwerdegericht annimmt – einerseits die Vormerkung nicht in das geringste Gebot fiele, andererseits aber ein nach der Beschlagnahme erfolgter vollendeter Eigentumserwerb des Vormerkungsberechtigten gemäß § 28 Abs. 1 Satz 1 ZVG zu der Einstellung des Zwangsversteigerungsverfahrens führte. Zu einem solchen Wertungswiderspruch kommt es aber nicht, weil eine nach der Beschlagnahme erfolgte Umschreibung des Eigentums auf den Vormerkungsberechtigten keinen Einfluss auf den Fortgang des Verfahrens hat, wenn die Zwangsversteigerung aus einem gegenüber der Vormerkung (nach dem Rangklassensystem) vorrangigen Recht betrieben wird (vgl. Senat, Beschluss vom 25.1.2007, V ZB 125/05, BGHZ 170, 378 ff.).

(2) So liegt es, wenn die Zwangsversteigerung aus Ansprüchen der Rangklasse 2 des § 10 Abs. 1 ZVG betrieben wird (ebenso im Ergebnis LG Heilbronn, ZWE 2013, 230 f.; *Becker in Bärmann*, WEG, 12. Aufl., § 16 Rdnr. 200; andere Ansicht *Krauß*, Notar 2013, 331, 334; *Reymann*, ZWE 2013, 446, 448, jeweils m. w. N.). Der auf dem vorgemerkten Anspruch beruhende Eigentumserwerb ist aufgrund der Beschlagnahme gegenüber der aus einem besseren Recht betreibenden Wohnungseigentümergeinschaft relativ unwirksam (§ 23 Abs. 1 Satz 1 ZVG i. V. m. §§ 135, 136 BGB) und hindert die Fortsetzung des Zwangsversteigerungsverfahrens deshalb nicht (vgl. *Stöber*, BGHReport 2007, 580 f.). Soweit sich aus dem Senatsbeschluss vom 25.1.2007, V ZB 125/05, BGHZ 170, 378 Rdnr. 12 ff. insoweit etwas anderes ergibt hält der Senat hieran nicht fest.

ee) Im Ergebnis setzt sich danach das Vorrecht der Wohnungseigentümergeinschaft, die die Zwangsversteigerung aus Rechten der Rangklasse 2 des § 10 Abs. 1 ZVG betreibt, gegenüber einer Auflassungsvormerkung stets durch. Diese ist nicht in das geringste Gebot aufzunehmen und erlischt mit dem Zuschlag; erwirbt der Vormerkungsberechtigte nach der Beschlagnahme das Eigentum, ist das Verfahren fortzusetzen und nicht gemäß § 28 Abs. 1 Satz 1 ZVG einzustellen. Dieses Ergebnis ist eine Folge der gesetzgeberischen Entscheidung, wonach die Wohnungseigentümergeinschaft die Zwangsversteigerung aus der Rangklasse 2 des § 10 Abs. 1 ZVG selbst betreiben darf (vgl. § 10 Abs. 3, § 52 Abs. 2 Satz 2 ZVG;



BT-Drucks. 16/887, S. 44; Senat, Beschluss vom 17.4.2008, V ZB 13/08, NJW 2008, 1956 Rdnr. 17); der Gesetzgeber hat – in den Grenzen von § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG – eine umfassende Privilegierung der Wohnungseigentümergeinschaft im Zwangsversteigerungsverfahren geschaffen (vgl. Senat, Urteil vom 13.9.2009, V ZR 209/12, BGHZ 198, 216 Rdnr. 13, 16).

ff) Verfassungsrechtliche Bedenken stehen nicht entgegen. Allerdings droht Berechtigten, zu deren Gunsten – wie hier – am 1.7.2007 eine Auflassungsvormerkung eingetragen war, ein Rechtsverlust infolge der an diesem Tag in Kraft getretenen Neufassung des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG. Es handelt sich insoweit um eine unechte Rückwirkung. Eine solche liegt vor, wenn eine Norm – wie hier – auf einen gegenwärtigen, noch nicht abgeschlossenen Sachverhalt und auf Rechtsbeziehungen für die Zukunft einwirkt und damit zugleich die betroffene Rechtsposition entwertet. Sie ist grundsätzlich zulässig. Allerdings können sich aus dem Grundsatz des Vertrauensschutzes und dem Verhältnismäßigkeitsprinzip Grenzen der Zulässigkeit ergeben. Das ist dann der Fall, wenn die angeordnete unechte Rückwirkung zur Erreichung des Gesetzeszwecks nicht geeignet oder erforderlich ist oder wenn die Bestandsinteressen der Betroffenen die Veränderungsgründe des Gesetzgebers überwiegen (st. Rspr. des BVerfG, vgl. nur BVerfGE 132, 302 Rdnr. 43 m. w. N.).

(1) § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG verfolgt das legitime Ziel, die Zwangsversteigerung von Eigentumswohnungen bei Hausgeldrückständen zu erleichtern. Nach der zuvor bestehenden Rechtslage waren Hausgeldrückstände im Zwangsversteigerungsverfahren nur in der Rangklasse 5 des § 10 Abs. 1 ZVG zu berücksichtigen und damit nachrangig gegenüber den Rechten der Rangklasse 4. Deshalb verlief die Zwangsversteigerung von Eigentumswohnungen wegen Hausgeldrückständen meist erfolglos. Die Rückstände mussten von den anderen Wohnungseigentümern getragen werden, wodurch notwendige Instandhaltungsmaßnahmen unterblieben (siehe insgesamt BT-Drucks. 16/887, S. 1, 43 f.). Dieses Ziel würde verfehlt, wenn eine Auflassungsvormerkung vor einer aus Rechten der Rangklasse 2 betriebenen Zwangsversteigerung schützte. Kann nämlich der Vormerkungsberechtigte seinen Anspruch auf Eigentumsübertragung gegen den Ersteher durchsetzen, finden sich in aller Regel keine Bietinteressenten mit der Folge, dass eine Zwangsversteigerung faktisch unmöglich wird (vgl. BGH, Urteil vom 11.7.1996, IX ZR 226/94, NJW 1996, 3147 f.; *Staudinger/Gursky*, 2013, § 883 Rdnr. 302; *Stöber, ZVG*, 20. Aufl., § 28 Rdnr. 5.1 unter b); *Morvilius* in *Dierck/Morvilius/Vollkommer*, Handbuch des Zwangsvollstreckungsrechts, S. 344 Rdnr. 296 a).

(2) Die Bestandsinteressen der Betroffenen überwiegen die genannten Veränderungsgründe des Gesetzgebers nicht.

(a) Der mit der Neubelebung der Rangklasse 2 des § 10 Abs. 1 ZVG verbundene Eingriff in die Rechte der Realcreditgläubiger ist diesen insbesondere deshalb zuzumuten, weil der Gesetzgeber das Vorrecht sowohl in zeitlicher Hinsicht als auch der Höhe nach begrenzt hat (vgl. BT-Drucks. 16/887, S. 43 f.). Vormerkungsberechtigten droht allerdings – anders als den dinglich berechtigten Gläubigern – mit dem Erlöschen der Auflassungsvormerkung durch den Zuschlag ein vollständiger Rechtsverlust. Gleichwohl kommt die zeitliche und summenmäßige Begrenzung des Vorrechtes mittelbar auch den Vormerkungsberechtigten zugute, weil diese ihr Interesse an einem Fortbestehen der Auflassungsvormerkung durch Ablösung der vorrangigen Ansprüche wahren können.

(b) Zudem bot selbst eine erstrangige Auflassungsvormerkung auch vor der Gesetzesänderung keinen vollständigen Schutz. Sie war – unbestritten – stets durch eine Zwangsver-

steigerung gefährdet, die aus Ansprüchen der vorangehenden Rangklassen betrieben wurde, etwa aufgrund öffentlicher Lasten der Rangklasse 3 des § 10 Abs. 1 ZVG (vgl. *Alff, Rpfleger* 2013, 15, 19; *Kesseler*, NJW 2009, 121 f.; *Stöber*, NJW 2000, 3600 ff. zu der Versteigerung aus § 10 Abs. 1 Nr. 1a i. V. m. § 174a ZVG). Die Inhaber einer Auflassungsvormerkung konnten nicht darauf vertrauen, dass die Regelung des § 10 Abs. 1 ZVG dauerhaft unverändert bleiben und keine weiteren Ansprüche in eine der vorangehenden Rangklassen aufgenommen werden würden.

(...)

## Anmerkung:

### 1. Rechtliche Fragestellung

Der Beschluss des V. Senats bildet den – vermutlich vorläufigen – Schlusspunkt einer Reihe von Entscheidungen zur Bedeutung des Vollstreckungsprivilegs von Hausgeldforderungen gemäß § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG. Kern der Entscheidung ist die Frage, ob Ansprüche der Zwangsvollstreckung aus Hausgeldansprüchen im Sinne des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG betreibenden Wohnungseigentümergeinschaft einer bereits vor der Beschlagnahme eingetragenen Auflassungsvormerkung vorgehen oder letztere unter Berufung auf die mit ihr einhergehende Sicherungswirkung (§ 883 Abs. 2 BGB) die Zwangsversteigerung „überlebt“. Verfahrenstechnisch entscheidet sich die Streitfrage daran, ob die Auflassungsvormerkung bei der Zwangsvollstreckung aufgrund der Hausgeldforderungen in das geringste Gebot aufzunehmen ist (§ 44 Abs. 1 ZVG) und sie damit bei einem Zuschlag in der Zwangsversteigerung gemäß § 52 Abs. 1 Satz 1 ZVG bestehen bleiben würde. In das geringste Gebot aufzunehmen wäre die Vormerkung, wenn sie dem Recht des die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubigers im Rang vorgeht, wobei sich die Rangordnung verschiedener Rechte in der Zwangsversteigerung aus den §§ 10 ff. ZVG ergibt.

### 2. Einordnung

Zunächst ging die herrschende Ansicht in Rechtsprechung und Literatur davon aus, dass in Gestalt der Hausgeldansprüche, soweit diesen nach § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG das Vorrecht zukommt, ein echtes dingliches Recht entsteht.<sup>1</sup> Dies hätte dafür gesprochen, dass die Hausgeldansprüche – im Umfang des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG – stets ohne Weiteres gegen den jeweiligen Eigentümer, und damit auch gegen einen vormerkungsgeschützten Erwerber, durchgesetzt werden können. Der Qualifizierung als dingliches Recht hat der BGH jedoch mit Urteil vom 13.9.2013<sup>2</sup> eine Absage erteilt.

Entgegengesetzt wurde vertreten, dass es sich bei den Hausgeldansprüchen um rein schuldrechtliche Ansprüche handle, denen ein Vorrang im Rahmen des Zwangsversteigerungsverfahrens nur zukommen könne, wenn die Beschlagnahme

<sup>1</sup> U. a. OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 28.10.2010, 20 W 354/10, ZWE 2011, 89, 90; OLG Dresden, Beschluss vom 22.11.2010, 17 W 1165/10, ZWE 2011, 365, 367; LG Berlin, Urteil vom 28.9.2010, 55 S 87/10, ZWE 2011, 97 ff.; LG Heilbronn, Beschluss vom 21.12.2012, 1 T 231/12 ZWE 2013, 230 f.; *Becker* in *Bärman, WEG*, 12. Aufl. 2013, § 16 Rdnr. 186 f.; *Böttcher*, ZVG, 5. Aufl. 2010, § 10 Rdnr. 19; *Stöber*, ZVG, 20. Aufl. 2012, § 10 Rdnr. 4.7; *Derleder*, ZWE 2008, 13, 20; *Hüggel/Elzer*, NZM 2009, 457, 472; *Alff*, ZWE 2010, 105, 106; *Suilmann*, ZWE 2010, 385, 386; *Becker*, ZWE 2013, 6, 7; *Mayer*, ZWE 2013, 51; *Schneider*, ZMR 2009, 165, 166 ff.; *ders.*, ZWE 2010, 341, 347; *ders.*, ZWE 2012, 440, 441; *ders.*, ZWE 2014, 61 ff.

<sup>2</sup> BGH, Urteil vom 13.9.2013, V ZR 209/12, MittBayNot 2014, 239.

gegenüber dem Erwerber wirksam sei, weil sie vor Eintragung der Auflassungsvormerkung erfolgt sei. Einer späteren Anordnung der Zwangsversteigerung – wie hier – könne der Erwerber hingegen die Sicherungswirkung der Auflassungsvormerkung nach § 883 Abs. 2 BGB entgegenhalten.<sup>3</sup>

### 3. Entscheidung des BGH und Stellungnahme

Im Beschluss vom 9.5.2014 hat sich der BGH nun für eine Art „Mittelweg“ entschieden, er bleibt zwar bei der Verneinung des dinglichen Charakters der Hausgeldansprüche, bejaht aber dennoch den zwangsvollstreckungsrechtlichen Vorrang der Hausgeldansprüche im Umfang des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG vor einer vor der Beschlagnahme eingetragenen Auflassungsvormerkung. Die Vormerkung fiel daher im konkreten Fall nicht ins geringste Gebot und erlosch durch den Zuschlag gemäß § 91 Abs. 1, § 52 Abs. 1 Satz 2 ZVG; es waren mithin weder der Zuschlag nach § 33 ZVG bzw. § 83 Nr. 5 ZVG zu versagen noch das Zwangsversteigerungsverfahren gemäß § 28 Abs. 1 Satz 1 ZVG einzustellen – dies waren die verfahrensrechtlichen „Aufhänger“ der Entscheidung.

Für das Verständnis der Entscheidung ist zunächst ein Blick auf den gesetzgeberischen Hintergrund des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG hilfreich. Ausweislich der Gesetzesbegründung<sup>4</sup> sollte die Privilegierung der Hausgeldansprüche deren – durch den bis dahin geltenden Nachrang – häufigen Ausfall im Rahmen der Zwangsversteigerung entgegenwirken, indem ihnen ein begrenztes vollstreckungsrechtliches Vorrecht (insbesondere) vor den dinglichen Rechten des § 10 Abs. 1 Nr. 4 ZVG eingeräumt wurde. Wenngleich die dogmatische Begründung und die absehbaren praktischen Auswirkungen der Entscheidung nicht vorbehaltlos zu begrüßen sind (hierzu sogleich und in Abschnitt 5), behält der BGH das Ziel des Gesetzgebers im Auge. Dieses Ziel würde in der Tat in nicht unerheblichem Umfang verfehlt, wenn jede zeitlich vor der Beschlagnahme eingetragene Vormerkung den Hausgeldansprüchen vorgehen und dadurch hierauf gestützte Zwangsvollstreckungsverfahren faktisch vereiteln würde. Insoweit wird zu Recht auch an die bei Überlassungen häufig zur Eintragung gelangenden Rückauflassungsvormerkungen erinnert,<sup>5</sup> die nicht nur wie die „normale“ Auflassungsvormerkung bei Kaufverträgen die verhältnismäßig kurze Zeit zwischen dem Vertragsschluss und dem endgültigen Grundbuchvollzug überbrücken sollen, sondern bestimmungsgemäß oft jahre- und jahrzehntelang im Grundbuch verbleiben – und damit für diese gesamte Zeitspanne auch den eigentlich beabsichtigten Vorrang der Hausgeldforderungen untergraben würden.

Dogmatisch begründet der BGH den rein zwangsversteigerungsrechtlichen Vorrang der Hausgeldforderungen mit der in § 10 Abs. 1 ZVG festgelegten Rangfolge. Er ordnet die Vormerkung – in Übereinstimmung mit der ganz herrschenden Meinung in der Literatur<sup>6</sup> – in die Rangklasse 4 des § 10 Abs. 1 ZVG ein und schließt daraus konsequenterweise auf den

zwangsvollstreckungsrechtlichen Nachrang gegenüber Rechten der Rangklasse 2. Die Einordnung der Vormerkung in die Rangklasse 4 erscheint überzeugend, da erstens jedes Recht – mit Ausnahme des Eigentumsrechts selbst<sup>7</sup> – einer Rangklasse zuzuordnen ist, um ihm im Rahmen des Zwangsversteigerungsverfahrens zur Geltung zu verhelfen, und zweitens die Vormerkung mit den in § 10 Abs. 1 Nr. ZVG aufgeführten dinglichen Rechten die größten Ähnlichkeiten aufweist.

Die Entscheidung enthält zwei bedeutende Differenzierungen: Erstens unterscheidet der Senat in Ansehung der Hausgeldforderungen zwischen der Qualifizierung als obligatorisches oder dingliches Recht und der zwangsvollstreckungsrechtlichen Stellung. Letztere sei nicht durch erstere präjudiziert, sondern vielmehr von dieser unabhängig zu ermitteln. Dies erscheint zwar auf den ersten Blick ungewöhnlich, da es sich bei den in den nachfolgenden Rangklassen 3 und 4 enthaltenen Rechten materiellrechtlich gesehen um dingliche Lasten handelt; da § 10 ZVG jedoch eine verfahrensrechtliche Bestimmung ist, war der Gesetzgeber bei der Aufstellung der Rangfolge nicht an etwaige materiellrechtliche Konkurrenzverhältnisse gebunden. Vielmehr bewirkt die Privilegierung der Hausgeldansprüche in § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG zwar eine den dinglichen Lasten angenäherte verfahrensrechtliche Sicherung dieser Ansprüche, ändert aber nichts an deren materiellrechtlich-schuldrechtlichem Charakter.<sup>8</sup>

Zweitens differenziert der Senat in Ansehung der Vormerkung zwischen der mit ihr einhergehenden materiellrechtlichen Sicherungswirkung und ihrer verfahrensrechtlichen Bedeutung. Die Sicherungswirkung könne sich nur auswirken, wenn die Vormerkung als solche überhaupt verfahrensrechtlich „überlebe“, weil sie in das geringste Gebot falle – also insbesondere im Verhältnis zu anderen in die Rangklasse 4 fallenden dinglichen Rechten. Auch an dieser Stelle überzeugt zunächst jedenfalls der Grundgedanke, die strikte Trennung zwischen materiellem Recht und Verfahrensrecht: Materiellrechtliche Konkurrenzregelungen können sich nur dann auswirken, wenn die in Streit stehenden Rechte im Verfahren auch tatsächlich auf gleicher Ebene aufeinandertreffen; ordnet jedoch das Zwangsvollstreckungsrecht den verfahrensrechtlichen Vorrang eines Rechts an, spielt die materielle Rechtslage insoweit keine Rolle.

Indes wäre an dieser Stelle eine eingehendere Begründung wünschenswert gewesen, da das Gesetz in Gestalt des § 883 Abs. 2 BGB gerade eine ausdrückliche Wechselwirkung zwischen materiellem Recht und Verfahrensrecht anordnet, weswegen insoweit die schlichte Postulation der ausschließlichen Maßgeblichkeit des Verfahrensrechts nicht verfängt. § 883 Abs. 2 BGB geht nämlich explizit davon aus, dass auch verfahrensrechtliche Akte im Rahmen der Zwangsvollstreckung vormerkungswidrig sein können. Hieran anknüpfend wäre es ausgehend vom Wortlaut des Gesetzes durchaus möglich gewesen, eine nach Eintragung der Vormerkung erfolgte Beschlagnahme als vormerkungswidrige Verfügung im Sinne des § 883 Abs. 2 BGB und daher in Ansehung dieser Vormerkung als relativ unwirksam anzusehen.<sup>9</sup> Der BGH führt inso-

<sup>3</sup> *Fabis*, ZfR 2010, 354, 356 f.; *Reymann*, ZWE 2013, 446, 449; *Herrler*, NJW 2013, 3518; *Schmidt-Räntsch*, ZWE 2013, 429, 432; i. E. ebenso *Kessler*, NJW 2009, 123 f.; *MünchKommBGB/Kohler*, 6. Aufl. 2013, § 883 Rdnr. 62 Fn. 428.

<sup>4</sup> Regierungsentwurf zum Gesetz zur Änderung des Wohnungseigentumsgesetzes und anderer Gesetze vom 26.3.2007 (BGBl. I, S. 370), BT-Drucks. 16/887, S. 43.

<sup>5</sup> *Schneider* ZWE 2014, 61, 70; *Herrler* in DAI-Skript, 12. Jahresarbeitstagung des Notariats, S. 21, 67; *Weber*, DNotZ 2014, 738, 744 Fn. 26.

<sup>6</sup> Vgl. nur *MünchKomm BGB/Kohler*, 6. Aufl. 2013, § 883 Rdnr. 60; *Becker* in *Bärmann*, WEG, 12. Aufl. 2013, § 16 Rdnr. 200; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 1532; *Schmidt-Räntsch*, ZWE 2011, 429, 439 (jeweils m. w. N.).

<sup>7</sup> BGH, Beschluss vom 25.1.2007, V ZB 125/05, BGHZ 170, 378 Rdnr. 16 = NJW 2007, 2993; *MünchKommBGB/Kohler*, 6. Aufl. 2013, § 883 Rdnr. 69.

<sup>8</sup> A. A. offenbar *Schneider* ZWE 2014, 61, 62 f.

<sup>9</sup> So tendenziell *Weber*, DNotZ 2014, 738, 742 f. unter Bezugnahme auf BGH, Beschluss vom 25.1.2007, V ZB 125/05, BGHZ 170, 378 Tz. 14 = NJW 2007, 2993, wo der BGH sinngemäß konstatierte, dass auch die mit der Anordnung der Zwangsversteigerung verbundene Beschlagnahme eine vormerkungswidrige Verfügung darstellen kann. Von der dortigen Begründung distanzierte sich der Senat im Beschluss vom 9.5.2014 indes ausdrücklich (Tz. 23).

weit nur aus, dass „die Schutzwirkung der Vormerkung durch die Spezialregelungen des ZVG erheblich modifiziert und eingeschränkt“ und somit der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch „in gesetzlich zulässiger Weise beeinträchtigt“ würden (Tz. 20) – ohne jedoch zu begründen, woraus sich der hiermit einhergehende Vorrang des Verfahrensrechts vor dem materiellen Recht ergeben soll.

Teleologisch entspricht dieser Vorrang wie bereits aufgezeigt ohne Zweifel dem gesetzgeberischen Ziel. Rechtstechnisch begründen dürfte er sich darüber hinaus wie folgt lassen: Zwar schützt die Vormerkung ausweislich des eindeutigen Wortlauts des § 883 Abs. 2 Satz 2 BGB auch vor Verfügungen im Rahmen der Zwangsvollstreckung. Realisiert wird dieser Schutz jedoch über das Regime des ZVG und hier ordnet § 10 Abs. 1 ZVG Hausgeldansprüche in Klasse 2 ein und spricht diesen daher unabhängig vom Zeitpunkt der Beschlagnahme den Vorrang vor Rechten der Klasse 4 – also auch der Auflassungsvormerkung – zu. Man wird daher § 883 Abs. 2 Satz 2 BGB unter Berücksichtigung der Absichten des Gesetzgebers, die Hausgeldansprüche im Rahmen der Zwangsversteigerung im begrenztem Umfang gegenüber dinglichen Rechten zu privilegieren, so lesen müssen, dass von Vormerkungswidrigkeit nur ausgegangen werden kann, wenn es sich nicht um eine „Verfügung“ aufgrund eines – vollstreckungsrechtlich betrachtet – „besseren“ Rechtes handelt. Dieser „Kunstgriff“ ist erforderlich, weil die fremdkörperartige Sonderregelung des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG ausnahmsweise die Vollstreckung aufgrund an sich rein persönlicher Ansprüche ohne einen entsprechenden dinglichen Duldungstitel ermöglicht.<sup>10</sup>

#### 4. Künftige Rechtslage bei der Zwangsvollstreckung aus Hausgeldansprüchen im Rahmen von Veräußerungsvorgängen

Die Entscheidung des BGH führt im Ergebnis dazu, dass allein die Eintragung der Auflassungsvormerkung den Erwerber nicht vor einer Vollstreckung aus Hausgeldansprüchen schützt. Dies gilt sowohl dann, wenn die Beschlagnahme aufgrund der Hausgeldforderungen vor der Eintragung der Vormerkung oder der nach § 878 BGB maßgeblichen Stellung des Eintragungsantrags<sup>11</sup> erfolgt ist – dies war auch bisher soweit ersichtlich unumstritten –, sondern eben auch, wenn die Beschlagnahme erst nach der Eintragung der Vormerkung bzw. dem Eintragungsantrag stattgefunden hat. Eine nach der Beschlagnahme dennoch vollzogene Eigentumsumschreibung wäre gegenüber dem Recht der Wohnungseigentümergeinschaft aufgrund des mit der Beschlagnahme verbundenen Verfügungsverbots relativ unwirksam (§ 23 Abs. 1 Satz 1 ZVG i. V. m. §§ 135, 136 BGB), das Zwangsvollstreckungsverfahren mithin fortzusetzen. Der Erwerber kann die Fortführung des Zwangsversteigerungsverfahrens in diesem Fall faktisch nur verhindern, wenn er die Hausgeldforderungen ablöst, wozu er nach § 268 Abs. 1 Satz 1 BGB berechtigt ist.

Nicht endgültig entschieden hat der BGH, ab welchem Zeitpunkt bzw. unter welchen Voraussetzungen der Erwerb auch verfahrensrechtlich gegenüber einer Vollstreckung aus Hausgeldansprüchen geschützt ist. Richtigerweise gebührt dem Erwerber der „Vorrang“ gegenüber den Hausgeldansprüchen

<sup>10</sup> Plakatativ *Reymann*, ZIP 2014, 1895, 1900: „Beschlagnahme [avanciert] zu einem bisher nicht gekannten Instrument, um eine persönliche Forderungsberechtigung in eine dingliche Haftungserstreckung auf den Erwerber umzuwandeln“ und „aktiviert gewissermaßen eine gedanklich hinter § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG stehende ‚Legalhypothek‘ [...]“.

<sup>11</sup> Zur Geltung von § 878 BGB für die Vormerkung nur *MünchKommBGB/Kohler*, 6. Aufl. 2013, § 878 Rdnr. 24 m. w. N.

vereinfacht ausgedrückt grundsätzlich immer dann, wenn der Erwerbsvorgang abgeschlossen und zur Rechtfertigung des wirksamen Eigentumserwerbs keine Berufung auf die Schutzwirkung der den Übereignungsanspruch sichernden Vormerkung erforderlich ist. Mit den Ausführungen des Senats geht dies konform, da in Tz. 23 nur einem „auf dem vorgemerkten Anspruch beruhenden Eigentumserwerb“ nach § 23 Abs. 1 Satz 1 ZVG i. V. m. §§ 135, 136 BGB die Wirksamkeit gegenüber dem Zwangsversteigerungsverfahren abgesprochen wird.

Im Einzelnen dürfte daher von einem gegenüber der Wohnungseigentümergeinschaft wirksamen Eigentumserwerb ausgegangen werden, wenn die Eigentumsumschreibung bereits erfolgt ist<sup>12</sup> oder der nach § 878 BGB maßgebliche Antrag auf Eigentumsumschreibung gestellt wurde, bevor die Beschlagnahme erfolgt und damit das Veräußerungsverbot entstanden ist. Gleiches muss gelten, wenn zum Zeitpunkt der Eigentumsumschreibung bzw. der Antragstellung die Beschlagnahme schon erfolgt ist, der Erwerber das Eigentum jedoch nach § 892 BGB gutgläubig erwirbt, weil zu dem nach § 892 Abs. 2 BGB maßgeblichen Zeitpunkt der Zwangsversteigerungsvermerk (§ 19 ZVG) noch nicht eingetragen war und der Erwerber auch sonst keine Kenntnis von der Beschlagnahme und dem Versteigerungsantrag hatte (§ 23 Abs. 2 Satz 1 ZVG).<sup>13</sup> Ein etwaiges Zwangsversteigerungsverfahren wäre in diesen Konstellationen nach § 28 Abs. 1 ZVG aufzuheben.

Offen ist im Übrigen die Frage, ob sich der Erwerber auf den Schutz durch ein – nach den Grundsätzen der ständigen Rechtsprechung<sup>14</sup> anzuerkennendes – Anwartschaftsrecht auf Erwerb des Eigentums berufen kann, wenn ein solches – zum Beispiel durch bindend erklärte Auflassung (§ 873 Abs. 2, § 925 Abs. 1 BGB) und Eintragung der Auflassungsvormerkung – bereits vor der Beschlagnahme entstanden ist.<sup>15</sup> Der Senat musste hierzu mangels Vorliegen der Voraussetzungen eines Anwartschaftsrechts nicht Stellung nehmen.

#### 5. Folgerungen für die Praxis

Für die Praxis bringt die Entscheidung des BGH vom 9.5.2014 nicht unerhebliche Schwierigkeiten mit sich. Die Vormerkung erfährt als zentrales Sicherungsinstrument im Rahmen der Abwicklung von Immobilientransaktionen eine deutliche Schwächung.<sup>16</sup>

Unabhängig von einer insoweit nach § 17 Abs. 1 BeurkG unter Umständen bestehenden Verpflichtung dürfte es sich zukünftig empfehlen, den Erwerber über die ggf. bestehende Haftung für rückständiges Hausgeld und/oder die insoweit nur eingeschränkte Sicherungswirkung der Auflassungsvormerkung zu belehren und dies in der Urkunde zu dokumentieren.<sup>17</sup> Hieran anknüpfend bietet sich eine standardmäßige Versicherung des Veräußerers an, wonach keine Hausgeld-

<sup>12</sup> So auch *Stresemann* in DAI-Skript, 12. Jahresarbeitstagung des Notariats, S. 3, 6 f.

<sup>13</sup> Wie hier (zu allen aufgeführten Konstellationen) *Weber*, DNotZ 2014, 738, 744 f.

<sup>14</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 25.2.1966, V ZR 129/63, BGHZ 45, 186, 189 ff. = NJW 1966, 1019, 1020; BGH, Beschluss vom 18.12.1967, V ZB 6/67, BGHZ 49, 197, 200 ff. = NJW 1968, 493, 494; BGH, Urteil vom 30.4.1982, V ZR 104/81, BGHZ 83, 395, 399 = NJW 1982, 1639, 1640; *MünchKommBGB/Kanzleiter*, 6. Aufl. 2013, § 925 Rdnr. 37; *BeckOK-BGB/Grün*, Stand 1.5.2014, § 925 Rdnr. 42 f. m. w. N. auch zu den vereinzelt vertretenen abweichenden Ansichten.

<sup>15</sup> Hierzu ausführlich *Weber*, DNotZ 2014, 738, 746 ff.

<sup>16</sup> So auch *Weber*, DNotZ 2014, 738, 744.

<sup>17</sup> Formulierungsbeispiele bei *Fabis*, ZfIR 2010, 354, 359; *Herrler* in DAI-Skript, 12. Jahresarbeitstagung des Notariats, S. 21, 70.



rückstände bestehen, ggf. kombiniert mit einer Ermächtigung des Erwerbers zur Bezahlung etwaiger Hausgeldrückstände in Anrechnung auf den Kaufpreis.<sup>18</sup>

Darüber hinaus in jeden Kaufvertrag als Fälligkeitsvoraussetzung – entsprechend dem Vorgehen bei bestehenden Belastungen in Abteilung III – eine Negativbescheinigung des Verwalters aufzunehmen, wonach keine Hausgeldrückstände (bzw. nur solche, die aus dem Kaufpreis abgelöst werden können) bestehen,<sup>19</sup> erscheint in Anbetracht der nur begrenzten vollstreckungsrechtlichen Privilegierung von Hausgeldansprüchen und etwaigen praktischen Schwierigkeiten bei der Miteinbeziehung von Verwaltern (Verzögerung der Vertragsabwicklung, Problematik zukünftig fällig werdender Ansprüche, Frage des Bestehens eines entsprechenden Anspruchs gegen den Verwalter) nicht geboten. Anderenfalls müsste dies konsequenterweise stets auch in Bezug auf die öffentlichen Lasten im Sinne von § 10 Abs. 1 Nr. 3 ZVG erfolgen, bei welchen das Haftungsrisiko für den Erwerber aufgrund der „echten“ dinglichen Haftung hierfür sogar noch höher ist. Zweckmäßig ist diese Vorgehensweise aber sicherlich dann, wenn konkrete Anhaltspunkte das Bestehen von Hausgeldrückständen nicht unwahrscheinlich erscheinen lassen (zum Beispiel eingetragene Zwangssicherungshypotheken oder Zwangsversteigerungsvermerke) oder solche sogar positiv bekannt sind.<sup>20</sup> In Extremfällen kann schließlich auch an die Hinterlegung eines Teilbetrags des Kaufpreises auf einem Notaranderkonto situationsangemessen sein.<sup>21</sup>

Nicht unproblematisch erscheint der sich aus den Erörterungen unter Abschnitt 4 faktisch ergebende Zwang für die Wohnungseigentümergeinschaft, das Zwangsversteigerungsverfahren möglichst frühzeitig einzuleiten, um der wirksamen Übereignung vorzuzukommen.<sup>22</sup> Ob dies im Interesse der Beteiligten liegt, dürfte zumindest zweifelhaft sein. Lösen ließe sich diese vom Grundgedanken des Gesetzgebers her zwar nicht wertungswidersprüchliche, aber faktisch dennoch nicht vollends befriedigende „Wettlaufsituation“ wohl nur durch die Anordnung einer echten dinglichen Haftung des Sondereigentums für die Hausgeldforderungen, die dann auch gegenüber einem rechtmäßigen Erwerber geltend gemacht werden könnte.<sup>23</sup> Vertragsgestalterisch kann diese Verdinglichung des Hausgeldes dadurch vorweggenommen werden, dass in der Gemeinschaftsordnung eine Haftung des jeweiligen Eigentümers für Hausgeldrückstände in Bezug auf die jeweilige Sondereigentumseinheit verankert wird.<sup>24</sup> Nach

<sup>18</sup> Hertel in Limmer/Hertel/Frenz/Mayer (Hrsg.), Würzburger Notarhandbuch, 3. Aufl. 2012, Teil 2 Kap. 2 Rdnr. 515; Herrler in DAI-Skript, 12. Jahresarbeitsstagung des Notariats, S. 21, 70.

<sup>19</sup> Dahingehend zum Beispiel Kessler, NJW 2009, 121, 125; ders. in DAI-Skript, Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung im Immobilienrecht 2013/2014, S. 222, 230; Suilmann, NotBZ 2010, 365, 369.

<sup>20</sup> Formulierungsvorschläge bei Kessler, NJW 2009, 121, 125; ders. in DAI-Skript, Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung im Immobilienrecht 2013/2014, S. 222, 230 f.; Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 7. Aufl. 2014, Rdnr. 1212; ders., notar 2013, 331, 335.

<sup>21</sup> Vgl. hierzu Fabis, ZfIR 2010, 354, 358 f. mit Formulierungsbeispiel.

<sup>22</sup> Zu diesem „Wettlauf“ zwischen der Wohnungseigentümergeinschaft und dem Vormerkungsberechtigten auch Krauß, notar 2013, 331, 334; Schneider, ZWE 2014, 61, 68; Weber, DNotZ 2014, 738, 758.

<sup>23</sup> So zum Beispiel Herrler, NJW 2013, 3518; Weber, DNotZ 2014.

<sup>24</sup> Vgl. Herrler, NJW 2013, 3518; ders. in DAI-Skript, 12. Jahresarbeitsstagung des Notariats, S. 21, 76; Kessler in DAI-Skript, Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung im Immobilienrecht 2013/2014, S. 222, 227; zur grds. Zulässigkeit einer solchen Regelung bereits BGH, Beschluss vom 24.2.1994, V ZB 43/93, MittBayNot 1994, 219, 220.

dem Grundsatz *ius vigilantibus scriptum est* ließe sich aus diesem Grund auch eine Schutzwürdigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft und damit zugleich ein rechtspolitischer Bedarf für eine noch weitergehende Privilegierung der Hausgeldansprüche verneinen.

Notarassessor Dr. Benedikt Schreindorfer, München

## 6. BGB § 1767 (Zur sittlichen Rechtfertigung der Annahme eines Volljährigen)

**Die sittliche Rechtfertigung für die Annahme eines Volljährigen ist Gegenstand einer umfassenden Würdigung der Umstände des Einzelfalls. Entscheidender Anlass für die Annahme muss ein familienbezogenes Motiv sein. Verbleiben nach Abwägung aller in Betracht kommenden Umstände begründete Zweifel an der sittlichen Rechtfertigung ist der Adoptionsantrag abzulehnen.**

OLG Nürnberg, Beschluss vom 4.8.2014, 9 UF 468/14

Gegenstand des Verfahrens ist die Erwachsenenadoption der Anzunehmenden L., geboren ... 1952 durch die Annehmende S., geboren ... 1936.

Die Annehmende ist deutsche Staatsangehörige und seit April 2013 verwitwet. Sie ist kinderlos. Die Anzunehmende ist ebenfalls deutsche Staatsangehörige. Sie ist gleichfalls verwitwet und hat einen Sohn A. L., geboren ... 1977.

Die Annehmende und die Anzunehmende beantragten mit notarieller Urkunde der Notarin X. vom 30.10.2013 die Annahme der L. durch S. als Kind auszusprechen. Sie erklärten, zwischen ihnen bestehe ein Eltern-Kind-Verhältnis.

Mit Beschluss vom 19.2.2014 wies das AG – Familiengericht – Fürth den Antrag der Beteiligten zurück. Zur Begründung führte es im Wesentlichen aus, es bestünden Zweifel, ob tatsächlich zwischen der Annehmenden und der Anzunehmenden ein Eltern-Kind-Verhältnis besteht. Die Annehmende sei die Tante der Anzunehmenden. Zudem bestehe zwischen der Annehmenden und der Anzunehmenden kein angemessener Altersabstand. Die Anzunehmende gehöre einer zwar nicht mehr vollständigen, aber intakten Familie an.

Gegen diese ihrem Verfahrensbevollmächtigten am 1.3.2014 zugestellte Entscheidung hat die Annehmende mit Anwaltsschriftsatz vom 26.3.2014, eingegangen beim AG Fürth am 27.3.2014, Beschwerde eingelegt, mit der sie ihr Ziel, die Adoption auszusprechen, weiter verfolgt. Die Anzunehmende hat kein Rechtsmittel eingelegt.

Der Verfahrensbevollmächtigte der Annehmenden beantragt:

1. Der Beschluss des AG Fürth, Familiengericht, vom 19.2.2014 im Verfahren 206 F 1813/2014 wird abgeändert.

2. Die Annahme der Anzunehmenden L. durch die Annehmende S. als volljähriges Kind wird genehmigt.

Die Annehmende ist Alleineigentümerin eines Einfamilienhauses, das einen Verkehrswert von ca. 350.000 € hat. Sie bezieht eine monatliche Altersrente i. H. v. 3.715 € abzüglich 375,55 € Krankenversicherung.

Die Anzunehmende ist Eigentümerin einer Doppelhaushälfte. Das Anwesen hat einen Wert von etwa 350.000 €. Die Annehmende bezieht monatliche Einkünfte in Höhe von ca. 1.700 €.

Die Annehmende hat im Termin vor dem OLG Nürnberg am 17.7.2014 erklärt, dass Grund für die Annahme sei, dass sie für den Fall der Pflegebedürftigkeit abgesichert sein wolle. Finanzielle Gründe, insbesondere erbschaftsteuerrechtliche Gründe stünden nicht im Vordergrund.

(...)

Aus den Gründen:

## II.

Die Beschwerde der Annehmenden ist zulässig, §§ 58 ff., 63 FamFG.

Die Beschwerde ist jedoch nicht begründet. Denn das Familiengericht Fürth hat den Adoptionsantrag im Ergebnis zu Recht abgelehnt.

1. Die formellen Voraussetzungen für die beantragte Volljährigenadoption liegen vor. Die Anträge der Annehmenden und der Anzunehmenden sind in der erforderlichen notariellen Form gemäß § 1767 Abs. 2 BGB i. V. m. § 1752 Abs. 2 Satz 2 BGB gestellt worden.

2. Nach Auffassung des Senats sind hingegen die materiellen Voraussetzungen für die beantragte Annahme als Kind nicht erfüllt.

Gemäß § 1767 Abs. 1 Satz 1 Hs. 1 BGB kann ein Volljähriger dann als Kind angenommen werden, wenn die Annahme sittlich gerechtfertigt ist. § 1767 Abs. 1 Hs. 2 BGB bestimmt, dass die sittliche Rechtfertigung der Annahme eines Volljährigen als Kind insbesondere dann anzunehmen ist, wenn zwischen dem Annehmenden und dem Anzunehmenden ein Eltern-Kind-Verhältnis bereits entstanden ist (vgl. BayObLG, FamRZ 2005, 131). Anderenfalls muss bei objektiver Betrachtung der bestehenden Bindungen und ihrer Entwicklungsmöglichkeiten das Entstehen einer Eltern-Kind-Beziehung für die Zukunft zu erwarten sein (vgl. BayObLG, FamRZ 2005, 546 m. w. N.).

Bei dem Begriff der „sittlichen Rechtfertigung“ handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff. Es kommt für dessen Bejahung hauptsächlich auf die Herstellung eines echten Eltern-Kind-Verhältnisses, d. h. eines sozialen Familienverbandes und einer emotionalen Verbundenheit untereinander an, das seinem Inhalt nach der durch die natürliche Abstammung geschaffenen familiären Bindung ähnelt. Unter erwachsenen Personen ist dies wesentlich durch eine auf Dauer angelegte Bereitschaft zum gegenseitigen Beistand geprägt (BayObLG, FamRZ 1996, 183; BayObLG, NJW-RR 2002, 1658; MünchKommBGB/Maurer, § 1767 Rdnr. 5; OLG Köln, NJW-RR 2004, 155; OLG München, NJW-RR 2009, 591). Ob die Annahme eines Volljährigen als Kind sittlich gerechtfertigt ist, ist das Ergebnis einer umfassenden Würdigung der Umstände des Einzelfalles. Entscheidender Anlass für die Annahme muss jedoch ein familienbezogenes Motiv sein. Spielen mehrere Motive eine Rolle, so muss das familienbezogene Motiv das Hauptmotiv sein; das Vorliegen weiterer Motive schadet nicht, solange es sich nur um Nebemotive handelt (BayObLG, FamRZ 2005, 546; OLG Nürnberg StAZ 2012, 53).

Allerdings müssen die Voraussetzungen für die Adoption eines Volljährigen positiv festgestellt werden. Die in Betracht kommenden Umstände des Einzelfalles sind gegeneinander abzuwägen (OLG Zweibrücken, FamRZ 1989, 537). Wenn aber nach der Abwägung aller in Betracht kommender Umstände begründete Zweifel verbleiben, ob die beantragte Adoption sittlich gerechtfertigt ist, muss der Adoptionsantrag abgelehnt werden (*Palandt/Götz*, 72. Aufl., § 1767 Rdnr. 1 und 5; OLG München, MDR 2009, 333; OLG Köln, FGPrax 2007, 121; OLG Köln, FamRZ 2003, 1870; BayObLG, FamRZ 1996, 183).

Bei der Annahme von Personen vorgerückten Alters sind an die Unterhaltung dauernder persönlicher Beziehungen weniger weitgehende Anforderungen zu stellen als bei der Adoption minderjähriger Kinder. Denn auch im natürlich entstan-

denen Eltern-Kind-Verhältnis verlagert sich die Pflege- und Unterstützungsbedürftigkeit mit fortschreitendem Alter vom Kind auf die Eltern. Grundlage des Eltern-Kind-Verhältnisses ist die Vorstellung einer gelungenen oder jedenfalls zu erwartenden Eltern-Kind-Beziehung, eine emotionale Verbundenheit entsprechend der unterschiedlichen Lebenserfahrung, die Verbundenheit mit dem Leben des anderen durch die Pflege eines kontinuierlichen Kontaktes und die daraus resultierende Bereitschaft zum gegenseitigen Beistand (BayObLG, FamRZ 1997, 638).

Auch wenn die geforderte innere Verbundenheit der Beteiligten zueinander nicht verlangt, dass ein Gleichgewicht der beiderseitigen Bedürfnisse bestehen muss (OLG Hamm, FamRZ 2003, 1867), rechtfertigt es den Adoptionsausspruch aber nicht, wenn sich der Annehmende Pflegeleistungen des Anzunehmenden für die Zukunft sichern will (OLG München, NJW-RR 2009, 1156).

3. Der Senat ist nach dem Gesamtbild der festgestellten Umstände und unter Berücksichtigung der Angaben der Annehmenden und der Anzunehmenden vor dem Familiengericht Fürth und aufgrund der persönlichen Anhörung der Anzunehmenden und der Annehmenden in der Beschwerdeinstanz nicht davon überzeugt, dass die Annahme sittlich gerechtfertigt ist. Die somit bestehenden Zweifel an der sittlichen Rechtfertigung wirken sich zulasten der Antragsteller aus.

a. Zu Recht weist das AG – Familiengericht – Fürth darauf hin, dass zwischen der Annehmenden und der Anzunehmenden kein erheblicher, der natürlicher Generationenfolge entsprechender Altersunterschied besteht (BayObLG, FamRZ 2001, 119). Zwischen der Annehmenden und der Anzunehmenden liegen nur 16 Jahre. Auch wenn dem Verfahrensbevollmächtigten der Beschwerdeführerin zuzustimmen ist, dass bereits 16-jährige Frauen Kinder bekommen können und bekommen, so stellt dies auch im 21. Jahrhundert nicht die Regel, sondern eher die Ausnahme dar. Einer natürlichen Generationenfolge entspricht es gerade nicht. Zudem sind vorliegend noch weitere Aspekte zu berücksichtigen.

b. So besteht zwischen der Annehmenden und der Anzunehmenden bereits ein verwandtschaftliches Verhältnis. Dies steht einer Adoption zwar nicht grundsätzlich entgegen. Das von den Beteiligten glaubhaft geschilderte enge, herzliche Vertrauensverhältnis weist allerdings keine Züge auf, die dieses Verhältnis von dem eines gut gepflegten Verwandtschaftsverhältnisses unterscheidet. Die geschilderten gemeinsamen Aktivitäten, sind in einem engen Verwandtschaftsverhältnis selbstverständlich und begründen nicht per se ein Eltern-Kind-Verhältnis. Das dargestellte Verhältnis geht nach Auffassung des Senats nicht über ein gutes Verwandtschaftsverhältnis zwischen Tante und Nichte hinaus.

c. § 1770 Abs. 2 BGB erstreckt die Wirkungen der Annahme nicht auf die Verwandten des Angenommenen, so dass das Verwandtschaftsverhältnis insbesondere zu den leiblichen Eltern also nicht erlischt. Damit bleibt bei der Anzunehmenden die eigene familiäre Bindung zu ihrer Mutter aufrechterhalten. Das Leitbild der Volljährigenadoption ist also im Gegensatz zu demjenigen der Minderjährigenadoption nicht auf einen Ersatz der leiblichen Elternschaft durch den Annehmenden gerichtet.

Die leibliche Mutter der Anzunehmenden lebt noch, ist fast 85 Jahre alt und wohnt in einer Doppelhaushälfte neben der Anzunehmenden. Nach Angaben der Anzunehmenden im Termin am 17.7.2014 ist ihr Verhältnis zu ihrer leiblichen Mutter zwar nicht so gut, es besteht aber auch kein Streit. Die

Anzunehmende gehört somit einer zwar nicht mehr vollständigen, aber intakten Familie an. Sie ist Mutter des volljährigen Sohnes A. L. und Tochter ihrer leiblichen Mutter A. B. Ein Bedürfnis zur Ergänzung dieser Familie durch eine weitere Mutter ist nicht ersichtlich. Nach den Angaben der Anzunehmenden im Termin vor dem AG Fürth am 15.1.2014 hatte ihre leibliche Mutter bereits einen Schlaganfall und kann angesichts ihres Alters jederzeit auf Beistand seitens der Anzunehmenden angewiesen sein und diesen auch erwarten. Damit wäre aber ein Loyalitätskonflikt für die Annehmende zwischen der Anzunehmenden und der leiblichen Mutter zu befürchten, da sie letztendlich zwei Mal ein Eltern-Kind-Verhältnis leben müsste (OLG Hamm, FamRZ 2003, 1867; OLG Hamm, FamRZ 2013, 557).

d. Im Termin am 17.7.2014 erklärte die Annehmende vor dem Senat, dass sie mit der Adoption vor allem bezwecke, die Anzunehmende stärker an sich zu binden, um sich Pflegeleistungen der Anzunehmenden auch für die Zukunft zu sichern. Durch die Adoption wolle sie verhindern, dass sie ins Heim müsse. Die Anzunehmende solle sie daheim pflegen. Diese Motive rechtfertigen den Ausspruch der Adoption der Anzunehmenden jedoch nicht (OLG München, NJW-RR 2009, 1156 f.), denn dies stellt kein familienbezogenes Motiv dar. Vielmehr spricht diese Einlassung gegen die Annahme, dass der Adoptionsentschluss im Wesentlichen auf familienbezogenen Motiven beruht.

Letztendlich verbleiben in der Gesamtschau nach Auffassung des Senats begründete Zweifel in Bezug auf das Vorliegen einer von gegenseitigem, unbedingtem Beistand getragenen, dauernden Verbundenheit zwischen der Annehmenden und der Anzunehmenden, so dass die Voraussetzung der sittlichen Rechtfertigung fehlt.

Die Beschwerde ist daher zurückzuweisen.

(...)

7. FamFG §§ 38, 239, 243; ZVG § 148 (*Zur Änderung einer notariellen Vereinbarung über Unterhaltszahlungen bei fortschreitendem Alter*)

1. **Der Umstand, dass eine notarielle Unterhaltsvereinbarung nicht die Grundlagen für die Berechnung enthält, spricht lediglich für einen Ausschluss der Anpassung an die abweichenden tatsächlichen Verhältnisse zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses, nicht jedoch der Abänderbarkeit wegen nachträglicher wesentlicher Änderungen der tatsächlichen Verhältnisse, des Gesetzes oder der höchstrichterlichen Rechtsprechung.**
2. **Einkünfte aus selbständiger Tätigkeit, die nach Erreichen der Regelaltersgrenze erzielt werden, sind grundsätzlich überobligationsmäßig und lediglich nach den Grundsätzen von Treu und Glauben unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls in die Unterhaltsberechnung einzubeziehen.**

(Leitsätze der Schriftleitung)

OLG Koblenz, Beschluss vom 18.6.2014, 9 UF 34/14

Aus den Gründen:

## II.

Die Beschwerde des Antragsgegners, mit der er sich dagegen wendet, dass das AG seinen Antrag auf Abänderung der in der

notariellen Urkunde enthaltenen Unterhaltsregelung zurückgewiesen hat, ist begründet. Die notarielle Vereinbarung der Beteiligten ist nach § 239 Abs. 1 FamFG dahingehend abzuändern, dass die Verpflichtung des Antragstellers zur Zahlung von Unterhalt ab März 2013 entfällt.

Die notarielle Vereinbarung der Beteiligten ist nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage abänderbar. Die Antragsgegnerin hat nicht bewiesen, dass die Eheleute eine Abänderbarkeit der notariellen Vereinbarung für den Fall einer späteren Änderung der tatsächlichen Verhältnisse ausgeschlossen haben. Eine solche Einigung wäre keine Geschäftsgrundlage der Vereinbarung, sondern ihr Inhalt (BGH, FamRZ 2010, 192). Die Antragsgegnerin hat eine dahingehende Einigung der Beteiligten nicht bewiesen.

Sie ergibt sich nicht bereits aus dem Umstand, dass die notarielle Vereinbarung keine Grundlagen für die Berechnung des Unterhalts enthält. Dies spricht zwar dafür, dass die Beteiligten jedenfalls eine freie Abänderbarkeit ausschließen wollten. Für den Fall einer späteren Änderung der tatsächlichen Verhältnisse sagt die Gestaltung der notariellen Vereinbarung aber nichts aus. Deshalb bleibt es bei dem Grundsatz, dass eine Abänderungsmöglichkeit jedenfalls bei einer wesentlichen Änderung der tatsächlichen Verhältnisse besteht (BGH, a. a. O.).

Eine wesentliche Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse gegenüber den Verhältnissen zur Zeit des Vertragsabschlusses liegt für die Zeit ab März 2013 vor. Die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung des Grundstücks des Antragstellers in ...[Z] sind angeordnet worden. Dies hat nach § 148 Abs. 2 ZVG zur Folge, dass dem Antragsteller die Verwaltung und Nutzung des Grundstücks entzogen ist. Das Grundstück wurde durch den Zwangsverwalter geräumt, so dass die Zurechnung eines Wohnwerts und die Zurechnung von Mieteinnahmen entfallen.

Auch hinsichtlich der Einnahmen aus der selbstständigen Tätigkeit als Bauingenieur ist eine wesentliche Veränderung eingetreten. Der Antragsteller vollendet in Kürze das 78. Lebensjahr. Soweit er – in streitigem Umfang – noch Einkünfte aus selbstständiger Tätigkeit erzielt, sind diese überobligationsmäßig und nicht mehr in die Unterhaltsberechnung einzubeziehen.

Eine Erwerbstätigkeit nach Erreichen der Regelaltersgrenze ist grundsätzlich überobligationsmäßig. Die Frage, in welchem Umfang das Einkommen, das aus einer solchen Erwerbstätigkeit erzielt wird, für den Unterhalt heranzuziehen ist, ist nach den Grundsätzen von Treu und Glauben unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls zu beurteilen. Dabei können das Alter und die mit der fortgesetzten Erwerbstätigkeit zunehmende körperliche und geistige Belastung, ergänzend auch die ursprüngliche Planung der Eheleute und die beiderseitigen wirtschaftlichen Verhältnisse herangezogen werden. Bei fortgeschrittenem Alter des Unterhaltspflichtigen kann eine Anrechnung auch gänzlich ausscheiden, ohne dass es entscheidend auf die konkrete Höhe der Einkünfte ankommt (BGH, FamRZ 2011, 454; BGH, FamRZ 2013, 191; BGH, FamRZ 2003, 848).

Nach diesen Maßstäben sind die Einkünfte des Antragstellers aus selbstständiger Tätigkeit für die Zeit ab März 2013 nicht mehr für den Unterhalt heranzuziehen. Die Vorstellungen der Beteiligten gingen zwar dahin, dass der Antragsteller noch über das Erreichen der gesetzlichen Altersgrenze hinaus erwerbstätig sein würde. Dies ergibt sich bereits daraus, dass der Antragsteller bereits bei Abschluss der notariellen Vereinbarung fast 69 Jahre alt war. Daraus kann jedoch nicht ge-



geschlossen werden, dass Einkünfte des Antragstellers die dieser acht Jahre später erzielt, weiterhin und auf unabsehbare Zeit für den Unterhalt der Ehefrau einzusetzen wären.

Beide Beteiligten befinden sich in einer schwierigen finanziellen Lage. Die Antragsgegnerin ist wegen ihrer geringen Renteneinkünfte ohne die Unterhaltszahlungen des Antragstellers auf die Inanspruchnahme öffentlicher Hilfen angewiesen. Auch der Antragsteller befindet sich in angespannten wirtschaftlichen Verhältnissen. Er hat Bankverbindlichkeiten von mehr als 188.000,00 €, wobei nicht abzusehen ist, ob diese in vollem Umfang durch einen Versteigerungserlös gedeckt wären. Im Rahmen der Verfahrenskostenhilfe hat der Antragsteller – wie in der mündlichen Verhandlung erörtert – weitere Verbindlichkeiten in erheblichem Umfang (...) belegt. Sonstige Einkünfte hat der Antragsteller nur in Höhe von insgesamt 473,00 € monatlich. Er bezieht eine Altersrente von 302,00 € und einen Ehrensold von 171,00 €. Er könnte deshalb durch geringe Einkünfte aus selbstständiger Tätigkeit, deren Erzielung mit fortschreitendem Alter immer weniger wahrscheinlich wird, lediglich seinen angemessenen Eigenbedarf sicherstellen. Bei dieser Sachlage bedarf es nach Auffassung des Senats keiner weitergehenden Feststellungen zur konkreten Höhe des gegenwärtigen Einkommens des Antragstellers. Die Heranziehung des Einkommens aus selbstständiger Tätigkeit aus den letzten drei Jahren ist in diesem Zusammenhang grundsätzlich ungeeignet, weil aufgrund des weit fortgeschrittenen Alters des Antragstellers keine Prognose gestellt werden kann, dass dieser auch in Zukunft Einkünfte in dieser Höhe haben wird.

Da das Einkommen des Antragstellers weit unterhalb seines Selbstbetrags liegt, ist er zur Unterhaltszahlung an die Antragsgegnerin nicht mehr verpflichtet. Die Vermutung der Antragsgegnerin, der Antragsteller verfüge über weitere, nicht bekannte Einkunftsquellen, ist nicht durch tatsächliche Anhaltspunkte belegt und mit der Anordnung der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung des Grundstücks wegen der erheblichen Verbindlichkeiten nicht ohne Weiteres in Einklang zu bringen.

(...)

8. BGB §§ 2352, 2349 (*Auslegung eines vertraglichen Verzichts auf testamentarische Zuwendung*)

**Nach der ab 1.1.2010 und für alle Erbfälle ab diesem Zeitpunkt geltenden Fassung des § 2352 BGB i. V. m. § 2349 BGB erstreckt sich ein Verzicht auf testamentarische Zuwendung grundsätzlich auch auf die Abkömmlinge des Verzichtenden, wenn nicht von den Vertragsparteien des Verzichtsvertrages etwas anderes bestimmt ist. Hat indes in dem vor dem 1.1.2010 beurkundeten Verzichtsvertrag der Notar ausdrücklich darauf hingewiesen, dass sich der Zuwendungsverzicht nicht auf die Abkömmlinge der Verzichtenden erstreckt, kann daraus der Schluss zu ziehen sein, dass die Vertragsparteien übereinstimmend eine Erstreckung des Zuwendungsverzichts auf Abkömmlinge nicht wollten, auch wenn der Hinweis des Notars nur der damaligen Rechtslage entsprach.**

OLG Schleswig, Beschluss vom 15.4.2014, 3 Wx 93/13

Die Beteiligten zu 1. bis 3. sind die Abkömmlinge des Herrn ..., nachfolgend Erblasser genannt. Die Beteiligte zu 4 ist das einzige Kind des Beteiligten zu 3.

Der Erblasser und seine vorverstorbene Ehefrau waren ursprünglich Eigentümer eines Hausgrundstücks in D. Im Jahr 1982 verkauften sie

dieses Grundstück an den Beteiligten zu 2 und siedelten nach L in ein annehmbar neu erworbenes Haus um. Sie zahlten im März 1993 jeweils einen Betrag von 20.000 DM an die Beteiligten zu 1 und 3. In der deswegen vom Beteiligten zu 3 unterschriebenen Bestätigung heißt es: „Hiermit bestätige ich ... von meinen Eltern ... DM 20.000 Erbanteil erhalten zu haben“.

Der Erblasser und seine vorverstorbene Ehefrau gewährten zu nicht bekannter Zeit dem Beteiligten zu 3 ein Darlehen über 20.000 DM. In einem dazu unter dem 20.10.1994 errichteten Schriftstück mit den Unterschriften der Eltern und des Beteiligten zu 3 heißt es u. a., dass das Darlehen zu einem späteren Zeitpunkt zurückgezahlt werde. Am 1.8.1995 erhielt der Beteiligte zu 3 ein weiteres Darlehen über 5.000 DM. Dies quittierte er auf dem nämlichen Schriftstück.

Der Erblasser und seine vorverstorbene Ehefrau errichteten am 5.3.1995 unter der Überschrift „Unser Testament“ ein eigenhändiges gemeinschaftliches Testament. Darin heißt es: Wir Eheleute ... bestimmen letztwillig folgendes. Wir setzen uns gegenseitig zu alleinigen Erben ein. Nach unserem Tode soll unsere Tochter A ... unser gesamtes Anwesen in L. erben. Unser Sohn B soll nach unserem Tode sein Erbteil in monatlichen Raten von unserer Tochter A erhalten. Sollte A etwas zustoßen (durch Tod) und das Erbe nicht antreten können, soll das Anwesen in L. verkauft werden. B soll dann sein Erbteil erhalten. Das Erbteil der Tochter geht dann zu gleichen Teilen an unsere Enkelkinder X, Y und Z. Sollte B etwas zustoßen (durch Tod) geht sein Erbteil an unsere Enkeltochter E. Sohn B hat am 1.4.83 20.000 DM (Zwanzigtausend) Vorauszahlung als Erbteil erhalten. Tochter A hat am 17.3.83 20.000 (Zwanzigtausend) DM Vorauszahlung als Erbteil erhalten. Unser ältester Sohn C hat durch den Kauf unseres Hauses 1982 in D. seine Abfindung erhalten. Sollte nach unserem Tode Bargeld vorhanden sein, soll dieses für unsere Beerdigung bleiben. Der Rest soll an unsere Kinder C, A + B aufgeteilt werden. Wir wünschen auf dem grünen Rasen anonym in L. beerdigt zu werden.

Am 27.4.2002 verstarb die Ehefrau des Erblassers (Mutter der Beteiligten zu 1 bis 3).

Die Beteiligten zu 2 und 3 erklärten am 4.3.2003 wie folgt einen notariellen Zuwendungsverzicht und Pflichtteilsverzicht:

„1. Am 27.4.2002 ist unsere Mutter ... verstorben. Diese hat ein handschriftliches gemeinschaftliches Testament mit unserem Vater ... hinterlassen, in dem sich unsere Eltern gegenseitig zu Erben eingesetzt haben, und wir beide zusammen mit unserer Schwester A nach dem Tode des letztversterbenden Elternteils als Erben eingesetzt worden sind, zumindest erbrechtliche Anwartschaften für uns begründet worden sind.

2. Im Hinblick hierauf erklärt jeder von uns gegenüber unserem Vater ... seinen Verzicht auf alle ihm zugeteilten Rechte und Anwartschaften aus dem handschriftlichen gemeinschaftlichen Testament vom 5.3.1993, so auch auf die zugeordnete Erbeinsetzung. Der Verzicht erstreckt sich auch auf alle gesetzlichen erbrechtlichen Ansprüche als gesetzliche Erben am Nachlass unseres Vaters und auf alle Pflichtteilsansprüche und Pflichtteilsergänzungsansprüche nach dem Tod unserer Vaters.

3. Ferner verzichtet ein jeder von uns auf alle Pflichtteils- bzw. Pflichtteilsergänzungsansprüche gegenüber unserem Vater aus Anlass des Todes unserer Mutter ...

4. Eine Gegenleistung für die vorstehenden Verzichte ist nicht zu erbringen.

5. Der Notar wies darauf hin, dass zur Wirksamkeit der vorstehenden Verzichte die Annahme in notarieller Form durch unseren Vater ... erforderlich ist.

Ferner wies der Notar darauf hin, dass sich der Zuwendungsverzicht nicht auf die Abkömmlinge der Verzichtenden erstreckt.

6. Den Wert der vorstehenden Erklärungen geben wir an mit € 100.000.

7. ...“

Der Erblasser nahm diesen Verzicht mit notarieller Erklärung vom 13.3.2003 an.

Nachfolgend errichtete der Erblasser am 28.11.2006 ein notarielles Testament. Darin nahm er auf den Zuwendungs- und Pflichtteilsverzicht der Beteiligten zu 2 und 3 Bezug und berief die Beteiligte zu 1 zu seiner Alleinerbin.

Mit nachfolgenden notariellen Testamentsänderungen vom 24.5.2007 und 12.2.2009 änderte er bzw. hob er das zugunsten einer dritten Person ausgesetzte Vermächtnis auf. Im Übrigen sollte das Testament vom 28.11.2006 fortgelten.

Der Erblasser verstarb am 6.10.2011.

Die Beteiligte zu 1 hat mit Antrag vom 6.2.2012 die Erteilung eines Erbscheins beantragt, der sie als Alleinerbin ausweist.

Der Beteiligte zu 3 und sodann auch die Beteiligte zu 4 haben diesem Antrag widersprochen.

Das AG hat mit Beschluss vom 29.4.2013 den Erbscheinantrag der Beteiligten zu 1 zurückgewiesen. Darin ist ausgeführt, das gemeinschaftliche Testament vom 5.3.1993 sei dahin auszulegen, dass nicht die Beteiligte zu 1 als Alleinerbin, sondern dass die drei Kinder als Schlusserben nach dem Letztversterbenden mit einer bestimmten Teilungsanordnung betreffend das Hausgrundstück berufen sein sollten. Dies folge u. a. auch daraus, dass in dem Testament durchgängig von dem „Erbanteil“ des Beteiligten zu 3 die Rede sei. Die Bindungswirkung der wechselbezüglichen Schlusserbeneinsetzung der Beteiligten zu 1 bis 3 sei nicht durch den notariellen Zuwendungs- und Pflichtteilsverzicht der Beteiligten zu 2 und 3 entfallen. Denn für diesen Verzicht hätten sie keine Gegenleistung erhalten. Der Verzicht entfalte nach § 2352 BGB nur Wirkung für sie als Verzichtende und nicht auch für ihre Abkömmlinge, hier für die Beteiligten zu 4 als Tochter des Beteiligten zu 3. Dies gelte insbesondere auch deswegen, weil die Beteiligte zu 4 in dem Testament ausdrücklich als Ersatzerbin für den Beteiligten zu 3 berufen sei.

Gegen diesen Beschluss hat die Beteiligte zu 1 Beschwerde eingelegt. Sie trägt vor, nach dem Testament vom 5.3.1993 sei der Beteiligte zu 3 nicht als Erbe, sondern (nur) als Vermächtnisnehmer berufen.

Der Beteiligte zu 3 und die Beteiligte zu 4 sind der Beschwerde entgegengetreten.

*Aus den Gründen:*

## II.

Die nach den §§ 58 ff. FamFG zulässige Beschwerde der Beteiligten zu 1 ist nicht begründet.

Der Senat hat nach § 68 Abs. 3 Satz 1 FamFG von der Durchführung einer mündlichen Verhandlung abgesehen. Die Beteiligten haben sich äußern können und haben sich auch geäußert. Für eine weitere Aufklärung des Sachverhalts gibt es keine Ansätze.

Der beantragte Erbschein kann nicht erteilt werden (§ 2353 BGB). Denn die Beteiligte zu 1 ist nicht als Alleinerbin berufen.

1. Das AG hat das privatschriftliche gemeinschaftliche Testament des Erblassers und seiner vorverstorbenen Ehefrau vom 5.3.1995 zu Recht dahin ausgelegt, dass die Beteiligte zu 1 danach nicht als Alleinerbin berufen ist.

Das Testament vom 5.3.1993 ist hinsichtlich der Schlusserbeneinsetzung nicht klar, sondern auslegungsbedürftig und zwar hinsichtlich der Frage,

(1.) ob die Beteiligten zu 1 bis 3 (so das AG) oder nur die Beteiligten zu 1 und 3 als Schlusserben nach dem Letztversterbenden – mit einer Teilungsanordnung betreffend das Hausgrundstück (und ggf. einem Vorausvermächtnis für die drei Kinder wegen des restlichen Geldvermögens) sein sollten oder

(2.) ob nur die Beteiligte zu 1 als Schlusserbin – mit einem Vermächtnis für den Beteiligten zu 3, nämlich Zahlung eines Betrages in Höhe seines Erbanteils (und einem Vorausvermächtnis wegen des restlichen Geldvermögens zugunsten der drei Kinder, wie zuvor genannt) – berufen sein sollte.

Entscheidend ist, was die Testierenden zur Zeit der Errichtung des Testaments wollten, d. h. wen sie als Schlusserben nach dem Letztversterbenden einsetzen wollten. Dies ist aufgrund

des gesamten Inhalts des Testaments und unter Berücksichtigung aller Umstände, auch solcher außerhalb der Testamentsurkunde zu ermitteln.

Dass die Testierenden in ihrem Testament wiederholt bestimmt haben, dass der Beteiligte zu 3 nach dem Ableben des Letztversterbenden „seinen Erbteil“ erhalten sollte, spricht dafür, dass dieser – neben der Beteiligten zu 1 – Erbe sein sollte. Auch der Umstand, dass sie – trotz der Zuweisung des Hausgrundstücks allein an die Beteiligten zu 1 – die Beteiligten zu 1 und 3 gleichwertig am Nachlass beteiligen wollten („sein Erbanteil“), spricht dafür. Die am Ende des Testaments stehende Verfügung, dass das restliche Geldvermögen an die drei Kinder aufgeteilt werden soll, spricht dafür, dass die Testierenden die Einsetzung ihrer drei Kinder als Schlusserben wollten. Schließlich ergeben die Formulierungen in dem später von den Beteiligten zu 2 und 3 mit dem Erblasser abgeschlossenen notariellen Vertrag über Zuwendungs- und Pflichtteilsverzicht vom 4.3.2003, dass die Beteiligten zu dieser Zeit davon ausgingen, dass alle drei Abkömmlinge als Schlusserben berufen sein sollen. Die Tatsache, dass die Eltern der Beteiligten damals – neben dem Hausgrundstück – über nicht unerhebliches Geldvermögen verfügten, spricht im Hinblick auf § 2087 Abs. 2 BGB dagegen, dass die Beteiligte zu 1 als Alleinerbin berufen sein sollte.

Aus einer Würdigung der vorgenannten Umstände folgt, dass das Testament vom 5.3.1995 dahin auszulegen ist, dass die Beteiligten zu 1 bis 3 (so das AG) oder jedenfalls die Beteiligten zu 1 und 3 als Schlusserben berufen sind; über die Frage, welche dieser beiden Möglichkeiten zutrifft, ist in diesem Verfahren nicht zu entscheiden (vgl. die Anmerkung zu Ziffer 3 am Ende). Anzumerken ist lediglich, dass die Auslegung des AG vertretbar erscheint. Entscheidend in diesem Verfahren ist allein, dass die Beteiligte zu 1 nach dem Testament nicht als Alleinerbin berufen ist.

2. Das AG hat auch zu Recht angenommen, dass der Schlusserbenberufung der Beteiligten zu 1 bis 3 oder nur der Beteiligten zu 1 und 3 sowie der Ersatzschlusserbeneinsetzung der Beteiligten zu 4 (anstelle des Beteiligten zu 3) Bindungswirkung nach § 2271 Abs. 2 BGB zukommt. Denn eine individuelle Auslegung, jedenfalls aber § 2270 Abs. 2 BGB ergibt, dass die Berufung des Erblassers als Erbe durch seine vorverstorbenen Ehefrau und die Berufung der Beteiligten zu 1 bis 3 oder der Beteiligten zu 1 und 3 als Schlusserben und die Berufung ihrer jeweiligen Abkömmlinge als Ersatzschlusserben in einem wechselbezüglichen Verhältnis zueinander stehen (§ 2270 Abs. 1 BGB).

Die dadurch begründete Bindungswirkung geht dahin, dass eine neue letztwillige Verfügung in entsprechender Anwendung des § 2289 BGB unwirksam ist, soweit damit die Rechte des wechselbezüglich Bedachten beeinträchtigt sein würden (*Palandt/Weidlich*, 73. Aufl., § 2271 Rdnr. 12 ff.).

Vorliegend ist das notarielle Testament vom 28.11.2006 unwirksam, denn es beeinträchtigt die Rechte der Beteiligten zu 4 als diejenige, die möglicherweise anstelle des Beteiligten zu 3 als Ersatzerbin berufen ist.

3. Es kommt hier in Betracht, dass der Erblasser von dieser Bindung an das Testament vom 5.3.1995 durch den mit den Beteiligten zu 2 und 3 vereinbarten notariellen Zuwendungs- und Pflichtteilsverzicht (§ 2352 BGB) frei geworden ist. Hinsichtlich der Beteiligten zu 2 und 3 selber ist dies in entsprechender Anwendung des § 2346 Abs. 1 Satz 2 BGB unproblematisch der Fall (BayObLG, FamRZ 2001, 319; *Palandt/Weidlich*, a. a. O., § 2271 Rdnr. 13; jurisPK-BGB/ *Reymann*, 6. Aufl. 2012, § 2271 Rdnr. 95 ff.). Entscheidend ist, ob diese

Wirkung des mit den Beteiligten zu 2 und 3 vereinbarten notariellen Zuwendungs- und Pflichtteilsverzicht sich auch auf deren Abkömmlinge, hier auch auf die Beteiligte zu 4 als Abkömmling des Beteiligten zu 3 erstreckt.

Die Vorschrift des § 2352 BGB in ihrer seit 1.1.2010 geltenden neuen Fassung (Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts) verweist in ihrem Satz 3 auch auf § 2349 BGB (anders als die alte, vom AG zugrunde gelegte Fassung), d. h. ordnet dessen entsprechende Anwendung an. § 2349 BGB lautet: „Verzichtet ein Abkömmling oder ein Seitenverwandter des Erblassers auf das gesetzliche Erbrecht, so erstreckt sich die Wirkung des Verzichts auf seine Abkömmlinge, sofern nicht ein anderes bestimmt ist.“ Nach der neuen, ab 1.1.2010 geltenden Fassung des § 2352 BGB gilt (abweichend von der alten Rechtslage) mithin, dass sich ein Zuwendungsverzicht grundsätzlich auch auf die Abkömmlinge des Verzichtenden erstreckt, es sei denn, es ist von den Vertragsparteien des Verzichtsvertrages etwas anderes bestimmt. Die neue Fassung gilt für alle Erbfälle ab 1.1.2010 (Art. 229 § 23 Abs. 4 EGBGB), d. h. auch für den vorliegend zu beurteilenden Fall (*Staudinger/Schotten*, Neubearbeitung 2010, § 2352 Rdnr. 45).

Vorliegend gilt mithin aufgrund der Neufassung des Gesetzes gemäß §§ 2352, 2349 BGB, dass der in dem abgeschlossenen notariellen Zuwendungs- und Pflichtteilsverzichtsvertrag vom 4./13.3.2003 vereinbarte Zuwendungsverzicht sich grundsätzlich auf die Abkömmlinge (und Seitenverwandte) der Verzichtenden, hier auf die Beteiligte zu 4 als Tochter des Beteiligten zu 3 erstreckt.

Aber aus dem Umstand, dass der den Vertrag vom 4./13.3.2003 beurkundende Notar unter Ziffer 5 der Vertrages ausdrücklich darauf hingewiesen hat, dass sich der Zuwendungsverzicht nicht auf die Abkömmlinge der Verzichtenden erstreckt, muss – zusammen mit dem Umstand, dass die Vertragsparteien den Vertrag in Kenntnis von diesem Hinweis des Notars abgeschlossen haben – der Schluss gezogen werden, dass die Vertragsparteien übereinstimmend eine Erstreckung des Zuwendungsverzichts auf Abkömmlinge nicht wollten. Der Hinweis des Notars entsprach zwar (nur) der damaligen Rechtslage (anders die Rechtslage ab 1.1.2010). Aber der Umstand, dass der Notar bei der Beurkundung des Vertrages ausdrücklich den genannten Hinweis gegeben hat, hat dazu geführt, dass nach dem übereinstimmenden Willen der Vertragsparteien das Nichterstrecken-Sollen des Verzichts auf die Abkömmlinge der Verzichtenden Inhalt ihrer vertraglichen Regelung geworden ist und beachtlich ist (*Kanzleiter*, ErbR 2013, 206, 2011; *Staudinger/Schotten*, a. a. O., § 2352 Rdnr. 46).

Die nach übereinstimmendem Willen so getroffene Regelung, dass der Verzicht sich nicht auf die Abkömmlinge der Verzichtenden erstrecken sollte, ist in dem formbedürftigen Zuwendungs- und Pflichtteilsverzichtsvertrag vom 4./13.3.2003 mit dem Hinweis des Notars in Ziffer 5 hinreichend deutlich zum Ausdruck gekommen. Deswegen kann festgestellt werden, dass die Parteien des Vertrages etwas anderes vereinbart haben, nämlich abweichend von der ab 1.1.2010 geltenden Regelung der §§ 2352, 2349 BGB vereinbart haben, dass eine Erstreckung der Verzichts auf die Abkömmlinge der Beteiligten zu 2 und 3 nicht stattfinden soll.

Im Ergebnis bedeutet dies, dass der mit Vertrag vom 4./13.3.2003 vereinbarte Zuwendungsverzicht des Beteiligten zu 3 sich nicht auf seine Tochter, die Beteiligte zu 4, erstreckt. Deswegen ist die Beteiligte zu 4 – neben der Beteiligten zu 1 (anstelle des Beteiligten zu 3) – als Erbin berufen. Das Testament vom 28.11.2006 ist aufgrund eingetretener Bindungswirkung nach § 2271 Abs. 2 BGB demgegenüber unwirksam (vgl. Ziffer 2). Denn es beeinträchtigt die Rechte der Beteiligten zu 4 als berufene Ersatzschlusserbin.

Ergänzend wird angemerkt, dass es im Ergebnis wohl dahinstehen kann, ob aufgrund einer Testamentsauslegung die Beteiligten zu 1 bis 3 oder nur die Beteiligten zu 1 und 3 als Erben berufen sein sollten. Denn in beiden Fällen dürften schlussendlich die Beteiligten zu 1 und 4 als Erben zu je 1/2 berufen sein. Im erstgenannten Fall dürfte der Beteiligte zu 2 aufgrund des Zuwendungs- und Pflichtteilsverzichtsvertrages vom 4./13.3.2003 als Erbe ausgeschlossen sein. Da er nach Aktenlage keine Abkömmlinge hat, können solche nicht als Ersatzerben an seine Stelle getreten sein.

Die Beschwerde war mit der Kostenfolge nach § 84 FamFG zurückzuweisen.

### Anmerkung:

I. Der Zuwendungsverzicht hat nur Bedeutung, wenn der Erblasser seine Anordnung zugunsten des Begünstigten nicht durch neue einseitige Verfügung von Todes wegen rückgängig machen kann und deshalb nur in 2 Fallgruppen, einmal in der kaum bedeutsamen, dass der Erblasser nicht mehr testierfähig ist, wichtig in der zweiten, dass der Erblasser seine Verfügung nicht ohne Zustimmung des Begünstigten widerrufen kann, weil die Anordnung entweder erbvertraglich bindend nach § 2278 BGB oder als wechselbezügliche Verfügung in einem gemeinschaftlichen Testament nach dem Tod des anderen Ehegatten nach § 2271 Abs. 2 Satz 1 BGB unwiderruflich geworden ist.

In beiden Fallgruppen führt die Anwendung des § 2349 BGB, die Erstreckung der Wirkungen des Verzichts auf die Abkömmlinge des Verzichtenden seit Ergänzung der Verweisung in § 2352 Satz 3 BGB,<sup>1</sup> zu viel erörterten Zweifeln.<sup>2</sup> Ist der geschäftsunfähig gewordene Erblasser beim Zuwendungsverzicht notwendigerweise durch einen Betreuer vertreten, so scheint es bedenklich, dem Betreuer mit Zustimmung des Betreuungsgerichts die Erstreckung der Wirkungen eines Zuwendungsverzichts auf die Abkömmlinge des Verzichtenden zu erlauben, wenn sie dem Willen des Erblassers widerspricht.<sup>3</sup> Noch bedenklicher wäre es, wenn der Erblasser durch Zuwendungsverzichtsvertrag die Verzichtswirkungen auf seine am Zuwendungsverzicht nicht beteiligten Abkömmlinge erstrecken könnte, obwohl die Verfügungen von Todes wegen zugunsten der Abkömmlinge als wechselbezügliche Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament unwiderruflich oder in einem Erbvertrag dem Erbvertragspartner gegenüber vertragsmäßig angeordnet sind. Alles wurde ausführlich erörtert,<sup>4</sup> den Stimmen, die dem Wortlaut von § 2352 Satz 3 BGB entsprechend der Meinung sind, die Partner des Zuwendungsverzichts könnten davon ausgehen, er wirke ohne Weiteres auch gegen die Abkömmlinge des Verzichtenden,<sup>5</sup> ist jedenfalls nicht zu trauen.

<sup>1</sup> Durch das Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts vom 24.9.2009, BGBl 2009 I, S. 3142.

<sup>2</sup> Erste Hinweise auf die Problematik bei *Schaal/Grigas*, BWNNotZ 2008, 224; kritisch *Klinck*, ZEV 2009, 533; *Kanzleiter* in FS Olaf Werner, 2009, S. 509; Bemühungen um die einschränkende Auslegung v. a. *Weidlich*, FamRZ 2010, 166; *Keim*, MittBayNot 2010, 85, 91 ff.; *Kanzleiter*, ErbR 2013, 206.

<sup>3</sup> *Weidlich*, FamRZ 2010, 166, 168, 170.

<sup>4</sup> Siehe die Nachweise in Fn. 25.

<sup>5</sup> *Muscheler*, ZEV 2008, 105, 109; *Keim*, RNotZ 2009, 574, 575; *Langenfeld*, NJW 2009, 3121, 3122 f.; *Odersky*, notar 2009, 362, 365; *Everts*, ZEV 2010, 392; *Wagner*, NotBZ 2009, 44, 53; MünchKommBGB/*Wegerhoff*, 5. Aufl., § 2352 Rdnr. 13; NK-BGB/*Beck*, BGB, 3. Aufl., § 2352 Rdnr. 13; *Bamberger/Roth/J. Mayer*, BGB, 3. Aufl., § 2352 Rdnr. 22 (ausgenommen den Fall, dass der Abkömmling Nacherbe oder Nachvermächtnisnehmer ist); ähnlich *Baummann/Karsten*, RNotZ 2010, 95, 100.



II. Zu weiteren Fragen führt die ganz einfache Übergangsvorschrift: Nach Art. 229 § 23 Abs. 4 EGBGB ist § 2352 Satz 3 BGB (mit der Ausdehnung der Verweisung auf § 2349 BGB) auf alle Erbfälle anzuwenden, die nach dem 1.1.2010 eintreten.

1. Das heißt ohne Zweifel, dass es gleichgültig ist, ob die Verfügung von Todes wegen mit der Zuwendung, auf die verzichtet wird, vor oder nach dem 1.1.2010 errichtet wurde.

2. Zweifelhaft ist dagegen, ob die Verweisung auf § 2349 BGB in § 2352 Satz 3 BGB für die Wirkungen des Zuwendungsverzichts heranzuziehen ist, wenn der Verzichtsvertrag vor dem 1.1.2010 abgeschlossen wurde. Denn zuvor entsprach es der herrschenden Meinung, dass sich die Wirkungen eines Zuwendungsverzichts *nicht* auf die Abkömmlinge des Verzichtenden erstreckten.

Allgemeine Übereinstimmung besteht allerdings darüber, dass ein zur Zeit des früheren Rechts abgeschlossener Zuwendungsverzichtsvertrag dahin ausgelegt werden *kann*, eine Erstreckung auf die Abkömmlinge des Verzichtenden trete nicht ein. Zweifelhaft ist nur, ob das regelmäßig anzunehmen ist, weil die Beteiligten nur von der damals gegebenen rechtlichen Möglichkeit ausgehen konnten,<sup>6</sup> oder ob der zur Zeit des früheren Rechts abgeschlossene Zuwendungsverzicht auszulegen und, wenn sich keine anderen Anhaltspunkte für die Auslegung ergeben, seit dem 1.1.2010 die neue Auslegungsregel anzuwenden ist.<sup>7</sup>

Im konkreten Fall kam es auf diese Unterscheidung für das OLG Schleswig nicht an, weil das Gericht aus dem im Wortlaut des Zuwendungsverzichts niedergelegten Hinweis des Notars auf den Willen der Vertragspartner schließt, dass die Erstreckung auf die Abkömmlinge ausgeschlossen sein sollte. Dieser Schluss ist aber kühn, weil er bedeutet hätte, dass B., der Beteiligte zu 3, nicht zugunsten seiner Schwester A. verzichtet, sondern seinen Erbteil (was auch immer das war) seiner Tochter E., der Beteiligten zu 4, zukommen lassen wollte. Das liegt nach dem Wortlaut des Verzichts in Ziffer 1 und 2 nicht nahe und der abstrakte Hinweis, dass sich der Zuwendungsverzicht nicht auf die Abkömmlinge des Verzichtenden erstreckt, konnte von Laien auch so verstanden werden, dass das nur für eigene Zuwendungen an die Abkömmlinge gelten sollte. Man erwartet bei dem abstrakten Hinweis einen konkreten Hinweis darauf, dass die Zuwendungen an B. dadurch auf die Tochter E. übergangen. Ein solcher fehlt jedoch. Im Ergebnis meine ich: Im Gegenteil spricht – unter Anwendung der Auslegungsregel für den Verzichtsvertrag – trotz Hinweis durch den Notar wenig dagegen, dass die Vertragspartner die Verzichtswirkungen für die zugunsten des Verzichtenden getroffenen Anordnungen auf dessen Abkömmlinge erstrecken wollten.

III. 1. Das OLG Schleswig schließt damit seine Überlegungen ab: Es geht davon aus, dass der Erblasser E. die Beteiligte zu 4 wechselbezüglich zu seiner Erbinsetzung durch die vorverstorbene Ehefrau und damit nach deren Tod nach § 2271 Abs. 2 Satz 1 BGB unwiderruflich zur Miterbin nach seinem Tod eingesetzt hatte. (Ob überhaupt der Sohn B., ersatzweise dessen Tochter E., durch das gemeinschaftliche Testament vom 5.3.1995 zu Miterben eingesetzt wurden, ist eine Frage der Auslegung des Testaments, der ich nicht nachgehen möchte.)

<sup>6</sup> Keim, RNotZ 2009, 574, 575 f.; MünchKommBGB/Wegerhoff, 6. Aufl., § 2352 Rdnr. 13; Klinck, ZEV 2009, 533, 535 f.; im Grunde nur das als überwiegende Meinung berichtend Bamberger/Roth/J. Mayer, BGB, 3. Aufl., § 2352 Rdnr. 23.

<sup>7</sup> Kanzleiter, ErbR 2013, 206, 211 (anders noch, DNotZ 2010, 520, 527); im Ergebnis ebenso Staudinger/Schotten, Neubearb. 2010, § 2352 Rdnr. 46.

Das OLG Schleswig problematisiert nicht, ob die Ersatzerbinsetzung von E. schon allgemein wechselbezüglich angeordnet war und im Besonderen wechselbezüglich für den Fall weitergelten sollte, dass ihr Vater B. auf sein Erbrecht verzichtet würde.

2. Weidlich<sup>8</sup> fügt die Übergangsregelung des Art. 209 § 23 Abs. 4 EGBGB in das erbrechtliche Gesamtsystem ein, indem er sie als Klarstellung dahingehend ansieht, „dass der Gesetzgeber mit der Neuregelung samt Übergangsvorschrift eine bereits auf der Basis der Altregelung ... vorgenommene unzutreffende Auslegung des Erblasserwillens korrigiert ...“, nämlich dahingehend, dass der Erblasser und sein Erbvertragspartner im „Normalfall“ schon immer der Auffassung waren, die Zuwendung an die nächste Generation bedeute, der in erster Linie Begünstigte solle das Recht haben, über die Zuwendung zu disponieren, so dass „im Zweifel“ der Zuwendungsverzicht auch für seine ersatzweise an seine Stelle tretenden Nachkommen wirkt.<sup>9</sup> (Nur hatte der Gesetzgeber bei Ausdehnung des § 2352 Satz 3 BGB die anderen Fallgestaltungen übersehen, in denen das nicht richtig sein kann: Er hatte den Versuch unternommen, durch eine einfache Regelung etwas generell zu dekretieren, was in die Zuständigkeit des Erblassers und seines Erbvertragspartners – im konkreten Fall des vorverstorbenen Ehegatten – fällt.) Die Überlegung von Weidlich ist richtig (auch wenn ich – wie das OLG Schleswig – meine, dass sich aufgrund der Gesamtverweisung in § 2352 Satz 3 BGB auf § 2349 BGB dessen Einschränkung „sofern nicht ein anderes bestimmt wird“ nur auf eine Vereinbarung im Verzichtsvertrag selbst,<sup>10</sup> nicht auf eine – durch Auslegung zu ermittelnde – Anordnung in der Verfügung von Todes wegen bezieht;<sup>11</sup>) die richtige Überlegung kann aber zur einschränkenden Auslegung oder teleologischen Reduktion des § 2349 BGB bei dessen Anwendung auf den Zuwendungsverzicht nach § 2352 Satz 3 BGB herangezogen werden, weil der Gesetzgeber „nur den Normalfall“ im Auge hatte.<sup>12</sup>

Der konkrete Fall war nun zweifellos ein „Normalfall“, den § 2352 Satz 3 i. V. m. § 2349 BGB als „Regelfall“ anspricht. Es gibt kaum Zweifel, dass es dem Willen des Erblassers und seiner vorverstorbenen Ehefrau entsprach (oder nach der Interessenlage jedenfalls ihrem mutmaßlichen Willen), der in erster Linie Bedachte B. solle das Recht haben, über die Zuwendung zu disponieren, also auch mit Wirkung gegenüber seiner Tochter E. auf die Zuwendung zu verzichten. In diesem Regelfall bestehen keine Bedenken, sowohl das gemeinschaftliche Testament in diesem Sinn auszulegen, als auch § 2349 BGB anzuwenden.<sup>13</sup>

IV. Nach dem gemeinschaftlichen Testament vom 5.3.1995, verbunden mit dem Zuwendungsverzicht, und dem insoweit inhaltsgleichen Testament vom 28.11.2006 war A. also Alleinerbin geworden. Der beantragte Erbschein wäre ihr zu erteilen gewesen.

Notar a. D. Prof. Dr. Rainer Kanzleiter, Ulm

<sup>8</sup> Weidlich, FamRZ 2010, 166, 171.

<sup>9</sup> Zur „Altregelung“ so schon Kanzleiter, ZEV 1997, 261, 263 ff.

<sup>10</sup> Kanzleiter, DNotZ 2009, 805, 809.

<sup>11</sup> So Weidlich, FamRZ 2010, 166, v. a. S. 168; so auch Palandt/Weidlich, 73. Aufl., § 2352 Rdnr. 5; Mattern/Lutz, BWNotZ 2011, 178.

<sup>12</sup> Siehe BT-Drucks. 16/8954, S. 25 f., dazu Kanzleiter, DNotZ 2010, 520, 523.

<sup>13</sup> Nachdem die Verweisung auf § 2349 BGB besteht, ist sie anzuwenden, solange sie nicht dem Willen des Erbvertragspartners oder bei der wechselbezüglichen Verfügung in einem gemeinschaftlichen Testament des vorverstorbenen Ehegatten widerspricht, siehe Kanzleiter, ErbR 2013, 206, 211.

9. BGB § 2314 Abs. 1 Satz 2, § 2314, § 242; ZPO 540 Abs. 2, 313a Abs. 1 Satz 1 ZPO (*Umfang des Auskunftsanspruchs eines Pflichtteilsberechtigten*)

1. **Gehört zum Nachlass ein Unternehmen oder eine Unternehmensbeteiligung, so kann der gemäß § 2314 BGB Auskunftsberechtigte nicht nur Auskunft über den Wert des Unternehmens oder der Unternehmensgegenstände, sondern darüber hinaus auch die Vorlage der notwendigen Geschäftsunterlagen verlangen, die ihn in den Stand setzen, die Ermittlung jener Werte selbst vorzunehmen. Zu den danach vorzulegenden Unterlagen gehören außer den Bilanzen und Gewinn- und Verlustrechnungen des Unternehmens auch die zugrundeliegenden Geschäftsbücher und Belege.**
2. **Diese Unterlagen können regelmäßig für einen fünf Jahre zurückliegenden Zeitraum verlangt werden.**

(Leitsätze der Schriftleitung)

OLG Köln, Urteil vom 10.1.2014, 1 U 56/13

Aus den Gründen:

## II.

Die Berufung der Beklagten, mit der das Urteil des LG nur hinsichtlich der Ziffer 2 (2) des Tenors sowie hinsichtlich der Widerklage angegriffen wird, ist zulässig, hat in der Sache aber keinen Erfolg. Das LG hat der Klage im angegriffenen Punkt zu Recht und mit zutreffender Begründung stattgegeben und die Widerklage zu Recht abgewiesen. Das Berufungsvorbringen führt nicht zu einer abweichenden Beurteilung.

1. Der Klägerin steht gegen die Beklagte der unter Ziffer 2 (2) zugesprochene Anspruch auf Vorlage von Bilanzen, Gewinn- und Verlustrechnungen sowie zugrundeliegender Geschäftsbücher für die fünf zurückliegenden Jahre vor dem Todestag des Erblassers sowie auf Einholung und Vorlage eines Gutachtens eines unparteiischen Sachverständigen bzgl. der Beteiligung des Erblassers zu zehn Prozent an der „W GmbH“ (W GmbH) zu.

a) Der Anspruch der Klägerin auf Wertermittlung in Form eines Sachverständigengutachtens ergibt sich aus § 2314 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB. Da sich dem Pflichtteilsberechtigten vielfach ohne sachverständige Hilfe aus den Geschäftsunterlagen die für die Bewertung besonders bedeutsamen stillen Reserven, die Ertragskraft des Unternehmens und der zu berücksichtigende Firmenwert nicht vollständig erschließen lassen, ist es gerechtfertigt, ihm in solchen Fällen einen Anspruch darauf einzuräumen, dass der Wert durch einen unparteiischen Sachverständigen ermittelt wird (ständige Rechtsprechung des BGH, zum Beispiel Urteil vom 30.10.1974, IV ZR 41/73, NJW 1975, 258; Urteil vom 8.7.1985, II ZR 150/84, FamRZ 1986, 258; Urteil vom 4.10.1989, IVa ZR 198/88, NJW 1990, 180; OLG Köln, Urteil vom 4.3.1998, 13 U 152/97, NJWE-FER 1998, 229; Urteil vom 5.10.2005, 2 U 153/04, NJW 2006, 625).

b) Der Anspruch auf Vorlage der bezeichneten Unterlagen folgt aus § 2314 Abs. 1 Satz 2 BGB, wonach der Pflichtteilsberechtigte verlangen kann, dass der Wert der Nachlassgegenstände ermittelt wird. Auch wenn im Allgemeinen kein Anspruch auf Vorlage von Belegen besteht, so ist allgemein anerkannt (zum Beispiel BGH, Urteil vom 2.11.1960, V ZR 124/59, NJW 1961, 602; OLG Köln, Urteil vom 4.3.1998, 13 U 152/97, NJWE-FER 1998, 229; OLG Düsseldorf, Urteil vom 17.5.1996, 7 U 126/95, NJW-RR 1997, 454, 455;

Palandt/Weidlich, 73. Aufl. 2014, § 2314 Rdnr. 10), dass der gemäß § 2314 BGB Auskunftsberechtigte, sofern zum Nachlass ein Unternehmen oder eine Unternehmensbeteiligung gehört, nicht nur Auskunft über den Wert des Unternehmens und der Unternehmensgegenstände verlangen, sondern er darüber hinaus auch die Vorlage der notwendigen Geschäftsunterlagen fordern kann, die ihn in den Stand setzen, die Ermittlung jener Werte selbst vorzunehmen. Zu den danach vorzulegenden Unterlagen gehören außer den Bilanzen und Gewinn- und Verlustrechnungen des Unternehmens auch die zugrundeliegenden Geschäftsbücher und Belege. Diese Unterlagen können, da für die Ermittlung des Geschäftswerts im Allgemeinen die Ertragslage des Unternehmens in der Vergangenheit von Bedeutung ist, für einen länger zurückliegenden Zeitraum verlangt werden, regelmäßig fünf Jahre.

c) Die beiden Ansprüche auf Einholung eines Sachverständigengutachtens und auf Vorlage von Belegen sind auch nicht dadurch hinfällig geworden, dass die Gesellschaftsanteile bereits kurz nach dem Erbfall für 10.000 € veräußert worden sind. Die von der Beklagten diesbezüglich herangezogene Rechtsprechung zur Bewertung von Nachlassgegenständen anhand des im zeitlichen Zusammenhang mit dem Erbfall tatsächlich erzielten Verkaufserlöses (BGH, Beschluss vom 25.11.2010, IV ZR 124/09, NJW 2011, 1004) ist vorliegend nicht anzuwenden.

aa) Zwar kann der erzielte Kaufpreis grundsätzlich einen Anhaltspunkt für die Werthaltigkeit eines Unternehmensanteils darstellen. Dies gilt aber nur bei einem Verkauf auf dem freien Markt an einen unbeteiligten Dritten. Daran fehlt es im vorliegenden Fall. Hier erfolgte aufgrund der gesellschaftsvertraglichen Regelungen ein Verkauf an die übrigen Gesellschafter der GmbH, und zwar zu einem Preis, dessen Ermittlung ebenfalls im Gesellschaftsvertrag geregelt ist. Darüber hinaus führt die Beklagte in ihrem Schriftsatz vom 12.3.2012 (GA 15) selbst aus, dass die 10.000 € aus Kulanz gezahlt worden seien und es sich eher um eine Schenkung gehandelt habe, denn die 10.000 € würden nicht mit dem wahren Wert des Gesellschaftsanteils übereinstimmen, da der Wert des Unternehmens vielmehr bei 0 € läge (GA 17). Der BGH hat im oben genannten Urteil aber selbst die Einschränkung gemacht, dass die Orientierung am Kaufpreis nur gelten könne, wenn keine außergewöhnlichen Verhältnisse gegeben seien. Genau solche sind hier aber gegeben.

bb) Es kann daher offenbleiben, ob die Rechtsprechung des BGH – wofür aber einiges spricht – aus einem weiteren Grund nicht anwendbar ist. Nach dem Urteil des OLG Frankfurt vom 2.5.2011 (1 U 249/10, ZEV 2011, 379) soll die Rechtsprechung des BGH zur Bewertung von Nachlassgegenständen anhand des im zeitlichen Zusammenhang mit dem Erbfall tatsächlich erzielten Verkaufserlöses nicht einschlägig sein, weil sie sich auf die dritte Stufe einer pflichtteilsrechtlichen Stufenklage, d. h. auf die Frage, auf welcher Bewertungsgrundlage der Pflichtteilsanspruch zu errechnen ist, beziehe, während ein nach § 2314 BGB einzuholendes Sachverständigengutachten letztlich nicht der Beantwortung dieser Frage diene, sondern vielmehr der vorläufigen Unterrichtung des Pflichtteilsberechtigten, dem die Beurteilung des Risikos eines Rechtsstreits über den Pflichtteil erleichtert werden soll, etwa eine Einschätzung zu der Frage, ob der tatsächlich erzielte Kaufpreis dem Verkaufswert entspricht oder ob besondere Umstände vorliegen, die ausnahmsweise eine abweichende Bewertung rechtfertigen könnten.

cc) Auch die bereits erfolgte Begutachtung nach dem sog. Stuttgarter Verfahren und die Bewertung des Steuerberaters der Beklagten, steht einer erneuten Begutachtung des Ver-

kehrswertes nicht entgegen. Die Klägerin muss sich nicht an dieser Bewertungsmethode festhalten lassen. Vielmehr hat der beauftragte Sachverständige im Rahmen des § 2314 Abs. 1 Satz 2 BGB selbständig ein geeignetes Verfahren zu wählen. Die Festlegung auf ein bestimmtes Verfahren zur Wertermittlung widerspräche dem Informationszweck der Vorschrift (OLG Köln, Urteil vom 4.3.1998, 13 U 152/97, NJWE-FER 1998, 229; OLG München, Urteil vom 15.1.1988, 14 U 572/87, NJW-RR 1988, 390 f.). Dies gilt insbesondere für die Anwendung des sog. Stuttgarter Verfahrens, da dieses Verfahren gemäß § 12 Abs. 2 ErbStG überwiegend zur steuerrechtlichen Beurteilung angewandt wurde und sich für die Bewertung von Gesellschaftsanteilen andere Verfahren als geeigneter herausgestellt haben. Dabei wird regelmäßig mit der heute herrschenden Auffassung von dem Ertragswert auszugehen sein (BGH, Urteil vom 24.9.1984, II ZR 256/83, NJW 1985, 192).

d) Die Beklagte – jedenfalls gegen den Auskunfts- und Wertermittlungsanspruch – kann auch nicht einwenden, dass aufgrund der Festschreibungen im Gesellschaftsvertrag zwingend vom sog. Stuttgarter Verfahren zur Wertermittlung des Anteils auszugehen sei. Dies ergibt sich schon aufgrund einer Kontrollüberlegung: Das Pflichtteilsrecht garantiert dem Berechtigten eine gewisse Mindestbeteiligung am Nachlass, gerade auch gegen den Willen des Erblassers, etwa wenn dieser den Berechtigten von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen hat. Der vom Pflichtteilsrecht erfasste Anteil am Nachlasswert ist folglich der Dispositionsbefugnis von Todes wegen entzogen (*Palandt/Weidlich*, 73. Aufl. 2014, § 2303 Rdnr. 1). Damit wäre es aber nicht in Einklang zu bringen, wenn der Erblasser mittelbar, etwa durch eine Regelung, wie ein Unternehmensanteil zu bewerten sei, auf den Wert des Nachlasses und damit auch die Höhe des Pflichtteils Einfluss nehmen könnte.

Ein Auskunfts- und Wertermittlungsanspruch käme lediglich dann nicht in Betracht, wenn bereits feststünde, dass in der Sache kein Zahlungsanspruch bestehen kann. Dies ist vorliegend aber nicht der Fall.

Die Klägerin hat daher den Auskunfts- und Wertermittlungsanspruch, um den objektiven Wert der Unternehmensbeteiligung zum Zeitpunkt des Todes des Erblassers zu erfahren.

2. Die Widerklage der Beklagten hat das LG Köln ebenfalls zu Recht abgewiesen.

a) Es kann offenbleiben, ob es überhaupt eine Anspruchsgrundlage für ein derartiges Auskunftsbegehren eines Erben gegen einen Pflichtteilsberechtigten gibt, was dem Senat zweifelhaft erscheint. Eine gesetzliche Regelung existiert nicht und eine analoge Anwendung der gesetzlich geregelten erbrechtlichen Auskunftsansprüche wird abgelehnt (so jüngst ausdrücklich OLG München, Urteil vom 21.3.2013, 14 U 3585/12, NJW 2013, 2690).

In Betracht käme demnach allenfalls ein Auskunftsanspruch aus § 242 BGB. Dieser setzt nach allgemeiner Ansicht voraus, dass es eine zwischen den Parteien bestehende Rechtsbeziehung mit sich bringt, dass der Berechtigte in entschuldbarer Weise über das Bestehen und den Umstand seines Rechts im Unklaren ist und der Verpflichtete die erforderliche Auskunft unschwer geben kann (*Palandt/Grüneberg*, 73. Aufl. 2014, § 260 Rdnr. 4 m. w. N.). Diese Voraussetzungen dürften nicht gegeben sein. Es dürfte jedenfalls an der letzten Voraussetzung fehlen, denn die Klägerin ist eine weitergehende Auskunft eben gerade nicht unschwer möglich. Die streitgegenständliche Zuwendung erfolgte anlässlich ihres 18. Geburtstags, mithin knapp 22 Jahre vor dem Auskunftsbegehren

der Beklagten. Die Klägerin hat alle ihr zumutbaren Anstrengungen unternommen, um Nachweise bzgl. dieser Zuwendung zu erhalten (schriftliche Nachfrage bei der damaligen Bank).

b) Selbst wenn man der Beklagten zur Berechnung des geschuldeten Pflichtteils einen Auskunftsanspruch gegen die Klägerin in analoger Anwendung der erbrechtlichen Auskunftsansprüche oder aus § 242 BGB zubilligen wollte, so wäre die Klägerin diesem Begehren ausreichend nachgekommen, so dass jedenfalls Erfüllung eingetreten ist. Die Klägerin hat mit Schriftsatz vom 18.5.2013 Angaben zu unentgeltlichen Zuwendungen des Erblassers an die Klägerin gemacht. Daraus ergibt sich eindeutig, dass sie keine Zuwendungen im Sinne des § 2315 Abs. 1 BGB erhalten haben will. Letztlich kommt es daher auf die genaue Höhe der erhaltenen Beträge nicht an.

c) Es kommt daher nicht mehr auf die Frage an, ob der Klägerin eine weitergehende Auskunft noch möglich und zumutbar wäre.

(...)

### Anmerkung:

Die Entscheidung des OLG Köln beschäftigt sich mit Fragen des Auskunfts- und Bewertungsanspruches in Bezug auf Unternehmensbeteiligungen. Für die notarielle Praxis ist dabei die Zuordnung der Vorlagepflicht von Belegen von Interesse, da sie für die Erstellung eines Nachlassverzeichnisses im Rahmen des § 2314 BGB von Bedeutung sein kann.

### 1. Auskunfts- und Wertermittlungsanspruch

§ 2314 unterscheidet zwischen dem Auskunftsanspruch nach § 2314 Abs. 1 Satz 1 BGB und dem selbständig daneben stehenden Wertermittlungsanspruch nach § 2314 Abs. 1 Satz 2 BGB. Auch letzterer bereitet die Durchsetzung des Pflichtteilsanspruchs nur vor und richtet sich gegen den Erben, der auf Kosten des Nachlasses ein Gutachten erholen muss. Der Wert des Nachlasses (samt des fiktiven Nachlasses) kann allerdings erst ermittelt werden, wenn dessen Bestand ggf. nach erteilter Auskunft feststeht. Ihrem Inhalt nach sind beide Ansprüche deutlich auseinanderzuhalten. Während der Auskunftsanspruch lediglich auf die Weitergabe von Wissen gerichtet ist, bezweckt der Wertermittlungsanspruch eine gänzlich unabhängige vorbereitende Mitwirkung anderer Art. Die Wertermittlung gemäß § 2314 Abs. 1 Satz 2 BGB ist nicht etwa auf eine Äußerung des Verpflichteten über den Wert gerichtet, sondern von dem Wissen und den Vorstellungen, die der Verpflichtete von diesem Wert hat, gänzlich unabhängig.<sup>1</sup>

Der Unterschied zwischen beiden Ansprüchen wird in der Praxis vielfach nicht klar erkannt und beachtet.<sup>2</sup> Dies zeigt auch ein neueres Urteil des OLG Koblenz, wonach im Rahmen der Erstellung eines Nachlassverzeichnisses als notwendige eigene Ermittlungstätigkeit des Notars die Veranlassung der Einholung von Bewertungsgutachten durch den Auskunftsverpflichteten und die Überprüfung eingeholter Wertgutachten auf Plausibilität in Betracht kommen soll.<sup>3</sup> Das Gericht vermischt hier in unzulässiger Weise den Auskunftsanspruch mit dem Wertermittlungsanspruch und übersieht den auch

<sup>1</sup> BGHZ 89, 24, 28; siehe zum Wertermittlungsanspruch im Übrigen *Palandt/Weidlich*, 73. Aufl., § 2314 Rdnr. 13 ff.

<sup>2</sup> Siehe auch BGHZ 89, 24, 28.

<sup>3</sup> OLG Koblenz, Beschluss vom 18.3.2014, 2 W 495/13, NJW 2014, 1972, 1973.



vom BGH betonten Unterschied beider Ansprüche.<sup>4</sup> Wertangaben muss das Nachlassverzeichnis daher nicht enthalten.<sup>5</sup>

## 2. Vorlage von Belegen

Ob der Erbe im Rahmen des § 2314 Abs. 1 BGB über die Erstellung eines Nachlassverzeichnisses hinaus auch noch für einzelne Angaben Belege (Quittungen, Konto- oder Depotauszüge etc.) vorlegen oder zumindest einsehen lassen muss, ist strittig. Da es sich um die Auskunft über einen Inbegriff von Gegenständen nach § 260 Abs. 1 BGB handelt, ergibt sich aus dem Gesetz dazu keine allgemeine Pflicht, wie beim Rechnungslegungsanspruch nach § 259 Abs. 1 BGB.<sup>6</sup> Nur zur Kontrolle seiner Angaben können sie daher nicht verlangt werden.<sup>7</sup> Ist der Wert einzelner Nachlassgegenstände allerdings ungewiss, hat die Rechtsprechung einen Anspruch des Pflichtteilsberechtigten auf Vorlage solcher Unterlagen anerkannt, die notwendig sind, damit er zur Berechnung seines Pflichtteils den Wert dieser Nachlassgegenstände selbst abschätzen kann,<sup>8</sup> ggf. auf eigene Kosten durch Gutachten.<sup>9</sup> Gehört zum Beispiel ein Unternehmen (oder eine Beteiligung daran) zum Nachlass und ist die Beurteilung seines Werts dem Pflichtteilsberechtigten ohne Kenntnis der Geschäftsunterlagen nicht möglich, kann er die Vorlage der dazu erforderlichen Unterlagen verlangen, wie zum Beispiel der Bilanzen oder einer Gewinn- und Verlustrechnung samt den zugrundeliegenden Geschäftsbüchern und Belegen.<sup>10</sup> Diese Rechtsprechung wird vom OLG Köln bestätigt.

Ob die Belegvorlage Teil des Auskunftsanspruchs nach §§ 2314, 260 Abs. 1 BGB ist und daher im Nachlassverzeichnis zu erfolgen hat oder Teil des Wertermittlungsanspruchs bzw. einen eigenständigen Anspruch darstellt, wird in der obergerichtlichen Rechtsprechung ebenfalls häufig nicht genau unterschieden.<sup>11</sup> Das OLG Köln nimmt hier erfreulicherweise eine Unterscheidung vor und ordnet die bei Unternehmen in Betracht kommende Pflicht zur Belegvorlage dem Wertermittlungsanspruch nach § 2314 Abs. 1 Satz 2 BGB zu. Soweit Belege nur zur Wertermittlung erforderlich sind, ist dem zuzustimmen, so dass eine Belegvorlage nicht im allein der Erfüllung des Auskunftsanspruchs nach § 2314 Abs. 1 Satz 1 BGB dienenden Nachlassverzeichnis zu erfolgen hat.<sup>12</sup> Teil des Nachlassverzeichnisses kann sie nur sein, soweit die Belege zur näheren Identifizierung des Nachlassgegenstandes erforderlich sind. Fragwürdig erscheint es daher, wenn von Gerichten im Rahmen der Erstellung eines auch notariellen Nachlassverzeichnisses die Beifügung von Eigentumsverzeichnissen oder Kaufverträgen bezüglich Im-

mobilien oder An- und Verkaufsverträge bezüglich eines Pkw mit Aufnahme eines Wertes verlangt wird.<sup>13</sup> Etwas anderes mag dann gelten, wenn solche Unterlagen für die Frage, ob ggf. eine Pflichtteilergänzungsansprüche auslösende gemischte Schenkung in Betracht kommt, relevant sind. In eine ähnliche Richtung geht eine neuere Entscheidung des OLG München, das als Teil des Auskunftsanspruchs das Recht auf Einsicht in die Statuten und Beistatuten einer Stiftung bejaht hat, um feststellen zu können, ob eine Begünstigtenstellung möglicherweise in den Nachlass gefallen ist.<sup>14</sup>

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

<sup>13</sup> So OLG Saarbrücken, Beschluss vom 28.1.2011, 5 W 312/10, ZEV 2011, 373, 375; ablehnend aber OLG Köln, Beschluss vom 21.5.2012, 2 W 32/12, RNotZ 2013, 127, 128.

<sup>14</sup> OLG München, ZEV 2014, 365; an anderer Stelle (S. 367) weist es allerdings im Zusammenhang mit der Auskunftserteilung darauf hin, dass ausnahmsweise Belege und Unterlagen dann vorzulegen sind, wenn es besonders auf diese ankommt, damit der Pflichtteilsberechtigte den Wert seines Anspruchs selbst abschätzen kann. Zur gebotenen einzelfallbezogenen Beurteilung siehe auch BGH, NJW 1961, 602, 604; *van der Auwera*, ZEV 2008, 359, 360.

10. BGB §§ 259, 1640, 1698 (*Gesetzlicher Auskunftsanspruch eines minderjährigen Erben*)

- 1. Gemäß § 1640 BGB haben die Eltern das ihrer Verwaltung unterliegende Nachlassvermögen, welches ihr Kind von Todes wegen erwirbt, zu verzeichnen und die Richtigkeit und Vollständigkeit ihrer Angaben zu versichern. Darin sind alle Gegenstände aufzuführen, die zum erworbenen Vermögen gehören.**
- 2. Die Vermögensgegenstände sind so detailliert zu kennzeichnen, dass ihre Identität einwandfrei feststeht. Bei Forderungen müssen zum Beispiel außer dem Grund, dem Betrag und dem Rechtsgrund auch die Urkunden, durch welche diese Vermögensrechte nachgewiesen werden, angegeben werden, zum Beispiel Sparbücher, Versicherungspolice jeweils mit Konto- bzw. Vertragsnummer. Bei Haushaltsgegenständen genügt demgegenüber die Angabe des Gesamtwerts.**
- 3. Der Vorlage einer Einzelaufstellung bedarf es in der Regel nicht, § 1640 Abs. 1 Satz 3 BGB. Wertvolle Einzelgegenstände, zum Beispiel Kunstwerke, müssen jedoch einzeln verzeichnet werden.**
- 4. Schließlich müssen die Eltern auch den Wert der einzelnen Gegenstände angeben. Nicht zuzumuten ist es ihnen, insoweit Sachverständige zu befragen; daher genügt es, wenn der Wert angegeben wird, der dem betreffenden Gegenstand ihrer eigenen Schätzung nach zukommt.**

### (Leitsätze der Schriftleitung)

OLG Koblenz, Beschluss vom 26.11.2013, 11 UF 451/13

(...)

Die Antragstellerin nimmt den Antragsgegner im Wege eines Stufenantrages auf Erteilung von Auskunft, Rechenschaftslegung und Herausgabe von Vermögensgegenständen sowie Zahlung eines Geldbetrages auf der Grundlage der erteilten Auskünfte in Anspruch.

Der Antragsgegner ist der Vater der am ... 1972 geborenen Antragstellerin. Die Ehe des Antragsgegners mit der Mutter der Antragstellerin (nachfolgend: Erblasserin) wurde durch Urteil des Familiengerichts Bonn vom 5.4.1985 rechtskräftig geschieden. Seinerzeit erhielt der Antragsgegner das Sorgerecht für die Antragstellerin.

<sup>4</sup> *Ruby/Schindler*, ZEV 2014, 354.

<sup>5</sup> Siehe auch *Braun*, MittBayNot 2008, 351, 352.

<sup>6</sup> *Bamberger/Roth/J. Mayer*, BGB, 3. Aufl., § 2314 Rdnr. 13.

<sup>7</sup> OLG Bremen, Entscheidung vom 29.6.2000, 4 WF 59/00, MDR 2000, 1324.

<sup>8</sup> BGH, Urteil vom 2.11.1960, V ZR 124/59, NJW 1961, 602, 604; BGH, Urteil vom 30.10.1974, IV ZR 41/73, NJW 1975, 258 f.

<sup>9</sup> OLG Köln, Urteil vom 4.3.1998, 13 U 152/97, ZEV 1999, 111.

<sup>10</sup> BGH, Urteil vom 2.11.1960, V ZR 124/59, NJW 1961, 602, 604; BGH, Urteil vom 30.10.1974, IV ZR 41/73, NJW 75, 258 f.; OLG Düsseldorf, Urteil vom 17.5.1996, 7 U 126/95, NJW-RR 1997, 454 ff.

<sup>11</sup> Ungenau auch BGH, Urteil vom 2.11.1960, V ZR 124/59, NJW 1961, 602, 604, wo die Belegvorlage als Teil des Auskunftsanspruchs diskutiert wird, andererseits aber bezüglich eines Unternehmens auf die Beurteilung seines Wertes abgestellt wird.

<sup>12</sup> So auch *Bamberger/Roth/J. Mayer*, § 2314 Rdnr. 21, Fn. 166; *Fleischer*, ErbR 2013, 242; siehe auch OLG Stuttgart, FamRZ 1991, 84 f.; OLG Köln, ZEV 2006, 77, 78; *Osterloh-Konrad*, ErbR 2012, 326, 327.

Durch notariellen Vertrag vom 24.9.1984 hatten die seinerzeit noch miteinander verheirateten Eheleute ihren gemeinsamen Kindern, nämlich der Antragstellerin sowie Herrn ...[A], verschiedene Grundstücksparzellen schenkweise übertragen. Ein Teil dieser Parzellen wurde zusammen mit einer dem Antragsgegner gehörenden Parzelle durch notariellen Vertrag des Notars ...[B] vom 6.7.1992 zum Kaufpreis von insgesamt 5.968,50 DM veräußert; der Kaufpreis wurde seinerzeit auf ein Konto des Antragsgegners überwiesen.

Die Erblasserin beging im September 1985 Selbstmord. Sie hatte vor ihrem Tode ein Testament errichtet, wonach sie ihre drei Kinder, nämlich die Antragstellerin und Herr ...[A], sowie das aus einer anderen Beziehung stammende Kind ...[C] jeweils zu 1/3 als Erben eingesetzt hatte. ...[C] übertrug am 25.5.1987 seinen Erbanteil nach der Erblasserin auf seine Geschwister.

Der Antragsgegner hatte den Nachlass nach dem Tode der Erblasserin in Besitz genommen und in der Folgezeit verschiedene Nachlassgegenstände noch vor Volljährigkeit der Antragstellerin veräußert. Gegenüber den im vorliegenden Verfahren geltend gemachten Auskunfts-, Rechnungslegungs-, Herausgabe- sowie Zahlungsansprüchen hinsichtlich des von ihm verwalteten Vermögens hat er die Einrede der Verjährung erhoben, hilfsweise macht er deren Verwirkung geltend.

Mit dem angefochtenen Teilbeschluss, auf den zur weiteren Darstellung des Sach- und Streitstandes Bezug genommen wird, hat das AG den Antragsgegner im beantragten Umfang zur Auskunfts- und Rechnungslegung verpflichtet und zur Begründung ausgeführt, die geltend gemachten Ansprüche ergäben sich aus § 1640 BGB. Sie seien nicht verjährt, auch sei der Verwirkungseinwand nicht begründet. Die Antragstellerin habe auf die streitgegenständlichen Ansprüche auch zu keinem Zeitpunkt verzichtet.

Mit seiner Beschwerde wendet sich der Antragsgegner gegen diese Entscheidung und macht geltend, die notarielle Urkunde vom 4.8.1988, durch die ein zum Nachlass der Erblasserin gehörendes Grundstück veräußert worden sei, enthalte eine vergleichsweise Regelung dahin, dass von den Beteiligten wechselseitig auf die Geltendmachung weiterer Ansprüche verzichtet worden sei. Für die Geltendmachung von Auskunfts- und Rechnungslegungsansprüchen fehle das Rechtsschutzinteresse, weil der Antragstellerin aus dem Nachlassverzeichnis bekannt sei, dass der Nachlass überschuldet war und daher keine Zahlungsansprüche bestehen könnten. Jedenfalls seien die geltend gemachten Ansprüche verwirkt, da die Antragstellerin fast 23 Jahre bis zur Geltendmachung des Anspruchs gewartet habe. Zwischenzeitlich habe er im Übrigen weitere Einkünfte erteilt, so dass die Ansprüche jedenfalls jetzt erfüllt seien.

Ein Rechnungslegungsanspruch bestehe auch nicht hinsichtlich des Kaufpreises, der aus der Veräußerung der Grundstücksparzellen in der Gemarkung ...[X] am 6.7.1992 erzielt worden sei; seinerzeit sei die Antragstellerin nämlich bereits volljährig gewesen.

Die Antragstellerin vertritt die Auffassung, dass die Beschwerde unzulässig ist, und trägt im Übrigen vor, sie habe auf die streitgegenständlichen Ansprüche nicht durch die Vereinbarungen gemäß notarieller Urkunde vom 4.8.1988 verzichtet. Die Ansprüche seien auch nicht verwirkt. Sie habe die Ansprüche nämlich mehr als sieben Jahre vor Ablauf der ursprünglichen Verjährungsfrist geltend gemacht. Unmittelbar nach dem Tode der Erblasserin sei sie durch die Selbsttötung ihrer Mutter traumatisiert gewesen; ihre in den Folgejahren gestellten Fragen zum Tod und dem Vermögen der Mutter habe der Antragsgegner stets abgeblockt, ab dem Jahre 2005 sei dann der Kontakt zum Antragsgegner abgebrochen. Erst über das Nachlassgericht und infolge anwaltlicher Beratung habe sie von dem Testament ihrer Mutter und den Ansprüchen gegenüber dem Antragsgegner erfahren. Es bestehe auch ein Rechtsschutzinteresse an der Geltendmachung der Ansprüche, denn das Nachlassverzeichnis sei nicht dazu geeignet, eine Überschuldung des Nachlasses zu belegen. Die geltend gemachten Ansprüche seien auch nicht durch die im laufenden Verfahren erteilten Einkünfte erfüllt worden.

Aus den Gründen:

## II.

Die Beschwerde des Antragsgegners ist gemäß §§ 58 ff. FamFG zulässig.

(...)

Das mithin zulässige Rechtsmittel des Antragsgegners ist allerdings nur in geringem Umfang begründet.

Die Beschwerde des Antragsgegners ist begründet, soweit sie sich gegen die Verpflichtung zur Rechnungslegung über die Verwendung des Kaufpreises wendet, der aus der Veräußerung des ihr und ihrem Bruder ...[A] gehörenden Grundbesitzes gemäß notarieller Urkunde des Notars ...[B] vom 6.7.1992 erzielt wurde. Zu der Entscheidung über diesen Anspruch ist das Familiengericht nicht zuständig. Es handelt sich bei dem insoweit geltend gemachten Anspruch nicht allein deshalb, weil der Antragsgegner der Vater der Antragstellerin ist, um einen solchen aus einem Eltern-Kind-Verhältnis im Sinne von § 266 Abs. 1 Nr. 4 FamFG. Als Anspruchsgrundlage für einen Anspruch auf Rechnungslegung und ggf. Zahlung des seinerzeit erzielten Kaufpreises kommen hier – da die Antragstellerin zum Zeitpunkt der Veräußerung des Grundbesitzes bereits volljährig war – lediglich solche aus dem Schuldrecht in Betracht, etwa ein Anspruch aufgrund eines Auftragsverhältnisses (§§ 666, 667 BGB). Ein solcher Anspruch nebst dem zugrundeliegenden Rechtsverhältnis könnte gleichermaßen zwischen nicht verwandtschaftlich verbundenen Personen bestehen. Demgegenüber genügt ein bloßer Zusammenhang mit der Eltern-Kind-Beziehung der Beteiligten für § 266 Abs. 1 Nr. 4 FamFG nicht; dies ergibt sich schon aus der Gegenüberstellung mit § 266 Abs. 1 Nr. 1 und 3 FamFG, wo jeweils ausdrücklich ein Zusammenhang als ausreichend bezeichnet ist, während in § 266 Abs. 1 Nr. 4 FamFG die Ansprüche „aus“ dem Eltern-Kind-Verhältnis „herrühren“ müssen (ebenso: *Zöller/Lorenz*, ZPO, 30. Aufl., § 266 FamFG Rdnr. 19; *Keidel/Giers*, FamFG, 17. Aufl., § 266 Rdnr. 17 f.; OLG Hamm, Beschluss vom 20.9.2012, 14 WF 177/12, FamRZ 2013, 574).

Zutreffend geht das Familiengericht davon aus, dass der Antragstellerin ein Anspruch auf Auskunftserteilung über den Bestand des Nachlasses nach ihrer im September 1985 verstorbenen Mutter zusteht.

Gemäß § 1640 BGB haben die Eltern das ihrer Verwaltung unterliegende Vermögen, welches das Kind von Todes wegen erwirbt, zu verzeichnen und die Richtigkeit und Vollständigkeit ihrer Angaben zu versichern. Der Antragsgegner hat diese ihm obliegende Verpflichtung nicht durch die Einreichung des Nachlassverzeichnisses vom 16.9.1986 erfüllt. Die Vorschrift des § 1640 BGB verpflichtet den Elternteil, alle Gegenstände aufzuführen, die zu dem erworbenen Vermögen gehören. Die Vermögensgegenstände sind so detailliert zu kennzeichnen, dass ihre Identität einwandfrei feststeht. Bei Forderungen müssen zum Beispiel außer dem Grund, dem Betrag und dem Rechtsgrund auch die Urkunden, durch welche diese Vermögensrechte nachgewiesen werden, angegeben werden, zum Beispiel Sparbücher, Versicherungspolice – jeweils mit Konto- bzw. Vertragsnummer. Bei Haushaltsgegenständen genügt demgegenüber die Angabe des Gesamtwerts; der Vorlage einer Einzelaufstellung bedarf es in der Regel nicht, § 1640 Abs. 1 Satz 3 BGB. Wertvolle Einzelgegenstände, zum Beispiel Kunstwerke, müssen jedoch einzeln verzeichnet werden. Schließlich müssen die Eltern auch den Wert der einzelnen Gegenstände angeben. Nicht zuzumuten ist es ihnen, insoweit Sachverständige zu befragen; daher genügt es, wenn der Wert angegeben wird, der dem betreffenden Gegenstand ihrer eigenen Schätzung nach zukommt (vgl. *MünchKommBGB/Huber*, 6. Aufl., § 1640 Rdnr. 12 ff.; *Staudinger/Engler*, 2009, § 1640 Rdnr. 17 f.). Diesen Anforderungen wird das Nachlassverzeichnis vom 16.9.1986 nicht in vollem Umfang gerecht. Zwar erscheinen die Angaben des Antragsgegners zum vorhandenen Grundbesitz ausreichend.

Das Nachlassverzeichnis enthält allerdings keinerlei Angaben zu Hausrat, Kunstgegenständen und Schmuck. Der Antragsgegner wird daher den geschätzten Gesamtwert des Hausrats mitzuteilen haben. Soweit im Nachlass einzelne Wertgegenstände, zum Beispiel antike Schränke, Kunstwerke (Dürer-Kupferstiche! etc.) vorhanden waren, werden diese im Einzelnen zu bezeichnen und ihr geschätzter Wert anzugeben sein. Nähere Angaben zu Schmuckstücken der Erblasserin sind jedoch nicht mehr erforderlich, da zwischen den Beteiligten unstrittig ist, dass die Antragstellerin sämtlichen Schmuck ihrer Mutter erhalten hat; im Nachlassverzeichnis kann daher auf die bereits erfolgte Übergabe des Schmucks Bezug genommen werden. Die Erblasserin hat eine Gaststätte und ein Kunstgewerbe betrieben. Soweit einzelne ihrer Konten zum Stichtag für das Nachlassverzeichnis ein Guthaben – wenn gleich in geringem Umfang – aufgewiesen haben sollten, sind insoweit Angaben zum Kreditinstitut, zur Kontonummer und zur Höhe des Guthabens erforderlich. Hinsichtlich der Lebensversicherung bedarf es noch der Mitteilung der Versicherungsgesellschaft sowie der Versicherungsnummer. Sämtliche Angaben sind in einem neuen Nachlassverzeichnis übersichtlich darzustellen.

Der Antragsgegner ist allerdings nicht verpflichtet, Angaben zu den Passiva im Nachlass zu machen, wenngleich solche Angaben ratsam erscheinen (vgl. MünchKommBGB/Huber, a. a. O.; Staudinger, a. a. O.).

Der Antragstellerin steht gegenüber dem Antragsgegner auch ein Anspruch auf Rechnungslegung über die Verwaltung ihres Vermögens bis zu ihrer Volljährigkeit am 25.1.1990 zu. Gemäß § 1698 Abs. 1 BGB haben die Eltern nach Beendigung der Vermögenssorge (aufgrund Eintritt der Volljährigkeit) ihrem Kind nämlich dessen Vermögen herauszugeben und auf Verlangen über die Verwaltung des Vermögens Rechenschaft abzulegen. Gemäß § 1698 Abs. 2 BGB ist auch über die Nutzungen des Kindesvermögens Rechenschaft abzulegen, sofern dargelegt ist, dass Grund zu der Annahme besteht, dass die Eltern die Nutzungen entgegen den Vorschriften des § 1649 BGB für sich und nicht für das Kind verwendet haben. Diese Voraussetzungen liegen hier vor. Die Antragstellerin hat Auskunft über die Verwaltung ihres Vermögens bis zum Eintritt der Volljährigkeit vom Antragsgegner verlangt. Sie hat auch hinreichend dargelegt, dass Anhaltspunkte für eine Verwendung der Nutzungen ihres Vermögens entgegen den Vorschriften des § 1649 BGB vorliegen. Dies gilt schon deshalb, weil aus der Veräußerung des Grundbesitzes in ...[Y] ein Kaufpreis in Höhe von mehr als 100.840 DM erzielt wurde, die Antragstellerin in Abrede gestellt hat, den ihr zustehenden Anteil erhalten zu haben und der Antragsgegner zu der von ihm behaupteten Überweisung des Kaufpreisantels an die Antragstellerin keine detaillierten Angaben gemacht und auch keine Belege vorgelegt hat.

Der Rechnungslegungsanspruch der Antragstellerin ist nicht deshalb als erfüllt anzusehen, weil der Antragsgegner im vorliegenden Verfahren Angaben zu der Veräußerung verschiedener Grundstückspartellen gemacht und insoweit notarielle Verträge vorgelegt hat. Für die Verpflichtung des Antragsgegners zur Rechnungslegung gelten die Vorschriften der §§ 259, 261 BGB. Erforderlich ist danach eine übersichtliche, aus sich heraus verständliche Zusammenstellung aller Einnahmen und Ausgaben in Bezug auf das zu verwaltende Vermögen. Die Aufstellung muss nicht nur den derzeitigen Zustand, sondern auch die Entwicklung des Vermögens zu ihm aufzeigen. Die Angaben müssen so verständlich sein, dass die Antragstellerin ohne fremde Hilfe in der Lage ist, ihre (etwaigen) Herausgabeansprüche gemäß § 1698 BGB

nach Grund und Höhe festzustellen (vgl. Staudinger/Coester, 2006, § 1698 Rdnr. 7 ff.; MünchKommBGB/Olzem, a. a. O., § 1698 Rdnr. 6 f.). An einer solchen Aufstellung fehlt es hier. Der Antragsgegner hat über die Entwicklung des gesamten, der Antragstellerin nach ihrer Mutter zustehenden Nachlasses sowie den Verbleib des Vermögens, das ihr durch den 24.9.1984 vor dem Notar ...[E] geschlossenen Schenkungsvertrag übertragen worden ist, Rechenschaft abzulegen, bezogen auf den Zeitraum bis zum Eintritt ihrer Volljährigkeit am 25.1.1990. Mithin ist Rechnung zu legen über den Verbleib des Hausrats sowie sonstiger wertvoller Gegenstände; der Antragsgegner wird auch Rechnung zu legen haben über den Verbleib des auf die Antragstellerin entfallenden Kaufpreisantels, der aus der Veräußerung einzelner, in ihrem Miteigentum bzw. Gesamthandseigentum stehenden Grundstücke erzielt wurde. Soweit einzelne Grundstücke belastet wurden, wird der Antragsgegner mitzuteilen haben, wann und aus welchen Gründen dies erfolgt ist; mitzuteilen ist daher etwa, weshalb der Grundbesitz in ...[Z] durch notarielle Urkunde des Notars ...[E] vom 10.2.1987 zugunsten der ...[F]bank ...[X] mit einer Grundschuld von 88.000 DM belastet wurde. Schließlich wird auch Rechnung zu legen sein über die Entwicklung und den Verbleib etwaiger Bank- und Sparguthaben sowie sonstiger Vermögenswerte (Lebensversicherungen, etc.) in dem hier maßgeblichen Zeitraum. Diese Angaben sind dem Antragsgegner auch nicht unmöglich; notarielle Verträge, Grundbuchauszüge und Versicherungsverträge pp., sind auch für diesen Zeitraum noch vorhanden.

Ohne Erfolg macht der Antragsgegner demgegenüber geltend, für die Geltendmachung des Auskunfts- und Rechnungslegungsanspruchs bestehe kein Rechtsschutzinteresse, da sich bereits aus dem beim Nachlassgericht eingereichten Nachlassverzeichnis die Überschuldung des Nachlasses ergebe. Das Rechtsschutzinteresse für die geltend gemachten Ansprüche würde nur dann fehlen, wenn von vornherein feststehen würde, dass Herausgabeansprüche gemäß § 1698 BGB nicht mehr bestehen (vgl. jurisl-PK/Breuer, § 259 Rdnr. 8). Dies ist jedoch nicht der Fall. Wie bereits dargelegt wurde, ist das am 16.9.1986 erstellte Nachlassverzeichnis unvollständig. Darüber hinaus ist zwischen den Beteiligten unstrittig, dass die in jenem Verzeichnis angegebenen Wertangaben jedenfalls zum Teil unzutreffend waren. So wurde der Anteil der Antragstellerin an dem Grundbesitz in ...[Y] in dem Nachlassverzeichnis vom 16.9.1986 mit 10.000 DM bewertet; letztlich erbrachte die Veräußerung eines Teils jenes Grundbesitzes im Jahre 1989 jedoch einen Erlös von 100.840 DM; auf die Antragstellerin entfiel davon die Hälfte, also ein Betrag von 50.420 DM. Demgegenüber bestanden zu jenem Zeitpunkt keinerlei Nachlassverbindlichkeiten mehr, die zu tilgen waren, so dass Herausgabeansprüche gemäß § 1685 BGB jedenfalls nicht schon im Hinblick auf die Wertangaben im Nachlassverzeichnis aus dem Jahre 1986 auszuschießen sind.

Die Antragstellerin hat auch nicht auf die Auskunfts- und Rechnungslegungsansprüche verzichtet. Die notarielle Urkunde des Notars ...[E] vom 4.8.1988 (UR-Nr. .../88) enthält schon nach ihrem Wortlaut eine vergleichsweise Regelung nur insoweit, als Ansprüche der Antragstellerin und ihres Bruders auf den Kaufpreisantel von 65.000 DM an sich bestanden haben, der Betrag jedoch dem Antragsgegner im Hinblick auf dessen Ansprüche gegen den Nachlass verbleiben sollte. Der Antragsgegner hat in jener Urkunde darüber hinaus erklärt, dass er im Hinblick auf den Erhalt des Betrages von 65.000 DM weitergehende Ansprüche gegen den Nachlass nicht geltend machen will und hierauf verzichtet. Demgegenüber enthält die notarielle Urkunde selbst keinerlei



Anhaltspunkte dafür, dass die Antragstellerin und ihr Bruder noch auf weitere Ansprüche verzichten wollten. Schon deshalb scheidet eine Auslegung des Inhalts jener Urkunde in dem vom Antragsgegner erstrebten Sinne aus. Hinzu kommt, dass die Ansprüche der Antragstellerin auf Auskunft und Rechnungslegung gemäß § 1698 BGB zum Zeitpunkt des Abschlusses des notariellen Vertrages vom 4.8.1988 noch nicht entstanden waren; jene Ansprüche entstanden vielmehr erst mit dem Eintritt der Volljährigkeit der Antragstellerin am 25.1.1990.

Die Ansprüche der Antragstellerin sind auch nicht verjährt. Für die hier geltend gemachten Ansprüche galt ursprünglich die 30-jährige Verjährungsfrist gemäß § 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB a. F. Diese Vorschrift wurde zum 1.1.2010 aufgehoben, so dass seither die regelmäßige dreijährige Verjährungsfrist einschlägig ist, § 195 BGB. Diese begann am 1.1.2010 und wäre an sich am 31.12.2012 abgelaufen (Art. 229 EGBGB § 23). Die Verjährungsfrist wurde jedoch durch den mit Schriftsatz vom 20.12.2012 im vorliegenden Verfahren erhobenen Antrag gemäß § 204 Nr. 1 BGB gehemmt. Zwar erfolgte die Zustellung der Antragschrift erst am 29.1.2013. Dies ist jedoch als ausreichend anzusehen, da die Zustellung als „demnächst“ im Sinne des § 167 ZPO anzusehen ist; sie wirkt daher auf den Zeitpunkt der Antragseinreichung zurück. Die Antragstellerin hatte nämlich nach der hier erforderlichen Festsetzung des Verfahrenswerts durch das Familiengericht und Anforderungen des Kostenvorschusses gemäß Verfügung vom 17.1.2013 die Gerichtskosten am 23.1.2013 gezahlt und damit alles ihr Zumutbare für eine alsbaldige Zustellung getan (vgl. hierzu *Zöllner/Greger*, ZPO, 30. Aufl., § 167 ZPO Rdnr. 10 m. w. N.).

Ohne Erfolg macht der Antragsgegner auch geltend, die Ansprüche seien verwirkt. Ein Recht ist nur dann als verwirkt anzusehen, wenn der Berechtigte es längere Zeit hindurch nicht geltend gemacht hat und er sich darauf eingerichtet hat und sich nach dem gesamten Verhalten des Berechtigten auch darauf einrichten durfte, dass dieser das Recht nicht mehr geltend machen werde. Ein solcher Fall liegt hier nicht vor. Am Vorliegen des sog. Zeitmoments besteht vorliegend zwar kein Zweifel, da seit der Entstehung des Anspruchs im Jahre 1990 bis zu seiner Geltendmachung ein Zeitraum von nahezu 23 Jahren verstrichen ist. Allerdings hat der für die Tatbestandsmerkmale der Verwirkung darlegungs- und beweispflichtige Antragsgegner nicht ausreichend dargelegt und unter Beweis gestellt, dass er sich aufgrund des Verhaltens der Antragstellerin darauf eingerichtet hat und auch darauf einrichten durfte, sie werde ihre Ansprüche nicht mehr geltend machen. In diesem Zusammenhang kann sich der Antragsgegner nicht auf die Regelungen in dem notariellen Vertrag vom 4.8.1988 berufen, da die Antragstellerin – wie oben dargelegt – in jenem Vertrag auf die hier streitgegenständlichen Ansprüche gerade nicht verzichtet hat. Zum Zeitpunkt des Abschlusses jenes Vertrages war sie 16 Jahre alt, hatte keine Kenntnis von der Höhe des Nachlasses und war ersichtlich in die Gestaltung jenes Vertrages nicht eingebunden. Ansprüche aus § 1698 BGB waren zum damaligen Zeitpunkt noch nicht entstanden, so dass der Antragsgegner erst recht nicht davon ausgehen konnte, die Antragstellerin werde künftig solche Ansprüche – deren Höhe sie damals auch nicht ansatzweise hätte einschätzen können – nicht geltend machen. Im Übrigen sind zwar vorliegend an das „Umstandsmoment“ geringe Anforderungen zu stellen, weil der zwischen Anspruchsentstehung und seiner Geltendmachung verstrichene Zeitraum sehr lang ist. Allerdings entspricht es gerade in Fällen wie dem vorliegenden, in dem familienrechtliche Ansprüche gemäß § 1698 BGB geltend gemacht werden, eher dem Normalfall, wenn

Kinder ihre Ansprüche gegen die Eltern zunächst nicht gerichtlich durchsetzen; daher sind solche Ansprüche selbst dann nicht als verwirkt anzusehen, wenn sie trotz – hier nicht vorliegender – positiver Kenntnis des Anspruchstellers von der Höhe des Anspruchs über einen Zeitraum von mehreren Jahren nicht geltend gemacht werden (vgl. zum Ganzen *Staudinger/Coester*, a. a. O., Rdnr. 12; OLG München, NJW 1974, 703). Im Übrigen kann die Verwirkung eines Anspruchs nur dann angenommen werden, wenn das Vertrauen des Schuldners in die Nichtgeltendmachung des Rechts auch schutzwürdig ist. Daran fehlt es, wenn der Berechtigte von seinen Rechten keine Kenntnis hat und der andere Teil dies zu vertreten hat (vgl. *Staudinger/Loschelders/Olzen*, § 242 Rdnr. 308 ff., 311). Letzteres macht die Antragstellerin hier mit Erfolg geltend. Nach ihren – nicht widerlegten – Darlegungen hat sie erst in jüngerer Zeit durch Nachfragen beim Nachlassgericht und Einschaltung ihres Verfahrensbevollmächtigten Kenntnis von dem Testament ihrer Mutter und evtl. Herausgabeansprüchen erlangt. Insoweit macht sie vor allem geltend, sie habe bis zur Einleitung dieses Verfahrens keinerlei Kenntnis von dem Vertrag betreffend die Veräußerung des Grundbesitzes in ...[Y] zu einem Kaufpreis von mehr als 100.000 DM gehabt. Wenn aber der Antragsgegner tatsächlich der Antragstellerin den ihr aus der Veräußerung jenes Grundbesitzes zustehenden Kaufpreiserlös entgegen seinen Behauptungen nicht überlassen hat, wäre sein etwaiges Vertrauen in die Nichtgeltendmachung der hier streitgegenständlichen Ansprüche nicht schutzwürdig.

Der Antragsgegner ist mithin zur Auskunftserteilung über den Nachlass der Mutter der Antragstellerin und zur Rechnungslegung über das Vermögen der Antragstellerin bis zum 25.1.

(...)

#### Anmerkung:

Die Regelung des § 1640 BGB, mit der sich die vorliegende Entscheidung des OLG Koblenz im Wesentlichen beschäftigt, spielt in der täglichen notariellen Praxis allenfalls eine untergeordnete Rolle. Da jedoch § 1640 Abs. 3 unter anderem eine notarielle Zuständigkeit zur Verzeichnisaufnahme vorsieht, ist ein Blick auf diese Entscheidung lohnend.

Zunächst ein Blick auf die zugrundeliegende gesetzliche Regelung: Gemäß § 1640 Abs. 1 Satz 1 BGB haben die Eltern das ihrer Verwaltung unterliegende Vermögen, welches ein minderjähriges Kind von Todes wegen erwirbt, zu verzeichnen, das Verzeichnis mit der Versicherung der Richtigkeit und Vollständigkeit zu versehen und dem Familiengericht einzureichen. Kommen die Eltern dieser Verpflichtung nicht oder nur ungenügend nach, kann das Gericht anordnen, dass das Verzeichnis durch einen Notar aufgenommen wird (§ 1640 Abs. 3 BGB). D. h. der betreffende Notar hat nicht nur die Erklärungen der gemäß § 1640 Abs. 1 zur Auskunft verpflichteten Eltern zu beurkunden, sondern selbst an deren Stelle die nötigen Feststellungen zu treffen und das Verzeichnis zu erstellen.<sup>1</sup> Zwar befasst sich die vorliegende Entscheidung nicht unmittelbar mit einem solchen notariellen Verzeichnis. Die

<sup>1</sup> Die Aufnahme von Vermögensverzeichnissen „durch“ den Notar regeln: im Erbrecht: § 2003 (Inventar auf Antrag eines Erben), § 2121 Abs. 3 (Vorerbschaft), § 2215 Abs. 4 BGB (Testamentsvollstreckung) und § 2314 Abs. 1 Satz 3 (Pflichtteilsanspruch); Vermögensverzeichnisse außerhalb des Erbrechts: §§ 1035 (ggf. i. V. m. § 1377), 1379, 1640 Abs. 3, § 1667 Abs. 1 und § 1802 Abs. 3 BGB. Die bloße notarielle Mitwirkung („zuziehen“ bzw. notarieller „Hilfe bedienen“) bei der Aufnahme eines Verzeichnisses sehen die §§ 1993, 2002 BGB und § 1802 Abs. 2 BGB vor.

Ausführungen zum notwendigen Inhalt des Verzeichnisses gelten jedoch auch für das notarielle Verzeichnis, da § 1640 Abs. 3 hinsichtlich des Verzeichnisinhalts keine Sonderregelung gegenüber § 1640 Abs. 1 enthält. Für die notarielle Praxis sind daher insbesondere diejenigen Passagen der Entscheidung von Interesse, welche sich mit dem Umfang des Auskunftsanspruchs und damit einhergehend mit dem notwendigen Inhalt eines Verzeichnisses im Sinne des § 1640 BGB befassen. Auf die nicht zuletzt wegen der durchaus ungewöhnlichen Sachverhaltsgestaltung lesenswerten Ausführungen des Gerichts zum Anspruch auf Rechnungslegung gemäß § 1698 BGB, zur Verwirkung und zur Frage der Abgeltung – als unvoreingenommener Leser fragt man sich etwa, wie trotz des Erfordernisses der gerichtlichen Genehmigung gemäß § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB ein Vertragsschluss im Jahre 1988 unter Beteiligung des minderjährigen Kindes überhaupt in der Weise möglich war, dass der Kaufpreis nicht beim Kind ankam – soll hier demgegenüber nicht weiter eingegangen werden.

Hinsichtlich des Umfangs des Auskunftsanspruchs folgt das Gericht im Wesentlichen der wohl herrschenden Auffassung, sofern angesichts der relativ übersichtlichen Literatur hierzu überhaupt von einer solchen gesprochen werden kann. Die Anforderungen an das Verzeichnis lassen sich dabei wie folgt zusammenfassen: Grundsätzlich sind alle zum zu verzeichnenden Vermögen gehörenden Gegenstände einzeln übersichtlich aufzuführen und so detailliert zu kennzeichnen, dass ihre Identität einwandfrei feststeht. Ferner ist für jeden Gegenstand der geschätzte Wert anzugeben, wobei die Beauftragung von Sachverständigen nicht erforderlich ist. Lediglich bei Haushaltsgegenständen genügt, sofern es sich nicht um besonders wertvolle Gegenstände handelt, die Angabe eines Gesamtwertes.

Bemerkenswert ist hieran zweierlei: Zum einen geht das Gericht ohne jede weitere Diskussion davon aus, dass die einzelnen Gegenstände unter Angabe des Wertes zu verzeichnen sind. Dies wird zwar im Rahmen des § 1640 BGB soweit ersichtlich kaum bestritten. Im Hinblick auf die im Rahmen des Nachlassverzeichnisse nach § 2314 BGB ganz überwiegend vertretene Meinung, dass der Wert der Gegenstände nicht anzugeben ist, wäre hier jedoch ein Satz der Begründung wünschenswert gewesen. Für die im Vergleich zu § 2314 BGB abweichende Behandlung der „Wertfrage“ spricht zum einen, dass bei § 1640 BGB bereits der Gesetzeswortlaut von der Aufnahme von Werten, wenn auch nur im Rahmen des Gesamtwertes von Haushaltsgegenständen (§ 1640 Abs. 1 Satz 3 BGB), ausgeht und anders als bei § 2314 Abs. 1 Satz 2 BGB kein gesonderter Anspruch auf Wertermittlung besteht. Schließlich ist im Rahmen des § 2314 BGB regelmäßig eine relativ rasche Klärung des Wertes der Nachlassgegenstände möglich, während bei § 1640 BGB – wie im hiesigen Fall – je nach Alter des minderjährigen Erben unter Umständen viele Jahre zwischen dem Erbfall und dem Aufkommen von Fragen nach dem Wert des ererbten Vermögens vergehen können.

Des Weiteren ist erstaunlich, dass das Gericht wie selbstverständlich davon ausgeht, dass „ererbte“ Verbindlichkeiten nicht im Verzeichnis aufzuführen sind. Das OLG Koblenz erachtet die Angabe der Verbindlichkeiten unter Verweis auf die von ihm zitierte Literatur als lediglich ratsam – begründet wird diese Ansicht vom Gericht nicht. Diese Auffassung mag zwar tröstlich für diejenigen sein, der als Notar ohne Mithilfe der Beteiligten bereits bei der Ermittlung der Aktivwerte nur begrenzte Erkenntnismöglichkeiten hat. Zu überzeugen vermag diese Auffassung jedoch nicht. Tatsächlich ist das Verzeichnis ohne Angabe der Passiva praktisch wertlos, sofern man nicht beim Fehlen von Angaben hierzu die Schuldenfrei-

heit unterstellt (was freilich dem Ausgangspunkt, dass Verbindlichkeiten im Verzeichnis nicht auftauchen müssen, widerspricht). Ob eine ordnungsgemäße Verwaltung des ererbten Vermögens stattgefunden hat, lässt sich – etwa wenn Teile hiervon zur Tilgung von Verbindlichkeiten veräußert wurden – nur beurteilen, wenn auch der Stand und die Art der ursprünglich vorhandenen Verbindlichkeiten bekannt sind. Auch ist nicht ersichtlich, weshalb Verbindlichkeiten nicht unter den Begriff des Vermögens im Sinne des § 1640 Abs. 1 Satz 1 BGB fallen sollten (vgl. etwa die Verwendung des Begriffs in § 1922 Abs. 1 BGB, der nach wohl herrschender Meinung ebenfalls auch die Verbindlichkeiten umfasst.<sup>2</sup>

Dass die behauptete Überschuldung, welche das Gericht ausdrücklich freilich nur im Zusammenhang mit dem Rechtsschutzbedürfnis für die Ansprüche aus § 1698 BGB erörtert, im vorliegenden Fall nicht relevant sein soll, erscheint schließlich mit Blick auf die Regelung des § 1640 Abs. 2 Nr. 1 BGB, die generell vom „Wert eines Vermögenserwerbes“ spricht und daher durchaus eine Saldierung ererbter Aktiva und Passiva nahelegt, zumindest als zweifelhaft.<sup>3</sup> Der Gesichtspunkt des Minderjährigenschutzes, der gerade bei relativ großen, jedoch unübersichtlichen Vermögen unter Verweis auf die Überschuldung unterlaufen werden könnte, spricht allerdings insoweit klar für die Sicht des OLG Koblenz.

Die vorliegende Entscheidung betrifft sicherlich einen in vielerlei Hinsicht von der Norm abweichenden Fall. Zu beachten ist jedoch, dass die hierin genannten relativ hohen Anforderungen an den Inhalt des Verzeichnisses gemäß § 1640 Abs. 1 bzw. Abs. 3 BGB auch in der großen Mehrzahl der alltäglichen Standardfälle, etwa wenn testamentarische Zuwendungen an bestimmte Personen aus steuerlichen Motiven um Vermächtnisse oder Erbeinsetzungen auch zugunsten deren minderjähriger Kinder ergänzt werden, gelten. Daher sollte diese Norm auch im Rahmen der Erbfolgegestaltung nicht außer Acht gelassen und in geeigneten Fällen den Eltern minderjähriger Erben bzw. Vermächtnisnehmer die mühselige Erstellung eines Verzeichnisses durch eine Anordnung im Sinne des § 1640 Abs. 2 Nr. 2 BGB erspart werden.

Notar *Stefan Braun*, LL.M. (London),  
Maître en droit (Paris), Erlangen

<sup>2</sup> Siehe hierzu BeckOK/Müller-Christmann, § 1922, Rdnr. 12 m. w. N.

<sup>3</sup> Für einen Schuldenabzug im Rahmen des § 1640 Abs. 2 Nr. 1 BGB etwa MünchKommBGB/Huber, § 1640 Rdnr. 9 m. w. N.

## Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

11. AO § 191; HGB § 25 (*Keine Haftung wegen Firmenfortführung bei Übernahme einer Etablissementbezeichnung*)

- 1. Wesentliche Voraussetzung für eine Nachfolgehaftung gemäß § 25 HGB ist – neben der Geschäftsfortführung – die Fortführung der bisherigen Firma.**
- 2. Entscheidendes Merkmal einer Firma ist, dass dieser Name geeignet ist, den Geschäftsinhaber im Rechtsverkehr zu individualisieren.**
- 3. Eine Geschäfts- oder Etablissementbezeichnung, die das Geschäftslokal oder den Betrieb allgemein, nicht**

**aber den Geschäftsinhaber kennzeichnet, ist keine Firma, es sei denn, dass sie im maßgeblichen Rechtsverkehr, in Verträgen, auf Geschäftsbriefen u. ä. „firmenmäßig“ verwendet wird.**

BFH, Urteil vom 20.5.2014, VII R 46/13

Aus den Gründen:

## II.

(...)

1. Gemäß § 25 Abs. 1 HGB haftet derjenige, der ein unter Lebenden erworbenes Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma fortführt, für alle im Betrieb des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers. Wesentliche Voraussetzung für diese Nachfolgehftung ist nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut – neben der Geschäftsfortführung – die Fortführung des Handelsgeschäfts unter der „bisherigen Firma“ (§ 25 Abs. 1 HGB) bzw. die „Fortführung der Firma“ (vgl. § 26 Abs. 1 Satz 1 HGB). Gemäß § 17 Abs. 1 HGB ist die Firma eines Kaufmanns der Name, unter dem er seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgibt. Entscheidendes Merkmal einer Firma ist, dass dieser Name geeignet ist, den Geschäftsinhaber – den Schuldner der Verbindlichkeit – im Rechtsverkehr zu individualisieren. Eine Geschäfts- oder Etablissementbezeichnung, die lediglich das Geschäftslokal oder den Betrieb allgemein, nicht aber den Geschäftsinhaber kennzeichnet, ist keine Firma (vgl. Senatsbeschluss vom 11.6.2012, VII B 198/11, BFH/NV 2012, 1572 m. w. N.).

2. Im Streitfall ist das FG zutreffend davon ausgegangen, dass die Klägerin die Firma der früheren Inhaberin nicht fortgeführt hat. Frau A hat unter ihrem Namen und die Klägerin unter der Firma „B Speise GmbH“ firmiert. Bei der Bezeichnung „Ausländisches Restaurant (X) YZ“ handelte es sich im vorliegenden Fall um eine reine Geschäfts- oder Etablissementbezeichnung, deren Fortführung keine Firmenfortführung im Sinne des § 25 HGB ist.

Gegenüber Behörden, Lieferanten, der Verpächterin etc. trat die ursprüngliche Geschäftsinhaberin, Frau A, unter ihrem Namen auf. Entsprechendes gilt für die Klägerin, die mit der Firma, mit der sie ins Handelsregister eingetragen war, tatsächlich auch im Rechtsverkehr auftrat (vgl. Urteil des BGH vom 28.11.2005, II ZR 355/03, NJW 2006, 1002; *Baumbach/Hopt*, HGB, 36. Aufl., § 25 Rdnr. 7). Soweit einzelne Rechnungen an das Restaurant adressiert waren, handelt es sich ersichtlich um Ungenauigkeiten der Rechnungssteller.

Anders als die Revision meint, ist nicht davon auszugehen, dass im Streitfall der Gaststättenname „(Ausländisches Restaurant) XYZ“ aus Gästesicht die Firma der jeweiligen Inhaberin war. Bei Gaststätten sind Etablissementbezeichnungen weit verbreitet, die oft über lange Zeit unabhängig von der Person des Inhabers oder Pächters verwendet werden. Da Speisen und Getränke regelmäßig als Vorleistung gereicht und in Gaststätten meist auch sog. „Bargeschäfte des täglichen Lebens“ abgeschlossen werden, sind für Restaurantbesucher die Fähigkeiten des Kochs von größerer Bedeutung als die im Rechtsverkehr verwendete Firma des Inhabers. Deshalb sehen sie oft über das Fehlen von Angaben zur Firma hinweg. Im konkreten Fall handelte es sich bei „XYZ“ um den Namen einer bekannten historischen Person, so dass es für Restaurantgäste fernlag anzunehmen, der Inhaber der Gaststätte trage diesen Namen. Auch wenn gemäß § 18 HGB n. F. sog. „Phantasiefirmen“ zulässig sind, wurde der Restaurantname jedoch im Streitfall nicht als Firma geführt. Entscheidend ist, dass sowohl die frühere Inhaberin des Restaurants als auch die Klägerin die Bezeichnung „(Ausländisches

Restaurant) (X) YZ“ im rechtsgeschäftlichen Verkehr, in Geschäftsbriefen oder Verträgen und bei Unterschriften nicht als ihren Namen, d. h. nicht „firmenmäßig“ verwendet haben.

Angaben in der Werbung können im Einzelfall zwar Indizien sowohl bei der Frage nach der Geschäftsübernahme als auch der Firmenfortführung sein. Da Werbeschriften, Anzeigen oder Schilder in der Außenwerbung nicht im Rechtsverkehr verwendet werden und insbesondere keine Geschäftsbriefe sind, führt jedoch allein der werbende Hinweis auf das „Restaurant (X) YZ“ sowie der fehlende Hinweis auf den jeweiligen Inhaber nicht dazu, dass aus der Etablissementbezeichnung eine Firma wurde.

Die übrigen vom FA angeführten Umstände – gleichbleibende Geschäftsadresse und Telefonnummer, unverändertes Personal und Betriebskonzept etc. – sind Ausdruck der im Streitfall unstreitig gegebenen Fortführung eines vollkaufmännischen Gewerbebetriebs, nicht aber der für den Tatbestand des § 25 Abs. 1 HGB gleichfalls erforderlichen Firmenfortführung.

(...)

12. BGB §§ 60, 64, 71 Abs. 1 Satz 3 und Abs. 2, § 705 ff.; FamFG §§ 10 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3, §§ 58, 59 Abs. 1, § 64 Abs. 1, 2; GmbHG §§ 8, 10, 54 (*Eintragungspflichtiger Umstand muss bei Anmeldung der Satzungsänderung eines eingetragenen Vereins nicht inhaltlich wiedergegeben werden*)

**Bezieht sich die Änderung der Satzung eines eingetragenen Vereins auf einen gemäß § 71 Abs. 2, § 64 BGB eintragungspflichtigen Umstand (etwa Name des Vereins oder Änderung der Vertretungsbefugnis des Vorstandes), so reicht für die (schlagwortartige) nähere Bezeichnung der geänderten Satzungsbestimmung in der Anmeldung zum Vereinsregister gemäß § 71 Abs. 1 BGB der Hinweis auf die Änderung der jeweils im Einzelfall nach Ziffer und Überschrift bezeichneten Satzungsbestimmung aus. Eine inhaltliche Wiedergabe des Eintragungsinhalts in der Anmeldung ist dann nicht erforderlich (im Anschluss an OLG Nürnberg, Beschluss vom 15.8.2012, NZG 2012, 1155 = NJW-RR 2012, 1183).**

OLG Nürnberg, Beschluss vom 26.9.2014, 12 W 2015/14

Der Antragsteller ist im Vereinsregister des AG Nürnberg unter Gz. VR ... eingetragen. Mit Anmeldung vom 2.7.2014 des Notars Dr. W. (UR-Nr. ...) wurden neben einer Änderung der Zusammensetzung des Vorstandes verschiedene Satzungsänderungen zur Eintragung in das Vereinsregister angemeldet (Bl. 97 d. A.; Bl. 7–9 SB Registerakten). Insofern heißt es in der Anmeldung:

„In der Jahreshauptversammlung vom 22.5.2014 wurde § 1 Abs. 1 (Name Sitz, Rechtsform, Geschäftsjahr), § 2 Abs. 1 und 2 (Zweck und Aufgaben), § 6 Abs. 1 (Vorstand), § 9 (Niederschriften) und § 12 (Satzungsänderungen) der Satzung neu gefasst. Der genaue Wortlaut der Satzungsänderung ergibt sich aus der beiliegenden neuen Satzung.“

Der Anmeldung beigefügt waren unter anderem die Einladung zur Jahreshauptversammlung des Antragstellers am 22.5.2014, das Protokoll dieser Versammlung samt Anwesenheitsliste sowie eine Neufassung der Satzung des Antragstellers, in welche die geänderten Satzungsbestimmungen bereits eingearbeitet waren. Diesen Unterlagen ist zu entnehmen, dass im Namen des Antragstellers das Wort „Integration“ durch das Wort „Inklusion“ ersetzt werden soll sowie dass die Vertretungsbefugnis des Vorstandes von einer bislang geregelten Gesamtvertretung in eine Einzelvertretungsmacht jedes Vorstandsmitglieds geändert werden soll.

Mit Schreiben vom 31.7.2014 sowie erneut mit Schreiben vom 20.8.2014 wies das AG – Registergericht – Nürnberg darauf hin, dass bei einer Änderung des Vereinsnamens (§ 1 der Satzung) und der



Vertretungsbefugnis des Vorstandes (§ 6 der Satzung) im Rahmen der Anmeldung die Bezugnahme auf das Versammlungsprotokoll oder auf den Beschluss zur Satzungsänderung nicht ausreichend sei, vielmehr der neue Vereinsname und die geänderte Vertretungsbefugnis ausdrücklich anzumelden seien.

Der Verfahrensbevollmächtigte des Antragstellers vertrat mit Schreiben vom 11.8.2014 sowie vom 25.8.2014 die gegenteilige Auffassung.

Mit Zwischenverfügung vom 3.9.2014, dem Verfahrensbevollmächtigten des Antragstellers zugestellt am 8.9.2014, beanstandete das AG – Registergericht – Nürnberg den Umstand, dass die Anmeldung der Satzungsänderungen die geänderten Satzungsbestimmungen nicht ausreichend bezeichne, da in der Anmeldung weder der neue Name des Vereins noch der Umstand einer Änderung der im Register eingetragenen Vertretungsbefugnis des Vorstandes angeführt seien. Das Registergericht setzte eine Frist zur Behebung der Hindernisse und kündigte im Falle des ergebnislosen Fristablaufs die Zurückweisung der Anmeldung an.

Hiergegen richtet sich die am 11.9.2014 bei Gericht eingegangene Beschwerde des Antragstellers, der das Registergericht mit Beschluss vom 16.9.2014 nicht abgeholfen hat.

Aus den Gründen:

## II.

Die zulässige Beschwerde führt in der Sache zur Abänderung der angefochtenen Entscheidung.

(...)

c) Beschwerdeführer ist (nur) der Antragsteller.

Der für diesen auftretende Notar war gemäß § 378 Abs. 2 FamFG ermächtigt, im Namen des Vereins als zur Anmeldung Berechtigten die Eintragung in das Vereinsregister zu beantragen, wurde also als dessen Bevollmächtigter (§ 10 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 FamFG) tätig. Daraus folgt auch seine Ermächtigung, gegen eine ablehnende Entscheidung über den Eintragungsantrag namens der Anmeldeberechtigten Beschwerde nach §§ 58 ff. FamFG einzulegen (*Heinemann in Keidel, FamFG, 18. Aufl., § 378 Rdnr. 14 m. w. N.*). Bei Antragstellung und Beschwerdeeinlegung handelte der Notar damit nicht in Wahrnehmung eigener Rechte (vgl. § 59 Abs. 1 FamFG), sondern als Bevollmächtigter der Berechtigten (vgl. *Meyer-Holz in Keidel, a. a. O., § 59 Rdnr. 68*).

Änderungen der Satzung eines Vereins werden zum Vereinsregister vom Verein, dieser vertreten durch Vorstandsmitglieder in vertretungsberechtigter Zahl, zur Eintragung angemeldet (§ 71 Abs. 1 Satz 2 BGB); gegen die Zurückweisung der Anmeldung ist der Verein beschwerdeberechtigt.

(...)

3. Die Beschwerde führt in der Sache zur Abänderung der angefochtenen Entscheidung.

a) Änderungen der Satzung eines Vereins bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Eintragung in das Vereinsregister (§ 71 Abs. 1 Satz 1 BGB).

Der Anmeldung sind eine Abschrift des die Änderung enthaltenden Beschlusses und der Wortlaut der Satzung beizufügen (§ 71 Abs. 1 Satz 3 BGB). In dem Wortlaut der Satzung müssen die geänderten Bestimmungen mit dem Beschluss über die Satzungsänderung, die unveränderten Bestimmungen mit dem zuletzt eingereichten vollständigen Wortlaut der Satzung und, wenn die Satzung geändert worden ist, ohne dass ein vollständiger Wortlaut der Satzung eingereicht wurde, auch mit den zuvor eingetragenen Änderungen übereinstimmen (§ 71 Abs. 1 Satz 4 BGB).

Genügt die Anmeldung diesen Erfordernissen nicht, so ist sie vom AG – Registergericht – zurückzuweisen (§ 71 Abs. 2, § 60 BGB).

b) Der Anmeldung waren im Streitfall eine Abschrift des die Satzungsänderungen enthaltenden Beschlusses (Protokoll der Mitgliederversammlung des Antragstellers vom 22.5.2014) und der Wortlaut der Satzung (Neufassung der Satzung des Antragstellers, in welche die geänderten Satzungsbestimmungen bereits eingearbeitet sind) beigelegt, so dass den diesbezüglichen Erfordernissen des § 71 Abs. 1 Satz 3 und 4 BGB genügt ist.

c) Zur Frage, ob und ggf. in welchem Umfang die Anmeldung einer Satzungsänderung als Eintragungsantrag in das Vereinsregister auch die geänderten Satzungsbestimmungen im Einzelnen zu bezeichnen hat, hat der Senat bereits mit Beschluss vom 15.8.2012 (OLG Nürnberg, Beschluss vom 15.8.2012, 12 W 1474/12, NJW-RR 2012, 1183) Stellung genommen. Danach besteht eine Pflicht zur Bezeichnung der geänderten Satzungsbestimmungen nur, wenn und soweit die Satzungsänderung im Vereinsregister eintragungspflichtige Tatsachen (vgl. § 71 Abs. 2, § 64 BGB) betrifft (so auch *Krafka/Kühn, Registerrecht, 9. Aufl., Rdnr. 2187; Sauter/Schweyer/Waldner, Der eingetragene Verein, 19. Aufl., Rdnr. 140*). Der Senat hält an dieser Rechtsprechung fest.

Dem zugrunde liegt die Erwägung, dass bei der Eintragung einer Satzungsänderung im Vereinsregister zwar auch im Fall nicht gemäß § 71 Abs. 2, § 64 BGB eintragungspflichtiger Umstände die jeweiligen Änderungen der Satzung „unter Beschränkung auf die geänderten Vorschriften der Satzung und den Gegenstand ihrer Änderung“ in Spalte 4 des Registerblatts einzutragen sind (§ 3 Nr. 4 lit. a Vereinsregisterverordnung – VRV). Das Registergericht muss somit im Rahmen des Eintragungsvorgangs die geänderten Satzungsbestimmungen nicht nur jeweils inhaltlich prüfen, sondern auch jeweils näher bezeichnen (was in der Regel durch Angabe der geänderten Paragraphen geschieht). Zielsetzung der Registeranmeldung ist es, im Interesse der Gewährleistung der Sicherheit und Leichtigkeit des Rechtsverkehrs zu bewirken, dass die dem Registergericht zufallende Pflicht zur Überprüfung der Gesetzmäßigkeit der gefassten Beschlüsse und der übrigen Eintragungsvoraussetzungen ordnungsgemäß und unter Ausschluss möglicher Fehlerquellen vorgenommen werden kann. Da die Anmeldung – als Eintragungsantrag – zum Vereinsregister diese Eintragung vorbereiten soll, ist es grundsätzlich wünschenswert (und oft auch tatsächliche Praxis), wenn bereits in dieser Anmeldung eine derartige nähere Bezeichnung vorgenommen wird.

Indes ist eine entsprechende rechtliche Verpflichtung – als Voraussetzung einer Eintragung – nicht gegeben. § 71 Abs. 1 Satz 3 und 4 BGB statuiert nur eine Pflicht, eine Abschrift des die Änderung enthaltenden Beschlusses der Mitgliederversammlung und den vollständigen Wortlaut der aktuellen Satzung einzureichen. Aus § 71 Abs. 2, § 64 BGB kann sich eine Pflicht zur näheren Bezeichnung der geänderten Satzungsbestimmungen nur hinsichtlich der in § 64 BGB angeführten Tatsachen ergeben. Weitere formale Erfordernisse für die Registeranmeldung stellt das Gesetz nicht auf, so dass die Vornahme der Eintragung hiervon auch nicht abhängig gemacht werden kann.

Auch für die vergleichbare Problematik der Anmeldung von Satzungsänderungen einer GmbH zum Handelsregister (vgl. § 54 GmbHG) ist es in der Rechtsprechung lediglich anerkannt, dass bei der Anmeldung von Änderungen, die nach § 10 GmbHG eintragungspflichtige Regelungen zum Gegenstand haben (Firma, Sitz, Unternehmensgegenstand, Höhe des Stammkapitals, Geschäftsführer und deren Vertretungsbefugnis sowie Zeitdauer der Gesellschaft) auch der Inhalt der Änderungen in der Handelsregisteranmeldung konkret

zumindest im Sinne einer schlagwortartigen Bezeichnung hervorzuheben ist; dabei reicht eine Bezugnahme auf die beigefügte Änderungsurkunde auch dann nicht aus, wenn im Einzelfall keine Zweifel über den Umfang der Satzungsänderung auftreten können, da das Gebot der Rechtssicherheit eine einheitliche Betrachtungsweise erfordert (BGH, Beschluss vom 16.2.1987, II ZB 12/86, NJW 1987, 3191; OLG Frankfurt, Beschluss vom 23.7.2003, 20 W 46/03 NJW-RR 2003, 1616; jeweils m. w. N.). Weitergehende Anforderungen an die Anmeldung hinsichtlich nicht explizit eintragungspflichtiger Umstände sind insoweit, soweit ersichtlich, bislang nicht gestellt worden.

d) Die zur Eintragung angemeldeten Satzungsänderungen betreffen (auch) gemäß § 71 Abs. 2, § 64 BGB eintragungspflichtige Umstände, nämlich einerseits den Namen des Vereins (§ 1 Abs. 1 der Satzung), andererseits die Vertretungsmacht der Mitglieder des Vorstandes (§ 6 Abs. 1 Satz 2 der Satzung). Sie müssen deshalb bereits im Rahmen der Anmeldung der Eintragung in das Vereinsregister (§ 71 Abs. 1 Satz 2 BGB) – schlagwortartig – bezeichnet werden.

Damit ist indes die hier zu entscheidende Frage noch nicht geklärt, ob sich die Anmeldung auf den formalen Umstand einer Änderung der Satzung in § 1 (Name) und in § 6 (Vorstand) beschränken kann oder ob insoweit bereits in der Anmeldung auch eine inhaltliche Wiedergabe der jeweiligen Satzungsänderung enthalten sein muss, also der konkrete neue Name des Vereins sowie die Tatsache einer Änderung der im Register eingetragenen Vertretungsbefugnis.

aa) Der Umstand, dass die Anmeldung die Registereintragung vorbereiten soll, in das Register indes der konkrete (neue) Name des Vereins sowie die konkrete (geänderte) Vertretungsbefugnis des Vorstandes einzutragen ist, könnte zwar dafür sprechen, diese Angaben bereits in der Registeranmeldung zu fordern. Entsprechend weisen Anmeldeformulare regelmäßig auch diesbezügliche Daten auf (vgl. *Krafka/Kühn*, Registerrecht, 9. Aufl., Rdnr. 2188).

bb) Indes stellt das Gesetz entsprechende Erfordernisse für den Inhalt der Registeranmeldung nicht auf, so dass die Vornahme der Eintragung hiervon auch nicht abhängig gemacht werden kann. Bereits bei der Anmeldung eines Vereins zur erstmaligen Registereintragung (§ 59 BGB) sieht das Gesetz lediglich die Vorlage der Satzung und von Urkunden über die Bestellung des Vorstandes vor (§ 59 Abs. 2 BGB), nicht indes weitergehende Angaben im Rahmen der Anmeldung, etwa (insoweit abweichend zur Registeranmeldung einer GmbH, vgl. § 8 Abs. 4 Nr. 2 GmbHG) zur Vertretungsbefugnis des Vorstandes. Die bei der Anmeldung von Satzungsänderungen (§ 71 BGB) – hinsichtlich eintragungspflichtiger Umstände – erforderliche (schlagwortartige) Hervorhebung der geänderten wesentlichen Satzungsbestandteile (siehe oben 3 c) bedingt keine inhaltliche Wiedergabe des geänderten einzutragenden Inhalts, beschränkt sich vielmehr auf den Umstand einer entsprechenden Änderung.

cc) Das Registergericht hat im Eintragungsverfahren bei begründeten Bedenken ein materielles Prüfungsrecht und eine entsprechende Prüfungspflicht. Im Falle von Gesetzesverletzungen durch Satzungsbestimmungen ist die Registeranmeldung zurückzuweisen. Zurückweisungsgründe und damit Gegenstand der Prüfungspflicht sind dabei nicht nur die (etwa in § 60 BGB) ausdrücklich genannten Vorschriften, sondern alle den Verein betreffenden Bestimmungen, weil das Registergericht über die Erlangung der Rechtsfähigkeit im Einklang mit dem materiellen Recht entscheiden muss (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.5.2013, 3 Wx 43/13, Rpfleger 2013, 539; *Palandt/Ellenberger*, BGB, 73. Aufl., § 60 Rdnr. 1).

Eine entsprechende gerichtliche Prüfung ist auch bei Satzungsänderungen vorzunehmen. Sofern diese unzulässig sind, dürfen sie nicht eingetragen werden; zudem bleibt auch hier Prüfungsgegenstand der Gesamthalt – also auch der unverändert gebliebene Teil – der Satzung (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 6.5.2010, 3 Wx 35/10, NZG 2010, 754; BayObLG, Beschluss vom 25.10.2000, 3Z BR 298/00, NJW-RR 2001, 326; *Palandt/Ellenberger*, BGB, 73. Aufl., § 71 Rdnr. 2; MünchKommBGB/*Reuter*, 6. Aufl., § 71 Rdnr. 1). Die diesbezügliche Prüfung soll dem Registergericht dadurch erleichtert werden, dass gemäß § 71 Abs. 1 Satz 3 und 4 BGB immer auch das Vorliegen des vollständigen aktuellen Wortlauts der Satzung gewährleistet ist (vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Erleichterung elektronischer Anmeldungen zum Vereinsregister und anderer vereinsrechtlicher Änderungen vom 29.4.2009, BT-Drucks. 16/12813, S. 12-13).

Eine inhaltliche (insbesondere wortgetreue) Wiedergabe der geänderten Satzungsbestimmungen, auf welche die Zwischenverfügung des Registergerichts abzielt, in der Anmeldung bietet dem Registergericht indes keine bessere Kontrollmöglichkeit als eine schlagwortartige Bezeichnung (vgl. BGH, Beschluss vom 16.2.1987, II ZB 12/86, NJW 1987, 3191; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.7.1992, 3 Wx 242/92, MittRhNotK 1992, 223; jeweils zur Anmeldung von Satzungsänderungen einer GmbH). Eine solche wörtliche Wiedergabe der geänderten Satzungsbestimmungen enthält bereits die nach § 71 Abs. 1 Satz 3 und 4 BGB vorzulegende Neufassung der Satzung, weshalb entsprechende Angaben auch in der Anmeldung nicht erforderlich sind.

dd) Dem Erfordernis der schlagwortartigen Bezeichnung der geänderten Satzungsbestimmungen ist jedoch im Streitfall genügt durch die in der Anmeldung enthaltene Bezeichnung der geänderten Satzungsparagrafen nach Ziffer und Überschrift. Bereits hieraus ist der Gegenstand der jeweiligen Satzungsänderung hinreichend ersichtlich.

4. Die Entscheidung des AG kann daher keinen Bestand haben.

(...)

13. HRV § 43 Nr. 6 lit. a; AktG §§ 39, 181 Abs. 2; FamFG § 383 Abs. 3 (*Fassungsbeschwerde einer Aktiengesellschaft nach unvollständiger Eintragung von Satzungsänderungen*)

**Die Fassungsbeschwerde ist unter anderem dann gerechtfertigt, wenn die Anmeldung des Vorstands der Gesellschaft in der Eintragung des Registergerichts – auch unter Berücksichtigung des dem Registerrichter zugestandenen Ermessens – durch die gewählte Fassung vom Verlautbarungsgehalt her nicht ausgeschöpft wird, weil die Eintragung weder die Voraussetzungen des § 43 HRV noch die geringeren Anforderungen der § 181 Abs. 2, § 39 AktG erfüllt (hier: vollständiges Fehlen eines Hinweises auf weitere geänderte Satzungsbestimmungen).**

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18.2.2014, I-3 Wx 154/13

Auf der Hauptversammlung der Gesellschaft am 13.5.2013 bzw. durch fassungsändernden Beschluss des Aufsichtsrates wurden §§ 2, 3, 4, 4a, 16, 17 und 19-22 der Satzung geändert. Unter dem 13.5.2013 meldete der Vorstand der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister Änderungen der Satzung zu § 2 Abs. 4, 4a, 4 sowie weitere Änderungen zu § 3, 16 Abs. 2, §§ 17, 19, 20 Abs. 2, §§ 21 und 22 an. Am 17.5.2013 trug der Registerrichter in der Zeile 9 Spalte 6 unter lit. a des Handelsregisters ein:

„Die Hauptversammlung vom 13.5.2013 hat die Änderung der Satzung beschlossen, dabei wurde § 4 (Höhe und Einteilung des

Grundkapitals, Genehmigtes Kapital) um einen Abs. 3 ergänzt (genehmigtes Kapital) und § 4a (Genehmigtes Kapital) aufgehoben. Durch Beschluss des Aufsichtsrats vom 13.5.2013 wurde § 2 und damit der Unternehmensgegenstand geändert.“

Mit Schrift vom 20.6.2013 beanstandete die Gesellschaft, dass die Eintragung den Umfang der Satzungsänderungen nicht hinreichend erkennen lasse. Sie bat – vor allem im Hinblick auf mögliche künftige Streitigkeiten im Rahmen von Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen betreffend die Wirksamkeit der geänderten Satzungsbestimmungen in den §§ 3, 16, 17 und 19 bis 22 – die Fassung der Registereintragung vom 17.5.2013 dergestalt zu ändern, dass jeweils noch die Angabe gemäß § 43 Nr. 6 lit. a HRV aufgenommen wird, also eine „allgemeine Bezeichnung des Gegenstands der Änderung“. Das Registergericht lehnte dies unter Hinweis auf das hinsichtlich des Eintragungsinhalts bestehende richterliche Ermessen ab. Die Gesellschaft hat daraufhin Fassungsbeschwerde gegen die Handelsregistereintragung vom 17.5.2013 erhoben. Das Registergericht hat mit Beschluss vom 18.7.2013 die Fassungsbeschwerde zurückgewiesen. Hiergegen hat die Gesellschaft rechtzeitig Beschwerde eingelegt.

Aus den Gründen:

## II.

1. Die Beschwerde ist zulässig, weil der sich als Fassungsbeschwerde darstellende Antrag der Gesellschaft zurückgewiesen worden ist, § 59 Abs. 2 FamFG.

Das Rechtsmittel hat auch in der Sache Erfolg.

2. a) aa) Nach § 383 Abs. 3 FamFG ist eine Eintragung im Handelsregister nicht anfechtbar. Es ist jedoch anerkannt, dass im Wege des Berichtigungsantrags („Fassungsbeschwerde“) die Korrektur/Klarstellung von Namens-, Firmen- oder Datumsangaben oder die konkrete Verlautbarung rechtlicher Verhältnisse herbeigeführt werden kann. Verfahrensmäßig ist das an das Registergericht gerichtete Begehren auf Berichtigung ein „Antrag“ und nicht eine „Beschwerde“. Über das Berichtigungsbegehren hat nämlich zunächst einmal das Registergericht zu entscheiden; der Antrag ist nur zulässig, wenn er auf eine Berichtigung oder Klarstellung in dem vorgenannten Sinn und nicht etwa auf eine inhaltliche Änderung gerichtet ist. Hält das Registergericht das Berichtigungsbegehren für unbegründet, so weist es den Antrag durch verfahrensbeendenden Beschluss zurück, gegen den sodann die Beschwerde eröffnet ist (so OLG München, MDR 2010, 1273).

bb) Es mag offen bleiben, ob die Fassungsbeschwerde generell auch auf die Verletzung der zuvorderst an das Registergericht sich richtenden, auf eine gleichmäßige Verlautbarung im Register abzielenden Vorschriften der HRV, namentlich § 43 HRV, gestützt werden kann.

b) Jedenfalls ist sie gerechtfertigt, weil die Anmeldung des Vorstands der Gesellschaft vom 13.5.2013 durch die Eintragung des Registergerichts vom 17.5.2013, auch unter Berücksichtigung des dem Registerrichter zugestandenen Ermessens – durch die gewählte Fassung vom Verlautbarungsgehalt her nicht ausgeschöpft wird. Die Eintragung erfüllt nämlich weder die Voraussetzungen des § 43 HRV (aa) noch die geringeren Anforderungen der § 181 Abs. 2, § 39 AktG (bb).

aa) Die genaue Ausgestaltung des Inhalt der Eintragungen, der Eintragungsweise und des Aufbaus des Handelsregisters wird durch die Handelsregisterverordnung (HRV) bestimmt (*Schmidt-Kessel/Leutner/Müther*, HandelsregisterR, § 8 HGB Rdnr. 4). Nach § 43 Nr. 6 lit. a ist in Abteilung B des Handelsregisters in Spalte 6 unter Buchstabe a jede Änderung der Satzung (vgl. §§ 179, 181 Abs. 1 AktG) nachträglich einzutragen (*Melchior/Schulte*, HRV, 2. Aufl., § 43 Rdnr. 30), wobei eine allgemeine Bezeichnung des Gegenstandes der Änderung ge-

nügt. Es sind keine Einzelheiten einer beschlossenen Änderung in den Eintragungstext aufzunehmen, es sei denn die Änderung betrifft eine ausdrücklich anzunehmende und einzutragende Tatsache (Firma, Sitz, Gegenstand, Zeitdauer, Vertretungsregelung). Für alle anderen Bestandteile gilt: Enthalten Satzung oder Gesellschaftsvertrag einzelne schlagwortartige Überschriften, etwa „Stammkapital“ oder „Gesellschaftsanteil“, so können diese Überschriften auch für die Eintragung verwendet werden (*Melchior/Schulte*, HRV, 2. Aufl., § 43 Rdnr. 31). Zwingend ist dies indes nicht. Hat zum Beispiel der geänderte Paragraph eines Gesellschaftsvertrages die Überschrift „Gesellschafterversammlung“ ist aber hierin nur der Absatz über das Stimmrecht geändert worden, so entspricht es regelmäßig pflichtgemäßem Ermessen, in der Eintragung die konkrete Änderung beim Namen zu nennen. Dies gilt erst recht, wenn etwa unter der Überschrift „Schlussbestimmungen“ das Geschäftsjahr oder die Bekanntmachungsblätter der Gesellschaft geregelt – besser gesagt versteckt sind (*Melchior/Schulte*, HRV, 2. Aufl., § 43 Rdnr. 31). Sind entsprechende Überschriften nicht vorhanden, so hat das Registergericht im Eintragungstext eine schlagwortartige Kennzeichnung vorzunehmen.

Ob und inwieweit allerdings der Umstand, dass die Angabe des Gegenstandes der Änderung des Gesellschaftsvertrages als solche dem Registergericht durch § 43 Nr. 6 lit. a HRV zur Pflicht gemacht wird (*MünchKommAktG/Stein*, 3. Aufl., § 181 Rdnr. 59), dazu führt, dass Defizite in diesem Bereich die Wirksamkeit der Eintragung tangieren (ablehnend *Hüffer*, AktG, 10. Aufl., § 181 Rdnr. 20), ist hiermit nicht gesagt, bedarf aber hier auch keiner vertieften Untersuchung.

bb) Nach § 181 Abs. 2, § 39 AktG genügt außerhalb der anzugebenden Essentialia (Firma, Sitz, Unternehmensgegenstand, Höhe des Grundkapitals, Zeitdauer, Vertretungsbefugnis, genehmigtes Kapital) für andere vom Vorstand anzumeldende Satzungsänderungen bei der Eintragung die Bezugnahme auf die beim Gericht eingereichten Urkunden, § 181 Abs. 2 AktG.

c) Die hier in Rede stehende Eintragung ist unter beiden genannten Voraussetzungen zu beanstanden, ohne dass es einer Klärung bedarf, in welchem Verhältnis die Vorschriften der HRV, namentlich § 43 Nr. 6a HRV, zu § 181 Abs. 2, § 39 AktG stehen. Denn auch den weniger strengen Anforderungen der Vorschriften des AktG trägt der Verlautbarungsgehalt der Eintragung des Registergerichts vom 17.5.2013 nicht Rechnung.

aa) Die Gesellschaft bemängelt zu Recht, dass die Handelsregistereintragung vom 17.5.2013 den Umfang der Satzungsänderungen nicht hinreichend erkennen lässt. Denn es fehlt vollständig an einem Hinweis auf die weiter geänderten Satzungsbestimmungen (§§ 3, 16, 17, 19, 20, 21 und 22). Diese sind nach § 43 Nr. 6a HRV in Spalte 6 lit. a – jedenfalls unter allgemeiner Bezeichnung des Änderungsgegenstandes – zwingend in den Eintragungstext aufzunehmen, wobei – soweit ersichtlich – nichts dagegen spricht, die entsprechenden Satzungsbestimmungen unter Angabe der Paragraphen und – hier vorhandenen – schlagwortartigen Überschriften einzutragen.

bb) Ob eine Bezugnahme auf das Protokoll der Hauptversammlung bei der Eintragung mit Blick auf § 181 Abs. 2, § 39 AktG dazu führen würde, dass der Registerrichter die ihm zufallenden Aufgaben der Prüfung und Eintragung auch der Änderungen zu §§ 3, 16, 17, 19, 20, 21 und 22 der Satzung gemäß den gesetzlichen Erfordernissen erfüllt hätte, mag offen bleiben.

Denn auch eine solche Bezugnahme ist durch die Eintragung nicht verlaubar. Die Erwähnung, dass die Hauptversammlung vom 13.5.2013 die Änderung der Satzung beschlossen



und dabei § 4 (Höhe und Einteilung des Grundkapitals, Genehmigtes Kapital) um einen Abs. 3 ergänzt (genehmigtes Kapital) und § 4a (Genehmigtes Kapital) aufgehoben hat und durch Beschluss des Aufsichtsrats vom 13.5.2013 § 2 und damit der Unternehmensgegenstand geändert wurde, enthält weder ausdrücklich noch konkludent eine Bezugnahme auf den Hauptversammlungsbeschluss vom 13.5.2013 bezüglich der unter diesem Datum zur Eintragung in das Handelsregister angemeldeten weiteren Änderungen zu §§ 3, 16 Abs. 2, 17, 19, 20 Abs. 2, 21 und 22 der Satzung.

3. Der Gesellschaft ist nach dem Vorgesagten dahin zuzustimmen, dass ohne die Gefahr der Unübersichtlichkeit des Registers ein wie folgt lautender Zusatz zur Klarheit führen und der den Registerrichter bindenden Vorschrift des § 43 Nr. 6a HRV – ohne die Besorgnis der Unvereinbarkeit mit anderen Vorschriften – Rechnung tragen könnte:

„Ferner wurden § 3 (Bekanntmachungen und Mitteilungen der Gesellschaft), § 16 (Ort und Bekanntmachung), § 17 (Teilnahmerecht), § 19 (Vorsitz), § 20 (Beschlussfassung), § 21 (Wahlen) und § 22 (Jahresabschluss und Lagebericht) der Satzung geändert.“

Hierbei ist diese Formulierung nicht zwingend, sondern steht im pflichtgemäßen Ermessen des Registergerichts (vgl. KG, NJW-RR 2001, 173; *Krafka/Willer/Kühn*, RegisterR, Rdnr. 173, 206), so dass eine Anweisung mit diesem Wortlaut vom Senat nicht auszusprechen ist.

(...)

### Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

14. AnfG § 3 Abs. 1 Satz 1, InsO § 3 Abs. 1 Satz 2, § 17 Abs. 2 Satz 2, § 18 Abs. 2 (*Zur Frage der vorsätzlichen Benachteiligung bei einem Rechtsgeschäft unter Angehörigen*)

#### 1. Zur Frage der vorsätzlichen Benachteiligung bei einem Rechtsgeschäft unter Angehörigen.

(Amtlicher Leitsatz)

#### 2. Bestehen eindeutige Beweisanzeichen für einen Gläubigerbenachteiligungsvorsatz sind mögliche andere Zwecke, die der Schuldner mit der Vornahme der anfechtbaren Rechtshandlung außerdem verfolgt haben könnte, ohne Belang.

(Leitsatz der Schriftleitung)

BGH, Urteil vom 10.7.2014, IX ZR 50/12

Am 22.8.2001 erwirkte der Kläger gegen den Sohn der Beklagten (fortan: Schuldner) in einem Vorprozess ein Versäumnisurteil, durch welches der Schuldner zur Zahlung von 28.250 DM verurteilt wurde. Das Versäumnisurteil wurde im Einspruchsverfahren nach Durchführung einer Beweisaufnahme mit Urteil vom 25.7.2003 aufgehoben und die Klage abgewiesen. In dem nachfolgenden Restitutionsverfahren erreichte der Kläger eine Aufhebung des klageabweisenden Urteils, weil es durch eine von dem Schuldner veranlasste Falschaussage erwirkt worden war; der Schuldner wurde mit Urteil des LG Hannover vom 12.6.2009 zur Zahlung von 15.711,44 € sowie 899,40 € zuzüglich Zinsen und Kosten an den Kläger verurteilt. Daneben stehen dem Kläger weitere vollstreckbare Forderungen aufgrund von zwei Kostenfestsetzungsbeschlüssen zu. Die Vollstreckung in das Vermögen des Schuldners, der am 3.3.2010 die eidesstattliche Versicherung abgegeben hat, verlief erfolglos.

Die verfahrensgegenständliche Eigentumswohnung gehörte zunächst dem Schuldner. Mit notariellem Vertrag vom 27.3.2003 übertrug er das Wohnungseigentum auf die Beklagte, welche die noch valu-

tierenden Grundpfandrechte übernahm und dem Schuldner ein lebenslanges, unentgeltliches Wohnrecht einräumte. Ferner war die Belastung der Immobilie an die vorherige Zustimmung des Schuldners geknüpft.

Im März 2010 hat der Kläger die Duldung der Zwangsvollstreckung in das Wohnungseigentum der Beklagten beantragt. Die Klage ist in den Vorinstanzen ohne Erfolg geblieben. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Begehren weiter.

*Aus den Gründen:*

Die Revision ist begründet.

(...)

Die Voraussetzungen des allein in Betracht kommenden Anfechtungstatbestandes der vorsätzlichen Gläubigerbenachteiligung nach § 3 Abs. 1 AnfG, der eine Anfechtungsfrist von zehn Jahren vorsieht, sind erfüllt. Dem Kläger steht der geltend gemachte Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung in den streitgegenständlichen Grundbesitz nach § 1 Abs. 1 Satz 1 AnfG zu (vgl. BGH, Urteil vom 17.7.2008, IX ZR 245/06, ZIP 2008, 2136 Rdnr. 8, 12).

1. An der Anfechtungsberechtigung des Klägers nach § 2 AnfG bestehen keine Zweifel. Aufgrund des Urteils des LG Hannover vom 12.6.2009 und der Kostenfestsetzungsbeschlüsse vom 11.12.2009 ist er Gläubiger mehrerer vollstreckbarer Schuldtitel und fälliger Forderungen gegen den Schuldner. Die Zwangsvollstreckung in das Vermögen blieb nach Abgabe der am 3.3.2010 geleisteten eidesstattlichen Versicherung des Schuldners erfolglos.

2. Die Beklagte bestreitet darüber hinaus selbst nicht, dass der Grundstücksübertragungsvertrag zu einer objektiven Benachteiligung von Gläubigern des Schuldners gemäß § 1 AnfG führte. Der Kläger hätte ohne die angefochtene Rechtshandlung die Zwangsvollstreckung in den Grundbesitz des Schuldners wegen seiner Forderungen betreiben können. Es ist nicht ersichtlich, dass der im Rahmen einer Zwangsvollstreckung in den Grundbesitz erzielbare Erlös nicht zu einer Befriedigung des Klägers hätte führen können (vgl. BGH, Urteil vom 20.10.2005, IX ZR 276/02, ZIP 2006, 387 Rdnr. 7). Die Gegenleistungen der Beklagten verschafften den Gläubigern zudem keinen Ausgleich an haftendem Vermögen, auch nicht die Einräumung eines unentgeltlichen Wohnrechts auf Lebenszeit zugunsten des Schuldners. Die Überlassung des Wohnrechts an Dritte wurde nicht gestattet, so dass die Zwangsvollstreckung in das Wohnungsrecht gemäß § 857 Abs. 3 ZPO ausgeschlossen ist (vgl. BGH, Urteil vom 13.7.1995, IX ZR 81/94, BGHZ 130, 314, 318; vom 18.12.2008, IX ZR 79/07, NZI 2009, 239 Rdnr. 11).

3. Entgegen der Annahme des Berufungsgerichts handelte der Schuldner zum Zeitpunkt der Vornahme der angefochtenen Rechtshandlung mit dem erforderlichen Gläubigerbenachteiligungsvorsatz.

a) Nach § 3 Abs. 1 Satz 1 AnfG ist eine vorsätzliche Benachteiligung erforderlich. Hierfür genügt ein bedingter Vorsatz des Schuldners. Dass der Schuldner mit dem Ziel gehandelt hat, seine Gläubiger zu benachteiligen, ist nicht geboten. Vielmehr liegt ein Benachteiligungsvorsatz schon dann vor, wenn der Schuldner bei einem auf einen anderen Zweck gerichteten Handeln die Benachteiligung als mögliche Folge seines Handelns erkennt und billigend in Kauf nimmt (BGH, Urteil vom 13.7.1995, a. a. O., S. 319; vom 17.12.1998, IX ZR 196/97, NJW 1999, 1395, 1397; vom 20.10.2005, a. a. O., Rdnr. 16; MünchKommAnfG/Kirchhof, § 3 Rdnr. 14 ff.; *Huber*, AnfG, 10. Aufl., § 3 Rdnr. 21; *Paulus in Kübler/Prütting/Bork*, InsO,

1998, § 3 AnfG Rdnr. 6). Für dieses Bewusstsein reicht es aus, dass der Schuldner den Ausfall weiterer Gläubiger für möglich hält und er sich trotz dieser Kenntnis nicht von seinem Handeln abhalten lässt (MünchKommAnfG/Kirchhof, a. a. O., Rdnr. 16).

Die Beweislast für den Benachteiligungsvorsatz des Schuldners liegt beim anfechtenden Gläubiger (Huber, a. a. O., Rdnr. 30). Allerdings kann dieses subjektive Tatbestandsmerkmal – weil es sich um eine innere, dem Beweis nur schwer zugängliche Tatsache handelt – meist nur mittelbar aus objektiven Tatsachen hergeleitet werden (vgl. BGH, Urteile vom 13.8.2009, IX ZR 159/06, NZI 2009, 768 Rdnr. 8; vom 7.11.2013, IX ZR 248/12, WM 2013, 2233 Rdnr. 7 m. w. N.; MünchKommAnfG/Kirchhof, a. a. O., Rdnr. 47; Huber, a. a. O., Rdnr. 24). Im Rahmen einer Gesamtwürdigung nach § 286 ZPO sind die maßgeblichen Umstände des Einzelfalles zu prüfen, welche als Erfahrungswerte für und gegen den Benachteiligungsvorsatz des Schuldners sprechen. Indizielle Bedeutung können neben der Inkongruenz des Deckungsgeschäfts bei gleichzeitig beengten finanziellen Verhältnissen (vgl. BGH, Urteil vom 7.11.2013, a. a. O., Rdnr. 11 ff.) der Eintritt einer unmittelbaren Gläubigerbenachteiligung und das besondere Ausmaß der Beeinträchtigung haben (vgl. BGH, Urteil vom 4.12.1997, IX ZR 47/97, NJW 1998, 1561, 1563 zu § 31 KO). Gewichtiger Anhaltspunkt kann sein, dass der Schuldner sein letztes werthaltiges Grundstück auf einen Dritten überträgt (MünchKommAnfG/Kirchhof, a. a. O.). Dieses Beweisanzeichen wird durch ein Näheverhältnis zwischen dem Schuldner und dem Begünstigten noch verstärkt (MünchKommAnfG/Kirchhof, a. a. O., Rdnr. 60; vgl. auch MünchKommInsO/Kayser, 3. Aufl., § 133 Rdnr. 27).

b) Diesen Maßstäben wird die Beurteilung des Berufungsgerichts nicht gerecht.

aa) Das Beweisanzeichen der Inkongruenz kommt in der vorliegenden Fallgestaltung tatsächlich nicht in Betracht. Die Übertragung des Eigentums kann nicht als inkongruentes Deckungsgeschäft angesehen werden, weil die Beklagte hierdurch nur das erlangt hat, was aufgrund der notariellen Vereinbarung geschuldet war (vgl. BGH, Urteil vom 4.12.1997, a. a. O., S. 1562; vom 6.12.2001, IX ZR 158/00, NJW-RR 2002, 478, 480). Der Grundstücksübertragungsvertrag selbst hat nur den Anspruch auf Übertragung des Eigentums geschaffen, weshalb das Kriterium der kongruenten oder inkongruenten Deckung nicht greift.

bb) Die übrigen Feststellungen des Berufungsgerichts tragen die Annahme eines Benachteiligungsvorsatzes jedoch selbst dann, wenn von einer kongruenten Deckung der Eigentumsübertragung auszugehen sein sollte. Der erforderliche Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners hat schon bei Eingehung der später erfüllten Verpflichtung vorgelegen (vgl. MünchKommAnfG/Kirchhof, a. a. O., Rdnr. 88).

Bei der gebotenen Betrachtung des gesamten rechtsgeschäftlichen Vorgangs, der sich aus dem schuldrechtlichen Verpflichtungs- und dinglichen Erfüllungsgeschäft zusammensetzt (BGH, Urteil vom 15.12.1994, IX ZR 153/93, BGHZ 128, 184, 187), ergibt sich eine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung zugunsten einer nahen Angehörigen des Schuldners. Die Aufgabe seines Eigentums an der Wohnung zugunsten seiner Mutter wurde nicht durch gleichwertige Gegenleistungen ausgeglichen, so dass die Zugriffsmöglichkeiten der Gläubiger durch die vereinbarte Vermögensverschiebung objektiv verschlechtert wurden. Dies lässt darauf schließen, dass der Schuldner diese Folge bei Abschluss des Vertrages erkannt und zumindest billigend in Kauf genom-

men hat. Die von den Parteien gewählte Vertragsgestaltung zeigt, dass der Schuldner seinen Grundbesitz nicht endgültig aufgeben wollte, sondern nur rechtlich den Vermögenswert verschieben wollte, ohne die Vorteile der weiteren Immobiliennutzung zu verlieren. Der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Schuldner in erster Linie sich selbst oder ihm nahestehende Personen begünstigen will (MünchKommAnfG/Kirchhof, a. a. O., Rdnr. 19 f.).

Hinzu kommt das besondere Ausmaß der Gläubigerbenachteiligung. Andere bedeutsame Vermögenswerte besaß der Schuldner zur Zeit des Vertragsabschlusses nicht. Ebenso wenig verfügte er zum Zeitpunkt der Grundstücksübertragung über ein pfändbares Einkommen. Er war arbeitslos und beabsichtigte, ein Studium aufzunehmen. Es war somit bereits absehbar, dass er noch über mehrere Jahre von staatlicher oder elterlicher Unterstützung abhängig sein würde. Mit der Übertragung des Grundstücks veräußerte er seinen einzigen werthaltigen Vermögenswert, so dass den Gläubigern ein Zugriff auf pfändbares Vermögen oder Einkommen des Schuldners unmöglich gemacht wurde.

Für einen wenigstens bedingten Benachteiligungsvorsatz spricht zudem, dass der Schuldner bei Abschluss des Grundstücksübertragungsvertrages von der Forderung des Klägers und seiner jederzeit drohenden Zahlungsunfähigkeit Kenntnis hatte. Gegen ihn war bereits ein Versäumnisurteil ergangen, durch welches er zur Zahlung von 28.250 DM an den Kläger verurteilt worden war. Selbst wenn er hiergegen Einspruch erhoben hatte, ist der Prozessausgang noch ungewiss gewesen. Er musste mit einer Bestätigung der Versäumnisentscheidung rechnen und damit – mangels innerhalb von drei Wochen verfügbarer liquider Mittel und sonstiger kurzfristig verwertbarer Vermögensbestandteile (vgl. BGH, Urteil vom 12.10.2006, IX ZR 228/03, WM 2006, 2312 Rdnr. 27 f.; Kadenbach in Ahrens/Gehrlein/Ringsteiner, InsO, 2. Aufl., § 18 Rdnr. 11) – auch mit einer möglichen Zahlungsunfähigkeit. Selbst wenn er seine Wohnung nur vorsorglich – für den Fall einer Titulierung der Forderung – auf die Beklagte übertragen haben sollte, läge darin eine zumindest billigende Inkaufnahme der Benachteiligung des Klägers. Dies gilt im besonderen Maße auch angesichts der Umstände, die zu der für den Schuldner positiven Zeugenaussage geführt hatten: Nach den im Restitutionsurteil getroffenen Feststellungen hatte der Schuldner die Aussage des Zeugen durch Nötigung und Körperverletzung erzwungen. Dass der Schuldner zu derartigen Mitteln gegriffen hat, um die Titulierung der Forderung gegen sich abzuwenden, ist ein erhebliches Indiz für seinen damaligen Willen, die Durchsetzung der Forderung des Klägers um jeden Preis zu vereiteln.

cc) Angesichts dieser eindeutigen Beweisanzeichen für einen Gläubigerbenachteiligungsvorsatz sind mögliche andere Zwecke, die der Schuldner mit der Vornahme der anfechtbaren Rechtshandlung außerdem verfolgt haben könnte, ohne Belang. So mag die Grundstücksübertragung auch deshalb erfolgt sein, weil der Schuldner der Beklagten eine Alterssicherung zukommen lassen und für sich die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme öffentlicher Leistungen schaffen wollte. Solche zusätzlichen Beweggründe schließen den Benachteiligungsvorsatz nicht aus. Wenn der Schuldner bei Abschluss der Vereinbarung wusste, dass er damit den Kläger und andere Gläubiger benachteiligte und sich trotz der Vorstellung dieser Möglichkeit nicht von seinem Handeln abhalten ließ, ist die Schlussfolgerung auf einen zumindest bedingten Vorsatz des Schuldners gerechtfertigt (vgl. BGH, Urteil vom 27.5.2003, IX ZR 169/02, ZIP 2003, 1506, 1509).

4. Die objektiven Umstände lassen zudem darauf schließen, dass die Beklagte Kenntnis vom Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners hatte.

a) Die Kenntnis vom Vorsatz des Schuldners im Sinne von § 3 Abs. 1 Satz 1 AnfG hat der Anfechtungsgegner, wenn er hiervon sicher wusste, also sowohl die Gläubigerbenachteiligung als auch den darauf gerichteten Willen des Schuldners erkannt hat (MünchKommAnfG/Kirchhof, a. a. O., Rdnr. 29). Bloßes Annehmen oder Kennenmüssen genügt ebenso wenig wie eine grob fahrlässige Unkenntnis des Anfechtungsgegners (Huber, a. a. O., Rdnr. 27). Auch insoweit obliegt dem anfechtenden Gläubiger die Beweislast, wobei er sich auch hier auf Beweisanzeichen stützen kann (Huber, a. a. O., Rdnr. 30 ff.). Zudem wird nach § 3 Abs. 1 Satz 2 AnfG die Kenntnis des Anfechtungsgegners vermutet, wenn er von der drohenden Zahlungsunfähigkeit des Schuldners gemäß § 18 Abs. 2 InsO und der objektiven Gläubigerbenachteiligung der Handlung wusste. Kannte der Anfechtungsgegner Umstände, die zwingend auf eine mindestens drohende Zahlungsunfähigkeit des Schuldners schließen ließen, ist zu vermuten, dass er auch die drohende Zahlungsunfähigkeit selbst kannte (BGH, Urteil vom 17.7.2003, IX ZR 272/02, ZIP 2003, 1799, 1801; Huber, a. a. O., Rdnr. 29). Für diesen zwingenden Schluss ist es erforderlich, aber auch ausreichend, dass sich der Anfechtungsgegner aus der Sicht eines redlich Denkenden, der vom Gedanken auf den eigenen Vorteil nicht beeinflusst ist, angesichts der bekannten Tatsachen nicht der Einsicht verschließen konnte, dem Schuldner drohe die Zahlungsunfähigkeit (vgl. BGH, Urteil vom 19.2.2009, IX ZR 62/08, BGHZ 180, 63 Rdnr. 14 zu § 17 Abs. 2 Satz 2 InsO).

b) Die Kenntnis der Beklagten von dem Benachteiligungsvorsatz des Schuldners ist bei den gegebenen Umständen nach § 3 Abs. 1 Satz 2 InsO zu vermuten. Das Berufungsgericht hat festgestellt, dass die Beklagte bei Abschluss des Grundstücksübertragungsvertrags davon ausgegangen war, ihr Sohn werde die Kosten für die Wohnung nicht mehr aufbringen können. Auch waren ihr die Auseinandersetzungen zwischen ihm und dem Kläger bekannt. Bei ihrer Anhörung hat sie erklärt, Kenntnis davon erlangt zu haben, dass ihr Sohn zu einer Zahlung an den Kläger verurteilt worden war. Sie hatte demnach aufgrund der ihr bekannten Umstände angenommen, dass dem Schuldner die Zahlungsunfähigkeit drohte. Dabei wusste sie von wenigstens einem Gläubiger ihres Sohnes, dessen objektive Benachteiligung durch die Veräußerung des einzigen Vermögenswertes des Schuldners auf der Hand lag. Auch bei laienhafter Wertung kann sich die Beklagte nicht der Erkenntnis verschließen haben, dass diesem Gläubiger das einzige mögliche Zugriffsobjekt für den Fall einer Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners entzogen wurde. Dazu, dass diese Kenntnis später entfallen ist, hat die insoweit darlegungs- und beweispflichtige Beklagte nichts vorgetragen. Genauerer rechtlicher Kenntnisse bedurfte es für diesen zwingenden Rückschluss auf die objektive Gläubigerbenachteiligung nicht.

Der Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte habe wegen ihrer langjährigen finanziellen Unterstützung des Sohnes möglicherweise gemeint, einen Anspruch auf Übertragung der Wohnung gehabt zu haben, spricht nicht gegen ihre Kenntnis vom Benachteiligungsvorsatz des Schuldners. Gleiches gilt für den Beweggrund einer zusätzlichen Alterssicherung. Es kommt nicht darauf an, was die Beklagte dazu bewegen hat, sich auf das angefochtene Rechtsgeschäft einzulassen. Maßgeblich ist vielmehr, ob sie den Beweggrund des Schuldners, seine Gläubiger benachteiligen zu wollen,

erkannt hat. Dies ist angesichts ihres Wissens um die drohende Zahlungsunfähigkeit ihres Sohnes und um den unmittelbar durch das Rechtsgeschäft benachteiligten Gläubiger zu vermuten. Konkrete Kenntnisse von den wirtschaftlichen Verhältnissen des Sohnes im Einzelnen sowie der genauen Höhe der Forderungen des Klägers bedurfte es hierbei nicht.

(...)

#### Anmerkung:

Es geht um eine Vermögensverschiebung zwischen nahestehenden Personen, deren Brisanz sich erst bei Kenntnis auch der Vorgeschichte erschließt (I.). Die Pointe des Falles liegt bei den schon formal, also unabhängig von der Sachfrage misslungenen Entscheidungsgründen des Berufungsurteils, was die Revisionsentscheidung umso überzeugender macht (II.), deren Kernaussagen schließlich an Stelle des amtlichen, aber wenig ergiebigen „Zur-Leitsatzes“ zusammengefasst werden (III.). Die Anmerkung endet mit Betrachtungen zum bekanntlich sehr streitigen Problem der notariellen Belehrungspflicht bei Risiko einer Anfechtbarkeit von Rechtsgeschäften nach AnfG oder InsO (IV.).

### I. Vorgeschichte und Gläubigeranfechtungsprozess

Der Gläubiger hatte schon 2001 ein Versäumnisurteil über (damals noch) ca. 28.000 DM erlangt, das nach Einspruch und Beweisaufnahme aber aufgehoben und die Klage durch Urteil vom 25.7.2003 abgewiesen wurde. Im Jahr 2009 erreichte der Gläubiger dann jedoch im Restitutionsprozess die Aufhebung dieser Entscheidung, weil sie durch eine vom Schuldner veranlasste falsche Zeugenaussage erwirkt worden war und die (erneute) Verurteilung einschließlich Zinsen zu (jetzt) ca. 20.000 €. Die Vollstreckung dieses Zahlungstitels zuzüglich zweier Kostenfestsetzungsbeschlüsse blieb beim Schuldner allerdings erfolglos, weil dieser seine Eigentumswohnung (seinen einzigen Vermögensgegenstand) bereits durch notariellen Vertrag vom 27.3.2003 auf seine Mutter gegen Übernahme der Grundpfandrechte und Einräumung eines lebenslangen unentgeltlichen Wohnrechts für sich selbst übertragen hatte. Außerdem gab der Schuldner am 3.3.2010 die eidesstattliche Versicherung ab.

Noch im März 2010 nahm deshalb der Kläger als anfechtungsberechtigter Gläubiger die Erwerberin (Mutter des Schuldners, nun Beklagte) auf Duldung der Zwangsvollstreckung aus den genannten Titeln unter dem Gesichtspunkt der Vorsatzanfechtung in Anspruch, scheiterte damit aber in den Tatsacheninstanzen.

### II. Entscheidungsgründe des Urteils zweiter Instanz und Bewertung

Laut OLG ließ sich „bei wertender Betrachtung aller Indizien“ weder ein Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners noch eine Kenntnis der Beklagten feststellen. Es verneinte Ersteres, weil

- kein inkongruentes Deckungsgeschäft vorgelegen habe,
- die Übertragung aufgrund des Notarvertrages geschuldet gewesen und außerdem nicht ohne Gegenleistung erfolgt sei,
- es am erforderlichen zeitlichen Zusammenhang gefehlt habe (Eigentumsübertragung noch vor Klageabweisung im Vorprozess),



- für ihn trotz Zahlungsklage/Versäumnisurteil und Vermögenslosigkeit (Unterstützungsbedürftigkeit durch die Eltern als Student) die Beweisanzeichen der Zahlungsunfähigkeit bzw. drohenden Zahlungsunfähigkeit ausgeschieden seien, nachdem
- nicht gezahlte Verbindlichkeiten weder ersichtlich noch vorgetragen gewesen seien.

Und eine Kenntnis der Beklagten vom Gläubigerbenachteiligungsvorsatz wurde mit der Begründung verneint, das Gericht habe nicht ausschließen können, diese sei subjektiv davon überzeugt gewesen, nach jahrelanger finanzieller Unterstützung des Sohnes und ihrer Hilfe bei der Finanzierung des Wohnungseigentums einen Anspruch auf Übertragung des Eigentums gehabt zu haben.

Eine solche Argumentation widerspricht schon formal – unabhängig von ihrer sachlichen Richtig-/Unrichtigkeit – der für die tatrichterliche Urteilsabfassung ganz zentralen Regel:<sup>1</sup> Die zu Indizien getroffenen Feststellungen dürfen nie negativ, sondern müssen stets positiv formuliert werden! Was nicht ist oder was fehlt, hat keine Bedeutung; denn streitige, aber unbewiesene (mögliche) Indiztatsachen bleiben ohnehin außer Betracht, können also gerade nicht in eine „wertende Betrachtung aller Indizien“ (so OLG) einbezogen werden.<sup>2</sup>

### III. Entscheidungsgründe des Revisionsurteils und Bewertung

Ganz anders der IX. Zivilsenat des BGH, der zunächst die objektive Gläubigerbenachteiligung auch wegen des auf das Wohnungsrecht gemäß § 857 Abs. 3 ZPO ausgeschlossenen Zugriffs darlegt und dann zum Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners meint,

- indizielle Bedeutung komme – neben einer Inkongruenz einer Deckung – beengten finanziellen Verhältnissen zu und zwar verstärkt, wenn der Schuldner sein letztes werthaltiges Grundstück übertrage und nochmals verstärkt durch ein Näheverhältnis zwischen ihm und dem Begünstigten;
- aber auch ohne Inkongruenz und selbst bei Auslegung der Eigentumsübertragung als kongruent ergebe sich eine „unmittelbare Gläubigerbenachteiligung zugunsten einer nahen Angehörigen“, weil die Vertragsgestaltung zeige, dass der Schuldner seinen Grundbesitz nicht endgültig habe aufgeben, sondern nur habe verschieben wollen, ohne die Vorteile der weiteren Immobiliennutzung zu verlieren,
- wobei das Ausmaß der Gläubigerbenachteiligung hinzu komme (Unpfändbarkeit, Arbeitslosigkeit, Abhängigkeit von elterlicher Unterstützung als Studienanfänger auf viele Jahre hinaus, Weggabe des einzig werthaltigen Vermögensgegenstandes) und schließlich,
- dass vom Schuldner nach den Feststellungen im Restitutionsurteil die für ihn günstige Zeugenaussage im Vorprozess durch Nötigung und Körperverletzung erzwungen worden war.

Und zur Kenntnis der Beklagten sagt der Senat

- das Berufungsgericht habe selbst festgestellt, die Beklagte sei bei Abschluss des Grundstücksübertragungsvertrags davon ausgegangen, ihr Sohn werde die Kosten für die Wohnung nicht aufbringen können,
- außerdem seien ihr der Vorprozess des Klägers und das Versäumnisurteil, also die Umstände für eine drohende Zahlungsunfähigkeit ihres Sohnes, bekannt gewesen, folglich habe sie auch
- gewusst, dass wenigstens ein Gläubiger durch die Übertragung des einzigen Zugriffsobjektivs benachteiligt werde,
- weshalb es nicht darauf ankomme, was die Beklagte bewogen habe, sich auf das angefochtene Rechtsgeschäft einzulassen;
- maßgeblich sei nur, dass sie den Beweggrund des Schuldners, seine Gläubiger zu benachteiligen, erkannt habe.

Damit hat der BGH trefflich vorgemacht, wie eine Begründung *lege artis* auszusehen hat. Deshalb bleibt dem Rezensenten nur zu bemerken, *quod erat demonstrandum!*

### IV. Kernaussagen nach vom Verfasser formulierten Leitsätzen

1. Ein gewichtiger Anhaltspunkt für den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners kann die Übertragung seines letzten werthaltigen Grundstücks auf einen Dritte sein, wobei dieses Beweisanzeichen durch das Näheverhältnis zwischen beiden noch verstärkt wird.
2. Selbst bei Kongruenz der Deckung ergibt sich bei gebotener Betrachtung des gesamten rechtsgeschäftlichen Vorgangs (Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft) eine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung zugunsten eines nahen Angehörigen des Schuldners, wenn die gewählte Vertragsgestaltung zeigt, dass dieser seinen Grundbesitz nicht endgültig aufgeben, sondern nur rechtlich verschieben wollte, ohne die Vorteile einer weiteren Immobiliennutzung (hier durch lebenslanges, unentgeltliches Wohnrecht) zu verlieren.
3. Weiteres Indiz ist das Ausmaß der Gläubigerbenachteiligung wegen der Arbeitslosigkeit des Schuldners und seiner auf Jahre hinaus absehbare Unterstützungsbedürftigkeit während des erst begonnenen Studiums durch die Eltern. Hinzu kommt der gegen ihn geführte Zahlungsprozess trotz einer späteren Klageabweisung, wenn der Schuldner wusste, dass Grundlage dafür eine von ihm erzwungene falsche Zeugenaussage war.
4. Kennt der Anfechtungsgegner als naher Angehöriger die Arbeits- und Vermögenslosigkeit sowie die Unterstützungsbedürftigkeit des Schuldners und weiß er weiter, dass dieser trotz einer gegen ihn geführten Zahlungsklage eines Gläubigers mit der Eigentumsübertragung den einzig werthaltigen Vermögensgegenstand weggibt, kann er sich nicht der Erkenntnis verschließen, dem Schuldner drohe die Zahlungsunfähigkeit.
5. In einem solchen Fall greift deshalb zu seinen Lasten die Vermutung des § 3 Abs. 1 Satz 2 AnfG ein.

<sup>1</sup> Ausführlich zu Indiztatsachen und ihre Beweiskraft im insolvenzrechtlichen Anfechtungsprozess, *Huber*, ZInsO 2012, 53 ff.

<sup>2</sup> *Huber*, a. a. O., 55 f.

## V. Notarielle Belehrungspflicht bei Risiko einer Anfechtbarkeit von Rechtsgeschäften nach AnfG und InsO

Dabei handelt es sich um ein bekanntlich sehr Streitiges Problem.<sup>3</sup> Die Tendenzen im Schrifttum gehen von einer generellen Ablehnung einer Belehrungspflicht<sup>4</sup> über unterschiedlich differenzierende Meinungen<sup>5</sup> bis hin zur „modernerer“ und richtigen (!), nämlich der in der vorletzten Fußnote zitierten Auffassung. Nach dieser ist jedenfalls für die Einzelgläubigeranfechtung – bei der Insolvenzanfechtung liegen die Dinge etwas anders, was hier offenbleiben muss – zu unterscheiden zwischen

- der Rechtsbelehrungspflicht nach § 17 Abs. 1 BeurkG und
- der sog. erweiterten Belehrungspflicht bzw. Belehrung aus Betreuungsverpflichtung oder – noch konkreter gesagt – der Schadensverhinderungsbefähigung in Bezug auf eine Anfechtbarkeit des beurkundeten Rechtsgeschäfts.

Und genau Letzteres trifft auf den besprochenen Fall doch eindrucksvoll zu! Denn der Notar kannte jedenfalls Vermögenslosigkeit und Unterstützungsbedürftigkeit des Veräußerers sowie die Weggabe des einzig werthaltigen Vermögensgegenstandes an den Erwerber samt dem Näheverhältnisses zwischen beiden (Sohn und Mutter). Auf seine Kenntnis/Unkenntnis von einer Verbindlichkeit des Zuwendenden kam es ohnehin nicht an, weil das Entstehen eines Anfechtungsanspruchs nicht voraussetzt, dass es überhaupt schon Gläubiger (geschweige denn unbefriedigte) des Zuwendenden gibt.<sup>6</sup> Folgt man dem, musste der Notar bei der Beurkundung (27.3.2003) die unmittelbar Beteiligten (Mutter und Sohn) sowohl über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung wie über das daraus folgende Anfechtungsrisiko nach § 4 und § 3 Abs. 1 (Satz 1 und Satz 2!) AnfG belehren.<sup>7</sup> Entgeltlich war das Rechtsgeschäft – entgegen der nicht näher begründeten Meinung des OLG – nämlich nicht; die Übernahme der Grundpfandrechte durch den Erwerber hat mit der Frage entgeltlich/unentgeltlich nichts zu tun, gehört vielmehr zum Problem der objektiven Gläubigerbenachteiligung (§ 1 Abs. 1 AnfG) wegen einer möglicherweise wertausschöpfenden Belastung.<sup>8</sup> Und Vorbehalt oder Einräumung eines Nießbrauchs zugunsten des Zuwendenden (hier: Sohn) ist keine Gegenleistung im rechtlichen Sinn, weil das den Vorteil für den Beschenkten (hier: Mutter) nur mindert, aber nicht ausgleicht.<sup>9</sup>

<sup>3</sup> Vgl. dazu näher den dreigeteilten Beitrag von *Huber/Armbruster*, NotBZ 2011, 206 ff. (zu den für die notarielle Praxis wichtigsten anfechtungsrechtlichen Grundsätzen), 233 ff. (zu typischen Problemlagen bei einzelnen Anfechtungstatbeständen nach „aufsteigendem“ Anfechtungsrisiko geordnet) und 309 ff. (zur notariellen Belehrungspflicht im Hinblick auf Insolvenz- und Einzelgläubigeranfechtung); grundlegend *Armbruster*, Gläubigeranfechtung und Beurkundungsverfahren, (Diss. Passau) 2011, Schriftenreihe NotRV Band 34.

<sup>4</sup> Vor allem *Ganter*, DNotZ 2004, 421, 424.

<sup>5</sup> Übersicht m. w. N. bei *Reull/Heckschen/Wienberg*, Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis, 2. Aufl. 2012, S. 189 ff.

<sup>6</sup> BGH, Urteil vom 13.8.2009, IX ZR 159/06, DNotZ 2010, 286 = NZI 2010, 768 m. Anm. *Huber* = MittBayNot 2010, 149 m. abl. Anm. *Lotter*.

<sup>7</sup> Formulierungsvorschlag *Reull/Heckschen/Wienberg*, a. a. O., S. 190; *Huber/Armbruster*, NotZB 2011, 317.

<sup>8</sup> Näher dazu *Huber*, ZfIR 2008, 313.

<sup>9</sup> So schon BGH, Urteil vom 4.3.1999, IX ZR 63/98, BGHZ 141, 96, 102.

Auf Inhalt und Umfang der notariellen Belehrungspflicht bei entgeltlichen Rechtsgeschäften, also insbesondere bei Grundstückskaufverträgen,<sup>10</sup> kann hier nicht eingegangen werden. Für beide Fälle (entgeltlicher und unentgeltlicher Erwerb) gilt aber: Gegen den durch ein solches Rechtsgeschäft nur mittelbar Betroffenen (Gläubiger des Veräußerers/Zuwendenden) scheidet eine erweiterte Belehrungspflicht entweder von vornherein aus<sup>11</sup> oder jedenfalls unabhängig vom dargestellten Meinungsstreit so lange, als dem Notar dessen Identität unbekannt ist; eine Nachforschungspflicht trifft ihn nicht.

Präsident des LG Prof. Dr. *Michael Huber*, Passau

<sup>10</sup> Zu Voraussetzung und Wirkungen der Anfechtung durch Gläubiger des Verkäufers s. ausf. *Amann*, DNotZ 2010, 246 ff.

<sup>11</sup> Beck'sches Notarhandbuch/*Bernhard*, 5. Aufl. 2009, Abschn. G Rdnr. 132 ff.

## Beurkundungs- und Notarrecht

15. BNotO §§ 64a, 113 Abs. 6, 19, VwVfG § 35, BayVwVfG Art. 35, BGB §§ 314, 626, GG Art. 12, AEUV Art. 45, 49, RL 2008/104/EG Art. 10 Abs. 2 Satz 1 (*Zum Anspruch des Notars auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über den Widerruf einer Zuweisung eines fachkundigen Mitarbeiters durch die Notarkasse*)

### Zum Anspruch des Notars auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über den Widerruf einer Zuweisung eines fachkundigen Mitarbeiters durch die Notarkasse.

BGH, Beschluss vom 21.7.2014, NotZ (Brfg) 15/13

Die Kläger sind zur gemeinsamen Berufsausübung verbundene bayerische Notare. Die beklagte Notarkasse beschäftigt gemäß Art. 2 Abs. 2 ihrer Satzung (Amtliches Mitteilungsblatt der Landesnotarkammer Bayern und der Notarkasse 2006, S. 6) fachkundige Mitarbeiter, die sie den Notaren in ihrem Tätigkeitsbereich zur Dienstleistung zuweist.

Die Beklagte weist den einzelnen Notariaten Regelstellen zu, wobei jede Notarstelle mindestens eine und höchstens zwei, jedes Doppelamt mindestens zwei und höchstens vier Stellen erhält. Ob eine zweite Regelstelle zugewiesen wird, hängt entsprechend der Richtlinien, die der Verwaltungsrat der Beklagten erlassen hat, von der Zahl der im Notariat vorgenommenen Beurkundungen ab. Mit den etwa 800 von der Beklagten beschäftigten fachkundigen Mitarbeitern können nicht alle Regelstellen besetzt werden. Im Notariat (Doppelamt) der Kläger ist nur eine Regelstelle besetzt, seit die Beklagte eine weitere, den Klägern zugewiesene Mitarbeiterin – mit Zustimmung der Kläger – zum 1.8.2012 einem anderen Notar zugewiesen hat. Die Kläger wünschen die Wiederbesetzung der frei gewordenen Stelle. Gegen einen von der Beklagten vorgesehenen Mitarbeiter erhoben sie allerdings Bedenken, worauf die Beklagte von dessen Zuweisung an die Kläger absah.

Für die Überlassung fachkundiger Mitarbeiter müssen die Notare an die Beklagte einen Besoldungsbeitrag entrichten, der jährlich in einer Abgabensatzung festgelegt wird. Im Jahr 2012 betrug der Besoldungsbeitrag für eine mit einem fachkundigen Mitarbeiter besetzte erste Regelstelle 1.900 € pro Monat und für jede weitere besetzte Regelstelle 3.800 € monatlich, wobei bei gemeinsamer Berufsausübung und Abrechnung nach der Beitragssatzung 1.900 € als Besoldungsbeitrag für eine erste Regelstelle je Notar galt. Konnte – wie im Notariat der Kläger – nicht mindestens eine Regelstelle je Notar besetzt werden, so erstattete die Beklagte nach Maßgabe des § 15 ihrer Abgabensatzung 2012 einen Teil der Aufwendungen des Notars für seine Hilfskräfte; gemäß den dazu vom Verwaltungsrat beschlossenen Richtlinien erhielten die Kläger ab August 2012 monatlich 1.330 € erstattet.

Der Besoldungsbeitrag reicht nicht aus, um die durch die Beschäftigung der fachkundigen Mitarbeiter entstehenden Kosten zu decken. Zur Deckung der restlichen Kosten und zur Finanzierung der weiteren Aufgaben erhebt die Beklagte von den Notaren gemäß ihrer jährlichen Abgabensatzung eine Staffellabgabe, deren Höhe sich nach der Höhe der dem Einzelnen im jeweiligen Jahr zustehenden abgabepflichtigen Gebühren richtet. Der prozentuale Anteil des abzuführenden Betrags an den abgabepflichtigen Gebühren stieg im Jahr 2012 stufenweise bis zu einem Höchstsatz von 50 % an, der für abgabepflichtige Gebühren von mehr als 58.200 € pro Monat galt. Mit Bescheid vom 6.3.2013 setzte die Beklagte die Staffellabgabe der Kläger für das Jahr 2012 endgültig fest.

Die Beklagte weist den fachkundigen Mitarbeiter nur mit Zustimmung des betreffenden Notars zu. Die Kläger möchten vor einer Zustimmung zur Zuweisung eines neuen fachkundigen Mitarbeiters Gewissheit darüber haben, dass sie sich ohne Einwilligung der Beklagten von dem Mitarbeiter trennen können. Ferner wenden sie sich gegen den Bescheid vom 6.3.2013, da sie die Abgabensatzung 2012 vor allem wegen der fehlenden Kostendeckung des Besoldungsbeitrags für nichtig halten. Soweit für das Zulassungsverfahren noch von Bedeutung haben die Kläger in erster Instanz beantragt, den Bescheid vom 6.3.2013 aufzuheben und festzustellen, dass sie ohne Einwilligung des Beklagten die Beschäftigung eines zugewiesenen fachkundigen Mitarbeiters beenden können. Diesen Anträgen hat das OLG nur insoweit entsprochen, als es festgestellt hat, dass die Kläger gegen die Beklagte einen Anspruch auf Aufhebung der Zuweisung eines fachkundigen Mitarbeiters haben, wenn im Verhältnis zwischen den Klägern und dem fachkundigen Mitarbeiter die Voraussetzungen des § 626 BGB vorliegen und sie dies und die den wichtigen Grund stützenden Umstände der Beklagten so rechtzeitig mitgeteilt und belegt haben, dass die Beklagte ihrerseits die Möglichkeit hat, ihr Arbeitsverhältnis mit dem fachkundigen Mitarbeiter fristlos zu beenden. Im Übrigen hat das OLG die Klage, soweit sie Gegenstand des Zulassungsverfahrens ist, abgewiesen.

Die Kläger begehren die Zulassung der Berufung gegen die Abweisung ihrer Anfechtungsklage gegen den Bescheid vom 6.3.2013, mit dem die Staffellabgabe festgesetzt worden war, sowie gegen die teilweise Zurückweisung ihres Feststellungsantrags. Ihr angekündigter Berufungsantrag ist, was die Feststellungsklage anbelangt, darauf gerichtet – weitergehend – festzustellen, dass die Kläger ohne Einwilligung der Beklagten die Beschäftigungspflicht eines zugewiesenen fachkundigen Mitarbeiters auch dann beenden können, wenn im Verhältnis zwischen den Klägern und dem fachkundigen Mitarbeiter die Voraussetzungen des § 626 BGB nicht vorliegen. Hilfsweise soll beantragt werden festzustellen, dass die Kläger einen Anspruch gegen die Beklagte haben, den Verwaltungsakt aufgrund dessen ein fachkundiger Mitarbeiter den Klägern zur Beschäftigung zugewiesen wurde, aufzuheben, um die von der Beklagten behauptete Beschäftigungspflicht des fachkundigen Mitarbeiters zu beenden und zwar auch dann, wenn im Verhältnis zwischen den Klägern und dem fachkundigen Mitarbeiter die Voraussetzungen des § 626 BGB nicht vorliegen.

Aus den Gründen:

## II.

Der Antrag der Kläger auf Zulassung der Berufung ist unbegründet, denn er zeigt keine Zulassungsgründe (§ 111d Satz 2 BNotO, § 124 Abs. 2 VwGO) auf. Entgegen der Auffassung der Kläger bestehen im Ergebnis weder ernstliche Zweifel an der Richtigkeit der Entscheidung des OLG (§ 12 Abs. 2 Nr. 1 VwGO i. V. m. § 111d Satz 2 BNotO) noch stellen sich entscheidungserhebliche Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung (§ 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO i. V. m. § 111d Satz 2 BNotO).

### 1. Feststellungsantrag

a) Der Feststellungsantrag der Kläger ist im Haupt- und Hilfsantrag darauf gerichtet, weitergehend festzustellen, dass die Beklagte die Zuweisung zu beenden hat allein aufgrund der Entscheidung der Kläger, die Zuweisung beenden zu wollen und ohne dass die Voraussetzungen des § 626 BGB vorliegen müssen. Ein Zulassungsgrund besteht entgegen der Auffassung der Kläger nicht.

b) Die Berufung ist nicht deshalb zuzulassen, weil ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des angefochtenen Urteils bestünden (§ 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO). Dieser Zulassungsgrund liegt nach ständiger Rechtsprechung des Senats vor, wenn nach summarischer Prüfung gewichtige Gesichtspunkte gegen die Richtigkeit des Urteils sprechen. Hiervon ist auszugehen, wenn ein einzelner tragender Rechtssatz oder eine erhebliche Tatsachenfeststellung mit schlüssigen Gegenargumenten in Frage gestellt werden kann und sich ohne nähere Prüfung nicht beantworten lässt, ob die Entscheidung möglicherweise im Ergebnis auch aus einem anderen Grund richtig ist (zuletzt Senatsbeschluss vom 25.11.2013, NotZ (Brfg) 13/13, juris Rdnr. 8 m. w. N.).

So liegt der Fall hier aber nicht. Das OLG hat zu Recht dem vorbeschriebenen Feststellungsbegehren der Kläger nicht stattgegeben. Die begehrte Feststellung kann nicht getroffen werden. Weder endet die Pflicht der Kläger, den ihnen zugewiesenen fachkundigen Mitarbeiter zu beschäftigen, allein aufgrund ihrer Erklärung, das Beschäftigungsverhältnis beenden zu wollen, noch haben sie einen Anspruch auf Beendigung bzw. Aufhebung der Zuweisung eines fachkundigen Mitarbeiters, allein weil sie es wünschen.

aa) Nach § 113 Abs. 6 BNotO hat der Notar einen ihm von der Beklagten zur Dienstleistung zugewiesenen fachkundigen Mitarbeiter zu beschäftigen. Ein Anspruch auf sofortige Beendigung einer Zuweisung ergibt sich nicht aus § 113 Abs. 6 BNotO, der lediglich die Beschäftigungspflicht des Notars bezüglich des ihm zugewiesenen fachkundigen Mitarbeiters bestimmt, nicht jedoch die Voraussetzungen für die Beendigung einer Zuweisung regelt (vgl. Senatsbeschluss vom 27.6.1966, NotZ 1/66, Umdruck S. 22 n. v. zu § 113 BNotO).

Die Zuweisung eines fachkundigen Mitarbeiters ist ein Verwaltungsakt (*Bracker in Schippell/Bracker*, BNotO, 9. Aufl., § 113 Rdnr. 33 und 35). Dies folgt aus § 64a Abs. 1 BNotO i. V. m. § 35 VwVfG bzw. § 113 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1, Art. 35 BayVwVfG. Sie erfolgt nur mit Zustimmung des Notars, was zwischen den Parteien unstreitig ist. Die Entscheidung über die Zuweisung von fachkundigen Mitarbeitern (vgl. Senatsbeschluss vom 27.6.1966, NotZ 1/66, Umdruck, S. 23 f., 25 n. v.) wie auch die Entscheidung über die Beendigung einer Zuweisung (vgl. Senatsbeschluss vom 15.7.1969, NotZ 8/68, Umdruck, S. 12 ff., 17 n. v.; Art. 49 Abs. 1 VwVfG; Art. 49 Abs. 1 BayVwVfG) stehen im pflichtgemäßen Ermessen der Beklagten. Richtschnur dieser Ermessensentscheidung sind die Interessen einer geordneten Rechtspflege (vgl. §§ 1, 4, 9 Abs. 1 Satz 2, § 10 Abs. 1 Satz 3, § 10a Abs. 1 Satz 2 BNotO; Senatsbeschluss vom 27.6.1966, a. a. O., S. 26). Zu berücksichtigen sind ferner die berechtigten Interessen des betroffenen Notars wie diejenigen der fachkundigen Mitarbeiter selbst (vgl. Senatsbeschlüsse vom 15.7.1969, a. a. O., S. 17 und vom 27.6.1966, a. a. O., S. 21 f., 28 f.). Der Notar als Adressat der Entscheidung über den Widerruf der Zuweisung hat dementsprechend grundsätzlich nur einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung. Darauf ist das Feststellungsbegehren der Kläger jedoch nicht gerichtet. Der von den Klägern uneingeschränkt geltend gemachte Anspruch auf einen Widerruf besteht nur, wenn das Ermessen der Beklagten aufgrund eines besonders gelagerten Sachverhalts auf „Null“ reduziert ist. Besondere Umstände, wie sie die Kläger aufzählen, nämlich das Vorliegen von Gründen, die eine Kündigung privater Angestellter rechtfertigen könnte, sowie persönliche Gründe wie Krankheit oder betriebliche Erfordernisse sowie persönliches Fehlverhalten können im Einzelfall einen Anspruch begründen, dass die Zuweisung durch die Beklagte aufgehoben wird. So liegt der Streitfall indes nicht. Die Kläger stützen den Anspruch auf



Widerruf der Zuweisung, dessen Feststellung sie begehren, gerade nicht auf solche besonderen Umstände. Vielmehr soll festgestellt werden, dass die Beklagte allein aufgrund ihres Verlangens hin verpflichtet sein soll, die Zuweisung zu beenden. Eine solche Feststellung können sie nicht beanspruchen.

bb) Eine andere Beurteilung ist nicht aus verfassungsrechtlichen Gründen geboten.

(1) Im Gegensatz zur Auffassung der Kläger verstößt es nicht gegen das Übermaßverbot, wenn dem Notar kein Recht auf jederzeitige Beendigung einer Zuweisung zugestanden wird. Es ist zu berücksichtigen, dass die Zuweisung eines fachkundigen Mitarbeiters nur mit Zustimmung des Notars erfolgt. Dabei muss es für den Notar auf der Hand liegen, dass er sich von dem ihm von der Beklagten zugewiesenen fachkundigen Mitarbeiter nicht ohne Weiteres wieder trennen kann. Der Notar kann auch das Anstellungsverhältnis zu den von ihm eingestellten Mitarbeitern nur im Rahmen des Arbeitsrechts lösen. Soweit hinsichtlich des fachkundigen Mitarbeiters ein Kündigungsgrund vorliegen sollte, ist dieser von der Beklagten im Rahmen der Ermessensentscheidung über den Widerruf der Zuweisung zu berücksichtigen. Wie bereits ausgeführt kann dem Notar im Einzelfall ein Anspruch auf Widerruf der Zuweisung zustehen. Darüber hinaus ist jedoch auch zu berücksichtigen, dass die Beschäftigungspflicht und die mangelnde Möglichkeit, sich jederzeit von einem solchen zugewiesenen Mitarbeiter zu lösen, die Kehrseite des Vorteils ist, die mit der Beschäftigung der fachkundigen Mitarbeiter verbunden ist. Dabei ist in den Blick zu nehmen, dass es das Anstellungssystem der fachkundigen Mitarbeiter ermöglicht, dass ein Notar einen solchen Mitarbeiter zu einem begrenzten und unter den tatsächlichen Kosten liegenden Beitrag beschäftigen kann. Damit können auch Notare mit geringem Einkommen einen so hoch qualifizierten und ausgebildeten fachkundigen Mitarbeiter beschäftigen, auch wenn die erforderlichen weit darüber liegenden Lohnkosten von ihm nicht bezahlt werden können. Das Anstellungssystem der fachkundigen Mitarbeiter liegt auch im Interesse dieser Notariatsbediensteten, die wirtschaftlich nicht auf die Möglichkeiten der einzelnen Notare, deren Leistungsfähigkeit sehr verschieden und teilweise recht gering sein kann und vor allem auch historisch gewesen war, angewiesen sind, sondern den starken und wirtschaftlich sicheren Rückhalt der Notarkasse als einer Einrichtung der Gesamtheit der Notare haben (vgl. Senatsbeschluss vom 27.6.1966, a. a. O., S. 21). Dieses System gewährleistet auch, dass bei frei werdenden Stellen die Geschäftsstelle mit einem qualifizierten Mitarbeiter besetzt ist, der eine Kontinuität wahren kann, damit ein neu bestellter Notar mit geringeren Hindernissen die Stelle übernehmen kann. Darüber hinaus gewährleistet es ein hohes Ausbildungsniveau der Mitarbeiter, die ein einzelner Notar jedenfalls nicht immer in dem Umfang gewährleisten könnte. Die Notare haben den Vorteil, dass sie jeweils Mitarbeiter aus diesem Pool hochqualifizierter und ausgebildeter Angestellter haben. Im Übrigen gewährleistet das System auch, dass die Notariatsangestellten mit einem Einkommen ausgestattet werden können, das ihrerseits der Integrität dieser Mitarbeiter dient. Gerade wirtschaftlich schwache Notare könnten nur geringere Einkommen zahlen, was zur Folge haben könnte, dass Notariatsangestellte Nebenbeschäftigungen aufnehmen, um den von ihnen gewünschten wirtschaftlichen Standard zu erreichen, was seinerseits vom rechtsuchenden Publikum als mit dem Notaramt nicht zweifelsfrei vereinbar angesehen werden könnte. Im Übrigen gewährleistet das System, dass auch in Gebieten, die von den Angestellten nicht als bevorzugt angesehen werden, wie zum Beispiel in ländlichen Gegenden mit wenig Infrastruktur, gleichwohl hochqualifizierte

Mitarbeiter den Notaren zur Verfügung gestellt werden können. Diese Vorteile rechtfertigen es, dem Notar die Beschäftigungspflicht aufzuerlegen und die Entscheidung über den Verbleib des fachkundigen Mitarbeiters in das Ermessen der Beklagten zu stellen, soweit dieses Ermessen nicht von vornherein auf null reduziert ist, weil etwa die Kündigungsgründe nach § 626 BGB vorliegen im Verhältnis zum fachkundigen Mitarbeiter. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist damit gewahrt.

Soweit die Kläger in diesem Zusammenhang geltend machen, im Gegensatz zur Auffassung des OLG sei nicht auf die Kündigungsmöglichkeit nach § 626 BGB abzustellen, sondern auf die nach § 314 BGB, greift dies nicht durch. Die getroffene Feststellung ist nicht Gegenstand des beabsichtigten Berufungsverfahrens und der Hinweis auf § 314 BGB führt nicht dazu, dass eine generelle Kündigungsmöglichkeit unbeschadet des Vorliegens weiterer Gründe besteht. Auch nach § 314 BGB müsste die Weiterbeschäftigung unzumutbar sein, was im Rahmen der Ermessensausübung auch zu einer Ermessensreduzierung auf null führen kann. Eine voraussetzungslose Möglichkeit zur Kündigung ergibt sich aus der Vorschrift nicht.

(2) Die Berufung der Kläger auf ihre in den Schutzbereich der Berufsfreiheit (Art. 12 GG) – in der Ausprägung als Freiheit der Berufsausübung – fallende Organisationshoheit in ihrem Büro bleibt ohne Erfolg. Aus diesem Gesichtspunkt kann eine jederzeitige Beendigungsmöglichkeit hinsichtlich der Beschäftigung eines fachkundigen Mitarbeiters nicht hergeleitet werden. Dabei ist im Blick zu behalten, dass dem Notar nur mit seiner Zustimmung der fachkundige Mitarbeiter zugewiesen wird. Soweit organisatorische Gründe eine Weiterbeschäftigung bei dem betreffenden Notar als nicht sinnvoll erscheinen lassen, kann dies im Rahmen der Ermessensentscheidung der Beklagten berücksichtigt werden und nach einer Abwägung, die die Belange einer geordneten vorsorgenden Rechtspflege und die berechtigten Interessen des fachkundigen Mitarbeiters einbezieht, ggf. zu einem Widerruf der Zuweisung führen.

cc) Das Feststellungsbegehren der Kläger wird nicht durch das Recht der Europäischen Union gestützt.

(1) Die Kläger können das von ihnen beanspruchte Recht, die Zuweisung eines fachkundigen Mitarbeiters ohne Weiteres zu beenden, nicht aus Art. 45 AEUV und der danach gewährten Freizügigkeit der Arbeitnehmer herleiten. Sie machen insoweit geltend, wegen der Zuweisung eines fachkundigen Mitarbeiters ggf. einen Unionsbürger entlassen zu müssen oder einen solchen nicht einstellen zu können.

Der Einwand der Kläger greift nicht durch. Art. 45 AEUV gewährt den Klägern kein Recht zur grundlosen Beendigung einer Zuweisung eines fachkundigen Mitarbeiters. Schon die Prämisse der Kläger ist nicht zutreffend, dass sie wegen der Zuweisung eines fachkundigen Mitarbeiters einen EU-Bürger ggf. als privat Angestellten entlassen müssten oder einen von ihnen gewünschten EU-Bürger nicht einstellen könnten. Da die Notare die Mitarbeiter durch die Beklagte nicht gegen ihren Willen zugewiesen erhalten, kann die Situation, einen eigenen Angestellten deshalb entlassen zu müssen, von vornherein nicht eintreten. Da die Beklagte bereit ist, EU-Bürger als fachkundige Mitarbeiter einzustellen, ist es möglich, dass den Klägern ein Unionsbürger als fachkundiger Mitarbeiter zugewiesen wird, so dass eine Diskriminierung von Unionsbürgern gegenüber Inländern nicht zu befürchten ist.

Abgesehen davon liegt aber auch schon vom Ansatz her keine Diskriminierung im Hinblick auf die Freizügigkeit der Arbeit-

nehmer vor. Voraussetzung des Art. 45 AEUV ist eine mindestens mittelbare Diskriminierung. Das verlangt, dass die Regelung sich ihrem Wesen nach eher auf EU-ausländische Arbeitnehmer als auf inländische Arbeitnehmer auswirken kann und folglich die Gefahr besteht, dass die EU-ausländischen Arbeitnehmer besonders benachteiligt werden. Dabei müssen die EU-ausländischen Arbeitnehmer nicht nur „im Wesentlichen“ oder zumindest „ganz überwiegend“ betroffen sein; es genügt, dass die betreffende Vorschrift geeignet ist, eine solche Wirkung hervorzurufen. Damit sind insbesondere all diejenigen unterschiedslos anwendbaren Vorschriften verboten, die von inländischen Arbeitnehmern leichter erfüllt werden können als von EU-ausländischen Arbeitnehmern (vgl. EuGH, DStRE 2007, 1099, 1101 zu Art. 39 EG; *Calliess/Ruffert-Brechmann*, EUV/AEUV, 4. Aufl., AEUV Art. 45 Rdnr. 47).

Ausgehend von diesem Maßstab ist keine Diskriminierung von EU-Ausländern durch die Zuweisung von fachkundigen Mitarbeitern an die Notare im Bereich der Beklagten festzustellen. Die unter Umständen eintretenden Nachteile für andere Arbeitnehmer des jeweiligen Notars oder Bewerber betreffen sowohl Inländer als auch EU-ausländische Unionsbürger. Dabei ist auch zu erkennen, dass die EU-ausländischen Arbeitnehmer in einer intensiveren Weise betroffen sind. Insbesondere liegt keine Differenzierung hinsichtlich der Staatsangehörigkeit vor. Da Inländer wie EU-ausländische Unionsbürger in gleicher Weise betroffen sind, haben die Kläger keine Diskriminierung im Sinne des Art. 45 AEUV dargelegt. Abgesehen davon könnte eine sich im Einzelfall ergebende mittelbare Diskriminierung im Rahmen der Ermessensentscheidung der Beklagten hinsichtlich der Beendigung einer Zuweisung berücksichtigt werden. Ein Recht auf Beendigung der Zuweisung unabhängig von sonstigen Gründen allein aufgrund eines Verlangens der Kläger ist aus Art. 45 AEUV nicht abzuleiten.

(2) Soweit die Kläger ferner einen Verstoß gegen Art. 49 AEUV (Niederlassungsfreiheit) geltend machen, kann das ihrem Begehren nicht zum Erfolg verhelfen. Die Anwendung der Vorschrift setzt voraus, dass ein grenzüberschreitender Bezug vorhanden ist. Die sog. Inländerdiskriminierung ist von der Vorschrift nicht erfasst (vgl. *Calliess/Ruffert-Römer*, UV/AEUV, 4. Aufl., Art. 49 AEUV Rdnr. 6 m. w. N.). Zwar würde die Niederlassungsfreiheit durch eine versteckte, indirekte Diskriminierung verletzt. Die Feststellung einer solchen versteckten, indirekten Diskriminierung verlangt, dass die mitgliedstaatliche Regelung sich besonders zum Nachteil der EU-Ausländer auswirkt. Eine Diskriminierung kann deshalb vorliegen, wenn festgestellt werden kann, dass sich eine bestimmte mitgliedstaatliche Regelung statistisch häufiger bei EU-Ausländern nachteiliger auswirkt als bei Inländern (vgl. *Calliess/Ruffert-Römer*, a. a. O., Art. 49 AEUV Rdnr. 20 m. w. N.; vgl. auch EUGH, Deutsches Steuerrecht 1991, 454 zu Art. 48 Abs. 2 EWG-Vertrag).

Im vorliegenden Fall haben die Kläger bereits nicht dargelegt, dass eine solche EU-Ausländerdiskriminierung jedenfalls mittelbar oder versteckt vorliegt. Die Möglichkeit für Leiharbeitsunternehmen, den Notaren im Bereich der Beklagten Leiharbeiter auf vergleichbarem juristischen Niveau anzubieten, ist nicht für EU-Ausländer erschwert, sondern genau in gleicher Weise auch für inländische Leiharbeitsunternehmen, unbeschadet der Frage, ob es überhaupt einen entsprechenden Markt dafür gibt und unbeschadet der Frage, ob eine solche Diskriminierung angesichts überwiegender öffentlicher Belange einer geordneten Rechtspflege gerechtfertigt sein könnte. Aus Art. 49 AEUV können die Kläger deshalb nicht

ein Recht zur jederzeitigen Beendigung der Zuweisung auf bloßes Verlangen hin herleiten.

(3) Ohne Erfolg machen die Kläger geltend, die Zuweisung der fachkundigen Mitarbeiter verstoße gegen die Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.11.2008 über Leiharbeit (Amtsblatt der Europäischen Union L 327/9 vom 5.12.2008). Dabei kann offenbleiben, ob der Anwendungsbereich der Richtlinie überhaupt das System der Zuweisung von fachkundigen Mitarbeitern an die Notare durch die Beklagte erfasst, ist es doch nach Art. 2 der Richtlinie ihr Ziel, für den Schutz der Leiharbeiter zu sorgen, um die Qualität der Leiharbeit zu verbessern, indem die Einhaltung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Leiharbeitnehmern gesichert wird. Die Kläger möchten jedoch aus dieser zum Schutz der Leiharbeiter erlassenen Richtlinie ein Recht ableiten, die Zuweisung der fachkundigen Mitarbeiter jederzeit ohne Grund beenden zu können. Sie verlangen eine Schlechterstellung der ihnen zur Dienstleistung zugewiesenen fachkundigen Mitarbeiter, was vom Ziel der Richtlinie bereits vom Ansatz her nicht erfasst ist. Darüber hinaus ergibt sich aus der Richtlinie nicht das von den Klägern beanspruchte Recht zur sofortigen Beendigung der Zuweisung eines fachkundigen Mitarbeiters. Gemäß Art. 10 Abs. 2 Satz 1 der Richtlinie legen die Mitgliedstaaten die Sanktionen fest, die im Falle eines Verstoßes gegen die einzelstaatlichen Vorschriften zur Umsetzung dieser Richtlinie Anwendung finden und treffen die erforderlichen Maßnahmen, um deren Durchführung zu gewährleisten. Die Sanktionen müssen nach Art. 10 Abs. 2 Satz 2 der Richtlinie wirksam, angemessen und abschreckend sein. Die Richtlinie sieht damit keine eigenen Sanktionen vor, sondern überlässt deren Auswahl den Mitgliedstaaten. Die Auswahl wirksamer, angemessener und abschreckender Sanktionen gegen die Vorschriften der Richtlinie ist Aufgabe des Gesetzgebers und nicht der Gerichte (vgl. BAG, ZIP 2014, 437, 441). Auch aus diesem Gesichtspunkt heraus kann deshalb für die Kläger nicht das Recht aus der Richtlinie abgeleitet werden, sie könnten zulasten der ihnen zugewiesenen fachkundigen Mitarbeiter jederzeit die Beendigung der Zuweisung verlangen.

(4) Soweit die Kläger einen Verstoß gegen das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, mit dem der Gesetzgeber die Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.11.2008 über Leiharbeit in nationales Recht umgesetzt hat, geltend machen, haben sie ebenfalls keinen Erfolg. Die Vorschriften des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes sind auf die Zuweisung fachkundiger Mitarbeiter durch die Beklagte an die Notare nicht anwendbar. Es handelt sich dabei um ein in § 113 BNotO gesetzlich vorgesehenes und gebilligtes Leiharbeitsverhältnis, das nach § 113 Abs. 19 BNotO den autonomen Regelungen des Satzungsrechts der Beklagten als *Lex specialis* unterliegt und für die das allgemeine Arbeitnehmerüberlassungsrecht deshalb nicht gilt (vgl. *Bracker in Schippell/Bracker*, BNotO, 9. Aufl., § 113 Rdnr. 33). Deshalb benötigt die Beklagte auch keine Erlaubnis nach § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG.

## 2. Anfechtungsklage

Auch bezüglich der Anfechtungsklage gegen den Bescheid der Beklagten vom 6.3.2013, mit der die Stafflabgabe festgesetzt wurde, bestehen keine ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit des angefochtenen Urteils.

Der angefochtene Bescheid vom 6.3.2013, durch den die von den Klägern für das Jahr 2012 geschuldete Stafflabgabe endgültig festgesetzt worden ist, ist rechtmäßig.

a) Die Festsetzung der Staffellabgabe im angefochtenen Bescheid beruht auf gesetzlicher und satzungsmäßiger Grundlage. Sie berührt zwar den Schutzbereich des Art. 12 GG (BVerfGE 111, 191, 213 f.), ist jedoch verfassungsrechtlich unbedenklich (vgl. BVerfGE 111, 191, 224; Senatsbeschluss vom 25.4.1994, NotZ 8/93, BGHZ 126, 16, 31).

b) Die von den Klägern im Hinblick auf die in den Staffellbeiträgen enthaltenen Anteile für die Finanzierung der Zuweisung von fachkundigen Mitarbeitern vorgebrachten Einwände greifen nicht durch.

aa) Soweit die Kläger geltend machen, das Abstellen auf Urkundenzahlen bei der Zuweisung sei nicht „gerecht“, weil diese Zahlen manipulierbar seien und nicht zwingend auf ein höheres Einkommen des jeweiligen Notars schließen ließen, bleibt dies ohne Erfolg.

Der Senat hat dazu bereits ausgeführt, dass die Zahl der Urkundengeschäfte auf jeden Fall einen zuverlässigen, weil auf objektiver Grundlage beruhenden Maßstab bildet im Gegensatz zur nur schwer zu beurteilenden Schwierigkeit der einzelnen Geschäfte, über welche die Auffassungen oft auseinandergehen werden. Auch wenn die Anzahl der Urkundengeschäfte keine Ideallösung darstellt, so ist ein besserer und angemessener Verteilungsmaßstab nicht erkennbar. Konkrete Anhaltspunkte dafür, dass dieser typisierende Maßstab durch manipulierte Zahlen als solcher infrage stünde, bestehen nicht (vgl. Senatsbeschluss vom 27.6.1966, NotZ 17/66, S. 22 f.). Die Notare unter den Generalverdacht der Manipulation zu stellen, wird ihrer Stellung als Amtsträger nicht gerecht.

bb) Die Kläger rügen weiter, bei der Zuweisung eines fachkundigen Mitarbeiters werde ein nicht kostendeckender Regelbeitrag erhoben und die zusätzlichen Lohnkostenanteile auf alle Notare umgelegt, die diese über die Staffellabgabe bezahlten. Die Erstattung für nicht in Anspruch genommene Regelstellen werde nicht in Höhe des vollen Kostenbeitrags durchgeführt und die Erstattung beruhe auch nicht auf einer Satzung. Das kann der Anfechtung des Bescheids über die Staffellabgabe jedoch nicht zum Erfolg verhelfen. Die Erhebung eines Regelbeitrags für die Zuweisung eines fachkundigen Mitarbeiters durch die Beklagte verletzt die Rechte der Kläger nicht. Sie selbst führen aus, dass die – scil. über die Staffellabgabe finanzierte – nicht kostendeckende Einforderung eines Regelbeitrags für eine Regelstelle die jeweiligen Notare, so die Stelle besetzt ist, begünstigt. Der Staffellbeitrag begegnet auch sonst keinen rechtlichen Bedenken. Die Beklagte kann nach § 113 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 BNotO fachkundige Mitarbeiter beschäftigen, die den Notaren im Tätigkeitsbereich der Kasse zur Dienstleistung zugewiesen werden. Die Zuweisung der fachkundigen Mitarbeiter dient den Belangen einer geordneten vorsorgenden Rechtspflege. Auf diesem Gebiet erwerben die Mitarbeiter besondere Fachkunde in einer mehrjährigen, an die Fachangestelltenausbildung anschließenden Ausbildung, die mit einer eigenen Prüfung abschließt. Dies setzt den fachkundigen Mitarbeiter in stand, den Notar bei der Erfüllung seiner Aufgaben zu unterstützen. Regelmäßig verbleibt der fachkundige Mitarbeiter an der Notarstelle und wird dem Amtsnachfolger zugewiesen. Das stellt eine im Interesse der rechtsuchenden Bevölkerung erwünschte Kontinuität an solchen Notarstellen sicher, deren Inhaber häufig wechseln. Die abgabenfinanzierte Zuweisung ermöglicht auch den Notaren, die umsatzschwache Stellen innehaben, die Dienstleistung durch hochqualifizierte Mitarbeiter (*Bracker*, a. a. O., § 113 Rdnr. 33 f.). Dass die Notare sich aufgrund der Staffellabgabe entsprechend ihres wirtschaftlichen Erfolges unterschiedlich an den Kosten der Beklagten beteiligen müs-

sen, ist – wie bereits ausgeführt – verfassungsrechtlich unbedenklich und beruht auf § 113 BNotO in Verbindung mit den Satzungen der Beklagten. Dass die Erstattung der Regelbeiträge für nicht besetzte Regelstellen nicht auf einer Satzung, sondern auf Verwaltungsübung beruht, rechtfertigt nicht die Anfechtung der Staffellabgabe. Bei den Erstattungsregelungen handelt es sich grundsätzlich um für die Notare günstige Regelungen. Dass die Notare mit nicht besetzten Regelstellen die Regelbeiträge nicht in vollem Umfang erstattet erhalten, stößt ebenfalls nicht auf Bedenken, da es auf der Hand liegt, dass neben den zu zahlenden Gehältern weitere Verwaltungskosten anfallen, die unabhängig von der Zuweisung im Einzelfall sind. Es ist deshalb gerechtfertigt, dass unabhängig von der Zuweisung eines fachkundigen Mitarbeiters eine geringe Kostenbeteiligung vorgesehen ist.

Soweit die Kläger geltend machen, dass einige Notare zwei Stellen hätten und insoweit einen besonderen Vorteil gegenüber den anderen Notaren erhielten, greift auch dies nicht durch. Die Einrichtung der zweiten Stelle richtet sich nach der Zahl der Urkunden. Soweit ein höheres Urkundenaufkommen vorliegt, wird damit regelmäßig ein höheres Gebührenaufkommen verbunden sein. Selbst wenn dies nicht regelmäßig und zwingend so sein muss, so bleibt es jedoch im Rahmen der dem Satzungsgeber eingeräumten Einschätzungsbefugnis, in typisierender Betrachtungsweise eine höhere wirtschaftliche Leistungsfähigkeit eines Notars anzunehmen, der sich im Rahmen der Staffellabgabe in größerem Umfang an den Kosten zu beteiligen hat.

cc) Ohne Erfolg bleibt auch der Versuch der Kläger, aus der Rechtsprechung des BVerfG (BVerfGE 97, 332) zu Kindergartengebühren die Rechtswidrigkeit der Staffellabgabe abzuleiten. Soweit die Einnahmen aus der Staffellabgabe dazu verwandt werden, die durch die Beschäftigung der fachkundigen Mitarbeiter entstehenden Kosten zu decken, handelt es sich der Sache nach um eine Sonderabgabe, die keinem anderen Abgabentypus zugeordnet werden kann (vgl. Senatsbeschluss vom 25.4.1994, NotZ 8/93, BGHZ 126, 16, 28; *Sandkühler* in *Arndt/Lerch/Sandkühler*, BNotO, 7. Aufl., § 113 Rdnr. 63). Die Abgabe ist insbesondere keine Gebühr, da sie – anders als der Besoldungsbeitrag – unabhängig von einer individuell zurechenbaren öffentlichen Leistung erhoben wird. Aber auch nach dem Gebührenrecht gibt es kein verfassungsrechtliches Gebot, dass die erhobenen Gebühren immer kostendeckend sein müssen (BVerfGE 97, 332, 345).

dd) Im Gegensatz zur Auffassung der Kläger liegt auch kein Verstoß gegen Art. 49 AEUV oder die Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.11.2008 vor. Wie bereits ausgeführt, ist durch die Zuweisung der fachkundigen Mitarbeiter keine Diskriminierung von EU-Ausländern gegeben. Im Übrigen würde im vorliegenden Fall die Anfechtung des Abgabenbescheids ausgehend von der Argumentation der Kläger die Diskriminierung verschärfen, da sie ihre Beitragslast verringern und damit den nach ihrer Ansicht rechtswidrigen Vorteil gegenüber EU-Ausländern vergrößern würde. Ausgehend vom Standpunkt der Kläger müsste vielmehr der Beitrag für die fachkundigen Mitarbeiter höher sein, als er jetzt ist. Im Übrigen berufen sich die Kläger insoweit auf die zum Schutz anderer EU-Ausländer geschaffenen europarechtlichen Normen. Diese schützen jedoch nicht sie als begünstigte einer solchen behaupteten Diskriminierung. Sie werden insoweit in ihren Rechten nicht berührt.

3. Es stellen sich keine entscheidungserheblichen Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung (§ 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO i. V. m. § 111d Satz 2 BNotO). Die maßgeblichen



Rechtsfragen sind durch die Senatsrechtsprechung und diejenige des BVerfG und des Gerichtshofes der Europäischen Union bereits vorgezeichnet. Eine Pflicht zur Vorlage an den EuGH nach Art. 267 AEUV im Hinblick auf die europarechtlichen Fragen bestehen nicht. Soweit sich dieser Beschluss mit Unionsrecht befasst, ist dessen Auslegung aufgrund von Wortlaut und Systematik der maßgeblichen Regelungen und der dazu ergangenen Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union hinreichend klar (EuGH, NJW 1983, 1257). Es handelt sich auch nicht um eine Sache, die besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten aufweist (§ 124 Abs. 2 Nr. 2 VwGO i. V. m. § 111d Satz 2 BNotO).

(...)

## Kostenrecht

16. KostO § 145 Abs. 3 (*Kostenschuldnerschaft hinsichtlich der Entwurfsgebühr bei einem allein vom Makler in Auftrag gegebenen Vertragsentwurf*)

**Nimmt ein Beteiligter außerhalb des Anwendungsbereichs des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG einen zunächst allein vom Makler in Auftrag gegebenen Entwurf eines Kaufvertrags entgegen und erklärt er daraufhin Änderungswünsche gegenüber dem Notar, die zu einem weiteren Entwurf führen, liegt hierin eine Genehmigung des Ersuchens des Maklers auf Aushändigung eines Entwurfes bzw. ein erneutes Erfordern eines Entwurfs im Sinne des § 145 Abs. 3 KostO, mit der Folge, dass der Beteiligte Kostenschuldner im Sinne des § 2 Nr. 1 KostO ist.**

(Leitsatz der Schriftleitung)

OLG München, Beschluss vom 17.6.2014, 32 Wx 213/14 Kost

Aus den Gründen:

### II.

Für die Frage des Entstehens und der Bemessung der Notarkosten, sowie die Kostenschuldnerschaft sind nach § 136 Abs. 1 Nr. 4 GNotKG die Vorschriften der KostO maßgebend, da der Antragsgegner vor dem 1.8.2013 beauftragt wurde.

1. Die zulässige Beschwerde ist unbegründet.

Der Antragsgegner kann vom Antragsteller die Zahlung von Notarkosten verlangen; der Antragsteller ist Schuldner nach § 2 Nr. 1 KostO der nach § 145 Abs. 3 KostO entstandenen Kosten.

a) Der Makler hat einen Beurkundungstermin vereinbart und in dem Schreiben an den Notar ausdrücklich die Übersendung eines Kaufvertragsentwurfes an Verkäufer und Käufer gefordert; damit liegen die Voraussetzungen des Entstehens der Gebühr nach § 145 Abs. 3 KostO grundsätzlich vor. Bei der Beauftragung des Notars ist für diesen nach den Umständen erkennbar, dass der Makler nicht im eigenen Namen handeln will. Regelmäßig erteilen Makler Notaraufträge für fremde Grundstücke nicht im eigenen Namen, sondern namens der Auftraggeber (Senatsbeschluss vom 12.4.2012, 32 Wx 37/12; ebenso LG Aachen BWNZ 2011, 84). Dies ergibt sich aus der Interessenlage, da die Vertragsparteien am Verkauf/Kauf ein deutlich höheres Interesse als der Makler haben und letztlich nach Kaufvertragsabschluss auch diese gegenüber dem Notar kostentragungspflichtig sein sollen.

b) Der Antragsteller ist auch Kostenschuldner nach § 2 Nr. 1 KostO, da er die notarielle Handlung veranlasst hat.

aa) Zwar lässt sich dem „Makler-Allein-Auftrag“ vom 11.7.2011 eine Bevollmächtigung des Maklers noch nicht entnehmen, da dieser auf die Einholung von notwendigen oder zweckmäßigen Auskünften beschränkt ist. Geht man mit dem LG – was wegen der ausdrücklichen Beschränkung erheblich zweifelhaft ist – davon aus, dass sich die Vollmacht nicht nur auf Auskünfte, sondern auf alles erstreckt, was zur Durchführung des beabsichtigten Verkaufs notwendig oder zweckmäßig ist, läge ebenfalls keine Bevollmächtigung für das Ersuchen der Übersendung eines Entwurfes vor. Notwendig mag wegen der Beurkundungsbedürftigkeit gewesen sein, einen Notartermin zur Beurkundung zu vereinbaren.

bb) Der Antragsteller hat jedoch dadurch, dass er den Entwurf entgegennahm und daraufhin Änderungswünsche gegenüber dem Notar erklärte, die zu einem weiteren Entwurf führten, das Ersuchen des Makler auf Aushändigung eines Entwurfes im Sinne des § 145 Abs. 3 KostO genehmigt bzw. ein neues Ersuchen gestellt. Der Antragsgegner konnte vom objektiven Empfängerhorizont aus die Erklärungen des Antragstellers so verstehen. Anders wäre es nur, wenn der Notar nach § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG in der vom 1.8.2002 bis 30.9.2013 geltenden Fassung verpflichtet gewesen wäre, dem Antragsteller zwei Wochen vor der Beurkundung den beabsichtigten Text zur Verfügung zu stellen, da in diesem Fall der Notar davon ausgehen hätte müssen, dass die Änderungswünsche nur aufgrund der Textübersendung entstanden sind und auch der zweite „Entwurf“ vom Verbraucher nur als eine aktualisierte Textübersendung im Sinne des § 17 Abs. 2a BeurkG a. F. aufgefasst wird (andere Ansicht wohl *Korintenberg/Lappel/Bengel/Tiedtke*, KostO, 18. Aufl., § 145 Rdnr. 17b).

Doch ist der Anwendungsbereich des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG in der vom 1.8.2002 bis 30.9.2013 geltenden Fassung nicht eröffnet, da kein Verbrauchervertrag vorlag: Zwar war der Antragsteller ausweislich der Akte ein Verbraucher im Sinne des § 13 BGB. Allein durch die Erfahrung mit Immobilienverträgen oder durch die Vermietung von Wohnungen verliert der Antragsteller nicht seine Verbrauchereigenschaft. Die Verwaltung eigenen Vermögens stellt keine gewerbliche Tätigkeit dar (BGHZ 149, 80). Nicht ersichtlich ist, dass der Antragsteller einen gewerblichen Grundstücks-handel betreibt (vgl. hierzu BFHE 178, 86). Ein Verbrauchervertrag setzt aber nach der Legaldefinition des § 310 Abs. 3 BGB voraus, dass die andere Vertragspartei Unternehmer ist. Wenngleich wegen der allgemeinen Schutzbedürftigkeit eines Verbrauchers auch bei Verträgen mit anderen Verbrauchern zweifelhaft sein kann, ob die Legaldefinition des § 310 Abs. 3 BGB auch im Rahmen des § 17 Abs. 2a Satz 2 BeurkG anzuwenden ist, bejaht der Senat diese Frage, da der Gesetzgeber ausdrücklich den Begriff „Verbrauchervertrag“ verwendete und dieser Begriff kurz vor Erlass des § 17 Abs. 2a Satz 2 BeurkG bei der Änderung des BGB so definiert wurde, wie er schon vorher in § 24a AGBG definiert war. Hätte der Gesetzgeber etwas anderes gewollt, hätte er wesentlich einfacher geregelt, dass jedem Verbraucher vor Beurkundung einer Erklärung oder eines Vertrages der Text übersandt werden muss.

2. Die Kosten für das vorliegende Beschwerdeverfahren bestimmen sich nach § 136 Abs. 1 Nr. 2 GNotKG ebenso wie die Rechtsmittel nach den Vorschriften des GNotKG, da die Beschwerde nach dem 31.7.2013 eingelegt wurde. Die Kostenentscheidung beruht auf § 130 Abs. 3 GNotKG, §§ 84, 80 FamFG, § 91 ZPO.

(...)

## Öffentliches Recht

17. BauGB § 154 Abs. 3 Satz 1, §§ 162, 163 (*Zeitliche Festsetzung sanierungsrechtlicher Ausgleichsbeträge nach Erlangung des Sanierungsvorteils unter dem Aspekt des Grundsatzes von Treu und Glauben*)

**Der auch im öffentlichen Recht geltende Grundsatz von Treu und Glauben stellt sicher, dass sanierungsrechtliche Ausgleichsbeträge nicht zeitlich unbegrenzt nach Erlangung des Sanierungsvorteils festgesetzt werden dürfen. Damit wäre dem rechtsstaatlichen Gebot der Belastungsklarheit und -vorhersehbarkeit (vgl. BVerfG, Beschluss vom 5.3.2013, 1 BvR 2457/08, NVwZ 2013, 1004) hinreichend Rechnung getragen.**

BVerwG, Urteil vom 20.3.2014, 4 C 11.13 (OVG Münster)

Die Beteiligten streiten um die Erhebung sanierungsrechtlicher Ausgleichsbeträge. Im Jahre 1978 beschloss der Rat der Beklagten die förmliche Festlegung des Sanierungsgebiets „Sü“ im Stadtgebiet der Beklagten. Nach Genehmigung und Bekanntmachung der Sanierungssatzung führte die Beklagte verschiedene Ordnungs- und Sanierungsmaßnahmen durch; im Jahr 1989 schloss sie die letzten Sanierungsmaßnahmen ab. In den Jahren 1989 bis 1992 rechnete die Beklagte gegenüber dem Regierungspräsidenten D die für die Sanierung erhaltenen Zuwendungen ab; der Schlussverwendungsnachweis datiert vom 11.3.1992; mit Schreiben vom 15.6.1992 erklärte der Regierungspräsident das Modellvorhaben Sü I (städtebaulicher Teil) haushalts- bzw. zuwendungsrechtlich für abgeschlossen.

Im Juni 2006 beschloss die Beklagte die Aufhebung der Sanierungssatzung, Ende Juni 2006 wurde die Aufhebungssatzung bekannt gemacht.

Der Kläger ist Wohnungseigentümer im Geltungsbereich des (ehemaligen) Sanierungsgebiets „Sü“. Mit Bescheid vom 25.5.2010 zog ihn die Beklagte nach vorheriger Anhörung zur Zahlung eines sanierungsrechtlichen Ausgleichsbetrags i. H. v. 1.216,80 € heran. Gegen diesen Bescheid richtet sich die Klage.

Das VG hob den angefochtenen Bescheid auf. Die Voraussetzungen für die Erhebung von Ausgleichsbeträgen lägen aus drei selbständig tragenden Gründen nicht vor. Zunächst habe die Aufhebungssatzung wegen formeller Mängel nicht zu einem Abschluss der Sanierung im Sinne des § 154 Abs. 3 Satz 1 BauGB geführt (1). Unabhängig davon sei der Abschluss der Sanierung nicht mit der – ohnehin unwirksamen – Aufhebungssatzung, sondern schon wesentlich früher eingetreten, weil die Sanierungssatzung spätestens im Jahr 1992 funktionslos geworden sei mit der Folge, dass die Erhebung des Ausgleichsbetrags spätestens seit dem Jahr 1997 festsetzungsverjährt sei (2). Zuletzt halte auch die Ermittlung der konkreten Ausgleichsbeträge einer gerichtlichen Überprüfung nicht stand (3).

Mit ihrer vom OVG zugelassenen Berufung wandte sich die Beklagte ausschließlich gegen den Entscheidungsgrund zu 2. Sie beantragte, das angegriffene Urteil zu ändern und der Klage nicht wegen Festsetzungsverjährung stattzugeben. Das OVG hat die Berufung zurückgewiesen. Diese sei zwar zulässig, aber unbegründet. Zu Recht habe das VG angenommen, dass bei Erlass des Bescheides bereits Festsetzungsverjährung eingetreten gewesen sei. Die Festsetzungsfrist betrage vier Jahre und beginne mit Ablauf des Kalenderjahres, in dem die Abgabe entstanden ist. Entstanden sei die Abgabe hier spätestens Ende 1992, so dass die Festsetzungsfrist bereits Ende des Jahres 1996 abgelaufen sei. Dem stehe nicht entgegen, dass die Sanierungssatzung im Jahr 1992 nicht aufgehoben worden sei. Zwar sei nach § 154 Abs. 3 Satz 1 BauGB der Ausgleichsbetrag „nach Abschluss der Sanierung (§§ 162 und 163 BauGB) zu entrichten“. Daraus ergebe sich, dass insofern nur die förmliche Aufhebung der Sanierungssatzung gemäß § 162 BauGB bzw. die förmliche Erklärung der Abgeschlossenheit der Sanierung für das jeweilige Grundstück gemäß § 163 BauGB maßgeblich seien. Die Entstehungsgeschichte der Vorschrift sowie Bedürfnisse der Rechtssicherheit bestätigten diesen Befund. Wann die Sanierung tatsächlich abgeschlossen sei, sei nach der Rechtsprechung des BVerwG daher unerheblich. Dieser Rechtsprechung könne jedoch, soweit es um die Auslösung der Festsetzungsfrist gehe, aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht mehr für alle

Fallkonstellationen und so auch hier gefolgt werden. Denn sie führe dazu, dass die Gemeinde durch den pflichtwidrigen Nichterlass der Aufhebungssatzung das Entstehen des Ausgleichsbetragsanspruchs unbegrenzt verhindern könne und damit der Eintritt der Festsetzungsverjährung in ihr Belieben gestellt wäre. Dies sei nach der neueren Rechtsprechung des BVerfG mit dem Rechtsstaatsprinzip in seiner Ausprägung als Gebot der Belastungsklarheit und -vorhersehbarkeit unvereinbar. Dieses gebiete, dass ein Vorteilsempfänger in zumutbarer Zeit Klarheit darüber gewinnen könne, ob und in welchem Umfang er die erlangten Vorteile durch Beiträge ausgleichen müsse. Diese zu Kanalanschlussbeiträgen ergangene Rechtsprechung finde auch auf sanierungsrechtliche Ausgleichsbeträge Anwendung. Die erforderliche Rechtssicherheit ergebe sich nicht daraus, dass die betroffenen Eigentümer gemäß § 163 Abs. 1 Satz 2 BauGB die grundstücksbezogene Erklärung der Abgeschlossenheit der Sanierung oder gemäß § 154 Abs. 3 Satz 3 BauGB die vorzeitige Festsetzung des Ausgleichsbetrags beantragen könnten. Auch die Überleitungsvorschrift des § 235 Abs. 4 BauGB regele lediglich eine Pflicht zur Aufhebung der Sanierungssatzung, löse aber nicht die Festsetzungsfrist aus. Damit sei § 154 Abs. 3 Satz 1 BauGB in der bisherigen Auslegung mit dem Rechtsstaatsprinzip unvereinbar. Gleichwohl sei eine Vorlage an das BVerfG nicht zulässig. Denn die Vorschrift könne für den Fall, dass die Gemeinde entgegen ihrer Rechtspflicht die Sanierungssatzung nicht aufhebe, verfassungskonform so ausgelegt werden, dass die abstrakte Ausgleichsbetragsforderung in dem Zeitpunkt entstehe, in dem die Sanierungssatzung nach § 162 Abs. 1 BauGB hätte aufgehoben werden müssen. Das sei hier bereits im Jahre 1992 der Fall gewesen, weil in diesem Jahr teils die Sanierung vollständig durchgeführt gewesen, teils die Sanierungsabsicht aufgegeben worden sei. Da der angegriffene Bescheid somit bereits wegen Eintritts der Festsetzungsverjährung rechtswidrig sei, könne dahingestellt bleiben, ob die vom VG angenommenen weiteren Rechtswidrigkeitsgründe vorliegen und ob das Berufungsgericht diese prüfen darf.

Das OVG hat die Revision wegen Divergenz zugelassen, die Beklagte hat von dem zugelassenen Rechtsmittel Gebrauch gemacht.

*Aus den Gründen:*

### II.

Die zulässige Revision (1) ist im Ergebnis unbegründet. Das Berufungsurteil verletzt zwar Bundesrecht (2); die Entscheidung selbst stellt sich jedoch aus anderen Gründen als richtig dar (3).

(...)

2. Das Berufungsurteil verletzt Bundesrecht (§ 137 Abs. 1 VwGO). Die Auffassung des OVG, § 154 Abs. 3 Satz 1 BauGB sei hinsichtlich des Beginns der vierjährigen Frist für die Festsetzung sanierungsrechtlicher Ausgleichsbeträge verfassungskonform dahin auszulegen, dass für den Fall einer rechtswidrig verzögerten Aufhebung der Sanierungssatzung nicht – wie in § 154 Abs. 3 Satz 1 BauGB vorgesehen – an den förmlichen „Abschluss der Sanierung“ durch Aufhebung der Sanierungssatzung (§ 162 BauGB) anzuknüpfen, sondern der Zeitpunkt maßgeblich sei, „in dem die Sanierungssatzung nach § 162 Abs. 1 BauGB hätte aufgehoben worden sein müssen“, steht mit Bundesrecht nicht im Einklang.

a) Das OVG hat § 155 Abs. 5 BauGB i. V. m. § 12 Abs. 1 Nr. 4 Buchst. b KAG NRW i. V. m. § 169 Abs. 1 Satz 1 AO die Regelung entnommen, dass die Festsetzung eines sanierungsrechtlichen Ausgleichsbetrags nicht mehr zulässig ist, wenn die Festsetzungsfrist abgelaufen ist; nach § 169 Abs. 2 Satz 1, § 170 Abs. 1 AO beträgt die Festsetzungsfrist vier Jahre; sie beginnt mit Ablauf des Kalenderjahres, in dem die Abgabe entstanden ist.

Wann die sanierungsrechtliche Ausgleichsabgabe entstanden ist, beantwortet § 154 Abs. 3 Satz 1 BauGB mit der Regelung, dass der Ausgleichsbetrag „nach Abschluss der Sanierung (§§ 162 und 163 BauGB) zu entrichten“ ist. Nach ständiger

Rechtsprechung des Senats (zuletzt BVerwG, Beschluss vom 12.4.2011, 4 B 52.10, ZfBR 2011, 477 = BauR 2011, 1308 = BRS 78 Nr. 215 m. w. N.) ist der Begriff des Abschlusses der Sanierung förmlich zu verstehen. Die Pflicht zur Zahlung des Ausgleichsbetrags entsteht mit der rechtsförmlichen Aufhebung der Sanierungssatzung gemäß § 162 Abs. 1 BauGB (oder – hier nicht von Interesse – mit der Erklärung der Gemeinde gemäß § 163 BauGB, dass die Sanierung für ein Grundstück abgeschlossen ist). Zur rechtsförmlichen Aufhebung der Sanierungssatzung ist die Gemeinde unter den in § 162 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 4 BauGB genannten Voraussetzungen zwar verpflichtet. Weder der Zeitablauf noch eine unzureichend zügige Förderung der Sanierung haben für sich genommen jedoch zur Folge, dass die Sanierungssatzung automatisch außer Kraft tritt (BVerwG, Urteil vom 20.10.1978, 4 C 48.76, Buchholz 406.15 § 50 StBauFG Nr. 1). Die an § 154 Abs. 3 Satz 1 BauGB anknüpfende vierjährige Festsetzungsfrist beginnt folglich erst mit Ablauf des Jahres zu laufen, in dem die Sanierungssatzung rechtsförmlich aufgehoben worden ist. Das gilt nach bisheriger Rechtsprechung des Senats auch dann, wenn die Gemeinde die Aufhebung der Sanierungssatzung rechtswidrig unterlässt, obwohl die Voraussetzungen der Aufhebung vorliegen.

b) Die Anknüpfung der landesrechtlich geregelten Festsetzungsverjährung an die rechtsförmliche Aufhebung der Sanierungssatzung darf mit Blick auf das rechtsstaatliche Gebot der Belastungsklarheit und -vorhersehbarkeit allerdings nicht zur Folge haben, dass es die Gemeinde in der Hand hat, durch rechtswidriges Unterlassen der Aufhebung der Sanierungssatzung den Eintritt der Festsetzungsverjährung auf Dauer oder auf unverhältnismäßig lange Zeit zu verhindern.

Das Rechtsstaatsprinzip verlangt in seiner Ausprägung als der Rechtssicherheit dienendes Gebot der Belastungsklarheit und -vorhersehbarkeit Regelungen, die sicherstellen, dass Abgaben zum Vorteilsausgleich nicht zeitlich unbegrenzt nach Erlangung des Vorteils festgesetzt werden können. Dem Gesetzgeber obliegt es, einen Ausgleich zu schaffen zwischen dem Interesse der Allgemeinheit an der Erhebung von Beiträgen für solche Vorteile einerseits und dem Interesse des Beitragsschuldners andererseits, irgendwann Klarheit zu erlangen, ob und in welchem Umfang er zu einem Beitrag herangezogen werden kann. Das hat das BVerfG, Beschluss vom 5.3.2013, 1 BvR 2457/08, NVwZ 2013, 1004, im Rahmen einer Urteilsverfassungsbeschwerde gegen die Heranziehung zu Kanalherstellungsbeiträgen auf der Grundlage des Art. 13 Abs. 1 Nr. 4 Buchst. b Doppelbuchst. cc Spiegelstrich 2 BayKAG in der Fassung des Gesetzes zur Änderung des BayKAG v. 28. 12. 1992 (GVBl S. 775) entschieden.

Zu Recht ist das OVG davon ausgegangen, dass diese verfassungsrechtlichen Maßstäbe auch bei der Erhebung sanierungsrechtlicher Ausgleichsbeträge Geltung beanspruchen. Das rechtsstaatliche Gebot der Belastungsklarheit und -vorhersehbarkeit gilt für alle Fallkonstellationen, in denen eine abzugeltende Vorteilslage eintritt, die daran anknüpfenden Abgaben aber wegen des Fehlens sonstiger Voraussetzungen nicht entstehen und deshalb auch nicht verjähren können (VGH München, Urteil vom 14.11.2013, 6 B 12.704, juris Rdnr. 21). Das ist beim Ausgleichsbetrag nach § 154 Abs. 3 BauGB regelmäßig (siehe aber § 163 BauGB) der Fall, solange die Gemeinde die Sanierungssatzung nicht aufhebt. Auch in diesem Fall darf eine gesetzlich angeordnete Abgabepflicht daher nicht zur Folge haben, dass die Gemeinde die Abgabe zeitlich unbegrenzt nach dem Eintritt der Vorteilslage festsetzen kann.

c) Dem OVG ist ferner darin zuzustimmen, dass dem rechtsstaatlichen Gebot der Belastungsklarheit und -vorher-

sehbarkeit nicht durch spezifisch sanierungsrechtliche Instrumente oder Vorkehrungen Rechnung getragen ist.

Zu Recht hat sich das OVG auf den Standpunkt gestellt, dass die in § 143 Abs. 2 Satz 2 BauGB vorgeschriebene Eintragung eines Sanierungsvermerks in die Grundbücher der von der Sanierung betroffenen Grundstücke einen Verfassungsschutz Gesichtspunkten ausschließt, nicht aber unter dem Gesichtspunkt der Belastungsklarheit und -vorhersehbarkeit. Dessen Anforderungen ist auch nicht durch § 163 Abs. 1 Satz 2 BauGB Genüge getan, wonach die Gemeinde die Sanierung für ein Grundstück auf Antrag des Eigentümers als abgeschlossen zu erklären hat (vgl. hierzu BVerwG, Urteil vom 21.12.2011, 4 C 13.10, BVerwGE 141, 302); die damit eröffnete Möglichkeit in der Hand des einzelnen Eigentümers, den Abschluss der Sanierung grundstücksbezogen herbeizuführen, ist kein vollwertiges Surrogat für die in § 162 Abs. 1 BauGB geregelte Pflicht, die Sanierung durch Aufhebung der Sanierungssatzung für das gesamte Sanierungsgebiet abzuschließen. Gleiches gilt für die in § 154 Abs. 3 Satz 3 BauGB getroffene Regelung, dass die Gemeinde auf Antrag des Ausgleichsbetragspflichtigen den Ausgleichsbetrag vorzeitig festsetzen soll, wenn der Pflichtige an der vorzeitigen Festsetzung ein berechtigtes Interesse hat und der Ausgleichsbetrag mit hinreichender Sicherheit ermittelt werden kann; auch mit dieser Antragsmöglichkeit ist dem rechtsstaatlichen Gebot der Belastungsklarheit und -vorhersehbarkeit nicht hinreichend entsprochen; das gilt vor allem deswegen, weil die vorzeitige Festsetzung etwa im Hinblick auf ungewöhnliche Ermittlungsschwierigkeiten oder einen nicht vertretbaren Verwaltungsaufwand abgelehnt werden kann („soll“); vgl. zum Beispiel *Kleiber in Ernst/Zinkahn/Bielenberg*, BauGB, Stand September 2013, § 154 Rdnr. 200). Die Übergangsvorschrift des § 235 Abs. 4 BauGB schließlich normiert wiederum nur eine Pflicht der Gemeinde, Sanierungssatzungen, die vor dem 1.1.2007 bekannt gemacht wurden, spätestens bis zum 31.12.2021 mit den Rechtswirkungen des § 162 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BauGB aufzuheben. Die Regelung ist deshalb ebenfalls kein geeignetes Instrument, den rechtsstaatlichen Anforderungen der Belastungsklarheit und -vorhersehbarkeit für den Fall der Nichterfüllung dieser Pflicht Rechnung zu tragen.

d) Das OVG hat sich deshalb zur Vermeidung rechtsstaatswidriger Ergebnisse veranlasst gesehen, der bisherigen Rechtsprechung des Senats zur Auslegung des § 154 Abs. 3 Satz 1 BauGB nicht mehr einschränkunglos zu folgen. Für den Fall, dass die Gemeinde – wie hier – ihrer Pflicht zur Aufhebung der Sanierungssatzung nicht oder nicht rechtzeitig nachkomme, sei § 154 Abs. 3 Satz 1 BauGB verfassungskonform so auszulegen, dass die „abstrakte Ausgleichsbetragsforderung“ nicht erst mit dem förmlichen Abschluss der Sanierung durch Aufhebung der Sanierungssatzung, sondern bereits „in dem Zeitpunkt entsteht, in dem die Sanierungssatzung nach § 162 Abs. 1 BauGB hätte aufgehoben worden sein müssen“. Dieser Standpunkt ist mit Bundesrecht unvereinbar.

Das Gebot verfassungskonformer Gesetzesauslegung verlangt, von mehreren möglichen Normdeutungen, die teils zu einem verfassungswidrigen, teils zu einem verfassungsmäßigen Ergebnis führen, diejenige vorzuziehen, die mit dem Grundgesetz in Einklang steht (vgl. schon BVerfG, Entscheidung vom 8.3.1972, 2 BvR 28/71, BVerfGE 32, 373, 383 f.; ständige Rechtsprechung). Eine Norm ist daher nur dann verfassungswidrig, wenn keine nach anerkannten Auslegungsgrundsätzen zulässige und mit der Verfassung zu vereinbarende Auslegung möglich ist. Auch im Wege der verfassungskonformen Interpretation darf aber der normative Gehalt einer Regelung nicht neu bestimmt werden (vgl. BVerfG,



Beschluss vom 10.7.1958, 1 BvF 1/58, BVerfGE 8, 71, 78 f.). Die zur Vermeidung eines Verfassungsverstoßes gefundene Interpretation muss daher eine nach anerkannten Auslegungsgesetzen zulässige Auslegung sein (BVerfG, Urteil vom 24.4.1985, 2 BvF 2/83, 2 BvF 3/83, 2 BvF 4/83, 2 BvF 2/84, BVerfGE 69, 1, 55). Die Grenzen verfassungskonformer Auslegung ergeben sich damit grundsätzlich aus dem ordnungsgemäßen Gebrauch der anerkannten Auslegungsmethoden. Der Respekt vor der gesetzgebenden Gewalt (Art. 20 Abs. 2 GG) gebietet es dabei, in den Grenzen der Verfassung das Maximum dessen aufrechtzuerhalten, was der Gesetzgeber gewollt hat. Er fordert eine verfassungskonforme Auslegung der Norm, die durch den Wortlaut des Gesetzes gedeckt ist und die prinzipielle Zielsetzung des Gesetzgebers wahrt (BVerfG, Beschluss vom 3.6.1992, 2 BvR 1041/88, 2 BvR 78/89, BVerfGE 86, 288, 320). Die Deutung darf nicht dazu führen, dass das gesetzgeberische Ziel in einem wesentlichen Punkt verfehlt oder verfälscht wird (vgl. BVerfG, Urteil vom 4.5.2011, 2 BvR 2365/09 u. a., BVerfGE 128, 326, 400 m. w. N.; BVerfG, Beschluss vom 11.6.1958, 1 BvL 149/52, BVerfGE 8, 28, 34, vom 11.6.1980, 1 PBvU 1/79, BVerfGE 54, 277, 299 f. m. w. N. und vom 19.9.2007, 2 BvF 3/02, BVerfGE 119, 247, 274). Die verfassungskonforme Auslegung findet ihre Grenzen mithin dort, wo sie zum Wortlaut der Norm und zum klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers in Widerspruch treten würde (BVerfG, Urteil vom 30.3.2004, 2 BvR 1520/01, 2 BvR 1521/01, BVerfGE 110, 226, 267, m. w. N.; Beschluss vom 11.6.2013, 2 BvR 2302/11, 2 BvR 1279/12, NJW 2013, 3151 Rdnr. 77).

Mit seiner Auslegung des § 154 Abs. 3 Satz 1 BauGB überschreitet das OVG die dargestellten Grenzen zulässiger verfassungskonformer Auslegung, denn diese läuft auf eine Deutung hinaus, die das gesetzgeberische Anliegen in einem zentralen Punkt verfälscht.

Das OVG hat selbst hervorgehoben, dass es dem Gesetzgeber in § 154 Abs. 3 Satz 1 BauGB darum ging, den „Abschluss der Sanierung“ durch den Klammerverweis auf die §§ 162, 163 BauGB förmlich zu markieren. Nach Auffassung des OVG soll es aber „allein für den Fall, dass eine Gemeinde entgegen der Vorschrift des § 162 Abs. 1 BauGB pflichtwidrig die Aufhebung der Sanierungssatzung unterlässt, ... für die sachliche Abgabepflicht zu einer Ablösung von einem formalen Rechtsakt“ kommen. Dass dies dem Willen des Gesetzgebers zuwiderlaufe, sei – so das OVG – schon deshalb nicht erkennbar, weil der Gesetzgeber „selbstverständlich“ davon ausgegangen sei, dass die von ihm normierte Pflicht zur Aufhebung der Sanierungssatzung beachtet wird. Sinn und Zweck des § 154 Abs. 3 Satz 1 BauGB, der auf § 162 BauGB Bezug nehme, könne sogar positiv dahingehend verstanden werden, dass ein „Abschluss der Sanierung“ im Sinne des § 154 Abs. 3 Satz 1 BauGB für die sachliche Abgabepflicht auch vorliege, wenn die Gemeinde entgegen der Vorschrift des § 162 Abs. 1 BauGB die Aufhebung der Sanierungssatzung unterlässt. Nichts sei dafür erkennbar, dass der Gesetzgeber in § 154 Abs. 3 Satz 1 BauGB der Gemeinde, die pflichtwidrig die Sanierungssatzung nicht aufhebt, aus dieser Pflichtverletzung festsetzungsverjährungsrechtliche Vorteile habe gewähren wollen. Näher liege es, dass der Gesetzgeber den vom pflichtwidrigen Nichterlass der Aufhebungssatzung Betroffenen so habe stellen wollen, wie er nach der gesetzlichen Konzeption ohne die Pflichtwidrigkeit stünde. Diese Auffassung geht fehl.

Ihr steht bereits der durch den historischen Gesetzgeberwillen bestätigte eindeutige Wortlaut des § 154 Abs. 3 Satz 1 BauGB entgegen. Der Begriff „Abschluss der Sanierung“ im Sinne des § 154 Abs. 3 Satz 1 BauGB sollte, wie in

der Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung (BT-Drucks. 8/2451, S. 37) klar und unmissverständlich zum Ausdruck kommt, durch den einzufügenden Klammerzusatz „auf die §§ 50 und 51 StBauFG (jetzt: §§ 162, 163 BauGB) bezogen werden, die den förmlichen Abschluss regeln“. Dem Gesetzgeber ging es also ersichtlich darum, den Abschluss der Sanierung, mit der die Abgabepflicht entsteht, förmlich zu bestimmen.

Auch Bedürfnisse der Rechtssicherheit verlangen nach einer förmlichen Markierung des „Abschlusses der Sanierung“, wie das OVG im Ausgangspunkt selbst eingeräumt hat. Das findet seine Rechtfertigung darin, dass die in § 162 Abs. 1 Satz 1 BauGB genannten Gründe, die zur Aufhebung der Sanierungssatzung verpflichten, auch von einer Willensentscheidung der Gemeinde abhängen. So ist etwa die Beendigung der sanierungsbedingten Baumaßnahmen allein noch kein hinlängliches Zeichen dafür, dass die Sanierung im Sinne des § 162 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BauGB tatsächlich „durchgeführt“ ist, solange dieser äußerlich wahrnehmbare Vorgang nicht auch von einem entsprechenden Willen der Gemeinde getragen ist. Ob dieser Wille vorliegt, kann nur die Gemeinde zuverlässig beurteilen, wie das OVG an anderer Stelle zutreffend bemerkt hat. Äußerlich wahrnehmbare Hilfsstatsachen, wie etwa der Zeitpunkt der Durchführung der letzten baulichen Maßnahmen oder die Abrechnung der Zuwendungen, haben insoweit nur indizielle Bedeutung. Nicht von ungefähr hat sich das OVG auf der Grundlage seiner tatsächlichen Feststellungen, dass die letzten baulichen Maßnahmen zur Sanierung im Jahr 1989 durchgeführt und in den Jahren 1989 bis 1992 die für die Sanierung erhaltenen Zuwendungen gegenüber dem Regierungspräsidium abgerechnet worden seien, lediglich zu der Aussage befähigt angesehen, dass die Sanierungssatzung „spätestens“ im Jahre 1992 hätte aufgehoben werden müssen. Auch nach Sinn und Zweck des § 154 Abs. 3 Satz 1 BauGB ist deshalb daran festzuhalten, dass es angesichts „unüberwindbarer Schwierigkeiten“, ohne eine entsprechende gesetzliche Regelung den Zeitpunkt des Außerkrafttretens auch nur einigermaßen präzise festzulegen, in sämtlichen Fällen des § 162 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 4 BauGB einer ausdrücklichen Entscheidung der Gemeinde über die Aufhebung der Sanierungssatzung bedarf (BVerwG Beschluss vom 12.4.2011 – 4 B 52.10, juris Rdnr. 5, 6). Erst dieser formale Rechtsakt führt den „Abschluss der Sanierung“ herbei. Alles andere wäre mit Wortlaut, historischem Gesetzgeberwillen sowie Sinn und Zweck des § 154 Abs. 3 Satz 1 BauGB unvereinbar.

Gesetzeswortlaut und historischer Gesetzgeberwille enthalten keinen Hinweis darauf, dass der Gesetzgeber hinsichtlich der „abstrakten Ausgleichsforderung“ bzw. der „sachlichen Abgabepflicht“ und nur für den Fall einer pflichtwidrig unterlassenen Aufhebung der Sanierungssatzung auf diesen förmlich markierten Anknüpfungspunkt für den Abschluss der Sanierung verzichten wollte. Dabei geht es – anders als das OVG angenommen hat – nicht darum, ob der Gesetzgeber einer Gemeinde, die pflichtwidrig die Sanierungssatzung nicht aufhebt, aus der Pflichtverletzung festsetzungsverjährungsrechtliche Vorteile gewähren wollte. Im Rahmen der verfassungskonformen Auslegung geht es – anders als bei der richterlichen Rechtsfortbildung, etwa im Wege des Analogieschlusses – auch nicht darum, ob der Gesetzgeber, hätte er das rechtsstaatliche Gebot der Belastungsklarheit und -vorhersehbarkeit bedacht, für den Fall einer pflichtwidrigen Nichtaufhebung der Sanierungssatzung das Normverständnis des OVG zugrunde gelegt hätte. Es geht vielmehr darum, ob das Normverständnis des OVG dem klar erkennbar geäußerten Willen des Gesetzgebers sowie dem Gesetzeszweck entspricht. Diese

Frage ist ohne Einschränkung zu verneinen. Der Gesetzgeber hat sich – wie dargestellt – ersichtlich auch aus Gründen der Rechtssicherheit kategorisch auf einen durch die Aufhebung der Sanierungssatzung gemäß § 162 BauGB (oder die grundstücksbezogene Erklärung der Abgeschlossenheit der Sanierung gemäß § 163 BauGB) formal markierten Abschluss der Sanierung festgelegt. Die vom OVG angenommenen Differenzierungen zwischen „persönlicher Abgabepflicht“ und „abstrakter Ausgleichsbetragsforderung“ bzw. „sachlicher Abgabepflicht“ sowie zwischen einer rechtmäßigen und einer rechtswidrig unterlassenen Aufhebung der Sanierungssatzung sind in der Vorschrift nicht angelegt. Der Fall einer pflichtwidrigen Nichtaufhebung der Sanierungssatzung ist sowohl nach dem durch den historischen Gesetzgeberwillen bestätigten Wortlaut als auch nach Sinn und Zweck der Vorschrift von § 154 Abs. 3 Satz 1 BauGB erfasst. Während der Gesetzgeber den Abschluss der Sanierung also ohne Ausnahme durch die Aufhebung der Sanierungssatzung förmlich markiert sieht, soll nach Auffassung des OVG für den Fall einer pflichtwidrig unterlassenen Aufhebung der Sanierungssatzung hinsichtlich der „abstrakten Ausgleichsforderung“ der Zeitpunkt des tatsächlichen Abschlusses der Sanierung an die Stelle des förmlichen Abschlusses der Sanierung treten. Die normative Festlegung des Gesetzgebers würde mithin für den Fall einer nicht rechtzeitigen Aufhebung der Sanierungssatzung neu bestimmt; das Normverständnis des OVG liefe somit auf eine Deutung hinaus, die das gesetzgeberische Anliegen in einem zentralen Punkt verfälscht und deshalb die Grenzen zulässiger verfassungskonformer Auslegung überschreitet.

Das gilt umso mehr, als das Kriterium des tatsächlichen Abschlusses der Sanierung nicht nur – wovon das OVG offensichtlich ausgegangen ist – in dem „atypischen Fall pflichtwidrigen Verhaltens der Gemeinde“ an die Stelle des förmlichen Abschlusses der Sanierung durch Aufhebung der Sanierungssatzung treten würde, sondern – konsequent zu Ende gedacht – letztlich auch in allen anderen Fällen zu prüfen wäre. Denn auch in dem Fall, in dem die Gemeinde die Aufhebung der Sanierung pflichtgemäß und rechtzeitig beschließt, müsste das Gericht, um dies feststellen zu können, erst einmal ermitteln, wann die Sanierungsmaßnahmen tatsächlich abgeschlossen waren und die Sanierungssatzung nach § 162 Abs. 1 BauGB deshalb „hätte aufgehoben worden sein müssen“. Die Prüfung des tatsächlichen Abschlusses der Sanierung bliebe dem Gericht also in keinem Fall erspart. Das gesetzgeberische Ziel, den Abschluss der Sanierung auch angesichts der „unüberwindbaren Schwierigkeiten, ohne eine entsprechende gesetzliche Regelung den Zeitpunkt des Außerkrafttretens auch nur einigermaßen präzise festzulegen“, rein formal zu bestimmen, würde damit konterkariert.

e) Einer verfassungskonformen Auslegung des § 154 Abs. 3 Satz 1 BauGB bedarf es im Übrigen schon deswegen nicht, weil unter Anwendung des auch im öffentlichen Recht geltenden Grundsatzes von Treu und Glauben die Einhaltung des rechtsstaatlichen Gebots der Belastungsklarheit und -vorhersehbarkeit und damit die Verfassungsmäßigkeit der Regelungen über den Ausgleichsbetrag sichergestellt werden kann.

Der Grundsatz von Treu und Glauben gehört zu den allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts (BVerwG, Urteil vom 14.4.1978, 4 C 6.76, BVerwGE 55, 337, 339 und vom 16.5.2000, 4 C 4.99, BVerwGE 111, 162, 172 sowie Beschluss vom 5.3.1998, 4 B 3.98, *Buchholz* 406.421 Garagen- und Stellplatzrecht Nr. 8). Er bedarf der Konkretisierung, die anhand von Fallgruppen vorgenommen wird. Soweit es – wie bei sanierungsrechtlichen Ausgleichsbeträgen nach § 154 Abs. 1 BauGB – um bundesrechtlich geregelte Abgaben geht, gegen die sich der Einwand von Treu und Glauben richtet,

unterliegt er der vollen revisionsgerichtlichen Überprüfung (vgl. BVerwG, Urteil vom 16.5.2000, 4 C 4.99, BVerwGE 111, 162, 172, S. 172 f.).

Nicht einschlägig ist allerdings die Fallgruppe der Verwirkung. Das hat bereits das BVerfG mit Beschluss vom 5.3.2013, 1 BvR 2457/08 klargestellt. Nach ständiger Rechtsprechung des BVerwG (zum Beispiel BVerfG, Urteil vom 7.2.1974, 3 C 115.71, BVerwGE 44, 339, 343 m. w. N.) erfordert die Verwirkung nicht nur, dass seit der Möglichkeit der Geltendmachung eines Rechts längere Zeit verstrichen ist. Es müssen auch besondere Umstände hinzutreten, die die verspätete Geltendmachung als treuwidrig erscheinen lassen. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn der Verpflichtete infolge eines bestimmten Verhaltens des Berechtigten darauf vertrauen durfte, dass dieser das Recht nach so langer Zeit nicht mehr geltend machen werde (Vertrauensgrundlage), der Verpflichtete ferner tatsächlich darauf vertraut hat, dass das Recht nicht mehr ausgeübt werde (Vertrauenstatbestand) und sich infolgedessen in seinen Vorkehrungen und Maßnahmen so eingerichtet hat, dass ihm durch die verspätete Durchsetzung des Rechts ein unzumutbarer Nachteil entstehen würde. Im Sanierungsrecht wird – wie ausgeführt – bereits die erforderliche Vertrauensgrundlage wegen der Eintragung eines Sanierungsvermerks in das Grundbuch in aller Regel nicht gegeben sein. Im Übrigen erscheint das Instrument der Verwirkung auch mit Blick auf die weiteren Voraussetzungen (Vertrauenstatbestand, Vermögensdisposition) kaum geeignet, den Bürger vor einer rechtsstaatlich unzumutbaren Erhebung sanierungsrechtlicher Ausgleichsbeträge zu bewahren. Denn das rechtsstaatliche Gebot der Belastungsklarheit und -vorhersehbarkeit erfordert eine Regelung, die ohne individuell nachweisbares oder typischerweise vermutetes, insbesondere ohne betätigtes Vertrauen greift (BVerfG, Beschluss vom 5.3.2013, 1 BvR 2457/08, a. a. O.).

Der Geltendmachung eines sanierungsrechtlichen Ausgleichsbetrags, der den betroffenen Eigentümer in dem rechtsstaatlichen Gebot der Belastungsklarheit und -vorhersehbarkeit verletzt, steht jedoch der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung entgegen (vgl. hierzu allgemein zum Beispiel *Palandt*, BGB, 73. Aufl. 2014, § 242 Rdnr. 46 ff.; im öffentlichen Recht zum Beispiel BVerwG, Urteil vom 24.2.2010, 9 C 1.09, BVerwGE 136, 126 Rdnr. 38). Nach dieser Fallgruppe kann die Ausübung eines Rechts unzulässig sein, wenn dem Berechtigten eine Verletzung eigener Pflichten zur Last fällt und die Ausübung des Rechts aufgrund dieser eigenen Pflichtenverletzung treuwidrig erscheint. Wie alle Generalklauseln ist auch der Grundsatz von Treu und Glauben in der Ausprägung der unzulässigen Rechtsausübung Einfallstor für verfassungsrechtliche Wertungen. Der Begriff der Treuwidrigkeit ist deshalb so auszulegen, dass eine Erhebung sanierungsrechtlicher Ausgleichsbeträge, die dem Gebot der Belastungsklarheit und -vorhersehbarkeit widerspräche, ausgeschlossen ist.

Treuwidrigkeit liegt allerdings nicht bereits dann vor, wenn die Gemeinde die Sanierungssatzung entgegen ihrer Pflicht aus § 162 Abs. 1 BauGB nicht rechtzeitig aufgehoben hat. Treuwidrig ist die Abgabenerhebung vielmehr erst dann, wenn es aufgrund der Pflichtverletzung der Gemeinde unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Einzelfalls nicht mehr zumutbar erscheint, den Bürger mit der Abgabenerhebung zu konfrontieren. Wann das der Fall ist, mag im Einzelfall schwierig zu bestimmen sein. Der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung ist aber handhabbar. Zugrunde zu legen ist ein enger Maßstab. Gegen die Annahme der Treuwidrigkeit kann etwa sprechen, dass sich der politische Willensbildungsprozess in der Gemeinde über die Fortset-

zung der Sanierungsmaßnahmen schwierig gestaltete oder dass die Fortführung der Sanierung an finanziellen Engpässen scheiterte.

Darüber hinaus kann zur Ausfüllung des Treuwidrigkeitstatbestandes auf die Wertungen allgemeiner Verjährungsvorschriften zurückgegriffen werden. Zu denken ist etwa an die Regelung in § 53 Abs. 2 VwVfG, wonach eine Verjährungsfrist von 30 Jahren zu laufen beginnt, wenn ein Verwaltungsakt zur Feststellung oder Durchsetzung des Anspruchs eines öffentlichrechtlichen Rechtsträgers unanfechtbar wird. Diese Vorschrift ist zwar auf die Erhebung sanierungsrechtlicher Ausgleichsbeträge nicht unmittelbar anwendbar. Die darin zum Ausdruck kommende Wertung des Gesetzgebers, die Durchsetzbarkeit des Anspruchs eines öffentlichrechtlichen Rechtsträgers auf die längste im Zivilrecht vorgesehene Verjährungsfrist von 30 Jahren (§ 197 BGB) zu beschränken (VGH München, Urteil vom 14.11.2013, 6 B 12.704, juris Rdnr. 22 im Anschluss an VG Dresden, Urteil vom 14.5.2013, 2 K 742.11, juris Rdnr. 42) und zwar unabhängig vom Entstehen des Anspruchs (vgl. § 199 Abs. 2 und 3 Nr. 2 BGB), kann aber zur Ausfüllung des Treuwidrigkeitstatbestandes übernommen werden.

Die Erhebung sanierungsrechtlicher Ausgleichsbeträge ist damit generell ausgeschlossen, wenn seit dem Entstehen der Vorteilslage mehr als 30 Jahre vergangen sind. Aber auch vor Erreichen dieser zeitlichen Höchstgrenze kann die Erhebung nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls treuwidrig und deshalb als Rechtsausübung unzulässig sein. Der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung ist dabei eine von Amts wegen zu berücksichtigende Einwendung. Er steht der Erhebung sanierungsrechtlicher Ausgleichsbeträge auch dann entgegen, wenn sich der Betroffene hierauf nicht beruft. Den rechtsstaatlichen Anforderungen ist damit insgesamt Genüge getan.

3. Ob die Erhebung des sanierungsrechtlichen Ausgleichsbetrags vorliegend tatsächlich wegen unzulässiger Rechtsausübung ausgeschlossen war, kann der Senat offen lassen. Denn die Berufungsentscheidung stellt sich im Ergebnis aus anderen Gründen als richtig dar (§ 144 Abs. 4 VwGO).

Das VG hat angenommen, dass die Aufhebungssatzung der Bekl. v. 29.6.2006 nicht zu einem Abschluss der Sanierung im Sinne des § 154 Abs. 3 Satz 1 BauGB geführt habe, weil sie wegen formeller Mängel unwirksam sei. Das OVG hat diese Frage offen gelassen und hierzu auch keine Feststellungen getroffen. Der vom VG angenommene Ausfertigungsmangel ist zwischen den Beteiligten aber unstrittig, wie diese im Termin zur mündlichen Verhandlung noch einmal ausdrücklich bestätigt haben. Der Senat kann deshalb von der formellen Unwirksamkeit der Aufhebungssatzung ausgehen. Fehlt es aber an einer wirksamen Aufhebungssatzung, dann mangelt es auch an dem vom § 154 Abs. 3 Satz 1 BauGB vorausgesetzten förmlichen Abschluss der Sanierung, so dass ein Ausgleichsbetrag nicht entstanden ist. Das hat – wie das VG zu Recht angenommen hat – zur Folge, dass der angefochtene Abgabenbescheid rechtswidrig ist und den Kläger in seinen Rechten verletzt (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO).

## Steuerrecht

18. ErbStG (vor 2009) § 12 Abs. 5 Satz 2, § 13a Abs. 5 Nr. 1; BewG (vor 2009) § 109 Abs. 1 (*Wegfall der Steuerbegünstigung des Betriebsvermögens gemäß § 13a Abs. 5 Nr. 1 Satz 1 ErbStG*)

- 1. Der nachträgliche Wegfall der Steuerbegünstigung des Betriebsvermögens gemäß § 13a Abs. 5 Nr. 1 Satz 1 ErbStG tritt unabhängig davon ein, aus welchen Gründen das Betriebsvermögen veräußert wurde und ob die Veräußerung freiwillig oder unfreiwillig erfolgte.**
- 2. Hat sich die Beteiligung des Gesellschafters einer Personengesellschaft durch einen nach § 13a Abs. 1 und 2 ErbStG begünstigten Erwerb erhöht, können bei einer anschließenden Veräußerung von Gesellschaftsanteilen die Steuerbegünstigungen nach § 13a Abs. 5 Nr. 1 Satz 1 ErbStG nur insoweit entfallen, als der Gesellschafter nach der Veräußerung nicht mehr in Höhe des begünstigt erworbenen Gesellschaftsanteils beteiligt ist.**

BFH, Urteil vom 26.2.2014, II R 36/12

Die Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin) ist Alleinerbin ihres am 30.3.2004 verstorbenen Ehemanns. Dieser war u. a. Kommanditist der E-KG und der B-KG. Vor dem Erbfall waren an der E-KG die Klägerin und ihr verstorbener Ehemann mit Kommanditanteilen i. H. v. 76.694 € bzw. 689.988 € und an der B-KG mit Kommanditanteilen i. H. v. 9.203 € bzw. 82.798 € beteiligt. Zur Erfüllung von Pflichtteilsansprüchen trat die Klägerin einem ihrer Söhne einen Kommanditanteil an der E-KG i. H. v. 253.682 € und ihrer Tochter einen Kommanditanteil an der B-KG i. H. v. 22.000 € ab.

Der Beklagte und Revisionsbeklagte (das Finanzamt – FA) setzte mit Bescheid vom 22.3.2007 die Erbschaftsteuer auf 180.044 € fest. Dabei sah das FA die Übertragungen der Kommanditanteile zum Teil als schädlich für die Anwendung der Steuerbegünstigung nach § 13a Abs. 2 des Erbschaft- und Schenkungsteuergesetzes in der im Streitjahr geltenden Fassung (ErbStG) an. Da nicht erkennbar sei, ob die Klägerin ihre schon vor dem Tod gehaltenen Anteile oder die aufgrund des Erbfalls hinzugewonnenen Anteile übertragen habe, sei zur Ermittlung des steuerschädlich veräußerten Betriebsvermögens eine Verhältnisrechnung anzustellen. Bei der Bewertung des Betriebsvermögens folgte das FA dem auf den 30.3.2004 erstellten Zwischenabschluss. Neben dem Freibetrag von 225.000 € berücksichtigte das FA einen Abschlag nach § 13a Abs. 2 ErbStG von 390.444 €.

Die nach erfolglosem Einspruchsverfahren erhobene Klage hatte hinsichtlich einiger im Einigungswege beigelegter Streitpunkte Erfolg. Im Übrigen wies das Finanzgericht (FG) sie als unbegründet ab. Seiner Ansicht nach hat das FA das steuerschädlich veräußerte Betriebsvermögen zutreffend im Wege einer Verhältnisrechnung ermittelt und die von der Klägerin zusätzlich geltend gemachten Verbindlichkeiten und Rückstellungen bei der Bewertung des Betriebsvermögens nicht berücksichtigt. Das Urteil ist in Entscheidungen der Finanzgerichte 2012, 2146 veröffentlicht.

Dagegen wendet sich die Revision der Klägerin. Sie ist der Ansicht, bei der Ermittlung des begünstigt erworbenen und zur Erfüllung der Pflichtteilsansprüche übertragenen Betriebsvermögens sei davon auszugehen, dass sie zunächst ihre schon vor dem Tod gehaltenen Anteile veräußert habe. Anderenfalls werde der Zweck der Nachversteuerung verfehlt. Im Übrigen seien die von ihr geltend gemachten Verbindlichkeiten und Rückstellungen für Rückkaufverpflichtungen und Kosten der Aufbewahrung von Geschäftsunterlagen bei der Bewertung des Betriebsvermögens zu berücksichtigen.

Im Laufe des Revisionsverfahrens ist am 7.9.2012 ein nach § 172 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 der Abgabenordnung geänderter Bescheid ergangen. Damit setzte das FA die Vorgaben der Vorentscheidung um und die Steuer auf 164.844 € herab.

Die Klägerin beantragt sinngemäß, die Vorentscheidung aufzuheben und den Erbschaftsteuerbescheid vom 7.9.2012 dahingehend abzuän-



dem, dass die Erbschaftsteuer um den Betrag herabgesetzt wird, der sich aus der Berücksichtigung von weiteren Verbindlichkeiten und Rückstellungen bei der E-KG i. H. v. insgesamt 257.200 € ergibt. Weiter beantragt sie, dass die Steuerbegünstigung für das Betriebsvermögen nur insoweit wegfällt, als die an die Kinder übertragenen Kommanditbeteiligungen an der E-KG und der B-KG ihre beim Erbfall bereits bestehenden Kommanditbeteiligungen übersteigen.

Das FA beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Aus den Gründen:

## II.

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der Vorentscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das FG zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 der Finanzgerichtsordnung – FGO).

Das Urteil des FG war schon aus verfahrensrechtlichen Gründen aufzuheben, weil sich während des Revisionsverfahrens der Verfahrensgegenstand, über dessen Rechtmäßigkeit das FG zu entscheiden hatte, geändert hat. Das FG hat über die Rechtmäßigkeit des Erbschaftsteuerbescheids vom 22.3.2007 in Gestalt der Einspruchsentscheidung vom 4.2.2010 entschieden. An die Stelle dieses Bescheids ist während des Revisionsverfahrens gemäß § 68 Satz 1, § 121 Satz 1 FGO der Änderungsbescheid vom 7.9.2012 getreten. Das angefochtene Urteil ist daher gegenstandslos und aufzuheben (Urteile des BFH vom 28.6.2012, III R 86/09, BFHE 238, 68, Rdnr. 8, BStBl II 2013, S. 855, und vom 16.1.2013, II R 66/11, BFHE 240, 191, Rdnr. 12, jeweils m. w. N.). Dies ändert aber nichts daran, dass die vom FG getroffenen tatsächlichen Feststellungen die Grundlage für die Entscheidung des BFH bilden; da das finanzgerichtliche Verfahren nicht an einem Verfahrensmangel leidet, fallen die Feststellungen durch die Aufhebung des finanzgerichtlichen Urteils nämlich nicht weg (BFH, Urteile in BFHE 238, 68, Rdnr. 9, BStBl II 2013, S. 855, und in BFHE 240, 191, Rdnr. 13, jeweils m. w. N.).

## III.

Die Sache ist nicht spruchreif. Entgegen der Ansicht des FG hat das FA das gemäß § 13a Abs. 5 Nr. 1 ErbStG nicht begünstigte Betriebsvermögen unzutreffend berechnet. Zu Unrecht ist es zudem davon ausgegangen, dass die Verbindlichkeiten und Rückstellungen bei der Ermittlung des Werts des Betriebsvermögens für Zwecke der Erbschaftsteuer schon deshalb unberücksichtigt bleiben müssen, weil sie in der aus ertragsteuerrechtlichen Gründen vorgelegten Steuerbilanz nicht gebildet worden wären. Der BFH kann anhand der tatsächlichen Feststellungen des FG nicht abschließend beurteilen, ob die Voraussetzungen für den Ansatz der Verbindlichkeiten und Rückstellungen gegeben sind.

1. Die Berechnung des nach § 13a Abs. 5 Nr. 1 ErbStG nicht begünstigten Teils der übertragenen Kommanditbeteiligungen ist unzutreffend.

a) Der Freibetrag des § 13a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ErbStG und der verminderte Wertansatz nach dessen Abs. 2 werden u. a. gewährt, wenn inländisches Betriebsvermögen im Sinne des § 13a Abs. 4 Nr. 1 ErbStG beim Erwerb von Todes wegen auf den Erwerber übergeht. Nach § 13a Abs. 5 Nr. 1 Satz 1 ErbStG fallen der Freibetrag oder Freibetragsanteil und der verminderte Wertansatz mit Wirkung für die Vergangenheit weg, soweit der Erwerber innerhalb von fünf Jahren nach dem Erwerb u. a. einen Gewerbebetrieb oder einen Teilbetrieb oder einen Anteil an einer Gesellschaft im Sinne des § 18 Abs. 4 EStG veräußert.

b) Zu einer Veräußerung im Sinne des § 13a Abs. 5 Nr. 1 Satz 1 ErbStG zählt jede entgeltliche Übertragung eines nach

§ 13a Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 ErbStG begünstigt erworbenen Mitunternehmeranteils. Der Wegfall der Steuerbefreiung tritt unabhängig davon ein, aus welchen Gründen das begünstigt erworbene Betriebsvermögen veräußert wurde und ob die Veräußerung freiwillig oder unfreiwillig erfolgte. Durch § 13a ErbStG soll nämlich nur erreicht werden, dass eine Betriebsfortführung durch den Erwerber nicht aus Gründen der Erbschaftsteuerbelastung scheitert (BFH, Urteil vom 17.3.2010, II R 3/09, BFHE 229, 369, BStBl II 2010, S. 749). § 13a Abs. 5 ErbStG ist nicht im Wege einer teleologischen Reduktion auf die Fälle zu beschränken, in denen die Veräußerung freiwillig erfolgt (vgl. BFH, Urteil vom 21.3.2007, II R 19/06, BFH/NV 2007, 1321, für den Fall der zwangsweisen Betriebsaufgabe durch Eröffnung des Insolvenzverfahrens, und vom 11.11.2009, II R 63/08, BFHE 227, 369, BStBl II 2010, S. 305, zu Überentnahmen zur Schenkungsteuertilgung). Nichts anderes gilt für die Veräußerung zur Erfüllung von Pflichtteilsansprüchen oder sonstigen Nachlassverbindlichkeiten. Anderenfalls würden Erwerber von Unternehmensvermögen unzulässig gegenüber sonstigen Erwerbern begünstigt. Dies wäre vom verfassungsrechtlich zulässigen Differenzierungsgrund „Schutz der Betriebe“ nicht mehr gedeckt (vgl. BFH Urteil in BFHE 227, 369, BStBl II 2010, S. 305).

c) Ist der Erwerber bereits vor dem nach § 13a Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 ErbStG begünstigten Erwerb einer Beteiligung an einer Personengesellschaft als Gesellschafter beteiligt gewesen, geht der erworbene Anteil in einer einheitlichen Mitgliedschaft mit der bisherigen Beteiligung des Erwerbers auf (vgl. BFH, Urteil vom 23.2.2010, II R 42/08, BFHE 228, 184, BStBl II 2010, S. 555). Es kann dahinstehen, ob danach bei einer Veräußerung von Gesellschaftsanteilen überhaupt noch eine Unterscheidung nach ursprünglichen und neu erworbenen Anteilen vorgenommen werden kann. Jedenfalls ist in Bezug auf § 13a Abs. 5 Nr. 1 ErbStG zugunsten des Steuerpflichtigen davon auszugehen, dass die Steuerbegünstigungen nur insoweit wegfallen können, als der Gesellschafter nach der Veräußerung nicht mehr in Höhe des begünstigt erworbenen Gesellschaftsanteils beteiligt ist. Dies folgt aus dem Zweck des § 13a Abs. 5 ErbStG, wonach die Nachbesteuerung nur das begünstigt erworbene Vermögen erfassen soll (so auch *Jülicher* in *Troll/Gebell/Jülicher*, ErbStG, § 13a Rdnr. 240; *Philipp* in *Viskorfj/Knobel/Schuck/Wälzholz*, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, Bewertungsgesetz, 4. Aufl., § 13a ErbStG Rdnr. 73; *Weinmann* in *Moench/Weinmann*, § 13a ErbStG Rdnr. 91; *Crezelius*, DB 1997, 1586; ebenso die Ansicht der Finanzverwaltung in RE 13 a.6 Abs. 1 Satz 4 der Erbschaftsteuerrichtlinien 2011 für Erwerbsvorgänge, für die die Steuer nach dem 2.11.2011 entstanden ist).

d) Im Streitfall ist das FG zutreffend davon ausgegangen, dass die Übertragung der Kommanditanteile an die Kinder zur Erfüllung der Pflichtteilsansprüche gemäß § 13a Abs. 5 Nr. 1 ErbStG zum – anteilig – rückwirkenden Wegfall des verminderten Wertansatzes (§ 13a Abs. 2 ErbStG) geführt hat. Der Anteil des steuerschädlich veräußerten Vermögens ist jedoch nicht im Wege einer Verhältnisrechnung zu berechnen. Vielmehr ist davon auszugehen, dass der verminderte Wertansatz nur insoweit wegfällt, als die Klägerin nach den Übertragungen nicht mehr in Höhe der begünstigt erworbenen Gesellschaftsanteile beteiligt war. Danach ergibt sich folgende Berechnung:

E-KG	
Originäre Beteiligung der Klägerin	76.694 €
zuzüglich geerbter Kommanditanteil	689.988 €
Summe	766.682 €
abzüglich übertragener Kommanditanteil	253.682 €
nach Übertragung verbleibender Anteil	513.000 €
geerbter Kommanditanteil	689.988 €
abzüglich verbleibender Anteil	513.000 €
Differenz (steuerschädlich veräußert)	176.988 € (25,65 %)
B-KG	
Originäre Beteiligung der Klägerin	9.203 €
zuzüglich geerbter Kommanditanteil	82.798 €
Summe	92.001 €
abzüglich übertragener Kommanditanteil	22.000 €
nach Übertragung verbleibender Anteil	70.001 €
geerbter Kommanditanteil	82.798 €
abzüglich verbleibender Anteil	70.001 €
Differenz (steuerschädlich veräußert)	12.797 € (15,46 %)

2. Verbindlichkeiten und Rückstellungen können bei der Ermittlung des Werts des Betriebsvermögens für Zwecke der Erbschaftsteuer nicht schon deshalb unberücksichtigt bleiben, weil sie nicht in der aus ertragsteuerrechtlichen Gründen vorgelegten Steuerbilanz geltend gemacht wurden.

a) § 12 Abs. 5 Satz 2 ErbStG verweist zur Bewertung des Betriebsvermögens auf die entsprechend anzuwendenden Vorschriften des Bewertungsgesetzes in der im Streitjahr gültigen Fassung (BewG). Für die Bewertung des Betriebsvermögens ist § 109 Abs. 1 BewG maßgebend. Danach sind die zu einem Gewerbebetrieb gehörenden Wirtschaftsgüter, sonstigen aktiven Ansätze, Schulden und sonstigen passiven Ansätze bei Steuerpflichtigen, die ihren Gewinn nach § 4 Abs. 1 oder § 5 EStG ermitteln, mit den Steuerbilanzwerten anzusetzen.

b) Für die Bestands- und Wertermittlung des Betriebsvermögens für Zwecke der Festsetzung von Erbschaftsteuer sind die Steuerbilanzwerte maßgebend, die unter Zugrundelegung der ertragsteuerrechtlichen Bilanzierungs- und Gewinnermittlungsvorschriften zutreffend sind bzw. richtigerweise anzusetzen gewesen wären (BFH, Urteil vom 5.5.2010, II R 16/08, BFHE 230, 188, BStBl II 2010, S. 923; *Dötsch in Gürsching/Stenger*, Bewertungsrecht, § 95 BewG Rdnr. 152; *Gebel in Troll/Gebell/Jülicher*, ErbStG, § 12 Rdnr. 706; *Hübner*, Deutsches Steuerrecht 2000, 1205). Die Rechtsprechung des BFH, nach der die Bindung der Einheitsbewertung des Betriebsvermögens an die Steuerbilanz unabhängig davon erfolgt, ob die Bilanzansätze nach ertragsteuerrechtlichen Grundsätzen zutreffend sind (vgl. BFH, Urteil vom 11.3.2008, II R 84/05, BFH/NV 2008, 1454 m. w. N.), steht dem nicht entgegen. Denn diese Bindung gilt nicht für die Erbschaftsteuer (vgl. BFH, Urteil vom 25.10.2000, II R 58/98, BFHE 194, 238, BStBl II 2001, S. 92, unter II. 1. a). Außerdem ist § 109a BewG, der die Bindung des Einheitswerts in verfahrensrechtlicher Hinsicht sichergestellt hatte, mit Wirkung ab 1.1.1998

aufgehoben worden (vgl. Art. 6 Nr. 19 des Gesetzes zur Fortsetzung der Unternehmensteuerreform vom 29.10.1997, BGBl 1997 I, S. 2590, BStBl I 1997, S. 928).

c) Im Streitfall vertrat das FG eine andere Rechtsauffassung. Unter Hinweis auf das zur Ermittlung des Einheitswerts des Betriebsvermögens ergangene BFH, Urteil vom 16.6.1999, II R 24/98 (BFH/NV 2000, 10) lehnte es den Ansatz der von der Klägerin geltend gemachten Rückstellungen allein deshalb ab, weil die Verbindlichkeiten und Rückstellungen nicht in der Steuerbilanz gebildet worden waren. Die Feststellungen des FG im Urteil reichen nicht aus, um prüfen zu können, ob die Klägerin die Rückkaufverpflichtung aus einem Leasinggeschäft, die pauschale Rückstellung für Rückkaufverpflichtungen aus anderen Leasinggeschäften und die Rückstellung für die Aufbewahrung von Geschäftsunterlagen nach ertragsteuerrechtlichen Grundsätzen (zur Passivierung der Rückkaufverpflichtung vgl. BFH, Urteile vom 11.10.2007, IV R 52/04, BFHE 219, 129, BStBl II 2009, S. 705, und vom 17.11.2010, I R 83/09, BFHE 232, 80, BStBl II 2011, S. 812) dem Grunde und der Höhe nach in der auf den 30.3.2004 zu erstellenden Zwischenbilanz hätte bilden können oder müssen. Das FG wird hierzu entsprechende Feststellungen nachzuholen haben.

19. ErbStG § 7 Abs. 1 Nr. 1; AO § 42 (*Grundstücksschenkung an ein Kind bei anschließender Weiterschenkung als Zuwendung an das Schwiegerkind*)

**Überträgt ein Elternteil ein Grundstück schenkweise auf ein Kind und schenkt das bedachte Kind unmittelbar im Anschluss an die ausgeführte Schenkung einen Miteigentumsanteil an dem Grundstück an seinen Ehegatten weiter, ohne dem Elternteil gegenüber zur Weiterschenkung verpflichtet zu sein, liegt schenkungsteuerrechtlich keine Zuwendung des Elternteils an das Schwiegerkind vor.**

BFH, Urteil vom 18.7.2013, II R 37/11

Die Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin) ist mit K verheiratet. Die Ehegatten leben im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft.

K erhielt von seiner Mutter (M) mit notariell beurkundetem Vertrag vom 10.11.2006 (URNr. 1676) Wohnungseigentum, bestehend aus einer Eigentumswohnung und damit verbundenen Miteigentumsanteilen an weiteren Grundstücken. Als Gegenleistungen wurden zugunsten der M ein dinglich gesichertes Wohnrecht bestellt sowie durch eine Reallast gesicherte Ansprüche auf Wart und Pflege und ein Anspruch auf ein standesgemäßes Begräbnis eingeräumt. Die Überlassung des Grundbesitzes sollte unentgeltlich erfolgen, soweit die Gegenleistungen den Wert der Zuwendung nicht erreichen sollten. K hatte sich den Wert der Zuwendung auf seinen gesetzlichen Pflichtteilsanspruch bzw. Pflichtteilsergänzungsanspruch am Nachlass der M anrechnen zu lassen. Eine Ausgleichung nach § 2050 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) wurde ausgeschlossen. M verzichtete auf die Vereinbarung eines Rückforderungsanspruchs. Die Vertragsbeteiligten waren sich über den Eigentumsübergang einig. M bewilligte die Eintragung der Auflassung in das Grundbuch.

Mit notarieller Urkunde ebenfalls vom 10.11.2006 (URNr. 1677) übertrug K die Hälfte des ihm überlassenen Grundbesitzes auf die Klägerin. Diese trat neben K in alle dinglich gesicherten Verpflichtungen gegenüber der M ein. K sollte berechtigt sein, u. a. im Fall einer Ehescheidung oder bei einem Vorversterben der Klägerin die Rückübertragung des an sie überlassenen Grundbesitzes gegen Ausgleich der anteiligen Werterhöhung zu verlangen. Im Übrigen sollte die Überlassung unentgeltlich und ohne jegliche Gegenleistung erfolgen. Die Vertragsbeteiligten erklärten die Auflassung. Die Eintragung des Miteigentums der Klägerin sollte im Wege der Kettenauflassung erfolgen; K verzichtete insoweit auf seine Zwischeneintragung als Alleineigentümer.

M hatte in ihrer letztwilligen Verfügung vom 3.2.2004 K als Alleinerben eingesetzt.

In der Schenkungsteuererklärung gab die Klägerin M als Schenkerin an. Der Beklagte und Revisionsbeklagte (das FA) ging davon aus, dass M den Grundbesitz je zur Hälfte dem K und der Klägerin freigebig zugewendet habe. Für die Zuwendung der M an die Klägerin setzte das FA mit Bescheid vom 2.3.2007 die Schenkungsteuer auf 2.616 € fest. Hiervon wurden 1.464 € zinslos gestundet.

Einspruch und Klage, mit denen sich die Klägerin gegen die Annahme einer Schenkung durch M wandte, blieben ohne Erfolg. Das Finanzgericht (FG) führte zur Begründung aus, dass K als Zwischenerwerber nicht bereichert gewesen sei, soweit er den von M erhaltenen Grundbesitz sogleich zur Hälfte an die Klägerin weitergeschenkt habe. Das gelte auch, wenn zivilrechtlich von zwei Schenkungen auszugehen sei. Die Weitergabe an die Klägerin sei vorgezeichnet gewesen, weil die Kettenschenkung zwischen M, K und der Klägerin abgestimmt gewesen sei. Das Urteil des FG ist in Entscheidungen der Finanzgerichte 2011, 1733 veröffentlicht.

Mit der Revision rügt die Klägerin die Verletzung des § 7 Abs. 1 Nr. 1 des Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetzes (ErbStG).

Die Klägerin beantragt, die Vorentscheidung und den Schenkungsteuerbescheid vom 2.3.2007 in Gestalt der Einspruchsentscheidung vom 18.2.2008 aufzuheben.

Das FA beantragt, die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

*Aus den Gründen:*

## II.

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der Vorentscheidung und des Schenkungsteuerbescheids in Gestalt der Einspruchsentscheidung (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FGO). Eine freigebige Zuwendung der M an die Klägerin liegt entgegen der Auffassung des FG nicht vor.

1. Nach § 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.

a) Eine freigebige Zuwendung im Sinne des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG setzt in objektiver Hinsicht voraus, dass die Leistung zu einer Bereicherung des Bedachten auf Kosten des Zuwendenden führt und die Zuwendung objektiv unentgeltlich ist und in subjektiver Hinsicht den Willen des Zuwendenden zur Freigebigkeit (vgl. BFH vom 30.1.2013 II R 6/12, BFHE 240, 178). Eine Bereicherung des Empfängers ist gegeben, wenn dieser über das Zugewendete im Verhältnis zum Leistenden tatsächlich und rechtlich frei verfügen kann (vgl. BFH, Urteil vom 30.11.2009 II R 70/06, BFH/NV 2010, 900). Ob eine Bereicherung des Empfängers vorliegt und welche Personen als Zuwendender und als Bedachter an einer freigebigen Zuwendung beteiligt sind, bestimmt sich ausschließlich nach der Zivilrechtslage (vgl. BFH-Urteile in BFH/NV 2010, 900, und vom 9.12.2009 II R 22/08, BFHE 228, 165, BStBI II 2010, S. 363, unter II. 1. a aa).

b) Wird ein Vermögensgegenstand einer Person im Wege der Schenkung übertragen und wendet diese den Vermögensgegenstand freigebig einem Dritten zu, ist für die Bestimmung des jeweiligen Zuwendenden und des jeweiligen Bereicherten darauf abzustellen, ob die weitergebende Person eine eigene Entscheidungsbefugnis bezüglich der Verwendung des geschenkten Gegenstands hat (vgl. BFH, Urteil vom 10.3.2005 II R 54/03, BFHE 208, 447, BStBI II 2005, S. 412; *Meincke*, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, Kommentar, 16. Aufl., § 7 Rdnr. 68a; *Schuck* in *Viskorff/Knobell/Schuck/Wälzholz*, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, 4. Aufl., § 7 Rdnr. 94; *Götz* in *Wilms/Jochum*, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, § 7 Rdnr. 98; *Weinmann* in *Moench/Weinmann*, § 7 ErbStG Rdnr. 148b; *Gebel* in *Troll/Gebell/Jülicher*, ErbStG, § 7 Rdnr. 237).

Erhält jemand als Durchgangs- oder Mittelsperson eine Zuwendung, die er entsprechend einer bestehenden Verpflichtung in vollem Umfang an einen Dritten weitergibt, liegt schenkungsteuerrechtlich nur eine Zuwendung aus dem Vermögen des Zuwendenden an den Dritten vor (vgl. BFH, Urteil vom 13.10.1993 II R 92/91, BFHE 172, 520, BStBI II 1994, S. 128). Wegen der Verpflichtung zur Weitergabe besteht keine Bereicherung der Mittelsperson aus dem Vermögen des Zuwendenden; eine Schenkung der Mittelsperson an den Dritten kommt nicht in Betracht (vgl. BFH, Urteil in BFHE 172, 520, BStBI II 1994, S. 128).

Wendet der Bedachte den ihm zugewendeten Gegenstand ohne eine solche rechtliche Verpflichtung freigebig einem Dritten zu, scheidet die Annahme einer Schenkung des Zuwendenden an den Dritten aus. Vielmehr liegen eine Schenkung des Zuwendenden an den Bedachten und eine Schenkung des Bedachten an den Dritten vor.

c) Ob ein Bedachter über einen zugewendeten Gegenstand frei verfügen kann oder diesen einem Dritten zuwenden muss, ist unter Berücksichtigung der abgeschlossenen Verträge, ihrer inhaltlichen Abstimmung untereinander sowie der mit der Vertragsgestaltung erkennbar angestrebten Ziele der Vertragsparteien zu entscheiden (vgl. BFH, Urteil in BFHE 208, 447, BStBI II 2005, S. 412). Die Verpflichtung zur Weitergabe kann sich aus einer ausdrücklichen Vereinbarung im Schenkungsvertrag oder aus den Umständen ergeben (vgl. *Piltz*, ZEV 1994, 55). Maßgebend für die Beurteilung ist die Gesamtheit der objektiven Gegebenheiten.

Für die Annahme einer Weitergabeverpflichtung des Bedachten reicht es jedoch nicht aus, dass der Zuwendende weiß oder damit einverstanden ist, dass der Bedachte den zugewendeten Gegenstand unmittelbar im Anschluss an die Schenkung an einen Dritten weiterschchenkt (vgl. BFH, Urteil vom 14.3.1962 II 218/59 U, BFHE 74, 554, BStBI III 1962, S. 206). Wird dagegen im Schenkungsvertrag zwischen dem Zuwendenden und dem Bedachten die Weiterschenkung an den Dritten vereinbart, kann der Bedachte über den Gegenstand nicht frei verfügen.

Eine kurze Verweildauer des Geschenks beim Bedachten spricht für sich allein genommen nicht für eine Weitergabeverpflichtung (vgl. *Schuck*, a. a. O., § 7 Rdnr. 94; *Reymann*, ZEV 2006, 55; andere Ansicht *Schuhmann*, ErbR 2012, 79; *Spiegelberger* in FS Spindler 2011, S. 809, unter II. 3.). Aus diesem Grund ist eine Weitergabeverpflichtung des zuerst Bedachten nicht schon deshalb anzunehmen, weil die Schenkung und die Weiterschenkung in zwei zeitlich unmittelbar aufeinanderfolgenden notariellen Urkunden vereinbart wurden und der zuerst Bedachte den geschenkten Gegenstand vor der sich unmittelbar anschließenden Weiterschenkung nicht tatsächlich als Eigentümer nutzen konnte. Der zeitlichen Abfolge der Schenkungen kann allerdings im Rahmen der Gesamtwürdigung eine Indizwirkung zukommen (vgl. BFH, Urteil in BFHE 172, 520, BStBI II 1994, S. 128).

Von einer Weitergabeverpflichtung des zuerst Bedachten kann auszugehen sein, wenn dieser noch vor Ausführung der freigebigen Zuwendung an ihn den Gegenstand an einen Dritten weiterschchenkt. In diesem Fall kann die Dispositionsmöglichkeit des zuerst Bedachten fehlen. Entscheidend sind jedoch auch hier die Umstände des Einzelfalls. Indiz für eine fehlende Dispositionsmöglichkeit des zuerst Bedachten kann insbesondere sein, dass die Schenkung und die Weiterschenkung in einer notariellen Urkunde vereinbart werden. Selbständige Schenkungen verschiedener Personen sind zwar nicht lediglich deshalb eine einheitliche Schenkung eines Zuwendenden, weil sie in einer Vertragsurkunde zusammenge-



fasst sind (vgl. BFH, Urteil in BFHE 74, 554, BStBl III 1962, S. 206). Die Zusammenfassung einer Schenkung und einer sich anschließenden Weiterschenkung eines Grundstücks in einer Urkunde führt aber zu einer zeitgleichen Vereinbarung von Schenkung und Weiterschenkung, so dass der zuerst Bedachte damit regelmäßig keine Entscheidungsfreiheit in Bezug auf das weitergeschenkte Grundstück erlangen wird. Das gilt nur dann nicht, wenn sich aus dem Vertrag oder den Umständen eindeutig etwas anderes ergibt.

d) Nach diesen Grundsätzen ist auch zu entscheiden, wer Zuwendender und Bedachter ist, wenn Eltern ein Grundstück schenkweise auf ein Kind übertragen und das Kind unmittelbar im Anschluss an die ausgeführte Schenkung einen Miteigentumsanteil an dem Grundstück an seinen Ehegatten weiterschent. In solchen Fällen kann, wenn das Kind seinen Eltern gegenüber nicht zur Weiterschenkung verpflichtet ist, schenkungsteuerrechtlich grundsätzlich nicht von einer Zuwendung der Eltern an das Schwiegerkind ausgegangen werden.

Eltern haben regelmäßig kein Interesse daran, ihr Vermögen im Wege der vorweggenommenen Erbfolge auf ihre Schwiegerkinder zu übertragen; gewollt ist vielmehr die Übertragung des Vermögens auf die eigenen Kinder (vgl. *Schuck*, a. a. O., § 7 Rdnr. 94; *Fischer* in *Fischer/Jüptner/Pahlke/Wachter*, ErbStG, 4. Aufl. § 7 Rdnr. 127; *Gebel*, ZEV 2005, 263, 264; *Reymann*, ZEV 2006, 55; *Spiegelberger* in FS Spindler 2011, S. 809, unter II. 4.). Für eine Zuwendung allein an das eigene Kind sprechen auch besondere Vereinbarungen im Schenkungsvertrag, die eine Anrechnung der Zuwendung auf den gesetzlichen Pflichtteilsanspruch (§ 2303 BGB) bzw. Pflichtteilergänzungsanspruch (§§ 2326 f. BGB) des Kindes sowie die Begründung eines Rückübertragungsanspruchs des zuwendenden Elternteils für bestimmte Fälle (wie zum Beispiel das Vorversterben des Kindes) regeln. Nicht maßgebend ist, dass auch bei einer Zuwendung von Eltern an das Schwiegerkind nach Scheitern der Ehe Rückforderungsansprüche der Eltern nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage und nach Bereicherungsrecht entstehen können (vgl. BGH, Urteil vom 3.2.2010, XII ZR 189/06, BGHZ 184, 190). Diese Rückforderungsansprüche lassen nicht den Schluss zu, dass Eltern ihr Vermögen zum Teil auf das Schwiegerkind übertragen wollen.

Die freigebige Zuwendung von Vermögen an das eigene Kind liegt auch wegen der damit verbundenen güterrechtlichen Folgen im Interesse der Eltern und des Kindes selbst. Der Wert der Zuwendung wird bei einem Kind, das mit seinem Ehegatten im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft lebt, dem Anfangsvermögen des Kindes hinzugerechnet (§ 1374 Abs. 2 BGB). Damit unterliegt das dem Kind zugewendete Vermögen im Rahmen des Zugewinnausgleichs nicht der Ausgleichspflicht (vgl. *Palandt/Brudermüller*, 72. Aufl., § 1374 Rdnr. 6). Wenn Eltern erreichen wollen, dass ihr Kind auch im Fall der Ehescheidung von der Schenkung profitiert, müssen sie ihr Kind direkt beschenken (BGH, Urteil in BGHZ 184, 190, unter B. I. 2. b cc).

In Fällen dieser Art kommt es wegen der Anknüpfung an das Zivilrecht und der durch die Zuwendung der Eltern ausgelösten Rechtsfolgen schenkungsteuerrechtlich nicht darauf an, ob die Beteiligten von vornherein durch abgestimmtes Verhalten im Wege eines Gesamtplans auf eine Schenkung durch die Eltern an das Kind und eine anschließende Weiterschenkung eines Teils des geschenkten Gegenstands durch das Kind an seinen Ehegatten hingewirkt haben.

Von einem Gestaltungsmissbrauch im Sinne des § 42 der Abgabenordnung kann insoweit ebenfalls nicht ausgegangen

werden. Zum einen sind im Hinblick auf die zivilrechtlichen Rechtsfolgen regelmäßig beachtliche nichtsteuerliche Gründe für die Gestaltung vorhanden. Zum anderen steht es auch Angehörigen frei, ihre Rechtsverhältnisse untereinander so zu gestalten, dass sie für sie steuerlich möglichst günstig sind (vgl. BFH, Urteil vom 16.1.1992, V R 1/91, BFHE 167, 215, BStBl II 1992, S. 541).

2. Da das FG von einer anderen Rechtsauffassung ausgegangen ist, war die Vorentscheidung aufzuheben. Die Sache ist spruchreif. Der Schenkungsteuerbescheid in Gestalt der Einspruchsentscheidung ist rechtswidrig und daher ebenfalls aufzuheben. Eine der Schenkungsteuer unterliegende Zuwendung der M an die Klägerin ist nicht gegeben.

a) Zivilrechtlich liegen zwei Schenkungen zwischen verschiedenen Personen vor, und zwar eine unentgeltliche Zuwendung von Wohnungseigentum durch die Übergeberin M an ihren Sohn K und eine Zuwendung des hälftigen Wohnungseigentums durch K an seine Ehefrau, die Klägerin, soweit jeweils der Wert der Zuwendung den Wert der zugunsten der M vereinbarten Gegenleistungen übersteigt. Dagegen fehlt es zivilrechtlich an einer Zuwendung der M an die Klägerin. Diese Beurteilung ist auch schenkungsteuerrechtlich zugrunde zu legen.

b) M hat den übertragenen Grundbesitz ausschließlich ihrem Sohn K und nicht anteilig ihrer Schwiegertochter, der Klägerin, zugewendet. Die Schenkung der M an K war bereits ausgeführt, als K den ihm zugewendeten Grundbesitz zur Hälfte auf die Klägerin übertragen hat. Eine ausgeführte Grundstücksschenkungen setzt – was vorliegend gegeben war – ein wirksames Schenkungsversprechen, die Auflassung und die Eintragungsbewilligung voraus (vgl. BFH, Urteil vom 23.8.2006, II R 16/06, BFHE 213, 399, BStBl II 2006, S. 786). Mit Abschluss des Vertrags vom 10.11.2006 (URNr. 1676) hatte M als Schenkerin alles zur Bewirkung der Leistung Erforderliche getan; K konnte jederzeit seine Eintragung als Eigentümer in das Wohnungsgrundbuch beantragen und damit den Eintritt der – dinglichen – Rechtsänderung herbeiführen. Für eine ausgeführte Grundstücksschenkungen war nicht erforderlich, dass K den Eintragungsantrag beim Grundbuchamt gestellt hat (vgl. BFH, Urteil vom 27.4.2005, II R 52/02, BFHE 210, 507, BStBl II 2005, S. 892).

c) K hatte nach der Zuwendung des Grundbesitzes durch M eine eigene Entscheidungsmöglichkeit über die weitere Verwendung des Grundbesitzes. Der zwischen M und K geschlossene Überlassungsvertrag enthielt nach den Feststellungen des FG (vgl. § 118 Abs. 2 FGO) keine Verpflichtung des K zur Weiterübertragung eines hälftigen Miteigentumsanteils am überlassenen Grundbesitz auf die Klägerin.

Die Umstände, die nach Auffassung des FG dafür sprechen sollen, dass K hinsichtlich des an die Klägerin weitergereichten Grundbesitzes nicht bereichert gewesen und deshalb insoweit eine Zuwendung der M an die Klägerin anzunehmen sei, rechtfertigen nicht die Annahme, dass K der M gegenüber zu einer Weiterübertragung auf die Klägerin verpflichtet gewesen ist. Der Abschluss der Verträge in einem Zug in unmittelbar aufeinanderfolgenden Urkunden spricht nicht für eine solche Verpflichtung. Dies gilt selbst für den Fall, dass M im Rahmen einer Vorbesprechung beim Notar mit der Weitergabe an die Klägerin einverstanden gewesen ist. Das bloße Einverständnis der M mit der Weiterschenkung durch K reicht nicht aus, um eine Zuwendung der M an die Klägerin annehmen zu können. Ein aufgrund der familiären Verbundenheit vermutetes abgestimmtes Verhalten der Vertragsbeteiligten ist als solches ebenfalls nicht geeignet, die Schenkungen in schenkungsteuerrechtlicher Hinsicht abweichend von der

Zivilrechtslage zu beurteilen. Das FG hat keine Gründe dafür genannt, warum M ihren Sohn K verpflichtet haben sollte, den aus ihrem Vermögen stammenden Grundbesitz zum Teil auf die Klägerin zu übertragen. Einen Anlass zur Weiterübertragung hatte allein K aufgrund seiner Ehe mit der Klägerin.

d) Gegen eine Zuwendung der M an die Klägerin spricht zudem, dass sich K die Zuwendung der M in voller Höhe auf seinen Pflichtteilsanspruch bzw. Pflichtteilsergänzungsanspruch anrechnen lassen muss. K war zwar zum Zeitpunkt des Abschlusses des notariell beurkundeten Vertrags vom 10.11.2006 (URNr. 1676) testamentarisch eingesetzter Alleinerbe der M. Dies bedeutet aber nicht, dass die im Vertrag festgelegte Anrechnung keine Wirkungen entfalten könnte. Denn M steht es frei, die Erbeinsetzung jederzeit zu ändern und K von der Erbfolge nach ihrem Tod auszuschließen.

### Anmerkung:

1. Die am selben Tag erlassenen Urteile befassen sich beide mit einer Grundstücksschenkung im Dreieck Eltern-Kind-Schwiegerkind, die einerseits in der notariellen Praxis alltäglich vorkommt und andererseits die schenkungsteuerrechtliche Praxis seit Jahrzehnten beschäftigt: Eltern überlassen ihrem Kind eine Immobilie, das Kind überträgt einen Teil dieser Immobilie mit unmittelbar folgender Notarurkunde desselben Notars am selben Tag weiter an seinen Ehegatten. Die Gestaltung, die unter dem Schlagwort „Kettenschenkung“<sup>1</sup> diskutiert wird, dient der Ausnutzung günstiger Freibetragskonstellationen.<sup>2</sup> Im Fokus steht die Frage, ob schenkungsteuerrechtlich zwei Schenkungen vorliegen, nämlich die der Eltern an das erstbedachte Kind und die des Erstbedachten an den Ehegatten/das Schwiegerkind, oder ob nicht vielmehr die Eltern „eigentlich“ ihr Schwiegerkind direkt beschenken. Der BFH hatte diese Konstellation nicht zum ersten Mal zu entscheiden.<sup>3</sup> Die hier berührten Fragen treiben die Praxis indes offenbar nach wie vor um, so dass sich der BFH veranlasst sieht, mit den zwei ausführlich und nahezu identisch begründeten Urteilen seine – ohne Einschränkung überzeugende – Sichtweise noch einmal zusammenzufassen.

2. Schenkung im Sinne des ErbStG erfordert objektiv, dass der Geber auf Kosten seines Vermögens den Empfänger bereichert.<sup>4</sup> Entscheidungserheblich in den hier zu besprechenden Fällen ist die Frage, ob der Zwischenerwerber vor der Weiterschenkung in diesem Sinne bereichert war. Der BFH geht davon aus, dass der Zwischenerwerber und Erstbedachte bereichert und damit im Sinne von § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG Beschenkter ist, wenn er über das Zugewendete im Verhältnis zum Erstzuwendenden tatsächlich und rechtlich frei verfügen kann. Eine Bereicherung des Erstbedachten ist

<sup>1</sup> Zur – uneinheitlichen – Terminologie *Meincke*, ErbStG, 16. Aufl. 2012, § 7 Rdnr. 67.

<sup>2</sup> Vorinstanz war in beiden Fällen das FG München, das sich in Sachen Kettenschenkung in den letzten Jahren besonders entscheidungsfreudig und streng gezeigt hat: Urteil vom 25.5.2011, 4 K 960/08, EFG 2011, 1733 (Rev. II R 37/11); Beschluss vom 30.5.2011, 4 V 548/11, MittBayNot 2012, 72 m. Anm. Wälzholz = ZErB 2011, 302; Urteil vom 15.6.2011, 4 K 396/11, EFG 2011, 1816 (Rev. II R 45/11).

<sup>3</sup> Zuletzt bei nahezu identischem Sachverhalt mit Beschluss vom 30.11.2011, II B 60/11, ZEV 2012, 562 = MittBayNot 2012, 250; Zur Entwicklung der Rechtsprechung des BFH zur Kettenschenkung instruktiv *Fürwentsches/Lehmann*, ZErB 2012, 121.

<sup>4</sup> *Viskor/Knobell/Schuck/Wälzholz*, ErbStG und BewG, 4. Aufl. 2012, § 7 ErbStG Rdnr. 4.

hingegen nicht gegeben, wenn dieser lediglich Durchgangs- oder Mittelsperson ist und das Erhaltene sogleich an einen Dritten (hier den Ehegatten) weiterzugeben verpflichtet ist. Dann läge hinsichtlich des weitergegebenen Grundstücks ein einheitlicher Schenkungsvorgang der Eltern an das Schwiegerkind vor. Der BFH betont (erneut),<sup>5</sup> entscheidendes Abgrenzungsmerkmal sei, ob dem erstbedachten Kind Entscheidungsfreiheit im Sinne einer eigenen Dispositionsbefugnis hinsichtlich der Weiterschenkung verbleibe. Sei dies der Fall, sei das Kind bereichert und liege eine Schenkung an das Kind vor und dementsprechend auch eine weitere Schenkung des Kindes an seinen Ehegatten. Ob das Kind als Erstbedachter über den zugewendeten Gegenstand frei disponieren kann, ist – so der BFH wenig überraschend – nach „der Gesamtheit der objektiven Gegebenheiten“ zu beurteilen. Das klingt zunächst nach steuerrechtlicher, vermeintlicher Einzelfallgerechtigkeit geschuldeter Rechtsunsicherheit, doch der BFH stellt dankenswerterweise einige in diesem Zusammenhang hartnäckig diskutierte Punkte gerade zur hier gegebenen Sachverhaltskonstellation klar.

3. So schadet es zum einen nicht, wenn der Erstzuwendende weiß und damit einverstanden ist, dass der Zwischenerwerber das zugewendete Grundstück an einen Dritten weiterzuschicken gedenkt.<sup>6</sup> Wird in dem ersten Schenkungsvertrag die Weiterschenkung an den Dritten vereinbart, kann der Erstbedachte hingegen nicht frei über das Grundstück disponieren, so dass eine Schenkung an ihn nicht vorliegt.

Zum anderen ist die Verweildauer des Grundstücks beim Zwischenerwerber nicht entscheidend. Auch eine kurze, ja sehr kurze Verweildauer bei diesem hindert nicht ohne Weiteres seine Bereicherung. Konsequenterweise stellt der BFH ausdrücklich klar, dass eine Weiterschenkung des Grundstücks mit unmittelbar folgender Urkunde desselben Notars am selben Tag nicht per se eine Weitergabepflichtung für den Erstbedachten bedeutet,<sup>7</sup> mag der zeitlichen Abfolge der Schenkungen auch in bestimmten, vom BFH nicht näher spezifizierten Fällen eine Indizwirkung zukommen.

Immer wieder wird zudem erörtert, ob für eine „sichere“ Kettenschenkung von Grundbesitz die Zwischeneintragung des Ersterwerbers im Grundbuch erforderlich ist. Dies würde bedeuten, dass der Erstempfänger erst mit seiner Eintragung als Eigentümer im Grundbuch bereichert ist. Zutreffend stellt der BFH jedoch darauf ab, dass die erste Grundstücksschenkung gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG bereits ausgeführt war, als der Zwischenerwerber den Miteigentumsanteil auf seinen Ehegatten weiter übertragen hat. Die Ausführung einer Grundstückszuwendung setzt ein wirksames Schenkungsversprechen, die Auflassung und die Eintragungsbewilligung voraus, nach ständiger und mit diesen Urteilen bestätigter Rechtsprechung des BFH jedoch weder den Grundbuchvollzug noch das Stellen des Eintragungsantrags beim Grundbuchamt.<sup>8</sup> Ist die Grundstücksschenkung vollzogen, ist der Erstempfänger selbstredend auch bereichert.

Schließlich erteilt der BFH der Argumentation eine klare Absage, die wegen eines von vornherein abgestimmten Verhaltens der Beteiligten im Sinne eines „Gesamtplans“ der Kettenschenkung als Gestaltungsmissbrauch (§ 42 AO) die

<sup>5</sup> Siehe Fn. 3.

<sup>6</sup> So bereits BFH, Urteil vom 14.3.1962, II 218/59, BFHE 74, 554.

<sup>7</sup> Eben davon war aber das FG München in seinen Vorentscheidungen zu beiden hier besprochenen Urteilen ausgegangen.

<sup>8</sup> Dieser in der Literatur nicht unumstrittenen Meinung – vgl. zum Beispiel *Troll/Gebell/Jülicher*, ErbStG, § 9 Rdnr. 94 ff. – folgt die Finanzverwaltung, R E 9.1 ErbStR 2011.

schenkungsteuerrechtliche Anerkennung versagen will.<sup>9</sup> Zum einen macht das Gericht deutlich, dass die Eltern an einer Weiterschenkung des Miteigentumsanteils an das Schwiegerkind in aller Regel gar kein eigenes Interesse haben, mögen sie die Weiterübertragung auch billigen; gewollt ist vielmehr die Zuwendung des gesamten Grundstücks an das eigene Kind in der Regel aus nichtsteuerlichen Gründen, insbesondere, um pflichtteilsrechtliche Bestimmungen und Vereinbarungen mit dem Kind bezogen auf das gesamte Grundstück zu erreichen. Zum anderen stellt der BFH mit wohlthuender Klarheit fest, dass es „auch Angehörigen freisteht, ihre Rechtsverhältnisse untereinander so zu gestalten, dass sie für sie steuerlich möglichst günstig sind“, mag auch die Ketten-schenkung „vom ErbSt-Finanzamt meist nur in stillem Ingrimme akzeptiert“<sup>10</sup> werden.

4. Für die notarielle Gestaltungspraxis bringen die Urteile ein Stück Rechtssicherheit. In Kettenschenkungen sind die beiden Schenkungsverträge immer in zwei getrennte notarielle Urkunden zu fassen, da andernfalls von einer freien Dispositionsmöglichkeit des Erstbedachten nicht die Rede sein kann.<sup>11</sup> Unschädlich sind im ersten Schenkungsvertrag hingegen die praxishäufigen vormerkungsgesicherten Verfügungsbeschränkungen, da diese den Erstbedachten gerade nicht dazu verpflichten, das Grundstück (zum Teil) seinem Ehegatten weiterzuschicken,<sup>12</sup> und zwar auch, wenn die Eltern die Weiterschenkung an den Ehegatten billigen. Bei konsequenter Umsetzung der hier besprochenen Urteile ist eine „Schamfrist“ zwischen den beiden Schenkungsverträgen nicht zwingend einzuhalten, wenn nur die erste Schenkung im schenkungsteuerrechtlichen Sinne ausgeführt wird, § 9 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG.<sup>13</sup> Auch die Nennung außersteuerlicher Gründe ist für Gestaltungen wie diese im Grunde nicht erforderlich; sinnvoll mag jedoch sein, Indizien und Argumente zu bezeichnen, welche die freie Dispositionsmöglichkeit und Entscheidungsbefugnis des Erstempfängers verdeutlichen.<sup>14</sup> Weitergehende Absprachen, die über das in einer Grundstücksüberlassung üblicherweise Vereinbarte hinausgehen, sind hingegen mit größter Vorsicht dahingehend zu hinterfragen, ob sie im Rahmen einer „Gesamtwürdigung“ nicht Indizien dafür bergen, den Vorgang als von allen Beteiligten als einheitliche Schenkung des Erstzuwendenden an den Letztempfänger gewollt zu bewerten.<sup>15</sup> Vorstehendes gilt auch für weitere praxistypische Fallgruppen der Kettenschenkung wie Schenkung über den eigenen Ehegatten an ein Kind (wenn der Freibetrag nach einem Elternteil, nicht jedoch zwi-

<sup>9</sup> Die Figur des Gesamtplans bei Verkehrsteuern zu Recht ablehnend *Wolfsteiner*, ZNotP 2007, 89 (gegen *Spindler* ZNotP 2006, 442).

<sup>10</sup> *Moench/Hübner*, Erbschaftsteuer, 3. Aufl. 2012, Rdnr. 478.

<sup>11</sup> BFH, Urteil vom 10.3.2005, II R 54/03, BStBl II 2005, S. 412 = BB 2005, 1091 = DStR 2005, 864 = RNotZ 2005, 377 = NJW 2005, 2176 = ZErB 2005, 219 = ZEV 2005, 263 m. Anm. *Gebel*.

<sup>12</sup> Zutr. *Ihle*, notar 2012, 164, 165 und *Wachter*, ZEV 2013, 632.

<sup>13</sup> Wenngleich vorsichtigen Gestaltern ein zeitlicher Abstand gleichwohl empfohlen wird, *Wachter*, ZEV 2013, 632, 633, da der Kettenschenkung offenbar hartnäckig etwas Anrüchiges anhaftet, vgl. *Moench/Hübner*, Erbschaftsteuer, Rdnr. 478; merkwürdig auch *Fürwentsches/Lehmann*, ZErB 2012, 121, 123: Zwei Schenkungen in unmittelbar nachfolgenden Urkundennummern erzeugten einen „unguten Anschein“.

<sup>14</sup> Wenn zum Beispiel dargetan werden kann, dass der Zwischen-erwerber ein stärkeres Interesse als der Erstzuwendende daran hat, den Letztempfänger zu bereichern. So mit weiteren Beispielen *Moench/Hübner*, Erbschaftsteuer, Rdnr. 476 f.; vgl auch *Reymann*, ZEV 2006, 55. Ausführliche Gestaltungshinweise auch bei *Wachter* ZErB 2008, 174, 175 ff.

<sup>15</sup> Negativbeispiel bei Hessisches FG, Urteil vom 24.10.2007, 1 K 268/04, EFG 2008, 472 (rkr.); Anm. *Wachter* ZErB 2008, 174.

schen den Ehegatten aufgebraucht ist) oder Schenkungen über ein Kind an ein Enkelkind.

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

20. ErbStG § 7 Abs. 1 Nr. 1 (Schenkungssteuerliche Behandlung der Zuwendung eines geschenkten Gegenstandes an einen Dritten)

1. **Wird ein Vermögensgegenstand einer Person im Wege der Schenkung übertragen und wendet diese den Vermögensgegenstand freigebig einem Dritten zu, ist für die Bestimmung des jeweiligen Zuwendenden und des jeweiligen Bereicherten darauf abzustellen, ob die weitergebende Person eine eigene Entscheidungsbefugnis bezüglich der Verwendung des geschenkten Gegenstands hat.**
2. **Ob ein Bedachter über einen zugewendeten Gegenstand frei verfügen kann oder diesen einem Dritten zuwenden muss, ist unter Berücksichtigung der abgeschlossenen Verträge, ihrer inhaltlichen Abstimmung untereinander sowie der mit der Vertragsgestaltung erkennbar angestrebten Ziele der Vertragsparteien zu entscheiden.**
3. **Eltern haben regelmäßig kein Interesse daran, ihr Vermögen im Wege der vorweggenommenen Erbfolge auf ihre Schwiegerkinder zu übertragen; gewollt ist vielmehr die Übertragung des Vermögens auf die eigenen Kinder.**

(Leitsätze der Schriftleitung)

BFH, Urteil vom 18.7.2013, II R 45/11 (NV)

Die Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin) ist mit X verheiratet. Die Ehegatten leben im Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft.

X erhielt von seinen Eltern (E) im Wege der Schenkung mit notariell beurkundetem Vertrag vom 20.4.2010 (URNr. ...1) Miteigentumsanteile von je ½ an einem Wohngrundstück zu Alleineigentum. Gegenleistungen waren nicht zu erbringen. Auf den Pflichtteil nach den E hatte X bereits verzichtet. Die Vertragsbeteiligten waren sich über den Eigentumsübergang einig. Die E bewilligten die Eintragung der Auflassung in das Grundbuch.

Mit notarieller Urkunde ebenfalls vom 20.4.2010 (URNr. ...2) übertrug X einen hälftigen Miteigentumsanteil an dem von den E erhaltenen Grundstück auf die Klägerin. Die Überlassung sollte unentgeltlich unter der Auflage erfolgen, dass X berechtigt sein sollte, im Fall der Scheidung der Ehe die Rückübertragung des Zuwendungsobjekts gegen Ausgleich der von der Klägerin auf das Grundstück getätigten Verwendungen zu verlangen. Die Vertragsbeteiligten erklärten die Auflassung und sollten unmittelbar als Miteigentümer je zur Hälfte in das Grundbuch eingetragen werden.

Das Wohngrundstück nutzten die Klägerin und X seit März 2010 zu eigenen Wohnzwecken.

Der Beklagte und Revisionsbeklagte (das Finanzamt) ging davon aus, dass die E Miteigentumsanteile von je ¼ an dem Grundstück sowohl dem X als auch der Klägerin freigebig zugewendet hätten. Für die Zuwendungen der E an die Klägerin setzte das Finanzamt die Schenkungssteuer zunächst mit Bescheiden vom 9.11.2010 auf jeweils 2.625 € gegenüber der Klägerin fest. Die Einsprüche, mit denen sich die Klägerin gegen die Annahme von Schenkungen durch die E wandte, blieben ohne Erfolg.

Im Rahmen des Klageverfahrens änderte das Finanzamt wegen der ergangenen Feststellungen der Grundbesitzwerte die angefochtenen Steuerbescheide und erhöhte die Schenkungssteuer auf jeweils 3.405 €. Das FG wies die Klage ab und führte zur Begründung aus, dass X als Zwischen-erwerber nicht bereichert gewesen sei, soweit er das von den E erhaltene Grundstück sogleich zur Hälfte an die Klägerin weitergeschenkt habe. Die unmittelbare Weitergabe an die



Klägerin sei vorgezeichnet gewesen, weil die Kettenschenkung vorbereitet und unter den Vertragsbeteiligten abgestimmt gewesen sei. Das Urteil des FG ist in Entscheidungen der Finanzgerichte 2011, 1816 veröffentlicht.

Mit der Revision rügt die Klägerin die Verletzung des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG 2010.

Im Laufe des Revisionsverfahrens sind am 26.3.2013 geänderte Steuerbescheide ergangen, die hinsichtlich der Frage der Verfassungsmäßigkeit des ErbStG einen Vorläufigkeitsvermerk nach § 165 Abs. 1 Satz 2 AO enthalten.

Die Klägerin beantragt, die Vorentscheidung, die Einspruchsentscheidungen vom 3.1.2011 und die Schenkungsteuerbescheide vom 9.11.2010, vom 26.4.2011 und vom 26.3.2013 aufzuheben.

Das Finanzamt beantragt, die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

Aus den Gründen:

## II.

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der Vorentscheidung, der Einspruchsentscheidungen und der Schenkungsteuerbescheide (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FGO).

Das Urteil des FG war schon aus verfahrensrechtlichen Gründen aufzuheben, weil sich während des Revisionsverfahrens die Verfahrensgegenstände, über deren Rechtmäßigkeit das FG zu entscheiden hatte, geändert haben. Das FG hat über die Rechtmäßigkeit der Schenkungsteuerbescheide vom 9.11.2010 in Gestalt der Einspruchsentscheidungen vom 3.1.2011 und der Schenkungsteuerbescheide vom 26.4.2011 entschieden. An die Stelle dieser Bescheide sind während des Revisionsverfahrens gemäß § 68 Satz 1, § 121 Satz 1 FGO die Änderungsbescheide vom 26.3.2013 getreten. Diese Vorschriften gelten auch, wenn ein angefochtener Bescheid lediglich um einen Vorläufigkeitsvermerk ergänzt wird (BFH, Beschluss vom 15.10.2008, X B 60/07, BFH/NV 2009, 205, unter II. 1. a; BFH, Urteil vom 16.1.2013, II R 66/11, BFHE 240, 191 Rdnr. 12). Das angefochtene Urteil ist daher gegenstandslos und aufzuheben (BFH, Urteile vom 28.6.2012 III R 86/09, BFHE 238, 68 Rdnr. 8, und BFHE 240, 191 Rdnr. 12, je m. w. N.). Gleichwohl bedarf es keiner Zurückverweisung an das FG nach § 127 FGO. Der Senat kann in der Sache entscheiden. Die Aufhebung der Vorentscheidung ändert nichts daran, dass die vom FG getroffenen tatsächlichen Feststellungen die Grundlage für die Entscheidung des BFH bilden (BFH, Urteil vom 16.1.2013, II R 66/11, BFHE 240, 191 Rdnr. 13).

## III.

Die Sache ist spruchreif. Die Schenkungsteuerbescheide und die Einspruchsentscheidungen sind rechtswidrig und daher ebenfalls aufzuheben. Freigebige Zuwendungen der E an die Klägerin liegen entgegen der Auffassung des FG nicht vor.

1. Nach § 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.

a) Eine freigebige Zuwendung im Sinne des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG setzt in objektiver Hinsicht voraus, dass die Leistung zu einer Bereicherung des Bedachten auf Kosten des Zuwendenden führt und die Zuwendung objektiv unentgeltlich ist und in subjektiver Hinsicht den Willen des Zuwendenden zur Freigebigkeit (vgl. BFH, Urteil vom 30.1.2013, II R 6/12, BFHE 240, 178). Eine Bereicherung des Empfängers ist gegeben, wenn dieser über das Zugewendete im Verhältnis zum Leistenden tatsächlich und rechtlich frei verfügen kann (vgl. BFH, Urteil vom 30.11.2009, II R 70/06, BFH/NV 2010,

900). Ob eine Bereicherung des Empfängers vorliegt und welche Personen als Zuwendender und als Bedachter an einer freigebigen Zuwendung beteiligt sind, bestimmt sich ausschließlich nach der Zivilrechtslage (vgl. BFH, Urteile vom 30.11.2009, II R 70/06, BFH/NV 2010, 900, und vom 9.12.2009, II R 22/08, BFHE 228, 165, BStBl II 2010, S. 363, unter II. 1. a aa).

b) Wird ein Vermögensgegenstand einer Person im Wege der Schenkung übertragen und wendet diese den Vermögensgegenstand freigebig einem Dritten zu, ist für die Bestimmung des jeweiligen Zuwendenden und des jeweiligen Bereicherten darauf abzustellen, ob die weitergebende Person eine eigene Entscheidungsbefugnis bezüglich der Verwendung des geschenkten Gegenstands hat (vgl. BFH, Urteil vom 10.3.2005, II R 54/03, BFHE 208, 447, BStBl II 2005, S. 412; *Meincke*, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, Kommentar, 16. Aufl., § 7 Rdnr. 68a; *Schuck* in *Viskorf/Knobell/Schuck/Wälzholz*, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, 4. Aufl., § 7 Rdnr. 94; *Götz* in *Wilms/Jochum*, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, § 7 Rdnr. 98; *Weinmann* in *Moench/Weinmann*, § 7 ErbStG Rdnr. 148b; *Gebel* in *Troll/Gebel/Jülicher*, ErbStG, § 7 Rdnr. 237).

Erhält jemand als Durchgangs- oder Mittelperson eine Zuwendung, die er entsprechend einer bestehenden Verpflichtung in vollem Umfang an einen Dritten weitergibt, liegt schenkungsteuerrechtlich nur eine Zuwendung aus dem Vermögen des Zuwendenden an den Dritten vor (vgl. BFH, Urteil vom 13.10.1993, II R 92/91, BFHE 172, 520, BStBl II 1994, S. 128). Wegen der Verpflichtung zur Weitergabe besteht keine Bereicherung der Mittelperson aus dem Vermögen des Zuwendenden; eine Schenkung der Mittelperson an den Dritten kommt nicht in Betracht (vgl. BFH, Urteil vom 13.10.1993, II R 92/91, BFHE 172, 520, BStBl II 1994, S. 128).

Wendet der Bedachte den ihm zugewendeten Gegenstand ohne eine solche rechtliche Verpflichtung freigebig einem Dritten zu, scheidet die Annahme einer Schenkung des Zuwendenden an den Dritten aus. Vielmehr liegen eine Schenkung des Zuwendenden an den Bedachten und eine Schenkung des Bedachten an den Dritten vor.

c) Ob ein Bedachter über einen zugewendeten Gegenstand frei verfügen kann oder diesen einem Dritten zuwenden muss, ist unter Berücksichtigung der abgeschlossenen Verträge, ihrer inhaltlichen Abstimmung untereinander sowie der mit der Vertragsgestaltung erkennbar angestrebten Ziele der Vertragsparteien zu entscheiden (vgl. BFH, Urteil vom 10.3.2005, II R 54/03, BFHE 208, 447, BStBl II 2005, S. 412). Die Verpflichtung zur Weitergabe kann sich aus einer ausdrücklichen Vereinbarung im Schenkungsvertrag oder aus den Umständen ergeben (vgl. *Piltz*, ZEV 1994, 55). Maßgebend für die Beurteilung ist die Gesamtheit der objektiven Gegebenheiten.

Für die Annahme einer Weitergabeverpflichtung des Bedachten reicht es jedoch nicht aus, dass der Zuwendende weiß oder damit einverstanden ist, dass der Bedachte den zugewendeten Gegenstand unmittelbar im Anschluss an die Schenkung an einen Dritten weiterschenkt (vgl. BFH, Urteil vom 14.3.1962, II 218/59 U, BFHE 74, 554, BStBl III 1962, S. 206). Wird dagegen im Schenkungsvertrag zwischen dem Zuwendenden und dem Bedachten die Weiterschenkung an den Dritten vereinbart, kann der Bedachte über den Gegenstand nicht frei verfügen.

Eine kurze Verweildauer des Geschenks beim Bedachten spricht für sich allein genommen nicht für eine Weitergabeverpflichtung (vgl. *Schuck*, a. a. O., § 7 Rdnr. 94; *Reymann*,

ZEV 2006, 55; a. A. *Schuhmann*, ErbR 2012, 79; *Spiegelberger* in FS Spindler, 2011, S. 809, unter II. 3.). Aus diesem Grund ist eine Weitergabeverpflichtung des zuerst Bedachten nicht schon deshalb anzunehmen, weil die Schenkung und die Weiterschenkung in zwei zeitlich unmittelbar aufeinanderfolgenden notariellen Urkunden vereinbart wurden und der zuerst Bedachte den geschenkten Gegenstand vor der sich unmittelbar anschließenden Weiterschenkung nicht tatsächlich als Eigentümer nutzen konnte. Der zeitlichen Abfolge der Schenkungen kann allerdings im Rahmen der Gesamtwürdigung eine Indizwirkung zukommen (vgl. BFH, Urteil vom 13.10.1993, II R 92/91, BFHE 172, 520, BStBl II 1994, S. 128).

Von einer Weitergabeverpflichtung des zuerst Bedachten kann auszugehen sein, wenn dieser noch vor Ausführung der freigebigen Zuwendung an ihn den Gegenstand an einen Dritten weiterschenkt. In diesem Fall kann die Dispositionsmöglichkeit des zuerst Bedachten fehlen. Entscheidend sind jedoch auch hier die Umstände des Einzelfalls. Indiz für eine fehlende Dispositionsmöglichkeit des zuerst Bedachten kann insbesondere sein, dass die Schenkung und die Weiterschenkung in einer notariellen Urkunde vereinbart werden. Selbständige Schenkungen verschiedener Personen sind zwar nicht lediglich deshalb eine einheitliche Schenkung eines Zuwendenden, weil sie in einer Vertragsurkunde zusammengefasst sind (vgl. BFH, Urteil vom 14.3.1962, II 218/59 U, BFHE 74, 554, BStBl III 1962, S. 206). Die Zusammenfassung einer Schenkung und einer sich anschließenden Weiterschenkung eines Grundstücks in einer Urkunde führt aber zu einer zeitgleichen Vereinbarung von Schenkung und Weiterschenkung, so dass der zuerst Bedachte damit regelmäßig keine Entscheidungsfreiheit in Bezug auf das weitergeschenkte Grundstück erlangen wird. Das gilt nur dann nicht, wenn sich aus dem Vertrag oder den Umständen eindeutig etwas anderes ergibt.

d) Nach diesen Grundsätzen ist auch zu entscheiden, wer Zuwendender und Bedachter ist, wenn Eltern ein Grundstück schenkweise auf ein Kind übertragen und das Kind unmittelbar im Anschluss an die ausgeführte Schenkung einen Miteigentumsanteil an dem Grundstück an seinen Ehegatten weiterschenkt. In solchen Fällen kann, wenn das Kind seinen Eltern gegenüber nicht zur Weiterschenkung verpflichtet ist, schenkungsteuerrechtlich grundsätzlich nicht von einer Zuwendung der Eltern an das Schwiegerkind ausgegangen werden.

Eltern haben regelmäßig kein Interesse daran, ihr Vermögen im Wege der vorweggenommenen Erbfolge auf ihre Schwiegerkinder zu übertragen; gewollt ist vielmehr die Übertragung des Vermögens auf die eigenen Kinder (vgl. *Schuck*, a. a. O., § 7 Rdnr. 94; *Fischer* in *Fischer/Jüptner/Pahlke/Wachter*, ErbStG, 4. Aufl., § 7 Rdnr. 127; *Gebel*, ZEV 2005, 263, 264; *Reymann*, ZEV 2006, 55; *Spiegelberger* in FS Spindler, 2011, S. 809, unter II. 4.). Für eine Zuwendung allein an das eigene Kind sprechen auch besondere Vereinbarungen im Schenkungsvertrag, die eine Anrechnung der Zuwendung auf den gesetzlichen Pflichtteilsanspruch (§ 2303 BGB) bzw. Pflichtteilergänzungsanspruch (§§ 2326 f. BGB) des Kindes sowie die Begründung eines Rückübertragungsanspruchs des zuwendenden Elternteils für bestimmte Fälle (wie zum Beispiel das Vorversterben des Kindes) regeln. Nicht maßgebend ist, dass auch bei einer Zuwendung von Eltern an das Schwiegerkind nach Scheitern der Ehe Rückforderungsansprüche der Eltern nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage und nach Bereicherungsrecht entstehen können (vgl. BGH, Urteil vom 3.2.2010, XII ZR 189/06, BGHZ 184, 190). Diese Rückforderungsansprüche lassen nicht den

Schluss zu, dass Eltern ihr Vermögen zum Teil auf das Schwiegerkind übertragen wollen.

Die freigebige Zuwendung von Vermögen an das eigene Kind liegt auch wegen der damit verbundenen güterrechtlichen Folgen im Interesse der Eltern und des Kindes selbst. Der Wert der Zuwendung wird bei einem Kind, das mit seinem Ehegatten im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft lebt, dem Anfangsvermögen des Kindes hinzugerechnet (§ 1374 Abs. 2 BGB). Damit unterliegt das dem Kind zugewendete Vermögen im Rahmen des Zugewinnausgleichs nicht der Ausgleichspflicht (vgl. *Palandt/Brudermüller*, 72. Aufl., § 1374 Rdnr. 6). Wenn Eltern erreichen wollen, dass ihr Kind auch im Fall der Ehescheidung von der Schenkung profitiert, müssen sie ihr Kind direkt beschenken (BGH, Urteil vom 3.2.2010, XII ZR 189/06, BGHZ 184, 190, unter B. I. 2. b cc).

In Fällen dieser Art kommt es wegen der Anknüpfung an das Zivilrecht und der durch die Zuwendung der Eltern ausgelösten Rechtsfolgen schenkungsteuerrechtlich nicht darauf an, ob die Beteiligten von vornherein durch abgestimmtes Verhalten im Wege eines Gesamtplans auf eine Schenkung durch die Eltern an das Kind und eine anschließende Weiterschenkung eines Teils des geschenkten Gegenstands durch das Kind an seinen Ehegatten hingewirkt haben.

Von einem Gestaltungsmissbrauch im Sinne des § 42 AO kann insoweit ebenfalls nicht ausgegangen werden. Zum einen sind im Hinblick auf die zivilrechtlichen Rechtsfolgen regelmäßig beachtliche nichtsteuerliche Gründe für die Gestaltung vorhanden. Zum anderen steht es auch Angehörigen frei, ihre Rechtsverhältnisse untereinander so zu gestalten, dass sie für sie steuerlich möglichst günstig sind (vgl. BFH, Urteil vom 16.1.1992, V R 1/91, BFHE 167, 215, BStBl II 1992, S. 541).

2. Im Streitfall haben die E keine Zuwendungen an die Klägerin ausgeführt.

a) Zivilrechtlich liegen mehrere Schenkungen zwischen verschiedenen Personen vor und zwar zum einen unentgeltliche Zuwendungen von Miteigentumsanteilen an dem Grundstück durch die Übergeber E an ihren Sohn X und zum anderen die Zuwendung eines hälftigen Miteigentumsanteils am Grundstück durch X an seine Ehefrau, die Klägerin. Dagegen fehlt es zivilrechtlich an Schenkungen der E an die Klägerin. Diese Beurteilung ist auch schenkungsteuerrechtlich zugrunde zu legen.

b) Die E haben ihre Miteigentumsanteile an dem Grundstück ausschließlich ihrem Sohn X und nicht anteilig ihrer Schwiegertochter, der Klägerin, zugewendet. Die Schenkungen der E an X waren bereits ausgeführt, als X das Grundstück zur Hälfte auf die Klägerin weiter übertragen hat. Eine ausgeführte Grundstücksschenkung setzt – was vorliegend gegeben war – ein wirksames Schenkungsversprechen, die Auflassung und die Eintragungsbewilligung voraus (vgl. BFH, Urteil vom 23.8.2006, II R 16/06, BFHE 213, 399, BStBl II 2006, S. 786). Mit Abschluss des Vertrags vom 20.4.2010 (URNr. ...1) hatten die E als Schenker alles zur Bewirkung der Leistung Erforderliche getan; X konnte jederzeit seine Eintragung als Eigentümer in das Grundbuch beantragen und damit den Eintritt der – dinglichen – Rechtsänderung herbeiführen. Für eine ausgeführte Grundstücksschenkung war nicht erforderlich, dass X den Eintragungsantrag beim Grundbuchamt gestellt hat (vgl. BFH, Urteil vom 27.4.2005, II R 52/02, BFHE 210, 507, BStBl II 2005, S. 892).

c) X hatte nach den Zuwendungen der Miteigentumsanteile durch E eine eigene Entscheidungsmöglichkeit über die wei-

tere Verwendung des Grundstücks. Der zwischen E und X geschlossene Überlassungsvertrag enthielt nach den Feststellungen des FG (vgl. § 118 Abs. 2 FGO) keine Verpflichtung des X zur Weiterübertragung eines hälftigen Miteigentumsanteils am überlassenen Grundstück auf die Klägerin.

Die Umstände, die nach Auffassung des FG dafür sprechen sollen, dass X hinsichtlich des an die Klägerin weitergereichten Miteigentumsanteils am Grundstück nicht bereichert gewesen sei und deshalb insoweit Zuwendungen der E an die Klägerin anzunehmen seien, rechtfertigen nicht die Annahme, dass X den E gegenüber zu einer Weiterübertragung auf die Klägerin verpflichtet gewesen ist. Der Abschluss der Verträge in einem Zug in unmittelbar aufeinanderfolgenden Urkunden spricht nicht für eine solche Verpflichtung. Dies gilt selbst für den Fall, dass die E bereits vor dem Abschluss des Vertrags

mit X Kenntnis von der beabsichtigten Weiterübertragung eines Miteigentumsanteils am Grundstück auf die Klägerin hatten. Auch ein bloßes Einverständnis der E mit der Weiter-schenkung durch X würde nicht ausreichen, um Zuwendungen der E an die Klägerin annehmen zu können. Ein aufgrund der familiären Verbundenheit vermutetes abgestimmtes Verhalten der Vertragsbeteiligten ist als solches ebenfalls nicht geeignet, die Schenkungen in schenkungsteuerrechtlicher Hinsicht abweichend von der Zivilrechtslage zu beurteilen. Das FG hat keine Gründe dafür genannt, warum die E ihren Sohn X verpflichtet haben sollten, das aus ihrem Vermögen stammende Grundstück zum Teil auf die Klägerin zu übertragen. Einen Anlass zur Weiterübertragung hatte allein X aufgrund seiner Ehe mit der Klägerin.



# HINWEISE FÜR DIE PRAXIS

## Streifzug durch das GNotKG, 11. Auflage 2015 (Stand 1.1.2015)

### Übersicht über wichtige Änderungen, Klarstellungen und Neuerungen gegenüber der 10. Auflage 2013

Mit der nachfolgenden Übersicht soll dem Praktiker ein Überblick über die wichtigsten Änderungen des Streifzugs gegenüber der Voraufgabe gegeben werden.

#### 1. Allgemeine Hinweise – Beibehaltung der bisherigen Randnummern (Rdnr.)

Der Streifzug durch das GNotKG wird in der kostenrechtlichen Kommentarliteratur durchgängig zitiert. Zur Erleichterung künftiger Bezugnahmen auf den Streifzug hat sich die Notarkasse entschlossen, die bisherige Rdnr.-Zählung – bis auf geringfügige Ausnahmen – beizubehalten. Einfügungen enthalten zur Rdnr. zusätzlich einen Buchstaben. In ganz wenigen Fällen wurde bei Wegfall einer Rdnr. eine geringfügige Anpassung der Zählung vorgenommen.

#### 2. Abtretung einer Forderung oder eines Grundpfandrechtes – Rdnr. 6a bis 18d

Auch bei Abtretung eines Grundpfandrechtes kann eine Vollzugsgebühr entstehen, beispielsweise für die Einholung des Grundschuldbriefes. Hinweise zum Entstehen einer Vollzugsgebühr wurden durch die Rdnr. 18b bis 18d eingefügt.

#### 3. Aufhebung von Verträgen – Rdnr. 94 ff.

Bei Aufhebung eines Vertrages entsteht eine 1,0-Gebühr nach KV-Nr. 21102 Nr. 2 GNotKG. Keine Aufhebung im Sinne dieser Vorschrift liegt jedoch vor, wenn ein Vertrag vollständig erfüllt ist. In diesem Falle liegt in der Aufhebung eine Rückabwicklung und damit ein neues Rechtsverhältnis, welches eine 2,0-Gebühr nach KV-Nr. 21100 GNotKG auslöst. Dies wurde unter Rdnr. 95a klargestellt.

#### 4. Aufhebung eines Kaufvertrages mit Schadenersatzregelungen – Rdnr. 100

In der Voraufgabe hat die Notarkasse die Auffassung vertreten, zwischen Aufhebung eines Kaufvertrages und Schadenersatzregelungen lägen verschiedene Beurkundungsgegenstände gemäß § 86 Abs. 2 GNotKG vor. Diese Auffassung wurde aufgegeben. Zwischen Aufhebung und Schadenersatzregelungen liegt ein Abhängigkeitsverhältnis vor, das zur Gegenstandsgleichheit gemäß § 109 Abs. 1 GNotKG führt. Bei der Berechnung der Gebühren ist wegen unterschiedlicher Gebührensätze § 94 Abs. 2 GNotKG zu beachten.

#### 5. Auflassung – Rdnr. 116 ff.

Der Geschäftswert für eine Auflassung bestimmt sich nach dem Wert des zugrundeliegenden Verpflichtungsgeschäftes. Maßgebend ist allerdings der Zeitpunkt der Fälligkeit der Gebühr für die Auflassungsbeurkundung (§ 96 GNotKG). Wertveränderungen sind damit zu berücksichtigen. Hat der Erwerber einer noch zu vermessenden Teilfläche das Grundstück im Zeitpunkt der Beurkundung der Auflassung bereits bebaut,

ist der Wert des Gebäudes mitzurechnen. Die früher in § 20 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2. KostO enthaltene Privilegierung (Bebauung auf Rechnung des Erwerbers bleibt außer Betracht) wurde nicht in das GNotKG übernommen; siehe hierzu Rdnr. 133b.

#### 6. Auslagen – Rdnr. 160 ff.

Fraglich war, ob der Notar die Kosten bei Benützung eines öffentlichen Verkehrsmittels oder eines Taxis innerhalb des Ortes seines Amtssitzes oder seiner Wohnung als Auslagen weitergeben kann, obwohl keine Geschäftsreise im Sinne der Vorbem. 3.2 Abs. 2 KV GNotKG vorliegt. Die Notarkasse hat dies nun in Rdnr. 171a klargestellt. Die Kosten können weitergegeben werden, wenn ein Auftrag der Beteiligten vorliegt (ein Auftrag liegt vor, wenn zum Beispiel die Nutzung eines Taxis im Einvernehmen mit den Beteiligten erfolgt). Es handelt sich dabei um sonstige Aufwendungen nach KV-Nr. 32015 GNotKG. Gleiches gilt auch für Kurierkosten (Rdnr. 171b).

#### 7. Eherechtliche Vereinbarungen, Lebenspartner-schaftsverträge, Scheidungsvereinbarungen, Rechtswahl – Rdnr. 431 ff.

##### a) Eheverträge

Der Geschäftswert für Eheverträge nach § 1408 BGB ist ausschließlich nach § 100 GNotKG zu bestimmen. Hiervon macht § 51 Abs. 2 GNotKG eine Ausnahme. Danach ist, wenn sich die ehevertragliche Vereinbarung lediglich auf die Modifikation bezüglich einer Verfügungsbeschränkung nach den §§ 1365, 1369 BGB bezieht, ein Teilwert von 30 % des von der Beschränkung betroffenen Vermögens oder Gegenstandes maßgeblich.

§ 100 Abs. 1 GNotKG gilt für alle denkbaren Eheverträge, in welchem ein neuer Güterstand vereinbart oder ein Güterstand modifiziert wird. Unter Rdnr. 433a wurden zahlreiche Beispielfälle aufgenommen.

##### b) Bestimmte Vermögenswerte, bestimmte güterrechtliche Ansprüche

Betrifft der Ehevertrag nur bestimmte Vermögenswerte oder bestimmte güterrechtliche Ansprüche, ist § 100 Abs. 2 GNotKG einschlägig. Unter Rdnr. 438a wurden Beispielfälle über güterrechtliche Vereinbarungen und Vereinbarungen über bestimmte Vermögenswerte aufgenommen, unter Rdnr. 438c Beispielfälle für Eheverträge über bestimmte güterrechtliche Ansprüche.

##### c) Ehevertrag und Zugewinnausgleich durch Übertragung

Gemäß § 111 Nr. 2 GNotKG gilt ein Ehevertrag stets als besonderer Gegenstand. Dies führt dazu, dass in gleicher Urkunde mitbeurkundete Übertragungsvereinbarungen zur Abgeltung bestehender Zugewinnausgleichsansprüche stets einen verschiedenen Beurkundungsgegenstand haben (Rdnr. 450).

**d) Ehevertrag und Zugewinnausgleich durch Geld**

Wird über den Zugewinnausgleich eine Ausgleichsforderung in Geld vereinbart, handelt es sich um Vereinbarungen, die den Güterstand unmittelbar betreffen. Sowohl die Bestimmung der Höhe der Ausgleichsforderung als auch die diesbezüglichen Fälligkeitsregelungen sind somit Teil der Güterstandsvereinbarung oder der Modifikation des Güterstandes. Eine besondere Vereinbarung im Sinne des § 111 Nr. 2 GNotKG liegt in diesem Fall nicht vor (Rdnr. 450a).

**e) Vereinbarung nach § 1378 Abs. 3 Satz 2 BGB**

Bei Vereinbarung über den Zugewinnausgleich im Scheidungsverfahren (Vereinbarung nach § 1378 Abs. 3 Satz 2 BGB) liegt ebenfalls ein Ehevertrag nach § 1408 BGB vor. Diese ehevertragliche Vereinbarung fällt allerdings nicht unter § 100 Abs. 1 GNotKG, sondern unter § 100 Abs. 2 GNotKG (bestimmter güterrechtlicher Anspruch). Dies wurde unter Rdnr. 473a klargestellt.

**8. Entwürfe – Rdnr. 558 ff.****a) Allgemein**

Unter den Entwurfsbegriff fallen auch Erklärungen, die keine Willenserklärungen enthalten, wie z. B. Listen (Liste der Aufsichtsratsmitglieder, aber auch isolierte Gesellschafterlisten, die nicht eine Vollzugstätigkeit zu einem Beurkundungsverfahren betreffen) sowie Tatsachenprotokolle. Eine Vollzugstätigkeit in besonderen Fällen (Hauptabschnitt 2, Unterabschnitt 2 KV GNotKG) liegt nach hier vertretener Auffassung nicht vor. Dies wurde unter Rdnr. 560a klargestellt.

**b) Verbraucherverträge**

Neu aufgenommen wurden Ausführungen zu Verbraucherverträgen, siehe hierzu Rdnr. 560d, 560e.

**9. Fremde Sprache – Rdnr. 896 ff.**

Die Abgabe der zu beurkundenden Erklärung eines Beteiligten in einer fremden Sprache ohne Hinzuziehung eines Dolmetschers sowie Beurkundung, Beglaubigung oder Bescheinigung in einer fremden Sprache oder Übersetzung einer Erklärung in eine andere Sprache löst eine Zusatzgebühr nach KV-Nr. 26001 GNotKG aus. Die Gebühr beträgt 30 % der für das Beurkundungsverfahren, für eine Beglaubigung oder Bescheinigung zu erhebenden Gebühr. Der Wortlaut der KV-Nr. 26001 GNotKG erfasst allerdings nicht die Erstellung eines reinen Entwurfs in einer fremden Sprache außerhalb eines Beurkundungsverfahrens oder im Rahmen des Vollzugs. Bei Entwurfstätigkeiten wird daher die Fremdsprachengebühr nach KV-Nr. 26001 GNotKG nur ausgelöst, wenn der Auftraggeber seine zur Erstellung des Entwurfs erforderlichen Erklärungen in einer fremden Sprache ohne Hinzuziehung eines Dolmetschers abgibt. Siehe hierzu Rdnr. 900a. Klargestellt wurde auch, dass für die Zusatzgebühr (KV-Nr. 26001 GNotKG) als sog. Annex-Gebühr die Mindestgebühr von 15,00 € nach § 34 Abs. 2 und 5 GNotKG nicht maßgeblich ist (Rdnr. 902a).

**10. Gesellschaftsrecht – Handelsrecht – Registerrecht – Rdnr. 912 ff.****a) Registeranmeldungen**

- **Nachfolge eines Kommanditisten**

Treten anstelle des bisherigen Kommanditisten mehrere Anteilserwerber nach Teilung der Einlage mit eigenen Kommanditanteilen im Wege der Teilrechtsnachfolge in die Gesellschaft ein, liegen mehrere anzumeldende Tatsachen

vor. Geschäftswert ist für jede Anmeldung der Betrag der Einlage, der vom jeweiligen Anteilserwerber übernommen wird. Für jede Anmeldung gilt der Mindestwert von 30.000,00 € (Rdnr. 933, 935a). Gleiches gilt für den Eintritt mehrerer Erben eines Kommanditisten (Rdnr. 933).

- **Auflösung einer GmbH, Bestellung von Liquidatoren**

Unter Aufgabe der bisher vertretenen Auffassung geht die Notarkasse nunmehr von einer notwendigen Erklärungseinheit und damit von einer einheitlichen Registeranmeldung aus, wenn die Auflösung einer GmbH und die Anmeldung des bisherigen Geschäftsführers als Liquidator erfolgt. Gegenstandsverschiedenheit liegt nur dann vor, wenn anstelle des bisherigen Geschäftsführers ein Dritter zum Liquidator bestellt wird (Stichwort: Personenwechsel). Die Abmeldung der bisherigen Geschäftsführer ist nach Auffassung der Notarkasse nicht zusätzlich zu bewerten, siehe hierzu Rdnr. 996a.

- **Anmeldung einer Sitzverlegung und der neuen inländischen Geschäftsanschrift**

Die Notarkasse vertritt nunmehr den Standpunkt, dass bei Anmeldung der Sitzverlegung und Anmeldung der neuen inländischen Geschäftsanschrift eine einheitliche Registeranmeldung vorliegt (vgl. Rdnr. 958 ff.).

- **Belehrung des Geschäftsführers**

Fertigt der Notar den Entwurf der Registeranmeldung, entsteht für die damit verbundene Belehrung des Geschäftsführers gemäß § 53 Abs. 2 BZRG keine weitere Gebühr. Erfolgt jedoch die Belehrung im Rahmen einer reinen Unterschriftenbeglaubigung unter einer von den Beteiligten vorgelegten Registeranmeldung, entsteht neben der Beglaubigungsgebühr nach KV-Nr. 25100 GNotKG nach nunmehriger Auffassung eine Beratungsgebühr gemäß KV-Nr. 24202 GNotKG in Höhe einer 0,3-Gebühr. Der Geschäftswert für diese Beratungsgebühr ist nach § 36 Abs. 1 GNotKG nach billigem Ermessen zu bestimmen (etwa 10 bis 20 % des Wertes der Registeranmeldung), siehe hierzu Rdnr. 965.

**b) Beschlüsse**

Neu aufgenommen wurden kostenrechtliche Hinweise zur Gläubigerversammlung nach § 16 Schuldverschreibungsgesetz (SchVG), siehe Rdnr. 1060a und zur Gläubigerversammlung nach § 18 SchVG (siehe Rdnr. 1060b).

- **Wirksamkeitsbescheinigung bei einer Gesellschafterliste – Rdnr. 1147a**

Die Notarkasse hat in der Neuauflage des Streifzugs nochmals klargestellt, dass die Gebühr für die Wirksamkeitsbescheinigung nach KV-Nr. 22200 Anm. 6 GNotKG nicht entsteht, wenn der Notar lediglich den Vorvollzug einer eigenen Urkunde zu überwachen hat und darüber hinaus keine weiteren außerhalb der Urkunde liegende Tatsachen zu prüfen sind.

- **Zustimmungsbeschluss zur Veräußerung eines Geschäftsanteils – Rdnr. 1156 ff.**

Bei Mitbeurkundung eines Zustimmungsbeschlusses der Gesellschafterversammlung zur Veräußerung eines Geschäftsanteils liegen mehrere Beurkundungsgegenstände vor, § 110 Nr. 1 GNotKG (Beschlüsse und Erklärungen).

Holt der Notar zu einer Geschäftsanteilsabtretung im Auftrag der Beteiligten den Beschluss bei der Gesellschaft ein, liegt hierin eine Vollzugstätigkeit im Sinne der Vorbemerkung KV 2.2.1.1 Abs. 2 i. V. m. Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 GNotKG mit der Folge, dass eine 0,5-Gebühr nach KV-Nr. 22110 GNotKG

entsteht. Zustimmungsbeschlüsse werden im Rahmen des Vollzugs wie Zustimmungserklärungen behandelt (Vorbem. KV 2.2.1.1 Abs. 2 GNotKG). Siehe hierzu Rdnr. 1159a.

## 11. Gesellschaftsrechtliche Verträge – besondere Vertragsgestaltungen – Rdnr. 1275 ff.

### a) Beteiligungsverträge (Beitritt von Investoren)

Die Ausführungen zur Bewertung von Beteiligungsverträgen über den Beitritt von Investoren wurden grundlegend überarbeitet. In den Rdnr. 1279a bis 1279f finden sich Hinweise zur Wertbestimmung für die Verpflichtung zur Kapitalerhöhung, zu Zuzahlungsverpflichtungen, zur Vereinbarung von Erwerbs- und Veräußerungsrechten (Exit-Vereinbarungen), zum Austauschprinzip und zur Bewertung der Anteile bei ex-post-Betrachtung sowie zur Frage, ob verschiedene Beurkundungsgegenstände vorliegen oder ob ganz oder teilweise von demselben Gegenstand auszugehen ist.

Zur Anwendung oder Nichtanwendung des Höchstwertes von 10 Mio. € nach § 107 Abs. 1 Satz 1 GNotKG sind Ausführungen in den Rdnr. 1279g bis 1279i enthalten.

Darüber hinaus wurden Hinweise zur Bewertung von nachrangigen Vereinbarungen in der Form von Beitritten weiterer Investoren unter Rdnr. 1279j aufgenommen.

### b) Pool-Vertrag

Zum Pool-Vertrag (Rdnr. 1287 bis 1289) wurde im Hinblick auf die Wertbestimmung differenziert. Wird die Poolvereinbarung von Gesellschaftern einer GmbH getroffen, ist nicht das Aktivvermögen der Gesellschaft Wertgrundlage, sondern der Wert der in die Poolvereinbarung einbezogenen Geschäftsanteile, gleich ob die Vereinbarungen durch Mehrheits- oder Minderheitsgesellschafter getroffen werden.

## 12. Berechnung des Grundstückswertes nach Gutachterausschuss – Rdnr. 1553

Noch in der Voraufgabe wurde in Anlehnung an die Rechtsprechung (KG, DNotZ 1974, 486; BayObLG DNotZ 1995, 779 = MittBayNot 1995, 159) die Auffassung vertreten, dass bei Wertbestimmung für Grundstücke in Anlehnung an die Bodenrichtwerte des Gutachterausschusses (§ 193 Abs. 5 BauGB) stets ein Abschlag von 25 % vorzunehmen ist. Dieser generelle Abschlag dürfte allerdings nicht mehr zeitgemäß sein. Die Notarkasse befürwortet einen Abschlag auf die Bodenrichtwerte nur noch dann, wenn im Einzelfall wertmindernde Umstände vorliegen und schließt sich damit der nunmehr in *Korintenberg*, 19. Aufl. 2014, dargelegten differenzierteren Auffassung an. Abschläge auf die Bodenrichtwerte sind daher künftig nur dann vorzunehmen, wenn wertmindernde Umstände von den Beteiligten dargelegt werden und diese noch keinen Eingang in die Bodenrichtwerte gefunden haben (siehe hierzu Rdnr. 1553).

## 13. Höchstwerte – Rdnr. 1606 ff.

Bei Zusammenbeurkundung mehrerer Erklärungen oder Rechtsgeschäfte werden gemäß § 93 Abs. 1 GNotKG die Gebühren für das Verfahren sowie die Vollzugs- und Betreuungsgeld jeweils nur einmal erhoben. Beinhaltet das Beurkundungsverfahren mehrere Beurkundungsgegenstände oder Rechtsverhältnisse, sind die Werte gemäß § 35 Abs. 1 GNotKG zusammenzurechnen.

§ 93 Abs. 2 GNotKG regelt dagegen die Zusammenfassung mehrerer Beurkundungsgegenstände in einem einheitlichen Beurkundungsverfahren ohne sachlichen Grund. In diesem

Falle gilt das Beurkundungsverfahren hinsichtlich jedes dieser Beurkundungsgegenstände (trotz Zusammenbeurkundung) als besonderes Verfahren. Ein sachlicher Grund für eine Zusammenbeurkundung ist insbesondere anzunehmen, wenn hinsichtlich jedes Beurkundungsgegenstands die gleichen Personen an dem Verfahren beteiligt sind oder der rechtliche Verknüpfungswille in der Urkunde zum Ausdruck kommt (§ 93 Abs. 2 GNotKG).

Zur Errichtung einer Urkunde, insbesondere bei teilweiser Beteiligtenidentität und zum Verknüpfungswillen sind zur Anwendung des § 93 Abs. 2 GNotKG oder zu dessen Nichtanwendung Ausführungen in Rdnr. 1615a bis 1615g mit zahlreichen Beispielfällen enthalten.

## 14. Kaufvertrag – Rdnr. 1627 ff.

### a) Bauverpflichtung Wohnhaus

Der Geschäftswert für eine Bauverpflichtung zur Errichtung eines Wohnhauses ist nach § 50 Nr. 3 a) GNotKG mit 20 % des Verkehrswerts des unbebauten Grundstücks zu bestimmen. Die Grundsätze der Bauverpflichtung über ein Wohngebäude finden auch Anwendung, wenn sich die Verpflichtung auf ein Gebäude zur Nutzung als Altenheim, Pflegeheim oder im Rahmen des betreuten Wohnens bezieht. Nach § 4 BauNVO zählen diese Gebäude zu den Wohngebäuden. Eine Bewertung als gewerbliche Bauverpflichtung nach § 50 Nr. 3 b) GNotKG scheidet damit in diesen Fällen aus (siehe Rdnr. 1703a).

### b) Wiederkaufsrecht (ohne Bauverpflichtung)

Bei Verkauf von Bauplätzen (zum Beispiel durch die Kommune) an Bauwillige werden häufig anstelle einer positiven Bauverpflichtung Wiederkaufsrechte für den Fall der Nichtbebauung oder der Weiterveräußerung ohne Bebauung zugunsten des Verkäufers eingeräumt. In diesen Fällen liegt keine nach § 50 Nr. 3 GNotKG zu bewertende Bauverpflichtung vor. Der Geschäftswert für das Wiederkaufsrecht als weitere Leistung im Sinne des § 47 GNotKG ist nach § 51 Abs. 1 Satz 2 GNotKG zu bewerten. Maßgeblich ist grundsätzlich die Hälfte des Wertes des veräußerten Grundstücks. Von diesem Wert kann im Einzelfall gemäß § 51 Abs. 3 GNotKG abgewichen werden, wenn nach den besonderen Umständen des Einzelfalls die Annahme der Hälfte des Grundstückswerts unbillig erscheint. Die Notarkasse schlägt in Rdnr. 1718 vor, den Wert des Wiederkaufsrechtes an den Ausübungsbedingungen zu orientieren unter Anwendung der in § 50 GNotKG vorgesehenen Teilwerte.

## 15. Leasingvertrag (Immobilienleasingvertrag) – Rdnr. 1959

In der Voraufgabe hat die Notarkasse unter Berücksichtigung des § 86 Abs. 2 GNotKG die Auffassung vertreten, dass ein Leasingvertrag, der einen Kaufvertrag, einen Mietvertrag und ein Ankaufsrecht enthält (sog. sale-and-lease-back-Verfahren) verschiedene Beurkundungsgegenstände betrifft.

Für Leasingverträge (Finanzierungsleasing, sale-and-lease-back-Verfahren) gibt die Notarkasse ihre Auffassung zur Gegenstandsverschiedenheit auf. Ein Leasingvertrag betrifft bei Zusammenbeurkundung der notwendigen Teile (hierzu Ausführungen unter Rdnr. 1959a bis 1959d) denselben Gegenstand im Sinne des § 109 Abs. 1 Satz 2 GNotKG. Die Notarkasse schließt sich damit der geänderten Auffassung in der Literatur an.

Dagegen liegen weiterhin verschiedene Beurkundungsgegenstände vor bei einem normalen Mietvertrag und Verbindung mit weiteren Geschäften, z. B. der Einräumung eines Vorkaufsrechtes. Auf Rdnr. 1959, insbesondere Rdnr. 1959a bis 1959d sowie auf Rdnr. 1960a bis 1960d wird hingewiesen.



## 16. Messungsanerkennung und Auflassung/ Zukauf – Rdnr. 2031 ff.

Die bisherigen Ausführungen zur kostenrechtlichen Behandlung einer Messungsanerkennung und Auflassung wurden um zwei Randnummern (Rdnr. 2036b und 2036c) erweitert. Ergibt das Messungsergebnis eine Mehrfläche, wodurch eine Nachtragsvereinbarung bezüglich einer Kaufpreiserhöhung vorzunehmen ist, betrifft die Auflassung bezüglich der Mehrfläche denselben Beurkundungsgegenstand mit der Nachtragsbeurkundung. Der Geschäftswert für die Beurkundung der Auflassung im Übrigen bestimmt sich nur noch nach dem kostenrechtlichen Wert der übrigen Fläche entsprechend dem schuldrechtlichen Vertrag (so auch BT-Drucks. 17/11471 (neu), S. 186 zu § 109). Dieser Sacherhalt wird durch ein Berechnungsbeispiel unter Rdnr. 2039 nochmals verdeutlicht.

Bei einer Flächenminderung ergeben sich keine Probleme, da sich der kostenrechtliche Wert der Auflassung auf das Grundstück mit der geringeren Fläche bezieht.

Werden mit der Identitätsfeststellung zu einer im Teilflächenkaufvertrag bereits erklärten Auflassung Grundbucheintragungen zur Eintragung von Grunddienstbarkeiten und ähnlichem mitbeurkundet, liegt Gegenstandsverschiedenheit vor. Dies wird durch ein Beispiel unter Rdnr. 2042d verdeutlicht.

## 17. Übergabevertrag/Überlassungsvertrag – Rdnr. 2162 ff.

Neben Aktualisierungen im Bereich der Wertermittlung für übertragenen Grundbesitz und übertragene land- oder forstwirtschaftliche Betriebe wurden insbesondere die kostenrechtlichen Hinweise zur Bewertung der Unternehmerleistungen überarbeitet. Insbesondere folgende Sachverhalte wurden verdeutlicht:

- a) Übernahme von Verbindlichkeiten durch den Erwerber mit oder ohne Übernahme eingetragener Grundschulden (Rdnr. 2222);
- b) Übernahme bestehender Verbindlichkeiten, für die der Erwerber bereits als Gesamtschuldner mitgehaftet hat (Rdnr. 2222a);
- c) Abgabe von persönlichen Erklärungen gegenüber dem Grundpfandrechtsgläubiger (Änderung des Sicherungsvertrages, abstraktes Schuldanerkenntnis samt Zwangsvollstreckungsunterwerfung) im Rahmen der Übernahme von Verbindlichkeiten (Rdnr. 2222b);
- d) Kostenrechtliche Behandlung selbständiger Rückübertragungsverpflichtungen bzw. Rückerwerbsrechte nach § 51 Abs. 1 GNotKG mit Hinweisen, in welchen Fällen Wertabschläge nach § 51 Abs. 3 GNotKG vorgenommen werden können (Rdnr. 2225a);
- e) Vorkaufsrechtseinräumung am Vertragsgegenstand durch den Erwerber zugunsten des Veräußerers oder einem Dritten insbesondere dann, wenn die Vorkaufsrechtseinräumung mit der Einräumung eines Rückerwerbsrechtes zusammentrifft (Rdnr. 2225c);
- f) Wertbestimmung eines im Rahmen des Übergabevertrages erklärten Pflichtteilsverzichts durch den Erwerber. In der Voraufgabe hat die Notarkasse die Auffassung vertreten, dass Vorempfänge des Verzichtenden wertmindernd berücksichtigt werden sollen. Diese Auffassung wird im Hinblick auf die übrige Kostenrechtsliteratur aufgegeben. Ein Wertabzug erfolgt also nicht mehr (Rdnr. 2233);
- g) Wertbestimmung von Pflichtteilsverzichteten weichender Geschwister, insbesondere wenn diese gegenständlich be-

schränkt auf das übergebene Grundstück erfolgen (Rdnr. 2235a).

h) Die Beispielfälle zur Bewertung von Überlassungen wurden deutlich ausgeweitet (Rdnr. 2236 ff.).

## 18. Verpfändung – Rdnr. 2313 ff.

### a) Löschung des Verpfändungsvermerks

Das Kapitel Verpfändung wurde mit kostenrechtlichen Hinweisen zur Löschung eines Verpfändungsvermerks im Zusammenhang mit der Auflassung des vermessenen Grundstücks ergänzt. Ausführungen sind auch dahingehend enthalten, unter welchen Voraussetzungen der Notar für das Einholen der Löschungsbewilligung bzw. der Zustimmung des Pfandgläubigers eine Vollzugsgebühr erhält. Dieses Kapitel ist durch Berechnungsbeispiele verdeutlicht (Rdnr. 2323 bis 2325).

### b) Verpfändung von Geschäftsanteilen

Neu aufgenommen wurden kostenrechtliche Hinweise zur Verpfändung eines Geschäftsanteils an einer GmbH. Hier ist der für den verpfändeten Geschäftsanteil nach § 54 GNotKG maßgebliche Wert mit dem Betrag der Forderung zu vergleichen, der geringere Betrag ist als Geschäftswert maßgebend. Siehe hierzu die Ausführungen unter Rdnr. 2327 und 2327a.

Werden in einem Beurkundungsverfahren zur Sicherung ein und derselben Forderung mehrere Geschäftsanteile eines Gesellschafters oder die Geschäftsanteile mehrerer Gesellschafter verpfändet, handelt es sich um denselben Beurkundungsgegenstand. Für die Geschäftswertbestimmung ist dem Betrag der Forderung der Gesamtwert der verpfändeten Geschäftsanteile gegenüberzustellen (siehe hierzu Rdnr. 2327b und 2327c).

Bei Verpfändung eines Geschäftsanteils zur Sicherung eines einheitlichen, jedoch von mehreren Gläubigern als Gesamtgläubiger gewährten Darlehens, ist der Wert des verpfändeten Geschäftsanteils mit dem Betrag der Gesamtforderung des gewährten Darlehens zu vergleichen. Der geringere Wert ist maßgebend (Rdnr. 2327d und 2327e).

Bei Verpfändung eines bereits mit einem Pfandrecht belasteten Geschäftsanteils zur Sicherung einer weiteren Forderung wirkt sich das bereits bestehende Pfandrecht bei der Wertermittlung für den Geschäftsanteil nicht wertmindernd aus (Schuldenabzugsverbot gemäß § 38 GNotKG). Siehe hierzu Rdnr. 2327f und 2327g.

## 19. Versicherung an Eides statt – Rdnr. 2329 ff.

Die kostenrechtlichen Ausführungen zur Bewertung einer eidesstattlichen Versicherung (isoliert oder zusammen mit dem Antrag auf Erteilung eines Erbscheins, eines Testamentsvollstreckerzeugnisses oder eines Auseinandersetzungs- oder Überweisungszeugnisses) wurden um einen Abschnitt bezüglich Vollzugstätigkeiten ergänzt (Rdnr. 2343a). Fordert der Notar zum Beispiel eine Personenstandsurkunde an, liegt eine einfache Vollzugstätigkeit nach der Vorbem. 2.2.1.1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KV GNotKG vor.

## 20. Vollstreckbare Ausfertigung – Rdnr. 2449 ff.

Durch Art. 9 Nr. 5 des Gesetzes zur Durchführung der Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 sowie zur Änderung sonstiger Vorschriften vom 8.7.2014 (BGBl I 2014, S. 894) wurde in das Kostenverzeichnis des GNotKG eine neue KV-Nr. 23804 eingefügt. Danach ist für das Verfahren über den Antrag auf Erteilung einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung (§ 797 Abs. 3, § 733 ZPO) unabhängig vom Gegenstandswert eine

Festgebühr i. H. v. 20,00 € zu erheben. Die Gebühr wird für jede weitere vollstreckbare Ausfertigung gesondert erhoben.

Über diese neue Kostenbestimmung sind unter Rdnr. 2449a bis 2449c kostenrechtliche Ausführungen enthalten.

## 21. Vollzugsgebühr – Rdnr. 2474 ff.

Unter dem Stichwort Vollzugsgebühr wurden mehrere Änderungen und Ergänzungen eingepflegt, insbesondere zu folgenden Stichwörtern:

- a) Anforderung und Prüfung eines Grundschuldbriefes zur Löschung einer Eigentümergrundschuld sowie zur Einholung eines Rangrücktritts zu einer Grundschuldbestellung (Rdnr. 2488a);
- b) Anforderung und Prüfung der Rücknahme eines Zwangsversteigerungsantrags bei dem betreibenden Gläubiger (Rdnr. 2488b);
- c) Anfordern und Prüfung eines Unschädlichkeitszeugnisses nach Art. 1 Abs. 1 UnSchZG (Rdnr. 2488c);
- d) Anforderung und Prüfung einer Sammelfreigabe über eine Gesamtgrundschuld im Vorgriff auf den Averkauf von Eigentumswohnungen in einem Bauträgerobjekt (Rdnr. 2488d) oder des Anforderns einer Freigabeverpflichtung des Gläubigers (Rdnr. 2488e).
- e) Anforderung von Zustimmungsbeschlüssen zum Zwecke des Vollzugs eines Veräußerungsvertrags, wie z. B. Gemeinderatsbeschluss (Rdnr. 2493a) oder des Zustimmungsbeschlusses zu Geschäftsanteilsabtretungen (Rdnr. 2493b).
- f) Hinweis, dass Vollzugstätigkeiten unter Beteiligung eines ausländischen Gerichts oder einer ausländischen Behörde nach Vorbem. 2.2.1.1 Abs. 3 KV GNotKG als Vollzugstätigkeiten nach Unterabschnitt 2 dieses Abschnitts einzuordnen sind (Rdnr. 2493c). Unter Rdnr. 2493d sind Ausführungen zum Behördenbegriff im Sinne dieses Vollzugsabschnitts enthalten.
- g) Schließlich finden sich unter Rdnr. 2521 ff. kostenrechtliche Ausführungen dazu, ob und wann der Notar im Rahmen der Anforderung der Vollzugserklärung verpflichtet ist, an den Berechtigten einen Entwurf der Vollzugserklärung mitzuversenden.

Beglaubigt der Notar, der die Vollzugserklärung angefordert hat, auf dem von ihm im Rahmen der Vollzugshandlung gefertigten Entwurf eine Unterschrift oder ein Handzeichen, entsteht neben der Vollzugsgebühr nach KV-Nr. 22110 GNotKG eine 0,2-Gebühr für die Unterschriftsbeglaubigung nach KV-Nr. 25100 GNotKG (Hauptabschnitt 4 KV GNotKG ist bei Vollzugsentwürfen nicht anwendbar, siehe Vorbem. 2.4.1 Abs. 2 KV GNotKG). Auf Rdnr. 2523c wird verwiesen.

## 22. Zurückbehaltungsrecht – Rdnr. 2698

Der Notar kann Urkunden, Ausfertigungen, Ausdrücke und Kopien sowie gerichtliche Unterlagen nach billigem Ermessen zurückbehalten, bis die in der Angelegenheit entstandenen Kosten bezahlt sind (§ 11 GNotKG). Allerdings hat die Einreichungspflicht nach § 53 BeurkG Vorrang.

Das Zurückbehaltungsrecht kann wegen aller Kostenansprüche geltend gemacht werden, die in der jeweiligen Angelegenheit entstanden sind. Erfasst sind damit alle Kosten (Gebühren und Auslagen, § 1 Abs. 1 GNotKG) aus einem Verfahren oder Geschäft. Eine einheitliche Angelegenheit ist auch anzunehmen, wenn ein Sachzusammenhang zwischen den Verfahren (Geschäften) besteht (z. B. Beurkundung eines Kaufvertrages und einer dazugehörigen Finanzierungsgrundschuld). Siehe hierzu Rdnr. 2698.

## 23. Zusatzgebühren – Rdnr. 2706 ff.

### a) Unzeitgebühr

Die Unzeitgebühr beträgt höchstens 30,00 € und entsteht für jedes Verfahren bzw. jedes Geschäft nur einmal. Durch die Verwendung der Begriffe „Verfahren“ und „Geschäft“ stellt das Gesetz klar, dass die Gebühr nach KV-Nr. 26000 GNotKG nicht nur bei Beurkundungen entsteht, sondern bei allen gebührenpflichtigen Tätigkeiten, auch bei Unterschrifts- und Abschriftsbeglaubigungen. Auch Beratungs- und Entwurfsleistungen lösen die Gebühr aus, wenn sie zur Unzeit auf Verlangen der Beteiligten erbracht wurden (Rdnr. 2709).

Bei der Unzeitgebühr handelt es sich um eine sogenannte Annexgebühr, für die die Mindestgebühr nach § 34 Abs. 2 und 5 GNotKG i. H. v. 15,00 € nicht gilt.

### b) Auswärtsgebühr in bestimmten Fällen (KV-Nr. 26002 GNotKG)

Werden die in KV-Nr. 26002 GNotKG genannten privilegierten Geschäfte beurkundet, entsteht eine wert- und zeitunabhängige Zusatzgebühr i. H. v. 50,00 €. Die Gebühr entsteht für jeden Auftraggeber nur einmal. Beurkundet der Notar anlässlich eines Auswärtstermins für eine Person z. B. ein Testament und eine Vorsorgevollmacht, fällt die Gebühr von 50,00 € nur einmal an. Beurkundet der Notar ein gemeinschaftliches Testament von Ehegatten, beträgt die Gebühr je Auftraggeber 50,00 €, damit insgesamt 100,00 € (siehe Rdnr. 2723).

## 24. Zustimmung – Rdnr. 2727 ff.

Der Abschnitt Zustimmung wurde durch Hinweise auf mehrere Einzelfälle ergänzt, wie zum Beispiel:

- a) Zustimmungserklärung der Wohnungseigentümer zur Veräußerung von Wohnungs- und Teileigentum (Rdnr. 2720a),
- b) Zustimmungserklärung des Verwalters zur Veräußerung von Wohnungs- oder Teileigentum (Rdnr. 2729b),
- c) Zustimmungserklärung des Eigentümers zur Belastung eines Erbbaurechts (Rdnr. 2729c),
- d) Zustimmungserklärungen nach dem UmwG (Rdnr. 2729d),
- e) Ehegattenzustimmung nach § 1365 BGB bei Zusammenbeurkundung mit einem anderen Beurkundungsgegenstand oder bei isolierter Erteilung (Rdnr. 2729e),
- f) Zustimmungserklärungen von vertretenen Miteigentümern bei einer Grundschuldbestellung (Rdnr. 2729f und g),
- g) Zustimmungserklärung eines vertretenen Mitkäufers, insbesondere wegen der im Kaufvertrag enthaltenen gesamtschuldnerischen Verpflichtung zur Bezahlung des Kaufpreises einschließlich Unterwerfungserklärung (Rdnr. 2729h),
- h) Zustimmungserklärungen bei Gesamthandsverhältnissen (Rdnr. 2729i).

## 25. Bewertung von Gebäuden gemäß § 46 GNotKG; Wertbestimmung von Gebäuden anhand des Gebäudebrandversicherungswertes

In Anhang II sind die aktuellen Bewertungshinweise aufgrund der neuen Baukostenrichtzahl ab 1.10.2014 für Brandversicherungswerte abgedruckt. Die Richtzahl für Gebäude beträgt nunmehr 16,7.

In Anhang II sind auch Hinweise zur Bewertung eines Gebäudes auf der Grundlage der Brandversicherungswerte enthalten.

*Prüfungsabteilung der Notarkasse A. d. ö. R., München*

**Bewertung von Gebäuden gemäß § 46 GNotKG. Wertbestimmung anhand des Gebäudebrandversicherungswertes (Anschluss an MittBayNot 2014, 100). Neue Richtzahl ab 1.10.2014: 16,7**

*Prüfungsabteilung der Notarkasse A. d. ö. R., München*

Das Bayerische Staatsministerium der Justiz hat eine Neuberechnung der Richtzahlen zur Bewertung von Gebäuden nach dem Brandversicherungswert, die ab 1.10.2014 anzuwenden sind, erstellt.

Die Baukostenrichtzahl, die nach wie vor dem Euro-Umrechnungskurs angepasst ist, beträgt 16,7. 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 das GNotKG, 11. Aufl. 2015, Anhang II wird zur Vermeidung von fehlerhaften Wertbestimmungen hingewiesen.

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) und der Brandversicherungswerte (für das Gebäude) eine brauchbare und mit dem Gesetz zu vereinbarende Art der Wertermittlung bei be-

bauten Grundstücken dar. Bei der Wertermittlung des Grund und Bodens an Hand der Bodenrichtwerte ist nach Auffassung der Prüfungsabteilung der Notarkasse kein genereller Abschlag mehr vorzunehmen. Der von der Rechtsprechung bisher vorgesehene regelmäßige Abschlag in Höhe von 25 % ist nur mehr dann zu berücksichtigen, wenn Anhaltspunkte für wertmindernde Umstände im Einzelfall vorliegen (Streifzug durch das GNotKG, 11. Aufl., Rdnr. 1553; *Korintenberg*, GNotKG, 19. Aufl., § 46 Rdnr. 16).

Im Hinblick auf etwa vorzunehmende Abschläge im Einzelfall bei der Verwendung der Brandversicherungswerte wird auf *Korintenberg*, a. a. O., § 46 Rdnr. 59 verwiesen. Auch wenn Brandversicherungen überwiegend durch Selbstveranlagung (nicht Schätzung durch den Versicherer) erfolgen, wird man im Regelfall von einer sachgerechten Wertermittlung ausgehen können (*Korintenberg*, GNotKG, a. a. O., § 46 Rdnr. 59c).

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 dann zu verfahren, wenn die Beteiligten erforderliche Unterlagen vorlegen oder die Berechnung auf – allerdings nicht erzwingbaren – Angaben der Beteiligten beruhen. Die Anforderung der zur Bewertung notwendigen Unterlagen unmittelbar bei der Versicherungsgesellschaft ist nur mit Zustimmung der Beteiligten möglich (vgl. BT-Drucks. 17/11471 (neu), S. 168).

## 2014

Stand: 1.10.2014

### **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 1.10.2014 für Gebäude 16,7

#### **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	Eigentums- wohnungen	Gemischt genutzte Wohn- und Geschäfts- häuser, Verwaltungs- und Bürogebäude, Mietwohngebäude ab vier 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					
1	13,226	13,226	13,226	13,093	12,959
2	13,093	13,226	12,959	12,826	12,425
3	12,959	13,093	12,826	12,558	12,024
4	12,826	13,093	12,692	12,291	11,623
5	12,692	12,959	12,558	12,024	11,089
6	12,558	12,959	12,291	11,757	10,688
7	12,425	12,826	12,158	11,490	10,287
8	12,291	12,826	12,024	11,222	9,753
9	12,158	12,692	11,890	10,955	9,352
10	12,024	12,558	11,623	10,688	8,951
11	11,890	12,558	11,490	10,421	8,417
12	11,757	12,425	11,356	10,154	8,016
13	11,623	12,425	11,222	9,886	7,615
14	11,490	12,291	10,955	9,619	7,081
15	11,356	12,158	10,822	9,352	6,680
16	11,222	12,158	10,688	9,085	6,279
17	11,089	12,024	10,554	8,818	5,745
18	10,955	11,890	10,287	8,550	5,344
19	10,822	11,890	10,154	8,283	4,943
20	10,688	11,757	10,020	8,016	4,409
21	10,554	11,623	9,886	7,749	<b>und darüber (Restwert = 30 %): 4,008</b>
22	10,421	11,623	9,619	7,482	
23	10,287	11,490	9,486	7,214	
24	10,154	11,356	9,352	6,947	
25	10,020	11,222	9,218	6,680	
26	9,886	11,222	8,951	6,413	
27	9,753	11,089	8,818	6,146	
28	9,619	10,955	8,684	5,878	
29	9,486	10,822	8,550	5,611	

Gebäudeart	Einfamilienhäuser, Reihenhäuser	Eigentums- wohnungen	Gemischt genutzte Wohn- und Geschäfts- häuser, Verwaltungs- und Bürogebäude, Mietwohngebäude ab vier 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					
30	<b>9,352</b>	<b>10,688</b>	<b>8,283</b>	<b>5,344</b>	
31	<b>9,218</b>	<b>10,688</b>	<b>8,150</b>	<b>5,077</b>	
32	<b>9,085</b>	<b>10,554</b>	<b>8,016</b>	<b>4,810</b>	
33	<b>8,951</b>	<b>10,421</b>	<b>7,882</b>	<b>4,542</b>	
34	<b>8,818</b>	<b>10,287</b>	<b>7,615</b>	<b>4,275</b>	
35	<b>8,684</b>	<b>10,154</b>	<b>7,482</b>	<b>und darüber (Restwert = 30 %): 4,008</b>	
36	<b>8,550</b>	<b>10,154</b>	<b>7,348</b>		
37	<b>8,417</b>	<b>10,020</b>	<b>7,214</b>		
38	<b>8,283</b>	<b>9,886</b>	<b>6,947</b>		
39	<b>8,150</b>	<b>9,753</b>	<b>6,814</b>		
40	<b>8,016</b>	<b>9,619</b>	<b>6,680</b>		
41	<b>7,882</b>	<b>9,486</b>	<b>6,546</b>		
42	<b>7,749</b>	<b>9,352</b>	<b>6,279</b>		
43	<b>7,615</b>	<b>9,218</b>	<b>6,146</b>		
44	<b>7,482</b>	<b>9,085</b>	<b>6,012</b>		
45	<b>7,348</b>	<b>8,951</b>	<b>5,878</b>		
46	<b>7,214</b>	<b>8,818</b>	<b>5,611</b>		
47	<b>7,081</b>	<b>8,684</b>	<b>5,478</b>		
48	<b>6,947</b>	<b>8,550</b>	<b>5,344</b>		
49	<b>6,814</b>	<b>8,417</b>	<b>5,210</b>		
50	<b>6,680</b>	<b>8,283</b>	<b>4,943</b>		
51	<b>6,546</b>	<b>8,150</b>	<b>4,810</b>		
52	<b>6,413</b>	<b>8,016</b>	<b>4,676</b>		
53	<b>6,279</b>	<b>7,882</b>	<b>4,542</b>		
54	<b>6,146</b>	<b>7,749</b>	<b>4,275</b>		
55	<b>6,012</b>	<b>7,615</b>	<b>4,142</b>		
56	<b>5,878</b>	<b>7,482</b>	<b>und darüber (Restwert = 30 %): 4,008</b>		

Gebäudeart	Einfamilienhäuser, Reihenhäuser	Eigentums- wohnungen	Gemischt genutzte Wohn- und Geschäfts- häuser, Verwaltungs- und Bürogebäude, Mietwohngebäude ab vier 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					
57	<b>5,745</b>	<b>7,348</b>			
58	<b>5,611</b>	<b>7,214</b>			
59	<b>5,478</b>	<b>7,081</b>			
60	<b>5,344</b>	<b>6,947</b>			
61	<b>5,210</b>	<b>6,814</b>			
62	<b>5,077</b>	<b>6,680</b>			
63	<b>4,943</b>	<b>6,546</b>			
64	<b>4,810</b>	<b>6,413</b>			
65	<b>4,676</b>	<b>6,146</b>			
66	<b>4,542</b>	<b>6,012</b>			
67	<b>4,409</b>	<b>5,878</b>			
68	<b>4,275</b>	<b>5,745</b>			
69	<b>4,142</b>	<b>5,611</b>			
70	<b>und darüber (Restwert = 30 %): 4,008</b>	<b>5,344</b>			
71		<b>5,210</b>			
72		<b>5,077</b>			
73		<b>4,943</b>			
74		<b>4,810</b>			
75		<b>4,542</b>			
76		<b>4,409</b>			
77		<b>4,275</b>			
78		<b>und darüber (Restwert = 30 %): 4,142</b>			
79					
80					



## STÄNDESNACHRICHTEN

### Personaländerungen

#### 1. Neu gewählter Vorstand des Bayerischen Notarvereins e.V.:

Mit Wirkung vom 19.10.2014:

Vorsitzender:

Notar Dr. Winfried Kössinger, München

Stellvertretende Vorsitzende:

Notarin Eva-Maria Brandt, Friedberg

Notar Dr. Oliver Vossius, München

Referent für Öffentlichkeitsarbeit:

Notar a. D. Dr. Florian Meininghaus

Schatzmeister:

Notar Dr. Norbert Mayer, Regensburg

Schriftführer:

Notar Lorenz Spall, Anweiler

weitere Vorstandsmitglieder:

Notarin Anja Siegler, Erlangen

Notar Dr. Felix Odersky, Dachau

Notarassessorin Katharina Langer, Bad Griesbach i. Rottal

#### 2. Verstorben:

Notar a. D. Wilhelm Kammer, Lappersdorf,  
verstorben am 13.11.2014

Notar a. D. Dr. Helmut Schreitter, Ansbach,  
verstorben am 26.11.2014

#### 3. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung zum 1.12.2014:

Notar Manfred Haselbeck, Traunstein

#### 4. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung vom 1.12.2014:

Moosburg a. d. Isar dem Notar a. D.  
Dr. Peter Baltzer

Traunstein der Notarin a. D.  
Margit Knab

Mit Wirkung vom 1.1.2015:

Lauf a. d. Pegnitz dem Notar  
(in Sozietät mit Dr. Ulrich Feierlein  
Notar Dr. Lindner) (bisher in Neu-Ulm)

#### 5. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung zum 1.11.2014:

Dr. Philipp Aigner, Würzburg  
(Notarstellen Dr. Baumann/Sorge)

Andreas Bosch, Trostberg  
(Notarstellen Mehler/Dr. Vierling)

Hans-Peter Scheiternig, Klingenberg a. Main  
(Notarstelle Baumeister)

Bianca Wengenmayer, Illertissen  
(Notarstelle Dr. Kössinger)

#### 6. Versetzung und sonstige Veränderungen

Notarassessor Dr. Martin Hörmann, München  
(Notarstellen Dr. Walz/Dr. Vollrath), ab 1.12.2014  
in München (Notarstelle Dr. Bohrer)

Notarassessor Christian Scheibengruber, Memmingen  
(Notarstellen Gropengießer/Dr. Gropengießer), ab 1.1.2015  
in Weilheim i. OB (Notarstelle Dr. Bracker)

Notarassessor Georg Seitz, München, wurde mit Wirkung  
vom 20.11.2014 promoviert.

Oberinspektorin i. N. Karin Feneis, Rothalmünster  
(derzeit in Elternzeit), ab 23.10.2014 in Vohenstrauß  
(Notarstelle Lang)

Inspektorin i. N. Cornelia Nußbaumer, München  
(Notarstellen Dr. Frank/Dr. Schneeweiß), ab 1.12.2014  
in Ochsenfurt (Notarstellen vorm. Zöpfl/Grömer)

Oberinspektorin i. N. Claudia Zillmann, München  
(Notarstellen Dr. Görk/Dr. Berringer), ab 1.12.2014  
in München (Notarstellen Dr. von Bary/Rapp)

Amtfrau i. N. Petra Wettstein, Rockenhausen  
(Notarstellen Schneider/Danne), ab 1.2.2015  
in Germersheim (Notarstelle Dr. Wolf)

#### 7. Ausgeschiedene Angestellte:

Amtfrau i. N. Petra Achhammer, Amberg  
(Notarstellen Hantke/Engelhardt), ab 1.7.2014  
im Ruhestand

Oberamtsrat i. N. Günter Fembacher, Traunstein  
(Notarstellen Jenewein/Gleißner), ab 1.10.2014  
im Ruhestand

Oberamtsrat i. N. Wolfgang Kloos, Germersheim  
(Notarstelle Dr. Wolf), ab 1.1.2015 im Ruhestand

Oberamtsrat i. N. Heinz Kupczak, Germersheim  
(Notarstelle Dr. Wolf), ab 1.1.2015 im Ruhestand

Notariatsrat i. N. Heinz Werner, Ansbach  
(Notarstelle Appel), ab 1.1.2015 im Ruhestand

#### 8. Höhergruppierungen:

Mit Wirkung vom 1.1.2015:

*Zum Oberamtsrat i. N./zur Oberamtsrätin i. N.  
(Entgeltgruppe 12):*

Petra Fritz, Nürnberg (Notarstelle Lommer)

Roldan Haas, Kempten (Notarstellen Stemmer/Büringer)

Rudolf Lehrer, Regensburg  
(Notarstellen Dr. Albrecht/Franzmann)

Richard Pfaffelhuber, Regensburg  
(Notarstellen Dr. Albrecht/Franzmann)

Roland Pregler, Regensburg (Notarstelle Ritz-Mürtz)

Renate Strobl, Nürnberg  
(Notarstellen Dr. Rottenfußer/Dr. Brückner)

*Zum Amtsrat i. N./zur Amtsrätin i. N. (Entgeltgruppe 11):*

Herta Ecker, Bad Tölz (Notarstellen Dolp/Leitenstorfer)

Martin Gröbl, Garmisch-Partenkirchen (Notarstellen  
Dr. Pannhausen/Müller)

Judith Heiß, Pfarrkirchen (Notarstelle Dr. Fahr)

Andras Köck, Passau (Notarstellen Braun/Paulöhrl)  
 Matthias Korte, Neustadt b. Coburg  
 (Notarstelle vormals Krebs)  
 Manfred Micheler, Landsberg am Lech  
 (Notarstellen Kuhn/Regensburger)  
 Klaus Mottl, Bad Neustadt a. d. Saale  
 (Notarstelle Dr. Schmitkel)  
 Waldemar Mützel, Hammelburg (Notarstelle Dr. Kamp)  
 Armin Preisendörfer, Würzburg  
 (Notarstellen Öchsner/Dünninger)  
 Thomas Rudeck, Schongau (Notarstellen Festl/Ruhland)  
*Zum Amtmann i. N./zur Amtfrau i. N. (Entgeltgruppe 10)*  
 Roland Anderle, Augsburg  
 (Notarstellen Dr. Bernhard/Dr. Straßer)  
 Jeanette Biernoth, Karlstadt (Notarstelle Dr. van Eickels)  
 Markus Bogner, Neumarkt i. d. OPf., (Notarstellen  
 Dr. Mickisch/Dr. Heinemann)  
 Matthias Emser, Wunsiedel (Notarstelle von Edlinger)  
 Silke Emser, Hof (Notarstelle Dr. Suttman)  
 Bettina Fischer-Enslin, Augsburg (Notarstelle Hille)  
 Jürgen Freytag, Landshut (Notarstellen Suttner/Trautner)  
 Hans Gauer, Lauterecken (Notarstelle Dr. Gilcher)  
 Nadine Jost, Kaiserslautern (Notarstellen Jacob/Dietrich)  
 Karin Kiermayer, Landshut (Notarstelle Steer)  
 Matthias Koch, Kronach (Notarstelle Henn)  
 Manuela Petry, Ludwigshafen am Rh.  
 (Notarstellen Dr. Wilke/Dr. Pohl)  
 Ulrike Pieler, Neustadt a. d. Aisch (Notarstelle Busse)  
 Cornelia Schober, Dingolfing (Notarstellen Weiß/Gutfried)  
 Susanne Setzwein, Fürstenfeldbruck  
 (Notarstellen Schüßler/Langnau)  
 Andreas Stampfer, Ingolstadt (Notarstellen Kopp/Dr. Macht)  
 Peter Woll, Kaiserslautern (Notarstellen Jacob/Dietrich)

*Zum Oberinspektor i. N./zur Oberinspektorin i. N.  
 (Entgeltgruppe 9, Erfahrungsstufe 4):*  
 Verena Briller, Illertissen (Notarstelle Dr. Kössinger)  
 Andrea Feuchter, Oettingen i. Bay. (Notarstelle Betz)  
 Heike Geyermann, Traunstein  
 (Notarstellen Jennewein/Gleißner)  
 Carolin Hainke, Rothenburg ob der Tauber  
 (Notarstelle Freitag)  
 Helene Neubauer, Ingolstadt (Notarstellen Kopp/Dr. Macht)  
 Ramona Nothaft, Regen  
 (Notarstellen Prof. Dr. Dr. Grziwotz/Vogt-Grziwotz)  
 Miriam Rieck, Ingolstadt  
 (Notarstellen vorm. Ampenberger/Fembacher)  
 Christina Sauerbeck, Neumarkt i. d. OPf.  
 (Notarstellen Dr. Mickisch/Dr. Heinemann)  
 Lena Schober, Passau (Notarstellen Dr. Bandel/Pich)  
 Simon Stadler, Erding (Notarstelle Olk)  
 Andreas Steininger, Tegernsee (Notarstelle Schwarzer)  
 Christina Unverdorben, Vilshofen  
 (Notarstellen Schuller/Schuller)

#### **Anschriften- und Rufnummernänderungen:**

Augsburg, Notarstelle Zöpfl  
 E-Mail: [info@notar-zoepfl.de](mailto:info@notar-zoepfl.de)  
 Homepage: [www.notar-zoepfl.de](http://www.notar-zoepfl.de)  
 Nürnberg, Notarstelle Busse  
 Lorenzer Straße 3, 90402 Nürnberg  
 Pfarrkirchen, Notarstelle Dr. Fahr  
 Gartlbergstraße 1, 84247 Pfarrkirchen

## SONSTIGES

### „Tagung zum Recht der AGB“

#### Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München

Mittwoch, 11. April 2014, 16.30 Uhr s. t.  
Senatssaal der Ludwig-Maximilians-Universität (E 106/110 im 1. Obergeschoss)

**Referenten:** **Professor Dr. Wolfgang Wurmnest**  
**(Universität Augsburg)**

**Notar Robert Martin, Altötting**

Im Anschluss an die Vorträge besteht die Möglichkeit zur Diskussion. Zum Ausklang der Veranstaltung wird zu einem kleinen Empfang geladen.

#### **Anmeldung und Information:**

Forschungsstelle für Notarrecht,  
Prof.-Huber-Platz 2, 80539 München,  
Tel.: 089 2180-1420,  
Fax: 089 2180-13981,  
E-Mail: [FS-Notarrecht@jura.uni-muenchen.de](mailto:FS-Notarrecht@jura.uni-muenchen.de)

Die Teilnahme ist kostenfrei und steht jedem Interessierten offen. Aus organisatorischen Gründen wird um eine Anmeldung gebeten. Bitte teilen Sie auch mit, ob Sie am Empfang teilnehmen. Teilnahmebescheinigungen gemäß § 15 FAO werden auf Wunsch im Anschluss an die Tagung gegen eine Zahlung von € 50 in bar persönlich ausgehändigt.

Weitere Informationen über die Einrichtung finden Sie unter [www.notarrechtsinstitut.de](http://www.notarrechtsinstitut.de)



## **7. Kolloquium des Instituts für Notarrecht an der Friedrich-Schiller-Universität Jena „Notarielle Praxis an der Schnittstelle zwischen Privatrecht und Öffentlichem Recht“**

Freitag, 23. Januar 2015, in den Rosensälen der  
Friedrich-Schiller-Universität, Fürstengraben 27, 07743 Jena

Das Institut für Notarrecht an der Friedrich-Schiller-Universität Jena veranstaltet am 23. Januar 2015 in den Rosensälen der Friedrich-Schiller-Universität, Fürstengraben 27, 07743 Jena sein 7. Kolloquium mit anschließendem Neujahrsempfang zum Thema „Notarielle Praxis an der Schnittstelle zwischen Privatrecht und Öffentlichem Recht“.

Referieren werden hierzu Herr Prof. Dr. *Gerald Spindler*, Universität Göttingen, sowie Herr Prof. Dr. Dr. *Herbert Grziwotz*, Universität Regensburg und Notar in Regen.

Die Teilnahme an der Veranstaltung ist kostenfrei. Anmeldungen sind bis zum 19. Dezember 2014 zu richten an das Institut für Notarrecht an der Friedrich-Schiller-Universität Jena, Carl-Zeiß-Straße 3, 07743 Jena, Telefon 03641/942510, Telefax 03641/942512, E-Mail: [notarinstitut@uni-jena.de](mailto:notarinstitut@uni-jena.de)  
Weitere Informationen siehe unter [www.rewi.uni-jena.de/institut\\_notarrecht](http://www.rewi.uni-jena.de/institut_notarrecht).

---

Schriftleitung: Notarassessorin Anja Schaller  
Notarassessor Stefan Künkele

Ottostraße 10, 80333 München  
ISSN 0941-4193

Die Mitteilungen erscheinen jährlich mit sechs Heften und können nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Telefon 089 551660, Fax 089 55166234, [info@mittbaynot.de](mailto:info@mittbaynot.de), bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 53,00 € zuzüglich 6,00 € Versandkosten und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt.  
Einzelheft 13,00 € einschließlich Versandkosten.

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an:  
Mediengruppe Universal, Kirschstraße 16, 80999 München, Telefon 089 5482170, Fax 089 555551.

Bestellen Sie Einbanddecken gerne auch im Internet unter [www.mediengruppe-universal.de/notarkammer](http://www.mediengruppe-universal.de/notarkammer).

**Veranstaltungen des DAI**

- Sonstiges
1. 23. Vorbereitungslehrgang auf die notarielle Fachprüfung Teil 1 – Notarielles Berufsrecht, Grundlagen des Grundstücksrechts; Grundstücksrecht und Gestaltung von Grundstückskaufverträgen mit Grundbuchverfahrensrecht und Beurkundungsrecht; Allgemeine Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung und der Zwangsvollstreckung in Grundstücke; Wohnungseigentumsrecht; Grundzüge des Insolvenzrechts; Grundzüge des Haftungsrechts; Erbbaurecht, Notarielle Verwahrungstätigkeit (*Block/Huttenlocher/Naumann/Rapp/Reul/Sikora/Simon*) 2.–7.2.2015 in Kiel
  2. Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung im Immobilienrecht 2014/2015 (*Herrler/Hertel/Kessler*) 6.2.2015 in Heusenstamm
  3. Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung im Immobilienrecht 2014/2015 (*Herrler/Hertel/Kessler*) 7.2.2015 in Köln
  4. 50 Tipps zur Anwendung des GNotKG (*Schmidt/Tondorf*) 28.2.2015 in Bochum
- Soweit nicht anderes 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](mailto:notare@anwaltsinstitut.de).



**Neuerscheinungen**

1. Basty: Der Bauträgervertrag. 8. Aufl., Carl Heymanns, 2014. 680 S., 129 €
2. Becker/Ott/Suilmann (Hrsg.): Wohnungseigentum. 3. Aufl., Otto Schmidt, 2015. 443 S., 59,80 €
3. Böttcher/Habighorst/Schulte (Hrsg.): Umwandlungsrecht. Nomos, 2015. 1859 S., 178 €
4. Damrau/Tanck (Hrsg.): Praxiskommentar Erbrecht. 3. Aufl., Zerb, 2014. 2418 S., 159 €
5. Diehn (Hrsg.): Bundesnotarordnung. Carl Heymanns, 2015. 972 S., 139 €
6. Gehrlein/Witt/Volmer: GmbH-Recht in der Praxis. 3. Aufl., R&W, 2015. 606 S., 109 €
7. Haritz/Menner (Hrsg.): Umwandlungssteuergesetz. 4. Aufl., Beck, 2015. 1101 S., 139 €
8. Korintenberg/Bengel/Otto/Reimann/Tiedtke: Gerichts- und Notarkostengesetz: GNotKG. 19. Aufl., Vahlen, 2015. 1679 S., 149 €
9. Kroiß/Horn/Solomon (Hrsg.): Nachfolgerecht. Nomos, 2014. 2100 S., 158 €
10. Langenfeld/Milzer: Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen. 7. Aufl., Beck, 2015. 377 S., 59 €
11. Limmer/Hertel/Frenz/Mayer (Hrsg.): Würzburger Notarhandbuch. 4. Aufl., Carl Heymanns, 2015. 3392 S., 239 €
12. Müller/Renner: Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis. 4. Aufl., Carl Heymanns, 2014. 428 S., 69 €
13. Notarkasse Anstalt des öffentlichen Rechts, München (Hrsg.): Streifzug durch das GNotKG. 11. Aufl., 2015. ca. 850 S., 29,50 €
14. NWB Redaktion (Hrsg.): Deutsche Steuerrichtlinien. 6. Aufl., NWB, 2015. 3115 S., 44,90 €
15. Palandt: Bürgerliches Gesetzbuch. 74. Aufl., Beck, 2015. 3198 S., 109 €
16. Prinz/Winkeljohann (Hrsg.): Beck'sches Handbuch der GmbH. 5. Aufl., Beck, 2014. 1714 S., 139 €
17. Reichert/Schumacher: Der GmbH-Vertrag. 4. Aufl., Beck, 2014. 235 S., 34,90 €
18. Scholz (Hrsg.): Kommentar zum GmbH-Gesetz. Band 3: §§ 53-85. 11. Aufl., Otto Schmidt, 2015. 1673 S., 176 €
19. Staudinger (Hrsg.): Kommentar zum BGB. Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: §§ 241-243. 15. Aufl., De Gruyter, 2015. 847 S., 339 €
20. Wachter (Hrsg.): Praxis des Handels- und Gesellschaftsrechts. 3. Aufl., ZAP, 2015. 3892 S., 218 €