

3 MittBayNot

Begründet 1864

Mai/Juni 2016

Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern
Ottostraße 10
80333 München

Herausgeberbeirat:

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

Dr. Johann Frank,
Notar in Amberg

Dr. Susanne Frank,
Notarin in München

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

Prof. Dr. Dieter Mayer,
Notar in München

Dr. Eckhard Wälzholz,
Notar in Füssen

Dr. Dietmar Weidlich,
Notar in Roth

Schriftleitung:

Stefan Künkele,
Notarassessor

Dr. Katharina Hermannstaller,
Notarassessorin

ISSN 0941-4193

Aufsätze

Wälzholz/Graf Wolffskeel v. Reichenberg: Die Aktienrechtsnovelle 2016 und weitere aktienrechtliche Gesetzesänderungen 197

Riedel: Zur Abzugsfähigkeit von Pflichtteilslasten bei der Erbschaftsteuer – zugleich Anmerkung zum Urteil des BFH vom 22.7.2015, II R 15/14 207

Schütz: Die Rückgabe der Bürgschaftsurkunde nach § 632a Abs. 3 und 4 BGB – mit Replik von *Basty* 211

Rechtsprechung

Wohnungsrecht unter auflösender Bedingung
(OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 27.10.2014,
20 W 392/13) 231

mit Anmerkung *Everts* 233

Grundbucheintragung einer bedingt angeordneten
Testamentsvollstreckung
(OLG Köln, Beschluss vom 3.11.2014, 2 Wx 304/14) 235
mit Anmerkung *Keim* 237

Wechselbezüglichkeit eines gemeinschaftlichen Testaments
(OLG München, Beschluss vom 23.2.2015, 31 Wx 459/14) 241
mit Anmerkung *Braun* 242

Pflichtteilsanspruch für aufschiebend bedingten Nacherben
(OLG Köln, Urteil vom 5.2.2015, 7 U 115/14) 244
mit Anmerkung *Soutier* 246

Beurkundungspflicht von Beschlüssen der Hauptversammlung
(BGH, Urteil vom 19.5.2015, II ZR 176/14) 252
mit Anmerkung *Weiler* 256

Rechtsfolgenachweis durch privatschriftliches Testament in
Verbindung mit eidesstattlicher Versicherung
(OLG München, Beschluss vom 24.3.2015, 31 Wx 105/15) 258
mit Anmerkung *Schreindorfer* 259

Zur gleichheitswidrigen Erbbeteiligung nach iranischem Recht
(OLG Hamburg, Beschluss vom 4.12.2014, 2 W 58/14) 261
mit Anmerkung *Sieghörtner* 264

Vollstreckbarkeit des zurückgegebenen Titels
(BGH, Versäumnisurteil vom 27.3.2015, V ZR 296/13) 266
mit Anmerkung *Wolfsteiner* 267

Bedingter Grundstückskaufvertrag – Koppelungsverbot
(BGH, Urteil vom 2.10.2015, V ZR 307/13) 270
mit Anmerkung *Simon* 273

Wegfall einer Betriebsaufspaltung
(BFH, Urteil vom 21.1.2015, X R 16/12) 275
mit Anmerkung *Dehmer* 277

Inhalt

Aufsätze

Wälzholz/Graf Wolffskeel v. Reichenberg: Die Aktienrechtsnovelle 2016 und weitere aktienrechtliche Gesetzesänderungen **197**

Riedel: Zur Abzugsfähigkeit von Pflichtteilslasten bei der Erbschaftsteuer – zugleich Anmerkung zum Urteil des BFH vom 22.7.2015, II R 15/14 **207**

Schütz: Die Rückgabe der Bürgschaftsurkunde nach § 632a Abs. 3 und 4 BGB – mit Replik von *Basty* **211**

Tagungsbericht

Fußeder: Die Reform des ErbStG **221**

Buchbesprechungen

Langenfeld/Fröhler: Testamentsgestaltung (*Auer*) **224**

Reimann/Bengel/Mayer (Hrsg.): Testament und Erbvertrag (*Menzel*) **225**

Hüßtege/Mansel (Hrsg.): Rom-Verordnungen, EuErbVO, HUP. Nomos Kommentar BGB, Band 6 (*Siß*) **226**

Rechtsprechung

Bürgerliches Recht

Allgemeines

1. Abtretung eines Erbanteils an Dritten und Rückübertragung bedarf auch der Eintragung einer Verfügungsbeschränkung
(OLG München, Beschluss vom 11.11.2015, 34 Wx 225/14) **228**
2. Zur hinreichend bestimmten Bezeichnung von Sondernutzungsrechten bei Zuordnung durch den Verwalter
(OLG München, Beschluss vom 28.9.2015, 34 Wx 84/14) **229**
3. Wohnungsrecht unter auflösender Bedingung
(OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 27.10.2014, 20 W 392/13) **231**
mit Anmerkung *Everts* **233**

Sachen- und Grundbuchrecht

4. Zustimmung zur Löschung eines Gesamtgrundpfandrechts
(OLG München, Beschluss vom 8.10.2015, 34 Wx 289/15) **234**
5. Grundbucheintragung einer bedingt angeordneten Testamentsvollstreckung
(OLG Köln, Beschluss vom 3.11.2014, 2 Wx 304/14) **235**
mit Anmerkung *Keim* **237**

Familienrecht

6. Zeitpunkt der Mitteilung der gerichtlichen Genehmigung gemäß § 1829 Abs. 1 Satz 2 BGB
(KG, Beschluss vom 14.7.2015, 1 W 381/14) **238**
7. Für einen Minderjährigen oder Betreuten abgegebene Bewilligung der Eintragung einer Abänderung der Gemeinschaftsordnung im Grundbuch
(OLG Hamm, Beschluss vom 12.11.2015, I-15 W 290/15) **239**

Inhalt (Fortsetzung)

Erbrecht

8. Berichtigung eines Nacherbenvermerks
(OLG Hamm, Beschluss vom 21.8.2015, I-15 W 319/15) **240**
9. Wechselbezüglichkeit eines gemeinschaftlichen Testaments
(OLG München, Beschluss vom 23.2.2015, 31 Wx 459/14) **241**
mit Anmerkung *Braun* **242**
10. Pflichtteilsanspruch für aufschiebend bedingten Nacherben nur bei Ausschlagung
(OLG Köln, Urteil vom 5.2.2015, 7 U 115/14) **244**
mit Anmerkung *Soutier* **246**

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

11. Befugnis zur Erhebung der Vollstreckungsabwehrklage bei Vollstreckung gegen eine GbR / Möglichkeit der Auswechslung sämtlicher GbR-Gesellschafter im Wege der Anteilsübertragung
(BGH, Urteil vom 3.11.2015, II ZR 446/13) **248**
12. Beurkundungspflicht von Beschlüssen der Hauptversammlung **252**
mit Anmerkung *Weiler* **256**
13. Rechtsfolgenachweis durch privatschriftliches Testament in Verbindung mit eidesstattlicher Versicherung
(OLG München, Beschluss vom 24.3.2015, 31 Wx 105/15) **258**
mit Anmerkung *Schreindorfer* **259**

Internationales Privatrecht

14. Folgen der gleichheitswidrigen Erbbeteiligung von Ehemann und Ehefrau nach iranischem Recht
(OLG Hamburg, Beschluss vom 4.12.2014, 2 W 58/14) **261**
mit Anmerkung *Sieghörtner* **264**

Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

15. Vollstreckbarkeit des zurückgegebenen Titels
(BGH, Versäumnisurteil vom 27.3.2015, V ZR 296/13) **266**
mit Anmerkung *Wolfsteiner* **267**

Beurkundungs- und Notarrecht

16. Zur Anfechtbarkeit der Entscheidung des Notars, keine Berichtigung gemäß § 44a Abs. 2 BeurkG durchzuführen
(LG Passau, Beschluss vom 11.1.2016, 2 T 17/15) **268**

Inhalt (Fortsetzung)

Kostenrecht

17. Keine Notargebühr für Wirksamkeitsbescheinigung bei Einreichung einer Gesellschafterliste
(LG Düsseldorf, Beschluss vom 29.7.2015, 25 T 555/14) **269**

Öffentliches Recht

18. Bedingter Grundstückskaufvertrag – Koppelungsverbot
(BGH, Urteil vom 2.10.2015, V ZR 307/13) **270**
mit Anmerkung *Simon* **273**

Steuerrecht

19. Zur Abzugsfähigkeit von Pflichtteilslasten bei der Erbschaftsteuer
(BFH, Urteil vom 22.7.2015, II R 15/14) **274**
20. Wegfall einer Betriebsaufspaltung durch Übertragung des Besitz- und Betriebsunternehmens
unter Nießbrauchsvorbehalt
(BFH, Urteil vom 21.1.2015, X R 16/12) **275**
mit Anmerkung *Dehmer* **277**

Standesnachrichten **280**

Sonstiges **282**



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

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

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

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

AUFSÄTZE

Die Aktienrechtsnovelle 2016 und weitere aktienrechtliche Gesetzesänderungen

– Überblick und praktische Handreichung –

Von Notar Dr. *Eckhard Wälzholz* und Notarassessor Dr. *Luitpold Graf Wolffskeel v. Reichenberg*, beide Füssen

Die Aktienrechtsnovelle 2016¹ schließt endlich ein fünf Jahre währendes Reformprojekt des Gesetzgebers ab, mit dem der Gesetzgeber wesentliche Verbesserungen im Aktienrecht durchsetzen wollte. Auch wenn einzelne Vorhaben nicht umgesetzt werden konnten, um ein zeitnahes Inkrafttreten nicht zu gefährden, ist eine Gesetzesreform übrig geblieben und weitgehend am 31.12.2015 in Kraft getreten, die in vielerlei Hinsicht wichtige Auswirkungen auf die notarielle Praxis hat. Der folgende Beitrag gibt einen Überblick über die umgesetzten und einen Teil der verschobenen Gesetzesänderungen, sowie weitere aktuelle Gesetzesänderungen im Aktienrecht (Delisting und Frauenquote). Ferner vertieft er die für die notarielle Praxis wichtigen Änderungen und unterbreitet – wo sinnvoll – Formulierungsvorschläge.

I. Einführung

Mit der nun verabschiedeten und bereits weitgehend in Kraft getretenen Aktienrechtsnovelle 2016² ist ein lange geplantes

¹ Gesetz zur Änderung des Aktiengesetzes (Aktienrechtsnovelle 2016) vom 22.12.2015, BGBl 2565 I vom 30.12.2015.

² Siehe zu der Entstehungsgeschichte und dem Inhalt der Reform auch *Bayer*, Aktienrechtsnovelle 2012 – Kritische Anmerkungen zum Regierungsentwurf, AG 2012, 141; *Bungert/Wettich*, Aktienrechtsnovelle 2012 – Der Regierungsentwurf aus der Sicht der Praxis, ZIP 2012, 297; DAV Handelsrechtsausschuss, Stellungnahme des Deutschen Anwaltsvereins zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Aktiengesetzes („Aktienrechtsnovelle 2014“), NZG 2014, 863; *Drinhausen/Keinath*, Regierungsentwurf zur Aktienrechtsnovelle 2012, BB 2012, 395; *Götze/Nartowska*, Der Regierungsentwurf der Aktienrechtsnovelle 2014 – Anmerkungen aus der Praxis, NZG 2015, 298; *Götze/Arnold/Carl*, Der Regierungsentwurf der Aktienrechtsnovelle – Anmerkungen aus der Praxis, NZG 2012, 321 ff.; *Haag/Peters*, Aktienrechtsnovelle 2011 bis 2015, WM 2015, 2303; *Harnos/Piroth*, Gesetzgeberische Maßnahmen zur Steigerung der Hauptversammlungspräsenzen, ZIP 2015, 456; *Herchen/Haack*, Auswirkungen der Aktienrechtsnovelle 2012 auf Handelsregisteranmeldungen von Personengesellschaften, GmbHR 2012, 508; *Hirte*, Die Entwicklung des Unternehmens- und Gesellschaftsrechts im Jahr 2014, NJW 2015, 1219; *Merkner/Schmidt/Bendun*, Die Aktienrechtsnovelle 2012 – Überblick über den Regierungsentwurf, DB 2012, 98;

Gesetzesvorhaben, dessen Entwicklungsgeschichte mit einem Referentenentwurf des BMJ vom 2.11.2010 begann – zumindest in erheblichen Teilen – umgesetzt worden. Am 23.1.2015 übermittelte die Bundesregierung dem Bundesrat einen Gesetzesentwurf³, mit dem das Reformvorhaben neu angestoßen wurde, nachdem die auf einem Regierungsentwurf vom 20.12.2011 beruhende Aktienrechtsnovelle 2012 dem Grundsatz der Diskontinuität zum Opfer gefallen war. Die in der Aktienrechtsnovelle 2012 vorgesehene und heftig umstrittene

Merkner/Schmidt-Bendun, Die Aktienrechtsnovelle 2012 – Überblick über den Regierungsentwurf, DB 2012, 98 ff.; *Müller-Eising*, Aktienrechtsnovelle 2014 – Was bringt der Regierungsentwurf Neues?, GWR 2015, 50; *Petrikowski*, Aktienrechtsnovelle passiert Bundestag – Änderungen gegenüber dem Regierungsentwurf, DB 2015, 2998; *Schmidt-Bendun*, Aktienrechtsnovelle 2014 – Überblick über die Reform des Aktienrechts, DB 2015, 419; *Schüppen/Tretter*, Aktienrecht 2015 – Jubiläum, Restposten und Reform, WPG 2015, 643; *Seibert*, Frauenförderung durch Gesellschaftsrecht – Die Entstehung des Frauenfördergesetzes, NZG 2016, 16; *Seibert/Böttcher*, Der Regierungsentwurf der Aktienrechtsnovelle 2012, ZIP 2012, 12; *Ziemons*, Der Regierungsentwurf der Aktienrechtsnovelle 2012 und die Hauptversammlung, NZG 2012, 212; *Ziemons*, Die aktienbezogenen Regelungen des RegE – Aktienrechtsnovelle 2012, BB 2012, 523.

³ BR-Drucks. 22/15.

jährliche Abstimmung der Hauptversammlung über die Vorstandsvergütung (*Say on Pay*) war nicht mehr Gegenstand des neuen Reformvorstoßes; das BMJ will hinsichtlich weitergehender Bestimmungen den Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens zur Änderung der Aktionärsrichtlinie abwarten. Nachdem der Bundesrat am 6.3.2015 seine Stellungnahme zum Regierungsentwurf abgegeben hatte, übermittelte die Bundesregierung ihren Entwurf dem Bundestag.⁴

Mit diesem Entwurf verfolgte die Bundesregierung das Ziel, das geltende Aktienrecht punktuell fortzuentwickeln. Beabsichtigt wurde, die Finanzierung von Aktiengesellschaften zu „flexibilisieren“. Ferner sollten die Beteiligungsverhältnisse bei nicht börsennotierten Aktiengesellschaften transparenter gemacht werden. Zudem sollten Inhaber- und Namensaktien einen einheitlichen Nachweisstichtag erhalten. Weiterhin sollte das Beschlussmängelrecht der Aktiengesellschaft punktuell fortentwickelt werden.⁵ Darüber hinaus wurde die Klärung der rechtlichen Begründung der Berichtspflicht von Aufsichtsratsmitgliedern, die von Gebietskörperschaften entsandt wurden, angestrebt. Schließlich sollten einige praxisrelevante Zweifelsfragen ausgeräumt und Redaktionsversehen behoben werden.

Auf Grundlage dieses Entwurfs bereitete der Rechtsausschuss mit der BT-Drucks. 18/6681 vom 11.11.2015 den endgültigen Gesetzesbeschluss vor, wobei im Vergleich zum Regierungsentwurf nochmals einige Änderungen vorgenommen und insbesondere ursprünglich geplante Änderungen ausgenommen wurden. Das Gesetz vom 22.12.2015 wurde schließlich am 30.12.2015 im BGBI unter dem Namen „Aktienrechtsnovelle 2016“ verkündet. Mit Ausnahme der Neuregelung zur Fälligkeit der Dividende, deren Inkrafttreten auf den 1.1.2017 datiert wurde, sind die Gesetzesbestimmungen am 31.12.2015 in Kraft getreten.

Nach den Änderungen durch den Rechtsausschuss verfolgt die nun Gesetz gewordene Aktienrechtsnovelle 2016 zwei Hauptziele:

- Erweiterung und Verbesserung der Finanzierungsmöglichkeiten von Aktiengesellschaften durch Flexibilisierung von Vorzugsaktien und Zulassung umgekehrter Wandelschuldverschreibungen,
- Bekämpfung der Geldwäsche und Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung durch Stärkung der Beteiligungstransparenz.

II. Übersicht über die Änderungen durch die Aktienrechtsnovelle 2016

Vor einer vertiefenden Schilderung der einzelnen Änderungen unter besonderer Berücksichtigung ihres Bezugs zur notariellen Tätigkeit (hierzu III.) sollen die durch die Aktienrechtsnovelle 2016 bedingten Änderungen, soweit sie sich nicht in rein redaktionellen Anpassungen erschöpfen, zum Zwecke der besseren Übersicht im Folgenden knapp aufgezeigt werden:

- Mit § 10 Abs. 1 AktG n. F. wird das Recht, Inhaberaktien auszustellen, auf börsennotierte Gesellschaften oder nicht börsennotierte, bei denen der Anspruch des Aktionärs auf Einzelverbriefung ausgeschlossen und die Sammelurkunde bei einer im Gesetz genannten Stelle hinterlegt ist, eingeschränkt.

- Gemäß Art. 1 Nr. 2 des Änderungsgesetzes wird § 24 AktG aufgehoben. Diese Norm sah bislang vor, dass die Satzung die Umwandlung von Namens- in Inhaberaktien und umgekehrt auf Verlangen eines Aktionärs vorsehen kann.
- Aufgehoben wurde auch § 25 Satz 2 AktG, welcher regelte, dass die Satzung zusätzlich andere Blätter oder elektronische Informationsmedien als Gesellschaftsblätter neben dem Bundesanzeiger bestimmen kann.
- Die Novelle beinhaltet eine Neuregelung zur Fälligkeit einer durch die Hauptversammlung beschlossenen Dividende nach § 58 Abs. 4 AktG.
- Eine Klarstellung erfährt § 67 Abs. 1 Satz 1 AktG dahingehend, dass die Pflicht zum Führen des Aktienregisters auch bei fehlender Verbriefung von Aktien besteht.
- Aufgehoben wird das Erfordernis der Dreiteilbarkeit der Anzahl der Aufsichtsratsmitglieder in § 95 Satz 3 AktG, sofern die Dreiteilbarkeit nicht zur Erfüllung mitbestimmungsrechtlicher Vorgaben erforderlich ist.
- Die Regelung des § 121 Abs. 4 Satz 3 AktG, welche einen Verweis auf die §§ 125-127 AktG enthielt, entfällt, da dieser Verweis für die Fristberechnung zur Einberufung einer Hauptversammlung bedeutungslos geworden ist.
- Durch die Neufassung des § 122 Abs. 1 Satz 3 und Abs. 3 AktG sollen Zweifelsfragen beseitigt werden, die bezüglich der Berechnung der Vorbesitzzeit und Haltefrist bei der Einberufung einer Hauptversammlung und Ergänzung der Tagesordnung auftraten, wenn dies auf Verlangen einer Minderheit erfolgte.
- Eine Neustrukturierung erfährt § 123 AktG; in § 123 Abs. 4 AktG wird bestimmt, wie der Inhaber von Inhaberaktien seine Berechtigung zur Teilnahme an der Versammlung oder zur Ausübung des Stimmrechts nachzuweisen hat (*record-date*). Entgegen dem Regierungsentwurf wurde auf eine entsprechende Regelung für Namensaktien verzichtet und insoweit vielmehr in § 123 Abs. 5 AktG inhaltlich lediglich auf § 67 Abs. 2 Satz 1 AktG verwiesen.
- Eine Vereinfachung für die Aktiengesellschaften bedeutet die Änderung des § 124 Abs. 2 Satz 1 AktG, da nach der Neufassung bei Bekanntmachung der Tagesordnung, bei der die Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern ansteht, eine Bindung an Wahlvorschläge nur noch dann anzugeben ist, wenn dies tatsächlich der Fall ist. Eine Rolle spielt dies bei Gesellschaften nach dem Montan-Mitbestimmungsgesetz oder bei Vorliegen einer SE mit Bindung an Wahlvorschläge gemäß § 36 Abs. 4 SEBG.
- Eine Unklarheit mit spezifischer Bedeutung für die notarielle Praxis wird durch die Änderung des § 130 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 AktG beseitigt. Geregelt wird, dass bei börsennotierten Gesellschaften die Feststellung über die Beschlussfassung für jeden Beschluss auch den Anteil des durch die gültigen Stimmen vertretenen Grundkapitals am (gesamten) eingetragenen Grundkapital – und nicht nur am in der Hauptversammlung vertretenen (stimmberechtigten) Grundkapital – umfasst.
- Das Recht stimmrechtsloser Vorzugsaktien nach §§ 139 ff. AktG wird in zweierlei Hinsicht flexibilisiert: Zum einen kann der den Stimmrechtsausschluss rechtfertigende Vorzug nun entweder in einer Vorab-

⁴ BT-Drucks. 18/4349.

⁵ Letzteres wurde im Ergebnis nicht umgesetzt.

oder in einer Mehrdividende bestehen. Zum anderen ist die Nachzahlung des Vorzugs nicht mehr zwingendes Merkmal einer stimmrechtslosen Vorzugsaktie.

- Durch die Neufassung der §§ 192, 194 AktG wird die Form der Wandelanleihe geregelt, bei der nicht dem Gläubiger, sondern der AG selbst ein Umtauschrecht eingeräumt wird. In § 192 Abs. 3 AktG n. F. wird klargestellt, dass für diese Gestaltungsform auch bedingtes Kapital nach § 192 Abs. 1 AktG geschaffen werden kann.
- Durch die Änderung des § 201 Abs. 1 AktG wird klargestellt, dass alle unterjährig ausgegebenen Bezugsaktien bei der bedingten Kapitalerhöhung erst bis zum Ende des auf den Ablauf des Geschäftsjahres folgenden Kalendermonats zum Handelsregister anzumelden sind, (weitere) unterjährige Anmeldungen aber zulässig sind.
- In Abweichung vom Regierungsentwurf wurde nun doch keine Befristung von Nichtigkeitsklagen in § 249 Abs. 2 Satz 3 AktG beschlossen
- Eine klarstellende Ergänzung erfährt § 394 AktG dahingehend, dass Aufsichtsratsmitglieder, die auf Veranlassung einer Gebietskörperschaft in den Aufsichtsrat gewählt oder entsandt worden sind, einer Berichtspflicht unterliegen können, die auf Gesetz, Satzung oder auf dem Aufsichtsrat in Textform mitgeteilten Rechtsgeschäft beruhen kann.
- Während die Neubestimmung der Fälligkeit eines Dividendenanspruchs nach § 58 Abs. 4 AktG erst am 1.1.2017 in Kraft tritt, traten sämtliche sonstigen Änderungen der Aktienrechtsnovelle 2016 nach § 26h EGAktG bereits zum Ablauf des 30.12.2015 in Kraft.

III. Vertiefende Schilderung der einzelnen Änderungen mit Bezug zur notariellen Tätigkeit

Im Folgenden werden die bedeutsamsten Änderungen, insbesondere diejenigen mit Auswirkungen auf die notarielle Praxis, detaillierter dargestellt:

1. Beschränkung der Ausgabe von Inhaberaktien bei nicht börsennotierten Gesellschaften

Während die Möglichkeit der Ausgabe von Inhaberaktien bei börsennotierten Gesellschaften von der Neuregelung unberührt bleibt, können in Einschränkung der bisherigen Gesetzeslage bei nicht börsennotierten Gesellschaften nach § 10 Abs. 1 Nr. 2 AktG Inhaberaktien nur noch dann ausgegeben werden, wenn der Anspruch auf Einzelverbriefung der Aktien ausgeschlossen ist und die Sammelurkunde bei gesetzlich vorgegebenen Stellen hinterlegt wird. Bis zur Hinterlegung ist bei einer nicht börsennotierten Gesellschaft § 67 AktG entsprechend anzuwenden, also ein Aktienregister für Inhaberaktien zu führen.⁶ Die Verwahrstellen lösen Kosten aus. Wenngleich die Gesetzesbegründung ausführt, dass es grundsätzlich beim Wahlrecht zwischen Namens- und Inhaberaktien bleibt,⁷ wird damit bei börsenfernen Gesellschaften de facto mehr oder weniger ein Zwang zur Namensaktie eingeführt. Ziel der Neuregelung ist es, mehr Transparenz über die Beteiligungsverhältnisse bei nicht börsennotierten Aktienge-

sellschaften zu erreichen. Damit wird eine Forderung der *Financial Action Task Force* (FATF) aus dem Jahre 2010 umgesetzt.⁸ Inhaberaktien bleiben zwar auch bei nicht börsennotierten Gesellschaften zulässig, in jedem Fall muss jedoch der Anspruch auf Einzelverbriefung ausgeschlossen und die Sammelurkunde bei einer in § 10 Abs. 1 Nr. 2 lit. a-c AktG genannten Stelle verwahrt sein. Die Ausgabe von mehr als einer Sammelurkunde bleibt zulässig, sofern diese Sammelurkunden sämtliche bestehenden Inhaberaktien erfassen.⁹ Nach § 23 Abs. 2 Nr. 5 AktG muss die Satzung bestimmen, ob die Aktien auf den Inhaber oder den Namen ausgestellt werden. Wird hiernach die Ausstellung von Inhaberaktien bestimmt, wird das Handelsregister nach § 38 Abs. 4 Nr. 1 AktG die Eintragung wegen Nichtigkeit der Satzungsbestimmung ablehnen, wenn bei nicht börsennotierten Gesellschaften nicht zugleich in der Satzung der Einzelverbriefungsanspruch ausgeschlossen wird.¹⁰

Hinsichtlich der Übergangsregelung wird Bestandsschutz für alle Gesellschaften geregelt,¹¹ deren Satzung am Tag vor dem Inkrafttreten des Gesetzes notariell festgestellt ist und deren Aktien auf den Inhaber lauten. Dies soll bei entsprechenden Altgesellschaften auch für zukünftige Kapitalerhöhungen gelten.¹²

Der Gesetzgeber erkennt selbst zutreffend, dass die Neuregelung dazu führen könnte, dass sich in der Praxis mehr Gesellschaften gegen die Ausgabe von Inhaberaktien entscheiden¹³ und sich dieser sowieso schon zu verzeichnende Trend¹⁴ somit fortsetzt. Ebenso richtig ist der Hinweis darauf, dass Namensaktien insbesondere im Hinblick auf die Vinkulierungsmöglichkeit (§ 68 Abs. 2 AktG), auf das Entsenderecht (§ 101 Abs. 2 Satz 2 AktG) oder die mögliche Ausgabe vor voller Einlagenleistung (§ 10 Abs. 2 AktG) einen breiteren Gestaltungsspielraum bei der Satzungsgestaltung ermöglichen.¹⁵ Nichtsdestotrotz kann sich die Gestaltungspraxis dem Wunsch einer nicht börsennotierten Gesellschaft nach Ausgabe von Inhaberaktien natürlich nicht verschließen. Wird dies gewünscht, ist darauf zu achten, dass die Vorgaben des § 10 Abs. 1 Nr. 2 AktG in der Satzung korrekt aufgegriffen werden und insbesondere der Anspruch auf Einzelverbriefung ausgeschlossen wird.¹⁶

Formulierungsvorschlag

„Die Aktien lauten auf den Inhaber. Der Anspruch auf Einzelverbriefung ist ausgeschlossen. Die Sammelurkunde (Alternative: Sammelurkunden) ist (sind) – solange die Gesellschaft nicht börsennotiert ist – bei einer der in § 10 Abs. 1 Nr. 2 lit. a-c genannten Stellen zu hinterlegen.“

⁸ BT-Drucks. 18/4349, S. 15.

⁹ *Ihrig/Wandt*, BB 2016, 6, 7.

¹⁰ BT-Drucks. 18/4349, S. 18; *Schmidt-Bendun*, DB 2015, 419, 420; *Ziemons*, BB 2012, 523; *Ziemons* in *K. Schmidt/Lutter*, AktG, 3. Aufl. 2015, § 10 Rdnr. 48 (ebenso für satzungsändernde Beschlüsse, die gegen diese Vorgaben verstoßen).

¹¹ Siehe *Ziemons* in *K. Schmidt/Lutter*, AktG, 3. Aufl. 2015, § 10 Rdnr. 50 f. mit zutreffendem Hinweis auf den ebenso erforderlichen Bestandsschutz in den Fällen der derzeit börsennotierten Gesellschaften, die später ein *Delisting* durchführen.

¹² *Ziemons* in *K. Schmidt/Lutter*, AktG, 3. Aufl. 2015, § 10 Rdnr. 51.

¹³ BT-Drucks. 18/4349, S. 17; vgl. auch *Paschos/Goslar*, NJW 2016, 359 f.

¹⁴ *Linnerz* in *Fuhrmann/Wälzholz* (Hrsg.), Formularbuch Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2015, Muster 2.1 Anm. 8, S. 146; *Solveen* in *Hölters*, AktG, 2. Aufl. 2014, § 10 Rdnr. 8.

¹⁵ BT-Drucks. 18/4349, S. 17.

¹⁶ *Schmidt-Bendun*, DB 2015, 419, 420.

⁶ Gleiches gilt, wenn die Sammelverwahrung nachträglich aufgehoben wird, *Ziemons* in *K. Schmidt/Lutter*, AktG, 3. Aufl. 2015, § 10 Rdnr. 46.

⁷ BT-Drucks. 18/4349, S. 15.

Aber nicht nur bei der Gründung der AG, sondern auch bei einem Hauptversammlungsbeschluss über die Umwandlung von Namens- in Inhaberaktien oder bei der Ausgabe neuer Inhaberaktien sind die neuen Voraussetzungen zu beachten.¹⁷

2. Aufhebung von § 24 AktG

Bislang eröffnete § 24 AktG die Möglichkeit, in der Satzung zu bestimmen, dass auf Verlangen eines Aktionärs seine Inhaberaktie in eine Namensaktie oder seine Namensaktie in eine Inhaberaktie umzuwandeln ist.¹⁸ Diese Norm wurde ersatzlos gestrichen, wobei der Gesetzgeber zur Begründung insbesondere auf die mangelnde praktische Bedeutung der Norm und im Hinblick auf die Neuregelung des § 10 Abs. 1 Nr. 2 AktG auf die Schwierigkeit der Durchführung bei nicht börsennotierten Gesellschaften hinweist.¹⁹ Im Hinblick auf die Satzungsstrenge des Aktienrechts (§ 23 Abs. 5 AktG) ist darauf zu achten, dass eine dementsprechende Regelung nicht mehr in neu beurkundete Satzungen aufgenommen wird.

3. Aufhebung von § 25 Satz 2 AktG

Bislang sah § 25 Satz 2 AktG vor, dass durch die Satzung neben dem – schon bislang obligatorischen – Bundesanzeiger auch andere Blätter oder elektronische Informationsmedien als Gesellschaftsblätter bestimmt werden konnten.²⁰ Diese Möglichkeit entfällt nun ersatzlos. Der Gesetzgeber möchte mit dieser Änderung eine Rechtsunsicherheit beseitigen:²¹ Bislang war nämlich umstritten,²² zu welchem Zeitpunkt eine Bekanntmachung bewirkt war, wenn die Veröffentlichung im Bundesanzeiger und dem oder den weiteren Gesellschaftsblättern an unterschiedlichen Tagen erfolgte. Zudem erkennt der Gesetzgeber eine fehlende praktische Bedeutung der Norm, da von ihr kaum Gebrauch gemacht worden sei.²³

Für die Praxis bedeutet dies zum einen, dass eine dementsprechende Bestimmung nicht mehr in die Satzung aufgenommen werden kann. Der Gesetzgeber weist aber zutreffend darauf hin, dass es der Gesellschaft natürlich freisteht, Informationen neben dem Bundesanzeiger auch freiwillig in weiteren Publikationen zu veröffentlichen;²⁴ dies entfaltet dann mangels Eigenschaft als Gesellschaftsblätter jedoch keine Rechtswirkungen mehr. Als denkbare Publikationsorgane kommen nicht nur die nach § 23 Abs. 4 AktG zu bestimmenden Publikationsorgane, sondern alle Medien in Betracht.²⁵ Die Entscheidung, ob solche zusätzliche Veröffentlichungen genutzt werden, obliegt grundsätzlich dem Vorstand, § 76 AktG. Sofern gewünscht, kann eine entsprechende Bestimmung jedoch auch als ergänzender Satzungsbestandteil aufgenommen werden, auch wenn damit keine Qualifikation der genannten Publikationsorgane als Gesellschaftsblätter einhergeht.

¹⁷ Schmidt-Bendun, DB 2015, 419, 420.

¹⁸ Siehe Seibt in K. Schmidt/Lutter, AktG, 3. Aufl. 2015, § 24 Rdnr. 5 f.; Wachter in Wachter, AktG, 2. Aufl. 2014, § 24 Rdnr. 6 f.; Solveen in Hölter, AktG, 2. Aufl. 2014, § 24 Rdnr. 2.

¹⁹ BT-Drucks. 18/4349, S. 18.

²⁰ Siehe Solveen in Hölter, AktG, 2. Aufl. 2014, § 25 Rdnr. 6.

²¹ BT-Drucks. 18/4349, S. 18 f.

²² Siehe Solveen in Hölter, AktG, 2. Aufl. 2014, § 25 Rdnr. 8; Wachter in Wachter, AktG, 2. Aufl. 2014, § 25 Rdnr. 9.

²³ BT-Drucks. 18/4349, S. 19. Wachter in Wachter, AktG, 2. Aufl. 2014, § 25 Rdnr. 9. In der Praxis wurde von der Nutzung dieser Norm *expressis verbis* abgeraten Solveen in Hölter, AktG, 2. Aufl. 2014, § 25 Rdnr. 7.

²⁴ Ebenso Wachter in Wachter, AktG, 2. Aufl. 2014, § 25 Rdnr. 9; Solveen in Hölter, AktG, 2. Aufl. 2014, § 25 Rdnr. 7.

²⁵ BT-Drucks. 18/4349, S. 19.

Formulierungsvorschlag:

„Die in den Bundesanzeiger als Gesellschaftsblatt aufzunehmenden Bekanntmachungen sind zusätzlich in folgenden Medien zu veröffentlichen: ...“

4. Teilweise Aufhebung des Erfordernisses der Dreiteilbarkeit, § 95 Satz 3 AktG

Bislang sah das Aktiengesetz in § 95 Satz 3 AktG vor, dass die Zahl der Aufsichtsratsmitglieder zwingend durch drei teilbar sein muss. Erst durch den Rechtsausschuss aufgenommen²⁶ und nun Gesetz geworden ist die Einschränkung dieses Grundsatzes: Nun besteht das Dreiteilbarkeitserfordernis nur noch, soweit dies zur Erfüllung von mitbestimmungsrechtlichen Vorgaben erforderlich ist.²⁷ Nach der aktuellen Rechtslage beschränkt sich das Erfordernis folglich auf Gesellschaften, die dem Drittelbeteiligungsgesetz unterfallen, § 4 Abs. 1 DrittelbG.²⁸ Der Gesetzgeber sieht hierin eine folgerichtige Änderung, da § 95 Satz 3 AktG in seiner bisherigen Fassung noch auf der früher geltenden betriebsverfassungsrechtlichen Regelung beruhte, wonach für den Aufsichtsrat jeder Aktiengesellschaft eine drittelparitätische Arbeitnehmermitbestimmung verpflichtend war. Im Hinblick auf die zwischenzeitlich erfolgte Deregulierung für die sog. kleinen Aktiengesellschaften sei es konsequent, auch § 95 Satz 3 AktG anzupassen.²⁹ Unberührt von der Gesetzesänderung bleibt die Mindestanzahl von drei Aufsichtsratsmitgliedern.³⁰

Für die Satzungsgestaltung hat dies zur Folge, dass oberhalb dieser Mindestanzahl eine beliebige Aufsichtsratsgröße festgelegt werden kann, soweit dem keine mitbestimmungsrechtlichen Vorgaben entgegenstehen. Dies führt zu einer größeren Flexibilität. Da es jedoch zum einen eine Änderung der mitbestimmungsrechtlichen Vorgaben geben kann und zum anderen eine sog. kleine Aktiengesellschaft auch später in die Mitbestimmung hineinwachsen kann, sollte diesem Umstand bereits in der Satzung Rechnung getragen werden, um die Notwendigkeit einer späteren Satzungsänderung zu vermeiden. Bei einer Gesellschaft, die bei ihrer Beurkundung keinen einschlägigen mitbestimmungsrechtlichen Vorgaben unterliegt und dies auch noch nicht unmittelbar absehbar, aber künftig doch denkbar ist, könnte etwa formuliert werden wie folgt:

Formulierungsvorschlag:

„Die Zahl der Aufsichtsratsmitglieder inklusive des Aufsichtsratsvorsitzenden beträgt (***)Zahl ab 3 einschließlich). Soweit und solange es künftig zur Erfüllung zwingender mitbestimmungsrechtlicher Regelungen erforderlich ist, erhöht sich die Zahl der Aufsichtsratsmitglieder auf die nächsthöhere durch drei teilbare Zahl und ist mit Anwendung der mitbestimmungsrechtlichen Vorschriften der Aufsichtsrat entsprechend zu ergänzen.“

5. Flexibilisierung stimmrechtsloser Vorzugsaktien, § 139 ff. AktG

Das Aktienrecht kennt einerseits mit Stimmrechten ausgestattete Stammaktien und andererseits stimmrechtslose Vorzugs-

²⁶ BT-Drucks. 18/6681, S. 3, 11.

²⁷ Zu den Auswirkungen der Neuregelung auf die SE siehe Ihrig/Wandt, BB 2016, 6, 12.

²⁸ Ihrig/Wandt, BB 2016, 6, 12.

²⁹ BT-Drucks. 18/6681, S. 11.

³⁰ Siehe Simons in Hölter, AktG, 2. Aufl. 2014, § 95 Rdnr. 4.

aktien. Bislang verstand die herrschende Meinung den Begriff des „Vorzugs“ als betragsmäßig objektiv bestimmbar Vorrang bei der Verteilung des Bilanzgewinns, mithin Priorität der Vorzugsaktionäre bei der Gewinnverteilung,³¹ also als Vorabdividende. In § 139 Abs. 1 AktG war geregelt, dass eine mangels hinreichendem Bilanzgewinn ganz oder teils ausgefallene Vorabdividende in späteren Geschäftsjahren zwingend nachzuzahlen war, soweit der Gewinn hierfür ausreichte. Das Recht der Vorzugsaktien wird durch die Aktienrechtsnovelle auf zweierlei Arten flexibilisiert:³²

Zum einen wird in § 139 Abs. 1 AktG das Wort „nachzuzahlenden“ gestrichen. Damit können Vorzugsaktien auch ohne einen nachzuzahlenden Vorzug ausgestaltet werden. Die satzungsmäßige Anordnung einer Nachzahlungspflicht bleibt weiterhin zulässig.³³

Zum anderen kann die Vorzugsaktie nun entweder in der Weise ausgestaltet werden, dass es sich bei dem gewährten Vorzug entweder um einen vorweg auf die Aktie entfallenden Gewinnanteil (Vorabdividende) oder um einen erhöhten Gewinnanteil (Mehrdividende) handeln kann. Nach bisherigem Recht konnte eine Mehrdividende nur als weitergehender Vorzug, zusätzlich zu der Vorabdividende vorgesehen werden aber nicht als Alternative.³⁴ Dies wird in § 139 Abs. 1 Satz 3 AktG ergänzt, welcher diese beiden Gestaltungsvarianten als Beispiele („insbesondere“) aufführt. Denkbar ist daher auch, dass andere Vorteile als Vorzug festgelegt werden.³⁵ Sofern die Satzung nichts anderes bestimmt, ist gemäß § 139 Abs. 1 Satz 3 AktG eine Vorabdividende nachzuzahlen; e contrario ergibt sich, dass dies für eine Mehr- oder Zusatzdividende oder sonstige Formen des Vorzugs kraft Gesetzes nicht gilt.³⁶ Es ist jedoch davon auszugehen, dass die Satzung im Sinne der vom Gesetzgeber gewollten Flexibilisierung die Nachzahlbarkeit auch bei einer Mehrdividende oder anderen Form des Vorzugs vorsehen kann.³⁷

31 Dürr in Wachter, AktG, 2. Aufl. 2014, § 139 Rdnr. 7 f.; Koch in Hüffer, AktG, 11. Aufl. 2014, § 139 Rdnr. 6; Schröer in MünchKommAktG, 3. Aufl. 2013, § 139 Rdnr. 10 f.; Hirschmann in Hölterers, AktG, 2. Aufl. 2014, § 139 Rdnr. 5 ff.; Roth in Heidel, Aktienrecht, 4. Aufl. 2014, § 139 AktG Rdnr. 6 f.; Spindler in K. Schmidt/Lutter, AktG, 3. Aufl. 2015, § 139 Rdnr. 10 ff.; Hoffmann-Becking in Münch. Hdb. d. Gesellschaftsrechts, Band 4, 4. Aufl. 2015, § 39 Rdnr. 18; Herrler in Grigoleit, AktG, 1. Aufl. 2013, § 139 Rdnr. 3 f.; ebenso die Begründung der Bundesregierung in BR-Drucks. 22/15, S. 24.

32 Der Grund für diese Flexibilisierung besteht vor allem darin, Kreditinstituten nach den Vorgaben des Art. 28 Abs. 1 der am 1.1.2014 in Kraft getretenen Verordnung (EU) Nr. 575/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.6.2013 über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 646/2012, ABl. L 176 vom 27.6.2013, S.1, regulatorisches Kernkapital auch in der Form von stimmrechtslosen Vorzugsaktien zu ermöglichen, was nach den bisherigen Vorgaben der § 139 ff. AktG nicht möglich wäre. Siehe Regierungsbegründung in BR-Drucks. 22/15, S. 24 f.

33 Dies folgt aus § 140 Abs. 2 AktG; siehe auch Regierungsbegründung in R-Drucks. 22/15, S. 25.

34 Hoffmann-Becking in Münch. Hdb. d. Gesellschaftsrechts, Band 4, 4. Aufl. 2015, § 39 Rdnr. 21; Schröer in MünchKommAktG, 3. Aufl. 2013, § 139 Rdnr. 22; Spindler in K. Schmidt/Lutter, AktG, 3. Aufl. 2015, § 139 Rdnr. 14.

35 So ausdrücklich die Regierungsbegründung in BR-Drucks. 22/15, S. 25; zustimmend Ihrig/Wandt, BB 2016, 6, 14.

36 Siehe auch Götz/Nartowska, NZG 2015, 208, 303; Ihrig/Wandt, BB 2016, 6, 14 f.

37 Regierungsbegründung in BR-Drucks. 22/15, S. 25; Ihrig/Wandt, BB 2016, 6, 15; Paschos/Goslar, NJW 2016, 359, 361.

Bereits bisher war es durch entsprechende Satzungsbestimmung³⁸ möglich, dass die Vorabdividende nach Bedienung der „Vorzüge“ auch an die Stammaktionäre in gleicher Höhe ausgezahlt wird und erst der darüber hinausgehende Gewinn gleichmäßig auf alle Aktionäre verteilt wurde, so dass die Vorzüge bei ausreichendem Gewinn nicht mehr erhalten mussten als die Stammaktionäre.³⁹ An dieser Gestaltungsoption hat sich durch die Aktienrechtsnovelle nichts geändert; sie wird nicht beseitigt und ermöglicht es so, stimmrechtslose Aktien zu schaffen, die bei hinreichenden Gewinnen gleichwohl keine überquotale Gewinnbeteiligung erhalten. Bei börsennotierten Gesellschaften wird der Markt diese Ausgestaltung im Preis berücksichtigen. Gerade für Familien-Aktiengesellschaften mag dies hingegen eine attraktive Variante der Beteiligung der Kinder sein.

Aufgrund der Flexibilisierung der Nachzahlungspflicht war auch § 140 Abs. 2 AktG neu zu regeln. Diese Norm regelt die Rechtsfolgen einer Nichtzahlung oder einer unvollständigen Zahlung des Vorzugs. Soweit die Vorzugsaktien mit einem Nachzahlungsanspruch versehen sind, bleibt es bei der bisherigen Rechtslage:⁴⁰ Die Vorzugsaktionäre haben das Stimmrecht, wenn der Vorzugsbetrag in einem Jahr zumindest teilweise nicht gezahlt wurde und der Rückstand im nächsten Jahr nicht vollständig zurückgezahlt wird oder die Rückzahlung zwar vollständig erfolgt, aber in diesem Jahr der Vorzug nicht erbracht wird. Soweit die Vorzugsaktionäre jedoch keinen Nachzahlungsanspruch haben, verfügen sie nach § 140 Abs. 2 Satz 2 AktG über das Stimmrecht bereits dann, wenn der Vorzug in einem Jahr nicht oder nicht vollständig gezahlt wird. Dass bei fehlendem Nachzahlungsanspruch das Stimmrecht früher einsetzt, hat der Gesetzgeber bewusst aus Gründen der Ausgewogenheit vorgesehen.⁴¹ Wird der Vorzug in einem späteren Jahr vollständig gezahlt, so erlischt das Stimmrecht wieder. Solange das Stimmrecht besteht, sind die Vorzugsaktien auch bei der Berechnung einer nach Gesetz oder Satzung erforderlichen Kapitalmehrheit zu berücksichtigen. Bei einem nachzuzahlenden Vorzug bedarf es zweier Jahre der nicht vollständigen Zahlung des Vorzugs, damit das Stimmrecht wieder auflebt, bis die Rückstände gezahlt sind. In § 140 Abs. 3 AktG wird klargestellt, dass § 140 Abs. 3 AktG sich nur auf nachzuzahlende Vorzugsaktien bezieht.

Für die Gestaltungspraxis eröffnet sich durch die Neuregelung ein größerer Spielraum, mit dem besser auf die Interessen der Gründer bzw. der AG eingegangen werden kann. Sofern stimmrechtslose Vorzugsaktien eingeführt werden sollen, ist es Aufgabe des Notars, ihnen die verschiedenen Ausgestaltungsmöglichkeiten und deren Folgen zu erläutern. Zunächst ist unbeschadet weiterer Möglichkeiten die Entscheidung zu treffen, ob der Vorzug in der Form einer Vorab- oder einer Mehrdividende oder in anderer Form ausgestaltet werden soll, wobei auch eine Kombination mehrerer Formen möglich ist.⁴² Auch wenn nunmehr flexiblere Formen eines Vorzugs ermöglicht werden, muss dieser Vorzug stets in einem Vorzug bei der Verteilung des Gewinns bestehen. Die Einräumung anderer Vorzugsrechte, wie ein Vorzug bei der Liquidation,

38 Ohne ausdrückliche Satzungsbestimmung würde dieses Ergebnis so nicht eintreten; Hoffmann-Becking in Münch. Hdb. d. Gesellschaftsrechts, Band 4, 4. Aufl. 2015, § 39 Rdnr. 19 m. w. N.

39 Siehe Koch in Hüffer, AktG, 11. Aufl. 2014, § 139 Rdnr. 15; Hoffmann-Becking in Münch. Hdb. d. Gesellschaftsrechts, Band 4, 4. Aufl. 2015, § 39 Rdnr. 19 m. w. N. In der Praxis soll diese Ausgestaltung verbreitet sein.

40 Siehe dazu auch DNotI-Report 2012, 157 ff.

41 BT-Drucks. 18/4349, S. 26.

42 BT-Drucks. 18/4349, S. 26.

Vorkaufsrechte, Vorerwerbsrechte, Rechte zur Benennung eines Aufsichtsrates oder dergleichen, wird von § 139 AktG nicht erfasst.⁴³ Es können nach bisherigem wie neuem Recht auch mehrere Arten von unterschiedlich ausgestalteten Vorzugsaktien ausgegeben werden.⁴⁴

Aufgrund dieser Liberalisierung des Gesetzgebers ist es unseres Erachtens nunmehr auch entgegen der bisher herrschenden Ansicht⁴⁵ möglich, dass der Dividendenvorzug und Recht auf Nachzahlung der Höhe nach auseinanderfallen; so kann beispielsweise neuerdings ein Vorzug von 2 % der auf jede Stammaktie entfallenden Dividende und eine Nachzahlungspflicht von nur 1 % der auf jede Stammaktie entfallenden Dividende bestimmt werden. Gesichert ist diese Gestaltungsmöglichkeit jedoch noch nicht, da der Wortlaut insoweit offen ist und der Gesetzgeber sich dazu in der Gesetzesbegründung nicht geäußert hat. § 140 Abs. 2 Satz 1 AktG würde auch diesen Fall erfassen.

Für Kreditinstitute wird ein gegen die Vorabdividende sprechender Entscheidungsparameter sein, dass solche Vorzugsaktien weder als regulatorisches noch als zusätzliches Kernkapital anerkannt werden.⁴⁶

Hiernach ist die Frage zu klären, ob der Vorzug ein nachzahlender sein soll; hierbei ist zu berücksichtigen, dass es insoweit im Fall der Vorabdividende einer Satzungsregelung bedarf, wenn der Vorzug nicht nachzahlen sein soll, im Fall der Mehrdividende dagegen geregelt werden muss, wenn eine Nachzahlungspflicht bestehen soll.

Unverändert bleibt die satzungsmäßige Obergrenze für stimmrechtslose Vorzugsaktien in Höhe von 50 % des Grundkapitals,⁴⁷ § 139 Abs. 2 AktG.

Die entsprechenden neuen Satzungsbestimmungen⁴⁸ können wie folgt lauten:

Grundmuster (nachzahlende Vorabdividende, Abbedingen des § 140 Abs. 3 AktG)

§ 5 Grundkapital und Aktien, Gewinnverwendung

Das Grundkapital der Gesellschaft beträgt EUR 50.000. Das Grundkapital besteht aus 40.000 Stammaktien ohne Nennbetrag (Stückaktien) als Stammaktien und 10.000 stimmrechtslosen Vorzugsaktien (Aktien ohne Stimmrecht), ebenfalls ohne Nennbetrag (Stückaktien). Sämtliche Aktien lauten auf den Namen. Die Stammaktien und die Vorzugsaktien bilden jeweils eine eigene Aktiengattung. Die Stammaktien

⁴³ So auch schon zum bisherigen Recht *Hoffmann-Becking* in Münch. Hdb. d. Gesellschaftsrechts, Band 4, 4. Aufl. 2015, § 39 Rdnr. 18 f.; *Herrler* in *Grigoleit*, AktG, 1. Aufl. 2013, § 139 Rdnr. 3 f.; *Hirschmann* in *Hölters*, AktG, 2. Aufl. 2014, § 139 Rdnr. 6; *Dürr* in *Wachter*, AktG, 2. Aufl. 2014, § 139 Rdnr. 7 f.; *Spindler* in *K. Schmidt/Lutter*, AktG, 3. Aufl. 2015, § 139 Rdnr. 10.

⁴⁴ *Bormann* in *Spindler/Stilz*, AktG, 3. Aufl. 2015, § 139 Rdnr. 16; *Spindler* in *K. Schmidt/Lutter*, AktG, 3. Aufl. 2015, § 139 Rdnr. 21; *Dürr* in *Wachter*, AktG, 2. Aufl. 2014, § 139 Rdnr. 7.

⁴⁵ *Koch* in *Hüffer*, AktG, 11. Aufl. 2014, § 140 Rdnr. 10 m. w. N.

⁴⁶ Vgl. BT-Drucks. 18/4349, S. 25; *Ihrig/Wandt*, BB 2016, 6, 14; *Schmidt-Bendun*, DB 2015, 419, 421.

⁴⁷ Siehe *Schröer* in MünchKommAktG, 3. Aufl. 2013, § 139 Rdnr. 23; *Hoffmann-Becking* in Münch. Hdb. d. Gesellschaftsrechts, Band 4, 4. Aufl. 2015, § 39 Rdnr. 22; *Dürr* in *Wachter*, AktG, 2. Aufl. 2014, § 139 Rdnr. 15.

⁴⁸ Siehe zu möglichen Formulierungen nach bisherigem Recht *Gätsch* in *Happ*, Aktienrecht, 4. Aufl. 2015, Rdnr. 4.04; *Hoffmann-Becking* in *Hoffmann-Becking/Rawert*, Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, 11. Aufl. 2013, Muster X 11.

haben die Nummern 1 bis 40.000, die Vorzugsaktien die Nummern 40.001 bis 50.000.

Der Gewinnvorzug der stimmrechtslosen Vorzugsaktien richtet sich nach den folgenden Bestimmungen. Das Stimmrecht der stimmrechtslosen Vorzugsaktien lebt nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen auf und kann in den gesetzlich vorgesehenen Fällen dennoch ausgeübt werden. Die Ausgabe weiterer gleichberechtigter oder vorgehender Vorzugsaktien bei der Verteilung des Gewinns und/oder des Gesellschaftsvermögens bleibt gemäß § 141 Abs. 2 Satz 2 AktG vorbehalten.

Der Gewinnvorzug der stimmrechtslosen Vorzugsaktien wird in der Form einer nachzahlenden Vorabdividende festgesetzt. Der nachzahlende Vorabgewinnanteil beträgt EUR 1 je stimmrechtslose Vorzugsaktie. Ein auszahlender Bilanzgewinn ist stets zunächst zur Erfüllung von rückständigen Vorzugsdividenden zu verwenden, dann zur Erfüllung der Vorzugsdividende der stimmrechtslosen Vorzugsaktionäre. Die nachzahlende Vorabdividende ist ohne Zinsen nachzahlen, soweit nicht zwingend nach dem Gesetz Zinsen geschuldet sind. Bei nachzahlenden Vorzugsdividenden mehrerer Jahre sind die Rückstände in der Reihenfolge ihrer zeitlichen Entstehung zu erfüllen. Der darüber hinausgehende Gewinnanteil, der von der Hauptversammlung zur Auszahlung beschlossen wird, steht allen Aktionären gleichmäßig anteilig zu.

Dadurch dass der nachzahlende Vorzugsbetrag in einem Jahr nicht oder nicht vollständig gezahlt wird, entsteht entgegen der Bestimmungen des § 140 Abs. 3 AktG ein durch spätere Beschlüsse über die Gewinnverteilung bedingter Anspruch auf den rückständigen Vorzugsbetrag⁴⁹. Dieser bedingte Anspruch ist selbständig verkehrsfähig.

Ein Vorzug bei der Verteilung des Liquidationserlöses wird nicht vereinbart.

Alternative 1 (Vorabdividende ohne Nachzahlung)

§ 5 Grundkapital und Aktien, Gewinnverwendung

Das Grundkapital der Gesellschaft beträgt EUR 50.000. Das Grundkapital besteht aus 40.000 Stammaktien ohne Nennbetrag (Stückaktien) als Stammaktien und 10.000 stimmrechtslosen Vorzugsaktien (Aktien ohne Stimmrecht), ebenfalls ohne Nennbetrag (Stückaktien). Sämtliche Aktien lauten auf den Namen. Die Stammaktien und die Vorzugsaktien bilden jeweils eine eigene Aktiengattung. Die Stammaktien haben die Nummern 1 bis 40.000, die Vorzugsaktien die Nummern 40.001 bis 50.000.

Der Gewinnvorzug der stimmrechtslosen Vorzugsaktien richtet sich nach den folgenden Bestimmungen. Das Stimmrecht der stimmrechtslosen Vorzugsaktien lebt nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen auf und kann in den gesetzlich vorgesehenen Fällen dennoch ausgeübt werden. Die Ausgabe weiterer gleichberechtigter oder vorgehender Vorzugsaktien bei der Verteilung des Gewinns und/oder des Gesellschaftsvermögens bleibt gemäß § 141 Abs. 2 Satz 2 AktG vorbehalten.

*Der Gewinnvorzug der stimmrechtslosen Vorzugsaktien wird in der Form einer **nicht** nachzahlenden Vorabdividende festgesetzt. Der Vorabgewinnanteil beträgt EUR 1 je stimmrechtslose Vorzugsaktie. Ein auszahlender Bilanzgewinn ist vorab zur Erfüllung der Vorzugsdividende der stimmrechtslosen Vorzugsaktionäre zu verwenden. Der darüber hinausgehende Gewinnanteil, der von der Hauptversammlung zur*

⁴⁹ Siehe *Koch* in *Hüffer*, AktG, 11. Aufl. 2014, § 140 Rdnr. 9, 10.

Auszahlung beschlossen wird, steht allen Aktionären gleichmäßig anteilig zu.

Ein Vorzug bei der Verteilung des Liquidationserlöses wird nicht vereinbart.

Alternative 2 (Mehrdividende ohne Nachzahlung)

§ 5 Grundkapital und Aktien, Gewinnverwendung

Das Grundkapital der Gesellschaft beträgt EUR 50.000. Das Grundkapital besteht aus 40.000 Stammaktien ohne Nennbetrag (Stückaktien) als Stammaktien und 10.000 stimmrechtslosen Vorzugsaktien (Aktien ohne Stimmrecht), ebenfalls ohne Nennbetrag (Stückaktien). Sämtliche Aktien lauten auf den Namen. Die Stammaktien und die Vorzugsaktien bilden jeweils eine eigene Aktiegattung. Die Stammaktien haben die Nummern 1 bis 40.000, die Vorzugsaktien die Nummern 40.001 bis 50.000.

Der Gewinnvorzug der stimmrechtslosen Vorzugsaktien richtet sich nach den folgenden Bestimmungen. Das Stimmrecht der stimmrechtslosen Vorzugsaktien lebt nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen auf und kann in den gesetzlich vorgesehenen Fällen dennoch ausgeübt werden. Die Ausgabe weiterer gleichberechtigter oder vorgehender Vorzugsaktien bei der Verteilung des Gewinns und/oder des Gesellschaftsvermögens bleibt gemäß § 141 Abs. 2 Satz 2 AktG vorbehalten.

Der Gewinnvorzug der stimmrechtslosen Vorzugsaktien wird in der Form einer nicht nachzuzahlenden Mehrdividende festgesetzt. Der Mehrgewinnanteil beträgt EUR 1 je stimmrechtsloser Vorzugsaktie.

Ein Vorzug bei der Verteilung des Liquidationserlöses wird nicht vereinbart.

Alternative 3: nachzuzahlende Vorabdividende mit Ausgleich an die Stammaktionäre

§ 5 Grundkapital und Aktien, Gewinnverwendung

Das Grundkapital der Gesellschaft beträgt EUR 50.000. Das Grundkapital besteht aus 40.000 Stammaktien ohne Nennbetrag (Stückaktien) als Stammaktien und 10.000 stimmrechtslosen Vorzugsaktien (Aktien ohne Stimmrecht), ebenfalls ohne Nennbetrag (Stückaktien). Sämtliche Aktien lauten auf den Namen. Die Stammaktien und die Vorzugsaktien bilden jeweils eine eigene Aktiegattung. Die Stammaktien haben die Nummern 1 bis 40.000, die Vorzugsaktien die Nummern 40.001 bis 50.000.

Der Gewinnvorzug der stimmrechtslosen Vorzugsaktien richtet sich nach den folgenden Bestimmungen. Das Stimmrecht der stimmrechtslosen Vorzugsaktien lebt nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen auf und kann in den gesetzlich vorgesehenen Fällen dennoch ausgeübt werden. Die Ausgabe weiterer gleichberechtigter oder vorgehender Vorzugsaktien bei der Verteilung des Gewinns und/oder des Gesellschaftsvermögens bleibt gemäß § 141 Abs. 2 Satz 2 AktG vorbehalten. Es bleibt bei der gesetzlichen Regel des § 140 Abs. 3 AktG.

Der Gewinnvorzug der stimmrechtslosen Vorzugsaktien wird in der Form einer nachzuzahlenden Vorabdividende festgesetzt. Der nachzuzahlende Vorabgewinnanteil beträgt EUR 1 je stimmrechtslose Vorzugsaktie. Ein auszuzahlender Bilanzgewinn ist stets zunächst zur Erfüllung von rückständigen Vorzugsdividenden zu verwenden, dann zur Erfüllung der Vorzugsdividende der stimmrechtslosen Vorzugsaktionäre. Die nachzuzahlende Vorabdividende ist ohne Zinsen nachzuzahlen, soweit nicht zwingend nach dem Gesetz Zinsen geschuldet sind. Bei nachzuzahlenden Vorzugsdividenden

mehrerer Jahre sind die Rückstände in der Reihenfolge ihrer zeitlichen Entstehung zu erfüllen. Aus dem nach der Verteilung des Gewinnanteils der Vorzugsaktionäre verbleibenden Bilanzgewinn erhalten die Stammaktionäre einen Gewinnanteil von bis zu EUR 1 je Stammaktie.⁵⁰ Der darüber hinausgehende, ggf. verbleibende Gewinnanteil, der von der Hauptversammlung zur Auszahlung beschlossen wird, steht allen Aktionären aller Gattungen gleichmäßig anteilig zu.

Ein Vorzug bei der Verteilung des Liquidationserlöses wird nicht vereinbart.

Ergänzender Hinweis:

Ergänzend ist für den praktischen Einsatz stimmrechtsloser Vorzugsaktien in Erinnerung zu rufen, dass nach Ansicht der Finanzverwaltung⁵¹ für stimmrechtslose Gesellschaftsanteile keine Poolabrede im Sinne des § 13b Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 ErbStG vereinbart werden kann und daher erbschaftsteuerliche Vorteile für Betriebsvermögen verloren gehen können.⁵²

6. Zulassung umgekehrter Wandelanleihen, §§ 192, 194, 221 Abs. 1 Satz 1 AktG

In der Praxis haben sich verschiedene Formen der Unternehmensfinanzierung entwickelt. Schon bislang gesetzlich geregelt war der Fall der Wandelanleihe.⁵³ Bei dieser wird dem Gläubiger ein Umtauschrecht in Aktien eingeräumt. Bislang nicht geregelt war jedoch der umgekehrte Fall, wenn also der Gesellschaft als Schuldnerin ein Wandlungsrecht zustehen soll, sog. umgekehrte Wandelanleihe. Umstritten war bisher vor allem die Zulässigkeit der Schaffung bedingten Kapitals nach § 192 Abs. 1 Nr. 1 AktG für einen derartigen Zweck.⁵⁴ Für die Wandelanleihe mit Wahlrecht der AG stellt der Gesetzgeber die Zulässigkeit nunmehr ausdrücklich klar. Andere Gestaltungsformen, etwa sog. Pflichtwandelanleihen, sind im Gesetz nicht ausdrücklich angesprochen.⁵⁵ Die Gesetzesbegründung führt jedoch aus, dass durch die Neuregelung keine Aussage über die (Un-)Zulässigkeit anderer Gestaltungsformen getroffen werde.⁵⁶

Hinsichtlich der in § 192 Abs. 3 Satz 1 AktG vorgesehenen höhenmäßigen Begrenzung bei der Schaffung des bedingten Kapitals werden mit § 192 Abs. 3 Satz 3 und 4 AktG Ausnahmen geschaffen. Die Begrenzung entfällt hiernach, wenn die bedingte Kapitalerhöhung zur Gewährung von Umtausch- oder Bezugsrechten aufgrund von Wandelschuldverschreibungen erfolgt und nur zu dem Zweck beschlossen wird, der Gesellschaft einen Umtausch zu ermöglichen, zu dem sie für den Fall ihrer drohenden Zahlungsunfähigkeit oder zum

⁵⁰ Dadurch wird die Vorabdividende nachrangig auch den Stammaktionären zugewandt; sie werden dadurch gleichgestellt. Koch in Hüffer, AktG, 11. Aufl. 2014, § 139 Rdnr. 15; Hoffmann-Becking in Münch. Hdb. d. Gesellschaftsrechts, Band 4, 4. Aufl. 2015, § 39 Rdnr. 19 m. w. N.

⁵¹ Vgl. R E 13 b.6 Abs. 5 Satz 1 Hs. 2 ErbStR 2011.

⁵² Kritisch zu dieser Ansicht der Finanzverwaltung Riedel, ZErB 2013, 145 ff. m. w. N.

⁵³ Siehe Müller in Heidel, 4. Aufl. 2014, § 221 AktG Rdnr. 33 ff.; Koch in Hüffer, AktG, 11. Aufl. 2014, § 221 Rdnr. 1 ff.; Drinhausen/Keinath, BB 2011, 1736; Habersack, Anwendungsvoraussetzungen und -grenzen des § 221 AktG, dargestellt am Beispiel von Pflichtwandelanleihen, Aktienanleihen und „warrants“ in FS Nobbe, 2009, S. 539; Schnorbus/Trapp, ZGR 2010, 1023.

⁵⁴ Siehe Koch in Hüffer, AktG, 11. Aufl. 2014, § 192 Rdnr. 9; Götzel/Nartowska, NZG 2015, 298, 304.

⁵⁵ Dazu Götze, NZG 2016, 48 f.

⁵⁶ BT-Drucks. 18/4349, S. 29.

Zweck der Überschuldungsabwendung berechtigt ist. Eine weitere Ausnahme ist in § 192 Abs. 3 Satz 4 AktG vorgesehen für Kredit- und Finanzierungsinstitute, bei denen die bedingte Kapitalerhöhung zu dem Zweck beschlossen wird, der Gesellschaft einen Umtausch zur Erfüllung bankaufsichtsrechtlicher oder zum Zwecke der Restrukturierung oder Abwicklung erlassener Anforderungen zu ermöglichen. In § 192 Abs. 3 Satz 5 AktG wird angeordnet, dass solches privilegiertes Kapital nicht auf die höhenmäßige Begrenzung für sonstiges bedingtes Kapital angerechnet wird.

Als Folgeänderung stellt sich § 194 Abs. 1 Satz 2 AktG dar, wonach der Umtausch von Schuldverschreibungen gegen Bezugsaktien nicht als Sacheinlage gilt. Dies gilt freilich nur, wenn aufgrund einer Ersetzungsbefugnis das Schuldverhältnis rückwirkend umgestaltet wird.⁵⁷

Für die notarielle Praxis wirken sich die Änderungen dahingehend aus, dass nun keine Rechtsunsicherheit mehr über die Frage, ob die Schaffung bedingten Kapitals für den Zweck einer umgekehrten Wandelanleihe möglich ist, bestehen kann. Bezüglich der Ausnahmetatbestände hinsichtlich der höhenmäßigen Beschränkung wird in der Literatur eine enge Auslegung empfohlen.⁵⁸

7. Dividendenfälligkeit nach § 58 Abs. 4 AktG

Die Regelung des § 58 Abs. 4 AktG wird um folgende Sätze ergänzt:

„Der Anspruch ist am 3. auf den Hauptversammlungsbeschluss folgenden Geschäftstag fällig. In dem Hauptversammlungsbeschluss oder in der Satzung kann eine spätere Fälligkeit festgelegt werden.“

Durch diese Regelung sollen Marktstandards zur Wertpapierabwicklung auch in Deutschland rechtlich abgesichert und umgesetzt werden.⁵⁹ Der nach § 58 Abs. 4 AktG den Aktionären zustehende Bilanzgewinn wird bisher nach der gesetzlichen Regelung des § 271 BGB sofort zur Leistung fällig, sofern nicht durch die Satzung oder den Gewinnverwendungsbeschluss etwas anderes bestimmt wurde.⁶⁰ Insoweit kommt es durch die Aktienrechtsnovelle 2016 zu einer Änderung; ist keine spätere Fälligkeit durch Satzung oder Hauptversammlungsbeschluss bestimmt, wird der Anspruch am 3. auf den Hauptversammlungsbeschluss folgenden Geschäftstag fällig. Nach der Gesetzesbegründung sind „Geschäftstage“ in diesem Sinn mit Bankarbeitstagen gleichzustellen.⁶¹ Nach dem klaren Wortlaut der neuen Regelung kann ein späterer Fälligkeitstermin in der Satzung vereinbart werden, nicht jedoch ein früherer.⁶² Diese Gesetzesbestimmung gestattet unseres Erachtens sowohl in der Satzung als auch im Beschluss der Hauptversammlung unterschiedliche Fälligkeitszeitpunkte für bestimmte, unterschiedliche Teile des auszuhelenden Gewinnanteils. Abweichend von den übrigen Änderungen, tritt § 58 Abs. 4 AktG n. F. erst zum 1.1.2017 in Kraft; die Hauptversammlungssaison 2016 kann daher noch nach den alten Bestimmungen durchgeführt werden.

Für die Satzungsgestaltung ist dementsprechend darauf zu achten, ob eine spätere Fälligkeit als die nun vom Gesetz als

Regelfall vorgegebene gewünscht ist. Ist dies der Fall, könnte eine entsprechende Satzungsbestimmung etwa lauten:

„Soweit den Aktionären ein Anspruch auf Auszahlung des Bilanzgewinns zusteht, ist dieser grundsätzlich am (einsetzen: mindestens 3.) auf den Hauptversammlungsbeschluss folgenden Geschäftstag fällig. Die Hauptversammlung kann für den ganzen auszuhelenden Gewinn oder für einen bestimmten Teil des auszuhelenden Gewinns im jeweiligen Einzelfall in den Grenzen der gesetzlichen Vorgaben auch einen späteren und in den gesetzlichen Grenzen auch einen früheren⁶³ Fälligkeitszeitpunkt beschließen.“

Besteht keine zwingende Vorgabe in der Satzung kann ein Gewinnverwendungsbeschluss⁶⁴ nach dem neuen Recht beispielsweise wie folgt gefasst werden:

Grundformulierung:

Aus dem für das Geschäftsjahr 2015 ausgewiesenen Bilanzgewinn in Höhe von EUR 987.178 wird eine Dividende von EUR 10 je Aktie auf das Grundkapital von EUR 80.000 an die Aktionäre ausgezahlt, insgesamt also EUR 800.000. Die Dividende wird 14 Tage nach dem Tag der Beschlussfassung über die Gewinnverwendung zur Auszahlung fällig. Der verbleibende Bilanzgewinn von EUR 187.178 wird auf neue Rechnung vorgetragen.

Alternative: Splittung der Fälligkeit:

Aus dem für das Geschäftsjahr 2015 ausgewiesenen Bilanzgewinn in Höhe von EUR 987.178 wird eine Dividende von EUR 10 je Stückaktie auf das Grundkapital von EUR 80.000 an die Aktionäre ausgezahlt, insgesamt also EUR 800.000. Die Dividende wird zur Hälfte des auszuhelenden Betrages 14 Tage nach dem Tag der Beschlussfassung über die Gewinnverwendung zur Auszahlung fällig und zur anderen Hälfte zwölf Wochen nach dem Tag der Beschlussfassung über die Gewinnverwendung zur Auszahlung fällig. Der verbleibende Bilanzgewinn von EUR 187.178 wird auf neue Rechnung vorgetragen.

8. Nachweis bei Minderheitsverlangen auf Einberufung bzw. Erweiterung der Tagesordnung einer Hauptversammlung gemäß § 122 Abs. 1 AktG

Eine Änderung erfährt auch § 122 Abs. 1 Satz 3 AktG, welcher durch folgende Sätze ersetzt wird:

„Die Antragsteller haben nachzuweisen, dass sie seit mindestens 90 Tagen vor dem Tag des Zugangs des Verlangens Inhaber der Aktien sind und dass sie die Aktien bis zur Entscheidung des Vorstands über den Antrag halten. § 121 Abs. 7 ist entsprechend anzuwenden.“

Diese Norm dient vor allem der Klärung von Zweifelsfragen bei der Berechnung der Vorbesitzzeit und der Haltefrist.⁶⁵ Verlangt eine Minderheit die Einberufung einer Hauptversammlung (§ 122 Abs. 1 AktG) oder die Ergänzung der Tagesordnung (§ 122 Abs. 2 AktG) stellt das Gesetz Mindestanforderungen an die Vorbesitzzeit und die Haltefrist. Bislang verwies § 122 Abs. 1 Satz 3 AktG auf § 142 Abs. 2 Satz 2 AktG, wobei problematisch war, dass es bei der Berechnung

⁵⁷ BT-Drucks. 18/4349, S. 29.

⁵⁸ Ithrig/Wandt, BB 2016, 15 f.

⁵⁹ BT-Drucks. 18/4349, S. 19 f.

⁶⁰ Fleischer in K. Schmidt/Lutter, AktG, 3. Aufl. 2015, § 58 Rdnr. 5a; Koch in Hüffer, AktG, 11. Aufl. 2014, § 58 Rdnr. 28.

⁶¹ BT-Drucks. 18/4349, S. 20.

⁶² Ithrig/Wandt, BB 2016, 6, 14; Paschos/Goslar, NJW 2016, 359, 362.

⁶³ Früher ist nur möglich, wenn die Satzung als Regelfall mehr als drei Geschäftstage vorsieht, da drei Geschäftstage die gesetzliche Mindestfrist ist.

⁶⁴ Siehe auch Ludwig in Happ, Aktienrecht, 4. Aufl. 2015, Rdnr. 10.21.

⁶⁵ BT-Drucks. 18/4349, S. 21.

der Vorbesitzzeit nicht möglich war, die Frist entsprechend § 142 Abs. 2 Satz 2 AktG vom Tag der Hauptversammlung an rückwärts zu rechnen, da deren Einberufung durch die Minderheit gerade erst verlangt wird. Vor diesem Hintergrund wurde in der Praxis häufig ein aktionärsfreundlicher Weg gewählt und im Rahmen der Angabe nach § 121 Abs. 3 Satz 3 Nr. 3 AktG eine Vorbesitzzeit nur in einem Zeitraum von drei Monaten vor der Hauptversammlung gefordert.⁶⁶ Der Gesetzgeber stellt nun ausdrücklich auf den Zeitpunkt des Zugangs des Verlangens ab. Mit § 122 Abs. 1 Satz 3 AktG n. F. soll auch eine Streitfrage zur Haltefrist geklärt werden: Entgegen einer bisher teilweise vertretenen Ansicht⁶⁷ muss das Quorum auch dann bis zur Entscheidung des Vorstands über den Antrag gehalten werden, wenn der Vorstand dem Einberufungsverlangen nachkommt. Durch den Verweis auf § 121 Abs. 7 AktG soll ein einheitliches System der Fristen- und Terminberechnung bei der Einberufung der Hauptversammlung sichergestellt werden.⁶⁸ Über den Verweis in § 122 Abs. 2 AktG gilt die Neuregelung auch für das Tagesordnungsergänzungsverlangen. Kommt es nach einer Antragsablehnung zu einem gerichtlichen Verfahren, müssen die Antragsteller die Aktien bis zur Entscheidung des Gerichts halten, § 122 Abs. 3 AktG.

9. Inhalt des über die Hauptversammlung zu errichtenden Protokolls, § 130 Abs. 2 Satz 2 AktG

Durch die Änderung des § 130 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 AktG soll eine durch das ARUG vom 30.7.2005 entstandene Unklarheit beseitigt werden.⁶⁹ Bisher bestimmt § 130 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 AktG, dass die Feststellung über die Beschlussfassung bei börsennotierten Gesellschaften für jeden Beschluss auch den Anteil des durch die gültigen Stimmen vertretenen Grundkapitals umfasst. Damit wird fast wörtlich die Aktionärsrechterichtlinie vom 14.7.2007 umgesetzt. Dabei wurde jedoch nicht geregelt, ob sich der Anteil des durch die gültigen Stimmen vertretenen Grundkapitals auf das gesamte eingetragene Grundkapital bezieht⁷⁰ oder auf das in der Hauptversammlung vertretene stimmberechtigte Grundkapital. Durch die Neufassung wird nunmehr bestimmt, dass sich der Anteil des durch die gültigen Stimmen vertretenen Grundkapitals auf das gesamte Grundkapital bezieht.

Aus notarieller Sicht führt die Neuregelung zu größerer Rechtssicherheit bei der Gestaltung von Tatsachenprotokollen über Hauptversammlungsbeschlüsse.

10. Handelsregisteranmeldung ausgegebener Bezugsaktien

Gemäß der bisherigen Fassung des § 201 Abs. 1 AktG musste der Vorstand den Umfang der im abgelaufenen Geschäftsjahr ausgegebener Bezugsaktien innerhalb eines Monats nach Ablauf des Geschäftsjahrs zur Eintragung in das Handelsregister anmelden. Aus dieser Formulierung wurde gefolgert, dass eine unterjährige Anmeldung grundsätzlich unzulässig ist.⁷¹

⁶⁶ *Ihrig/Wandt*, BB 2016, 6, 8; *Koch* in *Hüffer*, AktG, 11. Aufl. 2014, § 122 Rdnr. 3 a.

⁶⁷ Siehe die Nachweise bei *Koch* in *Hüffer*, AktG, 11. Aufl. 2014, § 122 Rdnr. 3a; insbesondere *Hüffer*, AktG, 10. Aufl. 2012, § 122 Rdnr. 3a; *Reichert/Balke* in *Semler/Volhard/Reichert*, Arbeitshandbuch für die Hauptversammlung, 3. Aufl. 2011, § 4 Rdnr. 36.

⁶⁸ BT-Drucks. 18/4349, S. 22.

⁶⁹ BT-Drucks. 18/4349, S. 24.

⁷⁰ So die schon bislang h. M.; statt vieler: *Koch* in *Hüffer*, AktG, 11. Aufl. 2014, § 130 Rdnr. 23a m. w. N.

⁷¹ Siehe von *Dryander/Niggemann* in *Hölters*, AktG, 2. Aufl. 2014, § 201 Rdnr. 4; *Koch* in *Hüffer*, AktG, 11. Aufl. 2014, § 201 Rdnr. 3 m. w. N.

Der Gesetzgeber sah die Folge, dass das aus dem Handelsregister ersichtliche eingetragene Grundkapital von dem tatsächlichen für eine relativ lange Zeit abweichen kann, als nicht sachgerecht an.⁷² Die Neufassung dieser Norm sieht vor, dass der Vorstand ausgegebene Bezugsaktien zur Eintragung mindestens einmal jährlich bis spätestens zum Ende des auf den Ablauf des Geschäftsjahrs folgenden Kalendermonats anmeldet. Mit dieser Formulierung soll „klargestellt“ werden, dass die Anmeldung auch unterjährig zu weiteren Zeitpunkten „zulässig“ ist.⁷³ Zugleich ist bemerkenswert, dass der Gesetzgeber nicht ausdrücklich geregelt hat, ob und unter welchen Voraussetzungen nicht nur die Möglichkeit, sondern die Pflicht zu unterjährigen Anmeldungen bestehen kann.⁷⁴

Die Praxis wird sich insoweit auf Nachfragen einstellen müssen; im Zweifel sollte zu einer unterjährigen Anmeldung geraten werden, welche jedenfalls zulässig ist.

IV. Nicht umgesetzte Vorhaben aus dem Regierungsentwurf und Reformüberlegungen

Zwei im Gesetzgebungsverfahren ursprünglich vorgesehene wesentliche Änderungsvorschläge wurden vom Gesetzgeber auf Anregung des Rechtsausschusses des Bundestags doch nicht Gegenstand des nun verabschiedeten Gesetzes.

1. Neuer Record Date bei Namensaktien, § 123 Abs. 5 und 6 AktG-RegE

Ursprünglich war insbesondere noch geplant, für Namensaktien ein sog. *Record Date* einzuführen und insoweit einen Gleichlauf mit Inhaberaktien zu schaffen.

Diese geplante Neuregelung wurde vom Gesetzgeber auf Anregung des Rechtsausschusses des Bundestages letztlich jedoch nicht umgesetzt; zum einen sah es der Gesetzgeber nicht als geklärt an, welche Frist für einen einheitlichen Stichtag die richtige sei; zum anderen präferiert der Gesetzgeber eine Lösung auf europäischer Ebene, um eine Vereinheitlichung des *Record Date* in Europa zu schaffen und eine punktuelle Lösung nur für Deutschland zu vermeiden.⁷⁵ Die EU-Kommission wurde zeitgleich aufgefordert einen entsprechenden Regelungsvorschlag zu erarbeiten. Gesetz wurde allerdings die neue Strukturierung des § 123 AktG, womit nach der Gesetzesbegründung keine inhaltlichen Änderungen verbunden sein sollen.⁷⁶ Jedoch fällt auf, dass bei § 123 Abs. 3 AktG der Vorbehalt auf Inhaberaktien weggefallen ist, so dass die Satzung nun auch bei Namensaktien bestimmen kann, wie die Berechtigung zur Teilnahme an der Versammlung oder zur Ausübung des Stimmrechts nachzuweisen ist.⁷⁷

2. Einschränkung nachgeschobener Nichtigkeitsklagen gemäß § 249 Abs. 2 Satz 3 AktG-RegE

Per Neuregelung des § 249 Abs. 2 Satz 3 AktG sollten missbräuchlich nachgeschobene Nichtigkeitsklagen durch die Einführung einer „relativen“ Befristung unterbunden werden. Vorgesehen war eine Regelung dahingehend, dass nach Bekanntmachung einer Klage gegen einen Hauptversammlungsbeschluss, ein Aktionär nur innerhalb eines Monats Nichtigkeitsklage erheben kann. Diese punktuelle Korrektur

⁷² BT-Drucks. 18/4349, S. 29.

⁷³ BT-Drucks. 18/4349, S. 29.

⁷⁴ Vgl. *Ihrig/Wandt*, BB 2016, 6, 16 f.

⁷⁵ BT-Drucks. 18/6681.

⁷⁶ BT-Drucks. 18/6681, S. 12.

⁷⁷ *Ihrig/Wandt*, BB 2016, 6, 9; *Götze*, NZG 2016, 48, 49.

sollte bereits erlassen werden vor einer grundlegenden Neuregelung des Beschlussanfechtungsrechts. Von diesem Vorhaben hat der Gesetzgeber dann aber auf Anregung des Rechtsausschusses des Bundestages dann doch Abstand genommen, weil durch diese Neuregelung Wertungswidersprüche und übermäßige Einschränkungen für Nichtigkeitsklagen hätten eintreten können.⁷⁸ Ferner hat der Gesetzgeber es im Ergebnis bevorzugt, die Neuregelung doch in eine vollständige Neuregelung des Beschlussanfechtungsrechts im AktG einzubetten und so systematisch abzusichern.

V. Überleitungsbestimmungen

Grundsätzlich tritt die Aktienrechtsnovelle 2016 am Tage nach der Verkündung im Bundesgesetzblatt in Kraft, Art. 10 Aktienrechtsnovelle 2016. Die Verkündung im Bundesgesetzblatt ist am 30.12.2015 erfolgt, so dass das Gesetz grundsätzlich am 31.12.2015 in Kraft getreten ist. Eine Ausnahmeregelung findet sich für § 58 Abs. 4 AktG n. F., der den Zeitpunkt der Fälligkeit eines Dividendenanspruchs festlegt. Diese Bestimmung tritt erst zum 1.1.2017 in Kraft. Der Gesetzgeber hat hiermit beabsichtigt, dass die vollständige Hauptversammlungssaison 2016 noch nach den alten Bestimmungen durchzuführen ist.⁷⁹

Gleichzeitig stellt sich die Frage, welche Rechtsfolgen eintreten, wenn eine Altsatzung nach § 24 AktG noch ein Umwandlungsrecht zwischen Namensaktien und Inhaberaktien oder umgekehrt vorsieht. Nach § 26h Abs. 2 EGAktG bleibt die frühere Satzungsbestimmung wirksam.

Auch die Einschränkungen in § 10 Abs. 1 AktG bei der Ausgabe von verbrieften Inhaberaktien sind nach § 26h Abs. 1 EGAktG n. F. nicht auf Gesellschaften anzuwenden, deren Satzung vor dem 31.12.2015 durch notarielle Beurkundung festgestellt wurde und deren Aktien auf Inhaber lauten. Insofern wird das alte Recht, das am 30.12.2015 noch galt, konserviert. Soweit diese Gesellschaft jedoch bisher Namensaktien ausgegeben hatte, kann insoweit nicht mehr auf Inhaberaktien zurückgewechselt werden. Im Zusammenspiel mit § 26h Abs. 2 EGAktG n. F. dürfte in diesen Fällen eine Umwandlung in Inhaberaktien gleichwohl dann noch zulässig sein, wenn nach Maßgabe des bisher geltenden § 24 AktG ein Anspruch auf Umwandlung von Namens- in Inhaberaktien nach der Satzung begründet wurde.

Schließlich regelt der Gesetzgeber in § 26h Abs. 3 EGAktG n. F., welche Rechtsfolgen eintreten, wenn eine Satzung nach Maßgabe des bisherigen § 25 Satz 2 AktG a. F. weitere Gesellschaftsblätter neben dem Bundesanzeiger vorgesehen hatte. Diese Satzungsbestimmung bleibt zwar auch nach dem 31.12.2015 wirksam. Für einen Fristbeginn oder das sonstige Eintreten von Rechtsfolgen ist ab dem 1.2.2016 jedoch ausschließlich die Bekanntmachung im Bundesanzeiger maßgeblich, § 26h Abs. 3 Satz 2 EGAktG n. F.

Die Neuregelungen zur Minderheiteneinberufung bzw. Ergänzung der Tagesordnung nach § 122 AktG finden erstmals auf Verlangen Anwendung, die der Gesellschaft am 1.6.2016 zugehen. Die gesamte Frühjahrssaison der Hauptversammlungen hat daher die Neubestimmungen des § 122 AktG noch nicht zu beachten, § 26h Abs. 4 EGAktG n. F.

VI. Weitere Gesetzesänderungen im Aktienrecht

1. Reform des *Delisting*, Gesetz zur Umsetzung der Transparenzrichtlinie – Änderungsrichtlinie

Der Rückzug einer Aktiengesellschaft von der Börse war hinsichtlich Abfindungsansprüchen von Minderheitsaktionären bisher nur sehr rudimentär geregelt, nämlich in § 29 UmwG. Über den Gesetzeswortlaut des § 29 UmwG hinaus hatte der BGH jedoch in seiner Macrotron-Rechtsprechung⁸⁰ eine Aktiengesellschaft verpflichtet, ein Abfindungsangebot an Aktionäre zu unterbreiten. Dieses Abfindungsangebot konnte im Rahmen des Spruchverfahrens überprüft werden und musste angemessen sein.⁸¹ Diese Rechtsprechung hat das BVerfG zwar als möglich, aber keineswegs als zwingend angesehen.⁸² Daraufhin hat der BGH in der Entscheidung FROSTA im Jahre 2013 seine bisherige Macrotron-Rechtsprechung aufgegeben.⁸³ Damit bestand für den reinen Rückzug einer Aktiengesellschaft von der Börse keinerlei besonderer Minderheitenschutz mehr, außer im Verschmelzungsfall nach § 29 UmwG. Dies hat zu zahlreichen Diskussionen geführt.⁸⁴ Im Hinblick auf die intensive Diskussion und rechtspolitische Kritik hat der Gesetzgeber nunmehr das *Delisting* neu normiert, nämlich im Gesetz zur Umsetzung der Transparenzrichtlinie – Änderungsrichtlinie⁸⁵, das am 27.11.2015 in Kraft getreten ist.⁸⁶

Der Gesetzgeber hat sich in seiner Neuregelung gegen ein Verfahren nach dem Spruchverfahrensgesetz gewandt und hat die Problematik in § 39 BörsG geregelt. Danach darf gemäß § 39 Abs. 2 Satz 3 BörsG ein Antrag auf Widerruf der Zulassung zur Börse nur gestellt werden, wenn bei Antragstellung eine Unterlage über ein Angebot zum Erwerb der Wertpapiere von Minderheitsaktionären nach den Vorschriften des WpÜG veröffentlicht wurde. Das Angebot hat eine angemessene Gegenleistung vorzusehen. Die Genehmigung des Angebots fällt in die Zuständigkeit BaFin; die Gesellschafter haben die Möglichkeit, zivilrechtlichen Rechtsschutz nach dem Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz zu suchen.

Diese Neuregelung wird von der Praxis teilweise kritisch beurteilt, da der Rechtsschutz nach dem Spruchverfahrensgesetz auf diese Art und Weise nicht stattfindet und abgeschnitten ist.

2. Einführung einer Frauenquote für Aktiengesellschaft und GmbH mit Aufsichtsrat

Durch das Gesetz für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen in der Privat-

⁸⁰ BGH, Beschluss vom 25.6.2008, II ZB 39/07, NZG 2008, 658 und Urteil vom 25.11.2002, II ZR 133/01, DB 2003, 544; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 20.12.2011, 21 W 8/11, BB 2012, 894 (Peemöller) = BeckRS 2012, 04838 = GWR 2012, 296 (Schmid) = ZIP 2012, 371 = AG 2012, 330; OLG Koblenz, Beschluss vom 21.6.2007, 4 SmA 29/07, NZG 2007, 720; BayObLG, Beschluss vom 1.12.2004, 3 Z BR 106/04, DB 2005, 214; siehe dazu auch *Martinius/von Oppen*, DB 2005, 212; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 3.8.2004, 3 W 60/04, NZG 2004, 872 = DB 2004, 2311 = ZIP 2004, 1666 = AG 2005, 306; LG München I, Beschluss vom 27.11.2003, 5 HK O 5774/03, DB 2004, 242.

⁸¹ BGH, Urteil vom 25.11.2002, II ZR 133/01, DStR 2003, 990.

⁸² BVerfG, Urteil vom 11.7.2012, 1 BvR 3142/07, NZG 2012, 826.

⁸³ BGH, Beschluss vom 8.10.2013, II ZB 26/12, DStR 2013, 2526.

⁸⁴ Siehe dazu *Mense/Klie*, DStR 2015, 2782, *Groß*, AG 2015, 812; *Goetz*, BB 2015, 2691; *Bayer*, NZG 2015, 1169; *Wicke*, DNNotZ 2015, 488.

⁸⁵ BGBl 2015 I, S. 2029.

⁸⁶ Siehe dazu *Mense/Klie*, DStR 2015, 2782, *Roth*, GWR 2015, 485; *Groß*, AG 2015, 812; *Goetz*, BB 2015, 2691.

⁷⁸ BT-Drucks. 18/6681.

⁷⁹ BT-Drucks. 18/6681, S. 14; *Petrikowski*, DB 2015, 2998, 2999.

wirtschaft und im öffentlichen Dienst vom 24.4.2015⁸⁷ wurde eine Frauenquote für mitbestimmte GmbH in §§ 52 Abs. 2, 36 GmbHG geregelt. Der Schwerpunkt der Regelungen des Gesetzes für die gleichberechtigte Teilhabe von Männern und Frauen in Führungspositionen, das am 1.5.2015 in Kraft getreten ist, betrifft jedoch die börsennotierte Aktiengesellschaft mit paritätischer Mitbestimmung.⁸⁸ Ab 1.1.2016 müssen Aufsichtsräte börsennotierter und qualifiziert mitbestimmter Unternehmen mit mindestens 30 % Frauen und mindestens 30 % Männern besetzt werden. Für diese Fälle gilt also eine strenge Geschlechterquote. Für andere Aktiengesellschaften folgt nunmehr – ebenso wie bei der mitbestimmten GmbH – aus § 76 Abs. 4, § 111 Abs. 5 AktG, dass lediglich Zielgrößen für die Besetzung von Vorstand, Aufsichtsrat und die zwei Leitungsebenen unterhalb des Vorstands festzusetzen sind.

VII. Zusammenfassung

Die Aktienrechtsnovelle 2016 ist aus Sicht der notariellen Praxis zu begrüßen, auch wenn diese Novelle sicher nicht der Endpunkt einer fortwährenden Reform des Aktienrechts ist. Vielmehr wird auch bei dieser Reform gelten: „Nach der Reform ist vor der Reform“. Die Novelle beseitigt Unsicherheiten bei der Auslegung des § 130 AktG und ermöglicht daher mit mehr Rechtssicherheit die Gestaltung von Tatsa-

⁸⁷ BGBl 2015 I, S. 642.

⁸⁸ Siehe dazu Müller-Bonanni/Forst, GmbHR 2015, 621; Bayer/Hoffmann, GmbHR 2015, 909; Seibert, NZG 2016, 16; Mense/Klie, GWR 2015, 441; Drygala, NZG 2015, 1129; Stüber, BB 2015, 2241; Junker/Schmidt-Pfitzner, NZG 2015, 929; Sagan, RDA 2015, 255.

chenprotokollen über Hauptversammlungsbeschlüsse. Ferner steigert der Gesetzgeber die Transparenz der Struktur der Aktionäre und schafft größere Flexibilität bei der Finanzierung der AG. Gerade Letzteres ist aus Sicht der Praxis besonders zu begrüßen. Die Praxis sollte nun auch von den erweiterten Möglichkeiten Gebrauch machen. Durch die Flexibilisierung im Bereich der stimmrechtslosen Vorzugsaktien wird die AG ein kleines bisschen tauglicher für den Einsatz als Familien-Gesellschaft, auch wenn die AG in diesem Einsatzbereich im Regelfall weiterhin auf Zurückhaltung stoßen wird.

Die notarielle Praxis wird ihre bisherigen Mustersatzungen von AG vor allem in folgender Hinsicht überprüfen und gegebenenfalls anpassen müssen:

- Regelungen zum Ausschluss der Verbriefung bei Verwendung von Inhaberaktien, § 10 AktG,
- Anspruch auf Umwandlung unterschiedlicher Aktientypen, § 24 AktG,
- Weitere Veröffentlichungsblätter in der Satzung neben dem Bundesanzeiger, § 25 AktG,
- Regelungen zur Anzahl der Aufsichtsratsmitglieder,
- Gestaltung von stimmrechtslosen Vorzugsaktien,
- gegebenenfalls Regelungen zur Fälligkeit des Gewinnanspruchs.

Weitere Neuerungen im Aktienrecht sind vor allem durch das Gesetz zur Einführung einer Frauenquote und durch das Gesetz zur Umsetzung der Transparenzrichtlinie – Änderungsrichtlinie zu verzeichnen.

Zur Abzugsfähigkeit von Pflichtteilslasten bei der Erbschaftsteuer

– zugleich Anmerkung zum Urteil des BFH vom 22.7.2015, II R 15/14¹ –

Rechtsanwalt und Steuerberater Dr. Christopher Riedel, LL.M., Düsseldorf

Der Pflichtteil bildet in vielen Erbfällen sowohl unter zivilrechtlichen als auch unter familiären Aspekten einen – für die Betroffenen – recht unangenehmen Streitgegenstand. In erbschaftsteuerrechtlicher Hinsicht scheinen die Vorgaben zur Behandlung sowohl des Pflichtteilsberechtigten als auch des verpflichteten Erben eigentlich klar. Dessen ungeachtet vertrat die Finanzverwaltung (mit dem Segen der Rechtsprechung und der überwiegenden Meinung im Schrifttum) die aus dem Gesetz nicht unmittelbar ableitbare Auffassung, die Pflichtteilslast sei in bestimmten Fällen nicht in voller Höhe, sondern lediglich in reduziertem Umfang bei der Ermittlung der steuerlichen Bemessungsgrundlage zu berücksichtigen. Hier hat der BFH nun durch sein Urteil vom 22.7.2015² für Klarheit gesorgt.

I. Pflichtteil als Nachlassverbindlichkeit

Der Pflichtteil garantiert den nächsten Angehörigen des Erblassers eine bedarfsunabhängige Mindestteilhabe an dessen Vermögen, und zwar sowohl am im Zeitpunkt des Erbfalls tatsächlich vorhandenen (realen) Nachlass (§ 2303 BGB, or-

dentlicher Pflichtteil³) als auch – mit gewissen Einschränkungen – an vor dem Erbfall unentgeltlich weggegebenen Vermögenswerten (fiktiver Nachlass im Sinne von § 2325 BGB, Pflichtteilsergänzungsanspruch⁴). Dass es sich bei Pflichtteilsansprüchen aus der Sicht des damit beschwerten Erben um Nachlassverbindlichkeiten handelt, steht außer Zweifel.

¹ MittBayNot 2016, 274 (in diesem Heft).

² Neben der hier besprochenen Entscheidung verkündete der BFH am selben Tag auch sein – in der Begründung weitgehend gleichlaufendes – Urteil, II R 12/14, ZEV 2015, 661.

³ Staudinger/Olshausen, § 2303 Rdnr. 44; Damrau/Riedel, Praxiskommentar Erbrecht, § 2303 Rdnr. 30.

⁴ Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz/Pawlytta, HB Pflichtteilsrecht, § 7 Rdnr. 1; Damrau/Riedel, Praxiskommentar Erbrecht, § 2325 Rdnr. 30; Staudinger/Olshausen, § 2325 Rdnr. 4.

Dies gilt sowohl unter zivilrechtlichen (§ 1967 BGB)⁵ als auch unter erbschaftsteuerrechtlichen Gesichtspunkten (§ 10 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. Abs. 5 Nr. 2 ErbStG).⁶

Mithin sind Pflichtteilslasten grundsätzlich auch bei der Ermittlung der erbschaftsteuerlichen Bemessungsgrundlage als Nachlassverbindlichkeiten abzugsfähig. Dies stellt § 10 Abs. 5 Nr. 2 ErbStG ausdrücklich klar. Allerdings ist die Pflichtteilslast nicht bereits ab Eintritt des Erbfalls abzugsfähig, sondern vielmehr erst ab dem Zeitpunkt der Geltendmachung des Anspruchs. Diese bildet ein rückwirkendes Ereignis im Sinne von § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO, so dass der mit dem Pflichtteil belastete Erbe im Ergebnis steuerlich so behandelt wird, als habe die Belastung im Zeitpunkt der Steuerentstehung (Erbfall) bereits bestanden.⁷ Im Grundsatz korrespondiert aber die Abzugsfähigkeit der Pflichtteilslast auf Ebene des Erben mit der Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs durch den (jeweiligen) Berechtigten.

Auch hinsichtlich ihrer Bewertung stellt die Pflichtteilslast ein Spiegelbild des tatsächlich geltend gemachten Anspruchs dar. Die Verpflichtung ist stets (nur) mit dem Wert anzusetzen, der auf der Ebene des Pflichtteilsberechtigten der Besteuerung unterliegt.⁸ Dies kann wegen der Ausgestaltung des Pflichtteils als reiner Geldanspruch grundsätzlich nur der entsprechende Geldbetrag sein. Abweichende Vereinbarungen zwischen dem Pflichtteilsberechtigten und dem Pflichtteilschuldner, auf deren Grundlage der Pflichtteilsanspruch durch Sachleistungen befriedigt wird, ändern hieran nichts.⁹ Allerdings führt die Geltendmachung nur eines Teils des zivilrechtlich eigentlich gerechtfertigten Pflichtteilsanspruchs dazu, dass der Erbe auch nur den geltend gemachten (Teil-)Betrag als Verbindlichkeit im Sinne von § 10 Abs. 5 Nr. 2 ErbStG abziehen kann.

II. Einschränkungen der erbschaftsteuerlichen Abzugsfähigkeit von Pflichtteilslasten nach Auffassung der Finanzverwaltung

1. Grundsätzlicher Anwendungsbereich von § 10 Abs. 6 ErbStG

Abweichend von den soeben dargestellten Grundsätzen ging die Finanzverwaltung¹⁰ (und ebenso auch die Rechtsprechung¹¹ und die Literatur¹²) bislang davon aus, dass in bestimmten Fällen ein vollständiger Abzug der den bzw. die Erben treffenden Pflichtteilslasten im Hinblick auf die Regelung des § 10 Abs. 6 Satz 1 (sowie Satz 4 und 5) ErbStG ausgeschlossen sei.

⁵ *Staudinger/Marotke*, § 1967 Rdnr. 30; *Staudinger/Olshausen*, § 2303 Rdnr. 46; *Damrau/Riedel*, Praxiskommentar Erbrecht, § 2303 Rdnr. 29.

⁶ *Daragan/Halaczinsky/Riedel/Uricher*, ErbStG und BewG, § 10 ErbStG Rdnr. 49; *Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz/Griesel/Wälzholz*, HB Pflichtteilsrecht, § 17 Rdnr. 94.

⁷ *Troll/Gebell/Jülicher/Gebel*, ErbStG, § 10 Rdnr. 183.

⁸ *Troll/Gebell/Jülicher/Gebel*, ErbStG, § 10 Rdnr. 184; *Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz/Griesel/Wälzholz*, HB Pflichtteilsrecht, § 17 Rdnr. 98.

⁹ Vgl. BFH, Urteil vom 7.10.1998, II R 52/96, BStBl II 1999, S. 23.

¹⁰ R E 10.10 Abs. 2 Satz 1 ErbStR 2011, früher bereits R 31 Abs. 2 Satz 1 ErbStR 2003.

¹¹ Vgl. FG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 3.6.2004, 4 K 2085/01, DStRE 2004, 1157 m. w. N.

¹² *Troll/Gebell/Jülicher/Gebel*, ErbStG, § 10 Rdnr. 249; *Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz/Griesel/Wälzholz*, HB Pflichtteilsrecht, § 17 Rdnr. 100; *Wälzholz*, ZEV 2009, 435 f.; a. A. *Meincke*, ZEV 2006, 199.

§ 10 Abs. 6 ErbStG begrenzt die Abzugsfähigkeit von Schulden und Lasten, die im wirtschaftlichen Zusammenhang mit Vermögensgegenständen stehen, die nicht oder nur teilweise der Besteuerung nach dem ErbStG unterliegen. Abzugsfähig ist jeweils nur der Teil der Schulden bzw. Lasten, der auf den der Besteuerung unterliegenden Wertanteil der entsprechenden Nachlassgegenstände entfällt.¹³ Die Abzugsbeschränkung zielt insbesondere auf Schulden, die in wirtschaftlichem Zusammenhang mit gegenständlich steuerbefreitem Vermögen stehen, also beispielsweise nach § 13 Abs. 1 Nr. 4a bis c ErbStG steuerfreien Familienheimen oder nach § 13a Abs. 1 i. V. m. § 13b Abs. 4 (oder Abs. 8) ErbStG – teilweise oder sogar ganz – steuerbefreitem Produktivvermögen (vgl. § 10 Abs. 6 Satz 4 ErbStG).¹⁴

In Bezug auf nach § 13a ErbStG begünstigtes Produktivvermögen bedeutete dies, dass die mit solchem begünstigten Vermögen zusammenhängenden Schulden und Lasten nur mit dem Betrag abzugsfähig sind, der dem Verhältnis des nach Anwendung des § 13a ErbStG anzusetzenden Werts dieses Vermögens zu dem Wert vor Anwendung des § 13a ErbStG entspricht. Voraussetzung für das Eingreifen dieser Abzugsbeschränkung ist – wie bereits angesprochen – das Bestehen eines wirtschaftlichen Zusammenhangs zwischen den in Rede stehenden Schulden und dem begünstigten Vermögen. Demzufolge ist eine Anwendung von § 10 Abs. 6 ErbStG von vornherein ausgeschlossen, wenn bzw. soweit sich die abziehenden Schulden auf den Nachlass insgesamt und nicht auf bestimmte Nachlassgegenstände oder eine Gruppe von Nachlassgegenständen beziehen.¹⁵

2. Auslegung des Tatbestandsmerkmals „wirtschaftlicher Zusammenhang“ in Bezug auf Pflichtteilslasten

§ 10 Abs. 6 (insbesondere Satz 4) ErbStG ist nach Ansicht der Verwaltung¹⁶ auch bei der Beurteilung von Pflichtteilslasten anzuwenden, da auch insoweit (stets) ein (anteiliger) wirtschaftlicher Zusammenhang mit etwa vorhandenem privilegiert besteuertem Vermögen gegeben sei.¹⁷

Ein wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen einem (im Erbwege erworbenen) Vermögensgegenstand und (bestimmten) Schulden setzt prinzipiell voraus, dass die in Rede stehenden Verbindlichkeiten unmittelbar auf einen Vorgang zurückzuführen sind, der den (belasteten) Vermögensgegenstand (als solchen) betrifft.¹⁸ Dieser Vorgang kann bereits durch den Erblasser verwirklicht worden sein. Er kann aber auch in dem Vermögenserwerb als solchem bestehen, wenn beispielsweise die in Rede stehende Schuld ohne den Vermögenserwerb gar nicht angefallen wäre,¹⁹ sie aber nach ihrer Entstehung den erworbenen Vermögensgegenstand wirtschaftlich belastet.²⁰ Diese Voraussetzung soll auch bei Erb-

¹³ *Daragan/Halaczinsky/Riedel/Uricher*, ErbStG und BewG, § 10 ErbStG Rdnr. 62; *Troll/Gebell/Jülicher/Gebel*, ErbStG, § 10 Rdnr. 252.

¹⁴ Vgl. *Troll/Gebell/Jülicher/Gebel*, ErbStG, § 10 Rdnr. 252, 262.

¹⁵ *Troll/Gebell/Jülicher/Gebel*, ErbStG, § 10 Rdnr. 262.

¹⁶ R E 10.10 Abs. 2 Satz 2 ErbStR 2011; früher R 31 Abs. 2 Satz 2 ErbStR 2003.

¹⁷ Ebenso *Troll/Gebell/Jülicher/Gebel*, ErbStG, § 10 Rdnr. 249.

¹⁸ BFH, Urteil vom 19.2.1982, III R 108/80, BStBl II 1982, S. 449; BFH, Urteil vom 18.12.1990, VIII R 1/88, BStBl II 1991, S. 911; FG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 3.6.2004, 4 K 2085/01, DStRE 2004, 1157; *Troll/Gebell/Jülicher/Gebel*, ErbStG, § 10 Rdnr. 247 m. w. N.

¹⁹ BFH, Urteil vom 26.3.2002, VI R 26/00, BStBl II 2002, S. 823.

²⁰ FG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 3.6.2004, 4 K 2085/01 DStRE 2004, 1157 unter Hinweis auf BFH, Urteil vom 30.7.1997, II R 9/95, BStBl II 1997, S. 635.

fallschulden bestehen können, sofern diese nicht „allgemeine Nachlassverbindlichkeiten“ darstellen, sondern sich auf bestimmte Nachlassgegenstände beziehen.²¹

In Bezug auf Pflichtteilslasten wurde insofern vertreten, dass diese rechtlich mit der Erbschaft in ihrer Gesamtheit verknüpft seien, da der Erwerb der Erbschaft (in der konkreten Form bzw. im tatsächlichen Umfang) nicht ohne die Belastung mit Pflichtteilsansprüchen denkbar sei. Somit ergebe sich automatisch auch ein wirtschaftlicher Zusammenhang der Pflichtteilslast mit dem Nachlass (als Gesamtheit),²² weshalb gleichzeitig auch ein wirtschaftlicher Zusammenhang mit allen einzelnen Nachlassgegenständen, mit denen der Pflichtteil (anteilig) nicht nur rechtlich, sondern auch wirtschaftlich verknüpft sei, bestehe.²³

Vor diesem Hintergrund sei auch bei der Bestimmung der erbschaftsteuerlichen Bemessungsgrundlage nur derjenige Teil der Pflichtteilslast bereicherungsmindernd zu berücksichtigen, der auf den tatsächlich steuerpflichtigen Nachlass entfiel.²⁴

III. Keine Abzugsbeschränkung hinsichtlich der Pflichtteilslast nach (neuer) Auffassung des BFH

1. Keine Anwendung von § 10 Abs. 6 Satz 4 ErbStG auf Pflichtteilsverbindlichkeiten

Dieser Sichtweise hat der BFH nunmehr mit seinem Urteil vom 22.7.2015 eine eindeutige Absage erteilt. Er folgt in seiner Begründung – ohne dies ausdrücklich in den Entscheidungsgründen auszuführen – zutreffend dem seit vielen Jahren vertretenen Credo, dass die erbschaft- bzw. schenkungsteuerrechtliche Beurteilung des jeweiligen Sachverhalts grundsätzlich den zivilrechtlichen Vorgaben zu folgen hat²⁵ und Ausnahmen von diesem Grundsatz zwingend einer gesetzlichen Rechtfertigung bedürfen.²⁶ Vor dem Hintergrund der zivilrechtlichen Einordnung des Pflichtteilsanspruchs kommt ein (auch anteiliger) wirtschaftlicher Zusammenhang von Pflichtteil und einzelnen Nachlassgegenständen dogmatisch aber nicht in Betracht.

2. Kein wirtschaftlicher Zusammenhang von Pflichtteilsverbindlichkeiten und einzelnen Nachlassgegenständen

Der Pflichtteil besteht gemäß § 2303 BGB in einem Geldanspruch, dessen Höhe der Hälfte des Werts des gesetzlichen Erbteils des Anspruchsberechtigten entspricht.²⁷ Maßgebliche Berechnungsfaktoren sind daher einerseits die gesetzliche

Erbquote und andererseits der auf diese Erbquote entfallende anteilige Wert des Nachlasses. Dieser ist auf der Grundlage der §§ 2311 ff. BGB zu bestimmen, wobei es für die Pflichtteilsberechnung im Ergebnis auf den Wert des Netto-Nachlasses, also die Summe sämtlicher Nachlass-Aktiva abzüglich der (gegenüber dem Pflichtteilsberechtigten abzugsfähigen) Nachlass-Passiva, ankommt. Der Wert einzelner Nachlassgegenstände spielt mithin für die Pflichtteilsberechnung lediglich mittelbar, nicht aber unmittelbar eine Rolle. Hieraus hat der VIII. Senat des BFH bereits im Jahr 1993 zu Recht den Schluss gezogen, dass der Pflichtteilsanspruch nicht in Bezug auf bestimmte Nachlassanteile (zum Beispiel Betriebsvermögen) gegenständlich konkretisiert werden könne.²⁸ In Fortentwicklung dieses Gedankenganges stellt der II. Senat nunmehr fest, „dass der Pflichtteilsanspruch nicht gegenständlich konkretisiert in Bezug auf die zum Nachlass gehörenden aktiven Vermögensgegenstände oder Vermögen ist und es somit an einem wirtschaftlichen Zusammenhang der Pflichtteilslasten mit diesen Vermögensgegenständen oder Vermögen fehlt“.²⁹

Vielmehr handelt es sich beim Pflichtteilsanspruch bzw. bei der spiegelbildlichen Verpflichtung um eine allgemeine Nachlassverbindlichkeit, die zwar gegebenenfalls einen rechtlichen, demgegenüber aber gerade keinen wirtschaftlichen Zusammenhang mit bestimmten aktiven Nachlassgegenständen aufweist. Aus diesem Grund kommt eine Anwendung von § 10 Abs. 6 Satz 4 ErbStG nicht in Betracht, da hier nach dem klaren Gesetzeswortlaut ein rechtlicher Zusammenhang nicht ausreicht, sondern ausdrücklich der wirtschaftliche Zusammenhang gefordert wird.

Der Auffassung des BFH ist uneingeschränkt zuzustimmen. Die bislang allgemein vertretene Ansicht, der Pflichtteil entfalle (rechnerisch) auf bestimmte Gegenstände des Nachlassvermögens und weise daher einen wirtschaftlichen Zusammenhang mit diesen auf, widerspricht nicht nur den zivilrechtlichen Gegebenheiten, vielmehr steht er auch nicht im Einklang mit den steuerrechtlich maßgeblichen Abgrenzungskriterien.

Zivilrechtlich bilden die einzelnen Nachlassgegenstände, und zwar sowohl sämtliche Aktiva als auch die gegenüber dem Pflichtteilsberechtigten abzugsfähigen Verbindlichkeiten, lediglich unselbständige Rechenposten im Rahmen der Pflichtteilsberechnung. Ein Pflichtteilsanspruch an einem bestimmten Nachlassgegenstand existiert nicht. Dies gilt selbst dann, wenn im Hinblick auf lebzeitig erfolgte Zuwendungen des Erblassers Pflichtteilsergänzungsansprüche geltend gemacht werden, da diese nach dem Gesetzeswortlaut nicht isoliert, sondern im Wege der sog. Subtraktionsmethode zu ermitteln sind.³⁰ Vor diesem Hintergrund bestehen bereits erhebliche Zweifel daran, ob der Pflichtteil einen rechtlichen Zusammenhang mit bestimmten Nachlassgegenständen aufweisen kann. Der BFH hat dies ausdrücklich offen gelassen, da für die Anwendung von § 10 Abs. 6 ErbStG der rechtliche Zusammenhang ohnehin nicht entscheidend ist.

Auch ein wirtschaftlicher Zusammenhang von Pflichtteilschulden mit einzelnen Nachlassgegenständen ist ausgeschlossen. Zutreffend hat die Rechtsprechung bereits in der Vergangenheit festgestellt, dass Pflichtteilsverpflichtungen unmittelbares und zwingendes Resultat der pflichtteilsrechtlichen Übergehendung des Anspruchsinhabers sind und daher in

²¹ Troll/Gebel/Jülicher/Gebel, ErbStG, § 10 Rdnr. 249.

²² FG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 3.6.2004, 4 K 2085/01, DStRE 2004, 1157 unter Hinweis auf BFH, Urteil vom 21.7.1972, II R 44/70, BStBl II 1973, S. 3.

²³ FG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 3.6.2004, 4 K 2085/01, DStRE 2004, 1157.

²⁴ Troll/Gebel/Jülicher/Gebel, ErbStG, § 10 Rdnr. 249 m. w. N.; a. A. aber Meincke, ZEV 2006, 199.

²⁵ BFH, Urteil vom 9.12.2009, II R 28/08, DStR 2010, 925; BFH, Urteil vom 25. 11. 2008, II R 38/06, BFH/NV 2009, 772; BFH, Urteil vom 5.12.1990, II R 109/86, BStBl II 1991, S. 181.

²⁶ Vgl. zum Beispiel BFH, Urteil vom 1.7.1992, II R 20/90, DStR 1992, 1317.

²⁷ Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz/J. Mayer, HB Pflichtteilsrecht, § 1 Rdnr. 30; Damrau/Riedel, Praxiskommentar Erbrecht, § 2303 Rdnr. 30.

²⁸ BFH, Urteil vom 2.3.1993, VIII R 47/90, BStBl II 1994, S. 619.

²⁹ Vgl. insoweit auch bereits Meincke, ZEV 2006, 199.

³⁰ Staudinger/Olshausen, § 2325 Rdnr. 83 ff.; Damrau/Riedel, Praxiskommentar Erbrecht, § 2325 Rdnr. 96; Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz/Pawlytta, HB Pflichtteilsrecht, § 7 Rdnr. 137 m. w. N.

einem unmittelbaren – rechtlichen sowie wirtschaftlichen – Zusammenhang mit der konkreten Erbenstellung des Pflichtteilsschuldners stehen.³¹ Hieraus den Schluss zu ziehen, der Pflichtteilsanspruch sei mit jedem einzelnen aktiven und passiven Vermögensgegenstand des Nachlasses unmittelbar verknüpft, überzeugt indes nicht.

Zivilrechtlich betrachtet kann bestenfalls von einer mittelbaren Verknüpfung die Rede sein. Unter steuerrechtlichen Gesichtspunkten erscheint die Annahme eines (anteiligen) unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhangs, zurückhaltend ausgedrückt, willkürlich. Dies gilt umso mehr, als die – rechnerisch ja durchaus plausible – Aufteilung der Pflichtteilslast auf einzelne Nachlassgegenstände gerade nicht der Vorgehensweise entspricht, die für alle anderen (allgemeinen) Nachlassverbindlichkeiten völlig unbestritten ist. Selbst die Finanzverwaltung stellt in R E 10.10 Abs. 2 ErbStR 2011 ausdrücklich klar, dass „bei anderen allgemeinen Nachlassverbindlichkeiten“ kein wirtschaftlicher Zusammenhang mit den einzelnen erworbenen Vermögensgegenständen besteht. Eine Erklärung dafür, warum ausgerechnet der Pflichtteil eine andere Behandlung verdient, sind Verwaltung, Rechtsprechung und Literatur aber stets schuldig geblieben.

3. Keine Rechtfertigung der Abzugsbeschränkung durch den (angeblichen) Gesetzeszweck

Insoweit hilft auch die Argumentation mit dem Gesetzeszweck, der darauf abziele, den unbeschränkten Abzug solcher Schulden, die einen wirtschaftlichen Zusammenhang zu steuerlich privilegierten Nachlassgegenständen aufweisen, zu verhindern, nicht wirklich weiter. Denn dieser – unbestreitbar sinnvolle – Gesetzeszweck setzt, wie der Wortlaut der Vorschrift ja auch bestätigt, zwingend einen wirtschaftlichen Zusammenhang der jeweiligen Schuld mit ganz bestimmten Erwerbsgegenständen voraus. Wäre es dem Gesetzgeber jemals darauf angekommen, sämtliche Nachlassverbindlichkeiten (jeweils einzeln oder auch in Summe) nur mit dem Betrag zum Abzug zuzulassen, der dem Verhältnis des Werts des Aktivnachlasses vor Berücksichtigung irgendwelcher Steuererschonungen zu ihrem Wert nach Berücksichtigung aller in Betracht kommenden Steuerverchonungen entspricht, hätte er dies ausdrücklich anordnen müssen (und sicher auch können). Gerade das ist aber bislang nicht geschehen. Vielmehr beschränkt sich das Gesetz – offenbar bewusst – auf Abzugsbeschränkungen hinsichtlich solcher Schulden, bei denen ein wirtschaftlicher Zusammenhang zu einzelnen (reduziert oder gar nicht besteuerten) Nachlassaktiva besteht.

Hierzu verweist der BFH auf frühere Entscheidungen: diesen zufolge ist ein wirtschaftlicher Zusammenhang von Schulden mit einem Betriebsvermögen im Sinne von § 103 Abs. 1 BewG bzw. Teilen eines solchen (nur) dann anzunehmen, wenn die Entstehung der Verbindlichkeit ursächlich und unmittelbar auf dieses Betriebsvermögen betreffenden Vorgängen beruht,³² also insbesondere dann, wenn die entsprechende Schuld „zum Erwerb, zur Sicherung oder zur Erhaltung des jeweiligen Vermögens eingegangen worden ist.“³³ Einen solchen Zusammenhang der Pflichtteilsschuld mit dem Nachlass insgesamt oder gar mit einzelnen Nachlassgegenständen lehnt der BFH zu Recht ab.

³¹ Vgl. FG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 3.6.2004, 4 K 2085/01, DStRE 2004, 1157, 1158.

³² BFH, Urteil vom 19.2.1982, III R 108/90, BStBl II 1982, S. 449; RFH, Entscheidung vom 14.11.1935, III A 134/34, RStBl 1935, 1465.

³³ BFH, Urteil vom 6.7.2005, II R 34/03, BStBl II 2005, S. 1726.

4. Keine Ungleichbehandlung von Pflichtteils- und anderen nachlassbezogenen Lasten

Schließlich ist dem BFH auch darin zu folgen, dass er eine andere Interpretation von § 10 Abs. 6 ErbStG auch unter Berücksichtigung des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) für kaum zu rechtfertigen hält. Denn warum der Pflichtteilsschuldner erbschaftsteuerlichen Abzugsbeschränkungen unterliegen sollte, während eine Vermächtnislast in Höhe des Pflichtteils unbeschränkt zum Abzug zugelassen würde, ist tatsächlich nicht erkennbar. Vor diesem Hintergrund kann lediglich das gesetzlich vorgeschriebene Abgrenzungsmerkmal des wirtschaftlichen Zusammenhangs eine verfassungsrechtlichen Anforderungen genügende Rechtfertigung für Abzugsbeschränkungen hinsichtlich bestimmter Nachlassverbindlichkeiten begründen. Ist dieses Merkmal nicht erfüllt, sind lediglich zwei Alternativen denkbar: zum einen die (dem aktuellen Gesetzesstand entsprechende) vollständige Abzugsfähigkeit, zum andern (*de lege ferenda*) eine pauschale Schuldverkürzung entsprechend der Wertrelation des Aktivvermögens vor bzw. nach Anwendung etwaiger Steuerbefreiungen und Verschonungsnormen.

IV. Auswirkungen der BFH-Rechtsprechung auf die Abzugsfähigkeit der Pflichtteilslast bei Erwerb anderen (teilweise) steuerbefreiten Vermögens

1. Behandlung von Fällen, in denen eine (teilweise) Steuerbefreiung eingreift

Ausdrücklich betrifft das Urteil lediglich einen Fall, in dem es um die Verschonung von Produktivvermögen ging, also § 10 Abs. 6 Satz 4 ErbStG. Das bedeutet indes nicht, dass die Entscheidungsgründe bzw. die Argumentation des II. Senats nicht auch auf andere Fälle des § 10 Abs. 6 ErbStG anzuwenden sind. Dies gilt insbesondere für § 10 Abs. 6 Satz 5 ErbStG, dessen Wortlaut mit dem von Satz 4 praktisch identisch ist. Eine Kürzung der Pflichtteilslast im Falle des Erwerbs von zu Wohnzwecken vermieteten Immobilien (§ 13c ErbStG) kommt demzufolge also auch nicht (mehr) in Betracht. Das Gleiche gilt für die Berücksichtigung von Pflichtteilslasten, wenn zum Nachlass Gegenstände gehören, die – ganz oder teilweise – den Regelungen des § 13 ErbStG unterliegen.

2. Fälle der beschränkten Erbschaftsteuerpflicht

Fraglich ist aber, wie zukünftig Fälle des § 10 Abs. 6 Satz 2 ErbStG, also der beschränkten Erbschaftsteuerpflicht (§ 2 Abs. 1 Nr. 3, § 19 Abs. 2 ErbStG), zu behandeln sind.

Insoweit regelt das Gesetz, dass, wenn sich die Besteuerung nach dem ErbStG auf einzelne Vermögensgegenstände beschränkt, nur (also ausschließlich) die mit diesen Gegenständen in wirtschaftlichem Zusammenhang stehenden Schulden und Lasten abzugsfähig sind.³⁴ Diese Abzugsbeschränkung ist auch erforderlich, da von vornherein nur die Gegenstände des (aktiven) sog. Inlandsvermögens (§ 121 BewG) der Besteuerung unterliegen und daher ein unbeschränkter Abzug sämtlicher Nachlassverbindlichkeiten die steuerliche Bemessungsgrundlage unangemessen aushöhlen würde. Vor diesem Hintergrund führt die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals des wirtschaftlichen Zusammenhangs im Anwendungsbereich von § 10 Abs. 6 Satz 2 ErbStG nicht etwa zur (vollständigen

³⁴ Daragan/Halaczjnsky/Riedel/Uricher, ErbStG und BewG, § 10 ErbStG Rdnr. 62.

oder teilweisen) Versagung der Abzugsmöglichkeit; vielmehr ist dies für die Berücksichtigung der Schulden konstitutiv.³⁵

Dessen ungeachtet gelten für die Abgrenzung des Bestehens oder Nichtbestehens eines wirtschaftlichen Zusammenhangs auch hier dieselben Kriterien wie im Anwendungsbereich von § 10 Abs. 6 Satz 1 sowie Satz 3 bis 5 ErbStG, wobei die Anforderungen (bisher) teilweise weniger streng ausgelegt werden. Dies gilt insbesondere für Schulden und Lasten, die aus Instandhaltungs- oder Instandsetzungsmaßnahmen resultieren. Hierzu vertritt beispielsweise *Gebel*, dass die Berücksichtigung als Abzugsposten lediglich einen konkreten tatsächlichen Bezug zu Gegenständen des Inlandsvermögens voraussetze, es aber nicht zwingend erforderlich sei, dass sich die in Rede stehende Maßnahme in einer konkreten (im Zeitpunkt des Erbfalls noch vorhandenen) Wertsteigerung des jeweiligen Vermögensgegenstandes niederschlagen habe.³⁶

Bei Lasten, die den Gesamterwerb betreffen, setzt eine anteilige Berücksichtigung aber in jedem Fall voraus, dass ein Teil der Verbindlichkeit bestimmten Gegenständen des Inlandsvermögens konkret und eindeutig zugeordnet werden kann oder dass wenigstens ein klarer Zusammenhang mit dem Erwerb des Inlandsvermögens besteht und eine Aufteilung ohne besondere Schwierigkeiten möglich ist.³⁷ Für Pflichtteilsverbindlichkeiten war insoweit bislang allgemein aner-

kannt, dass diese als insoweit mit dem Inlandsvermögen wirtschaftlich zusammenhängend anzusehen seien, wie sie (wertmäßig) auf das Inlandsvermögen entfielen.³⁸ Zur Begründung wurde angeführt, dass beispielsweise ein testamentarisch eingesetzter Erbe diese Rechtsstellung nicht erlangen könne, ohne dass gleichzeitig der Pflichtteil entstehe.³⁹

Gerade diese Argumentation überzeugt den BFH aber, wie bereits dargestellt, grundsätzlich nicht (mehr) – und das zu Recht. Mithin sprechen die überzeugenderen Argumente dafür, einen wirtschaftlichen Zusammenhang von Pflichtteilslasten mit bestimmten Gegenständen des Inlandsvermögens abzulehnen.

Demzufolge dürfte eine Berücksichtigung von Pflichtteilsbelastungen in Fällen der beschränkten Steuerpflicht nur noch nach Ausübung der Option zur fiktiven unbeschränkten Steuerpflicht (§ 2 Abs. 3 Satz 1 ErbStG) in Betracht kommen. In dieser Situation erübrigt sich dann auch eine – sonst erforderliche – Aufteilung der Pflichtteilslast, da eine Unterscheidung zwischen Inlands- und sonstigem Vermögen bei (auch fiktiver) unbeschränkter Steuerpflicht obsolet ist.

³⁵ *Troll/Gebel/Jülicher/Gebel*, ErbStG, § 10 Rdnr. 254.

³⁶ *Troll/Gebel/Jülicher/Gebel*, ErbStG, § 10 Rdnr. 255.

³⁷ *Troll/Gebel/Jülicher/Gebel*, ErbStG, § 10 Rdnr. 255.

³⁸ BFH, Urteil vom 21.7.1972, III R 44/70, BStBl II 1973, S. 3; ebenso *Rössler/Troll/Eisele*, BewG, § 121 Rdnr. 48; *Mayer/Stißl/Tanck/Bittler/Wälzholz/Griesel/Wälzholz*, HB Pflichtteilsrecht, § 17 Rdnr. 223; *Daragan/Halaczinsky/Riedel/Riedel*, ErbStG und BewG, § 121 BewG Rdnr. 41; vgl. auch H E 4 ErbStH 2011.

³⁹ *Rössler/Troll/Eisele*, BewG, § 121 Rdnr. 48 unter Hinweis auf H E 4 ErbStH 2011.

Die Rückgabe der Bürgschaftsurkunde nach § 632a Abs. 3 und 4 BGB

Von Rechtsanwalt *Holger Schütz*, Berlin

Bei Grundstücksübertragungen mit Bauverpflichtung hat das Bewirken und noch mehr die Rückgewähr der nach dem Gesetz vom Verkäufer zu leistenden Sicherheiten eine nicht unerhebliche Bedeutung. Die Sicherheit gemäß § 632a Abs. 3 Satz 1 BGB soll dabei die Ansprüche des Bestellers aus einer nicht rechtzeitigen oder nicht im Wesentlichen mangelfreien Herstellung wirtschaftlich wahren. Mit dem dieser Sicherheit rechtlich immanenten Schutz des Bestellers korrespondiert stets eine wirtschaftliche Belastung des Unternehmers durch die Sicherheitsleistung. In diesem Spannungsverhältnis ist im Rahmen der notariellen Vertragsgestaltung die materiellrechtliche Sicherheit zeitlich exakt zu gewährleisten, wobei in der Praxis regelmäßig die Art und Weise der Rückgabe einer vom Verkäufer als Sicherheit begebenen Bürgschaftsurkunde im Fokus steht.

A. Einleitung

Bei dem zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer geschlossenen Vertrag über die Errichtung oder den Umbau eines Hauses oder eines vergleichbaren Bauwerks ist der Unternehmer gemäß § 632a Abs. 3 Satz 1 BGB zu einer Sicherheitsleistung zugunsten des Bestellers in Höhe von 5 % des vereinbarten Vergütungsanspruchs für die rechtzeitige Herstellung des Werkes ohne wesentliche Mängel verpflichtet. Eine formularvertragliche Abbedingung dieser Verpflichtung des Unternehmers ist nicht zulässig.¹ Der Unternehmer kann die Sicherheit gemäß § 632a Abs. 4 BGB wahlweise

durch das Zahlungsverprechen eines inländischen Kreditinstituts bzw. Kreditversicherers erbringen.²

B. Beteiligte Rechtsverhältnisse

Der Unternehmer wählt in der Praxis häufig die Bürgschaft eines inländischen Kreditinstituts gemäß § 632a Abs. 4 BGB, welche im Vergleich zu einem Einbehalt des Bestellers gemäß § 632a Abs. 3 Satz 3 BGB die Liquidität des Unternehmers grundsätzlich schont. Stellt der Unternehmer dem Besteller eine Bürgschaft, schließt der Unternehmer mit dem diese Sicherheit unmittelbar an den Besteller leistenden Kreditinstitut

¹ MünchKommBGB/*Busche*, § 632a Rdnr. 26.

² *Palandt/Sprau*, § 632a Rdnr. 21.

einen Avalkreditvertrag. Der Avalkreditvertrag ist auf eine Geschäftsbesorgung des Kreditinstituts für den Unternehmer gerichtet und entfaltet gegenüber dem Besteller keine unmittelbare Wirkung.³ Das auf dem Avalkreditvertrag zwischen dem Kreditinstitut und dem Unternehmer beruhende Schuldverhältnis und das Bürgschaftsverhältnis des Kreditinstituts gegenüber dem Besteller sind rechtlich voneinander sowie jeweils von den weiteren Rechtsverhältnissen in diesem Zusammenhang zu unterscheiden.

I. Das Avalkreditverhältnis

Das Kreditinstitut verbürgt sich auf Grundlage des Avalkreditvertrags gegenüber dem Besteller und ermöglicht dem Unternehmer dadurch eine Erfüllung der diesem gegenüber dem Besteller gemäß § 632a Abs. 3 Satz 1 BGB auferlegten Verpflichtung zur Sicherheitsleistung. Für den Bestand der Sicherheit ist der Unternehmer verpflichtet, dem die Sicherheit leistenden Kreditinstitut ein laufendes Entgelt, die Avalprovision, zu zahlen. Aus diesem Grunde ist der Unternehmer daran interessiert, die Bürgschaftsverpflichtung des Kreditinstituts zeitlich zu begrenzen und sich frühestmöglich von der mit der Sicherheitsleistung korrespondierenden wirtschaftlichen Avalbelastung zu befreien. Die Verpflichtung des Unternehmers zur Zahlung der Avalprovision erlischt in dem Zeitpunkt, in welchem das Kreditinstitut die Bürgschaftsurkunde zurückerhält oder endgültig – insbesondere durch Erlass des Bürgschaftsnehmers – von einer Inanspruchnahme aus der Bürgschaft befreit wird. Eine zeitliche Befristung der Bürgschaft selbst ist mit dem Schutzzweck des § 632a Abs. 3 Satz 1 BGB nicht vereinbar.⁴ Mit einem Entfallen des Sicherungszwecks des § 632a Abs. 3 Satz 1 BGB kann das bürgende Kreditinstitut gemäß § 371 BGB die tatsächliche Rückgabe der Bürgschaftsurkunde verlangen,⁵ wobei die Rückgabe nach der Systematik der §§ 371, 368 BGB von einer Erfüllung des schuldrechtlichen Anspruchs des Bürgen auf Rückgewähr sowie dessen Nachweis zu unterscheiden ist.

II. Das Bürgschaftsverhältnis

Mit der Sicherheitsleistung des Kreditinstituts verbürgt sich dieses zugunsten des Unternehmers unmittelbar gegenüber dem Besteller und hat diesem gemäß dem Wortlaut des § 766 BGB („Erteilung“) eine Bürgschaftsurkunde zu übergeben.⁶ Die Bürgschaft ist gemäß § 767 BGB eine akzessorische Sicherheit, welche vom Bestand der durch § 632a Abs. 3 Satz 1 BGB gesicherten Verbindlichkeiten abhängig ist. Die Bürgschaftsverpflichtung des Kreditinstituts erlischt daher mit einer Erfüllung oder einem anderweitigen Erlöschen der zu sichernden Ansprüche des Bestellers auf eine gemäß §§ 631, 633 BGB mangelfreie (abnahmereife)⁷ sowie rechtzeitige Herstellung des Werks. Die Vereinbarung eines Fertigstellungstermins erfolgt regelmäßig wegen des bestellerseitigen Interesses an einem für den tatsächlichen Bezug und die Finanzierung erforderlichen konkreten Herstellungszeitpunkt.⁸ Mit einer abnahmereifen Herstellung gemäß § 631 Abs. 1, § 633 Abs. 1, § 640 Abs. 1 BGB erlischt der werkvertragliche

Erfüllungsanspruch des Bestellers. Für ein Entfallen des Sicherungszweckes gemäß § 632a Abs. 3 Satz 1 BGB bedarf es zusätzlich einer rechtzeitigen Herstellung der Werkleistung. Eine vorzeitige Beendigung des zwischen dem Unternehmer und dem Besteller bestehenden Vertragsverhältnisses und dessen Rückabwicklung lässt den Sicherungszweck gemäß § 632a Abs. 3 Satz 1 BGB ebenfalls entfallen, da hierdurch die gesicherten Erfüllungsansprüche des Bestellers erlöschen.

Mit einer vertragsgemäßen und rechtzeitigen Erfüllung der Werkleistung durch den Unternehmer entfällt der Sicherungszweck des § 632a Abs. 3 Satz 1 BGB und entsteht zugunsten des bürgenden Kreditinstituts ein Anspruch gegen den Besteller auf Rückgewähr der Bürgschaft, welchen auch der Unternehmer geltend machen kann.⁹ Der Anspruch auf Rückgewähr der Bürgschaft umfasst zugleich den Anspruch auf Rückgabe der Bürgschaftsurkunde, insbesondere soweit der Bestand der Bürgschaft von dieser abhängig ist.¹⁰ Eine Rückgabe ist nach den Bestimmungen der Avalkreditverträge regelmäßig erforderlich und dient der Prozessvorsorge des bürgenden Kreditinstituts, welchem die Darlegungs- und Beweislast für ein Erlöschen der Verpflichtung aus der Bürgschaft obliegt.¹¹ Ungeachtet dessen sind die Rückgewähr der Bürgschaft und die Rückgabe der Bürgschaftsurkunde rechtlich voneinander zu unterscheiden. Eine tatsächliche Rückgabe der Bürgschaftsurkunde berührt weder den Bestand der Bürgschaftsverpflichtung, noch beendet es diese.¹² Allerdings verändert eine Rückgabe der Bürgschaftsurkunde die Beweislast zulasten des Bürgschaftsnehmers, hier des Bestellers. Einer freiwilligen Rückgabe der Bürgschaftsurkunde kann darüber hinaus nach der Rechtsprechung ein Angebot des Bürgschaftsnehmers an den Bürgen auf Erlass der Bürgschaftsverpflichtung immanent sein, welches der Bürge unter Maßgabe des § 151 BGB annehmen kann.¹³ Da der Bürge ein solches Angebot regelmäßig annehmen dürfte, fielen in diesem Fall eine Rückgabe der Bürgschaftsurkunde und eine Rückgewähr der Bürgschaft zeitlich zusammen. Mit einem durch Rückgabe zustande kommenden Erlass der Forderung des Bestellers aus der Bürgschaft gemäß § 397 Abs. 1 BGB ist eine Inanspruchnahme des Kreditinstituts aus der Bürgschaft ausgeschlossen. Andernfalls entstünde erst mit dem Entfallen des Sicherungszweckes des § 632a Abs. 3 Satz 1 BGB ein Anspruch des Kreditinstituts gegen den Besteller gemäß § 371 BGB auf Rückgabe der Bürgschaftsurkunde.¹⁴ Die Erfüllung der Rückgabeverpflichtung kann der Besteller aufgrund einer regelmäßig konkludenten Vereinbarung mit dem Unternehmer an diesen vornehmen.¹⁵ Ist eine Rückgabe der Bürgschaftsurkunde im Einzelfall durch den Besteller nicht möglich, kann das bürgende Kreditinstitut von diesem den Erlass gemäß § 371 Satz 2, § 397 Abs. 2 BGB verlangen.

³ BGH, Urteil vom 3.5.1984, IX ZR 37/83, NJW 1984, 2088.

⁴ Blank, Der Bauträgervertrag, Rdnr. 273; Everts, MittBayNot 2009, 190, 194.

⁵ OLG München, Urteil vom 19.11.1997, 27 U 177/97, NJW-RR 1998, 992.

⁶ OLG Hamburg, Urteil vom 10.10.1985, 6 U 90/85, NJW 1986, 1691; Monreal, DNotZ 2015, 173, 188.

⁷ Palandt/Sprau, § 631 Rdnr. 12.

⁸ BGH, Urteil vom 8.3.2001, VII ZR 470/99, NJW-RR 2001, 806.

⁹ BGH, Urteil vom 9.10.2008, VII ZR 227/07, NJW 2009, 218; BGH, Urteil vom 2.2.1989, IX ZR 182/87, NJW 1989, 1482.

¹⁰ BGH, Urteil vom 9.10.2008, VII ZR 227/07, NJW 2009, 218; BGH, Urteil vom 2.2.1989, IX ZR 182/87, NJW 1989, 1482.

¹¹ BGH, Urteil vom 9.10.2008, VII ZR 227/07, NJW 2009, 218; OLG Hamburg, a. a. O.

¹² KG, Urteil vom 24.4.2009, 9 U 65/08, BeckRS 2011, 00800.

¹³ OLG München, Urteil vom 7.12.2001, 21 U 3830/99, DNotZ 2004, 52; mit Einschränkungen: KG, a. a. O.

¹⁴ BGH, Urteil vom 9.10.2008, VII ZR 227/07, NJW 2009, 218; OLG Düsseldorf, Urteil vom 19.6.2002, 19 U 37/01, NJW-RR 2003, 668; OLG München, Urteil vom 19.11.1997, 27 U 177/97, NJW-RR 1998, 992.

¹⁵ BGH, Urteil vom 9.10.2008, VII ZR 227/07, NJW 2009, 218.

III. Das Werkvertragsverhältnis

Der Besteller ist schuldrechtlich aus der im Zusammenhang mit der Sicherheitsleistung gemäß § 632a Abs. 3 Satz 1 BGB konkludent geschlossenen Sicherungsabrede mit dem Unternehmer¹⁶ auch diesem mit dem Entfallen des Sicherungszwecks zur Rückgewähr der Bürgschaft und zur Rückgabe der Bürgschaftsurkunde verpflichtet. Der Sicherungszweck des § 632a Abs. 2 Satz 1 BGB entfällt mit der rechtzeitigen Herstellung des Werkes ohne wesentliche Mängel. Einer Herstellung ohne wesentliche Mängel soll nach der Gesetzesbegründung eine vorbehaltlose Abnahme durch den Besteller im Sinne des § 640 Abs. 2 BGB gleichstehen.¹⁷

Die Rückgewähr der Bürgschaft bereitet in der Praxis vornehmlich dann Schwierigkeiten, wenn der Besteller betreffend das vom Unternehmer hergestellte Werk keine Abnahme oder eine Abnahme nur unter Vorbehalt wesentlicher Mängel erklärt. In diesen Fällen ist der Sicherungszweck des § 632a Abs. 3 Satz 1 BGB nicht oder zumindest nicht vollständig entfallen, so dass dem Unternehmer kein fälliger Anspruch auf Rückgewähr der Bürgschaft zusteht. Ob dem Unternehmer im Falle einer Abnahme unter Vorbehalt wesentlicher Mängel zumindest ein Anspruch auf teilweise Rückgewähr der Sicherheit zustehen könnte (was derzeit von der Rechtsprechung geklärt sein dürfte¹⁸) und wie eine Teilrückgewähr rechtssicher abzuwickeln ist, soll nicht Inhalt dieser Abhandlung sein.

Nach der Gesetzesbegründung ist für ein Entfallen des Sicherungszwecks des § 632a Abs. 3 BGB die Rechtzeitigkeit der Herstellung und die *Abnahmereife* des hergestellten Werks erforderlich.¹⁹ Eine Auffassung in der Literatur schlussfolgert daraus, dass – vorbehaltlich einer rechtzeitigen Herstellung – eine konkrete Abnahme durch den Besteller entbehrlich sein könnte.²⁰ Die Sicherungswirkung des § 632a Abs. 3 Satz 1 BGB erstreckt sich nach der Gesetzesbegründung allerdings auf „bis zur Abnahme entstandene Ansprüche“²¹ und bezieht bis dahin entstandene Verzögerungsschäden ein.²² Eine Erfüllung werkvertraglicher Leistungspflichten erfordert gemäß § 362 Abs. 1 BGB eine Herbeiführung des Leistungserfolgs,²³ mithin die Herstellung eines abnahmereifen Werks. Einer dies billigenden Erklärung (Abnahme) bedürfte es danach zusätzlich nicht, doch misst die herrschende Auffassung erst der Abnahmeerklärung eine das Erfüllungsstadium des Unternehmers abschließende Zäsurwirkung bei.²⁴ Eine Abnahme des Bestellers ist daher ungeachtet der indifferenten Gesetzesbegründung für ein Entfallen des Sicherungszwecks des § 632a Abs. 3 Satz 1 BGB stets erforderlich. Dabei sichert § 632a Abs. 3 BGB nach der Gesetzesbegründung einschließlich der darin in Bezug genommenen Rechtsprechung auch die bei der Abnahme vorbehaltenen wesentlichen Mängel. Vom Besteller bei der Abnahme nicht vorbehaltene wesentliche Mängel können trotz § 640 Abs. 2 BGB zumindest

Schadensersatzansprüche begründen,²⁵ welche von der Sicherheitsleistung ebenfalls umfasst sind.

Die Abnahme der Werkleistung durch den Besteller gemäß § 640 BGB ist ungeachtet ihrer umstrittenen Rechtsnatur eine zumindest rechtsgeschäftsähnliche Erklärung,²⁶ mit welcher der Besteller das hergestellte Werk als vertragsgemäß billigt und besitzrechtlich übernimmt.²⁷ Eine Abnahme kann auch konkludent erfolgen, wofür es im Einzelfall belastbarer Anhaltspunkte auf Seiten des Bestellers bedarf. Einer nur tatsächlichen Aufnahme der Nutzung des Werks durch den Besteller ist eine konkludente Abnahme nicht ohne Weiteres immanent.²⁸ Eine Abnahme kann ferner durch Ablauf einer angemessenen vom Unternehmer dem Besteller zu setzenden Frist gemäß § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB fingiert werden, wobei für formularvertragliche Einzelheiten dieses Verfahrens § 308 Nr. 5 und § 307 BGB zu beachten sind.

C. Gestaltungsauftrag an den Notar

I. Das Unternehmerinteresse

Der Unternehmer begehrt regelmäßig eine Regelung im Werkvertrag, welche eine Rückgewähr der Sicherheit und eine Rückgabe der die Sicherheit verbriefende Urkunde an den Unternehmer ohne zeitlichen Aufwand und unter Schonung von dessen Liquidität ermöglicht. Andernfalls wäre der Unternehmer im Falle einer verweigerten Abnahme oder eines fristgerechten Widerspruchs des Bestellers im Rahmen von § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB zu einer gerichtlichen Durchsetzung seiner schuldrechtlichen Ansprüche auf Abnahme und Rückgewähr der Bürgschaft gegen den Besteller gezwungen. Eine Durchsetzung dieser Ansprüche wäre für den Unternehmer mit einem erheblichen Aufwand an Zeit und – zumindest zu verauslagenden – Kosten für das Betreiben des Erkenntnis- und gegebenenfalls Vollstreckungsverfahrens einschließlich der Beweisführung verbunden. Dabei wäre die Liquidität des Unternehmers zugleich durch die Avalprovision für die fortbestehende Sicherheitsleistung des Kreditinstituts belastet.

Die Avalbelastung des Unternehmers endet mit einer Rückgabe der Bürgschaftsurkunde an das Kreditinstitut, so dass der Unternehmer vornehmlich eine Regelung zur vereinfachten Rückgabe der Bürgschaftsurkunde begehrt und zugleich bis dahin eine Verschaffung des unmittelbaren Besitzes des Bestellers an der Bürgschaftsurkunde zu verhindern sucht. Anstelle des Bestellers soll die Bürgschaftsurkunde regelmäßig vom beurkundenden Notar verwahrt werden, wovon sich der Unternehmer neben der körperlichen Sicherung der Bürgschaftsurkunde²⁹ insbesondere eine erleichterte Rückgabe der Bürgschaftsurkunde mit dem Entfallen des Sicherungszwecks erhofft. Letzteres bleibt indes nur eine Hoffnung, da die Verwahrung der Sicherheit durch den Notar nur unter bestimmten Voraussetzungen und ausschließlich treuhänderisch für den Besteller erfolgen kann. Die Anforderungen an die Abwicklung eines notariellen Verwahrverhältnisses ermöglichen dem Unternehmer keinen schnellen Zugriff auf die Bürgschaftsurkunde, da diesem Begehren die Rechtsprechung, die dem

¹⁶ BGH, Urteil vom 24.9.1998, IX ZR 371/97, DStR 1998, 1970.

¹⁷ BT-Drucks. 16/511, S. 15.

¹⁸ BGH, Urteil vom 26.3.2015, VII ZR 92/14, DNotZ 2015, 598; bislang *Orthmann*, IBR 2009, 192.

¹⁹ BT-Drucks. 16/511, S. 15.

²⁰ *Basty*, DNotZ 2008, 891, 895; *Everts*, MittBayNot 2009, 190, 194.

²¹ BT-Drucks. 16/511, a. a. O.

²² BT-Drucks. 16/511, a. a. O.; *Everts*, a. a. O., 195; *Monreal*, DNotZ 2015, 173, 182.

²³ *Palandt/Grüneberg*, § 362 Rdnr. 2 f.

²⁴ *Palandt/Sprau*, § 640 Rdnr. 11; *Thode*, ZfBR 1999, 116.

²⁵ BGH, Urteil vom 12.5.1980, VII ZR 228/79, NJW 1980, 1952; *Werner*, Der Bauprozess, Rdnr. 2738; a. A. OLG Schleswig, Urteil vom 18.12.2015, 1 U 125/14, MDR 2016, 327.

²⁶ *MünchKommBGB/Busche*, § 640 BGB Rdnr. 4.

²⁷ *Palandt/Sprau*, § 640 Rdnr. 3.

²⁸ BGH, Urteil vom 20.9.1984, VII ZR 377/83, NJW 1985, 731; a. A. OLG München, Urteil vom 10.11.2015, 9 U 4218/14, BeckRS 2015, 18760 bei zusätzlichen Anhaltspunkten.

²⁹ *Drasdo*, NZBau 2007, 352, 354.

Notar nach § 14 Abs. 1 BNotO obliegende Unparteilichkeit³⁰ und die Amtspflicht des Notars zur ordnungsgemäßen Abwicklung der Verwahrung³¹ Grenzen setzt.

Eine Verwahrung der Bürgschaftsurkunde durch den Notar erfordert zuvorderst eine Verwahrungsanweisung des Bestellers gegenüber dem Notar, wodurch für die Verwahrung der Bürgschaftsurkunde ein vom schuldrechtlichen Vertragsverhältnis zwischen dem Unternehmer und dem Besteller rechtlich unabhängiges öffentlichrechtliches Verwahrungsverhältnis zwischen dem Notar und dem Besteller gemäß § 24 Abs. 1 BNotO begründet wird. Eine Verwahrung der Bürgschaftsurkunde des Bestellers durch den Notar ist zulässig, sofern ein jederzeitiger Zugriff des Bestellers auf die Bürgschaftsurkunde gewährleistet ist, der Notar die Verwahrung ausdrücklich treuhänderisch und unter Weisungsbindung gegenüber dem Besteller übernimmt und die Bürgschaftsurkunde vom Notar jederzeit und ohne Einschränkungen an den Besteller herauszugeben ist.³² Zwar wurden diese Voraussetzungen von der Rechtsprechung für die Zulässigkeit einer Verwahrung der Sicherheit gemäß §§ 7, 2 MaBV und unter Berücksichtigung des Wortlauts von § 7 Abs. 2 Satz 1, § 2 Abs. 4 Satz 3 MaBV („auszuhändigen“) aufgestellt. Bei einer Sicherheitsleistung mittels Bürgschaft gemäß § 632a Abs. 4 BGB besteht aber gleichfalls ein Anspruch des Bürgschaftsnehmers (des Bestellers) gemäß § 766 BGB auf Verschaffung des unmittelbaren Besitzes an der Bürgschaftsurkunde.³³ Eine treuhänderische Verwahrung der Bürgschaftsurkunde durch den Notar kann somit auch im Falle des § 632a Abs. 3 Satz 1 und 4 BGB nur unter den genannten Voraussetzungen der Rechtsprechung zulässig sein. Eine weitere ausdrückliche Bevollmächtigung des verwahrenden Notars zur Entgegennahme der Bürgschaftsurkunde für den Besteller soll der Verwahrungsanweisung dabei immanent und somit entbehrlich sein.³⁴

II. Die Literaturempfehlung

Für die Abwicklung von Rückgewähr (Bürgschaft) und Rückgabe (Bürgschaftsurkunde) bestehen keine ausdrücklichen gesetzlichen Regelungen, so dass im Falle einer Verwahrung der Bürgschaftsurkunde durch den Notar eine rechtssichere Regelung in der notariellen Urkunde zu empfehlen ist. Für eine Rückgabe der Bürgschaftsurkunde wird dem verwahrenden Notar in der Literatur hierzu empfohlen, dass der Unternehmer dem Besteller eine angemessene Frist zu setzen hat, nach deren fruchtlosem Verstreichen der die Bürgschaftsurkunde verwahrende Notar diese an den Unternehmer zurückreichen und im Falle eines Widerspruchs des Bestellers die Bürgschaftsurkunde weiterhin zu verwahren hat. *Basty*³⁵ empfiehlt dem Notar hierzu exemplarisch eine Regelung wie folgt:

„Der Erwerber beauftragt den amtierenden Notar hiermit, das Original der Bürgschaft für ihn zu verwahren. Der Notar wird sie dem Erwerber auf dessen einseitiges Verlangen herausgeben; die Herausgabe ist von keinerlei Einschränkungen abhängig. Die Sicherheit ist an die Bank zurückzugeben, wenn der Sicherungsfall nicht mehr eintreten kann. Der

Veräußerer wird dem Notar mitteilen, wann nach seiner Auffassung die Voraussetzungen für die Rückgabe der Sicherheit vorliegen. Der Notar hat dem Erwerber hiervon Mitteilung an die ihm zuletzt mitgeteilte Anschrift zu geben; sofern dieser der Rückgabe nicht innerhalb von 14 Tagen nach Zugang dieser Mitteilung widerspricht, hat der Notar die Urkunde an die Bank herauszugeben; Veräußerer und Erwerber sind darüber einig, dass der Erwerber nicht mit der Sicherheit in Verzug gerät, wenn die Rückgabe erst nach Abwicklung dieses Verfahrens erfolgt. Im Falle eines Widerspruchs des Erwerbers gegen die Rückgabe der Sicherheit hat der Notar die Urkunde weiter zu verwahren, bis er vom Erwerber zur Herausgabe an ihn oder an die Bank schriftlich aufgefordert wird.“

Die nachstehenden Ausführungen zeigen, dass eine solche oder ähnlich formulierte Regelung potentielle Amtspflichtverletzungen für den verwahrenden Notar und damit Haftungsansprüche des Bestellers gegen den Notar nicht sicher ausschließen können.

D. Regelung zur Rückgabe der Bürgschaftsurkunde

Mit dem Entfallen des materiellrechtlichen Sicherungszwecks von § 632a Abs. 3 Satz 1 BGB entsteht ein Anspruch des Unternehmers gegen den Besteller auf Rückgewähr der Sicherheit einschließlich des Anspruchs auf Rückgabe der Bürgschaftsurkunde. Eine zulässige Regelung zur Rückgabe der Bürgschaftsurkunde aus der notariellen Verwahrung hat die die mit der Sicherheitsleistung verbundenen Rechtsverhältnisse gesondert zu berücksichtigen,³⁶ was insbesondere das Werkvertragsverhältnis zwischen dem Unternehmer und dem Besteller (D. I.) sowie das Verwahrungsverhältnis zwischen dem Besteller und dem die Sicherheit verwahrenden Notar (D. II.) betrifft. Das mit dem die Sicherheit leistenden Kreditinstitut bestehende Avalkreditverhältnis des Unternehmers kann hingegen außen vor bleiben, da das Kreditinstitut an der notariellen Vereinbarung nicht unmittelbar beteiligt ist.

I. Das Werkvertragsverhältnis

Im Verhältnis des Unternehmers zum Besteller besteht im Falle einer Herstellung des Werks ohne wesentliche Mängel, also bei Abnahmereife, ein schuldrechtlicher Anspruch des Unternehmers gemäß § 640 Abs. 1 Satz 1 BGB auf Abnahme. Das Gesetz gewährt dem Unternehmer dabei nach § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB die Möglichkeit, eine Abnahme bereits durch Fristablauf gegenüber dem Besteller herbeizuführen. Für den Eintritt dieser Abnahmefiktion ist ebenfalls die Abnahmereife des hergestellten Werks Voraussetzung.³⁷ Für das Verfahren zur Erreichung der Abnahmefiktion sind gegenüber dem Besteller als Verbraucher insbesondere die Vorgaben von § 305 Nr. 5 BGB zu beachten.³⁸ Diese erfordern einen Hinweis des Unternehmers sowohl im Zusammenhang mit der Fristsetzung selbst, als auch bereits in den zugrundeliegenden vertraglichen Bestimmungen.³⁹ Mit dem Ablauf einer wirksamen Fristsetzung ohne Widerspruch des Bestellers fingiert das Gesetz eine vorbehaltlos erklärte Abnahme des Bestellers, womit im Falle einer zugleich rechtzeitigen Herstellung des Werks die materiellrechtlichen Voraussetzungen für ein Entfallen des Sicherungszweckes gemäß § 632a Abs. 3 Satz 1

³⁰ *Bohnenkamp*, Unparteilichkeit des Notars bei Tätigkeiten nach § 24 Abs. 1 BNotO, S. 266, 338 ff.

³¹ *Hertel* in *Eylmann/Vaasen*, BNotO/BeurkG, § 24 BNotO Rdnr. 10.

³² BGH, Urteil vom 11.1.2007, VII ZR 229/05, DNotZ 2007, 376 (zu § 7 MaBV).

³³ *Basty*, DNotZ 2008, 891, 899; OLG München, Urteil vom 19.11.1997, 27 U 177/97, NJW-RR 1998, 992.

³⁴ *Monreal*, DNotZ 2015, S. 173, 190.

³⁵ *Basty*, Bauträgervertrag, S. 491; *Basty*, DNotZ 2008, 891, 899.

³⁶ KG, a. a. O.

³⁷ MünchKommBGB/*Busche*, § 640 Rdnr. 26.

³⁸ BGH, Urteil vom 10.11.1983, VII ZR 373/82, NJW 1984, 725; Palandt/*Grüneberg*, § 308 Rdnr. 29 f.

³⁹ BAG, Urteil vom 18.3.2009, 10 AZR 281/08, NZA 2009, 601.

BGB grundsätzlich vorliegen könnten. In der Folge bestünde für das bürgende Kreditinstitut und für den Unternehmer ein Anspruch auf Rückgewähr der Bürgschaft sowie Rückgabe der Bürgschaftsurkunde. Verweigert der Besteller aber ausdrücklich eine Abnahme oder wendet dieser wesentliche Mängel des Werks ein, so kommt die Fiktion einer Abnahme als Grundlage für eine Rückgewährpflicht betreffend die Bürgschaft – eine zugleich rechtzeitige Herstellung des Bauwerks hierbei unterstellt – nicht in Betracht.

Eine vorbehaltlose Abnahme des Werks durch den Besteller (bzw. ein widerspruchsfreier Fristablauf gemäß § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB) führt jedoch nicht zwingend zu einem Entfallen des materiellrechtlichen Sicherheitszwecks gemäß § 632a Abs. 3 Satz 1 BGB. Dies gilt insbesondere, sofern vor Eintritt der rechtlichen Wirkungen der Abnahme wesentliche Mängel entstanden sind und diese vom Unternehmer bis zur Abnahme nicht vollständig beseitigt wurden.⁴⁰ Denn die Sicherheit gemäß § 632a Abs. 3 Satz 1 BGB stellt nach der Gesetzesbegründung eine Vertragserfüllungsbürgschaft für sämtliche bis zur Abnahme entstandenen Ansprüche des Bestellers dar.⁴¹ Die abschließende Wirkung der Abnahme betreffend das Erfüllungsstadium des Unternehmers wird insoweit durchbrochen.⁴² Eine vorbehaltlose Abnahme führt auch nicht zum Erlöschen von bis dahin bereits entstandenen Ansprüchen des Bestellers aufgrund einer verzögerten Herstellung.⁴³ § 640 Abs. 2 BGB stellt zudem rechtlich eine Einrede des Unternehmers dar,⁴⁴ so dass die Rechte des Bestellers nicht kraft Gesetzes entfallen können. Umstritten ist ferner, ob die Sicherheit gemäß § 632a Abs. 3 Satz 1 BGB auch bis zur Abnahme entstandene unwesentliche Mängel des Werks umfassen soll, was unter Hinweis auf den Wortlaut der Gesetzesbegründung („die bis zur Abnahme entstandenen Ansprüche“) vertreten wird.⁴⁵ Die von der Gesetzesbegründung dabei in Bezug genommene Entscheidung des OLG Düsseldorf betraf indes den Fall einer auf die Abnahme auflösend bedingten Bürgschaftsverpflichtung, weshalb das OLG Düsseldorf in der Entscheidung zu Recht auf eine Relevanz der Vereinbarungen und Umstände des jeweiligen Einzelfalls hinwies.⁴⁶ Für die Sicherheit gemäß § 632a Abs. 3 Satz 1 BGB scheidet eine befristete Bürgschaftserklärung bereits aus und ließe eine vorbehaltlose Abnahme oder eine zulasten des Bestellers eintretende Abnahmefiktion den Sicherungszweck der Bürgschaft nicht zwingend vollständig entfallen. Für eine Einbeziehung von unwesentlichen Mängeln in den Sicherungszweck gemäß § 632a Abs. 3 Satz 1 BGB lassen sich im Übrigen weder der Entscheidung des OLG Düsseldorf, noch der diese betreffenden Revisionsentscheidung des BGH ein eindeutiger Hinweis entnehmen.⁴⁷ Daher dürfte der Gegenauffassung⁴⁸ der Vorzug zu geben sein, welche darüber hinaus in Einklang mit dem Wortlaut des § 632a Abs. 3 Satz 1 BGB und der Gesetzessys-

tematik steht. Eine Berücksichtigung von unwesentlichen Mängeln durch den die Verwahrung gestaltenden Notar ist daher auch unter Maßgabe der vom Notar stets geforderten rechtssicheren Gestaltung⁴⁹ entbehrlich.

II. Das Verwahrverhältnis

1. Der Notar unterliegt in einem öffentlichrechtlichen Verwahrverhältnis betreffend die Bürgschaftsurkunde ausschließlich den Weisungen des Bestellers,⁵⁰ so dass jede Herausgabe der Bürgschaftsurkunde einer Weisung des Bestellers bedarf. Die von der Rechtsprechung konstituierte Weisungsbindung schließt jede Entscheidungsfreiheit des verwahrenden Notars aus. Dies gilt zumindest so lange, wie das Verwahrverhältnis zwischen dem Notar und dem Besteller besteht. Die von der Rechtsprechung aufgestellte Voraussetzung einer *jederzeitigen Herausgabepflicht* des Notars an den Besteller betreffend die verwahrte Bürgschaftsurkunde⁵¹ besteht nur bis zum Entfallen des materiellrechtlichen Sicherungszwecks. Dies folgt aus dem Zweck der von der Rechtsprechung begründeten Herausgabeverpflichtung des Notars, mit welcher lediglich die Zulässigkeit einer der unmittelbaren Aushändigung (hier: Erteilung) der Bürgschaftsurkunde an den Besteller gleichstehenden treuhänderischen Verwahrung durch den Notar begründet werden soll. Aus dieser Rechtsprechung kann indes keine zwingende Vorgabe an den Notar für die Herausgabe der Bürgschaftsurkunde nach Beendigung des Verwahrverhältnisses abgeleitet werden. Der Besteller ist mit dem Entfallen des materiellrechtlichen Sicherungszwecks zur Rückgabe der Bürgschaftsurkunde an den Unternehmer bzw. das Kreditinstitut verpflichtet.

Das öffentlichrechtliche Verwahrverhältnis ist unabhängig vom Werkvertragsverhältnis der Beteiligten, so dass eine materiellrechtlich wirksame Fiktion der Abnahme und Rechtzeitigkeit der Herstellung nicht unmittelbar in das Verwahrverhältnis mit dem Notar einwirkt. In Vorbereitung einer Rückgabe der Bürgschaftsurkunde mit dem Entfallen des Sicherungszwecks müsste im Verfahren nach § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB neben einer Herbeiführung der Abnahme mittels Fristablauf die Fristsetzung zugleich auch die Rechtzeitigkeit der Herstellung des Werks zum Gegenstand haben.⁵² Die erforderliche Rechtzeitigkeit der Herstellung dürfte in der Empfehlung von *Basty* noch berücksichtigt sein, vorausgesetzt die in dessen Empfehlung enthaltene Fristsetzung zielt überhaupt auf eine materiellrechtliche Wirkung ab. Eine fingierte Herbeiführung der Rechtzeitigkeit der Herstellung mittels Fristablauf dürfte unter denselben Vorgaben wie eine durch Fristablauf fingierte Abnahme im Rahmen der § 308 Nr. 5, § 307 Abs. 2 BGB zulässig sein. Denn dem Besteller würden betreffend die zeitliche Herstellungspflicht keine im Vergleich zur Abnahmefiktion betreffend die gegenständliche Herstellungspflicht selbst hinausgehende Rechtsnachteile auferlegt. Soweit die in der Empfehlung von *Basty* enthaltene Regelung einer Herbeiführung materiellrechtlicher Wirkungen dienen sollte, würden diese aber einer gerichtlichen Klauselkontrolle nicht standhalten. Einer wirksamen Fristsetzung würden bereits die Vorgaben des § 308 Nr. 5 BGB entgegenstehen und ein etwaig beabsichtigter paralleler Fristlauf zur Herbeiführung von Abnahme und Rechtzeitigkeit in dieser

⁴⁰ BGH, Urteil vom 24.9.1998, IX ZR 371/97, NJW 1999, 55; *Kniffka*, *ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht*, § 632a, BGB Rdnr. 141 f. BGB; *Basty*, a. a. O., S. 896; *Everts*, a. a. O., S. 194.

⁴¹ BT-Drucks. 16/511, S. 15.

⁴² BGH, Urteil vom 24.10.1996, VII ZR 98/94, NJW-RR 1997, 339.

⁴³ *Palandt/Grüneberg*, § 286, Rdnr. 42; BT-Drucks. 16/511, a. a. O., *Everts*, a. a. O., S. 195; *Monreal*, a. a. O., S. 182.

⁴⁴ *MünchKommBGB/Busche*, § 640 Rdnr. 35.

⁴⁵ *Von Rintelen*, a. a. O., Rdnr. 80; *Basty*, a. a. O., S. 895; a. A. *Blank*, *Bauträgervertrag*, Rdnr. 221.

⁴⁶ OLG Düsseldorf, Urteil vom 10.10.1997, I-22 U 69/97, BeckRS 1997, 09066.

⁴⁷ BGH, Urteil vom 24.9.1998, IX ZR 371/97, NJW 1999, 55; a. A. *Basty*, a. a. O., S. 896.

⁴⁸ *Blank*, a. a. O.

⁴⁹ BGH, Urteil vom 16.10.2008, ZR III 15/08, NJW 2009, 71.

⁵⁰ BGH, Urteil vom 27.9.2007, III ZR 278/06, BeckRS 2007, 16635.

⁵¹ BGH, Urteil vom 11.1.2007, VII ZR 229/05, DNotZ 2007, 376 (zu § 7 MaBV).

⁵² *Everts*, a. a. O., S. 195.

Regelung gemäß § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB intransparent sein. Sofern die von *Basty* empfohlene Fristsetzung hingegen allein eine Herausgabe der Bürgschaftsurkunde aus der öffentlich-rechtlichen Verwahrung durch den Notar ermöglichen sollte, wäre eine solche nicht bereits nach §§ 307 ff. BGB ausgeschlossen, da diese Vorschriften insoweit keine Anwendung finden.⁵³ Aber auch die Zulässigkeit einer Substituierung der Weisung des Bestellers gegenüber dem Notar mittels Fristablauf unterstellt, würde diese bereits mit fristgerechtem Widerspruch des Bestellers keine Rückgabe der Bürgschaftsurkunde an den Unternehmer ermöglichen. Daneben unterläge der verwahrende Notar bei jeder Herausgabe einer Bürgschaftsurkunde nach Fristablauf einem Haftungsrisiko, dass der Sicherungszweck materiellrechtlich gar nicht entfallen und der Besteller die Frist mangels Zugang oder anderweitig unverschuldet versäumt haben könnte. Eine dieses Abwicklungsszenario nicht sicher ausschließende Regelung kann mit der treuhänderischen Verwahrung des Notars für den Besteller nicht vereinbar sein. Zudem dürfte die Substituierung einer Weisung des Bestellers an den Notar mittels Fristablauf zugunsten des am Verwahrverhältnis gar nicht beteiligten Unternehmers den vom Notar gegenüber dem Besteller zu wahren Amtspflichten widersprechen. Sollte die Fristsetzung in der Empfehlung von *Basty* materiellrechtliche und zugleich verwahrungsrechtliche Wirkung entfalten, wäre zu berücksichtigen, dass die Rechtsprechung im Falle eines insoweit parallelen Fristablaufs eine Prüfung der verwahrungsrechtlichen Regelungen entsprechend §§ 307 ff. BGB nicht ausschließt.⁵⁴ Letztlich wären somit durch eine Empfehlung wie von *Basty* für den Notar keine der im Rahmen einer notariellen Verwahrung der Sicherheit gemäß § 632a Abs. 3 Satz 1 BGB gegenständlichen Rechtswirkungen allein durch Fristablauf rechtsicher erreichbar.

2. Ohne abweichende Regelung zur Abwicklung des Verwahrverhältnisses kann eine Rückgabe der Bürgschaftsurkunde vom verwahrenden Notar trotz Entfallen des materiellrechtlichen Sicherungszwecks ausschließlich an den Besteller erfolgen. Allein mit diesem besteht das notarielle Verwahrverhältnis, so dass eine abweichende Herausgeberichtung bei Beendigung der Verwahrung eine Weisung des Bestellers erfordert. Fraglich ist, ob dem die Bürgschaftsurkunde verwahrenden Notar auch ohne eine Weisung des Bestellers zumindest bei Beendigung des Verwahrverhältnisses eine Herausgabe der Bürgschaftsurkunde an den Unternehmer bei Wahrung der dem Notar obliegenden Pflichten möglich sein kann. Dies wäre der Fall, wenn im Zeitpunkt der Beendigung des Verwahrverhältnisses zugleich der Sicherungszweck des § 632a Abs. 3 Satz 1 BGB vollständig entfallen wäre. Vorbehaltlich eines hinreichenden Nachweises dessen gegenüber dem verwahrenden Notar vermöchte die materiellrechtliche Wirkung allein den Notar nicht zu einer abweichenden Herausgabe der Bürgschaftsurkunde aus dem hiervon unabhängigen Verwahrverhältnis zu berechtigen.⁵⁵ Das Weisungserfordernis des Bestellers würde durch das materiellrechtliche Entfallen des Sicherungszwecks auch nicht wie in den Fällen eines nachgeschalteten oder mehrseitigen Verwahrverhältnisses gegebenenfalls gegenstandslos, da es sich im Falle des § 632a Abs. 3 und 4 BGB nach der Rechtsprechung um ein einseitiges Verwahrverhältnis mit dem Besteller handelt.⁵⁶

Einer rechtlichen Beteiligung des Unternehmers an der Verwahrung steht das materiellrechtliche Erfordernis der Verschaffung des unmittelbaren Alleinbesitzes des Bestellers an der Bürgschaftsurkunde entgegen.⁵⁷

Dem Notar steht die Annahme einer treuhänderischen Verwahrung der Bürgschaftsurkunde gemäß § 24 Abs. 1 BNotO frei. Aufgrund einer fehlenden Verpflichtung des Notars zur Verwahrung ist der Notar als Minus zu einer Ablehnung der Verwahrweisung zu einer inhaltlichen Ausgestaltung bzw. Einschränkung der Verwahrweisung gegenüber dem Besteller berechtigt.⁵⁸ Dies gilt auch für die Beendigung und Abwicklung der Verwahrung selbst.⁵⁹ Die Beendigung des Verwahrverhältnisses könnte daher mit den schuldrechtlichen Voraussetzungen zur Rückgewähr der Bürgschaft zwischen den Beteiligten in Einklang gebracht werden. Eine solche Synchronisierung würde durch eine Befristung der notariellen Verwahrung der Bürgschaftsurkunde auf den Zeitpunkt des Entfallens des materiellrechtlichen Sicherungszwecks ermöglicht. Dem öffentlichrechtlichen Charakter der notariellen Verwahrung ist eine Befristung nicht fremd, was § 54a Abs. 2 Ziffer 2 BeurkG zeigt. Eine solche Befristung würde auch dem Sicherungszweck des § 632a Abs. 3 Satz 1 BGB nicht zuwiderlaufen, da die materiellrechtliche Sicherheitsleistung zugunsten des Bestellers hierdurch nicht verkürzt würde.⁶⁰ Neben einer Befristung des Verwahrverhältnisses auf den materiellrechtlichen Sicherungszweck wäre zugleich eine Regelung zur Änderung der Herausgeberichtung der Bürgschaftsurkunde bei Beendigung der Verwahrung erforderlich. Ob der verwahrende Notar unter bestimmten Voraussetzungen eine Rückgabe der Bürgschaftsurkunde mit Beendigung der Verwahrung unmittelbar an den Unternehmer rechtssicher vornehmen kann, ist von der Rechtsnatur der notariellen Verwahrung gemäß § 24 Abs. 1 BNotO abhängig. Bei einer Verwahrung von Geld gemäß § 23 BNotO handelt es sich um eine Amtstätigkeit des Notars, so dass kein öffentlichrechtliches Verwahrverhältnis gemäß §§ 688 ff. BGB analog besteht.⁶¹ Eine Übernahme der Verwahrung von anderen Gegenständen gemäß § 24 BNotO selbst stellt aufgrund einer fehlenden öffentlichrechtlichen Verpflichtung des Notars sowie eines fehlenden hoheitlichen Interesses jeweils betreffend diese Verwahrung keine Amtspflicht dar.⁶² Die Rechtsprechung ordnet das Rechtsverhältnis zwischen dem Besteller und dem die Sicherheit verwahrenden Notar daher als Verwahrung gemäß §§ 688 ff. BGB analog ein, kraft dessen dem Besteller ein Rückgabeanspruch gegen den Notar gemäß § 695 BGB analog zusteht.⁶³ Diese Betrachtung folgt dem ursprünglich privatrechtlichen Charakter der notariellen Betreuungstätigkeit, welcher durch Einführung des § 24 BNotO nicht verändert wurde.⁶⁴ Das öffentlichrechtliche Verwahrverhältnis mit dem Notar betreffend die Sicherheit besteht bis zu dem jederzeit möglichen Rückgabeverlangen des Bestellers fort. In der zivilrechtlichen Literatur wird die Vorschrift des § 695 BGB mit Ausnahme des Rechts zur jederzeitigen Rückgabe während der Verwahrzeit als im Übrigen abdingbar

⁵⁷ Palandt/Sprau, § 766 Rdnr. 4.

⁵⁸ KG, Urteil vom 24.4.2009, 9 U 65/08, BeckRS 2011, 00800.

⁵⁹ KG, a. a. O.

⁶⁰ Everts, a. a. O., S. 190, 194.

⁶¹ Zimmermann, DNotZ 1980, 451.

⁶² MünchKommBGB/Henssler, § 688 Rdnr. 59.

⁶³ BGH, Urteil vom 11.1.2007, VII ZR 229/05, DNotZ 2007, 376; BGH, Urteil vom 19.3.1998, IX ZR 242/97, DNotZ 1999, 126; Blank, a. a. O., Rdnr. 242.

⁶⁴ BGH, Urteil vom 19.3.1998, IX ZR 242/97, DNotZ 1999, 126.

⁵³ OLG Köln, Urteil vom 26.4.2002, 2 Wx 6/02, RNotZ 2002, 238, 239; Litzenburger, RNotZ 2002, 51.

⁵⁴ BGH, Urteil vom 1.10.2015, V ZB 171/14, DNotZ 2016, 151; BGH, Urteil vom 7.6.2001, VII ZR 420/00, DNotZ 2002, 41.

⁵⁵ BGH, Urteil vom 18.11.1999, IX ZR 153/98, DNotZ 2000, 365.

⁵⁶ BGH, Urteil vom 11.1.2007, VII ZR 229/05, DNotZ 2007, 376.

angesehen,⁶⁵ so dass § 695 BGB analog der Vereinbarung einer abweichenden Herausgeberichtung bei Beendigung des Verwahrverhältnisses nicht entgegenstehen dürfte. Nach der zivilrechtlichen Literatur soll die verwahrende Person nach Beendigung der Verwahrung insbesondere zu einer Herausgabe des Verwahrguts an einen Dritten berechtigt sein, sofern dem Dritten das Eigentum am Verwahrgut und dem Besteller gegenüber diesem Dritten kein Recht zum Besitz insoweit zusteht.⁶⁶ Das Besitzrecht des Bestellers betreffend eine Bürgschaftsurkunde gemäß § 632a Abs. 3 und 4 BGB erlischt mit dem Entfallen des materiellrechtlichen Sicherungszwecks. Unter Berücksichtigung einer entsprechenden Anwendbarkeit des § 695 BGB auf das öffentlichrechtliche Verwahrverhältnis und einer wie vorstehend regelbaren Herausgeberichtung der Bürgschaftsurkunde bei Beendigung des Verwahrverhältnisses, dürfte eine Verwahrungsanweisung betreffend die Herausgabe der Bürgschaftsurkunde bei Beendigung des Verwahrverhältnisses an den Unternehmer auch unter Berücksichtigung der vom Notar zu wählenden Unparteilichkeit⁶⁷ grundsätzlich zulässig sein.

Mit der Beendigung des Verwahrverhältnisses ist dieses vom Notar abzuwickeln, wobei der Notar zu diesem Zeitpunkt nicht mehr an die Weisungen des Bestellers gebunden sein muss. Eine abweichende Bestimmung der Herausgeberichtung ausschließlich für diesen Zeitpunkt dürfte unter Berücksichtigung des Sicherheits- und Verwahrzweckes zulässig regelbar sein. Soweit dem Besteller zu diesem Zeitpunkt materiellrechtlich kein Recht zum Besitz an der Bürgschaftsurkunde mehr zustehen sollte, wäre eine Herausgabe dieser an den Unternehmer oder das bürgende Kreditinstitut für den verwahrenden Notar zulässig. Das fehlende Besitzrecht des Bestellers aufgrund Entfallens des Sicherungszwecks wäre dem verwahrenden Notar jedoch vom Unternehmer nachzuweisen, da der Notar zu keiner Entscheidung der materiellrechtlichen Rechtslage zwischen den Beteiligten befugt ist.⁶⁸ Erbringt der Unternehmer keinen hinreichenden Nachweis über ein Entfallen des Sicherungszwecks, besteht das Verwahrverhältnis mit dem Besteller betreffend die Bürgschaftsurkunde fort.

Es bleibt festzuhalten, dass sowohl die Laufzeit der treuhänderischen Verwahrung durch den Notar, als auch die Herausgeberichtung der Bürgschaftsurkunde bei Beendigung des Verwahrverhältnisses grundsätzlich mit dem materiellrechtlichen Verhältnis der Beteiligten synchronisiert werden könnte.

E. Nachweislast für die Voraussetzungen der Rückgabe

Die schuldrechtliche Rechtslage zwischen dem Unternehmer und dem Besteller wirkt nicht unmittelbar in das mit dem Notar bestehende Verwahrverhältnis des Bestellers ein, weshalb für eine Synchronisierung dieser Rechtsverhältnisse eine inhaltliche Bezugnahme in der Verwahrungsanweisung auf den materiellrechtlichen Sicherungszweck des § 632a Abs. 3 Satz 1 BGB erforderlich wäre. Mit dem Entfallen des Sicherungszwecks würde dann zugleich das Verwahrverhältnis betreffend die Bürgschaftsurkunde beendet. Dem Notar ist aufgrund seiner Unparteilichkeit gegenüber den Beteiligten eine Entscheidung über die materiellrechtlichen Voraussetzungen

für ein Entfallen des Sicherungszwecks untersagt. Zugleich obliegt dem Notar gegenüber dem Besteller eine Amtspflicht, die Verwahrung der Bürgschaftsurkunde ordnungsgemäß abzuwickeln.⁶⁹ Eine amtspflichtgemäße Abwicklung des Verwahrverhältnisses bedürfte somit im Rahmen der Synchronisierung einer wirksamen Regelung des Zeitpunkts, der Herausgeberichtung der Bürgschaftsurkunde und des Nachweises zum Entfallen des materiellrechtlichen Sicherungszwecks. Die Nachweislast kann dabei nur dem Unternehmer auferlegt werden. Erst mit der Nachweisführung wäre der verwahrende Notar bei einer Herausgabe der Bürgschaftsurkunde auch für den Fall einer abweichenden Auffassung des Bestellers insoweit von einer Amtspflichtverletzung befreit.

Für die Nachweisführung des Unternehmers ist voranzustellen, dass eine einfache und ungeprüfte Behauptung des Unternehmers betreffend die rechtzeitige und abnahmereife Herstellung des Werks bereits aufgrund der vom Notar zu wählenden Interessen des Bestellers in keiner Weise für eine Herausgabe der Bürgschaftsurkunde ausreichend sein kann. Die Empfehlung von *Basty* beruht indes ausschließlich auf dieser subjektiven Einschätzung des Unternehmers. Ein Entfallen des materiellrechtlichen Sicherungszwecks ist dem verwahrenden Notar in dieser Empfehlung weder glaubhaft zu machen, noch nachzuweisen. Der verwahrende Notar müsste nach dieser Empfehlung die Bürgschaftsurkunde auch an den Unternehmer herausgeben, wenn dieser willkürlich eine rechtzeitige und abnahmereife Herstellung des Werks behauptet und der Besteller zugleich ohne Verschulden nicht fristgerecht reagieren sollte. Einer solchen Gestaltung stehen die Anforderungen der Rechtsprechung an eine zulässige Verwahrung der Bürgschaft durch den Notar („*jederzeitige und ausschließliche Herausgabe an den Besteller*“) sowie die im Rahmen einer treuhänderischen Verwahrung bestehenden Amtspflichten des Notars entgegen. Darüber hinaus widerspricht eine solche Gestaltung der gesetzlich gebotenen Unparteilichkeit des Notars, welcher dieser auch bei einseitigen Verwahrverhältnissen unterliegt.⁷⁰

Der Unternehmer hätte dem verwahrenden Notar im Rahmen der Synchronisierung das Entfallen des Sicherungszwecks gemäß § 632a Abs. 3 Satz 1 BGB durch ein anerkanntes Beweismittel nachzuweisen. Die Verwahrung einer Bürgschaftsurkunde durch den Notar gemäß § 24 Abs. 1 Satz 1 BNotO erfolgt auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege,⁷¹ in dessen Anwendungsbereich keine Beweismittelstrenge besteht. Ein beidseitig unterzeichnetes Abnahmeprotokoll liegt in den relevanten Praxisfällen, auf welche eine notarielle Regelung zur Rückgabe der Bürgschaftsurkunde regelmäßig abzielt, allerdings nicht vor. Zudem würde auch ein beidseitig von Unternehmer und Besteller unterzeichnetes Abnahmeprotokoll dem verwahrenden Notar keine Gewissheit über ein Nichtbestehen von wesentlichen Mängeln verschaffen. Zwar obliegt dem Besteller für die bei der Abnahme nicht vorbehaltenen Mängel gemäß § 363 BGB die Beweislast,⁷² doch ist eine Beweisführung über den Bestand wesentlicher Mängel trotz eines unterlassenen Vorbehalts bei der Abnahme dadurch rechtlich nicht ausgeschlossen. Daneben bedürfte es im Falle von vor der Abnahme entstandenen wesentlichen Män-

⁶⁵ MünchKommBGB/Henssler, § 695 Rdnr. 2.

⁶⁶ BeckOK-BGB/Gehrlein, § 695 Rdnr. 1; MünchKommBGB/Henssler, § 695 Rdnr. 9.

⁶⁷ BGH, Urteil vom 24.11.2014, NotSt (Brfg) 1/14, DNotZ 2015, 461.

⁶⁸ BGH, Urteil vom 1.10.2015, V ZB 171/14, DNotZ 2016, 151.

⁶⁹ BGH, Urteil vom 5.11.1992, IX ZR 260/91, DNotZ 1993, 459.

⁷⁰ Frenz in Eylmann/Vaasen, a. a. O., § 14 BNotO, Rdnr. 7; Bohnenkamp, a. a. O.

⁷¹ Sandkühler in Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, § 24 Rdnr. 2. Hertel in Eylmann/Vaasen, a. a. O., § 24 BNotO Rdnr. 45, Reithmann in Schippell/Bracker, § 24 Rdnr. 2.

⁷² BGH, Urteil vom 12.6.2013, XII ZR 50/12, NJW-RR 2013, 1232.

geln eines ergänzenden Nachweises des Unternehmers betreffend eine Beseitigung dieser und somit eines zusätzlichen Mangelbeseitigungsprotokolls oder einer vergleichbar einvernehmlichen Erklärung der Beteiligten. Eine vorbehaltlose Abnahme verschafft dem verwahrenden Notar somit keine belastbare Gewissheit über ein Entfallen des materiellrechtlichen Sicherungszwecks gemäß § 632a Abs. 3 Satz 1 BGB. Aufgrund einer nicht ausschließbaren Entstehung von Mängeln bereits vor der Abnahme und dem Erfordernis einer vollständigen Beseitigung dieser durch den Unternehmer sowie einem auch trotz fehlenden Vorbehalts bei der Abnahme nicht ausgeschlossenen Vorhandensein wesentlicher Mängel, besteht für den verwahrenden Notar eine nicht mehr überschaubare und für eine amtspflichtgerechte Herausgabe der Bürgschaftsurkunde nicht mehr sicher beherrschbare Situation. Die Herbeiführung einer vorbehaltlosen Abnahme sowie einer Rechtzeitigkeit der Herstellung durch einen fruchtlosen Fristablauf gemäß § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB verschafft dem verwahrenden Notar keine Gewissheit über ein materiellrechtliches Entfallen des Sicherungszwecks. Empfehlungen an den Notar unter Bezugnahme auf den Nachweis einer vorbehaltlosen Abnahme durch den Besteller oder einem unter Einbeziehung des verwahrenden Notars herbeigeführten Fristablauf gemäß § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB stellen für den Notar damit keine rechtssichere Gestaltung dar. Vielmehr enthalten solche Regelungen für den verwahrenden Notar Haftungsrisiken im Falle einer vorzeitigen Rückgabe der Bürgschaftsurkunde an den Unternehmer und zugleich vorzeitigen Aufgabe der Sicherheit des Bestellers. Aus diesen Gründen und unter Berücksichtigung der treuhänderischen Verwahrung des Notars ausschließlich für den Besteller wäre der Unternehmer mit einer über die protokollierte oder fingierte Abnahme hinausgehenden Nachweisführung zu belasten. Für die Nachweisführung betreffend die Herstellungspflicht mit Wirkung zugleich für das Verwahrungsverhältnis lässt die Rechtsprechung die Erklärung eines neutralen öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen genügen.⁷³ Ungeachtet des rechtlich zulässigen Nachweisverfahrens eignet sich für eine sichere und zügige Abwicklung des Verwahrungsverhältnisses praktisch nur der urkundliche Nachweis einer sachverständigen Person, aus dem sich für den verwahrenden Notar die Voraussetzungen für ein Entfallen des Sicherungszwecks zweifelsfrei ergeben müssten. Eine zugleich die materiellrechtlichen Wirkungen der Abnahme herbeiführende sachverständige Erklärung steht dem Unternehmer nach Aufhebung der Vorschrift zur Fertigstellungsbescheinigung (§ 641a BGB a. F.) nicht zur Verfügung.⁷⁴ Die weiteren kraft Gesetzes bestehenden Möglichkeiten insbesondere zum Nachweis des Nichtbestehens wesentlicher Mängel des hergestellten Werks eignen sich Anbetracht der einseitig treuhänderischen Verwahrung des Notars ebenfalls nicht als Grundlage für eine Beendigung des Verwahrungsverhältnisses und eine Herausgabe der Bürgschaftsurkunde an den Unternehmer. Letztlich würde auch eine rechtskräftige Verurteilung des Bestellers zur Rückgabe der Bürgschaftsurkunde an den Unternehmer die im Verwahrungsverhältnis gegenüber dem Notar erforderliche Weisung des Bestellers nicht unmittelbar ersetzen können, sondern bedürfte es letztlich einer vollstreckungsrechtlichen Erzwingung dessen. Somit besteht für den Unternehmer letztlich bei einer notariellen Verwahrung kein Vorteil gegenüber einer unmittelbaren Bürgschaftserteilung an den Besteller und einer gegebenenfalls gerichtlich gegen diesen durchzusetzenden Rückgabe bzw. Erlasserkklärung.

⁷³ BGH, Urteil vom 10.7.2008, III ZR 292/07, DNotZ 2009, 45; KG, a. a. O.

⁷⁴ BT-Drucks. 16/511, S. 16.

Der verwahrende Notar hat die Bürgschaftsurkunde ohne weitere Regelungen bis zum Entfallen des Sicherungszweckes gemäß § 632a Abs. 3 Satz 1 BGB für den Besteller zu verwahren. Jede Herausgabe der Bürgschaftsurkunde an eine andere Person als den Besteller bedarf einer Weisung des Bestellers und würde ohne diese eine Amtspflichtverletzung des verwahrenden Notars begründen.⁷⁵ Aus diesen Gründen kann eine wie von *Basty* formulierte Regelung keine Empfehlung erhalten. Diese Formulierung berücksichtigt bereits nicht die rechtliche Unterscheidung⁷⁶ zwischen Herbeiführung der schuldrechtlichen Abnahme im Werkvertragsverhältnis mittels Fristsetzung sowie der uneingeschränkten Weisungsbindung des Notars betreffend die Herausgabe der Bürgschaftsurkunde aus dessen Verwahrung. In der von *Basty* empfohlenen Regelung wird dem insoweit bedeutsamen Sicherungszweck des § 632a Abs. 3 Satz 1 BGB lediglich ein einleitender Programmsatz gewidmet, dessen Entfallen für die notarielle Abwicklung und die Rückgabe der Bürgschaftsurkunde indes weder die Nachweispflicht des Unternehmers betreffend die materiellrechtlichen Voraussetzungen, noch überhaupt berücksichtigt. Zwar sind die beteiligten Rechtsverhältnisse rechtlich voneinander unabhängig, doch ermöglicht diese Abstraktion dem Notar gerade eine Rückgabe ausschließlich an den Besteller. Eine Rückgabe an den Unternehmer kann hingegen nur unter kumulativer Berücksichtigung des materiellrechtlichen Sicherungszwecks erfolgen. Eine Synchronisierung von notarieller Verwahrweisung und materiellrechtlicher Sicherheitsleistung enthält die Empfehlung von *Basty* jedoch nicht. Da eine Weisung des Bestellers mit Wirkung gegenüber dem verwahrenden Notar auch nicht im Wege eines separaten bzw. des dem Unternehmer nach § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB zulässigen Fristablaufs ersetzt werden kann, disqualifiziert sich eine die beteiligten Rechtsverhältnisse insoweit nicht konsequent trennende Empfehlung selbst.

F. Fazit

Es bleibt zusammenzufassen, dass eine Synchronisierung der Verwahrungsanweisung mit dem materiellrechtlichen Sicherungszweck des § 632a Abs. 3 Satz 1 BGB zulässig ist. Allerdings steht der vom Unternehmer gewünschten Herausgabe der Bürgschaftsurkunde eine kaum erfüllbare Nachweislast insoweit entgegen. Die als Voraussetzung für eine rechtssichere und zulässige Gestaltung der Rückgabe der Bürgschaftsurkunde erforderliche Nachweislast dürfte in Anbetracht des damit verbundenen Aufwands kaum dem Interesse des Unternehmers allein an einer körperlichen Sicherung der Bürgschaftsurkunde gerecht werden. Dies gälte auch unter Berücksichtigung der mit einer erfolgreichen Nachweisführung verbundenen Vorteile, wie der vorzeitigen Befreiung von der laufenden Avalbelastung sowie der Vermeidung einer Feststellung von Abnahmereife und Rechtzeitigkeit der Herstellung in einem gerichtlichen Rechtsstreit. Die bislang der Praxis für die Rückgabe der Bürgschaftsurkunde empfohlenen Regelungen sind insoweit unvollständig und können dem Notar nicht uneingeschränkt zur Verwendung empfohlen werden. Insbesondere kann auch ein widerspruchsfreier Ablauf von Fristsetzungen des Unternehmers weder den gesicherten Nachweis für das Entfallen des materiellrechtlichen Sicherungszwecks erbringen, noch eine erforderliche Weisung des Bestellers an den verwahrenden Notar rechtssicher ersetzen.

Soweit von einer Regelung zur Rückgabe der Bürgschaftsurkunde abgesehen wird und eine notarielle Verwahrung allein

⁷⁵ BGH, Urteil vom 18.11.1999, IX ZR 153/98, DNotZ 2000, 365; KG, a. a. O.

⁷⁶ KG, a. a. O.

zur körperlichen Sicherung der Bürgschaftsurkunde erfolgt, ist der Notar gemäß § 17 Abs. 1 BeurkG zur Erforschung eines Willens des Bestellers insoweit verpflichtet.⁷⁷ Die standardisierte Aufnahme einer Verwahrung der Bürgschaftsurkunde durch den Notar in die Urkunde ist auch unter Wahrung der höchstrichterlichen Anforderungen im Übrigen daher zu vermeiden. Insbesondere bei einem entsprechenden Willen des Bestellers dürfte eine zusätzliche sachliche Rechtfertigung für eine Zulässigkeit der Verwahrung nicht erforderlich sein.⁷⁸ Der Notar hätte die Beteiligten jedoch über die mit seiner Verwahrung der Bürgschaftsurkunde verbundenen zusätzlichen Gebühren zu belehren, worüber der Notar mit dem an der Verwahrung beteiligten Besteller zudem eine Vereinbarung gemäß § 126 Abs. 1 Satz 2 GNotKG zu schließen hätte.⁷⁹ Aufgrund des mit einer notariellen Verwahrung verfolgten Interesses vornehmlich des Unternehmers an der körperlichen Sicherung der Bürgschaftsurkunde wäre eine diesbezügliche Kostenregelung der Beteiligten anzulegen.

Diese Ausführungen zeigen, dass eine Abwicklung der Leistung und Rückgewähr der Sicherheit gemäß § 632a Abs. 3 Satz 1 und 4 BGB vornehmlich im Verhältnis der schuldrechtlichen Vertragsparteien und ohne Beteiligung des beurkundenden Notars erfolgen sollte. Eine Einbeziehung des Notars zur Verwahrung der Bürgschaftsurkunde führt aufgrund der diesem obliegenden Amtspflichten nicht zu der vom Unternehmer erhofften erleichterten Rückgabe der Bürgschaftsurkunde, indes zu zusätzlichen Kosten.

Soweit eine Verwahrung der Bürgschaftsurkunde ohne ergänzende Regelung zur Herausgabe dieser begründet wird, ist der Notar verpflichtet, die Verwahrung bis zum Vorliegen einer abweichenden Weisung des Bestellers fortzuführen. Für den

⁷⁷ BGH, Urteil vom 24.11.2014, NotSt (Brfg) 1/14, DNotZ 2015, 461.

⁷⁸ *Drasdo*, a. a. O., S. 352 (zur Bürgschaft nach MaBV).

⁷⁹ *Bormann* in *Korintenberg*, GNotKG, § 126 Rdnr. 11; *Renner* in *Leipziger Kommentar zum GNotKG*, § 126 Rdnr. 21.

Fall, dass sich die Verwahrung aufgrund einer Passivität des Bestellers hinsichtlich der Abnahme und/oder dem mit der Durchführung eines gerichtlichen Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahrens des Unternehmers verbundenen Zeitablauf erheblich verzögern sollte, sollte der Notar in der Verwahrungseinsicht zumindest berechtigt werden, die Sicherheit unter einseitiger Beendigung des Verwahrverhältnisses an den Besteller herauszugeben. Dies berücksichtigt auch der Entwurf von *Basty*. Zu dieser Rückgabe dürfte der Notar gemäß § 696 BGB analog berechtigt werden können und sich gegenüber dem an dem Verwahrverhältnis nicht beteiligten Verkäufer nicht amtspflichtwidrig verhalten.⁸⁰ Darüber hinaus sollte der verwahrende Notar auch für den Fall einer Aufhebung bzw. Beendigung des gegenständlichen Vertragsverhältnisses zu einer Herausgabe der Bürgschaftsurkunde an den Unternehmer berechtigt werden, da mit einem diesbezüglichen Erlöschen der zu sichernden Erfüllungsansprüche des Bestellers zugleich der Sicherungszweck nach § 632a Abs. 3 Satz 1 BGB entfällt. Etwaige Rückabwicklungsansprüche sind vom Sicherungszweck der Vertragserfüllungsbürgschaft nicht erfasst. Aber auch insoweit wäre ein Nachweis der materiellrechtlichen Wirksamkeit der Aufhebung und insbesondere eines einseitigen Rücktritts gegenüber dem verwahrenden Notar erforderlich, wofür die Vorlage einer bloßen Rücktrittserklärung oder ein Rücktritt auch gegebenenfalls gegenüber dem zugleich von den Beteiligten empfangsbevollmächtigten Notar grundsätzlich ohne zusätzlichen Nachweis über das Vorliegen eines Rücktrittsgrunds für eine rechtssichere Herausgabe der Bürgschaftsurkunde nicht ausreichen kann. Somit sollte der verwahrende Notar zu einer Herausgabe der Bürgschaftsurkunde an den Besteller bereits bei Kenntnis von der Rücktrittserklärung eines Beteiligten vom Vertrag bzw. der Rechtshängigkeit eines Rechtsstreits der Beteiligten insoweit berechtigt und dies in der Verwahrungseinsicht eingeregelt werden.

⁸⁰ KG, Urteil vom 23.11.2010, 9 W 165/09, DNotZ 2011, 758.

Replik zum Beitrag von Schütz¹

– Die Rückgabe der Bürgschaftsurkunde gemäß § 632a Abs. 3 und 4 BGB –

Von Notar Dr. *Gregor Basty*, München

Materiellrechtlich schuldet der Erwerber die Rückgabe einer ihm gestellten Erfüllungssicherheit nach § 632a Abs. 3 und 4 BGB, wenn der Sicherungszweck erledigt ist. Wann dies der Fall ist, ist nicht abschließend geklärt. Insbesondere ist offen, ob dies – so *Schütz* – erst nach Abnahme des vollständig fertig gestellten Werks der Fall ist oder ob bereits die Abnahmereife genügt (wofür Gesetzeswortlaut und Gesetzesbegründung sprechen). Es mag im Übrigen auch Fälle geben, in denen der Erwerber die Sicherheit aufzugeben bereit ist, obwohl der Sicherungszweck nicht entfallen ist, zum Beispiel wenn ihm

ein zurückbehaltener Betrag hinreichend erscheint, einen Schaden zu decken.

Die Verwahrung einer im Rahmen des § 632a Abs. 3 und 4 BGB gestellten Bürgschaft durch den Notar wird nicht selten sowohl vom Bauträger als auch vom Erwerber gewünscht. Der Bauträger erhofft sich dabei eine zeitnahe Rückgabe der Bürgschaftsurkunde, wenn der Sicherungszweck erledigt ist. Der Erwerber hat die Gewähr, zu gegebener Zeit nichts zu versäumen; insbesondere besteht nicht selten die Befürchtung, das Papier könne verlegt werden. Zusatzkosten entstehen nach dem GNotKG durch die notarielle Verwahrung in der Regel nicht, vielmehr liegt eine Betreuungstätigkeit vor,

¹ *Schütz*, MittBayNot 2016, 211 (in diesem Heft).

die bereits mit der Gebühr nach KV-Nr. 22200 Nr. 3 abgegolten wird.²

Der von *Schütz* kritisierte Formulierungsvorschlag betrifft die Rückgabe einer vom Notar verwahrten Sicherheit. Hierfür sind drei Schritte vorgesehen: Zunächst muss der Bauträger initiativ werden und dem Notar gegenüber geltend machen, die Voraussetzungen für die Rückgabe der Sicherheit seien gegeben. Hiervon muss der Notar dem Erwerber Mitteilung machen. Erhebt dieser Widerspruch, verbleibt die Sicherheit beim Notar (oder wird, wenn der Erwerber dies wünscht, an ihn herausgegeben). Stimmt er zu oder äußert er sich nicht, erfolgt nach Ablauf der geregelten Frist die Rückgabe an die Bürgin.

Diese Regelung betrifft – meines Erachtens zweifelsfrei – allein das öffentlichrechtliche Verwahrverhältnis. § 14 Abs. 1 Satz 2 BNotO weist dem Notar die Aufgabe des unabhängigen und unparteiischen Betreuers der Beteiligten zu; er darf mit seiner Amtstätigkeit nicht zum Vertreter einer Partei werden.³ Daher kann und darf es nicht Aufgabe des Notars sein, über die materiellrechtliche Frage des Vorliegens der Rückgabevoraussetzungen zu entscheiden. Die von mir vorgeschlagene Regelung macht daher keinerlei Aussage zum materiellen Recht. Insbesondere bleibt mit Bedacht offen, unter welchen Voraussetzungen die Rückgabe der Sicherheit geschuldet ist. Ebenso wenig kann eine Erklärung oder ein Schweigen des Erwerbers nach Zugang des Schreibens des Notars irgendeine Bedeutung im Hinblick auf eine Abnahme oder eine Abnahmefiktion haben. Die diesbezüglichen Ausführungen von *Schütz* liegen, da allein die Amtspflichten im Rahmen des Verwahrverhältnisses geregelt werden, neben der Sache. Dessen Erwägungen können allenfalls Anlass geben, dies klar zu stellen (zum Beispiel „Im Hinblick auf das Verwahrverhältnis wird Folgendes bestimmt: ...“).

Für die Rückgabe der Erfüllungssicherheit kann man allein auf eine ausdrückliche Erklärung des Erwerbers abstellen.⁴ Jedoch ist nicht zu verkennen, dass Beteiligte zuweilen untätig bleiben. Ein Bedürfnis, die Rückgabe auch bei einem

Erwerber sicherzustellen, der sich nicht äußert, ist daher wegen der für den Bauträger mit einer Bürgschaft verbundenen Lasten nicht von der Hand zu weisen.

Im Hinblick darauf sieht der in Rede stehende Formulierungsvorschlag vor, dass für die Rückgabe der Bürgschaft auch genügt, dass der Erwerber nicht innerhalb der vereinbarten Frist widersprochen hat. In der Folge kann der Erwerber, der schweigt, die Sicherheit nach § 632a Abs. 3 und 4 BGB verlieren, obwohl der Sicherungszweck objektiv noch besteht. Regelungen dieser Art unterliegen nicht der Kontrolle nach §§ 307 ff. BGB.⁵ Das Schreiben an den Erwerber stellt die Ankündigung einer Amtshandlung dar (Vorbescheid), wonach nach ereignislosem Ablauf der Frist die Rückgabe der Sicherheit erfolgen wird. Dies erscheint nicht unangemessen, nachdem der Erwerber nur wenig Aufwand zu betreiben hat. Der einfache Widerspruch genügt. Er bedarf keiner Begründung. An den Ablauf einer Frist anzuknüpfen, entspricht dem Prozessrecht, man denke nur an die Folgen einer Versäumung von Rechtsmittelfristen. Für die Verwahrung von Geld durch den Notar sieht § 54c Abs. 3 Satz 3 Nr. 2 BeurkG für den Fall eines Widerrufs der Hinterlegungsanweisung vor, dass der Notar eine angemessene Frist setzen kann, innerhalb derer der Widersprechende tätig werden muss. Zweifel an der (grundsätzlichen) Zulässigkeit entsprechender Klauseln erscheinen mir daher nicht berechtigt.

Schütz will demgegenüber für solche Fälle vorsehen, dass der Bauträger dem Notar das Entfallen des Sicherungszwecks durch anerkannte Beweismittel nachweist. In der Folge hätte der Notar die vorgelegten Unterlagen zu bewerten. Möglicherweise wäre er dabei auch mit der Auslegung der Baubeschreibung und der Klärung nachträglicher Absprachen zur Bauausführung und zum Fertigstellungstermin konfrontiert. Mit solchen Regelungen geriete der Notar in die Situation des Richters. Er müsste die vorgelegten Beweismittel würdigen und danach über die Rückgabe entscheiden. Mit seiner Aufgabe als unabhängiger und unparteiischer Betreuer der Beteiligten scheint mir dies nicht vereinbar. Wer den Fristablauf nicht genügen lassen will, sollte allein auf die ausdrückliche Erklärung des Erwerbers abstellen und, wenn dieser sich nicht äußert, die Beteiligten auf den Prozessweg verweisen.

² *Notarkasse A. d. ö. R.*, Streifzug durch das GNotKG, 11. Aufl. 2014, Rdnr. 329.

³ Vgl. BGH, Beschluss vom 1.10.2015, V ZB 171/14, DNotZ 2016, 151 Tz. 24.

⁴ So *Hertel* in Würzburger Notarhandbuch, 3. Aufl. 2012, Teil 2 Kap. 3, Rdnr. 182.

⁵ OLG Köln, Beschluss vom 26.4.2002, 2 Wx 6/02, RNotZ 2002, 238.

TAGUNGSBERICHT

Die Reform des ErbStG

Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht am 14.10.2015

Von Florian Fußeder, München

Am 14.10.2015 fand die erste Tagung des Wintersemesters 2015/16 der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München statt. Das Thema der Veranstaltung lautete „Die Reform des ErbStG“. Der geschäftsführende Direktor der Forschungsstelle für Notarrecht, Professor Dr. *Johannes Hager*, begrüßte das Auditorium und sprach einige einführende Worte zum Tagungsthema. Anlass für die Durchführung der Tagung sei das Urteil des BVerfG vom 17.12.2014,¹ mit dem das geltende Erbschaftsteuergesetz „insgesamt für verfassungswidrig“ erklärt und der Gesetzgeber aufgefordert wurde bis zum 30.6.2016 eine verfassungskonforme Neuregelung zu schaffen. Diese Reform sei nicht nur wegen ihrer verfassungsrechtlichen Relevanz, sondern auch wegen ihrer Auswirkungen auf die Gestaltungspraxis Thema der Tagung. Sodann stellte *Hager* die Referenten, den Vizepräsident des BFH a. D., Herrn *Hermann-Ulrich Viskorf*, München, und Notar Dr. *Eckhard Wälzholz*, Füssen, vor. Er übergab „zunächst das Wort an Professor Dr. *Hans-Georg Hermann*, München. Dieser zeigte anhand von zahlreichen historischen Beispielen, dass das Verlangen der Obrigkeit auf Partizipation an der Erbschaft keine Entwicklung der Neuzeit ist.

Das erste Referat von *Viskorf* trug den Titel „Das Urteil des BVerfG zur Erbschaftsteuer im Lichte der aktuellen steuerpolitischen Entwicklung“. Gleich zu Anfang fand *Viskorf* scharfe Worte, bezüglich der Bemühungen des Gesetzgebers ein verfassungskonformes ErbStG zu schaffen. Nach den Entscheidungen aus den Jahren 1995² und 2006³ habe das BVerfG nunmehr zum dritten Mal in Folge das ErbStG „insgesamt für verfassungswidrig“ erklärt. Ein Gesetzgeber, der über einen so langen Zeitraum einen das gesamte Gesetz erfassenden verfassungswidrigen Zustand hinnehme oder – schlimmer noch – immer wieder neu verfassungswidrige Regelungen in das Gesetz schreibe, verspiele Vertrauen in den Rechtsstaat und werde als Rechtssetzer zum Dauerrechtsverletzer.

Sodann ging *Viskorf* ausführlich auf die jüngste Entscheidung des BVerfG zur Erbschaftsteuer ein. Er äußerte sich zunächst zu den im Urteil enthaltenen Ausführungen zur Rechtserheblichkeit der Vorlagefrage. In allen drei vom BVerfG entschiedenen Normenkontrollverfahren zur ErbSt seien Vorschriften Gegenstand der verfassungsrechtlichen Prüfung gewesen, auf die es für die einfachrechtliche Entscheidung des Ausgangsverfahrens an sich nicht angekommen sei. Dennoch sei nach der Rechtsprechung des BVerfG eine Prüfung eröffnet. In den Fällen, in denen die Verfassungswidrigkeit von Steuervergünstigungen die gerechte Erhebung der Steuer insgesamt ausheble, werde der Besteuerung auch aller Anderen die verfassungsgemäße Grundlage entzogen. Neu und von übergeordneter Bedeutung sei vor allem, dass ein Steuergesetz auch dann insgesamt verfassungswidrig sein könne, wenn der

Gesetzgeber Gestaltungs- und Umgehungsmöglichkeiten eröffne, die dem Gesetz die Grundlage entzögen.

Zudem, so *Viskorf*, enthalte die Entscheidung des BVerfG bemerkenswerte und rechtsdogmatisch bedeutsame Ausführungen zur Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers und zu den Grenzen der verfassungsrechtlichen Überprüfung durch das BVerfG. Bei Steuergesetzen seien die Auswahl des Steuergegenstandes und die Höhe der Steuerbelastung weitgehend einer gerichtlichen Kontrolle entzogen. Der Gesetzgeber müsse aber den Grundsatz der Lastengleichheit und bei der Erbschaftsteuer das Übermaßverbot beachten. Insbesondere dürfe er nicht durch eine übermäßige Erbschaftsteuer das verfassungsrechtlich verbrieft Erbrecht aushöhlen. Abweichungen vom Grundsatz der Lastengleichheit seien am Gleichheitssatz zu messen und bedürften eines besonderen sachlichen Rechtfertigungsgrundes. Bei der Auswahl solcher Rechtfertigungsgründe, insbesondere wenn es sich um außerfiskalische Förder- und Lenkungsziele handle, sei der Gesetzgeber weitgehend frei. Er bleibe aber auch hier an den Gleichheitssatz gebunden. Danach, so *Viskorf*, dürfte der Gesetzgeber grundsätzlich unternehmerisches Vermögen in der Annahme verschonen, der durch die Belastung mit der Erbschaftsteuer eintretende Liquiditätsentzug sei für den Fortbestand und die Fortführung der Unternehmen schädlich und gefährde den Übergang betrieblichen Vermögens in die nächste Generation. Die Ausgestaltung dieser Verschonungsregelungen unterliege allerdings einer strengeren verfassungsgerichtlichen Kontrolle. Diese Kontrolle habe im Wesentlichen drei Beanstandungspunkte ergeben.

Im Anschluss wandte sich *Viskorf* diesen Beanstandungspunkten im Einzelnen zu. Der erste Beanstandungspunkt sei die Arbeitsplatzklausel mit dem Förderziel des Arbeitsplatzerhalts. Diese biete keinen ausreichenden Anreiz Arbeitsplätze zu erhalten, was jedoch unbedingt notwendig sei, um die aus der Vollverschonung resultierende Ungleichbehandlung zu rechtfertigen. Die Klausel laufe derzeit in 90 % der Fälle leer. Zum anderen könne die Klausel durch eine einfache Betriebsaufspaltung weitgehend ausgeschaltet werden. Dazu müssten die Arbeitnehmer in einer weitgehend vermögenslosen Betriebsgesellschaft und das Betriebsvermögen in einer Vermögensgesellschaft – ohne oder mit nur wenigen Arbeitnehmern – gehalten werden. Der zweite Beanstandungspunkt sei, dass das Gesetz – wie es in der Gesetzesbegründung heißt „aus Vereinfachungsgründen“ – einen Verwaltungsvermögensanteil von 50 % toleriere, ohne dass dies Auswirkungen auf die Befreiung von 85 % habe. Bei der Regelverschonung unterstelle der Gesetzgeber, dass typischerweise 15 % nicht betriebsnotwendiges Vermögen im Betrieb vorhanden sei. Er ziehe daraus den Schluss, dass eine Verschonung nur in Höhe von 85 % gerechtfertigt sei. Bei derselben Regelverschonung toleriere das Gesetz aber aus Vereinfachungsgründen einen Verwaltungsvermögensanteil, also einen Anteil an nicht betriebsnotwendigem Vermögen im begünstigten Unternehmensvermögen von 50 %, ohne dass dies Auswirkungen auf die Befreiung von 85 % habe. Auch

¹ BVerfG, Urteil vom 17.12.2014, 1 BvL 21/12, NJW 2015, 303.

² BVerfG, Beschluss vom 22.6.1995, 2 BvR 552/91, NJW 1995, 2624.

³ BVerfG, Beschluss vom 7.11.2006, 1 BvL 10/02, NJW 2007, 573.

der dritte Beanstandungspunkt, dass das Gesetz auch bei großen Betriebsvermögen auf eine Bedürfnisprüfung verzichte, sei laut dem BVerfG nicht hinnehmbar. Hier erreiche die Ungleichbehandlung schon wegen der Höhe der steuerbefreiten Beträge ein Maß, dass ohne die konkrete Feststellung der Verschonungsbedürftigkeit des erworbenen Unternehmens mit den Anforderungen an eine gleichheitgerechte Besteuerung nicht mehr in Einklang zu bringen sei. Der Gesetzentwurf der Bundesregierung sehe die Grenze zwischen den kleineren und mittleren Unternehmen einerseits sowie großen Vermögen mit zwingender Bedürfnisprüfung andererseits, bei einem Einzelerwerb von Betriebsvermögen i. H. v. 26 Mio. €.

Damit leitete *Viskorf* zu den Folgerungen des Urteils für die Praxis über. Soweit die Steuer für Erbfälle oder vorweggenommene Erbfolgen bereits vor dem Zeitpunkt der Entscheidung des BVerfG, somit vor dem 17.12.2014 entstanden sei, müssten Unternehmensnachfolger keine Nachteile fürchten, weder durch die Entscheidung des BVerfG noch durch eine künftige Gesetzesänderung. Aber auch für nach dem 17.12.2014 erfolgte Erb- und Schenkungsteuerfälle sei eine Rückwirkung verschärfender Gesetzesänderungen nicht zu besorgen. Das BVerfG habe eine rückwirkende Gesetzesänderung auf den Zeitpunkt der Urteilsverkündung grundsätzlich ausgeschlossen. Exzessiven Gestaltungen dürfe der Gesetzgeber aber mit Rückwirkung auf den Zeitpunkt der Urteilsverkündung begegnen. Von solchen Gestaltungen sei daher für die Zeit ab 17.12.2014 möglichst abzusehen.

Viskorf schloss seinen Vortrag mit einem Ausblick. Nach seiner festen Überzeugung sei die Welt der Erbschaftsteuer auch nach den vom BVerfG geforderten Korrekturen keineswegs in Ordnung. Denn in einem wichtigen Punkt sei das BVerfG dem Vorlagebeschluss des BFH nicht gefolgt. Diesem habe nämlich auch der Gesichtspunkt zugrunde gelegen, dass von Verfassungen wegen die bis zur Vollverschonung führende und damit sehr weitreichende Betriebsvermögensvergünstigung in eine vernünftige und ausgewogene Relation zu der hohen Belastung derjenigen Steuerpflichtigen zu bringen sei, die zur Steuer herangezogen werden. Das BVerfG habe demgegenüber diesen Querabgleich nicht vorgenommen und ausgeführt, der Gesetzgeber sei frei in der Auswahl, welchen Begünstigungsgründen er im Gesetz Geltung verschaffen wolle. Er müsse nur für die von ihm für erforderlich gehaltenen konkreten Besteuerungsausnahmen ausreichend tragfähige Gründe haben. Wir müssten deshalb zur Kenntnis nehmen, dass nicht jede Unwucht in einem Gesetz die Schwelle der Verfassungswidrigkeit erreiche. *Viskorf* schilderte dann eine seiner Ansicht nach geeignete Regelung, nämlich die Absenkung der Steuersätze auf ein für alle tragbares Maß, die Abschaffung der allermeisten Vergünstigungen und die Einführung von weitreichenden Steuerstundungs- und Ratenzahlungsmöglichkeiten. Entsprechende, sofort umsetzbare Gesetzesvorschläge lägen auf dem Tisch, wie beispielsweise der von Professor *Kirchhof* ausgearbeitete. Seines Erachtens könne man dabei ohne Weiteres mit einstelligen Steuersätzen operieren. Eine solche Regelung sei ein wünschenswerter Beitrag für mehr Gerechtigkeit, Vereinfachung des Steuerrechts und Akzeptanz bei allen Steuerpflichtigen.

Daran schloss sich das zweite Referat von *Wälzholz* mit dem Titel „Die Erbschaftsteuerreform aus Sicht der Gestaltungspraxis – neue Chancen und Risiken“ an. Diesen Ausführungen lag der Regierungsentwurf vom 6.7.2015 (ErbStG-E) zugrunde.

Zunächst wies *Wälzholz* auf die Ziele der Neuregelung hin. Diese seien die Freistellung von Kleinbetrieben von der Lohnsummenregelung, die Abgrenzung von begünstigtem

und nicht begünstigtem Vermögen, die Einführung einer Verschonungsbedarfsprüfung für große Betriebsvermögen und die Einführung eines Abschmelzungsmodells für den Erwerb großer Vermögen. Der Entwurf ließe aber bereits erkennen, dass nicht mehr als ein „minimalinvasiver Eingriff“ gewollt sei.

Sodann wandte sich *Wälzholz* der Systematik des Regierungsentwurfs zu. Der Entwurf sehe eine Regelung des begünstigungsfähigen Vermögens in § 13b ErbStG vor. Dabei sei der Anteil des begünstigungsfähigen Vermögens jeweils tatsächlich zu ermitteln. Einen Verwaltungsvermögenstest im bisherigen Sinne kenne das neue Recht nicht mehr. § 13b Abs. 2 ErbStG in seiner alten Fassung werde vollständig aufgehoben.

Wie im alten Recht sei eine Verschonung des begünstigten Vermögens von 85 % unter Voraussetzung der Lohnsummenregelung und Haltefrist möglich. Die Struktur der Lohnsummenregelung sei im Wesentlichen gleich geblieben, sie setze im Entwurf aber bereits ab drei Arbeitnehmern ein. Weiterhin sei eine Haltefrist von fünf Jahren mit einer Verschonung von 85 % oder auf Antrag eine Verschonung von 100 % mit 7-jähriger Haltefrist vorgesehen.

Neu sei dagegen der Vorbehalt des Nichtüberschreitens der 26-Mio.-€-Grenze für das Betriebsvermögen. Ab dieser Grenze bestehe für diese Großunternehmen ein Wahlrecht zwischen einer Verschonungsbedarfsprüfung oder einem besonderen Verschonungsabschlag. Gestalterisch sei dabei spannend, dass diese Grenze nach § 13a Abs. 9 Satz 5 ErbStG-E auf 54 Millionen Euro gesteigert werden könne. Eine weitere Neuerung sei die Begünstigungsmöglichkeit von Großunternehmen nach § 13a Abs. 9, § 13c, § 28a ErbStG-E. So seien für diese Wertabschläge die Steuerabsenkung oder ein Erlass vorgesehen. Aufgrund der hohen 26-Mio.-€-Grenze beträfen diese Regelungen jedoch nur 1 bis 1,5 % aller Erwerbe. Bezüglich „normaler“ Unternehmen bliebe die Steuerbelastung identisch. Lediglich die Lohnsummenregel greife früher ein.

Anschließend ging *Wälzholz* nochmals intensiv auf die einzelnen Neuregelungen ein. Zunächst wandte er sich der neuen Lohnsummenregelung zu. Die Grenze von drei Arbeitnehmern sei gewählt worden um 50 % aller Unternehmen dieser Regelung zu unterwerfen. Um dieses Ziel rechnerisch zu erreichen fänden die 50 % aller Unternehmen mit null Arbeitnehmern in der Statistik wohl keine Berücksichtigung. Um eine Umgehung der Regelung zu verhindern, seien die Lohnsummen und die Anzahl der Beschäftigten bei Besitzgesellschaft und Betriebsgesellschaft zusammenzuzählen. So dann ging *Wälzholz* auf die Neuregelung der Abgrenzung von begünstigungsfähigem und nicht begünstigungsfähigem Vermögen ein. Schon die ausufernden Beispiele der Entwurfsbegründung zeigten, dass Abgrenzungsprobleme zu erwarten seien. Zudem müsse eine Betrachtung aller Beteiligungsstufen vorgenommen werden. Angesichts des damit verbundenen Aufwands seien die Bedenken des Bundesrats an dieser Regelung nicht überraschend. Bezüglich der Abgrenzung von kleinen und mittelständischen Unternehmen von Großunternehmen sei insbesondere die Möglichkeit der Verdoppelung des 26-Mio.-€-Grenzwerts auf 52 Mio. € interessant. Sodann übte *Wälzholz* ausführliche Kritik an der Ausgestaltung der Regelung. Es seien nicht nur die Formulierungen zu unbestimmt, sondern auch einige der geforderten Voraussetzungen gesellschaftsvertraglich nicht umsetzbar.

Zum Ende seines Vortrags nahm *Wälzholz* zur Frage Stellung, für welche Unternehmen eine Übertragung nach den Rege-

lungen im Regierungsentwurf vorteilhafter ist und für welche Unternehmen das derzeitige ErbStG Vorteile bietet. Eine Übertragung nach dem derzeitigen ErbStG sei jedenfalls bei Unternehmenswerten von über 26 Mio. € vorzuziehen. Dies sei auch der Fall, wenn sich das Verwaltungsvermögen nahe der 50 %-Grenze, aber nicht darüber befinde und es sich dabei nicht um betriebsnotwendiges Vermögen für den betrieblichen Hauptzweck des Unternehmens handle. Auch würde das derzeitige ErbStG Unternehmen mit über drei, jedoch unter 20 Arbeitnehmern Vorteile bieten. Zudem seien bestimmte Gestaltungsmöglichkeiten nur noch nach dem derzeitigen Recht durchführbar. *Wälzholz* zählte dabei die Holdinggesell-

schaften, Gestaltungen mit Kaskadeneffekt beim Verwaltungsvermögen, gewerbliche Familienpoolgesellschaften mit Beteiligungen, bestimmte Betriebsaufspaltungen zur Reduzierung der Arbeitnehmeranzahl und Cash-GmbH-Gestaltungen auf. Der Entwurf biete dagegen Unternehmen Vorteile, die heute über 50 % Verwaltungsvermögen besäßen, das nach neuem Recht aber dem Hauptzweck des Unternehmens diene. Als Beispiele nannte er Bauträger mit einer großen Anzahl von Immobilien.

Nach anschließender lebhafter Diskussion hatten die Teilnehmer und Referenten bei einem Empfang die Möglichkeit zum fachlichen und persönlichen Austausch.

BUCHBESPRECHUNGEN

Langenfeld/Fröhler: Testamentsgestaltung. 5. Aufl., Otto Schmidt, 2015. 944 S., 89,90 € inkl. CD-ROM

Nach dem Tod des geschätzten Kollegen *Langenfeld* liegt nun die 5. Neuauflage seines oben genannten Werkes vor, neu bearbeitet von Herrn Kollegen *Fröhler*. Das Werk ist gegenüber der Voraufgabe fast auf den doppelten Umfang angewachsen. Nach dem Autorenwechsel behält das Werk jedoch weiter seine Zielsetzung bei, im Rahmen einer typologischen Betrachtung Fallgruppen von Sachverhalten (z. B. zur Patchworkfamilie und neu zum Testament des Apothekeninhabers) zu bilden und die dort speziell verorteten Probleme und Lösungsmöglichkeiten aufzuzeigen. Hierfür gibt das Werk dem Leser eine große Vielzahl praxisgerechter Formulierungsvorschläge an die Hand, die jeweils den Fallgruppen zugeordnet sind.

Inhaltlich beschäftigt sich das Werk in den ersten beiden Kapiteln sowohl mit dem materiellen Erbrecht als auch mit dem Erbschaftsteuerrecht (einschließlich der Wertung des BVerfG in seinem Beschluss vom 17.12.2014, BvR 278/11) wie auch mit Fragen des Internationalen und Ausländischen Privatrechts einschließlich der EuErbVO. Im dritten Kapitel wird das erbrechtliche Instrumentarium – angelehnt an die Abfolge im BGB – dargestellt und für jeden Bereich eine Vielzahl von Einzelformulierungen geboten. Das vierte und fünfte Kapitel widmen sich dem einseitigen Testament und dem Ehegattentestament (in welchem auch der Erbvertrag samt Abänderungsvorbehalt) behandelt wird. Danach folgen Ausführungen zu den bereits angesprochenen Fallgruppen (Geschiedenentestament, überschuldete Erben, Unternehmer testament, etc.). Die nächsten zwei Kapitel behandeln Fragen nach dem Erbfall (Ausschlagung, Erbnachweis, Europäisches Nachlasszeugnis) und zum Ende folgen noch einige Ausführungen zu Vorsorgevollmachten, Eheverträgen und zur vorweggenommenen Erbfolge.

Die klare Gliederung des Werkes wurde auch nach dem Autorenwechsel in der gewohnten Weise beibehalten, so dass der Rechtsanwender die für seine Fragestellung relevanten Kommentierungen und Muster leicht findet. Die Muster wurden überarbeitet. Allerdings finden sich im Behindertentestament immer noch Geschenke zu Pfingsten für das pflegebedürftige Kind, die wohl nicht mehr zeitgemäß sind. Andererseits wird die häufig auftretende, aber selten in Formularbüchern zu findende Problematik, dass die dem behinderten Kind zustehenden Reinerträge des Nachlasses für eine effektive Hilfe nicht ausreichen, angesprochen (vgl. S. 584). Oft möchten die Erblasser ihr behindertes Kind gut versorgt wissen und diesem auch jede erdenkliche und sinnvolle Hilfe zukommen lassen – sie hatten ja meist das Kind jahrzehntelang zu Hause betreut. Hier wäre lediglich eine weitere Diskussion über die

Möglichkeiten und Grenzen von Zuwendungen aus der Substanz des Nachlasses (zum Beispiel von Vermögensteilen für größere Anschaffungen/medizinische Hilfsmittel oder auch für Immobilien zum Eigennutz, etc.) und gegebenenfalls auch ein Formulierungsvorschlag wünschenswert gewesen. Im Übrigen ist das Werk jedoch in dieser Fallgruppe sehr umfangreich und stellt nicht nur die klassische Vor- und Nacherbenlösung, sondern auch die diskutierten Alternativen (Vermächtnislösung, umgekehrte Vermächtnislösung, etc.) nicht nur vor, sondern bietet auch Musterformulierungen hierfür an. Sehr angenehm für den Leser ist hier weiterhin, dass das Werk nicht nur das Einzeltestament im Blick hat, sondern auch Lösungen im Rahmen eines gemeinschaftlichen Testaments oder Erbvertrages vorschlägt.

Auch in der Fallgruppe des Unternehmertestaments nimmt das Werk alle häufig auftretenden Fragestellungen auf – auch in Verknüpfung mit dem Steuerrecht (Sonderbetriebsvermögen etc.) – und bietet einen abgerundeten Überblick über die Möglichkeiten. Bei der Gewichtung der Bearbeitung hätte das Werk unter Umständen der Vererbung von Gesellschaftsbeteiligungen an Kapitalgesellschaften und weitergehenden Umwandlungsmodellen mehr Gewicht geben können als den Regelungen beim Einzelunternehmer – in der Praxis sind Sachverhalte mit mehreren Gesellschaftsbeteiligungen heutzutage häufiger anzutreffen. Die Darstellung spricht jedoch alle relevanten Fragestellungen einschließlich der Versorgung des nicht im Unternehmen tätigen Ehegatten, zum Beispiel durch ein Rentenvermächtnis, an und gibt auch hier fundierte Hinweise zur lebensnahen Gestaltung der letztwilligen Verfügungen.

Erfreulich ist auch, dass eine komprimierte Darstellung von Ausschlagungslösungen und verfahrensrechtlichen Themen (Erbschein, europäisches Nachlasszeugnis) im neunten Kapitel das Werk abrunden. Lediglich die letzten 40 Seiten (das zehnte Kapitel) zu Vorsorgevollmachten, Ehevertrag etc. sind als Abschluss wohl eher der Historie des Werkes geschuldet. Dieser Bereich erscheint mit Rücksicht auf die vielfältige Spezialliteratur zu diesen Bereichen eher entbehrlich. Ein weiterführender Hinweis wäre hier sicher ausreichend gewesen.

Als Resümee lässt sich festhalten, dass das Werk in überzeugender Weise vielfältige, verständliche und auch innovative Muster bietet. Gerade auch die weiteren theoretischen Ausführungen, die das Werk von der Voraufgabe übernommen und fortgeführt hat, helfen, stets den Kontext nicht aus dem Bewusstsein zu verlieren und die Muster richtig einzusetzen. Wie bisher lässt sich das Werk jedem mit erbrechtlicher Materie befassten Kollegen für die tägliche Praxis uneingeschränkt empfehlen.

Notar Dr. *Christian Auer*, Donauwörth

Reimann/Bengel/Mayer (Hrsg.): Testament und Erbvertrag. 6. Aufl., Carl Heymanns, 2015. 1328 S., 139 €

Die erbrechtliche Fachliteratur weist mittlerweile zahlreiche Fachkommentare, Formular- und Handbücher auf. Zahlreiche Neuerscheinungen sind in den letzten Jahren zu verzeichnen. Nicht immer handelt es sich, da häufig aus anwaltlicher oder richterlicher Sicht verfasst, um Werke, die den Anforderungen der notariellen Praxis gerecht werden.

Dagegen ist das zu besprechende Buch ein etabliertes Standardwerk gerade für die notarielle Praxis. Nicht nur die sehr erfahrenen und hoch angesehenen Herausgeber (*Reimann/Bengel/Mayer*) entstammen dem (bayerischen) Notariat, auch die meisten (weiteren) namhaften Autoren sind Notare, weshalb man hier zu Recht Hilfe in notariell relevanten Fragestellungen, insbesondere bei der Gestaltung von letztwilligen Verfügungen, erwarten kann. Dieser Erwartung wird das umfangreiche Werk auch gerecht.

Seit der letzten Auflage vor über neun Jahren haben sich im Bereich des Erbrechts zahlreiche Veränderungen ergeben, die in der Neuauflage angemessen Berücksichtigung gefunden haben. Hervorzuheben ist zunächst die zum 1.1.2010 in Kraft getretene Erbrechtsreform. Diese hat vor allem im Pflichtteilsrecht, aber auch beim Zuwendungsverzicht zu einigen Änderungen geführt, die auch in der täglichen notariellen Arbeit von grundlegender Bedeutung sind (zum Beispiel die Einführung der Abschmelzungsmethode im Rahmen des § 2325 Abs. 3 BGB). Darüber hinaus wurde auch das Inkrafttreten der Erbrechtsverordnung berücksichtigt. *Sieghörtner* hat hierzu in Teil 1 (Systematischer Teil) unter Kapitel B (Grundzüge des Internationalen Testaments- und Erbvertragsrechts) ein 88 Seiten umfassendes Kapitel geschrieben, welches dem Notar einen guten Überblick verschafft und aufgrund der zahlreichen Verweise auch als Einstieg in eine vertiefte Bearbeitung dienen kann.

Das aus den Voraufgaben bekannte und bewährte dreigliedrige Konzept wurde beibehalten. Nach wie vor besteht das Werk aus einem systematischen Teil (Teil 1), einem Formularteil (Teil 2) und einem Kommentarteil (Teil 3). Es ist damit seinem Untertitel entsprechend Handbuch, Formularbuch und Kommentar in einem.

Der erste, *systematische Teil* beschäftigt sich zu Beginn mit den zivilrechtlichen Grundlagen einschließlich den bei Verfügungen von Todes wegen geltenden Besonderheiten des Beurkundungsrechts und bearbeitet ausgewählte Aspekte bei der Gestaltung von notariellen Verfügungen von Todes wegen. Unter anderem beschäftigen sich *Bengel/Dietz* mit der

Gestaltung der Verfügung von Todes wegen bei behinderten Abkömmlingen, dem sog. Behindertentestament (Rdnr. 752 ff.), wobei hier leider nur ein kurzer Überblick gewährt wird. Fundierte Ausführungen zur negativen Erbfreiheit (vgl. BGH, Beschluss vom 19.1.2011, IV ZR 7/10, BGHZ 188, 96 ff.) oder eine Auseinandersetzung mit der praxisrelevanten Frage, ob (vor allem bei geringen Erträgen) im Rahmen von Behindertentestamenten dem Testamentsvollstrecker auch ein Zugriff auf die Substanz des von ihm verwalteten Vermögens zugunsten des Behinderten gestattet werden kann (hierzu DNotI-Report 2014, 148 f.), fehlen. Nach den zivilrechtlichen Grundlagen und ausgewählten Fragen werden in Teil B bereits ausgeführt die Grundzüge des Internationalen Testaments- und Erbvertragsrechts dargestellt. Teil 1 schließt mit einer Darstellung der Grundzüge des Erbschaftsteuerrechts sowie der erbrechtlichen Bezüge des Einkommensteuerrechts (Teil C.).

Der *Formularteil* wartet in Teil A mit sinnvollen Checklisten für den erbrechtlichen Berater auf. In Teil B werden Formulare angeboten. Aus Sicht des Praktikers wäre es wünschenswert, wenn dieses Kapitel noch weiter ausgebaut werden könnte. So wäre zum Beispiel neben den im Werk zu findenden Mustern die Aufnahme von weiteren Formulierungsvorschlägen für diverse praxisrelevante Vermächtnisanordnungen, wie zum Beispiel dem sog. Supervermächtnis (hierzu jüngst *Keim*, ZEV 2016, 6), wünschenswert.

Im letzten Teil, dem *Kommentarteil*, werden einzelne Abschnitte aus dem 5. Buch des BGB kommentiert. Entsprechend dem Anliegen des Werks beschränkt sich die Kommentierung auf die Vorschriften über die Errichtung und Aufhebung eines Testaments (§§ 2229-2263 BGB), das gemeinschaftliche Testament (§§ 2265-2272 BGB) und den Erbvertrag (§§ 2274-2302 BGB). Die fundierte und umfangreiche Kommentierung (720 Seiten) mit zahlreichen Fußnoten dürfte nicht nur dem Notar, sondern auch der anwaltlichen und nachlassgerichtlichen Praxis von Nutzen sein.

Auch wenn, wie eingangs erwähnt, der Markt derzeit mit zahlreichen Neuerscheinungen im Bereich des Erbrechts aufwartet, bleibt für die notarielle Praxis das besprochene Buch eines der Werke im Bereich der erbrechtlichen Fachliteratur, welches dem Notar zur Anschaffung uneingeschränkt empfohlen werden kann. Abschließend bleibt für die Erarbeitung der sicherlich anstehenden Neuauflagen zu wünschen, dass die große Lücke, die der leider viel zu früh verstorbene Mitherausgeber und Autor Prof. Dr. *Jörg Mayer* hinterlässt, geschlossen werden kann.

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

Hübtege/Mansel (Hrsg.): Rom-Verordnungen, EuErbVO, HUP (Nomos Kommentar BGB, Band 6). 2. Aufl., Nomos, 2015. 1204 S., 138 €

Das vorliegende Werk ergänzt den Nomos-Kommentar zum BGB nun in der 2. Auflage um einen Spezialband zum IPR. Das IPR war ursprünglich im Einführungsgesetz zum BGB geregelt – quasi dem 6. Buch des BGB. Um das Konzept des fünfbandigen Kommentars zu wahren, hatte man in den ersten Auflagen das Internationale Privatrecht gemeinsam mit dem Allgemeinen Teil des BGB und dem EGBGB in Band 1 des Kommentars behandelt. Die zunehmende Regelungsdichte des IPR und die fortschreitende „Auslagerung“ in die einschlägigen Europäischen Verordnungen („Rom-Verordnungen“) freilich machte schon bald einen selbständigen Band zum IPR unvermeidlich. Der Verlag hat sich daher nun offenbar entschieden, das im Umfang abnehmende nationale IPR in Band 1 abzuhandeln, dem an Umfang aber kontinuierlich zunehmenden europäischen IPR aber einen Spezialband zu widmen.

Die erste Hälfte des Bandes ist der Rom I-VO zum internationalen Schuldvertragsrecht und der Rom II-VO zum außerschuldvertraglichen Kollisionsrecht gewidmet. Die Kommentierung der Rom I-VO wird im Wesentlichen von *Stefan Leible* und Rechtsanwalt *Rupert Doehner* bestritten. Diese beiden Regelungswerke sind für die notarielle Praxis selten von Bedeutung. Die für Notare besonders bedeutende Vorschrift des Art. 11 Rom I-VO zur Formwirksamkeit internationaler Schuldverträge kommentiert Notar *Kai Bischoff* aus Köln. Er vertritt dort zur Beurkundung im internationalen Gesellschaftsrecht die Ansicht, dass für Geschäfte, die die Verfassung der Gesellschaft selbst betreffen, eine Auslandsbeurkundung die vom nationalen Gesellschaftsrecht verlangte notarielle Beurkundung nicht substituieren könne (Art. 11 Rom I-VO Rdnr. 17). Der Rückgriff auf eine ausländische Ortsform, die geringere Anforderungen an die Form stelle, werde bei der Abtretung von Geschäftsanteilen an einer GmbH mit Sitz in Deutschland durch Art. 11 Abs. 4 EGBGB ausgeschlossen (*Bischoff*, Art. 11 Rom I-VO Rdnr. 24).

Zur Rom III-Verordnung vertritt *Urs Peter Gruber* die Auffassung, dass nur gerichtliche Scheidungen, nicht aber sog. Privatscheidungen, wie sie im islamischen, jüdischen, verschiedenen Rechtsordnungen Ostasiens und nun auch Europas (notarielle Scheidung in Spanien und Rumänien) vorgesehen sind, erfasst seien. (*Gruber*, Art. 1 Rom III-VO Rdnr. 62). Das OLG München hat diese Frage durch Beschluss vom 2.6.2015 dem EUGH zur Vorabentscheidung vorgelegt.

Von größtem Interesse für die notarielle Praxis ist in dem vorliegenden Werk aber die Kommentierung zur seit dem 17.8.2015 anwendbaren EU-ErbVO. Dies wurde von *Dirk Looschelders* (kollisionsrechtlicher Teil), *Carl Friedrich Nordmeier* (Europäisches Nachlasszeugnis), *Mark Makowsky* (verfahrensrechtliche Teile) und *Robert Magnus* (zu den gerade im Übergangszeitraum nicht zu unterschätzenden „Schlussbestimmungen“) übernommen. Die Bearbeitung zeichnet sich durch ein durchgängig hohes Niveau aus. Sämtliche in der deutschen Literatur bereits aufgeworfenen Streitfragen werden aufgeführt und umfassend erläutert.

Makowsky interpretiert den „gewöhnlichen Aufenthalt“ im Sinne der EU-ErbVO als einen auf langfristige Stabilität angelegten Begriff. Daher sollen auch längerfristig angelegte berufliche Aufenthalte im Ausland, das „Überwintern“ während eines Großteils des Jahres in südlichen Ländern durch sonnenhungrige Rentner und der Einsatz diplomatischer Vertreter im Ausland regelmäßig den gewöhnlichen Aufenthalt im Hei-

matland unberührt lassen (Art. 4 Rdnr. 34 ff.). Nur scheinbar praxistauglich ist in diesem Zusammenhang freilich der Hinweis, „Rechtssicherheit lasse sich durch eine Rechtswahl“ herbeiführen, denn die Rechtswahl kommt gemäß Art. 22 EU-ErbVO nicht als Gestaltungsmittel in Betracht, wenn das Aufenthaltsrecht zur Anwendung kommen soll oder wenn Unsicherheiten bei der Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts vermieden werden sollen.

Looschelders wendet sich aber gegen eine stark subjektbezogene Interpretation des Begriffes. Da der gewöhnliche Aufenthalt auch die Basis für die internationale Zuständigkeit im Rahmen der EU-ErbVO bilde, will er den Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts eher anhand der objektiven Umstände bestimmen. Unsachgemäße Auswirkungen im Rahmen der Bestimmung des anwendbaren Rechts will er mit Hilfe der Ausweichklausel in Art. 21 Abs. 2 EU-ErbVO („engste Verbindung“) vermeiden. Die Funktion der Ausweichklausel besteht für ihn daher darin, dass sie eine einheitliche Auslegung des Begriffes des gewöhnlichen Aufenthalts erlaubt, ohne dass verfahrensrechtliche und kollisionsrechtliche Interessen in Widerspruch geraten (Art. 21 Rdnr. 11).

Bei der kollisionsrechtlichen Behandlung des § 1371 Abs. 1 BGB spricht *Looschelders* sich dafür aus, dass das Interesse des deutschen Güterrechts an einer pauschalisierten Auseinandersetzung der Zugewinnsgemeinschaft im Fall des Todes eines der Ehegatten auch unter der EU-ErbVO Vorrang vor einem ausländischen Erbrecht erhalte (Art. 1 EU-ErbVO Rdnr. 32).

Für die Auswirkung der Rechtswahl auf die Errichtung von Testamenten vertritt *Looschelders* die Ansicht, die allgemeine Rechtswahl nach Art. 22 EU-ErbVO erfasse auch das Errichtungsstatut des gleichzeitig oder später errichteten einseitigen oder gemeinschaftlichen Testaments und Erbvertrages (Art. 24 Rdnr. 11). Das „gemeinschaftliche Testament des deutschen Rechts“ will er nicht als „Testament“ im Sinne von Art. 24 EU-ErbVO, sondern als „Erbvertrag im Sinne von Art. 25 EU-ErbVO“ behandeln (Art. 24 Rdnr. 5). Die dafür erforderliche und damit bereits im Rahmen der Qualifikation zu ermittelnde Wechselbezüglichkeit will er bei gegenseitigen Verfügungen der gesetzlichen Vermutung des § 2270 BGB entnehmen (Art. 3 Rdnr. 16). Das entspricht dem allgemeinen Trend unter den deutschen Autoren. Offen bleibt aber auch bei ihm, aus welchen Gründen für die Auslegung der EU-ErbVO ausschließlich die Vermutungsregeln des deutschen BGB gelten sollen und gegenteilige Vermutungsregeln anderer europäischer Mitgliedstaaten (zum Beispiel § 1248 österr. ABGB) unbeachtet bleiben sollen. „Verbote des gemeinschaftlichen Testaments“ sollen als Frage der inhaltlichen Zulässigkeit bzw. der formellen Wirksamkeit anhand der Gründe für den Erlass der ausländischen Verbotsnorm (Art. 24 Rdnr. 8) qualifiziert werden. Diese in der bisherigen deutschen Praxis statuierte Regel hat regelmäßig versagt, da nur für ganz wenige Länder Klarheit hinsichtlich der gesetzgeberischen Motivation bestand. Auch verhindert sie eine einheitliche Interpretation der EU-ErbVO und führt zu einer Qualifikation *lege causae* nach dem ausländischen Recht. In den Mitgliedstaaten der EU-ErbVO würde ihrer Umsetzung voraussichtlich die einheitliche Auslegung der Regelung entgegenstehen.

Über die Widerruflichkeit eines Testaments soll gemäß Art. 24 Abs. 3 EU-ErbVO – insoweit gibt es allein eine einzige Gegenstimme – das für die widerrufene Verfügung geltende Errichtungsstatut entscheiden (Art. 24 Rdnr. 14). Durch Umzug oder Rechtswahl lässt sich daher weder das auf die Bindungswirkung noch das auf die freie Widerruflichkeit einer

getroffenen Verfügung von Todes wegen, auch wenn es sich nicht um einen Erbvertrag im Sinne von Art. 25 EU ErbVO handelt, anwendbare Recht mehr beeinflussen.

In der Frage, ob deutsche Behörden auch dann noch, wenn sie nach den Art. 4 ff. EU ErbVO in erbrechtlichen Angelegenheiten keine internationale gerichtliche Zuständigkeit haben, einen Erbschein ausstellen können, schließen *Makowsky* (Art. 4 Rdnr. 17) und *Nordmeier* (Art. 62 Rdnr. 33) sich der vordringenden Ansicht an, dass die EU ErbVO den Erbschein nicht regelt und daher auch die Zuständigkeit für die Erbscheinserteilung nach den Regeln des FamFG nicht verdrängt.

In Art. 68 Rdnr. 20 verdeutlicht *Nordmeier* die konkreten Auswirkungen der von der deutschen Lehre vertretenen güterrechtlichen Qualifikation des § 1371 Abs. 1 BGB auf die Formulierung des Europäischen Nachlasszeugnisses. Beruhe die Erbfolge auf der gesetzlichen Erbfolge, so dürfe wegen der Beschränkung der EU ErbVO auf erbrechtliche Fragen unter Ausschluss des Güterrechts die Erbquote des überlebenden Ehegatten neben Abkömmlingen lediglich mit einem Viertel ausgewiesen werden. Rein informatorisch sei dann darauf hinzuweisen, dass er daneben noch ein weiteres „Viertel als pauschalisiertes Zugewinnausgleich aus gesetzlichem Ehegüterrecht (§ 1371 Abs. 1 BGB): insgesamt 1/2“ erhalte. Offen bleibt dabei, ob die Erbquote der Abkömmlinge dann doppelt

als „erbrechtlich drei Viertel und ein Halb unter Berücksichtigung des Güterrechts“ auszuweisen ist.

Für den Antrag auf Ausstellung des Europäischen Nachlasszeugnis weist *Nordmeier* darauf hin, dass entgegen Art. 1 Abs. 4 der deutschen DVO zur EU ErbVO Art. 65 Abs. 2 EU ErbVO die Verwendung des amtlichen Formblattes für den Antrag ins Belieben des Antragstellers stelle. Allerdings weist er darauf hin, dass die Formblätter für den Antrag und das Zeugnis eng aufeinander abgestimmt seien, so dass die Verwendung des amtlichen Formblattes für den Antrag „dringend anzuraten“ sei (Art. 65 Rdnr. 6). Der Antragsteller entscheide selber, welche Angaben in das Zeugnis aufzunehmen seien. Bei unvollständigen Angaben dürfe die Behörde den Antrag nicht als unzulässig zurückweisen, sondern müsse auf eine Ergänzung hinwirken.

Die besondere Attraktivität dieses Kommentarbandes liegt meines Erachtens darin, dass der Notar hier nicht nur eine anspruchsvolle Kommentierung zum europäisierten IPR im Rahmen einer Großkommentierung erwirbt, sondern er sich auch nicht zugleich zur Gesamtabnahme weiterer Bände verpflichten muss. Wer an einer gründlichen Kommentierung der EU ErbVO interessiert ist, wird daher gerne auf diese hervorragende Bearbeitung zurückgreifen.

Rechtsanwalt Dr. *Rembert Süß*, Würzburg

RECHTSPRECHUNG

Bürgerliches Recht

1. BGB §§ 158, 161 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3, §§ 833, 2033 Abs. 1; GBO § 51 (*Abtretung eines Erbanteils an Dritten und Rückübertragung bedarf auch der Eintragung einer Verfügungsbeschränkung*)

Überträgt ein im Grundbuch als Miteigentümer in Erbengemeinschaft eingetragener Erbe einen Bruchteil seines Erbanteils auf einen Dritten und tritt dieser den Anteil in derselben Urkunde aufschiebend bedingt wieder an den bisherigen Miteigentümer ab, so ist im Grundbuch mit der Eintragung der Bruchteilsübertragung zugleich auch die durch die aufschiebend bedingte Rückabtretung bewirkte Verfügungsbeschränkung des Erbanteilerwerbers einzutragen (Anschluss an BayObLGZ 1994, 29 = ZEV 1994, 306).

OLG München, Beschluss vom 11.11.2015, 34 Wx 225/14

Im Grundbuch sind als Eigentümer von Grundbesitz die Beteiligte zu 2 und ihre Mutter in Erbengemeinschaft eingetragen. Am 27.11.2013 errichteten die Beteiligte zu 2 und deren Tochter, die Beteiligte zu 1, eine notarielle Urkunde über eine Erbteilsübertragung mit folgendem wesentlichem Inhalt:

II. Erbteilsübertragung

Frau ... (Beteiligte zu 2) – im Folgenden auch als „Veräußerer“ bezeichnet – überträgt hiermit von ihrem hälftigen Erbteil ($\frac{3}{6}$) am Nachlass ihres verstorbenen Vaters ... einen Anteil von einem Drittel (d. h. $\frac{1}{6}$ am gesamten Nachlass) an ihre Tochter ... (Beteiligte zu 1) – im Folgenden auch als „Erwerber“ bezeichnet – zur Alleinberechtigung, die diese Erbteilsübertragung hiermit annimmt.

Veräußerer und Erwerber sind über diese Erbteilsübertragung mit sofortiger dinglicher Wirkung einig.

III. Grundbuchberichtigungen

Die im Grundbuch eingetragenen Eigentumsverhältnisse sind aufgrund der heutigen Erbteilsübertragung unrichtig geworden.

Die Beteiligten bewilligen und beantragen hiermit die Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung der vorstehenden Erbteilsübertragung an dem ... Grundbesitz. (...)

V. Verfügungsunterlassungsverpflichtung, Rückübertragung (...)

2. Der Veräußerer kann die kosten- und steuerfreie Rückübertragung des vertragsgegenständlichen Erbteils an sich verlangen, wenn ...

3. Das Verlangen auf Rückübertragung kann der Veräußerer nur persönlich, also nicht durch einen Bevollmächtigten oder gesetzlichen Vertreter, nur in notariell beurkundeter Form und nur innerhalb von drei Jahren von dem Zeitpunkt an geltend machen, in dem der Veräußerer von den Tatsachen Kenntnis erhält, die zur Geltendmachung des Anspruchs berechtigen ...

4. Aufschiebend bedingt durch die Ausübung des Rückforderungsrechts des Veräußerers tritt der Erwerber den vertragsgegenständlichen Erbteil an den Veräußerer ab.

Die Eintragung der sich daraus ergebenden Verfügungsbeschränkung im Grundbuch wird hiermit bewilligt.

Der Veräußerer erteilt dem Erwerber über den Tod hinaus Vollmacht, nach dem Tode des Veräußerers die Löschung der Verfügungsbeschränkung im Grundbuch zu bewilligen und zu beantragen. (...)

Mit Eingang am 6.12.2013 beantragten die Beteiligten unter anderem Grundbuchberichtigung hinsichtlich der Erbteilsübertragung (Ab-

schnitt II.) und die Eintragung der Verfügungsbeschränkung (Abschnitt V. der notariellen Urkunde).

Diese Anträge hat das Grundbuchamt nach Anhörung der Beteiligten mit Beschluss vom 28.4.2014 zurückgewiesen. Es handele sich um eine unbedingte Erbteilsübertragung mit schuldrechtlichem Rückübertragungsvorbehalt. Die Verfügungsbeschränkung habe daher den Charakter einer Rückauffassungsvormerkung. Die Beteiligte zu 2 müsste bei Eintritt einer Bedingung für die Rückübertragung des Erbteils diese erst geltend machen. Zudem beziehe sich der Rückübertragungsanspruch auf den Erbanteil und nicht nur auf ein Grundstücksrecht; er sei daher nicht dinglich sicherbar. Die Eintragung einer Verfügungsbeschränkung am übertragenen Erbteil würde das Grundbuch unrichtig machen. Auch die Grundbuchberichtigung könne als verbundener Antrag nicht eingetragen werden.

Dagegen wenden sich die Beteiligten mit ihrem Rechtsmittel. Der schuldrechtliche Rückübertragungsanspruch und das dingliche Verfügungsgeschäft zur Erfüllung des Anspruchs, das ohne Weiteres mit Bedingungseintritt wirksam werde, seien zu unterscheiden. Für den grundbuchamtlichen Vollzug sei allein das dingliche Rechtsgeschäft maßgeblich.

Das Grundbuchamt hat nicht abgeholfen.

Aus den Gründen:

II.

(...)

Die Beschwerde hat in der Sache Erfolg.

1. Im Fall einer in derselben notariellen Urkunde vorgenommenen Übertragung eines (Bruchteils eines) Erbanteils auf einen Erwerber (§ 2033 Abs. 1 BGB; *Palandt/Weidlich*, 74. Aufl., § 2033 Rdnr. 2) mit aufschiebend bedingter Rückabtretung durch den Erwerber an den Übertragenden wird das Grundbuch unrichtig und ist durch die Eintragung der Erbanteilsübertragung und – von Amts wegen – einer Verfügungsbeschränkung zu berichtigen (BayObLGZ 1994, 29, 31).

a) Auch wenn die Vormerkung vielfach als qualifizierte Verfügungsbeschränkung bezeichnet wird (Nachweise in *Staudinger/Gursky*, Bearb. 2013, § 883 Rdnr. 331), sind die Unterschiede zwischen einer Vormerkung und einer Verfügungsbeschränkung so gravierend, dass eine derartige Einordnung zu Recht verworfen wird (vgl. RGZ 113, 403, 408 m. w. N.; ebenso *Staudinger/Gursky*, a. a. O.).

Eine Vormerkung dient nach § 883 BGB zur Sicherung eines Anspruchs auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechts an einem Grundstück. Der gesicherte Anspruch muss somit ein schuldrechtlicher Anspruch auf Vornahme einer dinglichen Rechtsänderung sein (*Palandt/Bassenge*, § 883 Rdnr. 5). Mit einer Rückauffassungsvormerkung können daher Rückgewähransprüche (etwa der Anspruch auf Rückübertragung) gesichert werden (*Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 2345). Ist dagegen die dingliche Rückübertragung schon erklärt, sei es auch nur unter einer Bedingung (§ 158 BGB), liegt kein durch eine Vormerkung nach § 883 BGB sicherbarer Rechtsänderungsanspruch vor. Vielmehr ist mit der bedingten (Rück-)Übertragung schon über das Recht verfügt. Das hat kraft Gesetzes eine Verfügungsbeschränkung nach § 161 BGB zur Folge (vgl. *Staudinger/Bork*, Bearb. 2003, § 161 Rdnr. 3, der als wichtigsten Fall die aufschiebend bedingte Übereignung an den Eigentumsvorbehaltskäufer bezeichnet). Gemäß § 161 BGB ist nach einer aufschiebend bedingten Verfügung über einen Gegenstand jede weitere Verfügung, die während der Schwebezeit über den Gegen-

stand getroffen wird, im Fall des Bedingungseintritts insoweit unwirksam, als sie die von der Bedingung abhängige Wirkung vereiteln oder beeinträchtigen würde. Trotz ihres Wortlauts ist die Vorschrift nicht nur auf Gegenstände, sondern als allgemeiner Rechtsgedanke auch auf bedingt abgetretene Forderungen oder bedingt übertragene Rechte anzuwenden (vgl. BGHZ 20, 127, 133; MünchKommBGB/Westermann, 7. Aufl., § 161 Rdnr. 10; Palandt/Ellenberger, § 161 Rdnr. 1; Staudinger/Bork, § 161 Rdnr. 5). Mit anderen Worten dient die Vormerkung allein der Sicherung schuldrechtlicher Ansprüche auf eine dingliche Rechtsänderung, wohingegen die Verfügungsbeschränkung auch zur Sicherung von dinglichen Rechtspositionen in Betracht kommt (Staudinger/Gursky, § 883 Rdnr. 332). Während die Vormerkung zudem erst mit Eintragung Wirkung entfaltet, tritt die Verfügungsbeschränkung in der Regel unabhängig von ihrer etwaigen Verlautbarung im Grundbuch in Kraft (Staudinger/Gursky, § 883 Rdnr. 331). Allerdings ist sie, um den öffentlichen Glauben des Grundbuchs zu zerstören, in dieses einzutragen (BayObLGZ 1994, 29, 30 f.; LG Nürnberg-Fürth, MittBayNot 1982, 21; Neusser, MittRhNotK 1979, 143, 149; Staudinger/Gursky, § 883 Rdnr. 331; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 970).

b) Dies gilt auch für den Fall, dass nicht ein Recht am Grundstück selbst bedingt übertragen wird, sondern ein Erbanteil, wenn zum Nachlass ein Recht am Grundstück gehört. Dem Erbeilsveräußerer steht nämlich nicht nur der Erbteil nur noch bedingt zu, sondern auch das (gesamthänderische) Anteilsrecht an den einzelnen Nachlassgegenständen, so dass auch Zwischenverfügungen über Nachlassgegenstände nach § 161 BGB zunächst nur schwebend wirksam sind (BayObLGZ 1994, 29; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 970; Neusser, MittRhNotK 1979, 148). Dies belegt schon die in § 51 GBO getroffene Wertung. Im dortigen Fall sind ebenfalls zur Sicherung eines Nachlassgrundstücks Eintragungen zulässig, auch wenn sich die Nacherbenstellung nicht allein auf das Recht an dem Grundstück bezieht (vgl. BayObLGZ 1994, 29, 32).

2. Die (Rück-)Abtretung des Erbanteils durch die Beteiligte zu 1 für den Fall der Ausübung des Rückforderungsrechts durch die Beteiligte zu 2 stellt eine aufschiebend bedingte Verfügung über diesen dar. Bedingung der Rückabtretung ist nach dem Wortlaut der Urkunde allein die Geltendmachung des Anspruchs auf Rückübertragung, nicht dagegen sind es die Gründe, weswegen die Rückübertragung geltend gemacht werden kann. Jede Verfügung der Beteiligten zu 1 über den Erbanteil während der Schwebezeit wäre im Fall des Eintritts der Bedingung insoweit unwirksam, als die von der Bedingung abhängige Abtretung des Erbanteils vereitelt oder beeinträchtigt würde (§ 161 Abs. 1 Satz 1 BGB).

Mit der Erbanteilsübertragung ist die Eintragung der Verfügungsbeschränkung – an sich überflüssig – beantragt, welche gleichzeitig mit der Berichtigung in das Grundbuch von Amts wegen aufzunehmen ist (BayObLGZ 1994, 29, 32), wenn deren Voraussetzungen im Übrigen vorliegen.

(...)

2. BGB § 158 Abs. 1, §§ 876, 877; WEG § 7 Abs. 3, § 10 Abs. 2 und 3, § 13 Abs. 2, § 15 Abs. 1 (Zur hinreichend bestimmten Bezeichnung von Sondernutzungsrechten bei Zuordnung durch den Verwalter)

Sollen Sondernutzungsrechte im Fall der Vorratsteilung aufschiebend bedingt durch eine spätere Zuordnungser-

klärung des Verwalters begründet werden, müssen die Grundstücksflächen, von deren Mitgebrauch die späteren Wohnungseigentümer durch das Sondernutzungsrecht ausgeschlossen werden, in der zu den Grundakten gelangten Teilungserklärung oder den dieser beigelegten Plänen hinreichend bestimmt bezeichnet sein.

OLG München, Beschluss vom 28.9.2015, 34 Wx 84/14

Die Beteiligten zu 1 und 2 sind Eigentümer von Wohnungseigentum. Dem Sondereigentum an ihrer Wohnung Nr. 1 im Erdgeschoss und an einem Hobbyraum sind gemäß Eintragung im Grundbuch Sondernutzungsrechte an einem Kellerraum und der Terrasse zugeordnet.

In Ziffer II. 14 der Anlage 1 zur Teilungserklärung (Gemeinschaftsordnung) vom 30.12.1998, auf die im Bestandsverzeichnis Bezug genommen ist, ist hinsichtlich Sondernutzungsrechten an Gartenflächen geregelt:

Aufschiebend bedingt durch die Zuweisung begründet der Grundstückseigentümer Sondernutzungsrechte an Gartenflächen, gemäß dem beigelegten Plan, in dem dieser Grundstücksteil violett schraffiert eingezeichnet ist.

Die Zuweisung von Teilen dieser Gartenfläche erfolgt durch den Grundstückseigentümer in den Kaufverträgen oder nach Verkauf der letzten Einheit durch Erklärung des Verwalters gegenüber dem Grundbuchamt. Die übrigen Miteigentümer sind bereits jetzt von der Nutzung dieses Grundstücksteils als Teil des Gemeinschaftseigentums ausgeschlossen, soweit ihnen kein Sondernutzungsrecht ausdrücklich zugewiesen wird.

Dem Wohnungseigentümer Nr. 1 ist es im Fall der Zuweisung des Sondernutzungsrechts [gestattet] ein Geräte-/Gartenhaus (höchstens 6 m² Grundfläche) im nördlichen Bereich zu errichten und dort zu belassen.

Als Anlage ist der Teilungserklärung ein Lageplan beigeheftet, der eine Fläche zwischen Stellplätzen eins bis fünf entlang und in Verlängerung der Gebäudesüdseite und entlang der westlichen Gebäudebreite in rötlich-violetter Schraffierung aufweist. An der von den Stellplätzen abgewandten Gebäudebreite nach Norden hin ist eine undeutliche, möglicherweise verblasste graue Schraffierung noch zu erkennen.

Am 3.1.2013 errichtete der Verwalter der Wohnanlage folgende Urkunde:

Anlage 1 Ziffer II. 14. zur Teilungserklärung, ... weist der unterzeichnende Verwalter in Ausübung der ihm erteilten Ermächtigung hiermit dem Eigentümer der in ... vorgetragene Sondereigentumseinheit Nr. 1 zur alleinigen, unentgeltlichen und ausschließlichen Nutzung zu das Sondernutzungsrecht an der Gartenfläche, die in dem dieser Erklärung beigelegten Plan gelb gedeckt eingezeichnet ist.

Es wird bewilligt und beantragt.

vorstehende Sondernutzungsrechtszuweisung in das Grundbuch einzutragen.

Der Urkunde beigelegt war ein Plan, der einen Teil der im ursprünglichen Plan rot-violett markierten Fläche im nördlichen Bereich der Gebäudelängsseite sowie eine weitere Fläche an der von den Stellplätzen abgewandten Hausbreite (nach Norden hin) in gelber Schraffur ausweist.

In der Wohnungseigentümerversammlung vom 11.6.2013 wurde unter TOP 9 zum Sondernutzungsrecht für Wohnung Nr. 1 Folgendes im Protokoll festgehalten:

(Hausverwalter) informierte die anwesenden Eigentümer/Bevollmächtigten, dass gemäß Anlage 1 Ziff II. 14. zur Teilungserklärung, weist der Verwalter ... hiermit dem Eigentümer der in ... vorgetragene Sondereigentumseinheit Nr. 1 zur alleinigen, unentgeltlichen und ausschließlichen Nutzung das Sondernutzungsrecht an der Gartenfläche zu. (Nordseite)

Die Urkunden legte der Notar am 2.12.2013 dem Grundbuchamt zur Eintragung der Sondernutzungsrechtszuweisung vor.

Nachdem das Grundbuchamt auf Bedenken wegen der im Norden gelegenen Gartenfläche hingewiesen hatte, berief sich der Notar auf

einen Sondernutzungsrechtsplan, den er bei dem für die Teilungserklärung zuständigen Notariat erhielt hatte. Nach der vorgelegten Farbkopie ist die an die nördliche Gebäudeseite anschließende Fläche ebenfalls mit einer – farblich identischen – Schraffur versehen, wie sie auch die Flächen an den beiden anderen Gebäudeseiten aufweisen.

Mit Beschluss vom 13.1.2014 hat das Grundbuchamt den Antrag kostenpflichtig zurückgewiesen. Es sei ein Beschluss der Eigentümerversammlung erforderlich, da die ursprüngliche Teilungserklärung die zur Zuweisung von Sondernutzungsrechten vorgesehene Fläche unzureichend markiere. Die bloße Information in der Eigentümerversammlung genüge nicht. Aufgrund der fehlenden Markierung in der Teilungserklärung sei der Verwalter nicht berechtigt gewesen, in eigener Regie ohne Abstimmung und Beschluss der Eigentümerversammlung ein Sondernutzungsrecht zuzuweisen. Auch genüge die Formulierung dem Bestimmtheitsgrundsatz nicht. Auf einen Lageplan mit Markierung sei im Protokoll der Eigentümerversammlung nicht verwiesen.

Hiergegen hat der Notar namens der Beteiligten aufgrund der ihm erteilten Vollmachten Beschwerde eingelegt. Vorgebracht wird, dass auch die bei den Grundakten befindliche Ablichtung im fraglichen nördlichen Bereich eine – wenn auch dort weniger deutlich ausgestaltete – Schattierung aufweise. Für die Frage des Umfangs eines Sondernutzungsrechts seien neben der farblichen Einzeichnung im Lageplan auch sonstige in der Erklärung angelegte Umstände heranzuziehen. Weil dem Eigentümer der Wohnung Nr. 1 gestattet sei, im nördlichen Bereich ein Gartenhaus von 6 m² Grundfläche zu errichten, es in der deutlich violett eingezeichneten Fläche aber keinen derartigen Bereich gebe, der auf einer Grundfläche von 6 m² die Errichtung zulasse, ergebe sich im Wege der Auslegung, dass die weniger deutlich markierte nördliche Fläche von der Zuweisungsermächtigung erfasst sein sollte.

Im Übrigen sei ausschließlich die Urschrift hinsichtlich des Umfangs der vereinbarten Rechte maßgeblich. In der Urschrift seien die Sondernutzungsrechte auch an der in Frage stehenden nördlichen Fläche begründet worden. Da die bei den Grundakten befindliche beglaubigte Ablichtung von der Urschrift abweiche, sei das Grundbuch unrichtig und zu berichtigen. Vorsorglich werde hiermit eine entsprechende Berichtigung beantragt. Der Beschwerde gegen den Beschluss hat das Grundbuchamt am 24.2.2014 nicht abgeholfen und zugleich den Antrag auf Grundbuchberichtigung zurückgewiesen. Denn andere Eigentümer als die Beteiligten hätten mittlerweile gutgläubig unbelastetes Gemeinschaftseigentum erworben.

Aus den Gründen:

II.

Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

1. Die Beschwerde gegen den Beschluss vom 13.1.2014 ist als unbeschränkte Beschwerde statthaft (§ 71 Abs. 1 GBO) und auch im Übrigen zulässig (§ 73 GBO, § 10 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 FamFG). Sie ist jedoch unbegründet. Für die Beteiligten zu 1 und 2 kann nicht aufgrund Verwaltererklärung ein Sondernutzungsrecht an der fraglichen Gartenfläche eingetragen werden.

a) Unter dem Sondernutzungsrecht für einen Wohnungs- oder Teileigentümer wird eine nach § 10 Abs. 2 Satz 2, § 15 Abs. 1 WEG vereinbarte Nutzungsregelung verstanden, die einem bestimmten Wohnungseigentümer hinsichtlich eines Teils des gemeinschaftlichen Eigentums das ausschließliche Recht zum Gebrauch einräumt, den anderen Wohnungseigentümern also insoweit ihr Recht zum Mitgebrauch des gemeinschaftlichen Eigentums nach § 13 Abs. 2 Satz 1 WEG nimmt (vgl. nur BayObLG, Rpfleger 1990, 63). Das Sondernutzungsrecht hat zwei Komponenten: dem Eigentümer einer bestimmten Wohnung wird (positiv) die Befugnis zum Gebrauch des gemeinschaftlichen Eigentums eingeräumt, alle übrigen Eigentümer werden (negativ) von der ihnen als Mit-eigentümern zustehenden Befugnis zum Mitgebrauch ausgeschlossen (vgl. BayObLGZ, 1985, 378, 380 f.).

Die Begründung von Sondernutzungsrechten, sofern sie auch gegenüber Sondernachfolgern wirksam sein sollen, setzt nach § 10 Abs. 3 WEG die Eintragung im Grundbuch voraus. Diese führt zu einer inhaltlichen Änderung des Sondereigentums aller Wohnungseigentümer. Das grundsätzlich nicht durch Mehrheitsbeschluss, sondern durch Vereinbarung zu begründende Sondernutzungsrecht bedarf daher nach § 877 i. V. m. §§ 876, 873 BGB der Mitwirkung aller Wohnungseigentümer. Bei einem nachträglich zu bestellenden Sondernutzungsrecht müssen somit alle Wohnungseigentümer die Eintragung im Grundbuch gemäß § 19 GBO bewilligen, außer der teilende Alleineigentümer hat schon einseitig durch entsprechende Regelung in der Teilungserklärung die Begründung von Sondernutzungsrechten vorgesehen (Vorratsteilung nach § 8 WEG, vgl. BayObLG, Rpfleger 1990, 63). Sind die übrigen Wohnungseigentümer bereits in der Teilungserklärung vom Mitgebrauch des gemeinschaftlichen Eigentums ausgeschlossen worden (negative Komponente) und hat der teilende Eigentümer sich selbst oder dem Verwalter eine Zuordnungserklärung vorbehalten, nach der Sondernutzungsrechte bestimmten Wohnungseigentümern zugeordnet werden können, so stellt sich diese Regelung im Hinblick auf die negative Komponente des Sondernutzungsrechts als aufschiebende Bedingung im Sinne von § 158 Abs. 1 BGB dar. Das Ereignis, mit dessen Eintritt der Ausschluss wirksam sein soll, ist die Zuordnungserklärung des teilenden Eigentümers oder Verwalters (vgl. BayObLGZ, 1985, 378, 381). Die Regelung in der Teilungserklärung bewirkt, dass die Wohnungseigentümer bis auf den durch die Zuordnungserklärung Begünstigten mit Eintritt der Bedingung vom Mitgebrauch des betreffenden gemeinschaftlichen Eigentums ausgeschlossen sind. Ihr Sondereigentum wird durch die Begründung des Sondernutzungsrechts zugunsten des Begünstigten nicht mehr (zusätzlich) verändert, so dass Drittberechtigte dadurch nicht beeinträchtigt werden können (vgl. auch OLG Düsseldorf, Rpfleger 1993, 193). Deshalb ist die Mitwirkung der übrigen Wohnungseigentümer sowie der Grundpfandgläubiger in diesem Fall bei der Eintragung des Sondernutzungsrechts im Grundbuch entbehrlich (vgl. BayObLG, Rpfleger 1990, 63; OLG Düsseldorf, Rpfleger 1988, 63).

Grundvoraussetzung einer ohne die Bewilligung der übrigen Wohnungseigentümer und der dinglich Berechtigten gemäß § 19 GBO möglichen Eintragung von Sondernutzungsrechten zugunsten bestimmter Wohnungseigentümer durch eine spätere Zuordnungserklärung ist jedoch, dass die negative Komponente des Sondernutzungsrechts dinglicher Inhalt der Wohnungs- und Teileigentumsrechte geworden ist. Dazu gehört es, dass in der Teilungserklärung eine Vereinbarung getroffen worden ist, die einen hinreichend bestimmten Inhalt hat. Die nach § 8 WEG errichtete Teilungserklärung muss nicht insgesamt ins Grundbuch eingetragen werden; nach § 7 Abs. 3 WEG genügt zur näheren Bezeichnung von Gegenstand und Inhalt des Sondereigentums die Bezugnahme auf die Bewilligung und die Aufteilungspläne, die Bestandteil der Teilungserklärung sind (BayObLG, NJW-RR 1991, 1356, 1357).

b) In der bei den Grundakten befindlichen Anlage zur Teilungserklärung ist in Ziffer II. 14. der Verwalter bevollmächtigt, Teile der Gartenfläche, die in dem der Teilungserklärung beigefügten Plan violett schraffiert eingezeichnet ist, Eigentümern zuzuweisen. Damit ist (nur) für den in dem eingereichten Plan rötlich-violett schraffierten Teil der Ausschluss der übrigen Wohnungseigentümer hinsichtlich des Mitgebrauchs des gemeinschaftlichen Eigentums (negative Komponente) hinreichend bestimmt und die aufschiebende Zuordnung des Sondernutzungsrechts durch die Bezugnahme der Eintragung auf die Bewilligung dinglicher Inhalt des Wohnungseigen-

tums geworden. Für die übrigen Bereiche sind die Eigentümer hingegen nicht von der Nutzung ausgeschlossen. Denn die negative Komponente ist allein dem dinglichen Inhalt der Wohnungs- und Teileigentumsrechte zu entnehmen und damit den in der Eintragung in Bezug genommenen bei den Grundakten befindlichen Unterlagen. Die als Anlage zur Teilungserklärung eingereichten Pläne enthalten jedoch für den hinteren Teil der Gartenfläche nicht eine „weniger deutlich markierte“, sondern überhaupt keine violette Schraffierung.

Auch eine Auslegung (§ 133 BGB) der Teilungserklärung scheidet aus, da schon eine Auslegungsbedürftigkeit nicht ersichtlich ist. Weder die Formulierung der Teilungserklärung noch der in Bezug genommene Plan sind mehrdeutig. Die (gelb) schraffiert eingezeichnete (restliche) Gartenfläche zu Wohnung Nr. 1 umfasst mehr als 6 m², nach dem Lageplan wohl tatsächlich über 25 m². Es ist nicht ausgeschlossen, zudem auch mit den Mitteln des Grundbuchverfahrens nicht ausschließbar, „im nördlichen Bereich“ dieser Fläche das bezeichnete Gartenhaus zu errichten. Zwingend auf der strittigen Fläche zu errichten ist es deshalb nicht.

Es kann daher dahinstehen, ob in der notariell errichteten Teilungserklärung die betroffene, violett schraffierte Fläche einen größeren Bereich umfasste als die beim Grundbuchamt eingereichten Unterlagen und damit die dem Verwalter erteilte Vollmacht, Sondernutzungsrechte zuzuweisen, weitergehend sein sollte.

(...)

3. BGB § 158 Abs. 2, § 1093; GBO § 18 (Wohnungsrecht unter auflösender Bedingung)

Grundsätzlich kann ein Wohnungsrecht im Sinne des § 1093 BGB unter einer auflösenden Bedingung nach § 158 Abs. 2 BGB bestellt werden. Allerdings kann nicht jedes beliebige Ereignis zur auflösenden Bedingung für ein dingliches Recht an einem Grundstück bestimmt werden. Vielmehr ist Rücksicht zu nehmen auf den Zweck des Grundbuchs, über das Entstehen und Erlöschen dinglicher Rechte sicher und zuverlässig Auskunft zu geben; dies bedeutet, dass nur solche Ereignisse wirksam zur Bedingung für das Erlöschen von Grundstücksrechten gemacht werden können, deren Eintritt objektiv mit der gebotenen Eindeutigkeit bestimmbar ist.

OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 27.10.2014, 20 W 392/13

Am 29.11.2013 hat der Verfahrensbevollmächtigte nebst weiteren Urkunden seine notarielle Urkunde vom 2.9.2013 beim Grundbuchamt mit dem Antrag auf Wahrung gemäß § 15 GBO eingereicht. In dem in der bezeichneten Urkunde enthaltenen Übergabevertrag, wegen dessen Einzelheiten auf Blatt 2 ff. der Grundakten verwiesen wird, hat der Beteiligte zu 1 als im betroffenen Grundbuch eingetragener Eigentümer den Grundbesitz auf seine Tochter, die Beteiligte zu 3, übertragen; in § 7 ist die Auflassung erklärt worden. Unter § 9 dieses Überlassungsvertrages hat die Beteiligte zu 3 den Beteiligten zu 1 und 2, ihren Eltern, ein Wohnungsrecht gemäß § 1093 BGB an dem betroffenen Grundbesitz eingeräumt. § 9 enthält unter anderem folgende Klausel:

„Die Überlassung der Ausübung des Wohnungsrechts an Dritte ist nicht gestattet. Es endet, wenn das Wohnungsrecht voraussichtlich auf Dauer nicht mehr ausgeübt werden kann.“

In der Folge haben die Beteiligten die Eintragung eines Wohnungsrechts als beschränkt persönliche Dienstbarkeit zugunsten der Beteiligten zu 1 und 2 bewilligt und beantragt.

Durch die angefochtene Verfügung hat die Rechtspflegerin beim Grundbuchamt – soweit hier von Belang – unter Ziffer 2. ausgeführt,

dass die Klausel, nach der das dingliche Wohnungsrecht enden solle, wenn es „voraussichtlich auf Dauer nicht mehr ausgeübt werden“ könne, als Endzeitpunkt zu unbestimmt sei; ggf. möge klargestellt werden, dass es sich um eine lediglich schuldrechtliche Vereinbarung handele. Hiergegen hat der Verfahrensbevollmächtigte mit Schriftsatz vom 6.12.2013 Einwendungen erhoben. Die Rechtspflegerin beim Grundbuchamt hat dies ausweislich ihres Beschlusses vom 18.12.2013 als Beschwerde der Beteiligten gegen die Ziffer 2. der betroffenen Zwischenverfügung ausgelegt, der sie nicht abgeholfen hat. Sie hat die Sache dem Senat zur Entscheidung vorgelegt. Auf die Verfügung des Senats vom 6.1.2014 hat der Verfahrensbevollmächtigte mit Schriftsatz vom 9.1.2014 ergänzend Stellung genommen.

Aus den Gründen:

II.

(...)

Das Grundbuchamt hat – wie sich aus dem Nichtabhilfebeschluss ergibt – die beanstandete Klausel in § 9 des notariellen Vertrages dahingehend ausgelegt, dass sie im Hinblick auf das Erlöschen des Wohnungsrechts („...endet...“) eine auflösende Bedingung enthält, das Wohnungsrecht mithin mit Eintritt der Bedingung (wohl dinglich) erlöschen soll. Diese Auslegung durch das Grundbuchamt beanstandet die Beschwerde nicht, wohl auch noch nicht dadurch, dass sie sich ausdrücklich auf eine Eintragung des AG Gießen, Grundbuch von O1, Blatt ..., Abt. II lfd. Nr. 2, beruft, in der – wie das Grundbuchamt zu Recht ausgeführt hat – gerade kein bedingtes Recht verlautbart wird (vgl. dazu etwa *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 1261, 266; *Demharter*, GBO, 29. Aufl., § 44 Rdnr. 20, je m. w. N.). Ohnehin würde aber eine behauptete anderweitige Eintragungspraxis weder das Grundbuchamt noch den Senat in ihren Entscheidungen binden. Ansonsten lassen die Beteiligten jegliches Vorbringen zur Eintragungsfähigkeit des bewilligten Rechts vermissen, auch dazu, in welcher Weise sie das Recht verstanden wissen bzw. welche Rechtsbedeutung sie ihr beimessen wollen. Nach Wortlaut und Sinn der Eintragungsbewilligung, wie er sich aus ihr für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung ergibt (vgl. zu diesen Auslegungsgrundsätzen: *Demharter*, a. a. O., § 19 Rdnr. 28 m. w. N.), muss daraus in der Tat ein auflösend bedingtes Wohnungsrecht entnommen werden, wenn darin auch nicht von einem (dinglichen) Erlöschen des Wohnrechts die Rede ist; insoweit ist dem Grundbuchamt im Ergebnis zu folgen.

Grundsätzlich kann ein Wohnungsrecht im Sinne des § 1093 BGB unter einer auflösenden Bedingung nach § 158 Abs. 2 BGB bestellt werden. Allerdings kann nicht jedes beliebige Ereignis zur auflösenden Bedingung für ein dingliches Recht an einem Grundstück bestimmt werden. Vielmehr ist Rücksicht zu nehmen auf den Zweck des Grundbuchs, über das Entstehen und Erlöschen dinglicher Rechte sicher und zuverlässig Auskunft zu geben; dies bedeutet, dass nur solche Ereignisse wirksam zur Bedingung für das Erlöschen von Grundstücksrechten gemacht werden können, deren Eintritt objektiv mit der gebotenen Eindeutigkeit bestimmbar ist (vgl. BayObLG, FGPrax 1997, 210, zitiert nach juris; Senat, Rpfleger 1993, 331; *Demharter*, a. a. O., Anhang zu § 13 Rdnr. 5, 6). Objektive Bestimmbarkeit bedeutet danach nicht, dass das Ereignis, welches die Bedingung auslöst, sogleich und ohne Weiteres feststellbar ist, ohne dass es über seinen Eintritt Meinungsverschiedenheiten oder gar Streit geben könnte (vgl. BayObLG, FGPrax 1997, 210; OLG Zweibrücken, FGPrax 2005, 9, zitiert nach juris). Wenn die verwendeten Begriffe jedoch selbst zu ungenau sind, gilt etwas anderes (vgl. BayObLG, FGPrax 1997, 210 m. w. N.). Unerheblich ist es aber, ob der Eintritt des Ereignisses, aufgrund dessen die

auflösende Bedingung eintreten soll, sich mit den dem Grundbuchamt zur Verfügung stehenden Mitteln in einer den Formvorschriften des § 29 GBO entsprechenden Form überhaupt nicht feststellen lassen, was hier allerdings zweifelhaft erscheinen könnte. Denn dies betrifft nur die Frage, in welcher Weise die Löschungsvoraussetzungen nachzuweisen sind (vgl. Senat, Rpfleger 1993, 331 m. w. N.).

Ausgehend davon lässt die vorliegende Klausel zum Erlöschen des Wohnungsrechts die hinreichende Bestimmtheit im genannten Sinne vermissen. Das den Beteiligten zu 1 und 2 eingeräumte Wohnungsrecht soll hier enden, wenn es „voraussichtlich auf Dauer nicht mehr ausgeübt werden kann“. Beim Wohnungsrecht ist dabei zunächst zu berücksichtigen, dass nach der Rechtsprechung des BGH (vgl. die Nachweise in NJW 2012, 3572, zitiert nach juris) das Erlöschen eines solchen auf Lebenszeit eingeräumten – dinglichen – Wohnungsrechts vor dem Tod des jeweiligen Berechtigten nur ausnahmsweise in Betracht kommt. Zwar erlischt eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit dann, wenn das Recht niemandem mehr einen Vorteil bietet. Für ein Wohnungsrecht hat der BGH dies aber auch dann verneint, wenn der Berechtigte an der Ausübung aus subjektiven Gründen dauerhaft gehindert ist. Dabei hat er sich auf die Erwägung gestützt, der Wohnungsberechtigte könne die Räume mit Gestattung des Eigentümers vermieten. Ein dauerhafter Wegfall des Interesses ist darum nicht schon deshalb anzunehmen, weil der Berechtigte die Wohnung selbst nicht nutzen kann und der Eigentümer die Vermietung nicht gestattet. Insoweit kommt es nämlich auf die abstrakte Möglichkeit der Gestattung an. Das ergibt sich schon daraus, dass die – auch hier in § 9 des Vertrags enthaltene – grundsätzliche Versagung der Gestattung den Rechtsnachfolger des Eigentümers nicht bindet und deshalb die wirtschaftliche Nutzung nicht – wie es erforderlich wäre – dauerhaft und zweifelsfrei ausschließt (vgl. BGH, NJW 2012, 3572 m. w. N.). Unter anderem diese Rechtsprechung und die sich hieran gegebenenfalls anknüpfenden Zugriffsmöglichkeiten Dritter, insbesondere Sozialleistungsträger (im Zusammenhang mit immerhin denkbaren Zahlungsansprüchen), haben die juristische und insbesondere die vertragsgestaltende Literatur zu dem Vorschlag bewogen, das Wohnungsrecht mit einer auflösenden Bedingung zu verbinden (vgl. dazu im Einzelnen etwa *Krauß*, Überlassungsverträge in der Praxis, 2. Aufl., Rdnr. 970 ff.; *Krauß*, NotBZ 2007, 129; *Zimmer*, ZEV 2009, 382; *Brückner*, NJW 2008, 1111; *Basty* in *Kersten/Bühling*, Formularbuch und Praxis der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 24. Aufl., § 65 Rdnr. 30 und 19, 24). Dies mag auch der Hintergrund der hier gewählten Gestaltung sein; die Beteiligten äußern sich hierzu – wie gesagt – in keiner Weise. Soweit an den genannten Literaturstellen vor dem ausgeführten rechtlichen Hintergrund neben anderen Klauseln auch der Formulierungsvorschlag „Das Wohnungsrecht erlischt auch dinglich, wenn es durch den Berechtigten voraussichtlich auf Dauer nicht mehr ausgeübt werden kann; der Berechtigte ist dann zur Bewilligung der Löschung verpflichtet.“ für das dingliche Erlöschen des Wohnungsrechts für ausreichend bestimmbar erachtet wird (vgl. *Krauß*, a. a. O., Rdnr. 971, und NotBZ 2007, 129; vgl. auch *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 1261), kann hier dahinstehen, ob dem zu folgen wäre. Die vorliegende Klausel weicht hiervon nämlich nicht unwesentlich ab. Zum einen beruht die oben zitierte Rechtsprechung des BGH auf der Erwägung, dass die Ausübung des Wohnungsrechts gemäß § 1092 Abs. 1 Satz 2 BGB durch den jeweiligen Eigentümer auch nachträglich Dritten gestattet werden kann (vgl. dazu auch *Krauß*, NotBZ 2007, 129); dies ist genau der Grund dafür, dass dieses Wohnungsrecht nicht bereits erlischt, wenn

der (alleinige) Berechtigte es voraussichtlich auf Dauer nicht mehr ausüben kann. Wenn also die Bewilligung in § 9 des Übergabevertrags die auflösende Bedingung daran knüpft, dass „es (das Wohnungsrecht) voraussichtlich auf Dauer nicht mehr ausgeübt werden kann“, ohne die darin geregelte Unmöglichkeit bzw. das Ausübungshindernis mit der Person eines der Berechtigten – welcher auch immer – oder beiden Berechtigten zu verknüpfen, lässt es den Beendigungszeitpunkt offen, da es jedenfalls bei (nachträglicher) Gestattung auch durch Dritte ausgeübt werden kann. Dann bleibt schon unklar, ob die vom BGH aufgezeigten subjektiven Ausübungshindernisse von der Bedingung überhaupt umfasst werden sollen; nach dem Wortlaut des die Bedingung enthaltenden Satzes 2 der zitierten Klausel wäre dies nicht ohne Weiteres der Fall. Der Zusammenhang mit Satz 1 der oben zitierten Klausel in § 9 mag allenfalls nahe legen, dass – ohne dies zu sagen – die Ausübung durch die Berechtigten oder einen der Berechtigten gemeint sein soll; hinreichend deutlich und bestimmt bzw. bestimmbar festgelegt ist dies aber nicht. Zum anderen bliebe ansonsten angesichts hier mehrerer Berechtigter weiter unklar, auf wen die in der Bewilligung festgelegte Unmöglichkeit bzw. das Ausübungshindernis sich beziehen soll bzw. welche Folgen für das Wohnungsrecht eine etwaige Unmöglichkeit der Ausübung nur durch einen der Berechtigten zeitigen soll. Zwar kann – wie hier gemäß § 9 den Beteiligten zu 1 und 2 – ein Wohnungsrecht mehreren Personen „als Gesamtberechtigten nach § 428 BGB“ eingeräumt werden. Die Rechte bestehen jedoch nicht unabhängig voneinander, sondern sind miteinander verbunden. Mit dem Tod des Erstversterbenden erlöschen nicht alle Wohnungsrechte, sondern nur das Wohnungsrecht dieses Berechtigten erlischt und das Wohnungsrecht des anderen Berechtigten bleibt bis zu seinem Tod bestehen (BGH, NJW 2007, 1884; BGHZ 46, 253; BayObLG, NJW-RR 1992, 847; *Demharter*, a. a. O., Anhang zu § 44 Rdnr. 31). Die hier als Bedingung für das Erlöschen des Wohnungsrechts gewählte pauschale Beendigungsklausel lässt die diesbezüglichen Folgen der gewählten Gesamtberechtigung für bzw. die Auswirkungen auf das dingliche Recht für den Fall des Ausübungshindernisses in der Person eines der Berechtigten gänzlich offen. So würde etwa eine Klarstellung dahingehend fehlen – sollte dies so gemeint sein, was aber unklar bleibt –, dass das Wohnungsrecht evtl. nur für denjenigen erlischt, der es voraussichtlich auf Dauer nicht mehr ausüben kann (vgl. zu einer derartigen Klarstellung zu einem auflösend bedingten Wohnungsrecht auch die Fallgestaltung bei BayObLG, FGPrax 1997, 210).

Dies alles zeigt, dass die hier vorliegende Bewilligung die Ereignisse, deren Eintritt zum (gegebenenfalls teilweisen) Erlöschen des dinglichen Rechts führen soll, nicht objektiv mit der gebotenen Eindeutigkeit bestimmbar festlegt. Die Bewilligung als Grundlage der Eintragung muss aber einen klaren und bestimmten Inhalt haben und muss klar und unzweideutig ergeben, welchen Inhalt die Eintragung haben soll (vgl. dazu Senat, Beschluss vom 30.6.2010, 20 W 216/10, zitiert nach juris und m. w. N.; *Schöner/Stöber*, a. a. O., Rdnr. 103). Die darauf beruhende beantragte Eintragung würde über das Erlöschen des dinglichen Rechts nicht sicher und zuverlässig Auskunft geben. Angesichts der aufgezeigten Unklarheiten der Bewilligung wären – da deren hinreichend sichere Auslegung nicht möglich ist – bei Eintreten verschiedener Lebenssachverhalte Streitigkeiten über deren inhaltliche Bedeutung vorprogrammiert. Eine derartige Eintragung würde also den oben dargelegten Zweck des Grundbuchs nicht erfüllen können. Die diesbezügliche Beanstandung des Grundbuchamts erfolgte damit zu Recht.

(...)

Anmerkung:

1. Bei Übergabeverträgen wird in der Regel angestrebt, dass ein Wohnungsrecht (ob mit oder ohne Vermietungsbefugnis) oder ein Nießbrauch im Grundbuch dann zu löschen sind, wenn eine Ausübung nicht mehr möglich ist, namentlich bei Eintritt dauernder Pflegebedürftigkeit und Umzug in ein Pflegeheim.¹ Dass ein Nießbrauch in diesem Fall nicht wegen Unmöglichkeit der Ausübung erlischt, ergibt sich aus dem Inhalt dieses Rechtsinstituts von selbst, ebenso wenn bei einem Wohnungsrecht die Vermietung ausnahmsweise (§ 1093 Abs. 1, § 1092 Abs. 1 Satz 2 BGB) in der Übergabe vertraglich gestattet ist. Aber auch ein Wohnungsrecht ohne Vermietungsbefugnis erlischt in solchen Fällen nicht: Nach Auffassung des BGH² ist zwar ein Betreuer trotz des Verbotes unentgeltlicher Verfügungen (§ 1804 BGB i. V. m. § 1908i Abs. 2 Satz 1 BGB) befugt, ein Wohnungsrecht ohne weitere Gegenleistungen löschen zu lassen, wenn der Betreute das Wohnungsrecht mit Sicherheit (objektiv³) nicht mehr nutzen kann und es daher für den Wohnungsberechtigten wertlos ist. § 1804 BGB sei gegenüber § 516 Abs. 1 BGB anders zu verstehen.

Ein Anspruch des mit dem Recht belasteten Eigentümers auf Abgabe der entsprechenden Aufgabeerklärung und Löschungsbewilligung folgt hieraus jedoch ebenso wenig wie ein Anspruch auf die in diesem Zusammenhang nach § 1908i Abs. 1 Satz 1, § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB notwendige betreuungsgerichtliche Genehmigung. Selbst wenn der Verzicht auf das Recht für den Berechtigten vorteilhaft sein sollte (etwa, weil er von der im Übergabevertrag vereinbarten Pflicht zur Tragung von Kosten und Lasten befreit wird) und eine Löschung somit in seinem Interesse wäre – eine Berücksichtigung der Interessen des Eigentümers jedenfalls gehört weder zum Pflichtenkreis des Betreuers noch des Betreuungsgerichts.⁴ Zumal bei einem Wohnungsrecht ohne Befugnis zur Ausübungüberlassung immer noch mit nachträglichem Einverständnis des Eigentümers Mieteinkünfte erzielt werden könnten; die bloße abstrakte Möglichkeit einer solchen Vereinbarung genügt, wie auch das OLG Frankfurt hervorhebt.⁵

Daher kommt bei geschäftsunfähigen Berechtigten die Löschung eines Wohnungsrechts wegen dauernder eigener Nichtausübungsmöglichkeit, insbesondere bei Pflegebedürftigkeit, regelmäßig nicht oder – in der jedenfalls mir bekannten Praxis – nur gegen eine Gegenleistung („Ablöse“) in Betracht, sofern keine Vollmachten vorhanden sind. Erst recht gilt dies bei Nießbrauchsrechten.

2. Nicht zuletzt infolge dieses Befundes werden zumeist Abhilfen im Übergabevertrag selbst gesucht, zum Beispiel über auflösende Bedingungen, wie auch im Besprechungsfall, der ein Wohnungsrecht ohne Vermietungsbefugnis betraf. So einfach wie dort („Beendigung des Rechts für den Fall der voraussichtlichen (sic!) Nichtausübbarkeit“) kann man es sich mit dem unter Ziffer 1. Ausgeführten freilich kautelarjuristisch nicht machen. Denn eine Nutzung durch Dritte nach

Ausübungsüberlassung, vulgo Vermietung, ist eben auch nachträglich, wenn auch mit Gestattung des Eigentümers, theoretisch immer möglich – abgesehen von dem Problem, wie das Wort „voraussichtlich“ bei der gewählten Gestaltung mit nachprüfbarem Inhalt zu füllen und wie die notwendige Form (§ 29 Abs. 1 Satz 2 GBO) hierfür zu wahren gewesen wäre.

Vor diesem Hintergrund käme eine Beschränkung in der Formulierung in Betracht, zum Beispiel: „dauerhafte Nichtausübung durch den Berechtigten“. Dies insinuiert meines Erachtens auch das OLG Frankfurt. Das wäre aber gleichfalls keine Garantie für eine problemlose Löscharbeit. Denn der Wohnungsberechtigte könnte ja folgerichtig sein Recht eben durch die – im Einzelfall gestattete – nachträgliche Vermietung „ausüben“. Auch ein Fall des OLG Hamm aus dem Jahr 2010⁷, ein Nießbrauchsrecht betreffend, zeigt, dass es zu Problemen kommen kann. In den dortigen Leitsätzen heißt es:

„1. Die Bewilligung der Löschung eines Nießbrauchs, die der Berechtigte bei der Bestellung des Rechts (‚bereits jetzt‘ aufschiebend bedingt für den Eintritt der Pflegebedürftigkeit in der Form einer endgültigen und dauernden Heimunterbringung erklärt, ist grundbuchverfahrensrechtlich unwirksam.

2. Eine gleichzeitig erteilte Vollmacht zur Bewilligung der Löschung des Rechts, die unter derselben aufschiebenden Bedingung erteilt ist, hat das Grundbuchamt auf den Eintritt der Bedingung zu überprüfen. Es besteht in einem solchen Fall kein Anlass, von dem Erfordernis des Nachweises des Eintritts in der Form des § 29 GBO abzusehen.“

Auf Wohnungsrechte gemäß §§ 1093 ff. BGB wäre diese Sicht – erst recht – übertragbar. Geholfen hätte, wie auch im Besprechungsfall, eine im Außenverhältnis unbedingte Vollmacht des Berechtigten mit entsprechender Anweisung an den Notar im Innenverhältnis. Schon aus Haftungsgründen ist hiervon jedoch abzuraten. Dies gilt selbst dann, wenn man das Innenverhältnis mediatisiert, etwa, indem Voraussetzung für den Vollmachtengebrauch durch den Notar eine Entscheidung des Hausarztes des Übergebers über dessen weitere Verbleibsmöglichkeit im übergebenen Anwesen als „Schiedsgutachter“ im Sinne des § 317 BGB sein soll.⁸

Denkbar wäre deshalb, das Schicksal des Wohnungsrechts bzw. Nießbrauchs nicht mit der fortbestehenden Ausübungsmöglichkeit zu verbinden, sondern schlicht mit der auflösenden Bedingung, dass der Berechtigte das Vertragsanwesen auf Dauer verlässt. Grundbuchrechtlich wäre dies zulässig, insbesondere ein solches Recht hinreichend bestimmt.⁹ Die Klausel würde aber auch dann eingreifen, wenn der Berechtigte aus dem Anwesen „hinausgeekelt“ würde und könnte so ihr Ziel verfehlen, abgesehen davon, dass auch hier schuldrechtlich der Bedingungseintritt nur schwer festgestellt und die Grundbuchunrichtigkeit auch in diesen Fällen praktisch nicht in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden kann, wenn eine Berichtigungsbewilligung des Berechtigten nicht zu erlangen ist. Dies macht weitere Kautelen nötig.

¹ Siehe hierzu auch *Spornath*, MittBayNot 2012, 449 ff.; *Volmer*, MittBayNot 2009, 276 ff.; *Herrler*, DNotZ 2009, 408 ff.; *J. Mayer*, DNotZ 2008, 672 ff.; *Brückner*, NJW 2008, 1111 ff.; *Auktor*, MittBayNot 2008 14 ff.; *Everts*, ZEV 2004, 495 ff.

² Beschluss vom 25.1.2012, XII ZB 479/11, NJW 2012, 1956 = MittBayNot 2013, 312; siehe dazu auch *Everts*, MittBayNot 2015, 14; *Zimmer*, NJW 2012, 1919 ff.

³ Näher *Everts*, MittBayNot, 2015, 14, 15 f.

⁴ *Everts*, MittBayNot 2015, 14, 16; *Zimmer*, NJW 2012, 1919, 1921.

⁵ Ebenso OLG Nürnberg, Urteil vom 22.7.2013, 4 U 1571/12, MittBayNot 2015, 30, im Zusammenhang mit der unentgeltlichen Aufgabe/Löschung eines Wohnungsrechts und anschließendem Sozialhilferegress.

⁶ Dies scheint auch *Krauß*, NotBZ 2007, 129 – vom OLG Frankfurt zitiert, aber insoweit nicht weitergehend problematisiert – so zu sehen: In seinem Formulierungsvorschlag ist nämlich für den Fall der Nichtausübbarkeit durch den Berechtigten zusätzlich eine rein schuldrechtliche Löschungsbewilligungsverpflichtung enthalten.

⁷ Beschluss vom 2.8.2010, 15 W 265/10, NJW-RR 2011, 95.

⁸ Abgesehen von dem rechtspraktischen Umstand, dass kaum ein Hausarzt, zumeist wiederum aus Haftungsgründen, zur Abgabe einer solchen Erklärung bereit sein wird.

⁹ BayOblLG, Beschluss vom 7. 8. 1997, 2 Z BR 61/97, MittBayNot 1998, 33.

3. Empfehlenswert sind solche Gestaltungsversuche, das Erlöschen von dinglichen Nutzungsrechten vertraglich zu antizipieren, auch sonst nicht.¹⁰ Dies gilt selbst dann, wenn man die Wirkung im Außenverhältnis wiederum objektiv einschränkt, zum Beispiel an die Anordnung einer Betreuung knüpft. Denn eine solche muss ja für sich genommen nicht einmal auswärtige Pflegebedürftigkeit bedeuten und tut dies in der Praxis häufig auch nicht.

Im Übrigen, soweit es um Fragen der Anweisung an den Notar zur Vornahme von Löschungshandlungen geht, erscheint es jenseits von Haftungsaspekten immer zweifelhaft, ob der Notar bei der Verlagerung familiärer Risiken auf die Allgemeinheit mitwirken sollte: Aus Sicht des mit dem Recht belasteten Eigentümers kann es keinen Unterschied machen, ob der Übergeber topfit uralt wird oder sein Leben in Siechtum beenden muss. Der entsprechenden Nutzungsmöglichkeit hat er, der Eigentümer, sich ja auf jeden Fall bei der Übergabe auf die Lebensdauer des Übergebers begeben. Weitergehende finanzielle Verpflichtungen bzw. Lasten treffen ihn mit Ausnahme der Erstattung etwa ersparter Aufwendungen,¹¹ die im Übergabevertrag auf ihn überwält wurden (also meist die Kosten für Instandhaltung sowie Ver- und Entsorgung – Strom, Heizung, Wasser, Gas, Müllabfuhr etc.) nicht. Dass er womöglich jetzt mit anderen Personen, wie zum Beispiel einem (Ergänzungs-)Betreuer, Verfahrenspfleger oder dem Rechtspfleger des Betreuungsgerichts verhandeln muss, berührt meines Erachtens kein schutzwürdiges Interesse.

Insofern war und ist es angemessen, aber auch ausreichend, den Wegzug des Übergebers auf der Ebene etwaiger Sekundäransprüche im Übergabevertrag anzusprechen. So sollte eine Geldentschädigung ausgeschlossen werden, sofern nicht der Eigentümer den Wegzug zu vertreten hat. Dass dies zulässig, insbesondere nicht sittenwidrig, ist, hat der BGH bereits entschieden.¹² Im Übrigen bleibt es dem Eigentümer unbenommen, rechtzeitig auf die Erteilung von (Vorsorge-)Vollmachten hinzuwirken. Wird eine solche ihm selbst erteilt, so hat er gegebenenfalls das Folgenrisiko bei auftragswidrigem Gebrauch infolge verfrühter Rechtsaufgabe gegenüber dem Berechtigten selbst zu tragen.

Jede weitere Relativierung des Nutzungsrechts selbst fördert nur latent das frühzeitige „Abschieben“ in das Pflegeheim.

Notar Dr. Arne Everts, Berchtesgaden

¹⁰ So schon Everts, MittBayNot 2015, 14, 18.

¹¹ BGH, Beschluss vom 23.1.2003, V ZB 48/02, MittBayNot 2004, 180.

¹² BGH, Urteil vom 9.1.2009, V ZR 168/07, MittBayNot 2009, 298.

4. BGB §§ 133, 157; GBO §§ 19, 27 Satz 1 (*Zustimmung zur Löschung eines Gesamtgrundpfandrechts*)

Soll im Rahmen einer Grundstücksveräußerung die Zustimmung des Eigentümers zur Löschung eines Gesamtgrundpfandrechts alle Grundstücke umfassen, an denen das Recht lastet, so muss dies in so eindeutiger Weise geschehen, dass kein Zweifel bestehen bleibt, es könne nur die Löschung der Belastung an dem veräußerten Grundstück gemeint sein (Bestätigung von Senat vom 26.11.2007, 34 Wx 119/07).

OLG München, Beschluss vom 8.10.2015, 34 Wx 289/15

Mit notariellem Vertrag vom 24.3.2015 verkaufte die Beteiligte zu 1 an die Beteiligte zu 2 ein Wohnungseigentum. Die bewilligte Eigentumsvormerkung wurde am 30.3.2015 im Grundbuch eingetragen.

Nach dem Kaufvertrag werden vom Käufer nur in der Zweiten Abteilung des Grundbuchs enthaltene Belastungen übernommen. In Abschn. VI. (Sachmängel- und Rechtsmängelhaftung) unter Ziffer 2. ist folgende Klausel enthalten:

„Die Veräußerin haftet für ungehinderten Besitz- und lastenfreien Eigentumsübergang, soweit in dieser Urkunde nichts anderes vereinbart ist. Die Beteiligten stimmen allen der Lastenfreistellung oder Rangbeschaffung dienenden Gläubigererklärungen, auch Löschungen, zu und beantragen deren Vollzug im Grundbuch.“

In der Dritten Abteilung ist zugunsten der V.-Bank eine Grundschuld ohne Brief zu 357.904,32 € in Gesamthaft mit (zuletzt noch) einem weiteren Grundstück eingetragen.

Unter dem 14.7.2015 bewilligte der bevollmächtigte Notar die im Kaufvertrag enthaltene Auflassung und beantragte gemäß § 15 GBO bzw. aufgrund Vollmacht die Eintragung aller in der Kaufvertragsurkunde enthaltenen, bisher noch nicht vollzogenen Anträge. Er legte dazu neben der Unbedenklichkeitsbescheinigung noch die von ihm entworfenen, von einem anderen Notar beglaubigte Urkunde mit Löschungsbewilligung und -antrag der Grundschuldgläubigerin vom 22.4.2015 vor.

Das Grundbuchamt erließ am 23.7.2015 folgende fristsetzende Zwischenverfügung:

Weil es sich bei dem Recht, dessen Löschung beantragt sei, um ein Gesamtrecht handele, sei zum einen Vollzugsantrag auch zu Bl. ... zu stellen und zum anderen die Zustimmung der Eigentümerin des Grundstücks Bl. ... in der Form des § 29 GBO vorzulegen. Die in der Kaufvertragsurkunde enthaltene Zustimmung sei nicht ausreichend, weil es sich bei dem in Bl. ... vorgetragenen Grundbesitz nicht um den Vertragsgegenstand handele.

Nach Ablauf der Frist hat das Grundbuchamt die Eintragungsanträge mit Beschluss vom 1.9.2015 zurückgewiesen.

Gegen den Zurückweisungsbeschluss richtet sich die Beschwerde des Notars, der das Grundbuchamt am 15.9.2015 nicht abgeholfen hat. Zur Beschwerdebegründung wird ausgeführt, die Zustimmung der Eigentümerin sei bereits im Wohnungskaufvertrag enthalten.

Aus den Gründen:

II.

(...)

Indessen bleibt die Beschwerde in der Sache erfolglos.

(...)

Soll im Rahmen einer Grundstücksveräußerung die Zustimmung des Eigentümers zur Löschung eines Gesamtgrundpfandrechts alle Grundstücke umfassen, an denen das Recht noch lastet, so muss dies in eindeutiger Weise geschehen. Es darf kein Zweifel bleiben, es könne nur die Löschung der Belastung an dem veräußerten Grundstück gemeint sein (vgl. Senat vom 26.11.2007, 34 Wx 119/07, juris; siehe auch LG München I, Rpfleger 2008, 21; Demharter, GBO, 29. Aufl., § 27 Rdnr. 11).

a) Die Erklärung der Gläubigerin in der Urkunde vom 22.4.2015 umfasst die Bewilligung zur und den Antrag auf Löschung des Gesamtgrundpfandrechts, somit außer an dem veräußerten Grundbesitz zusätzlich an einem weiteren Eigentum der Verkäuferin – Gesamtlöschung. Diese kann nur vorgenommen werden, wenn sich der Umfang der Eigentümerzustimmung nach § 27 Satz 1 GBO als eindeutig auch darauf bezogen feststellen lässt. Veräußert der Eigentümer eines von mehreren Grundstücken, auf denen ein Gesamtgrundpfandrecht lastet, und verpflichtet er sich dem Erwerber gegenüber zur Lastenfreistellung hinsichtlich der Vertragsfläche, so liegt hierin mangels weiterer Anhaltspunkte nicht bereits die Zustimmung zur Löschung des gesamten Rechts (BayObLG, Rpfleger 1980, 19, 20). Der Eigentümer muss in diesem Fall seine Zustimmung zur Gesamtlöschung des

Rechts so hinreichend zum Ausdruck bringen, dass – gegebenenfalls nach Auslegung – kein vernünftiger Zweifel am gewollten Umfang verbleibt (*Meikel/Böttcher*, GBO, 11. Aufl., § 27 Rdnr. 81; vgl. auch *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 2759). Ausdrücke wie „Gesamtlöschung“ oder „Volllöschung“ müssen zwar nicht verwandt werden. Auch wenn in der Kaufvertragsurkunde neben der Zustimmung zur Pfand- und Lastenfreistellung „auch Löschungen“ erwähnt sind, erscheint die Erklärung in diesem Punkt (Abschn. VI. 2.) als Zustimmung zur „Gesamtlöschung“ aber nicht ausreichend eindeutig (siehe Senat vom 26.11.2007; auch LG München I, Rpfleger 2008, 21; *Kohler in Bauer/von Oefele*, GBO, 3. Aufl., § 27 Rdnr. 35; *Meikel/Böttcher*, § 27 Rdnr. 81; a. A. *Schöner/Stöber*, Rdnr. 2759). Vielmehr verbleiben noch Zweifel.

(1) Grundbucheintragungen sind als Willenserklärungen grundsätzlich gemäß §§ 133, 157 BGB der Auslegung fähig und zugänglich, es sei denn, dass die Eindeutigkeit der Erklärung eine Auslegung ausschließt (st. Rechtspr.; BGHZ 32, 60, 63; BayObLGZ 1979, 12, 15). Der Auslegung sind aber durch den im Grundbuchrecht herrschenden Bestimmtheitsgrundsatz und das Erfordernis urkundlich belegter Eintragungunterlagen Grenzen gesetzt (BayObLGZ 1974, 112, 115; BayObLGZ 1977, 189, 191). Für die Auslegung gilt in jedem Fall der Grundsatz, dass auf den Wortlaut und Sinn der Erklärung abzustellen ist, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung der Erklärung ergibt (BGHZ 113, 374, 378; BayObLGZ 1977, 189, 191; Senat vom 26.11.2007; *Demharter*, § 19 Rdnr. 28).

(2) Die Zustimmung der Eigentümerin nach § 27 Satz 1 GBO bezieht sich auf Gläubigererklärungen (auch Löschungen), die dem insoweit – bezogen auf die Dritte Abteilung des nämlichen Grundbuchs – geschuldeten lastenfremigen Übergang (vgl. Abschn. VI. 3. Satz 2 des Vertrags) dienen. Dazu nicht erforderlich ist eine Lastenfreistellung auch auf dem weiteren der Beteiligten zu 1 gehörenden Grundstück. Dass die Erklärung darüber hinausgehend die Zustimmung zur Löschung der Grundschuld auf dem mithaftenden Grundbesitz umfassen sollte, ist nicht ihre nächstliegende Bedeutung. Auch wenn man mitberücksichtigt, dass die notarielle Urkunde bei Wiedergabe des Grundbuchstands (Abschn. I. – S. 3 unten) zur Dritten Abteilung die Grundschuld mit dem Klammerzusatz „(Mithaft)“ zutreffend aufführt, kann der systematisch im Zusammenhang mit der Regelung von Sach- und Rechtsmängelhaftung am verkauften Wohnungseigentum erklärten Zustimmung kein weitergehender Inhalt beigemessen werden. Auch der Kostentragungspflicht kann der Senat nichts entnehmen, was zur Eindeutigkeit führt. Zwar soll die Veräußerin die durch die Lastenfreistellung verursachten (Mehr-)Kosten tragen (Abschn. XI. Satz 2). Doch ergibt eine derartige Regelung in der einen wie in der anderen Variante einen Sinn. Was tatsächlich von der Zustimmung der Beteiligten zu 1 als Eigentümerin umfasst sein sollte und damit gewollt war, lässt sich mit den zur Verfügung stehenden Beweismitteln des Grundbuchverfahrens mithin nicht hinreichend aufklären. Gegen eine Eindeutigkeit spricht schließlich noch, dass sich die notariellen Vorlageschreiben in ihrem Betreff durchwegs und ausschließlich auf das veräußerte Grundstück bezogen, so dass das Grundbuchamt schon Zweifel hatte, ob überhaupt eine Eintragung (Löschung) zu Bl. ... vorgenommen werden sollte.

Weil nach wohl herrschender Ansicht (OLG Hamm, Rpfleger 1998, 511; *Demharter*, § 13 Rdnr. 19; *Hügel/Reetz*, § 13 Rdnr. 48; a. A. *Schöner/Stöber*, Rdnr. 2724a) bei umfassender Löschungsbewilligung des Gläubigers ein Teilverzug in Frage kommt, lässt sich aus dem Umfang der Gläubigerer-

klärung auch nichts Zwingendes für die Auslegung der Eigentümerzustimmung herleiten.

(...)

5. GBO § 52 (Grundbucheintragung einer bedingt angeordneten Testamentsvollstreckung)

Die Gefahr, dass nach Bedingungseintritt die Anordnung der Testamentsvollstreckung übersehen werden kann, rechtfertigt es nach Auffassung des Senats nicht, bereits während des derzeitigen Schwebzustandes die bedingt angeordnete Testamentsvollstreckung im Grundbuch zu vermerken.

OLG Köln, Beschluss vom 3.11.2014, 2 Wx 304/14

Als Eigentümer der im Grundbuch des AG Bonn von ... in Blatt ... verzeichneten Grundstücke war bis zu dessen Tod der Großvater der Beteiligten, H. (... Erblasser), eingetragen. Dieser hatte in einem notariell beurkundeten Testament vom 22.1.1996 (...) die Beteiligten unter den nachfolgenden Anordnungen zu gleichen Teilen zu seinen Erben eingesetzt:

„2.

2.1 Meine Enkelsöhne als meine Erben bzw. die berufenen Erbsatzen sollen durch Anordnung der Nacherbschaft beschränkt sein.

(...)

2.4 Die Anordnung der Nacherbschaft entfällt, wenn das Enkelkind A... das 30. Lebensjahr vollendet hat oder im Vorversterbensfall vollendet haben würde.

Als dann werden sie Vollerbe.

Soweit zu dem genannten Zeitpunkt ein Erbe der Betreuung unterliegt, soll es bei der Nacherbschaft verbleiben.

Tritt der Betreuungsfall nach dem genannten Zeitpunkt ein, verbleibt es bei der Vollerbschaft. Für diesen Fall soll insoweit Testamentsvollstreckung bestehen, jedoch erst mit Wirkung von dem Zeitpunkt an, in dem die Betreuung eingerichtet ist, so dass bis zu diesem Zeitpunkt keinerlei Verfügungsbeschränkungen bestehen.

(...“

In Ziffer 4.1 des Testaments ordnete der Erblasser Testamentsvollstreckung an, die gemäß Ziffer 5.3 des Testaments enden soll, wenn das jüngste der Enkelkinder des Erblassers das 35. Lebensjahr vollendet hat.

Nach dem Tode des Erblassers wurden die Beteiligten am 16.12.1997 in Erbengemeinschaft als Eigentümer des oben genannten Grundbesitzes (mit Ausnahme des erst später hinzuerworbenen Grundstücks lfd. Nr. 22 des BV) im Grundbuch eingetragen. Zugleich trug das Grundbuchamt in Abt. II unter lfd. Nr. 3 einen Vermerk ein, wonach „bedingte und befristete Testamentsvollstreckung (...) angeordnet“ ist. Die Bedingung und Befristung wurde am 14.9.1999 gelöscht, so dass der Vermerk Abt. II lfd. Nr. 3 nunmehr lautet: „Testamentsvollstreckung ist angeordnet“. Der Beteiligte zu 1 als jüngerer der Beteiligten hat am 2.4.2014 sein 35. Lebensjahr vollendet. Eine Betreuung ist weder für den Beteiligten zu 1 noch für den Beteiligten zu 2 eingerichtet worden.

Unter dem 2.4.2014 reichte der Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten eine notariell beglaubigte Erklärung der bisherigen Testamentsvollstrecker vom 29.3.2014 zur Akte, in der diese unter anderem die Löschung des in Abt. II lfd. Nr. 3 eingetragenen Testamentsvollstreckervermerks bewilligten und beantragten. Das Grundbuchamt hat diesen Antrag nach vorherigem Austausch der unterschiedlichen Rechtsstandpunkte mit Beschluss vom 12.9.2014 zurückgewiesen. Zwar sei die ursprünglich angeordnete Testamentsvollstreckung zwischenzeitlich beendet, der Erblasser habe aber daneben eine aufschiebend auf die etwaige Einrichtung einer Betreuung bedingte Testamentsvollstreckung angeordnet; dementsprechend könne dem auf vollständige Löschung des Testamentsvollstreckervermerks gerichteten Antrag nicht entsprochen werden.

Gegen diesen Beschluss haben die Beteiligten mit Schriftsatz vom 19.9.2014 Beschwerde eingelegt, mit der sie nach Beendigung der ursprünglich angeordneten Testamentsvollstreckung den Antrag vom 2.4.2014 auf Löschung des Testamentsvollstreckervermerks weiterverfolgen. Nach dem ausdrücklich erklärten Willen des Erblassers bestünden bis zu einem etwaigen Bedingungseintritt keinerlei Verfügungsbeschränkungen der Erben; hierzu stehe der eingetragene Vermerk in Widerspruch. Zudem sei auch im vergleichbaren Fall des Erbscheins eine nur bedingt angeordnete Testamentsvollstreckung nicht zu vermerken.

Das Grundbuchamt hat der Beschwerde mit Beschluss vom 25.9.2014 nicht abgeholfen und diese dem OLG zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

II.

1. Die gemäß § 71 GBO statthafte und auch im Übrigen in zulässiger Weise eingelegte Beschwerde der Beteiligten hat auch in der Sache selbst Erfolg. Die Voraussetzungen für die beantragte Löschung des vor dem Hintergrund des § 52 GBO ursprünglich zu Recht in Abt. II lfd. Nr. 3 eingetragenen Testamentsvollstreckervermerks liegen vor.

Gemäß § 22 Abs. 1 GBO ist das Grundbuch zu berichtigen, wenn seine Unrichtigkeit nachgewiesen wird. Dies gilt insbesondere für die Eintragung oder Löschung einer Verfügungsbeschränkung. Dementsprechend ist ein eingetragener Testamentsvollstreckervermerk zu löschen, wenn dem Grundbuchamt nachgewiesen wird, dass die Testamentsvollstreckung beendet ist (vgl. etwa *Demharter*, GBO, 29. Aufl. 2014, § 52 Rdnr. 27, 30; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 3473). So liegt der Fall auch hier.

a) Soweit der Erblasser in Ziffer 4.1 des Testaments vom 22.1.1996 (unbedingt) Testamentsvollstreckung angeordnet hat, ist diese – was auch das Grundbuchamt nicht in Zweifel zieht – dadurch beendet worden, dass der Beteiligte zu 1 am 2.4.2014 das 35. Lebensjahr vollendet hat. Dem entspricht es, dass die bisherigen Testamentsvollstrecker mit notariell beglaubigter Erklärung vom 29.3.2014 (Bl. 222 ff. d. A.) u. a. die Löschung des in Abteilung II lfd. Nr. 3 eingetragenen Testamentsvollstreckervermerks bewilligt und beantragt haben.

b) Der Löschung des Testamentsvollstreckervermerks steht entgegen der Auffassung des Grundbuchamtes auch nicht entgegen, dass der Erblasser unter Ziffer 2.1 des vorbezeichneten Testaments zusätzlich (bedingte) Testamentsvollstreckung für den Fall angeordnet hat, dass in Bezug auf einen der Beteiligten eine Betreuung eingerichtet wird.

aa) Den insoweit erforderlichen Unrichtigkeitsnachweis haben die Beteiligten geführt, indem sie durch Vorlage eines entsprechenden Negativattestes des AG Köln sowie durch eidesstattliche Versicherung nachgewiesen haben, dass bisher für keinen der Beteiligten eine Betreuung eingerichtet worden ist. Hierdurch steht fest, dass am 2.4.2014 nicht nur die ursprünglich in Ziffer 4.1 des Testaments vom 22.1.1996 angeordnete Testamentsvollstreckung beendet wurde, sondern vielmehr auch, dass die Bedingung für die weitere, in Ziffer 2.4 des Testaments angeordnete Testamentsvollstreckung bisher noch nicht eingetreten ist. Damit ist der Nachweis geführt, dass jedenfalls derzeit keine Testamentsvollstreckung besteht und die Beteiligten dementsprechend uneingeschränkt Verfügungsbefugte sind. Im Widerspruch dazu erweckt der eingetragene Vermerk indes den Eindruck, als bestehe auch derzeit Testamentsvollstreckung und als seien die Beteiligten gemäß § 2211 Abs. 1 BGB in ihrer Verfügungsbefugnis beschränkt.

bb) Soweit durch die in Ziffer 2.4 des Testaments angeordnete bedingte Testamentsvollstreckung die Möglichkeit be-

steht, dass die eingetragenen Grundstücke künftig erneut einer Testamentsvollstreckung und den sich hieraus gemäß § 2211 Abs. 1 BGB ergebenden Verfügungsbeschränkungen unterliegen könnten, rechtfertigt dies weder den Fortbestand des eingetragenen, jedenfalls im Hinblick auf den derzeitigen Rechtszustand unrichtigen Vermerks, noch die Eintragung eines modifizierten, auf die lediglich bedingte Testamentsvollstreckung hinweisenden Vermerks.

Die Frage, ob ein Testamentsvollstreckervermerk auch dann im Grundbuch einzutragen ist, wenn die Testamentsvollstreckung unter einer noch nicht eingetretenen aufschiebenden Bedingung oder Befristung steht, ist – soweit ersichtlich – obergerichtlich bisher nicht entschieden worden. Auch in der Kommentarliteratur wird sie lediglich vereinzelt angesprochen (*Zeiser in Hügel*, GBO, 2. Aufl. 2010, § 52 Rdnr. 33, sowie in *Hügel*, Beck'scher Online-Kommentar zur GBO, Stand 1.10.2014, § 52 Rdnr. 33) befürwortet auch in diesem Falle die Eintragung eines die (bedingte) Testamentsvollstreckung verlautbaren Vermerks, weil ansonsten die Anordnung der Testamentsvollstreckung nach Bedingungseintritt übersehen werden kann und damit der Sinn und Zweck des Testamentsvollstreckervermerks, nämlich eine mögliche Verfügung des nicht (mehr) Verfügungsberechtigten Erben zu verhindern, verfehlt wird.

Anders als das Grundbuchamt vermag sich der Senat dem nicht anzuschließen. Sinn und Zweck des gemäß § 52 GBO einzutragenden Testamentsvollstreckervermerks ist zwar in der Tat der Schutz des alleinigen Verfügungsrechts des Testamentsvollstreckers (§ 2211 Abs. 1 BGB); da die Verfügungsbeschränkung des Erben gemäß § 2211 Abs. 2 BGB nicht gegenüber gutgläubigen Dritten wirkt, muss das Verfügungsrecht des Testamentsvollstreckers gegen die Wirkungen des öffentlichen Glaubens geschützt werden (allg. Meinung; vgl. etwa *Demharter*, a. a. O., § 52 Rdnr. 2; *Schöner/Stöber*, a. a. O., Rdnr. 3465; *Meikell/Böhringer*, GBO, 10. Aufl., § 52 Rdnr. 4; *Bauerlv. Oefele/Zeiser*, GBO, 3. Aufl. 2013, § 52 Rdnr. 2; *Hügel/Zeiser*, a. a. O., § 52 Rdnr. 1). In dem hier vorliegenden Fall der lediglich bedingt angeordnete Testamentsvollstreckung besteht aber eine entsprechende Einschränkung der Verfügungsbefugnis des bzw. der Erben bis zum Bedingungseintritt noch nicht. Solange nicht für einen der beteiligten Erben eine Betreuung eingerichtet worden ist, unterliegen diese sowohl nach der gesetzlichen Regelung als auch nach der ausdrücklichen Anordnung des Erblassers (Ziffer 2.4 Abs. 4 Satz 2 des Testaments vom 22.1.1996) keinerlei Verfügungsbeschränkungen. Dementsprechend besteht derzeit auch kein Verfügungsrecht eines Testamentsvollstreckers, dass gegen einen etwaigen gutgläubigen Erwerb gemäß § 2211 Abs. 2 BGB geschützt werden müsste.

Auch die Gefahr, dass nach Bedingungseintritt die Anordnung der Testamentsvollstreckung übersehen werden kann, rechtfertigt es nach Auffassung des Senats nicht, bereits während des derzeitigen Schwebezustandes die bedingt angeordnete Testamentsvollstreckung im Grundbuch zu vermerken. Diese Gefahr, der durchaus wirksam durch die zeitnahe Eintragung eines Testamentsvollstreckervermerks nach Bedingungseintritt entgegengewirkt werden kann (vgl. zur Möglichkeit der nachträglichen Eintragung etwa *Demharter*, a. a. O., § 52 Rdnr. 13), erscheint hinnehmbar. Vor allem aber stünden dem mit einer „vorsorglichen“ Eintragung verbundenen Vorteil, frühzeitig den Schutz eines etwaigen späteren Verfügungsrechts des Testamentsvollstreckers zu gewährleisten, gewichtige Nachteile entgegen. Insoweit ist zunächst zu berücksichtigen, dass das Grundbuch durch eine derartige Eintragung unklar würde, weil sich aus ihm nicht mehr mit hinreichender Deutlichkeit ergibt, welche Personen tatsäch-

lich Verfügungsbefugt sind. Dies gilt umso mehr, also auch ein Testamentsvollstreckerzeugnis, welches verlässlich über den Umfang der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers Auskunft geben könnte, vor Bedingungseintritt nicht existiert. Ist nämlich die Testamentsvollstreckung aufschiebend bedingt angeordnet, kann ein Testamentsvollstreckerzeugnis erst nach Eintritt der Bedingung erteilt werden (*Palandt/Weidlich*, 73. Aufl. 2014, § 2368 Rdnr. 6; *Soergel/Zimmermann*, BGB, 13. Aufl. 2002, § 2368 Rdnr. 8).

Vor allem aber würde das rechtlich unbeschränkte Verfügungsrecht des bzw. der Erben in tatsächlicher Hinsicht erheblich eingeschränkt. Sofern nämlich der bzw. die Erben beabsichtigen, das betroffene Grundstück zu belasten oder zu veräußern, wird bereits die Eintragung der bedingten Testamentsvollstreckung etwaige Erwerbsinteressenten oder potentielle Kreditgeber zu Zweifeln an der Verfügungsbefugnis der eingetragenen Eigentümer veranlassen. Derartige Zweifel könnten sodann nur mit erheblichem Aufwand ausgeräumt werden. Wie nicht zuletzt die vom Grundbuchamt in anderem Zusammenhang aufgestellten Anforderungen zeigen, ist insbesondere der Nachweis der negativen Tatsache, dass in Bezug auf keinen der eingetragenen Miterben eine Betreuung angeordnet ist, mit erheblichem Aufwand verbunden. Zudem erscheint fraglich, ob sich etwaige Erwerbsinteressenten oder potentielle Kreditgeber zum Nachweis der Nichtanordnung einer Betreuung – wie das Grundbuchamt – mit einem Negativattest des örtlich zuständigen AG Köln und im Übrigen mit einer eidesstattlichen Versicherung der eingetragenen Eigentümer zufriedengeben würden.

Der dargelegten Einschätzung des Senats entspricht im Übrigen auch die Rechtslage zu der vergleichbaren Problematik der Verlautbarung einer bedingten Testamentsvollstreckung in einem Erbschein. In diesem Zusammenhang entspricht es ganz herrschender Ansicht, dass eine bedingt angeordnete Testamentsvollstreckung vor Eintritt der Bedingung grundsätzlich nicht anzugeben ist (*Palandt/Weidlich*, a. a. O., § 2364 Rdnr. 1; *Erman/Simon*, BGB, 14. Aufl. 2014, § 2364 Rdnr. 2). Eine Ausnahme soll allenfalls dann gelten, wenn die Bedingung so beschaffen ist, dass über ihren Eintritt im Rechtsverkehr, insbesondere auch hinsichtlich des formalisierten Grundbuchverfahrens, keine Zweifel bestehen können (*Soergel/Zimmermann*, a. a. O., § 2364 Rdnr. 3; *MünchKommBGB/Mayer*, 6. Aufl. 2013, § 2364 Rdnr. 9 unter Hinweis auf KG JW 1933, 2067). Hiervon kann indes in Bezug auf die konkret angeordnete Bedingung aus den vorstehend dargelegten Gründen nicht die Rede sein.

Ergänzend weist der Senat darauf hin, dass jedenfalls im vorliegenden Fall auch nach Bedingungseintritt die Gefahr einer gegen das Verfügungsrecht des Testamentsvollstreckers verstoßenden Verfügung des dann nach Maßgabe des § 2211 Abs. 1 BGB beschränkten Miterben ohnehin nur theoretischer Natur ist. Denn im Falle der Einrichtung einer Betreuung für einen der Miterben ist gemäß Ziffer 2.4 Abs. 5 des Testaments vom 22.1.1996 zum Testamentsvollstrecker in erster Linie der jeweils andere Erbe berufen. Da dessen Mitwirkung bei einer Veräußerung oder Belastung der betroffenen Grundstücke bereits aus anderen Gründen erforderlich ist (die Beteiligten sind in Erbengemeinschaft als Eigentümer eingetragen) erscheint ein gutgläubiger Erwerb im Sinne des § 2211 Abs. 2 BGB praktisch nur schwer vorstellbar.

(...)

III.

Die bisherige Behandlung der Sache durch die Rechtspflege gibt dem Senat Anlass, für künftige Verfahren darauf hinzuweisen, dass ein von einem Notar im Rahmen der vermute-

ten Vollmacht nach § 15 Abs. 2 GBO gestellter Antrag als solcher des Antragsberechtigten anzusehen ist; eine eigene Antragsberechtigung des Notars folgt aus der genannten Vorschrift nicht (*Demharter*, a. a. O., § 15 Rdnr. 9 m. w. N.). Auch im Falle der Beschwerde ist grundsätzlich nicht der Notar als Rechtsmittelführer anzusehen, sofern sich nicht aus einer ausdrücklichen Angabe oder aus den Umständen ausnahmsweise etwas anderes ergibt (*Demharter*, a. a. O., § 15 Rdnr. 20 m. w. N.).

Anmerkung:

Dem Beschluss des OLG Köln ist darin zuzustimmen, dass eine aufschiebend bedingte Testamentsvollstreckung vor dem Eintritt der Bedingung nicht in das Grundbuch einzutragen ist. Der Erblasser hatte in seinem Testament eine Testamentsvollstreckung über den gesamten Nachlass angeordnet, die mit dem Erreichen des 35. Lebensjahres des jüngsten Erben enden sollte. Sofern allerdings nach diesem Zeitpunkt für einen der Erben eine gerichtliche Betreuung angeordnet werde, sollte mit Wirkung von diesem Zeitpunkt an wieder Testamentsvollstreckung bestehen. Die Frage war nun, ob mit Erreichen der Altersgrenze des jüngsten Erben die Testamentsvollstreckervermerke im Grundbuch zu löschen waren, oder aber eine Löschung nicht in Frage kam, weil die Möglichkeit bestand, dass im Falle der Betreuung erneut Testamentsvollstreckung eintreten würde.

Mit Recht lehnt das OLG Köln die Literaturmeinung ab, die eine Eintragung einer aufschiebend bedingten Testamentsvollstreckung in das Grundbuch mit dem Argument befürwortet, ansonsten könnte die Anordnung nach Bedingungseintritt übersehen werden und damit Sinn und Zweck des Testamentsvollstreckervermerks, eine mögliche Verfügung des Erben zu verhindern, verfehlt werden.¹ Denn zunächst ist festzustellen, dass die Verfügungsbeschränkung des Erben (§ 2211 BGB) und die Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers (§ 2205 BGB) bis zum Bedingungseintritt noch gar nicht bestehen. Die vorsorgliche Eintragung des Vermerks für den Eigentümer könnte dagegen zu einer faktischen Verfügungssperre führen. Denn die Erben müssten versuchen, einen kritischen – aber möglicherweise rechtlich nicht gut beratenen – Vertragspartner davon zu überzeugen, es bestehe jedenfalls jetzt noch keine Testamentsvollstreckung.² Die Gefahr, dass die Eintragung des Testamentsvollstreckervermerks nach Bedingungseintritt vergessen wird, dürfte dagegen nicht zu hoch einzuschätzen sein, da mit dem ernannten Testamentsvollstrecker dann eine Person vorhanden ist, deren Aufgabe darin besteht, den Nachlass in Besitz zu nehmen und der sich um die Eintragung selbst kümmern kann.³

Das Gericht fordert zu Recht auch einen Gleichlauf mit der Verlautbarung einer bedingten Testamentsvollstreckung in einem Erbschein. Dies ist schon deshalb zu erstreben, weil in der Regel der Erbschein die Grundlage für die Eintragung des Testamentsvollstreckervermerks in das Grundbuch darstellt (§ 352b FamFG, früher § 2364 BGB, 52 GBO). Auch hier entspricht es der herrschenden Meinung, dass eine bedingt angeordnete Testamentsvollstreckung vor Eintritt der Bedingung grundsätzlich nicht im Erbschein anzugeben ist.⁴ Soweit die Literatur unter Berufung auf einen alten Beschluss des KG eine Eintragung befürwortet, wenn über den Eintritt der Bedingung für den Rechtsverkehr, insbesondere auch hinsicht-

¹ *Hügel/Zeiser*, GBO, 2. Aufl. 2010, § 52 Rdnr. 33.

² *Schuck*, RNotZ 2015, 177.

³ *Schuck*, RNotZ 2015, 177.

⁴ *Palandt/Weidlich*, 74. Aufl. 2015, § 2364 Rdnr. 1.

lich des formalisierten Grundbuchverfahrens, keine Zweifel bestehen können,⁵ halte ich dies nicht für überzeugend: Denn einzutragen ist lediglich eine aktuelle Verfügungsbeschränkung. Solange eine aufschiebende Bedingung – auch wenn sie leicht nachweisbar ist – nicht eingetreten ist, besteht aber ein freies Verfügungsrecht der Erben. Auch eine aufschiebend befristete Testamentsvollstreckung kann daher vor ihrem Inkrafttreten weder in den Erbschein noch in das Grundbuch aufgenommen werden.⁶

Es scheint damit jedoch ein logischer Widerspruch zur Behandlung der aufschiebend bedingten Nacherbschaft zu bestehen. Diese ist unzweifelhaft sowohl im Erbschein als auch beim Nacherbenvermerk im Grundbuch gemäß § 51 GBO zu vermerken.⁷ Dies stellt ein praktisches Problem im Zusammenhang mit Wiederverheiratursklauseln dar, bei denen nach der Rechtsprechung des BGH eine aufschiebend bedingte Vorerbschaft gegeben ist.⁸ Der sofort nach dem Erbfall einzutragende Nacherbenvermerk verursacht erhebliche Schwierigkeiten bei der Verfügung über die im Nachlass befindlichen Immobilien und führt dazu, dass eine Wiederverheiratursklausel jedenfalls in dieser Form kaum praxistauglich ist. Das OLG Celle möchte daher die Kombination einer bis zur Wiederverheiratur unbeschränkten Vollerbschaft mit einer aufschiebend bedingten Nacherbschaft zulassen, weil vor dem Eintritt der Bedingung ebenfalls keine Verfügungsbeschränkung des überlebenden Ehegatten gegeben sei.⁹ Aus unserer Sicht als mit der Nachlassabwicklung befasste Notare mag die Auffassung des OLG Celle durchaus wünschenswert sein, sie verkennt aber die Typenstrenge des Erbrechts.¹⁰ Die unterschiedliche Behandlung gegenüber der aufschiebend bedingten oder befristeten Testamentsvollstreckung folgt nämlich aus der zwingenden Rückwirkung der aufschiebenden Bedingung auf den Erbfall. 'Denn die Anordnung einer Vor- und Nacherbschaft ist die einzige dogmatische Möglichkeit, um eine bedingte oder befristete Erbzuwendung anzuordnen, wie auch die Auslegungsregel des § 2103 BGB zeigt.¹¹ Ein nur bis zum Eintritt einer Bedingung eingesetzter Erbe ist zwingend – und zwar ab dem Erbfall – nur Vorerbe und § 2136 BGB stellt die dispositiven Grenze seiner Befreiungsmöglichkeiten dar.¹² Dies ist bei der aufschiebend bedingten Testamentsvollstreckung gerade anders, denn das Gesetz lässt es zu, dass bis zum Bedingungseintritt keine Beschränkung der Verfügungsbefugnisse der Erben besteht.

Für die Kautelarpraxis ist eine bedingte oder befristete Testamentsvollstreckung damit tauglicher geworden. Es kann zum Beispiel das Bedürfnis bestehen, die Testamentsvollstreckung nur anzuordnen, wenn ein Erbe verstirbt und einer seiner Erben als Erbesebe Grundstücke erhält, obwohl er noch minderjährig ist.¹³ Es wäre äußerst hinderlich, wenn hier bereits ab dem Erbfall ein Testamentsvollstreckervermerk in das

Grundbuch einzutragen wäre, obwohl sich der (erwachsene) direkte Erbe noch bester Gesundheit erfreut.

Notar Prof. Dr. *Christopher Keim*, Bingen

6. BGB § 1829 Abs. 1 Satz 2; FamFG § 40 Abs. 2 (*Zeitpunkt der Mitteilung der gerichtlichen Genehmigung gemäß § 1829 Absatz 1 Satz 2 BGB*)

Die Mitteilung nach § 1829 Abs. 1 Satz 2 BGB kann erst erfolgen, wenn die gerichtliche Genehmigung mit ihrer Rechtskraft (§ 40 Abs. 2 FamFG) wirksam geworden ist.

KG, Beschluss vom 14.7.2015, 1 W 381/14

Aus den Gründen:

Die Beschwerde ist zulässig (§§ 71 ff. GBO) und begründet. Die Zwischenverfügung ist nicht gemäß § 18 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 GBO veranlasst.

Für die Mitteilung nach § 1829 Abs. 1 Satz 2, § 1821 Abs. 1 Nr. 1, § 1908i Abs. 1 Satz 1 BGB, die dem Grundbuchamt gemäß § 20 GBO, § 925 BGB nachzuweisen ist (*Demharter*, GBO, 29. Aufl., § 19 Rdnr. 70), liegt eine hinreichende Doppelbevollmächtigung des Notars ... vor. Der gesetzliche Vertreter – hier der Betreuer – kann einen Dritten bevollmächtigen, die gerichtliche Genehmigung entgegenzunehmen und dem anderen Teil mitzuteilen; der andere Teil kann seinerseits denselben Dritten ermächtigen, die Mitteilung in Empfang zu nehmen (RGZ 121, 30, 33; *Demharter*, a. a. O., § 19 Rdnr. 68 m. w. N.). Eine solche Doppelvollmacht ist unter § 13 Nr. II Abs. 2 der notariellen Verhandlung erklärt. Soweit es dort heißt, „die Beteiligten“ bevollmächtigten den Notar, die Genehmigung für sie in Empfang zu nehmen und dem anderen Vertragsteil mitzuteilen, ist nach dem vorangestellten Absatz als Vollmachtgeber (auch) Rechtsanwältin ... als Betreuerin der Beteiligten zu 1 gemeint. Sodann bevollmächtigt der andere Vertragsteil – die Beteiligten zu 3 und 4 als Erwerber – den Notar zur Entgegennahme der Mitteilung.

Die weitere Beanstandung des Grundbuchamts genügt den Anforderungen des § 18 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 GBO nicht. Denn den allgemeinen Ausführungen ist nicht zu entnehmen, in welchem Punkt die notarielle Eigenerklärung vom 4.8.2014 unzureichend ist. Der konkret benannte Mangel, die Vertragsparteien seien namentlich zu bezeichnen, besteht nicht; wer unter den Vertretenen zu verstehen ist, kann sich auch durch Auslegung ergeben.

Wegweisend und ohne Bindungswirkung wird darauf hingewiesen, dass die Wirksamkeit der Auflassung mit der notariellen Eigenurkunde vom 4.8.2014 nicht nachgewiesen werden kann. Der Notar bescheinigt, er habe den Beschluss des AG Charlottenburg – ... – vom 9.4.2014, rechtskräftig seit dem 30.4.2014, am 16.4.2014 dem (jeweils) anderen Vertragsteil mitgeteilt. Danach soll die Mitteilung der Genehmigung vor der Rechtskraft des Genehmigungsbeschlusses erfolgt sein, die ausweislich des Rechtskraftzeugnisses spätestens am 6.5.2014 eingetreten ist. Die Mitteilung nach § 1829 Abs. 1 Satz 2 BGB setzt aber eine wirksame und damit rechtskräftige (§ 40 Abs. 2 FamFG) Genehmigung voraus. Eine verfrühte Mitteilung entfaltet gegenüber dem Vertragspartner auch dann keine Wirkung, wenn die Genehmigung nachträglich rechtskräftig wird (vgl. BT-Drucks. 16/6308, S. 347; *Staudinger/Veit*, Bearb. 2014, § 1829 Rdnr. 20; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 3739; DNotI-Report, 2009, 145, 151; *Bolkart*, MittBayNot 2011, 176). Das folgt aus dem

⁵ Zum Beispiel MünchKommBGB/J. Mayer, 6. Aufl. 2013, § 2364 Rdnr. 9 unter Berufung auf KG, Beschluss vom 11.5.1933, 247/33, JW 1933, 2067.

⁶ A. A. *Litzenburger*, ZEV 2015, 279 f.

⁷ *Schöner/Stöber*, Grundbuchordnung, 15. Aufl., Rdnr. 2527 m. w. N.

⁸ So zum Beispiel BGH, Beschluss vom 6.11.1985, IV a ZB 5/85 (Bremen), NJW 1988, 59, 60.

⁹ OLG Celle, Beschluss vom 4.10.2012, 6 W 180/12, MittBayNot 2013, 252 m. ablehnender Anmerkung von *Braun*.

¹⁰ *Weidlich*, ZEV 2013, 40, 42; *Braun*, MittBayNot 2013, 253.

¹¹ *J. Mayer* in *Reimann/Bengell/Mayer*, Testament und Erbvertrag, 6. Aufl. 2015, § 2269 Rdnr. 79.

¹² *Weidlich*, ZEV 2013, 42.

¹³ Siehe Formulierungsbeispiel bei *Bengell/Reimann*, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 5. Aufl. 2013, § 2 Rdnr. 7.

Sinn und Zweck des § 1829 Abs. 1 Satz 2 BGB. Der gesetzliche Vertreter soll die letzte Stelle sein, die über die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts erst dann entscheidet, wenn dafür die sonstigen Voraussetzungen vorliegen. Zudem dient die Vorschrift auch dem Schutz des anderen Vertragsteils. Dieser muss erfahren, wann der Vertrag wirksam geworden ist, damit er sein Verhalten darauf einstellen kann (BGHZ 15, 97, 101). Wird ihm ein (noch) unwirksamer Genehmigungsbeschluss mitgeteilt, müsste er gegebenenfalls Erkundigungen zu einer späteren Rechtskraft einziehen.

Im Übrigen erklärt der Notar unter dem 4.8.2014 nur, er habe die Genehmigung dem anderen Vertragsteil mitgeteilt, ohne klarzustellen, dass er diesen bei der Entgegennahme der empfangsbedürftigen Mitteilungserklärung vertreten hat. Eine hinreichende Eigenurkunde des Notars, deren Vorlage durch erneute Zwischenverfügung aufzugeben ist, könnte wie folgt lauten (vgl. *Schöner/Stöber*, a. a. O., Rdnr. 3740): Ich habe den Genehmigungsbeschluss des AG Charlottenburg – ... – vom 9.4.2014 für die Betreuerin entgegengenommen und mit Rechtskraftzeugnis am ... (nach dem 6.5.2014) ... als Vertreter der Betreuerin mir selbst als gleichzeitigem Vertreter der Erwerber ... und ... mitgeteilt.

7. WEG § 10 Abs. 3; BGB § 1643 Abs. 1, § 1821 Abs. 1 Nr. 1, § 1908i Abs. 1 (*Für einen Minderjährigen oder Betreuten abgegebene Bewilligung der Eintragung einer Abänderung der Gemeinschaftsordnung im Grundbuch*)

Die für einen Minderjährigen oder Betreuten abgegebene Bewilligung der Eintragung einer Abänderung der Gemeinschaftsordnung im Grundbuch ist als Verfügung im Sinne des § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB zu qualifizieren und bedarf deshalb einer betreuungsgerichtlichen bzw. familiengerichtlichen Genehmigung.

OLG Hamm, Beschluss vom 12.11.2015, I-15 W 290/15;

mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG Hamm

Die Beteiligten sind die Miteigentümer der Wohnungseigentümergemeinschaft im X in Hagen. Durch gleichlautende, öffentlich beglaubigte Erklärungen haben sie bzw. bei der minderjährigen Beteiligten A und bei dem unter Betreuung stehenden B deren gesetzliche Vertreter, eine Vereinbarung über die Abänderung der Gemeinschaftsordnung betreffend die Kostentragungspflicht für die Instandsetzung bestimmter Bauteile des gemeinschaftlichen Eigentums sowie verschiedener Modalitäten für die Haftung betreffend die Wohngeldumlagen geschlossen, ferner die Festlegung einer qualifizierten $\frac{2}{3}$ -Stimmenmehrheit für die Änderung des Umlageschlüssels für die Bewirtschaftungs- und Verwaltungskosten. Die Eintragung dieser Änderung in die Grundbücher wurde jeweils bewilligt und beantragt. Der Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten hat einen Teil dieser Erklärungen am 27.2.2015 beim Grundbuchamt eingereicht und den Eintragungsantrag wiederholt.

Mit Zwischenverfügung vom 2.3.2015 hat das AG die Anträge beanstandet. Beanstandet wurde zunächst nur, dass bislang nicht sämtliche Eigentümer bzw. gesetzlichen Vertreter zugestimmt hatten. In der Folgezeit wurde ein Teil der Erklärungen nachgereicht, zuletzt die Erklärungen der gesetzlichen Vertreter der Beteiligten A und B. Mit Verfügung vom 27.5.2015 hat das Grundbuchamt zusätzlich die Vorlage einer familiengerichtlichen Genehmigung für die Erklärung der gesetzlichen Vertreter der Beteiligten A sowie einer betreuungsgerichtlichen Genehmigung der Erklärung des Betreuers des Beteiligten B verlangt. Es hat insoweit den Standpunkt vertreten, dass die Abänderung der Teilungserklärung eine Verfügung über das Eigentum an dem Grundstück im Sinne des § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB darstelle.

Diese an den Verfahrensbevollmächtigten gerichtete Verfügung ist ausweislich der vorgelegten Kopie als Irrläufer am 1.6.2015 zunächst

bei der Stadtverwaltung Hagen eingegangen. Von dort weitergeleitet ist sie am 5.6.2015 bei dem Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten eingegangen. Bereits am 3.6.2015 hatte das Grundbuchamt jedoch die Anträge mit dem hier angefochtenen Beschluss zurückgewiesen.

Mit der am 11.6.2015 eingelegten Beschwerde haben die Beteiligten eine von zwei noch fehlenden Miteigentümergeklärungen vorlegen lassen. Die letzte fehlende Erklärung ist am 9.6.2015 notariell beglaubigt worden und am 21.7.2015 dem Grundbuchamt zugegangen.

Aus den Gründen:

II.

Die zulässige Beschwerde ist unbegründet.

Nachdem die teilweise Antragsrücknahme trotz des entsprechenden Hinweises durch den Senat nicht fristgerecht in der Form des § 24 Abs. 3 Satz 2 BNotO erfolgt ist, ist der Antrag schon deshalb nicht vollzugsfähig, weil die zur Eintragung beantragte Änderung der Teilungserklärung auch die Neuregelung des neuen § 13b umfasst, wonach eine Änderung des Umlageschlüssels auch hinsichtlich der Bewirtschaftungs- und Verwaltungskosten nur mit $\frac{2}{3}$ -Mehrheit zulässig sein soll. Die Einführung eines qualifizierten Quorums für die genannten Kostenarten verstößt jedoch gegen § 16 Abs. 3 und 5 WEG, der zwingender Natur ist. Die Regelung ist daher nicht eintragungsfähig.

In der Sache teilt der Senat die Auffassung des Grundbuchamtes, dass die Erklärungen der gesetzlichen Vertreter der Beteiligten A und B der familien- bzw. -betreuungsgerichtlichen Genehmigung bedürfen. Die Notwendigkeit der Vorlage einer familiengerichtlichen Genehmigung ergibt sich aus § 1643 Abs. 1 BGB, die der Vorlage einer betreuungsgerichtlichen Genehmigung aus § 1908i Abs. 1 BGB, die beide unter anderem auf § 1821 BGB verweisen. Mit dem Grundbuchamt ist der Senat der Auffassung, dass es sich bei einer Veränderung der Gemeinschaftsordnung um eine Verfügung über das Eigentum am Grundstück im Sinne des § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB handelt, soweit der Regelungsgegenstand nur einer Vereinbarung im Sinne des § 10 Abs. 2 und 3 WEG und nicht auch einem Mehrheitsbeschluss der Miteigentümer zugänglich ist (wie hier Gutachten DNotI 2011, 144 f.; *Erman/Westermann*, BGB, 14. Aufl., § 1821 Rdnr.4).

Eine Verfügung im Sinne des § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB liegt nach allgemeiner Auffassung vor, wenn ein Rechtsgeschäft unmittelbar darauf gerichtet ist, auf eines der in der Vorschrift genannten Rechte einzuwirken, sei es durch Übertragung, Belastung, Aufhebung, Inhalts- oder Rangänderung (*MünchKommBGB/Wagenitz*, 6. Aufl., § 1821 Rdnr. 21). Die Gemeinschaftsordnung ist ihrem Inhalt nach eine Vereinbarung nach § 10 Abs. 2 und 3 WEG. Eine solche ist zunächst (nur) ein schuldrechtlicher Vertrag der Wohnungseigentümer. Werden dessen Wirkung durch Eintragung in das Grundbuch jedoch in der Form „verdinglicht“, dass diese Regelung nunmehr auch gegen die Rechtsnachfolger eines Wohnungseigentümers gilt, wird der Inhalt der Regelung zum Inhalt des Sondereigentums (vgl. § 5 Abs. 4 Satz 1 WEG; BGHZ 73, 145, 148; Senat Rpfleger 2008, 192 f.). Eine Vereinbarung, die auf die Änderung der verdinglichten Grundordnung der Eigentümergemeinschaft abzielt, ist damit auch immer eine Verfügung über das Sondereigentum.

Auch eine teleologische Reduktion des Genehmigungserfordernisses ist nicht angebracht. Grundsätzlich ist der Kreis der nach §§ 1821, 1822 BGB genehmigungspflichtigen Geschäfte formal und nicht nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalles zu bestimmen (BGHZ 52, 316). Dem steht jedoch eine Berücksichtigung des Schutzzwecks der Vorschrift nicht ge-

nerell entgegen (*Götz in Palandt*, 74. Aufl., § 1821 Rdnr. 1; *Wagenitz*, a. a. O., Rdnr. 5). Grundsätzlich möglich ist daher auch eine teleologische Reduktion in Fällen, in denen schon nach generellen Merkmalen – und nicht erst aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalles – das Schutzbedürfnis schlechthin nicht gegeben ist.

Diese Voraussetzungen sind hier jedoch nicht erfüllt, da eine Abänderung der Gemeinschaftsordnung die Interessen des jeweiligen Schutzbefohlenen in ebensolchem Maße gefährden kann, wie diejenigen Verfügungen, die zweifelsfrei der Genehmigung bedürfen. Insoweit ist zu beachten, dass das Wohnungs- oder Teileigentum hinsichtlich der für die wirtschaftliche Wertschätzung ausschlaggebenden Nutzbarkeit des Eigentums anders als das Alleineigentum nicht nur den allgemeinen (nachbarrechtlichen) Bindungen und Beschränkungen unterliegt, sondern – quasi in einer zweiten Regelungsebene – eben auch den wohnungseigentumsrechtlichen. Soweit diese nicht gesetzlich festgeschrieben sind, ergeben sich diese vorrangig aus der Gemeinschaftsordnung. Insoweit kann sich eine Änderung der Gemeinschaftsordnung ebenso belastend auswirken, wie die dingliche Belastung eines im Alleineigentum stehenden Grundstücks. So kann es beispielsweise wirtschaftlich keinen wesentlichen Unterschied machen, ob etwa Teile des Gemeinschaftseigentums der gemeinschaftlichen Nutzung durch die Bestellung einer Dienstbarkeit zugunsten eines Nachbarn oder die Einräumung eines Sondernutzungsrechts zugunsten eines Miteigentümers entzogen werden.

Wenn hierbei die Einschränkung zu machen ist, dass § 1821 BGB nur auf solche Änderungen der Gemeinschaftsordnung anwendbar ist, die selbst einen Vereinbarungscharakter haben, also einer Regelung durch Mehrheitsbeschluss entzogen sind, so bleibt dies im vorliegenden Fall bedeutungslos. Denn jedenfalls die Neuregelung der Kostentragungspflicht für die Instandsetzung von Wohnungsabschlusstüren, Fenstern und Garagentoren über den Einzelfall hinaus ist einem solchen Beschluss nicht zugänglich (vgl. § 16 Abs. 4 WEG).

(...)

8. GBO § 51; BGB § 2113 (*Berichtigung eines Nacherbenvermerks*)

Ein Nacherbenvermerk, der die Person des Nacherben und die eines Ersatznacherben bezeichnet, ist nach dem Tode des Nacherben vor Eintritt des Nacherbfalls nicht dahin zu berichtigen, dass der Ersatznacherbe an die Stelle des Verstorbenen getreten ist.

OLG Hamm, Beschluss vom 21.8.2015, I-15 W 319/15;

mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG Hamm

Als Eigentümer des im Grundbuch von Bocholt Blatt ... eingetragenen Grundbesitzes war zunächst Herr I eingetragen.

Nach dessen Tod wurden am 25.7.20... als Eigentümer in Erbengemeinschaft eingetragen Frau I2 und der Beteiligte zu 1. Bei dem Beteiligten zu 1 ist als Zusatz „Vorerbe“ vermerkt und in Abteilung II findet sich unter laufender Nr. 1 ein Nacherbenvermerk mit dem folgenden Inhalt:

„Bezüglich des Erbanteils des I3 ... ist Nacherbfolge angeordnet. Die ... Nacherbfolge tritt bei Tod des Vorerben ein. Nacherbe ist I2 ... Ersatznacherbe ist C, geb. I, ... ersatzweise deren Abkömmlinge nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge.“

Am 18.9.20... verstarb I2.

Mit Schriftsatz vom 12.1.2015 hat die Beteiligte zu 2 beantragt, den oben angeführten Nacherbenvermerk dahingehend zu berichtigen,

dass anstelle der verstorbenen Nacherbin nunmehr sie als Ersatznacherbin (sic!) eingetragen wird.

Mit Schriftsatz vom 22.1.2015 hat die Beteiligte zu 2 diesen Antrag dahingehend abgeändert, dass der Nacherbenvermerk dahingehend berichtigt werden soll, dass anstelle der verstorbenen Nacherbin I2 nunmehr sie als Nacherbin eingetragen wird. Mit dem Versterben der Nacherbin sei sie als Ersatznacherbin an deren Stelle getreten.

Mit Beschluss vom 30.6.2015 hat das Grundbuchamt diesen Antrag zurückgewiesen. Der gegen diesen Beschluss gerichteten Beschwerde der Beteiligten zu 2 vom 6.7.2015 hat das Grundbuchamt mit Beschluss vom 14.7.2015 nicht abgeholfen und sie dem Senat zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

II.

Die Beschwerde der Beteiligten zu 2 ist zurückzuweisen, da sie keinen Anspruch darauf hat, dass der in Abteilung II unter laufender Nr. 1 eingetragene Nacherbenvermerk berichtigt wird.

Sinn und Zweck eines Nacherbenvermerks ist der Schutz des Nacherben davor, dass Verfügungen des Vorerben über das Grundstück infolge gutgläubigen Erwerbs entgegen § 2113 BGB Rechtswirksamkeit behalten (*Demharter*, Kommentar zur GBO, 29. Aufl., § 51 Rdnr. 31).

Der am 25.7.2006 eingetragene Nacherbenvermerk entspricht den gesetzlichen Vorgaben, indem er neben der namentlich bezeichneten Nacherbin I2 auch die Beteiligte zu 2 als Ersatznacherbin namentlich anführt (*Demharter*, a. a. O., § 51 Rdnr.17; *Bauer/von Oefele-Schaub*, Kommentar zur GBO, 3. Aufl., § 51 Rdnr. 78; *MünchKommBGB/Grunsky*, 6. Aufl., 2013, § 2102 Rdnr. 15). Durch die namentliche Bezeichnung des Ersatznacherben im Nacherbenvermerk ist der Ersatznacherbe im Falle des Wegfalls des Nacherben gegen die Gefahren eines gutgläubigen Erwerbs hinreichend geschützt und damit dem Sinn und Zweck des Nacherbenvermerks gedient. Der Schutzzweck des Nacherbenvermerks erfordert es nicht, diesen im Falle des Wegfalls des Nacherben und dem damit verbundenen Eintritt der ersatzweise berufenen Person als Nacherben zu berichtigen, da mit der Berichtigung ein weitergehender Schutz für den vormaligen Ersatznacherben nicht zu erreichen ist. An die Eintragung des Nacherbenvermerks knüpft sich demgegenüber keinerlei positive Gutgläubenswirkung an. Es wird deshalb nicht etwa das Bestehen einer Nacherbenanwartschaft bis zum Eintritt des Nacherbfalls für eine bestimmte Person bescheinigt. Deshalb ist die von der Beteiligten zu 2 angestrebte „Berichtigung“ in Wahrheit völlig wertlos, weil sie keinerlei rechtliche Wirkungen zu ihren Gunsten erzeugen könnte. Wegen der beschriebenen beschränkten Wirkungen des Nacherbenvermerks kann nach gefestigter Rechtsprechung (BGH, NJW 1982, 2499) bei Eintritt des Nacherbfalls die Nacherbfolge nicht etwa durch Bezugnahme auf den Nacherbenvermerk, sondern muss erneut nach Maßgabe des § 35 GBO entweder durch einen Erbschein für die Nacherbfolge oder durch letztwillige Verfügung in öffentlicher Urkunde nachgewiesen werden.

Der Schutzzweck des Nacherbenvermerks wird auch nicht dadurch entwertet, dass dort neben den tatsächlichen Nacherben (hier: Ersatznacherben) noch weitere Personen aufgeführt sind, die tatsächlich nicht mehr Nacherben sind (LG Berlin Rechtspfleger 2005, 188).

(...)

9. BGB §§ 2269, 2270, 2271, 133, 2084 (*Wechselbezüglichkeit eines gemeinschaftlichen Testaments*)

Einer Pflichtteils Klausel in Kombination mit der Anordnung der Gleichbehandlung der gemeinsamen Kinder kann für die wechselbezügliche Anordnung von deren Einsetzung als Schlusserben sprechen.

OLG München, Beschluss vom 23.2.2015, 31 Wx 459/14

Die Beteiligten streiten über die Berechtigung der Erblasserin, die Beteiligte zu 1 als Alleinerbin einzusetzen.

Die am 14.2.2014 verstorbene Erblasserin hatte am 25.9.1984 mit ihrem am 10.12.1986 vorverstorbenen Ehemann folgendes gemeinschaftliches Testament errichtet:

1. Wir, die Eheleute ... u. ... setzen uns gegenseitig als Erben auf das ganze Vermögen ein.
2. Nach dem Tod des Erstversterbenden fällt das gesamte Vermögen an den verbleibenden Ehegatten. Dieser ist zur unbeschränkten Verfügung über das Vermögen berechtigt.
3. Die Kinder sollen den Pflichtteilsanspruch nach dem Erstversterbenden nicht geltend machen. Sollte eines der Kinder seinen Pflichtteil dennoch verlangen, soll es auch nach dem Tode des Letztversterbenden nur den Pflichtteil erhalten.
4. Die drei Kinder haben im Verhältnis unter sich die ihnen bei Lebzeiten von uns beiden und vom Letztversterbenden gemachten unentgeltlichen Zuwendungen zur Ausgleichung zu bringen. Jedes unserer Kinder soll gleich behandelt werden.
5. Sollte der Letztversterbende vorher wieder heiraten, dann sollen die drei Kinder ... u. ... zusammen $\frac{1}{3}$ jeder also $\frac{1}{6}$, des gesamten vorhandenen Vermögens als Vermächtnis erhalten.

Die Vermächtnisse sollen in angemessener Zeit ausgezahlt werden. Sollte die Auszahlung nicht aus Barmitteln erfolgen, sondern ein Verkauf bebauter oder unbebauter Grundstücke nötig sein, dann haben die Vermächtnisnehmer keinen Anspruch darauf, dass die Auszahlung auch bei schlechter Grundstücksmarktlage erfolgt. Im Übrigen tritt bei einer Wiederverheiratung bezüglich des $\frac{2}{3}$ -(Rest-)Vermögens die gesetzliche Erbfolge ein.

Ferner liegt ein handschriftliches Testament der Erblasserin vom 29.6.2013 vor, in dem sie die Beteiligte zu 1 zur „Alleinerbin meines gesamten Vermögens“ bestimmte und die Beteiligten zu 2 und 3 auf den Pflichtteil setzte. Ferner heißt es:

„Sofern meine Söhne ... vor dem Erbfall auf ihren Pflichtanteil an der Immobilie ...weg 22 a, verzichtet haben (notariell beglaubigt), erhöht sich ihr Pflichtteil und sie haben Anspruch auf jeweils den hälftigen Anteil an der Immobilie ...weg 22 a.“

Die Beteiligte zu 1 hat unter dem 14.4.2014 beim AG die Erteilung eines Alleinerbscheins beantragt. Dem sind die Beteiligten zu 2 und 3 unter anderem deshalb entgegengetreten, weil die Erblasserin durch das gemeinschaftliche Testament vom 25.9.1984 gebunden gewesen sei. Die Beteiligte zu 1 hat darauf verwiesen, dass die Erblasserin in keiner Weise aufgrund des gemeinschaftlichen Testaments gebunden gewesen sei. Das AG hat mit Beschluss vom 9.9.2014 festgestellt, dass die Voraussetzungen für die Erteilung eines Alleinerbscheins für die Beteiligte zu 1 vorlägen. Das Testament aus dem Jahr 1984 enthalte für den zweiten Sterbefall lediglich eine Pflichtteilsstrafklausel und keine weiteren Verfügungen.

Hiergegen richten sich die Beschwerden der Beteiligten zu 2 und 3, die der Auffassung sind, dass die Erblasserin wegen des in dem gemeinschaftlichen Testament vom 25.9.1984 niedergelegten Willens der Ehegatten zur gleichen Behandlung der Kinder nicht mehr widersprechend habe verfügen können. Der Senat hat mit Eingang der Akte darauf hingewiesen, dass er davon ausgeht, dass alle Beteiligten durch das gemeinschaftliche Testament vom 25.9.1984, bindend – als Schlusserben zu gleichen Teilen eingesetzt worden sind. Dem hat die Beteiligte zu 1 widersprochen und darauf verwiesen, dass sich in dem gemeinschaftlichen Testament keine Schlusserbeneinsetzung fände. Jedenfalls im vorliegenden Fall sei die Pflichtteilsstrafklausel nicht entsprechend zu interpretieren. Insoweit treffe die Feststellungslast die Beteiligten zu 2 und 3. Auch aus der Wiederverheiratungsklausel gemäß Ziffer 5. des gemeinschaftlichen Testaments ergäbe sich keine Schlusserbeneinsetzung. Vielmehr seien die Eheleute davon ausgegangen, dass gegebenenfalls die gesetzliche Erbfolge eingreife.

Außerdem sei eine eventuelle Schlusserbeneinsetzung jedenfalls nicht wechselbezüglich, zumal in dem gemeinschaftlichen Testament eine Abänderungsklausel enthalten sei.

Aus den Gründen:

II.

Die Beschwerde hat Erfolg, weil die Auslegung des gemeinschaftlichen Testaments vom 25.9.1984 ergibt, dass die Eheleute – wechselbezüglich – die Beteiligten zu gleichen Teilen als Schlusserben eingesetzt haben.

1. Im vorliegenden Fall kann der Beteiligten zu 1 darin beigetreten werden, dass allein in der Pflichtteilsstrafklausel gemäß Ziffer 3. des gemeinschaftlichen Testaments keine Schlusserbeneinsetzung zu erblicken ist. Denn mit einer Verwirkungsklausel möchten Ehegatten ihre Kinder im Grundsatz lediglich enterben, dagegen ist die Annahme, dass die Kinder als Schlusserben bedacht seien sollen, nur ausnahmsweise gerechtfertigt (vgl. *Reymann*, MittBayNot 2011, 411, 412 in Anmerkung zu OLG Frankfurt, MittBayNot 2012, 409 und OLG Saarbrücken, NJW-RR 1992, 841; siehe auch OLG Düsseldorf, NJW-RR 2014, 837 unter II. 2. b. aa. (b)).

2. Es ist allerdings im Wege der Auslegung des gemeinschaftlichen Testaments festzustellen, dass die Eheleute ihre Kinder als Schlusserben zu gleichen Teilen vorgesehen haben, auch wenn dies im Testament nicht unmittelbar ausgedrückt ist. Dennoch können alle Beteiligten als die gemeinsamen Kinder der Ehegatten nach deren Willen in dem gemeinschaftlichen Testament als Schlusserben bestimmt sein, sofern infolge Auslegung nach den Grundsätzen im Sinne der §§ 133, 157 BGB ein entsprechender Wille festgestellt werden kann (vgl. etwa *Palandt/Weidlich*, 74. Aufl. 2015, § 2269 Rdnr. 5). Maßgebend ist der Wille beider Ehegatten im Zeitpunkt der Testamentserrichtung. Diesem kommt auch im Falle eines auf einen anderen Sinn hindeutenden Wortlauts der Vorrang zu, so dass der Auslegung durch diesen keine Grenzen gesetzt sind. Insbesondere dann, wenn gemeinsame Kinder vorhanden sind, ist nach den allgemeinen für die Auslegung letztwilliger Verfügungen geltenden Regeln sorgfältig zu prüfen, ob sich der Wille der Ehegatten feststellen lässt, dass das gemeinsame Vermögen nach dem Tode des Längstlebenden an diese fallen soll. Dabei sind auch die unausgesprochenen Prämissen der Erbfolgeanordnung zu berücksichtigen. Es kann daher nicht ausgeschlossen werden, dass die letztwillige Verfügung insofern stillschweigend erfolgt, als der Wille des Erblassers hinter anderen Bestimmungen verborgen ist und sich nur aus dem übrigen Testamentsinhalt entnehmen lässt. Häufig erscheint einem Erblasser gerade das aus rechtlicher Sicht Wichtige als so selbstverständlich, dass er es neben seinen einzelnen Sonderanordnungen nicht ausdrücklich festhält. Diese auf den – wahren – Willen des Erblassers gerichtete Testamentsauslegung ist nur dadurch begrenzt, dass der Wille des Erblassers im Testament irgendwie Ausdruck gefunden haben muss (Senat, NJW-RR 2013, 202, Gründe unter 1. a) m. w. N.).

Demgemäß kann hinter der Anordnung der Enterbung für den Fall der Geltendmachung des Pflichtteils und der gleichen Behandlung der gemeinsamen Kinder auch eine Erbeinsetzung der Beteiligten zu 1 bis 3 verborgen sein, sofern sie nicht den Pflichtteil verlangen. Dem Ausschluss der den Pflichtteil fordernden Kinder von der Beerbung des längstlebenden Ehegatten muss nicht der Wille zugrunde liegen, dass für die Kinder, auch wenn sie den Pflichtteil nicht verlangen, nur eine vom freien Willen des längstlebenden Ehegatten abhängige Möglichkeit besteht, dessen Erbe zu werden. Es kann im Gegenteil auch Wille der testierenden Eheleute gewesen sein,

den gemeinschaftlichen Kindern, wenn sie sich der von den Eltern beim Tode des Erstversterbenden gewollten Regelung fügen, eine erbrechtliche Stellung einzuräumen. Dass beim Vorhandensein eines solchen Willens eine Erbenstellung der Abkömmlinge nicht ausdrücklich bestimmt worden ist, kann auch darauf beruhen, dass die testierenden Eheleute eine solche als selbstverständlich angesehen haben (BayObLG 1959, 199, 204; BayObLG 1960, 216, 219).

a) Hier ergibt sich der Schluss auf die Einräumung einer – gleichen – Erbenstellung für alle gemeinsamen Kinder aus Textziffer 4. des gemeinschaftlichen Testaments. Dort ist einerseits angeordnet, dass die Kinder bei Eintritt des Schlusserrbfalls die ihnen zu Lebzeiten gemachten Zuwendungen untereinander zum Ausgleich zu bringen hätten und dann heißt es: „Jedes unserer Kinder soll gleich behandelt werden.“ Betrachtet man diese Anordnung im Gesamtzusammenhang des Testaments, wird deutlich, dass die Eheleute Wert darauf legten, jedes ihrer Kinder gleich zu behandeln und zwar dergestalt, dass einerseits die diesen zu Lebzeiten gemachten Zuwendungen zum Ausgleich untereinander zu bringen seien und andererseits die Kinder im Schlusserrbfall – zwingend – gleich bedacht werden sollten.

b) Der Einwand der Beteiligten zu 1, dass die Ausgleichsklausel in Satz 1 von Ziffer 4. des gemeinschaftlichen Testaments für den Fall der bindenden Schlusserrbeneinsetzung keinen Sinn mache, weil es wegen § 2050 BGB nur im Falle der gesetzlichen Erbfolge zu einem Ausgleich komme, greift nicht durch. Denn sie übersieht, dass auch für den Fall, dass die Eheleute von der Schlusserrbfolge ihrer Kinder zu gleichen Teilen ausgegangen wären, im Zweifel über § 2052 BGB die Ausgleichspflicht nach § 2050 BGB gegolten hätte.

c) Insgesamt kommt aus der Formulierung des Testaments, insbesondere aus Satz 2 von Textziffer 4. zum Ausdruck, dass die Eheleute ihre Kinder sowohl hinsichtlich der Zuwendungen zu Lebzeiten als auch bei der Schlusserrbeneinsetzung gleich behandeln wollten, so dass im vorliegenden Fall davon auszugehen ist, dass die Beteiligten zu 1 bis 3 gleichberechtigt als Erben eingesetzt werden sollten. Zwar ergibt sich aus dem Inhalt des Testaments, dass sich die Eheleute hinsichtlich der Abfassung des gemeinschaftlichen Testaments und der Frage der Erbanordnungen sachkundig gemacht haben. Jedoch bestehen keine Anhaltspunkte für differenzierte juristische Spezialkenntnisse. Insofern muss davon ausgegangen werden, dass die Eheleute die ausdrücklich angeordnete Gleichbehandlungspflicht ihrer Kinder nicht nur auf die Zuwendungen unter Lebenden, sondern auch auf den Fall bezogen haben, dass die Kinder den Letztversterbenden von ihnen überleben würden. Wenn dann ausdrücklich angeordnet ist „jedes unserer Kinder soll gleich behandelt werden“, legt das den Schluss nahe, dass die Kinder nach dem übereinstimmenden Willen der Testierenden die Schlusserrben zu gleichen Teilen sein sollten.

d) Es mag sein, wie die Beteiligte zu 1 ausführen lässt, dass sich aus der Wiederverheiratungsklausel in Textziffer 5., die bereits unter dem Rechenfehler leidet, dass die Eheleute davon ausgingen, dass der dritte Teil eines Drittels ein Sechstel und nicht – wie tatsächlich – ein Neuntel ist, keine Schlusserrbeneinsetzung ergibt. Aus dieser Anordnung ergibt sich lediglich, dass dem Verfasser des gemeinschaftlichen Testaments bewusst war, dass er die Kinder für den Fall der Wiederverheiratung des überlebenden Ehegatten im Wege des Vorausvermächtnisses in den Genuss von Teilen des Nachlasses des vorversterbenden Ehegatten gelangen lassen und hinsichtlich des Restnachlasses die gesetzliche Erbfolge anordnen konnte. Das allerdings lässt keinen Rückschluss darauf

zu, ob und welche gemeinschaftlichen Vorstellungen die Ehegatten bezüglich der Schlusserrbeneinsetzung hatten.

3. Im Übrigen ergibt die Auslegung des gemeinschaftlichen Testaments, dass die Schlusserrbeneinsetzung der gemeinsamen Kinder zu gleichen Teilen wechselbezüglich im Sinne von § 2270 BGB ist. Denn wenn angeordnet ist, dass die Kinder gleich behandelt werden sollen, ergibt sich die ersichtlich gewollte Absicherung dieser Verfügung nur aus dem Umstand, dass diese nur im Benehmen beider Ehegatten abänderbar sein sollte. Dagegen spricht nicht, dass in Textziffer 2. des gemeinschaftlichen Testaments angeordnet ist, dass der überlebende Ehegatte „zur unbeschränkten Verfügung über das Vermögen berechtigt“ sei. Daraus ergibt sich lediglich, dass die Eheleute davon ausgingen, dass der überlebende Ehegatte bis zum Eintritt des Schlusserrbfalls frei über das gemeinschaftliche Vermögen verfügen können sollte. Dazu galt allerdings nach Ziffer 4. die Einschränkung, dass die Kinder untereinander etwa überschießende unentgeltliche Zuwendungen des Überlebenden zum Ausgleich bringen sollten und außerdem – im Schlusserrbfall – gleich zu behandeln seien. Die Eheleute gingen also davon aus, dass der Überlebende von ihnen einerseits zu Lebzeiten frei verfügen können sollte, andererseits im Erbfall dahin gebunden sein würde, dass die gemeinsamen Kinder zu gleichen Teilen erben sollten. Es mag im Übrigen sein, dass der 1986 verstorbene Ehemann der Erblasserin „sehr dominant“ war, wie die Beteiligte zu 1 behaupten lässt, allerdings vermag der Senat daraus nicht abzuleiten, dass dieser sich für den Fall seines Überlebens gegenüber „seinen drei Kindern“ nicht „binden wollte“.

(...)

Anmerkung:

Rechtsstreitigkeiten, welche die Bindungswirkung gemeinschaftlicher Testamente betreffen, scheinen die Gerichte quer durch die Republik in einer weit überdurchschnittlichen Frequenz zu beschäftigen.¹ Dies mag zum einen der generellen Situation nach einem Erbfall geschuldet sein, in der es um relativ hohe Werte geht, ganz unterschiedliche Erwartungen und Vorstellungen der Beteiligten aufeinanderprallen und eine einfache Klärung von Auslegungsfragen durch Rückfrage beim Erblasser naturgemäß nicht möglich ist. Zum anderen spielt es sicherlich auch eine nicht unerhebliche Rolle, dass die gesetzlichen Bestimmungen über den Widerruf und die Bindungswirkung wechselbezüglicher Verfügungen vielen Erblassern nicht bekannt sind und sie es daher versäumen einen diesbezüglichen Willen zu bilden und formgerecht niederzulegen.²

Hier könnte zwar der Gesetzgeber einen Beitrag zur Streitvermeidung leisten, indem er für bindende Verfügungen die notarielle Beurkundung oder zumindest eine ausdrücklich auf die Bindung gerichtete Erklärung vorschreiben würde.³ Da es bei der Entscheidung über die Wechselbezüglichkeit nach

¹ Aus der obergerichtlichen Rechtsprechung jüngst etwa KG, Beschluss vom 19.12.2014, 6 W 155/14, FGPrax 2015, 83; OLG Schleswig, Beschluss vom 27.1.2014, 3 Wx 75/13 Te, MittBayNot 2015, 145 ff.; OLG Köln, Beschluss vom 9.8.2013, 2 Wx 198/13, BeckRS 2014, 07566.

² Lange, ErbR, § 16 Rdnr. 136; vgl. auch Reimann/Bengel/Mayer/Mayer, Gemeinschaftliches Testament und Erbvertrag, Vor § 2265 Rdnr. 49; BeckOGK-BGB/Braun, § 2265 Rdnr. 6.1.

³ Vgl. auch Röthel, NJW-Beilage 2010, 77, 70; Kanzleiter, ZEV 2011, 1, 3; Reimann/Bengel/Mayer/Mayer, Gemeinschaftliches Testament und Erbvertrag, § 2270 BGB, Rdnr. 70; BeckOGK-BGB/Braun, § 2270 Rdnr. 50.1; anders Landsittel/Rumland, ZEV 2012, 644, 647.

dem geltenden Recht in erster Linie um die individuelle Auslegung des jeweiligen Testaments geht,⁴ erscheint es dagegen weder möglich noch sinnvoll, die Zahl der Prozesse durch pauschale Beurteilungen über die „übliche Auslegung“ bestimmter Verfügungstypen einzudämmen.⁵ Erfreulicherweise verzichtet das OLG München in der vorliegenden Entscheidung auf eine pauschale Betrachtung und besinnt sich darauf, die im Raum stehenden Auslegungsfragen orientiert an den Umständen des Einzelfalles zu lösen. Die Entscheidung verdient hinsichtlich Ergebnis und Begründung im Wesentlichen Zustimmung.

1. Problemstellung

Worum ging es? Im Jahre 2013 hatte die 2014 verstorbene Erblasserin eines ihrer drei Kinder – ihre Tochter – zur Alleinerbin eingesetzt. Wenig überraschend machten die beiden anderen, hierdurch enterbten Kinder geltend, die Erblasserin sei an dieser Alleinerbensetzung durch ein von ihr bereits im Jahre 1984 gemeinsam mit ihrem vorverstorbenen Ehemann errichtetes Testament gehindert gewesen. Um diese Frage zu klären, hatte das Gericht zweierlei zu prüfen: Erstens, ob sich dem gemeinschaftlichen Testament überhaupt eine Erbeinsetzung für den Schlusserbfall entnehmen lässt und zweitens, ob diese Schlusserbeinsetzung als wechselbezügliche Verfügung Bindungswirkung entfaltet. Eine ausdrückliche Regelung enthielt das gemeinschaftliche Testament zu keinem der beiden Punkte. Vielmehr hatten die Beteiligten – wie das OLG München treffend feststellt – zwar eine ganze Reihe von „Sonderanordnungen“ getroffen, jedoch das „aus rechtlicher Sicht Wichtige“ nicht ausdrücklich festgehalten.

2. Bestehen einer Erbeinsetzung für den Schlusserbfall

Ob ein gemeinschaftliches Testament ein wirksame Schlusserbeinsetzung enthält, ist nach der herrschenden Auffassung,⁶ der sich das Gericht ohne weitere Diskussion der Gegenauffassung⁷ anschließt, zweistufig zu prüfen: Zunächst ist nach den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen der Wille der Beteiligten bei der Testamentserrichtung festzustellen. Hierbei sind alle Umstände des jeweiligen Einzelfalles, auch solche außerhalb der Testamentsurkunde heranzuziehen. Durch den Wortlaut der Verfügung sind dieser Ermittlung des Erblasserwillens keine Grenzen gesetzt. Erst wenn der Erblasserwille auf diese Art und Weise ermittelt wurde, ist die weitere Frage zu stellen, ob das Gewollte auch formgerecht erklärt, d. h. in dem gemeinschaftlichen Testament selbst zumindest andeutungsweise niedergelegt wurde. Zwar überrascht es, dass das Gericht in diesem Zusammenhang davon spricht, dass eine – formbedürftige – letztwillige Verfügung „stillschweigend erfolgt“ und dass das Gericht – obwohl es

nicht um die Auslegung einer empfangsbedürftigen Erklärung geht – neben § 133 BGB auch § 157 BGB⁸ zitiert, in der Sache gibt es an den Ausführungen des Gerichts jedoch nichts zu kritisieren.

Außerhalb des Testaments liegende Umstände, die für oder gegen eine Schlusserbensetzung sprechen, vermochte das Gericht offenbar nicht zu ermitteln. Der vom Gericht im Zusammenhang mit der Bindungswirkung angesprochene Aspekt, dass der vorverstorbene Ehemann nach Auffassung der durch das spätere Einzeltestament begünstigten Tochter „sehr dominant“ war, ist hierfür (ebenso wie für die Frage der Bindung) unergiebig. Weitere außerhalb der Urkunde liegende Umstände werden in der Entscheidung nicht berichtet. Das Gericht machte sich daher daran zu erforschen, ob hinter den ausdrücklich getroffenen Regelungen eine – implizite – Schlusserbensetzung verborgen ist.

Als Ansatzpunkte kamen dabei zum einen die im gemeinschaftlichen Testament enthaltenen Regelungen für den Fall eines Pflichtteilsverlangens durch ein Kind und für den Fall der erneuten Heirat des Längerlebenden in Betracht, vor allem aber die Bestimmung nach der jedes der Kinder gleich behandelt werden soll. Zu Recht misst das OLG München dabei weder der Pflichtteils- noch Wiederverheirathungsklausel eine für die Schlusserbfolge entscheidende Bedeutung bei. Zwar können derartige Klauseln als Regelung der Erbfolge beim Versterben des Längerlebenden auszulegen sein.⁹ Allerdings setzen sowohl Wiederverheirathungs- als auch Pflichtteilsstrafklauseln eine Regelung der Schlusserbfolge nicht zwingend voraus. Sie ergeben vielmehr auch dann einen Sinn, wenn sie isoliert, also ohne eine testamentarische Regelung der Schlusserbfolge angeordnet werden.¹⁰ Dem OLG München ist daher zuzustimmen, wenn es ausführt, dass die Wiederverheirathungsklausel „keinen Rückschluss“ auf die Vorstellungen der Ehegatten bezüglich der Schlusserbensetzung zulässt, und der Pflichtteilsstrafklausel zwar der Wille, den „braven“, den Pflichtteil nicht verlangenden Kindern eine erbrechtliche Stellung einzuräumen zugrunde liegen kann – jedoch nicht muss. Ohne Hinzutreten weiterer innerhalb oder außerhalb des gemeinschaftlichen Testaments liegender Umstände ist daher regelmäßig keine Schlusserbfolgeregelung allein durch eine Pflichtteilsstrafklausel oder Wiederverheirathungsklausel zu unterstellen.¹¹

Derartige Umstände sieht das Gericht in der Tatsache, dass die Testatoren eine Pflicht zur Ausgleichung lebzeitiger Zuwendungen angeordnet und ausdrücklich bestimmt haben,

⁴ KG, Beschluss vom 16.2.1993, 1 W 6261/91, DNotZ 1993, 825, 826; *Nieder/Kössinger*, Handbuch der Testamentsgestaltung, 5. Aufl. 2015, Rdnr. 39 ff.; BeckOK-BGB/*Litzenburger*, § 2270 Rdnr. 14; BeckOGK-BGB/*Braun*, § 2270 Rdnr. 51.

⁵ Vgl. allerdings KG, Beschluss vom 19.12.2014, 6 W 155/14, FGPrax 2015, 83; OLG Schleswig, Beschluss vom 27.1.2014, 3 Wx 75/13 Te, MittBayNot 2015, 145 ff.; OLG Köln, Beschluss vom 9.8.2013, 2 Wx 198/13, BeckRS 2014, 07566.

⁶ Sog. Andeutungstheorie, vgl. hierzu etwa BGH, Urteil vom 15.12.1956, IV ZR 238/56, NJW 1951, 421, 422; KG, Beschluss vom 11.7.1966, 1 W 1583/66, OLGZ 1966, 503, 506; BayObLG, Beschluss vom 16.5.1988, BReg. 1 Z 47/87, NJW 1988, 2744 f.; MünchKommBGB/*Leipold*, § 2084 Rdnr. 87 ff.; BeckOGK-BGB/*Gierl*, § 2084 Rdnr. 76.

⁷ Vgl. hierzu etwa *Brox/Walker*, Erbrecht, Rdnr. 204.

⁸ Zur Nichtanwendbarkeit des § 157 beim Testament siehe etwa MünchKommBGB/*Leipold*, § 2084 Rdnr. 17; BeckOGK-BGB/*Gierl*, § 2084 Rdnr. 10 ff.; anderes gilt lediglich zugunsten solcher Personen, die am Testiervorgang mitbeteiligt sind und durch die Verfügung eine geschützte Rechtsposition erhalten (vgl. BeckOGK-BGB/*Gierl*, § 2084 Rdnr. 11), so dass § 157 BGB beim gemeinschaftlichen Testament zugunsten des anderen Testators, nicht jedoch zugunsten Dritter anzuwenden ist (hierzu BeckOGK-BGB/*Braun*, § 2265 Rdnr. 86 f.).

⁹ Für die Annahme einer Schlusserbfolgeregelung etwa OLG München, Beschluss vom 16.7.2012, 31 Wx 290/11, DNotI-Report 2012, 161, 162; OLG Saarbrücken, Beschluss vom 6.1.1994, 5 W 119/93-70, NJW-RR 1994, 844, 846 f.; eher abl. OLG Hamm, Beschluss vom 26.2.2004, 15 W 486/03, NJW-RR 2004, 1520, 1521 (kein zwingender Erfahrungssatz); vgl. auch *Palandt/Weidlich*, § 2269 Rdnr. 8.

¹⁰ *Mayer*, MittBayNot 2007, 19, 20; *Lübbert*, NJW 1988, 2706, 2708; DNotI-Report 2000, 149, 150; *Staudinger/Kanzleiter*, 2014, § 2269 Rdnr. 24.

¹¹ So auch OLG Karlsruhe, Beschluss vom 19.1.2006, 14 Wx 28/05, BeckRS 2006, 05528; BeckOK-BGB/*Litzenburger*, § 2269 Rdnr. 22; *Staudinger/Kanzleiter*, 2014, § 2269 Rdnr. 24 m. w. N., auch zur a. A.

dass jedes ihrer Kinder gleich behandelt werden soll. Dieser Bestimmung entnimmt das OLG München im Lichte des „Gesamtzusammenhangs“ des Testaments, dass der Wille auf eine Schlusserbeneinsetzung aller Kinder zu gleichen Teilen gerichtet war, auch wenn diese im Testament nur unvollkommen niedergelegt wurde. Dies ist in der Tat die überzeugendste Deutung des gemeinschaftlichen Testaments: Schon die Anordnung einer Ausgleichspflicht hinsichtlich lebzeitiger Zuwendungen als solche spricht dafür, dass die Erblasser davon ausgingen und wollten, dass ihre Kinder im Schlusserbfall zu gleichen Teilen erben werden. Das durch die potentielle Alleinerbin hiergegen vorgebrachte Argument, die gewollte Ausgleichung setze gemäß § 2050 BGB eine gesetzliche Erbfolge voraus, ist äußerst dürftig. Dies übrigens nicht nur, weil über § 2052 BGB eine Ausgleichung regelmäßig auch bei gewillkürter Erbfolge zu erfolgen hat, sondern vor allem, weil eine Ausgleichungspflicht im technischen Sinne ohnehin im Rahmen der jeweiligen Zuwendung und nicht durch Testament angeordnet werden muss, § 2050 Abs. 3 BGB. Die von den Beteiligten testamentarisch angeordneten Ausgleichungspflichten dürften daher richtigerweise als Anordnung entsprechender (Voraus-)Vermächtnisse zulasten des jeweils Beschenkten an die jeweils nicht beschenkten Geschwister auszulegen sein.¹² Schon allein in dieser Regelung lässt sich ein gewisses Indiz für eine vollständige Gleichbehandlung beim Erwerb von Todes wegen und somit für eine Schlusserbeneinsetzung zu gleichen Teilen erblicken.

Vor allem aber ist es – natürlich – die Anordnung „Jedes unserer Kinder soll gleichbehandelt werden“, welche das OLG München zur Annahme einer Schlusserbfolgeregelung bringt, durch die jedes Kind zu gleichen Teilen erbt. Zwar fand sich die betreffende Klausel im Rahmen derjenigen Testamentsziffer, welche auf den Ausgleich lebzeitiger Zuwendungen zielt. Das Gericht stellt jedoch darauf ab, dass die von den Beteiligten gewünschte Gleichbehandlung nicht vollständig verwirklicht wird, wenn dies nicht auch für die Erbfolge nach dem Längerlebenden gilt. Dabei berücksichtigt es zu Recht, dass sich die Beteiligten zwar offenbar vor der Testamentserrichtung „schlau gemacht“ hatten, jedoch offensichtlich über keine juristischen Spezialkenntnisse verfügten und demgemäß das Fehlen einer ausdrücklich auf die Regelung Schlusserbfolge zielenden Verfügung nicht entscheidend ins Gewicht fällt.¹³

3. Wechselbezügliche Bindung an die Schlusserbeneinsetzung

Nachdem das Gericht, hinter den ausdrücklichen Testamentsklauseln eine Schlusserbeneinsetzung „gefunden“ hatte, musste es noch ermitteln, ob eine erbrechtliche Bindung an diese Schlusserbeneinsetzung bestand. Wenig überraschend lässt das OLG München dabei sowohl Wiederverheiratungs- als auch Pflichtteilsstrafklausel außer Betracht, da es in diesen Klauseln schon keinen für die Frage der Erbeneinsetzung entscheidenden Umstand erkennen konnte. Als maßgeblich sieht es dagegen die von den Beteiligten gewünschte Gleichbehandlung aller Kinder an. Hierzu stellt das Gericht in aller Kürze fest, dass die von den Beteiligten gewünschte Gleichbehandlung nur dann abgesichert ist, wenn die Einsetzung aller Kinder zu Schlusserben bindend, also wechselbezüglich (und zwar – dies sagt das Gericht nicht ausdrücklich – zur

¹² Vgl. MünchKommBGB/Ann., § 2050 Rdnr. 21.

¹³ Auch bei notariellen Verfügungen ist – da es letztlich auf den Willen und das Verständnis der Beteiligten ankommt – eine implizite Erbeinsetzung denkbar; jedoch ist hier Zurückhaltung angebracht (vgl. BeckOGK-BGB/Braun, § 2269 Rdnr. 28).

Alleinerbeneinsetzung des Längerlebenden durch den Erstversterbenden) getroffen wurde. Demgegenüber sei die Anordnung, dass der Überlebende zur unbeschränkten Verfügung über das Vermögen berechtigt sein sollte, nur auf lebzeitige Verfügungen zu beziehen,¹⁴ zumal lebzeitige Zuwendungen des Längerlebenden an Kinder überdies nach dem Willen der Testatoren auszugleichen waren. Diese Sichtweise ist durchaus plausibel. Die andere in Betracht kommende Deutung, nämlich, dass die Beteiligten durch ihr Testament zwar alle Kinder zunächst völlig gleichbehandeln wollten, diese Gleichbehandlung jedoch zugleich vom Längerlebenden durch letztwillige Verfügung hätte ausgehebelt werden können, ist dagegen im vorliegenden Fall weniger überzeugend. Gerade wenn der vorverstorbene Ehemann wirklich eine dominante Persönlichkeit war, ist kaum vorstellbar, dass er seiner Witwe eine solche Umgestaltung der gemeinsamen Nachlassplanung gestatten wollte.

4. Fazit

Die Erwägungen in der vorliegenden Entscheidung sind relativ stark von den Besonderheiten des Einzelfalles geprägt. Sie sind daher nicht ohne Weiteres auf andere Sachverhalte übertragbar. Dies ist jedoch nicht dem Gericht anzulasten, sondern liegt schlicht daran, dass es um Fragen der individuellen Testamentsauslegung ging, die stets individuell zu lösen sind.

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

¹⁴ Vgl. allgemein hierzu BayObLG, Beschluss vom 25.2.1994, 1 Z BR 110/93, BeckRS 1994, 31023028; *Reimann/Bengel/Mayer/Mayer*, Gemeinschaftliches Testament und Erbvertrag, § 2270 Rdnr. 45.

10. BGB §§ 2121, 2303, 2306 Abs. 2, § 2314 (*Pflichtteilsanspruch für aufschiebend bedingten Nacherben nur bei Ausschlagung*)

Wer aufschiebend bedingt zum Nacherben eingesetzt ist, kann einen Pflichtteilsanspruch nur geltend machen, wenn er seine Nacherbeneinsetzung gemäß § 2306 Abs. 2 BGB ausgeschlagen hat. (Leitsatz der Schriftleitung)

OLG Köln, Urteil vom 5.2.2015, 7 U 115/14

Die Parteien streiten um Pflichtteilsansprüche der Klägerin.

Die Klägerin ist die Tochter der Beklagten und aus der Ehe derselben mit dem Erblasser, H, hervorgegangen. Der Erblasser ist am 17.10.2010 in B verstorben.

Die Beklagte errichtete gemeinsam mit dem Erblasser ein Ehegattentestament, in dem sie sich wechselseitig zu Alleinerben einsetzten. Weiter heißt es dort wörtlich:

„Sollte einer der Ehepartner sterben, kann der andere der oben genannten Ehepartner bei Wiederheirat den gesamten Nachlass nur an die zwei Kinder aus erster Ehe vererben. Beantragt einer der Erbberechtigten vor Ableben des letzten Erblassers sein Pflichtteil, so hat dieser keine weiteren Ansprüche mehr an dem Erbe des zuletzt Lebenden.“

Am 19.1.2011 erteilte das zuständige AG Eschweiler der Beklagten einen Alleinerbschein als befreite Vorerbin, in dem auch der Eintritt der Nacherbfolge im Falle ihrer Wiederverheiratung aufgeführt ist. Die Klägerin machte durch Schreiben vom 26.8.2013 gegenüber der Beklagten ihren Pflichtteil geltend und forderte diese gleichzeitig unter Fristsetzung auf den 16.9.2013 dazu auf, Auskunft über den Bestand des Nachlasses sowie die lebzeitigen Zuwendungen des Erblassers in notarieller Form zu geben. Dies wurde von der Beklagten mit Schreiben vom 14.10.2013 abgelehnt.

Im Wege der Stufenklage macht die Klägerin aus Anlass des Todes ihres Vaters die ihr – nach ihrer Ansicht – auch ohne Ausschlagung zustehenden Ansprüche einer Pflichtteilsberechtigten geltend und führt hierzu wesentlich an, sie sei als kraft Testament nur bedingt eingesetzte Nacherbin enterbt. Daraus folgend sei sie berechtigt, auch Auskünfte über Zuwendungen des Erblassers zu erhalten.

Die Klägerin hat beantragt, die Beklagte zu verurteilen,

1. der Klägerin in notarieller Form Auskunft zu erteilen
 - a) über den Bestand und den Wert des Nachlasses des am 17.10.2010 in B verstorbenen H, wobei der Wert der im Nachlass vorhandenen Sachwerte, insbesondere die Immobilien durch sachverständige Schätzung zu bewerten sind;
 - b) über alle Schenkungen (einschließlich gemischter Schenkungen und ehebezogener Zuwendungen) des am 17.10.2010 in B verstorbenen H an die Beklagte während ihrer Ehe und an Dritte während der letzten zehn Jahre vor dessen Tod;
2. gegebenenfalls den Wert der nach Ziffer 1 beauskunfteten Schenkungen zu ermitteln;
3. gegebenenfalls die Vollständigkeit und Richtigkeit der nach Ziffer 1. und 2. erteilten Auskünfte eidesstattlich zu versichern;
4. einen nach Auskunftserteilung noch zu beziffernden Pflichtteilsanspruch nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 17.9.2013 zu zahlen.

Die Beklagte hat wesentlich unter Verweis auf die fehlende Ausschlagung der angeordneten Nacherbschaft beantragt, die Klage abzuweisen.

Das LG hat durch Urteil vom 2.7.2014, auf das wegen der Sachverhaltsdarstellung im Übrigen verwiesen wird, die Stufenklage insgesamt abgewiesen. Es hat zur Begründung ausgeführt, die Klägerin sei als aufschiebend bedingte Nacherbin nicht von der Erbfolge ausgeschlossen; ein Pflichtteilsanspruch besteht zurzeit nicht, da die Klägerin das Nacherbe nicht ausgeschlagen habe.

Gegen dieses Urteil hat die Klägerin das Rechtsmittel der Berufung fristgerecht eingelegt und begründet, mit der sie ihr Klagebegehren weiter verfolgt.

Sie vertritt weiterhin die Ansicht, dass ihr als bedingte Nacherbin auch ohne Ausschlagung ein Pflichtteilsanspruch zustehe.

Sie beantragt, unter Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils des LG Aachen – 8 O 504/13 – die Beklagte entsprechend den Schlussanträgen der 1. Instanz zu verurteilen.

Die Beklagte beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte, die zwecks Erfüllung des hier nicht in Rede stehenden Anspruches der Klägerin aus § 2121 BGB am 17.9.2014 ein dieser übermitteltes Verzeichnis der zur Erbschaft gehörenden Gegenstände angefertigt hat, ist der Berufung unter Verteidigung der angefochtenen Entscheidung entgegengetreten, und zwar weiterhin mit der Ansicht, der Klägerin stehe ein Auskunftsrecht nach § 2314 BGB nicht zu, da diese Nacherbin sei und ihr als solche ein Pflichtteilsrecht nur dann zustehe, wenn sie das Erbe ausschlage.

(...)

Aus den Gründen:

II.

Die prozessual bedenkenfreie Berufung ist unbegründet.

Das LG hat mit zutreffender Begründung die Stufenklage insgesamt abgewiesen.

Dem Streit der Parteien liegt das wechselseitige, privatschriftliche Ehegattentestament vom 10.8.1994 des am 17.10.2010 in B verstorbenen H und der Beklagten zugrunde.

Festzuhalten ist, dass sich durch dieses Testament die Eheleute wechselseitig im Wege der Vollerbfolge eingesetzt, also nicht die sog. Trennungslösung gewählt haben (vgl. *Palandt/Weidlich*, 74. Aufl. 2015, § 2269 Rdnr. 2). Dieses Verständnis findet in der Wiederverheirathungsklausel seine Stütze, in der die Rede davon ist, dass der „gesamte“ Nachlass im Falle der

Wiederheirat (nur) an die Kinder vererbt werden kann. Im Berufungsrechtszug geht des Weiteren jetzt auch die Klägerin, wie schon immer die Beklagte, davon aus, dass eine Erbeinsetzung der Kinder im Wege der Schlusserbfolge als Ersatzerben für den Fall des Vorversterbens testiert war. Bezogen auf die Pflichtteilsstrafklausel ist das nunmehrige übereinstimmende Verständnis zur Schlusserbeneinsetzung der Kinder auch naheliegender. Zwar ist zu konstatieren, dass eine ausdrückliche Einsetzung der Kinder als Schlusserven im Testament fehlt. Wohl ist im Testament nicht nur eine Wiederverheirathungsklausel (vgl. *Palandt/Weidlich*, a. a. O., § 2269 Rdnr. 16), sondern eine Pflichtteilsstrafklausel formuliert. Eine solche gegen die pflichtteilsberechtigten gemeinschaftlichen Kinder gerichtete Sanktionsklausel kann nach den Umständen bei fehlender ausdrücklicher Formulierung im Übrigen als bindende Schlusserbeneinsetzung auszulegen sein (vgl. etwa OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.1.2014, 3 WX 64/13, zitiert nach juris Rdnr. 25). Letztlich ist dies für die hier entscheidende Rechtsfrage ohne Belang. Denn auch im Falle fehlender Schlusserbeneinsetzung kann ausgehend vom unstrittigen Verständnis, wonach wechselseitig zwischen den testierenden Eheleuten nur eine wechselseitige Vollerbfolge gewollt gewesen ist, die Wiederverheirathung nur als auflösende Bedingung der Vollerbschaft des überlebenden Ehegatten verbunden mit seiner aufschiebend bedingten Vorerbschaft bzw. mit der aufschiebend bedingten Nacherbschaft der Kinder (so BGHZ 96, 198 ff.) gemeint gewesen sein.

Gemäß § 2303 Abs. 1 BGB ist aber ein Pflichtteilsanspruch, den die Klägerin hier im Wege der Stufenklage geltend gemacht hat, nur dann gegeben, wenn der Abkömmling von der Erbfolge ausgeschlossen ist.

Im Rahmen des hier im Wege der Stufenklage geltend gemachten Auskunftsanspruches gemäß § 2314 BGB besteht allerdings die Besonderheit, dass es nach höchstrichterlicher Rechtsprechung ausschließlich auf die grundsätzliche Pflichtteilsberechtigung ankommt, nicht aber auf einen Pflichtteilsanspruch (so schon BGH, Urteil vom 1.10.1958, V ZR 53/58, NJW 1958, 1964 ff.). Voraussetzung eines Auskunftsanspruches gemäß § 2314 BGB ist jedoch, dass der Auskunftssuchende nicht „Erbe“ ist. Grundsätzlich ist der Nacherbe Erbe im Sinne des § 2314 BGB, das heißt, er hat keinen Auskunftsanspruch, und zwar auch dann nicht, wenn seine Nacherbenstellung auflösend bedingt ist (vgl. BGH, Urteil vom 4.12.1980, IVa ZR 46/80). Für den Fall einer aufschiebend bedingten Nacherbschaft besteht aber die Besonderheit, dass strittig ist, ob der aufschiebend bedingte Nacherbe infolge der Beschränkung durch die Bedingung den Pflichtteilsanspruch ohne Weiteres geltend machen darf (so u. a. *Palandt/Weidlich*, a. a. O., § 2306 Rdnr. 4; *Erman/A. Röthel*, BGB, 14. Aufl. 2014, § 2306 Rdnr. 6; *Bamberger/Roth/J. Mayer*, BGB, 3. Aufl. 2012, § 2306 Rdnr. 13; *BGB-RGRK/Johannsen*, 12. Aufl. 1975, § 2306 Rdnr. 9; *Münch-KommBGB/Frank*, 3. Aufl. 1997, § 2306 Rdnr. 7; *Schlitt*, NJW 1992, 28, 29; *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 5. Aufl. 2001, § 37 Fn. 84; *Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz/J. Mayer*, Handbuch Pflichtteilsrecht, 3. Aufl. 2013, § 3 Rdnr. 46; auch *Bestelmeyer*, Rpfleger 2007, 1 ff.) oder ob es auch hier im Hinblick auf § 2306 Abs. 2 BGB der Ausschlagung des bedingten Nacherbes bedarf, um Pflichtteilsansprüche geltend zu machen (so zum Beispiel *Staudinger/Haas*, Neubearbeitung 2006, § 2306 Rdnr. 17 ff.; *MünchKommBGB/Lange*, 6. Aufl. 2013, § 2318 Rdnr. 10 unter Aufgabe der von *Frank* in der 3. Aufl. vertretenen gegenteiligen Ansicht; *Soergell/Diekmann*, BGB, 13. Aufl. 2002, § 2306 Rdnr. 6; *Burandt/Rojahn*, Erbrecht, 2. Aufl. 2014, § 2306 BGB Rdnr. 25; *Damrau/Riedel*, Praxiskommentar Erbrecht, 2. Aufl. 2011, § 2306

Rdnr. 11). Hieraus muss jedoch nach Auffassung des Senates folgen, dass im Falle einer aufschiebend bedingten Nacherbschaft für das Bestehen des Auskunftsanspruches auch auf die Frage abzustellen ist, ob zur Geltendmachung des Auskunftsanspruches die Ausschlagung der aufschiebend bedingten Nacherbschaft Anspruchsvoraussetzung ist. Dies muss erst recht für den Fall gelten, in dem – wie vorliegend – der Auskunftsanspruch im Rahmen einer Stufenklage geltend gemacht wird. Denn es entspricht, worauf auch das LG abstellt, allgemeiner Meinung, dass, auch wenn bei der Stufenklage grundsätzlich sukzessive über jede Stufe zu verhandeln ist, die Klage ganz, d. h. auch der noch unbezifferte Zahlungsantrag, als unbegründet abgewiesen werden kann, wenn die Gründe der Unbegründetheit den Hauptanspruch erfassen (vgl. hierzu beispielsweise *Thomas/Putzo/Reichhold*, ZPO, 35. Aufl. 2014, § 254 Rdnr. 5 und 6).

Die Klägerin hat hier jedoch die angeordnete Nacherbschaft nicht ausgeschlagen, so dass im Hinblick auf § 2306 Abs. 2 BGB der im Wege der Stufenklage geltend gemachte Pflichtteilsanspruch nicht besteht. Maßgeblich hierfür ist, dass auf die vorliegende Fallkonstellation § 2306 Abs. 2 BGB anzuwenden ist. Der Senat teilt die vom LG vertretene Rechtsansicht.

In § 2306 Abs. 2 BGB heißt es nämlich, dass die Einsetzung des Pflichtteilsberechtigten als Nacherbe einer Beschränkung der Erbeinsetzung gleichsteht. Da die Vorschrift des § 2306 Abs. 2 BGB uneingeschränkt formuliert ist, spricht schon der Wortlaut dafür, dass nicht nur die in diesem Zusammenhang unstrittigen Fälle einer befristeten Nacherbeneinsetzung (vgl. *MünchKommBGB/Lange*, 6. Aufl., § 2306 Rdnr. 10; *Bamberger/Roth/J. Mayer*, a. a. O., § 2306 Rdnr. 13), sondern auch die Fälle der aufschiebend bedingten Nacherbschaft der „Gleichstellung“ im Sinne des § 2306 Abs. 2 BGB unterfallen. Soweit demgegenüber angeführt wird, durch die Erbeinsetzung als bedingter Nacherbe sei dieser im Hinblick auf die Ungewissheit des Eintritts nicht zum Erbe im Sinne des § 2306 Abs. 1 BGB berufen, so stellt sich dies nach Auffassung des Senates als nicht tragfähig dar, da der Gesetzgeber die Nacherbeneinsetzung in § 2306 Abs. 2 BGB ausdrücklich nur der Beschränkung der Nacherbeneinsetzung „gleichstellt“, letztlich also mit dem Mittel einer Fiktion arbeitet (so überzeugend *Bestelmeyer*, Rpfleger 2007, 1, 5). Denkbar ist aber, den Anwendungsbereich einer weitgefassten Norm im Wege der teleologischen Reduktion zu beschränken, also eine Norm auf Sachverhalte, die unter ihren Wortlaut fallen, vom Normzweck aber nicht erfasst werden, nicht anzuwenden. Voraussetzung hierfür ist jedoch das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke (vgl. *Palandt/Sprau*, a. a. O., Einleitung Rdnr. 49). Angesichts des Umstandes, dass schon seit Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches umstritten war, ob die Vorschrift des § 2306 Abs. 2 BGB auf die bedingte Einsetzung des Nacherben anwendbar ist (vgl. auch hierzu *Bestelmeyer*, Rpfleger 2007, 1), spricht jedenfalls nach der Erbrechtsreform 2009 nichts für die Annahme einer solchen planwidrigen Regelungslücke. Denn ohne den Fall einer aufschiebend bedingten Nacherbschaft, die bekanntermaßen den Hauptregelungsinhalt gebräuchlicher Wiederverheirathungsklauseln darstellt, ausdrücklich aus dem Anwendungsbereich des § 2306 Abs. 2 BGB herauszunehmen, hat der Gesetzgeber die bis dahin in Satz 2 des § 2306 Abs. 1 BGB bestehende Regelung, das Erfordernis der Ausschlagung davon abhängig zu machen, ob der Erbteil größtmäßig den Pflichtteil übersteigt, in ein Wahlrecht abgeändert: Aus Gründen der Vereinfachung und erhöhter Rechtsicherheit hängt die Geltendmachung des Pflichtteils ohne Rücksicht auf die wertmäßigen Relationen allein von der Ausschlagung des Erbteiles ab (vgl. *Palandt/Edenhofer*, 69. Aufl. 2010, § 2306 Rdnr. 1 und 2).

Unabhängig von dieser Erwägung gebietet aber auch nicht Sinn und Zweck der Norm die von der Gegenmeinung befürwortete Einschränkung der Anwendung des § 2306 BGB. Denn die von dieser Meinung angeführten Unterschiede weisen nicht einen solchen Grad auf, der eine unterschiedliche Handhabung rechtfertigen könnte.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass der Beschwerde durch die Regelung des § 2306 BGB jedenfalls nach dem nach der Erbrechtsreform gewählten Regelungsinhalt auch in den unstrittigen Regelfällen durch das Erfordernis der Ausschlagung Entscheidungsunsicherheiten unterworfen ist (vgl. *Erman/A. Röthel*, BGB, 14. Aufl., § 2306 Rdnr. 1). Das von der Gegenmeinung angeführte Argument, in Hinblick auf die Ungewissheit des Bedingungseintrittes sei der bedingt eingesetzte Nacherbe nicht hinnehmbaren wirtschaftlichen Risiken ausgesetzt, ist angesichts dessen schon nicht als stichhaltig anzusehen, da eine entsprechende Rückversicherungsstellung (so *Soergel/Dieckmann*, BGB, 13. Aufl. 2012, § 2306 Rdnr. 6) für den „Normalfall“ durch den Wahlzwang des § 2306 Abs. 1 und 2 BGB eben nicht gewährt wird. Die Erwägung, der Eintritt der Bedingung sei im Vergleich zur Befristung unkalkulierbarer, überzeugt aber auch deswegen nicht, da der Pflichtteilberechtigte in Konstellationen, in denen der Erblasser den Nacherbfall an ein bestimmtes Verhalten des Nacherben knüpft, den Nacherbfall selbst herbeiführen kann, wohingegen bei einer Befristung es auch möglich ist, dass der Pflichtteilberechtigte den Fristablauf nicht erlebt (etwa *MünchKommBGB/Lange*, 6. Aufl. 2013, § 2318 Rdnr. 10). Auch rechtlich sind die aufschiebend bedingte und die befristete Nacherbeneinsetzung gleichwertig, da in beiden Fällen von einem Anwartschaftsrecht auf die Nacherbschaft auszugehen ist. Eine Ungleichbehandlung im Rahmen des § 2306 Abs. 2 BGB verbietet sich auch angesichts der sich dadurch ergebenden Wertungswidersprüche. Denn § 2306 BGB drängt auf eine schnelle, einmalige und klare Lösung (*Staudinger/Haas*, a. a. O., Rdnr. 21). Genau diese wird jedoch von der Gegenmeinung konterkariert, da danach der bedingt eingesetzte Nacherbe, dem das Pflichtteil ohne Ausschlagung zustehen soll, sich die Pflichtteilszahlung im Falle des Bedingungseintrittes wieder anrechnen lassen soll, was im Hinblick auf die Frage der dann maßgeblichen Bewertungsgrundlage nicht unproblematisch erscheint. Auch ist darauf zu verweisen, dass sich der überlebende Ehegatte, der im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft verheiratet war, im Falle der Wiederverheirathungsklausel nach dem Erbfall entscheiden muss, ob er sich nicht besser durch Ausschlagung der mit der bedingten Nacherbeneinsetzung belasteten Erbschaft Zugewinnausgleich und Pflichtteil sichert; bei späterer Wiederheirat kann er demgegenüber nicht mehr den Pflichtteil geltend machen (vgl. *Palandt/Weidlich*, a. a. O., § 2269 Rdnr. 19). Im Übrigen ist jedenfalls für den hier vorliegenden Fall einer Pflichtteilsstrafklausel nicht einsichtig, warum der bedingte Nacherbe ohne Ausschlagung die Pflichtteilszahlung erhalten soll, da nach dem mutmaßlichen Erblasserwillen, manifest geworden durch eben diese Pflichtteilsstrafklausel, dem auflösend bedingten Vollerben der Nachlass des Vorverstorbenen „an sich“ ungeschmälert zufallen sollte.

(...)

Anmerkung:

Die Entscheidung des OLG Köln beschäftigt sich mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen der aufschiebend bedingt eingesetzte Nacherbe einen Pflichtteilsanspruch (und damit auch einen Auskunftsanspruch gemäß § 2314 BGB) gegen den Vorerben geltend machen kann. Diese Frage ist seit

jeher umstritten. Nach einer Ansicht¹ steht dem nur aufschiebend bedingten Nacherben sofort ein Pflichtteilsanspruch zu. Nach anderer Ansicht² ist auf diesen Fall § 2306 Abs. 2 BGB anwendbar, so dass zunächst die bedingte Nacherbschaft ausgeschlagen werden muss, um den Pflichtteil verlangen zu können.

Die erstgenannte Meinung stützt sich insbesondere darauf, dass der aufschiebend bedingt eingesetzte Nacherbe – im Unterschied zum auflösend bedingt oder befristet eingesetzten Nacherben – vor Eintritt der Bedingung noch nicht Erbe und somit enterbt sei.³ Er könne somit unabhängig von den Voraussetzungen des § 2306 Abs. 2 BGB den Pflichtteil fordern. Dies sei auch sachgerecht, weil der aufschiebend bedingt eingesetzte Nacherbe andernfalls zu einer Ausschlagung gezwungen sei, bevor ihm ein Auskunfts- und Wertermittlungsanspruch als Pflichtteilsberechtigter gemäß § 2314 BGB zustehe. Ohne einen Überblick über den Bestand und Wert des Nachlasses sei ihm eine endgültige Entscheidung über die Ausschlagung oder Annahme des Nachlasses aber nicht zumutbar.⁴ Mache der aufschiebend bedingte Nacherbe seinen Pflichtteilsanspruch geltend und trete die Bedingung später tatsächlich ein, so könne ein Ausgleich dadurch verwirklicht werden, dass die Pflichtteilszahlung nachträglich auf das Erbe angerechnet werde.⁵

Die Gegenansicht argumentiert insbesondere mit dem Wortlaut des § 2306 BGB, der nicht zwischen befristeter, auflösend bedingter und aufschiebend bedingter Nacherbfolge differenziert.⁶ Außerdem sei eine Privilegierung des aufschiebend bedingten Nacherben etwa gegenüber dem befristeten Nacherben, wonach nur letzterer dem Wahlzwang des § 2306 BGB zwischen Nacherbschaft und Pflichtteil unterliege, nicht sachgerecht, da sich beide in einer vergleichbaren Situation befänden.⁷

Das OLG Köln hat sich nunmehr mit überzeugenden Argumenten der letztgenannten Ansicht angeschlossen. Es hat sich hierbei neben den vorgenannten Gründen auch auf die Entstehungsgeschichte des § 2306 BGB berufen. Die Norm hat ihre aktuelle Fassung durch die Erbrechtsreform im Jahr 2009 erhalten. Der Gesetzgeber hat die aufschiebend bedingte Nacherbfolge trotz des bekannten Meinungsstreits nicht aus dem Anwendungsbereich der Norm herausgenommen, sondern vielmehr für den Nacherben (unabhängig von der Erbquote) aus Gründen der Vereinfachung und Rechtssicherheit ein Wahlrecht zwischen Pflichtteil oder Annahme der Nacherbenstellung eingeführt. Hiernach spreche auch der Normzweck für eine Heranziehung des § 2306 Abs. 2 BGB im Bereich der aufschiebend bedingten Nacherbfolge, da die Vorschrift für alle Fälle der Nacherbschaft auf eine schnelle, einmalige und

klare Lösung dränge.⁸ Dies werde jedoch durch die Gegenmeinung konterkariert, da hiernach der Nacherbe zunächst keine Entscheidung über die Ausschlagung oder Annahme der Erbschaft treffen müsse, um den Pflichtteil zu erhalten. Im Fall des Bedingungseintritts müsse dann vielmehr der bezahlte Pflichtteil nachträglich wieder angerechnet werden, was im Hinblick auf die maßgeblichen Bewertungsgrundlagen problematisch sein könne (vgl. hierzu Abschnitt II letzter Absatz).

Die Entscheidung des OLG Köln ist nachvollziehbar und auch im Ergebnis schlüssig. Entscheidend ist aus meiner Sicht vor allem der Erst-Recht-Schluss zu den in § 2306 Abs. 2 BGB unstreitig geregelten Fällen. Wenn das Gesetz in dieser Vorschrift schon vom unbedingten Nacherben eine Ausschlagung verlangt, um den Pflichtteil geltend machen zu können, so ist diese Entscheidung erst recht auch dem nur aufschiebend bedingt eingesetzten Nacherben zumutbar, da dieser ja eine noch viel ungewissere Rechtsstellung und Erwerbsaussicht innehat.⁹ Außerdem nötigt die abweichende Ansicht den Rechtsanwender im Rahmen des § 2306 Abs. 2 BGB zu einer Differenzierung zwischen befristeter und auflösend bedingter Nacherbschaft auf der einen und aufschiebend bedingter Nacherbschaft auf der anderen Seite. Diese Unterscheidung ist nicht nur wertungsmäßig fragwürdig, sondern kann (insbesondere bei ungenau formulierten privatschriftlichen Testamenten) auch im Rahmen der Ermittlung des Erblasserwillens Schwierigkeiten bereiten, da in vielen Sachverhalten mehrere Konstruktionen in Betracht kommen.

Völlig obsolet wird die genaue Auslegung des Erblasserwillens bei der Anwendung des § 2306 Abs. 2 BGB allerdings auch in Zukunft nicht sein. Insoweit ist insbesondere darauf hinzuweisen, dass eine bedeutsame Fallgruppe verbleibt, für die § 2306 Abs. 2 BGB nach ganz überwiegender und zutreffender Ansicht nicht einschlägig ist: die Position des Ersatznacherben und somit auch die des (aufschiebend oder auflösend) bedingten Ersatznacherben. Der Ersatz(nach)erbe hat vor Wegfall des vorrangig Berufenen nur eine Wartestellung und somit noch keine eigene Rechtsposition inne.¹⁰ Er ist daher enterbt und kann (unabhängig von den Voraussetzungen des § 2306 Abs. 2 BGB) einen Pflichtteilsanspruch geltend machen. Es ist somit beim Vorliegen einer Bedingung stets zu prüfen, ob der Pflichtteilsberechtigte direkt zum Nacherben eingesetzt und lediglich der Eintritt der Nacherbfolge ungewiss ist, da dieser von einem bestimmten Ereignis (zum Beispiel der Wiederheirat des Vorerben) abhängt (aufschiebend bedingte Nacherbschaft; Folge: § 2306 Abs. 2 BGB gilt), oder ob vorrangig eine andere Person zum Nacherben bestimmt ist und die Nacherbenstellung des Pflichtteilsberechtigten als solche vom Eintritt einer Bedingung (zum Beispiel dem Wegfall oder einer Handlung des in erster Linie eingesetzten Nacherben) abhängt (bloßer Ersatznacherbe; Folge: § 2306 Abs. 2 BGB greift nicht ein).

Notar Dr. Martin Soutier, Roth

¹ Vgl. etwa *Palandt/Weidlich*, 74. Aufl., § 2306 Rdnr. 4; *Bamberger/Roth/Mayer*, BGB, 3. Aufl. 2012, § 2306 Rdnr. 12; *Erman/Röthel*, BGB, 14. Aufl. 2014, § 2306 Rdnr. 6; *Mayer/Süß/Tank/Bittler/Wälzholz*, Handbuch Pflichtteilsrecht, 3. Aufl. 2013, § 3 Rdnr. 46; *Schlitt*, NJW 1992, 28.

² *MünchKommBGB/Lange*, 6. Aufl. 2013, § 2318 Rdnr. 13; *Staudinger/Haas*, 2006, § 2306 Rdnr. 17; *Damrau/Riedel*, Praxiskommentar Erbrecht, 2. Aufl. 2011, § 2306 BGB Rdnr. 11.

³ *Palandt/Weidlich*, § 2306 Rdnr. 4; BayObLG, Beschluss vom 22.6.1966, BReg. 1 b Z 12/66, BayObLGZ 1966, 227, 230.

⁴ *Beckmann*, ZEV 2012, 637, 642.

⁵ BayObLG, Beschluss vom 22.6.1966, BReg. 1 b Z 12/66, BayObLGZ 1966, 227, 230; *Palandt/Weidlich*, § 2306 Rdnr. 4.

⁶ *Bamberger/Roth/Mayer*, BGB, 3. Aufl. 2012, § 2306 Rdnr. 13.

⁷ *MünchKommBGB/Lange*, § 2306 Rdnr. 13.

⁸ Vgl. auch *Staudinger/Haas*, § 2306 Rdnr. 21.

⁹ In diese Richtung auch *Schindler*, ZEV 2015, 316, 318.

¹⁰ OLG Hamm, Urteil vom 12.12.1995, 10 U 104/95, NJW-RR 1996, 1414; *Spall*, ZEV 2006, 344, 346; *Schindler*, ZErB 2007, 381, 382.

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

11. BGB §§ 705, 719; ZPO § 767 Abs. 1 (*Befugnis zur Erhebung der Vollstreckungsabwehrklage bei Vollstreckung gegen eine GbR / Möglichkeit der Auswechslung sämtlicher GbR-Gesellschafter im Wege der Anteilsübertragung*)

- Richtet sich ein Vollstreckungstitel gegen eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Vollstreckungsschuldnerin, steht die Befugnis zur Erhebung einer Vollstreckungsabwehrklage der Gesellschaft zu, nicht ihren Gesellschaftern.**
- Bei einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts können – ebenso wie bei einer Personenhandelsgesellschaft (BGH, BGHZ 44, 229, 231 = NJW 1966, 499) – unter Wahrung der Gesellschaftsidentität gleichzeitig sämtliche Gesellschafter im Wege der Anteilsübertragung ausgewechselt werden.**

BGH, Urteil vom 3.11.2015, II ZR 446/13

Die Kläger wenden sich gegen einen Vollstreckungsbescheid und einen Vergütungsfeststellungsbeschluss, den die Beklagte jeweils gegen die Gesellschaft bürgerlichen Rechts „P.“ (im Folgenden: GbR P.) erwirkt hat, sowie – im Wege der negativen Feststellungsklage – gegen weitere Vergütungsforderungen der Beklagten.

Die Kläger waren Gesellschafter der GbR P., deren Zweck die Vermietung und Verwaltung der gesellschaftseigenen Immobilie B.allee 1 a/A. Straße in S. ist. Nach ihrem Ausscheiden aus der GbR schlossen die Kläger und zwei weitere ausgeschiedene Gesellschafter zur Regelung ihrer Abfindungsansprüche mit der GbR sowie den in der GbR verbliebenen bzw. inzwischen neu hinzutretenden Gesellschaftern H. L., P. GmbH und P. GmbH & Co. KG am 25./27.3.2009 eine notarielle Vereinbarung, die den ausgeschiedenen Gesellschaftern bei Nichtzahlung des vereinbarten Abfindungsbetrags unter bestimmten weiteren Voraussetzungen das (in der Vereinbarung so bezeichnete) „Wahlrecht“ gab, von den derzeitigen Gesellschaftern „100 % der Gesellschaft (...) zu übernehmen“. Die ausgeschiedenen Gesellschafter übten dieses Wahlrecht zum 1.10.2009 aus. Über die Wirksamkeit dieser rechtsgestaltenden Erklärung und damit den seitherigen Gesellschaftsbestand der GbR P. herrscht Streit. In einem Vorprozess, den die Kläger und die beiden weiteren mit ihnen ausgeschiedenen Gesellschafter gegen H. L., die P. GmbH und die P. GmbH & Co. KG geführt haben, hat das LG Halle mit Urteil vom 23.9.2010 (6 O 372/10) festgestellt, dass die (dortigen) Kläger die Gesellschaftsanteile mit Wirkung ab dem 1.10.2009 übernommen haben. Das OLG Naumburg hat die Berufung der (dortigen) Beklagten zurückgewiesen (9 U 173/10). Die Nichtzulassungsbeschwerde der P. GmbH & Co. KG ist gleichfalls erfolglos geblieben; bezüglich der beiden anderen Beklagten des Vorprozesses ist das beim BGH geführte Nichtzulassungsverfahren (II ZR 125/11) gemäß § 240 ZPO unterbrochen.

Die Beklagte ist auf Veranlassung des H. L. für die GbR P. B. in verschiedenen Angelegenheiten – vor und nach dem 1.10.2009 – anwaltlich tätig geworden. Sie hat gegen die GbR am 8.1.2010 einen Vollstreckungsbescheid über 77.536,06 € nebst Zinsen und Kosten und am 22.7.2010 einen Vergütungsfestsetzungsbeschluss gemäß § 11 RVG über 9.515,58 € nebst Zinsen erwirkt. Der Vollstreckungsbescheid, in dem als gesetzlicher Vertreter der GbR der „geschäftsführende Gesellschafter“ H. L. angegeben ist, ist am 18.1.2010 unter der Anschrift „K. Allee 13 c/o P. GmbH“ in H. durch Einlegen in den Briefkasten zugestellt worden. Für weitere Anwaltstätigkeiten stellte die Beklagte der GbR P. unter dem 3.3.2010 8.734,03 € und unter dem 23.9.2010 6.322,71 € in Rechnung.

Die Kläger haben beantragt, die Zwangsvollstreckung aus dem Vollstreckungsbescheid und dem Vergütungsfestsetzungsbeschluss für unzulässig zu erklären. Hilfsweise haben sie beantragt, die Zwangsvollstreckung für unzulässig zu erklären, „soweit sie sich gegen die GbR P., bestehend aus den Antragstellern als Gesellschafter richtet und soweit sie sich gegen das gemäß dem Sequestrationsbeschluss des OLG Naumburg vom 13.4.2010 (...) gesicherte Gesellschaftsvermögen in seinem Immobilienstand oder die Mieteinnahmen aus der Immobilie B. Allee 1 a/A. Straße in S. ab dem 1.10.2009 richtet“. Weiter haben die Kläger beantragt, festzustellen, dass der Beklagten gegenüber den

Klägern oder einer von ihnen gebildeten GbR P. keine Ansprüche aus den Rechnungen vom 3.3. und 23.9.2010 bzw. überhaupt im Zusammenhang mit den jeweils benannten Verfahren zustehen.

Das LG hat die Klage abgewiesen. Es hat hinsichtlich des Vollstreckungsbescheids angenommen, dass die Einwendungen der Kläger präkludiert, jedenfalls aber in der Sache unberechtigt seien. Die weitergehende Klageabweisung hat das LG damit begründet, dass auch gegenüber dem Vergütungsfeststellungsbeschluss keine durchgreifenden materiellrechtlichen Einwendungen bestünden und die von der negativen Feststellungsklage erfassten Honorarforderungen berechtigt seien. Die Berufung der Kläger, mit der sie zusätzlich hilfsweise die Feststellung begehrt haben, dass die Zwangsvollstreckung aus dem Vollstreckungsbescheid und dem Vergütungsfeststellungsbeschluss unzulässig gewesen sei, ist erfolglos geblieben. Hiergegen wenden sich die Kläger mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision.

Die Revision hat bezüglich des negativen Feststellungsbegehrens Erfolg und führt insoweit zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Im Übrigen ist das Rechtsmittel unbegründet, wobei die auf Unzulässigklärung der Zwangsvollstreckungen gerichtete Klage (Berufungsanträge zu 1 und 2) als unzulässig abzuweisen war.

I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

Bei der Klage auf Unzulässigerklärung der Zwangsvollstreckung handele es sich allenfalls um eine Klage in analoger Anwendung des § 767 ZPO. Soweit die nicht wirksame Zustellung des Vollstreckungsbescheids gerügt werde, wäre die Vollstreckungserinnerung gemäß § 732 ZPO der zutreffende Rechtsbehelf gewesen. Gleichwohl sei die erhobene Klage zulässig. Dabei komme es im Ergebnis nicht auf die in der Rechtsprechung noch nicht abschließend geklärte Frage an, ob die Gesellschafter einer rechtsfähigen (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts einen Aktivprozess für die Gesellschaft bzw. „als GbR“ führen könnten. Im Streitfall lägen mehrere Besonderheiten vor, die eine Prozessführung durch die Kläger als Gesellschafter der GbR P. zulässig erscheinen ließen. Ob die Kläger tatsächlich Gesellschafter der GbR P. sind, sei (formal) noch nicht rechtskräftig entschieden. Unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben müsse es den vermeintlichen Gesellschaftern möglich sein, im eigenen Namen zu verhindern, dass die Gesellschaft mit Forderungen überzogen und hierdurch möglicherweise wirtschaftlich ausgehöhlt werde. Eine namens der Gesellschaft geführte Klage wäre wenig behelflich gewesen, weil es in einem solchen Rechtsstreit abermals zweifelhaft gewesen wäre, ob die Kläger möglicherweise doch keine Gesellschafter geworden seien. Ein weiterer Grund für die Aktivlegitimation der Kläger ergebe sich aus ihrer akzessorischen Gesellschaftshaftung entsprechend §§ 128 f. HGB. Ihrem Wesen nach handele es sich bei der vorliegenden Klage um eine negative Feststellungsklage; es solle nämlich festgestellt werden, dass aus den Titeln Forderungen nicht geltend gemacht werden können. Die Kläger hätten, da sie persönlich in Anspruch genommen werden könnten, ein Rechtsschutzbedürfnis für die Feststellung der Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung sowie für die Feststellung des Nichtbestehens von Forderungen und seien somit aktivlegitimiert.

Der Einwand der Kläger, die Zustellung der Titel sei nicht ordnungsgemäß erfolgt, sei indes unberechtigt. Die geltend gemachten Forderungen stünden der Beklagten auch zu. Entgegen der Auffassung der Kläger gebe es nur eine GbR P., an deren Identität sich nichts geändert habe. In der notariellen Vereinbarung vom 25./27.3.2009 sei gerade nicht die Übernahme der Immobilie von einer GbR auf die andere vereinbart worden. Vielmehr sei vereinbart worden, dass die Kläger mit der Ausübung des Wahlrechts die Gesellschaftsanteile übernehmen. Der damit verbundene Austausch des gesamten Gesellschaftsbestandes lasse die Identität der GbR, die eine eigene Rechtspersönlichkeit habe, unberührt.

Aus den Gründen:

II.

Diese Ausführungen halten der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

1. Das Berufungsgericht hat die Revision unbeschränkt zugelassen.

Allerdings kann sich eine Beschränkung der Revisionszulassung, die – wie hier – nicht schon in der Entscheidungsformel des Berufungsurteils enthalten ist, auch aus den Entscheidungsgründen ergeben. Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des BGH, dass der Tenor im Licht der Entscheidungsgründe auszulegen und deshalb von einer beschränkten Revisionszulassung auszugehen ist, wenn sich dies aus den Gründen der Beschränkung klar ergibt. Das ist regelmäßig dann anzunehmen, wenn sich die vom Berufungsgericht als zulassungsrelevant angesehene Frage nur für einen eindeutig abgrenzbaren selbständigen Teil des Streitstoffs stellt, auf den auch die Parteien die Revision beschränken könnten (vgl. BGH, Urteil vom 3.6.2014 – II ZR 100/13, ZIP 2014, 1532 Rdnr. 10 m. w. N.).

Diese Voraussetzungen liegen hier aber nicht vor. Das Berufungsgericht hat die Revision zur Klärung der Frage zugelassen, ob die Identität einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts auch dann gewahrt bleibe, wenn zu einem einheitlichen Zeitpunkt der gesamte Gesellschafterbestand ausgetauscht werde. Diese Frage hat, ausgehend vom Rechtsstandpunkt des Berufungsgerichts, das auch eine materiellrechtliche Prüfung der bereits titulierten Forderungen der Beklagten für erforderlich gehalten hat, eine übergreifende, nicht auf einen eindeutig abgrenzbaren selbständigen Teil des Streitstoffs beschränkbare Bedeutung. Denn anders als die Revisionserwiderung meint, betrifft die Frage nicht nur die Forderungen, die auf eine Beauftragung vor dem (möglichen) Austausch der Gesellschafter gestützt werden. Es geht auch darum, ob nach dem 1.10.2009 möglicherweise zwei Gesellschaften „P.“ bestanden haben, wie die Kläger annehmen, die zugleich meinen, dass die von ihnen gebildete Gesellschaft nicht passivlegitimiert sei und (jedenfalls) gegen sie nicht vollstreckt werden dürfe.

2. Soweit sich die Kläger mit ihrem Hauptantrag gegen die Zwangsvollstreckung aus dem Vollstreckungsbescheid wenden, hat das Berufungsgericht rechtsfehlerhaft angenommen, dass die Klage zulässig sei. Die Klage ist richtigerweise schon als unzulässig abzuweisen; auf die – vom Berufungsgericht bejahte – Begründetheit der dem Vollstreckungsbescheid zugrundeliegenden Forderungen kommt es nicht an.

a) Die Kläger sind nicht prozessführungsbefugt.

aa) Die Annahme des Berufungsgerichts, bei der vorliegenden Klage handele es sich allenfalls um eine Klage in analoger Anwendung des § 767 ZPO oder ihrem Wesen nach um eine negative Feststellungsklage, trifft nicht zu. Vielmehr handelt es sich, wie der Senat auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen selbst entscheiden kann, um eine Vollstreckungsabwehrklage gemäß § 767 ZPO. Davon geht auch die Revision aus.

Das Berufungsgericht hat zum einen nicht ausreichend beachtet, dass der Klageantrag ausdrücklich darauf gerichtet ist, die Zwangsvollstreckung aus dem Vollstreckungsbescheid für unzulässig zu erklären, und somit seinem Wortlaut nach auf eine prozessuale Gestaltung zielt. Dies schließt eine Feststellungsklage aus, die im Übrigen auch nicht geeignet wäre, die (weitere) Vollstreckung aus dem gegen die GbR P. ergangenen Vollstreckungsbescheid, gegen die sich die Kläger wenden, zu unterbinden.

Bei seiner Annahme, es handele sich (allenfalls) um eine Klage in analoger Anwendung des § 767 ZPO, dürfte das Berufungsgericht die in der Rechtsprechung anerkannte Möglichkeit vor Augen gehabt haben, mit einer prozessualen Gestaltungsklage in entsprechender Anwendung von § 767 ZPO die Unwirksamkeit oder mangelnde Vollstreckbarkeit

eines Vollstreckungstitels wegen formeller Mängel geltend zu machen (vgl. dazu BGH, Urteil vom 18.11.1993, IX ZR 244/92, BGHZ 124, 164, 170 ff.; Urteil vom 15.12.2003, II ZR 358/01, ZIP 2004, 356, 358; K. Schmidt/Brinkmann in MünchKommZPO, 4. Aufl., § 767 Rdnr. 6). Auch mit der vom Berufungsgericht angesprochenen Erinnerung gemäß § 732 ZPO gegen die – hier allerdings nicht erfolgte (§ 796 Abs. 1 ZPO) – Erteilung der Vollstreckungsklausel kann die Nichtexistenz oder fehlende Vollstreckbarkeit des zugrundeliegenden Titels beanstandet werden (Zöller/Stöber, ZPO, 30. Aufl., § 732 Rdnr. 6 ff. m. w. N.).

Eine prozessuale Gestaltungsklage in entsprechender Anwendung von § 767 ZPO liegt hier indes – jedenfalls bezüglich des Hauptantrags – nicht vor; sie könnte auch keinen Erfolg haben. Auf einen möglichen Zustellungsmangel, wie ihn die Kläger behaupten, könnte eine solche Klage nicht gestützt werden. Denn eine unwirksame Zustellung des Vollstreckungsbescheids hätte nicht zugleich dessen Unwirksamkeit zur Folge, wie das Berufungsgericht rechtsirrig annimmt. Die vom Berufungsgericht in diesem Zusammenhang zitierte Entscheidung (BGH, Urteil vom 17.1.2002, IX ZR 100/99, WM 2002, 512, 513) betraf ein Versäumnisurteil im schriftlichen Vorverfahren, das erst durch seine, die Verkündung ersetzende, Zustellung existent wird (§ 310 Abs. 3 ZPO). Demgegenüber wird ein Vollstreckungsbescheid existent, wenn er vom Rechtspfleger erlassen und von der Geschäftsstelle zur Zustellung in den Geschäftsgang gegeben wird (BGH, Urteil vom 19.11.1981, III ZR 85/80, WM 1982, 601, 602). Schlägt die Zustellung fehl, so berührt dies nicht die Wirksamkeit des Vollstreckungsbescheids und steht einem erneuten Zustellungsversuch nicht entgegen.

Weitere formelle Beanstandungen haben die Kläger insoweit nicht geltend gemacht. Sie haben ihren Hauptantrag vielmehr überwiegend auf materiellrechtliche Einwendungen gegen die titulierte Honorarforderung gestützt, also auf Einwendungen, die den festgestellten Anspruch selbst betreffen (vgl. § 767 Abs. 1 ZPO). Danach ist der Einschätzung des LG zuzustimmen, das in der Klage – in Übereinstimmung mit der von den Klägern zunächst selbst verwendeten Bezeichnung der Klage – eine Vollstreckungsabwehrklage gesehen hat.

bb) Die Kläger sind als („wahrscheinliche“) Gesellschafter der GbR P., gegen die sich der Vollstreckungsbescheid richtet, nicht zur Erhebung der Vollstreckungsabwehrklage befugt.

(1) Die Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO ist von „dem Schuldner“ zu erheben. Das ist derjenige, gegen den sich die Zwangsvollstreckung richtet, der also in dem vollstreckbaren Titel oder in der gegen den Rechtsnachfolger erteilten Vollstreckungsklausel als Schuldner aufgeführt ist (BGH, Urteil vom 25.9.2006, II ZR 218/05, ZIP 2006, 2128 Rdnr. 9; Urteil vom 5.6.2012, XI ZR 173/11, juris Rdnr. 18 m. w. N.). Die Erhebung der Klage durch den richtigen Kläger, den Vollstreckungsschuldner, betrifft die Prozessführungsbefugnis und ist somit Zulässigkeitsvoraussetzung (BGH, Urteil vom 10.12.2013, XI ZR 508/12, ZIP 2014, 118 Rdnr. 12; K. Schmidt/Brinkmann in MünchKommZPO, 4. Aufl., § 767 Rdnr. 44; Zöller/Herget, ZPO, 30. Aufl., § 767 Rdnr. 9; andere Ansicht Lackmann in Musielak/Voit, ZPO, 12. Aufl., § 767 Rdnr. 21: Frage der Aktivlegitimation).

(2) Vollstreckungsschuldnerin und damit zur Erhebung der Vollstreckungsabwehrklage befugt ist im Streitfall die GbR P.

(a) Zu Recht hat das Berufungsgericht angenommen, dass lediglich eine GbR P. besteht, an deren Identität sich durch die – unterstellt wirksame – Ausübung des Wahlrechts zum 1.10.2009 nichts geändert hat.

(aa) Das Berufungsgericht hat der notariellen Vereinbarung vom 25./27.3.2009 entnommen, dass die Kläger mit der Ausübung des Wahlrechts die Gesellschaftsanteile und nicht lediglich – als neu begründete Gesellschaft – das gesellschaftsrechtliche Grundstück übernehmen. Diese Auslegung lässt keinen Rechtsfehler erkennen.

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH ist die Auslegung von Individualvereinbarungen grundsätzlich Sache des Tatrichters; sie kann vom Revisionsgericht nur darauf überprüft werden, ob der Auslegungstoff vollständig berücksichtigt ist oder gesetzliche Auslegungsregeln, Denkgesetze, Erfahrungssätze oder Verfahrensvorschriften verletzt sind (st. Rspr., siehe nur BGH, Urteil vom 16.3.2009, II ZR 68/08, ZIP 2009, 880 Rdnr. 12 m. w. N.). Derartige Mängel zeigt die Revision nicht auf. Soweit sie auf Regelungen in Nr. XIV der notariellen Vereinbarung verweist, nach denen im Fall der Wahlrechtsausübung neben den Altgesellschaftern zugleich auch die GbR bestimmte Verpflichtungen gegenüber den Klägern übernimmt, zwingt dies nicht zu dem Schluss, dass die Kläger eine neue – in der Vereinbarung unerwähnt gebliebene – Gesellschaft bildeten. Die in der genannten Vertragsbestimmung geregelten und nicht auf das Grundstück beschränkten Verpflichtungen der Altgesellschafter und der GbR, das Gesellschaftsvermögen zu schonen und keine über das übliche Maß hinausgehenden Verbindlichkeiten der Gesellschaft zu begründen, weisen eher auf die vom Berufungsgericht als Regelungsinhalt angenommene Auswechslung des Gesellschafterbestandes bei fortbestehender Identität der Gesellschaft hin. Das Berufungsgericht hätte sein Auslegungsergebnis ferner auch auf Nr. XIV. 2 der Vereinbarung stützen können, wo für den Fall der Wahlrechtsausübung zum einen geregelt ist, dass die bisherigen Gesellschafter „ihrer Löschung als Gesellschafter der als Eigentümerin im Grundbuch (...) eingetragenen Gesellschaft bürgerlichen Rechts aus dem Grundbuch“ zustimmen und in die Berichtigung des Grundbuchs einwilligen (Nr. XIV. 2 Abs. 1), und zum anderen bezüglich der Kläger eine Rückabwicklung dergestalt bestimmt wird, dass die Kläger ihre bisherigen Gesellschaftsanteile zurück erhalten (Nr. XIV. 2 Abs. 3).

(bb) Ebenfalls rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht den identischen Fortbestand der GbR P. bei einem Austausch des gesamten Gesellschafterbestandes bejaht. Der Senat hat bereits entschieden, dass bei einer Personenhandelsgesellschaft alle Gesellschafter gleichzeitig durch Abtretung ihrer Gesellschaftsanteile aus der Gesellschaft ausscheiden und an ihre Stelle die Erwerber der Gesellschaftsanteile treten können, ohne dass dadurch der Fortbestand der Gesellschaft berührt wird (BGH, Urteil vom 8.11.1965, II ZR 223/64, BGHZ 44, 229, 231). Dies hat in der Literatur allgemeine Zustimmung gefunden (siehe nur *Wertenbruch in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, HGB, 3. Aufl., § 105 Rdnr. 222; *Oetker/Weitemeyer*, HGB, 4. Aufl., § 105 Rdnr. 65; *Roth in Baumbach/Hopt*, HGB, 36. Aufl., § 105 Rdnr. 69). Für die – als rechtsfähig anerkannte – (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts kann nichts anderes gelten (vgl. dazu *MünchKommBGB/Schäfer*, 6. Aufl., § 719 Rdnr. 23, 26; *Kilian in Henssler/Strohn*, GesR, 2. Aufl., § 719 BGB Rdnr. 13). Der Revision ist zwar zuzugeben, dass bei einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die nicht in einem öffentlichen Register eingetragen ist, die Namen der Gesellschafter eine bedeutsame Identifizierungshilfe sind (siehe auch § 47 Abs. 2 Satz 1 GBO). Gleichwohl ist auch in einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts ein Gesellschafterwechsel bei identischem Fortbestand der Gesellschaft nach allgemeiner Ansicht möglich (vgl. nur BGH, Urteil vom 29.1.2001, II ZR 331/00, BGHZ 146, 341, 345; *MünchKommBGB/Schäfer*, 6. Aufl., § 719 Rdnr. 17 ff.), obwohl

jeder Wechsel eines oder mehrerer Gesellschafter die Funktion des Gesellschafterbestandes als Identifizierungshilfe im Rechtsverkehr beeinträchtigen kann. Eine quantitative Begrenzung des Gesellschafterwechsels auf ein noch zulässiges Maß lässt sich nicht sinnvoll vornehmen. Schon deshalb kann auch ein vollständiger Austausch des gesamten Gesellschafterbestandes nicht untersagt werden, der je nach Lage des Falles keine erheblich größere Irritation des Rechtsverkehrs hervorrufen muss als der Wechsel eines (großen) Teils der Gesellschafter. Im Übrigen bleibt es Aufgabe der (neuen) Gesellschafter, mögliche Zweifel an dem identischen Fortbestand der Gesellschaft auszuräumen.

(b) Zu Unrecht zieht das Berufungsgericht die Möglichkeit in Betracht, dass auch nach Anerkennung der Rechtsfähigkeit der (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts (BGH, Urteil vom 29.1.2001, II ZR 331/00, BGHZ 146, 341) ein Aktivprozess der Gesellschaft weiterhin von den Gesellschaftern „als GbR“ geführt werden könne. Die damit wohl verbundene Vorstellung, die Gesellschafter könnten in Streitgenossenschaft auf das Gesamthandsvermögen bezogene Prozesse führen, trifft nicht (mehr) zu. Vielmehr ist in derartigen Streitigkeiten grundsätzlich nur die rechtsfähige Gesellschaft die richtige Partei (vgl. BGH, Urteil vom 14.9.2005, VIII ZR 117/04, NJW-RR 2006, 42; *MünchKommBGB/Schäfer*, 6. Aufl., § 718 Rdnr. 44 a. E.), sofern nicht besondere Voraussetzungen vorliegen, unter denen Gesellschafter Ansprüche der Gesellschaft – etwa im Wege der *actio pro socio* oder anderweitig als Prozessstandschafter – gerichtlich geltend machen können. Aus der vom Berufungsgericht zitierten grundlegenden Senatsentscheidung (BGH, Urteil vom 29.1.2001, II ZR 331/00, BGHZ 146, 341, 356 f.) ergibt sich ersichtlich nichts anderes.

Die bei einer von allen Gesellschaftern erhobenen Klage gegebenenfalls in Betracht zu ziehende Möglichkeit einer einfachen Rubrumsberichtigung, wenn die Auslegung der Klage ergibt, dass sie von der Gesellschaft erhoben worden ist und die Benennung der Gesellschafter (nur) der Bezeichnung der Gesellschaft dienen soll, besteht im Streitfall schon deshalb nicht, weil über die Identität und Zusammensetzung der Gesellschaft gestritten wird. Nichts anderes folgt aus dem erstinstanzlichen Schriftsatz der Kläger vom 11.5.2011, auf den die Revision hinweist. Dort haben die Kläger ihre Aktivlegitimation damit begründet, dass es infolge der Wahlrechtsausübung neben der nun ohne das Grundstückseigentum als Abwicklungsgesellschaft fortbestehenden GbR P. eine neu gebildete GbR P. gebe, deren Gesellschafter die Kläger seien. Für den Fall, dass das Gericht die Frage der Aktivlegitimation anders beurteile, haben die Kläger die Umstellung auf eine Fortsetzung des Verfahrens „handelnd in GbR P.“ angekündigt und die Ansicht vertreten, dass eine solche Umstellung als sachdienlich zuzulassen wäre. Eine entsprechende Klageänderung, als die die Kläger die von ihnen so bezeichnete Umstellung offenbar verstanden haben, haben sie im Weiteren Verlauf des Rechtstreits aber nicht vorgenommen.

Mangels hinreichend klarer Anhaltspunkte kann auch nicht angenommen werden, dass die Kläger – stillschweigend – in gewillkürter Prozessstandschaft Einwendungen der GbR P. geltend machen. Im Übrigen ist eine gewillkürte Prozessstandschaft bei einer Vollstreckungsabwehrklage grundsätzlich nicht statthaft (vgl. BGH, Urteil vom 10.12.2013, XI ZR 508/12, ZIP 2014, 118 Rdnr. 12; *Preuß* in *BeckOK-ZPO*, § 767 Rdnr. 34a; anderes gilt für die gesetzliche Prozessstandschaft des Miterben, der im Wege der Vollstreckungsgegenklage Nachlassansprüche gemäß § 2039 Satz 1 BGB geltend macht, BGH, Urteil vom 5.4.2006, IV ZR 139/05, BGHZ 167, 150 Rdnr. 7 ff.).

(c) Aus Treu und Glauben kann entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts eine Prozessführungsbefugnis der Kläger nicht hergeleitet werden.

Die Kläger können die Klage als Vertretungsberechtigte namens der GbR P. erheben, sofern sie deren Gesellschafter sind. Die Erwägung des Berufungsgerichts, die Kläger müssten sich nicht auf eine Klage namens der Gesellschaft verweisen lassen, weil dann abermals zweifelhaft gewesen wäre, ob sie tatsächlich Gesellschafter geworden sind, ist verfehlt. Vielmehr wäre in einem solchen von der Gesellschaft geführten Rechtsstreit zwischen den dortigen Parteien die (Vor-)Frage zu klären, ob die Gesellschaft durch die Kläger als ihre Gesellschafter wirksam vertreten ist. Zwar kann die Frage nach dem Gesellschafterbestand zugleich auch Gegenstand eines Rechtsstreits zwischen denjenigen sein, die die Gesellschafterstellung für sich in Anspruch nehmen. Diesem Rechtsstreit ist aber, was das Berufungsgericht möglicherweise verkennt, schon deshalb keine allgemeinverbindliche Klärung dieser Frage vorbehalten, weil ein Urteil gemäß § 325 ZPO grundsätzlich nur zwischen den jeweiligen Prozessparteien Rechtskraftwirkung entfaltet (vgl. nur BGH, Urteil vom 22.3.2011, II ZR 249/09, ZIP 2011, 1143 Rdnr. 7).

Der Nachweis ihrer Gesellschafterstellung kann den Klägern nicht aus Billigkeitserwägungen erlassen werden. Die Grundsätze von Treu und Glauben rechtfertigen es nicht, die bloße Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit der Gesellschafterstellung für die Befugnis genügen zu lassen, gegen einen die Gesellschaft betreffenden Vollstreckungstitel – unbeschadet der Möglichkeiten des einstweiligen Rechtsschutzes – im Klagewege vorzugehen.

(d) Auch die akzessorische Gesellschafterhaftung, der nach der Rechtsprechung des Senats die Gesellschafter einer rechtsfähigen Gesellschaft bürgerlichen Rechts in entsprechender Anwendung der §§ 128, 129 HGB unterliegen, bietet keine tragfähige Begründung dafür, den Gesellschaftern die Prozessführungsbefugnis für eine von der Gesellschaft als Vollstreckungsschuldnerin zu erhebende Vollstreckungsgegenklage zuzubilligen. Dies folgt schon daraus, dass aus einem gegen die Gesellschaft gerichteten Schuldtitel nicht gegen die Gesellschafter vollstreckt werden kann (§ 129 Abs. 4 HGB) und dass den Gesellschaftern unbeschadet der aus § 129 Abs. 1 HGB folgenden Rechtskraftwirkungen eines gegen die Gesellschaft ergangenen Urteils die von der Gesellschaft abgeleiteten Einwendungen erhalten bleiben, mit denen die Gesellschaft nicht ihrerseits präkludiert ist (§ 767 Abs. 2, § 796 Abs. 2 ZPO) und auf die sie somit eine Vollstreckungsabwehrklage allein stützen könnte (BGH, Urteil vom 3.4.2006, II ZR 40/05, ZIP 2006, 994 Rdnr. 15; *Hillmann in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, HGB, 3. Aufl., § 129 Rdnr. 7; *Staub/Habersack*, HGB, 5. Aufl., § 129 Rdnr. 12).

Ferner greift der nach § 129 Abs. 1 HGB grundsätzlich bestehende Einwendungsausschluss nicht, wenn der Gläubiger mit den Vertretern der Gesellschaft kollusiv zusammengewirkt hat oder wenn ein Nichtigkeitsgrund gemäß § 579 Abs. 1 Nr. 4 ZPO vorliegt, weil die Gesellschaft in dem gegen sie geführten Verfahren nicht ordnungsgemäß vertreten war (BGH, Urteil vom 11.12.1995, II ZR 220/94, ZIP 1996, 227, 228; *Staub/Habersack*, HGB, 5. Aufl., § 129 Rdnr. 11, 18).

b) Die gegen den Vollstreckungsbescheid gerichtete Vollstreckungsabwehrklage ist auch deshalb abzuweisen, weil die vorgebrachten Einwendungen, die den Anspruch selbst betreffen, präkludiert sind (§ 796 Abs. 2 ZPO). Die von den Klägern vorgebrachten materiellrechtlichen Einwendungen beziehen sich auf die Entstehung des Anspruchs und beruhen somit auf Gründen, die vor der (möglichen) Zustellung des

Vollstreckungsbescheids entstanden sind, mithin vor dem Zeitpunkt, der bei der Vollstreckungsabwehrklage gegen einen Vollstreckungsbescheid an die Stelle des sonst nach § 767 Abs. 2 ZPO maßgebenden Zeitpunkts des Schlusses der mündlichen Verhandlung tritt (*Zöller/Stöber*, ZPO, 30. Aufl., § 796 Rdnr. 2). Die von der Revision geteilte Ansicht des LG, ohne wirksame Zustellung des Vollstreckungsbescheids könne keine Präklusion eintreten, trifft nicht zu. Wenn der Vollstreckungsbescheid noch nicht (wirksam) zugestellt ist, kann der Schuldner mit einer Vollstreckungsabwehrklage von vornherein keine Gründe geltend machen, die nach Zustellung entstanden sind. Er ist auf die Möglichkeit des Einspruchs verwiesen (§§ 338, 700 Abs. 1 ZPO).

3. Der gegen die Zwangsvollstreckung aus dem Vollstreckungsbescheid gerichtete Hilfsantrag kann gleichfalls keinen Erfolg haben. Soweit diesem Antrag die Vorstellung zugrunde liegt, durch die Ausübung des Wahlrechts sei neben der ursprünglichen GbR P. eine zweite GbR P. entstanden, die von den Klägern als Gesellschaftern gebildet werde und der ein Teil des Gesellschaftsvermögens zugefallen sei, trifft dies, wie oben dargelegt, schon im rechtlichen Ansatz nicht zu. Im Übrigen erweist sich der Hilfsantrag aus den gleichen Gründen als unzulässig, die für den Hauptantrag gelten.

4. Ebenso erfolglos bleibt – mit Haupt- und Hilfsantrag – die gegen den Vergütungsfestsetzungsbeschluss vom 22.7.2010 gerichtete Klage.

a) Die Kläger sind auch insoweit nicht prozessführungsbezugt. Die dem Hilfsantrag möglicherweise zugrundeliegende Annahme, es gebe eine zweite GbR P., ist verfehlt.

b) Außerdem sind die Kläger mit ihren Einwendungen gegen den Vergütungsfestsetzungsbeschluss entsprechend § 767 Abs. 2 ZPO ausgeschlossen.

Indem die Kläger geltend machen, dass eine Verpflichtung der GbR P. nicht wirksam begründet worden sei, erheben sie materiellrechtliche Einwendungen, die den titulierten Anspruch selbst betreffen. Ihr darauf gestütztes Begehren, die Zwangsvollstreckung aus dem Vergütungsfeststellungsbeschluss für unzulässig zu erklären, stellt sich als Vollstreckungsabwehrklage dar (§ 11 Abs. 2 Satz 3 RVG, § 794 Abs. 1 Nr. 2, §§ 795, 767 Abs. 1 ZPO).

Mit der Vollstreckungsabwehrklage gegen einen Vergütungsfestsetzungsbeschluss nach § 11 RVG können entsprechend § 767 Abs. 2 ZPO nur solche Einwendungen geltend gemacht werden, die erst nach Erlass des Beschlusses entstanden sind (BGH, Urteil vom 5.12.1996, IX ZR 67/96, WM 1997, 324 zu § 19 BRAGO m. w. N.; *K. Schmidt/Brinkmann* in *MünchKommZPO*, 4. Aufl., § 767 Rdnr. 74 f.; *Lackmann in Musielak/Voit*, ZPO, 12. Aufl., § 767 Rdnr. 31; *Müller-Rabe in Gerold/Schmidt*, RVG, 22. Aufl., § 11 Rdnr. 339; *Ahlmann in Riedell/Sußbauer*, RVG, 10. Aufl., § 11 Rdnr. 55). Das beruht darauf, dass ein Vergütungsfestsetzungsbeschluss nach § 11 RVG – anders als ein Kostenfestsetzungsbeschluss nach § 104 ZPO – den Vergütungsanspruch nicht nur unter gebührenrechtlichen Gesichtspunkten der Höhe nach feststellt, sondern über den Anspruch als solchen entscheidet. Einwendungen, über die im Vergütungsfestsetzungsverfahren nicht entschieden werden kann, bleiben nicht, wie im Verfahren nach den §§ 103 ff. ZPO, unbeachtet, sondern führen gemäß § 11 Abs. 5 Satz 1 RVG dazu, dass die Festsetzung unterbleibt (vgl. BGH, Urteil vom 5.12.1996, IX ZR 67/96, WM 1997, 324 zu § 19 BRAGO m. w. N.; *Ahlmann in Riedell/Sußbauer*, RVG, 10. Aufl., § 11 Rdnr. 55).

Nach diesen Grundsätzen sind die Kläger daran gehindert, mit ihrer Vollstreckungsabwehrklage einzuwenden, dass eine

Verpflichtung der GbR P. B. schon nicht wirksam begründet worden sei. Denn derartige anspruchsverneinende Einwendungen können in dem Verfahren nach § 767 ZPO nicht geltend gemacht werden.

5. Die weiteren, erstmals im Berufungsverfahren gestellten Hilfsanträge stehen erkennbar unter der Bedingung, dass den Berufungsanträgen zu 1 und 2 nicht entsprochen werden kann, weil die Vollstreckung aus dem Vollstreckungsbescheid und dem Vergütungsfeststellungsbeschluss beendet ist. Diese Bedingung ist nicht eingetreten.

6. Die Entscheidung des Berufungsgerichts über die negative Feststellungsklage (Berufungsantrag zu 3.) beruht – auch im Ergebnis – auf Rechtsfehlern. Das Berufungsgericht durfte die Frage, ob die Kläger durch die Ausübung des Wahlrechts Gesellschafter der GbR P. geworden sind, nicht offenlassen.

Die Abweisung der negativen Feststellungsklage als unbegründet setzt voraus, dass die Kläger tatsächlich Gesellschafter der GbR P. geworden sind. Denn nur dann können der Beklagten die geltend gemachten Ansprüche gegen eine von den Klägern gebildete GbR P. und (entsprechend §§ 128, 130 HGB) gegen die Kläger selbst zustehen.

III. Das Berufungsurteil ist danach aufzuheben, soweit es die negative Feststellungsklage (Berufungsantrag zu 3) betrifft (§ 562 Abs. 1 ZPO). Im Umfang der Aufhebung ist die Sache, da sie insoweit nicht entscheidungsreif ist, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 und 3 ZPO).

Die weitergehende Revision ist zurückzuweisen. Das Berufungsgericht hat die Klage insoweit im Ergebnis zu Recht abgewiesen, da sie bereits unzulässig ist (§ 561 ZPO). Entgegen der von der Revision – nach Ablauf der Begründungsfrist (§ 551 Abs. 2 Satz 2 ZPO) – erhobenen Rüge musste den Klägern insoweit nicht durch die Zurückverweisung der Sache die Möglichkeit gegeben werden, den von ihnen erwogenen Parteiwechsel vorzunehmen. Dies folgt schon daraus, dass auch einer Vollstreckungsabwehrklage der GbR P., mit der diese sich gegen die Vollstreckbarkeit des Vollstreckungsbescheids und des Vergütungsfeststellungsbeschlusses wenden würde, die Präklusionswirkung nach § 767 Abs. 2, § 796 Abs. 2 ZPO entgegensteht.

(...)

12. AktG § 71 Abs. 1 Nr. 8, Abs. 2, Abs. 8, § 130 Abs. 1, Abs. 5, § 131 Abs. 2, § 241 Nr. 2, § 202 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 Satz 1, § 241 Nr. 3, § 242 Abs. 1, 245 Nr. 1; BGB § 139 (*Beurkundungspflicht von Beschlüssen der Hauptversammlung*)

1. **Wenn auf einer Hauptversammlung ein Beschluss gefasst wird, für den das Gesetz eine Dreiviertel- oder größere Mehrheit bestimmt und der damit stets durch eine notariell aufgenommene Niederschrift zu beurkunden ist, muss ein anderer, nicht diesen Mehrheitsanforderungen unterliegender Beschluss nicht in der vom Notar aufgenommenen Niederschrift beurkundet sein, sondern genügt dafür eine vom Aufsichtsratsvorsitzenden unterzeichnete Niederschrift.**
2. **Werden in einem Beschluss mehrere Satzungsänderungen zusammengefasst und ist eine der Satzungsänderungen nichtig, sind die weiteren Satzungsänderungen ebenfalls nichtig, wenn ein innerer Zusammenhang zwischen den Änderungen gegeben ist.**

BGH, Urteil vom 19.5.2015, II ZR 176/14

Die Hauptversammlung der beklagten nichtbörsennotierten Aktiengesellschaft fasste am 29.8.2008 einstimmig Beschlüsse über die Verwendung des Bilanzgewinns 2007 (Tagesordnungspunkt 3), über die Änderung der Satzung (Tagesordnungspunkt 4), über die Entlastung des Vorstands für das Geschäftsjahr 2007 (Tagesordnungspunkt 5), über die Entlastung des Aufsichtsrats (Tagesordnungspunkt 6), über die Wahl des Abschlussprüfers (Tagesordnungspunkt 7) und über eine Ermächtigung zum Erwerb eigener Aktien (Tagesordnungspunkt 8).

Der Beschluss über die Änderung der Satzung (Tagesordnungspunkt 4) betraf in § 7 der Satzung die Ermächtigung des Vorstands zur Kapitalerhöhung und in § 2 eine Erweiterung des Unternehmensgegenstands um „Wohnungswirtschaft, Wohnungsbau, Vermietung und Verpachtung“. Außerdem wurden in § 4 – Grundkapital – und § 9 – Stimmrecht – DM-Beträge auf Euro umgestellt, wurde in § 6a) geregelt, dass der Ankauf und der Verkauf der Namensaktien nur an Anteilseigner der Gesellschaft mit vorheriger Zustimmung des Vorstands zum Nennwert erfolgen kann, § 25 – Gründungskosten – gestrichen und § 26 – Inkrafttreten – zu § 25 gemacht.

Der Beschluss über die Ermächtigung des Vorstands zum Erwerb eigener Aktien (Tagesordnungspunkt 8) ist wie folgt protokolliert:

„Die Hauptversammlung nimmt diese Information zur Kenntnis und ermächtigt den Vorstand gemäß § 71 Abs. 2 und 8 (AktG) i. V. m. § 5 der Satzung zum Erwerb eigener Aktien, auf die der Ausgabebetrag voll geleistet ist.“

Bis zur Beschlussfassung zu Tagesordnungspunkt 4 war ein Notar anwesend, fertigte eine Niederschrift und unterzeichnete sie. Eine weitere Niederschrift über die gesamte Hauptversammlung wurde vom Aufsichtsratsvorsitzenden, der die Versammlung leitete, gefertigt und unterzeichnet.

Der Beschluss zu Tagesordnungspunkt 4 mit den Satzungsänderungen wurde am 19.5.2009 in das Handelsregister eingetragen. Die Klägerin, die Aktionärin der Beklagten ist, reichte am 10.5.2012 eine Nichtigkeitsklage ein. Das LG setzte am 4.7.2012 den Streitwert vorläufig fest und forderte am 5.7.2012 den aus diesem Streitwert berechneten Kostenvorschuss bei der Klägerin an. Diese zahlte ihn am 11.7.2012 ein. Am 20.7.2012 wurde die Klage der Beklagten zugestellt.

Das LG hat die Nichtigkeit der Beschlüsse festgestellt. Gegen die Zurückweisung ihrer Berufung richtet sich die vom Berufungsgericht zugelassene Revision der Beklagten, mit der sie mit Ausnahme der Feststellung der Nichtigkeit des Beschlusses zu Tagesordnungspunkt 4 hinsichtlich der Änderung von § 7 der Satzung (Ermächtigung zur Kapitalerhöhung) den Antrag auf Klageabweisung weiter verfolgt.

Aus den Gründen:

Die Revision hat überwiegend Erfolg. Sie führt im Umfang der Anfechtung mit Ausnahme der Feststellung der Nichtigkeit des Beschlusses zu Tagesordnungspunkt 8 (Ermächtigung des Vorstands zum Erwerb eigener Aktien) zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Abweisung der Klage.

Das Berufungsgericht (OLG Jena, ZIP 2014, 2136) hat ausgeführt, die in der Hauptversammlung vom 29.8.2008 gefassten Beschlüsse seien gemäß § 241 Nr. 2 AktG nichtig, weil sie entgegen § 130 Abs. 1 AktG nicht sämtlich durch eine über die Hauptversammlung notariell aufgenommene Niederschrift beurkundet worden seien, der Beschluss zu Tagesordnungspunkt 4 sei darüber hinaus deshalb nichtig, weil die Ermächtigung des Vorstands zur Kapitalerhöhung (genehmigtes Kapital) keine Befristung enthalte. Da der Beschluss zu Tagesordnungspunkt 4 eine Mehrheit erfordere, die mindestens 75 % des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals umfasse, sei nach § 130 Abs. 1 Satz 3 AktG eine notarielle Beurkundung auch der anderen Beschlüsse erforderlich. Das ergebe sich einerseits aus dem Wortlaut, aber andererseits auch daraus, dass ein beurkundungsbedürftiger Sachbeschluss nicht sinnvoll von einem zu diesem gehörigen, ebenfalls beurkundungsbedürftigen Verfahrensbeschluss getrennt werden könne, ebenso wenig wie von einer Beurkundung nach § 131

Abs. 5 AktG und der Beurkundung eines Widerspruchs gemäß § 245 Nr. 1 AktG. Die Hauptversammlung bilde deshalb eine Einheit, die entweder insgesamt notariell oder, soweit zulässig, insgesamt privatschriftlich zu protokollieren sei. Die Anwendung des Grundsatzes der Unteilbarkeit des Protokolls führe zu dem Ergebnis, dass auch die Beschlüsse, die zum Gegenstand des notariell beurkundeten Protokollteils geworden seien, nicht der notwendigen Form genügen und nichtig seien.

Der Formmangel des Beschlusses zu Tagesordnungspunkt 4 sei zwar nach § 242 Abs. 1 AktG geheilt, da der Beschluss am 19.5.2009 ins Handelsregister eingetragen worden sei. Er sei aber nach § 241 Nr. 3 AktG nichtig, weil der Vorstand neuerlich im Sinn von § 202 Abs. 2 Satz 1, Abs. 1 AktG ermächtigt worden sei, ohne dass für die Ausübung der Ermächtigung eine Befristung enthalten sei, und weil der Nennbetrag des genehmigten Kapitals von 666.980,25 € die Hälfte des zur Zeit der Beschlussfassung vorhandenen Grundkapitals der Gesellschaft von 766.937,82 € übersteige (Verstoß gegen § 202 Abs. 3 Satz 1 AktG). Die Nichtigkeit des Beschlusses nach § 241 Nr. 3 AktG über das genehmigte Kapital führe auch zur Nichtigkeit des Beschlusses über die Änderung des Unternehmensgegenstandes. Da sich nicht feststellen lasse, dass die Hauptversammlung den Satzungsänderungsbeschluss zu Tagesordnungspunkt 4 auch ohne den nichtigen Teil gefasst haben würde, sei der gesamte Beschluss nichtig (§ 139 BGB). Die verschiedenen Änderungen und die Entscheidung über die Neufassung der Satzung seien von vornherein nur einheitlich zur Abstimmung gestellt worden, es lasse sich daher nicht feststellen, dass die Aktionäre den Willen gehabt hätten, fehlerfreie Teile des Beschlusses ohne den fehlerhaften Teil zu beschließen.

Die Geltendmachung der Nichtigkeit des Beschlusses sei nicht nach § 242 Abs. 2 Satz 1 AktG ausgeschlossen. Zwar sei die Dreijahresfrist mit dem 19.5.2012 abgelaufen, weil die Eintragung am 19.5.2009 erfolgt sei. Die Klägerin habe die Nichtigkeitsklage aber bereits am 10.5.2012 anhängig gemacht. Die Zustellung am 20.7.2012 wirke als demnächst im Sinne von § 167 ZPO auf den Eingang der Klage zurück. Die Verzögerung der Zustellung beruhe ausschließlich auf dem Zeitablauf infolge des Antrags der Klägerin auf Streitwertspaltung. Nach der vorläufigen Streitwertfestsetzung und der Anforderung des Kostenvorschusses habe die Klägerin ihn unverzüglich eingezahlt.

II.

Das Berufungsurteil hält im Umfang der Anfechtung der revisionsrechtlichen Nachprüfung bis auf die Feststellung der Nichtigkeit von Tagesordnungspunkt 8 (Ermächtigung des Vorstands zum Erwerb eigener Aktien) nicht stand.

1. Die Beschlüsse zu den Tagesordnungspunkten 3, 5 bis 8 sind nicht nach § 241 Nr. 2 AktG nichtig. Nach § 241 Nr. 2 AktG ist ein Beschluss der Hauptversammlung nur dann nichtig, wenn er nicht nach § 130 Abs. 1 und 2 Satz 1 und Abs. 4 AktG beurkundet ist. Nach § 130 Abs. 1 Satz 1 AktG ist jeder Beschluss der Hauptversammlung durch eine über die Verhandlung notariell aufgenommene Niederschrift zu beurkunden. Bei nichtbörsennotierten Gesellschaften reicht eine vom Vorsitzenden des Aufsichtsrats zu unterzeichnende Niederschrift aus, soweit keine Beschlüsse gefasst werden, für die das Gesetz eine Dreiviertel- oder größere Mehrheit bestimmt (§ 130 Abs. 1 Satz 3 AktG). Wenn auf einer Hauptversammlung ein Beschluss gefasst wird, für den das Gesetz eine Dreiviertel- oder größere Mehrheit bestimmt und der damit stets durch eine notariell aufgenommene Niederschrift zu beurkunden ist, muss ein anderer, nicht diesen Mehrheitserfordernis-

sen unterliegender Beschluss nicht in der vom Notar aufgenommenen Niederschrift beurkundet sein, sondern genügt dafür eine vom Aufsichtsratsvorsitzenden unterzeichnete Niederschrift.

a) Es ist streitig, ob bei nichtbörsennotierten Aktiengesellschaften nach § 130 Abs. 1 AktG dann, wenn in der Hauptversammlung ein Beschluss gefasst wird, der nach dem Gesetz eine qualifizierte Mehrheit voraussetzt, die gesamte Niederschrift von einem Notar beurkundet werden muss (so Münch-KommAktG/Kubis, 3. Aufl., § 130 Rdnr. 30; Hüffer/Koch, AktG, 11. Aufl., § 130 Rdnr. 14c; Hölters/Drinhausen, AktG, 2. Aufl., § 130 Rdnr. 24; Grigoleit/Herrler, AktG, § 130 Rdnr. 29; Liebscher in Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., § 130 AktG Rdnr. 12; Wachter, AktG, 2. Aufl., § 130 Rdnr. 29; Wicke in Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl., § 130 Rdnr. 40; Ziemons in K. Schmidt/Lutter, AktG, 2. Aufl., § 130 Rdnr. 37; Reger in Bürgers/Körper, AktG, 3. Aufl., § 130 Rdnr. 33; Flick, NJW 2010, 20, 21; Fassbender, RheinNotZ 2009, 425, 428 f.) oder ob die Niederschrift in notariell beurkundete und in vom Aufsichtsratsvorsitzenden unterzeichnete Abschnitte teilbar ist (so Noack/Zetzsche in KK-AktG, 3. Aufl., § 130 Rdnr. 153 ff.; Würthwein in Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl., § 241 Rdnr. 190; Reul in Gärtner/Rose/Reul, Anfechtungs- und Nichtigkeitsgründe im Aktienrecht, 2. Aufl., Teil B Rdnr. 742; Seibert/Köster/Kiem, Die kleine AG, 3. Aufl., Rdnr. 165; Blanke, BB 1995, 681, 682; Lutter, AG 1994, 429, 440; Reul/Zetzsche, AG 2007, 561, 566).

b) Die Auslegung des Gesetzes ergibt, dass die Niederschrift im Sinne der letztgenannten Ansicht teilbar ist.

aa) Eine Teilbarkeit des Hauptversammlungsprotokolls legt zunächst der Wortlaut von § 130 Abs. 1 AktG nahe. Satz 1 ist allerdings nicht eindeutig. Danach muss jeder Beschluss durch eine über die Verhandlung aufgenommene Niederschrift beurkundet werden. Wird betont, dass „jeder Beschluss“ beurkundet werden muss, spricht das für die Teilbarkeit. Wird hervorgehoben, dass über die Verhandlung eine Niederschrift aufgenommen werden soll, liegen eine einheitliche Protokollierung und das Verständnis von „eine“ als Zahlwort nahe.

Der Wortlaut von § 130 Abs. 1 Satz 3 AktG, dass eine privatschriftliche Niederschrift ausreicht, soweit keine Beschlüsse gefasst werden, für die das Gesetz eine Dreiviertel- oder größere Mehrheit bestimmt, belegt aber, dass die Niederschrift durch den Aufsichtsratsvorsitzenden sich auf den einzelnen Beschluss bezieht, weil es andernfalls „sofern“ heißen müsste.

bb) Für eine Trennbarkeit der Niederschrift in notariell beurkundungsbedürftige Beschlüsse und in Beschlüsse, bei denen die Niederschrift durch den Aufsichtsratsvorsitzenden genügt, und gegen eine einheitliche Protokollierung der gesamten Hauptversammlung spricht die Entstehungsgeschichte des Gesetzes. Sie bezeugt den Willen des Gesetzgebers, das Erfordernis der notariellen Beurkundung bei der nichtbörsennotierten Gesellschaft auf einzelne Beschlüsse zu beschränken. Der Entwurf eines Gesetzes für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktienrechts sah zunächst vor, dass eine privatschriftliche Niederschrift des Vorstands bei nichtbörsennotierten Gesellschaften ausreicht, „sofern“ keine Grundlagenbeschlüsse gefasst werden (BT-Drucks. 12/6721, S. 3). In der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses wurden die Wörter „sofern“ durch „soweit“ und „Grundlagenbeschlüsse“ durch „Beschlüsse, für die das Gesetz keine Dreiviertel- oder größere Mehrheit bestimmt“ ersetzt (BT-Drucks. 12/7848, S. 5). Diese Änderung wurde in der Beschlussempfehlung (S. 9) wie folgt begründet: „Der Rechtsausschuss hat die Befreiung von der notariellen Beur-

kundung jetzt ausdrücklich auf Beschlüsse beschränkt, für die das Gesetz keine Dreiviertel- oder größere Mehrheit bestimmt. Die Begründung des Entwurfs führt diese Grundlagenschlüsse im Einzelnen auf. Im Übrigen bleibt es auch der nichtbörsennotierten Aktiengesellschaft immer unbenommen, die Hauptversammlung insgesamt von einem Notar protokollieren zu lassen. Schon durch den Ersatz von „sofern“ durch „soweit“, aber erst recht durch den Hinweis, dass die Befreiung von der notariellen Beurkundung auf bestimmte Beschlüsse beschränkt werde, wird klargestellt, dass die Protokollierungsform auf die jeweiligen Beschlüsse, nicht auf die gesamte Hauptversammlung bezogen ist. Wenn weiter ausgeführt wird, dass auch die nichtbörsennotierte Aktiengesellschaft frei sei, die Hauptversammlung insgesamt von einem Notar protokollieren zu lassen, wird zudem vorausgesetzt, dass sie auch nur teilweise von einem Notar protokolliert werden kann.

Dass der Gesetzgeber mit der Gesetzesänderung die kleine Aktiengesellschaft durch Erleichterungen und Deregulierung für mittelständische Unternehmen attraktiv machen, auf Formalitäten wie bei den großen Publikumsgesellschaften verzichten sowie Kosten senken wollte, besagt dagegen nichts dazu, ob eine gemischte Protokollierung möglich oder ausgeschlossen ist. Die Notarkosten sinken durch eine partielle Beurkundung nicht wesentlich (*Hüffer/Koch*, AktG, 11. Aufl., § 130 Rdnr. 14c). Dass der Gesetzgeber die kleine Aktiengesellschaft dem GmbH-Recht angleichen wollte (BT-Drucks. 12/6721, S. 5 f., 9) und bei der GmbH grundsätzlich keine notarielle Beurkundung der Gesellschafterbeschlüsse erforderlich ist, lässt keine Rückschlüsse zu. Auch bei der kleinen Aktiengesellschaft ist grundsätzlich eine notarielle Beurkundung nicht erforderlich. Allerdings spricht eine beabsichtigte Angleichung an das GmbH-Recht für eine Trennbarkeit in notariell beurkundete und nicht notariell beurkundete Beschlüsse, die bei der GmbH allgemein anerkannt ist, wenn auch wegen der weniger aufwendigen Einladung und des überschaubaren Gesellschafterkreises häufig mehrere Versammlungen abgehalten werden. Dass es bei der Aktiengesellschaft gekünstelt wäre, wenn zwei Hauptversammlungen abgehalten würden, eine mit und eine ohne notarielle Beurkundung, und dies zudem wegen der doppelten Einladung kostenintensiver als eine Hauptversammlung insgesamt mit notariellem Protokoll wäre, ist kein Argument gegen eine einheitliche Protokollierung.

cc) Systematisch kann für eine Beschränkung der Pflicht zur notariellen Beurkundung auf die einzelnen Beschlüsse, für die das Gesetz eine Dreiviertel- oder größere Mehrheit bestimmt, angeführt werden, dass Satz 3 zunächst generell die privatschriftliche Niederschrift erlaubt und es sich bei der notariellen Protokollierung von Beschlüssen mit qualifizierter Mehrheit daher innerhalb der Regelung des Satzes 3 zur nichtbörsennotierten Aktiengesellschaft um eine Ausnahme handelt. § 130 Abs. 5 AktG spricht nicht eindeutig dafür, dass die gesamte Hauptversammlung einheitlich beurkundet werden muss. Zwar sieht Abs. 5 als Regelfall die Einreichung einer öffentlich beglaubigten Abschrift der Niederschrift vor, während nur im Fall des Absatzes 1 Satz 3 eine vom Vorsitzenden des Aufsichtsrats unterzeichnete Abschrift genügt. Wenn eine gemischte Protokollierung durch Notar und Aufsichtsratsvorsitzenden möglich ist, lässt sich das aber auch dahin verstehen, dass eine öffentlich beglaubigte Abschrift einzureichen ist, soweit notariell beurkundet ist, und im Übrigen, nämlich für alle Beschlüsse, die von Abs. 1 Satz 3 erfasst werden, eine vom Vorsitzenden des Aufsichtsrats unterzeichnete Abschrift. Dass insgesamt nur eine Abschrift der Niederschrift einzureichen ist, „eine“ also als Zahlwort und nicht als

unbestimmter Artikel zu verstehen ist, lässt sich § 130 Abs. 5 AktG nicht entnehmen.

dd) Der Zweck der notariellen Niederschrift, bei Beschlüssen mit qualifizierter Mehrheit für eine erhöhte Rechtssicherheit zu sorgen, sagt ebenfalls wenig darüber aus, ob eine einheitliche Beurkundung erforderlich ist oder nicht. Es gibt keinen Grund, auch die „einfachen“ Beschlüsse von der erhöhten Rechtssicherheit der notariellen Niederschrift profitieren zu lassen, nur weil sie in derselben Hauptversammlung gefasst werden.

ee) Die durch eine doppelte Protokollierung möglicherweise auftretenden Schwierigkeiten sind in der Regel überwindbar und können genauso bei der Beurkundung durch einen oder mehrere Notare auftreten. Es gibt kein Verbot, eine Hauptversammlung mehrfach zu beurkunden (BGH, Urteil vom 16.2.2009, II ZR 185/07, BGHZ 180, 9 Rdnr. 8 – Kirch/Deutsche Bank).

(1) Wenn erst nach der Beschlussfeststellung Widersprüche „gesammelt“ werden, ist zwar grundsätzlich eine Zuordnung von Erklärungen bzw. Widersprüchen zum Beschlussgegenstand erforderlich. Das führt aber nicht dazu, dass Erklärungen und Widersprüche auch in derselben Form wie der zugehörige Beschluss protokolliert sein müssen. Die Protokollierung eines – grundsätzlich an keine Form gebundenen (vgl. *Noack/Zetzsche* in KK-AktG, 3. Aufl., § 130 Rdnr. 247 m. w. N.) – Widerspruchs kann ebenso wie die von Fragen bzw. Auskunftsverweigerungsgründen auch der privatschriftlichen Niederschrift des Aufsichtsratsvorsitzenden überlassen bleiben, weil es sich nicht um die Beschlussfassung im engeren Sinn handelt. Auch eine nur vom Aufsichtsratsvorsitzenden unterzeichnete Niederschrift muss Fragen, Auskunftsverweigerungsgründe und Widersprüche dokumentieren; es ist kein Grund ersichtlich, warum er sie nicht auch dann protokollieren kann, wenn der Beschluss, auf den sich die Frage oder der Widerspruch bezieht, notariell beurkundet werden muss.

Wenn aus der Niederschrift selbst der Tagesordnungspunkt nicht erkennbar ist, zu dem eine Frage oder ein Widerspruch aufgenommen ist, kann eine Zuordnung erschwert oder verhindert werden. Solche Zuordnungsprobleme können sich aber auch in ausschließlich vom Notar gefertigten Protokollen stellen. Sie sind keine Folge der getrennten Protokollierung, sondern einer unzureichenden Protokollierung. Die möglicherweise höhere Gefahr einer mangelhaften Protokollführung bei Niederschriften, die nur vom Aufsichtsratsvorsitzenden unterzeichnet werden, hat der Gesetzgeber mit der Öffnung der Beurkundung für die nicht speziell dafür ausgebildeten Aufsichtsratsvorsitzenden in Kauf genommen.

(2) Auch bei der Protokollierung von Verfahrensbeschlüssen wie der Absetzung oder Vertagung von Tagesordnungspunkten oder über einen Debattenschluss entstehen keine besonderen Schwierigkeiten durch eine gemischte Niederschrift. Verfahrensbeschlüsse bedürfen grundsätzlich nicht derselben (qualifizierten) Mehrheit wie Sachbeschlüsse, auf die sie sich beziehen, sondern können mit einfacher Mehrheit gefasst werden (*Rieckers* in *Spindler/Stilz*, AktG, 2. Aufl., § 133 Rdnr. 32; *MünchKommAktG/Schröder*, 3. Aufl., § 133 Rdnr. 31). Sie sind daher nicht schon deshalb notariell zu protokollieren, weil sie einem Beschluss zuzuordnen sind, für den eine Dreiviertel- oder größere Mehrheit vorgeschrieben ist. Wenn wegen der verschiedenen Urkunden eine eindeutige Zuordnung der Verfahrensbeschlüsse nicht mehr sinnvoll möglich ist, liegt dies nicht an der Beurkundung durch verschiedene Personen, sondern an einer unklaren Beschlussfeststellung durch den Versammlungsleiter oder einer unklaren Protokollierung.

(3) Etwaige durch einander widersprechende Protokollierungen von Fragen bzw. Antwortverweigerungsgründen oder eines Widerspruchs im Falle verschiedener Niederschriften des Notars und des Aufsichtsratsvorsitzenden entstehende Beweisprobleme sind lösbar. Sie können auch bei der vollständigen Protokollierung in notarieller Form auftreten, ohne dass dabei die Wirksamkeit der Protokollierung in Frage gestellt ist. Die Protokollierung der Fragen und Antwortverweigerung bei § 131 Abs. 5 AktG und des Widerspruchs bei § 245 Nr. 1 AktG dient Beweis Zwecken und ist nicht Voraussetzung für die Rechtsfolgen, die sich aus der Nichtbeantwortung einer vom Aktionär gestellten Frage ergeben (*Hüffer/Koch*, AktG, 11. Aufl., § 131 Rdnr. 43), oder für die Wirksamkeit eines Widerspruchs (*MünchKommAktG/Hüffer*, 3. Aufl., § 245 Rdnr. 39 m. w. N.; vgl. RGZ 53, 291, 293). Zwar ist die Beweiswirkung der eingereichten Niederschriften eingeschränkt, wenn zwei Protokolle gefertigt werden und in einem Protokoll eine Frage oder ein Widerspruch enthalten sind, im anderen aber nicht. Aber auch bei einem ausschließlich von einem Notar gefertigten Protokoll kann der Aktionär beweisen, dass entgegen dem Schweigen der Niederschrift eine Frage gestellt oder ein Widerspruch zur Niederschrift erklärt, aber nicht aufgenommen worden ist (vgl. *MünchKommAktG/Hüffer*, 3. Aufl., § 245 Rdnr. 39 m. w. N.; *Dörr in Spindler/Stilz*, AktG, 2. Aufl., § 245 Rdnr. 29). Insoweit erleichtert es dem Aktionär sogar den Beweis des zu Protokoll erklärten Widerspruchs oder der gestellten und nicht beantworteten Frage, wenn sie in einer Niederschrift bei Schweigen des anderen Protokolls enthalten sind.

(4) Unterschiedliche Feststellungen zu den gefassten Beschlüssen und eine unterschiedliche Wiedergabe des Inhalts der Belege über die Einberufung nach § 130 Abs. 3 AktG führen ebenfalls nicht zu unüberwindbaren Schwierigkeiten bei der Beweisführung. Dem notariellen Protokoll kommt nach § 415 Abs. 1 ZPO besondere Beweiskraft zu (BGH, Urteil vom 16.2.2009, II ZR 185/07, BGHZ 180, 9 Rdnr. 12 – *Kirch/Deutsche Bank*), während das privatschriftliche Protokoll durch den Aufsichtsratsvorsitzenden grundsätzlich der freien Beweiswürdigung gemäß § 286 ZPO unterliegt (*Wicke in Spindler/Stilz*, AktG, 2. Aufl., § 130 Rdnr. 1), so dass mit einem anderen Inhalt der privatschriftlichen Niederschrift allein kein Gegenbeweis gegen den Inhalt der vom Notar gefertigten Niederschrift geführt ist (§ 415 Abs. 2 ZPO). Eine Beweiswürdigung zum Beschlussinhalt kann auch bei einem ausschließlich notariell geführten Protokoll einer Hauptversammlung erforderlich werden, wenn – wie nicht selten – neben dem notariellen Protokoll eine privatschriftliche Aufzeichnung gefertigt wird.

2. Erfolg hat die Revision ferner mit den Angriffen gegen die Feststellung der Nichtigkeit der Satzungsänderungen in Tagesordnungspunkt 4, soweit sie über die nicht angegriffene Feststellung der Nichtigkeit der Änderung des genehmigten Kapitals (§ 7 der Satzung) hinausgeht.

a) Die Revision ist insoweit zulässig. Das Berufungsgericht hat die Zulassung nicht auf die Tagesordnungspunkte 3, 5 bis 8 beschränkt, sondern die Revision unbeschränkt zugelassen. Die Entscheidungsformel des Berufungsurteils enthält keinen Zusatz, der die dort ausgesprochene Zulassung der Revision einschränkt, und aus den Entscheidungsgründen ergibt sich keine eindeutige Beschränkung. Mit der Begründung der Revisionszulassung, dass es sich um eine klärungsbedürftige Frage handle, deren Auftreten in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen zu erwarten und die für die Organisation der Hauptversammlungen von nicht börsennotierten Aktiengesellschaften von Bedeutung sei, ist nicht hinreichend deutlich ausgesprochen, dass die Möglichkeit einer gemischten Proto-

kollierung die vom Berufungsgericht als allein zulassungsrelevant angesehene Frage ist.

b) Die Nichtigkeit der Satzungsänderung zur Ermächtigung des Vorstands zur Kapitalerhöhung in § 7 der Satzung, deren Feststellung die Revision nicht angreift, führt nicht zur Nichtigkeit der weiteren Satzungsänderungen.

aa) Werden in einem Beschluss mehrere Satzungsänderungen zusammengefasst und ist eine der Satzungsänderungen nichtig, sind die weiteren Satzungsänderungen ebenfalls nichtig, wenn ein innerer Zusammenhang zwischen den Änderungen gegeben ist. Wenn in einem Antrag zu einem Tagesordnungspunkt wie bei verschiedenen Änderungen der Satzung mehrere Beschlussgegenstände zusammengefasst werden, beurteilt sich die Gesamtnichtigkeit des Beschlusses bei der Nichtigkeit eines Teils entsprechend § 139 BGB (vgl. BGH, Urteil vom 25.1.1988, II ZR 148/87, ZIP 1988, 432; Urteil vom 15.11.1993, II ZR 235/92, BGHZ 124, 111, 122). Danach ist der ganze Beschluss nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass er auch ohne den nichtigen Teil gefasst worden wäre. Insoweit kommt es auf den mutmaßlichen Willen der Hauptversammlung an, der grundsätzlich durch Auslegung des Beschlusses zu ermitteln ist (*K. Schmidt* in *Großkommentar AktG*, 4. Aufl., § 241 Rdnr. 27; *MünchKommAktG/Hüffer*, 3. Aufl., § 241 Rdnr. 91).

Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kommt es nicht entscheidend darauf an, ob in der Tagesordnung eine einheitliche Beschlussvorlage angekündigt ist und einheitlich abgestimmt wird. Allein aus dem Umstand, dass mehrere Beschlussgegenstände in einem Beschluss gemeinsam zur Abstimmung gestellt werden, lässt sich nicht schließen, dass im Fall der Nichtigkeit eines Gegenstandes auch der andere Gegenstand nach dem Willen der Aktionäre nichtig sein soll. Wenn die einheitliche Abstimmung maßgeblich sein soll, wird nicht der Inhalt des Beschlusses der Auslegung zugrunde gelegt, sondern ein äußerer Umstand als Abgrenzungsmerkmal genommen. Dieser äußere Umstand ist als Abgrenzungsmerkmal untauglich. Die Fassung eines einheitlichen Beschlusses ist gerade Voraussetzung dafür, dass die Gesamtnichtigkeit des Beschlusses nach § 139 BGB in Frage steht. Für den Fall mehrerer, rechtlich oder sachlich zusammenhängender Beschlüsse gilt § 139 BGB nicht (*Hüffer/Koch*, AktG, 11. Aufl., § 241 Rdnr. 33).

Da es nicht auf die subjektiven Vorstellungen des einzelnen Aktionärs, sondern auf die Auslegung des Beschlusses ankommt, ist nicht deshalb grundsätzlich von Gesamtnichtigkeit auszugehen, weil bei Satzungsänderungen ein Aktionär möglicherweise gerade wegen der nichtigen, geänderten, aber gewünschten Bestimmung trotz Bedenken gegen einen anderen Teil der Änderungen für den Beschlussantrag gestimmt hat (so jedoch *Würthwein in Spindler/Stilz*, AktG, 2. Aufl., § 241 Rdnr. 77). In solchen Fällen bestünde das hypothetisch folgerichtige Verhalten außerdem eher darin, ähnlich wie bei Blockabstimmungen (vgl. BGH, Urteil vom 21.7.2003, II ZR 109/02, BGHZ 156, 38, 41) gegen den einheitlichen Beschlussantrag zu stimmen.

Maßgebliches Auslegungskriterium für die Ermittlung des mutmaßlichen Willens ist vielmehr, ob nach dem Beschlussinhalt ein innerer Zusammenhang zwischen den Beschlussgegenständen besteht oder hergestellt ist (vgl. OLG München, AG 2008, 864, 869; *MünchKommAktG/Hüffer*, 3. Aufl., § 241 Rdnr. 92). In der Rechtsprechung ist deshalb beispielsweise bei der Kapitalerhöhung der nichtige Bezugsrechtsabschluss nicht auf die Billigung des genehmigten Kapitals erstreckt worden (BGH, Urteil vom 19.4.1982, II ZR 55/81, ZIP 1982, 689, 692) oder im Schrifttum die Umstellung von

Nennbetrags- auf Stückaktien nicht auf die Änderung des Unternehmensgegenstands (MünchKommAktG/Hüffer, 3. Aufl., § 241 Rdnr. 92).

bb) Danach sind die Satzungsänderungen, die nicht aus in ihrer Beschlussfassung selbst liegenden Gründen nichtig sind, von der Nichtigkeit der Satzungsänderung bezüglich der Ermächtigung des Vorstands zur Kapitalerhöhung nicht berührt. Die Änderung des Unternehmensgegenstands, die Umstellung von DM-Beträgen auf Euro-Beträge, die Änderung der Bestimmungen zur Vinkulierung und die Aufhebung der Vorschrift zu den Gründungskosten haben mit der Ermächtigung zur Kapitalerhöhung nichts zu tun.

c) Der Beschluss zur Satzungsänderung ist auch nicht aus anderen Gründen nichtig. Die Bestimmungen in § 10 Abs. 2 (Bevollmächtigung), § 16 Abs. 1 Satz 3 (stellvertretende Aufsichtsratsmitglieder) und 21 Abs. 3 der Satzung (Einberufungsbefugnis), deren Nichtigkeit die Klägerin geltend macht, waren wortgleich bereits in der ersten Satzung der Beklagten vom 19.6.1995 enthalten und sind nicht Gegenstand des Beschlusses zu Tagesordnungspunkt 4, dessen Nichtigkeit die Klägerin festgestellt haben will. In der notariellen Niederschrift ist übereinstimmend mit der Niederschrift des Aufsichtsratsvorsitzenden als Beschlussinhalt die Änderung von einzelnen Satzungsbestimmungen und die Neufassung der Satzung unter Berücksichtigung dieser Änderungen festgehalten; es ist danach kein Neubeschluss der gesamten Satzung gefasst worden, die in den Niederschriften über die Versammlung auch nicht im Wortlaut enthalten ist. Die nach § 181 Abs. 1 Satz 2 AktG erforderliche Herstellung eines vollständigen Satzungstextes zur Anmeldung zur Eintragung im Handelsregister ist redaktioneller Natur und nicht Sache der Hauptversammlung (MünchKommAktG/Stein, 3. Aufl., § 181 Rdnr. 24; Wiedemann in Großkommentar AktG, 4. Aufl., § 181 Rdnr. 16). Sie führt jedenfalls dann, wenn wie hier die Änderungen im Beschluss im Einzelnen bezeichnet werden, nicht dazu, dass sämtliche bisherigen Satzungschriften Gegenstand des Änderungsbeschlusses werden, selbst wenn der Niederschrift über die Hauptversammlung – wie hier – ein neuer Wortlaut der gesamten Satzung als Anlage beigefügt wird und eine „Neufassung“ beschlossen wird. Der Wille der Versammlung geht in einem solchen Fall schon nach dem Wortlaut des Beschlusses dahin, die Satzung nur in den im einzelnen bestimmten Punkten zu ändern und den Text unter Berücksichtigung der Änderungen neu zu fassen, sie aber nicht insgesamt inhaltlich neu zu beschließen. Das gilt auch, wenn – wie hier – der Notar in den vollständigen Satzungstext unter „Inkrafttreten“ aufnimmt, dass die Satzung neu beschlossen worden sei, obwohl ein solcher Beschluss nicht gefasst wurde.

3. Der Beschluss zu Tagesordnungspunkt 8 (Ermächtigung des Vorstands zum Erwerb eigener Aktien) ist dagegen aus anderen Gründen, nämlich nach § 241 Nr. 3 AktG, nichtig. Ein Ermächtigungsbeschluss der Hauptversammlung nach § 71 Abs. 1 Nr. 8 AktG muss eine Frist zur Geltungsdauer der Ermächtigung festlegen. Ein Ermächtigungsbeschluss, der keine konkrete Frist enthält, ist nach § 241 Nr. 3 AktG nichtig, weil die Vorschrift des § 71 Abs. 1 Nr. 8 AktG dem Gläubigerschutz dient (Hüffer/Koch, AktG, 11. Aufl., § 71 Rdnr. 19e; Grigoleit/Rachlitz, AktG, § 71 Rdnr. 61; Cahn in Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl., § 71 Rdnr. 107; MünchKommAktG/Oechsler, 3. Aufl., § 71 Rdnr. 197; Drygala in KK-AktG, 3. Aufl., § 71 Rdnr. 137).

Im Beschluss zu Tagesordnungspunkt 8, mit dem der Vorstand zum Erwerb eigener Aktien der Beklagten nach § 71 Abs. 1 Nr. 8 AktG ermächtigt wurde, ist keine Frist bestimmt.

Der Beschluss zu Tagesordnungspunkt 8 nennt zwar nach der Niederschrift als Bezugsvorschrift § 71 Abs. 2 und 8 AktG. Darin liegt aber ersichtlich, da § 71 AktG keinen Abs. 8 enthält, ein Schreibversehen. Eine Frist über die Geltungsdauer lässt sich dem Beschluss auch nicht durch Auslegung entnehmen. Zwar können Vorstandsberichte, die den Aktionären bei Einberufung der Hauptversammlung ihrem wesentlichen Inhalt nach bekannt gemacht wurden, bei der Auslegung von Hauptversammlungsbeschlüssen herangezogen werden, wenn sie gemäß § 130 Abs. 3 AktG der Niederschrift als Anlage beigefügt oder inhaltlich in die Niederschrift aufgenommen worden sind (BGH, Beschluss vom 30.1.1995, II ZR 132/93, ZIP 1995, 372, 373; Urteil vom 16.12.1991, II ZR 58/91, BGHZ 116, 359, 366). Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall jedoch nicht gegeben. Aus dem in der Niederschrift festgehaltenen Vortrag des Vorstandsvorsitzenden in der Hauptversammlung zur Ermächtigung ergibt sich nichts zu einer Frist. In dem von der Beklagten während des Rechtsstreits vorgelegten Beschlussvorschlag des Vorstands zu Tagesordnungspunkt 8 ist zwar eine Frist genannt. Dass der Wortlaut dieses Beschlussvorschlages der Hauptversammlung bei der Einberufung bekannt gegeben und der Vorschlag als Anlage zur Niederschrift genommen wurde, ist aber nicht ersichtlich. Beschlussvorschläge, die in einer Anlage zur Einladung zur Hauptversammlung bekannt gemacht worden sind, betreffen ausschließlich andere Tagesordnungspunkte. Zu Tagesordnungspunkt 8 enthält die Anlage zur Einladung keinen Beschlussvorschlag, sondern nur einen Bericht über den seitherigen Erwerb eigener Aktien, und somit auch keinen Hinweis auf eine Befristung der Geltungsdauer der Ermächtigung zum Erwerb eigener Aktien.

Die Klägerin hat ihr Recht, die Nichtigkeit dieses Beschlusses geltend zu machen, auch nicht verwirkt. Die Verwirkung setzt voraus, dass ein Recht über eine längere Zeitspanne nicht geltend gemacht wird und Umstände vorliegen, die es aufgrund einer Gesamtbetrachtung der Interessenlage als geboten erscheinen lassen, dem Anspruchsinhaber die Inanspruchnahme seines Rechts zu verwehren (BGH, Urteil vom 7.6.1999, II ZR 278/98, ZIP 1999, 1391, 1392). Solche Umstände über den Zeitablauf hinaus sind nicht ersichtlich.

Anmerkung:

Mit dem zu besprechenden, in diesem Heft abgedruckten Urteil zur Frage der Teilbarkeit des Hauptversammlungsprotokolls hat sich der II. Zivilsenat des BGH gegen die bisherige Rechtsprechung und die ganz herrschende Meinung gestellt. Nicht diese Tatsache, wohl aber die Unterschlagung wesentlicher sachlicher Argumente fordert Widerspruch heraus. Dabei ist es zweckmäßig, vorab kurz die Rolle des Notars in der Hauptversammlung der Aktiengesellschaft zu beleuchten:

I. Rolle des Notars in der Hauptversammlung

Protokolliert ein Notar eine Hauptversammlung, so hat er darauf hinzuwirken, dass die Versammlung ordnungsgemäß durchgeführt und über die mit der Tagesordnung angekündigten Anträge rechtswirksame Beschlüsse gefasst werden.¹ Es handelt sich dabei vorrangig um eine beurkundungsrechtliche, nicht um eine aktienrechtliche Pflicht.² In diesem Umfang darf und muss der Notar Einfluss auf den Verlauf der Hauptversammlung nehmen.³ Bei drohenden Rechtsver-

¹ Hierzu ausführlich *Fassbender*, RNotZ 2009, 425, 429 ff.

² Vgl. MünchKommAktG/*Kubis*, § 130 Rdnr. 34.

³ Siehe nur MünchKommAktG/*Kubis*, § 130 Rdnr. 34 ff. sowie *Hüffer/Koch*, § 130 Rdnr. 12; *Lamers*, DNotZ 1962, 293.

stößen oder zur Abwendung offensichtlich mangelhafter Beschlüsse ist der Notar zu Hinweisen gegenüber dem Versammlungsleiter und, wenn dieser untätig bleibt, auch gegenüber der Versammlung selbst verpflichtet.⁴ Zu prüfen hat der Notar ferner die Zugangskontrolle und die Präsenzerfassung⁵ im Hinblick auf die Richtigkeit des von der Gesellschaft aufzustellenden Teilnehmerverzeichnisses sowie den Gang der Verhandlung in der Hauptversammlung selbst.⁶ Erfasst werden grundsätzlich auch die Stimmabgabe, die Stimmauszählung und die Beachtung von Stimmverboten.⁷

Zu trennen von dieser Prüfungs- und Belehrungsfunktion des Notars in der Hauptversammlung ist seine Protokollfunktion nach § 130 AktG, die im Wesentlichen Beweis Zwecken dient.⁸ Beide Funktionsbereiche sind strikt voneinander zu unterscheiden.

II. Beurkundungsbedürftigkeit des Protokolls

Nach § 130 Abs. 1 AktG ist jeder Beschluss der Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft durch eine über die Verhandlung notariell aufgenommene Niederschrift zu beurkunden. Beschluss ist dabei jede Äußerung des durch Abstimmung ermittelten Willens der Hauptversammlung. Auch Wahlen sind danach Beschlüsse. Eine Ausnahme von der Beurkundungspflicht besteht für nicht börsennotierte Gesellschaften, soweit keine Beschlüsse gefasst werden, für die das Gesetz eine 3/4- oder größere Mehrheit (des vertretenen Grundkapitals⁹) bestimmt, § 130 Abs. 1 Satz 3 AktG.¹⁰ Bei börsennotierten Gesellschaften ist immer zu beurkunden.

Da nach § 130 Abs. 1 AktG grundsätzlich jeder Beschluss der Hauptversammlung zu protokollieren ist, gilt dies sowohl für den Beschluss, durch den ein Antrag angenommen (positiver Beschluss), als auch für den Beschluss, durch den ein Antrag abgelehnt worden ist (negativer Beschluss). Zu beurkunden sind dabei unterschiedslos Sachbeschlüsse sowie Verfahrensbeschlüsse oder sog. Geschäftsordnungsbeschlüsse.¹¹ Wird in der Hauptversammlung kein Beschluss gefasst, so ist eine notarielle Beurkundung insgesamt nicht erforderlich.

III. Aufteilung der Hauptversammlung vs. gemischte Protokollierung

Treffen bei einer nicht börsennotierten Aktiengesellschaft beurkundungspflichtige Beschlüsse wie etwa eine Satzungs-

änderung und nicht beurkundungsbedürftige Beschlüsse zusammen, wird von Seiten der Gesellschaft nicht selten die Frage gestellt, ob nicht aus Kostengründen auf eine Beurkundung der nicht beurkundungsbedürftigen Beschlüsse verzichtet werden kann. Dies gilt insbesondere in den Fällen, in denen ein Gewinnverwendungsbeschluss (mit bestimmtem Geldwert in Höhe des Gewinns, vgl. § 108 Abs. 1 Satz 2 GNotKG) mit einem satzungsändernden Beschluss oder einer Wahl oder Ähnlichem (mit unbestimmtem Geldwert, d. h. regelmäßig Geschäftswert 30.000 €, vgl. § 108 Abs. 1 Satz 1, § 105 Abs. 4 Nr. 1 GNotKG) zusammentrifft. Die Praxis löst diese Fälle insbesondere bei Vollversammlungen in der Regel so, dass – gegebenenfalls direkt hintereinander – zwei getrennte Hauptversammlungen abgehalten werden. In dem der Entscheidung des BGH zugrundeliegenden Sachverhalt hatte man sich demgegenüber dafür entschieden, die Hauptversammlung gemischt protokollieren zu lassen und zwar teilweise vom Notar und teilweise vom Vorsitzenden des Aufsichtsrats.

IV. Die Entscheidung des BGH zur Teilbarkeit der Niederschrift

Werden im Rahmen der Hauptversammlung einer nicht börsennotierten Aktiengesellschaft sowohl Beschlüsse gefasst, die gemäß § 130 Abs. 1 Satz 3 AktG beurkundungsbedürftig sind, wie auch Beschlüsse, die keiner Beurkundungspflicht unterliegen, sind nach Ansicht des BGH in der hier zu besprechenden Entscheidung¹² entgegen der herrschenden Meinung und der Vorinstanz¹³ nicht sämtliche Beschlüsse dieser Hauptversammlung zu beurkunden. Es reicht danach – trotz der damit einhergehenden und vom BGH in der Entscheidung auch angesprochenen Schwierigkeiten bei divergierenden Protokollen – aus, wenn der Aufsichtsratsvorsitzende die gesamte Versammlung einschließlich der Beschlüsse zu den Regularien sowie Verfahrens- und sonstigen Beschlüssen protokolliert, der Notar hingegen nur die strukturändernden Beschlüsse in seine Niederschrift aufnimmt und die Hauptversammlung anschließend verlässt.

V. Kritische Würdigung

Die Auffassung des BGH zur Teilbarkeit der Niederschrift ist abzulehnen. Inhaltlich greifen insbesondere die Überlegungen zum Zweck der notariellen Beurkundung deutlich zu kurz. Der Zweck, bei Beschlüssen mit qualifizierter Mehrheit für eine erhöhte Rechtssicherheit zu sorgen, sage – so der BGH – wenig darüber aus, ob eine einheitliche Beurkundung erforderlich ist oder nicht. Es gebe keinen Grund, auch die „einfachen“ Beschlüsse von der erhöhten Rechtssicherheit der notariellen Niederschrift profitieren zu lassen, nur weil sie in derselben Hauptversammlung gefasst werden. Dieses Argument für sich genommen mag man für zutreffend halten. Der II. Zivilsenat verlangt allerdings gerade nicht nur keine Beurkundung der als solchen nicht beurkundungsbedürftigen Beschlüsse, sondern hält es darüber hinaus für entbehrlich, dass der Notar der gesamten Versammlung beiwohnt. Hier liegt das Kernproblem der Entscheidung und ihrer Begründung.

⁴ Vgl. bereits *Byk*, DNotZ 1932, 685, 689.

⁵ Hierzu *MünchKommAktG/Kubis*, § 130 Rdnr. 36.

⁶ Siehe *MünchKommAktG/Kubis*, § 130 Rdnr. 37 ff.; *Lamers*, DNotZ 1962, 287, 296 ff.

⁷ Vgl. *MünchKommAktG/Kubis*, § 130 Rdnr. 38; *Lamers*, DNotZ 1962, 287, 298 ff.

⁸ Zum Hauptversammlungsprotokoll ausführlich *Fassbender*, RNotZ 2009, 425, 440 ff.

⁹ Hierbei ist in der Praxis Folgendes zu beachten: Die Abberufung der Aufsichtsratsmitglieder ist in § 103 AktG, § 12 DrittbestG, § 23 MitbestG, § 11 MontanmitbestG 1951 geregelt. Sie kann jederzeit durch Beschluss mit einer Mehrheit von drei Vierteln der vertretenen Stimmen erfolgen (§ 103 Abs. 1 Satz 2 AktG). Es handelt sich dementsprechend nicht um einen Grundlagenbeschluss im Sinne von § 130 Abs. 1 Satz 3 AktG. Folglich besteht für den Abberufungsbeschluss keine Beurkundungspflicht. Diese zutreffende Auslegung des unscharfen Gesetzeswortlautes wurde unlängst vom OLG Karlsruhe bestätigt (Urteil vom 9.10.2013, 7 U 33/13, NZG 2013, 1261).

¹⁰ Siehe dazu *Hüffer/Koch*, § 130 Rdnr. 14a ff.; *Priester*, DNotZ 2001, 661 f.

¹¹ *Semler* in *MünchHdbGesR*, Bd. 4, § 40 Rdnr. 13; *Hüffer/Koch*, § 130 Rdnr. 2.

¹² BGH, Urteil vom 19.5.2015, II ZR 176/14, MittBayNot 2016, 252 (in diesem Heft).

¹³ Vgl. nur DNotI-Report 2000, 91, 92; OLG Jena, Urteil vom 16.4.2014, 2 U 608/13, ZIP 2014, 2136 = DNotI-Report 2014, 167 = GWR 2014, 349 (*Wettich*); *Hüffer/Koch*, § 130 Rdnr. 14c; *MünchKommAktG/Kubis*, § 130 Rdnr. 30; *Volhard* in *Semler/Volhard/Reichert*, *ArbHdbHV*, § 13 Rdnr. 5; *Spindler/Stilz/Wicke*, *Aktiengesetz* Bd. 1, § 130 Rdnr. 40; *Polte/Haider-Giangreco*, AG 2014, 729, 735 f.

Ein Notar, der eine Versammlung nur zum Teil verfolgt, wird seine vorstehend skizzierte Prüfungs- und Belehrungsfunktion, die nicht zuletzt dem Schutz der Aktionäre dient, nicht mehr in hinreichendem Umfang erfüllen können. Gerade aus Sicht schutzbedürftiger Minderheitsaktionäre sprechen zahlreiche Argumente für eine Protokollierung der gesamten Hauptversammlung durch einen unabhängigen, unparteilichen und im Aktienrecht kundigen Protokollführer.

So ist insbesondere das Auskunftsrecht des Aktionärs aus § 131 AktG ein hohes Gut, denn der Aktionär hat – anders als der GmbH-Gesellschafter, vgl. § 51a GmbHG – nur im Rahmen der Hauptversammlung die Möglichkeit, vom Vorstand Auskunft über Angelegenheiten der Gesellschaft zu erhalten. Dementsprechend darf der Vorstand die Auskunft nur aus wenigen, in § 131 Abs. 3 AktG niedergelegten Gründen verweigern. Eine zu Unrecht verweigerte Auskunft führt zur Anfechtbarkeit der darauf basierenden Beschlüsse. Ist dem Aktionär die Frage nicht oder nicht ausreichend beantwortet worden, kann er zum späteren Nachweis nach § 131 Abs. 5 AktG verlangen, dass seine Frage und der Grund, aus dem die Auskunft verweigert worden ist, in die Niederschrift aufgenommen werden. Für eine erfolgversprechende Anfechtungsklage auf Basis einer unzureichenden Auskunftserteilung ist der Aktionär somit auf ein korrektes Protokoll angewiesen.

Ferner ist der vom Aktionär in der Hauptversammlung zu erklärende Widerspruch zur Niederschrift gegen einen Beschluss nach § 245 Nr. 1 AktG Voraussetzung für die Befugnis des Aktionärs zur Erhebung einer Anfechtungsklage bezüglich dieses Beschlusses. Dementsprechend ist es von grundlegender Bedeutung, dass derartige Widersprüche ordnungsgemäß protokolliert werden.

Zu diesen beiden Punkten führt der II. Zivilsenat in seiner Entscheidung unter Verweis auf die Literatur¹⁴ aus, dass die Protokollierung einer Auskunftsverweigerung gemäß § 131 Abs. 5 AktG oder eines Widerspruchs zur Niederschrift nach § 245 Nr. 1 AktG Beweis zwecken diene und nicht Voraussetzung für die daraus resultierenden Rechtsfolgen sei. Sie könnten daher vom Aufsichtsratsvorsitzenden auch im Hinblick auf einen notariellen Beschluss protokolliert werden. Gerade bei streitigen Hauptversammlungen, die nicht selten zu Konflikten zwischen Aktionären und Versammlungsleiter Anlass geben, kann es diesem jedoch an der für die Protokollierung erforderlichen Neutralität fehlen mit potenziell nachteiligen Folgen für die Beweissituation des Aktionärs.¹⁵ So wird es den Minderheitsaktionär im Rahmen einer Squeeze-out-Hauptversammlung nicht begeistern, wenn der Aufsichtsratsvorsitzende als „Vertreter“ des Hauptaktionärs und Mitglied der Verwaltung nicht beantwortete Fragen und etwaige Widersprüche der Aktionäre sowie seine eigenen Geschäftsordnungsmaßnahmen protokolliert.

Im Ergebnis greift es also zu kurz, wenn der II. Zivilsenat ausführt, die möglicherweise höhere Gefahr einer mangelhaften Protokollführung bei nur vom Aufsichtsratsvorsitzenden unterzeichneten Niederschriften habe der Gesetzgeber mit der Öffnung der Beurkundung für die nicht speziell dafür ausgebildeten Aufsichtsratsvorsitzenden in Kauf genommen. Dies gilt eben gerade nicht für Grundlagenbeschlüsse, hinsichtlich derer der Gesetzgeber aus gutem Grund auch für kleine Aktiengesellschaften das Beurkundungserfordernis aufrecht-

erhalten hat. Es ist nicht ersichtlich, warum sich diese Beurkundungspflicht nicht auch auf alle sich darauf beziehenden Erklärungen wie insbesondere nicht beantwortete Fragen und Widersprüche erstrecken sollte. Im Gegenteil: Denkt man die Entscheidung weiter, könnte beispielsweise bei einer Squeeze-out-Hauptversammlung der Notar erst und nur für die konkrete Beschlussfassung hinzugezogen werden. Die Generaldebatte mit Fragen und Antworten, Geschäftsordnungsmaßnahmen etc. aber könnte der Aufsichtsratsvorsitzende protokollieren, der Teil der Verwaltung ist und regelmäßig aus der Sphäre des Hauptaktionärs kommt. Bei den zwei in dieser Konstellation zum Handelsregister einzureichenden Niederschriften ist – jedenfalls ohne professionelle Koordination – eine rechtssichere Dokumentation des Gesamtablaufs nicht gewährleistet.¹⁶

VI. Ausblick

Im Hinblick auf Grundlagenbeschlüsse hat der Gesetzgeber auch bei nicht börsennotierten Aktiengesellschaften bewusst die Form der notariellen Niederschrift angeordnet. Diese spricht – das zeigt die Praxiserfahrung deutlich – eine erhöhte Richtigkeitsgewähr des Protokolls, die für Aktionäre in vielerlei Hinsicht eine wichtige Rolle spielt. Die Auffassung des BGH, der Notar müsse nicht während der gesamten Hauptversammlung anwesend sein, wird regelmäßig dazu führen, dass der Notar seine Prüfungsfunktion nicht mehr hinreichend erfüllen kann.

Nichtsdestotrotz wird die Praxis mit der Entscheidung umgehen können. Es bleibt dabei abzuwarten, ob wir in Zukunft tatsächlich kritische Hauptversammlungen sehen, bei denen der Notar erst und nur mit der Beurkundung der Abstimmung beauftragt wird und wie die Gerichte dies im Rahmen der dann sicherlich folgenden Anfechtungs- und Nichtigkeitssklagen beurteilen werden.

Einer Teilprotokollierung vorzugswürdig ist jedenfalls die insbesondere bei Vollversammlungen in der Praxis ohnehin häufig genutzte und weniger risikobehaftete Möglichkeit, zwei getrennte Versammlungen abzuhalten, zumal – wie der BGH festgestellt hat – die Notarkosten durch eine partielle Beurkundung nicht wesentlich sinken. Wird von dem Notar dennoch verlangt, nur einen Teil einer Hauptversammlung zu beurkunden, sollte er sich diesen eingeschränkten Beurkundungsauftrag schriftlich bestätigen lassen und – nachweisbar – auf die damit einhergehenden Risiken hinweisen.

Notar Dr. Simon Weiler, München

¹⁶ Spindler/Stilz/Wicke, Aktiengesetz Bd. 1, § 130 Rdnr. 40.

¹³ HGB § 12 Abs. 1 Satz 4 (*Rechtsfolgenachweis durch privatschriftliches Testament in Verbindung mit eidesstattlicher Versicherung*)

Der Nachweis der Rechtsnachfolge gemäß § 12 Abs. 1 Satz 4 HGB kann im Einzelfall, insbesondere bei unverhältnismäßig hohen Kosten für den Erbschein, ausnahmsweise durch ein in den Nachlassakten befindliches privatschriftliches Testament in Verbindung mit einer eidesstattlichen Versicherung geführt werden. (Leitsatz der Schriftleitung)

OLG München, Beschluss vom 24.3.2015, 31 Wx 105/15

¹⁴ Hüffer/Koch, § 131 Rdnr. 43; MünchKommAktG/Hüffer, 3. Aufl., § 245 Rdnr. 39.

¹⁵ So zu Recht Wicke, DB 2015, 1770, der in seiner Anmerkung insbesondere den vom BGH gezogenen Vergleich mit der Situation bei der GmbH argumentativ widerlegt.

Von der fristgerechten Einlegung der erst am 24.2.2015 bei Gericht eingegangenen Beschwerde ist auszugehen, weil die Zwischenverfügung nach Aktenlage lediglich elektronisch übermittelt worden ist (vgl. *Keidel-Heinemann*, 18. Aufl. 2014, Rdnr. 29 zu § 382 FamFG). Im vorliegenden Fall ist das auf § 12 Abs. 1 Satz 4 HGB gestützte Nachweisverlangen des AG untunlich. Denn nach der beigezogenen Akte des Nachlassgerichtes ist der am 24.6.2009 verstorbene Erblasser nicht – wie in der Beschwerde behauptet – aufgrund gesetzlicher Erbfolge von seinen drei Kindern beerbt worden, sondern aufgrund der handschriftlichen Testamente vom 20.2./23.2.1990, in denen auch Testamentsvollstreckung durch einen der Söhne angeordnet ist. Insofern liegt die eidesstaatliche Versicherung des Testamentsvollstreckers vom 29.7.2009 vor, nach der der Erblasser an den bereits genannten Daten gemeinsam mit seiner vorverstorbenen Ehefrau testiert habe und dass weitere Verfügungen von Todes wegen nicht existieren. Ebenso liegt das Testamentsvollstreckerzeugnis vom 25.9.2009 vor. Insofern kann aufgrund der Umstände des vorliegenden Einzelfalles vom Nachweis der Erbfolge ausgegangen werden, ohne dass es der Vorlage eines Erbscheins bedürfte.

Anmerkung:

1. Sachverhalt

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Erblasser war Inhaber einer Kommanditbeteiligung (Haftelage 100.000 DM). In einem privatschriftlichen Testament hatte er seine drei Kinder als Erben zu je $\frac{1}{3}$ eingesetzt und zugleich Dauertestamentsvollstreckung¹ angeordnet. Nach dem Tod des Erblassers traten zwei der drei Erben (durch den Testamentsvollstrecker) ihre Kommanditbeteiligung an den dritten Miterben ab. Beide Vorgänge, also die Sondererbfolge in die Kommanditanteile² und die Sonderrechtsnachfolge infolge der Abtretungen der Kommanditanteile mitsamt Vereinigung der Kommanditanteile in der Person des dritten Miterben (unter Umrechnung in Euro-Beträge), meldete der Testamentsvollstrecker zur Eintragung ins Handelsregister an.

Im Wege einer Zwischenverfügung beanstandete das Registergericht, dass die Erbfolge durch einen Erbschein oder ein notarielles Testament samt Eröffnungsniederschrift nachgewiesen werden müsse. In der hiergegen gerichteten Beschwerde trug der Notar vor, die Forderung, die Erbfolge durch einen Erbschein nachzuweisen, sei im konkreten Fall untunlich, da die Erbfolge auch anderweitig hinreichend sicher nachgewiesen sei und die Kosten des Erbscheins unverhältnismäßig hoch wären (wohl in der Höhe des Verkehrswerts der Kommanditbeteiligung). Außerdem sei der angemeldete endgültige Rechtszustand auch unabhängig vom Nachweis der Erbfolge richtig, da der Testamentsvollstrecker jedenfalls bei der Abtretung der einzelnen Kommanditanteile an den dritten Miterben wirksam über die Kommanditbeteiligungen verfügt habe. Das Registergericht half der Beschwerde nicht ab.

¹ Zur Zulässigkeit (auch) der (Dauer-)Testamentsvollstreckung an Kommanditanteilen und der Anmeldebefugnis des Testamentsvollstreckers nur BGH, Beschluss vom 3.7.1989, II ZB 1/89, BGHZ 108, 187 = MittBayNot 1989, 323; MünchKommHGB/K. *Schmidt*, 3. Aufl. 2012, § 177 Rdnr. 24 m. w. N. auch zur Entwicklung der Rspr.

² Zur Sondererbfolge in Kommanditanteile nach st. Rspr. und h. Lit. vgl. nur BGH, Urteil vom 10.2.1977, II ZR 120/75, NJW 1977, 1339, 1342; BGH, Beschluss vom 14.2.2012, II ZB 15/11, MittBayNot 2012, 304, 305; MünchKommHGB/K. *Schmidt* (Fn. 1), § 177 Rdnr. 15 ff. m. w. N.

2. Entscheidung des OLG München

Das OLG München hob die mit der Beschwerde angegriffene Zwischenverfügung auf. In der knappen Begründung des Beschlusses folgte es im Ergebnis der Beschwerdebegründung. Das Nachweisverlangen des Registergerichts wurde als untunlich erachtet, da die Erbfolge durch den Inhalt der Nachlassakten, welche auch eine eidesstaatliche Versicherung des Testamentsvollstreckers bezüglich des Fehlens weiterer Verfügungen von Todes wegen beinhalten würden, hinreichend nachgewiesen sei. Dem folgend trug das Registergericht dann zunächst das Ausscheiden des Erblassers und den Eintritt der Erben im Wege der Sondererbfolge und sodann das Ausscheiden der „weichenden“ Erben und die Erhöhung der Kommanditeinlage des „verbleibenden“ Erben ein.

3. Rechtliche Hintergründe und Bewertung

a) Gesetzlicher Ausgangspunkt: § 12 Abs. 1 Satz 4 HGB

Zentraler rechtlicher Gesichtspunkt der Entscheidung ist, ob das Registergericht die Anmeldung vollziehen durfte bzw. musste, ohne dass ihm ein Erbschein (alternativ eine notarielle Verfügung von Todes wegen samt Eröffnungsniederschrift) vorgelegt worden ist. § 12 Abs. 1 Satz 1 HGB statuiert bekanntlich den Grundsatz, dass Anmeldungen zur Eintragung in das Handelsregister elektronisch in öffentlich beglaubigter Form einzureichen sind. Rechtsnachfolger eines Beteiligten haben nach § 12 Abs. 1 Satz 4 HGB hierbei die Rechtsnachfolge „soweit tunlich“ durch öffentliche Urkunden nachzuweisen. Die gesetzlichen Anforderungen an den Nachweis der Rechtsnachfolge im Registerrecht sind daher zumindest auf den ersten Blick etwas weniger streng als im Grundbuchverfahrensrecht, wo der Nachweis der Erbfolge nach § 35 Abs. 1 GBO nur durch einen Erbschein oder eine notarielle Verfügung von Todes wegen nebst Eröffnungsniederschrift geführt werden kann.

Zur Ausfüllung des unbestimmten Rechtsbegriffs der „Tunlichkeit“ wurden bisher – soweit ersichtlich – noch keine hinreichend rechtssicher anwendbaren Kriterien ermittelt; die diesbezüglichen Stellungnahmen in Rechtsprechung und Literatur sind weitgehend kasuistisch. Hierbei wird allgemein davon ausgegangen, dass die Anforderungen an die Art des Nachweises im (pflichtgemäßen) Ermessen des Registergerichts liegen,³ wobei der Nachweis in der geforderten Form für den Antragsteller möglich und zumutbar sein muss.⁴

b) „Tunlichkeit“ in Ansehung des Nachweises der Erbfolge

Bezüglich der hier interessierenden Rechtsnachfolge von Todes wegen liegt es nach allgemeiner Ansicht in aller Regel im Rahmen des pflichtgemäßen Ermessens, wenn hierfür – in Parallele zu § 35 Abs. 1 GBO – die Vorlage einer Ausfertigung des Erbscheins (bzw. dessen beglaubigter elektronischer Abschrift) oder einer beglaubigten Abschrift einer notariellen Verfügung von Todes wegen nebst Eröffnungsniederschrift

³ OLG Hamburg, Beschluss vom 9.12.1965, 2 W 182/65, NJW 1966, 986; KG, Beschluss vom 30.5.2000, 1 W 931/99, DNotZ 2001, 408, 410; OLG Bremen, Beschluss vom 15.4.2014, 2 W 22/14, MittBayNot 2014, 462; OLG Köln, Beschluss vom 9.9.2004, 2 Wx 22/04, DNotZ 2005, 555, 556; *Hopt* in *Baumbach/Hopt*, HGB, 36. Aufl. 2014, § 12 Rdnr. 5; *Roth* in *Koller/Kindler/Roth/Morck*, HGB, 8. Aufl. 2015, § 12 Rdnr. 7.

⁴ Zu Letzterem *Roth* in *Koller/Kindler/Roth/Morck* (Fn. 3), § 12 Rdnr. 7.

gefordert wird,⁵ wobei das Verlangen der Vorlage von Unterlagen in der Regel untunlich ist, wenn sich die entsprechenden Unterlagen bereits in den in Bezug genommenen Registerakten selbst oder den beim selben Gericht geführten Nachlassakten befinden.⁶

Im der vorstehenden Entscheidung des OLG München zugrundeliegenden Fall war in den (beim selben AG geführten) Nachlassakten weder ein Erbschein noch eine notarielle Verfügung von Todes wegen vorhanden, sondern lediglich ein privatschriftliches Testament des Erblassers. Ferner fand sich dort eine eidesstattliche Versicherung des Testamentsvollstreckers, wonach dieser keine Kenntnis vom Vorhandensein anderer letztwilliger Verfügungen habe.

Im Ausgangspunkt war das Verlangen des Registergerichts, die Erbfolge durch Vorlage eines Erbscheins oder eine notarielle Verfügung von Todes wegen nebst Eröffnungsniederschrift nachzuweisen, daher auch hier zutreffend. Grundsätzlich stehen dem auch die gegebenenfalls hohen Kosten für die Erlangung eines Erbscheins nicht entgegen,⁷ da das Gesetz unausgesprochen zugrunde legt, dass mit der Beschaffung öffentlicher Urkunden Kosten einhergehen können.

c) Notwendigkeit der Voreintragung der Erben

Das vom Notar in der Beschwerdebegündung hilfsweise angeführte Argument, die zur Eintragung angemeldete endgültige Rechtslage sei in jedem Fall richtig, da der Testamentsvollstrecker jedenfalls wirksam über die Kommanditanteile verfügt habe, verfängt an dieser Stelle nicht, da nach der Rechtsprechung aufgrund des Zwecks des Handelsregisters, die die Gesellschaft betreffenden einzutragenden Tatsachen – insbesondere ihre Haftungsverhältnisse – zuverlässig und vollständig, also insbesondere auch lückenlos, wiederzugeben, die Zwischeneintragung der Erben erforderlich ist.⁸ Die Testamentsvollstreckung als solche macht den Nachweis der Erbfolge ebenfalls nicht entbehrlich,⁹ da als neuer Kommanditist nicht der Testamentsvollstrecker, sondern die Erben einzutragen sind und daher deren Berechtigung nachzuweisen ist.

⁵ Vgl. etwa OLG Hamburg, Beschluss vom 9.12.1965, 2 W 182/65, NJW 1966, 986; BayObLG, Beschluss vom 13.7.1983, BReg. 3 Z 122/82, BayObLGZ 1983, 176, 179 f. = DNotZ 1984, 44, 45 f.; KG, Beschluss vom 30.5.2000, 1 W 931/99, DNotZ 2001, 408, 410; OLG Bremen, Beschluss vom 15.4.2014, 2 W 22/14, MittBayNot 2014, 462; MünchKommHGB/Krafka, 3. Aufl. 2010, § 12 Rdnr. 50 f.

⁶ Zu Letzterem etwa BayObLG, Beschluss vom 13.7.1983, BReg. 3 Z 122/82, BayObLGZ 1983, 176, 179 f. = DNotZ 1984, 44, 45 f.; KG, Beschluss vom 30.5.2000, 1 W 931/99, DNotZ 2001, 408, 410; Schaub in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 3. Aufl. 2014, § 12 Rdnr. 156; Hopt in Baumbach/Hopt (Fn. 3), § 12 Rdnr. 5; Roth in Koller/Kindler/Roth/Morck (Fn. 3), § 12 Rdnr. 7 m. w. N.

⁷ Allg. M., vgl. nur OLG Hamburg, Beschluss vom 9.12.1965, 2 W 182/65, NJW 1966, 986 f.; OLG Hamm, Beschluss vom 12.12.1985, 15 W 443/85, MittRhNotK 1986, 128, 129; KG, Beschluss vom 30.5.2000, 1 W 931/99, DNotZ 2001, 408, 410; OLG Köln, Beschluss vom 9.9.2004, 2 Wx 22/04, DNotZ 2005, 555, 556 f.; Hopt in Baumbach/Hopt (Fn. 3), § 12 Rdnr. 5.

⁸ OLG Hamm, Beschluss vom 7.1.1993, 15 W 103/92, MittBayNot 1993, 304, 305 f.; KG, Beschluss vom 30.5.2000, 1 W 931/99, DNotZ 2001, 408, 409.

⁹ KG, Beschluss vom 30.5.2000, 1 W 931/99, DNotZ 2001, 408, 410 f.; OLG Köln, Beschluss vom 9.9.2004, 2 Wx 22/04, DNotZ 2005, 555, 557.

d) Ausnahmsweise niedrigere Anforderungen an Nachweis der Erbfolge im Einzelfall (Beschaffung der Unterlagen nur mit unverhältnismäßigen Kosten/Mühen möglich)

Im der Entscheidung des OLG München zugrundeliegenden Fall war vielmehr entscheidend, ob die Besonderheiten des Einzelfalls (hohe Kosten für den Erbschein im Vergleich zum Wert des Kommanditanteils, bzgl. der Erbenstellung eindeutiges privatschriftliches Testament, vorhandene eidesstattliche Versicherung des Testamentsvollstreckers) zur Folge haben, dass das Verlangen nach der Vorlage eines Erbscheins als untunlich zu erachten ist. Wegen des im Rahmen der Ermessensausübung stets zu berücksichtigenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes¹⁰ können – und müssen gegebenenfalls – unverhältnismäßig hohe Kosten bei der Prüfung der „Tunlichkeit“ berücksichtigt werden.¹¹ Eine abstrakte Grenze vermag hierfür wegen der Einzelfallbezogenheit der Ermessensausübung nicht gezogen zu werden; die Unverhältnismäßigkeit sollte auch nicht vorschnell angenommen werden, um das im Grundsatz sinnvolle Anliegen des Gesetzgebers, die Eintragung der Rechtsnachfolge im Interesse des Rechtsverkehrs von der Vorlage hinreichend sicherer Nachweise abhängig zu machen, nicht zu unterlaufen. In Betracht zu ziehen ist eine hierauf gestützte Unverhältnismäßigkeit aber jedenfalls dann, wenn die Kosten des Erbscheins den Wert des vererbten Kommanditanteils (nahezu) erreichen oder gar übersteigen würden, da es andernfalls zu einer „wirtschaftlichen Enteignung“ der Erben über die Verfahrenskosten käme. Eine solche Unverhältnismäßigkeit wurde vom OLG München hier offenbar bejaht.

e) Rechtsnachfolge auch anderweitig hinreichend sicher nachgewiesen

Zum Schutze des Rechtsverkehrs erscheint es jedoch auch bei Vorliegen dieser Voraussetzung erforderlich, zusätzlich zu verlangen, dass die Rechtsnachfolge – wenn auch nicht durch Erbschein oder notarielle Verfügung von Todes wegen – dennoch auf eine Art und Weise nachgewiesen ist, aufgrund derer das Registergericht mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit von der Richtigkeit der vorgetragenen Tatsachen ausgehen kann. Liegt im Übrigen daher lediglich eine – gegebenenfalls laienhaft formulierte – privatschriftliche Verfügung von Todes wegen vor, anhand derer das Registergericht die Rechtsnachfolge nicht sicher bestimmen kann, ist das Verlangen nach der Vorlage eines Erbscheins in keinem Fall untunlich. Zur Auslegung einer Verfügung von Todes wegen ist nämlich nach der gerichtlichen Kompetenzverteilung grundsätzlich nur das Nachlassgericht zuständig, das hierbei die Verfahrensvorschriften des Erbscheinsverfahrensrechts zu beachten hat.¹²

Das Erbscheinsverfahren dient indes keinem Selbstzweck, sondern der Ermittlung der materiell zutreffenden erbrechtlichen Lage. Wenn sich daher die erbrechtliche Situation nach Aktenlage aus der Sicht des Registergerichts so eindeutig darstellt, dass auch das Nachlassgericht im Erbscheinsverfahren mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zum gleichen Ergebnis käme, an der Richtigkeit der angemeldeten

¹⁰ Zur Geltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes für das Registergericht etwa Keilbach, MittRhNotK 2000, 365, 368.

¹¹ Vgl. OLG Bremen, Beschluss vom 15.4.2014, 2 W 22/14, MittBayNot 2014, 462, 463.

¹² So zum Beispiel auch BayObLG, Beschluss vom 13.7.1983, BReg. 3 Z 122/82, BayObLGZ 1983, 176, 181 = DNotZ 1984, 44, 46; KG, Beschluss vom 30.5.2000, 1 W 931/99, DNotZ 2001, 408, 410; OLG Bremen, Beschluss vom 15.4.2014, 2 W 22/14, MittBayNot 2014, 462; OLG Köln, Beschluss vom 9.9.2004, 2 Wx 22/04, DNotZ 2005, 555, 556.

Rechtsnachfolge also keine vernünftigen Zweifel bestehen können, brächte die Einschaltung des Nachlassgerichts über das Erbscheinsverfahren keinen ersichtlichen Gewinn an Rechtssicherheit, stellte sich vielmehr als reine – kostspielige – Formalie dar.

Hierfür wird in der Regel erforderlich sein, dass sich erstens die Erbfolge entweder – wie im der Entscheidung des OLG München zugrundeliegenden Fall – aus einer hinreichend klar formulierten Verfügung von Todes wegen oder leicht zu ermittelnder gesetzlicher Erbfolge (gegebenenfalls unter Vorlage entsprechender Personenstandsurkunden) eindeutig ergibt und zweitens mit vergleichbarer Sicherheit wie im Erbscheinsverfahren feststeht, dass keine (weiteren) letztwilligen Verfügungen vorhanden sind. Letzteres kann insbesondere über eine entsprechende eidesstattliche Versicherung des/der Erben oder – wie hier bereits in den Nachlassakten vorhanden – des Testamentsvollstreckers nachgewiesen werden.¹³

4. Fazit

Die Entscheidung überzeugt im Ergebnis. Dies gilt insbesondere hinsichtlich der praxisgerechten, auf die Besonderheiten des konkreten Falles Rücksicht nehmenden und damit die dienende Funktion des Verfahrensrechts vergegenwärtigenden Auslegung des Begriffs der „Tunlichkeit“ in § 12 Abs. 1 Satz 4 HGB. Angesichts der nicht unerheblichen Abweichung von den seitens der Rechtsprechung für die Interpretation dieser Norm aufgestellten Grundsätzen wäre indes eine etwas ausführlichere Begründung nicht nur aus dogmatischen Gründen wünschenswert gewesen.

Für die Praxis bedeutet die Entscheidung zweierlei: Erstens sollte aus der Entscheidung nicht die Tendenz herausgelesen werden, die Anforderungen an den Nachweis der Rechtsnachfolge in § 12 Abs. 1 Satz 4 HGB abzusenken. Etwaigen solchen Bestrebungen wäre entgegenzuhalten, dass die in der Norm statuierten Anforderungen der Sicherheit des Rechtsverkehrs im Allgemeinen zu dienen bestimmt sind und daher nicht generell im Hinblick auf damit meist verbundene Unannehmlichkeiten unbeachtet bleiben dürfen. Zweitens macht die Entscheidung aber deutlich, dass das Gesetz bei besonderen Konstellationen im Einzelfall einen für die Praxis wichtigen Spielraum lässt, den Nachweis auf anderem Wege zu führen, wenn die Richtigkeit des Ergebnisses mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit auch mit den vorhandenen Beweismitteln festzustellen ist und andernfalls eine unverhältnismäßige Belastung für den Anmeldenden konstatiert werden müsste.

Notar Dr. *Benedikt Schreindorfer*, Straubing

¹³ Zum Ganzen plakativ bereits OLG Bremen, Beschluss vom 15.4.2014, 2 W 22/14, MittBayNot 2014, 462: „Eine Lücke im Nachweis der Erbenstellung [hier: Frage der Geltendmachung eines Pflichtteilsanspruch aufgrund einer Pflichtteilsstrafklausel] lässt sich durch die Beibringung einer geeigneten eidesstattlichen Versicherung jedenfalls dann schließen, wenn zur Feststellung der Erbfolge keine tatsächlichen Ermittlungen erforderlich sind und nach den Umständen kein vernünftiger Zweifel verbleibt, dass das Nachlassgericht im Erbscheinsverfahren zu dem gleichen Ergebnis käme wie das Registergericht.“ (2. Ls.).

Internationales Privatrecht

14. BGB § 1371 Abs. 1; GG Art. 3 Abs. 2; EGBGB Art. 3 Nr. 2, Art. 220 Abs. 3 Satz 2 (*Folgen der gleichheitswidrigen Erbbeteiligung von Ehemann und Ehefrau nach iranischem Recht*)

1. Die nach iranischem Recht unterschiedlich hohen Erbquoten für Ehemann und Ehefrau verstoßen gegen den deutschen ordre public. Vermögenszuwendungen unter Lebenden können eine – grundsätzlich beachtliche – Kompensation der gleichheitswidrigen Erbbeteiligung nur dann darstellen, wenn sie bewusst zu diesem Zweck vorgenommen wurden.
2. Die durch den Verstoß gegen den ordre public entstehende Lücke ist grundsätzlich in dem gesetzlichen Rahmen der anwendbaren ausländischen Rechtsordnung zu schließen, hier in der Weise, dass die Ehefrau die im iranischen Recht für den Ehemann vorgesehene höhere Erbquote erhält.
3. Dass der Ehefrau nach iranischem Recht hinsichtlich des unbeweglichen Vermögens des Ehemannes nur ein Wertausgleichsanspruch zusteht, stellt keinen Verstoß gegen den deutschen ordre public dar.
4. Eine Erhöhung des Ehegattenerbteils gemäß § 1371 BGB kommt nicht in Betracht. Hierbei kann die allgemeine Frage, ob die Regelung als güter- oder erbrechtlich zu qualifizieren ist, dahinstehen, denn das deutsch-iranische Niederlassungsabkommen schließt in seinem Anwendungsbereich vorbehaltlich des deutschen ordre public jede Änderung der nach iranischem Recht zu bestimmenden Erbquoten aus.

OLG Hamburg, Beschluss vom 4.12.2014, 2 W 58/14

Der am 3.9.1918 geborene und am 8.5.2013 verstorbene Erblasser war in zweiter Ehe mit der Beteiligten zu 2 verheiratet. Der Beteiligte zu 3 ist der gemeinsame Sohn aus dieser Ehe. Die Beteiligten zu 1 und 4 sind die Kinder des Erblassers aus dessen erster Ehe.

Der Erblasser war iranischer Staatsangehöriger und schiitischer Muslim.

Die Beteiligten sind jeweils deutsche und iranische Staatsangehörige und ebenfalls schiitische Muslime.

Der Erblasser lebte von 1939 bis 1957 in Deutschland, er hat hier studiert und anschließend gearbeitet. Nach seiner Rückkehr in den Iran gründete er dort eine Gießerei und war als Dozent an der Technischen Universität Teheran tätig. Außerdem war er zumindest Miteigentümer zweier Mehrfamilienhäuser in Teheran. Das Betriebsgrundstück der Gießerei hat der Erblasser 1978 veräußert zu einem Preis von umgerechnet mindestens 1,5 Mio. DM. Sein Vermögen im Iran hat der Erblasser ins Ausland transferiert, wobei Umfang dieses Vermögens und Art und Weise des Transfers unter den Beteiligten streitig sind.

Der Erblasser und die Beteiligte zu 2 haben am 12.2.1966 in Teheran/Iran geheiratet. Die Eheleute haben dort bis 1980 gelebt, 1980/1981 sind sie nach Deutschland gezogen. Hier arbeitete der Erblasser als Dolmetscher bei Gericht im Großraum Hamburg. Zudem bezog der Erblasser seit 1980 eine Rente im Iran, die ihm jedoch nur dort ausbezahlt wurde.

Zum Nachlass gehören zwei Eigentumswohnungen in Hamburg. In der größeren Wohnung lebten die Eheleute. Die Beteiligte zu 1 hat an dieser Wohnung ein Wohnungsrecht, das ihr zunächst gemeinsam mit dem Erblasser zustand.

Die Beteiligte zu 2 hat im Jahr 2006 mehrere Zuwendungen vom Erblasser im Gesamtwert von 745.500 € erhalten. Eine letztwillige Verfügung hat der Erblasser nicht errichtet.

Die Beteiligten zu 2 und 3 haben beantragt, ihnen einen Fremdrechtserschein zu erteilen, der die Ehefrau des Erblassers zu 1/2 und die drei Kinder zu jeweils 1/6 als Erben des Erblassers ausweist.

Der Beteiligte zu 4 hat beantragt, ihm einen Erbschein zu erteilen, der die Ehefrau des Erblassers zu $\frac{1}{8}$ und die drei Kinder zu jeweils $\frac{7}{24}$ als Erben des Erblassers ausweist.

Das AG hat mit dem angefochtenen Beschluss vom 20.5.2014 zum einen die zur Erteilung des von den Beteiligten zu 2 und 3 beantragten Erbscheins erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachtet und des Weiteren den Erbscheinsantrag des Beteiligten zu 4 zurückgewiesen.

Dieser Beschluss wurde der Beteiligten zu 1 am 26.5.2014 und dem Beteiligten zu 4 am 24.5.2014 zugestellt. Die Beschwerde der Beteiligten zu 1 ist am 19.6.2014 beim AG eingegangen. Der Beteiligte zu 4 hat sich mit Schreiben vom 18.7.2014, eingegangen beim OLG am 21.7.2014, dieser Beschwerde angeschlossen.

Die Beteiligte zu 1 trägt vor, es bestünden erhebliche Bedenken gegen eine ordre-public-Korrektur des iranischen Rechts, wonach die Witwe des Erblassers Quotenerbin in Höhe von $\frac{1}{8}$ des beweglichen Nachlasses sei und einen schuldrechtlichen Anspruch in Höhe dieser Quote am unbeweglichen Nachlass habe.

(...)

Aus den Gründen:

II.

(...)

Ein Erbschein kann den Beteiligten zu 2 und 3 gemäß dem Wortlaut ihres Antrages bereits deswegen nicht erteilt werden, weil dieser weder das angewandte Erbstatut, noch die Korrektur des iranischen Rechts durch den deutschen ordre public enthalten würde (vgl. MünchKommBGB/Mayer, 6. Aufl., § 2369 Rdnr. 25; Palandt/Weidlich, 73. Aufl., § 2369 Rdnr. 4).

Unbeschadet dessen würde der von den Beteiligten zu 2 und 3 beantragte Erbschein aber auch nicht die Erbfolge nach dem Erblasser zutreffend wiedergeben.

1. Gemäß Art. 3 Nr. 2 EGBGB i. V. m. Art. 8 Abs. 3 des deutsch-iranischen Niederlassungsabkommens, dessen Weitergeltung ausdrücklich bestätigt worden ist durch das deutsch-iranische Protokoll vom 4.11.1954, ist maßgeblich für die Erbfolge nach dem Erblasser das materielle iranische Recht, da dieses Abkommen eine Sachnormverweisung enthält.

Für Iraner schiitischen Glaubens gilt das iranische ZGB.

Das iranische Recht kennt zwei Gründe zur Berufung als Erben, die Blutsverwandtschaft und den besonderen Grund, Art. 861 iran. ZGB. Vater, Mutter, Kinder und Kindeskinde sind Erben der ersten Ordnung, Art. 862 iran. ZGB. Der überlebende Ehegatte erbt als sog. Quotenerbe, Art. 896 iran. ZGB. Der Ehemann erbt mit einer Quote von $\frac{1}{4}$, wenn die verstorbene Ehefrau Kinder hinterlässt, Art. 900 iran. ZGB. Quotenerben als auch Resterben sind eine oder mehrere Töchter, Art. 897 iran. ZGB. Die Witwe oder die Witwen erben mit einer Quote von $\frac{1}{8}$, sofern der verstorbene Ehemann Kinder hinterlässt, Art. 901 iran. ZGB.

Art. 913 iran. ZGB stellt klar, dass bei Vorhandensein von Erben der ersten Ordnung der Ehegatte, gleich welchen Geschlechts, seine Erbquote erhält. Dabei beträgt die Quote, wenn der Erblasser Kinder hinterlässt, für den Witwer $\frac{1}{4}$ und für die Witwe $\frac{1}{8}$.

Hinterlässt der Erblasser weder Vater noch Mutter, aber mehrere Kinder verschiedenen Geschlechts, erhält der Sohn den doppelten Anteil der Tochter, Art. 907 iran. ZGB.

Nach Art. 946 iran. ZGB in der Fassung des Änderungsgesetzes vom 11.3.2009 (vgl. hierzu Krüger, IPRax 2009, 375 und Yassari, RablsZ 73 [2009], 985, 998) erbt der Ehemann von allen Gütern der Ehefrau, und die Ehefrau erbt im Falle des Vorhandenseins von Abkömmlingen $\frac{1}{8}$ seines beweglichen

Vermögens und $\frac{1}{8}$ vom Wert seines unbeweglichen Vermögens, ungeachtet dessen, ob es sich um Grundstücke oder Gebäude handelt. Der Ehefrau steht damit lediglich ein quotaler Wertausgleich hinsichtlich des unbeweglichen Nachlassvermögens des Ehemannes zu.

Das deutsch-iranische Niederlassungsabkommen eröffnet in Art. 8 Abs. 3 die Möglichkeit der Anwendung des allgemeinen ordre-public-Vorbehalts des Art. 6 EGBGB.

Der erforderliche hinreichende Inlandsbezug ist gegeben. Der Erblasser hat seit 1981 bis zu seinem Tod in Deutschland gelebt, seine gesetzlichen Erben leben ebenfalls in Deutschland, hier befindet sich auch zumindest ein wesentlicher Teil seines Vermögens.

Die nach iranischem Recht unterschiedlich hohen Erbquoten für Ehemann und Ehefrau verstoßen gegen den deutschen ordre public. Die unterschiedliche Erbquote für Mann und Frau ist nicht vereinbar mit dem verfassungsrechtlich verankerten Grundsatz, wonach niemand wegen seines Geschlechts benachteiligt werden darf, Art. 3 Abs. 2 GG.

Ein Grundrechtseingriff setzt eine konkrete geschlechtsbedingte Benachteiligung der Frau gegenüber dem Mann voraus. Ein Gleichheitsverstoß kann nur festgestellt werden, wenn der zu prüfende Sachverhalt mit einem anderen Sachverhalt in Beziehung gesetzt wird. Zwar ist vorliegend dieser Vergleich nur fiktiv, da der Ehefrau ein tatsächlich existierender Vergleichspartner fehlt. Zu erwägen ist jedoch, was sie geerbt hätte, wenn sie ein erbender Ehemann wäre. In Abwesenheit eines realen kann auch ein fiktiver Vergleichssachverhalt einen ordre-public-Verstoß begründen, jedenfalls in Fällen, in denen die Diskriminierung wirtschaftlicher Natur und damit messbar ist. Die Diskriminierung ergibt sich aus den unterschiedlichen Erbquoten, die einem männlichen und einem weiblichen Erben zugebilligt werden. Auch ist das Ergebnis der gleichheitswidrigen Rechtsanwendung konkret, handelt es sich doch beim fiktiven Vergleichssachverhalt nicht um einen unmöglichen Sachverhalt, sondern einen solchen, der in parallelen Situationen vorliegt, schon vorgelegen hat oder vorliegen könnte (vgl. Scholz, ZJS 2010, 187, 188).

Die Grundrechtsverletzung ist auch keineswegs hypothetisch, sondern allenfalls der Vergleichsmaßstab, aus dem sich der gleichheitswidrige Charakter der Norm ergibt. Dieses ist eine für gleichheitswidrige Normen typische Konstellation. Entscheidend ist, dass die Frau im konkreten Fall weniger bekommt, weil sie eine Frau ist, nicht dass in einem anderen als dem konkreten Fall einem Mann eine höhere Erbquote zukommen würde (vgl. Lorenz, IPRax 1993, 148, 150).

Vorliegend ist auch das konkrete Ergebnis bei einer Anwendung des gleichheitswidrigen iranischen Rechts aus Sicht des deutschen Rechts zu missbilligen. Die danach gegebene diskriminierende Behandlung der überlebenden Ehefrau ist vorliegend nicht anderweitig kompensiert.

Eine Kompensation der geringeren Erbquote im konkreten Fall könnte in Betracht gezogen werden, wenn Art. 1199 Abs. 2 iran. ZGB einschlägig wäre, wonach die Witwe den gemeinsamen Kindern nur nachrangig nach nächsten Vorfahren des Vaters unterhaltspflichtig ist. Vorliegend besteht jedoch gegenüber dem gemeinsamen Kind des Erblassers und seiner Ehefrau keine Unterhaltspflicht mehr. Im Übrigen würde sich die Unterhaltspflicht der Eltern eines in Deutschland lebenden bedürftigen Kindes gemäß Art. 3 HUProt nach deutschem Recht richten.

Wenn man in der vertraglich vereinbarten Brautgabe überhaupt eine Kompensation der Diskriminierung der Ehefrau sehen wollte, wäre diese vorliegend nicht gegeben. Denn die

vereinbarte Brautgabe für die Beteiligte zu 2 besteht aus einem Koran und 100 Rial, die bereits in Empfang genommen worden waren sowie aus 1.000 Rial und den Wert einer Pahlavi-Goldmünze, dieses sind umgerechnet ca. 2,8 Cent und ca. 350 € bis 400 €.

Auch die zu Lebzeiten vom Erblasser an seine Ehefrau erfolgten Vermögenszuwendungen in Form der Einräumung eines dinglichen Wohnungsrechts an der Ehewohnung im Jahr 1992 sowie der Schenkungen von insgesamt 745.500 € im Jahr 2006 sind unter den gegebenen Umständen nicht als Kompensation einer gleichheitswidrigen Erbbeteiligung der Ehefrau zu werten, sondern als ehebedingte Zuwendung zur angemessenen Altersvorsorge an die nicht anderweitig abgesicherte 24 Jahre jüngere Ehefrau. Entgegen der Auffassung der Beteiligten zu 1 liegen auch keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die Geldzuwendungen an die Ehefrau in erster Linie dem Zweck gedient haben, die Kinder des Erblassers aus erster Ehe, die Beteiligten zu 1 und 4, bei der Beerbung zu benachteiligen.

Die durch die Ausschaltung der *ordre-public*-widrigen Vorschrift entstehende Lücke ist vorrangig aus dem anzuwendenden ausländischen Recht zu schließen. Dem Senat erscheint es sachgerecht, anstelle der gleichheitswidrigen Bestimmung hinsichtlich des Erbanteils der Witwe – mit der nachfolgend dargelegten Einschränkung – diejenige Vorschrift anzuwenden, die bei entsprechender Sachverhaltsgestaltung die Erbquote des Witwers regelt, wonach im vorliegenden Fall der überlebende Ehegatte $\frac{1}{4}$ des Nachlasses erhält.

Denn bei einer Angleichung der Erbquoten von Ehemann und Ehefrau geht es nicht darum, den Ehemann schlechter zu stellen, sondern um eine Gleichstellung der benachteiligten Ehefrau mit dem Ehemann.

Insoweit hat dasselbe zu gelten, wie bei der Gleichstellung der Töchter mit den Söhnen. Denn auch insoweit ist das iranische Recht wegen Verstoßes gegen den deutschen *ordre public* zu korrigieren. Diese Gleichstellung wird dadurch erreicht, dass der Anteil der Töchter angehoben wird auf die gleiche Quote wie diejenige der Söhne.

Selbst wenn die Quote der Ehefrau auf diejenige des Ehemannes angehoben wird, erhalten die Kinder noch den überwiegenden Anteil am Nachlass des Vaters, nämlich $\frac{3}{4}$.

Hingegen verstößt der Umstand, dass der Ehefrau am unbeweglichen Nachlassvermögen lediglich ein Wertausgleichsanspruch zusteht, nicht gegen den deutschen *ordre public*. Auch das deutsche Recht kannte und kennt einen derartigen Ersatzanspruch anstelle einer Miterbenstellung.

Der frühere Erbersatzanspruch des nichtehelichen Kindes wurde erst durch das Erbrechtsgleichstellungsgesetz vom 16.12.1997 (in Kraft getreten am 1.4.1998) abgeschafft. Bis dahin gab es auch im deutschen Recht eine Regelung, wonach erbberechtigte Personen unter bestimmten Umständen nicht direkt am Erbe mitbeteiligt waren, sondern ihnen lediglich ein wirtschaftlich gleich hoher Erbersatzanspruch zugestanden hat.

Entgegen den Ausführungen der Beteiligten zu 2 war die Bestimmung des § 1934a BGB a. F. nicht verfassungswidrig. Vielmehr wurde aus Anlass der Wiedervereinigung das Erbrecht für nach dem 1.7.1949 geborene nichteheliche Kinder nach ihren Eltern in vollem Umfang eingeführt. Allerdings blieben die vor dem 1.7.1949 geborenen nichtehelichen Kinder weiterhin von jeglichem Erb- und Pflichtteilsrecht nach ihrem Vater ausgeschlossen, soweit es sich nicht um einen „DDR-Vater“ gehandelt hat. Allein diese Bestimmung ist vom EuGH mit Urteil vom 28.5.2009 als nicht mit der EMRK vereinbar erklärt worden.

Nach § 12 Abs. 1 HöfeO steht grundsätzlich den Miterben, die nicht Hoferben geworden sind, vorbehaltlich anderweitiger Regelung durch Übergabevertrag oder Verfügung von Todes wegen an Stelle eines Anteils am Hof ein Anspruch gegen den Hoferben auf Zahlung einer Abfindung in Geld zu.

Dem deutschen Recht ist damit ein schuldrechtlicher Ausgleichsanspruch anstelle einer Erbbeteiligung nicht fremd. Soweit ein ausländisches Recht eine entsprechende Regelung enthält, verstößt diese daher nicht gegen den deutschen *ordre public*.

Der der Ehefrau zustehende schuldrechtliche Ausgleichsanspruch kompensiert in ausreichendem Maße ihre insoweit ausgeschlossene Miterbenstellung. Dabei ist unerheblich, ob die Ehefrau durch diese Regelung des iranischen Rechts von einer möglichen späteren Wertsteigerung der Immobilien ausgeschlossen wird. Denn insoweit handelt es sich um einen lediglich um eine vage Aussicht; zum anderen kommt es aber für die Frage, ob eine Benachteiligung besteht, allein auf den Zeitpunkt des Todes des Erblassers an.

Unbeachtlich ist für die Frage der Gleichstellung von Ehemann und Ehefrau, was mit dem Erbeil bzw. dem Ausgleichsanspruch der Ehefrau nach deren Tod geschieht. Denn Erbanteil und Ausgleichsanspruch werden deren eigenes Vermögen, welches diese zum Beispiel zu Lebzeiten für eigene Zwecke verwenden kann.

Auch geht es bei der Gleichstellung der Ehefrau mit dem Ehemann am jeweiligen Nachlass des Erstversterbenden nicht um eine wertmäßige Gleichstellung, sondern darum, dass bei der gesetzlichen Erbfolge die Quoten der jeweiligen Beteiligung am Nachlass in gleicher Höhe bestimmt werden.

2. Eine Erhöhung des Erbanteils der Ehefrau gemäß § 1371 Abs. 1 BGB erfolgt hingegen vorliegend nicht.

Die Eheleute haben am 12.2.1966 in Teheran geheiratet und dort bis 1980 gemeinsam gelebt.

Gemäß Art. 220 Abs. 3 Satz 1 EGBGB unterliegen die güterrechtlichen Wirkungen von Ehen, die nach dem 31.3.1953 und vor dem 9.4.1983 geschlossen worden sind, bis zum 8.4.1983 entweder (Nr. 1) dem Recht des Staates, dem beide Ehegatten bei der Eheschließung angehörten, sonst (Nr. 2) dem Recht, dem die Ehegatten sich unterstellt haben oder von dessen Anwendung sie ausgegangen sind, insbesondere nach dem sie einen Ehevertrag geschlossen haben, hilfsweise (Nr. 3) dem Recht des Staates, dem der Ehemann bei der Eheschließung angehört hat.

Nach Art. 220 Abs. 3 Satz 2 EGBGB ist für die Zeit nach dem 8.4.1983 Art. 15 EGBGB anzuwenden. Dabei tritt für Ehen, auf die vorher Nr. 3 anzuwenden war, an die Stelle des Zeitpunktes der Eheschließung der 9.4.1983.

Die Ehefrau war zum Zeitpunkt der Eheschließung Deutsche. Bei einem Mehrstaater, der auch Deutscher ist, geht diese Rechtsstellung auch im Rahmen des Art. 220 Abs. 3 EGBGB jeweils vor, Art. 5 Abs. 1 Satz 2 EGBGB (vgl. BGH, FamRZ 1986, 1200, 1203).

Im Iran wird die Ehe durch einen Vertrag geschlossen. Dieser zwischen der Ehefrau und dem Erblasser geschlossene Eheschließungsvertrag liegt in vollständiger Übersetzung vor. Vertragliche Regelungen über das Güterrecht enthält dieser Ehevertrag nicht.

Der gesetzliche Güterstand im iranischen Recht ist der der Gütertrennung (vgl. IPG 1970, Nr. 15 [Köln]).

Soweit die Eheleute zunächst unter Anwendung des alten verfassungswidrigen Kollisionsrechts von einer Geltung des als Heimatrecht des Ehemannes anzuwendenden iranischen Gü-

terrechts ausgegangen sein und dieses Recht für sich als maßgeblich angesehen haben sollten, ist mit dieser Begründung der gleichheitswidrige Zustand nicht dauerhaft aufrechtzuerhalten. Vielmehr findet auch in diesem Fall gemäß Art. 220 Abs. 3 Satz 2 EGBGB ein Statutenwechsel nach dem 8.4.1983 statt (vgl. BVerfG, FamRZ 2003, 361).

Dafür, dass die Eheleute willentlich die Geltung des iranischen Güterrechts in das Konzept ihrer Ehe einbezogen haben (BGH, FamRZ 1988, 40; KG, IPRax 1988, 106), gibt es keine hinreichenden Anhaltspunkte.

Zwar haben die Eheleute nach der Heirat im Iran dort zunächst ca. 15 Jahre gelebt, wobei der Erblasser dort einer beruflichen Tätigkeit nachgegangen ist. Der Erblasser hat aber zuvor lange Zeit, von 1939 bis 1957, in Deutschland gelebt, wo er sein Studium abgeschlossen und anschließend gearbeitet und im Jahr 1976 eine Wohnung erworben hat. Zudem lebten seine beiden Schwestern in Deutschland; auch seine erste Ehefrau war eine deutsche Staatsangehörige. Der Erblasser hatte somit eine enge Beziehung zu Deutschland. Die Ehefrau hatte die deutsche Staatsangehörigkeit und die iranische nach Art. 976 Ziffer 6 iran. ZGB allein durch ihre Eheschließung erworben (vgl. IPG 1870, Nr. 15 [Köln]). Von daher kann bereits nicht davon ausgegangen werden, dass der Erblasser den Willen gehabt hat, die güterrechtlichen Wirkungen seiner zweiten Ehe dem iranischen Recht zu unterstellen. Insbesondere aber kann nicht angenommen werden, dass die Beteiligte zu 2 den Willen gehabt hat, sich dem für sie fremden iranischen Güterrecht zu unterstellen, so dass es bereits aus diesem Grund an einer gemeinsamen Absicht der Eheleute gefehlt hat.

Am 8.4.1983 haben die Eheleute beide ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland gehabt, so dass gemäß Art. 15 Abs. 1 i. V. m. Art. 14 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB für ihre Ehe deutsches Güterrecht Anwendung findet.

Es kann vorliegend dahingestellt bleiben, ob bei Anwendung ausländischen Erbrechts gemäß Art. 25 Abs. 1 EGBGB hinsichtlich des Ehegattenerbrechts aufgrund des deutschen Güterrechtsstatutes § 1371 Abs. 1 BGB anzuwenden ist, denn diese Frage ist vorliegend vom Senat nicht zu entscheiden, da das iranische Erbrecht gemäß Art. 3 Nr. 2 EGBGB i. V. m. Art. 8 Abs. 3 des deutsch-iranischen Niederlassungsabkommens anzuwenden ist.

Der Senat folgt zwar nicht der Auffassung des OLG Köln (FamRZ 2014, 1585, 1586 für den deutsch-türkischen Konsularvertrag), wonach es sich bei der Frage, ob § 1371 Abs. 1 BGB zur Anwendung kommt, um eine Vorfrage des IPR handelt. Denn eine Vorfrage liegt dann vor, wenn der Tatbestand einer vom deutschen IPR zur Anwendung berufenen ausländischen Sachnorm einen Rechtsbegriff enthält, für den das deutsche IPR eine spezielle Kollisionsnorm bereithält. Dann stellt sich die Frage, ob dieser Rechtsbegriff selbständig (nach deutschem Kollisionsrecht) oder unselbständig (nach dem für die Hauptfrage maßgeblichen Recht) zu bestimmen ist. Vorfrage wäre zum Beispiel für das Erbrecht der Ehefrau nach iranischem Recht, ob eine wirksam geschlossene Ehe mit dem Erblasser gegeben ist. Um eine derartige Vorfrage geht es jedoch nicht bei der Frage, ob neben dem ausländischen Erbrecht die nach wohl herrschender Meinung allein güterrechtlich zu qualifizierende Norm des § 1371 Abs. 1 BGB Anwendung findet.

Die Frage des maßgeblichen Güterstandes wäre nur dann eine erbrechtliche Vorfrage (siehe hierzu *Staudinger/Dörner*, 2007, Rdnr. 598 zu Art. 25 EGBGB und Rdnr. 179 Vorbemerkung zu Art. 25 EGBGB; *MünchKommBirk*, Rdnr. 80 zu Art. 25 EGBGB), wenn nach dem iranischen Recht der Güterstand der Eheleute erbrechtliche Auswirkungen hätte. Dieses ist aber nicht der Fall.

Dennoch ist der Ansatz des OLG Köln grundsätzlich zutreffend. Das deutsch-iranische Niederlassungsabkommen bestimmt, dass in Bezug auf das Erbrecht der Erblasser als iranischer Staatsangehöriger dem iranischen Recht unterworfen bleibt. Damit respektiert das deutsche Recht – vorbehaltlich der Vereinbarkeit mit dem deutschen *ordre public* – unter Ausschluss der allgemeinen Kollisionsnormen des deutschen Rechts aufgrund des abgeschlossenen Staatsvertrages für das Erbrecht des Erblassers die ausschließliche Anwendung des iranischen Rechts. Dieses aber schließt es aus, dass in teilweiser Anwendung deutschen (Güter-)Rechts die Erbfolge nach iranischem Recht abgeändert wird. Auch wenn der Ausgleich nach § 1371 Abs. 1 BGB güterrechtlich zu qualifizieren ist, bedient er sich eines erbrechtlichen Instruments und wirkt damit in das Erbrecht hinein. Nach dem maßgeblichen Staatsvertrag aber richtet sich das Erbrecht eines iranischen Staatsangehörigen ausschließlich nach iranischem Recht. Würde man auf das iranische Erbrecht deutsches Güterrecht einwirken lassen, wäre dieses ein unzulässiger Eingriff in das iranische Erbstattut, dessen ausschließliche Anwendung durch Staatsvertrag festgelegt worden ist. Die materiellen iranischen Erbrechtsvorschriften würden um eine diesem Recht unbekannte Rechtsnorm erweitert.

Als sog. Fremdrechtserschein ist zudem in ihm anzugeben, dass die Erbfolge sich – korrigiert gemäß Art. 6 EGBGB – nach iranischem Recht richtet. Diese Angabe könnte nicht erfolgen, wenn die sich nach dem – korrigierten – iranischen Recht festzulegenden Erbquoten der Miterben durch die Anwendung des § 1371 Abs. 1 BGB verändert würden.

Der Senat vermag daher der vom OLG Schleswig (ZEV 2014, 96) und vom OLG München (FamRZ 2013, 36) sowie auch in der Literatur (vgl. *Palandt/Thorn*, 73. Aufl., Art. 15 EGBGB Rdnr. 26; *MünchKommBGB/Siehr*, 5. Aufl., Art. 15 EGBGB Rdnr. 117) vertretenen Rechtsauffassung, wonach bei der Geltung ausländischen Erbrechts und deutschen Güterrechts eine pauschalierte Erbteilerhöhung nach § 1371 Abs. 1 BGB zulässig ist, nicht beizutreten.

(...)

Anmerkung:

Die Entscheidung des OLG Hamburg setzt sich weitgehend mit bekannten Problemen der Anwendung einer vom klassischen islamischen Recht geprägten Rechtsordnung bei der Feststellung der gesetzlichen Erbfolge durch deutsche Gerichte auseinander. Betroffen war die Erbscheinserteilung nach einem iranischen Staatsangehörigen schiitischer Glaubenszugehörigkeit; er hatte die letzten Jahrzehnte in Deutschland gelebt und hinterließ seine zweite Ehefrau sowie mehrere Kinder. Nachlass war sowohl in Deutschland als auch im Iran vorhanden.

Aufgrund Art. 8 Abs. 3. Satz 1 des deutsch-iranischen Niederlassungsübereinkommens war iranisches Erbrecht, genauer die erbrechtlichen Vorschriften des für Iraner schiitischen Glaubens geltenden iranischen ZGB, zur Anwendung berufen. Insoweit ist zu beachten, dass sich dieses Ergebnis auch durch die zwischenzeitlich geltende EuErbVO nicht ändern würde. Gemäß Art. 75 Abs. 1 EuErbVO gelten nämlich die von Deutschland mit Drittstaaten getroffenen Abkommen weiter.¹ Es wurde zwar in der Literatur diskutiert, ob die Eu-

¹ Dies gilt neben dem deutsch-iranischen Niederlassungsübereinkommen auch für den deutsch-türkischen Konsularvertrag von 1929 wie auch für den deutsch-sowjetischen Konsularvertrag von 1958; vgl. *Kohler/Pintens*, FamRZ 2015, 1537, 1538; *Odersky*, notar 2015, 183, 189; ausführlich *Stiß* in *Stiß*, Erbrecht in Europa, 3. Aufl., S. 181 ff.

ErbVO nicht zum Anlass genommen werden sollte, die bilateralen Abkommen zu revidieren bzw. zu kündigen.² Dies hat aber – zumindest bislang – zu keiner Änderung der Rechtslage geführt.

Nun enthält allerdings das iranische ZGB geschlechtsspezifische Differenzierungen bei der Festlegung der gesetzlichen Erbquoten: die Witwe erhält eine Nachlassbeteiligung von $\frac{1}{8}$, wohingegen der Witwer $\frac{1}{4}$ erhalten würde; Söhne erhalten den doppelten Erbteil einer Tochter (vgl. Art. 900, 901, 907, 946 iranisches ZGB). Solche geschlechtsspezifischen Benachteiligungen begegnen Bedenken unter dem Aspekt des *ordre public*.³ Der Grundrechtsbezug zu Art. 3 Abs. 2 GG ist evident. Dabei lässt auch Art. 8 Abs. 3 Satz 2 des deutsch-iranischen Niederlassungsübereinkommens die Anwendung der Vorbehaltsklausel – früher Art. 6 EGBGB, nun Art. 35 EuErbVO – zu.⁴ In Übereinstimmung mit Rechtsprechung⁵ und Schrifttum⁶ korrigiert das OLG Hamburg mit Recht angesichts des in casu gegebenen hinreichenden Inlandsbezugs des Sachverhalts die aus dem iranischen ZGB resultierenden Ergebnisse: Es schließt die Lücken, welche durch Ausschaltung der *ordre-public-widrigen* iranischen Normen entstehen, aus dem ausländischen Recht selbst und weist der Witwe (wie einem Witwer) eine Nachlassbeteiligung von $\frac{1}{4}$ zu;⁷ Töchter und Söhne erhalten gleiche Quoten.

Bei seinen Ausführungen zur möglichen *ordre-public-Widrigkeit* der geringeren Erbquote der Witwe erörtert das OLG auch die Möglichkeit einer Kompensation. Dies ist konsequent, kann doch eine Benachteiligung im Erbrecht durch Vorteile in anderen Rechtsgebieten ausgeglichen sein.⁸ Das OLG zieht darüber hinaus aber auch konkrete, in casu zu Lebzeiten vom Erblasser an seine Ehefrau erfolgte Zuwendungen in Betracht. Auch dies ist konsequent, da die Anwendung des *ordre-public-Vorbehalts* immer eine Frage des Einzelfalles darstellt.⁹ Hier hatte die spätere Witwe immerhin im Jahr 2006 mehrere Zuwendungen im Gesamtwert von 745.500 € erhalten. Insoweit, wie es das OLG tut, für eine Kompensation der gleichheitswidrigen Erbbeteiligung zu fordern, dass die Zuwendung bewusst zu diesem Zweck vorgenommen wurde, erscheint einerseits überzogen.¹⁰ Andererseits wären

bei der Gesamtwürdigung des Falles auch etwaige erbrechtliche Konsequenzen solch lebzeitiger Vermögenszuwendungen, etwa in Form von Ausgleichs- bzw. Anrechnungspflichten zu berücksichtigen. Ebenso bedenklich ist, dass das OLG es als keinen Verstoß gegen den *ordre public* ansieht, dass das iranische ZGB die Beteiligung der Witwe am unbeweglichen Nachlassvermögen lediglich als Wertausgleichsanspruch, also nur schuldrechtlich ausgestaltet, wohingegen ein Witwer insoweit dinglich beteiligt würde. Auch dies stellt eine nicht gerechtfertigte Schlechterstellung dar.¹¹

Neu ist und zu Recht abgelehnt wird in den ersten Stellungnahmen¹² zu der Entscheidung der Ansatz, den das Gericht im Hinblick auf einen etwaigen güterrechtlichen Ausgleich verfolgt. Nach der nunmehr grundlegenden Entscheidung des BGH¹³ ist der pauschale Zugewinnausgleich nach § 1371 Abs. 1 BGB rein güterrechtlich zu qualifizieren. Die gesamte damit verbundene Anknüpfungs-, Qualifikations- und gegebenenfalls auch Anpassungsproblematik vermeidet das OLG Hamburg, indem es behauptet, es wäre ein unzulässiger Eingriff in das iranische Erbstatut, dessen ausschließliche Anwendung durch das deutsch-iranische Niederlassungsübereinkommen festgelegt worden ist, wenn man auf das iranische Erbrecht deutsches Güterrecht einwirken lassen würde. Das überzeugt schon deshalb nicht, weil das deutsch-iranische Niederlassungsübereinkommen zwar auch das eheliche Güterrecht erfassen kann (vgl. das Schlussprotokoll zu Art. 8 Abs. 3. des deutsch-iranischen Niederlassungsübereinkommens), dies allerdings nur dann wenn beide Ehegatten ausschließlich und gemeinsam entweder die iranische oder die deutsche Staatsangehörigkeit besitzen.¹⁴ Es regelt das Güterstatut deshalb nur für rein iranische Ehepaare und rein deutsche Ehepaare, was im konkreten Fall nicht gegeben war, aber nicht, wenn mindestens einer der Eheleute die Staatsangehörigkeit beider Vertragsstaaten besitzt¹⁵ oder wenn einer nur die deutsche und der andere nur die iranische hat. In solchen Fällen muss es bei den allgemeinen Regeln des Ehegüterstatuts (Art. 220 Abs. 3, Art. 15 EGBGB) verbleiben.

Notar Prof. Dr. Robert Sieghörtner, LL.M. (Sydney),
EMBA (Münster), Gräfenberg

2 Odersky, notar 2015, 183, 189; *Siß* in *Siß*, Erbrecht in Europa, 3. Aufl., S. 197.

3 Vgl. OLG Hamm, Beschluss vom 29.4.1992, 15 W 114/91, IPRax 1994, 49, 52 f. (ablehnend *Dörner*, IPRax 1994, 33, 35 f.); OLG Hamm, Beschluss vom 28.2.2005, 15 W 117/04, ZEV 2005, 436 m. zust. Anm. *Lorenz*; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.12.2008, 3 Wx 51/08, NJW-RR 2009, 732; OLG Frankfurt, Beschluss vom 10.5.2010, 20 W 4/10, ZEV 2011, 135; OLG München, Beschluss vom 16.4.2012, 31 Wx 45/12, NJW-RR 2012, 1096.

4 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.12.2008, 3 Wx 51/08, NJW-RR 2009, 732; NK-BGB/*Kroiß*, Art. 25 EGBGB Rdnr. 84; *A. Köhler*, FamRZ 2015, 1236.

5 OLG Hamm, Beschluss vom 28.2.2005, 15 W 117/04, ZEV 2005, 436 m. zust. Anm. *Lorenz*; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.12.2008, 3 Wx 51/08, NJW-RR 2009, 732; OLG Frankfurt, Beschluss vom 10.5.2010, 20 W 4/10, ZEV 2011, 135; OLG München, Beschluss vom 16.4.2012, 31 Wx 45/12, NJW-RR 2012, 1096; anders noch hinsichtlich der Benachteiligung der Ehefrau OLG Hamm, Beschluss vom 29.4.1992, 15 W 114/91, IPRax 1994, 49, 52 f.

6 *Palandt/Thorn*, Art. 35 EuErbVO Rdnr. 2; *Looschelders*, IPRax 2006, 462.

7 Als „zutr.“ bezeichnet dies *A. Köhler*, FamRZ 2015, 1236; *Rauscher*, NZFam 2015, 736, hält dies für „nicht zwingend“ und erwägt die arithmetische Mitte – das wären ³/₁₆.

8 Vgl. nur *Hohloch/Heckel* in *Hausmann/Hohloch*, Handbuch des Erbrechts, Kap. 26 Rdnr. 67.

9 Vgl. nur *MünchKommBGB/Sonnenberger* Art. 6 EGBGB Rdnr. 44.

10 Gegen das OLG in diesem Punkt auch *Rauscher*, NZFam 2015, 736.

11 Ebenso *A. Köhler*, FamRZ 2015, 1236; *Rauscher*, NZFam 2015, 736.

12 *A. Köhler*, FamRZ 2015, 1236; *Rauscher*, NZFam 2015, 736.

13 BGH, Beschluss vom 13.5.2015, IV ZB 30/14, MittBayNot 2015, 507 m. Anm. *Siß*.

14 Im Bereich des Familienrechts gilt dies allg. hinsichtlich der am jeweiligen Rechtsverhältnis Beteiligten, vgl. BGH, Vorlegungs-Beschluss vom 20.12.1972, IV ZB 20/72, BGHZ 60, 68, 74 (für die elterliche Sorge); BGH, Entscheidung vom 15.1.1986, IVb ZR 75/84, IPRax 1986, 382, 383 f. (für elterliche Sorge und Unterhalt); OLG Hamm, Beschluss vom 29.4.1992, 15 W 114/91, IPRax 1994, 49, 53; (für Scheidungsstatut); *Schotten/Wittkowski*, FamRZ 1995, 264, 265; *Dörner*, IPRax 1994, 33, 34.

15 *Schotten/Wittkowski*, FamRZ 1995, 264, 265; *MünchKommBGB/Siehr*, Art. 14 EGBGB Rdnr. 4.

Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

15. BGB § 1191; ZPO § 256 Abs. 1, § 767 (*Erneute Vollstreckung aus Grundschuld trotz bereits erteilter Löschungsbewilligung*)

Übergibt der Grundschuldgläubiger die vollstreckbare Ausfertigung der Grundschuldbestellungsurkunde und den Grundschuldbrief samt einer Löschungsbewilligung an den Schuldner, nachdem dieser die gesicherte Schuld getilgt hat, können sich die Parteien bei Fortbestehen der Grundschuld formlos darüber einigen, dass die Vollstreckung aus dem Titel erneut möglich sein soll. Hiervon ist in aller Regel auszugehen, wenn die Parteien vereinbaren, dass die Grundschuld wiederum eine Darlehensverbindlichkeit sichern soll.

BGH, Urteil vom 27.3.2015, V ZR 296/13

Die Klägerin bestellte 1975 an ihrem Grundstück zwei Briefgrundschulden zu je 50.000 DM zugunsten der Rechtsvorgängerin der Beklagten und unterwarf sich jeweils der sofortigen Zwangsvollstreckung. Nach Tilgung der gesicherten Forderungen übersandte die Beklagte der Klägerin 1978 die vollstreckbaren Ausfertigungen der Grundschuldbestellungsurkunden sowie die Grundschuldbriefe und Löschungsbewilligungen. In den Jahren 1988, 1996 und 2001 trafen die Parteien neue Sicherungsabreden, wonach die fortbestehenden Grundschulden als Sicherheiten für weitere Darlehen dienten. Nachdem der Beklagten 2003 antragsgemäß weitere vollstreckbare Ausfertigungen der Grundschuldbestellungsurkunden erteilt worden waren, leitete sie – gestützt auf die dinglichen Rechte – die Zwangsversteigerung des Grundstücks ein.

Die Vollstreckungsgegenklage der Klägerin, mit der sie – soweit von Interesse – die Zwangsvollstreckung aus den vollstreckbaren Ausfertigungen für unzulässig erklären lassen will, hat das LG abgewiesen. Die Erlösverteilung in dem Zwangsversteigerungsverfahren fand während des Berufungsrechtszugs statt. Daraufhin hat die Klägerin einen Hilfsantrag gestellt, mit dem sie die Rechtswidrigkeit der Zwangsvollstreckung feststellen lassen will. Nur dem Hilfsbegehren hat das Berufungsgericht stattgegeben. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision will die Beklagte auch insoweit die Abweisung der Klage erreichen.

Das Berufungsgericht sieht die Feststellungsklage, die in der Revisionsinstanz den alleinigen Streitgegenstand bildet, als zulässig an. Ursprünglich habe die Klägerin zum einen eine auf materiellrechtliche Einwendungen gestützte Vollstreckungsabwehrklage (§ 767 Abs. 1 ZPO) und zum anderen eine auf die fehlende Vollstreckbarkeit des Titels bezogene Titelgegenklage erhoben (§ 767 Abs. 1 ZPO analog). Nachdem durch die Beendigung der Zwangsversteigerung das Rechtsschutzbedürfnis entfallen sei, habe die Klägerin jedenfalls aufgrund möglicher Schadensersatzansprüche ein Interesse daran, eine gerichtliche Feststellung zu der Rechtmäßigkeit der Zwangsversteigerung herbeizuführen.

Die der Titelgegenklage nachfolgende Feststellungsklage sei auch begründet, weil die Vollstreckung aus den Unterwerfungserklärungen unzulässig gewesen sei. Die Aushändigung der Titel und der Grundschuldbriefe nebst Löschungsbewilligungen im Jahr 1978 habe den Titeln die Vollstreckbarkeit genommen. Die Beklagte habe sich durch ihr Verhalten gegenüber der Klägerin dauerhaft dazu verpflichtet, nicht mehr aus den Titeln zu vollstrecken. Die Unterwerfungserklärungen seien durch die späteren Sicherungsabreden nicht wieder aufgelebt, weil sie als Vollstreckungstitel der Form des § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO genügen müssten. Schließlich sei die Vollstreckungsgegenklage auch nicht rechtsmissbräuchlich. Zwar sei die Klägerin verpflichtet, sich der dinglichen Vollstreckung zu unterwerfen. Die Beklagte habe sich aber ebenfalls rechtsmissbräuchlich verhalten, indem sie sich mit der objektiv unzutreffenden Behauptung, die Titel verloren zu haben, weitere vollstreckbare Ausfertigungen verschafft habe.

Aus den Gründen:

II.

Über die Revision der Beklagten ist durch Versäumnisurteil zu entscheiden. Inhaltlich beruht das Urteil jedoch nicht auf

der Säumnis der Klägerin, sondern auf einer Sachprüfung (vgl. Senat, Urteil vom 4.4.1962, V ZR 110/60, BGHZ 37, 79, 82).

Das angefochtene Urteil hält revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand. Zu Unrecht sieht das Berufungsgericht die Feststellungsklage als zulässig an.

1. Eine Feststellungsklage muss gemäß § 256 Abs. 1 ZPO auf die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses gerichtet sein. Hierzu können auch einzelne Rechte und Pflichten gehören, die sich aus einem Rechtsverhältnis ergeben. Daher ist es zulässig, wenn der Kläger nach der Beendigung der Zwangsvollstreckung feststellen lassen will, dass ein bestimmter Teil der materiellrechtlichen Schuld nicht bestand (BGH, Urteil vom 23.1.1985, VIII ZR 285/83, WM 1985, 703). Dagegen können nach der ständigen Rechtsprechung des BGH bloße Elemente oder Vorfragen eines Rechtsverhältnisses, reine Tatsachen oder etwa die Wirksamkeit von Willenserklärungen oder die Rechtswidrigkeit eines Verhaltens nicht Gegenstand einer Feststellungsklage sein (BGH, Urteil vom 3.5.1977, VI ZR 36/74, BGHZ 68, 331, 332; Urteil vom 19.4.2000, XII ZR 332/97, NJW 2000, 2280, 2281; Urteil vom 7.6.2001, I ZR 21/99, NJW 2001, 3789; Urteil vom 20.2.2008, VIII ZR 139/07, NZM 2008, 277 Rdnr. 9, jeweils m. w. N.). Hieran gemessen ist der Hilfsantrag seinem Wortlaut nach unzulässig, weil die Rechtswidrigkeit der Zwangsvollstreckung festgestellt werden soll.

2. Allerdings ist bei der revisionsrechtlich uneingeschränkt nachprüfaren Auslegung des Klageantrags zu beachten, dass im Zweifel dasjenige gewollt ist, was nach den Maßstäben der Rechtsordnung vernünftig ist und der wohlverstandenen Interessenlage entspricht (st. Rspr., vgl. nur Senat, Urteil vom 4.7.2014, V ZR 298/13, NJW 2014, 3314 Rdnr. 15 m. w. N.). Dementsprechend ist der Antrag so auszulegen, dass das Bestehen von Bereicherungs- oder Schadensersatzansprüchen dem Grunde nach festgestellt werden soll (vgl. BGH, Urteil vom 7.6.2001, I ZR 21/99, NJW 2001, 3789). Mit diesem Rechtsschutzziel bezieht sich der Antrag zwar auf ein gegenwärtiges Rechtsverhältnis. Es fehlt insoweit aber an dem gemäß § 256 Abs. 1 ZPO erforderlichen Feststellungsinteresse, weil nicht ersichtlich ist, dass die Klägerin die behaupteten Bereicherungs- oder Schadensersatzansprüche nach dem Ende der Zwangsvollstreckung nicht beziffern kann (vgl. zu der sog. verlängerten Vollstreckungsgegenklage Senat, Urteil vom 6.3.1987, V ZR 19/86, NJW 1987, 3266 m. w. N., insoweit in BGHZ 100, 211 nicht abgedruckt).

Die Feststellungsklage ist auch nicht ausnahmsweise deshalb zulässig, weil sie zu einer endgültigen Erledigung der aufgetretenen Streitpunkte führen könnte (hierzu Senat, Urteil vom 17.6.1994, V ZR 34/92, NJW-RR 1994, 1272, 1273 m. w. N.), da unklar ist, warum und in welcher Höhe die Beklagte einen ungerechtfertigten Vorteil erlangt haben sollte.

III.

Die Sache ist nicht zur Entscheidung reif (§ 563 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 ZPO). Vor der Abweisung der Klage als unzulässig muss die Klägerin zunächst noch Gelegenheit erhalten, entweder zu ihrem Feststellungsinteresse vorzutragen oder ihren Antrag umzustellen, indem sie ihre Ansprüche beziffert (§ 139 Abs. 1 Satz 2 ZPO). Von der Aufhebung und Zurückverweisung kann auch nicht deshalb abgesehen werden, weil die Klage ohnehin unbegründet wäre.

1. Allerdings ist die Klage – ihre Zulässigkeit unterstellt – unbegründet, soweit sich die Klägerin darauf stützt, die Beklagte habe aus den bestehenden Titeln nicht mehr vollstrecken dürfen.

a) Schon im Ausgangspunkt unzutreffend ist die Annahme des Berufungsgerichts, infolge der Rückgabe der vollstreckbaren Ausfertigungen und der Grundschuldbriefe samt der Löschungsbewilligung werde die Durchführung von Vollstreckungsmaßnahmen dauerhaft ausgeschlossen. Durch die Rückgabe der Titel als solche entfällt deren Vollstreckbarkeit nicht (vgl. Senat, Urteil vom 21.1.1994, V ZR 238/92, NJW 1994, 1161, 1162). Auch wenn die Parteien – wie es das Berufungsgericht annimmt – hiermit stillschweigend vereinbart haben, dass von den Titeln nicht mehr Gebrauch gemacht werden sollte, konnten sie diese Vereinbarung jederzeit aufheben. Weil eine Rückgewähr der Grundpfandrechte nicht erfolgte, die Klägerin insbesondere die bewilligte Löschung nicht veranlasste (vgl. § 875 BGB), war die Beklagte weiterhin Grundschuldgläubigerin. Die Parteien konnten sich daher ohne Weiteres darüber einigen, dass die Vollstreckung aus den bestehenden Titeln erneut möglich sein sollte. Von einer solchen Einigung ist in aller Regel auszugehen, wenn die Parteien – wie hier – vereinbaren, dass die Grundschuld wiederum eine Darlehensverbindlichkeit sichern soll.

b) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts bedurfte es keiner neuen notariellen Beurkundung. Die erforderlichen Titel waren vorhanden. Die Auswechslung der gesicherten Forderung berührt die Unterwerfungserklärung – anders als bei der Hypothek – nicht, weil diese auf die Grundschuld (und gegebenenfalls ein abstraktes Schuldversprechen), aber nicht auf den gesicherten Anspruch bezogen ist (BGH, Urteil vom 3.6.1997, XI ZR 133/96, DNotZ 1998, 575, 576; MünchKommZPO/Wolfsteiner, 4. Aufl., § 794 Rdnr. 260; *Gabardiell/Gladenbeck*, Kreditsicherung durch Grundschulden, 9. Aufl., Rdnr. 307). Nach der Interessenslage wollte die Klägerin sich gerade die Möglichkeit offenhalten, die Grundschulden – wie geschehen – erneut als Sicherungsmittel zu verwenden und auf diese Weise die mit einer erneuten Grundschuldbestellung verbundenen Kosten zu sparen. Eine solche formlose und daher kostengünstige Verwendung der Grundschuld als Sicherheit für andere als die anfänglich gesicherten Forderungen ist ein wesentlicher Grund für die verbreitete Verwendung von Grundschulden als Kreditsicherungsmittel (vgl. nur *Epp* in *Schimansky/Bunte/Lwowski*, Bankrechtshandbuch, 4. Aufl., § 94 Rdnr. 23; *Gabardiell/Gladenbeck*, Kreditsicherung durch Grundschulden, 9. Aufl., Rdnr. 4 ff.).

c) Weil die Titel weiterhin bestanden, hat sich die Beklagte nicht, wie das Berufungsgericht meint, rechtsmissbräuchlich verhalten, indem sie neue vollstreckbare Ausfertigungen beantragte. Das erforderliche berechnete Interesse an der Erteilung einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung (§ 733 ZPO) besteht auch dann, wenn der Gläubiger nach einer Neuvaluierung vollstrecken darf, die Erstaufertigung aber aufgrund der zuvor erfolgten Schuldtilgung bei dem Schuldner verblieben ist (vgl. MünchKommZPO/Wolfsteiner, 4. Aufl., § 733 Rdnr. 13).

2. Nicht geprüft hat das Berufungsgericht jedoch die weiteren Einwendungen der Klägerin, die den Eintritt der Verwertungsreife und die Verjährung der gesicherten Forderungen betreffen; insoweit fehlt es schon an Feststellungen. Dies wäre nachzuholen, falls die Klage nach ergänzendem Vortrag als zulässig anzusehen sein sollte, weil auch diese Einwendungen zu dem in der Revisionsinstanz angefallenen Streitstoff gehören.

a) Allerdings ist mit dem angefochtenen Urteil allein über eine „verlängerte“ Titelgegenklage entschieden worden. Diese stellt einen eigenen, von der Vollstreckungsabwehrklage zu unterscheidenden Streitgegenstand dar (dazu Senat, Urteil vom 19.12.2014, V ZR 82/13, juris Rdnr. 6; BGH, Urteil vom 18.11.1993, IX ZR 244/92, BGHZ 124, 164, jeweils m. w. N.). Wäre die prozessuale Einordnung des Klagebegeh-

rens richtig, hätte das Berufungsgericht eine Entscheidung über die Vollstreckungsabwehrklage unterlassen; insoweit wäre die Rechtshängigkeit nach Ablauf der Frist für eine Urteilsergänzung (§ 321 ZPO) entfallen (vgl. Senat, Urteil vom 21.3.1997, V ZR 355/95, ZfIR 1997, 260, 262).

b) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts hat die Klägerin aber (nur) eine Vollstreckungsabwehrklage gemäß § 767 ZPO mit einem einheitlichen Streitgegenstand erhoben. Eine Titelgegenklage richtet sich gegen die Vollstreckbarkeit des Titels selbst, etwa weil dieser nicht der materiellen Rechtskraft fähig ist und daher einen nur scheinbar vollstreckungsfähigen Inhalt hat (dazu Senat, Urteil vom 19.12.2014, V ZR 82/13, juris Rdnr. 7; BGH, Urteil vom 18.11.1993, IX ZR 244/92, BGHZ 124, 164). Solche Einwendungen hat die Klägerin nicht vorgetragen. Sie hat sich vielmehr auf eine vollstreckungsbeschränkende Vereinbarung berufen, weil die Beklagte durch die Rückgabe der vollstreckbaren Ausfertigungen dauerhaft auf die Vollstreckung aus der Grundschuld verzichtet habe. Dies fällt ebenso wie materiellrechtliche Einwendungen gegen den Anspruch in den direkten Anwendungsbereich von § 767 ZPO (vgl. BGH, Beschluss vom 26.6.2001, XI ZR 330/00, NJW-RR 2002, 282, 283).

(...)

Anmerkung:

Die Entscheidung behandelt einen Ausschnitt aus einem Problemkreis, der unter dem Stichwort „Verbrauch des Vollstreckungstitels“ behandelt zu werden pflegt. Kann man einen Vollstreckungstitel in der Weise „verbrauchen“, dass er seine Vollstreckbarkeit verliert? Aus der Sicht des Notars gewinnt die Frage Bedeutung, wenn er sich einem Antrag auf Erteilung einer „weiteren“ vollstreckbaren Ausfertigung nach § 733 ZPO gegenübersteht, über den er seit 1.9.2013 selbst zu entscheiden hat.

Zweifellos darf aus einem Vollstreckungstitel, auch einer vollstreckbaren Urkunde, nicht mehr vollstreckt werden, wenn der Gläubiger in der Zwangsvollstreckung vollständig (auch wegen der Vollstreckungskosten) befriedigt worden ist und Gerichtsvollzieher oder Vollstreckungsgericht daher dem Schuldner die vollstreckbare Ausfertigung mit Quittungsvermerk (§ 757 ZPO, § 127 ZVG) ausgehändigt hat. Die Frage ist aber, wie verfahrensmäßig vorzugehen ist, wenn der Gläubiger die volle Befriedigung bestreitet und daher eine weitere vollstreckbare Ausfertigung beantragt. Zwar wird dem Notar die Aushändigung der quitierten Ausfertigung normalerweise nicht bekannt; im Zweifel wird aber der Schuldner in der Anhörung nach § 733 Abs. 1 ZPO darauf hinweisen und die quitierte Ausfertigung vorlegen. Dazu wird vertreten, dem Gläubiger dürfe in diesem Fall die weitere vollstreckbare Ausfertigung nur bewilligt werden, wenn er unter Umkehr der Beweislast¹ „vollen Beweis“ dafür liefere, dass noch Forderungen bestünden, die mittels des Titels vollstreckt werden dürften.² Das aber kann schon deshalb nicht richtig sein, weil

¹ LG Dortmund, Urteil vom 10.12.1993, 11 T 58/93, Rpfleger 1994, 308.

² *Stein/Jonas/Münzberg*, ZPO, 22. Aufl., § 733 Rdnr. 14; ebenso OLG Stuttgart, Entscheidung vom 21.11.1975, 8 W 386/75, Rpfleger 1976, 144; LAG Niedersachsen, Entscheidung vom 23.5.2003, 5 Ta 276/02, BeckRS 2003, 41443; LG Nürnberg-Fürth, Entscheidung vom 11.3.1980, 13 T 1060/80, JurBüro 1982, 137; LG Hechingen, Entscheidung vom 28.11.1983, 2 T 56/83, Rpfleger 1984, 151; LG Dortmund, Entscheidung vom 10.12.1993, 11 T 58/93, Rpfleger 1994, 308; *Zöller/Stöber*, ZPO, 30. Aufl., § 733 Rdnr. 12; vorsichtiger *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, Zivilprozessrecht, 12. Aufl., § 16 Rdnr. 141. Für bloße Glaubhaftmachung OLG Hamm, Entscheidung vom 5.7.1979, 2 W 15/79, Rpfleger 1979, 431.

– überdeutlich beim Notar – gar kein Verfahren zur Verfügung steht, in dem die Beweise erhoben werden könnten; darüber hinaus fehlt es an einer Rechtsgrundlage für ein solches Verfahren. Der BGH bestätigt, dass der Titel auch durch Rückgabe der vollstreckbaren Ausfertigung unter Einigung darüber, dass keine Zwangsvollstreckung mehr stattfinden solle, nicht verbraucht wird, wenn der Anspruch fortbesteht; jedenfalls mit Einverständnis des Schuldners kann eine weitere vollstreckbare Ausfertigung erteilt und aus ihr vollstreckt werden.

Fehlt es am Einverständnis, so ist es korrekt, analog § 775 Nr. 4 ZPO zu verfahren und die Erteilung der weiteren vollstreckbaren Ausfertigung zunächst auszusetzen. Besteht aber der Gläubiger auf Klauselerteilung und liegen im Übrigen die Voraussetzungen für die Erteilung einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung vor, so ist sie zu erteilen; der Schuldner ist auf die Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 Abs. 1 ZPO zu verweisen.³ Dass die Vollstreckungsabwehrklage der richtige Rechtsbehelf ist, bestätigt der BGH auch in der vorliegenden Entscheidung; denn es geht darum, dass nach Behauptung des Schuldners der vollstreckbare Anspruch gemäß § 632 Abs. 1 BGB durch Erfüllung erloschen ist. Fragwürdig – aber hier nicht weiter zu behandeln – ist nur die Bestätigung früherer Rechtsprechung,⁴ dass die Vollstreckungsabwehrklage stets auch der richtige Rechtsbehelf sei, einen Vollstreckungsverzicht oder eine vollstreckungsbeschränkende Abrede zur Geltung zu bringen.

Dem eben geschilderten Szenario gegenüber weist die Entscheidung allerdings eine Besonderheit auf. Der Titel war schon deshalb nicht verbraucht, weil er noch völlig unbenutzt war. Nicht nur, dass der Schuldner freiwillig geleistet hatte; er hatte auch gar nicht auf die titulierte Grundschuld, sondern auf die gesicherte Forderung geleistet. Zutreffend stellt der Senat fest, dass die Brauchbarkeit vollstreckbarer Grundschulden entscheidend beeinträchtigt würde, wollte man sie der Wiederverwendbarkeit nach Erledigung des Sicherungszwecks berauben. Dafür gibt es auch keinerlei Grund; ich sehe nicht, dass irgendjemand Gegenteiliges vertreten hätte. Die Entscheidung verdient daher uneingeschränkte Zustimmung. Der Notar kann gegebenenfalls guten Gewissens weitere vollstreckbare Ausfertigung erteilen – er muss es sogar, falls die übrigen Voraussetzungen vorliegen.

Notar a. D. Dr. *Hans Wolfsteiner*, München

³ So auch *Zöller/Stöber*, § 775 ZPO Rdnr. 12; *MünchKommZPO/Wolfsteiner*, 4. Aufl., § 733 Rdnr. 17.

⁴ BGH, Urteil vom 2.4.1991, VI ZR 241/90, NJW 1991, 2295; dazu *Wolfsteiner*, Die vollstreckbare Urkunde, 3. Aufl., § 29.23. ff., insbesondere § 29.27. ff.

Beurkundungs- und Notarrecht

16. BeurkG § 37 Abs. 1 Nr. 2, § 44a Abs. 2 (*Zur Anfechtbarkeit der Entscheidung des Notars, keine Berichtigung gemäß § 44a Abs. 2 BeurkG durchzuführen*)

Die Entscheidung des Notars, hinsichtlich eines Tatsachenprotokolls im Sinne des § 37 Abs. 1 BeurkG keine Berichtigung gemäß § 44a Abs. 2 BeurkG durchzuführen, ist unanfechtbar. (Leitsatz der Schriftleitung)

LG Passau, Beschluss vom 11.1.2016, 2 T 17/15

Der Notar hatte am 17.7.2015 die ordentliche Hauptversammlung der ... AG mit Sitz in ... protokolliert, wozu der Antragsteller – einer der Aktionäre dieser AG – am ... bei dem Notar einen Berichtigungsantrag eingereicht hat. Gegenstand ist die Vorgehensweise des Vorsitzenden des Aufsichtsrats der AG zum Verfahren betreffend die Wahl des Aufsichtsrats, wonach zunächst über den Vorschlag der Verwaltung zur Besetzung des Aufsichtsrats abgestimmt werden sollte; würde dieser Vorschlag angenommen, habe sich der Vorschlag einer anderen Aktionärin erledigt, die zuvor den Antragsteller zur Wahl zum Aufsichtsrat vorgeschlagen hatte. Insoweit heißt es in der Niederschrift auf Seite ...:

„(...)“

Dagegen wandte sich der Antragsteller und verlangte mit seinem Antrag eine Berichtigung.

Diesen Antrag hat der Notar mit Entscheidung vom ... abgelehnt, weil die Urkunde den Inhalt der Hauptversammlung richtig wiedergebe.

Dagegen wendet sich der Antragsteller mit seiner bei dem Notar eingereichten Beschwerde, mit welcher der Berichtigungsantrag weiterverfolgt wird.

Aus den Gründen:

II.

Der Beschluss des Notars ist in der Beschwerde im Verfahren nach FamFG zu beurteilen, der Notar ist erste Instanz, also nicht förmlich Beschwerdegegner.

Das Rechtsmittel ist im Ergebnis unzulässig. Zwar ist das LG Passau – entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers – zuständig, die Entscheidung (Ablehnung der Berichtigung) aber unanfechtbar.

(...)

2. Bei der Niederschrift über die ordentliche Hauptversammlung handelt es sich um einen Bericht des Notars über die dort gemachten Wahrnehmungen, § 37 Abs. 1 Nr. 2 BeurkG. Er selbst könnte freilich „offensichtliche Unrichtigkeiten“ gemäß § 44a Abs. 2 BeurkG berichtigen, wenn er zur Überzeugung gelangen würde, dass die von ihm im Abstimmungsverfahren zwecks Besetzung des Aufsichtsrates getroffene Tatsachenbeurkundung „offensichtlich unrichtig“ gewesen wäre. Das hat der Notar in eigener Verantwortung sorgfältig geprüft und – unter ausführlicher Auseinandersetzung mit den vom Antragsteller vorgebrachten anderslautenden Behauptungen – verneint.

Die deshalb von ihm folgerichtige abgelehnte Berichtigung ist unanfechtbar. § 44a BeurkG sieht eine Anfechtbarkeit nicht vor, die schon denkgesetzlich ausgeschlossen ist, jedenfalls soweit es – wie hier – um eine Tatsachenbeurkundung geht. Denn der beurkundende Notar hat die Tatsache entweder festgestellt oder nicht. Ob er eine andere Wahrnehmung hätte treffen können oder müssen oder sollen, kann in der Beschwerdeinstanz von einem Gericht nicht geprüft werden. Die Rechtsauffassung des Notars trifft in vollem Umfang zu, insbesondere die von ihm gezogene Parallele zu § 164 ZPO. Dazu ist unzweifelhaft, dass gegen die Ablehnung einer Protokollberichtigung kein Rechtsmittel gegeben ist, weil die Verantwortlichkeit für die Prüfung des Protokollinhalts nach §§ 163, 164 ZPO ausschließlich den dort bestimmten Teilnehmern der Sitzung übertragen ist, und weil zudem der Oberinstanz ein eigener Eindruck mangels persönlicher Anwesenheit in der Sitzung fehlt (*MünchKommZPO/Wagner*, 4. Aufl., § 164 Rdnr. 12).

Das Rechtsmittel ist folglich unzulässig.

(...)

Kostenrecht

17. GNotKG KV Nr. 25104; GmbHG § 40 Abs. 2 (*Keine Notargebühr für Wirksamkeitsbescheinigung bei Einreichung einer Gesellschafterliste*)

Sind vom Notar keine Umstände außerhalb der Urkunde zu prüfen, entsteht für die Wirksamkeitsbescheinigung gemäß § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG keine Bescheinigungsgebühr nach Nr. 25104 KV GNotKG.

LG Düsseldorf, Beschluss vom 29.7.2015, 25 T 555/14

Unter dem 26.9.2013 beurkundete der Notar für die Beteiligte zu 3 als Käuferin einen Geschäftsanteilskauf- und Geschäftsanteilsabtretungsvertrag über einen GmbH-Geschäftsanteil. Da der Kaufpreis bereits vor Beurkundung bezahlt war, erfolgte die Abtretung bedingungslos. Der Notar reichte die neue Gesellschafterliste gemäß § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG zum Handelsregister ein ohne Prüfung von außerhalb der Urkunde liegenden Umständen.

Im Rahmen der am 27.1.2014 durchgeführten Kostenprüfung der vorgesetzten Dienstbehörde beanstandete der Bezirksrevisor bei dem LG, dass zusätzlich zur erfolgten Kostenberechnung eine 1,0-Gebühr nach Nr. 25104 GNotKG in Ansatz gebracht werden müsse.

Mit der beanstandeten Kostenrechnung hatte der Notar gegenüber der Beteiligten zu 3 eine nach dem Geschäftswert von 27.500 € errechnete 2,0-Gebühr für das Beurkundungsverfahren nach Nr. 21100 KV GNotKG i. H. v. 250 €, eine 0,5-Vollzugsgebühr nach Nr. 22110 i. H. v. 62,50 €, für die Erteilung einer Bescheinigung nach § 21 Abs. 1 BNotO gemäß Nr. 25200 KV GNotKG eine Gebühr von 15 €, für den elektronischen Vollzug und XML-Strukturdaten eine 0,3-Gebühr nach Nr. 22114 KV GNotKG über 37,50 €, und weitere Gebühren von insgesamt 15,90 € nach Nr. 32001, 32002, 32015 und 32011 KV GNotKG für Dokumentenpauschalen, verauslagte Gerichtskosten und Gebühren für einen Handelsregisterauszug in Ansatz gebracht.

Auf Anweisung der vorgesetzten Dienstbehörde beantragte der Notar die Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung über die Kostenrechnung.

Der Präsident des LG hat unter dem 15.5.2015 zu der beanstandeten Rechnung Stellung genommen und ausgeführt, dass dann, wenn für die Erteilung der Bescheinigung gemäß § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG keine Betreuungsgebühr nach Nr. 22200 Ziffer 6 KV GNotKG anfallt, weil keine Umstände außerhalb der Urkunde zu prüfen seien, für die Bescheinigung eine 1,0-Gebühr nach Nr. 25104 KV GNotKG anfallt. (...)

Aus den Gründen:

II.

Auf Antrag des Notars nach § 130 GNotKG war die streitgegenständliche Kostenrechnung zu bestätigen.

Die Gebühr nach Nr. 25104 KV GNotKG ist nicht zu erheben.

Zutreffend wurde für die erforderliche Bescheinigung gemäß § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG, die der Notar ausgestellt hat, keine Betreuungsgebühr nach Nr. 22200 Ziffer 6 KV GNotKG in Ansatz gebracht, da außer dem Urkundeninhalt vom Notar keine weiteren Voraussetzungen zu prüfen waren. Die Geschäftsanteilsübertragung war bereits nach der Urkunde wirksam, weil der Kaufpreis nach dem Urkundeninhalt gezahlt worden war.

Die Gebühr nach Nr. 25104 KV GNotKG entsteht für die Erteilung von Bescheinigungen über Tatsachen oder Verhältnisse, die urkundlich nachgewiesen oder offenkundig sind, einschließlich der Identitätsfeststellung, wenn sie über die §§ 10 und 40 Abs. 4 des Beurkundungsgesetzes hinaus selbständige Bedeutung hat. Die Gebühr entsteht nicht, wenn die Erteilung der Bescheinigung eine Betreuungsgebühr nach Nr. 22200 KV GNotKG darstellt.

Für die Anwendbarkeit des Gebührentatbestands Nr. 25104 KV GNotKG auf die Konstellation der Erteilung einer Bescheinigung im Sinne des § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG wird angeführt, dass dieser Bescheinigung urkundlich nachgewiesene Tatsachen bzw. Verhältnisse im Sinne von Nr. 25104 KV GNotKG zugrunde liegen. Weil die Anmerkung zu Nr. 25104 KV GNotKG ausdrücklich bestimmt, dass die Bescheinigungsgebühr dann nicht entsteht, wenn die Erteilung der Bescheinigung eine Betreuungsgebühr nach Nr. 22200 KV GNotKG darstellt, soll hieraus folgen, dass die für die Fertigung, Änderung oder Ergänzung der Gesellschafterliste anfallende Vollzugsgebühr die Gebühr Nr. 25104 KV GNotKG nicht sperre (*Harder* in *Leipziger-GNotKG*, 2013, Nr. 25104 KV Rdnr. 15; *Pfeiffer* in *Bormann/Diehn/Sommerfeldt*, GNotKG, 1. Aufl. 2014, Nr. 25104 Rdnr. 3, 4). Außerdem bestimmt Vorbemerkung 2.1 Abs. 2 Nr. 4 GNotKG ausdrücklich, dass bei Änderung eines Gesellschaftsvertrags oder einer Satzung die Erteilung einer für die Anmeldung zum Handelsregister erforderlichen Bescheinigung des neuen vollständigen Wortlauts des Gesellschaftsvertrags oder der Satzung (§§ 54 GmbHG, 181 AktG) durch die Gebühr des Beurkundungsverfahrens abgegolten wird. Die Bescheinigung gemäß § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG wird dort nicht erwähnt (*Volpert*, RNotZ 2015, 276, 285).

Gegen eine Anwendbarkeit könnte sprechen, dass § 29 GNotKG auf den Fall der Erteilung einer Bescheinigung nach § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG nicht anzuwenden ist.

Die Erteilung der Wirksamkeitsbescheinigung gemäß § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG stellt eine notarielle Amtspflicht dar. Deshalb fällt die Betreuungsgebühr nach Nr. 22200 Nr. 6 KV GNotKG bei Prüfung von Umständen außerhalb der Urkunde nach Vorbemerkung 2.2 Abs. 1 GNotKG auch dann an, wenn dem Notar für seine Tätigkeit kein besonderer Auftrag erteilt worden ist. Die Kostenschuldnerschaft folgt aus § 30 Abs. 1, 3 GNotKG und mangels Auftraggebers nicht aus § 29 Nr. 1 GNotKG (*Volpert*, RNotZ 2015, 276, 285).

Für die Gebühr Nr. 25104 KV GNotKG gilt § 30 GNotKG nicht, weil es sich bei der von diesem Tatbestand erfassten Tätigkeit nicht um eine Betreuungstätigkeit (Hauptabschnitt 2 KV GNotKG), sondern um ein sonstiges Geschäft (Hauptabschnitt 5 KV GNotKG) handelt (*Volpert*, RNotZ 2015, 276, 285). Daraus kann abgeleitet werden, dass die Gebühr nach Nr. 25104 KV GNotKG nicht entstehen kann, weil bei dieser Gebühr Kostenschuldner nur der Auftraggeber gemäß § 29 Nr. 1 GNotKG sein kann und es im Falle der Bescheinigungserteilung nach § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG an diesem fehlt. Ausschlaggebend vermag dieses Argument indes nicht zu sein, da auch in anderen Kostengesetzen Konstellationen vorkommen, in denen es für eine entstandene Gebühr keinen Kostenschuldner gibt (*Volpert*, RNotZ 2015, 276, 285). Die Befürworter des Gebührenansatzes nach Nr. 25104 KV GNotKG ziehen eine analoge Anwendung der Regelung über den Kostenschuldner in §§ 29 Nr. 1, 30 GNotKG der Nichtanwendung des im Falle der Wirksamkeitsbescheinigung erfüllten Tatbestandes von Nr. 25104 KV GNotKG vor (*Volpert*, RNotZ 2015, 276, 285). Der Geschäftswert wäre dann nach § 36 Abs. 1 GNotKG zu bestimmen. Bezugswert wäre der Geschäftswert der Anteilsveräußerung, aber lediglich mit einem Teilwert von 10–30 % des Wertes der konkreten Anteilsveräußerung (*Diehn/Volpert*, Praxis des Notarkostenrechts, Rdnr. 1175) bzw. 30–50 % (*Pfeiffer* in *Bormann/Diehn/Sommerfeldt*, GNotKG, 1. Aufl. 2014, Nr. 25104 KV Rdnr. 3).

Gegen die Anwendung des streitgegenständlichen Gebührentatbestands auf die vorliegende Fallkonstellation spricht, dass schon der frühere § 50 KostO grundsätzlich nur für selbstän-

dige – vom Notar auf Antrag erteilte – Tatsachenbescheinigungen galt. Tatsachenbescheinigungen fielen nur unter § 50 KostO a. F., wenn der Bescheinigung eigenständige Bedeutung zukam. Alle hierzu anerkannten Fallgruppen setzten einen eigenständigen Antrag voraus. In der obergerichtlichen Rechtsprechung wurde die Ansicht vertreten, dass die Erteilung der Notarbescheinigung nach § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG ein gebührenfreies Nebengeschäft nach § 35 KostO darstelle, für das somit keine Gebühr nach § 50 Abs. 1 Nr. 1 KostO anfallt (OLG Frankfurt, NZG 2014, 1239; OLG Hamm, FGPrax 2012, 265; OLG Brandenburg, NZG 2011, 152; OLG Celle, NZG 2010, 959, 960; OLG Stuttgart, NZG 2009, 999, 1000).

Nr. 25104 KV GNotKG soll zudem nicht gelten, „wenn die Bescheinigung bloßes Akzidentalium zu einem anderen Geschäft ist“ (Pfeiffer in *Bormann/Diehl/Sommerfeldt*, GNotKG, 1. Aufl. 2014, Nr. 25104 Rdnr. 3).

Die Anwendbarkeit auf die Erteilung einer Bescheinigung nach § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG, wenn Nr. 22200 KV GNotKG nicht eingreift, unterstellt ein vom Gesetzgeber nicht zum Ausdruck gebrachtes Alternativverhältnis. Allein dass ein Tatbestand durch einen anderen Tatbestand nicht gesperrt ist, führt nicht zu dessen Anwendbarkeit.

Vielmehr hält es die Kammer für überzeugend, dass die Wirksamkeitsbescheinigung nach § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG, da diese ausschließlich auf gesetzlicher Anordnung beruht und nicht auf einem Antrag wie für Nr. 25104 KV GNotKG erforderlich, als unselbständige Nebentätigkeit grundsätzlich kostenfrei ist, wenn nicht ausnahmsweise aufgrund Nr. 22200 KV GNotKG Notargebühren anfallen (vgl. *Sikora in Korintenberg*, GNotKG, 19. Aufl. 2015, Nr. 22200 KV Rdnr. 32, Nr. 25104 KV Rdnr. 8; *Diehl*, Berechnungen zum neuen Notarkostenrecht, 2. Aufl. 2013, Rdnr. 919; *Pfeiffer*, NZG 2013, 244, 247; *Berger* in *BeckOK-Kostenrecht, Dörndörfer/Neie/Petzold/Wendtland*, 10. Aufl., Stand 15.5.2015, GNotKG KV 25104 Rdnr. 13). Ein strenges Alternativverhältnis würde zudem zu widersinnigen Ergebnissen führen: Eine „Untätigkeit“ des Notars würde eine höhere Gebühr auslösen (1,0) als dessen Tätigkeit (0,5).

Die von den Vertretern der Gegenansicht vollzogene Korrektur auf Rechtsfolgenebene (Ansatz nur eines Teils des Geschäftswertes) hat im Gesetz keine Verankerung und läuft dem Leitgedanken der Reform des Gerichts- und Notarkostenrechts zuwider. Mit der Abschaffung von § 147 Abs. 2 KostO berechnen sich Betreuungsgebühren sowie Gebühren für Vollzugstätigkeiten nach §§ 112, 113 Abs. 1 GNotKG aus dem vollen Wert. Dies führte zu einer einheitlicheren und transparenteren Kostenerhebung als bisher (*Sikora*, MittBayNot 2013, 349, 350). Bei Ansatz nur eines Teilwertes würde dieses Ziel unterlaufen.

Auch systematische Argumente sprechen gegen eine Gebührenerhebung nach dieser Vorschrift: So steht Nr. 25104 KV GNotKG in einem eigenständigen Hauptabschnitt (Hauptabschnitt 5 KV GNotKG) und stellt einen Kostentatbestand nur für isolierte Bescheinigungen dar.

Da die Gebühr nach Nr. 25104 KV GNotKG nicht anzusetzen ist, war die Kostenrechnung daher zu bestätigen.

(...)

Hinweis der Schriftleitung:

Durch diesen Beschluss wird die Auffassung der Notarkasse A. d. ö. R. (Streifzug durch das GNotKG, 11. Aufl. 2015, Rdnr. 1146, 1146a) bestätigt.

Öffentliches Recht

18. BauGB § 1 Abs. 3 Satz 2; BGB §§ 134, 158 Abs. 1, § 242 (*Bedingter Grundstückskaufvertrag – Koppelungsverbot*)

1. **Ein Kaufvertrag, mit dem eine Gemeinde ein Grundstück unter der aufschiebenden Bedingung verkauft, dass ein Bebauungsplan mit einem bestimmten Inhalt zustande kommt, verstößt nicht gegen das Koppelungsverbot des § 1 Abs. 3 Satz 2 BauGB.**
2. **Der Käufer kann sich von einem in dieser Weise aufschiebend bedingten Vertrag lösen, wenn ihm ein Zuwarten auf das Gelingen der Bauleitplanung unzumutbar geworden ist.**

BGH, Urteil vom 2.10.2015, V ZR 307/13

Mit Vertrag vom 15.12.2009 kaufte die Beklagte von der klagenden Gemeinde unter Ausschluss der Sachmängelhaftung ein Grundstück zum Preis von 58.972 €; der Streithelfer der Klägerin beurkundete den Kaufvertrag.

In § 4 Abs. 2 heißt es:

„Der Kaufpreis ist zur Zahlung fällig, sobald dem Käufer die Mitteilung des Notars zugegangen ist, wonach die zur vertragsgerechten Durchführung des Vertrags erforderlichen Genehmigungen und die Abschreibungsunterlagen des Katasteramtes vorliegen, die lastenfreie Übertragung sichergestellt ist, die in § 7 aufgeführten, von der Verkäuferin herzustellenden bauplanungs- und bauordnungsrechtlichen Voraussetzungen gegeben sind, sowie nach Eintragung einer Auflassungsvormerkung zugunsten des Käufers im Grundbuch des Kaufgrundstücks.“

§ 7 lautet:

„Der Käufer verpflichtet sich gegenüber dem Verkäufer, auf dem Kaufgrundstück innerhalb von drei Jahren ein oder mehrere neue Gebäude zu errichten, in denen entweder ganz oder teilweise Gästezimmer für den derzeitigen benachbarten Gasthof, seniorenrechtliche Eigentumswohnungen, Räumlichkeiten zur Nutzung für betreutes Wohnen (Senioren- und Krankenpflege) oder kleinere gewerbliche Einheiten für Geschäfte entstehen werden. Das Gebäude hat sich der Bauweise der näheren Umgebung anzupassen.“

Die Verkäuferin verpflichtet sich, bis zur Eigentumsumschreibung die rechtlichen Voraussetzungen dafür herzustellen, dass die auf dem beiliegenden Lageplan gelb dargestellte Fläche als Bauteppich nutzbar ist. Weiterhin verpflichtet sich die Verkäuferin, bis zur Fälligkeit des Kaufpreises den vorhandenen Bebauungsplan dahingehend zu ändern, dass die vorstehenden Nutzungen wie in Abs. 1 beschrieben nutzbar sind. Der Verkäufer hat sicherzustellen, dass auf dieser Fläche eine dreigeschossige Bebauung mit einer Grundflächenzahl von 1,0 und einer Geschossflächenzahl von 1,5 möglich ist.“

Der Bebauungsplan wurde zunächst nicht geändert. Im Mai 2011 wies die Klägerin die Beklagte darauf hin, dass der eingereichte Bauantrag nicht genehmigungsfähig sei. Im Laufe der sich anschließenden Korrespondenz teilte die Klägerin der Beklagten mit, eine Grundflächenzahl von 1,0 sei bauleitplanerisch „voraussichtlich nicht realisierbar“, worauf die Beklagte der Klägerin mit Schreiben vom 30.1.2012 eine Frist zur Änderung des Bebauungsplans bis zum 2.3.2012 setzte und nach fruchtlosem Verstreichen mit weiterem Schreiben vom 14.3.2012 den Rücktritt vom Kaufvertrag erklärte.

Im Mai 2012 wurde der Bebauungsplan schließlich gemäß den Vorgaben in § 7 Abs. 2 des Vertrages geändert und trat am 1.6.2012 in Kraft. Am 7.6.2012 teilte der Streithelfer der Klägerin der Beklagten mit, dass nunmehr sämtliche zur Durchführung des Vertrages erforderlichen Genehmigungen vorlägen. Weshalb es zu der Verzögerung kam, ist zwischen den Parteien streitig.

Die auf Verurteilung zur Zahlung des Kaufpreises gerichtete Klage ist in beiden Vorinstanzen erfolglos geblieben. Mit den von dem Senat zugelassenen Revisionen verfolgt die Klägerin mit Unterstützung des Streithelfers den Zahlungsantrag weiter. Die Beklagte beantragt, die Rechtsmittel zurückzuweisen.

Das Berufungsgericht ist in Übereinstimmung mit dem LG der Auffassung, dass der Kaufvertrag nach § 134 BGB i. V. m. § 1 Abs. 3 Satz 2 BauGB nichtig sei. Nach der zuletzt genannten Vorschrift seien bindende Verpflichtungen des Satzungsgebers wegen des Eingriffs in die aus der Selbstverwaltungsgarantie von Gemeinden fließende Planungskompetenz unzulässig. In § 7 Abs. 2 des Vertrags sei eine solche Vereinbarung über die von der Klägerin vorzunehmende Bebauungsplanänderung getroffen. Die Formulierung „verpflichtet sich“, sei unmissverständlich. Die Vertragsbestimmung könne nicht im Sinne einer aufschiebenden Bedingung oder ähnlich uminterpretiert oder als Fälligkeitsregelung aufrechterhalten werden. Wegen der Ankoppelung der Fälligkeitsabrede an die Beschlussfassung der Gemeinde würde auch dann die Zielrichtung des gesetzlichen Verbots nach § 1 Abs. 3 Satz 2 BauGB verkannt. Das führe über § 139 BGB zur Gesamtnichtigkeit des Vertrages, da nicht angenommen werden könne, dass die Parteien den Vertrag auch ohne die Verpflichtung der Gemeinde zur Änderung des Bebauungsplans abgeschlossen hätten.

Aus den Gründen:

II.

Diese Erwägungen halten einer revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand.

1. Mit der von dem Berufungsgericht gegebenen Begründung lässt sich der Zahlungsanspruch nicht verneinen. Der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag ist nicht nach § 134 BGB i. V. m. § 1 Abs. 3 Satz 2, Abs. 8 BauGB nichtig.

a) Im Ausgangspunkt zutreffend führt das Berufungsgericht allerdings aus, dass vertragliche Zusagen einer Gemeinde, einen inhaltlich näher bestimmten Bebauungsplan innerhalb bestimmter Zeit aufzustellen oder zumindest die Aufstellung in Übereinstimmung mit dem Vertragspartner zu fördern, gemäß § 134 BGB i. V. m. § 1 Abs. 3 Satz 2 BauGB der Wirksamkeit entbehren (vgl. BGH, Urteil vom 11.5.1989, III ZR 88/87, NJW 1990, 245; Urteil vom 22.11.1979, III ZR 186/77, BGHZ 76, 16, 22; Urteil vom 8.6.1978, III ZR 48/76, BGHZ 71, 386, 390; BVerwG, NVwZ 2006, 458; NVwZ 2006, 336; NJW 1980, 2538, 2539; *Ernst/Zinkhahn/Söfker*, BauGB, 2015, § 1 Rdnr. 42 f.; *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, 12. Aufl., § 1 Rdnr. 31; *Spannowsky/Uechtritz/Dirnberger*, BauGB, 2. Aufl., § 1 Rdnr. 57; vgl. auch Senat, Beschluss vom 29.10.2009, V ZR 54/09, NJW 2010, 297). Aufgrund von § 1 Abs. 8 BauGB gilt dasselbe für vertragliche Verpflichtungen zur Abänderung eines Bebauungsplans. Entgegen der von der Beklagten in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat geäußerten Ansicht enthält § 1 Abs. 3 Satz 2 BauGB kein Verbot, das sich nur an die betroffene Gemeinde wendet und deshalb nicht zur Unwirksamkeit von Vereinbarungen führte, die auf die Verkürzung der Bauleitplanung zielen. Die nach Maßgabe von § 1 Abs. 5 bis 7 BauGB vorzunehmende Abwägung setzt eine Auseinandersetzung mit den in § 1 Abs. 6 BauGB beschriebenen Belangen voraus, die grundsätzlich ungebunden und umfassend sein soll. Ein der Einleitung des Planungsverfahrens vorgegebener, mehr oder weniger festgelegter und in dieser Festlegung von einem Begünstigten erzwingbarer Planinhalt würde sich innerhalb des Planungsverfahrens nahezu notwendig als eine zu missbilligende und daher zur Nichtigkeit des Bebauungsplans führende Verkürzung der gebotenen Abwägung darstellen (vgl. BGH, Urteil vom 28.5.1976, III ZR 137/74, BGHZ 66, 322, 325; Urteil vom 11.11.1976, III ZR 114/75, BGHZ 67, 320, 325; Urteil vom 8.6.1978, III ZR 48/76, BGHZ 71, 386, 389 f.; Urteil vom 22.11.1979, III ZR 186/77, BGHZ 76, 16, 26; BVerwGE 45, 309, 315). Eine Verpflichtung zur Verkürzung dieser Abwägung widerspricht dem zentralen Anliegen der Allgemeinheit und ist nicht nur der Gemeinde verboten, sondern auch dem Bürger oder Unternehmen, das die Gemeinde mit diesem Ziel in die Pflicht nehmen will.

b) Nicht beachtet hat das Berufungsgericht indessen, dass nichtig nur Vereinbarungen der Gemeinden mit Bürgern oder Unternehmern sind, die in der beschriebenen Weise auf eine Verkürzung des bei der Bauleitplanung vorzunehmenden Planabwägungsvorgangs zielen. Eine solche Auswirkung hat eine privatrechtliche Vereinbarung selbst dann grundsätzlich nicht, wenn sie für den Fall des Ausbleibens des Bauleitplans oder der Verwirklichung eines von den Vorstellungen der Parteien abweichenden Planinhalts die Gemeinde mit einer Schadens- oder Aufwendungsersatzverpflichtung belastet. Solche privatrechtlichen Vereinbarungen sind im Interesse des redlichen Grundstücksverkehrs und der Förderung der für die bauliche Entwicklung der Gemeinden notwendigen Privatinitiative der Grundeigentümer grundsätzlich nicht zu missbilligen (BGH, Urteil vom 22.11.1979, III ZR 186/77, BGHZ 76, 16, 27; Urteil vom 8.6.1978, III ZR 48/76, BGHZ 71, 386, 390; vgl. auch BVerwGE 45, 309, 317; *Ernst/Zinkhahn/Söfker*, BauGB, 2015, § 1 Rdnr. 42 f.; *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, 12. Aufl., § 1 Rdnr. 31; *Spannowsky/Uechtritz/Dirnberger*, BauGB, 2. Aufl., § 1 Rdnr. 57). Der von Vereinbarungen solcher Art ausgehende „indirekte Zwang“ zu einer den Wünschen der Vertragspartner entsprechenden Bauleitplanung kann den Wirkungen einer öffentlichrechtlichen Zusage bestimmter Planungsakte nicht gleichgesetzt werden, weil er der Einhaltung der zu beachtenden Bindungen rechtlich nicht im Wege steht (BGH, Urteil vom 22.11.1979, III ZR 186/77, BGHZ 76, 16, 26 f.). Eine Gemeinde darf deshalb eigene Grundstücke zu einem durch die sich abzeichnende Bauleitplanung gerechtfertigten (höheren) Preis verkaufen und die Folgen einer Enttäuschung dieser Erwartung regeln. Es kommt deshalb im vorliegenden Fall darauf an, ob sich die Parteien mit dem Kaufvertrag in diesem Gestaltungsrahmen gehalten haben.

c) Das ist der Fall.

aa) Das Berufungsgericht entnimmt dem Kaufvertrag der Parteien indessen, die Klägerin habe gegenüber dem Beklagten eine „Verpflichtung“ zu einer dem Vertrag entsprechenden Umgestaltung des geltenden Bebauungsplans übernommen. Diese Auslegung ist zwar im Revisionsverfahren nur eingeschränkt überprüfbar (vgl. Senat, Urteil vom 27.6.2014, V ZR 51/13, NJW-RR 2014, 1423 Rdnr. 14; Urteil vom 8.11.2013, V ZR 95/12, NJW 2014, 1000 Rdnr. 9; Urteil vom 9.3.2012, V ZR 156/11, NJW 2012, 2022 Rdnr. 14; Urteil vom 1.10.1999, V ZR 168/98, NJW 1999, 3704; Urteil vom 14.10.1994, V ZR 196/93, NJW 1995, 45, 46), in diesem Rahmen jedoch zu beanstanden. Das Berufungsgericht hat die anerkannte Auslegungsregel nicht beachtet, dass der Tatrichter bei der Auslegung den aus der Urkunde hervorgehenden Zweck und die daraus ersichtliche Interessenlage der Parteien zu berücksichtigen hat (vgl. Senat, Beschluss vom 29.5.2008, V ZB 6/08, NJW 2008, 3363 Rdnr. 7; Urteil vom 9.5.2003, V ZR 240/02, NJW-RR 2003, 1053, 1054; BGH, Urteil vom 13.3.2003, IX ZR 199/00, NJW 2003, 2235, 2236; BGH, Urteil vom 10.10.1989, VI ZR 78/89, BGHZ 109, 19, 22). Die erforderliche Auslegung des Kaufvertrags kann der Senat selbst vornehmen, da Inhalt und Zweck des Vertrages und die daraus ersichtliche Interessenlage der Parteien feststehen und zusätzliche verwertbare Erkenntnisse nicht zu erwarten sind (vgl. Senat, Urteil vom 7.12.2001, V ZR 65/01, NJW 2002, 1038, 1039; Urteil vom 14.12.1990, V ZR 223/89, NJW 1991, 1180, 1181; MünchKommBGB/*Busche*, 7. Aufl., § 133 Rdnr. 72).

bb) Auszugehen ist davon, dass die Parteien im Zweifel dasjenige wollen, was gesetzeskonform ist und nach den Maßstäben der Rechtsordnung zu einer vernünftig und sachgerechten Regelung führt (BGH, Urteil vom 23.1.1997, IX ZR 69/96,

BGHZ 134, 325 Rdnr. 20 m. w. N.; Senat, Urteil vom 14.3.2003, V ZR 278/01, NJW-RR 2003, 1136 Rdnr. 10; MünchKommBGB/*Busche*, 7. Aufl., § 133 Rdnr. 63; *Palandt/Ellenberger*, 74. Aufl., § 133 Rdnr. 26). Sind im Zusammenhang mit dem Verkauf eines gemeindeeigenen Grundstücks, das erst durch die Planung bebaubar werden soll, privatrechtliche Vereinbarungen nur in einem bestimmten Gestaltungsrahmen zulässig, ist anzunehmen, dass die Parteien eine Vereinbarung treffen wollen, die sich im Rahmen des danach Zulässigen bewegt. So liegt es auch hier.

Die Parteien haben in ihrem Kaufvertrag nicht geregelt, dass das verkaufte Grundstück in einer bestimmten Weise bebaubar sein soll. Die Klägerin wollte, wie der umfassende Ausschluss der Sachmängelhaftung in § 2 des Vertrags zeigt, eine solche Beschaffenheit nicht versprechen und eine Haftung dafür auch nicht übernehmen. Das wäre ihr nicht gelungen, wenn die Bebaubarkeit als Beschaffenheit vereinbart worden wäre. Denn dann erfasste der Haftungsausschluss diese Beschaffenheit gerade nicht (vgl. BGH, Urteil vom 29.11.2006, VIII ZR 92/06, BGHZ 170, 86 Rdnr. 31). Schon das schließt es aus, in der Verpflichtung, die Bebaubarkeit herzustellen, die Übernahme einer entsprechenden Leistungspflicht zu sehen. Dagegen spricht gerade auch die von dem Berufungsgericht für seine gegenteilige Auffassung angeführte Verknüpfung dieser Verpflichtung mit der Fälligkeitsregelung. Die von der Beklagten in § 7 Abs. 1 des Vertrags übernommene Bauverpflichtung haben die Parteien zwar als echte Leistungsverpflichtung ausgestaltet und nicht besonders sanktioniert mit der Folge, dass die Vorschriften des allgemeinen Leistungsstörungenrechts zur Anwendung kommen. Als Folge des Ausbleibens der in Aussicht genommenen Änderung des Bebauungsplans haben die Parteien aber nur eine Regelung hinsichtlich der Fälligkeit des Kaufpreises getroffen. Nach § 4 Abs. 2 des Vertrags ist der Kaufpreis erst zur Zahlung fällig, wenn der Notar unter anderem mitteilt, dass die in § 7 Abs. 2 genannten Voraussetzungen gegeben sind. Weitere Sanktionen für die Verletzung der Verpflichtung der Klägerin sind nicht vorgesehen. Das Ausbleiben der Planung soll also folgenlos bleiben. Seine einzige Folge ist, dass die Beklagte die Grundstücke dann nicht abnehmen und bezahlen muss.

cc) Dem Bemühen der Parteien, den Spielraum für zulässige privatrechtliche Vereinbarungen einzuhalten, entspricht es, in der dargestellten Verknüpfung der Verpflichtung zur Planänderung mit der Fälligkeit eine aufschiebende Bedingung des Kaufvertrages zu sehen. Die Parteien wollten eine Leistungspflicht vermeiden. Dem würde eine Auslegung als bloße Fälligkeitsregelung nicht gerecht, weil die „Verpflichtung“ zur Planänderung dann als Leistungspflicht zu verstehen wäre, die eben nur nicht fällig würde. Die Beklagte sollte die Grundstücke zu dem der erwarteten Planung entsprechenden Preis nur für den Fall erwerben, dass es der Klägerin gelingt, eine den zugrunde gelegten Vorstellungen entsprechende Änderung der bestehenden Bauleitplanung herbeizuführen. Die Zahlungsverpflichtung der Beklagten sollte bei einem Scheitern der Bemühungen nicht nur nicht fällig sein, sondern gar nicht erst entstehen. Die Parteien wollten der Beklagten keinen einklagbaren Anspruch der Beklagten auf Änderung des Bebauungsplans verschaffen. Damit haben sie den Kaufvertrag unter die aufschiebende Bedingung gestellt, dass der Klägerin eine entsprechende Änderung des Plans gelingt. Die Klägerin hat es lediglich übernommen, die Bebaubarkeit des Grundstücks zu fördern. Ihre „Verpflichtung“, diese Änderung herbeizuführen, ist deshalb keine Leistungspflicht mit einem korrespondierenden Leistungsanspruch der Beklagten, sondern eine Ausformung der Treupflicht der Parteien eines

schwebend unwirksamen Vertrags. Sie sind gehalten, sich um den Eintritt der Bedingung zu bemühen (Senat, Urteil vom 10.7.1998, V ZR 76/97, VIZ 1998, 577 und Urteil vom 25.6.1976, V ZR 121/73, BGHZ 67, 34, 35).

dd) Die Vereinbarung einer aufschiebenden Bedingung stellt kein unzulässiges, mit der Nichtigkeitsfolge des § 134 BGB verbundenes Umgehungsgeschäft dar (vgl. hierzu *Staudinger/Sack/Seibl*, 2011, § 134 Rdnr. 144 ff.). Ist nach der Rechtsprechung des BGH eine Risikübernahme der Gemeinde zulässig, die Zahlungsansprüche zugunsten des Käufers auslösen kann, muss dies erst recht gelten für eine Vereinbarung, nach der ein Kaufvertrag über ein gemeindeeigenes Grundstück nicht zustande kommt, wenn die Bebaubarkeit nicht erreicht wird.

2. Die Entscheidung des Berufungsgerichts ist auch nicht aus einem anderen Grund richtig.

a) Der Zahlungsanspruch der Klägerin scheidet nicht an dem Rücktritt der Beklagten. Durch einen wirksamen Rücktritt wäre der Kaufvertrag zwar in ein Rückgewährschuldverhältnis umgewandelt worden und die Leistungspflicht der Beklagten nach § 346 Abs. 1, § 323 Abs. 1 BGB entfallen. Der Rücktritt ging aber ins Leere, da mangels Eintritts der aufschiebenden Bedingung in Gestalt der Änderung des Bebauungsplans der Vertrag noch nicht wirksam geworden war.

b) Dem Zahlungsanspruch steht nach den getroffenen Feststellungen eine wirksame Lösung der Beklagten von dem Vertrag nach § 242 BGB nicht entgegen. Eine solche Lösung ist aber auch nicht auszuschließen.

aa) Die Parteien eines schwebend unwirksamen Vertrags sind, wie bereits ausgeführt, grundsätzlich verpflichtet, sich um das Wirksamwerden des Vertrags zu bemühen. Dabei kann es zu einer längeren Schwebezeit vor allem dann kommen, wenn der Eintritt der Bedingung allein von dem Verhalten einer Partei abhängt. Eine zeitlich grenzenlose Bindung der anderen Vertragspartei wäre mit dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben (§ 242 BGB) nicht vereinbar. Deshalb ist in einem solchen Fall der anderen Partei das Recht zuzugestehen, sich im Falle der Unzumutbarkeit eines weiteren Abwartens von dem Vertrag loszusagen. Eine entsprechende Möglichkeit hat der Senat für die Fälle schwebender Unwirksamkeit von Verträgen aufgrund noch nicht erteilter behördlicher Genehmigungen bejaht (vgl. Senat, Urteil vom 10.7.1998, V ZR 76/97, VIZ 1998, 577, 578; Urteil vom 14.3.1980, V ZR 115/78, BGHZ 76, 242, 248). Diese Grundsätze gelten auch hier.

bb) Die Beklagte kann sich hiernach von dem Kaufvertrag lösen, wenn ihr ein weiteres Zuwarten auf die Herstellung der Bebaubarkeit des Grundstücks durch die Klägerin nach Abwägung der Interessen und Umstände des Einzelfalles unzumutbar geworden wäre. Maßgeblich sind insoweit nicht nur die verstrichene Zeitdauer, sondern insbesondere die Hintergründe für die eingetretene Verzögerung in der Bauplanung. Die bisherigen Feststellungen rechtfertigen die Annahme nicht, ein weiteres Festhalten an dem Vertrag sei der Beklagten unzumutbar gewesen. Festgestellt ist bislang nämlich nur, dass die Parteien bis Juni 2011 verhandelt haben, dass die Klägerin mit Schreiben vom 2.8.2011 der Beklagten einen Entwurf der textlichen Festsetzungen für die Änderungen des Bebauungsplans zugesandt hat, indem sie die Grundflächenzahl auf 0,8 festgesetzt hat, und dass die Beklagte mit Schreiben vom 30.1.2012 der Klägerin eine kurze Frist zur Änderung des Bebauungsplans gesetzt hat.

cc) Es lässt sich allerdings nicht ausschließen, dass die seit dem Abschluss des Vertrags verstrichene Zeit und das Verhal-

ten der Klägerin der Beklagten ein weiteres Festhalten an dem Vertrag unzumutbar gemacht hat. Dazu fehlen aber Feststellungen.

c) Dem Zahlungsanspruch der Klägerin steht schließlich auch kein Freistellungsanspruch der Beklagten wegen Verletzung vorvertraglicher Pflichten (*culpa in contrahendo*) nach § 249, § 280 Abs. 1, § 311 Abs. 2, und § 241 Abs. 2 BGB entgegen. Ein solcher Anspruch kommt nur bei einem Verhalten der Klägerin in Betracht, das der Beklagten ein weiteres Festhalten an dem Vertrag unzumutbar macht. Ersatzfähig wäre auch nur ein Schaden, der der Beklagten dadurch entstanden ist, dass sie auf die Wirksamkeit des Vertrags vertraut hat. Dafür ist hier nichts ersichtlich.

III.

Das Berufungsurteil kann daher keinen Bestand haben. Die Sache ist nicht zur Entscheidung reif, weil es an den erforderlichen Feststellungen fehlt. Sie ist daher unter Aufhebung des Berufungsurteils zur neuen Verhandlung und Entscheidung zurückzuweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Für die weitere Behandlung weist der Senat auf Folgendes hin:

1. In der neuen Verhandlung wird festzustellen sein, ob der Beklagten unter Würdigung des Verlaufs der Vertragsdurchführung und des Verhaltens der Parteien ein weiteres Festhalten an dem Vertrag nicht mehr zuzumuten war.

2. Maßgeblicher Zeitpunkt ist die Rücktrittserklärung, die gegebenenfalls als Lösung von dem Vertrag auszulegen wäre.

Anmerkung:

1. Rechtsrahmen

Das vorliegende Urteil bewegt sich an der Schnittstelle zwischen einer unzulässigen – und stets zur Unwirksamkeit eines entsprechenden Vertrages führenden – Vorwegbindung bezüglich eines bestimmten bauleitplanerischen Ergebnisses durch den Satzungsgeber auf der einen Seite und einer zulässigen städtebaulichen Vereinbarung, die eine bestimmte planerische Leistung lediglich als Ausformung einer vertraglichen Treuepflicht der mit der Planungshoheit ausgestatteten Gemeinde versteht auf der anderen Seite.

Die Entscheidung trägt dadurch zur weiteren Klarstellung hinsichtlich der rechtlichen Grenzen städtebaulicher Verträge im Verhältnis von Projektant/Investor und Gemeinde für die Fallkonstellation bei, in der ein gemeindeeigenes Grundstück durch die Gemeinde an einen Investor veräußert wird, der Investor sich zu dessen Bebauung sowie zu bestimmten Nutzungszwecken verpflichtet und die Gemeinde das dafür notwendige Planungsrecht in Aussicht stellt¹.

2. Grundsatz: Die vertragliche Verpflichtung zur Bauleitplanung ist unzulässig

Der BGH bestätigt in seiner Entscheidung die grundsätzliche Annahme des Berufungsgerichts, wonach die vertragliche Verpflichtung einer Gemeinde, einen inhaltlich bestimmten Bebauungsplan innerhalb bestimmter Zeit aufzustellen bzw. zu ändern oder die Aufstellung in Übereinstimmung mit dem Vertragspartner zu fördern, nach § 134 BGB i. V. m. § 1 Abs. 3 Satz 2 BauGB unwirksam ist.² Begründet wird dies überzeugend mit der rechtsstaatlichen Notwendigkeit einer

ergebnisoffenen Abwägung der durch die Bauleitplanung berührten öffentlichen und privaten Belange, § 1 Abs. 7 BauGB.³

3. Nichtsynallagmatische Vereinbarungen sind zulässig

Der BGH sieht in der vorliegenden Fallkonstellation des zugrundeliegenden Vertrages jedoch keine unzulässige Verkürzung des Planabwägungsprozesses. Vielmehr knüpft die Entscheidung an die Rechtsprechung des 3. Senates an, der darauf hingewiesen hat, dass eine „Planabstimmung“, die ohne eine Verkürzung des notwendigen Abwägungsvorgangs im Interesse des redlichen Grundstücksverkehrs sowie zur Förderung der baulichen Entwicklung der Gemeinde vorgenommen wird, nicht zu beanstanden sei.⁴ § 12 BauGB zeichnet diesen inneren Zusammenhang von ergebnisoffener und abgestimmter Planung seit seiner Einführung durch das BauROG 1998 nach.

4. Vorrang der Vertragsauslegung

Die Besonderheit des vorliegenden Falles besteht jedoch sicherlich darin, dass sich der BGH mit dem Argument des *Vorrangs der Vertragsauslegung* über den – aus Sicht der Tatsachengerichte eindeutigen – Vertragswortlaut hinwegsetzt, nach dem sich die Gemeinde zu einer bestimmten Planung „verpflichtet“. Der BGH geht diesbezüglich davon aus, dass die Parteien im Zweifel dasjenige wollen, was gesetzeskonform und nach den Maßstäben der Rechtsordnung zu einer vernünftigen und sachgerechten Regelung führt.

Der BGH begründet dies insbesondere mit dem Argument, der ebenfalls beurkundete Sachmängelausschluss bringe eindeutig zum Ausdruck, dass eine Beschaffenheitsvereinbarung im Sinne einer konkreten Bebaubarkeit des veräußerten Grundstücks von den Parteien nicht gewollt war. Demnach konnte auch ein bestimmter Planungserfolg nicht in einem synallagmatischen Leistungs- und Austauschverhältnis stehen, da ein Ausbleiben der Planung lediglich dazu führen sollte, dass der Käufer und Investor die Grundstücke dann nicht abnehmen und bezahlen muss. Zu fragen ist demnach: Wollten die Parteien dem Investor einen einklagbaren Anspruch auf Planung verschaffen? Dies war vorliegend nicht der Fall.

5. Es verbleibt: Pflicht zum vertragstreuen Verhalten

Der BGH weißt jedoch zu Recht darauf hin, dass sich die Gemeinde durch den Vertragsschluss in ein *Treuepflichtenverhältnis* begeben hat, auf dessen Grundlage sich auch sie um das Wirksamwerden des schwebend unwirksamen Vertrages zu bemühen hat. Es ist demnach auf Ebene der Tatsachengerichte zu klären, ob die Gemeinde mit ihrem Verhalten die sich nach § 242 BGB richtende Zumutbarkeitsschwelle überschritten hat. Eine Möglichkeit zur Loslösung von einem in der vorliegenden Weise aufschiebend bedingt geschlossenen Vertrag besteht für einen Investor nach Ansicht des BGH demzufolge dann, wenn ihm ein Zuwarten auf das Gelingen der Bauleitplanung unzumutbar geworden ist (amtlicher Leit-satz).

¹ Siehe zur Einordnung der Vertragsvariante *Birk*, Städtebauliche Verträge, 5. Aufl. 2013, Rdnr. 14.

² Siehe nur BGH, Urteil vom 22.11.1979, III ZR 186/77, BGHZ 76, 16, 22 = NJW 1980, 826.

³ Ausführlich hierzu *Hoffmann* in *Spannowsky/Uechtritz*, BauGB, 2. Aufl., § 11, Rdnr. 33.

⁴ Ausführlich hierzu *Dirnberger* in *Spannowsky/Uechtritz*, BauGB, 2. Aufl., § 1, Rdnr. 58.1.

6. Abschließende Überlegungen

Die Entscheidung bringt weitere Sicherheit und konkrete rechtliche Leitplanken in den Bereich der kooperativen Bauleitentwicklung, indem sowohl der Gestaltungsrahmen als auch die konkrete Unwirksamkeitsschwelle derartiger Kooperationsmodelle herausgearbeitet werden.

Hinzuweisen ist jedoch auch darauf, dass die grundsätzliche Ergebnisoffenheit der Planung Schadensersatzansprüche gegen eine sich vertragsuntreu verhaltende Gemeinde nicht ausschließt. Allerdings kann ein solches Verschulden seitens der Gemeinde nur in einem Verhalten gesehen werden, das außerhalb der eigentlichen Bauleitplanung liegt, namentlich einem Verhalten, das dem Verhandlungspartner unrichtige, seine Vermögensdispositionen nachteilig beeinflussende Eindrücke über den Stand der Bauleitplanung vermittelt.⁵

Für die Vertragsgestaltung empfiehlt es sich eindeutig klarzustellen, dass eine Gemeinde mit einer derartigen städtebaulichen Vereinbarung nicht in ihrer Planungshoheit beschränkt wird, sie insbesondere nicht dazu verpflichtet wird, einen Bebauungsplan aufzustellen bzw. ihn mit dem Inhalt einer entsprechenden Vereinbarung zu versehen. Hinzuweisen ist ferner darauf, dass die Gemeinde ein entsprechendes Bauleitplanverfahren jederzeit einstellen oder es mit einem anderen Inhalt zu Ende bringen kann, ohne dass dies zu Ersatzansprüchen gegen sie führt. Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass die Vereinbarung keinen Einfluss auf die bestehende Entscheidungsfreiheit des maßgeblichen Beschlussgremiums hat. Für eine bessere Projektplanbarkeit und vertragliche Bestimmtheit sollte außerdem auf einen zeitlichen Rahmen für die Aufstellung des Bebauungsplanes hingewirkt werden.

Matthias Simon, Bayerischer Gemeindegam, München

⁵ Siehe BGH, Urteil vom 8.6.1978, III ZR 48/76, NJW 1978, 1804.

Steuerrecht

19. ErbStG § 10 Abs. 6 (*Zur Abzugsfähigkeit von Pflichtteilslasten bei der Erbschaftsteuer*)

Der Erbe kann vom Wert des gesamten Vermögensanfalls die Verbindlichkeiten aus geltend gemachten Pflichtteilen auch dann abziehen, wenn zum Nachlass ein Gesellschaftsanteil an einer GmbH gehört, dessen Erwerb nach § 13a ErbStG begünstigt ist.

BFH, Urteil vom 22.7.2015, II R 15/14

Die Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin) ist die alleinige Vorerbin ihres im Juli 2009 verstorbenen Lebensgefährten (L). Zum Nachlass gehörte unter anderem ein Anteil an einer GmbH. Die Klägerin verpflichtete sich auf Verlangen der als Nacherben eingesetzten beiden Söhne des L, an diese als Pflichtteil jeweils 131.208 € zu zahlen.

Der Beklagte und Revisionsbeklagte (das Finanzamt – FA) berücksichtigte bei der Festsetzung der Erbschaftsteuer für den erworbenen Gesellschaftsanteil die Steuervergünstigungen nach §§ 13a und 13b ErbStG. Die Pflichtteilsschulden zog das FA im Hinblick darauf nur in gekürzter Höhe als Nachlassverbindlichkeiten ab. Der Einspruch hatte keinen Erfolg.

Das FG wies die auf einen Abzug der Pflichtteilsschulden in voller Höhe gerichtete Klage ab. Das Urteil des FG ist in Entscheidungen der Finanzgerichte 2014, 947 veröffentlicht.

Während des Revisionsverfahrens setzte das FA die Erbschaftsteuer durch Änderungsbescheide vom 11.4.2014 und 21.4.2015 wegen geänderter Feststellung des Werts des GmbH-Anteils und einer Neuberechnung des nicht abgezogenen Teils der Pflichtteilsschulden auf

zuletzt 60.030 € herab. Es erhöhte dabei den für den Erwerb durch Erbanfall angesetzten Betrag von 315.617 € um den nach seiner Ansicht nicht abziehbaren Teil der Pflichtteilsschulden von 72.068 €.

Mit der Revision rügt die Klägerin die Verletzung von § 10 Abs. 6 ErbStG. Die Pflichtteilsschulden müssten in voller Höhe als Nachlassverbindlichkeiten berücksichtigt werden.

Die Klägerin beantragt, die Vorentscheidung aufzuheben und die Erbschaftsteuer unter Änderung des Bescheids vom 21.4.2015 so festzusetzen, dass die Pflichtteilsschulden in voller Höhe als Nachlassverbindlichkeiten berücksichtigt werden.

Das FA beantragt, die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

Das Bundesministerium der Finanzen, das dem Verfahren aufgrund einer Aufforderung durch den BFH (Beschluss vom 18.2.2015, II R 15/14, BFH/NV 2015, 843) gemäß § 122 Abs. 2 FGO beigetreten ist, teilt die Ansicht des FA.

(...)

Aus den Gründen:

II.

Die Sache ist spruchreif. Die Klage ist begründet. Die Pflichtteilsschulden sind in voller Höhe als Nachlassverbindlichkeiten abzuziehen.

1. Nach § 10 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. Abs. 5 Nr. 2 ErbStG kann der Erbe vom Wert des gesamten Vermögensanfalls die Verbindlichkeiten aus geltend gemachten Pflichtteilen abziehen. § 10 Abs. 6 Satz 4 ErbStG begründet in Fällen, in denen zum Nachlass ein Gesellschaftsanteil an einer GmbH gehört, dessen Erwerb nach § 13a ErbStG begünstigt ist, keine Einschränkung dieses Abzugs.

a) Schulden und Lasten, die mit nach § 13a ErbStG befreitem Vermögen in wirtschaftlichem Zusammenhang stehen, sind gemäß § 10 Abs. 6 Satz 4 ErbStG nur mit dem Betrag abzugsfähig, der dem Verhältnis des nach Anwendung des § 13a ErbStG anzusetzenden Werts dieses Vermögens zu dem Wert vor Anwendung des § 13a ErbStG entspricht.

b) Mit dem auch in den Sätzen 1 bis 3 und 5 des § 10 Abs. 6 ErbStG verwendeten Merkmal des wirtschaftlichen Zusammenhangs ist dasselbe gemeint wie in § 103 Abs. 1 BewG (BFH, Urteil vom 6.7.2005, II R 34/03, BFHE 210, 463, BStBl II 2005, S. 797). Ein wirtschaftlicher Zusammenhang von Schulden mit der Gesamtheit oder einzelnen Teilen des Betriebsvermögens im Sinne des § 103 Abs. 1 BewG wird angenommen, wenn die Entstehung der Schuld ursächlich und unmittelbar auf Vorgängen beruht, die das Betriebsvermögen betreffen (BFH, Urteile vom 19.2.1982, III R 108/80, BFHE 135, 338, BStBl II 1982, S. 449, und in BFHE 210, 463, BStBl II 2005, S. 797). Dieser Zusammenhang ist insbesondere dann zu bejahen, wenn die Schuld zum Erwerb, zur Sicherung oder zur Erhaltung des jeweiligen Vermögens eingegangen worden ist. Dagegen reicht es nicht aus, wenn lediglich ein rechtlicher Zusammenhang zwischen der Schuld und dem begünstigten Vermögen besteht (BFH, Urteil in BFHE 210, 463, BStBl II 2005, S. 797).

c) Schulden und Lasten können danach nur mit bestimmten zum Nachlass gehörenden Vermögensgegenständen oder Vermögen in wirtschaftlichem Zusammenhang stehen. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn der Erbe ein Darlehen zu tilgen hat, das der Erblasser zum Kauf eines zum Nachlass gehörenden Vermögensgegenstands (zum Beispiel Grundstück oder Anteil an einer Kapitalgesellschaft) aufgenommen hatte. Fehlt es an einem solchen konkreten Zusammenhang einer Nachlassverbindlichkeit mit bestimmten zum Nachlass gehörenden Vermögensgegenständen oder Vermögen, so wird ein wirtschaftlicher Zusammenhang mit allen zum Nachlass ge-

hörenden Vermögensgegenständen und Vermögen nicht allein dadurch begründet, dass der Erbe zur Erfüllung der Verbindlichkeit verpflichtet ist. Diese Verpflichtung des Erben begründet keinen wirtschaftlichen, sondern allenfalls einen rechtlichen Zusammenhang.

Hätte der Gesetzgeber anordnen wollen, dass sämtliche Nachlassverbindlichkeiten, die nicht in einem konkreten wirtschaftlichen Zusammenhang mit bestimmten zum Nachlass gehörenden aktiven Vermögensgegenständen oder Vermögen stehen, nur mit dem Anteil abzugsfähig sind, der dem Verhältnis der Verkehrswerte oder Steuerwerte der steuerpflichtigen Vermögensgegenstände zum entsprechenden Wert des steuerfreien Vermögens entspricht, hätte er dies anordnen können und müssen. Für eine derartige Aufteilung durch die Finanzverwaltung und die Rechtsprechung findet sich in § 10 Abs. 6 ErbStG keine Rechtsgrundlage. Der Wortlaut des § 10 Abs. 6 Satz 4 ErbStG betrifft nur den Fall, dass nach Anwendung des § 13a ErbStG ein anzusetzender Wert des nach § 13a ErbStG begünstigten Vermögens verbleibt.

d) Davon geht im Grundsatz auch die Finanzverwaltung aus. Nach R 31 Abs. 2 Satz 2 ErbStR 2003 (BStBI I 2003, Sondernummer 1, S. 2) und R E 10.10 Abs. 2 Satz 2 ErbStR 2011 (BStBI I 2011, Sondernummer 1, S. 2) besteht „bei anderen allgemeinen Nachlassverbindlichkeiten“ kein wirtschaftlicher Zusammenhang mit den einzelnen erworbenen Vermögensgegenständen. Diese allgemeinen Nachlassverbindlichkeiten sind daher auch dann in voller Höhe abziehbar, wenn zum Erwerb von Todes wegen ganz oder teilweise steuerbefreite Vermögensgegenstände oder Vermögen im Sinne des § 10 Abs. 6 Satz 1, 3, 4 oder 5 ErbStG gehören. Zu den allgemeinen Nachlassverbindlichkeiten rechnet die Finanzverwaltung beispielsweise Steuerschulden, ein Konsumentendarlehen (H E 10.10 „Pflichtteilkürzung“ der Hinweise zu den ErbStR 2011, BStBI I 2011, Sondernummer 1, S. 117) und die Erbfallkosten (§ 10 Abs. 5 Nr. 3 ErbStG), ferner bisher auch die Pflicht des Erben zur Zahlung des Zugewinnausgleichs an den überlebenden Ehegatten des Erblassers (anders nunmehr der im Einvernehmen mit den obersten Finanzbehörden der anderen Länder ergangene Erlass des Ministeriums für Finanzen und Wirtschaft Baden-Württemberg vom 14.1.2015, 3-S381.0/46, ErbSt-Kartei BW § 10 ErbStG Karte 31).

e) Bei Pflichtteilsansprüchen besteht demgegenüber nach Ansicht der Finanzverwaltung (R 31 Abs. 2 Satz 1 ErbStR 2003, R E 10.10 Abs. 2 Satz 1 ErbStR 2011) ein wirtschaftlicher Zusammenhang mit den einzelnen erworbenen Vermögensgegenständen unabhängig davon, inwieweit sie steuerbar oder steuerbefreit sind, so dass diese Last von der Beschränkung des Abzugs nach § 10 Abs. 6 ErbStG erfasst wird.

Dieser Ansicht der Finanzverwaltung kann nicht gefolgt werden. Die Pflicht des Erben zur Erfüllung eines geltend gemachten Pflichtteilsanspruchs steht ebenso wenig in wirtschaftlichem Zusammenhang mit den einzelnen erworbenen Vermögensgegenständen wie die anderen allgemeinen Nachlassverbindlichkeiten.

Die Bemessung des Pflichtteils nach dem Wert des Nachlasses (§§ 2311 ff. BGB) begründet keinen wirtschaftlichen, sondern allenfalls einen rechtlichen Zusammenhang der Pflichtteilslast mit den zum Nachlass gehörenden aktiven Vermögensgegenständen oder Vermögen (*Meincke*, Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge 2006, 199; *ders.*, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, Kommentar, 16. Aufl., § 10 Rdnr. 55). Nach dem BFH, Urteil vom 2.3.1993, VIII R 47/90 (BFHE 170, 566, BStBI II 1994, S. 619, unter 1. d) ist der Pflichtteilsanspruch nicht gegenständig konkretisiert in Bezug auf das Betriebsvermögen

oder einzelne betriebliche Wirtschaftsgüter. Diese Entscheidung lässt sich dahingehend verallgemeinern, dass der Pflichtteilsanspruch nicht gegenständig konkretisiert in Bezug auf die zum Nachlass gehörenden aktiven Vermögensgegenstände oder Vermögen ist und es somit an einem wirtschaftlichen Zusammenhang der Pflichtteilslast mit diesen Vermögensgegenständen oder Vermögen fehlt.

Ein anderer sachlicher Grund, der es unter Berücksichtigung des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 des Grundgesetzes) rechtfertigen könnte, dass bei teilweiser Steuerpflicht und teilweiser Steuerfreiheit eines Erwerbs von Todes wegen der Erbe, der einen bestimmten Betrag als Pflichtteil schuldet, mit einer höheren Erbschaftsteuer belastet wird als wenn er diesen Betrag beispielsweise als Vermächtnis an den Pflichtteilsberechtigten oder an einen Dritten oder als andere allgemeine Nachlassverbindlichkeit (zum Beispiel vom Erblasser aufgenommenes Konsumentendarlehen) zahlen müsste, ist nicht ersichtlich.

Dem BFH, Urteil vom 21.7.1972, III R 44/70 (BFHE 107, 147, BStBI II 1973, S. 3) lässt sich nichts anderes entnehmen. Der BFH hat in diesem Urteil zwar ausgeführt, zwischen dem Vermögensübergang aufgrund des Erbfalls und der durch den Erbfall ausgelösten Verpflichtung der Erben zur Zahlung des Pflichtteils bestehe grundsätzlich ein bei der Besteuerung zu beachtender wirtschaftlicher Zusammenhang. Dieses Urteil betraf aber zum einen nicht die Auslegung des § 10 Abs. 6 ErbStG, sondern die Frage, ob die Verpflichtung der Erben zur Zahlung des Pflichtteils bei der Ermittlung des nach dem Lastenausgleichsgesetz abgabepflichtigen Inlandsvermögens vom Rohvermögen abzuziehen ist, soweit sie auf das Inlandsvermögen entfällt. Zum anderen setzen das Entstehen eines Pflichtteilsanspruchs und die Pflicht zur Erfüllung dieses Anspruchs anders als vom BFH in dem Urteil angenommen keine Verfügung des Erblassers von Todes wegen voraus, durch die ein gesetzlicher Erbe von der Erbfolge ausgeschlossen und der zur Zahlung des Pflichtteils verpflichtete Erbe eingesetzt wurde. Vielmehr kann es auch bei gesetzlicher Erbfolge zum Entstehen eines Pflichtteilsanspruchs kommen, nämlich in den Fällen des § 1371 Abs. 3 Halbsatz 1 i. V. m. § 2303 Abs. 2 Satz 2 BGB bei Ausschlagung der Erbschaft bzw. des Erbteils. Auch einem Erben kann gemäß § 2305 BGB ein Pflichtteilsanspruch zustehen, nämlich wenn der Erbteil geringer ist als die Hälfte des gesetzlichen Erbteils.

f.) Da das FG von einer anderen Ansicht ausgegangen ist, war die Vorentscheidung aufzuheben.

2. Die Sache ist spruchreif. Die von den Söhnen des L gegen die Klägerin geltend gemachten Pflichtteilsansprüche von insgesamt 262.416 € sind somit in voller Höhe als Nachlassverbindlichkeiten abziehbar.

(...)

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch den Beitrag von *Riedel*, MittBayNot 2016, 207 (in diesem Heft)

20. EStG § 15 (Wegfall einer Betriebsaufspaltung durch Übertragung des Besitz- und Betriebsunternehmens unter Nießbrauchsvorbehalt)

Eine Betriebsaufspaltung endet, wenn sowohl das Besitzunternehmen als auch die GmbH-Anteile am Betriebsunternehmen unter dem Vorbehalt des Nießbrauchs auf

einen Dritten übertragen werden (hier: Übertragung im Rahmen der vorweggenommenen Erbfolge an den Sohn des Betriebsinhabers). (Leitsatz der Schriftleitung)

BFH, Urteil vom 21.1.2015, X R 16/12 (NV)

Die Kläger wurden im Streitjahr 2002 zusammen zur Einkommensteuer veranlagt.

Der Kläger war Alleininhaber einer Einzelfirma. Das Vermögen der Firma bestand im Wesentlichen aus Grundbesitz und Anteilen an der G-GmbH, deren alleiniger Anteilseigner wiederum der Kläger war. Die Einzelfirma des Klägers überließ der GmbH den Grundbesitz für deren betriebliche Zwecke.

Mit notarieller Vereinbarung vom 30.12.2002 übertrug der Kläger seinem Sohn seine GmbH-Beteiligung und das Einzelunternehmen mit allen Aktiva und Passiva im Wege der vorweggenommenen Erbfolge. Bezüglich des Einzelunternehmens behielt sich der Kläger auf Lebenszeit das unentgeltliche Nießbrauchsrecht „an dem übertragenen Einzelunternehmen, insbesondere am Grundbesitz“ vor. Das Nießbrauchsrecht bezog sich auch auf die GmbH-Anteile. Für den Fall, dass der Sohn den Gesellschaftsanteil bzw. das Einzelunternehmen und den Grundbesitz ohne schriftliche Zustimmung des Klägers ganz oder teilweise veräußern oder belasten sollte, stand dem Kläger ein Rücktrittsrecht zu. Der beurkundende Notar wies ausdrücklich darauf hin, dass es zur Aufdeckung stiller Reserven komme, wenn die Finanzverwaltung die Betriebsaufspaltung aufgrund des Vertrags nicht mehr anerkennen würde.

Der Steuererklärung für das Jahr 2002 war die Bilanz des Einzelunternehmens beigelegt, in deren Anhang es unter der Überschrift „Rechtliche Verhältnisse“ u. a. hieß: „Mit Vertrag vom 30.12.2002 ... hat Herr ... die Einzelfirma ... an seinen Sohn, Herrn ..., unentgeltlich im Wege der vorweggenommenen Erbfolge übertragen, und zwar mit Wirkung zum 31.12.2002/1.1.2003.“ Die Kläger wiesen weder auf den Vorbehalt Nießbrauch hin noch übersandten sie den Vertrag. Einen Aufgabegewinn erklärten sie nicht. Der Beklagte und Revisionsbeklagte (das Finanzamt – FA) setzte die Einkommensteuer 2002 mit Bescheid vom 27.4.2004 erklärungsgemäß fest. Die Veranlagung erfolgte – abgesehen von den maschinellen Vorläufigkeiten – endgültig.

Am 12.4.2005 übersandten die Kläger den vom FA angeforderten Übertragungsvertrag vom 30.12.2002. Mit Schreiben vom 13.4.2005 äußerte das FA die Auffassung, die Veranlagung 2002 sei nach § 173 Abs. 1 Nr. 1 AO zu ändern und der Betriebsaufgabegewinn aufgrund der Übertragung steuerlich zu erfassen. In einem Aktenvermerk vom 14.6.2005 wurde festgehalten, ein Betriebsaufgabegewinn sei nicht zu besteuern.

Im Rahmen einer Außenprüfung für die Jahre 2002 bis 2004 stellte der Betriebsprüfer fest, die Übertragung vom 30.12.2002 sei als Betriebsaufgabe zu bewerten und die aufgedeckten stillen Reserven seien nach § 16 Abs. 3 des Einkommensteuergesetzes der Besteuerung zu unterwerfen. In diesem Zusammenhang bat der Betriebsprüfer den Kläger mit Schreiben vom 2.5.2007 um Mitteilung, ob nach dem Übertragungsvertrag die Verbindlichkeiten gegenüber der Bank, den Lieferanten und der GmbH ebenfalls übergegangen seien, sowie um Vorlage der entsprechenden Zustimmungserklärungen der Gläubiger. Der Kläger legte hierzu eine Stellungnahme des beurkundenden Notars vor. Zustimmungserklärungen der Gläubiger wurden weder in Beantwortung des Schreibens vom 2.5.2007 noch später eingereicht.

Entsprechend den Feststellungen der Außenprüfung erließ das FA am 22.2.2008 einen geänderten Einkommensteuerbescheid 2002, in dem es einen von der Betriebsprüfung ermittelten Aufgabegewinn i. H. v. 854.594 € erfasste.

Den Einspruch hiergegen wies das FA zurück. Zur Begründung führte es aus, dass entgegen der Auffassung der Kläger eine neue Tatsache vorliege, die zu einer Änderung der Steuerfestsetzung nach § 173 Abs. 1 Nr. 1 AO berechtige. Erstmals mit Vorlage des Vertragstextes am 12.4.2005 sei bekannt geworden, dass sich der Kläger bei der Übertragung des Einzelunternehmens auf seinen Sohn den Nießbrauch vorbehalten habe. Die Kläger könnten sich nicht auf einen Ermittlungsfehler des FA berufen, weil sie den Sachverhalt nicht in vollem Umfang offengelegt hätten.

Das FG gab der Klage teilweise statt. Es urteilte, der angefochtene Bescheid und die Einspruchsentscheidung seien rechtswidrig, soweit

das FA einen Aufgabegewinn von mehr als 500.000 € angesetzt habe. Das FA sei aber berechtigt gewesen, den Steuerbescheid nach § 173 Abs. 1 Nr. 1 AO zu ändern. Im Streitfall seien zu einer höheren Steuer führende Tatsachen nachträglich bekannt geworden, weil dem FA erst durch die Einreichung des Übertragungsvertrags am 12.5.2005 – richtig: 12.4.2005 – und damit nach der endgültigen Veranlagung am 27.8.2004 bekannt geworden sei, dass das Unternehmen unter Nießbrauchsvorbehalt übertragen worden sei.

(...)

Aus den Gründen:

Die Revision ist (...) unbegründet. (...)

II.

Das FA war berechtigt, den ursprünglichen Einkommensteuerbescheid für das Streitjahr 2002 nach § 173 Abs. 1 Nr. 1 AO zu ändern und den Gewinn aus der Aufgabe des Einzelunternehmens, der im Revisionsverfahren weder dem Grunde noch der Höhe nach streitig ist, zu erfassen.

1. Nach § 173 Abs. 1 Nr. 1 AO sind Steuerbescheide zu ändern, soweit Tatsachen nachträglich bekannt werden, die zu einer höheren Steuer führen.

2. Zwischen den Beteiligten ist unstreitig, dass der Nießbrauchsvorbehalt (Tatsache im Sinne des § 173 AO) nachträglich, d. h. nach der abschließenden Veranlagung der Einkommensteuer für 2002 bekannt geworden ist. Diese Tatsache führt auch zu einer höheren Steuer (vgl. zum Beispiel Urteil des Niedersächsischen FG vom 20.6.2007, 2 K 562/05, Entscheidung der Finanzgerichte 2007, 1584; die gegen diese Entscheidung eingelegte, vom FG zugelassene Revision wurde zurückgenommen). Gegen diese rechtliche Bewertung erheben die Kläger im Revisionsverfahren auch keine Einwände.

3. Die Tatsache ist auch rechtserheblich.

a) Seit dem Beschluss des Großen Senats des BFH vom 23.11.1987, GrS 1/86 (BFHE 151, 495, BStBl II 1988, S. 180) vertritt die höchstrichterliche Finanzrechtsprechung die Auffassung, dass ein Steuerbescheid wegen nachträglich bekanntgewordener Tatsachen oder Beweismittel zugunsten des Steuerpflichtigen nur aufgehoben oder geändert werden darf, wenn das FA bei ursprünglicher Kenntnis der Tatsachen oder Beweismittel mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit anders entschieden hätte (BFH, Beschluss in BFHE 151, 495, BStBl II 1988, S. 180, unter C. II. am Anfang). Eine Änderung nach § 173 Abs. 1 AO scheidet hingegen aus, wenn die Unkenntnis der später bekanntgewordenen Tatsache für die ursprüngliche Veranlagung nicht ursächlich (rechtserheblich) gewesen ist, weil das FA auch bei rechtzeitiger Kenntnis der Tatsache mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu keiner anderen Steuer gelangt wäre (BFH, Beschluss in BFHE 151, 495, BStBl II 1988, S. 180, unter C. II.2. b).

b) Maßgebend für die Frage nach der Rechtserheblichkeit einer neuen Tatsache ist grundsätzlich der Zeitpunkt, in dem die Willensbildung des FA über die Steuerfestsetzung abgeschlossen wird, d. h. im Normalfall der Zeitpunkt der abschließenden Zeichnung des Eingabewertbogens (bei EDV-mäßiger Abwicklung der Steuerfestsetzung) oder der Verfügung zum Steuerbescheid (zum Beispiel BFH, Urteil vom 22.4.2010, VI R 40/08, BFHE 229, 57, BStBl II 2010, S. 951).

c) Wie das FA bei Kenntnis bestimmter Tatsachen und Beweismittel einen Sachverhalt in seinem ursprünglichen Bescheid gewürdigt hätte, ist im Einzelfall aufgrund des Gesetzes, wie es nach der damaligen Rechtsprechung aus-

gelegt wurde, und den die FA bindenden Verwaltungsanweisungen zu beurteilen, die im Zeitpunkt des Erlasses des ursprünglichen Steuerbescheids durch das FA gegolten haben (ständige Rechtsprechung, vgl. BFH, Urteile vom 15.3.2007, III R 57/06, BFH/NV 2007, 1461; vom 15.12.1999, XI R 22/99, BFH/NV 2000, 818; in BFHE 229, 57, BStBl II 2010, S. 951, und vom 27.1.2011, III R 90/07, BFHE 232, 485, BStBl II 2011, S. 543). Das mutmaßliche Verhalten des einzelnen Sachbearbeiters und seine individuellen Rechtskenntnisse sind hingegen für die Frage, ob die Veränderung im Tatsächlichen oder in der rechtlichen Beurteilung liegt, aus gleichheitsrechtlichen Erwägungen ohne Bedeutung. Subjektive Fehler des einzelnen Bearbeiters und damit des FA, wie sie sowohl in rechtlicher als auch in tatsächlicher Hinsicht denkbar sein mögen, sind für die Beurteilung der Rechtserheblichkeit einer nachträglich bekanntgewordenen Tatsache unbeachtlich (vgl. BFH, Urteil in BFHE 229, 57, BStBl II 2010, S. 951).

d) Eine Betriebsaufspaltung setzt nach ständiger Rechtsprechung des BFH voraus, dass das vermietende Besitzunternehmen mit dem mietenden Betriebsunternehmen sachlich und personell verflochten ist (vgl. zum Beispiel Urteile vom 21.1.1999, IV R 96/96, BFHE 187, 570, BStBl II 2002, S. 771 m. w. N.; vom 12.10.1988, X R 5/86, BFHE 154, 566, BStBl II 1989, S. 152). Eine personelle Verflechtung ist gegeben, wenn eine Person oder Personengruppe beide Unternehmen in der Weise beherrscht, dass sie in der Lage ist, in beiden Unternehmen einen einheitlichen Geschäfts- und Betätigungswillen durchzusetzen (vgl. BFH, Urteil in BFHE 187, 570, BStBl II 2002, S. 771; Beschluss des Großen Senats des BFH vom 8.11.1971, GrS 2/71, BFHE 103, 440, BStBl II 1972, S. 63). Eine Betriebsaufspaltung ist bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen auch dann gegeben, wenn der Vermieter nicht Eigentümer des vermieteten Wirtschaftsguts ist, sondern wenn es ihm (nur) zur Nutzung überlassen worden ist (vgl. BFH, Urteil vom 24.8.1989, IV R 135/86, BFHE 158, 245, BStBl II 1989, S. 1014 m. w. N.).

Eine Betriebsaufspaltung endet, wenn sowohl das Besitzunternehmen als auch die GmbH-Anteile am Betriebsunternehmen unter dem Vorbehalt des Nießbrauchs auf einen Dritten übertragen werden.

Spätestens seit dem Urteil des BGH vom 9.11.1998, II ZR 213/97 (NJW 1999, 571) war geklärt, dass die Kompetenz des Gesellschafters, bei Beschlüssen, welche die Grundlagen der Gesellschaft betreffen, selber abzustimmen, ihm durch die Einräumung eines Nießbrauchs an seinem Gesellschaftersanteil nicht genommen wird. Der Nießbraucher an den Gesellschaftersanteilen erhält zwar ein dingliches Nutzungsrecht, wird aber nicht Gesellschafter. Inhalt seines Nutzungsrechts sind vor allem die Früchte der Mitgliedschaft (§ 100 des Bürgerlichen Gesetzbuchs). Die Kompetenz des Gesellschafters, bei Beschlüssen, welche die Grundlagen der Gesellschaft betreffen, selber abzustimmen, wird ihm durch die Einräumung eines Nießbrauchs an seinem Anteil nicht genommen.

Zwar ist diese Entscheidung zu Personengesellschaften ergangen. Auch in Bezug auf GmbH-Anteile entspricht es aber der herrschenden Meinung sowohl in der Instanzrechtsprechung (Urteil des OLG Koblenz vom 16.1.1992, 6 U 963/91, NJW 1992, 2163) als auch in der Literatur (zum Beispiel *Bayer in Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 18. Aufl. 2012, § 15 Rdnr. 102; *Seibt in Scholz*, GmbHG, 11. Aufl. 2012, § 15 Rdnr. 217; *MünchKommGmbHG/Reichert/Weller*, 2010, § 15 Rdnr. 338, jeweils m. w. N.), dass die Stimmrechte im Fall der Einräumung eines Nießbrauchs grundsätzlich beim Gesellschafter bleiben.

Da eine Betriebsaufspaltung voraussetzt, dass eine Person oder Personengruppe sowohl das Besitz- als auch das Betriebsunternehmen beherrscht (vgl. oben), kann keine Betriebsaufspaltung vorliegen, wenn zwar der/die Eigentümer des Besitzunternehmens und der/die Inhaber der GmbH-Anteile am Betriebsunternehmen identisch sind, jedoch am Besitzunternehmen und an den GmbH-Anteilen ein Nießbrauchsrecht zugunsten einer Person oder Personengruppe bestellt ist. Diese beherrscht zwar aufgrund des Nießbrauchs das Besitzunternehmen, nicht aber die GmbH, weil die Stimmrechte daran nicht ihm, sondern dem Gesellschafter der GmbH zustehen. Werden bei Vorliegen einer Betriebsaufspaltung sowohl das als Einzelunternehmen geführte Besitz- als auch die in der Rechtsform der GmbH betriebene Betriebsgesellschaft unter Nießbrauchsvorbehalt übertragen, entfällt die personelle Verflechtung zwischen Besitzunternehmen und Betriebsgesellschaft. Dies war bei Bestellung des Nießbrauchs geklärt, auch wenn der BFH dies im Zeitpunkt des Erlasses des ursprünglichen Einkommensteuerbescheids der Kläger für die Übertragung eines Besitz- und Betriebsunternehmens unter Nießbrauchsvorbehalt nicht ausdrücklich entschieden hatte.

e) Im Streitfall hätte das FA nach alledem bei Kenntnis des Nießbrauchsvorbehalts unter Berücksichtigung der Rechtslage und der höchstrichterlichen Rechtsprechung der Besteuerung der Kläger im Streitjahr einen Aufgabegewinn zugrunde legen müssen, da ein Nießbrauch an GmbH-Anteilen nicht bewirkt, dass der Nießbraucher stimmberechtigt wird. Darauf kommt es bei der Frage der Beherrschung einer GmbH entscheidend an, weil eine GmbH (abgesehen vom Fall der faktischen Beherrschung) durch die Ausübung der Stimmrechte beherrscht wird. Ab der Betriebsübergabe hat der die sachliche Beherrschung bewirkende Kläger die Betriebskapitalgesellschaft nicht mehr beherrscht.

4. Die Änderung des Einkommensteuerbescheids ist auch nicht nach Treu und Glauben ausgeschlossen.

(...)

Anmerkung:

Mit Urteil vom 21.1.2015¹ hat der BFH entschieden, dass eine Betriebsaufspaltung ende, wenn sowohl das Besitzunternehmen als auch die GmbH-Anteile am Betriebsunternehmen unter dem Vorbehalt des Nießbrauchs auf einen Dritten übertragen werden. Dem kann jedenfalls nicht in dieser Verallgemeinerung gefolgt werden.

1. Beendigung der Betriebsaufspaltung durch Wegfall der personellen Verflechtung

Eine Betriebsaufspaltung endet, wenn entweder die personelle oder die sachliche Verflechtung entfällt.² Eine personelle Verflechtung ist dann nicht mehr gegeben, wenn nicht mehr dieselbe Person oder Personengruppe ihren geschäftlichen Betätigungswillen im Besitz- und auch im Betriebsunternehmen durchsetzen kann. Werden Besitz- und Betriebsunternehmen unter Nießbrauchsvorbehalt übertragen, könnte daher die personelle Verflechtung entfallen, wenn die mehrheitsvermittelnden Stimmrechte in beiden Unternehmen nicht mehr von derselben Person oder Personengruppe ausgeübt werden können. Dabei muss im Hinblick auf die Rechtsform

¹ BFH, Urteil vom 21.1.2015, X R 16/12, MittBayNot 2016, 275 (in diesem Heft).

² Vgl. ausführlich *Dehmer*, Die Betriebsaufspaltung, 3. Aufl., Teil 1, § 8.

der betroffenen Unternehmen eine differenzierte Betrachtung angestellt werden.

2. Besitzunternehmen in der Rechtsform eines Einzelunternehmens

Der vom BFH entschiedene Fall betraf eine Betriebs-GmbH und ein Besitz-Einzelunternehmen. Zur Urteilsfindung entscheidend ist die Frage, wer jeweils die mehrheitsvermittelnden Stimmrechte ausübt:

a) Ob die Stimmrechte aus einem mit Vorbehaltsnießbrauch belasteten GmbH-Anteil vom Anteilsinhaber oder vom Nießbraucher ausgeübt werden, ist gesetzlich nicht geregelt. Die herrschende Meinung geht davon aus, dass die Stimmrechte grundsätzlich dem Gesellschafter, nicht dem Nießbraucher zustehen.³ Hiervon ist auch der BFH ausgegangen.

b) Umstritten ist aber die Frage, wer die Stimmrechte bei einem nießbrauchsbelasteten Einzelunternehmen ausübt. Gesetzliche Vorgaben existieren nicht, auch wenn verschiedentlich die Möglichkeit eines Unternehmensnießbrauchs gesetzlich vorausgesetzt wird, wie etwa bei der Firmenfortführung nach § 22 Abs. 2 HGB. Dennoch wäre zivilrechtlich ein Nießbrauch für jeden einzelnen Vermögensgegenstand des Unternehmensvermögens – nach den jeweils dafür geltenden gesetzlichen Vorschriften – zu bestellen.⁴

c) Der BFH kam in dem entschiedenen Fall – ohne nähere Begründung – zu dem Ergebnis, die personelle Verflechtung sei entfallen und die Betriebsaufspaltung beendet: Die Stimmrechte hinsichtlich des GmbH-Anteils übe der Anteilsinhaber (hier also der Sohn) aus, während die Stimmrechte aus dem Besitz-Einzelunternehmen dem Nießbraucher (hier also dem Vater) zustünden.

Das Vermögen des Einzelunternehmens bestand im Ausgangsfall im Wesentlichen aus einem Grundstück und den Anteilen an der Betriebs-GmbH. Für eine Nießbrauchsbestellung wären daher hinsichtlich des Grundstücks vor allem die §§ 1030, 873 BGB zu beachten, wonach neben der Einigung auch eine Grundbucheintragung notwendig ist. Für die Bestellung des Nießbrauchs an den GmbH-Anteilen gelten die §§ 1068 ff., 1030 ff. BGB i. V. m. § 15 GmbHG.

Während für die GmbH-Anteile nach der oben dargestellten Rechtsprechung die entscheidenden Stimmrechte vom Inhaber der Anteile ausgeübt werden, ist für das Grundstück § 1030 BGB heranzuziehen. Danach ist der Nießbraucher berechtigt, die Nutzung aus der Sache zu ziehen. Dieses Recht zur Ziehung der Nutzungen umfasst auch das Recht zur Ausübung der „Stimmrechte“,⁵ also insbesondere auch die Berechtigung zum Abschluss, der Änderung oder Beendigung von Miet- und Pachtverhältnissen.⁶ Allein diese Maßnahmen der laufenden Verwaltung sind entscheidend für die Beurteilung der Frage, ob eine Betriebsaufspaltung vorliegt. Soweit nicht nach § 1030 Abs. 2 BGB einzelne Nutzungsmöglichkeiten ausgeschlossen sind, etwa also eine Änderung der bestehenden Mietverträge dem Nießbraucher nicht gestattet ist, kann also der Nießbraucher seinen geschäftlichen Betätigungswillen beim Besitz-Einzelunternehmen durchsetzen.

Danach wäre das Ergebnis des BFH im Ausgangssachverhalt grundsätzlich zutreffend.

Würde anstelle eines Grundstücks eine wesentliche Maschine zur Nutzung überlassen, wäre die Rechtsfolge ebenfalls aus § 1030 BGB abzuleiten und würde dem oben gefundenen Ergebnis entsprechen. Würde die Nutzungsmöglichkeit eines Schutzrechts eingeräumt, müssten die Bestimmungen zum Nießbrauch an Rechten beachtet werden. Aus der Verweisung in § 1068 Abs. 2 BGB ergibt sich wiederum die Anwendbarkeit der §§ 1030 ff. BGB, so dass ebenfalls der Nießbraucher im Besitz-Einzelunternehmen seinen Willen durchsetzen könnte.

Auch in diesen Fällen wäre daher das Ergebnis des BFH auf den ersten Blick vertretbar.

d) Nicht beachtet hat der BFH jedoch, dass eine Betriebsaufspaltung aufgrund faktischer Beherrschung (fort-)bestehen könnte. Eine solche faktische Beherrschung läge vor, wenn der einheitliche geschäftliche Betätigungswille nicht durch gesellschaftsvertragliche oder gemeinschaftsrechtliche Bestimmungen, sondern durch andere Umstände zum Tragen käme.⁷ Allein auf schuldrechtlichen Beziehungen aufgebauter wirtschaftlicher Druck oder eine maßgebliche Einflussnahme auf die kaufmännische oder technische Betriebsführung reichen nicht aus. Vielmehr muss eine faktische Einwirkung auf die zur Beherrschung führenden Stimmrechte vorliegen. In dem vom BFH entschiedenen Fall wäre zu hinterfragen, ob der Sohn als Geschäftsführer und Anteilsinhaber des Betriebsunternehmens sowie als Inhaber des Besitz-Einzelunternehmens faktisch auf die Entscheidungen der Gesellschafterversammlung der Betriebs-GmbH Einfluss nehmen konnte – und dies auch getan hat. Eine solche Vermutung läge zumindest bei einem reinen Ertragsnießbrauch nahe, da in der Regel mit dem Nießbrauch nur sichergestellt werden soll, dass die Erträge aus dem Unternehmen dem Nießbraucher zustehen. Entsprechendes muss aber im Falle einer vorweggenommenen Erbfolge auch für die Einräumung eines Unternehmensnießbrauchs gelten. Darüber hinaus wäre der Fortbestand des Unternehmens möglicherweise gefährdet, würde der Nießbraucher Entscheidungen treffen, die den Interessen des betriebsführenden Anteilsinhabers nicht gerecht werden. Es dürfte daher in der vom BFH entschiedenen Konstellation von einer faktischen Beherrschung auszugehen sein, so dass die Betriebsaufspaltung nicht beendet worden ist.

Ähnlich sieht dies wohl auch *Wachter*,⁸ der feststellt, dass der Sohn beide Unternehmen beherrsche, also – auch wenn dies von *Wachter* nicht ausdrücklich ausgeführt wird – eine faktische Beherrschung gegeben ist.

Äußerst bemerkenswert: Der BFH spricht zwar die faktische Beherrschung einer GmbH in der Urteilsbegründung an,⁹ geht aber nicht weiter darauf ein, dass eine solche vorliegen dürfte. Im Lichte der bisherigen Rechtsprechung des BFH zur faktischen Beherrschung ist dies mehr als verwunderlich.

3. Besitzunternehmen in der Rechtsform einer Personengesellschaft

Anders hingegen ist die Rechtslage zu beurteilen, wenn das Besitzunternehmen eine Personengesellschaft ist: Wie auch bei GmbH-Anteilen geht die herrschende Meinung im Einklang mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung des BGH davon aus, dass die Stimmrechte von den Gesellschaftern –

³ BGH, Urteil vom 9.11.1998, II ZR 213/97, DNotZ 1999, 607; *Bayer in Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 18. Aufl. 2012, § 15 Rdnr. 102; *Reichert/Weller in MünchKommGmbHG*, 2012, § 15 Rdnr. 338.

⁴ Vgl. *MünchKommBGB/Pohlmann*, 6. Aufl., § 1030, Rdnr. 45.

⁵ *Larenz/Wolf*, BGB AT, § 20 VII 4 Rdnr. 117; *Medicus*, BGB AT, 10. Aufl. 2008, Rdnr. 1202; *MünchKommBGB/Pohlmann*, § 1068 Rdnr. 72.

⁶ *MünchKommBGB*, a. a. O., § 1030 Rdnr. 54.

⁷ *Dehmer*, a. a. O., Teil 1, § 2, Kapitel N I. Rdnr. 212 ff.

⁸ *GmbHR* 2015, 778 ff.

⁹ Abschnitt II. 3. e).

nicht den Nießbrauchern – ausgeübt werden.¹⁰ Bei Übertragung einer Besitz-Personengesellschaft und einer Betriebskapitalgesellschaft jeweils unter Nießbrauchsvorbehalt würden daher die Stimmrechte vom jeweiligen Gesellschafter ausgeübt werden – also nach wie vor von ein und derselben Person. Dies kann folgerichtig nicht zu einem Wegfall der personellen Verflechtung führen, so dass die Betriebsaufspaltung fortbesteht.

Die Begründung des BFH ist demnach diesbezüglich zu ungenau: In Abschnitt B. I. 3. d) führt der BFH aus, dass bei Nießbrauch sowohl an einem „Besitzunternehmen“ als auch einer Betriebs-GmbH der Nießbraucher zwar das Besitzunternehmen, nicht aber die GmbH beherrsche. Unter Berücksichtigung obiger Ausführungen ist diese Aussage unzutreffend: Nur in Fällen, bei denen das Besitzunternehmen Einzelunternehmen ist, ist diese Wertung richtig, und auch nur dann, wenn keine faktische Beherrschung vorliegt. Ist das Besitzunternehmen hingegen Personengesellschaft, ist die Aussage des BFH unzutreffend, weil der Nießbraucher sowohl die GmbH als auch die Besitzpersonengesellschaft beherrscht. In diesem Fall bleibt daher auch ohne Rückgriff auf die Grundsätze der faktischen Beherrschung eine Betriebsaufspaltung bestehen.

¹⁰ BGH, Urteil vom 9.11.1998, II ZR 213/97, DNotZ 1999, 607.

4. Gestaltungsmöglichkeiten

Ist das Besitzunternehmen Einzelunternehmen kann die Beherrschung durch den Nießbrauchsbelasteten (in dem vom BFH entschiedenen Fall den Sohn) sichergestellt werden, indem ihm schuldrechtlich bei Bestellung des Nießbrauchs an den Vermögensgegenständen des Einzelunternehmens die Befugnis eingeräumt wird, Maßnahmen der laufenden Verwaltung allein umzusetzen. Er würde dann qua Gesellschafterstellung die Betriebs-GmbH und aufgrund schuldrechtlicher Vereinbarung auch das Einzelunternehmen beherrschen. Ein Rückgriff auf die Grundsätze der faktischen Beherrschung wäre dann nicht mehr erforderlich. Es wäre allerdings darauf zu achten, dass die schuldrechtliche Position nicht widerruflich ausgestaltet ist, wie etwa bei einer Vollmacht.

In bestimmten Fallkonstellationen kann auch durch Vereinbarung von Stimmbindungsabreden eine Beendigung der Betriebsaufspaltung vermieden werden: Werden sämtliche Anteile an der Betriebs-GmbH unter Nießbrauchsvorbehalt übertragen, jedoch nur Teile der Besitz-Personengesellschaft könnten die Beteiligten hinsichtlich der Ausübung ihrer Stimmrechte bei der Besitz-Personengesellschaft vereinbaren, dass die Geschäfte der laufenden Verwaltung nach Vorgabe des übernehmenden Gesellschafters beschlossen werden. Handelt es sich bei dem Besitzunternehmen hingegen um ein Einzelunternehmen ist fraglich, ob eine Stimmbindungsvereinbarung mit einem aus Sicht des Einzelunternehmers fremden Dritten wirksam vereinbart werden kann. Zielführender erscheint hier die oben erwähnte Ausgestaltung des Nießbrauchsrechts.

Rechtsanwalt JuDr. *Hans Holger Dehmer*, Freiburg

STÄNDESNACHRICHTEN

Personaländerungen

1. Ehrungen/Ehrenämter:

Notar a. D. Dr. Manfred Rapp, Landsberg a. Lech, wurde am 13.4.2016 das Verdienstkreuz am Bande des Verdienstordens der Bundesrepublik Deutschland verliehen

2. Verstorben:

Notar a. D. Dr. Herbert Bumiller, Limburgerhof, verstorben am 4.3.2016

3. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung zum 1.4.2016:

Notar Peter Weissenberger, Lindau i. Bodensee

4. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung zum 15.3.2016:

Neustadt b. Coburg dem Notarassessor
Dr. Christoph Reymann
(Saarländische Notarkammer)

Mit Wirkung zum 1.4.2016:

Hof dem Notarassessor
Dr. Michael Bernauer
(bisher in München,
Notarstellen Dr. Walz/
Dr. Vollrath)

Lindau a. Bodensee dem Notar
(in Sozietät mit Markus Kühnlein
Notar Dr. Reibenspies) (bisher in Herzogenaurach)

Simbach a. Inn dem Notarassessor
Marcel Neumair
(bisher in Schwabmünchen,
Notarstellen Dr. Weigl/Grob)

Mit Wirkung zum 1.5.2016:

Bayreuth dem Notarassessor
(in Sozietät mit Dr. Ulrich Simon
Notar Zuber) (bisher in Nürnberg,
Notarstellen Thoma/Weinmann)

Haßfurt dem Notarassessor
Jörg Theilig
(bisher in Würzburg, DNotI)

Mainburg dem Notar
Christian Müller
(bisher in Greding)

Markt Erlbach dem Notar a. D.
Simon Meyer

Straubing dem Notarassessor
(in Sozietät mit Dr. Benedikt Schreindorfer
Notar Bolkart) (bisher in München, Notarstellen
Kirchner/Thiede)

5. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung zum 1.5.2016:

Nina Bomhard, Vilsbiburg
(Notarstelle Dr. König)

Sebastian Löffler, Memmingen
(Notarstellen Gropengießer/Dr. Gropengießer)

Vera Richter, Würzburg
(Notarstellen Dr. Baumann/Sorge)

André Weiß, Bayreuth
(Notarstellen Dr. Franz/Eberl)

6. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Notarassessor Stephan Wendt, Germersheim,
wurde mit Wirkung vom 17.2.2016 promoviert

Notarassessorin Sandra Gernens, Bad Griesbach i. Rottal
(Notarstelle Dr. Forthäuser),
ist zum 29.2.2016 ausgeschieden

Notarassessor Markus Pflieger, Regensburg
(Notarstellen Dr. Thalhammer/Schünemann),
ab 15.3.2016 in München (Notarstelle Dr. Krauß)

Notarassessorin Claudia Weichert, Bamberg
(Notarstellen Dr. Eue/Dr. Dietz),
ab 18.4.2016 in Würzburg (DNotI)

Notarassessorin Kathrin Trutschel, Starnberg
(Notarstellen Klöcker/Volmer),
ab 19.4.2016 in Nürnberg
(Notarstellen Thoma/Weinmann)

Notarassessor Dr. Sebastian Berkefeld, Erlangen
(Notarstellen Dr. Martini/Siegler),
ab 16.5.2016 in Würzburg (DNotI)

Oberinspektorin i. N. Nicole Gundelach, Nürnberg
(Notarstelle Schlosser), ab 1.4.2016 in
Bischofsheim a. d. Rhön (Notarstelle Dr. Hamberger)

Inspektorin i. N. Tatjana Sanikowitsch, München
(derzeit in Elternzeit), ab 1.4.2016
in Wörth a. d. Donau (Notarstelle Wenger)

Amtfrau i. N. Susanne Vané, Nürnberg
(derzeit in Sonderurlaub), ab 1.4.2016 in Nürnberg
(Notarstelle Pöllmann-Budnick)

Inspektorin i. N. Cornelia Nußbaumer, Ochsenfurt
(Notarstellen Grömer/Dr. Falkner),
ab 1.5.2016 in Nürnberg (Notarstelle Dr. Geßner)

7. Ausgeschiedene Angestellte:

Amtsärztin i. N. Clarissa Mickleit,
Ludwigshafen am Rh.,
(Notarstellen Dr. Wilke/Wall),
zum 31.3.2016 ausgeschieden

Amtsärztin i. N. Manuela Petry, Ludwigshafen am Rh.,
(Notarstellen Dr. Wilke/Wall),
zum 31.3.2016 ausgeschieden

Oberinspektorin i. N. Sabine Ruck, München
(Notarstelle Pelzer), zum 31.3.2016 ausgeschieden

8. Neueinstellungen von Inspektoren i. N.:

Mit Wirkung zum 1.4.2016:

Sophia Banasch, München
(Notarstellen Dr. Kopp/Benesch)

Patrick Eisenhart, Aschaffenburg
(Notarstellen Klotz/Dr. Morhard)

Katrin Göbel, Nürnberg
(Notarstelle Schlosser)

Anita Hobmeier, Freising
(Notarstellen Kleine/Leupold)

Anja Käßmeier, Günzburg
(Notarstellen Wachter/Dr. Braun)

Maria Kaltenhauser, Bad Tölz
(Notarstellen Dolp/Leitenstorfer)

Vanessa Kolper, Fürstenfeldbruck
(Notarstellen Dr. Buchta/Dr. Jung)

Anne-Josephine Kreibich, München
(Notarstellen Traugott/Dr. Nachreiner)

Sandra Lange, München
(Notarstellen Dr. Walz/Dr. Vollrath)

Sebastian Leidner, Abensberg
(Notarstelle Bierhenke)

Jessica Mair, Wertingen
(Notarstelle Dr. Bauer)

Jessica Meindorfer, Nürnberg
(Notarstellen Eckersberger/Dr. Göppel)

Anna-Katharina Menig, Würzburg
(Notarstellen Prof. Dr. Limmer/Dr. Friederich)

Angelika Niggel, München
(Notarstellen Dr. Frank/Dr. Schneeweiß)

Miriam Raab, Immenstadt i. Allgäu
(Notarstellen Dr. Nagel/Dr. Pfundstein)

Marina Röhr, Deggendorf
(Notarstellen Dr. Kurz/Dr. Sagmeister)

Teresa Rosenfeld, Bamberg
(Notarstellen Dr. Eue/Dr. Dietz)

Julia Schrotberger, Nürnberg
(Notarstellen Dr. Kornexl/Dr. Herrler)

André Sichau, Ludwigshafen am Rh.
(Notarstelle Bäumler)

Mario Suchomel, Regensburg
(Notarstellen Dr. Thalhammer/Schünemann)

Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Bad Neustadt a. d. Saale, Notarstelle Dr. Schmitkel
Am Weichselrain 5, 97616 Bad Neustadt a. d. Saale

Bad Reichenhall, Notarstelle Dietrich
Mozartstraße 3, 83435 Bad Reichenhall

Bogen, Notarstelle Dr. Sommerfeld
Mussinstraße 5, 94327 Bogen

Ebersberg, Notarstellen Hilscher/Frauhammer

Telefon: 08092 2471400

Telefax: 08092 2471429

E-Mail: notare.hilscher.frauhammer@notarnet.de

Homepage: www.notare-hilscher-frauhammer.de

München, Notarstellen Dr. Wicke/Herrler

Brienner Straße 13/IV, 80333 München

E-Mail: notare@brienner13.de

Weißhorn, Notarstelle Dr. Ziegler

Memminger Straße 23, 89264 Weißhorn

Wolfratshausen, Notarstelle Baumeister

Bahnhofstraße 15, 82515 Wolfratshausen

SONSTIGES

„Bestimmtheitsgrundsatz/Mehrheitsklauseln“

Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München

Mittwoch, 8. Juni 2016, 16.30 Uhr s. t.

Senatssaal der Ludwig-Maximilians-Universität (E 106/110 im 1. Obergeschoss)

Referenten: Professor Dr. Carsten Schäfer,
Universität Mannheim

Dr. Simon Blath, Deutsches Notarinstitut,
Würzburg

Im Anschluss an die Vorträge besteht die Möglichkeit zur Diskussion. Zum Ausklang der Veranstaltung wird zu einem kleinen Empfang geladen.

Anmeldung und Information:

Forschungsstelle für Notarrecht, Prof.-Huber-Platz 2, 80539 München, Tel.: 089 2180-1420, Fax: 089 2180-13981, E-Mail: FS-Notarrecht@jura.uni-muenchen.de

Die Teilnahme 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.

Europa für Notare, Notare für Europa

Fortbildungsseminar zur EU-Erbrechtsverordnung (ErbVO)

Freitag, 3. Juni 2016, 9.00–17.30 Uhr

Le Méridien Grand Hotel, Bahnhofstraße 1, 90402 Nürnberg

Themen und Referenten: Die Entwicklung der ErbVO aus rechts-politischer Sicht

Kurt Lechner, MdEP a. D.

Einführung in die ErbVO

JUDr. Magdalena Pfeiffer, Ph. D.
(Karls-Universität Prag)

Testamente und Erbverträge unter besonderer Berücksichtigung der Rechtswahl sowie von Gestaltungen im Bereich des Pflichtteilsrechts

Notar Dr. Christoph Döbereiner (München),
Notarin Mag. Alice Perscha (Leoben) und
Notar Mag. Martin Říha (Pilsen)

Zusammenspiel der ErbVO mit dem Güterrecht

Notar Christian Hertel (Weilheim),
Notarin Mag. Alice Perscha (Leoben) und
Notar Mag. Martin Říha (Pilsen)

Europäisches Nachlasszeugnis und Erbauseinandersetzung

Notar Dr. Christoph Dorsel (Bonn),
Notarin Mag. Alice Perscha (Leoben) und
Notar Mag. Martin Říha (Pilsen)

Umsetzungsgesetze und praktische Erfahrungen mit der ErbVO

Notar Dr. Christoph Döbereiner,
Notarin Mag. Alice Perscha (Leoben),

JUDr. Magdalena Pfeiffer, Ph. D.
(Karls-Universität Prag) und
Notar Mag. Martin Říha (Pilsen)

Anmeldung und Information:

Das Seminar richtet sich an deutsche, österreichische und tschechische Notare und Notarassessoren. Die Teilnahme ist kostenlos. Bitte senden Sie Ihre Anmeldung bis zum 27.5.2016 an das Deutsche Anwaltsinstitut e. V., Herrn Martin Scholz, E-Mail: notare@anwaltsinstitut.de, Telefax: +49 234 703507.

Die Teilnehmerzahl ist auf 100 Personen begrenzt. Die Anmeldungen werden in der Reihenfolge ihres Eingangs berücksichtigt. Eine Registrierung vor Ort ist am 3.6.2016 zwischen 8.30 Uhr und 9.00 Uhr möglich. Weitere Informationen finden Sie auf der Homepage des CNUE www.cnue.eu unter „Training 2015–2017“. Bei Fragen wenden Sie sich bitte an Frau Dr. Julie Francastel, Referentin bei der Bundesnotarkammer in Brüssel, E-Mail: j.francastel@bnotk.de, Telefon: +32 2737 9000.

Hinweis: Im Rahmen der Seminarreihe zur ErbVO veranstalten die niederländische Notarkammer am 8.9.2016 ein Seminar in Amsterdam, die spanische Notarkammer am 7.10.2016 ein Seminar in Salamanca und die tschechische Notarkammer voraussichtlich am 27.1.2017 ein Seminar in Prag, zu denen auch deutsche Notare und Notarassessoren eingeladen und für die Simultanübersetzung ins Deutsche vorgesehen ist. Anmeldeformulare und Informationen erhalten Sie zu gegebener Zeit auf der Homepage des CNUE (Training 2015–2017).

16. Wissenschaftliches Symposium des Instituts für Notarrecht an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg

„Erbrecht und Vermögenssicherung“

in der Neubaukirche, Domerschulstraße 16, 97070 Würzburg
am Freitag, 3. Juni 2016

09.15 Uhr	Begrüßung Prof. Dr. <i>Peter Limmer</i> , Notar, Würzburg, Vorsitzender des INotR Würzburg, Tagungsleiter
09.30 Uhr	Rechtseinheit und Rechtsfortbildung im Erbrecht durch die Gerichte Prof. Dr. <i>Christoph Althammer</i> , Universität Regensburg, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Deutsches, Europäisches und Internationales Verfahrensrecht sowie außergerichtliche Streitbeilegung
10.00 Uhr	Aktuelle Rechtsprechung des BGH in Erbsachen Dr. <i>Christoph Karczewski</i> , RiBGH, Karlsruhe, IV. Zivilsenat
10.30 Uhr	Diskussion, anschließend Kaffeepause
11.15 Uhr	Aktuelle Fragen bei der Gestaltung von Behinderten- und Bedürftigentestamenten <i>Lorenz Spall</i> , Notar, Annweiler a. Tr.
11.45 Uhr	Vermögenssicherung durch Stiftungen? – Kritische Anmerkungen zu einem Trend Prof. Dr. <i>Knut Werner Lange</i> , Universität Bayreuth, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Deutsches und Europäisches Handels- und Wirtschaftsrecht
12.15 Uhr	Diskussion, anschließend Mittagessen
14.00 Uhr	Verträge über die Rechtsnachfolge von Todes wegen mit mehr als zwei Beteiligten Prof. Dr. <i>Rainer Kanzleiter</i> , Notar a. D., Ulm; NotRV-Vorsitzender
14.30 Uhr	Keine Chance für das zweite Glück? – Zur Absicherung des zweiten Ehegatten bei erbrechtlicher Bindung Dr. <i>Gabriele Müller</i> , Deutsches Notarinstitut Würzburg, Referatsleiterin für Erb- und Familienrecht
15.00 Uhr	Diskussion, anschließend Kaffeepause
15.45 Uhr	Aktuelle Probleme des Erbschaftsteuerrechts in der notariellen Praxis Dr. <i>Eckhard Wälzholz</i> , Notar, Füssen
16.15 Uhr	Erbschaftsverträge – Offene Fragen und Herausforderungen Prof. Dr. <i>Anatol Dutta</i> , Universität Regensburg, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung

16.45 Uhr Diskussion
17.00 Uhr **Schlusswort**
Prof. Dr. *Peter Limmer*

17.15 Uhr Ende

im Anschluss: **NotRV-Mitgliederversammlung**

Organisatorische Hinweise:

Die Veranstaltung richtet sich an alle vertragsgestaltend und forensisch tätigen Praktiker sowie an einschlägig interessierte Wissenschaftler, also nicht nur an Notare bzw. Mitglieder der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. Die Teilnehmer erhalten nach dem Symposium eine Teilnahmebescheinigung sowie einen Tagungsband per Post.

Teilnahmegebühr (inklusive Verköstigung, Teilnahmebescheinigung und Tagungsband):

- frei für Notarassessoren, die Mitglied der NotRV sind
- 40 € für Notare a. D., die Mitglied der NotRV sind
- 85 € für Notare a. D., Notarassessoren und Rechtsanwälte mit höchstens dreijähriger Zulassung
- 165 € für Mitglieder der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V.
- 215 € für Nichtmitglieder

Der Tagungsbeitrag ist vor Beginn der Tagung und nach Erhalt der Rechnung auf das Konto der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. mit Verwendungszweck „Symposium 2016“ wie folgt zu überweisen: HypoVereinsbank UniCredit AG Würzburg, IBAN: DE 29790200760006671594. Rückerstattung des Tagungsbeitrages bei Nichtteilnahme erfolgt nur bei Abmeldung bis 7 Tage vor der Veranstaltung. Für zurückzuzahlende Teilnahmegebühren wird eine Stornogebühr i. H. v. 10 € berechnet.

Anmeldungen richten Sie bitte an: Institut für Notarrecht an der Universität Würzburg, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg, Fax: 0931/35576225; E-Mail: notrv@dnoti.de; Internet: www.notarinstitut.de.

Achtung: Das Symposium findet nicht, wie in MittBayNot 2/2016, 195 angekündigt, am 3. Juli 2016, sondern am 3. Juni 2016 statt.

Schriftleitung: Notarassessor Stefan Künkele
Notarassessorin Dr. Katharina Hermannstaller

Ottostraße 10, 80333 München
ISSN 0941-4193

Die Mitteilungen erscheinen jährlich mit sechs Heften und können nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Telefon 089 551660, Fax 089 55166234, info@mittbaynot.de, bezogen werden.

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an:
Universal Medien GmbH, Geretsrieder Straße 10, 81379 München, Telefon 089 5482170, Fax 089 555551.

Bestellen Sie Einbanddecken gerne auch im Internet unter www.universalmedien.de/notarkammer.

Veranstaltungen des DAI

1. Kapitalgesellschaftsrecht kompakt für Notare
(*Weiler*)
2.5.2016 in Bochum
2. Unterstützung bei der Abwicklung notarieller
Amtsgeschäfte von A-Z
(*Tondorf*)
25.5.2016 in Oldenburg
3. (Wieder-)Einstieg in die Praxis des Notariats
(*Tondorf*)
6.–10.6. in Bad Zwischenahn
4. Haftungsfallen im Gesellschaftsrecht
(*Heckschen/Heidinger*)
10.6.2016 in Kiel
5. Notarielle Nachlassregelungen in der Praxis
(*Wegerhoff*)
10.6.2016 in Oldenburg
6. Aktuelle Entwicklungen des ELRV im Notariat
(*Büttner*)
17.6.2016 in Hamburg
7. Update WEG
(*Elzer/Hügel*)
18.6.2016 in Köln
8. 50 Tipps zur Anwendung des GNotKG
(*Schmidt/Tondorf*)
29.6.2016 in Bochum
9. Aktuelles aus dem Handelsregister – Update 2016
(*Melchior*)
30.6.2016 in Heusenstamm

Soweit nicht anders vermerkt, handelt es sich um Veranstaltungen des Fachinstituts für Notare. Anfragen sind ausschließlich zu richten an das Deutsche Anwaltsinstitut e. V., Fachinstitut für Notare, Postfach 25 02 54, 44740 Bochum, Telefon 0234 970640, Fax 0234 703507, E-Mail: notare@anwaltsinstitut.de.

Neuerscheinungen

1. Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann: Betreuungsrecht. 6. Aufl., Gieseking, 2016. 1537 S., 134,80 €
2. Diehn: Notarkostenberechnungen. 4. Aufl., Beck, 2016. 415 S., 34,90 €
3. Eisgruber (Hrsg.): Umwandlungssteuergesetz. NWB, 2016. 1078 S., 139 €
4. Elsing: Notargebühren von A-Z. 3. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2016. 400 S., 44 €
5. Geilert: NotarFormulare Personengesellschaften. Deutscher Notarverlag, 2016. 400 S., 89 €
6. Gerono: Das bayerische Notariat. Band 97. Schmidt, 2016. 265 S., 79,80 €
7. Gummer/Beuthien (Hrsg.): Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts: Band 5: Verein, Stiftung bürgerlichen Rechts. 4. Aufl., Beck, 2016. 1959 S., 159 €
8. Kirchhof: Einkommensteuergesetz. 15. Aufl., Schmidt, 2016. 2720 S., 164 €
9. Krüger/Rauscher (Hrsg.): Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung: Band 1: §§ 1-354, 5. Aufl., Beck, 2016. 2400 S., 330 €
10. Lang/Weidmüller: Genossenschaftsgesetz. 38. Aufl., De Gruyter, 2016. 1303 S., 199,95 €
11. Lemke (Hrsg.): Immobilienrecht. 2. Aufl., Heymanns, 2016. 1988 S., 159 €
12. Lerch: Beurkundungsgesetz. Dienstordnung. Richtlinienempfehlungen BNotK. 5. Aufl., Schmidt, 2016. 693 S., 79,80 €
13. Ludes: Die Reichsnotariatsordnung: Inhalt und Auswirkungen auf das deutsche Notariat. Kovac, 2016. 218 S., 88,90 €
14. Müller/Sieghörtner/Emmerling de Oliveira: Adoptionsrecht in der Praxis. 3. Aufl., Gieseking, 2016. 226 S., 49 €
15. Müller/Wersing: Der Rückgriff gegen Angehörige von Sozialleistungsempfängern. 7. Aufl., Nomos, 2016. 220 S., 39 €
16. Preißer/Acar: Die Unternehmungsgesellschaft. Schäffer-Poeschel, 2016. 300 S., 59,95 €
17. Reichert/Dauernheim/Schimke (Hrsg.): Handbuch Vereins- und Verbandsrecht. 13. Aufl., Luchterhand, 2016. 1508 S., 129 €
18. Schulte: Leitfaden für das Schlichtungsverfahren vor Schiedsämtern und Schiedsstellen. 6. Aufl., Heymanns, 2015. 124 S., 28 €
19. Staudinger (Hrsg.): Internationales Verfahrensrecht in Ehesachen. Band 2. 15. Aufl., De Gruyter, 2016. 530 S., 169,95 €
20. Stöber: Zwangsversteigerungsgesetz. 21. Aufl., Beck, 2016. 1666 S., 125 €
21. Söffing: Die GmbH & Co. KG. 3. Aufl., NWB, 2016. 860 S., 104 €
22. Süß/Wachter (Hrsg.): Handbuch des internationalen GmbH-Rechts. 3. Aufl., Zerb, 2015. 2120 S., 189 €

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