

MittBayNot

Begründet 1864

5|2018

September/Oktober 2018

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:

Veronika Burghardt,
Notarassessorin
Dr. Claudius Eschwey,
Notarassessor

ISSN 0941-4193

AUFSÄTZE

- **Döbereiner:** Das internationale Güterrecht nach den Güterrechtsverordnungen. 405
- **Weidlich:** Anforderungen an den Zugang einer Widerrufs-erklärung nach § 2271 Abs. 1 Satz 1 BGB bei Zustellung durch den Gerichtsvollzieher – zugleich Anmerkung zu OLG Oldenburg 425

RECHTSPRECHUNG – ANMERKUNGEN

- **Volmer** zu **OLG München:** Auftragsrechtlicher Auskunftsanspruch bei Erteilung einer „Generalvollmacht und Patientenverfügung“ 438
- **Kessler** zu **BGH:** Zum Recht des Erwerbers eines mit einem Grundpfandrecht belasteten Grundstücks, Einreden aus dem Sicherungsvertrag zu erheben 445
- **Schlögel** zu **KG:** Voraussetzungen der Eintragung der Vereinbarung des Bestehenbleibens der Erbbauzinsrealast ins Grundbuch 447
- **Löffler** zu **OLG München:** Kein Eintragungshindernis bei bloßer Anfechtbarkeit der Verwalterbestellung in eventual einberufener Zweitversammlung der Wohnungseigentümer 454
- **Sikora** zu **OLG München:** Auslegung einer Auflassungserklärung an Miteigentümer zu gleichen Teilen und Bestimmtheit eines Antrags auf Eintragung eines Nießbrauchsrechts 458
- **Forschner** zu **BGH:** Widerruf eines Schenkungsversprechens durch Verfügung über das gesamte Vermögen in einem Testament. 465
- **S. Braun** zu **BGH:** Beseitigung der Ungleichbehandlung ehelicher und nichtehelicher Kinder im Erbrecht durch das Zweite Erbrechtsgleichstellungsgesetz 470
- **Strauß** zu **OLG München:** Geschäftswert für notarielle Beurkundung des Gesellschafterbeschlusses über eine Kapitalerhöhung 488

Impressum

MittBayNot

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

Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern
Ottostraße 10
80333 München
Telefon: (089) 551660
Telefax: (089) 55166234
E-Mail: info@mittbaynot.de
Internet: <http://www.notare.bayern.de/mittbaynot.html>

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:

Notarassessorin Veronika Burghardt,
Notarassessor Dr. Claudius Eschwey

Druck:

Universal Medien GmbH
Geretsrieder Straße 10
81379 München

Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 5 | 2018

AUFSÄTZE 405

Döbereiner: Das internationale Güterrecht nach den Güterrechtsverordnungen 405

Weidlich: Anforderungen an den Zugang einer Widerrufserklärung nach § 2271 Abs. 1 Satz 1 BGB bei Zustellung durch den Gerichtsvollzieher – zugleich Anmerkung zum Beschluss des OLG Oldenburg vom 19.12.2017, 3 W 112/17 (nachstehende Entscheidung Nr. 14) 425

BUCHBESPRECHUNGEN 430

Damm: Notarielle Verzeichnisse in der Praxis (S. Braun) 430

Ebeling/Geck: Handbuch der Erbengemeinschaft (Selbherr) 431

Kleffmann: Die Güterstandsschaukel – Zivilrechtliche Zulässigkeit und Grenzen (Bergschneider) 432

Wever: Vermögensauseinandersetzung der Ehegatten außerhalb des Güterrechts (Menne) 433

RECHTSPRECHUNG 435

Bürgerliches Recht

ALLGEMEINES

1. Schallschutzmaßnahmen bei Bautätigkeiten im Bereich des Sondereigentums (BGH, Urteil vom 16.3.2018, V ZR 276/16 – Ls.) 435

2. Unzutreffende Angaben (trockener Keller) in einem Maklerexposé (BGH, Urteil vom 19.1.2018, V ZR 256/16 – Ls.) 435

3. Auftragsrechtlicher Auskunftsanspruch bei Erteilung einer „Generalvollmacht und Patientenverfügung“ (OLG München, Urteil vom 6.12.2017, 7 U 1519/17) 435
mit Anmerkung **Volmer** 438

4. Obligatorisches Schlichtungsverfahren (LG Frankfurt a. M., Urteil vom 15.3.2018, 13 S 102/17) 439

SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT

5. Zum Recht des Erwerbers eines mit einem Grundpfandrecht belasteten Grundstücks, Einreden aus dem Sicherungsvertrag zu erheben (BGH, Urteil vom 19.10.2017, IX ZR 79/16) 441
mit Anmerkung **Kessler** 445

6. Voraussetzungen der Eintragung der Vereinbarung des Bestehenbleibens der Erbbauzinsreallast ins Grundbuch (KG, Beschluss vom 1.3.2018, 1 W 98/17) 446
mit Anmerkung **Schlögel** 447

7. Anforderungen an die Bestimmtheit eines unter der aufschiebenden Bedingung der Zuweisung bestellten Sondernutzungsrechts (OLG Nürnberg, Beschluss vom 6.2.2018, 15 W 1753/17) 449

8. Kein Eintragungshindernis bei bloßer Anfechtbarkeit der Verwalterbestellung in eventual einberufener Zweitversammlung der Wohnungseigentümer (OLG München, Beschluss vom 26.1.2018, 34 Wx 304/17) 452
mit Anmerkung **Löffler** 454

9. Auslegung einer Auflassungserklärung an Miteigentümer zu gleichen Teilen und Bestimmtheit eines Antrags auf Eintragung eines Nießbrauchsrechts (OLG München, Beschluss vom 20.10.2016, 34 Wx 228/16) 456
mit Anmerkung **Sikora** 458

FAMILIENRECHT

10. Kontrollbetreuung bei gemeinschaftlicher Vertretung durch mehrere Bevollmächtigte (BGH, Beschluss vom 31.1.2018, XII ZB 527/17 – Ls.) 459

11. Anforderungen an die Auswahl eines Betreuers bei Vorliegen einer „Gesundheitsbetreuungsvollmacht“ (BGH, Beschluss vom 8.11.2017, XII ZB 90/17) 460

ERBRECHT

12. Widerruf eines Schenkungsversprechens durch Verfügung über das gesamte Vermögen in einem Testament (BGH, Urteil vom 30.1.2018, X ZR 119/15) 462
mit Anmerkung **Forschner** 465

Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 5 | 2018

13. Beseitigung der Ungleichbehandlung ehelicher und nichtehelicher Kinder im Erbrecht durch das Zweite Erbrechtsgleichstellungsgesetz (BGH, Beschluss vom 12.7.2017, IV ZB 6/15) mit Anmerkung **S. Braun** 466
470

14. Wirksamkeit einer Widerrufserklärung bei Zugang „alsbald“ nach dem Tod des Erblassers (OLG Oldenburg, Beschluss vom 19.12.2017, 3 W 112/17) 471

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

15. Betriebsspaltung und Betriebsübergang (BAG, Urteil vom 19.10.2017, 8 AZR 63/16) 472

16. Geschäftsführerversicherung bei im Bundeszentralregister getilgten Straftaten nach Ablauf von fünf Jahren seit rechtskräftiger Verurteilung (OLG Oldenburg, Beschluss vom 3.4.2018, 12 W 39/18 – Ls.) 479

17. Fortbestand einer Vollmacht bei Änderung der Vertretungsregelung des Vollmachtgebers (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8.12.2017, I-3 Wx 275/16) 479

Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

18. Unentgeltlichkeit nach § 4 AnfG bei der Übertragung eines Grundstücks an den Ehegatten (OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 5.3.2018, 3 U 159/17) 481

Beurkundungs- und Notarrecht

19. Unzulässigkeit der Amtsbezeichnung „Notariat“ und amtswidrige Gestaltung der Homepage durch reklamehafte Herausstellung der persönlichen Qualitäten (BGH, Beschluss vom 23.4.2018, NotZ (BrfG) 6/17) 482

Kostenrecht

20. Geschäftswert für notarielle Beurkundung des Gesellschafterbeschlusses über eine Kapitalerhöhung (OLG München, Beschluss vom 26.2.2018, 32 Wx 405/17 Kost) 487
mit Anmerkung **Strauß** 488

Öffentliches Recht

21. Voraussetzungen für die Verwertung einer selbstgenutzten Eigentumswohnung (LSG Bayern, Urteil vom 17.8.2017, L 11 AS 786/15) 489

Steuerrecht

22. Zurückbehalt einer wesentlichen Betriebsgrundlage bei Einbringung (BFH, Urteil vom 29.11.2017, I R 7/16) 494

23. Aufgabe eines landwirtschaftlichen Betriebs durch Übertragung sämtlicher landwirtschaftlicher Nutzflächen in Abgrenzung zur Übertragung von Teilbetrieben (BFH, Urteil vom 16.11.2017, VI R 63/15) 498

24. Steuerfreiheit eines privaten Veräußerungsgeschäfts (FG München, Urteil vom 11.7.2017, 12 K 796/14 – Ls.) 501

SONSTIGES 502

Veranstaltungshinweise 502

Neuerscheinungen 504

STANDESNACHRICHTEN 506

AUFsätze

Das internationale Güterrecht nach den Güterrechtsverordnungen

Von Notar Dr. **Christoph Döbereiner**, München

Am 28.7.2016 sind für 18 EU-Staaten die „Verordnung (EU) 2016/1103 des Rates vom 24.6.2016 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Zuständigkeit, des anzuwendenden Rechts und der Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Fragen des ehelichen Güterstands“ (EUGüVO – AbIEU Nr. L 183 vom 8.7.2016, S. 1) und die „Verordnung (EU) 2016/1104 des Rates vom 24.6.2016 zur Durchführung der Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Zuständigkeit, des anzuwendenden Rechts und der Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Fragen güterrechtlicher Wirkungen eingetragener Partnerschaften“ (EUPartVO – AbIEU Nr. L 183 vom 8.7.2016, S. 30) in Kraft getreten. Die beiden Verordnungen werden ab dem 29.1.2019 anwendbar sein. Die güterrechtlichen Verhältnisse werden künftig grundsätzlich dem Recht des Staates, in dem die Ehegatten ihren ersten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt nach der Eheschließung haben, unterliegen. Das Recht der Staatsangehörigkeit findet nur noch subsidiär oder bei entsprechender Rechtswahl Anwendung. Der folgende Beitrag gibt – unter Ausklammerung prozessualer Fragestellungen – einen Überblick über die kollisionsrechtlichen Bestimmungen der Verordnung. Soweit nicht anders angegeben, wird zunächst nur die EUGüVO behandelt. Besonderheiten der EUPartVO folgen in einem eigenen Abschnitt am Ende des Beitrags.

I. Vorbemerkungen

1. Entstehung¹, Mitgliedstaaten, Drittstaatenproblematik

Die Entwicklung der beiden Güterrechtsverordnungen im Rahmen der europäischen Rechtsvereinheitlichungsbestrebungen begann entscheidend mit der Vorlage des Grünbuches zu den Kollisionsnormen im Güterrecht vom 17.7.2006. Am 18.3.2011 legte die Europäische Kommission in großen Teilen gleichlautende Vorschläge für die EUGüVO (KOM 2011/126 endg.) sowie die EUPartVO (KOM 2011/127 endg.) vor.² Nach längeren Diskussionen und zahlreichen Änderungen stellte sich heraus, dass aufgrund der Vorbehalte einiger EU-Mitgliedstaaten gegenüber gleichgeschlechtlichen Ehen und Partnerschaften die

für eine einheitliche Verabschiedung der Verordnungen nach Art. 81 Abs. 3 AEUV erforderliche Einstimmigkeit nicht zu erreichen sein würde. 17 Mitgliedstaaten beantragten daher zwischen Dezember 2015 und Februar 2016 im Wege der Verstärkten Zusammenarbeit gemäß Art. 326 ff. AEUV, beide Verordnungen im Paket in Kraft zu setzen. Der Vorschlag für den Beschluss des Rates wurde am 2.3.2016 verabschiedet und am 9.6.2016 vom Rat angenommen. Die schließlich endgültig teilnehmenden 18³ Mitgliedstaaten haben am 24.6.2016 der Verstärkten Zusammenarbeit zugestimmt. Die EUGüVO gilt für folgende 18 Länder: Belgien, Bulgarien, Deutschland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Italien, Kroatien, Luxemburg, Malta, Niederlande, Österreich, Portugal, Schweden, Slowenien, Spanien, Tschechische Republik, Zypern.⁴ Sie gilt dagegen nicht für Dänemark, Estland, Großbritannien (unabhängig vom Brexit), Irland, Lettland, Litauen, Polen, Rumänien, die Slowakei und Ungarn. Soweit in der EUGüVO von Mitgliedstaaten die Rede ist, sind hierunter diese Länder nicht zu verstehen; sie sind im Sinne der Verordnung Drittstaaten.⁵ Die übrigen Mitgliedstaaten der EU können sich der Verstärkten Zusammenarbeit jederzeit anschließen, allerdings nur insgesamt bezüglich beider Verordnungen und nicht nur isoliert bezüglich einer der beiden.

2. Zeitlicher Anwendungsbereich

Die Veröffentlichung der EUGüVO im Amtsblatt erfolgte am 8.7.2016, sodass sie nach Art. 70 Abs. 1 EUGüVO am 28.7.2016 in Kraft getreten ist. Nach Art. 70 Abs. 2 Unterabs. 2 Satz 1 EUGüVO i. V. m. Art. 69 Abs. 3 EUGüVO gelten die kollisionsrechtlichen Vorschriften jedoch erst, wenn die Ehegatten nach dem 29.1.2019 die Ehe eingehen oder eine güterrechtliche Rechtswahl treffen. Nicht ganz klar ist die Rechtslage für den 29.1.2019 selbst, da nach Art. 70 Abs. 2 Unterabs. 2 EUGüVO die Verordnung an diesem Tag bereits anwendbar ist, nach Art. 69 Abs. 3 EUGüVO dieser Tag aber

1 Siehe hierzu Dutta/Weber/Serdynska, Die Europäischen Güterrechtsverordnungen, 2017, S. 7.

2 Siehe hierzu etwa Buschbaum/Simon, GPR 2011, 262; Coester-Waltjen, ZEuP 2012, 225; Döbereiner, MittBayNot 2011, 463; Martiny, IPRax 2011, 437.

3 Zypern hat sich nachträglich noch angeschlossen.

4 Damit besteht eine Übereinstimmung der Mitgliedstaaten der Güterrechtsverordnungen weder mit der Rom III-VO noch mit der EU ErbVO.

5 Siehe zum Beispiel Dutta/Weber/Kohler, Die Europäischen Güterrechtsverordnungen, S. 163, 164 Rdnr. 2; Weber, DNotZ 2016, 659, 662.

noch nicht mitzählt.⁶ Für vorher geschlossene Ehen bzw. getroffene Rechtswahlen bleibt es bei den bisherigen Regelungen, aus deutscher Sicht also insbesondere bei Art. 15 EGBGB, sodass die bisherigen kollisionsrechtlichen Bestimmungen noch lange Zeit von Bedeutung sein werden.

3. Verhältnis zu früheren Abkommen und Staatsverträgen

Im Bereich des Ehegüterrechts gab es multilateral bisher nur zwei internationale Übereinkommen der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht, nämlich das Ehwirkungsübereinkommen vom 17.7.1905 und das Ehegüterrechtsübereinkommen vom 14.3.1978.⁷ Ersteres wurde von der Bundesrepublik Deutschland mit Wirkung zum 23.8.1987 gekündigt, letzteres wurde nur von drei EU-Mitgliedstaaten, nämlich Frankreich, Luxemburg und den Niederlanden, ratifiziert. Diese sind sämtlich ebenfalls Mitgliedstaaten der EUGüVO, sodass auch das Ehegüterrechtsübereinkommen wegen Art. 62 Abs. 2 EUGüVO künftig keine Bedeutung mehr haben wird.

Als nach Art. 62 Abs. 1 EUGüVO aufgrund bestehender völkerrechtlicher Verpflichtungen auch künftig vorrangiges bilaterales Übereinkommen⁸ gilt für Deutschland im Bereich des Ehegüterrechts nur noch das Deutsch-Persische Niederlassungsabkommen vom 17.2.1929, das heute noch im Verhältnis zum Iran Anwendung findet und für iranische Ehepaare in Deutschland sowie für deutsche Ehepaare im Iran auf das Heimatrecht abstellt. Ob seitens Deutschlands eine Kündigung des Abkommen gemäß dessen Art. 10 erfolgen wird, bleibt abzuwarten.⁹ Nicht tangiert wird von der EUGüVO dagegen das nur sachrechtliche Regelungen enthaltende deutsch-französische Wahlgüterstandsabkommen.¹⁰

4. Systematik

Die EUGüVO ist in sechs Kapitel gegliedert:

- Kapitel I: Anwendungsbereich und Begriffsbestimmungen (Art. 1-3)
- Kapitel II: Gerichtliche Zuständigkeit (Art. 4-19)
- Kapitel III: Anzuwendendes Recht (Art. 20-35)
- Kapitel IV: Anerkennung, Vollstreckbarkeit und Vollstreckung von Entscheidungen (Art. 36-57)
- Kapitel V: Öffentliche Urkunden und gerichtliche Vergleiche (Art. 58-60)

6 Hierzu Dutta/Weber/Coester-Waltjen, Die Europäischen Güterrechtsverordnungen, S. 47, 48 Rdnr. 1 f.; auffällig ist auch, dass bei Art. 69 Abs. 3 EUGüVO der 29.1.2019 nicht mitgezählt wird, bei der verfahrensrechtlichen Übergangsregelung des Art. 69 Abs. 1 EUGüVO dagegen schon.

7 Vgl. hierzu im Überblick Süß/Ring/Döbereiner, Eherecht in Europa, 3. Aufl. 2017, Länderbericht Frankreich Rdnr. 129 ff.

8 Hierzu ausführlich Dutta/Weber/Kohler, Die Europäischen Güterrechtsverordnungen, S. 163. Nach Kohler gibt es in Deutschland immerhin ca. 70.000 iranische Staatsangehörige. Das Deutsch-Persische Niederlassungsabkommen gilt wohl nicht für Doppelstaater, siehe Weber, DNotZ 2016, 659, 693 m. w. N.

9 Näher hierzu Dutta/Weber/Kohler, Die Europäischen Güterrechtsverordnungen, S. 163, 175 ff. Rdnr. 22 ff.

10 Dutta, FamRZ 2016, 1973, 1985.

- Kapitel VI: Allgemeine und Schlussbestimmungen (Art. 61-70).

Vorangestellt sind eine Vorbemerkung und Erwägungsgründe (ErwG) mit insgesamt 73 Randnummern, die Auslegungshilfen bieten sollen.

II. Auslegung, sachlicher Anwendungsbereich, Vorfragen

1. Auslegung

Die Begriffe der Verordnung sind grundsätzlich autonom auf der Grundlage eines europäischen Begriffsverständnisses auszulegen, also losgelöst von den nationalen Rechtsordnungen unter Berücksichtigung des Wortlauts, der Entstehungsgeschichte, der Funktion, der Ziele und der Systematik der jeweiligen Regelung sowie der allgemeinen Rechtsgrundsätze, die sich aus der Gesamtheit der nationalen Rechtsordnungen ergeben.¹¹ Die Kategorien des deutschen Rechts bilden dabei nur noch einen Teil dieser Gesamtheit. Im Zweifelsfall wacht der EuGH nach Art. 267 Abs. 2 AEUV über die einheitliche Auslegung der Verordnung. Abweichend von der autonomen Auslegungsmethode sind nach Nr. 50 ErwG die Staatsangehörigkeit einer Person und nach Art. 1 Abs. 2 lit. b EUGüVO in Verbindung mit Nr. 21 ErwG das Vorliegen einer Ehe nach dem jeweiligen nationalen Recht zu ermitteln.

2. Anwendungsbereich, Abgrenzung zu anderen Statuten

- a) Begriff und Reichweite des Güterrechts, Art. 3 Abs. 1 lit. a und Art. 27 EUGüVO

Nach Art. 1 Abs. 1 EUGüVO findet die Verordnung auf die ehelichen Güterstände Anwendung. Darunter sind nach Art. 3 Abs. 1 lit. a EUGüVO – anders als nach dem Begriffsverständnis vieler Rechtsordnungen – nicht nur die einzelnen Güterstände im engeren Sinn wie etwa Zugewinnngemeinschaft, Gütertrennung oder Gütergemeinschaft zu verstehen, sondern sämtliche vermögensrechtlichen Regelungen, die zwischen den Ehegatten und in ihren Beziehungen zu Dritten aufgrund der Ehe oder der Auflösung der Ehe gelten. Umfasst sind nach Nr. 18 ErwG nur die zivilrechtlichen Aspekte. Korrespondierend hierzu definiert Art. 3 Abs. 1 lit. b EUGüVO eine Vereinbarung über den ehelichen Güterstand als Vereinbarung zwischen Ehegatten oder künftigen Ehegatten, mit der sie ihren ehelichen Güterstand regeln. Wie nach bisherigem deutschen IPR unterfallen dem Güterrechtsbegriff alle materiellen Rechtsätze, die eine vermögensrechtliche Sonderordnung zwischen den Ehegatten schaffen,¹² aber auch sämtliche zivilrechtlichen Verhältnisse zwischen den Ehegatten und in ihren Beziehungen zu Dritten, sofern hierfür die Schließung, das Bestehen oder die Auflösung der Ehe *conditio sine qua non* ist.¹³

11 Vgl. Nr. 18 S. 2, 59 ErwG. Ausführlich hierzu Dutta/Weber/Bonomi, Die Europäischen Güterrechtsverordnungen, S. 123, 124 ff. Rdnr. 2 ff.; siehe auch Henrich, ZfRV 2016, 171, 172; Weber, DNotZ 2016, 659, 660; Dutta, FamRZ 2016, 1973.

12 Dutta/Weber/Köhler, Die Europäischen Güterrechtsverordnungen, S. 147, 148 Rdnr. 4; Palandt/Thorn, 77. Aufl. 2018, Art. 15 EGBGB Rdnr. 25.

13 Weber, DNotZ 2016, 659, 664.

Eine positive Umschreibung der Reichweite des Güterrechtsstatuts findet sich in Art. 27 EUGüVO. Demnach regelt das Güterrechtsstatut unter anderem (also nicht abschließend) die Einteilung des Vermögens der Ehegatten in verschiedene Kategorien (lit. a), die Übertragung von Vermögen von einer Kategorie in die andere (lit. b), die Haftung eines Ehegatten für Schulden des anderen (lit. c), die Befugnisse, Rechte und Pflichten der Ehegatten in Bezug auf das Vermögen (lit. d), die Auflösung des ehelichen Güterstandes und die Vermögensaufteilung (lit. e),¹⁴ die Wirkungen des Güterstandes auf ein Rechtsverhältnis zu Dritten (lit. f)¹⁵ sowie die materielle Wirksamkeit einer Vereinbarung über den ehelichen Güterstand (lit. g).¹⁶

Nach dem sehr weiten Wortlaut der Definitionen in Art. 3 Abs. 1 lit. a EUGüVO würden zum Beispiel auch Unterhaltspflichten, der Versorgungsausgleich, Zuwendungen unter Ehegatten oder Ehegattengesellschaften unter die EUGüVO fallen. Art. 1 Abs. 2 EUGüVO grenzt daher den Anwendungsbereich der EUGüVO negativ ab. Er nimmt davon ausdrücklich Fragen der Rechts-, Geschäfts- und Handlungsfähigkeit (Art. 1 Abs. 2 lit. a EUGüVO),¹⁷ Unterhaltspflichten (Art. 1 Abs. 2 lit. c EUGüVO),¹⁸ die Rechtsnachfolge nach dem Tod eines Ehegatten (Art. 1 Abs. 2 lit. d EUGüVO),¹⁹ den Versorgungsausgleich (Art. 1 Abs. 2 lit. f)²⁰ und bestimmte sachenrechtliche Fragestellungen (Art. 1 Abs. 2 lit. g und h) aus. Keine ausdrückliche Erwähnung finden im Nichtanwendungskatalog zur EUGüVO das von der Rom III-VO²¹ geregelte Scheidungsrecht und – interessanterweise anders als noch im Entwurf zur EUGüVO – Ehegattengesellschaften²² und unentgeltliche Zuwendungen zwischen Ehegatten.²³ Von besonderer Bedeutung ist im Einzelnen die Abgrenzung des Güterrechtsstatuts zu folgenden Bereichen:

14 Darunter fallen auch Auseinandersetzungsverträge, vgl. Dutta/Weber/Köhler, Die Europäischen Güterrechtsverordnungen, S. 147, 150 Rdnr. 8.

15 Siehe hierzu noch unten VI.

16 Siehe hierzu noch unten V. 3.

17 Das Güterrechtsstatut regelt jedoch spezielle Befugnisse und Rechte der Ehegatten im Zusammenhang mit dem Vermögen, insbesondere Verwaltungsbefugnisse, also spezifisch güterrechtliche Sonderregelungen, siehe Nr. 20 ErwG und Art. 27 lit. d EUGüVO sowie Heiderhoff, IPRax 2018, 1, 2; Dutta/Weber/Köhler, Die Europäischen Güterrechtsverordnungen, S. 147, 151 Rdnr. 12.

18 Siehe hierzu unter nachfolgend c).

19 Siehe hierzu unter nachfolgend g).

20 Hierfür gilt weiterhin Art. 17 Abs. 3 EGBGB. Nach dem Wortlaut sind nur Rentenansprüche, nicht aber zum Beispiel Kapitalleistungen aus einer betrieblichen Altersversorgung vom Anwendungsbereich der EUGüVO ausgenommen, so Dutta, FamRZ 2016, 1973, 1975.

21 Verordnung (EU) Nr. 1259/2010 des Rates vom 20.12.2010 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts.

22 Siehe hierzu unter nachfolgend e).

23 Siehe hierzu unter nachfolgend d).

b) Allgemeine Ehwirkungen

Durch den weiten Güterrechtsbegriff der EUGüVO findet diese auf einige Bereiche Anwendung, die bisher nach deutschem Verständnis dem allgemeinen Ehwirkungsstatut des Art. 14 EGBGB unterfallen, wodurch es teilweise zu aus deutscher Sicht völlig neuen Einordnungen kommt. So regelt das (weite) Güterrechtsstatut der EUGüVO auch weitgehend die unter dem französischen Begriff des *régime primaire*²⁴ zusammengefassten Bereiche, soweit sie vermögensrechtliche Bedeutung haben. Hierzu gehören etwa die Schlüsselgewalt des § 1357 BGB,²⁵ die Eigentumsvermutung des § 1362 BGB,²⁶ Verfügungsbeschränkungen wie §§ 1365, 1369 BGB oder Art. 215 franz. CC, und zwar – anders als bisher – unabhängig davon, ob sie güterstandsspezifisch sind oder nicht.²⁷ Auch die vom BGH²⁸ bisher dem allgemeinen Ehwirkungsstatut unterstellte Brautgabe islamischer Rechtsordnungen wird – sofern sie keine Unterhaltungsfunktion hat²⁹ – vom Güterrechtsstatut geregelt, ebenso die Zuweisung der Ehwohnung und von Haushaltsgegenständen an einen Ehegatten³⁰ sowie ein etwa nach österreichischem Recht (§ 89 ABGB) bestehender Ausgleichsanspruch des im Betrieb seines Partners mitarbeitenden Ehegatten.³¹

Für Art. 14 EGBGB wird künftig nur noch ein kleiner Anwendungsbereich bleiben, sodass berechtigterweise die Frage zu stellen ist, ob der deutsche Gesetzgeber zur Vereinheitlichung und Vereinfachung nicht generell auch für das allgemeine Ehwirkungsstatut in Art. 14 EGBGB zum Aufenthaltsprinzip übergehen³² oder jedenfalls (weitgehend klarstellend) das all-

24 A. A. Dutta/Weber/Bonomi, Die Europäischen Güterrechtsverordnungen, S. 121, 136 f. Rdnr. 66 ff.; vgl. zum *régime primaire* allgemein Süß/Ring/Döbereiner, Eherecht in Europa, Länderbericht Frankreich Rdnr. 46 ff.

25 Dutta, FamRZ 2016, 1973, 1974; Heiderhoff, IPRax 2018, 1, 2; Henrich, ZfRV 2016, 171, 174; Dutta/Weber/Köhler, Die Europäischen Güterrechtsverordnungen, S. 147, 149 Rdnr. 5; Weber, DNotZ 2016, 659, 665.

26 Dutta, FamRZ 2016, 1973, 1974; Heiderhoff, IPRax 2018, 1, 2; Dutta/Weber/Köhler, Die Europäischen Güterrechtsverordnungen, S. 147, 149 Rdnr. 5.

27 Henrich, ZfRV 2016, 171, 174; Dutta/Weber/Köhler, Die Europäischen Güterrechtsverordnungen, S. 147, 149 Rdnr. 5; Martiny, ZfPW 2017, 1, 8; Weber, DNotZ 2016, 659, 665.

28 BGH, Beschluss vom 4.2.2010, IX ZB 57/09, FamRZ 2010, 553.

29 Dutta, FamRZ 2016, 1973, 1974; Heiderhoff, IPRax 2018, 1, 2; Henrich, ZfRV 2016, 171, 174; Dutta/Weber/Köhler, Die Europäischen Güterrechtsverordnungen, S. 147, 149 Rdnr. 6; Martiny, ZfPW 2017, 1, 9; Weber, DNotZ 2016, 659, 665.

30 Dutta, FamRZ 2016, 1973, 1975; Martiny, ZfPW 2017, 1, 9; siehe hierzu noch unten III. 9.

31 Henrich, ZfRV 2016, 171, 174.

32 So Henrich, ZfRV 2016, 171, 174. Nach dem inzwischen vorliegenden Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz für ein Gesetz zum Internationalen Güterrecht und zur Änderung von Vorschriften des Internationalen Privatrechts soll Art. 14 EGBGB mit Wirkung zum 29.1.2019 neugefasst und auch dort der Vorrang des Rechts am gewöhnlichen Aufenthalt vor dem Staatsangehörigkeitsrecht eingeführt werden.

gemeine Ehwirkungsstatut auf nichtvermögensbezogene Wirkungen beschränken sollte.³³

c) Unterhaltspflichten

Die nach Art. 1 Abs. 2 lit. c EUGüVO vom Anwendungsbereich der EUGüVO ausgenommenen Unterhaltspflichten werden grundsätzlich seit dem 18.6.2011 durch die EUUnterhaltsVO vom 18.12.2008 und das Haager Unterhaltsprotokoll vom 23.11.2007 geregelt. Angesichts der Rechtsprechung des EuGH ist allerdings die Abgrenzung nicht immer leicht, da nach den Entscheidungen de Cavel II³⁴ und van den Boogard³⁵ eine Leistung nur dann dem Unterhaltsstatut unterfällt, wenn sie dazu dient, unter Berücksichtigung des Bedarfs und der Mittel beider Ehegatten den Unterhalt eines bedürftigen Partners zu sichern, wohingegen eine Leistung zur Aufteilung der Güter zwischen den Ehegatten dem Güterrecht zuzuordnen ist. Fraglich ist dies zum Beispiel bei der sog. prestation compensatoire des französischen Rechts.³⁶ Probleme werden auch auftreten, wenn eine Leistung beide Zwecke verfolgt; sachgerecht dürfte dann statt einer Aufteilung³⁷ eine Schwerpunktbildung³⁸ sein.

d) Schenkungen und ehebedingte Zuwendungen unter Ehegatten

Anders als nach Art. 1 Abs. 2 lit. g EU ErbVO sind unentgeltliche Zuwendungen nicht ausdrücklich vom Anwendungsbereich der EUGüVO ausgenommen. Für Schenkungen gilt grundsätzlich die Rom I-VO (Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.6.2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, Abl. 2008 L 177/6) mit ihren Rechtswahlmöglichkeiten. Nach Art. 23 Abs. 2 lit. i EU ErbVO werden jedoch Ausgleichung und Anrechnung unentgeltlicher Zuwendungen im Erbfall vom Erbstatut geregelt. Das gleiche gilt für den verfügbaren Teil des Nachlasses und die Pflichtteile nach Art. 23 Abs. 2 lit. h EU ErbVO. Davon abgesehen sollen ehebedingte Zuwendungen unter Ehegatten unter Geltung der EUGüVO als Teil des Nebengüterrechts güterrechtlich zu qualifizieren sein.³⁹

e) Abgrenzung zum Gesellschaftsrecht

Fragen des Gesellschaftsrechts sind nicht ausdrücklich vom Anwendungsbereich der EUGüVO ausgenommen. Das Gesellschaftsstatut bestimmt, ob ein Gesellschaftsanteil übertragbar ist und ob er zum Beispiel überhaupt in ein eheliches Gesamtgut fallen kann. Ist dies wie etwa im deutschen Gesellschaftsrecht für Anteile an Kapitalgesellschaften der Fall, so

regelt das Güterrechtsstatut die Ausgestaltung dieses ehelichen Gemeinschaftsverhältnisses, etwa die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnisse der Ehegatten im Hinblick auf einen gemeinsam gehaltenen Anteil. Ist nach dem Gesellschaftsstatut eine gütergemeinschaftliche Beteiligung der Ehegatten – wie etwa im deutschen Gesellschaftsrecht für Anteile an einer GbR oder OHG – ausgeschlossen, so regelt das Güterrechtsstatut die Behandlung eines solchen Gesellschaftsanteils als Vermögensbestandteil der Ehegatten, etwa, ob ein solcher Anteil automatisch Vorbehaltsgut wird oder ob es hierzu weiterer Erklärungen oder Rechtshandlungen bedarf. Diese Grundsätze gelten auch für zwischen den Ehegatten selbst errichtete Gesellschaften. Ein nach ausländischem – etwa portugiesischem – Recht ggf. bestehendes Verbot von Ehegattengesellschaften ist güterrechtlich zu qualifizieren;⁴⁰ dies soll anders als nach der vom BGH⁴¹ bisher vertretenen schuldrechtlichen Einordnung auch für reine Ehegattinnengesellschaften gelten.⁴²

f) Abgrenzung zum Sachenrecht, Art. 1 Abs. 2 lit. g und lit. h EUGüVO⁴³

Zur Abgrenzung zum Sachenrecht enthält die EUGüVO in Art. 1 Abs. 2 lit. g (Art der dinglichen Rechte) und lit. h (Registervorbehalt) weitgehend wortgleiche Regelungen wie die EU ErbVO in Art. 1 Abs. 2 lit. k und lit. l. Weitere Erläuterungen hierzu finden sich in Nr. 24, 27 und 28 ErwG. Ergänzend hierzu ordnet Art. 29 EUGüVO (wie Art. 31 EU ErbVO) eine Anpassung ausländischer Rechtsinstitute an, wenn diese im Inland geltend gemacht werden und dem inländischen Recht fremd sind. Nach der positiven Definition der Reichweite des Güterrechtsstatuts in Art. 27 lit. a EUGüVO unterliegt außerdem die Übertragung von Vermögen zwischen verschiedenen güterrechtlichen Vermögenskategorien dem Güterrechtsstatut, ebenso nach Art. 27 lit. e EUGüVO die Teilung und Aufteilung des Vermögens nach Auflösung des ehelichen Güterstandes.

Der aus der EU ErbVO zum Vindikationslegat hinlänglich bekannte – nun durch die Kubicka-Entscheidung des EuGH vom 13.10.2017⁴⁴ entschiedene – Problemerkis findet sich hier in anderem Gewand wieder. Bedeutung hat die Abgrenzung im Rahmen der EUGüVO zum Beispiel dann, wenn es aufgrund der Eheschließung oder durch einen Güterstandswechsel nach dem anwendbaren Güterrechtsstatut automatisch zu einem Eigentumswechsel oder einer Veränderung des Beteiligungsverhältnisses an einem Gegenstand kommt, das Recht der Belegenheit jedoch hierfür weitere Übertragungsakte wie

33 So Dutta, FamRZ 2016, 1973, 1974.

34 EuGH, Urteil vom 6.3.1980, Rs. 120/79, Slg. 1980, 731.

35 EuGH, Urteil vom 27.2.1997, Rs. C 220/95, Slg. 1997, I-1147.

36 Siehe hierzu Süß/Ring/Döbereiner, Eherecht in Europa, Länderbericht Frankreich Rdnr. 177 ff.

37 In diesem Sinn aber Dutta, FamRZ 2016, 1973, 1974; Heiderhoff, IPRax 2018, 1, 2.

38 So Dutta/Weber/Köhler, Die Europäischen Güterrechtsverordnungen, S. 147, 155 Rdnr. 20.

39 Dutta, FamRZ 2016, 1973, 1975; Dutta/Weber/Köhler, Die Europäischen Güterrechtsverordnungen, S. 147, 149 Rdnr. 7; Weber, DNotZ 2016, 659, 665.

40 Vgl. zum bisherigen deutschen IPR zum Beispiel Palandt/Thorn, Art. 15 EGBGB Rdnr. 25 m. w. N.; Süß/Ring/Süß, Eherecht in Europa, Allgemeiner Teil § 2 Rdnr. 173, 242.

41 BGH, Urteil vom 10.6.2015, IV ZR 69/14, NJW 2015, 2581.

42 Dutta, FamRZ 2016, 1973, 1975; Heiderhoff, IPRax 2018, 1, 2; Dutta/Weber/Köhler, Die Europäischen Güterrechtsverordnungen, S. 147, 149 Rdnr. 7; Weber, DNotZ 2016, 659, 666; a. A. wohl Henrich, ZfRV 2016, 171, 174.

43 Ausführlich Rupp, GPR 2016, 295; Weber, RNotZ 2017, 365, beide jedoch vor Ergehen der Kubicka-Entscheidung des EuGH.

44 EuGH, Urteil vom 12.10.2017, C-218/16, FamRZ 2017, 2057 m. Anm. Döbereiner; siehe auch Bandel, MittBayNot 2018, 99.

etwa bei Immobilien eine Auffassung verlangt. Entsprechende Fragen können sich zum Beispiel auch bei nach dem anwendbaren ausländischen Güterrechtsstatut dinglich wirkenden Auseinandersetzungsverträgen stellen, wenn zum ehelichen Gemeinschaftsvermögen Immobilien in Deutschland gehören.

Wendet man die vom EuGH im genannten Kubicka-Urteil aufgestellten Grundsätze auf diesen Fragenkreis entsprechend an, so ist von einem Vorrang des Güterrechtsstatuts auszugehen. Demnach stehen Art. 1 Abs. 2 lit. g EUGüVO und Art. 29 EUGüVO der Anerkennung von nach ausländischem Recht automatisch dinglich wirkenden Rechtsgeschäften nicht entgegen, da es sich nicht um unterschiedliche dingliche Rechte an sich, sondern nur um verschiedene – jeweils auf das gleiche dingliche Recht, nämlich das Eigentum abzielende – Erwerbsmodalitäten handelt. Auch der Vorrang des in Art. 1 Abs. 2 lit. h EUGüVO enthaltenen Registervorbehalts ändert nach Auffassung des EuGH hieran nichts, da dieser bereits nach dem Wortlaut nur die Voraussetzungen der *Eintragung*, nicht aber die Voraussetzungen des *Erwerbs* der betreffenden Rechte regelt. Im internationalen Erbrecht mag dies bei Vorliegen eines Europäischen Nachlasszeugnisses als für das Grundbuchverfahren taugliche Eintragungsgrundlage noch durchführbar sein; eine vergleichbares Zeugnis steht allerdings nach der EUGüVO nicht zur Verfügung, allenfalls – jedenfalls zwischen den Mitgliedstaaten – nach Art. 58 ff. EUGüVO anzuerkennende öffentliche, insbesondere notarielle Urkunden wie zum Beispiel Eheverträge. Die weitere Entwicklung in diesem Bereich bleibt abzuwarten.

Eine Umdeutung nach Art. 29 EUGüVO ist jedoch bei der Grundbucheintragung von nach einem ausländischen Güterrechtsstatut bestehenden, im Inland unbekanntem Rechtsinstituten vorzunehmen. So kann eine nach ausländischem Recht zugunsten eines Ehegatten bestehende Legalhypothek in Deutschland nur als Hypothek oder Sicherungsgrundschuld im Grundbuch eingetragen werden.⁴⁵

g) Abgrenzung zum Erbrecht, Art. 1 Abs. 2 lit. d EUGüVO

Nach Art. 1 Abs. 2 lit. d EUGüVO regelt die Verordnung nicht die Rechtsnachfolge nach dem Tod eines Ehegatten. Damit ist zunächst das gesamte Erbrecht des überlebenden Ehegatten vom Anwendungsbereich ausgenommen, aber auch Ansprüche Dritter, wie etwa Pflichtteils- oder Noterbrechte naher Angehöriger. Zum Vergleich: Nach Art. 1 Abs. 2 lit. d EU ErbVO sind Fragen des ehelichen Güterrechts sowie des Güterrechts aufgrund von Verhältnissen, die nach dem auf diese Verhältnisse anzuwendenden Recht mit der Ehe vergleichbare Wirkungen entfalten, vom Anwendungsbereich der EU ErbVO ausgeschlossen. Andererseits bestimmt Art. 23 Abs. 2 lit. b EU ErbVO, dass dem Erbstatut die Nachlassansprüche des überlebenden Ehegatten oder Lebenspartners unterliegen.

Die EUGüVO enthält wie die EU ErbVO keine Bestimmungen zur Vereinheitlichung zwischen Güterrecht und Erbrecht. Diese wird damit auch künftig im Einzelfall kompliziert und eine vordringliche Aufgabe der Rechtsgestaltung bleiben. Die klassischen kollisionsrechtlichen Probleme wie etwa des § 1371

Abs. 1 BGB (Zusammentreffen deutschen Güterrechtsstatuts mit ausländischem Erbstatut) werden bestehen bleiben. Wie auch vom BGH zur Rechtslage vor Inkrafttreten der EU ErbVO entschieden,⁴⁶ ging die fast einhellige Auffassung in der deutschen Literatur auch unter Geltung der EU ErbVO und der EUGüVO und deren autonomer Auslegung von einer güterrechtlichen Qualifikation des § 1371 Abs. 1 BGB aus.⁴⁷ Mit Beschluss vom 25.10.2016 hat das KG⁴⁸ dem EuGH diese Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt; in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache C-558/16 (Mahnkopf) vom 13.12.2017 hat der Generalanwalt überraschend eine erbrechtliche Qualifikation gefordert.⁴⁹ Der EuGH ist – vor allem um die Effektivität des Europäischen Nachlasszeugnisses sicher zu stellen – inzwischen mit seinem Urteil vom 1.3.2018 dieser Auffassung gefolgt.⁵⁰

Allgemein kann auch künftig unter Geltung von EU ErbVO und EUGüVO wohl als Richtschnur gelten, dass Regelungen, die den Ehegatten in eine Reihe mit den erbberechtigten Verwandten stellen und ihm eine Teilhabe am Vermögen des Verstorbenen ausschließlich aufgrund der Nähebeziehung zum Erblasser gewähren und im Hinblick darauf, dass nach dem hypothetischen Willen des Verstorbenen eine erbrechtliche Verteilung an nahe Angehörige erfolgen soll, erbrechtlich zu qualifizieren sind. Erbrechtliche Begünstigungen werden ferner in der Regel unabhängig von einem bestimmten Güterstand gewährt. Güterrechtlich ist zu qualifizieren, wenn die Begünstigung ein Ausgleich für die während der Ehe erbrachten Leistungen des Überlebenden oder Konsequenz des Umstands, dass Gatten während der Ehe ihre beiderseitigen Vermögen verschmolzen haben und somit aus einem Topf gewirtschaftet haben, sein soll. Güterrechtliche Begünstigungen sind ferner in der Regel vom Bestehen eines bestimmten Güterstandes abhängig.⁵¹

3. Vorfragen

Die nach Art. 1 Abs. 2 EUGüVO vom Anwendungsbereich der Verordnung ausgeschlossenen Komplexe sind grundsätzlich nach den für sie geltenden Kollisionsregeln anzuknüpfen. Fraglich ist, ob dies auch gilt, wenn sie als sog. Vorfragen vorgreiflich für güterrechtliche Fragen sind, oder ob im Bereich der EUGüVO nicht eine sog. unselbstständige Vorfragenan-

46 BGH, Beschluss vom 13.5.2015, IV ZB 30/14, FamRZ 2015, 1180 m. Anm. *Mankowski*.

47 Siehe nur *Dörner*, ZEV 2012, 505, 507; *Mankowski*, ZEV 2016, 479, 483; *Odersky*, notar 2013, 3; *Weber*, DNotZ 2016, 424, 433 und 659, 666.

48 KG, Beschluss vom 25.10.2016, 6 W 80/16, MittBayNot 2017, 628 m. Anm. *Odersky*.

49 Die vollständigen Schlussanträge können auf der Website des EuGH unter <https://curia.europa.eu/> eingesehen werden.

50 EuGH, Urteil vom 1.3.2018, C-558/16, ZEV 2018, 205 m. Anm. *Bandel*.

51 Vgl. zum Beispiel LG München I, Urteil vom 26.2.1976, 20 O 11171/75, FamRZ 1978, 364; *Mankowski*, ZEV 2016, 479, 482; *Martiny*, ZfPW 2017, 1, 11; *Staudinger/Dörner*, Neub. 2014, Art. 25 EGBGB Rdnr. 33; *Staudinger/Mankowski*, Art. 15 EGBGB Rdnr. 328; *Süß/Süß*, Erbrecht in Europa, 3. Aufl. 2015, § 4 Rdnr. 133. Anders jedoch der Generalanwalt in den Schlussanträgen in der oben genannten Rechtssache C-558/16 (Mahnkopf), siehe Fn. 49.

45 *Martiny*, ZfPW 2017, 1, 11.

knüpfung nach dem Recht der güterrechtlichen Hauptfrage sachgerechter ist. Für eine selbstständige Vorfragenanknüpfung spricht allgemein der interne, für eine unselbstständige Anknüpfung der internationale Entscheidungseinklang. Für die klassische Vorfrage des Bestehens, der Gültigkeit oder Anerkennung der Ehe entscheidet Art. 1 Abs. 2 lit. b EUGüVO ausdrücklich in ersterem Sinn, sodass es hierfür aus deutscher Sicht bei Art. 11 und 13 EGBGB verbleibt. Aber auch im Übrigen sind nach Nr. 21 ErwG im Rahmen der EUGüVO Vorfragen selbstständig anzuknüpfen.

III. Regelanknüpfung des Güterrechtsstatuts, Art. 26 EUGüVO

1. Erster gemeinsamer gewöhnlicher Aufenthalt nach Eheschließung

a) Allgemeines

Im Gegensatz zum deutschen IPR, das bisher in Art. 15 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB für das Güterrechtsstatut primär auf die gemeinsame Staatsangehörigkeit abstellt, galt bisher bereits in zahlreichen europäischen Staaten eine Anknüpfung an das Aufenthaltsrecht. Auch die EUGüVO bestimmt in Art. 26 Abs. 1 lit. a, dass mangels Rechtswahl in erster Linie das am ersten gewöhnlichen Aufenthalt der Ehegatten nach der Eheschließung geltende Güterrecht Anwendung findet und setzt damit die allgemeine Tendenz zur Abkehr vom Staatsangehörigkeitsprinzip im IPR fort. Nach Nr. 49 der Erläuterungen zur EUGüVO soll die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt der Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit des anwendbaren Rechts dienen. Es darf jedoch bezweifelt werden, ob sich Ehegatten, die zum Beispiel aus beruflichen Gründen bei Eheschließung ihren gemeinsamen Aufenthalt im Ausland haben, tatsächlich immer bewusst sind, dass bei Unterlassen einer Güterrechtswahl für ihre Ehe – grundsätzlich unwandelbar – ausländisches Güterrecht gilt.

b) Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts

Eine Definition des autonom auszulegenden Begriffs des gewöhnlichen Aufenthalts sucht man in der EUGüVO – wie in der EUerbVO – vergeblich. Die Erläuterungen geben – anders als in der EUerbVO – nicht einmal diesbezügliche Anhaltspunkte. Unabhängig von der Frage, ob es einen einheitlichen, für alle EU-Rechtsakte gültigen Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts gibt, wird man darunter den Lebens- und Daseinsmittelpunkt einer Person im Sinne des Ortes der Integration in ihr soziales und familiäres Umfeld verstehen können. Der gewöhnliche Aufenthalt ist nicht gleichzusetzen mit dem Wohnsitz, da anders als beim Wohnsitz für die Begründung eines gewöhnlichen Aufenthalts grundsätzlich kein rechtsgeschäftlicher Wille erforderlich ist. Der gewöhnliche Aufenthalt ist also zunächst nach rein objektiven Kriterien festzulegen. Andererseits dürfte bei Fehlen jeglichen subjektiven Moments die Annahme eines gewöhnlichen Aufenthalts kaum zu begründen sein. Eine Person kann lediglich einen einzigen gewöhnlichen Aufenthalt im Sinne der EUGüVO haben, da nicht zwei oder mehrere Güterrechte nebeneinander gelten können. Zur Feststellung des gewöhnlichen Aufenthalts ist unter Berücksichtigung dessen eine Gesamtbeurteilung der Lebensumstände der Ehegatten unmittelbar nach Eheschließung vorzunehmen. Zu

berücksichtigen sind zum Beispiel Dauer und Regelmäßigkeit des Aufenthalts in dem betreffenden Staat und die damit zusammenhängenden Umstände und Gründe. Vorauszusetzen ist eine besonders enge, feste und verfestigte Bindung zu dem betreffenden Staat mit gewisser Beständigkeit bzw. Regelmäßigkeit. Leben die Ehegatten im Ausland, ist stets im Einzelfall zu prüfen, wie tief sie noch in ihrem Ursprungsland verwurzelt sind. Die Staatsangehörigkeit und die Belegenheit von Vermögensgegenständen können als Indizien berücksichtigt werden, ebenso der Arbeitsort, der Bleibewille und die Absicht, sich in dem betreffenden Land zu integrieren. Eine Mindestverweildauer in der Vergangenheit wird nicht vorausgesetzt. Indizien können auch sein, wie häufig und von welcher Dauer Besuche der Ehegatten im Heimatstaat sind und welche Kenntnisse der ausländischen Landessprache sie erworben haben.

c) Einzelfälle

Folgende Problemfälle werden europaweit bisher vor allem im Rahmen der EUerbVO diskutiert,⁵² wobei die Lösung stets im Einzelfall anhand der genannten Kriterien zu ermitteln ist: sog. Mallorca-Rentner, Wanderarbeiter, Berufspendler, Grenzpendler, Pflegebedürftige und geschäftsunfähige Personen, die von nahen Angehörigen – um Pflegekosten zu sparen oder aufgrund „günstigerer“ Pflichtteilsquoten – ins Ausland verbracht werden,⁵³ Auslandsstudenten, Strafgefangene, Profisportler.

d) Gemeinschaftlichkeit des gewöhnlichen Aufenthalts

Im Rahmen von Art. 26 Abs. 1 lit. a EUGüVO kommt es dabei auf den *gemeinsamen* gewöhnlichen Aufenthalt der Partner an. Bei Bestehen einer ehelichen häuslichen Lebensgemeinschaft, deren Vorliegen hierfür jedoch nicht zwingend ist,⁵⁴ dürfte die Feststellung der Gemeinschaftlichkeit in der Regel unproblematisch sein. Fehlt es hieran, so ist im Zweifelsfall zunächst für beide Partner der gewöhnliche Aufenthalt getrennt zu ermitteln; liegen beide an verschiedenen Orten im gleichen Land, so reicht dies für die Annahme eines gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts aus, da es zutreffender Weise nur auf den Staat ankommt.⁵⁵ Anders dürfte dies wegen Art. 33 Abs. 2 lit. a EUGüVO aber sein, wenn die Ehegatten an verschiedenen Orten mit verschiedenen Rechtssystemen in einem Mehrrechtsstaat leben.⁵⁶

52 Näher zum Beispiel *Frank/Döbereiner*, Nachlassfälle mit Auslandsbezug, 2015, Rdnr. 120. Ausführlich *Kurth*, Der gewöhnliche Aufenthalt in Art. 4, 21 Abs. 1 EuErbVO, 2017, S. 205 ff.

53 Siehe hierzu nun OLG München, Beschluss vom 22.3.2017, 31 AR 47/17, MittBayNot 2017, 623 m. Anm. *Odersky*. Ausführlich *Weber/Francastel*, DNotZ 2018, 163.

54 *Kroll-Ludwigs*, GPR 2016, 231, 232.

55 *Dutta/Weber/Coester-Waltjen*, Die Europäischen Güterrechtsverordnungen, S. 47, 52 Rdnr. 21; *Heiderhoff*, IPRax 2018, 1, 5; *Weber*, DNotZ 2016, 659, 671.

56 *Dutta/Weber/Coester-Waltjen*, Die Europäischen Güterrechtsverordnungen, S. 47, 52 Rdnr. 21.

e) Maßgeblicher Zeitpunkt

Entscheidend ist dabei nicht der erste gewöhnliche Aufenthalt bei der Eheschließung, sondern nach der Eheschließung. Ein zeitlicher Rahmen wird dabei in Art. 26 Abs. 1 lit. a EUGüVO nicht genannt, Nr. 49 Satz 2 ErwG spricht von einem Zeitpunkt kurz nach der Heirat, ohne dies jedoch näher zu konkretisieren. In der Literatur wird hierzu ein Zeitraum von drei Monaten vorgeschlagen,⁵⁷ allerdings ohne dass sich im Verordnungstext samt Erwägungsgründen irgendein Anhaltspunkt für eine derartige starre Grenze findet. Man wird im Einzelfall eine Würdigung der Gesamtumstände des Einzelfalls vornehmen müssen. Als oberste Grenze wird man wohl einen Zeitraum von sechs Monaten ansetzen müssen.⁵⁸ Zu berücksichtigen sind dabei auch die Planungen der (künftigen) Ehegatten,⁵⁹ ohne dass diese jedoch allein entscheidend sein können, da diese bis zur Begründung eines gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts auch wieder geändert werden können. Äußerst problematisch ist bei der in Art. 26 Abs. 1 lit. a EUGüVO vorgenommenen Regelung, dass das Güterrechtsstatut und damit der Güterstand der Ehegatten im Zeitpunkt der Eheschließung überhaupt nicht feststeht, sondern ggf. erst rückwirkend festgestellt werden kann und damit unter Umständen ein gewisses güterrechtliches Vakuum bestehen kann.

2. Ausweichklausel, Art. 26 Abs. 3 EUGüVO

Abweichend von der primär vorzunehmenden Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt, sieht Art. 26 Abs. 3 EUGüVO als Art konkludente Rechtswahl⁶⁰ eine – zu Recht kritisch betrachtete –⁶¹ Ausweichklausel vor. Demnach kann bzw. – mangels Ermessens – muss⁶² das zuständige Gericht in den Fällen, in denen die Anknüpfung des Güterrechtsstatuts nach Art. 26 Abs. 1 lit. a EUGüVO aufgrund des gemeinsamen Aufenthalts erfolgt (nicht also in den anderen Fällen, etwa der Anknüpfung bei gemeinsamer Staatsangehörigkeit nach Art. 26 Abs. 1 lit. b EUGüVO) ausnahmsweise das Recht eines anderen Staates (nicht notwendig Vertragsstaates) für anwendbar erklären.

Die Ausweichklausel kommt nur auf Antrag eines Ehegatten zur Anwendung, die Beweislast liegt beim Antragsteller. Die Antragstellung wird in der Regel im Rahmen einer güterrechtlichen Streitigkeit in Betracht kommen; zulässig dürfte aber auch eine Feststellungsklage mit dem ausschließlichen Ziel der Feststellung des maßgeblichen Güterrechtsstatuts sein. Aus notarieller Sicht ist zu beachten, dass der Notar insbesondere bei der Beurkundung eines Ehevertrages nicht als Gericht im Sinne von Art. 3 Abs. 2 EUGüVO fungiert, sodass die Ausweichklausel nicht zur Anwendung kommen kann. Hier ist ggf. auf die Rechtswahlmöglichkeiten gemäß Art. 22 EUGüVO zurückzugreifen.

57 *Weber*, DNotZ 2016, 659, 672; siehe auch *Dutta/Weber/Coester-Waltjen*, Die Europäischen Güterrechtsverordnungen, S. 47, 52 Rdnr. 22.

58 Ähnlich *Heiderhoff*, IPRax 2018, 1, 5.

59 A. A. wohl *Dutta*, FamRZ 2016, 1973, 1982.

60 *Dutta*, FamRZ 2016, 1973, 1982.

61 *Kroll-Ludwigs*, GPR 2016, 231, 238.

62 So auch *Dutta/Weber/Coester-Waltjen*, Die Europäischen Güterrechtsverordnungen, S. 47, 57 Rdnr. 37; *Weber*, DNotZ 2016, 659, 676.

Die Ausweichklausel setzt nach Art. 26 Abs. 3 Unterabs. 1 lit. a EUGüVO voraus, dass der letzte – auch die Ehe ggf. nicht prägende – gemeinsame gewöhnliche Aufenthalt in einem bestimmten Staat erheblich länger bestand als der erste gemeinsame gewöhnliche Aufenthalt. Wann diese Voraussetzung erfüllt ist, wird von der EUGüVO nicht geregelt; eine absolute zeitliche Grenze gibt es nicht, abzustellen ist immer auf die Umstände des Einzelfalls. Ein Verhältnis drei Jahren zu elf Monaten wird wohl ausreichend sein, nicht dagegen ein Verhältnis von 25 Jahren zu 22 Jahren, auch wenn im letzteren Fall die Unterschiedszeitspanne länger ist.

Darüber hinaus müssen beide Ehegatten nach Art. 26 Abs. 3 Unterabs. 1 lit. b EUGüVO auf das Recht dieses anderen Staates bei der Regelung ihrer vermögensrechtlichen Beziehungen vertraut haben, sie müssen also von einem anderen Güterrechtstaut (nicht Güterstand⁶³) ausgegangen sein, ohne dass jedoch eine – wenn auch nur konkludente Rechtswahl – vorliegt.

Die Anwendung der Ausweichklausel ist nach Art. 26 Abs. 3 Unterabs. 4 wiederum ausgeschlossen, wenn die Ehegatten vor Begründung des letzten gemeinsamen Aufenthalts einen (wirksamen) Ehevertrag geschlossen haben. Wie sich zwar nicht eindeutig aus dem deutschen Wortlaut, jedoch aus dem englischen Verordnungstext ergibt, beziehen sich die Worte „in diesem anderen Staat“ nicht auf den Abschlussort des Ehevertrages, sondern den letzten gemeinsamen Aufenthalt, sodass unerheblich ist, wo der Ehevertrag abgeschlossen wurde.⁶⁴

Bejaht das Gericht das Vorliegen der Voraussetzungen der Ausweichklausel, so gilt nach Art. 26 Abs. 3 Unterabs. 2 EUGüVO als Güterrechtsstatut das Recht des Staates des letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts und zwar abweichend vom Unwandelbarkeitsgrundsatz rückwirkend ab Eheschließung. Jeder Ehegatte, auch der Antragsteller, kann der Rückwirkung widersprechen. In diesem Fall gilt das Recht am letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthaltsort erst ab dessen Begründung.⁶⁵

Nach Art. 26 Abs. 3 Unterabs. 3 EUGüVO dürfen wiederum durch die Anwendung der Ausweichklausel die Rechte Dritter nicht beeinträchtigt werden. Auf das Vertrauen des Dritten kommt es anders als bei Art. 28 EUGüVO nicht an. Insofern kann es zu einer Güterrechtsspaltung dergestalt kommen, dass zwischen den Ehegatten intern ein anderes Güterrechtsstatut gilt als nach außen gegenüber Dritten.

3. Recht der gemeinsamen Staatsangehörigkeit

Erst bei Fehlen eines gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts gilt subsidiär nach Art. 26 Abs. 1 lit. b EUGüVO das Recht, dessen Staatsangehörigkeit beide Ehegatten zum Zeitpunkt der Eheschließung besitzen. Gegenüber dem bisherigen deutschen IPR sind damit künftig die ersten beiden Stufen der Anknüpfungsleiter vertauscht.

63 A. A. *Weber*, DNotZ 2016, 659, 674.

64 So wohl auch *Weber*, DNotZ 2016, 659, 675.

65 Zur Rückabwicklung des bisherigen Güterstandes vgl. die Ausführungen unten IV. 5. b) c) entsprechend.

a) Ermittlung der Staatsangehörigkeit

Die Ermittlung der Staatsangehörigkeit erfolgt dabei nicht nach der EUGüVO. Es handelt sich vielmehr um eine nach nationalem Recht zu beantwortende Vorfrage, siehe auch Nr. 50 Satz 1 ErwG.

b) Mehrstaater

Bei Mehrstaatern kommt damit weiterhin Art. 5 Abs. 1 Satz 1 EGBGB zur Anwendung, sodass grundsätzlich die effektive Staatsangehörigkeit entscheidend ist.⁶⁶ Art. 5 Abs. 1 Satz 2 EGBGB und die Bevorzugung der deutschen Staatsangehörigkeit kann wegen des Diskriminierungsverbots in Art. 18 AEUV allerdings keine Anwendung mehr finden, maßgeblich bleibt vielmehr die effektive Staatsangehörigkeit.⁶⁷

Haben beide Ehegatten mehrere Staatsangehörigkeiten, aber nur eine gemeinsame, so greift Art. 26 Abs. 1 lit. b EUGüVO ein, wenn es sich bei der gemeinsamen jeweils um die effektive Staatsangehörigkeit handelt. Entsprechendes gilt, wenn eine gemeinsame Staatsangehörigkeit vorliegt, aber nur ein Ehegatte Mehrstaater ist.⁶⁸

Bei mehrfacher *gemeinsamer* Staatsangehörigkeit gilt Art. 26 Abs. 1 lit. b gemäß Art. 26 Abs. 2 EUGüVO nicht, und zwar angesichts des eindeutigen Wortlauts auch dann nicht, wenn eine gemeinsame effektive Staatsangehörigkeit darunter ist, vgl. auch Nr. 49 Satz 3 ErwG.⁶⁹

4. Engste Verbindung

Fehlt auch eine gemeinsame Staatsangehörigkeit im vorstehenden Sinn, ist nach Art. 26 Abs. 1 lit. c EUGüVO schließlich auf das Güterrecht des Staates abzustellen, mit dem die Ehegatten unter Berücksichtigung aller Umstände im Zeitpunkt der Eheschließung gemeinsam am engsten verbunden sind. Die im Entwurf noch vorgesehene ausdrückliche Erwähnung des Ortes der Eheschließung als Indiz für die Ermittlung der engsten Verbindung wurde nicht übernommen. Sie ist angesichts des heute verbreiteten Heiratstourismus ohnehin willkürlich. Abzustellen ist auf den Einzelfall. Zu berücksichtigende Kriterien sind etwa gescheiterte oder noch nicht verwirklichte Pläne zur Begründung eines gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts, die Staatsangehörigkeit, die Belegenheit des Vermögens, gemeinsame soziale Bindungen, die Herkunft, Religionszugehörigkeit oder Sprachkenntnisse der Ehegatten.⁷⁰

66 A. A. Heiderhoff, IPRax 2018, 1, 6.

67 Dutta/Weber/Coester-Waltjen, Die Europäischen Güterrechtsverordnungen, S. 47, 52 Rdnr. 26; Martiny, ZfPW 2017, 1, 17.

68 Dutta, FamRZ 2016, 1973, 1981 Fn. 57; Martiny, ZfPW 2017, 1, 21.

69 Dutta/Weber/Coester-Waltjen, Die Europäischen Güterrechtsverordnungen, S. 47, 54 Rdnr. 26; Martiny, ZfPW 2017, 1, 22; Weber, DNotZ 2016, 659, 673.

70 Vgl. auch Kroll-Ludwigs, GPR 2016, 2016, 231, 241; Martiny, ZfPW 2017, 1, 23.

5. Unwandelbarkeit des Güterstatuts

Wie im bisherigen deutschen IPR ist das Güterrechtsstatut – vorbehaltlich einer nachträglichen Rechtswahl nach Art. 22 EUGüVO und der Ausweichklausel des Art. 26 Abs. 3 EUGüVO – unwandelbar, sodass Änderungen der Anknüpfungsmomente, etwa ein Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts oder der Staatsangehörigkeit keine Auswirkungen auf das Güterrechtsstatut haben.

6. Universelle und einheitliche Anwendung

Das nach der EUGüVO maßgebliche Recht ist nach Art. 20 EUGüVO auch dann anzuwenden, wenn es sich nicht um das Recht eines Mitgliedstaates handelt (loi uniforme). Art. 21 EUGüVO bestimmt ferner, dass das Güterrechtsstatut ausnahmslos für das gesamte Vermögen der Ehegatten gilt; eine Güterrechtsspaltung wird also ausgeschlossen. Ein Vorrang des Einzelstatuts, wie er zum Beispiel bisher in Art. 3a Abs. 2 EGBGB vorgesehen ist, besteht nicht mehr (zum Ausschluss der partiellen Rechtswahl für unbewegliches Vermögen vgl. noch nachfolgend unter IV. 1. a).

7. Keine Rück- und Weiterverweisung, Art. 32 EUGüVO

Bei den Verweisungen in der Verordnung handelt es sich nach Art. 32 EUGüVO ausnahmslos um Sachnormverweisungen. Rück- und Weiterverweisungen sind ausgeschlossen. Dies ist auf den ersten Blick anhand der eintretenden Rechtssicherheit zu begrüßen, kann aber zur Folge haben, dass die Rechtsordnung eines Landes zur Anwendung kommt, das nicht Mitgliedstaat der Verordnung ist und die Verweisung durch das Abkommen nicht annimmt, also selbst auf eine andere Rechtsordnung (zurück- bzw. weiter-)verweist. Der internationale Entscheidungseinklang ist dadurch folglich nicht gewährleistet. Eine Einschränkung wie in Art. 34 Abs. 1 EU ErbVO, wonach Rück- oder Weiterverweisungen durch das Recht eines Drittstaates zu beachten sind, wenn und soweit die Verweisung auf das Recht eines Mitgliedstaates oder auf das Recht eines anderen Drittstaates erfolgt, der sein eigenes Recht anwenden würde, enthält die EUGüVO ausdrücklich nicht.

In der Beratungspraxis wird man trotz des Ausschlusses des renvoi auch ausländisches IPR und Güterrecht zu beachten haben und zwar insbesondere dann, wenn wesentliche Vermögensgegenstände des Ehegatten in einem Nichtmitgliedstaat der EUGüVO belegen sind, dessen IPR zu einem anderen Güterrechtsstatut gelangt als die EUGüVO. Die von der EUGüVO gefundene Lösung kann in diesen Fällen mangels Durchsetzbarkeit wertlos sein.

8. Mehrrechtsstaaten, Art. 33, 34 EUGüVO

Art. 33 EUGüVO enthält Vorschriften für Mehrrechtsstaaten wie Spanien oder die USA. In erster Linie bestimmen nach Art. 33 Abs. 1 EUGüVO bei Mehrrechtsstaaten die internen Kollisionsvorschriften dieses Staates die Gebietseinheit, deren Rechtsvorschriften anzuwenden sind. Sind solche nicht vorhanden, gilt bei Maßgeblichkeit des gewöhnlichen Aufenthalts nach Art. 33 Abs. 2 lit. a EUGüVO die Teilrechtsordnung, in der

die Ehegatten ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben und bei Maßgeblichkeit der Staatsangehörigkeit nach Art. 33 Abs. 2 lit. b EUGüVO die Teilrechtsordnung, zu der die Ehegatten die engste Verbindung haben.

Unterscheidet ein Staat güterrechtlich zwischen verschiedenen Personengruppen, so entscheiden nach Art. 34 S. 1 EUGüVO die in diesem Staat geltenden Vorschriften, welches Recht zur Anwendung kommt. Bei Fehlen von diesbezüglichen Vorschriften ist nach Art. 34 Satz 2 EUGüVO das Rechtssystem oder das Regelwerk anzuwenden, zu dem die Ehegatten die engste Verbindung haben.

9. Eingriffsnormen, Art. 30 EUGüVO

Eine Einschränkung der allgemeinen Anknüpfung enthält Art. 30 EUGüVO. Die Verordnung berührt nach Art. 30 Abs. 1 EUGüVO nicht die Anwendung der Eingriffsnormen des Rechts des angerufenen Gerichts. Hierunter ist nach Art. 30 Abs. 2 EUGüVO eine Vorschrift zu verstehen, deren Einhaltung von einem Mitgliedstaat als so entscheidend für die Wahrung seines öffentlichen Interesses angesehen wird, dass sie unabhängig vom Güterrechtsstatut auf alle Sachverhalte in ihrem Anwendungsbereich angewendet wird. Darunter fällt nicht die ggf. in einem Staat geltende allgemeine kollisionsrechtliche Unterscheidung zwischen beweglichen und unbeweglichen Gegenständen; Art. 30 EUGüVO ist also nicht mit Art. 3a Abs. 2 EGBGB gleichzusetzen. Gemeint sind nach Nr. 53 Satz 2 ErwG zum Beispiel Normen zum Schutz der Familienwohnung wie §§ 1568a und 1568b BGB, die damit vom Anwendungsbereich der EUGüVO ausgenommen sind, vgl. auch bereits Art. 17a EGBGB.⁷¹ Dies gilt auch für Vorschriften wie § 1365 BGB, wenn ihr primärer Zweck in der Sicherung der wirtschaftlichen Grundlage der Familie und nicht im Schutz der güterrechtlichen Teilhabe liegt.⁷² Ungeklärt ist das Verhältnis von Art. 30 EUGüVO zu den Verkehrsschutzregeln des Art. 28 EUGüVO.⁷³

10. Ordre public, Art. 31 EUGüVO

Art. 31 EUGüVO enthält den verordnungsüblichen ordre public Vorbehalt. Demnach darf die Anwendung einer Vorschrift des nach der Verordnung bestimmten Rechts versagt werden, wenn ihre Anwendung mit der öffentlichen Ordnung der lex fori offensichtlich unvereinbar ist. Ein ordre public Verstoß liegt etwa dann vor, wenn es nach Güterrechtsstatut zu einer Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts kommt, etwa bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung die Ehefrau schlechter gestellt wird als der Ehemann.⁷⁴

⁷¹ Dutta/Weber/Coester-Waltjen, Die Europäischen Güterrechtsverordnungen, S. 47, 59 Rdnr. 43; Henrich, ZfRV 2016, 171, 173; a. A. Kroll-Ludwigs, GPR 2016, 231, 238.

⁷² Dutta, FamRZ 2016, 1973, 1983.

⁷³ Nach Weber, DNotZ 2016, 659, 688 bzw. RNotZ 2017, 365, 371 geht Art. 28 EUGüVO vor; a. A. Dutta, FamRZ 2016, 1973, 1983. Zu Art. 28 EUGüVO siehe noch unten VI.

⁷⁴ Dutta/Weber/Bonomi, Die Europäischen Güterrechtsverordnungen, S. 123, 142 Rdnr. 102.

IV. Rechtswahlmöglichkeiten, Art. 22-24 EUGüVO

1. Allgemeines, bisherige Rechtslage

Die Regelungen zu Rechtswahlen in der EUGüVO finden sich in Art. 22-24, ergänzend sind Nr. 45-47 und Nr. 50 der Erwägungsgründe heranzuziehen.

a) Bisherige Rechtslage

Das deutsche IPR kennt bezüglich des Güterrechtsstatuts bisher Rechtswahlmöglichkeiten entweder in engen Grenzen mittelbar über das Ehwirkungsstatut nach Art. 15 Abs. 1, Art. 14 Abs. 2 und 3 EGBGB oder unmittelbar nach Art. 15 Abs. 2 EGBGB. Die Möglichkeiten der Wahl des Rechts der Staatsangehörigkeit eines Ehegatten (bisher Art. 15 Abs. 2 Nr. 1 EGBGB) bzw. des Rechts am gewöhnlichen Aufenthaltsort eines Ehegatten (bisher Art. 15 Abs. 2 Nr. 2 EGBGB) werden auch künftig unter Geltung der EUGüVO bestehen.

Im Rahmen der EUGüVO muss dann jedoch eine das Güterrechtsstatut betreffende Rechtswahl ausnahmslos umfassend sein. Art. 22 EUGüVO sieht keine beschränkte Rechtswahl etwa allein für unbewegliches Vermögen vor. Die bisher nach Art. 15 Abs. 2 Nr. 3 EGBGB bestehende Möglichkeit, die lex rei sitae als Güterrechtsstatut für Immobilien zu wählen, wird damit wegfallen. Einerseits wird dadurch von vornherein eine wenig wünschenswerte Güterrechtsspaltung vermieden. Andererseits ist teilweise in der Praxis das anwendbare Güterrecht nicht leicht oder im schlimmsten Fall gar nicht zu ermitteln. Wollen in ihrem Heimatstaat weiter wohnhaft bleibende Ausländer in Deutschland eine Immobilie erwerben, haben sie in der Praxis kaum ein Interesse an einer umfassenden Wahl des deutschen Güterrechts. Lässt sich das ausländische Güterrecht und damit das für die Ehegatten geltende Erwerbsverhältnis (vgl. auch § 47 GBO) nicht eindeutig ermitteln, führt dies zwangsläufig zu Folgeproblemen bei der Urkundsgestaltung und beim Grundbuchvollzug.⁷⁵ Der (nicht sachgerechten⁷⁶) vereinzelt anzutreffenden Praxis, bei Immobilienkaufverträgen mit ausländischen Käufern immer eine gegenständlich beschränkte Rechtswahl vorzunehmen, ist künftig der Boden entzogen. Die genaue Ermittlung des anwendbaren Güterrechts wird damit unter Geltung der EUGüVO in der Praxis eine noch wichtigere Aufgabe sein.

b) Übergangsregelung

Nach Art. 69 Abs. 3 EUGüVO gelten Art. 22-24 EUGüVO nur für Ehegatten, die nach dem 29.1.2019 eine Rechtswahl treffen und zwar unabhängig davon, ob die Ehegatten vor oder nach diesem Zeitpunkt geheiratet haben. Die EUGüVO enthält keine Art. 83 EUGüVO vergleichbare Übergangsbestimmung und erzeugt keine Vorwirkungen. Die neue Rechtslage ist also erst ab dem 29.1.2019 verbindlich zu beachten. Angesichts des eindeutigen Wortlauts von Art. 69 Abs. 3 EUGüVO dürfte es auch nicht zulässig sein, bereits vor dem 29.1.2019 eine aufschiebend bedingte Rechtswahl unter Zugrundelegung der EUGüVO zu treffen, sofern diese nicht zugleich die Anforderung

⁷⁵ Ausführlich hierzu Weber, MittBayNot 2016, 482 und MittBayNot 2017, 22.

⁷⁶ Vgl. auch Kroll-Ludwigs, GPR 2016, 231, 235.

rungen des „alten Rechts“ erfüllt.⁷⁷ Umgekehrt bleiben bisher und bis zum 29.1.2019 nach altem Recht getroffene Rechtswahlen uneingeschränkt wirksam. Vor dem 29.1.2019 nach bisheriger Rechtslage getroffene Rechtswahlen können danach jedoch nur noch im Rahmen und unter Anwendung der EUGüVO geändert werden.

c) Zeitpunkt der Rechtswahl

Wie sich aus Art. 22 Abs. 1 EUGüVO ergibt („Ehegatten oder *künftige* Ehegatten“), können Rechtswahlen nach der EUGüVO vor, bei oder nach der Eheschließung erfolgen. Dies wird in Nr. 45 Satz 2 ErWG nochmals ausdrücklich bestätigt.

2. Wählbare Rechte nach Art. 22 Abs. 1 EUGüVO

Nach Art. 22 Abs. 1 EUGüVO können die Ehegatten oder künftigen Ehegatten ohne Rücksicht darauf, ob es sich um das Recht eines Mitglieds- oder eines Drittstaates handelt, folgende Rechte wählen:

a) Güterrecht am gewöhnlichen Aufenthaltsort zum Zeitpunkt der Rechtswahl (Art. 22 Abs. 1 lit. a EUGüVO)

Nach Art. 22 Abs. 1 lit. a Alt. 1 EUGüVO kommt zunächst das Güterrecht am gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthaltsort der (künftigen) Ehegatten im Zeitpunkt der Rechtswahl in Betracht. Haben die (künftigen) Ehegatten keinen gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt, erlaubt Art. 22 lit. a Alt. 2 EUGüVO auch die Wahl des Rechts am gewöhnlichen Aufenthalt (nur) eines der beiden Ehegatten.

Maßgeblicher Zeitpunkt für das Vorliegen des gewöhnlichen Aufenthalts ist der Zeitpunkt der Rechtswahl. In diesem Punkt unterscheidet sich Art. 22 Abs. 1 EUGüVO von Art. 26 Abs. 1 lit. a EUGüVO, der für die Ermittlung des mangels Rechtswahl anwendbaren Rechts ebenfalls auf den (gemeinsamen) gewöhnlichen Aufenthalt abstellt; maßgeblicher Zeitpunkt hierfür ist allerdings der erste gemeinsame gewöhnliche Aufenthalt *nach* der Eheschließung. Art. 22 Abs. 1 EUGüVO sieht keine zeitliche Grenze vor, sodass die Rechtswahl auch lange vor der Eheschließung erfolgen kann. Es können vor Eheschließung sukzessive auch mehrere Rechtswahlen getroffen werden, etwa bei wechselnden unterschiedlichen gewöhnlichen Aufenthaltsorten der künftigen Ehegatten bis zur Eheschließung.

Vor Eheschließung kann das Recht am aktuellen gewöhnlichen Aufenthalt (ggf. auch nur eines Ehegatten) selbst dann gewählt werden, wenn nach Eheschließung der (meist gemeinsame) gewöhnliche Aufenthalt der Ehegatten an einem anderen Ort sein wird. Dies ist insofern überraschend, als es nach Nr. 45 Satz 1 ErWG ausdrücklich (nur) erlaubt sein soll, eine Rechtsordnung zu wählen, zu der eine enge Beziehung besteht. Planen die Ehegatten, nach Abschluss der Rechtswahlvereinbarung (vor oder nach der Eheschließung) ihren gewöhnlichen Aufenthalt in einen anderen Staat zu verlegen, kommt nach Art. 22 EUGüVO jedoch durchaus die Wahl einer Rechtsordnung in Betracht, die keinerlei Bezug zum späteren Lebensmittelpunkt der Ehegatten hat.

⁷⁷ A. A. wohl *Finger*, FuR 2016, 640, 641.

Man könnte in Betracht ziehen, eine aufschiebend bedingte Rechtswahl zuzulassen, die erst mit tatsächlicher Begründung des gewöhnlichen Aufenthalts in dem betreffenden Staat wirksam wird. Der klare Wortlaut von Art. 22 Abs. 1 lit. a EUGüVO spricht jedoch gegen eine solche Gestaltungsmöglichkeit.⁷⁸

b) Güterrecht eines Staates, dessen Staatsangehörigkeit einer der (künftigen) Ehegatten zum Zeitpunkt der Rechtswahl hat (Art. 22 Abs. 1 lit. b EUGüVO)

Art. 22 Abs. 1 lit. b EUGüVO erlaubt ferner die Wahl des Rechts der Staatsangehörigkeit eines oder beider Ehegatten, wiederum im Zeitpunkt der Rechtswahl. Die Wahl einer späteren Staatsangehörigkeit ist nicht vorgesehen, sodass bei einem späteren Staatsangehörigkeitswechsel bei Bedarf ggf. eine neue Rechtswahl zu treffen ist. Man könnte auch hier daran denken, eine aufschiebend bedingte Rechtswahl zu erlauben, die erst mit Erwerb der betreffenden Staatsangehörigkeit wirksam wird. In Betracht käme dies wohl allenfalls während eines laufenden Einbürgerungsverfahrens. Der Wortlaut von Art. 22 Abs. 1 lit. b EUGüVO spricht jedenfalls wiederum gegen eine solche Gestaltung.

aa) Ermittlung der Staatsangehörigkeit

Die Ermittlung der Staatsangehörigkeit erfolgt wie im Rahmen von Art. 26 EUGüVO nicht nach der Verordnung, sondern nach nationalem Recht, siehe Nr. 50 Satz 1 ErWG.

bb) Mehrstaater

Für Mehrstaater fehlt in Art. 22 EUGüVO eine Regelung wie Art. 26 Abs. 2 EUGüVO, der für die Ermittlung des objektiven Güterrechtsstatuts bei mehrfacher gemeinsamer Staatsangehörigkeit das Recht der Staatsangehörigkeit außer Betracht lässt. Nach dem Wortlaut von Art. 22 Abs. 1 lit. b EUGüVO selbst bestehen keine Einschränkungen, sodass die Wahl zwischen den verschiedenen Staatsangehörigkeitsrechten bestehen würde. Dieses Ergebnis wird von Nr. 50 Satz 2 ErWG bestätigt, wonach die Anwendung des nationalen Rechts für Fragen der Staatsangehörigkeit von Mehrstaatern keine Auswirkungen auf die Gültigkeit einer Rechtswahl haben soll. Mehrstaater können also jede Rechtsordnung wählen, der sie angehören.⁷⁹

cc) Staatenlose

Staatenlosen steht nach dem Wortlaut keine Rechtswahlmöglichkeit nach Art. 22 Abs. 1 lit. b EUGüVO zur Verfügung. Allerdings ist wegen Art. 62 Abs. 1 EUGüVO aus deutscher Sicht Art. 12 des New Yorker UN-Übereinkommens über die Rechtstellung der Staatenlosen vom 28.9.1954 zu beachten, sodass Staatenlose wohl das Recht ihres Wohnsitzes (= gewöhnlicher Aufenthalt) oder bei Fehlen eines solchen ihres (schlichten) Aufenthalts wählen können. Zu diesem Ergebnis

⁷⁸ A. A. wohl *Weber*, DNotZ 2016, 659, 677.

⁷⁹ So auch *Dutta*, FamRZ 2016, 1973, 1980, *Heiderhoff*, IPRax 2018, 1, 6; *Kroll-Ludwigs*, GPR 2016, 231, 234; *Meise*, RNotZ 2016, 485, 493; *Weber*, DNotZ 2016, 659, 673.

gelangt man letztlich aber auch bereits über die Rechtswahlmöglichkeit nach Art. 22 Abs. 1 lit. a EUGüVO.

3. Form der Rechtswahl, Art. 23 EUGüVO

Art. 23 EUGüVO regelt die Formwirksamkeit der Rechtswahl. Die Vorschrift ist weitgehend Art. 7 Rom III-VO nachempfunden. Nach Nr. 47 Satz 1 ErwG soll Art. 23 EUGüVO sicherstellen, dass sich die Ehegatten der Tragweite ihrer Rechtswahl bewusst sind und diese in „voller Sachkenntnis“ treffen. Unabhängig davon, ob die Regelungen in Art. 23 EUGüVO tatsächlich überhaupt geeignet sind, die gewünschten Schutzvorkehrungen zu bieten, wird man die Vorschrift daher streng auszulegen haben.⁸⁰

a) Grundsatz: Art. 23 Abs. 1 EUGüVO

Das – in der Praxis allerdings die Ausnahme bildende – Grundprinzip ist in Art. 23 Abs. 1 Satz 1 EUGüVO niedergelegt. In formeller Hinsicht muss die Rechtswahl *mindestens* drei Voraussetzungen erfüllen:

aa) Schriftform

Die Rechtswahl muss schriftlich niedergelegt sein. Der Begriff der Schriftform ist wie alle Begriffe der Verordnung autonom auszulegen. § 126 BGB ist nicht anwendbar,⁸¹ kann allerdings bei der gebotenen rechtsvergleichenden Auslegung als ein Aspekt herangezogen werden. Schriftform erfordert eine Verkörperlichung der Willenserklärung;⁸² diese kann handschriftlich oder maschinell vorgenommen worden sein.

bb) Datierung

Anzugeben ist das Datum der Errichtung der Rechtswahl. Unterschreiben beide Ehegatten zu unterschiedlichen Zeitpunkten, so sind beide anzugeben. Die Angabe eines falschen Datums dürfte schädlich sein und zur Formnichtigkeit der Rechtswahlvereinbarung führen, da sonst die Datumsangabe von vornherein entbehrlich wäre. Die zwingende Angabe des Ortes wäre zu Beweis Zwecken wünschenswert gewesen, wird aber konsequenterweise nicht verlangt, da im Rahmen von Art. 23 EUGüVO die Einhaltung der Ortsform keine Rolle mehr spielt.⁸³

cc) Unterzeichnung

Die Rechtswahlvereinbarung ist schließlich durch beide Ehegatten zu unterzeichnen. Dies erfordert eine handschriftliche Namensunterschrift, eine Paraphierung genügt nicht. Die Unterschrift muss den Abschluss des Textes bilden, eine Oberschrift oder eine handschriftliche Anbringung des Namens am Rande des Textes reichen nicht.⁸⁴ Nicht erforderlich ist, dass beide Ehegatten die Vereinbarung zugleich oder am gleichen Ort unterschreiben, ebenso wenig, dass sie das

gleiche Exemplar unterschreiben, sofern sie inhaltlich einen absolut gleichlautenden Text durch ihre Unterschrift bestätigen.

dd) Alternative zur Schriftform: Elektronische Übermittlung mit dauerhafter Möglichkeit der Aufzeichnung

Nach Art. 23 Abs. 1 Satz 2 EUGüVO ersetzt jede elektronische Übermittlung, die eine dauerhafte Aufzeichnung erlaubt, die Schriftform. Die Wahrung der erforderlichen elektronischen Form setzt lediglich voraus, dass die *Möglichkeit* zu einer dauerhaften Speicherung besteht. Ob eine solche tatsächlich erfolgt oder ein Ausdruck in Papierform möglich oder vorgenommen wird, ist dagegen nach dem Wortlaut unerheblich. Hauptanwendungsfall von Art. 23 Abs. 1 Satz 2 EUGüVO soll der E-Mail-Schriftverkehr sein.⁸⁵

Die elektronische Form ersetzt lediglich die nach der Grundnorm des Art. 23 Abs. 1 Satz 1 EUGüVO vorgesehene Schriftform, nicht aber das Erfordernis der Datierung und der Unterschrift. Für letzteres wird man – um der nach Nr. 47 ErwG bestehenden Warnfunktion des Art. 23 Abs. 1 EUGüVO gerecht zu werden – eine qualifiziert elektronische Signatur verlangen müssen.⁸⁶ Anrufbeantworternachrichten, aufgezeichnete Telefongespräche oder Videokonferenzen, SMS- oder Messenger-Nachrichten sind schon deshalb nicht ausreichend, da sie nicht unterzeichnet werden können.⁸⁷

b) Ausnahmen, Einzelfälle

Begrüßenswert ist, dass Art. 23 Abs. 2 bis 4 EUGüVO bedeutende Ausnahmen vom Grundprinzip des Art. 23 Abs. 1 EUGüVO vorsieht, die in vielen Fällen in der Praxis der Mitgliedstaaten zum Tragen kommen werden:

aa) Zusätzliche Formvorschriften für Eheverträge im Mitgliedstaat des gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts, Art. 23 Abs. 2 EUGüVO

Art. 23 Abs. 2 EUGüVO regelt den Fall, dass beide Ehegatten ihren gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt in einem Mitgliedstaat (nicht: Drittstaat!) haben, der für Vereinbarungen über den ehelichen Güterstand eine strengere Form als die in Art. 23 Abs. 1 EUGüVO vorgesehene Form vorsieht. In diesem Fall setzt sich die strengere Form durch.

Der in Art. 23 Abs. 2 verwendete Begriff der Vereinbarungen über den ehelichen Güterstand ist definiert in Art. 3 Abs. 1 lit. b EUGüVO. Er ist weiter als der Begriff des Ehevertrages im Sinne des § 1408 BGB.⁸⁸ Denkbar ist damit, dass unter den

⁸⁵ Vgl. NK-BGB/*Hilbig-Lugani*, Art. 7 Rom III Rdnr. 6 m. w. N.; Palandt/*Thorn*, Art. 7 Rom III Rdnr. 2.

⁸⁶ Erman/*Hohloch*, BGB, 15. Aufl. 2017, Art. 7 Rom III Rdnr. 2; Palandt/*Thorn*, Art. 7 Rom III Rdnr. 2.

⁸⁷ Im Ergebnis ebenso, aber auf die Möglichkeit des unmittelbaren Ausdrucks abstellend NK-BGB/*Hilbig-Lugani*, Art. 7 Rom III Rdnr. 6 m. w. N.

⁸⁸ Vgl. bereits oben II. 2. a) und unten V. 1. a); Hausmann/*Odersky/Hausmann*, Internationales Privatrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 3. Aufl. 2017, § 9 Rdnr. 5; siehe auch Dutta/*Weber/Süß*, Die Europäischen Güterrechtsverordnungen, S. 85, 100 Rdnr. 58; *Weber*, DNotZ 2016, 659, 664 f.; *Dutta*, FamRZ 2016, 1973, 1975 zum sog. Nebengüterrecht; siehe auch Süß/*Ring/Ring*, Eherecht in Europa, § 3 Rdnr. 11 ff.

⁸⁰ NK-BGB/*Hilbig-Lugani*, 2. Aufl. 2015, Art. 7 Rom III Rdnr. 4.

⁸¹ NK-BGB/*Hilbig-Lugani*, Art. 7 Rom III Rdnr. 5.

⁸² Palandt/*Thorn*, Art. 7 Rom III Rdnr. 2.

⁸³ Siehe hierzu unten c).

⁸⁴ NK-BGB/*Hilbig-Lugani*, Art. 7 Rom III Rdnr. 7.

weiten Begriff der „Vereinbarungen über den ehelichen Güterstand“ nach der EUGüVO auch eine Vereinbarung fällt, die unter Geltung deutschen Rechts nicht der Form des § 1410 BGB unterliegt. Nach Sinn und Zweck des Art. 23 Abs. 2 EUGüVO wird man im Rahmen dieser Vorschrift auf den Ehevertragsbegriff im engeren Sinn (autonom qualifiziert vergleichbar § 1408 BGB) abstellen müssen. Es sind also die für einen Ehevertrag im engeren Sinn geltenden Vorschriften auf die Rechtswahlvereinbarung anzuwenden. Dies ändert nichts daran, dass die Rechtswahl unabhängig und isoliert vom Abschluss eines Ehevertrages vorgenommen werden kann.

(i) Begriff der zusätzlichen Formvorschriften

Zusätzliche Formvorschriften im Sinne von Art. 23 Abs. 2 EUGüVO sind zunächst immer dann gegeben, wenn dritte Personen wie Urkundspersonen, insbesondere Notare oder Standesbeamte, aber auch Zeugen zum Abschluss eines Ehevertrages hinzugezogen werden müssen.

Ist der Ehevertrag zu veröffentlichen, bei einer staatlichen Stelle (Güterrechtsregister) zu registrieren oder sein Abschluss auf der Heiratsurkunde zu vermerken,⁸⁹ so ist zu unterscheiden: Hat die Nichtbeachtung dieses Erfordernisses keinen Einfluss auf die Wirksamkeit des Ehevertrages, liegt keine den Ehevertrag betreffende Formvorschrift vor. Meist handelt es sich in diesen Fällen um eine Frage der Drittwirkung des Ehevertrages;⁹⁰ es können aber auch lediglich für die Eheschließung bedeutsame Verfahrensvorschriften gegeben sein.⁹¹ Wird der Ehevertrag dagegen auch im Innenverhältnis zwischen den Ehegatten erst durch die Veröffentlichung oder Registrierung wirksam,⁹² ist nach dem Zweck der betreffenden Vorschrift zu fragen. Dient sie lediglich Beweis Zwecken oder – ohne inhaltliche Kontrolle durch eine neutrale Stelle – dazu, den Ehegatten die Bedeutung des Abschlusses vor Augen zu führen, liegt in der Regel eine Formvorschrift vor. Kommt es darüber hinaus durch die Registrierungs- oder Veröffentlichungsstelle zu einer inhaltlichen Kontrolle der Vereinbarungen, handelt es sich um eine materielle Vorschrift. Letzteres dürfte auch dann meist der Fall sein, wenn ein Ehevertrag einer (echten) behördlichen oder gerichtlichen Genehmigung bedarf.⁹³

(ii) Formvorschriften für Eheverträge in den Mitgliedstaaten

Untersucht man in diesem Zusammenhang die Formvorschriften für Eheverträge in den derzeit 18 Mitgliedstaaten, in denen

die EUGüVO Geltung hat,⁹⁴ so wird man feststellen, dass in 15 dieser 18 Mitgliedstaaten entweder eine notarielle Beurkundung (Belgien,⁹⁵ Bulgarien,⁹⁶ Deutschland,⁹⁷ Frankreich,⁹⁸ Griechenland,⁹⁹ Italien,¹⁰⁰ Luxemburg,¹⁰¹ Malta,¹⁰² Niederlande,¹⁰³ Österreich,¹⁰⁴ Portugal,¹⁰⁵ Slowenien,¹⁰⁶ Spanien,¹⁰⁷ Tschechische Republik¹⁰⁸) oder wenigstens eine notarielle Beglaubigung des Ehevertrages (Kroatien)¹⁰⁹ vorgesehen ist. In Italien kann zusätzlich Gütertrennung (aber nur diese) anlässlich der Eheschließung vor dem Standesbeamten erklärt werden. Dies wird in der Heiratsurkunde vermerkt.¹¹⁰ Auch dies ist eine strengere Form im Sinne des Art. 23 Abs. 2 EUGüVO. Ob diese – nur für die Gütertrennung geltende Ausnahme – allerdings für die Rechtswahl ausreicht, scheint ungewiss; dies ist ggf. vom italienischen Gesetzgeber klarzustellen. In Finnland¹¹¹ reicht für einen Ehevertrag zwar einfache Schriftform. Auch die Zuziehung einer Urkundsperson wird nicht verlangt, stattdessen aber die Mitwirkung von zwei unabhängigen Zeugen. Lediglich in Schweden¹¹² und in Zypern¹¹³

- 94 Siehe hierzu auch die Übersicht unter www.coupleseurope.eu.
- 95 Süß/Ring/*Hustedt*, Eherecht in Europa, Länderbericht Belgien Rdnr. 54.
- 96 Süß/Ring/*Guedjev*, Eherecht in Europa, Länderbericht Bulgarien Rdnr. 33. Die in Bulgarien vorgesehene Eintragung in das Güterrechtsregister ist keine Wirksamkeitsvoraussetzung für den Ehevertrag.
- 97 § 1410 BGB.
- 98 Süß/Ring/*Döbereiner*, Eherecht in Europa, Länderbericht Frankreich Rdnr. 88.
- 99 Süß/Ring/*Tsanitis*, Eherecht in Europa, Länderbericht Griechenland Rdnr. 26.
- 100 Süß/Ring/*Cubeddu-Wiedemann/Wiedemann*, Eherecht in Europa, Länderbericht Italien Rdnr. 47.
- 101 Süß/Ring/*Watgen*, Eherecht in Europa, Länderbericht Luxemburg Rdnr. 12.
- 102 Vgl. www.coupleseurope.eu/en/malta/topics/3-how-can-the-spouses-arrange-their-property-regime.
- 103 Süß/Ring/*Vaardingerbroek*, Eherecht in Europa, Länderbericht Niederlande Rdnr. 25.
- 104 Süß/Ring/*Ferrari/Koch-Hipp*, Eherecht in Europa, Länderbericht Österreich Rdnr. 21.
- 105 Süß/Ring/*Huzel*, Eherecht in Europa, Länderbericht Portugal Rdnr. 40. Alternativ kommt in Portugal der Abschluss vor dem Standesbeamten in Frage.
- 106 Süß/Ring/*Rudolf*, Eherecht in Europa, Länderbericht Slowenien Rdnr. 22.
- 107 Süß/Ring/*Huzel*, Eherecht in Europa, Länderbericht Spanien Rdnr. 39.
- 108 Süß/Ring/*Riha/Rombach*, Eherecht in Europa, Länderbericht Tschechische Republik Rdnr. 28.
- 109 Süß/Ring/*Mikulic/Schön*, Eherecht in Europa, Länderbericht Kroatien Rdnr. 13, 29, 83.
- 110 Vgl. Süß/Ring/*Cubeddu-Wiedemann/Wiedemann*, Eherecht in Europa, Länderbericht Italien Rdnr. 75.
- 111 Süß/Ring/*v. Knorre*, Eherecht in Europa, Länderbericht Finnland Rdnr. 25.
- 112 Süß/Ring/*Johannsson*, Eherecht in Europa, Länderbericht Schweden Rdnr. 131.
- 113 Vgl. www.coupleseurope.eu/en/cyprus/topics/3-how-can-the-spouses-arrange-their-property-regime. Dort auch zur Frage, ob vor einer Trennung abgeschlossene Eheverträge in Zypern überhaupt zulässig bzw. bindend sind.

89 Vgl. etwa zum französischen Recht Süß/Ring/*Döbereiner*, Eherecht in Europa, Länderbericht Frankreich Rdnr. 89.

90 Vgl. etwa zum belgischen Recht Süß/Ring/*Hustedt*, Eherecht in Europa, Länderbericht Belgien Rdnr. 54 ff.

91 Vgl. etwa zum französischen Recht Süß/Ring/*Döbereiner*, Eherecht in Europa, Länderbericht Frankreich Rdnr. 127 m. w. N.; *Döbereiner*, Ehe- und Erbverträge im deutsch-französischen Rechtsverkehr, 2001, S. 150.

92 So wohl in Finnland (Süß/Ring/*v. Knorre*, Eherecht in Europa, Länderbericht Finnland Rdnr. 25) oder Schweden (Süß/Ring/*Johannsson*, Eherecht in Europa, Länderbericht Schweden Rdnr. 131).

93 Vgl. hierzu noch unten 5. b) aa).

reicht die einfache Schriftform für den Abschluss eines Ehevertrages. In Finnland und Schweden wird der Ehevertrag allerdings erst wirksam, wenn er bei einer öffentlichen Stelle registriert wurde.¹¹⁴ Eine inhaltliche Kontrolle der Vereinbarungen erfolgt dabei wohl nicht, sodass es sich um Formerfordernisse des Ehevertrages handeln dürfte.

bb) Gewöhnlicher Aufenthalt der Ehegatten in verschiedenen Mitgliedstaaten, Art. 23 Abs. 3 EUGüVO

In dem in Art. 23 Abs. 3 EUGüVO geregelten Fall haben ebenfalls beide Ehepartner ihren gewöhnlichen Aufenthalt in einem Mitgliedstaat, aber nicht im selben, sondern in unterschiedlichen. In diesem Fall reicht es aus, wenn die Formvorschriften einer der beiden betroffenen Rechtsordnungen eingehalten werden. Es muss sich dabei nicht um die strengere Form handeln. Der Abschlussort der Rechtswahl oder die Staatsangehörigkeit spielen keine Rolle.

cc) Gewöhnlicher Aufenthalt nur eines Ehegatten in einem Mitgliedstaat, Art. 23 Abs. 4 EUGüVO

Art. 23 Abs. 4 EUGüVO behandelt schließlich die Konstellation, dass nur ein Ehegatte seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem Mitgliedstaat hat, der andere in einem Drittstaat. Hier setzen sich wiederum die Vorschriften des Mitgliedstaates durch, sofern sie strenger sind als die Formvoraussetzungen des Art. 23 Abs. 1 EUGüVO.

dd) Gewöhnlicher Aufenthalt beider Ehegatten in einem Drittstaat

Keine Sonderregeln existieren, wenn beide Ehepartner ihren gewöhnlichen Aufenthalt in einem Drittstaat haben. In diesem Fall verbleibt es für die Rechtswahl bei der allgemeinen Regel des Art. 23 Abs. 1 EUGüVO und zwar selbst dann, wenn das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt der Ehegatten eine strengere Form vorsieht. In der Praxis gilt es dabei stets im Auge zu behalten, dass diese Lösung letztlich wertlos ist, wenn sie im Drittstaat nicht anerkannt wird und sich dort wesentliche Vermögensteile der Ehegatten befinden.

c) Kein Rückgriff auf die Ortsform oder das Recht der Staatsangehörigkeit

Art. 23 EUGüVO stellt eine abschließende Regelung dar. Insbesondere ist dadurch ein Rückgriff auf die Ortsform (*locus regit actum*) versperrt. Auch das Recht der Staatsangehörigkeit der Ehegatten spielt für die Formwirksamkeit der Rechtswahl unter Geltung der EUGüVO keine Rolle, da die Ausnahmen in Art. 23 Abs. 2-4 EUGüVO ausschließlich auf den gewöhnlichen Aufenthalt der Ehegatten abstellen.

Unter der EUGüVO wird man deshalb selbst bei inländischer notarieller Beurkundung der Rechtswahlvereinbarung nicht mehr automatisch von deren Formwirksamkeit ausgehen können, da es immer auf das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt der Ehegatten ankommt, sofern dieser in einem Mitgliedstaat liegt. Sieht dieses Recht zwar keine notarielle Beurkundung,

¹¹⁴ Nachweise siehe Fn. 111 bzw. 112.

aber andere Formvoraussetzungen vor, so werden diese nicht automatisch durch die notarielle Form ersetzt. Über eine solche Substitution entscheidet vielmehr das nach Art. 23 EUGüVO anwendbare Recht. Anders ist der Fall zu beurteilen, wenn aufgrund des gewöhnlichen Aufenthalts beider Ehegatten in einem Drittstaat die Grundnorm des Art. 23 Abs. 1 EUGüVO anwendbar ist. Durch eine notarielle Beurkundung in Deutschland sind deren Anforderungen (Schriftform, Datierung, Unterschriften der Ehegatten) in jedem Fall gewahrt.

4. Inhalt und materielle Wirksamkeit der Rechtswahl, Art. 24 EUGüVO

Art. 24 EUGüVO regelt die materielle Wirksamkeit der Rechtswahlvereinbarung.

a) Ausdrückliche oder konkludente Rechtswahlerklärung

Im Entwurf der EUGüVO vom 18.3.2011 war in Art. 19 Abs. 2 noch vorgesehen, dass eine Rechtswahl (mindestens!) ausdrücklich erfolgen muss. Diese Einschränkung findet sich in der endgültigen Fassung nicht mehr, allerdings auch keine ausdrückliche Zulassung einer konkludenten Rechtswahl wie etwa in Art. 22 Abs. 2 EUErbVO. Aus Nr. 46 ErWG („nur nach einem entsprechenden ausdrücklichen Antrag“) könnte man schließen, dass jedenfalls bei einem Wechsel des Güterrechtsstatuts nach Eheschließung eine konkludente Rechtswahl ausgeschlossen ist. Nr. 46 ErWG stellt wohl allerdings nur klar, dass es während der Ehe nicht automatisch ohne Zutun der Ehegatten zu einem Wechsel des Güterrechtsstatuts kommen soll. Auch aus der sonst überflüssigen Regelung des Art. 24 Abs. 2 EUGüVO lässt sich entnehmen, dass eine Rechtswahl auch dann vorliegt, wenn die Ehegatten klar zum Ausdruck bringen, dass sie sich einer bestimmten Rechtsordnung unterstellen wollen.¹¹⁵ Eine konkludente Rechtswahl kann sich insbesondere aus der konkreten Nennung von Rechtsvorschriften oder Gestaltungen (zum Beispiel der modifizierten Zugewinnngemeinschaft) einer bestimmten Rechtsordnung ergeben, sofern ein diesbezügliches – wenn auch geringes – Erklärungsbewusstsein der Ehegatten anzunehmen ist.¹¹⁶

b) Materielle Wirksamkeit der Rechtswahlerklärung, Art. 24 Abs. 1 EUGüVO

Die materielle Wirksamkeit der Rechtswahlerklärung ist im Übrigen in Art. 24 Abs. 1 EUGüVO geregelt.

¹¹⁵ So auch *Dutta*, FamRZ 2016, 1973, 1981; *Kroll-Ludwigs*, GPR 2016, 231, 236; *Hausmann/Odersky/Hausmann*, Internationales Privatrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, § 9 Rdnr. 15; *Martiny*, ZfPW 2017, 1, 19; *Weber*, DNotZ 2016, 659, 680.

¹¹⁶ Keine konkludente Rechtswahl liegt nach bisheriger deutscher Rspr. etwa in der Rechtswahl für einen Grundstückskaufvertrag, vgl. LG Augsburg, Beschluss vom 30.3.1994, 4 T 1386/94, MittBayNot 1995, 233, oder alleine in der Vereinbarung einer Morgengabe, vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 29.2.1996, 3 UF 19/96, FamRZ 1996, 1478.

aa) Vorwirkung des gewählten Rechts

Sie unterliegt nach Art. 24 Abs. 1 EUGüVO dem gewählten Recht, das damit insoweit Vorwirkungen erzeugt. Das gewählte Recht entscheidet etwa darüber, ob eine wirksame Einigung vorliegt, welche Auswirkungen Willensmängel haben und ebenso über die Frage, ob eine Stellvertretung zulässig ist.¹¹⁷ Aufgrund des engen Zusammenhangs erscheint es sachgerecht, für die Formwirksamkeit einer Vollmacht die Einhaltung der für die Rechtswahl selbst geltenden Formerfordernisse zu verlangen.

bb) Entsprechende Anwendung der für Eheverträge geltenden Regeln, Inhaltskontrolle

Das gewählte Recht wird in der Regel – jedenfalls bisher – keine ausdrücklichen Regelungen für eine Rechtswahl nach der EUGüVO enthalten. Bei der Rechtswahl handelt es sich zwar nicht selbst um einen Ehevertrag, dennoch beeinflusst diese das Güterrecht, sodass man mangels anderer Vorschriften die Regelungen des gewählten Rechts über Eheverträge analog wird anwenden können.

Bei Anwendbarkeit deutschen Rechts ist damit auch der Anwendungsbereich von § 138 BGB bzw. der Grundsätze der Inhaltskontrolle für die Rechtswahl eröffnet. Alleine die Rechtswahl als gesetzlich vorgesehenes Rechtsinstitut wird jedoch kaum als sittenwidrig oder unangemessen angesehen werden können.¹¹⁸ Ob die Unwirksamkeit von im Zusammenhang mit der Rechtswahl getroffenen ehevertraglichen Vereinbarungen auch die Rechtswahl erfasst, ist durch Auslegung der Rechtswahl zu ermitteln. Die Auslegung erfolgt nach dem gewählten Recht, bei Anwendbarkeit deutschen Rechts gilt § 139 BGB.

cc) Ausnahmeregelung des Art. 24 Abs. 2 EUGüVO

Eine nur schwer verständliche Ausnahmeregelung enthält Art. 24 Abs. 2 EUGüVO. Demnach kann sich ein Ehegatte für die Behauptung, er habe der Vereinbarung nicht zugestimmt, auf das Recht des Staates berufen, in dem er zum Zeitpunkt der Anrufung des Gerichts seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, wenn sich aus den Umständen ergibt, dass es nicht angemessen wäre, die Wirkung seines Verhaltens nach dem in Abs. 1 bezeichneten Recht zu bestimmen. Da jeder Ehegatte die Rechtswahlvereinbarung mindestens unterzeichnen muss, ist nur schwerlich ein Anwendungsbereich der Vorschrift denkbar. Bei Willensmängeln oder etwa durch Zwang beeinflussten Erklärungen dürfte in der Regel das gewählte Recht bereits ausreichende Regeln vorsehen. Lässt man mit der hier vertretenen Auffassung bei Vorliegen eines entsprechenden Erklärungsbewusstseins eine konkludente Rechtswahl zu, dürfte auch dieser Bereich keinen Anwendungsbereich für Art. 24 Abs. 2 EUGüVO bieten, da dann gerade eine (wenn auch nur

konkludente) Zustimmung beider Partner vorliegt.¹¹⁹ Denkbar wären eventuell Konstellationen, in denen etwa eine in Deutschland lebende Frau mit ausländischer Staatsangehörigkeit im Ausland verheiratet und im Wege der Stellvertretung dabei das Recht eines ausländischen, etwa muslimischen Staates gewählt wurde. Derartigen Fällen wird man jedoch auch durch Anwendung des ordre public Vorbehalts nach Art. 31 EUGüVO begegnen können.

d) Bedingte oder befristete Rechtswahl

Eine Rechtswahl nach Art. 22 Abs. 1 EUGüVO kann bedingt oder befristet sein. Dies ergibt sich bereits daraus, dass die Ehegatten die Rechtswahl ändern oder aufheben können.¹²⁰

5. Wirkungen der Rechtswahl, Zeitpunkt

a) Zeitpunkt der Wirksamkeit, Rückwirkung, Art. 22 Abs. 2 und Abs. 3 EUGüVO

Die Wirkungen einer vor der Eheschließung getroffenen Rechtswahl treten erst mit der Eheschließung ein. Nach der Eheschließung vorgenommene Rechtswahlen oder Änderungen einer Rechtswahl wirken nach Art. 22 Abs. 2 EUGüVO grundsätzlich nur ex nunc. Die Ehegatten können eine Rückwirkung vereinbaren, die jedoch nach Art. 22 Abs. 3 EUGüVO keine Auswirkung auf frühere Rechtshandlungen oder Rechte Dritter hat, die sich aus dem früheren Güterrechtsstatut ergeben. Unter dem bisherigen Güterrechtsstatut wirksam abgeschlossene Rechtsgeschäfte bleiben also wirksam, unwirksam werden nicht wirksam.¹²¹ Die Rückwirkung muss nicht auf den Zeitpunkt der Eheschließung erfolgen, der Rückwirkungszeitraum kann vielmehr frei gewählt werden.

Von der rückwirkenden Wahl des Güterrechtsstatuts strikt zu trennen ist die rückwirkende Änderung des Güterstandes, über deren Zulässigkeit und Voraussetzungen alleine das (gewählte) Güterrechtsstatut selbst entscheidet. Verbietet dieses eine rückwirkende Änderung des Güterstandes, hat es allerdings hinzunehmen, wenn es allein aufgrund der nach Art. 22 Abs. 2 EUGüVO zulässigen rückwirkenden Rechtswahl zugleich zu einer rückwirkenden Änderung des Güterstandes kommt.¹²²

b) Aufgrund der Rechtswahl eintretender Güterstandswechsel

Besondere Probleme entstehen, wenn sich – wie häufig – aufgrund einer nach Eheschließung erfolgten Rechtswahl zugleich der Güterstand der Ehegatten ändert.

117 Nach Dutta/Weber/Süß, Die Europäischen Güterrechtsverordnungen, S. 85, 96 Rdnr. 44 m. w. N. ist eine Stellvertretung von vornherein ausgeschlossen, da bei einer Vertretung die Rechtswahlvereinbarung nicht von beiden Ehegatten nach Art. 23 Abs. 1 EUGüVO unterzeichnet und damit formunwirksam ist.

118 Vgl. auch Weber, DNotZ 2016, 659, 681.

119 A. A. Weber, DNotZ 2016, 659, 680.

120 Zur Bedingung des späteren Erwerbs der Staatsangehörigkeit oder der späteren Begründung eines gewöhnlichen Aufenthalts vgl. jedoch oben 2. a) und b).

121 So auch Weber, DNotZ 2016, 659, 682; RNotZ 2017, 365, 369; siehe auch Dutta/Weber/Süß, Die Europäischen Güterrechtsverordnungen, S. 85, 106 Rdnr. 85.

122 A. A. wohl Weber, DNotZ 2016, 659, 682.

aa) Bloßer Wechsel des Güterrechtsstatuts

Ein Wechsel des Güterrechtsstatuts während der Ehe wird in vielen Fällen automatisch zugleich zu einem Wechsel oder wenigstens einer Veränderung des Güterstandes führen. In den wenigsten Fällen werden die güterrechtlichen Bestimmungen des bisherigen Güterrechtsstatuts denen des neuen Statuts entsprechen. Am ehesten ist dies noch denkbar, wenn sowohl vorher als auch nachher Gütertrennung besteht. Folge der Rechtswahl ist jedenfalls zunächst stets, dass die Ehegatten ohne weitere Bestimmung im gesetzlichen Güterstand des gewählten Rechts leben.

Einige Rechtsordnungen wie etwa das portugiesische¹²³ oder thailändische Recht verbieten nach Eheschließung generell eine Änderung des Güterstandes. Andere wie etwa das französische Recht¹²⁴ stellen in bestimmten Fällen für eine Änderung des Güterstandes nach Eheschließung weitere Voraussetzungen wie etwa Wartefristen oder gerichtliche Genehmigungserfordernisse auf. In der EUGüVO ist nicht geregelt, ob solche Verbote oder zusätzlichen Voraussetzungen auch bei einem bloßen Wechsel des Güterrechtsstatutes, der automatisch einen Wechsel des Güterstandes zur Folge hat, durchschlagen und zu beachten sind. Dies ist zu verneinen, da Art. 22 EUGüVO als höhergesetzliche Spezialnorm die Voraussetzungen der Rechtswahl abschließend regelt und einen Rückgriff auf zusätzliche materielle Erfordernisse der beteiligten Rechtsordnungen, unabhängig ob sie gewählt oder abgewählt werden, versperrt.¹²⁵

bb) Zusätzlicher Güterstandswechsel innerhalb des gewählten Rechts

In vielen Fällen des Wechsels des Güterrechtsstatuts werden es die Ehegatten innerhalb des Rahmens dieses neuen Güterrechtsstatuts nicht beim gesetzlichen Güterstand belassen, sondern zusätzlich ehevertraglich einen neuen Güterstand wählen wollen. Für diesen (zweiten) Güterstandswechsel gelten dann bereits die Voraussetzungen des neu gewählten Rechts.¹²⁶

cc) Abwicklung des bisherigen Güterstandes

Durch die Änderung des Güterstandes ist in den vorstehend aufgeführten Fällen der bisherige Güterstand beendet und abzuwickeln. Fraglich ist, nach welchem Recht diese Abwicklung zu erfolgen hat. In den meisten Fällen werden die Ehegatten hierzu selbst im Rahmen der Vertragsfreiheit die erforderlichen Vereinbarungen treffen. Tun sie dies nicht oder können sie sich nicht einigen, spricht jedenfalls bei einer ohne Rückwirkung

getroffenen Rechtswahl vieles dafür, die Abwicklung nach dem bisherigen Recht vorzunehmen. Die Abwicklung nach dem neuen Recht ist unter Umständen gar nicht möglich, insbesondere wenn es den bisherigen Güterstand nicht kennt.¹²⁷

Haben die Ehegatten die Rückwirkungsoption des Art. 22 Abs. 2 EUGüVO in Anspruch genommen und damit das bisherige Güterrechtsstatut sowie dessen Abwicklungsvorschriften insgesamt abgewählt, sodass diese nicht mehr zur Verfügung stehen, wird man bei fehlender Einigung der Ehegatten im Rahmen des neu gewählten Rechts Lösungen finden müssen. Geht es lediglich um die Abwicklung schuldrechtlicher Ausgleichzahlungen, mag dies noch unproblematisch sein, zumal diese bei rückwirkender Änderung des Güterrechtsstatuts gar nicht entstanden oder erloschen sein werden. In anderen Fällen können komplizierte, teilweise nahezu unlösbare Folgeprobleme auftreten.¹²⁸

6. Aufhebung und Änderung der Rechtswahl

Aus Art. 22 EUGüVO ergibt sich, dass eine Rechtswahl wieder geändert werden kann. Für die Formwirksamkeit einer solchen Änderung gilt Art. 23 EUGüVO.

a) Aufhebung der Rechtswahl

Wird lediglich eine bestehende Rechtswahl aufgehoben, ohne eine neue zu treffen, ist nunmehr das Güterrechtsstatut nach der allgemeinen Kollisionsregel des Art. 26 EUGüVO zu ermitteln und zwar – vorbehaltlich einer anderen Vereinbarung der Ehegatten – ex nunc. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Ermittlung des objektiv anwendbaren Güterrechtsstatuts sind dabei die Verhältnisse zum jeweils in Art. 26 Abs. 1 lit. a-c EUGüVO genannte Zeitpunkt („nach“ bzw. „zum Zeitpunkt“ der Eheschließung) und nicht zum Zeitpunkt der Aufhebung der Rechtswahl.¹²⁹ Die materielle Wirksamkeit der Aufhebung wird man ebenfalls – da bei der Aufhebung kein für die Anwendung von Art. 24 Abs. 1 EUGüVO neu gewähltes Recht zur Verfügung steht – nach dem nach Art. 26 Abs. 1 EUGüVO und zu den dort genannten Zeitpunkten anwendbaren Recht beurteilen können.

b) Änderung der Rechtswahl

Eine Änderung einer bestehenden Rechtswahl kann (im Gegensatz zur bloßen Aufhebung) begriffsnotwendig nur darin liegen, dass zum Beispiel nach einem Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts oder nach einem Staatsangehörigkeitswechsel eine neue Rechtswahl getroffen wird. Hier richtet sich nach Art. 24 Abs. 1 EUGüVO die materielle Wirksamkeit der neuen Rechtswahl nach dem neu gewählten Recht.

¹²³ Vgl. hierzu Süß/Ring/Huzel, Eherecht in Europa, Länderbericht Portugal Rdnr. 40.

¹²⁴ Vgl. hierzu Süß/Ring/Döbereiner, Eherecht in Europa, Länderbericht Frankreich Rdnr. 95 ff.

¹²⁵ So auch die h. M. in Frankreich zur dort wegen der Geltung des Haager Ehegüterrechtsabkommens vom 14.3.1978 vergleichbaren Rechtslage, vgl. Süß/Ring/Döbereiner, Eherecht in Europa, Länderbericht Frankreich Rdnr. 132. Siehe auch Dutta/Weber/Süß, Die Europäischen Güterrechtsverordnungen, S. 85, 89 Rdnr. 12 ff.

¹²⁶ In diesem Sinne auch Dutta/Weber/Süß, Die Europäischen Güterrechtsverordnungen, S. 85, 89 Rdnr. 12 ff.

¹²⁷ So auch Kroll-Ludwigs, GPR 2016, 231, 235; Weber, DNotZ 2016, 659, 681. Nach bisherigem deutschen IPR ist die Frage sehr umstritten, vgl. zum Beispiel Hausmann/Odersky/Hausmann, Internationales Privatrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, § 9 Rdnr. 129; Palandt/Thorn, Art. 15 EGBGB Rdnr. 21; Schotten, DNotZ 1999, 326, 333.

¹²⁸ Beispiel hierzu bei Dutta/Weber/Döbereiner, Die Europäischen Güterrechtsverordnungen, S. 63, 83 Rdnr. 72.

¹²⁹ So zu Art. 15 EGBGB auch Hausmann/Odersky/Hausmann, Internationales Privatrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, § 9 Rdnr. 135 m. w. N. auch zur Gegenansicht.

7. Rechtswahl nach dem IPR eines Drittstaates

Zahlreiche drittstaatliche Rechtsordnungen wie zum Beispiel Polen sehen im Bereich des Güterrechts ebenfalls Rechtswahlmöglichkeiten vor. Da in der EUGüVO ausschließlich Sachnormverweisungen enthalten sind, spielen diese auf den ersten Blick für die Mitgliedstaaten der EUGüVO keine Rolle. Insbesondere kann es aufgrund einer nach dem Recht eines Drittstaates zulässigen, nach der EUGüVO aber unzulässigen Rechtswahl aus Sicht eines Mitgliedstaates nicht zu einer Rück- oder Weiterweisung kommen. Eine Rechtswahl nach dem IPR eines Drittstaates kann aber insbesondere bei ausländischen Ehegatten mit gewöhnlichem Aufenthalt im Inland ggf. zur Herbeiführung einer Harmonisierung zwischen dem nach der EUGüVO und dem drittstaatlichen IPR anwendbaren Recht genutzt werden, etwa wenn das ausländische IPR – wie zum Beispiel das polnische – grundsätzlich dem Staatsangehörigkeitsprinzip folgt, aber eine Wahl des Rechts am Ort des gewöhnlichen Aufenthalts zulässt.

V. Besonderheiten für Eheverträge, Vereinbarungen über den ehelichen Güterstand, Art. 25 EUGüVO

Einen für die (notarielle) Praxis äußerst wichtigen Bereich stellt die Anknüpfung von Eheverträgen im grenzüberschreitenden Rechtsverkehr dar.

1. Allgemeines

a) Begriff und Definition des Ehevertrages

aa) Allgemeines

Die EUGüVO verwendet nicht unmittelbar den Begriff des „Ehevertrages“, sondern den Begriff „Vereinbarung über den ehelichen Güterstand“. Dieser Begriff wird in Art. 3 Abs. 1 lit. b EUGüVO definiert als „jede Vereinbarung zwischen Ehegatten oder künftigen Ehegatten, mit der sie ihren ehelichen Güterstand regeln“. Der Begriff der Vereinbarung über den ehelichen Güterstand ist weiter und umfassender als der Begriff des Ehevertrages in § 1408 BGB. Dies korrespondiert mit dem weiten Anwendungsbereich der EUGüVO.¹³⁰

bb) Einzelfälle, Abgrenzung zu erbrechtlichen Vereinbarungen

Unklar und problematisch wird auch künftig die Abgrenzung und Einordnung von auf den ersten Blick güterrechtlich einzuordnenden Vereinbarungen bleiben, die für die Eheauflösung durch Tod bestimmte auf den ersten Blick ausschließlich güterrechtliche Vorteile vorsehen. Dies gilt zum Beispiel für die sog. *avantages matrimoniaux* des französischen Rechts, die es den Ehegatten erlauben, für den Todesfall dem überlebenden Ehegatten bestimmte Gegenstände aus dem Gesamtgut der ehelichen Gütergemeinschaft oder sogar das Gesamtgut insgesamt zukommen zu lassen (*clause de préciput*, *stipulation de parts inégales*, *clause d'attribution de la totalité de la communauté*).¹³¹

¹³⁰ Siehe hierzu bereits oben II. 2. a).

¹³¹ Ausführlich hierzu Süß/Ring/Döbereiner, *Eherecht in Europa*, Länderbericht Frankreich Rdnr. 108; Döbereiner, *Ehe- und Erbverträge im deutsch-französischen Rechtsverkehr*, S. 84 ff.

Richtigerweise ist auch unter der EUGüVO und der EU ErbVO danach zu unterscheiden, ob die in Frage stehende Abweichung von der Halbteilung in der betreffenden Rechtsordnung gesetzlich angeordnet ist oder den Ehegatten als Gestaltungsinstrument zur Verfügung gestellt wird. Ist ersteres der Fall, so ist eine güterrechtliche Qualifikation vorzunehmen, da es die freie Entscheidung des jeweiligen Gesetzgebers ist, wie er den Schutz eines überlebenden Ehegatten gesetzlich sicherstellen will. Bedarf es dagegen wie zum Beispiel bei einer *stipulation de parts inégales* bzw. einer *clause d'attribution de la totalité de la communauté* des französischen Rechts zusätzlich zur Verwirklichung der Abweichung von der Halbteilung noch einer ausdrücklichen Vereinbarung durch die Ehegatten, so ist dies in der Regel erbrechtlich (und nicht güterrechtlich) zu qualifizieren und nach Art. 25 EU ErbVO zu beurteilen.¹³²

b) Übergangsregelung

Art. 69 Abs. 3 EUGüVO bestimmt, dass Art. 20 ff. EUGüVO nur für Ehegatten gelten, die nach dem 29.1.2019 heiraten oder eine Rechtswahl treffen. Bisher und bis zum 29.1.2019 nach altem Recht abgeschlossene Eheverträge bleiben uneingeschränkt wirksam. Die Abänderung von vor dem 29.1.2019 nach bisheriger Rechtslage errichteten Eheverträgen richtet sich nach dem 29.1.2019 auch weiterhin nach dem bisherigen Recht, nicht nach dem nach der EUGüVO anwendbaren Recht, es sei denn, vor bzw. im Zusammenhang mit der Abänderung des Ehevertrages erfolgt zugleich eine Rechtswahl nach Art. 22 EUGüVO. Auch in diesem Bereich wird also die vor Anwendbarkeit der EUGüVO geltende Rechtslage in der Praxis noch lange Zeit zu beachten sein.

2. Form des Ehevertrages, Art. 25 EUGüVO

Art. 25 EUGüVO regelt die Formwirksamkeit des Ehevertrages. Die Vorschrift ist weitgehend Art. 7 Rom III-VO nachempfunden. Nach Nr. 48 Satz 2 ErwG soll Art. 25 EUGüVO die Anerkennung von aufgrund einer Vereinbarung über den ehelichen Güterstand erworbenen Rechten erleichtern.

a) Grundsatz: Art. 25 Abs. 1 EUGüVO

Das – in der Praxis allerdings die Ausnahme bildende – Grundprinzip ist in Art. 25 Abs. 1 Satz 1 EUGüVO niedergelegt und entspricht Art. 23 Abs. 1 EUGüVO zur Rechtswahl.¹³³ Art. 25 Abs. 1 EUGüVO regelt dabei nicht nur das anwendbare Recht, ist also keine Kollisionsnorm, sondern eine echte Sachnorm. In diesem Zusammenhang stellt sich durchaus die Frage, ob hierfür überhaupt eine Gesetzgebungskompetenz der EU im Rahmen einer justiziellen Zusammenarbeit besteht.¹³⁴

Art. 25 Abs. 2 EUGüVO sieht bedeutende Ausnahmen vom Grundprinzip des Art. 25 Abs. 1 EUGüVO vor, die in vielen Fäl-

¹³² So auch Mankowski, ZEV 2016, 479, 484; Dutta/Weber/J. P. Schmidt, *Internationales Erbrecht*, 2016, Art. 1 EU ErbVO Rdnr. 50; a. A. wohl Dutta/Weber/Süß, *Die Europäischen Güterrechtsverordnungen*, S. 85, 101 Rdnr. 58; Weber, DNotZ 2016, 424, 435.

¹³³ Siehe hierzu oben IV. 3. a).

¹³⁴ Zweifelnd Dutta/Weber/Süß, *Die Europäischen Güterrechtsverordnungen*, S. 82, 93; Weber, DNotZ 2016, 659, 683.

len in der Praxis der Mitgliedstaaten zum Tragen kommen werden. Diese Ausnahmen entsprechen den Regelungen in Art. 23 Abs. 2-4 EUGüVO zur Rechtswahl, sodass auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden kann.¹³⁵

b) Zusätzliche Formvorschriften des anwendbaren Rechts, Art. 25 Abs. 3 EUGüVO

Nach Art. 25 Abs. 3 EUGüVO sind jedoch darüber hinaus, unabhängig davon, ob für den Ehevertrag die Grundnorm des Art. 25 Abs. 1 EUGüVO oder die besonderen Regelungen in Art. 25 Abs. 2 EUGüVO gelten, kumulativ die für Eheverträge geltenden zusätzlichen Formvorschriften des Güterrechtsstatuts zu beachten. Dies gilt unabhängig davon, ob Güterrechtsstatut das Recht eines Mitgliedstaates oder das Recht eines Drittstaates ist. Nach Nr. 48 Satz 3 ErWG wurde diese Regelung bewusst geschaffen, um dem besonderen Schutzbedürfnis der Ehegatten gerecht zu werden. Bei notarieller Beurkundung stellt sich an dieser Stelle ggf. wieder das Problem der Gleichwertigkeit von Auslandsbeurkundungen.¹³⁶ Im Zweifelsfall kann ggf. nur eine Doppelbeurkundung sowohl im In- als auch im Ausland absolute Sicherheit bringen, wenn die nach Art. 25 Abs. 2 und Abs. 3 EUGüVO anwendbaren Rechte auseinanderfallen.¹³⁷

Das Güterrechtsstatut bestimmt sich dabei nach Art. 22 bzw. 26 EUGüVO. Gilt für die Ermittlung des Güterrechtsstatuts im Einzelfall Art. 26 Abs. 1 lit. a EUGüVO, also das Recht des gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts *nach* Eheschließung, und soll der Ehevertrag bereits vor der Eheschließung errichtet werden, hat dies zur Folge, dass erst nachträglich festgestellt werden kann, welche Formvorschriften für den Ehevertrag überhaupt anwendbar waren.

c) Kein Rückgriff auf die Ortsform

Art. 25 EUGüVO stellt – wie Art. 23 EUGüVO – eine abschließende Regelung dar. Insbesondere ist dadurch ein Rückgriff auf die Ortsform (*locus regit actum*) versperrt. Das Recht der Staatsangehörigkeit (eines) der Ehegatten kann für die Formwirksamkeit des Ehevertrages unter Geltung der EUGüVO nur dann eine Rolle spielen, wenn es wegen Art. 25 Abs. 3 EUGüVO zugleich als Güterrechtsstatut zum Tragen kommt.

Unter der EUGüVO wird man daher selbst bei inländischer notarieller Beurkundung des Ehevertrages nicht mehr automatisch von dessen Formwirksamkeit ausgehen können, da es immer auf das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt der Ehegatten in einem Mitgliedstaat bzw. das anwendbare Güterrechtsstatut ankommt. Sieht dieses Recht zwar keine notarielle Beurkundung, aber andere Formvoraussetzungen vor, so werden diese nicht automatisch durch die notarielle Form ersetzt. Über eine solche Substitution entscheidet vielmehr das nach Art. 25 EUGüVO maßgebliche Recht.

¹³⁵ Siehe oben IV. 3. b).

¹³⁶ Hierzu Dutta/Weber/Süß, Die Europäischen Güterrechtsverordnungen, S. 85, 91 f. Rdnr. 24 f.

¹³⁷ Kritisch daher Dutta, FamRZ 2016, 1973, 1984; siehe auch Dutta/Weber/Süß, Die Europäischen Güterrechtsverordnungen, S. 85, 95 Rdnr. 39.

3. Materielle Wirksamkeit des Ehevertrages, Art. 27 lit. g EUGüVO

Nach Art. 27 lit. g EUGüVO gilt für die materielle Wirksamkeit des Ehevertrages das Güterrechtsstatut, also das nach Art. 22 EUGüVO gewählte oder das nach Art. 26 Abs. 1 und 2 EUGüVO mangels Rechtswahl anwendbare Recht. Die Ausweichklausel des Art. 26 Abs. 3 EUGüVO gilt nach Art. 26 Abs. 3 letzter Unterabsatz EUGüVO bei Vorliegen eines Ehevertrages dagegen ggf. nicht.¹³⁸

Das Güterrechtsstatut entscheidet etwa darüber, ob eine wirksame Einigung vorliegt, ob der Ehevertrag einseitig widerrufen werden kann und welche Auswirkungen Willensmängel haben.¹³⁹ Auch die Auslegung des Ehevertrages unterliegt dem Güterrechtsstatut, ebenso die Frage, ob eine Stellvertretung zulässig ist. Aufgrund des engen Zusammenhangs erscheint es wie bei der Rechtswahl sachgerecht, für die Formwirksamkeit einer Vollmacht die Einhaltung der für den Ehevertrag selbst geltenden Formerfordernisse zu verlangen.

4. Inhalt des Ehevertrages

Der mögliche Inhalt des Ehevertrages, die zulässigerweise zu vereinbarenden Güterstände und die hierfür geltenden inhaltlichen Schranken unterliegen dem Güterrechtsstatut, ebenso die Frage einer (richterlichen) Ausübungs- und Inhaltskontrolle.¹⁴⁰

5. Güterstandswechsel nach Eheschließung

Das Güterrechtsstatut entscheidet auch darüber, ob ein Ehevertrag nur vor oder auch noch nach der Eheschließung errichtet, ob also der Güterstand während der Ehe geändert werden kann. Stellt das Güterrechtsstatut hierfür besondere Regeln auf wie etwa eine Wartezeit oder gerichtliche Genehmigungserfordernisse, so sind diese zu beachten. Einige Rechtsordnungen wie etwa das portugiesische Recht¹⁴¹ verbieten nach Eheschließung generell eine Änderung des Güterstandes. Andere wie etwa das französische Recht¹⁴² stellen in bestimmten Fällen für eine Änderung des Güterstandes nach Eheschließung weitere Voraussetzungen wie etwa Wartefristen oder gerichtliche Genehmigungserfordernisse auf.

Davon strikt zu trennen ist die Frage, ob das Güterrechtsstatut während der Ehe wandelbar ist.¹⁴³

6. Ehe- und Erbverträge und andere mit einem Ehevertrag verbundene Verträge und Vereinbarungen

Ein Ehevertrag ist in der Praxis häufig mit anderen, isoliert nicht güterrechtlich zu qualifizierenden Regelungsbereichen in einer

¹³⁸ Siehe bereits oben unter III. 2.

¹³⁹ Dutta/Weber/Süß, Die Europäischen Güterrechtsverordnungen, S. 85, 90 Rdnr. 20.

¹⁴⁰ So auch Weber, DNotZ 2016, 659, 684.

¹⁴¹ Vgl. hierzu Süß/Ring/Huzel, Eherecht in Europa, Länderbericht Portugal Rdnr. 40.

¹⁴² Vgl. hierzu Süß/Ring/Döbereiner, Eherecht in Europa, Länderbericht Frankreich Rdnr. 95 ff.

¹⁴³ Hierzu oben III. 5. und IV. 1. c) zur nachträglichen Rechtswahl.

Urkunde zusammengefasst. Die mit dem Ehevertrag verbundene Regelung kann dabei eigenständige Bedeutung haben (zusammengesetzte Verträge), häufiges Beispiel hierfür ist der Ehe- und Erbvertrag oder eine umfassende Trennungs- und Scheidungsvereinbarung. Der mit dem Ehevertrag verbundene Regelungskomplex kann aber auch lediglich Inhalt des Ehevertrages oder Gegenleistung für dessen Abschluss sein, zum Beispiel wenn ein Ehepartner im Gegenzug für die Vereinbarung einer Gütertrennung eine einmalige Geldzahlung erhält.

a) Zusammengesetzte Verträge

Bei einem zusammengesetzten Vertrag im vorstehenden Sinn sind – jedenfalls wenn eine klare Trennung zwischen den einzelnen Bereichen möglich ist – diese zunächst nach der jeweils einschlägigen Kollisionsnorm isoliert zu beurteilen, der Ehevertrag nach der EUGüVO.¹⁴⁴ Die Tatsache der urkundlichen Verbindung ist jedoch nicht ohne Bedeutung. Stellt sich heraus, dass ein Teil unwirksam, der oder die anderen Teil(e) jedoch wirksam sind, so entscheidet das für den wirksamen Teil anwendbare Statut, welche Auswirkungen dies hat. Stellt sich etwa bei einem Ehe- und Erbvertrag heraus, dass der Ehevertrag nach dem maßgeblichen Güterrechtsstatut unwirksam ist, so entscheidet das gemäß Art. 25 Abs. 1 oder 2 Unterabs. 2 EU ErbVO auf den Erbvertrag anwendbare Errichtungsstatut, ob die Unwirksamkeit des Ehevertrages auch den Erbvertrag erfasst.¹⁴⁵ Umgekehrt kann der Ehevertrag wirksam geschlossen worden, der Erbvertrag jedoch unwirksam sein. In diesem Fall entscheidet das Güterrechtsstatut über die Auswirkungen auf den Ehevertrag.¹⁴⁶

b) Unselbstständige Bestandteile des Ehevertrages

Handelt es sich bei den mit dem Ehevertrag verbundenen weiteren Vereinbarungen dagegen um unselbstständige Bestandteile desselben, etwa um eine Abfindungsleistung, folgen diese kollisionsrechtlich dem Ehevertrag. In der Regel werden sie ohnehin unter den weiten Begriff der güterrechtlichen Vereinbarung fallen. Für Bestehen, Umfang und Erfüllung der Gegenleistung und Leistungsstörungen gilt das Güterrechtsstatut.¹⁴⁷

VI. Wirkungen gegenüber Dritten, Verkehrsschutz, Art. 28 EUGüVO

Nach Art. 27 lit. f EUGüVO bestimmen sich die Wirkungen des ehelichen Güterstandes auf ein Rechtsverhältnis zwischen einem Ehegatten und einem Dritten grundsätzlich nach dem Güterrechtsstatut. Ergänzend hierzu enthält die EUGüVO mehrere dritt- und verkehrsschützende Vorschriften. Weder

eine rückwirkende Rechtswahl nach Art. 22 Abs. 2 und 3 EUGüVO noch die Anwendung der Ausweichklausel gemäß Art. 26 Abs. 3 EUGüVO dürfen die Rechte Dritter beeinträchtigen.¹⁴⁸

Art. 28 EUGüVO enthält zudem allgemeine drittschützende Bestimmungen. Demnach kann ein Ehegatte in einer Streitigkeit mit einem Dritten das für den ehelichen Güterstand maßgebliche Recht (zum Beispiel Verfügungsbeschränkungen nach Art. 215 Abs. 3 C. C. oder § 1365 BGB oder nur gemeinschaftliche Verfügungsbefugnis bei Gütergemeinschaften) dem Dritten nicht entgegenhalten, es sei denn, der Dritte hatte Kenntnis von diesem Recht oder hätte bei gebührender Sorgfalt davon Kenntnis haben müssen.

Fraglich ist dabei, welche Kenntnis bzw. fahrlässige Unkenntnis des Dritten schädlich ist. Die bloße Kenntnis der ausländischen Staatsangehörigkeit oder ein ausländischer Name dürften jedenfalls nicht genügen,¹⁴⁹ das Wissen, welches Güterrecht gilt und welche Wirkungen sich daraus ergeben dagegen schon.¹⁵⁰ Zweifelhaft scheint, ob es reicht, wenn der Dritte weiß, welches Güterrechtsstatut anwendbar ist,¹⁵¹ aber keine Kenntnis vom konkret maßgeblichen Güterstand hat. Die Beweislast liegt in jedem Fall bei dem Ehegatten, der sich darauf beruft.¹⁵²

Nach Art. 28 Abs. 2 lit. a EUGüVO wird Kenntnis des Dritten (unwiderlegbar¹⁵³) unterstellt, wenn alternativ Güterstatut das Recht ist,

- das auf das Rechtsgeschäft (bzw. die Rechtsbeziehung)¹⁵⁴ zwischen einem Ehegatten und dem Dritten anzuwenden ist,
- in dem der vertragsschließende Ehegatte und der Dritte ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben,
- in dem die betreffenden Vermögensgegenstände im Fall von unbeweglichem Vermögen belegen sind.

Nach Art. 28 Abs. 2 lit. b EUGüVO gilt diese Vermutung der Kenntnis des Dritten auch, wenn ein Ehegatte die Publizitäts- bzw. Registrierungsvoraussetzungen des Staates eingehalten hat,

- dessen Recht auf das Rechtsgeschäft zwischen dem Ehegatten und dem Dritten anzuwenden ist,
- in dem der vertragsschließende Ehegatte und der Dritte ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben,
- in dem die betreffenden Vermögensgegenstände im Fall von unbeweglichem Vermögen belegen sind.

144 In diesem Sinn auch Dutta/Weber/Köhler, Die Europäischen Güterrechtsverordnungen, S. 147, 150 Rdnr. 9.

145 Zum bisherigen deutschen IPR: LG München I, Urteil vom 26.2.1976, 20 O 11171/75, FamRZ 1978, 364, 366; Soergel/Schurig, Art. 15 EGBGB Rdnr. 54; Staudinger/Dörner, Art. 25 EGBGB Rdnr. 367 im Hinblick auf die Formungültigkeit des Ehevertrages.

146 LG München I, Urteil vom 26.2.1976, 20 O 11171/75, FamRZ 1978, 364, 366.

147 A. A. Nordmeier, ZEV 2013, 117, 119. Im hier vertretenen Sinn zutr. Staudinger/Dörner, Art. 25 EGBGB Rdnr. 363.

148 Siehe hierzu bereits oben III. 2. a. E. und IV. 5. a).

149 Weber, DNotZ 2016, 659, 685; RNotZ 2017, 365, 370; weiter Dutta, FamRZ 2016, 1973, 1982.

150 Dutta/Weber/Süß, Die Europäischen Güterrechtsverordnungen, S. 85, 104 Rdnr. 70; Weber, DNotZ 2016, 659, 685.

151 So Dutta, FamRZ 2016, 1973, 1982; Weber, DNotZ 2016, 659, 685; RNotZ 2017, 365, 369.

152 Dutta/Weber/Süß, Die Europäischen Güterrechtsverordnungen, S. 85, 102 Rdnr. 62.

153 Martiny, ZfPW 2017, 1, 26; Weber, DNotZ 2016, 659, 686; RNotZ 2017, 365, 370.

154 Dutta/Weber/Süß, Die Europäischen Güterrechtsverordnungen, S. 85, 103 Rdnr. 64.

Die Folge einer Anwendung von Art. 28 Abs. 1 EUGüVO ist nach Art. 28 Abs. 3 EUGüVO, dass entweder

- das Recht des Staates, dessen Recht auf das Rechtsgeschäft zwischen dem Ehegatten und dem Dritten (Geschäftsstatut), oder
- bei Geschäften, die sich auf einen konkreten Gegenstand beziehen,¹⁵⁵ das Recht des Staates, in dem unbewegliche Gegenständen belegen sind (*lex rei sitae*), oder
- bei eingetragenen Vermögenswerten, das Recht des Staates, in dem diese Vermögenswerte oder Rechte eingetragen sind (*lex libri*),

anzuwenden ist.

Bei Kollisionen zwischen den beiden Alternativen des Art. 28 Abs. 3 EUGüVO erscheint es sachgerecht, ein Wahlrecht zugunsten des nicht am Rechtsgeschäft beteiligten Ehegatten anzunehmen, da es im Rahmen der Vorschrift um die Frage geht, auf welche Vorschriften sich der Ehegatte berufen kann.¹⁵⁶ In Betracht käme auch, Art. 28 Abs. 3 lit. b EUGüVO als Spezialvorschrift gegenüber lit. a anzusehen¹⁵⁷, wogegen jedoch bereits der Wortlaut („oder“) der Vorschrift spricht.

VII. Besonderheiten der EUPartVO

Die EUPartVO entspricht in weiten Teilen der EUGüVO, weist jedoch an einigen Stellen teilweise bedeutende Abweichungen auf.

1. Anwendungsbereich, Abgrenzung zwischen Ehe und Partnerschaft

Unklar ist zunächst die als Vorfrage vorzunehmende Abgrenzung zwischen Ehe und eingetragener Partnerschaft. Diese Frage wird nach Art. 1 Abs. 2 lit. b EUGüVO bzw. EUPartVO nicht von den Verordnungen, sondern nach Nr. 17 ErwG vom jeweiligen nationalen Gesetzgeber beantwortet. Nach Art. 3 Abs. 1 lit. a EUPartVO ist eine eingetragene Partnerschaft eine rechtlich vorgesehene Form der Lebensgemeinschaft zweier Personen, deren Eintragung nach den betreffenden rechtlichen Vorschriften verbindlich ist und welche die in den betreffenden Vorschriften vorgesehenen rechtlichen Formvorschriften für ihre Begründung erfüllt. Man wird darunter alle Rechtsinstitute sehen können, die der nationale Gesetzgeber, in dessen Hoheitsgebiet die Partnerschaft begründet oder erstregistriert wurde, als alternatives Rechtsinstitut zur Ehe geschaffen hat, die dieser aber nicht gleichwertig sind.¹⁵⁸ Konstitutiv ist eine verbindliche¹⁵⁹ und zwingende Registereintragung, sodass nicht eingetragene und rein faktische Le-

bensgemeinschaften nicht darunter fallen.¹⁶⁰ Da beide Verordnungen geschlechtsneutral formuliert sind, wird man davon ausgehen können, dass zum einen auf (nach nationalem etwa deutschem, französischem oder belgischem Recht) „echte“ gleichgeschlechtliche Ehen,¹⁶¹ aber auch auf gleichgeschlechtliche Verbindungen, die nach nationalem Recht (wie bis zur Einführung der echten gleichgeschlechtlichen Ehe zum Beispiel die frühere deutsche Lebenspartnerschaft) der heterosexuellen Ehe weitgehend gleichgestellt sind, die EUGüVO, andernfalls (wie zum Beispiel für den französischen PACS) die EUPartVO Anwendung findet.

2. Unterschiede zwischen EUGüVO und EUPartVO

Für den Güterstand einer eingetragenen Partnerschaft gilt nach Art. 26 Abs. 1 EUPartVO anders als nach Art. 26 Abs. 1 EUGüVO das Recht des Staates, nach dessen Recht die Partnerschaft registriert worden ist. Wurde die Partnerschaft in mehreren Staaten registriert, dürfte es auf die Erstregistrierung ankommen.

Für die für die Partner bestehenden Rechtswahlmöglichkeiten enthält Art. 22 Abs. 1 EUPartVO den Vorbehalt, dass das gewählte Recht Rechtsfolgen an die eingetragene Partnerschaft knüpfen muss. Nach Nr. 44 ErwG soll die Rechtswahl nicht in einen rechtsfreien Raum führen. Ein entsprechender Vorbehalt findet sich in der Ausweichklausel des Art. 26 Abs. 2 EUPartVO. Ausreichend dürfte sein, dass das gewählte Recht die Lebenspartnerschaft überhaupt kennt und gesetzlich regelt,¹⁶² unabhängig davon, ob es hierfür ausdrückliche güterrechtliche Regeln aufstellt.¹⁶³ Bei den Rechtswahlmöglichkeiten sieht Art. 22 Abs. 1 lit. c EUPartVO auch die Möglichkeit der Wahl des Rechts des Staates vor, nach dem die Partnerschaft begründet wurde.

VIII. Schlussbemerkungen

Die EUGüVO führt zu einer grundsätzlich begrüßenswerten Vereinheitlichung der Kollisionsregeln im internationalen Güterrecht Europas. Zugleich hat sie teilweise erhebliche Änderungen in der Rechtsanwendung gerade auch in der notariellen Praxis zur Folge. Dies ergibt sich bereits aus der künftigen Regelanknüpfung des Güterrechtsstatuts an das Recht am letzten gewöhnlichen Aufenthalt. Die erst ab dem 29.1.2019 anwendbaren, in Art. 22 EUGüVO vorgesehenen Rechtswahlmöglichkeiten führen auf den ersten Blick – mit Ausnahme des Wegfalls der auf Immobilien beschränkten Rechtswahlmöglichkeit – zu nicht allzu gravierenden Änderungen gegenüber

¹⁵⁵ Vgl. *Dutta*, FamRZ 2016, 1973, 1982.

¹⁵⁶ So *Dutta/Weber/Süß*, Die Europäischen Güterrechtsverordnungen, S. 85, 105 Rdnr. 79.

¹⁵⁷ So *Dutta*, FamRZ 2016, 1973, 1982; *Martiny*, ZfPW 2017, 1, 27; *Weber*, RNotZ 2017, 365, 371.

¹⁵⁸ *Dutta/Weber/Köhler*, Die Europäischen Güterrechtsverordnungen, S. 147, 152 Rdnr. 15.

¹⁵⁹ A. A. wohl *Weber*, DNotZ 2016, 659, 693: bloße Verpflichtung zur Registereintragung reicht, ob diese konstitutiv ist, ist unerheblich.

¹⁶⁰ Für eine entsprechende Anwendung der EUPartVO, jedenfalls wenn der Staat, in dem die Paarbeziehung begründet wurde, hierfür güterrechtsähnliche Folgen vorsieht *Dutta*, FamRZ 2016, 1973, 1976. Zur Behandlung nach deutschem IPR MünchKomm-BGB/Coester, 7. Aufl. 2018, Art. 17b EGBGB, Rdnr. 144 ff.

¹⁶¹ So auch *Mankowski*, IPRax 2017, 541, 548.

¹⁶² So *Dutta*, FamRZ 2006, 1973, 1981, *Martiny*, ZfPW 2017, 1, 32; siehe auch bereits *Döbereiner*, MittBayNot 2011, 463, 464 zu den Verordnungsentwürfen.

¹⁶³ So aber *Dutta/Weber/Coester*, Die Europäischen Güterrechtsverordnungen, S. 111, 116 f. Rdnr. 17; *Weber*, DNotZ 2016, 659, 695.

der bisher nach Art. 14, 15 EGBGB in Deutschland bestehenden Rechtslage. Bei genauerer Betrachtung werden jedoch die in Art. 23 EUGüVO vorgesehenen Formvorschriften aufgrund des ausschließlichen Abstellens auf den gewöhnlichen Aufenthalt und des Wegfalls der Ortsform in der Praxis zu einer eigentlich überflüssigen Rechtsunsicherheit führen. Ähnliches gilt im Bereich der bisher in der Regel einfach festzustellenden Formwirksamkeit von Eheverträgen. Einerseits stellt die Grundnorm des Art. 25 Abs. 1 EUGüVO angesichts der meist einschneidenden Folgen eines Ehevertrages zu geringe Form-

anforderungen, andererseits sind die Abschaffung der Ortsform und die in der Praxis meist anwendbaren Ausnahmegesetze in Art. 25 Abs. 2 und 3 EUGüVO kritisch zu betrachten. Die Abgrenzung zwischen einem Wechsel des Güterrechtsstatuts und einem Wechsel des Güterstandes bleibt auch künftig schwierig und kompliziert. Bedauerlich ist schließlich, dass auch in der EUGüVO (ebenso wie in der EU ErbVO) vernachlässigt wird, mittels Rechtswahlmöglichkeiten Erleichterungen zur Herbeiführung eines Gleichlaufs zwischen Güterrechts- und Erbstatut zur Verfügung zu stellen.

Anforderungen an den Zugang einer Widerrufserklärung nach § 2271 Abs. 1 Satz 1 BGB bei Zustellung durch den Gerichtsvollzieher

Zugleich Anmerkung zum Beschluss des OLG Oldenburg vom 19.12.2017, 3 W 112/17*

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

Die Anforderungen, die an den wirksamen Zugang einer durch den Gerichtsvollzieher zugestellten Widerrufs- bzw. Rücktrittserklärung von gemeinschaftlichen Testamenten und Erbverträgen zu stellen sind, werden in der Praxis häufig nicht beachtet. Dies kann dazu führen, dass das gemeinschaftliche Testament und der Erbvertrag weiter fortbestehen und spätere Erbregelungen wegen der Folgen des § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht wirksam werden. Wie neuere Entscheidungen des OLG Oldenburg und des OLG Koblenz zeigen, handelt es sich dabei um eine Problematik, die die Obergerichte in regelmäßigen Abständen immer wieder beschäftigt.

I. Zugang einer Widerrufserklärung in ihrer verkörperten Form

Gemäß § 2271 Abs. 1 Satz 1 BGB hat der Widerruf wechselbezüglicher Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament zu Lebzeiten der Ehegatten nach der für den Rücktritt vom Erbvertrag geltenden Vorschrift des § 2296 BGB zu erfolgen. Der Widerruf setzt folglich eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung des widerrufenden Ehegatten gegenüber dem anderen Ehegatten voraus, die der notariellen Beurkundung bedarf und die dem anderen Ehegatten zugehen muss (§ 2296 Abs. 2, § 2271 Abs. 1 Satz 1 BGB). Wird die Erklärung in Abwesenheit des Empfängers abgegeben, ist bei formbedürftigen Erklärungen ein Zugang der Erklärung in ihrer verkörperten Form erforderlich, sofern die Beteiligten nicht ausnahmsweise hierauf verzichtet haben.¹ Nur eine Übermittlung auf diese Weise ist eine wirksame Erklärung im Sinne des § 2296 BGB. Grundsätzlich muss die Urschrift zugehen. Bei notariellen Urkunden bleibt im Normalfall die Urschrift in der Verwahrung des Notars (§ 45 Abs. 1 BeurkG) und wird gemäß § 47 BeurkG durch eine Ausfertigung ersetzt. Diese entfaltet dieselben Wirkungen wie die Urschrift. Anders ist dies beim Zugang einer beglaubigten Abschrift der notariell beurkundeten Widerrufserklärung, da diese nicht mehr als die Übereinstimmung der Abschrift mit einer Urkunde beweist, also nicht die empfangsbedürftige Erklärung selbst darstellt. Sie kann deshalb die Urschrift nicht ersetzen.²

* MittBayNot 2018, 471 (in diesem Heft).

1 BGH, Urteil vom 7.6.1995, VIII ZR 125/94, NJW 1995, 2217.

2 St. Rspr., siehe BGH, Urteil vom 28.9.1959, III ZR 112/58, NJW 1960, 33; BGH, Beschluss vom 14.12.1961, V ZB 20/61, NJW 1962, 736, 737.

II. Zustellung durch den Gerichtsvollzieher

Zur Wirksamkeit des Widerrufs ist es nicht notwendig, dass die Erklärung durch den Gerichtsvollzieher zugestellt wird. Diese wird aber aus Beweisgründen (§ 418 ZPO), wie auch der Fall des OLG Oldenburg zeigt, häufig als zweckmäßig erachtet. Wird hiervon Gebrauch gemacht, so wird der Zugang einer Willenserklärung durch die förmliche Zustellung nach den Regeln der ZPO ersetzt (§ 132 Abs. 1 BGB). Die förmlich zugestellte Erklärung gilt als im Zeitpunkt der Zustellung zugegangen im Sinne von § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB. Das OLG Oldenburg geht mit der fast einhelligen Meinung in Anlehnung an frühere BGH-Entscheidungen³ davon aus, dass zum Zugang der Widerrufserklärung durch den Gerichtsvollzieher eine Ausfertigung der notariellen Urkunde zu übergeben ist und die Übergabe einer beglaubigten Abschrift nicht ausreicht.⁴ In der Praxis kommt es dabei häufig zu Fehlern, was sich durch die für die Zustellung geltenden Vorschriften der §§ 192 ff. ZPO erklärt. Diese Vorschriften beruhen auf dem einheitlichen Konzept, dass an den Adressaten einer Willenserklärung eine durch den Gerichtsvollzieher gefertigte beglaubigte Abschrift übergeben wird und der Gerichtsvollzieher auf dem zuzustellenden Dokument (hier die Ausfertigung) die Zustellung vermerkt und diese Urkunde wieder an die Person übermittelt, in deren Auftrag er zugestellt hat (§ 193 ZPO).⁵

III. Erfordernis eines zeitnahen Zugangs

Nach § 130 Abs. 2 BGB hat es auf die Wirksamkeit einer Willenserklärung keinen Einfluss, wenn der Erklärende nach der Abgabe stirbt. Die Abgabe der Widerrufserklärung im Sinne von § 130 Abs. 2 BGB ist beim Widerruf eines gemeinschaftlichen Testaments bereits dann erfolgt, wenn der die Widerrufsverhandlung beurkundende Notar mit der Zustellung der Ausfertigung beauftragt wird. Damit hat der Erblasser nach dem BGH alles getan, was von seiner Seite zu geschehen hat, damit der Widerruf seinem Ehegatten zugeht. Das

3 BGH, Urteil vom 28.9.1959, III ZR 112/58, NJW 1960, 33; BGH, Beschluss vom 14.12.1961, V ZB 20/61, NJW 1962, 736, 737 f.; BGH, Beschluss vom 19.10.1967, III ZB 18/67, NJW 1968, 496, 497.

4 So zuletzt auch OLG Karlsruhe, Urteil vom 7.3.2012, 15 U 105/11, ErbR 2014, 35 f.; OLG Hamm, Beschluss vom 28.10.2014, I-15 W 14/14, NJW-RR 2015, 524, 525; OLG Koblenz, Urteil vom 29.6.2017, 1 U 1238/16, ZEV 2017, 713, 715 = MittBayNot 2018, 366.

5 Siehe MünchKomm-ZPO/Häublein, 5. Aufl. 2016, § 192 Rdnr. 5.

genügt für die Abgabe der Willenserklärung im Sinne von § 130 Abs. 2 BGB.⁶

Obwohl für das Wirksamwerden einer Willenserklärung regelmäßig der zeitliche Abstand zwischen ihrer Abgabe und ihrem Zugang ohne Bedeutung ist, gilt das beim Widerruf einer Verfügung von Todes wegen nicht uneingeschränkt, nämlich nicht für den Fall, dass der Erklärende zwischen der Abgabe und dem Zugang der Erklärung verstirbt. Denn es besteht ein Interesse des Rechtsverkehrs daran, Erbverhältnisse sicher beurteilen zu können und sie nicht für eine unbestimmte Zeit auf schwankendem Boden stehen zu lassen.⁷ Unabhängig von der Zustellungsart hält die Rechtsprechung daher einen Widerruf auf jeden Fall für unwirksam, wenn die Erklärung zu einem Zeitpunkt zugestellt wird, zu dem der Ehegatte mit einem Widerruf nicht mehr zu rechnen braucht. Der BGH hat einen Zeitablauf von sieben Monaten,⁸ das OLG Karlsruhe⁹ einen Zugang, der viereinhalb Monate nach dem Erbfall erfolgt, als schädlich angesehen. Soweit die Zustellung der Ausfertigung innerhalb der Ausschlagungsfrist für eine Erbschaft erfolgt, erachtet die Rechtsprechung dies als rechtzeitigen Zugang.¹⁰ Dazwischen befindet sich eine noch ungeklärte zeitliche Grauzone. Im Fall des OLG Oldenburg erfolgte die Zustellung der Ausfertigung der Widerrufserklärung zwölf Tage nach dem Tod der widerrufenden Ehefrau, was als ausreichend anzusehen ist.

IV. Auswirkungen der Zustellung durch Übergabe einer beglaubigten Abschrift

1. Übergabe einer beglaubigten Abschrift als eigener Zustellungsvorgang

Im Fall des OLG Oldenburg wurde die notariell beurkundete Widerrufserklärung der Ehefrau dem Ehemann ausweislich der Postzustellungsurkunde bereits im November 2016 in Form einer beglaubigten Abschrift durch Einlegung in den Briefkasten zugestellt. Die erneute Zustellung einer Ausfertigung der Widerrufserklärung veranlasste der Notar erst im April 2017, als die Ehefrau bereits verstorben war. Ob in einem solchen Fall ein Zugang der Widerrufserklärung noch möglich ist, wird vom OLG Oldenburg nicht weiter problematisiert. Der BGH hat in einer älteren Entscheidung angedeutet, dass der Schutzzweck des § 130 Abs. 2 BGB unter Umständen verfehlt wird, wenn sich die Willenserklärung beim Tod des Erklärenden nicht bereits auf dem Weg zum Erklärungsempfänger befunden hat. Mit der Übergabe der beglaubigten Abschrift ist laut BGH dieses Erfordernis in der Regel nicht erfüllt. Die Ausfertigung ist in einem solchen Fall nicht auf den Weg gebracht,

weil zu diesem Zeitpunkt niemand mehr mit einer Zustellung einer Ausfertigung der Erklärung rechnet und der Zustellungsvorgang mit der Übergabe der beglaubigten Abschrift als abgeschlossen erscheint. Eine nach dem Ableben vorgenommene Zweitzustellung kann daran nichts mehr ändern. Entscheidungserheblich war diese Frage im Fall des BGH allerdings nicht, da wegen der Zustellung der Ausfertigung erst sieben Monate nach dem Erbfall der noch hinzunehmende Zeitabstand (siehe Ziffer III.) überschritten war.¹¹ Unter Verweis auf diese BGH-Entscheidung hat es das OLG Hamm für unerheblich gehalten, zu welchem Zeitpunkt eine Ausfertigung nach dem Tod des Erblassers zugeht. Sofern zu Lebzeiten des Erblassers nur eine beglaubigte Abschrift zugestellt war und die Zustellung der Ausfertigung erst nach dem Tod des Erblassers veranlasst wurde, sei auch eine sechs Wochen nach dem Tod des Erblassers erfolgte Zustellung nicht mehr ausreichend.¹² Legt man diese Maßstäbe zugrunde, so hätte im vorliegenden Fall die Zustellung der Ausfertigung zwölf Tage nach dem Tod der Ehefrau einen wirksamen Widerruf nicht mehr bewirken können. Da die fehlerhafte Zustellung ursprünglich nicht bemerkt wurde und die erneute Zustellung erst nach dem Tod der Ehefrau veranlasst wurde, wäre die Zustellung der beglaubigten Abschrift im November 2016 zumindest nach dem OLG Hamm als abgeschlossener Zustellungsvorgang zu werten.

Anders gestaltete sich insoweit ein neuerer Fall des OLG Koblenz.¹³ Dort hatten die Beteiligten den Eindruck, der Zustellungsvorgang sei abgeschlossen, vermieden, indem sie während des laufenden Zustellungsverfahrens die fehlerhafte Zustellung sofort monierten und unverzüglich die richtige Zustellungsform veranlassten, was zu einer noch rechtzeitigen Zustellung der Ausfertigung innerhalb von vier Wochen nach dem Tod des Erblassers führte.

2. Das Inverkehrbringen als Element der Widerrufserklärung

§ 130 BGB unterscheidet hinsichtlich des Wirksamwerdens einer empfangsbedürftigen Willenserklärung gegenüber Abwesenden zwischen der Abgabe und dem Zugang der Willenserklärung. Eine Willenserklärung ist abgegeben, wenn der Erklärende seinen rechtsgeschäftlichen Willen erkennbar so geäußert hat, dass an der Endgültigkeit der Äußerung kein Zweifel besteht. Bei einer empfangsbedürftigen Erklärung kommt noch das zusätzliche Element des Inverkehrbringens hinzu.¹⁴ Hierzu ist es erforderlich, aber auch ausreichend, dass die Willenserklärung mit Willen des Erklärenden in den Verkehr gelangt und der Erklärende damit rechnen konnte und gerech-

6 Siehe BGH, Beschluss vom 19.10.1967, III ZB 18/67, NJW 1968, 496, 497.

7 Siehe OLG Karlsruhe, Urteil vom 7.3.2012, 15 U 105/11, ErbR 2014, 35, 36.

8 BGH, Beschluss vom 19.10.1967, III ZB 18/67, NJW 1968, 496, 499.

9 Urteil vom 7.3.2012, 15 U 105/11, ErbR 2014, 35, 36.

10 So auch OLG Koblenz, Beschluss vom 29.6.2017, 1 U 1238/16, ZEV 2017, 713, 715 = MittBayNot 2018, 366 ff. unter Verweis auf BGH, Beschluss vom 19.10.1967, III ZB 18/67, NJW 1968, 496.

11 BGH, Beschluss vom 19.10.1967, III ZB 18/67, NJW 1968, 496, 498.

12 OLG Hamm, Beschluss vom 16.7.1991, 15 W 133/91, FamRZ 1991, 1486.

13 Siehe Beschluss vom 29.6.2017, 1 U 1238/16, ZEV 2017, 713 m. Anm. Weidlich = MittBayNot 2018, 366 m. Anm. Aumüller.

14 Siehe BGH, Urteil vom 30.5.1975, V ZR 206/73, BGHZ 65, 13, 14; BGH, Urteil vom 18.12.2002, IV ZR 39/02, NJW-RR 2003, 384; Palandt/Ellenberger, 77. Aufl. 2018, § 130 Rdnr. 4.

net hat, sie werde (auf welchem Wege auch immer) den Erklärungsgegner erreichen.¹⁵

Wenn der BGH und das OLG Hamm beim Widerruf gemeinschaftlicher Testamente darauf abstellen, ob die Widerrufserklärung auf den Weg gebracht ist, geht es letztlich darum, ob die Widerrufserklärung mit dem Willen ihres Urhebers bereits in den Rechtsverkehr gelangt ist. Dies hängt davon ab, welche Stellung der beurkundende Notar bei diesem Vorgang einnimmt. Wie bereits erwähnt, sieht der BGH die Erfordernisse für die Abgabe der Widerrufserklärung im Sinne von § 130 Abs. 2 BGB bereits dann als gegeben an, wenn die Widerrufserklärung beurkundet wurde und der beurkundende Notar mit der Zustellung der Ausfertigung beauftragt wird. Denn die Handlung, die der Erklärende in einem solchen Falle selbst vorzunehmen hat, ist mit der Beurkundung der Erklärung und der Beauftragung des Notars beendet. Die Erklärung an sich besteht somit rechtlich, wenn auch ihre Wirksamkeit noch von dem Hinzutreten eines anderen Umstandes, nämlich dem Zugehen an den anderen Teil abhängt.¹⁶

Mit der Beauftragung zur Übermittlung einer Ausfertigung ist der Notar insoweit vergleichbar mit einer Poststelle, an die die Willenserklärung zu ihrer Weiterleitung übergeben wurde. Ereignisse, die im Rahmen des weiteren Vorgehens passieren, ändern an dem wirksamen Inverkehrbringen der Widerrufserklärung nichts mehr. Zweifel an dem wirksamen Inverkehrbringen der Widerrufserklärung könnten sich allenfalls noch daraus ergeben, dass der Notar nicht mit der Zustellung des Originals der Widerrufserklärung, die aus verfahrensrechtlichen Gründen in seiner Verwahrung bleibt (§ 45 BeurkG), sondern mit der Zustellung einer Ausfertigung beauftragt wird. Insoweit könnte daran gedacht werden, dass die Widerrufserklärung erst mit der Erstellung der zu übermittelnden Ausfertigung in den Verkehr gebracht ist und dies vor dem Tod des Erblassers bewirkt sein muss. Da die Erstellung der Ausfertigung dem Notar und nicht dem Erklärenden obliegt, dürften solche Zweifel aber ungerechtfertigt sein. Zudem hatte der Notar im Fall des OLG Oldenburg die Ausfertigung bereits vor dem Ableben der Ehefrau erstellt und somit auch dieses Erfordernis erfüllt.

3. Entfallen des Inverkehrbringens

Hat der Widerrufende die Ausfertigung des Widerrufs in der geschilderten Weise in den Verkehr gebracht, so erscheint es als unerheblich, wenn der Gerichtsvollzieher nur eine beglaubigte Abschrift übergeben und die Ausfertigung an den Auftraggeber zurückgesandt hat. Zwar ist der Zugang dadurch noch nicht bewirkt. Er kann aber unter Beachtung des von der Rechtsprechung geforderten Zeitmoments jederzeit nachgeholt werden. Dies würde sich nur dann anders darstellen, wenn die Rücksendung der übergebenen Ausfertigung an den Auftraggeber einer Beendigung des Inverkehrbringens gleichkäme, sodass damit das für die Abgabewirkung einer Widerrufserklärung gegenüber einem Abwesenden erforderliche

zweite Element des Inverkehrbringens und damit die Existenz der Widerrufserklärung wieder entfiel. Bei dieser Frage ist allerdings nicht auf den Horizont des Erklärungsempfängers, sondern auf den Willen des Widerrufenden abzustellen. Fehlt bei Vornahme einer Erklärungshandlung das Erklärungsbewusstsein, bejaht die Rechtsprechung zwar das Vorliegen einer Willenserklärung auch dann, wenn der Erklärende bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen und vermeiden können, dass seine Erklärung oder sein Verhalten vom Empfänger nach Treu und Glauben und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte als Willenserklärung aufgefasst werden durfte.¹⁷ Für das Inverkehrbringen einer Willenserklärung fordert sie jedoch zusätzlich zu der darauf gerichteten Handlung, wie zum Beispiel der Beauftragung des Notars, einen entsprechenden Willen zur Entäußerung in Richtung des Empfängers. Die Erklärungshandlung, die beim Widerruf eines gemeinschaftlichen Testaments in der Beurkundung der Widerrufserklärung liegt, ist hierfür alleine nicht ausreichend. Erreicht die abgegebene Willenserklärung ohne einen entsprechenden Willen des Erklärenden zur Entäußerung den Empfänger, lehnt die herrschende Meinung deren Wirksamwerden ab. Dies gilt selbst dann, wenn dem Erklärenden bei einer ohne seinen Willen in den Rechtsverkehr gelangten Erklärung Fahrlässigkeit vorzuwerfen ist und für den Erklärungsempfänger das fehlende Willensmoment nicht erkennbar ist.¹⁸ Der Erklärungsempfänger ist insoweit nur auf etwaige Schadensersatzansprüche angewiesen.¹⁹

Für die Beendigung des Inverkehrbringens als *actus contrarius* mit der Folge des Entfallens der Abgabewirkung können keine anderen Anforderungen gelten. Auch hierfür wird man ein entsprechendes Willensmoment des Erklärenden in Bezug auf die Beendigung fordern müssen. Da der Notar gleichsam als Poststelle tätig ist, kann die Abgabe der Widerrufserklärung nicht allein dadurch entfallen, dass der Gerichtsvollzieher die Ausfertigung an den Notar zurückgesandt hat. Hat der Widerrufende hiervon keine Kenntnis, kann eine willentliche Beendigung des Inverkehrbringens durch ihn nicht vorliegen. Schwieriger ist die Sachlage, wenn der Notar dem Erblasser allgemein mitteilt, dass die Widerrufserklärung auftragsgemäß zugestellt wurde. Eine fehlerhafte Information des Notars oder einer anderen Stelle über den in Wahrheit noch nicht abgeschlossenen Zustellungsvorgang und das fehlende Reagieren des Widerrufenden hierauf, ist meines Erachtens nicht ausreichend, um eine willentliche Zustimmung zur Beendigung des in Wahrheit noch nicht erfüllten Auftrags zu bejahen. Dem bloßen Schweigen bzw. der reinen Untätigkeit kommt in der

¹⁵ BGH, Urteil vom 11.5.1979, V ZR 177/77, NJW 1979, 2032, 2033; BGH, Urteil vom 30.1.2018, X ZR 119/15, NJW-RR 2018, 518, 521.

¹⁶ Vgl. BGH, Beschluss vom 16.4.1953, IV ZB 25/53, NJW 1953, 938, 939.

¹⁷ BGH, Urteil vom 7.6.1984, IX ZR 66/83, NJW 1984, 2279, 2280; Palandt/*Ellenberger*, Vor § 116 Rdnr. 17.

¹⁸ BGH, Urteil vom 30.5.1975, V ZR 206/73, BGHZ 65, 13, 14 f.; BGH, Urteil vom 8.3.2006, IV ZR 145/05, NJW-RR 2006, 847, 849; BGH, Urteil vom 18.12.2002, IV ZR 39/02, NJW-RR 2003, 384; OLG München, Beschluss vom 6.9.2005, 32 Wx 60/05, NJW-RR 2005, 1470, 1471; einschränkend Palandt/*Ellenberger*, § 130 Rdnr. 4; MünchKomm-BGB/*Einsele*, 7. Aufl. 2015, § 130 Rdnr. 14.

¹⁹ Siehe BGH, Urteil vom 8.3.2006, IV ZR 145/05, NJW-RR 2006, 847, 849.

Regel nicht die Bedeutung einer willentlichen Handlung zu.²⁰ Schutzaspekte zugunsten des anderen Ehegatten gebieten kein anderes Ergebnis, da dessen Interessen durch die Einhaltung des von der Rechtsprechung geforderten Zeitfaktors ausreichend gewahrt sind. Da allein das Willensmoment und nicht das fahrlässige Unterlassen einer Überprüfung der Richtigkeit der Mitteilung des Notars bzw. einer anderen Stelle maßgebend ist, entfällt damit auch nicht das Inverkehrbringen der Widerrufserklärung. Das Entfallen lässt sich allenfalls dann diskutieren, wenn der Widerrufende positiv weiß, dass dem Ehegatten nur eine beglaubigte Abschrift der Widerrufserklärung übergeben wurde und er infolgedessen selbst den Auftrag als beendet betrachtet.²¹

Soweit der Vorgang des Inverkehrbringens mit der Übergabe der beglaubigten Abschrift durch den Gerichtsvollzieher noch nicht beendet ist, wird für den rechtzeitigen Zugang der Ausfertigung dann die vom BGH für das Erbrecht geforderte Einhaltung des Zeitmoments entscheidend (siehe oben Ziffer III.). Auch aus dem vom BGH betonten Vertrauensschutz des Erklärungsempfängers ergibt sich nichts anderes. Die Tatsache einer vorher erfolgten fehlerhaften Zustellung einer beglaubigten Abschrift der Widerrufserklärung an den anderen Ehegatten steht dem ebenfalls nicht entgegen. Ein Ehegatte, welchem ein Widerruf durch Übergabe einer beglaubigten Abschrift fehlerhaft zugestellt war, erscheint nicht schutzbedürftiger als ein Ehegatte, dem der Widerruf noch überhaupt nicht bekannt ist. Derjenige, der Kenntnis von der Existenz der Widerrufserklärung hat, hat kein zusätzliches schutzwürdiges Vertrauen darauf, dass diese ihn nicht mehr zeitgerecht erreichen wird.

V. Notwendigkeit der Zustellung einer Ausfertigung

1. Unterschiedliche Rechtsprechung

Sieht man in einem fehlerhaften Zustellvorgang eine Aufhebung des Inverkehrbringens der Widerrufserklärung, stellt sich die weitere Frage, ob die Übergabe einer beglaubigten Abschrift durch den Gerichtsvollzieher nicht doch als ausreichend für den Zugang einer Widerrufserklärung anzusehen ist. Die früheren Entscheidungen des BGH sind auf der Grundlage von § 170 Abs. 1 a. F. ZPO ergangen. Nach dieser Vorschrift erfolgte die Zustellung durch den Gerichtsvollzieher, wenn eine Ausfertigung zugestellt werden sollte, mit deren Übergabe, in den übrigen Fällen mit der Übergabe einer beglaubigten Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks. § 170 ZPO wurde inzwischen durch die Neuregelung der §§ 192 ff. ZPO ersetzt, die, wie oben dargelegt, nicht mehr zwischen der Zustellung einer Ausfertigung und der Zustellung in sonstigen Fällen differenzieren und einheitlich von dem Konzept der Übergabe einer (beglaubigten) Abschrift an den Adressaten ausgehen.²²

20 Siehe BGH, Beschluss vom 19.9.2002, V ZB 37/02, NJW 2002, 3629, 3630; Palandt/*Ellenberger*, Vor § 116 Rdnr. 7, MünchKomm-BGB/*Armbrüster*, Vor § 116 Rdnr. 8.

21 Hier käme ggf. ein irrelevanter Irrtum über die rechtlichen Auswirkungen der Zustellung in Betracht. Zu den Auswirkungen eines Irrtums über die Rechtsfolgen einer Erklärung siehe Palandt/*Ellenberger*, § 119 Rdnr. 15 m. w. N.

22 Siehe MünchKomm-ZPO/*Häublein*, § 192 Rdnr. 5.

Für den Zugang kommt es damit darauf an, ob § 132 BGB, worauf *Aumann*²³ hingewiesen hat, sämtliche allgemeinen Zugangserfordernisse ersetzt oder daneben weitere materiellrechtliche Anforderungen zu beachten sind. Die Stellungnahmen des BGH hierzu sind unterschiedlich. Bezüglich des Widerrufs wechselbezoglicher Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament stellt der BGH in früheren Entscheidungen allgemein auf die Zustellung einer Ausfertigung ab, ohne auf die Anforderungen der ZPO näher einzugehen.²⁴ So erachtet er in seiner Entscheidung vom 14.12.1961²⁵ die Übergabe oder Vorlegung einer Ausfertigung für erforderlich in allen Fällen, in denen an die Übergabe oder den Besitz der Urkunde zivilrechtliche Wirkungen geknüpft werden. In seiner Entscheidung vom 7.6.1995 betont er, dass die wegen der Verweisung in § 132 BGB anwendbare Vorschrift des § 170 ZPO nur das Verfahren der Zustellung, nicht aber die materiellrechtliche Frage, in welcher Form eine Urkunde zuzustellen ist, regelt.²⁶ Hinsichtlich des Zugehens einer Willenserklärung, die wie zum Beispiel eine Bürgschaft der Schriftform bedarf, ging der BGH dagegen davon aus, dass eine in Übereinstimmung mit den Vorschriften der ZPO erfolgte Zustellung ausreichend sei, um den Zugang der Willenserklärung herbeizuführen, auch wenn dies wegen der Anwendbarkeit des § 350 HGB im konkreten Fall nicht entscheidungserheblich war. Danach genügt es bei schriftlichen Erklärungen, wenn in Übereinstimmung mit § 170 Abs. 1 ZPO a. F. eine beglaubigte Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks übergeben wurde.²⁷ Das Schrifttum ist dieser Differenzierung teilweise gefolgt.²⁸ Ist beim Zugang formbedürftiger Erklärungen ein Zugang in verkörperter Form notwendig, besteht grundsätzlich kein wesentlicher Unterschied zwischen notariell zu beurkundenden und schriftlich abzugebenden Erklärungen. Diese Fälle sind daher gleich zu behandeln.

2. § 132 BGB als Zugangsfiktion

Das Formerfordernis der § 2271 Abs. 1 Satz 1, § 2296 Abs. 2 BGB besteht zum einen in dem Übereilungsschutz und der Beratung für den Erklärenden. Diese Erfordernisse werden bereits durch die für die Abgabe der Widerrufserklärung notwendige notarielle Beurkundung erfüllt. Das Erfordernis eines Zugangs einer Ausfertigung wird mit dem Formzweck der § 2271 Abs. 1, § 2296 Abs. 2 BGB und der damit einhergehenden Rechtssicherheit und Beweisbarkeit für den anderen Ehegatten begründet. Er soll Sicherheit über seine erlangte Testier-

23 MittBayNot 2018, 368.

24 BGH, Urteil vom 28.9.1959, III ZR 112/58, NJW 1960, 33.

25 BGH, Beschluss vom 14.12.1961, V ZB 20/61, NJW 1962, 736, 738.

26 BGH, Urteil vom 7.6.1995, VIII ZR 125/94, NJW 1995, 2217; ablehnend Staudinger/*Kanzleiter*, Neub. 2014, § 2296 Rdnr. 8 ff.

27 BGH, Urteil vom 25.1.1967, VIII ZR 173/64, NJW 1967, 823, 824.

28 Siehe Palandt/*Ellenberger*, § 132 Rdnr. 2; BeckOGK-BGB/*Gomille*, Stand: 1.7.2018, § 132 Rdnr. 10; BeckOK-BGB/*Wendtland*, Stand: 1.5.2018, § 132 Rdnr. 5; MünchKomm-BGB/*Einsele*, § 132 Rdnr. 4; a. A. Prütting/*Wegen/Weinreich/Ahrens*, BGB, 12. Aufl. 2017, § 130 Rdnr. 2; *Foerste*, NJW 2010, 3611, 3612 f.

freiheit haben und den Wegfall seiner eigenen, ihn bindenden Verfügung auch beweisen können.²⁹ Von der gesetzgeberischen Grundkonzeption ist, worauf auch der BGH hinweist, die Zustellung ein gesetzliches Ersatzmittel für den Zugang der Erklärung, das selbst dann wirksam wird, wenn die zuzustellende Erklärung den Empfänger – etwa in den Fällen der Ersatzzustellung – tatsächlich nicht erreicht hat. Der Zugang wird, wie sich aus dem Wortlaut des § 132 BGB ergibt („gilt ... als zugegangen“), fingiert.³⁰ Der Gesetzgeber ging dabei davon aus, dass die Anforderungen, die die ZPO stellt, dem Erklärungsempfänger ausreichende Sicherungen vermitteln, so dass die Aufnahme weiterer Bestimmungen auch für den Fall, dass er von der Erklärung keine Kenntnis bekommt, nicht erforderlich ist.³¹ Für die Möglichkeit einer öffentlichen Zustellung der Widerrufserklärung (§ 132 Abs. 2 BGB) wird dies vom BGH auch nicht in Frage gestellt. So hat er es diesbezüglich für den Zugang als ausreichend angesehen, wenn neben den in § 132 Abs. 2 BGB genannten Voraussetzungen das nach der ZPO vorgeschriebene Verfahren eingehalten wird.³²

Hinsichtlich etwaiger materiellrechtlicher Anforderungen besteht zwischen den Varianten des § 132 Abs. 1 und 2 BGB von der gesetzgeberischen Grundkonzeption her kein gradueller Unterschied, da Abs. 2 nur als Ausnahme zur ansonsten vorgesehenen Zustellung nach Abs. 1 vorgesehen ist. Beide Absätze stellen ein Ersatzmittel für den Zugang dar mit der Folge, dass ihnen dieselbe Fiktionswirkung zukommt. Gleiche materiellrechtliche Anforderungen müssten dann aber auch für die öffentliche Zustellung gelten. Auch hier hat der andere Ehegatte wie im Fall der Übergabe einer beglaubigten Abschrift kein Ausfertigungsdokument in Händen. Unter dem Aspekt der Sicherheit des anderen Ehegatten über die wieder erlangte Testierfreiheit erscheint dies auch nicht notwendig. Sieht man in der Vorschrift des § 132 BGB ein Ersatzmittel für den Zugang, so verleiht eine unter Einhaltung der Verfahrensvorschriften erfolgte Zustellung und die damit bewirkte Zugangsfiktion dem anderen Ehegatten die notwendige Rechtssicherheit. Was die Beweisbarkeit des Wegfalls der ihn bindenden Verfügung angeht, kann der andere Ehegatte im Falle einer öffentlichen Zustellung nach den Verfahrensvorschriften der §§ 186 ff. ZPO nicht die Aushändigung der Ausfertigung, sondern nur die Aushändigung einer Abschrift der Widerrufserklärung verlangen.³³ Zum Nachweis des Testamentswiderrufs ist er daher auf andere Beweismittel angewiesen. Nur am Rande sei vermerkt, dass auch das In-Händen-Halten einer Ausfertigung für den anderen Ehegatten nicht den absoluten Beweis dafür erbringt, dass die Ausfertigung mit dem Willen des Erklärenden an ihn gelangt ist.³⁴

Unter Berücksichtigung der Zulässigkeit einer öffentlichen Zustellung sowie der BGH-Rechtsprechung zu Erklärungen, die der Schriftform bedürfen, spricht somit vieles dafür, dass § 132 BGB es dem Erklärenden gestattet, das Wirksamwerden seiner privatrechtlichen Erklärung durch Inanspruchnahme hoheitlicher Befugnisse sicherzustellen, ohne dass für die Zugangsfiktion weitergehende materiellrechtliche Anforderungen zu beachten sind. Der Zugang des Widerrufs einer Verfügung von Todes wegen ist dann aber auch zu bejahen, wenn der Gerichtsvollzieher eine beglaubigte Abschrift der Widerrufserklärung übergibt, vorausgesetzt ihm ist die Ausfertigung und nicht nur eine beglaubigte Abschrift als zuzustellendes Dokument³⁵ übergeben worden. Denn damit wird den Anforderungen der §§ 191 ff. ZPO für die Zustellung entsprochen.³⁶ Dies liegt auf der Linie, die der BGH inzwischen im Bereich der von Amts wegen vorzunehmenden Zustellungen eingeschlagen hat. Hier hat er bezüglich der Zustellung von Schriftstücken zuletzt mehrfach betont, dass nach der Streichung des § 170 Abs. 1 ZPO a. F. die Zustellung einer beglaubigten Abschrift stets dann als ausreichend anzusehen ist, wenn das Gesetz keine andere Regelung enthält.³⁷

VI. Schlussbemerkung

Der Fall des OLG Oldenburg veranschaulicht die Probleme, die sich bei einer durch den Gerichtsvollzieher zugestellten Widerrufs- bzw. Rücktrittserklärung von gemeinschaftlichen Testamenten und Erbverträgen stellen, ohne dass diese vom Gericht in allen Einzelheiten erkannt und diskutiert wurden. Es bleibt zu hoffen, dass der BGH demnächst die Gelegenheit erhält, sich zu dieser Problematik zu äußern, insbesondere zu der Frage, inwieweit bezüglich beurkundungsbedürftigen und anderweitig formbedürftigen Erklärungen Unterschiede bestehen können.

Für den Praktiker gilt es allerdings nach wie vor, den sichersten Weg zu beschreiten und auf die Übergabe einer Ausfertigung durch den Gerichtsvollzieher zu achten. Aufgrund der Fehlerträchtigkeit der Zustellungen durch den Gerichtsvollzieher stellt sich ohnehin die Frage, ob der Empfang der Widerrufserklärung sich nicht auf andere Weise einfacher sicherstellen lässt, zum Beispiel dadurch, dass der andere Ehegatte den Empfang der Widerrufserklärung auf einer von ihm zurückzugebenden Ausfertigung schriftlich bestätigt. In vielen Fällen wird auch der andere Ehegatte einer solchen Verfahrensweise nach Hinweis auf die sonst notwendige Zustellung durch den Gerichtsvollzieher aufgeschlossen gegenüberstehen. Denn so lässt sich auch für ihn ein – wenn auch häufig nur zu Unrecht befürchteter Imageschaden – in seinem näheren Umfeld vermeiden, welcher durch den Besuch des Gerichtsvollziehers entstehen könnte.

29 Siehe *Aumüller*, MittBayNot 2018, 368 m. w. N.

30 BGH, Urteil vom 28.9.1959, III ZR 112/58, NJW 1960, 33.

31 Vgl. Motive I, S. 159.

32 BGH, Urteil vom 31.1.1975, IV ZR 18/74, NJW 1975, 827; siehe auch Palandt/*Ellenberger*, § 132 Rdnr. 3.

33 So MünchKomm-ZPO/*Häublein*, § 186 Rdnr. 6; Stein/*Jonas/Roth*, ZPO, Band 3, 23. Aufl. 2016, § 186 Rdnr. 8.

34 Siehe BGH, Urteil vom 18.12.2002, IV ZR 39/02, NJW-RR 2003, 384; BGH, Urteil vom 8.3.2006, IV ZR 145/05, NJW-RR 2006, 847.

35 So lag zum Beispiel der Fall des LG Düsseldorf, Beschluss vom 22.6.2009, 4b O 292/07 (ZV), BeckRS 2011, 604.

36 Siehe Palandt/*Weidlich*, § 2271 Rdnr. 5; a. A. MünchKomm-ZPO/*Häublein*, § 192 Rdnr. 5, der die §§ 192 ff. ZPO auch in Bezug auf Erklärungen, die der Schriftform bedürfen, teleologisch einschränken will.

37 Siehe zuletzt die Entscheidung des Erbrechtssenats des BGH, Urteil vom 13.9.2017, IV ZR 26/16, NJW 2017, 3721 m. w. N.

BUCHBESPRECHUNGEN

Matthias Damm:

Notarielle Verzeichnisse in der Praxis

Deutscher Notarverlag, 2018. 296 S., 59 €

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

Notarielle Verzeichnisse spielen in der Praxis eine nicht (mehr) zu vernachlässigende Rolle, wie nicht zuletzt zahlreiche jüngere Gerichtsentscheidungen zum notariellen Nachlassverzeichnis¹ zeigen. Die Aufnahme solcher Verzeichnisse stellt dennoch, sowohl hinsichtlich des Urkundsinhalts als auch bezüglich des auf dem Weg zur Erstellung der Urkunde zu beachtenden Verfahrens, eine eher atypische notarielle Tätigkeit dar. Ein entsprechendes Beurkundungsersuchen führt daher nicht selten zu einer ganzen Reihe von Fragen: Welche Ermittlungen sind anzustellen? Wer ist zu beteiligen? In welcher Form und mit welchem Inhalt ist die Urkunde abzufassen? Gibt es hierfür irgendwo ein Muster?

Zwar sind in der Vergangenheit durchaus einige Aufsätze zu einzelnen Aspekten der notariellen Verzeichnisse erschienen (vgl. hierzu die Darstellung im Buch auf S. 27 ff.); eine umfassende Darstellung dieser Materie suchte man jedoch bisher vergeblich. Umso begrüßenswerter ist es, dass sich *Damm* die Mühe gemacht hat, diese Lücke zu schließen.

Das vorliegende Werk beginnt mit einer allgemeinen Einführung. Diese enthält neben einer Darstellung von Systematik, Zweck, Typologie und Inhalt der Verzeichnisse sowie Kostenfragen insbesondere auch für die Praxis außerordentlich nützliche Ausführungen zu den zu beachtenden Verfahrensgrundsätzen, berufsrechtlichen Vorgaben und etwaigen Haf-

tungsrisiken. Der zweite Teil des Werks widmet sich sodann – nach Rechtsgebieten geordnet – der Darstellung der einzelnen notariellen Verzeichnisse. Neben der vertieften Darstellung der jeweiligen Besonderheiten und zahlreichen Mustern für die Verzeichnisse als solche enthält dieser Teil auch Vorschläge (einschließlich Formulierungsbeispielen) für die Gestaltung und den zeitlichen Ablauf des jeweiligen Verfahrens. Gerade diese Ausführungen zur Verfahrensgestaltung sind angesichts fehlender gesetzlicher Vorgaben² und mangels einer hergebrachten notariellen Übung ein echter Gewinn für die Praxis!

Selbstverständlich muss man die Auffassung *Damms* nicht in allen Einzelheiten teilen. So werde ich persönlich entgegen seiner Empfehlung (S. 83) daran festhalten, dass notarielle Verzeichnisse durchaus (zumindest teilweise) in der Form der §§ 8 ff. BeurkG errichtet werden können³ und eine Beurkundung in der Form der §§ 36, 37 BeurkG nicht in jedem Fall den besseren Weg darstellt. Den praktischen Nutzen des Werks vermag dies jedoch in keiner Weise zu schmälern. Wer ein notarielles Verzeichnis zu erstellen hat, sollte auf diese Arbeitshilfe künftig nicht verzichten.

1 Vgl. etwa BVerfG, Beschluss vom 25.4.2016, 1 BvR 2423/14, MittBayNot 2017, 400; OLG Bamberg, Beschluss vom 16.6.2016, 4 W 42/16, MittBayNot 2017, 169 m. Anm. S. Braun.

2 Vgl. hierzu bereits S. Braun, MittBayNot 2008, 351, 352.

3 Vgl. bereits S. Braun, MittBayNot 2008, 351, 354.

Jürgen Ebeling/Reinhard Geck:

Handbuch der Erbengemeinschaft, Steuerrecht – Zivilrecht

Loseblattwerk mit 51. Aktualisierung, Dr. Otto Schmidt, Stand: Oktober 2017. Ca. 1.732 S., 129 €

Von Notar Dr. **Benedikt Selbherr**, Weilheim i. OB

Mit Erbengemeinschaften, die in weiten Teilen der Bevölkerung einen nachhaltig schlechten Ruf genießen, hat der Notar häufig zu tun. Er greift daher mit Interesse zu einem Werk, das nach Verlagsaussage „umfassend, klar und leicht verständlich das gesamte Recht der Erbengemeinschaft und der Erbaueinandersetzung“ darstellt. Das ansprechend und sorgfältig gegliederte Handbuch setzt den Schwerpunkt in seiner Bearbeitung klar beim Steuerrecht; der Teil zur Erbengemeinschaft im Zivilrecht nimmt knapp ein Fünftel des Werks ein.

In diesem Teil I. werden neben der rechtlichen Struktur der Erbengemeinschaft Rechtsfragen rund um die Verfügung über einen Erbteil, die Nachlassverwaltung, -auseinandersetzung und -teilung, die Haftung für gemeinschaftliche Nachlassverbindlichkeiten sowie das Thema Unternehmen und Erbengemeinschaft behandelt. Eine Stärke der Darstellung liegt sicherlich darin, dem Leser in kurzer Zeit einen soliden Überblick über die komplexe Materie zu vermitteln. Mit Gewinn liest man den Abschnitt zu typischen Interessenlagen und Streitkomplexen bei Erbengemeinschaften (Rdnr. 63 ff.). Für die Praxis durchaus interessant ist auch die – allerdings nur spärlich belegte – These, in einer einzelne Miterben im Vergleich zur gesetzlichen oder verfügten Erbrechtslage bevorzugenden Auseinandersetzung liege grundsätzlich keine Schenkung (Rdnr. 569). Irritierend hingegen ist, dass die Darstellung des Verhältnisses eines Auseinandersetzungsverbots zu § 2306 Abs. 1 BGB in Rdnr. 438 auf die Rechtslage vor dem 1.1.2010 abstellt. Kritisch anzumerken ist, dass man die Aufnahme der Monographie „Die Erbengemeinschaft“ des Kollegen *Ruhwinkel* in das Literaturverzeichnis in ein Handbuch zur Erbengemeinschaft durchaus erwarten darf. Zudem sucht man die vertiefte Auseinandersetzung mit Spezialfragen vergeblich, so zum Beispiel ein Eingehen auf die erst jüngst vom BGH¹ entschiedene (und bejahte) Streitfrage, ob bei Übertragung aller Erbteile zu gleichen Bruchteilen auf mehrere Erwerber die Erbengemeinschaft fortbesteht, was Folgen für die Eintragung des Rechtsübergangs im Grundbuch hat. Überhaupt ist die Darstellungstiefe der mannigfaltigen Bezüge des Rechts der Erbengemeinschaft zum Grundstücksrecht für den notariellen Praktiker (der allerdings nicht die primäre Zielgruppe des Handbuchs ist) nicht ausreichend. Hier bleibt – jedenfalls für Fragen zu Verfügungen über Erbteile – der Schöner/Stöber (insbesondere Rdnr. 955 ff.) das Maß aller Dinge.

¹ Beschluss vom 22.10.2015, V ZB 126/14, MittBayNot 2016, 140.

Interessanter für den Notar ist der steuerrechtliche Teil des Werks (Teile II. bis V.). Dargestellt werden die Erbengemeinschaft im Erbschaftsteuerrecht, im Einkommensteuerrecht, Renten und wiederkehrende Bezüge aus Anlass der vorweggenommenen Erbfolge und des Erbfalls sowie grunderwerbsteuerrechtliche Fragen im Zusammenhang mit Erbfall und Erbaueinandersetzung. Der erbschaftsteuerrechtliche Teil II. ist der mit Abstand umfangreichste des Handbuchs. Es handelt sich im Grunde um eine systematische Gesamtdarstellung der Besteuerung des Erbfalls im Erbschaftsteuerrecht mit Bezügen zur Erbaueinandersetzung, die sich als solche schon der übersichtlichen Gliederung wegen neben dem kommentargeprägten „Herumlesen“ zu Einzelfragen für denjenigen empfiehlt, der den Blick auf das Ganze gewinnen oder bewahren will. Auch das unangenehme, ständigen Veränderungen unterworfenen Thema „Unternehmen im Nachlass“ wird nicht ausgespart, sondern – im Gegenteil – umfassend, aber nicht ausufernd dargestellt; der Bearbeiter ist nicht zu beneiden. Teil III. zum Einkommensteuerrecht, der dankenswerterweise ebenfalls bei den Grundlagen ansetzt, arbeitet deutlicher als der erbschaftsteuerrechtliche Teil den Bezug der Einkommensteuer konkret zu Erbfall und Erbaueinandersetzung heraus. § 1 erläutert systematische Grundsätze, die das Verständnis der einkommensteuerrechtlichen Behandlung des Erbfalls prägen: die Fortsetzung der Rechtspersönlichkeit des Erblassers, die Beibehaltung der Einkunftsarten und die einkommensteuerliche Stellung der Nachlassberechtigten. § 2 entwickelt allgemeine Grundsätze unter Berücksichtigung der Einkunftsarten, die in den folgenden Abschnitten für jede Einkunftsart vertieft werden. Diesen Teil liest auch, wenn nicht sogar besonders der steuerrechtlich eher mäßig enthusiastische Notar mit großem Gewinn. Das gleiche gilt für die Darstellung der Rechtslage bei Renten und wiederkehrenden Bezügen aus Anlass der vorweggenommenen Erbfolge und des Erbfalls und für die Ausführungen zur Grunderwerbsteuer.

Insgesamt kann die Anschaffung des Werks derjenige erwägen, der auf der Suche nach einer kompakten und systematischen Darstellung der angesprochen steuerrechtlichen Themenbereiche ist. Für den Notar gilt eine Empfehlung daher vorrangig für die Teile II. bis V., und hier besonders für den Teil zum Einkommensteuerrecht. Ist der Anschaffungspreis des Grundwerks noch vertretbar, gilt das für die zuletzt erschienene Ergänzungslieferung (51./Oktober 2017) mit deutlich über 80 € allerdings nicht ohne Weiteres.

Carsten Kleffmann:

Die Güterstandsschaukel – Zivilrechtliche Zulässigkeit und Grenzen

Dr. Kovac, 2017. 125 S., 85,80 €

Von Rechtsanwalt und Fachanwalt für Familienrecht Dr. **Ludwig Bergschneider**, München

Die rechtliche Beurteilung des doppelten Güterstandswechsels während fortbestehender Ehe, der sog. Güterstandsschaukel, befindet sich gleichsam in einem juristischen Vakuum. In ihren Urteilen vom 27.11.1991 und 12.7.2005 haben zwar der BGH¹ bzw. der BFH² die Zulässigkeit dieses Instruments als Gestaltungsmöglichkeit der Vermögensübertragung zwischen Ehegatten grundsätzlich anerkannt. Seither sind jedoch keine neuen höchstrichterlichen Entscheidungen zu dieser Thematik bekannt geworden. Die weitere Entwicklung dieses Rechtsinstituts ist deshalb noch nicht vorhersehbar.

Im Fall des BGH war zu entscheiden, ob nach neunjähriger Ehe der Wechsel von der Zugewinnngemeinschaft in die Gütergemeinschaft und sechs Jahre später der Wechsel in die Gütertrennung zulässig oder ob hierin auch eine Schenkung zu sehen ist, die Pflichtteilergänzungsansprüche auslösen kann. Der BGH stellte fest, dass die objektive Bereicherung des weniger begüterten Ehegatten durch die Vereinbarung der Gütergemeinschaft grundsätzlich keine Schenkung im Sinne der §§ 516, 2335, 2287 BGB darstelle.

Im Fall des BFH schlossen die Ehegatten einen Ehevertrag, in dem sie die Beendigung der Zugewinnngemeinschaft mit Ablauf des Tages des Vertragsschlusses vereinbarten. Sie errechneten dazu die Zugewinnausgleichsforderung (6.766.000 €), setzten sie entsprechend fest, stundeten sie bis zum Tod des ausgleichspflichtigen Ehegatten, verzinsten sie mit 1,5 % p. a. und vereinbarten ein grundsätzliches Abtretungsverbot. In derselben Urkunde begründeten sie mit Beginn des folgenden Tages erneut die Zugewinnngemeinschaft und vereinbarten, dass das jeweilige Anfangsvermögen für die neuerlich vereinbarte Zugewinnngemeinschaft sich aus dem Vermögen unter Berücksichtigung des durchgeführten Zugewinnausgleichs ergeben solle.

Nachdem – wie gesagt – diese Entscheidungen ohne Nachfolger geblieben sind, ist es von Interesse, die möglichen Anwendungsfälle, die zivil- und steuerlichen Aspekte zu den getroffenen Entscheidungen, ihre Vorteile und Nachteile und ihre etwaigen Grenzen (insbesondere Missbrauchsfälle) nach gegenwärtigem Erkenntnisstand zu untersuchen. Dies ist das Thema des von *Carsten Kleffmann* als Dissertation veröffentlichten Buchs. Von Spekulationen über die eventuelle künftige Entwicklung sieht er dankenswerterweise ab.

Nach allgemeiner Einschätzung stellt die Güterstandsschaukel ein opportunes Mittel dar, den anderen Ehegatten an dem aufgebauten Vermögen teilhaben zu lassen. Im Vordergrund steht

dabei der steuerliche Effekt (§ 5 Abs. 2 ErbStG); von Bedeutung kann aber auch der erbrechtliche Effekt einer Pflichtteilsverkürzung im Wege des doppelten Güterstandswechsels vor dem Versterben sein.

Gleich zu Beginn macht der Autor darauf aufmerksam, dass sich die Gestaltung über die Güterstandsschaukel steuerlich nur bei größeren Vermögen auswirkt. Stellt man die Freibeträge für Ehegattenschenkungen, den Versorgungsbeitrag und schließlich die Möglichkeit in Rechnung, das Familienheim steuerfrei auf den anderen Ehegatten zu übertragen, dann rechnet sich der doppelte Güterstandswechsel erst bei einem Zugewinn von deutlich mehr als einer Million Euro. Bis zu diesen Beträgen kann ein Ehegatte schenkungsteuerfrei Vermögen auf den anderen Ehegatten übertragen.

Kleffmann stellt sodann mehrere Konstellationen vor, in denen die Güterstandsschaukel vorteilhaft sein und die beabsichtigten Steuervorteile bringen kann. Er weist aber auch auf Fälle hin, in denen sie zu einem steuerbaren Vorgang führen kann, insbesondere bei der Übertragung von Vermögen an Erfüllung statt, bei steuerrechtlich als Veräußerungsgeschäft des Ausgleichspflichtigen zu behandelnden Vorgängen, bei Nichtbeachtung von Behaltefristen bei Grundstücken oder Rechten, bei bestimmten Betriebsfortführungsklauseln usw.

Besonderen Wert legt der Autor auf die Darstellung möglicher Unwirksamkeitsfälle, die in der Praxis nicht ganz ohne Bedeutung sein können. Zunächst weist er auf die im Urteil des BFH und auch sonst allgemein vertretene Ansicht hin, dass es nicht darauf ankommt, ob der Güterstandswechsel in einer oder zwei Urkunden vereinbart oder ein bestimmter zeitlicher Abstand zwischen den beiden Güterständen eingehalten wird; bedeutsam ist vielmehr, ob der Güterstand tatsächlich beendet werden soll. Andererseits sind jedoch besonders belastende Fallgestaltungen denkbar, die zu einer Beanstandung im Wege der richterlichen Inhaltskontrolle führen können, etwa wenn es sich um Stundungen, Abtretungsverbote, Unverzinslichkeit oder Rückforderungsrechte im Fall der Scheidung handelt, die den einen Ehegatten rechtlos stellen. Denkbar sind aber auch Beanstandungen im Wege der Missbrauchskontrolle nach § 42 AO, wenn auch der BFH in seiner erwähnten Entscheidung darüber hinweggegangen ist. Risiken dürften zudem bei einer Gläubigerbenachteiligung nach §§ 133, 134 InsO, § 4 AnfG in Betracht kommen. Die Voraussetzungen für Beanstandungen aus dem familiären Rechtskreis, also ein erbrechtlicher Missbrauch (Pflichtteilsfestigkeit) oder eine Unterhaltsverkürzung dürften hingegen in der Praxis kaum in Betracht kommen. In diesem Zusammenhang verweist der Autor auch zu Recht auf die vom BVerfG³ getroffene Feststel-

1 Urteil vom 27.11.1991, IV ZR 266/90, BGHZ 116, 178 = NJW 1992, 558 = FamRZ 1992, 444 = DNotZ 1992, 503.

2 Urteil vom 12.7.2005, II R 29/02, BFHE 210, 470 = NJW 2005, 336 = ZEV 2005, 490.

3 Urteil vom 6.2.2001, 1 BvR 12/92, NJW 2001, 957, 958.

lung, dass es den Ehegatten freisteht, ihre güterrechtlichen Beziehungen in ehelicher und familiärer Verantwortung zu jedem Zeitpunkt in der Ehe neu zu ordnen.

Fazit: Der schmale Band über die Güterstandsschaukel von *Kleffmann* ist ein interessanter Überblick über ein Rechtsge-

biet, das in der Judikatur nur am Rande behandelt wird und dessen Bestandskraft und dessen Risiken zudem nicht genau abzuschätzen sind.

Reinhardt Wever:

Vermögensauseinandersetzung der Ehegatten außerhalb des Güterrechts

7. Aufl., Giesecking, 2018. 612 S., 69 €

Von Richter am KG Dr. **Martin Menne**, Berlin

Das Nebengüterrecht, also der Ausgleich von Vermögenspositionen außerhalb des Zugewinnausgleichs oder des Hausratsverteilungsverfahrens, ist für die familienrechtliche Praxis, gleich ob Beratung und Vorsorge oder streitige Auseinandersetzung vor Gericht, unverändert von großer Bedeutung: Denn Fragen im Zusammenhang mit dem Ausgleich der von den Ehegatten gemeinsam eingegangenen Verpflichtungen, dem Streit um Bankguthaben oder Steuererstattungen sind in weiten Bereichen schwierig und vielfach ausgesprochen komplex. Mit ungewissem Ausgang werden sie nicht selten streitig vor den Familiengerichten ausgetragen. Entsprechendes gilt auch für Versuche, eine auf Ehegattenmitarbeit oder (Schwieger-)Elternzuwendung beruhende Vermögensmehrung bei Scheitern der Beziehung nachträglich durch Billigkeitserwägungen zu korrigieren.

In diesem Bereich stellt das von *Reinhardt Wever*, dem zwischenzeitlich pensionierten Vizepräsidenten des OLG Bremen, verfasste Standardwerk, das nunmehr in Neuauflage vorliegt, eine genauso bewährte wie verlässliche Hilfe dar. Die 7. Auflage markiert einen kleinen Umbruch: Der Band ist nochmals um weitere knapp 70 Seiten gewachsen. Damit gerät die Bindung des Werkes als Broschüre immer mehr an ihre Grenzen, weil der Buchband, will man den Kleberücken nicht brechen, beim Arbeiten immer wieder zuklappt. Der Band wurde zudem umfangreich umgestaltet; die Gliederung wurde in der Neuauflage verändert, neue Fallbeispiele und mehrere neue, interessante Abschnitte sind hinzugekommen. Schließlich scheint sich ein Autorenwechsel anzubahnen: Die Bearbeitung von zwei Kapiteln des Werkes wurde in der Neuauflage bereits von *Dirk Hoffmann*, einem erfahrenen, engagierten Familienrichter am OLG Bremen, besorgt. *Hoffmann* hat darüber hinaus, wie es im Vorwort heißt, die „(Neu-)Auflage gedanklich begleitet“ (S. VI).

Hiervon abgesehen blieb das Grundkonzept des Werkes unangetastet. Zusammen mit ein, zwei weiteren Titeln gehört der

Band von *Wever* unangefochten zum absoluten, unverzichtbaren Kernbestand der Literatur zum ehelichen Vermögensrecht – und das aus gutem Grund: Die durchaus anspruchsvolle Materie wird von ihm hervorragend aufbereitet; die klare Gliederung, ergänzt um ein kurzes Stichwortverzeichnis, führt die Nutzerin bzw. den Nutzer des Bandes rasch an die gesuchte Stelle. Der Stoff wird umsichtig und sehr präzise aufbereitet; die gut lesbare Darstellung wird anhand von Rechtsprechung, aber auch durch Hinweise auf weitere, weniger verbreitete Literatur, die reichhaltige Aufsatzliteratur sowie andere Standardwerke untermauert. Sehr zu begrüßen ist die ausgesprochen breite „Anlage“ des Werkes, das an vielen Stellen „über den Tellerrand“ blickt und beispielsweise ausdrücklich auf Fälle mit Auslandsberührung eingeht (etwa Rdnr. 507) oder auch die ab und an noch „nachwirkende“ Güterrechtssituation nach dem Recht der DDR in den Blick nimmt (insbesondere Rdnr. 310 ff. und auch sonst an zahlreichen Stellen). Hilfreich könnte hierbei vielleicht eine Auswertung der einschlägigen Beiträge in der Festschrift für die ostdeutschen Notarkammern und -verbände sein, die bislang nicht verarbeitet wurde (vgl. 25 Jahre freiberufliches Notariat in Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen, Sachsen-Anhalt, 2015). Sehr schön sind die in den Text eingefügten Skizzen und Übersichten, die zum besseren Verständnis der Erläuterungen beitragen sowie die zur Illustration angefügten Beispielfälle, Musterrechnungen und aufbereiteten Sachverhalte aus der Rechtsprechung und – gerade für den Berater ausgesprochen hilfreich – die Checklisten mit einem Überblick über die wichtigsten Punkte, die sich am Ende fast aller Kapitel finden. Sehr praxisorientiert sind schließlich auch die am Ende vieler Abschnitte zu findenden Hinweise auf die Beweislastverteilung.

Der Band von *Reinhardt Wever* beschränkt sich indessen nicht allein auf eine Beschreibung des Vorhandenen, sondern begleitet die Entwicklung des Nebengüterrechts auch durchaus kritisch aus rechtspolitischer Sicht. Die diesbezüglichen

Ausführungen am Ende des Bandes sind sehr lesenswert und bedenkenswert: Zu Recht weist der Verfasser daraufhin, dass die Übertragung weiterer, anspruchsvoller Aufgaben auf die Familiengerichte nicht mit der eigentlich erforderlichen, adäquaten personellen Aufstockung einhergegangen ist, was Auswirkungen auch auf die Qualität der Entscheidungen hat (Rdnr. 1351 sowie *Wever*, FF 2012, 427, 431). Kritisch setzt er sich weiter mit den dogmatischen Grundlagen des Nebengüterrechts und der Entwicklung der einschlägigen Rechtsprechung auseinander (Rdnr. 1345, 1000, 1220). Seine Empfehlung, wie einer bisweilen mangelnden Rechtssicherheit und fehlenden Vorhersehbarkeit von streitigen Entscheidungen

(Rdnr. 1346 f.) vorgebeugt werden kann, ist aus notarieller Sicht sicherlich beizupflichten – nämlich durch rechtzeitigen Abschluss einer soliden, ausdrücklichen Vereinbarung zwischen den Ehegatten auf der Grundlage einer kompetenten, notariellen Beratung, um jeglichem Streit möglichst vorzubeugen (Rdnr. 1352).

Alles in allem: Bei dem Band handelt es sich unverändert um eines der Standardwerke zur Vermögensauseinandersetzung außerhalb des Güterrechts; es ist ein ausgesprochen nützliches, sehr zu empfehlendes Nachschlage- und Arbeitsbuch.

RECHTSPRECHUNG

BÜRGERLICHES RECHT – ALLGEMEINES

1. Schallschutzmaßnahmen bei Bautätigkeiten im Bereich des Sondereigentums

BGH, Urteil vom 16.3.2018, V ZR 276/16 (Vorinstanz: LG Hamburg, Urteil vom 26.10.2016, 318 S 10/16)

BGB § 1004 Abs. 1

WEG § 5 Abs. 1, § 14 Nr. 1, § 15 Abs. 3, § 22 Abs. 1

LEITSATZ:

Ob nach einer Baumaßnahme im Bereich des Sondereigentums, bei der auch in das gemeinschaftliche Eigentum eingriffen worden ist, die im Zeitpunkt der Baumaßnahme geltenden Anforderungen an den Schallschutz einzuhalten sind, bestimmt sich nach dem Gewicht des Eingriffs in die Gebäudesubstanz. Nur grundlegende Um- oder Ausbauten wie etwa ein Dachgeschossausbau begründen eine Pflicht zur Beachtung der aktuellen technischen Anforderungen an den Schallschutz; dagegen kann bei Sanierungsmaßnahmen, die der üblichen Instandsetzung oder (ggf. zugleich) der Modernisierung des Sondereigentums dienen, ein verbessertes Schallschutzniveau im Grundsatz nicht beansprucht werden (Fortführung der Senatsurteile vom 1.6.2012, V ZR 195/11, NJW 2012, 2725 Rdnr. 11 und vom 27.2.2015, V ZR 73/14, ZfIR 2015, 391 Rdnr. 7).

2. Unzutreffende Angaben (trockener Keller) in einem Maklerexposé

BGH, Urteil vom 19.1.2018, V ZR 256/16 (Vorinstanz: OLG Oldenburg, Urteil vom 29.9.2016, 14 U 26/16)

BGB § 241 Abs. 2, §§ 280, 281 Abs. 1, § 311 Abs. 2, § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2, Satz 3, § 437 Nr. 3, § 444

LEITSÄTZE:

1. Zu den Eigenschaften, die der Käufer eines Grundstücks nach den öffentlichen Äußerungen des Verkäufers oder seines Gehilfen erwarten darf, zählen auch Angaben (hier: zu der Trockenheit eines Kellers) in einem Exposé, wobei es keinen Unterschied macht, ob es sich um ein von dem Verkäufer selbst erstelltes Exposé oder um ein Maklerexposé handelt (Bestätigung von Senat, Urteil vom 22.4.2016, V ZR 23/15, NJW 2017, 150 Rdnr. 7).

2. Ein Haftungsausschluss für Sachmängel umfasst auch die nach den öffentlichen Äußerungen des Verkäufers oder seines Gehilfen zu erwartenden Eigenschaften eines Grundstücks (Bestätigung von Senat, Urteil vom 22.4.2016, V ZR 23/15, NJW 2017, 150 Rdnr. 12). Hierauf kann sich der Verkäufer jedoch nicht berufen, wenn er einen Mangel arglistig verschwiegen hat.

3. Auftragsrechtlicher Auskunftsanspruch bei Erteilung einer „Generalvollmacht und Patientenverfügung“

OLG München, Urteil vom 6.12.2017, 7 U 1519/17

BGB §§ 181, 259 Abs. 1, § 260 Abs. 1, § 275 Abs. 1, § 362 Abs. 1, §§ 666, 1922 Abs. 1, § 2039 Satz 1, § 2314

LEITSÄTZE:

1. Werden in einer Generalvollmacht ausdrücklich hinsichtlich des „Grundverhältnisses“ die „Auftragsvorschriften“ für anwendbar erklärt, besteht zwischen Vollmachtgeber und Vollmachtnehmer kein bloßes Gefälligkeitsverhältnis ohne daraus resultierende Auskunftsverpflichtung, sondern aufgrund des manifestierten rechtsgeschäftlichen Bindungswillens ein Auftragsverhältnis im Sinne des §§ 662 ff. BGB. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. Die Unmöglichkeit einer Auskunftserteilung ist nur anzunehmen, wenn alle dem Auskunftspflichtigen zur Verfügung stehenden Erkenntnismöglichkeiten versagen, nachdem er alle zumutbaren Anstrengungen unternommen hat. (Leitsatz der Schriftleitung)
3. Die Überlassung einer Buchungsübersicht genügt nicht zur Erfüllung eines Auskunftsanspruches, wenn sie keine hinreichend konkreten Angaben enthält, namentlich weil die Erklärungen zu den einzelnen Buchungsvorgängen aus sich heraus nicht nachvollziehbar sind. (Leitsatz der Schriftleitung)

SACHVERHALT:

1 Die Parteien streiten im Wege der Stufenklage um Auskunfts- und Herausgabeansprüche aus einem Auftragsverhältnis.

2 Die Parteien sowie Frau E H bilden eine nicht auseinandergesetzte Erbengemeinschaft nach der am 4.12.2015 verstorbenen Frau G F (im Folgenden als Erblasserin bezeichnet).

3 Die Erblasserin erteilte dem Beklagten am 13.3.2012 eine notarielle Generalvollmacht, deren Ziffer 2 Abs. 3 und 4 wie folgt lautet:

„Die Vollmacht und das ihr zugrundeliegende Rechtsverhältnis (Grundverhältnis) sollen mit meinem Ableben nicht erlöschen,

ebenfalls nicht durch meine Geschäftsunfähigkeit. Das Grundverhältnis richtet sich nach den Auftragsvorschriften.

Von den Beschränkungen des § 181 BGB ist der Bevollmächtigte befreit.“

4 Am 8.8.2012 erteilte die Erblasserin dem Beklagten darüber hinaus eine Kontovollmacht für ihr Konto bei der B Bank eG K.

5 Die Erblasserin unterhielt daneben noch ein Konto bei der F Bank eG.

6 Mit notariellem Kaufvertrag vom 5.10.2012 veräußerte der Beklagte in Vertretung der Erblasserin, die zwischenzeitlich in ein Alten- und Pflegeheim gezogen war, ihr früheres Wohnanwesen in E zum Preis von 565.000 €, der vom Käufer auf das Konto der Erblasserin bei der B Bank überwiesen wurde.

7 Zum Todeszeitpunkt der Erblasserin wies das Konto bei der B Bank ein Guthaben von 85.360,51 € auf.

8 Mit Schreiben ihres Prozessbevollmächtigten vom 22.4.2016 forderte die Klägerin den Beklagten zur Auskunftserteilung hinsichtlich seines Gebrauchs der von der Erblasserin ihm erteilten Generalvollmacht auf.

9 Der Klägerin wurden daraufhin vorgerichtlich sämtliche Unterlagen zu den Konten der Erblasserin bei der B Bank und der F Bank sowie eine Buchungsübersicht zu den beiden Konten nebst einer von der Erblasserin unterzeichneten maschinenschriftlichen Erklärung vom 13.3.2012, wonach der Beklagte aus dem Verkaufserlös ihres Wohnanwesens 500.000 € erhalten solle, übermittelt.

10 Die Klägerin beantragte in der Auskunftsstufe:

11 Der Beklagte wird verurteilt,

a) den Miterben der am 4.12.2015 verstorbenen Frau G F ein Bestandsverzeichnis über deren Nachlass zum Stichtag 4.12.2015 vorzulegen,

b) den Miterben der am 4.12.2015 verstorbenen Frau G F Auskunft über den Stand der Rechtsgeschäfte zu erteilen, die der Beklagte in Ausübung der von Frau G F am 13.3.2012 erteilten Vorsorgevollmacht sowie der am 8.8.2012 erteilten Kontovollmacht getätigt hat, insbesondere Auskunft über den Verbleib des Kaufpreises von 565.000 € gemäß dem notariellen Kaufvertrag vom 5.10.2012 zu erteilen,

c) den Miterben der am 4.12.2015 verstorbenen Frau G F eine geordnete und vollständige Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben vorzulegen, die seitens des Beklagten in Ausübung der mit dieser Vorsorgevollmacht getätigten Verfügungen erfolgt sind, und

d) den Miterben der am 4.12.2015 verstorbenen Frau G F sämtliche hierzu bestehenden Belege und Urkunden in Form von Verträgen, Rechnungen, Auftragsbestätigungen, Kontoauszügen bezüglich aller Konten der am 4.12.2015 verstorbenen Frau G F in geordneter Form herauszugeben.

(...)

AUS DEN GRÜNDEN:

(...)

23 Die Klage ist hinsichtlich der mit Ziffern 1. a)-c) des Klageantrags geltend gemachten Auskunftsansprüche auch begründet.

24 1. Die Erben haben gegen den Beklagten gemäß §§ 666, 1922 Abs. 1 BGB Anspruch auf Erteilung eines Bestandsverzeichnisses zum Stichtag 4.12.2015 (dem Todestag der Erblasserin).

25 a) Die Erblasserin hatte nämlich ihrerseits gegen den Beklagten einen Auskunftsanspruch nach § 666 BGB. Denn nach Ziffer 2 Abs. 3 Satz 2 der von der Erblasserin erklärten notariellen „Generalvollmacht und Patientenverfügung“ vom

13.3.2012 (im Folgenden als Generalvollmacht bezeichnet), in der ausdrücklich hinsichtlich des „Grundverhältnisses“ zwischen der Erblasserin und dem Beklagten die „Auftragsvorschriften“ für anwendbar erklärt wurden, bestand zwischen der Erblasserin und dem Beklagten kein bloßes Gefälligkeitsverhältnis ohne daraus resultierende Auskunftspflicht, sondern aufgrund des in Ziffer 2 Abs. 3 Satz 2 der Generalvollmacht manifestierten rechtsgeschäftlichen Bindungswillens ein Auftragsverhältnis im Sinne des §§ 662 ff. BGB (zur Abgrenzung vgl. OLG Köln, Urteil vom 11.5.2017, 16 U 99/16, FamRZ 2018, 61 Rdnr. 4).

26 In der Generalvollmacht erfolgte auch keine Abbedingung des § 666 BGB. Zwar ist die Vorschrift des § 666 BGB grundsätzlich dispositiv und kann deshalb (ggf. auch konkludent) abbedungen werden (Palandt/*Sprau*, 76. Aufl. 2017, § 666 Rdnr. 1), jedoch lassen sich der Generalvollmacht keine Hinweise auf ein Abbedingen entnehmen. Ein solches folgt insbesondere nicht aus der Befreiung des bevollmächtigten Beklagten von der Beschränkung des § 181 BGB in Ziffer 2 Abs. 4 der Generalvollmacht, da dadurch lediglich der Kreis der vom Bevollmächtigten zu tätigen Geschäfte erweitert wird. § 181 BGB hat jedoch keinen inhaltlichen Bezug zu den in § 666 BGB normierten Informationsrechten des Auftragsgebers.

27 Entgegen der Ansicht des Beklagten wurde § 666 BGB auch nicht durch die Ausführungen in Ziffer 5. der Generalvollmacht abbedungen. Dies ergibt sich schon daraus, dass sich eine Abbedingung nur aus einem dementsprechenden Willen der Parteien des Auftragsverhältnisses ableiten ließe, während Ziffer 5. der Generalvollmacht keine Wiedergabe des Parteiwillens enthält, sondern ausschließlich Hinweise des am Auftragsverhältnis nicht beteiligten Notars, der damit lediglich seinen gesetzlichen und vertraglichen Sorgfaltspflichten nachkommt. Eine Bedeutung für den Parteiwillen hat dies indes nicht.

28 Der somit dem Grunde nach bestehende Auskunftsanspruch der Erblasserin gemäß § 666 BGB ist durch den Tod der Erblasserin im Wege der Universalsukzession gemäß § 1922 Abs. 1 BGB auf die Erben übergegangen. Dieser Anspruch umfasst auch die Vorlage eines Bestandsverzeichnisses im Sinne des § 260 Abs. 1 BGB (MünchKomm-BGB/*Krüger*, 7. Aufl. 2016, § 260 Rdnr. 8).

29 b) Der Auskunftsanspruch der Erben ist nicht nach § 275 Abs. 1 BGB wegen Unmöglichkeit der Vorlage eines Bestandsverzeichnisses untergegangen. Die Unmöglichkeit einer Auskunftserteilung ist nur anzunehmen, wenn alle dem Auskunftspflichtigen zur Verfügung stehenden Erkenntnismöglichkeiten versagen, nachdem er alle zumutbaren Anstrengungen unternommen hat (vgl. Staudinger/*Herzog*, Neub. 2015, § 2314 Rdnr. 93; Palandt/*Grüneberg*, 76. Aufl. 2017, § 259 Rdnr. 9). Selbst wenn dem Beklagten daher – wie er behauptet – infolge Weitergabe an die Klägerin keine Unterlagen mehr zur Verfügung stehen sollten, müsste er sich diese bei den kontoführenden Banken (F Bank und B Bank) beschaffen und darauf gestützt das Bestandsverzeichnis erstellen. Da der Stichtag im Jahr 2015 liegt, sind die Kontodaten bei den beiden Banken im Hinblick auf deren gesetzliche Aufbewahrungspflichten auch noch verfügbar. Die Tatsache, dass dem Beklagten hierdurch möglicherweise Kosten entstehen,

ist – wie sonst auch – für die Frage der Unmöglichkeit ohne Belang. Sonstige Gründe für eine Unmöglichkeit der Auskunftserteilung hat der Beklagte nicht vorgetragen. Solche sind auch nicht ersichtlich.

30 c) Der Anspruch der Erben auf Erteilung eines Bestandsverzeichnisses ist auch nicht gemäß § 362 Abs. 1 BGB durch Erfüllung erloschen, da der Beklagte bislang kein Bestandsverzeichnis erteilt hat.

31 Ein Bestandsverzeichnis im Sinne des § 260 Abs. 1 BGB ist die übersichtliche Darstellung der Aktiv- und Passivposten zu einem bestimmten Zeitpunkt (BGH, Urteil vom 2.11.1960, V ZR 124/59, Rdnr. 11; Palandt/*Grüneberg*, § 260 Rdnr. 16; MünchKomm-BGB/*Krüger*, § 260 Rdnr. 41).

32 Die bislang vom Beklagten erteilten Auskünfte genügen diesen Anforderungen nicht. Es wurden nämlich nur die Kontounterlagen zu den beiden Konten der Erblasserin bei der F Bank und B Bank, eine Buchungsübersicht hinsichtlich des Kontos bei der B Bank für den Zeitraum vom 6.12.2012 bis 13.11.2015 und eine weitere Buchungsübersicht hinsichtlich des Kontos bei der F Bank für den Zeitraum vom 23.2.2012 bis 4.12.2015 sowie ein von der Erblasserin unterschriebenes Schreiben vom 13.3.2012 hinsichtlich der von ihr gewollten Verwendung des Verkaufserlöses ihres Hauses vorgelegt. Weder bei den Kontounterlagen noch den beiden Buchungsübersichten noch dem Schreiben der Erblasserin vom 13.3.2012 handelt es sich aber um eine geordnete Gegenüberstellung der Aktiva und Passiva zum Todestag der Erblasserin am 4.12.2015.

33 Nach alledem haben die Erben gegen den Beklagten einen Anspruch aus §§ 666, 1922 Abs. 1 BGB auf Vorlage eines Bestandsverzeichnisses zum 4.12.2015.

34 2. Die Erben haben des Weiteren gegen den Beklagten gemäß §§ 666, 1922 Abs. 1 BGB Anspruch auf Auskunft hinsichtlich des Stands der Rechtsgeschäfte, die der Beklagte in Ausübung der Generalvollmacht und/oder der gesonderten Kontovollmacht für das Konto bei der F Bank tätigte.

35 Wie bereits oben unter 1. a) dargelegt, bestand zwischen der Erblasserin und dem Beklagten ein der Generalvollmacht zugrunde liegendes Auftragsverhältnis, aus dem gemäß § 666 BGB ein Auskunftsanspruch der Erblasserin folgt, der nach deren Tod nach § 1922 Abs. 1 BGB auf die Erben überging. Gleiches ist aufgrund der Generalvollmacht auch hinsichtlich der Kontovollmacht für das Konto bei der B Bank anzunehmen, da letztere nach dem Wortlaut der Generalvollmacht, die insoweit keine Einschränkungen hinsichtlich Bankkonten enthält, bereits von dieser umfasst ist.

36 Der Anspruch aus § 666 BGB umfasst gemäß § 259 Abs. 1 BGB die Rechenschaftslegung (Palandt/*Grüneberg*, § 259 Rdnr. 4). Rechenschaftslegung wiederum ist eine übersichtliche, in sich verständliche Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben. Sie muss nicht nur den Zustand zum Stichtag, sondern die Entwicklung zu ihm aufzeigen. Die Angaben müssen so detailliert und verständlich sein, dass der Berechtigte ohne fremde Hilfe in der Lage ist, seine Ansprüche nach Grund und Höhe zu überprüfen (Palandt/*Grüneberg*, § 259 Rdnr. 8).

37 Diese Rechenschaftslegung mag mit Aufwand und Kosten für den Beklagten verbunden sein. Sie wird ihm dadurch aber aus den oben unter 1. b) aufgeführten Gründen jedoch nicht unmöglich, sodass der Auskunftsanspruch nicht gemäß § 275 Abs. 1 BGB untergegangen ist.

38 Der Rechenschaftslegungsanspruch der Erben ist auch nicht gemäß § 362 Abs. 1 BGB erloschen, da die bisher vom Beklagten erteilten Auskünfte nicht den oben ausgeführten Anforderungen an eine Rechenschaftslegung genügen. Denn bei den der Klägerin zugegangenen Kontounterlagen handelt es sich nur um überlassene Belege, nicht aber um eine geordnete Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben.

39 Auch die der Klägerin überlassenen Buchungsübersichten führen nicht zur Erfüllung des Auskunftsanspruchs.

40 Zum einen betrifft die Buchungsübersicht hinsichtlich des Kontos der Erblasserin bei der B Bank nicht den gesamten relevanten Zeitraum von der Vollmachterteilung am 13.3.2012 bis zum Tod der Erblasserin am 4.12.2015, sondern nur den Zeitabschnitt vom 6.12.2012 bis 13.11.2015, sodass, da nur ein Teil der Einnahmen und Ausgaben aufgeführt und mit der Wiedergabe nur eines Teils der Transaktionen die Entwicklung hin zum Stichtag aus sich heraus nicht verständlich ist, schon insoweit keine hinreichende Rechenschaftslegung gegeben ist. Zum anderen enthält die Buchungsübersicht zum Konto bei der B Bank keine hinreichend konkreten Angaben. Denn die Erklärungen zu den einzelnen Buchungsvorgängen sind in vielen Fällen aus sich heraus nicht nachvollziehbar. So taucht immer wieder als Zweck einer Sollbuchung der Begriff „Schuldentilgung“ auf, der keinerlei Schlüsse darauf zulässt, wessen Schulden getilgt wurden (die der Erblasserin, die des Beklagten oder die eines Dritten?) und was der Schuldgrund war. Genauso wenig aussagekräftig sind die angegebenen Verwendungszwecke „Auftragsüberweisung Enkel“, da daraus nicht ersichtlich ist, wer wem aus welchem Grund welchen Auftrag erteilt hat, und „Renovierungsarbeiten“, da sich daraus nicht ergibt, was von wem aufgrund welchen Auftrags renoviert wurde.

41 Auch die Buchungsübersicht zum Konto der Erblasserin bei der F Bank ist inhaltlich nicht ausreichend. Denn auch dort sind die bei Sollbuchungen angegebenen Verwendungszwecke aus sich heraus nicht nachvollziehbar. Dies gilt insbesondere für die Verwendungszwecke „Barauszahlung“, „Ausgleich Auslagen“, „Auslagenersatz“ und „Umbuchung Sparkonto“ sowie „Landesjustizkasse“, da daraus nicht ersichtlich ist, an wen aus welchem Grund eine Barauszahlung erfolgte, wessen Auslagen aus welchem Grund ersetzt wurden, auf wessen Sparkonto aus welchem Grund Geld überwiesen wurde und was der Grund der Rechnungen der Landesjustizkasse war.

42 Das Schreiben der Erblasserin vom 13.3.2012 ist schließlich schon deshalb keine Rechenschaftslegung über die Verwendung des Verkaufserlöses, da es sich dabei nicht um eine Erklärung des Beklagten als Auskunftsverpflichtetem, sondern um eine Erklärung der Erblasserin handelt.

43 Da die vom Beklagten bislang vorgelegten Unterlagen – wie oben ausgeführt – aus sich heraus nicht verständlich sind ist dadurch auch keine Teilerfüllung des Rechenschaftslegungsanspruchs eingetreten.

(...)

ANMERKUNG:

Von Notar **Michael Volmer**, Starnberg

1. „Case Law“ bei der Vorsorgevollmacht

Man sollte sich keiner Illusion hingeben: Die durchprozessierten Sachverhalte¹ werden nicht nur nach der reinen Dogmatik entschieden, sondern auch „aus dem Fall heraus“. Dass die Gerichte nicht gerade denjenigen Erben unterstützen, der sich um nichts gekümmert hat, allenfalls einmal hochgradig alkoholisiert im Seniorenheim Streit sucht (worüber ausdrücklich Beweis erhoben wurde!),² der aber anschließend den persönlichen Freund der betagten Dame verklagt, der sich rechtlich wie moralisch überobligationsmäßig eingesetzt hat – dass die Gerichte für solch' einen Kläger nicht die günstigste Gesetzesauslegung suchen, dürfte nachvollziehbar sein.³ Dass Gerichte andererseits nicht die Auskunftspflicht des Vorsorgebevollmächtigten, dem in einem Zeitraum von drei Jahren ein Kontoguthaben von 500.000 € unerklärlich zwischen den Fingern zerronnen ist,⁴ bis zur Wortlautgrenze (und darüber hinaus) wegargumentieren werden, leuchtet ebenfalls ein.

2. Zur Rechnungslegung durch den Bevollmächtigten

Ich halte die Auffassung des OLG München in der Besprechungsentscheidung für zutreffend, mindestens gut vertretbar. Wenn die Vollmacht ausdrücklich auf den Auftrag verweist, ist damit § 666 BGB erfasst. Denkbar wäre allenfalls, dass der Bevollmächtigte, der das Vertragsangebot durch Ausnutzen der Vollmacht konkludent und unter Zugangsverzicht (§ 151 BGB) angenommen hat, eine andere Vorstellung von der Bedeutung der Verweisung hatte. Gleichwohl scheidet eine Irrtumsanfechtung aus diesem Grund aus: Da es sich bei diesen Rechtsfolgen lediglich um eine Nebenfolge des Rechtsgeschäfts handelt, wäre ein solcher Irrtum als bloßer Rechtsfolgenirrtum unbeachtlich.⁵

- 1 In diesem Zusammenhang neben der Besprechungsentscheidung des OLG München auch: LG Bonn, Urteil vom 20.5.2016, 1 O 80/16, MittBayNot 2017, 157; OLG Düsseldorf, Urteil vom 28.3.2006, I-4 U 102/05, ZEV 2007, 184; OLG Saarbrücken, Urteil vom 17.10.2014, 5 U 7/14, BeckRS 2015, 07788; OLG Köln, Urteil vom 19.9.2012, 16 U 196/11, ZEV 2013, 339; OLG Düsseldorf, Urteil vom 18.12.2014, I-3 U 88/14, FamRZ 2015, 790.
- 2 Siehe hierzu: LG Bonn, Urteil vom 20.5.2016, 1 O 80/16, MittBayNot 2017, 157 Rdnr. 2.
- 3 Das übersieht m. E. *Spermath* in Anm. zu LG Bonn, Urteil vom 20.5.2016, 1 O 80/16, MittBayNot 2017, 157.
- 4 So im hier vorliegenden Fall des OLG München.
- 5 Zur Anfechtung wegen Rechtsfolgenirrtümern grundlegend RG, Urteil vom 3.6.1916, Rep. V. 70/16, RGZ 88, 278; sodann zum Beispiel BGH, Urteil vom 29.11.1996, BLw 16/96, NJW 1997, 653; MünchKomm-BGB/*Armbrüster*, 8. Aufl. 2018, § 119 Rdnr. 83, der aber selbst (Rdnr. 82) eine andere, engere Ansicht zur Beachtlichkeit von Rechtsirrtümern vertritt (und im Ergebnis mit der h. Rspr. die Anfechtung ebenfalls ausschließen würde).

In seiner Entscheidungsbesprechung hat *Kollmeyer*⁶ die Auffassung vertreten, das Auftragsrecht sei zwar im Prinzip anwendbar, jedoch habe das OLG München den Umfang der Rechnungslegung mit Anwendung des § 260 BGB falsch bestimmt, weil nach dem mitgeteilten Sachverhalt nicht erkennbar sei, dass der Bevollmächtigte einen Vermögensbegriff unter seine Herrschaft gebracht habe. Auch insoweit möchte ich dem Gericht aber Recht geben. Wenn nur einer Person eine Vorsorgevollmacht erteilt ist, gibt es ab Eintritt der Geschäftsunfähigkeit keinen Geschäftsherrn mehr, der sich effektiv neben dem Bevollmächtigten um die Erledigung seiner Angelegenheiten kümmern könnte. Jedenfalls ab dann wird der Bevollmächtigte sämtliche anfallenden Erledigungen zu treffen haben und auch treffen (andernfalls würde an seiner Stelle ein Betreuer eingesetzt). Diese umfassende Zuständigkeit wird man dem Innehaben eines Gesamtvermögensbegriffs gleichstellen können. Der Vorsorgebevollmächtigte wird vielleicht – anders als ein Insolvenzverwalter oder Testamentsvollstrecker – nicht so gleich mit der umfassenden Sichtung des Vermögens und Durchsetzung seiner Verwaltungsberechtigung beginnen, sondern seine Entscheidungsbefugnisse nach und nach, jeweils mit den anstehenden Problemen ausdehnen. Aber es wird von ihm eben doch eine Kontrolle des Gesamtvermögens erwartet.

Unabhängig davon zeigt das OLG München in seiner Entscheidung eine Vielzahl offener Fragen auf, die durch eine bloße Kontenstandsauskunft aufgeworfen, aber in keiner Weise geklärt werden. Die grundsätzliche Auskunftsverpflichtung einmal bejaht, wird man auch hier wieder auf der Grundlage des Sachverhalts nähere Auskünfte zum Verbleib der Gelder und zur Erklärung der Überweisungen verlangen können.

3. Folgerung für die Gestaltungspraxis

In der kautelarjuristischen Praxis hat sich keine einheitliche Empfehlung dazu herausgebildet, ob das Innenverhältnis im Rahmen einer Vorsorgevollmacht mitgeregelt werden soll oder nicht. Empfohlen wird die Beurkundung allein der Vollmacht,⁷ teils die Mitregelung von Teilen des Innenverhältnisses, etwa Fragen der Gestattung von Schenkungen⁸. Dann wieder soll ein sehr eingehendes Auftragsverhältnis zum Bestandteil der Urkunde gemacht werden.⁹ Die Frage ist deswegen schwierig zu beantworten, weil beim Fehlen jeder Kontrollperson der Grat zwischen übermäßiger Inanspruchnahme durch die Erben und ungehinderter Vermö-

6 *Kollmeyer*, ZEV 2018, 52.

7 *Schulze/Grziwotz/Lauda/Kristic*, BGB: Kommentiertes Vertrags- und Prozessformularbuch, 3. Aufl. 2017, § 164 Rdnr. 95; *Kropp*, FPR 2012, 9; *Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht/Weidmann*, 12. Aufl. 2016, I. 39. Rdnr. 11.

8 *Weigl*, MittBayNot 2017, 538; *Müller*, DNotZ 2015, 409; *Müller/Renner/Renner*, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis, 4. Aufl. 2015, Rdnr. 370 f.; *Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht/Keim*, 5. Aufl. 2018, § 44 Rdnr. 4.

9 *Litzenburger*, NotBZ 2007, 1; *Müller/Renner/Renner*, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis, S. 335.

gensverschleuderung mit erheblichem Untreueverdacht sehr schmal zu bewandern ist. Insoweit habe ich auch für mich trotz aller Überlegungen zu den gestalterischen Möglichkeiten¹⁰ noch keine abschließende Meinung zu den Empfehlungen an die Beteiligten getroffen. Man sollte aber als Erkenntnis aus diesem Fall mitnehmen: Die pauschale Anwendbarerklärung von Auftragsrecht führt unweigerlich zum Entstehen eines vollständig durchgeregelten rechtsverbindlichen Grundverhältnisses. Die Annahme eines Tätigwerdens allein aus Gefälligkeit scheidet dann aus.

¹⁰ Formulierungsvorschläge zur Beschränkung der Rechenschaftspflicht: *Volmer*, MittBayNot 2016, 386.

4. Obligatorisches Schlichtungsverfahren

LG Frankfurt a. M., Urteil vom 15.3.2018, 2-13 S 102/17

EGZPO § 15a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2

BGB §§ 906, 910, 911, 923

WEG § 10 Abs. 6 Satz 3, § 43

LEITSATZ:

Für den Streit zwischen zwei Wohnungseigentümern über die „Grenzbepflanzung“ der jeweiligen Sondernutzungsrechte ist kein obligatorisches Streitschlichtungsverfahren durchzuführen (Abgrenzung zu LG Dortmund, Urteil vom 11.7.2017, 1 S 282/16).

SACHVERHALT:

1 I. Die Parteien sind Wohnungseigentümer zweier benachbarter Reihenhäuser. Hinter jedem Reihnhaus grenzt jeweils eine im Gemeinschaftseigentum stehende Gartenfläche an. An dieser Gartenfläche besteht jeweils ein Sondernutzungsrecht. Die Beklagte pflanzte an der Grenze ihres Sondernutzungsrechtes eine Hecke an. Die Kläger begehren die Beseitigung dieser Hecke.

2 Ein Schlichtungsverfahren haben die Parteien vor Klageerhebung nicht durchgeführt.

3 Das AG hat die Klage als unzulässig abgewiesen. Da streitgegenständlich seitens der Kläger Ansprüche mit Bezug zu dem HessNachbarRG, zumindest in entsprechender Anwendung, geltend gemacht werden, sei nach § 15a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EGZPO i. V. m. § 1 HSchlichtG zwingend ein Schlichtungsverfahren vor der Klageerhebung durchzuführen gewesen. Dies sei zwingende Folge der Reform des WEG-Verfahrensrechtes. Nunmehr handele es sich um einen streitigen Zivilprozess und nicht mehr um ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Hieraus folge auch die Anwendung des § 15a EGZPO. (...)

4 Die Kläger verfolgen ihr Rechtsschutzziel in der Berufungsinstanz weiter und nehmen dabei auf ihren erstinstanzlichen Vortrag Bezug und vertiefen diesen. Sie sind der Ansicht, es liege insbesondere keine Nachbarstreitigkeit i. S. d. § 15a EGZPO vor. Die extensive Auslegung des § 15a EGZPO bzw. des § 1 HSchlichtG werde dem streitgegenständlichen Einzelfall nicht gerecht, da die dort genannten Normen, etwa §§ 906, 910, 911, 923 BGB bzw. § 39 HessNachbarRG, hier nicht einschlägig seien. (...)

AUS DEN GRÜNDEN:

5 II. Die Berufung ist begründet. Die Klage ist zulässig, ohne dass zuvor ein Schlichtungsverfahren nach § 15a EGZPO i. V. m. § 1 HSchlichtG durchzuführen war. Dies führt zur Aufhebung und Zurückverweisung der Sache an das AG, § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO.

6 Allerdings führt das AG zutreffend aus, dass die streitgegenständlichen Ansprüche dem HessNachbarRG – in entsprechender Anwendung – unterfallen. In Hessen regeln §§ 38 ff. HessNachbRG u. a. auch die Anpflanzung von Hecken. Entgegen der Ansicht der Berufung enthält das NachbRG diesbezüglich in § 43 HessNachbRG auch eine Anspruchsgrundlage hinsichtlich eines Unterlassungsanspruches. Es ist insofern unerheblich, ob sich die Kläger hinsichtlich ihres Klagebegehrens auf die Normen des HessNachbarRG berufen oder aber auf vergleichbare Normen des BGB oder des WEG, denn für die Anwendbarkeit des § 15a EGZPO ist entscheidend, ob der streitgegenständliche Anspruch abstrakt dem Regelungsregime des NachbRG unterfällt (MünchKomm-ZPO/Gruber, § 15a EGZPO Rdnr. 32).

7 Allerdings sind diese Regelungen des HessNachbarRG – im direkten Anwendungsbereich – auf den Abstand von Hecken von der Grundstücksfläche des Nachbarn bezogen. Im Streit steht jedoch eine im Gemeinschaftseigentum stehende Fläche, an der jeweils Sondernutzungsrechte bestehen, sodass die Parteien an sich keine Nachbarn im Sinne des HessNachbarRG sind. Jedoch sind diese Regelungen – ebenso wie § 906 BGB, der ebenfalls dem Anwendungsbereich von § 15a EGZPO unterfällt – nach der Rechtsprechung des BGH wegen der vergleichbaren Interessenlage auf Wohnungseigentümer entsprechend anwendbar (BGHZ 174, 20 = NJW 2007, 3636; BGHZ 178, 327 = NJW 2014, 458).

8 Entgegen der Ansicht des AG teilt die Kammer allerdings nicht die Ansicht, dass die entsprechende Anwendung von Vorschriften des Nachbarrechts auch dazu führt, dass in entsprechender Anwendung des § 15a EGZPO i. V. m. § 1 Abs. 1 Nr. 1 lit. e HSchlichtG hier ein obligatorisches Schlichtungsverfahren dem Klageverfahren vorauszugehen hätte.

9 Soweit ersichtlich wurde über den hier einschlägigen Fall, die Anwendbarkeit des § 15a EGZPO in Verbindung mit den entsprechenden landesrechtlichen Regelungen im Falle der analogen Anwendung des Nachbarrechtes, noch nicht entschieden. Lediglich das AG Düsseldorf (ZWE 2011, 142) und das LG Dortmund (ZWE 2017, 426) bejahten in Fällen der – analogen – Anwendung des § 906 BGB mit Bezug zum Wohnungseigentumsrecht auch die entsprechende Anwendung des § 15a EGZPO in Verbindung mit dem landesrechtlichen Schlichtungsrecht. Das LG Dortmund führt als Begründung dieser entsprechenden Anwendung im Wesentlichen die vergleichbare Interessenlage als Argument an. Die Abwehr nachbarverursachter Immissionen und die daraus folgenden rechtlichen Konsequenzen seien unabhängig von der rechtlichen Ausgestaltung des „faktischen“ Nachbarverhältnisses identisch.

10 Auch in der Literatur wird die Anwendung des § 15a EGZPO im Falle der analogen Anwendung des landesrechtlichen Nachbarrechtes kaum thematisiert, bejaht wird lediglich eine grundsätzliche Anwendbarkeit des § 15a EGZPO auf

wohnungseigentumsrechtliche Verfahren andere Fallgruppen betreffend (Jennißen/Suilmann, WEG, § 43 Rdnr. 10; Niedenführ/Vandenhouten, WEG, § 43 Rdnr. 17-22; MünchKommBGB/Engelhardt, WEG, § 43 Rdnr. 31; Palandt/Wicke, Vor § 43 WEG Rdnr. 2). Teils wird die Anwendung ohne nähere Begründung bejaht (Bärmann/Roth, WEG, Vor §§ 43 ff. Rdnr. 8; BeckOGK-BGB/Karkmann, Stand: 1.11.2017 § 43 WEG Rdnr. 5), teils auch ausdrücklich auf die vergleichbare Interessenlage abgestellt (Bärmann/Seuß/Müller, WEG, § 76 Rdnr. 68).

11 Demgegenüber wird teilweise auch die Anwendbarkeit des § 15a EGZPO mit Blick darauf, dass Wohnungseigentümer gerade keine Grundstücksnachbarn seien, verneint (Staudinger/Lehmann-Richter, Neub. 2018, WEG, Einl. § 43 Rdnr. 75 ff.; Riecke/Schmid/Abramenko, WEG, § 43 Rdnr. 3).

12 Die Kammer verneint die entsprechende Anwendung des § 15a EGZPO i. V. m. § 1 Abs. 1 Nr. 1 lit. e HSchlichtG im vorliegenden Fall. Die Kammer sieht mit Blick auf die doppelte Analogie, einmal des Nachbarrechtes und zum anderen des § 15a EGZPO selbst, eine nicht zu rechtfertigende Begrenzung des Zugangs zu den staatlichen Gerichten. Eine vergleichbare Interessenslage mit Blick auf die mit dem Schlichtungsverfahren bezweckte konsensuale Streitbeilegung ist für derartige Verfahren zudem nicht gegeben.

13 Zunächst ist zu berücksichtigen, dass es sich bei § 15a EGZPO um eine Ausnahmenvorschrift handelt. Eine solche ist grundsätzlich nicht analogiefähig (vgl. OLG Saarbrücken, Urteil vom 20.5.2015, 1 U 131/14). Zumindest sollte die entsprechende Anwendung solcher Ausnahmenvorschriften nur zurückhaltend erfolgen. Dies insbesondere dann, wenn schon die den Anwendungsbereich des § 15a EGZPO eröffnende Norm nur analog angewendet wird. Es obliegt nicht den Gerichten, durch mehrfache Analogien den Justizgewährungsanspruch des einzelnen, folgend aus Art. 20 Abs. 3 GG, zu beschränken. Der Bundes- bzw. Landesgesetzgeber hat durch § 15a EGZPO bzw. die einzelnen landesrechtlichen Schlichtungsgesetze solche Beschränkungen geschaffen. Diese sind jedoch auf bestimmte Fallgruppen beschränkt. Zwar sieht das BVerfG mit Blick auf den Justizgewährungsanspruch eine restriktive Auslegung landesrechtlicher Schlichtungsgesetze als nicht geboten an (BVerfG, NJW-RR 2007, 1073). Vorliegend ist jedoch nicht die Auslegung einer rechtswegbeschränkenden Norm an sich, sondern deren Analogiefähigkeit problematisch.

14 Die für eine Analogie erforderliche vergleichbare Interessenlage ist nicht gegeben. Denn eine verpflichtende Vorschaltung einer konsensuale Streitbeilegung im Rahmen eines gesonderten Schlichtungsverfahrens ist nach Ansicht der Kammer im Wohnungseigentumsrecht nicht in gleicher Weise wie bei Grundstücksnachbarn geboten und durch zahlreiche Besonderheiten praktisch kaum durchführbar.

15 Zwar ist im Ansatz eine vergleichbare Interessenlage mit Blick auf das Nachbarrecht gegeben, als dass es auch bei Wohnungseigentümern – wie Nachbarn – ein Anliegen ist, die Sozialbeziehung zwischen den Parteien wiederherzustellen und zu erhalten, was eher durch eine einverständlich getroffene zukunftsorientierte Regelung erreicht werden kann (BT-Drucks. 14/980, S. 6; vgl. LG Dortmund, ZWE 2017, 426). Dies alleine kann indes nicht für eine analoge Anwendung ge-

nügen, denn der Gesetzgeber hat sich mit § 15a EGZPO darauf beschränkt, ein obligatorisches Güteverfahren für wenige von ihm als besonders geeignet erscheinende Konstellationen (BT-Drucks. 14/980, S. 6) einzuführen; das Wohnungseigentumsrecht gehörte nicht dazu.

16 Insoweit sind die Besonderheiten des Wohnungseigentumsrechtes zu beachten, die eine entsprechende Anwendung des § 15a EGZPO i. V. m. § 1 Abs. 1 Nr. 1 lit. e HSchlichtG nicht als notwendig und eine vollumfänglich vergleichbare Interessenlage mit Grundstücksnachbarn als nicht gegeben erscheinen lassen.

17 Das Verhältnis der Sondereigentümer zeichnet sich durch eine besondere rechtliche Verbundenheit aus, die mit dem Verhältnis benachbarter Grundstückseigentümer untereinander nicht ansatzbar vergleichbar ist. Sie sind neben ihrer Stellung als Wohnungs- oder Teileigentümer eben auch Miteigentümer des gemeinschaftlichen Eigentums. Dessen Gebrauch und Nutzung können sie abweichend von den gesetzlichen Maßstäben durch Vereinbarung und Beschluss regeln. Anders als bei Grundstücksnachbarn besteht ein zwingender Kontakt der Wohnungs- bzw. Teileigentümer untereinander. Diese müssen nach der gesetzlichen Konzeption das Gemeinschaftseigentum gemeinsam verwalten und hierüber auf Eigentümersammlungen Beschlüsse fassen. Gerade mit der Versammlung besteht eine bereits im Gesetz vorgesehene Gelegenheit, Konfliktlagen zu besprechen, zu moderieren und auch zu lösen. Es besteht daher – anders als bei Grundstücksnachbarn – bereits ohne ein zusätzliches Schlichtungsverfahren ein festes Instrumentarium, mit dem Probleme aus dem Gebrauch des Sonder- oder Gemeinschaftseigentums konsensual gelöst werden können. Vergleichbare Situationen sind bei Grundstücksnachbarn nicht gegeben.

18 Zwar ist für den hier streitgegenständlichen Bereich der Sondernutzungsrechte der Einwirkungsbereich der Miteigentümer beschränkt. Allerdings können Ansprüche des Einzelnen, etwa auf Unterlassung einer unzulässigen Nutzung oder einer baulichen Veränderung, von der Gemeinschaft an sich gezogen werden und dann gemeinschaftlich ausgeübt werden. Auch dies führt zu einer vom Recht zweier Grundstückseigentümer vollständig verschiedenen Ausgangslage.

19 Zudem sprechen rechtliche Besonderheiten des Wohnungseigentumsrechtes gegen eine mit dem Nachbarrecht vergleichbare Interessenlage.

20 So bestehen rechtliche Besonderheiten, die zu praktischen Problemen führen können, für welche die landesrechtlichen Schlichtungsverfahren nicht zugeschnitten sind. So besteht – durch das WEG bedingt – bereits eine intensive rechtliche Verbindung der Sondereigentümer untereinander und mit der teilrechtsfähigen Gemeinschaft. In diesen Rechtsverhältnissen stehen sich die Betroffenen, vermittelt durch das WEG, Vereinbarung und Beschlüsse, gegenüber. Die komplexe Verflechtung dieser Rechtsverhältnisse kann, ohne erhebliche praktische Probleme zu verursachen, nicht in die landesrechtlichen Schlichtungsverfahren übertragen werden.

21 Eine weitere Besonderheit folgt aus der rechtlichen Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses der Sondereigentümer untereinander. So sind in einem „Nachbarschaftsstreit“

– wie hier – unter Sondernutzungsberechtigten zunächst deren Rechtspositionen betroffen. Auch die Rechtspositionen anderer Sondereigentümer können von einem solchen Rechtsstreit jedoch berührt werden, denn auch der Bereich der Sondernutzungsrechte liegt weiter im gemeinschaftlichen Eigentum. Daher kann auch der mit dem Schlichtungsverfahren verfolgte Zweck, namentlich mit den Nachbarn eine gemeinsame Lösung nachbarlicher Konflikte zu erreichen, nicht oder zumindest nicht nur unter den Sondernutzungsberechtigten eingreifen. Die Sondernutzungsberechtigten streiten in „nachbarlichen“ Konflikten, wie der vorliegende Fall zeigt, nicht über den Umfang der Nutzung ihres Eigentums, auch wenn dies von ihnen häufig so wahrgenommen wird. Vielmehr dürfte im Regelfall zumindest auch die Reichweite der Nutzungsbefugnis von Gemeinschaftseigentum, etwa in Verbindung mit einem Sondernutzungsrecht, streitgegenständlich sein. Insofern können die Sondereigentümer jedoch nicht vollumfänglich über die betroffenen Rechtspositionen oder andere nicht betroffene Rechtspositionen, die aber im Sinne einer umfassenden Befriedigung der Sondereigentümer relevant sein können, verfügen. Vielmehr sind dann auch die übrigen Sondereigentümer in ihrer Rechtsposition betroffen, wenn – wie nahezu immer – die Nutzung des Gemeinschaftseigentums im Streit steht.

22 Demzufolge sieht für das gerichtliche Verfahren § 48 WEG eine Beiladung betroffener Wohnungseigentümer und eine Rechtskrafterstreckung vor. An einer entsprechenden – verpflichtenden – Regelung zur Beteiligung Dritter fehlt es im HSchlichtG, sodass hier schon strukturell keine Einigungen getroffen werden können, welche die übrigen Wohnungseigentümer binden.

23 Zudem kann zusätzlich auch die teilrechtsfähige Gemeinschaft betroffen sein, sodass in einen solchen Streit neben mehreren Sondereigentümern auch die Wohnungseigentümergeinschaft involviert sein kann. Diese kann bestimmte Angelegenheiten an sich ziehen und diese dann exklusiv in einem Rechtsstreit verfolgen, § 10 Abs. 6 Satz 3 WEG.

24 Die hieraus erwachsende Komplexität ist nur schwerlich – jedenfalls auf der Basis der bestehenden Regelungen – in einem Schlichtungsverfahren umzusetzen. Sollte der Gesetzgeber dies für nötig erachten, wäre eine ausdrückliche Regelung einer Schlichtung von Wohnungseigentumsverfahren vorzusehen, wobei sich dann allerdings nicht erschlosse, wenn diese auf die analoge Anwendung des § 906 BGB und der nachrechtlichen Vorschriften begrenzt wäre, während die streitanfälligen Bereiche (Umfang und Art des Nutzungsrechts und bauliche Veränderungen) ausgenommen wären.

25 Letztlich ist aufgrund dieser Besonderheiten und der Vielzahl der beteiligten Interessen auch im Regelfall nicht zu erwarten, dass durch ein vorgeschaltetes Schlichtungsverfahren in Fällen der analogen Anwendung von Nachbarschaftsvorschriften zwischen Sondernutzungsberechtigten eine nennenswerte Entlastung der Justiz erfolgt (vgl. auch LG Dortmund, ZWE 2017, 426), zumal dies bereits bei Streitigkeiten zwischen Grundstücksnachbarn nicht der Fall ist (vgl. MünchKomm-ZPO/Gruber, § 15a EGZPO Rdnr. 1). Im Gegenteil steht zu befürchten, dass die Auswirkungen von Einigungen alleine zwischen den streitenden Sondernutzungsberechtigten Folgerechtsstreitigkeiten nach sich zögen.

26 Angesichts dieser Gesamtumstände vermag die Kammer die Voraussetzungen für eine vergleichbare Interessenlage eines Streites von Sondernutzungsberechtigten um eine „Grenzhecke“ mit der von Grundstücksnachbarn nicht zu erkennen, sodass die Voraussetzungen für eine analoge Anwendung von § 15a EGZPO nicht vorliegen.

(...)

BÜRGERLICHES RECHT – SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT

5. Zum Recht des Erwerbers eines mit einem Grundpfandrecht belasteten Grundstücks, Einreden aus dem Sicherungsvertrag zu erheben

BGH, Urteil vom 19.10.2017, IX ZR 79/16 (Vorinstanz: OLG Koblenz, Beschluss vom 16.03.2016, 8 U 235/15)

ZVG § 115 Abs. 1

ZPO § 767

BGB § 812 Abs. 1 Satz 1, §§ 1191, 1922 Abs. 1

InsO § 91 Abs. 1, § 143 Abs. 1 Satz 1

LEITSATZ:

Wird der Erwerber eines mit einem Grundpfandrecht belasteten Grundstücks aus der Grundschuld in Anspruch genommen, ist er nicht befugt, Einreden aus dem Sicherungsvertrag zu erheben, wenn der Rückgewähranspruch nicht auf ihn übertragen worden ist.

SACHVERHALT:

1 Der verstorbene Ehemann der Klägerin war Eigentümer eines Grundstücks. Zur Absicherung diverser Darlehen gewährte er der beklagten Bank vier Sicherungsgrundschulden, eingetragen in Abteilung III unter der laufenden Nr. 1 über 51.129,19 €, Nr. 2 über 46.016,27 €, Nr. 3a über 17.895,22 € und Nr. 4 über 94.589 €, und zwar die Sicherungsgrundschulden mit den Nummern 1, 3a und 4 aufgrund vollstreckbarer notarieller Urkunden. Am 31.5.2007 trat der verstorbene Ehemann die Ansprüche auf ganze oder teilweise Übertragung derjenigen gegenwärtigen und künftigen Grundschulden, welche der Sicherungsgrundschuld der Volksbank über 50.000 € nebst Nebenforderung und Zinsen im Grundbuch Abteilung III unter der laufenden Nr. 5 im Rang vorgingen oder gleichstünden, nebst Zinsen und Nebenleistungen an die Volksbank ab, auch soweit die Ansprüche bedingt waren oder erst künftig entstehen würden. Im Jahr 2008 übertrug der Ehemann der Klägerin das Grundstück; die Eintragung im Grundbuch erfolgte am 3.2.2009.

2 Der Ehemann verstarb am 23.3.2010. Die Klägerin schlug die Erbschaft aus. Das Nachlassgericht ordnete am 17.5.2010 eine Nachlasspflegschaft für die unbekanntenen Erben an und bestellte eine Nachlasspflegerin. Ihr gegenüber kündigte die Beklagte die gesamte Geschäftsverbindung aus wichtigem Grund. Am 28.9.2010 wurde das Insolvenzverfahren über den Nachlass des Ehemanns eröffnet.

3 Die Beklagte betreibt seit April 2011 die Zwangsversteigerung des streitgegenständlichen Grundstücks aus ihren Grundschulden. Die Volksbank trat – gestützt auf die zu ihren Gunsten eingetragene

ne Grundschild – dem Verfahren bei. Der neue Ehemann der Klägerin erhielt auf sein Meistgebot i. H. v. 342.000 € am 4.12.2013 den Zuschlag. Mit Schreiben vom 5.12.2013 teilte die Volksbank der Beklagten die Abtretung der Rückgewähransprüche mit. Im gerichtlichen Verteilungsplan vom 22.1.2014 wurde bei einer Gesamtverteilungsmasse i. H. v. 343.700 € angeordnet, dass der Beklagten für geleistete Vorschüsse 2.000 € und auf die Grundschulden insgesamt 330.431,12 € und der Klägerin auf eine in Abteilung III unter der laufenden Nr. 3 eingetragene Eigentümergrundschuld ein Betrag i. H. v. 7.136,83 € zugeteilt würden. Die Beklagte fiel im Hinblick auf die Grundschuld Nr. 4 mit 26.010,53 € und die Volksbank (Ifd. Nr. 5) mit 97.992 € aus.

4 Die Klägerin widersprach im Verteilungstermin dem Teilungsplan insoweit, als der Beklagten mehr als 145.841,23 € zugeteilt worden sind. Sie behauptet, die durch die Grundschulden gesicherten Darlehen seien nur noch in dieser Höhe valuiert. Das Vollstreckungsgericht verfügte daraufhin im Wege der Hilfszuteilung, dass der streitige Erlösanteil der Klägerin gebühre, soweit der Widerspruch für begründet erklärt werde. Der Betrag von 184.589,89 € wurde zugunsten der Klägerin und der Beklagten hinterlegt.

5 Die Klägerin hat gegen die beklagte Bank (...) den Antrag gestellt, die von der Beklagten eingeleitete Zwangsversteigerung für unzulässig zu erklären, soweit der Beklagten ein Betrag von mehr als 145.841,23 € zugeteilt werden solle. Das LG hat der Klage stattgegeben, das OLG hat die Berufung der Beklagten durch Beschluss zurückgewiesen. Mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision möchte die Beklagte die Abweisung der Klage erreichen.

AUS DEN GRÜNDEN:

6 Die Revision hat Erfolg. Die Klage ist abzuweisen.

7 I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die richtige Klageart sei die Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO, weil die Klägerin materielle Einwendungen gegen die der Vollstreckung zugrunde liegenden Grundschulden erhebe, wenn sie geltend mache, der Beklagten stünden besicherte Forderungen nur i. H. v. 145.841,23 € zu. Die Zwangsvollstreckung der Beklagten sei unzulässig, soweit sie über 145.841,23 € hinausgehe. Dass die Grundschulden eine höhere Forderung sichern sollten, könne ohne hinreichenden Sachvortrag der Beklagten nicht festgestellt werden. Vor diesem Hintergrund könne dahinstehen, ob und zu wessen Gunsten Rückgewähransprüche hinsichtlich der die Vollstreckung zugrunde liegenden Grundpfandrechte bestünden, ob diese durch den Zuschlag untergegangen seien oder sich in einen Anspruch auf Mehrerlös umgewandelt hätten und ob solche umgewandelten Ansprüche der Volksbank zustünden. Zwar könne die Klägerin mit ihrer Klage nicht erreichen, dass der einen Betrag von 145.841,23 € übersteigende Restbetrag aus der Versteigerung ihr zugeteilt werde, sondern lediglich verhindern, dass dieser entsprechend dem Tilgungsplan der Beklagten ausgekehrt werde. Zwar sei es richtig, dass es im Verteilungsverfahren keiner Feststellung einer persönlichen Forderung bedürfe. Doch schaffe der Ausgang des Verteilungsverfahrens für die Beklagte keinen Rechtsgrund für das Behaltendürfen des Erlösanteils.

8 II. Die Ausführungen des Berufungsgerichts halten rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Die auf § 1191 BGB gestützte Zwangsvollstreckung der Beklagten kann nicht mit der Begründung des Berufungsgerichts insoweit für unzulässig erklärt werden, als der Beklagten ein Betrag von mehr als 145.841,23 € zugeteilt worden ist.

9 1. Noch zutreffend hat das Berufungsgericht die zunächst gegen den Tilgungsplan erhobene Widerspruchsklage (§ 115 Abs. 1 ZVG) als Vollstreckungsgegenklage (§ 115 Abs. 3 ZVG, § 767 ZPO) behandelt, zumindest soweit die Klägerin der Zuteilung des 145.841,23 € übersteigenden Versteigerungserlöses aus den Grundschulden mit den Nr. 1, 3a und 4 an die Beklagte widersprochen hat (vgl. BGH, Urteil vom 20.3.1981, V ZR 85/80, WM 1981, 693 unter A. I. 2. a, 3., A. II. 3. a). Im Anwendungsbereich dieser Klage können Einwendungen gegen den Teilungsplan nicht nur aus dinglichen Rechten, sondern auch aus schuldrechtlichen Ansprüchen hergeleitet werden. Letztere müssen jedoch geeignet sein, die Geltendmachung des dinglichen Rechts eines anderen zu beschränken oder auszuschließen (BGH, Urteil vom 20.3.1981, a. a. O., S. 694 f. unter B. II. 1.; vom 20.12.2001, IX ZR 419/98, NJW 2002, 1578, 1579), hier die Beklagte zu verpflichten, den auf ihr dingliches Recht entfallenden Erlösanteil der Klägerin zu überlassen.

10 2. In Betracht kommt hier allein § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB. Doch hat die Beklagte die Zuteilung des Erlösanteils durch das Vollstreckungsgericht, auch soweit die Grundschulden nicht mehr valuierten, nicht auf Kosten der Klägerin erlangt.

11 a) Bei den streitgegenständlichen Grundschulden handelt es sich nach den Feststellungen des Berufungsurteils um Sicherungsgrundschulden, welche die Ansprüche der Grundschuldgläubigerin/Beklagten auf Rückzahlung von Darlehen absicherten. Bestellt wurden die Grundschulden von dem verstorbenen Ehemann der Klägerin zu einem Zeitpunkt, als er noch Eigentümer des Grundstücks war. Ein Grundstückseigentümer, der Sicherungsgrundschulden bestellt, hat aus dem Sicherungsvertrag gegen den Sicherungsnehmer einen durch den Wegfall des Sicherungszwecks aufschiebend bedingten schuldrechtlichen Anspruch auf Abtretung, auf Verzicht oder auf Aufhebung des nicht valuierten Teils der Grundschulden (BGH, Urteil vom 24.3.2016, IX ZR 259/13, NJW 2016, 3239 Rdnr. 8). Der Anspruch auf Rückgewähr nicht valuiert Teile einer Sicherungsgrundschuld begründet ein Widerspruchsrecht i. S. v. § 115 ZVG (BGH, Urteil vom 20.12.2001, a. a. O.) und kann mit der Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO geltend gemacht werden (BGH, Urteil vom 30.4.1980, V ZR 159/78, BGHZ 77, 107, 109).

12 b) Als nicht akzessorisches Recht steht die Grundschuld ihrem jeweiligen Gläubiger ohne Rücksicht darauf zu, ob eine durch die Grundschuld gesicherte Forderung besteht oder nicht. Für die Erlösverteilung ist grundsätzlich der Bestand des dinglichen Rechts maßgeblich. Erhält der Grundschuldgläubiger auf das dingliche Recht mehr als den Betrag der gesicherten Forderungen, so ist dieser Mehrbetrag an den Rückgewährberechtigten herauszugeben (*Gaberdie/Gladenbeck*, Kreditsicherung durch Grundschulden, 9. Aufl., Rdnr. 1141). Diesem gebührt der Übererlös, der aus der über den Sicherungszweck hinausgehenden dinglichen Belastung des Grundstücks entsteht.

13 Das Berufungsgericht hat dahinstehen lassen, ob und zu wessen Gunsten Rückgewähransprüche hinsichtlich der der Vollstreckung zugrunde liegenden Grundpfandrechte bestanden. Ist aber das Eigentum ohne die Rückgewähransprüche

auf die Klägerin übergegangen, so ist sie, wenn sie aus den Grundschulden in Anspruch genommen wird, nicht befugt, Einreden aus dem Sicherungsvertrag zu erheben (vgl. BGH, Urteil vom 21.5.2003, IV ZR 452/02, BGHZ 155, 63, 66 f., 68; Staudinger/Wolfsteiner, Neub. 2015, Vor §§ 1191 ff. Rdnr. 304; MünchKomm-BGB/Lieder, 7. Aufl., § 1191 Rdnr. 162; Gaberdiel/Gladenbeck, a. a. O., Rdnr. 946). Die Rechte aus dem Sicherungsvertrag stehen allein dem Sicherungsgeber oder, wenn dieser seine Ansprüche abgetreten hat, dem Zessionar zu. Die Klägerin hat ohne eine Abtretung keine geschützte Rechtsposition.

14 c) Der Auszahlung des hinterlegten Betrages an die Klägerin muss sich die Beklagte schon deswegen widersetzen, weil sie sich gegenüber dem Sicherungsgeber oder einem Rechtsnachfolger oder dem Zessionar schadensersatzpflichtig macht, wenn sie die Grundschulden, soweit sie nicht mehr valutieren, statt an den Inhaber der Rückgewähransprüche an die Klägerin zurückgewährt, den darauf gerichteten Erlösanteil an diese auszahlt oder die Auszahlung des hinterlegten Betrages an die Klägerin nicht verhindert. Denn sie verletzt dadurch ihre sich aus dem Sicherungsvertrag ergebenden Treuepflichten gegenüber dem Inhaber der Rückgewähransprüche (vgl. BGH, Urteil vom 8.12.1988, III ZR 107/87, NJW 1989, 1732, 1733; vgl. *Clemente*, Recht der Sicherungsgrundschuld, 4. Aufl., Rdnr. 521; *Gaberdiel/Gladenbeck*, a. a. O., Rdnr. 947, 1158). Den Betrag, den die Beklagte aufgrund der Zwangsvollstreckung erhält, hat sie entsprechend der Sicherungsabrede zu verwenden. Einen Übererlös hat sie an den Inhaber der Rückgewähransprüche auszukehren, keinesfalls aber an den Grundstückseigentümer, der nicht Inhaber der Rückgewähransprüche ist (vgl. *Gaberdiel/Gladenbeck*, a. a. O., Rdnr. 949). Das Berufungsgericht durfte deshalb nicht offen lassen, wem die Rückgewähransprüche bezüglich der Grundschulden Nr. 1, 2, 3a und 4 zustanden.

15 III. Die angefochtene Entscheidung stellt sich nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO).

16 1. Die Klägerin kann der Beklagten Einwendungen i. S. v. § 767 Abs. 1 ZPO aus den durch die Grundschuld gesicherten Darlehensverhältnissen nicht entgegenhalten.

17 a) Beim Erwerb des Grundstücks vom Sicherungsgeber geht der Rückgewähranspruch nicht ohne Weiteres, sondern nur durch eine (auch durch schlüssiges Verhalten mögliche) Mitübertragung auf den Erwerber über. Denkbar ist auch, dass der Erwerber mit Zustimmung des Sicherungsnehmers in den Sicherungsvertrag eintritt (BGH, Urteil vom 10.11.1989, V ZR 201/88, NJW 1990, 576, insoweit in BGHZ 109, 197 nicht abgedruckt; Staudinger/Wolfsteiner, Vor §§ 1191 ff. Rdnr. 262). Die aufgrund der zwischen dem verstorbenen Ehemann der Klägerin als Sicherungsgeber und der Beklagten als Sicherungsnehmerin geschlossenen Sicherungsverträge entstandenen Ansprüche auf Rückgewähr der Grundschulden sind weder aufgrund des Grundstücksübertragungsvertrages noch aus anderen Gründen auf die Klägerin übergegangen. Der Senat konnte diesen rechtlichen Schluss aus den vom Berufungsgericht festgestellten Tatsachen ziehen. Da die Klägerin die Erbschaft nach ihrem Ehemann ausgeschlagen hat, ist sie nicht im Wege der Gesamtrechtsnachfolge (§ 1922 Abs. 1 BGB) bezüglich der Rückgewähransprüche in dessen Rechts-

stellung eingerückt. Ihr verstorbener Ehemann hat ihr die Ansprüche gegen die Beklagte auch nicht im Wege der Einzelrechtsnachfolge übertragen, sie insbesondere nicht an sie abgetreten.

18 aa) Eine ausdrückliche Abtretung im Zusammenhang mit dem Grundstücksübertragungsvertrag hat die Klägerin in den Tatsacheninstanzen nicht behauptet. Soweit sie eine Abtretung der Rückgewähransprüche durch den verstorbenen Ehemann im Rahmen der Eigentumsübertragung vorprozessual vorgetragen hatte, ist sie von den Vertretern der Beklagten darauf hingewiesen worden, dass sich eine solche Abtretung nicht aus dem notariellen Vertrag ergebe. Dem ist die Klägerin weder vorprozessual noch in den Tatsacheninstanzen entgegengetreten. Sie macht auch nicht geltend, in den Sicherungsvertrag ihres verstorbenen Ehemannes mit der Beklagten eingetreten zu sein (vgl. BGH, Urteil vom 25.3.1986, IX ZR 104/85, NJW 1986, 2108, 2110, insoweit in BGHZ 97, 280 nicht abgedruckt; vom 10.11.1989, a. a. O.).

19 Ebenso wenig hat sie weder vorprozessual (trotz ausdrücklichen Hinweises der Beklagten) noch in den Tatsacheninstanzen vorgetragen, die persönlichen Schulden ihres verstorbenen Ehemannes in dem Grundstücksübertragungsvertrag übernommen oder die Schulden ihres verstorbenen Ehemannes bei der Beklagten getilgt zu haben. Im Zweifel wird der Rückgewähranspruch stillschweigend abgetreten, wenn ein Grundstückskäufer in Anrechnung auf den Kaufpreis eine auf dem Kaufgrundstück eingetragene Grundschuld übernimmt, weil der Erwerber andernfalls Gefahr liefe, zweimal – aus der übernommenen Schuld und aus der Grundschuld – in Anspruch genommen zu werden (BGH, Urteil vom 13.7.1983, VIII ZR 134/82, NJW 1983, 2502, 2503; vom 5.2.1991, XI ZR 45/90, NJW 1991, 1821, 1822). Wegen dieser Gefahr einer doppelten Inanspruchnahme gilt Entsprechendes, wenn der Käufer vertragsgemäß aus eigenen Mitteln die Schuld des Veräußerers tilgt. Diese Gefahr einer doppelten Inanspruchnahme des Eigentümers besteht aber nicht, wenn der Veräußerer persönlich zur Tilgung der Schuld verpflichtet bleibt. Dann verbleibt der Rückgewähranspruch im Zweifel bei ihm, weil er, wenn er die gesicherte Verbindlichkeit selbst tilgt, die Grundschuld als Ausgleich für den Kaufpreinsnachlass erhalten muss (vgl. BGH, Urteil vom 18.7.2014, V ZR 178/13, BGHZ 202, 150 Rdnr. 8; MünchKomm-BGB/Lieder, § 1191 Rdnr. 163; Staudinger/Wolfsteiner, Vor §§ 1191 ff. Rdnr. 262; Schimansky/Bunte/Lwowski/Ganter, Bankrechts-Handbuch, 5. Aufl., § 90 Rdnr. 113; *Gaberdiel/Gladenbeck*, Kreditsicherung durch Grundschulden, Rdnr. 857).

20 Es spricht auch gegen eine Übertragung der Rückgewähransprüche durch den verstorbenen Ehemann auf die Klägerin, dass dieser noch vor dem Eigentumsübergang auf die Klägerin die Rückgewähransprüche betreffend die Grundschulden lfd. Nr. 1, 2, 3a, 4 an die Volksbank abgetreten hat. Das ergibt sich aus dem Inhalt der von der Beklagten vorgelegten Grundschuldbestellungsurkunde betreffend die Grundschuld Nr. 5. An der Wirksamkeit der Übertragung der Rückgewähransprüche bestehen keine Zweifel (vgl. *Gaberdiel/Gladenbeck*, Kreditsicherung durch Grundschulden, Rdnr. 864 ff.).

21 bb) Mithin hätte der verstorbene Ehemann der Klägerin aus seiner Sicht allenfalls seine Ansprüche auf Rückübertragung

der Rückgewähransprüche abtreten können. Denn dieser hatte gegen die Volksbank einen Anspruch auf Rückübertragung der abgetretenen Rückgewähransprüche, wenn und soweit diese die abgetretenen Ansprüche nicht mehr benötigte, weil die Abtretung der Rückgewähransprüche durch den verstorbenen Ehemann an die Volksbank nur zu weiteren Sicherungszwecken erfolgte (vgl. BGH, Urteil vom 11.10.2012, IX ZR 30/10, NZI 2012, 883 Rdnr. 15; Hintzen/Engels/Rellermeyer/Hintzen, ZVG, 15. Aufl., § 114 Rdnr. 43; Gaberdiel/Gladenbeck, Kreditsicherung durch Grundschulden, Rdnr. 864 ff., 891 ff.). Dass die Vertragsparteien dies wollten, ist nicht dargelegt. Dagegen spricht auch, dass der verstorbene Ehemann weiterhin die durch die Grundschulden gesicherten Forderungen erfüllen sollte.

22 cc) Ob die Volksbank infolge der Abtretung nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens tatsächlich Rückgewährberechtigte geworden ist, ist allerdings zweifelhaft. Eine gesicherte Rechtsposition, die dem Erwerbsverbot des § 91 InsO standhält, erlangt der Zessionar nämlich nur, wenn der abgetretene Anspruch durch Wegfall des Sicherungszwecks im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung bereits entstanden war. Entsteht die im Voraus abgetretene Forderung erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens, kann der Zessionar gemäß § 91 Abs. 1 InsO grundsätzlich kein Forderungsrecht zulasten der Masse mehr erwerben; nur wenn er bereits vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens eine gesicherte Rechtsposition hinsichtlich der abgetretenen Forderung erlangt hat, ist die Abtretung insolvenzfest. Eine insolvenzfeste Rechtsposition erlangte die Volksbank daher nur, soweit im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung der Sicherungszweck bereits endgültig weggefallen und der Rückgewähranspruch aus der Sicherungsabrede deshalb fällig geworden war (BGH, Urteil vom 11.10.2012, IX ZR 30/10, NZI 2012, 883 Rdnr. 17 f.). Doch kommt es nicht darauf an, ob die Volksbank oder die Masse oder auch die Nachlasspflegerin Rückgewährberechtigte ist, jedenfalls ist es nicht die Klägerin.

23 b) Daran ändert der Umstand nichts, dass die Klägerin mit dem Insolvenzverwalter im Prozess unter anderem wegen der Anfechtung der Übertragung des streitgegenständlichen Grundstücks durch den Ehemann auf sie vergleichsweise vereinbart hat, mit dem Vergleichsschluss sei auch der Komplex betreffend das streitgegenständliche Grundstück ein für alle Mal erledigt. Die Klägerin hat nicht behauptet, gegenüber dem Insolvenzverwalter die Übertragung der Rückgewähransprüche geltend gemacht zu haben; wenn dies so geschehen wäre, wären diese Ansprüche allerdings von der Erledigungsvereinbarung zum Nachteil der Klägerin umfasst. Etwaige Rückgewähransprüche der Masse gegen Dritte sind durch diesen Vergleich und die in ihm enthaltene gegenseitige Erledigungserklärung nicht berührt. Mit der Anfechtungsklage hat der Insolvenzverwalter gemäß § 143 Abs. 1 Satz 1 InsO begehrt, dass das streitgegenständliche Grundstück an die Masse zurückgewährt wird. Er verlangte mithin die Rückgabe des mit den Grundschulden belasteten Grundstücks. Soweit die Klägerin nach Zuschlag des Grundstücks und Verlust des Eigentums gemäß § 90 Abs. 1 ZVG nach § 143 Abs. 1 Satz 2 InsO, § 819 Abs. 1, § 818 Abs. 4, § 292 Abs. 1, § 989 BGB auf Wertersatz haftete, verringerte der Wert der Grundschulden zumindest in Höhe der überschießenden Sicherheiten die

Höhe des Wertersatzes und zahlte die Klägerin deswegen – bildlich gesprochen – weder auf die Grundschulden noch auf die durch die Grundschulden gesicherten Forderungen. Deswegen ist insoweit auch kein Raum für eine stillschweigende Übertragung etwaiger Rückgewähransprüche der Masse gegen die Beklagte. Dass der Insolvenzverwalter der Klägerin außerhalb des Vergleichs etwaige Rückgewähransprüche übertragen hätte, hat die Klägerin weder in den Tatsacheninstanzen noch in der Revisionsinstanz vorgetragen.

24 c) Volksbank, Insolvenzverwalter und Nachlasspflegerin haben entgegen der Ansicht der Klägerin ihre etwaigen Rückgewähransprüche nicht dadurch verloren, dass sie sich am Verteilungsverfahren nicht beteiligt und gegen die Zuteilung an die Beklagte im Verteilungstermin keinen Widerspruch eingelegt haben. Auch wenn Rückgewährberechtigte ihre Rückgewähransprüche im Verteilungsverfahren hätten geltend machen können (vgl. zur Möglichkeit, Einwendungen gegen den Teilungsplan aus schuldrechtlichen Ansprüchen herzuleiten BGH, Urteil vom 20.12.2001, IX ZR 419/98, NJW 2002, 1578, 1579), haben sie diese Ansprüche durch die Nichtgeltendmachung nicht verloren (vgl. BGH, Urteil vom 27.4.2012, V ZR 270/10, BGHZ 193, 144 Rdnr. 6). Das Unterlassen hat lediglich verfahrensrechtliche Bedeutung. Die Geltendmachung eines besseren Rechts im Wege der Bereicherungsklage außerhalb des Zwangsversteigerungsverfahrens ist deswegen nicht ausgeschlossen (vgl. § 878 Abs. 2 ZPO, § 812 BGB; Kindl/Meller-Hannich/Wolf/Sievers, Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung, 3. Aufl., § 115 ZVG Rdnr. 3; Stöber, ZVG, 21. Aufl., § 115 Anm. 5.3; Hintzen/Engels/Rellermeyer/Hintzen, ZVG, § 115 Rdnr. 27). Ihr durch den Wegfall des Sicherungszwecks aufschiebend bedingter Anspruch auf Rückgewähr des nicht valuierten Teils der Grundschulden wandelt sich nach deren Erlöschen in der Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks in einen Anspruch auf Herausgabe des Übererlöses um (BGH, Urteil vom 18.2.1992, XI ZR 134/91, NJW 1992, 1620; BGH, Urteil vom 27.4.2012, a. a. O.).

25 2. Ob die Klage in eine Widerspruchsklage gegen den Teilungsplan nach § 115 Abs. 1 ZVG, §§ 876, 878 ZPO hinsichtlich des Erlösanteils für die Grundschuld Nr. 2, die nicht in einer vollstreckbaren notariellen Urkunde bestellt wurde, umgedeutet werden kann (vgl. BGH, Beschluss vom 11.6.2015, V ZB 160/14, WM 2015, 1425 Rdnr. 5), kann dahinstehen, weil auch eine Widerspruchsklage jedenfalls keinen Erfolg hätte. Die Klägerin war allerdings als Inhaberin einer Eigentümergrundschuld und als Grundstückseigentümerin und Vollstreckungsschuldnerin (vgl. Stöber, ZVG, § 9 Anm. 3.28; Hintzen/Engels/Rellermeyer/Rellermeyer, ZVG, § 9 Rdnr. 6) Verfahrensbeteiligte nach § 9 ZVG und somit grundsätzlich widerspruchsberechtigt im Sinne von § 115 ZVG (vgl. Stöber, a. a. O., § 115 Anm. 3.4 a). Doch steht ihr gegenüber der Beklagten nicht das bessere Recht an dem Versteigerungserlös zu. Da sie nicht in Prozessstandschaft für den Rückgewährberechtigten klagt (vgl. BGH, Urteil vom 20.12.2001, IX ZR 419/98, NJW 2002, 1578, 1579) und auch mit dem Widerspruch nicht die Auszahlung an diesen verlangt (vgl. Stöber, a. a. O., § 115 Anm. 3.4 c), kommt es darauf an, dass ihr selbst gegenüber der Beklagten das bessere Recht zusteht. Zwar können Einwendungen gegen den Teilungsplan –

wie ausgeführt – nicht nur aus dinglichen Rechten, sondern auch aus schuldrechtlichen Ansprüchen hergeleitet werden, sofern letztere den Inhaber des dinglichen Rechts verpflichten, den auf sein dingliches Recht entfallenden Erlösanteil dem Widersprechenden zu überlassen. Doch steht der Klägerin ein solcher Rückgewähranspruch aus dem Sicherungsvertrag, wie ebenfalls bereits ausgeführt worden ist, nicht zu.

26 3. Ebenso wenig kann die Klage in eine Klage auf Feststellung (vgl. Zöller/Herget, ZPO, 31. Aufl., § 767 Rdnr. 2) umgedeutet werden, dass der Beklagten gegen den verstorbenen Ehemann aus den den Sicherungsgrundschulden zugrunde liegenden Darlehen nur ein Anspruch in Höhe von allenfalls 145.841,23 € zusteht. Da der Klägerin ein Anspruch auf Auskehr eines etwaigen Übererlöses nicht zusteht, fehlt ihr das erforderliche Rechtsschutzinteresse für eine solche Klage.

27 IV. Die Entscheidung des Berufungsgerichts war mithin gemäß § 563 Abs. 1 ZPO aufzuheben. Der Senat konnte in der Sache nach § 563 Abs. 3 ZPO selbst entscheiden, weil die Aufhebung des Urteils nur wegen Rechtsverletzungen bei Anwendung des Gesetzes auf das festgestellte Sachverhältnis erfolgt und nach letzterem die Sache zur Endentscheidung reif ist. (...)

ANMERKUNG:

Von Notar Prof. Dr. **Christian Kessler**, Düren

Mit Grundschulden und den an diesen bestehenden Rückgewähransprüchen ist vorsichtig umzugehen – so lautet das Fazit aus der vorstehenden Entscheidung des IX. Zivilsenats des BGH. Worum ging es?

1. Sachverhalt

Der Sachverhalt lässt sich vereinfacht wie folgt erfassen: Ein Grundstück wird vom Eigentümer mit einer Grundschuld zugunsten seiner Bank im Rahmen einer sog. „weiten“ Sicherungszweckerklärung, d. h. zur Sicherung nicht nur einer konkreten, sondern aller, auch zukünftigen Verbindlichkeiten des Eigentümers belastet. In der Folge tritt er die (auch künftigen) Rückgewähransprüche an diesem Recht an die zweitrangig gesicherte Volksbank ab. Schließlich wird das Grundstück an die Ehefrau übertragen, wobei die auf dem Objekt abgesicherten Verbindlichkeiten allerdings beim Ehemann verbleiben und zu den Rückgewähransprüchen im Übertragungsvertrag nichts gesagt wird. Nach dem Tod des Ehemannes schlägt die Ehefrau das Erbe, über das das Nachlassinsolvenzverfahren eröffnet wird, aus. Die erstrangig gesicherte Bank betreibt das Zwangsversteigerungsverfahren. Dieses endet mit einer Verteilungsmasse von rund 343.000 Euro durch Zuschlag an den (neuen) Ehemann der Eigentümerin. Der Gläubigerin wird auf ihre Grundschuld zwar weniger als deren Kapital und Zinsen, aber mehr als das Doppelte der sich auf rund 145.000 Euro belaufenden persönlichen Forderungen zugeteilt. Im Verteilungstermin erhebt die Ehefrau Widerspruch gegen den über die Höhe der persönlichen Forderungen hinausgehenden Zuteilungsbetrag, weshalb der überschüssige Betrag hinterlegt wird.

Der durch die bisherige Eigentümerin erhobene Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO, die auf die angebliche

Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung über den Betrag der persönlichen Forderung durch die Bank hinaus gestützt wurde, gaben LG und OLG statt. Begründet wurde dies damit, dass es gleichgültig sei, wem die Rückgewähransprüche an dem Grundpfandrecht zustünden. Jedenfalls sei die Bank angesichts der in geringerer Höhe bestehenden persönlichen Verbindlichkeiten nicht berechtigt, im Verteilungsverfahren die Auskehrung der Beträge an sich zu fordern.

2. Entscheidung des BGH

Der IX. Senat löst den Fall zutreffend gerade im Hinblick auf die Frage, wem die Rückgewähransprüche an den Grundschulden zustehen. Dazu hält das Gericht zunächst fest, dass auch schuldrechtliche Ansprüche geeignet seien, Einwendungen gegen den Verteilungsplan des Versteigerungsgerichts zu begründen, wozu es auf frühere Entscheidungen verweist.¹ Dieses schuldrechtliche Recht geltend zu machen, stehe allerdings nur demjenigen zu, der Inhaber desselben ist. Aus der bloßen Stellung als Eigentümer ergebe sich diese Berechtigung jedenfalls nicht.

a) Abtretung der Rückgewähransprüche

Die Grundschuld ist auch im Zwangsversteigerungsverfahren ein abstraktes Recht. Sie hängt nicht von einer Forderung ab – ihr Rechtsinhalt wird durch das Sachenrecht und nicht durch schuldrechtliche Abreden definiert. Der Sicherungsvertrag kreiert nicht etwa die Rechte aus der Grundschuld, er ist die originäre Grundlage des Erwerbs und sichert alsdann die Rechte des Sicherungsgebers auf Rückgewähr.

Die ehemalige Grundstückseigentümerin hätte nur dann eine Möglichkeit gehabt, auf das Verteilungsverfahren Einfluss zu nehmen, wenn ihr von dem Sicherungsgeber die Rechte aus dem Sicherungsvertrag abgetreten worden wären. Ausdrücklich ist dies aber nicht geschehen. Der BGH erkennt hierzu allerdings noch einmal an, dass eine solche Abtretung gerade auch im Rahmen von Übergabeverträgen konkludent erfolgen kann. Voraussetzung einer solchen konkludenten Zession soll allerdings regelmäßig die Übernahme der persönlichen Verbindlichkeiten sein, da dies schon deshalb Indiz einer Mitübertragung der Rechte an den Sicherungsgegenständen sei, weil es sonst zum Risiko der doppelten Inanspruchnahme, einmal aus der persönlichen Schuldübernahme, einmal aus der dinglichen Haftung kommen könne.²

Diese Überlegungen sollten für die notarielle Praxis natürlich keine Rolle spielen müssen. In Verträge, die eine dingliche Übernahme von Grundschulden vorsehen, gehört eine Regelung des Schicksals der Rückgewähransprüche hinein. Denn auch die Überlegung des BGH zur konkludenten Zession stellt nur eine Hilfskonstruktion dar. Im entschiedenen

¹ BGH, Urteil vom 20.3.1981, V ZR 85/80, WM 1981, 693 und Urteil vom 20.12.2001, IX ZR 419/98, ZfIR 2002, 411.

² Vgl. Rdnr. 19 der besprochenen Entscheidung; siehe dazu auch BGH, Urteil vom 13.7.1983, VIII ZR 134/82, NJW 1983, 2502 und Urteil vom 5.2.1991, XI ZR 45/9, MittBayNot 1991, 113.

Fall waren die Rückgewähransprüche bereits an die zweit-rangig gesicherte Volksbank abgetreten. Im Übrigen konnten sie schon deshalb nicht unter Hinweis auf die Gefahr einer doppelten Inanspruchnahme konkludent an die Ehefrau des ursprünglichen Eigentümers abgetreten worden sein, weil diese keine persönliche Schuld übernommen hatte und ihr daher keine doppelte Inanspruchnahme drohte.

b) Rückgewähransprüche und Insolvenz

Etwas am Rande, in der Bedeutung aber nicht zu unterschätzen, ist der Hinweis des Senats auf seine Rechtsprechung zum Entstehen von Rückgewähransprüchen aus weiten Sicherungszweckerklärungen im Rahmen eines Insolvenzverfahrens. Diese können durch Vorausabtretungen gerade nicht insolvenzfest erworben werden³ – ein Umstand, der gerade bei Sicherungsgestaltungen, die sich auf die Abtretung von Rückgewähransprüchen stützen, bedacht werden muss. Konsequenz einer so etwa fehlgeschlagenen Abtretung ist, dass die gesamten freien Teile der Grundschuld zur Masse gehören. Zur Überraschung der Ehefrau dürfte dies auch im vorliegenden Fall eingetreten sein. Eigene Rechte an den Rückgewähransprüchen hat sie nicht erworben. Die Abtretung der Rückgewähransprüche an die nachrangige Volksbank scheiterte wegen des Nachlassinsolvenzverfahrens daran, dass aufgrund der weiten Sicherungszweckerklärung mit der erstrangigen Bank eine gesicherte insolvenzfeste Rechtsposition hinsichtlich der erst im Insolvenzverfahren durch Beendigung der Kreditverbindung entstandenen Ansprüche auf Rückgewähr nicht eintreten konnte.

c) Pflicht zur Durchsetzung auch der dinglichen Zinsen

Wichtig sind schließlich die unter Rdnr. 14 zu findenden Ausführungen des Senats zu den Pflichten des Sicherungsnehmers bei Grundpfandrechten. Die erstrangige Bank hatte ausweislich des Sachverhalts nicht nur den Nominalbetrag, sondern auch alle dinglichen Zinsen der Grundschuld angemeldet. Der IX. Senat sieht die Bank auch bei weit darunter liegenden persönlichen Forderungen zu dieser Vollenmeldung verpflichtet, da insoweit ein Treueverhältnis zum Sicherungsgeber, also dem Inhaber der Rückgewähransprüche, bestehe. Diese Klarstellung ist gerade auch im Hinblick auf das bislang unklare Verhältnis der Treuepflichten im Hinblick auf die Zinsen der Grundschuld begrüßenswert. Der V. Senat hat in einer Reihe von Entscheidungen gerade keine Verpflichtungen des Sicherungsnehmers einer Grundschuld zur Durchsetzung der dinglichen Zinsen gesehen.⁴ Richtigerweise erkennt der IX. Senat in der vorliegenden Entscheidung, dass der Sicherungsnehmer grundsätzlich verpflichtet ist, den gesamten Sicherungsgegenstand zu verwerten – das schließt neben dem Kapital eben

auch die Zinsen ein. Ob diese Beträge dann an den Berechtigten der Ansprüche aus dem Sicherungsvertrag weiterzuleiten sind, ist im Verhältnis dieser beiden Personen zu klären. Dies kann jedoch nur dann über einen Verzicht geschehen, wenn Begünstigter des Verzichts und Berechtigter der Rückgewähransprüche dieselbe Person ist.

3. Berechtigung am Vollstreckungserlös

Da es nur um die Frage ging, ob die ehemalige Eigentümerin der Zuteilung in Höhe des Gesamtbetrages von Kapital und Zinsen der Grundschulden der Bank widersprechen konnte, brauchte der BGH nicht zu klären, wem diese Mittel denn tatsächlich zustanden. Das Ergebnis sollte hier allerdings recht eindeutig sein: Die bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens bestehende weite Sicherungserklärung ließ die erfolgte Abtretung an die nachrangige Bank ins Leere laufen. Berechtigter des freien Teils des Versteigerungserlöses dürfte demnach die Masse des Nachlassinsolvenzverfahrens geworden sein.

4. Fazit

Der BGH betont die Bedeutung der Rückgewähransprüche. Er betont weiter, dass außerhalb der Regeln des § 1192 Abs. 1a BGB die Stellung als Eigentümer für die Durchsetzung von Rechten an einer Grundschuld irrelevant ist. Der BGH macht mit der Entscheidung noch einmal klar, wie wichtig die Rückgewähransprüche an der Grundschuld sind. Ohne Rückgewähranspruch, gleichgültig ob vertraglich oder aus § 812 BGB, hat der Eigentümer gegen den Grundschuldgläubiger nichts in der Hand. Angesichts dieser Wertung wird die kürzlich von einigen Kreditinstituten, vor allem der Commerzbank, verweigerte Verlängerung der Verjährungsfrist für Rückgewähransprüche von den gesetzlichen zehn auf die üblicherweise in notariellen Formularen zu findenden 30 Jahre, besonders problematisch.

6. Voraussetzungen der Eintragung der Vereinbarung des Bestehenbleibens der Erbbauzinsreallast ins Grundbuch

KG, Beschluss vom 1.3.2018, 1 W 98/17; mitgeteilt von Dr. **Annette Rieger**, Richterin am KG

ErbbauRG § 9 Abs. 3
GBO § 19

LEITSÄTZE:

1. Die Buchung einer Vereinbarung nach § 9 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 ErbbauRG bedarf keiner Bewilligung des Inhabers eines dinglichen Rechts, das der Erbbauzinsreallast im Rang nachgeht.
2. Das Bestehenbleiben der Erbbauzinsreallast gemäß § 9 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 ErbbauRG kann auch ohne einen Rangvorbehalt nach § 9 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 ErbbauRG vereinbart werden.

3 BGH, Urteil vom 10.11.2011, IX ZR 142/10, MittBayNot 2012, 237 m. Anm. *Volmer*.

4 BGH, Urteil vom 4.2.2011, V ZR 132/10, DNotZ 2011, 365 m. abl. Anm. *Kessler* und BGH, Urteil vom 3.2.2012, V ZR 133/11, MittBayNot 2012, 493 m. abl. Anm. *Kessler*; insgesamt zu dieser Frage *Kessler*, DNotZ 2012, 405.

AUS DEN GRÜNDEN:

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

2 Für die beantragten Eintragungen bedarf es keiner Zustimmung des Gläubigers der Grundsuld, die der Erbbauzinsrealast im Rang nachgeht. Die Erklärung unter Nr. II. 4 der notariellen Verhandlung vom (...) ist nach ihrem Inhalt nicht auf eine Rechtsänderung gerichtet, sondern auf eine bloß deklaratorische Eintragung zur aktuellen Höhe des Erbbauzinses, für die eine Mitwirkung der anderen dinglich Berechtigten nicht erforderlich ist (Senat, FGPrax 2015, 108, 109).

3 Auch die Buchung der Vereinbarung nach § 9 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 ErbbauRG bedarf keiner Bewilligung des Grundschuldgläubigers gemäß § 19 GBO. Mittelbar betroffen ist nur derjenige, dessen Zustimmung sachenrechtlich zum Eintritt der Rechtsänderung notwendig ist. Gemäß § 9 Abs. 3 Satz 2 ErbbauRG ist für die Wirksamkeit der Vereinbarung nur die Zustimmung der Inhaber der dinglichen Rechte erforderlich, die der Erbbauzinsrealast vorgehen oder gleichstehen. Aus der Spezialnorm gegenüber §§ 876, 877 BGB ergibt sich, dass keine Zustimmung nachrangig Berechtigter nötig ist (von Oefele, DNotZ 1995, 643, 646; von Oefele/Winkler/Schlögel, Handbuch des Erbaurechts, 6. Aufl., Rdnr. 6.287; MünchKomm-BGB/Heinemann, BGB, 7. Aufl., § 9 ErbbauRG Rdnr. 24). Das entspricht auch der Wertung des § 59 Abs. 3 ZVG (vgl. Mohrbutter, ZIP 1995, 806, 810). Der gegenteiligen Ansicht (Eichel, MittRhNotK 1995, 193, 199) ist schon deshalb nicht zu folgen, weil ein – hier nicht vereinbarter – Rangvorbehalt nach § 9 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 ErbbauRG nur gegen den Inhaber der Erbbauzinsrealast wirkt (§ 880 Abs. 5 BGB) und nachrangige Grundpfandrechte im Fall der Zwangsversteigerung „zum Beispiel aus einer vorrangigen Grundsuld“ nicht im Rang aufrücken, sondern gemäß § 52 Abs. 1 Satz 2 ZVG erlöschen.

4 Weiter ist die vom Grundbuchamt verlangte Ergänzung der Bewilligung unter Nr. II. 5 der Urkunde nicht erforderlich. Das Bestehenbleiben der Erbbauzinsrealast gemäß § 9 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 ErbbauRG kann auch ohne einen Rangvorbehalt nach § 9 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 ErbbauRG vereinbart werden (von Oefele/Winkler/Schlögel, a. a. O., Rdnr. 6.59, 6.276; Palandt/Herrler, 77. Aufl., § 9 EGBGB Rdnr. 14; a. A. Staudinger/Rapp, Neub. 2017, § 9 ErbbauRG Rdnr. 29 für den Fall der Versteigerung aus einem vorrangigen Recht). Der Wortlaut des § 9 Abs. 3 Satz 1 ErbbauRG eröffnet mit der unter Nr. 2 genannten Option („kann vereinbart werden“) nur eine zusätzliche Möglichkeit; die Kombination ist nicht zwingend. Das ergibt sich auch aus dem Umstand, dass es an gesetzlichen Vorgaben zur (Mindest-)Höhe des Rangvorbehalts fehlt, sowie der Entstehungsgeschichte (vgl. BT-Drucks. 12/7425, S. 85). Der Grundstückseigentümer und der Erbbauberechtigte sind im Rahmen der Vertragsfreiheit nicht verpflichtet, dem Ersteren eine erstrangige Finanzierung zu ermöglichen. Ohnehin ist vorliegend der Erbbauzins an erster Rangstelle eingetragen.

ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Jürgen Schlögel**, Bad Aibling

Der Beschluss des KG befasst sich mit zwei bisher nicht gerichtlich entschiedenen Fragestellungen zu der mit § 9 Abs. 3 ErbbauRG durch Gesetz vom 21.9.1994¹ neu geschaffenen Möglichkeit, eine versteigerungsfeste Erbbauzinsrealast im Grundbuch eintragen zu lassen.

Die erste Problematik betrifft § 9 Abs. 3 Satz 2 ErbbauRG, der für eine nachträgliche² Vereinbarung des Bestehenbleibens der Erbbauzinsrealast die Zustimmung der vorrangig oder gleichrangig eingetragenen dinglichen Berechtigten verlangt. Hintergrund für die Aufnahme der Regelung in das ErbbauRG ist die Tatsache, dass ein Betroffensein vorrangiger Gläubiger in dieser Konstellation nicht auszuschließen ist: Bei der Zwangsversteigerung würde ein Bieter bei seinem Gebot die Tatsache, dass der Erbbauzins bestehen bleibt, berücksichtigen und ein entsprechend geringeres Gebot abgeben. Dadurch laufen auch vorrangige Gläubiger, die die Zwangsversteigerung betreiben, Gefahr, bei einem dementsprechend niedrigeren Gebot mit ihren Forderungen auszufallen.³ Die herrschende Meinung⁴ und sich ihr anschließend das KG gehen – dem Wortlaut folgend – davon aus, dass nachrangige Gläubiger gerade nicht zustimmen müssen. Die Gegenansicht⁵ argumentiert mit einem rechtlichen Betroffensein dadurch, dass nachrangige Gläubiger bei der Zwangsversteigerung nicht mehr vorrücken würden und möchte § 880 BGB analog anwenden. Richtigerweise stellt hierzu das KG fest, dass der in § 9 Abs. 3 Nr. 2 ErbbauRG vorgesehene Rangvorbehalt nach seiner eindeutigen Formulierung nur ein relativer, d. h. gegenüber dem Inhaber der Erbbauzinsrealast bestehender ist. Ein Bestehenbleiben nachrangiger Gläubiger im Versteigerungsverfahren ist darüber hinaus aber in § 52 Abs. 1 Satz 2 ZVG nicht vorgesehen. Dort ist ausschließlich das Erlöschen dieser Rechte geregelt. Relevant könnte dies nur bei einer *schuldrechtlichen* Bestehenbleibensvereinbarung im Sinne einer Stillhalteerklärung zwischen eingetragenen Berech-

1 BGBl. 1994 I, S. 2457 ff.

2 Bei einer erstmaligen Bestellung ist die Zustimmung von vorneherein nicht erforderlich, Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 1806a; Staudinger/Rapp, Neub. 2016, § 9 ErbbauRG Rdnr. 31; Eichel, MittRhNotK 1995, 193, 199.

3 Von Oefele/Winkler/Schlögel, Handbuch Erbaurecht, 6. Aufl. 2016, § 6.284; Staudinger/Rapp, § 9 ErbbauRG Rdnr. 31, der daher bei fehlender Betroffenheit, insbesondere Berechtigten in Abt. II des Grundbuchs mit nicht vollstreckbaren Rechten wie Dienstbarkeiten die Zustimmung für entbehrlich hält. Von Oefele/Winkler/Schlögel, Handbuch Erbaurecht, § 6.284, und Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 1806d gehen bei fehlender Zustimmung vorrangig Berechtigter von einer relativen Wirksamkeit aus, sodass eine Eintragung möglich bleibt.

4 MünchKomm-BGB/Heinemann, 7. Aufl. 2017, § 9 ErbbauRG Rdnr. 23; Schwenger, BWNotZ 2006, 73, 77; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 1806b; von Oefele/Winkler/Schlögel, Handbuch Erbaurecht, § 6.284; Staudinger/Rapp, § 9 ErbbauRG Rdnr. 31; Wilsch, NotarFormulare Erbaurecht, 2016, § 9 Rdnr. 10.

5 Eichel, MittRhNotK 1995, 193, 199; Beck'sches Notarhandbuch/Eichel, 6. Aufl. 2015, AT IV Rdnr. 106.

tigten sein, wie sie vor Einführung von § 9 Abs. 3 Nr. 1 ErbbauRG bzw. bei Fehlen einer entsprechenden Regelung üblich war bzw. ist.⁶ Da diesen Regelungen aber nur schuldrechtlicher Charakter zukommt, kann sich ein rechtliches Betroffensein im Rahmen des formellen sachen- bzw. grundbuchrechtlichen Prüfungsumfangs hieraus nicht ergeben, auch wenn zur Vermeidung von Schadensersatzansprüchen die Einholung der Zustimmung sachgerecht sein könnte.⁷ Nur wenn die Sanktionierung einer Stillhalteerklärung über Rangänderungsvormerkung vorgesehen ist, würde etwas anderes gelten – da diese Vormerkung aber technisch richtig vor der Erbbauzinsreallast einzutragen wäre,⁸ befindet man sich dann wieder im Anwendungsbereich von § 9 Abs. 3 Satz 2 ErbbauRG.

Die herrschende Meinung sieht § 9 Abs. 3 Satz 2 ErbbauRG als vorrangige Spezialnorm zu §§ 876, 877 BGB und schließt daraus, dass die Frage einer rechtlichen Betroffenheit gar nicht zu prüfen ist.⁹ Aus den Gesetzesbegründungen¹⁰ lässt sich nicht unmittelbar ersehen, ob dies in der Absicht des Gesetzgebers lag oder der Hintergrund für die Einführung der Regelung nicht vielmehr die Reaktion auf die Tatsache war, dass hier eine – sonst üblicherweise nicht gegebene – rechtliche Betroffenheit vorrangiger Berechtigter besteht. Auch der Wortlaut ist in Ansehung des vorgenannten Aspekts insoweit meines Erachtens nicht eindeutig.

Es stellt sich daher durchaus berechtigt die Frage, ob die Zustimmung nach den allgemeinen Regelungen der §§ 876, 877 BGB einzuholen wäre. Entscheidender Aspekt ist dabei, ob die Bestehenbleibensvereinbarung ein rechtliches Betroffensein nachrangiger Gläubiger zur Folge haben kann, mithin aus dem Wegfall der Kapitalisierung ein rechtlicher Nachteil drohen kann.¹¹ Wie vorstehend dargestellt, kann die Bestehenbleibensvereinbarung dazu führen, dass ein Bieter ein niedrigeres Gebot abgeben wird, da er die Real-last als künftigen Faktor bei den anfallenden Bewirtschaftungskosten berücksichtigen wird. Andererseits führt die wegfallende Kapitalisierung dazu, dass die Erbbauzinsreallast bei den Versteigerungsbedingungen mit einem deutlich verringerten Wert in Ansatz gebracht wird. Inwieweit hierin jeweils ein Vor- oder Nachteil für nachrangige Gläubiger liegt, ist aus der ex-ante-Perspektive nicht zu beurteilen.

Die Rechtsprechung lässt zwar für die Anwendung von §§ 876, 877 BGB die Möglichkeit eines rechtlichen Betroffenseins genügen. Andererseits ist ein rein wirtschaftlicher Nachteil jedoch für die Anwendung der §§ 876, 877 BGB nicht ausreichend.¹² Nun könnte man argumentieren, dass

die Tatsache eines niedrigeren Erlöses wohl nur ein wirtschaftlicher, nicht jedoch ein rechtlicher Nachteil sein dürfte. Wenn man allerdings mit Verweis auf Veränderungen im Erlös die Einführung von § 9 Abs. 3 Satz 2 ErbbauRG wegen rechtlicher Betroffenheit der dinglich Berechtigten begründet, muss dies in gleichem Ausmaß auch für nachrangige Berechtigte einschlägig sein. Insofern kann es durchaus zu empfehlen sein, auch nachrangig Berechtigte zustimmen zu lassen, auch wenn man sich mit der Einholung der Zustimmung (nur) der vor- und gleichrangig dinglich Berechtigten auf dem Boden der herrschenden Meinung und der besprochenen obergerichtlichen Rechtsprechung befindet.

In der Praxis wird die Anpassung bestehender Verträge hin zu einer versteigerungsfesten Erbbauzinsreallast regelmäßig auch mit einer Umstellung von einem festen Erbbauzins mit schuldrechtlichem, durch Vormerkung gesicherten Anspruch auf Anpassung des Erbbauzinses auf eine wertgesicherte Erbbauzinsreallast (§ 9 Abs. 1 ErbbauRG, § 1105 Abs. 1 Satz 2 BGB) zusammenfallen. Hier hat der BGH¹³ entschieden, dass die Zustimmung gleich- bzw. nachrangiger Berechtigter dann nicht erforderlich ist, wenn sich aus der neuen wertgesicherten Reallast kein höherer Anspruch als aus der bisherigen Eintragung (fester Erbbauzins mit Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Erhöhung des Erbbauzinses) ergeben kann. In allen anderen Fällen ist (auch) hierfür dann die Zustimmung der nachrangigen Berechtigten einzuholen.

Die zweite Fragestellung betraf die Frage, ob zur Schaffung einer vollstreckungsfesten Erbbauzinsreallast bei der Zwangsversteigerung vorrangiger Grundpfandgläubiger zwingend ein Rangvorbehalt vereinbart werden muss. Nach § 9 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 ErbbauRG kann für den jeweiligen Erbbauberechtigten ein Rangvorbehalt vor der Erbbauzinsreallast für ein Grundpfandrecht eingetragen werden. Einem Ersteher in der Zwangsversteigerung des Erbbaurechts soll so diese Rangstelle für eine Beleihung freigehalten werden, wenn die Erbbauzinsreallast auch nach der Zuschlagserteilung nach § 9 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 ErbbauRG, § 52 Abs. 2 Satz 2 ZVG bestehen bleibt. Nach einer Mindermeinung¹⁴ ist für die Fälle der Zwangsversteigerung durch einen vorrangigen Gläubiger ein Rangvorbehalt zwingend zu vereinbaren, um eine ungerechtfertigte Rangverbesserung für den Grundstückseigentümer zu vermeiden. Dies wird mit einer sprachlichen Auslegung („und“ in der Verbindung zwischen Nr. 1 a. E und unmittelbar vor Nr. 2) sowie dem Ziel des Gesetzgebers, die Beleihungsfähigkeit des Erbbaurechts zu verbessern, begründet.¹⁵ Richtigerweise lehnt das KG mit der herrschenden Meinung¹⁶ diese Ansicht ab. Neben dem zutreffenden Hinweis darauf, dass eine gesetzliche Verpflichtung zur Vorrangeinräumung nicht vorgesehen ist, wäre bei der Erstbestellung eines Erbbaurechtes ein „allge-

6 Von Oefele/Winkler/Schlögel, Handbuch Erbbaurecht, § 6.258 ff.

7 Eichel, MittRhNotK 1995, 193, 199.

8 Vgl. Götz, DNotZ 1980, 3, 28; DNotl-Report 2005, 89, 91.

9 Von Oefele, DNotZ 1995, 643, 646; Mohrbutter, ZIP 1995, 806, 811.

10 BT-Drucks. 12/5992, S. 194; BT-Drucks. 23/7425, S. 84.

11 Vgl. von Oefele, DNotZ 1995, 643, 646.

12 Vgl. BGH, Beschluss vom 9.6.2016, V ZB 61/15, NJW 2017, 728; BayOblG, Beschluss vom 22.12.1959, BReg. 2 Z 192/59, BayOblGZ 1959, 520.

13 BGH, Beschluss vom 9.6.2016, V ZB 61/15, NJW 2017, 728.

14 Staudinger/Rapp, § 9 ErbbauRG Rdnr. 29; nicht eindeutig Klawikowski, Rpfleger 1995, 145, 146.

15 Staudinger/Rapp., a. a. O.; ders. in FS Brambring, 2011, S. 313.

16 Palandt/Wicke, 77. Aufl. 2018, § 9 ErbbauRG Rdnr. 14; von Oefele/Winkler/Schlögel, Handbuch Erbbaurecht, § 6.59.

meiner“ Rangvorbehalt bei noch nicht feststehender Beleihung nicht eintragbar, da der sachenrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz Angaben hinsichtlich Art und Umfang verlangt.¹⁷ Dies darf aber der Eintragungsfähigkeit nicht entgegenstehen.

Auch die sprachliche Auslegung spricht eher gegen eine zwingende Vereinbarung. *Rapp*¹⁸ differenziert zwischen der 1. Alternative des § 9 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 ErbbauRG (Versteigerung durch den Grundstückseigentümer), bei der kein zwingender Rangvorbehalt zu vereinbaren sei, und dessen 2. Alternative (Versteigerung durch einen gleich- oder vorrangigen Grundschuldgläubiger), bei der dieser erforderlich sei. Dass (nur) eine Verknüpfung der Alt. 2 der Nr. 1 mit der nächsten Ziffer 2 als zwingend kumulativ vom Gesetzgeber angesehen wurde, ist aus sprachlicher Sicht eher unwahrscheinlich. Auch die Gesetzesbegründung¹⁹ geht von einer fakultativen Vereinbarungsmöglichkeit aus. Darüber hinaus jedoch ist für den Eigentümer die Vereinbarung eines solchen Rangvorbehaltes auch aus rechtlichen und wirtschaftlichen Gesichtspunkten nicht unbedingt ratsam: Wird der Vorrang eingeräumt, könnte dem Eigentümer damit das Recht entzogen werden, bei Zuschlag in der Zwangsversteigerung die nach § 5 Abs. 1, § 8 ErbbauRG erforderliche Zustimmung zu verweigern, wenn der Ersteher nicht in die schuldrechtlichen Verpflichtungen aus dem Erbbaurechtsvertrag eintritt.²⁰ Denn auch die jüngste Rechtsprechung des BGH hierzu²¹ bezog sich auf die Konstellation des vorrangigen Erbbauzinses; seine bisherige Rechtsprechung bei Nachgang des Rechts hat der BGH hierbei ausdrücklich aufrechterhalten.²² Darüber hinaus ist umstritten, ob dem Eigentümer bei Ausnutzung des Rangvorbehaltes noch eine Verweigerung zur Belastung über § 5 Abs. 2 ErbbauRG möglich bleibt.²³ Zu guter Letzt ist zu bedenken, dass ein im Verhältnis zum Erbbaurechtswert derzeit angemessener Rangvorbehalt sich bei fortschreitendem Wertverlust im Hinblick auf das aus § 33 ErbbauRG folgende Übernahmerrisiko im Heimfall als überhöht herausstellen kann.²⁴ Im Hinblick hierauf muss es den Vertragsparteien vorbehalten bleiben,

die jeweils bestehenden Vor- und Nachteile der Eintragung bzw. Nichteintragung eines Rangvorbehaltes frei zu vereinbaren.

7. Anforderungen an die Bestimmtheit eines unter der aufschiebenden Bedingung der Zuweisung bestellten Sondernutzungsrechts

OLG Nürnberg, Beschluss vom 6.2.2018, 15 W 1753/17; mitgeteilt von **Andreas Leuzinger**, Richter am OLG Nürnberg

WEG § 5 Abs. 4, § 7 Abs. 3, §§ 8, 10 Abs. 3, § 13

BGB § 158 Abs. 1

GBO § 12 Abs. 1 Satz 2, §§ 19, 29

LEITSÄTZE:

1. **Allein daraus, dass ein unter der aufschiebenden Bedingung der Zuweisung bestelltes Sondernutzungsrecht weit gefasst ist, also große Teile des Gemeinschaftseigentums umfasst, folgt noch nicht seine Unbestimmtheit. Dem Bestimmtheitsgrundsatz ist genügt, wenn zweifelsfrei feststeht, welche Teile der Gemeinschaftsfläche zur Begründung von Sondernutzungsrechten herangezogen werden können.**
2. **Der Umstand, dass sich die Bereiche des Gemeinschaftseigentums, in denen der Ausschluss der übrigen Miteigentümer vom Mitgebrauch infolge von entsprechenden Zuweisungen letztlich zum Tragen kommt, weder aus der Teilungserklärung noch aus den darin in Bezug genommenen Plänen entnehmen lassen, steht der Eintragung eines Sondernutzungsrechts nicht entgegen, wenn die Zuweisungsentscheidung die betroffene Fläche nach Lage und Umfang eindeutig bestimmt.**
3. **Bei der Eintragung eines Sondernutzungsrechts kann – jedenfalls in entsprechender Anwendung von § 7 Abs. 3 WEG – auf die Zuweisungsentscheidung Bezug genommen werden.**

SACHVERHALT:

1 I. Mit notarieller Urkunde vom 9.11.2016 begründete die Beschwerdeführerin an den zum damaligen Zeitpunkt im Grundbuch von X des AG N vorgetragenen Grundstücken unter Bezugnahme auf beigelegte Aufteilungspläne Wohnungs- und Teileigentum. Die Aufteilung wurde im Grundbuch am 13.4.2017 vollzogen. Im Rahmen dessen legte das Grundbuchamt unter anderem für einen Miteigentumsanteil von 15,5/1.000 an dem (vereinigten) Grundstück verbunden mit dem Sondereigentum an der Wohnung mit Keller, die im Aufteilungsplan mit Nr. A1 gekennzeichnet ist, ein Blatt im Wohnungseigentumsgrundbuch an. Zur näheren Bestimmung des Gegenstands und des Inhalts des Sondereigentums nahm es dabei auf die Bewilligung der Teilungserklärung vom 9.11.2016 Bezug.

2 In § 2 Nr. 3 der als Anlage 3 der Urkunde vom 9.11.2016 beigelegten Gemeinschaftsordnung ist hinsichtlich der Sondernutzungsrechte folgende Regelung enthalten:

17 *Weber*, Rpfleger 1998, 5, 7.

18 *Staudinger/Rapp*, a. a. O., Rdnr. 31.

19 BT-Drucks. 12/7425, S. 85: „...soll auch ein Rangvorbehalt zugunsten des jeweiligen Erbbauberechtigten begründet werden können“.

20 Von Oefele/Winkler/Schlögel, Handbuch Erbbaurecht, § 6.59; dies wirkt sich natürlich nur auf die sonstigen schuldrechtlichen Vereinbarungen des Erbbaurechtsvertrages aus, wenn im Übrigen die Erbbauzinsrealast über § 9 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 ErbbauRG bestehen bleibt.

21 BGH, Beschluss vom 13.7.2017, V ZB 186/15, DNotZ 2018, 58.

22 BGH, Beschluss vom 13.7.2017, V ZB 186/15, DNotZ 2018, 58, 64 (dort Rdnr. 28).

23 Dagegen *Böttcher*, Praktische Fragen des Erbbaurechts, 6. Aufl. 2011, Rdnr. 462; *Weber*, Rpfleger 1998, 5, 6; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 1785, der eine abweichende Vereinbarung zulässt; a. A. *Eichel*, RNotZ 2003, 86; von Oefele/Winkler/Schlögel, Handbuch Erbbaurecht, § 6.59; *Ingenstau/Hustedt*, ErbbauRG, 11. Aufl. 2018, § 9 Rdnr. 142.

24 *Weber*, Rpfleger 1998, 5, 8; von Oefele/Winkler/Schlögel, Handbuch Erbbaurecht, § 6.59.

„Der teilende Eigentümer ist berechtigt, nicht bebaute Grundstücksflächen, die nicht schon nach dieser Urkunde zum gemeinschaftlichen Gebrauch (zum Beispiel als Zugang) oder zum Gebrauch einzelner Sondereigentümer vorgesehen sind, durch notariell beurkundete oder beglaubigte Erklärungen ohne Zustimmung anderer Miteigentümer einzelnen oder mehreren Sondereigentumseinheiten als Sondernutzungsrecht zuzuweisen (zum Beispiel als Kfz-Stellplatz, Garten oder ähnliches), und die Eintragung im Grundbuch zu bewirken. (...) Die Sondernutzungsrechte sind bereits jetzt unter der aufschiebenden Bedingung bestellt, dass die Begründung in vorstehender Weise erfolgt; die übrigen Eigentümer sind dann von der Nutzung ausgeschlossen. Bis zur Zuweisung sind alle Eigentümer zum Mitgebrauch dieser Flächen bzw. Räume berechtigt.“

3 Mit notariellem Bauträgervertrag vom 13.1.2017 veräußerte die Beschwerdeführerin unter anderem die im Grundbuch vorgetragene Sondereigentumseinheit. In dem Vertrag erklärt die Beschwerdeführerin, dass sie „ein Sondernutzungsrecht an dem im beigefügten Kfz-Stellplatzplan eingezeichneten oberirdischen Pkw-Stellplatz Nr. 2 dem jeweiligen Eigentümer des Wohnungseigentums Nr. A1“ zuweist. Die Eintragung in das Grundbuch wurde von den Vertragsparteien bewilligt und der „Vollzug der Sondernutzungsrechtszuweisung“ beantragt.

4 Auf dem in Bezug genommenen „Kfz-Stellplatzplan“ sind sechs oberirdische Parkplätze eingezeichnet und nummeriert. Eine nach Lage und Bezeichnung übereinstimmende Eintragung findet sich in den Aufteilungsplänen, auf die sich die Teilungserklärung bezieht, wobei diese Flächen allerdings nicht als Parkplätze bezeichnet bzw. beschrieben sind.

5 Unter Bezugnahme auf die Urkunde vom 13.1.2017 beantragte der Urkundsnotar „die Zuweisung der Sondernutzungsrechte am oberirdischen Pkw-Stellplatz zur Wohnung Nr. A1“.

6 Mit Beschluss vom 28.7.2017 lehnte das Grundbuchamt die beantragte Eintragung ab. Zur Begründung verwies das Grundbuchamt im Wesentlichen darauf, dass – mangels hinreichend bestimmten Inhalts – die Grundvoraussetzung für die Begründung eines Sondernutzungsrechts mit aufschiebender Bedingung nicht vorliege. Denn anhand der Teilungserklärung sei weder Art noch Umfang oder Lage der Sondernutzungsrechte bestimmbar.

7 Gegen den zurückweisenden Beschluss wandte sich der Urkundsnotar namens der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 18.8.2017. Mit der Beschwerde wird im Wesentlichen eingewandt, dass die Abgrenzung des aufschiebend bedingten Sondernutzungsrechts dem Bestimmtheitsfordernis genüge. Es sei möglich, anhand der Lage- und Grundrisspläne festzustellen, wo sich die Wege und Zugänge befinden. Im Übrigen sei auch ersichtlich, welche Stellplätze geplant seien.

8 Am 8.9.2017 entschied das Grundbuchamt, der Beschwerde nicht abzuwehren.

AUS DEN GRÜNDEN:

9 II. Die zulässige Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg.

10 1. Sondernutzungsrechte können – wie im vorliegenden Fall – vom teilenden Alleineigentümer im Falle der Vorratsteilung nach § 8 WEG auch einseitig durch entsprechende Regelung in der Teilungserklärung begründet werden. Sind die übrigen Wohnungseigentümer bereits in der Teilungserklärung vom Mitgebrauch des gemeinschaftlichen Eigentums ausgeschlossen worden (negative Komponente) und hat sich der teilende Eigentümer durch Zuordnungserklärung vorbehalten, Sondernutzungsrechte bestimmten Wohnungseigentümern zuzuordnen, so stellt sich diese Regelung der Teilungserklärung im Hinblick auf die negative Komponente des Sondernut-

zungsrechts als aufschiebende Bedingung i. S. d. § 158 Abs. 1 BGB dar. Dies wurde im vorliegenden Fall in § 2 Nr. 3 der Gemeinschaftsordnung so auch ausdrücklich formuliert. Der Ausschluss des Mitgebrauchs wird von Anfang an – wenn auch unter der aufschiebenden Bedingung – zum Inhalt des Sondereigentums eines jeden Beteiligten (BayObLG, Beschluss vom 6.3.1986, BReg. 2 Z 76/85, DNotZ 1988, 30).

11 Das Ereignis, mit dessen Eintritt der Ausschluss wirksam sein soll, ist die Zuordnungserklärung des teilenden Eigentümers. 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. Deshalb ist die Mitwirkung der übrigen Wohnungseigentümer der Wohnanlage sowie der Grundpfandrechtsgläubiger in diesem Fall bei der Eintragung des Sondernutzungsrechts im Grundbuch entbehrlich (zu alldem: BayObLG, Beschluss vom 8.11.1985, BReg 2 Z 119-122/84).

12 2. Grundvoraussetzung einer solchen ohne die Bewilligung der übrigen Wohnungseigentümer und der dinglich Berechtigten gemäß § 19 GBO möglichen Eintragung von Sondernutzungsrechten zugunsten bestimmter Wohnungseigentümer durch eine Zuordnungserklärung des teilenden Eigentümers ist, 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 bestimmten Inhalt hat (OLG Hamm, Beschluss vom 1.12.1997, 15 W 384/97, juris Rdnr. 23; OLG München, Beschluss vom 28.9.2015, 34 Wx 84/14, juris Rdnr. 25). Denn das Bestimmtheitsfordernis des Sachen- und Grundbuchrechts gilt auch für das als Inhalt des Sondereigentums nach § 10 Abs. 3 WEG in das Grundbuch einzutragende Sondernutzungsrecht (BGH, Urteil vom 20.1.2012, V ZR 125/11, juris Rdnr. 11).

13 3. Im vorliegenden Fall ist eine hinreichende Bestimmtheit gegeben.

14 a) Allein daraus, dass ein (unter der aufschiebenden Bedingung der Zuweisung bestelltes) Sondernutzungsrecht weit gefasst ist, also große Teile des Gemeinschaftseigentums umfasst, folgt noch nicht seine Unbestimmtheit. Sowohl Umfang als auch Lage des betroffenen Bereichs sind im vorliegenden Fall aus der Teilungserklärung jedenfalls in Zusammenschau mit den in Bezug genommenen Plänen ersichtlich. Der betroffene Bereich ist durch § 2 Nr. 3 Gemeinschaftsordnung verständlich und eindeutig definiert. Anhand der aufgeführten Kriterien (nicht bebaute Grundstücksflächen, die weder zum gemeinschaftlichen Gebrauch [zum Beispiel als Zugang] noch bereits zum Gebrauch einzelner Sondereigentümer vorgesehen sind) kann ein außenstehender Dritter unter Heranziehung der in Bezug genommenen Pläne die Grenzen des der Sondernutzung unterliegenden Gegenstands einwandfrei und unschwer feststellen. Insbesondere sind Umfang und Lage der Bebauung sowie der Zugänge nachvollziehbar. Die Regelung berücksichtigt dabei auch, dass die Begründung eines

dinglichen Sondernutzungsrechts am Gemeinschaftseigentum, das alle Zugangsmöglichkeiten zur Eigentumswohnung anderer Wohnungseigentümer erfasst, möglicherweise wegen eines Eingriffs in den unantastbaren Kernbereich des Sondereigentums unwirksam sein könnte (so: Spielbauer/Then/*Spielbauer*, WEG, 3. Aufl., § 13 WEG Rdnr. 31; anders wohl: OLG Zweibrücken, Beschluss vom 17.1.2011, 3 W 196/10, juris Rdnr. 7). Dem Bestimmtheitsgrundsatz ist genügt, wenn – wie hier – zweifelsfrei feststeht, welche Teile der Gemeinschaftsfläche zur Begründung von Sondernutzungsrechten herangezogen werden können (BGH, Urteil vom 20.1.2012, V ZR 125/11, juris Rdnr. 12).

15 b) Wenn ein (unter der aufschiebenden Bedingung der Zuweisung bestelltes) Sondernutzungsrecht allgemein und ohne Beschränkung auf eine bestimmte Nutzungsart eingeräumt wird, ist dies in Bezug auf seine negative Komponente schon deshalb unbedenklich, weil zum Inhalt des Sondereigentums derjenigen Wohnungseigentümer, denen durch eine Gebrauchsregelung hinsichtlich einer bestimmten Fläche das Recht zum Mitgebrauch entzogen wird, nur dieser Ausschluss der eigenen Berechtigung wird, nicht aber auch die Zuordnung des Nutzungsrechts zu einem bestimmten Wohnungseigentum. Der das dingliche Recht der Betroffenen berührende Gehalt der Gebrauchsregelung liegt allein in dem Ausschluss der eigenen Berechtigung (BGH, Beschluss vom 24.11.1978, V ZB 11/77, juris Rdnr. 15).

16 c) Insofern ist auch nicht relevant, dass nach der Regelung in § 2 Nr. 3 der Gemeinschaftsordnung an der beschriebenen Fläche nicht ein einzelnes einheitliches, sondern eine nicht näher konkretisierte Anzahl von Sondernutzungsrechten begründet werden soll. Denn die ausschließende Wirkung hängt nicht davon ab, ob in dem Bereich – durch Zuweisung und damit Herbeiführung der aufschiebenden Bedingung – ein oder mehrere Sondernutzungsrechte begründet werden. Welche Flächen für die Begründung von Sondernutzungsrechten herangezogen werden können, ist – wie dargestellt – erkennbar.

17 d) Zwar lassen sich die Bereiche des Gemeinschaftseigentums, in denen die negative Komponente infolge von entsprechenden Zuweisungen letztlich zum Tragen kommt, weder aus der Teilungserklärung noch aus den darin in Bezug genommenen Plänen entnehmen. Dies ist aber der Zulässigkeit einer aufschiebend bedingten Bestellung von Sondernutzungsrechten immanent und trifft in gleicher Weise für Fälle zu, in denen mit der Teilungserklärung – aufschiebend bedingt – mehrere Sondernutzungsrechte für jeweils einen von vorneherein genau definierten und gesondert bezeichneten Bereich des gemeinschaftlichen Eigentums, wie zum Beispiel für mehrere nach Ausmaß und Lage im Aufteilungsplan bereits festgelegte oberirdische Parkplätze, begründet werden. Es muss nämlich nicht (in Bezug auf jedes Sondernutzungsrecht) zum Bedingungseintritt, mithin einer Zuweisung und damit einem Ausschluss anderer Wohnungseigentümer von der Mitbenutzung kommen.

18 Die schlussendlich betroffenen Bereiche des Gemeinschaftseigentums sind im Grundbuch durch die ggf. vermerkten Zuweisungen der Sondernutzungsrechte nachzuvollziehen. Weil diese zu einer Änderung des Inhalts des Sonder-

eigentums führen, sind sie – damit es zur Wirkung gemäß § 10 Abs. 3, § 5 Abs. 4 WEG kommt – im Grundbuch des jeweils begünstigten Wohnungseigentümers einzutragen (BayObLG, Beschluss vom 8.11.1985, BReg 2 Z 119-122/84, juris Rdnr. 42).

19 Der Eintritt der aufschiebenden Bedingung wird in der Form des § 29 GBO dadurch nachgewiesen, dass dem Grundbuchamt die Zuweisungsurkunde bezüglich eines Sondernutzungsrechts zu einem Wohnungseigentum mit Vollzugsantrag vorgelegt wird (Staudinger/*Rapp*, Neub. 2018, § 5 WEG Rdnr. 95). Die Zuweisungsentscheidung muss dabei ihrerseits wiederum dem Bestimmtheitserfordernis genügen.

20 Sind in einer Teilungserklärung – aufschiebend bedingt – von vorneherein bestimmte, einzelne Sondernutzungsrechtsbereiche nach Umfang und Lage definiert und benannt, lässt sich dies relativ einfach durch Verwendung der Bezeichnung in der Teilungserklärung bewerkstelligen. Dies gilt ebenso für die im Grundbuch vorzunehmende Eintragung des Sondernutzungsrechts.

21 Dies schließt aber nicht aus, dass eine Zuweisungsentscheidung auch in Fällen wie dem vorliegenden hinreichend bestimmt sein kann, sei es durch eine Beschreibung der Fläche, sei es durch Bezugnahme auf einen Lageplan. Es ist Sache des Grundbuchamts einen entsprechenden Eintragungsantrag umzusetzen, beispielsweise durch eine Bezugnahme (auch) auf die mit dem Eintragungsantrag vorzulegende Zuweisungsentscheidung.

22 Selbst wenn man davon ausgeht, dass für die Eintragung keine Bewilligung des begünstigten Wohnungseigentümers erforderlich ist, weil sich seine Buchposition infolge der Zuweisung zwar verändert, aber nicht verschlechtert, ist eine solche Bezugnahme jedenfalls in entsprechender Anwendung von § 7 Abs. 3 WEG zulässig. Denn zum einen dient die Zuweisungsentscheidung gerade der näheren Bezeichnung des Inhalts des Sondereigentums des begünstigten Wohnungseigentümers. Und zum anderen entspricht die Bezugnahme dem Regelungszweck, eine Überfüllung und Unübersichtlichkeit des Grundbuchs zu vermeiden (Jennißen/*Krause*, WEG, 5. Aufl., § 7 Rdnr. 16). Es ist dabei anerkannt, dass zur Bezeichnung der von einem Sondernutzungsrecht betroffenen (Grundstücks-)Flächen auch auf einen Plan Bezug genommen werden kann, der nicht der Aufteilungsplan ist (OLG München, Beschluss vom 4.2.2016, 34 Wx 396/15, juris Rdnr. 19).

23 Die in Bezug genommene Zuweisungsentscheidung ist jedenfalls den übrigen Miteigentümern zugänglich. Gemäß § 12 Abs. 1 Satz 2 GBO kann in Urkunden, auf die im Grundbuch zur Ergänzung einer Eintragung Bezug genommen ist, Einsicht genommen werden. Erforderlich hierzu ist zwar, dass das Interesse des begünstigten Wohnungseigentümers am Schutz persönlicher und wirtschaftlicher Geheimnisse das Interesse des Antragstellers an der Kenntniserlangung in Bezug auf Umfang und Lage des Sondernutzungsrechts nicht überwiegt (OLG München, Beschluss vom 9.10.2015, 34 Wx 184/15, juris Rdnr. 14). Gerade bei einem Antrag eines Miteigentümers ist aber zu berücksichtigen, dass sich seine Rechte durch die Zuweisung verändern (Entfallen der Berechtigung zum Mitgebrauch), sich anhand der Teilungserklärung allein Lage und

Grenze des Sondernutzungsbereichs nicht bestimmen lassen und die am Kaufvertrag beteiligten Parteien – notariell beraten – gerade diesen ungewöhnlichen Weg der Begründung eines Sondernutzungsrechts gewählt haben.

24 4. Ebenso wie die Begründung des Sondernutzungsrechts muss auch die Ermächtigung den sachenrechtlichen Bestimmtheitserfordernissen des Grundbuchrechts genügen (BGH, Urteil vom 2.12.2011, V ZR 74/11, juris Rdnr. 13). Auch dies ist vorliegend der Fall.

25 a) Der Bereich, auf den sich das Zuweisungsrecht des Beschwerdeführers als teilender Eigentümer erstreckt, korrespondiert mit den Teilen des Gemeinschaftseigentums, von dessen Mitgebrauch die übrigen Eigentümer – aufschiebend bedingt – ausgeschlossen sind. Insofern gelten obige Ausführungen entsprechend. Die Beschwerdeführerin wollte sich mit der Regelung in der Teilungserklärung unter § 2 Nr. 3 der Gemeinschaftsordnung ersichtlich einen weiten Gestaltungsspielraum erhalten, um auf die Wünsche späterer Erwerber eingehen zu können. Der Umstand, dass der mögliche Ausübungsbereich der einzelnen Sondernutzungsrechte nicht näher festgelegt ist, nimmt der dem aufteilenden Eigentümer vorbehaltenen Befugnis nicht die genügende Bestimmtheit (OLG Frankfurt, Beschluss vom 2.3.1998, 20 W 54/98, juris Rdnr. 23; LG München, Urteil vom 25.6.2015, 36 S 8340/14 WEG, juris Rdnr. 14; Spielbauer/Then/Spielbauer, WEG, § 13 Rdnr. 31; Krause, NotBZ 2001, 433, 440; Jennißen/Schultzky, WEG, § 13 Rdnr. 80).

26 b) Dem beabsichtigten weiten Gestaltungsspielraum entspricht es, dass das Zuweisungsrecht zur ausschließlichen Nutzung allgemein und ohne Beschränkung auf eine bestimmte Nutzungsart eingeräumt worden ist. Dies ist rechtlich zulässig, weil das Sondernutzungsrecht – auch wenn dies in der Regel geschieht – nicht auf eine bestimmte Nutzungsart beschränkt zu werden braucht (BayObLG, Beschluss vom 12.11.1998, 2 Z BR 95/98, juris Rdnr. 12; OLG München, Beschluss vom 12.4.2013, 34 Wx 124/13, juris Rdnr. 18). Die Auffassung, das Sondernutzungsrecht müsse sich auf bestimmte einzelne Nutzungsarten beschränken, findet im Gesetz keine Stütze.

27 5. Hinreichend bestimmt ist auch die Zuweisungsentscheidung vom 13.1.2017. Durch den in Bezug genommenen „Kfz-Stellplatzplan“ ergibt sich sowohl Lage als auch Umfang des Bereichs des Sondernutzungsrechts eindeutig und zweifelsfrei. Dies gilt gerade im Hinblick darauf, dass die Parkplätze in den Aufteilungsplänen, auf welche die Teilungserklärung verweist, zwar nicht als solche bezeichnet, aber an entsprechender Stelle – und zwar mit einer entsprechenden Nummerierung – bereits eingezeichnet sind.

(...)

8. Kein Eintragungshindernis bei bloßer Anfechtbarkeit der Verwalterbestellung in eventual einberufener Zweitversammlung der Wohnungseigentümer

OLG München, Beschluss vom 26.1.2018, 34 Wx 304/17

WEG §§ 12, 23 Abs. 4, § 25 Abs. 3 und 4, § 26 Abs. 3
GBO §§ 19, 29

LEITSÄTZE:

- 1. Wird für den Fall der Beschlussunfähigkeit in der Erstversammlung schon im Einladungsschreiben im Wege der Eventualeinberufung eine Zweitversammlung einberufen, obwohl es eine diesbezügliche Vereinbarung der Eigentümer nicht gibt, sind die auf der Zweitversammlung gefassten Beschlüsse nicht nichtig, sondern nur anfechtbar.**
- 2. Auch wenn sich aus den vorgelegten Unterlagen ergibt, dass der Beschluss über die Bestellung des Verwalters anfechtbar ist, kann das Grundbuchamt regelmäßig vom Bestand der Verwalterbestellung ausgehen.**

SACHVERHALT:

1 I. Der Beteiligte zu 1 ist als Eigentümer von Wohnungseigentum im Grundbuch eingetragen.

2 Zu notarieller Urkunde vom 15.3.1951 hatte der damalige Eigentümer den Grundbesitz in Wohnungs- und Teileigentum aufgeteilt. Die Teilungserklärung sieht in § 8 vor, dass die Veräußerung von Wohnungseigentum der Zustimmung des Verwalters bedarf. In § 14 der Teilungserklärung ist zur Eigentümerversammlung geregelt:

3 „... Die Versammlung ist beschlussfähig, wenn mehr als die Hälfte aller vorhandenen Stimmen vertreten sind. Ist die Versammlung nicht beschlussfähig, hat der Verwalter eine zweite Versammlung mit dem gleichen Gegenstand einzuberufen. Diese ist ohne Rücksicht auf die Zahl der vertretenen Stimmen beschlussfähig. In der Einladung ist hierauf besonders hinzuweisen.“

4 Mit Schreiben vom 10.3.2014 hatte die Hausverwaltung die Eigentümerversammlung für das Jahr 2014, in der es nach der Tagesordnung auch um die Neubestellung der Verwaltung gehen sollte, eingeladen auf Dienstag, 1.4.2014 um 17:00 Uhr. In dem Schreiben wird für den Fall, dass die Beschlussfähigkeit der Versammlung nicht erreicht wird, eine weitere Versammlung für den 1.4.2014 um 17:30 Uhr einberufen. Zudem enthält das Schreiben den Hinweis, dass die Versammlung dann ohne Rücksicht auf die Stimmenzahl beschlussfähig ist.

5 Nachdem am 1.4.2014 um 17:00 Uhr laut dem Protokoll der Versammlung eine Beschlussfähigkeit nicht erreicht war, wurde die Versammlung wieder geschlossen und auf 1.4.2014 um 17:30 Uhr einberufen. In der dann durchgeführten zweiten Eigentümerversammlung wurde die Verwalterin ausweislich des Protokolls unter TOP 5 (...) neu bestellt. Das unterschriftsbeglaubigte Protokoll befindet sich vom Versammlungsleiter und zwei Verwaltungsbeiräten sowie einem Wohnungseigentümer unterschrieben in den Grundakten.

6 Mit notarieller Urkunde vom 12.5.2017 verkaufte der Beteiligte zu 1 sein Wohnungseigentum an den Beteiligten zu 2. Beide Beteiligte erklärten die Auflassung und beauftragten und bevollmächtigten den Notar zur Abgabe der nicht miterklärten Eintragungsbewilligung.

7 Am 30.6.2017 beantragte der Notar unter Bezugnahme auf die Auflassung und Vorlage einer Bewilligung in erteilter Vollmacht sowie

einer vom Notar beglaubigten Verwalterzustimmung die Eintragung im Grundbuch.

8 Das Grundbuchamt hat mit fristsetzender Zwischenverfügung darauf hingewiesen, dass durch das Protokoll die Verwaltereigenschaft nicht nachgewiesen sei, da die Einberufung einer zweiten Eigentümersammlung im Anschluss an die erste nicht zulässig sei. Daher wurde die „Einreichung eines geeigneten Nachweises der Verwaltereigenschaft“ aufgegeben.

9 Dagegen wenden sich die Beteiligten mit der Beschwerde. Beschlussmängel, die zur Nichtigkeit des Beschlusses führten, lägen nicht vor. Ein bei mangelnder Beschlussfähigkeit gefasster Beschluss der Eigentümersammlung sei regelmäßig nur anfechtbar.

10 Das Grundbuchamt hat der Beschwerde nicht abgeholfen. Der Versammlungsleiter habe für die zweite Versammlung nur die Teilnehmer eingeladen, die in der ersten Versammlung auch anwesend waren, und darauf verzichtet, auch alle übrigen Wohnungseigentümer einzuladen. Dies stelle einen schwerwiegenden Mangel dar, der zur Nichtigkeit des Beschlusses führe.

AUS DEN GRÜNDEN:

11 II. Das (...) Rechtsmittel gegen die Zwischenverfügung des Grundbuchamts ist (...) zulässig.

12 Es hat (...) in der Sache Erfolg, weil das beanstandete Hindernis nicht besteht.

13 1. Nach § 12 WEG kann als Inhalt des Sondereigentums vereinbart werden, dass ein Wohnungseigentümer zur Veräußerung seines Wohnungseigentums der Zustimmung anderer Wohnungseigentümer oder eines Dritten, etwa des Verwalters, bedarf. Im Fall einer solchen Vereinbarung sind eine Veräußerung des Wohnungseigentums und ein Vertrag, durch den sich der Wohnungseigentümer zu einer solchen Veräußerung verpflichtet, unwirksam, solange nicht die erforderliche Zustimmung erteilt ist.

14 a) Das mit dinglicher Wirkung vereinbarte und als Inhalt des Sondereigentums im Grundbuch eingetragene Zustimmungserfordernis nach § 12 Abs. 1 und 3 WEG hat das Grundbuchamt von Amts wegen zu beachten (BayObLG, NJW-RR 1991, 978, 979). Es darf die Eintragung der Eigentumsübertragung daher durch Zwischenverfügung von der Vorlage eines wirksamen Zustimmungsnachweises in der Form des § 29 Abs. 1 GBO abhängig machen (vgl. § 12 Abs. 3 Satz 1 WEG; OLG Hamm, Rpfleger 1989, 451).

15 b) Der Nachweis hat sich auch auf die Verwaltereigenschaft des Zustimmenden zu erstrecken (OLG Frankfurt, Rpfleger 2011, 152). Dazu genügt nach § 26 Abs. 3 WEG die Vorlage einer Niederschrift über den Bestellungsbeschluss (§ 40 BeurkG) in der Form des § 29 Abs. 1 GBO, wenn sich aus diesem – ggf. zusammen mit weiteren hinreichend nachgewiesenen Umständen – ergibt, dass die Bestellung des Verwalters erfolgt ist. Dies ist zu bejahen, wenn der Beschluss über die Verwalterbestellung nicht als nichtig anzusehen ist, selbst wenn aus dem Protokoll eine Anfechtbarkeit des Beschlusses offenkundig ist.

16 Das Grundbuchamt hat hier Nichtigkeit der Verwalterbestellung angenommen, da die Eigentümersammlung wegen eines Einberufungsfehlers nicht beschlussfähig gewesen sei.

17 aa) Eine Erstversammlung ist nach § 25 Abs. 3 WEG nur beschlussfähig, wenn die erschienenen stimmberechtig-

ten Wohnungseigentümer mehr als die Hälfte der Miteigentumsanteile vertreten. In der Regel ist ein trotz mangelnder Beschlussfähigkeit gefasster Beschluss allerdings nicht nichtig, sondern nur anfechtbar (BGH, Urteil vom 22.1.2016, V ZR 116/1, juris; NJW 2009, 2132; Niefenführ/Kümmel/Vandenhouten/Kümmel/Vandenhouten, WEG, 12. Aufl., § 25 Rdnr. 21; BeckOK-BGB/Hügel, § 25 WEG Rdnr. 11; Hügel/Elzer, WEG, 2. Aufl., § 25 Rdnr. 51). Ausnahmen hat die Rechtsprechung anerkannt, wenn bei der Einladung das Mitwirkungsrecht eines Wohnungseigentümers bewusst umgangen wird; in diesem Fall kann dies zur Nichtigkeit der daraufhin gefassten Beschlüsse führen (vgl. OLG Köln, NZM 2004, 793; BayObLG, NZM 2005, 630; Riecke/Schmid, WEG, 4. Aufl., § 24 Rdnr. 57; Jennißen/Schultzky, WEG, 5. Aufl., § 24 Rdnr. 65a).

18 bb) War die Erstversammlung nicht beschlussfähig, ist nach § 25 Abs. 4 WEG vom Verwalter eine neue Versammlung mit dem gleichen Gegenstand einzuberufen. Darauf, dass die Zweitversammlung dann ohne Rücksicht auf die Höhe der vertretenen Anteile beschlussfähig ist, ist hinzuweisen.

19 Bereits der Wortlaut des § 25 Abs. 4 WEG spricht dafür, dass die mangelnde Beschlussfähigkeit der Erstversammlung feststehen muss, bevor eine Zweitversammlung einberufen werden kann. Da die abwesenden Eigentümer nicht vor Minderheitsentscheidungen geschützt sind, kann somit nicht am Tage der Erstversammlung eine Zweitversammlung abgehalten werden, zu der nur vorsorglich geladen wurde (vgl. OLG Köln, NJW-RR 1990, 26; Staudinger/Häublein, Neub. 2018, § 25 WEG Rdnr. 277), wenn dies nicht durch Vereinbarung für zulässig erklärt ist (Jennißen/Schultzky, § 24 Rdnr. 120; Bamberger/Roth/Hügel, BGB, § 25 WEG Rdnr. 11; Niefenführ/Kümmel/Vandenhouten/Kümmel/Vandenhouten, § 25 Rdnr. 23; Bärmann/Pick, WEG, 15. Aufl., § 25 Rdnr. 30).

20 Ein Beschluss der Wohnungseigentümersammlung ist nach § 23 Abs. 4 Satz 1 WEG allerdings nur nichtig, wenn er gegen Vorschriften des WEG verstößt, auf deren Einhaltung nicht verzichtet werden kann, ferner, wenn der Beschluss seinem Inhalt nach gegen andere zwingende Vorschriften oder die guten Sitten verstößt, in den Kernbereich des Wohnungseigentums eingreift oder die Grenzen der Beschlusskompetenz der Gemeinschaft überschreitet (BGH, NJW 2009, 2132, 2134; NJW-RR 1999, 3713, 3714). Aus der Möglichkeit, die Zulässigkeit einer Eventualeinberufung zu vereinbaren, folgt, dass in einer vorsorglichen Einberufung einer Zweitversammlung zugleich mit der Einladung zur Erstversammlung nicht ohne Weiteres ein Fall der Umgehung der Einladung von Eigentümern gesehen werden kann. Auch ein Verstoß gegen die guten Sitten oder die Grenzen der Beschlusskompetenz ist nicht ersichtlich.

21 Erfolgt daher eine Eventualeinberufung, obwohl es eine diesbezügliche Vereinbarung der Eigentümer nicht gibt, sind die auf der Zweitversammlung gefassten Beschlüsse folglich nicht nichtig, sondern nur anfechtbar (Jennißen/Schultzky, § 25 Rdnr. 120; Staudinger/Häublein, § 25 WEG Rdnr. 277; Bärmann/Merle, WEG, 13. Aufl., § 25 Rdnr. 117).

22 cc) Ist ein Beschluss anfechtbar, nicht aber nichtig, so ist er auf fristgerecht erhobene Anfechtungsklage nach § 46 WEG

für ungültig zu erklären. Wird gegen den Beschluss nicht binnen der einmonatigen Frist wirksam Klage erhoben, sind die Regelungsunterworfenen an ihn gebunden (*Hügel/Elzer*, WEG, § 48 Rdnr. 48). Die bloße Anfechtung der Bestellung allein ändert nichts an der organschaftlichen Stellung des Verwalters, da Beschlüsse bis zu ihrer rechtskräftigen Ungültigerklärung wirksam sind (*Riecke/Schmid*, WEG, § 26 Rdnr. 16).

23 2. Mit der formgerecht vorliegenden Erklärung der Hausverwaltung vom 19.5.2017 ist nachgewiesen, dass die erforderliche Zustimmung durch die Hausverwaltung erteilt worden ist. Durch Vorlage der Einladung zur Eigentümerversammlung und des beglaubigten Protokolls der Eigentümerversammlung vom 1.4.2014 ist auch hinreichend nachgewiesen, dass die Bestellung des Verwalters zwar in anfechtbarer Weise erfolgte, jedoch nicht nichtig ist.

24 a) Die Annahme des Grundbuchamts, dass die Ladung zur Zweitversammlung nur an diejenigen Wohnungseigentümer ergangen sei, die in der ersten Versammlung anwesend waren, ist unzutreffend. Aus der im Beschwerdeverfahren vorgelegten Einladung ergibt sich nämlich, dass die Eigentümer zur Erstversammlung am 1.4.2014 eingeladen wurden und gleichzeitig für den Fall der Beschlussunfähigkeit in der Erstversammlung eine Eventualeinberufung für den 1.4.2014 um 17:30 Uhr ausgesprochen war. Zudem war darauf hingewiesen, dass die Versammlung ohne Rücksicht auf die Stimmenzahl beschlussfähig ist. Da die Einladung schon im Anschreiben zur Erstversammlung erklärt war und nicht allein in der Erstversammlung ausgesprochen wurde, war der in der Zweitversammlung gefasste Beschluss nur anfechtbar.

25 Dass diese Einladung erst im Rahmen des Beschwerdeverfahrens vorgelegt wurde, ist unschädlich, da auch neuer Sachvortrag in der Beschwerde zu beachten ist (§ 74 GBO).

26 b) Erweist sich der Beschluss zur Bestellung der Hausverwaltung nicht als nichtig, kann das Grundbuchamt regelmäßig vom Fortbestand der Verwalterbestellung bis zum Ablauf der beschlossenen Amtszeit bzw. der gesetzlich maximal zulässigen Bestellungszeit ausgehen (*Riecke/Schmid*, WEG, § 26 Rdnr. 95). Auch wenn sich aus den vorgelegten Unterlagen ergibt, dass der Beschluss vom 1.4.2014 über die Verwalterbestellung anfechtbar ist, und daher in Betracht kommt, dass dieser auf entsprechende Klage rechtskräftig für ungültig erklärt wurde, bestehen keine konkreten Zweifel am Fortbestand der Bestellung, denen nachgegangen werden müsste. Dass im vorliegenden Fall weiterhin die im Protokoll bestellte Hausverwaltung für die Wohnungseigentümer handelt, ist Indiz dafür, dass der Beschluss nicht oder nicht erfolgreich angefochten wurde. Im Übrigen ist die Anfechtungsfrist abgelaufen, sodass es gerichtskundig wäre, wenn eine fristgerechte Anfechtungsklage erhoben wäre. Im Falle einer Beschlussanfechtung ist das Verfahren nämlich beim Wohnungseigentums-Gericht zu führen. Als solches zuständig ist nach § 43 Nr. 4 WEG, § 23 Nr. 2 lit. c GVG das AG am Ort der belegenen Sache. Damit wäre das Verfahren bei dem Gericht, bei dem auch das Grundbuchamt angesiedelt ist, zu führen. Es kann dahingestellt bleiben, ob das Grundbuchamt Zweifeln am Fortbestand der Verwalterbestellung nachgehen müsste, wenn es Kenntnis von der Erhebung einer Anfechtungsklage gegen die Bestellung hätte; denn dies hat das Grundbuchamt

nicht zum Gegenstand der Zwischenverfügung gemacht. Im Übrigen würde eine Anfechtungsklage allein noch nichts an der organschaftlichen Stellung des Verwalters ändern, da Beschlüsse bis zu ihrer rechtskräftigen Ungültigerklärung wirksam sind (*Riecke/Schmid*, WEG, § 26 Rdnr. 16).

(...)

ANMERKUNG:

Von Notarassessor Dr. **Sebastian Löffler**, Berlin

Zur Frage der Vollziehbarkeit der Auflassung von Wohnungseigentum, wenn der Verwalternachweis an dem Mangel leidet, dass ohne Grundlage in der Gemeinschaftsordnung eine Eventualeinberufung einer Zweitversammlung erfolgt ist und auf dieser mangels Beschlussfähigkeit der Erstversammlung über die Verwalterbestellung beschlossen wurde, lag – soweit ersichtlich – eine obergerichtliche Entscheidung noch nicht vor. Der besprochene Beschluss des OLG München dürfte für die Praxis insoweit Klarheit schaffen.

1. Zustimmungsvorbehalt in Vertragsvorbereitung und -vollzug

Nach § 12 Abs. 1 WEG kann die Gemeinschaftsordnung für eine Wohnungseigentümergeinschaft bestimmen, dass ein Wohnungseigentümer zur Veräußerung seines Wohnungseigentums der Zustimmung anderer Wohnungseigentümer oder eines Dritten bedarf. Während bei Kleinanlagen in der Praxis wohl die Zustimmung durch die anderen Wohnungseigentümer am weitesten verbreitet sein dürfte, ist bei größeren Eigentümergeinschaften – insbesondere bei ursprünglich gewerblich entwickelten Projekten – regelmäßig die Zustimmung durch den Verwalter vorgesehen, sofern überhaupt ein Zustimmungsvorbehalt geregelt ist.

Aus notarieller Sicht muss ein Zustimmungsvorbehalt bei der Vorbereitung eines Kaufvertrags über Sondereigentum insofern beachtet werden, als regelmäßig das Vorliegen der Zustimmung eine Fälligkeitvoraussetzung für die Kaufpreiszahlung sein wird, wenn Direktzahlung vereinbart ist. Im Rahmen des Vertragsvollzugs wird typischerweise der Notar mit der Einholung der Genehmigung beauftragt. Nach § 182 Abs. 2 BGB bedarf die Genehmigung nicht der Form des betroffenen Rechtsgeschäfts. Dem Grundbuchamt sind die Voraussetzungen der Eintragung nach § 29 Abs. 1 GBO jedoch wenigstens in öffentlich beglaubigter Form nachzuweisen. Daher muss die ggf. nach § 12 WEG in Verbindung mit der Gemeinschaftsordnung erforderliche Zustimmung durch unterschriftsbeglaubigte oder beurkundete Erklärung nachgewiesen werden. Zudem muss gegenüber dem Grundbuchamt der Nachweis erfolgen, dass der die Zustimmung Erklärende auch derjenige ist, dessen Zustimmung erforderlich ist.¹ Dazu enthält § 26 Abs. 3 i. V. m. § 24 Abs. 6 Satz 2 WEG eine Erleichterung: Zum Nachweis der Verwaltereigenschaft durch öffentlich beglaubigte Urkunde genügt die Vorlage einer Niederschrift über den Bestellungsbe-

¹ OLG Frankfurt, Urteil vom 30.9.2010, 20 W 320/10, ZWE 2011, 337.

schluss, unter der die Unterschriften des Vorsitzenden der Wohnungseigentümersversammlung und eines (ggf. weiteren) Wohnungseigentümers und, falls ein Verwaltungsbeirat bestellt ist, auch von dessen Vorsitzendem oder seinem Vertreter angebracht und öffentlich beglaubigt sind. Das Vorliegen der notwendigen Veräußerungszustimmung ist vom Grundbuchamt von Amts wegen zu prüfen. Gleiches gilt bei Zustimmung durch den Verwalter für den Nachweis der Verwaltereigenschaft.

Die besprochene Entscheidung betrifft die Konstellation, dass formgerechte Nachweise vorliegen, sich aus der Niederschrift über den Beschluss über die Verwalterbestellung jedoch Beschlussmängel ergeben. Soweit diese zur Unwirksamkeit der Verwalterbestellung führen können, gehören auch diese zum Prüfungsprogramm des Grundbuchamts, wie das OLG impliziert.²

Im entschiedenen Fall hatte der ordnungsgemäß geladenen („ersten“) Versammlung der Wohnungseigentümer die Beschlussfähigkeit gefehlt. Das Gesetz sieht in diesem Fall vor, dass zu einer Folgeversammlung zu laden und in der Ladung darauf hinzuweisen ist, dass diese Versammlung ohne Erreichung einer bestimmten Mindestanzahl von Wohnungseigentümern beschlussfähig ist, § 25 Abs. 4 Satz 1 und 2 WEG. Die Gemeinschaftsordnung kann zulassen, dass diese Zweiteinberufung bereits mit der ursprünglichen Einberufung verbunden wird.³ Ohne eine Grundlage in der Gemeinschaftsordnung ist diese sog. Eventualeinberufung nach allgemeiner Auffassung unzulässig.⁴ So lag der Fall hier: Die Grundlage in der Gemeinschaftsordnung fehlte. Dennoch war – mangels in ausreichender Anzahl erschienener Wohnungseigentümer – von der Möglichkeit der Beschlussfassung ohne Grenze der Beschlussfähigkeit Gebrauch gemacht worden.

2. Beschlussmangel der Verwalterbestellung im Grundbuchverfahren

Der Beschluss über die Verwalterbestellung war daher fehlerhaft. Nach § 23 Abs. 4 Satz 1 WEG ist ein Beschluss, der gegen eine Rechtsvorschrift verstößt, auf deren Einhaltung rechtswirksam nicht verzichtet werden kann, nichtig. Durch Subsumtion unter diese Vorschrift ergibt sich zwanglos, dass der im entschiedenen Fall vorliegende Beschlussmangel nicht zur Nichtigkeit führt. Denn von den in § 25 Abs. 3 und 4 WEG enthaltenen Regelungen zu Beschlussfähigkeit und Zweitversammlung kann die Gemeinschaftsordnung abweichen. Materiellrechtlich ist der Beschluss damit zunächst gültig, nach Ablauf der Frist für die gerichtliche Anfechtung auch definitiv. Denn nach § 23 Abs. 4 Satz 2 WEG ist ein Beschluss, der nicht nichtig ist, gültig, solange er nicht durch rechtskräftiges Urteil für ungültig erklärt ist. Dem OLG ist zu folgen, dass im Grundbuchverfahren regelmäßig auch bei anfechtbaren Beschlüssen von deren Fortbestand auszugehen ist, zumindest wenn nichts über die Erhebung

einer Anfechtungsklage positiv bekannt ist⁵. Die Anfechtungsklage müsste im Normalfall nämlich gerichtsbekannt sein, weil für sie das AG am Ort der Belegenheit zuständig wäre, § 43 Nr. 4 WEG, § 23 Nr. 2 lit. c GVG. Das ist im Regelfall das AG, bei dem auch das betroffene Grundbuch geführt wird (soweit nicht zentrale Grundbuchämter eingerichtet sind, § 1 Abs. 3 Satz 1 GBO).

3. Zweitversammlung als beschlussunfähige Erstversammlung

Bei genauerer Betrachtung nicht überzeugend sind die in den Gründen des Beschlusses niedergelegten Erwägungen zur Vorlage des Ladungsschreibens im Beschwerdeverfahren. Zutreffend ist, dass im Beschwerdeverfahren auch Vorbringen zu berücksichtigen ist, das erst in der Beschwerdeinstanz erfolgt. Solchen Vorbringens hätte es hier aber nicht bedurft. Ein Fall der Eventualeinberufung auf den Zeitpunkt der Erstversammlung oder kurz danach, die ohne entsprechende Grundlage in der Gemeinschaftsordnung erfolgt, kann man nämlich – wie das Gericht – der Sache nach als Ladungsmangel betrachten, jedoch auch unter dem Aspekt eines Mangels der Beschlussfähigkeit. Zwar fanden sich in der Niederschrift einigermaßen verwirrende Ausführungen in dem Sinne, die Beschlussunfähigkeit der Versammlung sei festgestellt worden, diese sei dann geschlossen worden, zu einer neuen Versammlung sei geladen und diese dann – in der Sache: wenige Minuten später – durchgeführt worden. Eine solche rein mündliche Einberufung nur an die Anwesenden wäre sicherlich fehlerhaft. Ob sie auch zur Nichtigkeit der darauf zurückgehenden Beschlüsse führen würde, dürfte nicht ohne Weiteres feststehen, bedarf hier jedoch keiner näheren Betrachtung.

Die Überlegungen treffen nämlich meines Erachtens die Sache nicht: Wenn eine Versammlung um 17:00 Uhr eröffnet wird und um 17:30 Uhr am gleichen Ort mit den bereits um 17:00 Uhr Erschienenen durchgeführt wird, dürfte es für die rechtliche Bewertung ohne wesentliche Bedeutung sein, wenn die Versammlungsleitung in der Zwischenzeit die Versammlung schließt und wieder eröffnet. Der Sache nach liegen Beschlüsse einer beschlussunfähigen Versammlung vor. Auf die „Schließung“, „Ladung“ und „Wiedereröffnung“ dürfte es genauso wenig ankommen, wie es *per se* schädlich wäre, wenn der Versammlungsleiter zwischenzeitlich ein Gedicht vorträgt. Wie das OLG selbst ausführt, ist ein bei Beschlussunfähigkeit gefasster Beschluss regelmäßig nur anfechtbar.⁶ Ausnahmsweise für die Nichtigkeit sprechende Gesichtspunkte sind in den Gründen des OLG nicht dargestellt. Damit hätte die Beschwerde auch ohne Vorlage des Ladungsschreibens Erfolg haben müssen.

² Rdnr. 15 der besprochenen Entscheidung.

³ OLG Köln, Beschluss vom 30.12.1998, 16 Wx 187/98, BeckRS 1999, 01086; OLG Frankfurt, Beschluss vom 24.8.2006, 20 W 214/06 u. a., NZM 2007, 806, 810.

⁴ Vgl. BeckOGK/Hermann, Stand: 1.3.2018, § 25 WEG Rdnr. 157 m. w. N.

⁵ Rdnr. 26 der besprochenen Entscheidung.

⁶ Vgl. BGH, Urteil vom 27.3.2009, V ZR 196/08, NJW 2009, 2132, 2134; BGH, Urteil vom 22.1.2016, V ZR 116/15, ZWE 2016, 176.

4. Zulassung der Eventualeinberufung nicht Fisch noch Fleisch?

Abseits des vom OLG entschiedenen Falles wirft die Beobachtung, dass bei der typischerweise auf nahezu den gleichen Zeitpunkt wie die Erstversammlung erfolgenden Eventualeinberufung die Anforderungen hinsichtlich Beschlussfähigkeit und Ladung sachlich verschwimmen, die Frage auf, ob bei der Gestaltung von Gemeinschaftsordnungen die Zulassung der Eventualeinberufung ein sinnvolles Gestaltungselement ist. Man sollte sich wohl zwischen Fisch und Fleisch entscheiden: Entweder man belässt es bei der gesetzlichen Regelung der echten Zweitversammlung nach § 25 Abs. 4 WEG oder man verzichtet ganz auf Anforderungen an die Beschlussfähigkeit,⁷ nimmt also eine Klausel wie diese in die Gemeinschaftsordnung auf:

Eine ordnungsgemäß einberufene Eigentümerversammlung ist ohne Rücksicht auf die erschienenen und vertretenen Wohnungseigentümer stets beschlussfähig.

Um Streitigkeiten vorzubeugen, kann man dies mit abstrakten Vorgaben zum zulässigen Versammlungsort und zur zulässigen Versammlungszeit flankieren.⁸

⁷ Ein gänzlicher Verzicht dürfte zulässig sein, vgl. Bärmann/Merle, WEG, 13. Aufl. 2015, § 25 Rdnr. 113; OLG München, Beschluss vom 1.12.2005, 32 Wx 93/05, MittBayNot 2006, 332.

⁸ Zu den Grenzen des diesbezüglichen Ermessens des Einladenden vgl. Bärmann/Merle, WEG, § 24 Rdnr. 51 ff.; BeckOK-WEG/Timme/Bartholome, Stand: 2.4.2018, § 24 Rdnr. 67 ff.

9. Auslegung einer Auflassungserklärung an Miteigentümer zu gleichen Teilen und Bestimmtheit eines Antrags auf Eintragung eines Nießbrauchsrechts

OLG München, Beschluss vom 20.10.2016, 34 Wx 228/16

BGB §§ 747, 873 Abs. 1, § 925 Abs. 1, §§ 1008, 1009 Abs. 1, § 1030 Abs. 1, § 1066 Abs. 1
GBO § 20

LEITSÄTZE:

1. Bei der Auslegung einer Auflassungserklärung, nach der die im Grundbuch als Miteigentümer zu gleichen Teilen eingetragenen Übergeber den Grundbesitz an eine Mehrzahl von Übernehmern zum Miteigentum zu gleichen Teilen übertragen, liegt bei fehlender Zuordnung der den Gegenstand der Übertragung bildenden Anteile auf einen bestimmten Übernehmer und gleichfalls fehlender individueller Festlegung von ideellen Bruchteilen als Übertragungsgegenstand die Bedeutung am nächsten, dass jeder Miteigentümer von seinem Anteil jeweils die Hälfte auf die Übernehmer überträgt. (Leitsatz der Schriftleitung)

2. Zum Vorbehalt von Nießbrauch am (gesamten) Wohnungs-/Teileigentum durch gemeinschaftliche Verfügung oder am jeweiligen ideellen Bruchteil durch Einzelverfügungen der Bruchteilseigentümer.

SACHVERHALT:

1 I. Die Beteiligten zu 1 und 2 sind im Wohnungs- und Teileigentumsgrundbuch als Eigentümer je zur Hälfte an einer Wohnung sowie zu je 1/8 an einem Tiefgaragenstellplatz (...) eingetragen. Zu notarieller Urkunde vom 8.2.2016 überließen sie ihre Anteile den Beteiligten zu 3 und 4, ihren Söhnen, und vereinbarten hierzu unter Ziffer 2 („Überlassung und weitere Modalitäten“) Folgendes:

„2.1 Übergabe

Die Beteiligten zu 1 und 2 – „Übergeber“/„Veräußerer“ – übergeben den vorbezeichneten Grundbesitz (...) an die Beteiligten zu 3 und 4 – „Übernehmer“ /„Erwerber“ – zum Miteigentum zu gleichen Teilen. (...)

2.3 Nießbrauch

2.3.1 Grundsatz

Die Beteiligten zu 1 und 2 behalten sich das alleinige Nutzungsrecht am gesamten übergebenen Wohnungs-/Teileigentum (...) – „Nießbrauch“ – vor. Nießbrauchsberechtigt ist jeder Übergeber an dem von ihm übergebenen Miteigentumsanteil und für die Zeit nach dem Tod des anderen Übergebers auch an dessen Anteil. Der Nießbrauch ist personengebunden und nicht übertragbar und erlischt mit dem Ableben des jeweiligen Nießbrauchers. (...)

Zur Sicherung dieses Anspruchs beantragten die Beteiligten den Eintrag je eines Nießbrauchs für den Beteiligten zu 1 und die Beteiligte zu 2 verbunden mit dem Vermerk „teilweise bedingt“, untereinander im Gleichrang und je löschar gegen Todesnachweis. (...)

Unter Ziffer 2.6 erklärten die Beteiligten, über den Eigentumsübergang an der „genannten Immobilie auf die Beteiligten zu 3 und 4 und zwar untereinander im angegebenen Erwerbsverhältnis einig“ zu sein. Sie bewilligten (...) den Vollzug der Auflassung sowie den Nießbrauch. Unter Vorlage der Urkunde beantragte der Notar namens aller Antragsberechtigten am 15.3.2016 die Eintragung der Auflassung und des jeweiligen Nießbrauchs.

2 Mit Beschluss vom 23.5.2016 hat das Grundbuchamt nach Anhörung die Eintragungsanträge wegen Verstoßes gegen den Bestimmtheitsgrundsatz zurückgewiesen. Jeder Übergeber sei nießbrauchsberechtigt an seinem Anteil und aufschiebend bedingt auf den Tod des jeweils anderen Übergebers an dessen Anteil. Deshalb müssten insgesamt vier Nießbrauchsrechte eingetragen werden, zwei unbedingte und zwei bedingte. Zum Zweck eindeutiger Zuordnung der Rechte müssten die Beteiligten in einer Nachtragsurkunde festlegen, welchen Hälfteanteil der jeweilige Erwerber von welchem Übergeber erhalte. Da ein Quotennießbrauch ausdrücklich nicht gewünscht sei und die für erforderlich erachtete Zuweisung abgelehnt werde, sei der Eintragungsantrag insgesamt nicht vollziehbar.

3 Gegen diese Entscheidung wenden sich die Beteiligten über den Notar mit der Beschwerde. Jedes Nießbrauchsrecht des jeweiligen Übergebers, also der jeweils unbedingt zum Eigenschutz und der jeweils für den Todesfall zum Schutz des Ehegatten bestellte Nießbrauch, beruhe auf einem einzigen Schuldgrund und beziehe sich auf eine Immobilie, habe einen einzigen Gläubiger, nämlich den jeweiligen Übergeber, und zwei Schuldner, den jeweiligen Übernehmer. Der Vorgang sei einer Sukzessivberechtigung vergleichbar. An einer differenzierten grundbuchlichen Darstellung bestünde kein Interesse des Rechtsverkehrs.

4 Das Grundbuchamt hat unter Verweis auf die Gründe des Zurückweisungsbeschlusses nicht abgeholfen.

AUS DEN GRÜNDEN:

5 II. Die (...) zulässige Beschwerde der Antragsberechtigten (§ 13 Abs. 1 Satz 2 GBO) hat in der Sache keinen Erfolg.

6 Es kann dahinstehen, ob ein Nachrücken des Längerlebenden in die Nießbrauchsposition des Erstversterbenden kraft Sukzessivnachfolge möglich ist oder ob der aufschiebend bedingte Nießbrauch des Längerlebenden als selbstständiges dingliches Recht neben den auflösend bedingten Nießbrauch des Erstversterbenden tritt. Die begehrte Eintragung ist jedenfalls deshalb nicht zulässig, weil die Bewilligung unklar und in sich widersprüchlich ist und ein eindeutiges Auslegungsergebnis nicht erzielt werden kann (vgl. BGH, FGPrax 2015, 5).

7 1. Der jeweilige Übertragungsgegenstand selbst kann zwar noch durch Auslegung ermittelt werden, sodass es der vom Grundbuchamt für erforderlich gehaltenen diesbezüglichen Konkretisierung in einer Nachtragsurkunde nicht bedarf.

8 Die Auflassungserklärung (§ 20 GBO; § 873 Abs. 1, § 925 Abs. 1 BGB) ist einer Auslegung grundsätzlich zugänglich. Dabei ist im Grundbucheintragungsverfahren auf Wortlaut und Sinn der Erklärung abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung ergibt, solange keine entgegenstehenden Anhaltspunkte ersichtlich sind (BGHZ 92, 351, 355; BGHZ 145, 16, 20 f.; BGHZ 202, 77, 79 f.; Senat vom 28.7.2014, 34 Wx 240/14, FamRZ 2015, 1139 Rdnr. 16 m. w. N.).

9 Die Beteiligten zu 1 und 2 haben zwar nicht erklärt, welchen Anteil am Wohnungs- bzw. Teileigentum jeder von ihnen ganz oder teilweise auf welchen Übernehmer überträgt. Aus der Bestimmung, dass sie „den vorbezeichneten Grundbesitz“ auf die Übernehmer „zum Miteigentum zu gleichen Teilen“ übertragen, geht allerdings noch mit der erforderlichen Eindeutigkeit hervor, dass in der Hand der Übergeber keine ideellen Restanteile verbleiben und die Übernehmer gleich große Anteile am Wohnungs- bzw. Teileigentum erlangen sollen. Obgleich das gewollte Ergebnis auf verschiedene Weise herbeigeführt werden kann, liegt bei fehlender Zuordnung der den Gegenstand der Übertragung bildenden Anteile auf einen bestimmten Übernehmer und gleichfalls fehlender individueller Festlegung von ideellen Bruchteilen als Übertragungsgegenstand die Bedeutung am nächsten, dass jeder Miteigentümer von seinem Anteil jeweils die Hälfte auf die Übernehmer überträgt (vgl. BayObLG, Rpfleger 1977, 360, 361; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 258).

10 Jeder Übernehmer erwirbt somit von jedem Übergeber einen ideellen Viertelanteil an der Wohnung (...), wobei in der Hand eines jeden Erwerbers die erlangten Anteile – grundsätzlich – ohne Bildung von Untergemeinschaften (BayObLG Rpfleger 1979, 302) wieder zu Hälfteanteilen verschmelzen (BGH, NJW 2013, 934, 935).

11 2. Die Vereinbarungen zum vorbehaltenen Nießbrauch hingegen sind derart unklar und widersprüchlich, dass der Rechtsinhalt auch durch Auslegung nicht ermittelt werden kann.

12 a) Da sich die Übergeber jeweils den Nießbrauch „vorbehalten“, bilden den Gegenstand der Übertragung die entsprechend belasteten Bruchteile. Dies ist grundsätzlich möglich, unabhängig davon, ob die Nießbrauchsrechte am ganzen Wohnungs- bzw. Teileigentum (dazu unter lit. aa)) oder an den den Übertragungsgegenstand bildenden Bruchteilen (dazu unter lit. bb)) bestellt werden. Bei unterschiedlicher dingli-

cher Belastung der je hälftig auf zwei Erwerber übertragenen Anteile behalten die übertragenen ideellen Bruchteile insofern eine rechtliche Selbstständigkeit, als sich ihre unterschiedliche dingliche Belastung in der Form des Bruchteilsnießbrauchs an den sich in der Hand des jeweiligen Erwerbers bildenden neuen Anteilen fortsetzt (BGH, NJW-RR 2004, 1513; BayObLG, NJW-RR 1996, 1041; Palandt/Bassenge, 75. Aufl., § 1008 Rdnr. 5; MünchKomm-BGB/Pohlmann, 6. Aufl., § 1030 Rdnr. 34, § 1066 Rdnr. 3, 4 ff.).

13 Ob allerdings der für den jeweiligen Übergeber vorbehaltene Nießbrauch jeweils am ganzen Wohnungs-/Teileigentum oder am jeweiligen Anteil des Übergebers bestellt werden soll, ist anhand der beurkundeten Erklärungen nicht festzustellen.

14 aa) Die Vereinbarung, die Beteiligten zu 1 und 2 würden sich als Nießbrauch „das alleinige (...) Nutzungsrecht am gesamten übergebenen Wohnungs- /Teileigentum“ vorbehalten, deutet dem Wortlaut nach auf je einen selbstständigen Nießbrauch für jeden Übergeber jeweils am ganzen Wohnungs-/Teileigentum hin.

15 Eine solche Gestaltung wäre zulässig. Wohnungs- und Teileigentum sind gemäß § 1 Abs. 2 und 3 WEG als besonders ausgestaltetes Miteigentum nach Bruchteilen angelegt (BGH, NJW 2002, 1647, 1648; BGHZ 108, 156, 160). An ihm kann ein Nießbrauch (§ 1030 Abs. 1 BGB) bestellt werden. Dieser lastet als Sachnießbrauch (vgl. MünchKomm-BGB/Pohlmann, § 1066 Rdnr. 8 mit § 1030 Rdnr. 44) gemäß § 6 Abs. 2 WEG am Miteigentumsanteil und zugleich an dem mit ihm verbundenen Sondereigentum (BGH, NJW 2002, 1647, 1648).

16 Gemäß § 1009 Abs. 1 BGB können die untereinander in Bruchteilsgemeinschaft (§§ 1008, 741 ff. BGB) stehenden Beteiligten zu 1 und 2 durch gemeinsame Verfügung (§ 747 Satz 2 BGB) für einen oder für jeden von ihnen einen Nießbrauch an der ganzen gemeinschaftlichen Sache, hier dem Wohnungs- und Teileigentum, bestellen (OLG Frankfurt, Rpfleger 1994, 204, 205; Demharter, GBO, Anhang zu § 44 Rdnr. 40), auch durch entsprechenden Nießbrauchsvorbehalt im Zuge einer Anteilsveräußerung (vgl. BGHZ 190, 267, 269 f.). Für die Dauer des Zusammentreffens gleichrangiger Rechte am ganzen Nießbrauchsgegenstand haben die Berechtigten gemäß §§ 1060, 1024 BGB wechselseitig Anspruch auf eine Ausübungsregelung. Verstirbt ein Berechtigter und erlischt daher dessen Nießbrauch gemäß § 1061 Satz 1 BGB, bleibt das Recht des Überlebenden bestehen (Meikel/Böhringer, GBO, 11. Aufl., § 47 Rdnr. 305).

17 bb) Die anschließende differenzierte Beschreibung der Nießbrauchsberechtigung widerspricht jedoch einem solchen Verständnis des vereinbarten Rechts. Nießbrauchsberechtigt ist danach „jeder Übergeber an dem von ihm übergebenen Miteigentumsanteil“. Nach dieser Beschreibung des Rechtsinhalts bestellt jeder Übergeber durch Einzelverfügung über seinen Bruchteil (§ 747 Satz 1 BGB) den Nießbrauch (nur) an dem von ihm übergebenen Anteil am mit Sondereigentum verbundenen Miteigentumsanteil. Die Rechte lasten danach nur als Bruchteilsnießbrauch am Miteigentumsanteil des jeweiligen Bestellers (vgl. MünchKomm-BGB/Pohlmann, § 1030 Rdnr. 32-34 und § 1066 Rdnr. 2; Staudinger/Frank, Neub. 2009, § 1066 Rdnr. 1; Demharter, GBO, § 7 Rdnr. 18).

18 cc) Darüber hinaus soll der Nießbrauch für die Beteiligten zu 1 und 2 jeweils als teilweise bedingtes Recht eingetragen werden. Erforderlich ist die Bestellung eines auf den Tod des Erstversterbenden aufschiebend bedingten Nießbrauchsrechts des Längerlebenden zu dessen Schutz nur dann, wenn der jeweilige Nießbrauch nicht am ganzen Wohnungs- und Teileigentum, sondern lediglich am jeweils übergebenen Anteil bestellt ist.

19 b) Der Auslegung von Eintragungsbewilligungen sind im Grundbuchverfahren enge Grenzen gesetzt (siehe die Nachweise unter Ziffer 1; Demharter, GBO, § 19 Rdnr. 28 m. w. N.). Auf sie kann nur zurückgegriffen werden, wenn sie zu einem zweifelsfreien und eindeutigen Ergebnis führt (BGH, Rpfleger 1995, 343). Dies ist hier nicht der Fall.

20 aa) Der Widerspruch zwischen den Formulierungen, die den Inhalt des zu bestellenden Nießbrauchs beschreiben sollen, ist nicht auflösbar. Zwar kann nicht ausgeschlossen werden, dass mit der Bezeichnung des vorbehaltenen Rechts als ein „am gesamten übergebenen Wohnungs-/Teileigentum“ bestehendes Nutzungsrecht eine wirtschaftliche Betrachtungsweise zum Ausdruck gebracht ist und das Nießbrauchsrecht lediglich am jeweiligen Anteil bestehen soll. Die Bestellung von ausdrücklich nur zwei Nießbrauchsrechten wäre dann dahin gehend zu verstehen, dass jeder Übergeber zu eigenen Gunsten einen Bruchteilsnießbrauch bestellt, in den beim Tod des Berechtigten der Längerlebende kraft Sukzessivberechtigung nachfolgen soll.

21 Einem solchen Verständnis ist allerdings dadurch die Grundlage entzogen, dass in der Bestellsurkunde das Erlöschen des für den jeweiligen Übergeber bestellten Nießbrauchs (am eigenen Anteil) mit dessen Tod ausdrücklich betont („je löschar gegen Todesnachweis“) und in die Rechtsbestellung aufgenommen ist. Die Erklärung, das zugunsten des einen bestellte Recht solle nach dessen Tod in der Person des anderen fortbestehen, erweist sich als unvereinbar mit dem gleichzeitig betonten Erlöschen des Rechts im Todesfall. Beides zugleich kann nicht gelten. Entweder wird eine echte Sukzessivberechtigung vereinbart und trotz der gesetzlichen Regelung des § 1061 BGB für zulässig erachtet; dann muss das zugunsten des Erstverstorbenen bestellte Nießbrauchsrecht in der Person des Längerlebenden fortbestehen. Es erlischt mit dem Tod des Erstberechtigten nicht, sondern setzt sich in der Person des Zweitberechtigten fort. Oder aber der Nießbrauch erlischt mit dem Tod des Berechtigten; dann muss das Recht für den Längerlebenden als eigenständiges, aufschiebend bedingtes (§ 158 Abs. 1 BGB) Recht bestellt werden, sofern der Längerlebende ein Nießbrauchsrecht an dem durch den Tod des Erstversterbenden frei werdenden Anteil erlangen soll.

22 Ein klares und konsistentes Bild vom Inhalt der Nießbrauchsrechte ist wegen der Widersprüchlichkeit des Vereinbarten mithin nicht zu gewinnen.

bb) Der Senat kann bei dieser Sachlage offen lassen, wie viele Rechte bei Bestellung von (Bruchteils-)Nießbrauch mit auflösender Bedingung für den ersten Berechtigten und entsprechend aufschiebender Bedingung für den zweiten Berechtigten im Grundbuch einzutragen sind (vgl. Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 261b; offen gelassen: Senat

vom 11.7.2013, 34 Wx 271/13, Rpfleger 2014, 14) und ob trotz der gesetzlichen Ausgestaltung des Nießbrauchs als unübertragbares und unvererbliches Recht (§ 1059 Satz 1, § 1061 Satz 1 BGB) eine Sukzessivnachfolge anzuerkennen ist (zur Problematik siehe Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 261 f.).

(...)

ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Markus Sikora**, München

1. Ausgangssituation

Die gute Nachricht vorweg: Der Senat hat die Auffassung des Kollegen im Wege der Auslegung „gerettet“. Der Wermutstropfen hinterher: Die Vereinbarungen zum vorbehaltenen Nießbrauch wurden indes als „derart unklar und widersprüchlich“ eingestuft, dass ihr Rechtsinhalt auch durch Auslegung nicht mehr zu ermitteln gewesen sein soll. Der Entscheidung liegt eine Alltagskonstellation der notariellen Praxis zugrunde: Eltern überlassen unter Nießbrauchsvorbehalt an zwei Söhne Wohnungs- und Teileigentum, das ihnen als Miteigentümer zu gleichen Bruchteilen zusteht und das nach Vollzug der Urkunde den Kindern zu gleichen Teilen gehören soll. Der Nießbrauch soll auf den Tod des länger lebenden Elternteils wirtschaftlich am gesamten übergebenen Grundbesitz bestehen.

2. Vereinbarungen zum Eigentumsübergang

Soweit der Eigentumsübergang betroffen ist, wurde in der Urkunde schlicht formuliert, dass die (beiden) Veräußerer das Wohnungs-/Teileigentum an die (beiden) Erwerber „zum Miteigentum zu gleichen Teilen“ übertragen und auflassen. Zu Recht stellt das OLG München fest, dass das Grundbuchamt insoweit keine Nachtragsurkunde fordern darf, zumal die Vereinbarung klar erkennen lasse, dass die Eltern das gesamte Wohnungs- und Teileigentum in der Weise übertragen möchten, dass ihnen kein (ideeller) Restanteil verbleibt und im Ergebnis die Kinder gleich große Anteile erhalten sollen. Auch wenn sich dieses Ergebnis auf mehreren Wegen erreichen lässt (etwa der Vater überträgt seinen halben Anteil auf Sohn 1, die Mutter ihren halben Anteil auf Sohn 2 oder je umgekehrt, jeder Elternteil überträgt Teile anteile auf jeden Sohn), stellt das OLG München erfreulicherweise fest, dass jeder Miteigentümer von seinem Anteil jeweils die Hälfte auf den jeweiligen Erwerber übertragen hat. Bezogen auf die übertragene Wohnung hat somit jeder Veräußerer je einen Viertelanteil an jeden Sohn übertragen, wobei sich die überlassenen Anteile sodann in der Hand jedes Sohnes wieder zu je einem halben Anteil vereinigt haben. Eine entsprechende Auslegung entspricht der herrschenden Meinung¹ und ist auch aus dem Blickwinkel des Schenkungssteuerrechts zu begrüßen. Im Zweifel soll nämlich jedes Kind von jedem Elternteil Miteigentumsanteile erwerben, um die Freibeträge (§ 16 ErbStG) optimal zu nutzen. Sind Vorschenkungen von nur einem Elternteil zu berücksichtigen

¹ Vgl. etwa Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 258 m. w. N. aus der Rechtsprechung.

und weitere einseitige Schenkungen geplant, müsste die Urkunde entsprechend präzise die Übertragungen darstellen. Für das Gros der Überlassungen kann jedoch getrost wie bisher – ein wenig unsauber – formuliert werden.

3. Vereinbarungen zum Nießbrauch

Weniger gnädig war das OLG München mit den Vereinbarungen zum Nießbrauch. Dieser wurde am gesamten übergebenen Wohnungs-/Teileigentum in der Weise vorbehalten, dass jeder Veräußerer Berechtigter an dem von ihm übergebenen Miteigentumsanteil sein sollte und nach dem Tod des anderen Veräußererteils auch an dessen Anteil. Zur Eintragung beantragt wurde sodann jedoch ein Nießbrauch für jeden Veräußererteil verbunden mit den Vermerken „teilweise bedingt“ und je „löschbar gegen Todesnachweis“. Die Formulierung des Nießbrauchs und der Eintragungsbewilligung scheinen in der Tat in einem gewissem Widerspruch zueinander zu stehen, der sich – bei strenger Betrachtung – auch durch Auslegung nicht auflösen lässt. Im Einzelnen gilt:

a) Belastungsgegenstand eines Nießbrauchs kann bekanntlich nicht nur das übergebene Wohnungs-/Teileigentum² insgesamt sein, sondern auch – in Form des Bruchteilsnießbrauchs – jeweils der (ehemalige) Miteigentumsanteil jedes Elternteils; hieran wären sodann nicht nur Nießbrauchsrechte für den betreffenden Veräußerer, sondern jeweils auch aufschiebend bedingte Nießbrauchsrechte für den jeweils anderen Elternteil einzutragen. Bedingungseintritt ist der Tod des erstversterbenden Veräußerers. Die beiden früheren Hälftanteile der Veräußerer behalten in diesem Fall insoweit ihre rechtliche Selbstständigkeit, als dies für die Nießbrauchsrechte erforderlich ist.³ Für die erste Variante spricht im konkreten Fall die Ausgestaltung des Nießbrauchs, für die zweite Variante die Eintragungsbewilligung nebst den Zusatzvermerken. Die Formulierung ist somit unklar. Über die Hürde der Klarheit wollte der Senat dem Kollegen und den Beteiligten sodann nicht mehr durch Auslegung hinweghelfen.

b) Inhaltlich lässt sich dem Beschluss somit zur Ausgestaltung von Nießbrauchsrechten bei Überlassungen nichts Neues entnehmen, sondern nur die Mahnung, präzise zu formulieren, welche der möglichen Gestaltungen tatsächlich gewünscht ist. Es sind dies:

- Bestellung je eines Nießbrauchs für jeden Elternteil am gesamten übergebenen Grundbesitz, wobei die Rechte Gleichrang zueinander haben; für die Zeit, während der beide Elternteile leben, beschränken sich diese beiden Rechte gegenseitig gemäß §§ 1090, 1060, 1024 BGB; nach dem Tod des Erstversterbenden bleibt das Recht des Überlebenden unverändert bestehen.
- Bestellung je eines Bruchteilsnießbrauchs am jeweils übergebenen Miteigentumsanteil verbundenen mit je einem aufschiebend bedingten Nießbrauch zugunsten des jeweils anderen Veräußererteils (in Summe wären somit

vier Rechte mit den entsprechenden Kostenfolgen in das Grundbuch einzutragen); die streitige Frage, ob eine „echte“ Sukzessivberechtigung“ möglich wäre, lässt der Senat offen; diese Option, also die Eintragung eines einzigen Nießbrauchsrechts, das nacheinander mehreren Berechtigten zusteht, dürfte nach nunmehr herrschender Meinung jedenfalls beim Nießbrauch als nicht vererblichem Recht nicht mehr bestehen.⁴

- Bestellung eines einzigen Nießbrauchsrechts zugunsten mehrerer Berechtigter am gesamten übergebenen Grundbesitz, regelmäßig als Gesamtberechtigte nach § 428 BGB – ggf. rechtsgeschäftlich modifiziert in der Weise, dass kein Berechtigter zulasten des anderen Berechtigten über den Anspruch verfügen darf und dass die Leistung an einen Berechtigten noch keine Erfüllungswirkung hat –,⁵ denkbar aber auch als Gesellschafter des bürgerlichen Rechts⁶ oder sogar nach Bruchteilen⁷ (wobei insoweit ein Quotenießbrauch entsteht), nicht aber gemäß § 432 BGB, weil diese Norm für unteilbare Leistungen gelten soll.⁸

4 Hierzu eingehend Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 261a ff., insbesondere Rdnr. 261 f.

5 Hierzu OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 14.11.2011, 20 W 439/10, NJW-RR 2012, 785.

6 In diesem Fall sind wegen § 47 Abs. 2 Satz 1 GBO zwingend die Gesellschafter mit einzutragen; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 1370.

7 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.6.1975, 10 W 8/75, Rpfleger 1975, 409.

8 Hierzu OLG München, Beschluss vom 29.5.2007, 32 Wx 77/07, NJW-RR 2008, 106; ebenso Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 1370; a. A. – zu Recht – Amann, NotBZ 2009, 441.

BÜRGERLICHES RECHT – FAMILIENRECHT

10. Kontrollbetreuung bei gemeinschaftlicher Vertretung durch mehrere Bevollmächtigte

BGH, Beschluss vom 31.1.2018, XII ZB 527/17 (Vorinstanz: LG Halle, Beschluss vom 8.9.2017, 1 T 242/17)

RPflG § 15 Abs. 1 Satz 2

FamFG § 26, § 74 Abs. 5

BGB § 1896 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 2

LEITSATZ:

Hat der Betroffene mehrere Personen in der Weise bevollmächtigt, dass sie ihn nur gemeinschaftlich vertreten können, können die Bevollmächtigten nur dann die Angelegenheiten des Betroffenen ebenso gut wie ein Betreuer besorgen, wenn davon auszugehen ist, dass sie zu einer gemeinschaftlichen Vertretung in der Lage sind. Dazu bedarf es einer Zusammenarbeit und Abstimmung der Bevollmächtigten und damit jedenfalls eines Mindestmaßes an Kooperationsbereitschaft und -fähigkeit.

2 Zur Möglichkeit, Sondereigentum überhaupt zu belasten, Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 1364.

3 BGH, Beschluss vom 16.7.2004, IXa ZB 330/03, NJW-RR 2004, 1513; Palandt/Bassenge, 75. Aufl. 2016, § 1008 Rdnr. 5.

11. Anforderungen an die Auswahl eines Betreuers bei Vorliegen einer „Gesundheitsbetreuungsvollmacht“

BGH, Beschluss vom 8.11.2017, XII ZB 90/17 (Vorinstanz: LG Stade, Beschluss vom 23.1.2017, 9 T 118/16)

*BGB § 1897 Abs. 1, 4 und 5, § 1901 Abs. 2 Satz 1, §§ 1901a, 1904
FamFG § 72 Abs. 1 Satz 1, § 280*

LEITSATZ:

Die Beurteilung, ob eine bestimmte Person als Betreuer eines konkreten Betroffenen geeignet ist, erfordert die Prognose, ob der potenzielle Betreuer voraussichtlich die sich aus der Betreuungsführung und den damit verbundenen Pflichten i. S. d. § 1901 BGB folgenden Anforderungen erfüllen kann (im Anschluss an Senatsbeschluss vom 30.9.2015, XII ZB 53/15, FamRZ 2015, 2165).

SACHVERHALT:

1 A. Der Beteiligte zu 2, der Sohn des Betroffenen, wendet sich gegen die im Rahmen der eingerichteten Betreuung vorgenommene Betreuerauswahl.

2 Der Betroffene ist der Ehemann der Beteiligten zu 1 (im Folgenden: Ehefrau). Er erlitt im Januar 2015 einen Schlaganfall. Die ihn behandelnden Ärzte stellten anschließend fest, dass er aufgrund einer zerebralen Ischämie nicht in der Lage sei, Kontakt aufzunehmen. Er befolge keine Aufforderungen und reagiere lediglich auf Berührungen des rechten Beins. Er spreche nicht und halte die Augen geschlossen.

3 In einer notariell beurkundeten „Gesundheitsbetreuungsvollmacht“ aus dem Jahre 1999 bevollmächtigten sich die Eheleute gegenseitig, Maßnahmen für den jeweils anderen zu treffen, wenn sie selbst „aufgrund einer psychischen Krankheit oder einer Behinderung, mag sie körperlicher, geistiger oder seelischer Art sein, nicht in der Lage sind, unsere Angelegenheiten ganz oder teilweise selbst zu besorgen.“ Die Vollmacht umfasst unter anderem folgende Maßnahmen:

„Die Entscheidung über einen Behandlungsabbruch oder die Einstellung lebenserhaltender oder lebensverlängernder Maßnahmen, wenn wegen irreversibler Bewusstlosigkeit, wahrscheinlicher schwerer Dauerschädigung des Gehirns oder wegen andauernden Ausfalls lebenswichtiger Funktionen des Körpers oder wegen schwerster nicht behebbarer Schmerzzustände es für uns nicht möglich ist, ein menschenwürdiges, d. h. ein für uns erträgliches und weitgehend beschwerdefreies, bewusstes und umweltbezogenes Leben mit eigener Persönlichkeitsgestaltung zu führen. Weiterhin soll der Bevollmächtigte über einen Behandlungsabbruch oder die Einstellung lebenserhaltender oder lebensverlängernder Maßnahmen entscheiden können, wenn das Grundleiden mit infauster Prognose einen irreversiblen Verlauf genommen hat oder die traumatische Schädigung irreversibel ist.“

4 Für den Fall der Verhinderung bevollmächtigten die Eheleute ihren Sohn.

5 Das AG hat auf Anregung der Ehefrau wegen aufgetretener Akzeptanzprobleme bei der Umsetzung der Vollmacht die Ehefrau zur alleinigen Betreuerin für den Aufgabenkreis Gesundheitspflege, Regelung aller behördlichen, versicherungs- und sozialrechtlichen Angelegenheiten, Aufenthaltsbestimmung, Regelung der Haus- und Grundstücksangelegenheiten und Vermögenssorge, soweit keine Kontovollmachten vorliegen, bestellt. Das LG hat die Beschwerde des Sohnes zurückgewiesen. Hiergegen wendet sich dieser mit seiner Rechtsbeschwerde.

AUS DEN GRÜNDEN:

6 B. Die Rechtsbeschwerde ist unbegründet.

(...)

11 Gegenstand des Rechtsmittels ist allein die (...) Betreuerauswahl nach § 1897 BGB. Über die Betreuung als solche ist nicht mehr zu befinden (vgl. Senatsbeschluss vom 3.2.2016, XII ZB 493/15, FamRZ 2016, 626 Rdnr. 9).

12 1. Nach § 1897 Abs. 1 BGB ist zum Betreuer eine natürliche Person zu bestellen, die geeignet ist, in dem gerichtlich bestimmten Aufgabenkreis die Angelegenheiten des Betroffenen rechtlich zu besorgen und ihn in dem hierfür erforderlichen Umfang persönlich zu betreuen. Die Beurteilung, ob eine bestimmte Person als Betreuer eines konkreten Betroffenen geeignet ist, erfordert die Prognose, ob der potenzielle Betreuer voraussichtlich die sich aus der Betreuungsführung und den damit verbundenen Pflichten i. S. d. § 1901 BGB folgenden Anforderungen erfüllen kann. Diese Prognose muss sich jeweils auf die aus der konkreten Betreuung erwachsenden Aufgaben beziehen und zu der Einschätzung führen, dass die als Betreuer in Aussicht genommene Person das Amt zum Wohl des Betroffenen führen wird. Dafür können unter anderem ihre intellektuellen und sozialen Fähigkeiten, ihre psychische und körperliche Verfassung, die persönlichen Lebensumstände – etwa räumliche Nähe zum Betroffenen, berufliche Auslastung oder finanzielle Verhältnisse –, bereits bestehende familiäre oder sonstige Beziehungen zum Betroffenen, aber auch besondere Kenntnisse oder Einstellungen zu für die Betreuungsführung relevanten Fragen von Bedeutung sein. Weil es sich um eine rechtliche Betreuung handelt, werden jedoch regelmäßig nicht Spezialwissen oder außergewöhnliche Fertigkeiten nötig sein, sondern es wird in der Regel ausreichen, wenn der Betreuer sich erforderlichenfalls fachkundiger Hilfen bedienen kann. Jedenfalls aber bedarf es der positiven Feststellung der Eignung, die nicht durch pauschale Annahmen auf der Grundlage eines Regel-Ausnahme-Verhältnisses ersetzt werden kann (Senatsbeschluss vom 30.9.2015, XII ZB 53/15, FamRZ 2015, 2165 Rdnr. 15 ff. m. w. N.).

13 Die vom Tatrichter vorgenommene Beurteilung der Eignung einer Person als Betreuer kann gemäß § 72 Abs. 1 Satz 1 FamFG im Rechtsbeschwerdeverfahren nur auf Rechtsfehler überprüft werden. Sie ist rechtlich fehlerhaft, wenn der Tatrichter den unbestimmten Rechtsbegriff der Eignung verkennt, relevante Umstände in unvertretbarer Weise bewertet oder bei der Subsumtion wesentliche Umstände unberücksichtigt lässt (Senatsbeschluss vom 30.9.2015, XII ZB 53/15, FamRZ 2015, 2165 Rdnr. 18 m. w. N.).

14 2. Gemessen hieran ist die vom AG vorgenommene und vom LG bestätigte Betreuerauswahl nicht zu beanstanden. Das gilt sowohl hinsichtlich der Gesundheitspflege als auch für die übrigen Aufgabenbereiche.

15 a) Dagegen, dass das LG die Ehefrau des Betroffenen als geeignet angesehen hat, die Gesundheitspflege, die ersichtlich im Mittelpunkt des Streits zwischen ihr und ihrem Sohn steht, zugunsten des Betroffenen auszuüben, ist rechtsbeschwerderechtlich nichts zu erinnern.

16 aa) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde steht eine von ihr eingewandte Interessenkollision der Eignung der Ehefrau nicht entgegen. Die Behauptung der Rechtsbeschwerde, die Ehefrau wolle die lebenserhaltenden Maßnahmen letztlich aus eigennützigen Motiven vollziehen, findet in den getroffenen Feststellungen keine Grundlage.

17 bb) Ebenso geht der Einwand der Rechtsbeschwerde fehl, wonach die Ehefrau gesundheitlich nicht für die Übernahme der Betreuung geeignet sei. In rechtsbeschwerderechtlich nicht zu beanstandender Weise ist das LG in Übereinstimmung mit dem AG vielmehr zu dem Ergebnis gelangt, dass der Ehefrau die Eignung auch insoweit nicht fehlt.

18 Die Ehefrau hat nach ihrem Suizidversuch auf eigene Initiative hin beim AG vorgesprochen. Nach den – vom LG in Bezug genommenen – Feststellungen des Amtsrichters hat sie „anschaulich deutlich gemacht“ wie sehr das Verfahren „an ihren Nerven gezerrt habe“. Das Gericht hat dabei die Überzeugung gewonnen, dass die Ehefrau gleichwohl die nötige körperliche und psychische Kraft habe, ihr Amt zum Wohle des Betroffenen auszuüben. Wenn die Instanzgerichte in dieser Situation von der Einholung eines – für die Feststellung der Eignung des Betreuers gemäß § 280 FamFG ohnehin nicht vorgesehenen – Sachverständigengutachtens absehen, liegt das noch im – einer Kontrolle durch das Rechtsbeschwerdegericht entzogenen – trichterlichen Ermessen. Ebenso wenig musste das LG, das der Einschätzung des AG gefolgt ist, die Ehefrau hierzu nochmals persönlich anhören.

19 cc) Zwar weist die Rechtsbeschwerde zu Recht darauf hin, dass dem Betreuer hinsichtlich der Entscheidung über einen möglichen Behandlungsabbruch gemäß §§ 1901a, 1904 BGB eine herausragende Rolle für das weitere Geschehen zukommt. Jedoch ist diese Frage hier nicht verfahrensgegenständlich. Es ist nicht über eine Genehmigung der – von der Ehefrau beabsichtigten – Einstellung lebenserhaltender Maßnahmen nach § 1904 BGB zu entscheiden, sondern allein die Frage zu beantworten, ob der Betreuer dazu geeignet ist, die Angelegenheiten des Betreuten so zu besorgen, wie es dessen Wohl entspricht, § 1901 Abs. 2 Satz 1 BGB. Diese Frage hat das LG in rechtsbeschwerderechtlich nicht zu beanstandender Weise bejaht.

20 b) Schließlich ist von Rechts wegen nichts dagegen zu erinnern, dass das LG die Ehefrau statt des Sohnes zur Betreuerin bestellt hat.

21 aa) Schlägt der Volljährige niemanden vor, der zum Betreuer bestellt werden kann, so ist bei der Auswahl des Betreuers gemäß § 1897 Abs. 5 BGB auf die verwandtschaftlichen und sonstigen persönlichen Bindungen des Volljährigen, insbesondere auf die Bindungen zu Eltern, zu Kindern, zum Ehegatten und zum Lebenspartner, sowie auf die Gefahr von Interessenkonflikten Rücksicht zu nehmen.

22 Dabei steht dem Tatrichter bei der Auswahl zwischen mehreren geeigneten Personen ein Ermessen zu. Die Auswahlentscheidung ist in der Rechtsbeschwerdeinstanz nur eingeschränkt daraufhin zu überprüfen, ob sie rechtsfehlerhaft ist. Das ist der Fall, wenn der Tatrichter sich des ihm zustehenden Ermessens nicht bewusst ist, nicht alle wesentlichen Umstände berücksichtigt, von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch

macht oder die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschreitet. Hingegen sind Angemessenheit und Zweckmäßigkeit der Auswahl einer Nachprüfung durch das Rechtsbeschwerdegericht grundsätzlich entzogen. Ausreichend ist insofern, dass die vom Tatsachengericht vorgenommene Auswahl möglich ist, auch wenn sie nicht zwingend erscheint oder eine andere Auswahl ebenso nahe- oder sogar nähergelegen hätte (Senatsbeschluss vom 30.9.2015, XII ZB 53/15, FamRZ 2015, 2165 Rdnr. 25 m. w. N.).

23 bb) Gemessen hieran ist die Auswahlentscheidung des LG nicht zu beanstanden.

24 (1) Das gilt zunächst für die Entscheidung, die Ehefrau als Betreuerin für den Aufgabenkreis Gesundheitspflege zu bestellen.

25 Im Rahmen seines Auswahlermessens durfte das LG die Gesundheitsbetreuungs-vollmacht jedenfalls insoweit berücksichtigen, als der Betroffene darin seiner Ehefrau ersichtlich mehr Vertrauen als seinem Sohn geschenkt hat. Außerdem ist es auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen nicht zu beanstanden, dass das LG die Ehefrau eher in der Lage gesehen hat, den Interessen des Betroffenen Geltung zu verschaffen, als ihr Sohn.

26 (2) Ebenso wenig ist rechtsbeschwerderechtlich etwas dagegen zu erinnern, dass das LG die Ehefrau auch als Betreuerin für die weiteren Aufgabenbereiche bestellt hat. Der Umstand, dass sich die Gesundheitsbetreuungs-vollmacht nur zur Gesundheitspflege verhält, nicht aber zu den übrigen Aufgabenbereichen, hinsichtlich derer die Ehefrau ebenfalls zur Betreuerin bestellt worden ist, stellt den vom LG hieraus gezogenen Schluss auf ein besonderes Näheverhältnis unter den Eheleuten nicht in Frage. Dass die Ehefrau zur Übernahme auch dieser Aufgabenbereiche (Regelung aller behördlichen, versicherungs- und sozialrechtlichen Angelegenheiten, Aufenthaltsbestimmung, Regelung der Haus- und Grundstücksangelegenheiten und Vermögenssorge, soweit keine Kontovollmachten vorliegen) nicht in der Lage wäre, ist weder vor dem Hintergrund der getroffenen Feststellungen ersichtlich noch von der Rechtsbeschwerde eingewandt.

27 cc) Deshalb kann dahinstehen, ob – wie von der Rechtsbeschwerde hingenommen – dem Umstand, dass der Betroffene seiner Ehefrau die Gesundheitsvorsorgevollmacht erteilt hat, zugleich ein Betreuervorschlag i. S. d. § 1897 Abs. 4 BGB entnommen werden kann.

BÜRGERLICHES RECHT – ERBRECHT

12. Widerruf eines Schenkungsversprechens durch Verfügung über das gesamte Vermögen in einem Testament

BGH, Urteil vom 30.1.2018, X ZR 119/15 (Vorinstanz: OLG Köln, Beschluss vom 1.9.2015, 16 U 177/14)

BGB § 130 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2, § 131 Abs. 1 Satz 2, §§ 328, 331, 516, 518 Abs. 2, §§ 2248, 2253

LEITSÄTZE:

- 1. Verfügt ein Erblasser in einem Testament umfassend über sein Vermögen, so kann dies jedenfalls dann als konkludenter Widerruf einer früheren entgegenstehenden rechtsgeschäftlichen Erklärung anzusehen sein, wenn der Erblasser sich von dieser Erklärung auch schon zu Lebzeiten jederzeit hätte einseitig lösen können.**
- 2. Das Bewusstsein, in einem Testament die Verteilung des Vermögens umfassend zu regeln, schließt das Bewusstsein, dass damit etwaige entgegenstehende frühere Verfügungen widerrufen werden, mit ein. Ein gesondertes Erklärungsbewusstsein, das gezielt auf den Widerruf einer bestimmten Willenserklärung gerichtet ist, ist darüber hinaus nicht erforderlich.**
- 3. Eine Willenserklärung in einem in amtliche Verwahrung genommenen Testament ist gegenüber jedem als abgegeben anzusehen, den es angeht, auch wenn er in dem Testament nicht bedacht ist.**

SACHVERHALT:

1 Die Kläger verlangen als Erben und Testamentsvollstrecker der im Februar 2009 verstorbenen Erblasserin die Herausgabe der in einem von der Streithelferin des Beklagten verwalteten Wertpapierdepot der Erblasserin noch vorhandenen Wertpapiere und – soweit über diese vom Beklagten in der Zwischenzeit verfügt worden ist – Erstattung des Wertes. Der Beklagte ist der Ehemann einer Cousine der Erblasserin.

2 Die Erblasserin, die bei der Streithelferin des Beklagten ein Wertpapierdepot unterhielt, schloss mit dieser am 13.9.1976 eine schriftliche Vereinbarung, nach der mit dem Tod der Erblasserin das Eigentum an den zu diesem Zeitpunkt noch im Depot verwahrten Wertpapieren zunächst auf die Streithelferin übergehen sollte. Der Beklagte sollte mit dem Tod der Erblasserin das Recht erwerben, von der Streithelferin die Übertragung der auf diese übergegangenen Wertpapiere auf sich zu fordern, wobei der Beklagte ein von der Streithelferin zu übermittelndes Schenkungsangebot der Erblasserin mit dem Empfang der Nachricht über seine Begünstigung stillschweigend annehmen können sollte. Die Erblasserin behielt sich das Recht vor, die Vereinbarung gegenüber der Streithelferin einseitig durch schriftliche Erklärung aufheben zu können. Den Erben sollte dieses Recht nach dem Tode der Erblasserin nur bis zur Annahme des Schenkungsangebots durch den Beklagten zustehen. Diese Vereinbarung wurde dem Beklagten zu Lebzeiten der Erblasserin absprachegemäß nicht bekannt gegeben.

3 Mit privatschriftlichem, in amtliche Verwahrung gegebenem Testament vom 19.4.2007 setzte die Erblasserin die Kläger zu Erben und

Testamentsvollstreckern ein. In Abschnitt 2 c des Testaments teilte sie ihr gesamtes bei der Streithelferin des Beklagten angelegtes Kapitalvermögen in der Weise auf, dass die eine Hälfte zu gleichen Teilen an namentlich benannte Mitglieder der Familie A und die andere Hälfte zu gleichen Teilen an namentlich benannte Mitglieder der Familie B gehen sollte. Der Beklagte ist in dem Testament weder in Abschnitt 2 c noch im Zusammenhang mit den weiteren Verfügungen bedacht oder erwähnt.

4 Die Streithelferin benachrichtigte den Beklagten am 27.5.2011 und damit gut zwei Jahre nach der Eröffnung des Testaments der Erblasserin telefonisch von der Vereinbarung vom 13.9.1976 und übertrug im Anschluss hieran den Inhalt des Wertpapierdepots auf den Beklagten. Die Kläger widerriefen die Verfügung der Erblasserin zugunsten des Beklagten am 11.7.2011. Zwischen den Parteien herrscht Streit darüber, ob der Inhalt des Wertpapierdepots wirksam auf den Beklagten übergegangen oder Bestandteil des Nachlasses geblieben ist.

(...)

AUS DEN GRÜNDEN:

(...)

14 III. (...) Den Klägern stehen die geltend gemachten Ansprüche auf Herausgabe und Erstattung des Wertes der aus dem von der Streithelferin verwalteten Wertpapierdepot der Erblasserin stammenden Wertpapiere zu, da ein Schenkungsvertrag zwischen der Erblasserin und dem Beklagten nicht zustande gekommen ist und somit im Verhältnis zu den Klägern kein Rechtsgrund für das Behaltendürfen der von der Streithelferin dem Beklagten übertragenen Vermögensgegenstände besteht.

15 1. Bei der Vereinbarung zwischen der Erblasserin und der Streithelferin der Beklagten vom 13.9.1976 handelt es sich um eine Verfügung unter Lebenden zugunsten Dritter auf den Todesfall. Hierbei ist zu unterscheiden zwischen dem Deckungsverhältnis des Verfügenden zum Versprechenden einerseits, das die Voraussetzungen für den Leistungsanspruch des Begünstigten gegenüber dem Versprechenden regelt, und dem Valutaverhältnis zwischen dem Verfügenden und dem Begünstigten andererseits, nach dem sich bestimmt, ob der Begünstigte die Zuwendung im Verhältnis zu den Erben des Verfügenden behalten darf. Beide Rechtsverhältnisse unterliegen allein dem Schuldrecht; erbrechtliche Bestimmungen finden insoweit keine Anwendung (BGH, Urteil vom 26.6.2013, IV ZR 243/12, NJW 2013, 3448 Rdnr. 8; Urteil vom 21.5.2008, IV ZR 238/06, NJW 2010, 2702 Rdnr. 19; Urteil vom 26.11.2003, IV ZR 438/02, BGHZ 157, 79, 82).

16 a) Im Deckungsverhältnis liegt ein Vertrag zugunsten Dritter vor, durch den der Beklagte als Begünstigter gegenüber der Streithelferin einen Anspruch auf die Übertragung der mit dem Tod der Erblasserin zunächst in das Eigentum der Streithelferin übergegangenen Wertpapiere in dem in der Vereinbarung bezeichneten Depot erhalten hat (§§ 328, 331 BGB).

17 b) Ob der Beklagte das auf diese Weise Erlangte im Verhältnis zu den Klägern behalten darf oder nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung herauszugeben hat, richtet sich nach dem Valutaverhältnis. Im Streitfall liegt dem Valutaverhältnis eine Schenkung nach § 516 BGB zugrunde. In der Vereinbarung vom 13.9.1976 ist ausdrücklich von einem Schenkungsangebot der Erblasserin die Rede.

Nach der Vereinbarung sollte der Schenkungsvertrag in der Weise zustande kommen, dass das Schenkungsangebot der Erblasserin von der Streithelferin als Botin dem Beklagten übermittelt wurde und dieser das Angebot – wie nach der Vereinbarung vorgesehen ggf. stillschweigend mit dem Empfang der Nachricht der Streithelferin – annahm. Dass eine wirksame Schenkung auch noch nach dem Tod des Verfügenden zustande kommen kann, ergibt sich aus § 130 Abs. 2 BGB, wonach der Tod des Erklärenden keinen Einfluss auf die Wirksamkeit seiner Willenserklärung hat, sowie aus § 153 BGB, wonach das Zustandekommen eines Vertrags nicht dadurch gehindert wird, dass der Antragende vor der Annahme seines Angebots stirbt. Der Formmangel wird in diesem Fall durch die Bewirkung der Leistung nach § 518 Abs. 2 BGB geheilt (BGH, Urteil vom 28.4.2010, IV ZR 73/08, NJW 2010, 3232 Rdnr. 20; Urteil vom 29.5.1984, IX ZR 86/82, BGHZ 91, 288, 291).

18 2. Im Streitfall ist ein wirksamer Schenkungsvertrag zwischen der Erblasserin und dem Beklagten indessen nicht zustande gekommen, da zum Zeitpunkt der Benachrichtigung des Beklagten durch die Streithelferin über die zu seinen Gunsten getroffene Verfügung ein wirksames Schenkungsangebot, das der Beklagte hätte annehmen können, nicht mehr vorlag.

19 Eine empfangsbedürftige Willenserklärung, die in Abwesenheit des Empfängers abgegeben wird, wird nach § 130 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht wirksam, wenn dem anderen vorher oder gleichzeitig ein Widerruf zugeht. Dabei kann ein Schenkungsangebot auch durch Testament widerrufen werden. Dies ist im Streitfall geschehen. Anders als die Revision meint, steht dieser Annahme nicht bereits entgegen, dass die Vereinbarung über die Begünstigung des Beklagten vom 13.9.1976 nur durch schriftliche Erklärung gegenüber der Streithelferin hätte aufgehoben werden können. Diese in der Vereinbarung vorgesehene Form der Aufhebung betrifft nur das Deckungsverhältnis zwischen der Erblasserin oder ihren Erben und der Streithelferin. Dadurch war nicht ausgeschlossen, dass die Erblasserin ihr Schenkungsangebot im Valutaverhältnis gegenüber dem Begünstigten widerrief.

20 a) Die Erblasserin hat ihr auf der Vereinbarung mit der Streithelferin vom 13.9.1976 beruhendes Schenkungsangebot mit ihrem Testament vom 19.4.2007 widerrufen.

(...)

22 bb) Entgegen der Auffassung der Revision ist eine Auslegung des Testaments als Widerruf des von der Streithelferin dem Beklagten zu übermittelnden Schenkungsangebots der Erblasserin nicht schon deshalb ausgeschlossen, weil der Inhalt des Wertpapierdepots von vorneherein nicht Gegenstand der testamentarischen Verfügungen der Erblasserin gewesen wäre.

23 Die Revision macht insoweit geltend, die Erblasserin habe nach dem Eingangssatz ihres Testaments allein das bei ihrem Tode noch vorhandene Vermögen aufteilen wollen; nachdem sie weder selbst bis zu ihrem Tod die Aufhebung der Vereinbarung vom 13.9.1976 erklärt noch dafür Sorge getragen habe, dass die Kläger rechtzeitig vor Annahme des Schenkungsangebots gegenüber der Streithelferin dessen Widerruf hätten erklären können, habe der Inhalt des Wertpapierdepots aus ihrer Sicht nicht zu dem bei ihrem Tode noch vorhandenen Ver-

mögen gehört, da er nach der Vereinbarung vom 13.9.1976 mit ihrem Tod zunächst auf die Streithelferin habe übergehen sollen.

24 Dem kann (...) nicht beigetreten werden. Zwar leitet die Erblasserin auch den Abschnitt 2 des Testaments, in dem sie die Verteilung ihres Kapitalvermögens regelt, mit den Worten ein: „Über die bei meinem Tode noch vorhandenen Sparbücher, Wertpapiere sowie sonstige Vermögensgegenstände (Beteiligungen etc.) bei den einzelnen Kreditinstituten verfüge ich wie folgt: ...“. Unter Abschnitt 2 c, der sich auf das Kapitalvermögen bei der Streithelferin bezieht, heißt es aber: „Mein gesamtes Kapitalvermögen bei der ... (Konten, Sparbücher und Depots) teile ich wie folgt auf: ...“. Schon dies legt die Annahme nahe, dass die Erblasserin auch das in Rede stehende Wertpapierdepot zu dem bei ihrem Tode noch vorhandenen und dementsprechend zu verteilenden Vermögen zählte. Hinzu kommt, dass der Aufbau des Testaments dafür spricht, dass die Erblasserin eine umfassende Regelung bezüglich ihres gesamten Vermögens treffen wollte. Das Testament ist in drei Abschnitte gegliedert, in denen die Erblasserin ihr Vermögen nach der Art der Vermögensgegenstände unterscheidet – Abschnitt 1 betrifft das Immobilienvermögen, Abschnitt 2 das Kapitalvermögen und Abschnitt 3 die restlichen Gegenstände wie Mobilien, Schmuck und persönliche Gebrauchsgegenstände – und deren Zuweisung an die Erben und sonstigen Begünstigten detailliert regelt. Bei dieser Gestaltung wäre zu erwarten gewesen, dass die Erblasserin das Wertpapierdepot gesondert erwähnte, wenn dieses nicht von der unter Abschnitt 2 c getroffenen Verfügung hätte erfasst werden sollen. Auch wenn das Eigentum an den Wertpapieren nach der Vereinbarung vom 13.9.1976 mit dem Tode der Erblasserin auf die Streithelferin übergehen und damit im Rechtsinne nicht in den Nachlass fallen sollte, solange die Erblasserin gegenüber der Streithelferin nicht die Aufhebung der Vereinbarung erklärte, war damit nicht ausgeschlossen, dass die Erblasserin hierüber testamentarische Verfügungen traf. Denn trotz der – im Übrigen jederzeit frei widerruflichen – Vereinbarung mit der Streithelferin standen die Wertpapiere zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung im Eigentum der Erblasserin, und es erscheint fernliegend, dass die Erblasserin die Wertpapiere, sofern ihr die mit der Streithelferin getroffene Vereinbarung überhaupt bewusst gewesen sein sollte, wegen dieser den Übergang eines Teils ihres Vermögens mit ihrem Tode regelnden Vereinbarung nicht mehr als Bestandteil eben dieses Vermögens betrachtete.

25 cc) Zwar hat die Erblasserin ihr Schenkungsangebot in ihrem Testament nicht ausdrücklich widerrufen. Die Verfügung unter Abschnitt 2 c des Testaments ist aber als stillschweigender Widerruf des Schenkungsangebots anzusehen.

26 (1) Verfügt ein Erblasser in einem Testament umfassend über sein Vermögen, so ist dies im Zweifel jedenfalls dann als konkludenter Widerruf einer früheren entgegenstehenden rechtsgeschäftlichen Erklärung anzusehen, wenn der Erblasser sich von dieser Erklärung jederzeit einseitig lösen kann.

27 (2) So verhält es sich hier. Die Erblasserin hat verfügt, dass sie ihr „gesamtes Kapitalvermögen“ bei der Streithelferin aufteile, und angegeben, dass es sich dabei um „Konten, Sparbücher und Depots“ handle. Die Namen der insoweit Bedachten sind unter Angabe des Geburtsdatums und der

Wohnanschrift aufgelistet. Dagegen sind in diesem Zusammenhang weder der Name des Beklagten noch die Vereinbarung zwischen der Erblasserin und der Streithelferin erwähnt. Ebenso wenig ist der Beklagte bei den weiteren Verfügungen über das Immobilienvermögen und die sonstigen Vermögenswerte (Abschnitte 1 und 3 des Testaments) aufgeführt, bei denen die Erblasserin ebenfalls eine detaillierte Aufteilung unter namentlicher Benennung der jeweils Bedachten, darunter auch der Frau und der Töchter des Beklagten, vorgenommen hat. Die umfassende Regelung der Verteilung ihres Kapitalvermögens bei der Streithelferin sowie ihres sonstigen Vermögens lässt damit den Willen der Erblasserin erkennen, dass sie entgegenstehende frühere Verfügungen, unabhängig davon, ob es sich dabei um testamentarische Verfügungen oder Erklärungen anderer Art handelte, insgesamt nicht mehr gelten lassen und sich von diesen lösen wollte. Dazu war sie auch in der Lage, denn die Erblasserin konnte, wie ausgeführt, die Vereinbarung mit der Streithelferin jederzeit einseitig aufheben und das Schenkungsangebot, das die Streithelferin dem Beklagten übermitteln sollte, jederzeit ohne Weiteres widerrufen.

28 (3) Dass der Erblasserin die Vereinbarung mit der Streithelferin im Zeitpunkt der Errichtung ihres Testaments möglicherweise nicht mehr gegenwärtig war, schließt eine Bewertung der testamentarischen Verfügungen als Widerruf nicht aus.

29 Entgegen der Auffassung der Revision kann aus dem genannten Umstand nicht geschlossen werden, der Erblasserin habe das für eine Wertung der Erklärung als Widerruf notwendige Erklärungsbewusstsein gefehlt. Bei den testamentarischen Verfügungen der Erblasserin handelt es sich anders als im Fall des von der Revision in Bezug genommenen Urteils des BGH nicht um ein bloß tatsächliches Verhalten, das nur unter bestimmten Voraussetzungen als Willenserklärung behandelt werden kann (BGH, Urteil vom 29.11.1994, XI ZR 175/93, NJW 1995, 953), sondern um Regelungen, denen nach dem Willen der Erblasserin eine Rechtswirkung zukommen sollte, auch wenn sie diese jederzeit hätte frei widerrufen können (§ 2253 BGB). Das Bewusstsein, in einem Testament die Verteilung des Vermögens umfassend zu regeln, schließt das Bewusstsein, dass damit etwaige entgegenstehende frühere Erklärungen, die gegenüber dem Bedachten noch nicht bindend geworden sind, widerrufen werden, regelmäßig mit ein. Ein weitergehendes Erklärungsbewusstsein, das auf den Widerruf einer bestimmten, mit der testamentarischen Verfügung nicht in Einklang stehenden Erklärung gerichtet ist – hier auf den Widerruf des Schenkungsangebots –, ist darüber hinaus nicht erforderlich.

30 b) Der Widerruf ist dem Beklagten zugegangen, bevor ihm am 27.5.2011 von der Streithelferin das Schenkungsangebot der Erblasserin übermittelt wurde. Damit war das Angebot nach § 130 Abs. 1 Satz 2 BGB zu diesem Zeitpunkt nicht mehr wirksam, sodass der Beklagte mit der am 27.5.2011 der Streithelferin gegenüber erklärten Annahme den Abschluss einer Schenkungsvereinbarung mit der Erblasserin nicht mehr herbeiführen konnte.

31 aa) Der Beklagte hat bei seiner Anhörung im Berufungsverfahren (...) bekundet, er habe im Mai 2009 von dem Testament Kenntnis erhalten. Er sei erstaunt gewesen, im Testament nicht bedacht worden zu sein. Der Beklagte hatte demnach an

dem Tag, an dem er die Nachricht der Streithelferin über die in der Vereinbarung vom 13.9.1976 zu seinen Gunsten getroffene Verfügung erhalten hat, Kenntnis von den testamentarischen Bestimmungen, mit denen die Erblasserin eine anderweitige Verfügung hinsichtlich des bei der Streithelferin verwalteten Vermögens und damit auch des fraglichen Wertpapierdepots getroffen hatte. Demnach musste er das Testament der Erblasserin spätestens mit der Benachrichtigung durch die Streithelferin am 27.5.2011 als Widerruf seiner Begünstigung in der Vereinbarung vom 13.9.1976 verstehen.

32 bb) Der Beklagte kann sich weder mit Erfolg darauf berufen, er habe nach dem Wortlaut der Vereinbarung vom 13.9.1976 davon ausgehen können, dass das Wertpapierdepot nicht zu dem vom Testament erfassten „vorhandenen“ Vermögen gehöre, noch kann er geltend machen, er habe das Testament nicht als Widerruf des Schenkungsangebots verstehen müssen, weil seine Begünstigung nur schriftlich gegenüber der Streithelferin habe widerrufen werden können. Insoweit handelt es sich um einen unbeachtlichen Irrtum des Beklagten hinsichtlich der rechtlichen Beurteilung des von der Erblasserin geschlossenen Vertrags zugunsten Dritter auf den Todesfall, der nichts daran ändert, dass Absprachen im Deckungsverhältnis nicht notwendig auch für das Valutaverhältnis gelten.

33 cc) Entgegen der Auffassung der Revision ist ein wirksamer Zugang der Widerrufserklärung an den Beklagten auch nicht deshalb zu verneinen, weil nicht feststände, dass die Erblasserin habe annehmen können, der Beklagte werde mit der Testamentseröffnung von dem Inhalt der letztwilligen Verfügung und damit von dem Widerruf des Schenkungsangebots Kenntnis erhalten.

34 Für das Wirksamwerden einer empfangsbedürftigen Willenserklärung ist – außer dem Zugang an den Erklärungsgegner – erforderlich, aber auch ausreichend, dass die Erklärung mit Willen des Erklärenden in den Verkehr gelangt ist und der Erklärende damit rechnen konnte, dass sie (sei es auch auf Umwegen) den richtigen Empfänger erreichen werde (BGH, Urteil vom 11.5.1979, V ZR 177/77, NJW 1979, 2032, 2033).

35 Diese Voraussetzung ist im Streitfall erfüllt. Die Erblasserin hat das Testament in amtliche Verwahrung gegeben (§ 2248 BGB) und damit eine Verwahrungsart gewählt, die das Auffinden der Verfügung von Todes wegen und die Unterrichtung der Betroffenen hierüber sicherstellte. Eine in einem derartigen Testament abgegebene Erklärung gilt als gegenüber jedem abgegeben, den es angeht. Dies bedeutet, dass Adressaten einer Willenserklärung in einem in amtliche Verwahrung gegebenen Testament nicht nur diejenigen Personen sind, die in dem Testament ausdrücklich erwähnt werden, sondern auch solche, die aufgrund ihrer Beziehung zum Erblasser zum Kreis der möglicherweise Betroffenen gehören, auch wenn sie in dem Testament nicht bedacht worden sind.

(...)

ANMERKUNG:

Von Notarassessor Dr. **Julius Forschner**,
Würzburg

Es dürfte zum Standardrepertoire der notariellen Belehrungen¹ bei letztwilligen Verfügungen gehören, dass Verträge zugunsten Dritter nicht in den Nachlass fallen und deswegen von der Verfügung von Todes wegen nicht erfasst werden.² Dass Verträge zugunsten Dritter auf den Todesfall nicht in den Nachlass fallen,³ wird auch durch die vorliegende Entscheidung nicht infrage gestellt. Verdeutlicht wird vom BGH jedoch, dass sich Verfügungen von Todes wegen sehr wohl auf diese Verträge – insbesondere im Valutaverhältnis – auswirken können. Dies ist insofern nichts Neues, als schon vom RG anerkannt war, dass eine lebzeitige Schenkung auch in einem Testament widerrufen werden kann.⁴ Die Entscheidung wird für die Zukunft dazu anregen, noch genauer nachzufragen, ob solche Verträge bestehen, um Streitigkeiten nach dem Ableben des Erblassers möglichst zu vermeiden.

1. Inhalt der Entscheidung

Der Entscheidung liegt ein Sachverhalt zugrunde, der in dieser Form heutzutage in der Praxis nicht besonders häufig vorkommen wird: Die Erblasserin schloss mit der depotführenden Bank eine Vereinbarung dahin gehend, dass das Eigentum an den im Depot befindlichen Wertpapieren nach ihrem Tod zunächst auf die Bank übergehen solle und der Begünstigte mit dem Tod der Erblasserin das Recht erwerben solle, von der Bank die Übertragung auf sich fordern zu können. Praktisch deutlich bedeutsamer ist der Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall bei Verträgen über Lebensversicherungen oder Ähnlichem (vgl. §§ 159, 160 VVG).⁵

Der BGH stellt zunächst fest, dass es sich bei der Vereinbarung zwischen Erblasserin und Bank um eine Verfügung unter Lebenden zugunsten Dritter auf den Todesfall handle, auf die die Bestimmungen des Erbrechts keine Anwendung fänden und die allein dem Schuldrecht unterliege.⁶ Im Deckungsverhältnis zwischen Erblasserin und Bank handle es sich insofern um einen Vertrag zugunsten Dritter, im Valutaverhältnis – zwischen Erblasserin und Begünstigtem – liege

1 Zur Haftung bei unterbliebener Belehrung OLG Düsseldorf, Urteil vom 1.12.1994, 18 U 65/94, VersR 1996, 590.

2 Vgl. statt vieler: BeckOF-Vertrag/*Egerland*, Stand: 1.3.2018, Formular 5.1.1; Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht/*Najdecki*, 12. Aufl. 2016, Formular VI.1.

3 St. Rspr., vgl. BGH, Urteil vom 12.5.1993, IV ZR 227/92, NJW 1993, 2171; BGH, Urteil vom 26.11.2003, IV ZR 438/02, ZEV 2004, 118 (hier betont der BGH, dass die erbrechtlichen Regelungen auch im Valutaverhältnis nicht zur Anwendung kommen).

4 RG, Urteil vom 8.2.1943, III 111/42 (V 105/42), RGZ 170, 380, allerdings bezogen auf den Widerruf einer Schenkung wegen groben Undanks und nicht (wie hier) auf den Widerruf vor Zugang der Willenserklärung.

5 Vgl. zu dieser Konstellation BGH, Urteil vom 21.5.2008, IV ZR 238/06, ZEV 2008, 392 m. Anm. *Leipold*.

6 Rdnr. 15 der besprochenen Entscheidung.

ein Schenkungsvertrag vor. Die Frage, ob der Bedachte das ihm Zugewandte behalten dürfe, beurteile sich allein nach dem Valutaverhältnis.⁷

Der Fall wies die Besonderheit auf, dass die damals zugewandten Gegenstände im Testament ausdrücklich erwähnt und neu „verteilt“ wurden. Der BGH legt diese von der Erblasserin getroffene abweichende Verfügung im Testament als Widerruf des Schenkungsangebots aus, auch wenn dies im Testament nicht ausdrücklich so bestimmt war. Das ist im Ergebnis konsequent, denn es kann kaum dem Willen der Erblasserin entsprochen haben, widersprüchliche Verfügungen zu treffen. Diesen Gedanken bringt der Gesetzgeber auch in § 2258 Abs. 1 BGB zum Ausdruck, wo geregelt ist, dass ein früheres Testament nur insoweit aufgehoben wird als das spätere Testament mit dem früheren in Widerspruch steht.

Im vorliegenden Fall geht es jedoch nicht um den Widerruf eines Testaments, sondern um den Widerruf einer noch nicht zugegangenen Willenserklärung. Denn der Schenkungsvertrag im Valutaverhältnis sollte laut Vereinbarung zwischen Erblasserin und Bank dergestalt zustande kommen, dass die Bank nach dem Tod der Erblasserin mit dem Begünstigten in Kontakt tritt und ihm das von der Erblasserin unterbreitete Angebot auf Abschluss eines Schenkungsvertrags übermittelt. Hierfür bestimmt § 130 Abs. 1 Satz 2 BGB, dass die Willenserklärung nicht wirksam wird, wenn dem Empfänger vorher oder gleichzeitig ein Widerruf zugeht.

2. „Zugangsproblematik“ beim Testament

Das ist der Punkt, an dem die Entscheidung interessant wird, weil der BGH gleich mehrere spannende Rechtsfragen behandelt. Zunächst (a) die Frage, ob die Erblasserin bei Abfassung des Testaments überhaupt ein entsprechendes Erklärungsbewusstsein, gerichtet auf den Widerruf des Angebots auf Abschluss eines Schenkungsvertrags, hatte, (b) ob eine Erklärung in einem in amtliche Verwahrung gegebenen Testament überhaupt als dem Begünstigten gegenüber abgegeben angesehen werden kann und (c) ob dieser Widerruf dem Begünstigten vorher oder gleichzeitig zugegangen ist.

Überzeugend ist zunächst – wie oben bereits angedeutet – dass der BGH die Frage (a) bejaht. Es kann nicht dem Willen der Erblasserin entsprochen haben, widersprüchliche Verfügungen zu treffen. Sie wollte ersichtlich die Verteilung ihres gesamten Vermögens regeln. Ob der Erblasserin die damalige Einsetzung noch gegenwärtig war, hat der BGH zu Recht als unerheblich eingestuft.⁸ Denn entscheidend ist allein der Wille der Erblasserin, umfassend über ihr Vermögen neu zu verfügen und damit eine abschließende Regelung zu treffen.

Ebenfalls überzeugend ist, dass das Testament, ob es nun in amtliche Verwahrung gegeben wird oder nicht, gegenüber jedem als abgegeben gilt, – wie der BGH wörtlich

7 Rdnr. 17 der besprochenen Entscheidung.

8 Rdnr. 28 der besprochenen Entscheidung.

schreibt – „den es angeht“.⁹ An dieser Stelle merkt man, dass sich der BGH in der Begründung schwer tut, was auf die Tatsache zurückzuführen ist, dass das Testament gerade eine *nicht* empfangsbedürftige Willenserklärung¹⁰ ist, der BGH aber sowohl die Abgabe „gegenüber bestimmten Personen“ als auch den (beim Testament gerade nicht erforderlichen) Zugang begründen will.

Gemäß § 130 Abs. 1 Satz 2 BGB ist neben der Abgabe auch erforderlich, dass der Widerruf dem Begünstigten vor- oder gleichzeitig zugeht. Wann aber geht eine nicht empfangsbedürftige Willenserklärung zu? Im Normalfall gar nicht. Der BGH stellt deshalb darauf ab, dass der Begünstigte vor Benachrichtigung durch die Bank „Kenntnis vom Testament erhalten“ hat¹¹ und konstruiert so den „Zugang“ einer sonst nicht empfangsbedürftigen Willenserklärung.

Hier wäre es dogmatisch konsequenter gewesen, zwischen der letztwilligen Verfügung als nicht empfangsbedürftiger Willenserklärung und der empfangsbedürftigen Willenserklärung, die lediglich *im Rahmen* einer letztwilligen Verfügung abgegeben wird, zu unterscheiden. Denn auch in einem Testament können ohne Weiteres sonstige Willenserklärungen abgegeben werden, deren Wirksamkeit und Zugang sich nach den allgemeinen Vorschriften richten.¹²

Es überrascht darüber hinaus, dass der BGH in der Entscheidung § 332 BGB mit keinem Wort erwähnt. Das lässt sich entweder dadurch erklären, dass der BGH davon ausgeht, dass dieser nur das Deckungsverhältnis und nicht das Valutaverhältnis betrifft¹³ oder aber die Norm war – wie häufig – in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen abgedungen.¹⁴ Eine Information hierzu enthalten leider weder der Tatbestand noch die rechtlichen Ausführungen.

Wie oben bereits erwähnt, lag eine Besonderheit des Falles darin, dass die damals zugewandten Gegenstände im Testament ausdrücklich benannt waren. Häufiger wird in der Praxis der Fall sein, dass lediglich eine Erbeinsetzung erfolgt, ohne die Gegenstände ausdrücklich zu benennen und zu verteilen. In einer solchen Konstellation wird man die Willenserklärung des Erblassers aber kaum dahin gehend auslegen können, dass in der bloßen anderweitigen Erbeinsetzung ein Widerruf sämtlicher zu Lebzeiten getroffenen Schenkungsversprechen liegt.¹⁵ Ausschließen lässt sich die Gefahr, dass eine letztwillige Verfügung doch so ausgelegt wird, jedoch nur, indem man eine klarstellende Regelung aufnimmt. Ansonsten besteht jedenfalls erhebliches Streitpotenzial.

9 Rdnr. 35 der besprochenen Entscheidung.

10 MünchKomm-BGB/Leipold, § 1937 Rdnr. 6; BeckOGK-BGB/Tegelkamp, Stand: 1.5.2018, § 1937 Rdnr. 13.

11 Rdnr. 31 der besprochenen Entscheidung.

12 BeckOK-BGB/Müller-Christmann, Stand: 1.5.2018, § 1937 Rdnr. 11.

13 Str. OLG Jena, Urteil vom 21.10.2003, 8 U 410/03, BeckRS 2010, 3711 legt mit überzeugenden Argumenten dar, warum § 332 BGB konsequenterweise auch im Valutaverhältnis Anwendung finden muss.

14 BeckOGK-BGB/Mäsch, Stand: 1.4.2018, § 332 Rdnr. 3; Keim, FamRZ 2018, 854, 857.

15 So zutr. Litzemberger, ZEV 2018, 278, 282.

3. Folgen für die Praxis

Für die Gestaltungspraxis ist es ein ausgesprochen unbefriedigendes Ergebnis, dass die Rechtsfolge des Testaments davon abhängen soll, ob ein Begünstigter eines lebzeitigen Schenkungsversprechens rechtzeitig (vor Übermittlung des Angebots durch die Bank/Versicherung) von dem Testament Kenntnis erlangt. Des Weiteren kann es auch nicht Ziel des Kautelarjuristen sein, einen Widerspruch zwischen Deckungs- und Valutaverhältnis zu schaffen. Es empfiehlt sich deshalb, bei der Gestaltung von letztwilligen Verfügungen noch genauer nachzufragen, ob Verträge zugunsten Dritter bestehen und in der Urkunde klarzustellen (und nicht bloß darauf hinzuweisen¹⁶), dass diese Verträge – auch bezogen auf das Valutaverhältnis – von der letztwilligen Verfügung unberührt bleiben sollen.

16 So Litzemberger, ZEV 2018, 278, 282.

13. Beseitigung der Ungleichbehandlung ehelicher und nichtehelicher Kinder im Erbrecht durch das Zweite Erbrechtsgleichstellungsgesetz

BGH, Beschluss vom 12.7.2017, IV ZB 6/15 (Vorinstanz: KG, Beschluss vom 16.1.2015, 6 W 162/14)

EMRK Art. 14

GG Art. 14

BGB § 1589 Abs. 2, § 1924 Abs. 1

NEhelG Art. 12 § 10 Abs. 2 Satz 1

ZwErbGleichG Art. 5 Satz 2

LEITSÄTZE:

1. Zum Erbrecht vor dem 1.7.1949 geborener nichtehelicher Kinder, hier: teleologische Erweiterung von Art. 5 Satz 2 ZwErbGleichG.
2. Nach der Rechtsprechung des EGMR verletzt das Ergebnis der strikten Anwendung der in Art. 5 Satz 2 ZwErbGleichG bestimmte Stichtagsregelung die sich aus der EMRK ergebenden Rechte nichtehelicher Kinder, wenn unter den besonderen Umständen des Falles kein gerechter Ausgleich zwischen den betroffenen widerstreitenden Interessen hergestellt würde, wobei die Kenntnis der Betroffenen, der Status der erbrechtlichen Ansprüche (Verjährung) und die bis zur Geltendmachung des Anspruchs verstrichene Zeit ebenso zu berücksichtigen sind wie der Umstand, ob durch das nationale Recht eine finanzielle Entschädigung für den Verlust des Erbrechts gewährt wird. (Leitsatz der Schriftleitung)
3. Die vom BVerfG bisher ausdrücklich offen gelassene Frage, ob eine teleologische Erweiterung von Art. 5 ZwErbGleichG in bestimmten Fällen, die in tatsächlicher Hinsicht mit dem durch den EGMR in der

Rechtssache Brauer gegen Deutschland entschieden Fall vergleichbar sind, in Betracht kommt (BVerfG, ZEV 2013, 326 Rdnr. 43), ist zu bejahen. (Leitsatz der Schriftleitung)

SACHVERHALT:

1 Die am 13.1.1928 nichtehelich geborene Antragstellerin begehrt die Erteilung eines sie als Alleinerbin ihres am 13.6.1993 verstorbenen Vaters ausweisenden Erbscheins.

2 Sie ist das einzige Kind des Erblassers, der sein Leben lang ledig war. Er wurde im Jahr 1928 von dem AG Charlottenburg verurteilt, Unterhalt an die nicht in seinem Haushalt lebende Antragstellerin zu leisten. Die Antragstellerin hatte – nach ihrem für das Rechtsbeschwerdeverfahren zugrunde zu legenden Vortrag – vor dem Ende des Zweiten Weltkrieges das letzte Mal im Alter von etwa vierzehneinhalb Jahren Kontakt zu dem Erblasser. Nach dem Zweiten Weltkrieg war die Antragstellerin in einem Ministerium der ehemaligen DDR tätig. Aus diesem Grund war ihr die Kontaktaufnahme zu dem auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland lebenden Erblasser untersagt. Nach dem Fall der Berliner Mauer versuchte die Antragstellerin, den Erblasser wiederzufinden. Dies gelang ihr im Jahr 1991. Mit Schreiben vom 14.3.1992 erklärte der Erblasser „eidesstattlich“, dass die Antragstellerin seine leibliche Tochter sei. Die Antragstellerin besuchte den Erblasser im Seniorenheim, war Ansprechpartnerin für seine Ärzte und wurde nach dem plötzlichen Tod des Erblassers um die Zustimmung zur Obduktion seines Leichnams gebeten. Sie kümmerte sich auch um das Begräbnis des Erblassers.

3 Nach dem Tod des Erblassers wurde die Antragstellerin als dessen einzige bekannte Angehörige vom Nachlassgericht benachrichtigt und um Mitteilung von Informationen zu dem Erbfall gebeten. Da sich keine weiteren als Erben in Betracht kommenden Personen bei dem Nachlassgericht meldeten, setzte dieses einen Nachlasspfleger ein, dessen Aufgabe unter anderem war, Erben zu ermitteln. Sein Versuch der Erbenermittlung blieb zunächst erfolglos. Im April 1996 stellte das Nachlassgericht fest, dass ein anderer Erbe als das Land Berlin nicht vorhanden sei.

4 Knapp vier Monate nach dem Erlass des Urteils des EGMR vom 28.5.2009 zur Konventionswidrigkeit der erbrechtlichen Ungleichbehandlung von ehelichen und nichtehelichen Kindern in der Rechtssache Brauer gegen Deutschland (ZEV 2009, 510) beantragte die Antragstellerin unter Bezugnahme auf diese Entscheidung im September 2009 die Erteilung eines sie als Alleinerbin ausweisenden Erbscheins. Der Antrag hatte keinen Erfolg.

5 Im Dezember 2009 bzw. August 2012 beantragten der Beteiligte zu 2, ein Neffe des Erblassers, bzw. die Beteiligten zu 3 bis 5, eine Großnichte, eine Nichte und ein weiterer Neffe des Erblassers, die Erteilung von Erbscheinen. Auf diese Anträge erteilte das Nachlassgericht am 14.2.2012 einen ersten gemeinschaftlichen Teilerbschein zugunsten des Beteiligten zu 2 und seiner ausschließlich von ihm beerbten verstorbenen Schwester und am 30.8.2012 einen zweiten und letzten gemeinschaftlichen Teilerbschein zugunsten der Beteiligten zu 3 bis 5. Der Beschluss über die Feststellung des Fiskuserbrechts aus dem Jahr 1996 wurde aufgehoben. Die Beteiligten zu 2 bis 5 waren durch einen Erbenermittler ausfindig gemacht worden.

6 Nachdem in einem von der Antragstellerin eingeleiteten gesonderten Verfahren mit Beschluss des KG vom 3.6.2014 festgestellt worden war, dass der Erblasser ihr Vater ist, hat sie am 29.8.2014 erneut und unter Hinweis auf das Urteil des EGMR vom 7.2.2013 in der Rechtssache Fabris gegen Frankreich (ZEV 2014, 491) beantragt, ihr einen Alleinerbschein zu erteilen und die den übrigen Beteiligten erteilten Teilerbscheine einzuziehen. Diesen Antrag hat das AG zurückgewiesen. Die dagegen gerichtete Beschwerde ist ohne Erfolg geblieben. Hiergegen richtet sich die vom Beschwerdegericht zugelassene Rechtsbeschwerde der Antragstellerin.

AUS DEN GRÜNDEN:

7 Die statthafte und auch im Übrigen zulässige Rechtsbeschwerde hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und des Verfahrens unter Zurückverweisung der Sache an das Beschwerdegericht (§ 74 Abs. 6 Satz 2 Alt. 1 FamFG).

8 1. Das Beschwerdegericht, dessen Entscheidung in ZEV 2015, 529 veröffentlicht ist, ist der Auffassung, der Antragstellerin stehe kein gesetzliches Erbrecht nach dem Erblasser zu. Sie sei gemäß § 1589 Abs. 2 BGB in der bis zum 30.6.1970 geltenden Fassung (im Folgenden: § 1589 Abs. 2 BGB a. F.) nicht als mit dem Erblasser verwandt anzusehen. Die Aufhebung dieser Vorschrift durch Art. 1 Nr. 3 des Gesetzes über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder vom 19.8.1969 (BGBl. I, S. 1243; im Folgenden: Nichtehelichengesetz/NEhelG a. F.) gelte gemäß Art. 12 § 10 Abs. 2 Satz 1 dieses Gesetzes nicht für die vor dem 1.7.1949 geborene Antragstellerin. Die Ersetzung der letztgenannten Bestimmung gemäß Art. 1 Nr. 2 des Zweiten Gesetzes zur erbrechtlichen Gleichstellung nichtehelicher Kinder, zur Änderung der ZPO und der AO vom 12.4.2011 (BGBl. I, S. 615; im Folgenden: Zweites Erbrechtsgleichstellungsgesetz/ZwErbGleichG) habe für den in Streit stehenden Erbfall, der sich vor dem 29.5.2009 ereignete, gemäß Art. 5 Satz 2 des Gesetzes keine Geltung. Die begrenzte Rückwirkung der Ersetzung von Art. 12 § 10 Abs. 2 Satz 1 NEhelG a. F. sei im Hinblick auf die EMRK nicht zu beanstanden. Etwas anderes ergebe sich insbesondere nicht aus der Entscheidung des EGMR in der Rechtssache Fabris gegen Frankreich.

9 2. Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Nach dem mangels abweichender Feststellungen des Beschwerdegerichts dem Rechtsbeschwerdeverfahren zugrunde zu legenden Vortrag der Antragstellerin ist sie als Tochter des Erblassers gemäß § 1924 Abs. 1 BGB dessen Erbin erster Ordnung. Dies folgt aus einer über den Wortlaut von Art. 5 Satz 2 ZwErbGleichG hinausgehenden, konventionsrechtlich gebotenen teleologischen Erweiterung der genannten Bestimmung.

10 a) Das Beschwerdegericht hat zunächst rechtsfehlerfrei ausgeführt, dass die Antragstellerin nach dem Wortlaut von Art. 5 Satz 2 ZwErbGleichG gemäß § 1589 Abs. 2 BGB a. F. i. V. m. Art. 12 § 10 Abs. 2 Satz 1 NEhelG a. F. für erbrechtliche Verhältnisse nicht als mit dem Erblasser verwandt anzusehen ist. Danach tritt die durch Art. 1 Nr. 2 ZwErbGleichG angeordnete Ersetzung von Art. 12 § 10 Abs. 2 Satz 1 NEhelG a. F., der bestimmte, dass für die erbrechtlichen Verhältnisse eines vor dem 1.7.1949 geborenen nichtehelichen Kindes zu seinem Vater § 1589 Abs. 2 BGB a. F. als bisher geltende Vorschrift maßgebend bleibt, erst mit Wirkung für Erbfälle ab dem 29.5.2009 in Kraft. Hier ist der Erblasser vor diesem Stichtag verstorben. Diese Regelung ist verfassungsrechtlich auch nicht zu beanstanden (Senatsurteil vom 26.10.2011, IV ZR 150/10, BGHZ 191, 229 Rdnr. 19 ff.; BVerfG, ZEV 2013, 326 Rdnr. 27 ff.).

11 b) Indes würde die Antragstellerin – anders als das Beschwerdegericht meint – bei diesem Ergebnis der Rechtsanwendung nach der neueren Rechtsprechung des EGMR in ihren Rechten aus Art. 14 EMRK (Diskriminierungsverbot)

i. V. m. Art. 1 des Zusatzprotokolls zur EMRK (Schutz des Eigentums) verletzt werden. Hiernach kommt ein Konventionsverstoß in Betracht, wenn ohne die gerügte Diskriminierung ein nach staatlichem Recht durchsetzbarer Anspruch auf den Vermögenswert bestanden hätte (EGMR in der Rechtssache Fabris gegen Frankreich, ZEV 2014, 491 Rdnr. 52). Dabei kann offen bleiben, welche Folgerungen sich aus der Entscheidung des EGMR in der Rechtssache Fabris gegen Frankreich für das deutsche Recht ergeben (vgl. hierzu BT-Drucks. 17/13579 S. 20; *Lehmann/Hahn*, ZEV 2013, 192; *Leipold*, ZEV 2014, 449; *Reimann*, FamRZ 2013, 851). Denn die Konventionswidrigkeit des Ergebnisses der wortlautgetreuen Anwendung von Art. 5 Satz 2 ZwErbGleichG ergibt sich nunmehr jedenfalls aus dem – nach dem Erlass des Senatsurteils vom 26.10.2011 (IV ZR 150/10, BGHZ 191, 229) und der Entscheidung des BVerfG vom 18.3.2013 (ZEV 2013, 326) ergangenen – Urteil des EGMR vom 23.3.2017 in der Rechtssache Wolter und Sarfert gegen Deutschland (NJW 2017, 1805; vgl. hierzu *Magnus*, FamRZ 2017, 831), welches (anders als das Urteil des EGMR vom 9.2.2017 in der Rechtssache Mitzinger gegen Deutschland, Zusammenfassung der Entscheidung in FamRZ 2017, 656; vgl. hierzu auch *Magnus*, FamRZ 2017, 586) die derzeit geltende und im Streitfall maßgebliche Rechtslage nach Inkrafttreten des ZwErbGleichG betrifft.

12 aa) Nach dem Urteil des EGMR vom 23.3.2017 verletzt das Ergebnis der strikten Anwendung der in Art. 5 Satz 2 ZwErbGleichG bestimmten Stichtagsregelung die sich aus den genannten Bestimmungen der EMRK ergebenden Rechte nichtehelicher Kinder, wenn unter den besonderen Umständen des Falles kein gerechter Ausgleich zwischen den betroffenen widerstreitenden Interessen hergestellt würde, wobei die Kenntnis der Betroffenen, der Status der erbrechtlichen Ansprüche (Verjährung) und die bis zur Geltendmachung des Anspruchs verstrichene Zeit ebenso zu berücksichtigen sind wie der Umstand, ob durch das nationale Recht eine finanzielle Entschädigung für den Verlust des Erbrechts gewährt wird (vgl. EGMR, a. a. O., Rdnr. 51, 72 ff.).

13 bb) Unter Zugrundelegung dieser Kriterien würde die Antragstellerin bei einer wortlautgetreuen Anwendung von Art. 5 Satz 2 ZwErbGleichG in ihren Rechten aus Art. 14 EMRK in Verbindung mit Art. 1 des Zusatzprotokolls zur EMRK verletzt. Wie im Fall des Beschwerdeführers zu 1 vor dem EGMR (vgl. EGMR, a. a. O., Rdnr. 73), hatten die Beteiligten zu 2 bis 5 Kenntnis von der Existenz der Antragstellerin, als ihnen die Erbscheine erteilt wurden. Weiter ist die gemäß § 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB dreißigjährige Verjährungsfrist für den Anspruch aus § 2018 BGB im Streitfall ebenso wenig abgelaufen, wie dies in den Fällen der Beschwerdeführer bei dem EGMR der Fall war (vgl. EGMR, a. a. O., Rdnr. 75). Zudem hat die Antragstellerin den Erbschein nur knapp vier Monate nach der Entscheidung in der Rechtssache Brauer gegen Deutschland beantragt; im Fall des Beschwerdeführers zu 1 beim EGMR war ein vergleichbarer Zeitraum – knapp zwei Monate (vgl. EGMR, a. a. O., Rdnr. 9 – insoweit in NJW 2017, 1805 nicht abgedruckt – und Rdnr. 76) – verstrichen. Schließlich steht der Antragstellerin für den Ausschluss des Erbrechts insbesondere auch kein Anspruch auf Zahlung einer finanziellen Entschädigung zu, weil die Voraussetzung von Art. 12 § 10 Abs. 2 Satz 1 NEhelG in der gemäß Art. 1 Nr. 2 ZwErbGleichG geän-

dernten Fassung – das Bestehen des Fiskuserbrechts gemäß § 1936 BGB – im Streitfall nicht erfüllt ist.

14 c) Aufgrund der danach gegebenen Konventionswidrigkeit des Ausschlusses des Erbrechts der Antragstellerin ist Art. 5 Satz 2 ZwErbGleichG im Streitfall teleologisch dahin zu erweitern, dass die Ersetzung von Art. 12 § 10 Abs. 2 Satz 1 NEhelG a. F. gemäß Art. 1 Nr. 2 ZwErbGleichG bereits für den in Rede stehenden Erbfall Geltung beansprucht und § 1589 Abs. 2 BGB a. F. damit nicht mehr anzuwenden ist.

15 Die EMRK und ihre Zusatzprotokolle – soweit sie für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft getreten sind – stehen innerhalb der deutschen Rechtsordnung zwar nur im Rang eines Bundesgesetzes (BVerfG, FamRZ 2015, 1263 Rdnr. 47; BVerfGE 128, 326 unter C. I. 1. a); BVerfGE 111, 307 unter C. I. 1. a)). Deutsche Gerichte trifft jedoch die Verpflichtung, die Gewährleistungen der Konvention zu berücksichtigen und in den betroffenen Teilbereich der nationalen Rechtsordnung einzupassen. Die Möglichkeit einer konventionsfreundlichen Auslegung endet jedoch dort, wo diese nach den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung und Verfassungsinterpretation nicht mehr vertretbar erscheint, etwa wenn die Beachtung der Entscheidung des Gerichtshofs gegen eindeutig entgegenstehendes Gesetzesrecht verstößt (vgl. BVerfG, FamRZ 2015, 1263 Rdnr. 47 f.; BVerfGE 111, 307, 329).

16 aa) Die vom BVerfG in der Entscheidung vom 18.3.2013 ausdrücklich offen gelassene Frage, ob eine teleologische Erweiterung von Art. 5 ZwErbGleichG in bestimmten Fällen, die in tatsächlicher Hinsicht mit dem durch den EGMR in der Rechtssache Brauer gegen Deutschland entschiedenen Fall vergleichbar sind, in Betracht kommt (BVerfG, ZEV 2013, 326 Rdnr. 43), ist zu bejahen. Die teleologische Erweiterung von Art. 5 Satz 2 ZwErbGleichG liegt in den genannten Fällen im Rahmen geltender methodischer Standards (vgl. *Ermann/Lieder*, BGB, 14. Aufl., § 1924 Rdnr. 1e; *MünchKomm-BGB/Liebold*, 7. Aufl., Einl. Band 10 Rdnr. 113; *ders.*, ZEV 2014, 449, 455; *ders.*, FPR 2011, 275, 279 f.; *Lieder/Berneith*, FamRZ 2015, 1528 f.; wohl auch *BeckOGK-BGB/Tegelkamp*, Stand: 1.4.2017, § 1924 Rdnr. 52 ff.; *Magnus*, FamRZ 2017, 586, 590; a. A. OLG Düsseldorf, FamRZ 2015, 1526, 1527).

17 (1) Allgemein setzt die teleologische Erweiterung einer Gesetzesbestimmung eine Regelungslücke voraus. Die Bestimmung muss gemessen an ihrem Zweck unvollständig, das heißt ergänzungsbedürftig sein. Ihre Ergänzung darf nicht einer vom Gesetzgeber beabsichtigten Beschränkung auf bestimmte Tatbestände widersprechen. Dass eine gesetzliche Regelung rechtspolitisch als verbesserungsbedürftig anzusehen ist, reicht nicht aus. Ihre Unvollständigkeit erschließt sich vielmehr aus dem gesetzesimmanenten Zweck und kann auch bei einem eindeutigen Wortlaut vorliegen (BFH, ZIP 2016, 463 Rdnr. 37; vgl. auch BVerfG, NJW 2013, 2457 Rdnr. 22; jeweils m. w. N.).

18 (2) Diese Voraussetzung ist im Hinblick auf Art. 5 Satz 2 ZwErbGleichG bei Erbfällen erfüllt, die sich vor dem 29.5.2009 ereigneten und in tatsächlicher Hinsicht mit der Rechtssache Brauer gegen Deutschland vergleichbar sind.

19 Das ZwErbGleichG bezweckt, die vom EGMR in der genannten Rechtssache für konventionswidrig befundene Un-

gleichbehandlung ehelicher und nichtehelicher Kinder im Erbrecht zu beseitigen, und zwar soweit möglich (BT-Drucks. 17/3305, S. 1; 17/4776, S. 1). Dabei hat der Gesetzgeber die Beseitigung der erbrechtlichen Ungleichbehandlung von ehelichen und nichtehelichen Kindern auch für Erbfälle, die sich vor dem 29.5.2009 ereigneten, für wünschenswert gehalten (BT-Drucks. 17/4776, S. 7). Er hat sich jedoch aus Gründen des Vertrauensschutzes und aufgrund der mit einer Rückabwicklung weit in der Vergangenheit liegender Erbfälle verbundenen praktischen Schwierigkeiten dagegen entschieden, die Ungleichbehandlung auch insoweit zu beseitigen (BT-Drucks. 17/3305, S. 7 f.; 17/4776, S. 7). Dabei wollte der Gesetzgeber indes nicht in Kauf nehmen, dass die Bundesrepublik Deutschland in einem Fall, der dieselben Besonderheiten wie die Rechtssache Brauer gegen Deutschland aufweist, erneut durch den EGMR verurteilt wird. Das ergibt sich aus der Beschlussempfehlung und dem Bericht des Rechtsausschusses des Bundestages. Dort heißt es (BT-Drucks. 17/4776, S. 7):

„Weitere Verurteilungen Deutschlands durch den EGMR sind unwahrscheinlich, selbst wenn dem nichtehelichen Kind in einer Fallkonstellation, wie sie dem vom EGMR entschiedenen Fall zu Grunde lag – der Erbfall ereignete sich schon im Zeitraum 30.6. bis 3.7.1998, auch nach dem Gesetzentwurf kein Erbrecht zustünde. Denn der EGMR entscheidet stets Einzelfälle. Der entschiedene Fall weist aber durch den DDR-Bezug, die tatsächliche Nähebeziehung zwischen Kind und nichtehelichem Vater sowie das Fehlen anderer naher gesetzlicher Erben zahlreiche Besonderheiten auf und kann daher als atypisch bezeichnet werden. Vor allem betonte der EGMR, dass dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes der gesetzlichen Erben in dem konkreten Fall keine Bedeutung zukam, da es nur Erben dritter Ordnung gab, die der Erblasser nicht einmal kannte (Rdnr. 44). Dem Vertrauensschutz näherer Verwandter würde ein größeres Gewicht zukommen, so dass in einem derartigen Fall ganz andere Ausgangsbedingungen vorlägen, die der EGMR in seine Abwägung einzubeziehen hätte.“

20 Die Einschätzung, dass weitere Verurteilungen Deutschlands durch den EGMR deswegen unwahrscheinlich seien, weil die Rechtssache Brauer gegen Deutschland von zahlreichen Besonderheiten gekennzeichnet werde und dadurch ein „atypischer“ Fall sei, macht deutlich, dass der Gesetzgeber solche aus seiner Sicht „atypischen Fälle“ nicht dahin gehend regeln wollte, dass es zu einer weiteren Verurteilung der Bundesrepublik Deutschland kommt. Die Billigung einer erneuten Verurteilung gerade in einem Fall, der der Rechtssache Brauer gegen Deutschland im Kern entspricht, widerspräche geradezu dem Regelungsziel, die vom EGMR in dieser Rechtssache festgestellte Konventionswidrigkeit der Ungleichbehandlung ehelicher und nichtehelicher Kinder im Erbrecht zu beseitigen.

21 bb) Der Streitfall ist in tatsächlicher Hinsicht mit der Rechtssache Brauer gegen Deutschland vergleichbar. Er weist alle Besonderheiten auf, die diese Rechtssache aus Sicht des Gesetzgebers zu einem „atypischen“ Fall gemacht haben.

22 Ebenso wie die Beschwerdeführerin Brauer lebte die Antragstellerin in der ehemaligen DDR, während ihr Vater in der Bundesrepublik Deutschland wohnte. Die Antragstellerin und

ihren Vater verband darüber hinaus – nach dem für das Rechtsbeschwerdeverfahren zugrunde zu legenden Vorbringen der Antragstellerin – eine tatsächliche Nähebeziehung, die sich, wie in der Rechtssache Brauer gegen Deutschland, unter anderem in Besuchen äußerte. Schließlich liegt auch im Streitfall die – vom Gesetzgeber besonders hervorgehobene – Situation vor, dass andere nahe gesetzliche Erben fehlen und die übrigen als Erben in Betracht kommenden Personen in Ermangelung einer tatsächlichen Beziehung zum Erblasser kein Vertrauen auf den Erhalt der Erbschaft bilden konnten; die Beteiligten zu 2 bis 5 als Erben höherer Ordnungen traten im nachlassgerichtlichen Verfahren erst viele Jahre nach dem Tod des Erblassers zum ersten Mal in Erscheinung.

23 cc) Die teleologische Erweiterung des Art. 5 Satz 2 ZwErbGleichG verletzt nicht die sich aus den Grundrechten der Beteiligten zu 2 bis 5 ergebenden verfassungsrechtlichen Grenzen der konventionskonformen Auslegung und Anwendung von Gesetzesrecht.

24 (1) Betrifft die Feststellung des EGMR, dass das Ergebnis einer Gesetzesanwendung die EMRK verletzt, eine Bestimmung des Privatrechts, haben deutsche Gerichte bei der Anwendung der betreffenden Entscheidung auf das Privatrechtsverhältnis zu berücksichtigen, dass sie ein mehrpoliges Grundrechtsverhältnis auszugestalten haben und es insoweit regelmäßig auf sensible Abwägungen zwischen verschiedenen subjektiven Rechtspositionen ankommt, was einer schematischen Anwendung der Entscheidung des EGMR entgegensteht (vgl. BVerfGE 128, 326 unter C. I. 1. f); BVerfGE 111, 307 unter C. I. 3. a).

25 (2) Das Grundrecht der Beteiligten zu 2 bis 5 aus Art. 14 Abs. 1 GG, welches das bis zur Änderung des Nichtehelichen-gesetzes durch das Zweite Erbrechtsgleichstellungsgesetz gemäß § 1925 Abs. 1 BGB bestehende Erbrecht der Beteiligten zu 2 bis 5 vom Eintritt des Erbfales an schützt (vgl. BVerfG, ZEV 2013, 326 Rdnr. 28), überwiegt das ebenfalls gemäß Art. 6 Abs. 5 GG verfassungsrechtlich verbürgte Recht der Antragstellerin auf grundsätzliche Gleichbehandlung mit ehelichen Kindern (BVerfG, a. a. O., Rdnr. 32) nicht. Der Gesetzgeber war von Verfassungs wegen nicht daran gehindert, Art. 12 § 10 Abs. 2 Satz 1 NEhelG a. F. für Erbfälle ab dem 29.5.2009 durch die in Art. 1 Nr. 2 ZwErbGleichG vorgesehene Regelung zu ersetzen, ein grundrechtlich geschütztes Erbrecht also zugunsten der Gleichbehandlung nichtehelicher und ehelicher Kinder mit – wenn auch zeitlich begrenzter – echter Rückwirkung zu entziehen (vgl. BVerfG, a. a. O., Rdnr. 33 ff.). Maßgebend ist insoweit der Gesichtspunkt, dass seit der Entscheidung des EGMR in der Rechtssache Brauer gegen Deutschland ein gefestigtes und schutzwürdiges Vertrauen der Väter nichtehelicher Kinder und deren erbberechtigter Familienangehöriger auf den Fortbestand der bisherigen Rechtslage nicht mehr entstehen konnte (vgl. BVerfG, a. a. O., Rdnr. 36; BT-Drucks. 17/3305, S. 7; 17/4776, S. 7).

26 Die Abwägung der grundrechtlich geschützten Rechtspositionen kann erst recht zu keinem anderen Ergebnis führen, wenn sich, wie hier in Bezug auf die Beteiligten zu 2 bis 5, aufseiten der erbberechtigten Familienangehörigen des Vaters des nichtehelichen Kindes bereits faktisch kein – als schutzwürdig in Betracht kommendes – Vertrauen auf den Erhalt der

Erbschaft gebildet hat, weil zwischen ihnen und dem Erblasser – nach dem für das Rechtsbeschwerdeverfahren zugrunde zu legenden Sachverhalt – keinerlei tatsächliche Beziehungen bestanden.

27 3. Die Sache ist noch nicht zur Endentscheidung reif (§ 74 Abs. 6 Satz 2 Alt. 1 FamFG). Da die Beteiligten zu 2 bis 5 aufgrund der Feststellungen des Nachlass- und des Beschwerdegerichts davon ausgehen konnten, dass der Antragstellerin kein Erbrecht zusteht, hatten sie keine Veranlassung, zu dem Vortrag der Antragstellerin Stellung zu nehmen. Ihnen ist Gelegenheit zu geben, dies nachzuholen.

ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Stefan Braun**, LL.M. (L. S. E., London), Maître en droit (Paris), Erlangen

Die vorliegende Entscheidung des BGH vermag angesichts der Rechtsprechung des EGMR¹ nicht zu überraschen. Sie unternimmt den – aus meiner Sicht durchaus geglückten – Versuch, die nach ihrem unmittelbaren Wortlaut nicht mit den Vorgaben der EGMR² (und auch kaum mit Art. 6 Abs. 5 GG) zu vereinbarende Stichtagsregelung des Art. 12 § 10 Abs. 1 und Abs. 2 NEhelG durch eine „teleologische Erweiterung“ des Art. 5 Satz 2 ZwErbGleichG mit diesen Vorgaben in Einklang zu bringen.

1. Problemstellung: Unverhältnismäßigkeit einer reinen Stichtagsregelung

Nach der „Brauer-Entscheidung“ des EGMR³ bemühte sich der deutsche Gesetzgeber, die bis dahin bestehende erbrechtliche Diskriminierung (vgl. Art. 12 § 10 Abs. 2 Satz 1 NEhelG a. F.) vor dem 1.7.1949 geborener nichtehelicher Kinder nach ihren Vätern zu beseitigen. Aus Gründen der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes beschränkte sich die Neuregelung durch Art. 12 § 10 Abs. 1 und Abs. 2 NEhelG allerdings auf Erbfälle, welche vor Erlass der Brauer-Entscheidung, also dem 28.5.2009, bereits eingetreten waren (vgl. Art. 5 Satz 2 ZwErbGleichG).

Nötig wurde die aktuelle Entscheidung des BGH, weil der EGMR⁴ die ebenso starre Stichtagsregelung des deutschen Gesetzgebers als nicht konventionskonform ansah. Zwar verfolge der deutsche Gesetzgeber mit der im Interesse der Rechtssicherheit sowie des Vertrauensschutzes zugunsten des Erblassers und seiner Familie erlassenen Stichtagsrege-

lung grundsätzlich legitime Ziele.⁵ Der EGMR rügte jedoch, dass die strikte Anwendung des Stichtags einen fairen Ausgleich zwischen den im Einzelfall betroffenen widerstreitenden Interessen – in noch nicht rechtskräftig entschiedenen Fällen⁶ – nicht stets herzustellen vermag.⁷ Mit anderen Worten: Die Verhältnismäßigkeit zwischen den vom deutschen Gesetzgeber verfolgten Zielen und den angewandten Mitteln, nämlich dem ausnahmslosen Ausschluss der betroffenen nichtehelichen Kinder von der Erbfolge, ist aus Sicht des EGMR nicht stets gewahrt.

Bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit stellt der EGMR dabei im Wesentlichen auf drei Kriterien ab:⁸

- a) die Kenntnis der potenziellen weiteren gesetzlichen Erben von der Existenz des nichtehelichen Kindes,
- b) die Frage, ob die potenziellen weiteren Erben angesichts der zeitlichen Schranken (Verjährungsfristen) noch mit der Geltendmachung erb- oder pflichtteilsrechtlicher Ansprüche Dritter rechnen mussten (vom EGMR als „Status der erbrechtlichen Ansprüche“ bezeichnet),
- c) die verstrichene Zeit bei der Geltendmachung der Ansprüche des nichtehelichen Kindes.

Alle drei Kriterien sprachen – wie der BGH zu Recht feststellt – im vorliegenden Fall eindeutig für das nichteheliche Kind: Die Existenz dieses Kindes war den übrigen Beteiligten bekannt, die 30-jährige Verjährungsfrist (§ 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB) für dessen (etwaigen) Anspruch aus § 2018 BGB noch nicht abgelaufen und die Geltendmachung des Erbrechts erfolgte zeitnah – nämlich lediglich vier Monate – nach Erlass der Brauer-Entscheidung des EGMR.

2. Lösung des BGH: teleologische Erweiterung des Art. 5 Satz 2 ZwErbGleichG auf „atypische“ Altfälle

Um trotz der nach ihrem Wortlaut und ihrer bisherigen Auslegung ausnahmslos geltenden starren Stichtagsregelung der Forderung des EGMR nach einem verhältnismäßigen Ausgleich der widerstreitenden Interessen im hiesigen Einzelfall auf Basis des geltenden Rechts nachkommen zu können, bedient sich der BGH im Wesentlichen folgender Argumentation: Eine rein am Wortlaut orientierte Auslegung der Übergangsregelung in Art. 5 Satz 2 ZwErbGleichG ergibt zwar, dass der nichtehelichen Tochter keinerlei erbrechtliche Ansprüche hinsichtlich ihres Vaters zustehen. Dieses Ergebnis würde jedoch gemessen an den vom EGMR aufgestell-

1 EGMR (V. Sektion), Urteil vom 23.3.2017, 59752/13, 66277/13 (Wolter u. Sarfert ./ Deutschland), NJW 2017, 1805 ff.; EGMR (Große Kammer), Urteil vom 7.2.2013, 16574/08 (Fabris ./ Frankreich), NJW-RR 2014, 645; vgl. auch EGMR (V. Sektion), Urteil vom 9.2.2017, 29762/10, FamRZ 2017, 656; EGMR (V. Sektion), Urteil vom 28.5.2009, 3545/04 (Brauer ./ Deutschland), NJW-RR 2009, 1603.

2 Vgl. hierzu ausführlich MünchKomm-BGB/Leipold, 7. Aufl. 2017, Vor § 1922 Rdnr. 109 ff.

3 EGMR (V. Sektion), Urteil vom 28.5.2009, 3545/04 (Brauer ./ Deutschland), NJW-RR 2009, 1603.

4 EGMR (V. Sektion), Urteil vom 23.3.2017, 59752/13, 66277/13 (Wolter u. Sarfert ./ Deutschland), NJW 2017, 1805.

5 EGMR (V. Sektion), Urteil vom 23.3.2017, 59752/13, 66277/13 (Wolter u. Sarfert ./ Deutschland), NJW 2017, 1805, 1807 Rdnr. 71.

6 EGMR (V. Sektion), Urteil vom 23.3.2017, 59752/13, 66277/13 (Wolter u. Sarfert ./ Deutschland), NJW 2017, 1805, 1806 f. Rdnr. 64.

7 EGMR (V. Sektion), Urteil vom 23.3.2017, 59752/13, 66277/13 (Wolter u. Sarfert ./ Deutschland), NJW 2017, 1805, 1807 Rdnr. 72 ff.

8 EGMR (V. Sektion), Urteil vom 23.3.2017, 59752/13, 66277/13 (Wolter u. Sarfert ./ Deutschland), NJW 2017, 1805, 1807 Rdnr. 72.

ten Verhältnismäßigkeitskriterien einen erneuten Konventionsverstoß darstellen (vgl. hierzu oben 1.).

Um diesen vom nationalen Gesetzgeber nicht gewünschten erneuten Konventionsverstoß zu vermeiden, ist nach der Auffassung des BGH die einfachgesetzliche deutsche Regelung konventionsfreundlich dahin gehend auszulegen und die Übergangsregelung dementsprechend in der Weise teleologisch zu erweitern, dass auf alle „atypischen“ Altfälle, d. h. auf solche, die der Rechtssache Brauer im Kern entsprechen, das neue Recht anzuwenden ist.⁹ Durch den Wortlaut der betreffenden Vorschriften sieht sich der BGH – zu Recht – nicht an dieser Gesetzesauslegung gehindert. Das Gericht geht dabei davon aus, dass die gesetzliche Regelung insoweit unvollständig ist, als sie Erbfälle, welche sich vor dem 29.5.2009 ereigneten und in tatsächlicher Hinsicht der Rechtssache Brauer vergleichbar sind, nicht in den Blick nimmt. Daraus, dass der Gesetzgeber eine Regelung hierzu angesichts der von ihm angenommenen atypischen Fallgestaltung unterlassen hat, könne jedoch nicht geschlossen werden, dass der deutsche Gesetzgeber diese Fälle in einer Weise regeln wollte, die zu einer erneuten Verurteilung durch den EGMR führen würde. Vielmehr gebiete es das Regelungsziel des Gesetzgebers, die in der Brauer-Entscheidung festgestellte konventionswidrige Ungleichbehandlung ehelicher und nichtehelicher Kinder im deutschen Erbrecht zu beseitigen, das neue Recht auch auf atypische Altfälle im obigen Sinne anzuwenden.

Im Ergebnis führt dies dazu, dass die rein stichtagsbezogene Betrachtung in Art. 5 Satz 2 ZwErbGleichG um den vom EGMR geforderten Verhältnismäßigkeitstest in der Weise ergänzt werden muss, dass entgegen dem Wortlaut der Vorschrift auch bei vor dem 29.5.2009 eingetretenen Erbfällen ausnahmsweise das neue Recht zur Anwendung gelangt, wenn sich diese gemessen an den vom EGMR aufgestellten drei Kriterien als „atypisch“ erweisen.

Die wesentlichen Argumentationslinien des BGH und auch dessen Ergebnis sind absolut schlüssig: Es gelingt dem Gericht methodisch überzeugend, die bestehende gesetzliche Übergangsregelung und das Recht der EMRK (welches, soweit für die BRD in Kraft getreten, ebenfalls den Rang eines Bundesgesetzes hat¹⁰) miteinander in Einklang zu bringen. Auf diese Weise wird nicht nur die Einheit der Rechtsordnung gewahrt, sondern auch ein gangbarer Weg zu einem fairen Interessenausgleich im Einzelfall geschaffen. Es stellt sich lediglich die Frage, weshalb sich nicht bereits der Gesetzgeber die Mühe gemacht hat, eine vergleichbare Lösung für „atypische“ Fälle zu schaffen, statt sich mit der Feststellung zu begnügen, es sei wegen der atypischen

Konstellation unwahrscheinlich, dass es erneut zu einer Verurteilung der BRD kommen würde.¹¹

3. Folgen für die notarielle Praxis

Obwohl sich die vorliegende Entscheidung lediglich mit Konstellationen beschäftigt, die in zweierlei Hinsicht Altfälle darstellen, nämlich den potenziellen Erbsprüchen von (1) vor dem 1.7.1949 geborenen nichtehelichen Kindern, bei (2) vor dem 28.5.2009 eingetretenen Erbfällen, kann sie im Einzelfall durchaus erhebliche Auswirkungen auf die notarielle Praxis haben. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn der Notar mit der Beurkundung eines entsprechenden Erbscheinsantrags, sei es des nichtehelichen Kindes, sei es eines anderen Verwandten, betraut wird. In den normalen Fällen der gesetzlichen Erbfolge kann sich der Notar darauf beschränken, die Verwandtschaftsverhältnisse zu ermitteln und in der betreffenden Urkunde darzulegen. In den hier in Rede stehenden Fällen ist es dagegen auch nötig, diejenigen Umstände zu ermitteln und im Erbscheinsantrag darzulegen, deren Kenntnis zur Entscheidung über das Vorliegen eines „atypischen“ Falles im Sinne der Rechtsprechung des BGH erforderlich ist. Mangels entsprechender gesetzlicher Regelung (vgl. § 352 Abs. 3 Satz 3 FamFG e contrario) braucht sich allerdings die eidesstattliche Versicherung des Antragstellers nicht zwingend auf diese Umstände zu beziehen. Angesichts der von der Rechtsprechung aufgestellten am jeweiligen Einzelfall orientierten weichen Kriterien für das Vorliegen eines atypischen Falles dürfte es ferner angezeigt sein, die Beteiligten über die ungewissen Erfolgsaussichten des Erbscheinsantrages zu belehren.

14. Wirksamkeit einer Widerrufserklärung bei Zugang „alsbald“ nach dem Tod des Erblassers

OLG Oldenburg, Beschluss vom 19.12.2017, 3 W 112/17

BGB §§ 130, 2271

LEITSÄTZE

1. Weist der Erblasser den Notar an, den Widerruf eines gemeinschaftlichen Testaments zuzustellen, ist diese Anweisung durch die Zustellung zunächst nur einer beglaubigten Abschrift nicht „verbraucht“. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. Eine Zustellung innerhalb von 12 Tagen nach dem Tod ist „alsbald“ erfolgt. (Leitsatz der Schriftleitung)

SACHVERHALT:

1 I. Der Beschwerdeführer wendet sich mit seiner Beschwerde gegen den Beschluss des AG – Nachlassgericht – Norden vom 27.10.2017, durch den die Tatsachen für den von den Beschwerdegegnern beantragten Erbschein für festgestellt erachtet werden.

9 Terminologisch („teleologische Reduktion des Übergangsrechts“), jedoch m. E. nicht in der Sache abweichend MünchKomm-BGB/Leipold, vor § 1922 Rdnr. 113; die Frage der teleologischen Erweiterung wurde offengelassen von BVerfG, Beschluss vom 18.3.2013, 1 BvR 2436/11, 1 BvR 3155/11, ZEV 2013, 326, 330.

10 Vgl. etwa BVerfG, Beschluss vom 19.5.2015, 2 BvR 1170/14, BeckRS 2015, 13474; BVerfG, Urteil vom 4.5.2011, 2 BvR 2365/09, NJW 2011, 1931, 1935.

11 BT-Drucks. 17/4776, S. 7.

2 Der Beschwerdeführer war der Ehemann der Erblasserin. Die Eheleute haben am 28.2.2003 ein privatschriftliches gemeinschaftliches wechselseitiges Testament verfasst und dieses sodann in amtliche Verwahrung gegeben. Die Erblasserin hat dieses Testament mit notarieller Urkunde vom 9.11.2016 widerrufen und den Notar angewiesen, den Widerruf dem Beschwerdeführer in Ausfertigung zustellen zu lassen. Mit einem notariellen Testament vom gleichen Tage hat die Erblasserin ihre Geschwister, die Beschwerdegegner, zu ihren Erben eingesetzt.

3 Ausweislich einer Postzustellungsurkunde wurde eine beglaubigte Abschrift der Widerrufsurkunde dem Beschwerdeführer am 14.11.2016 durch Einlegung in den Briefkasten zugestellt. Zu diesem Zeitpunkt wohnten die Erblasserin und der Beschwerdeführer unter der gleichen Anschrift und nutzten einen gemeinsamen Briefkasten.

4 Der Notar erteilte wenige Tage nach dem Tode der Erblasserin, am 25.4.2017, einen weiteren Zustellungsauftrag zur Zustellung einer Ausfertigung der Widerrufsurkunde. Die Zustellung an den Beschwerdeführer erfolgte am 29.4.2017, also zwölf Tage nach dem Tode der Erblasserin.

5 Die Beschwerdegegner haben die Erteilung eines Erbscheins beantragt, der sie als Erben zu je 1/2 nach der Erblasserin ausweist. Sie haben behauptet, der Beschwerdeführer habe bereits vor dem Tode der Erblasserin Kenntnis von dem Widerruf gehabt.

6 Der Beschwerdeführer hat dies bestritten und angegeben, von einer Enterbung nichts gewusst zu haben.

7 Das Nachlassgericht hat die zur Erteilung des von den Beschwerdegegnern beantragten Erbscheins für festgestellt erachtet.

8 Die Beschwerdegegner seien aufgrund des notariellen Testaments der Erblasserin Erben geworden. Die Erblasserin habe das frühere gegenseitige Testament wirksam widerrufen. Gemäß § 130 Abs. 2 BGB werde eine Erklärung nach dem Tode des Erklärenden wirksam, soweit die Erklärung zum Zeitpunkt des Todes bereits „auf dem Weg“ zum Empfänger sei. Etwas anderes könne nur dann gelten, wenn ein erheblicher Zeitraum zwischen der Erklärung und dem Zugang der Erklärung liege. In einem solchen Falle spreche der Vertrauensschutz für den anderen Ehegatten gegen ein nachträgliches Wirksamwerden der Erklärung, weil dieser durch den Widerruf in seiner Dispositionsbefugnis eingeschränkt werde. Vorliegend hätte der Beschwerdeführer jedoch die Erbschaft noch rechtzeitig ausschlagen können und damit die Möglichkeit erlangt, sich seinerseits von der gemeinsamen letztwilligen Verfügung zu lösen.

9 Gegen diese Entscheidung wendet sich der Beschwerdeführer. Er hält die Widerrufserklärung für unwirksam, da sie erst nach dem Tode der Erblasserin auf den Weg gebracht wurde. Hätte er schon vor dem Tode der Erblasserin von dem Widerruf erfahren, hätte er seinerseits umdisponieren können.

AUS DEN GRÜNDEN:

10 II. Die zulässige Beschwerde ist nicht begründet. Das Nachlassgericht hat die für die Erteilung des beantragten Erbscheins erforderlichen Tatsachen zu Recht für festgestellt erachtet.

11 Die Beschwerdegegner haben die Erblasserin aufgrund des Testaments vom 9.11.2016 beerbt. Dieses Testament ist wirksam, weil die Erblasserin das gemeinschaftliche wechselseitige Testament vom 28.2.2003 wirksam widerrufen hat.

12 Der Widerruf ist wirksam geworden, obgleich er dem Beschwerdeführer erst nach dem Tode der Erblasserin zugegangen ist. Nach § 130 Abs. 2 BGB, der auch im Erbrecht Anwendung findet (BGH, Beschluss vom 16.4.1953, BGHZ 9, 233), ist es für die Wirksamkeit einer Willenserklärung ohne Einfluss, wenn der Erklärende nach der Abgabe stirbt. Voraussetzung ist, dass der Erklärende

alles getan hat, was von seiner Seite geschehen muss, damit die Erklärung dem anderen Teil zugeht (so schon RG, Urteil vom 9.3.1907, RGZ 65, 270), die Erklärung also bereits „auf dem Weg“ zum Empfänger ist (Palandt, 77. Aufl. 2018, § 130 Rdnr. 12; BGH, Beschluss vom 19.10.1967, BGHZ 48, 374). Nach der Rechtsprechung des BGH soll es darüber hinaus erforderlich sein, dass der Zugang der Willenserklärung alsbald nach dem Erbfall erfolgt, weil ein Interesse des Rechtsverkehrs daran bestehe, Erbverhältnisse sicher beurteilen zu können und sie nicht auf unbestimmte Zeit auf schwankendem Boden stehen zu lassen (OLG Karlsruhe, ErbR 14, 35). Dies gebiete auch der Vertrauensschutz für den überlebenden Ehegatten, der durch den Widerruf einseitig belastete werde, weil er seinerseits nach dem Tode des Erstversterbenden nicht mehr anderweitig testieren könne. Eine solche einseitige Belastung des überlebenden Ehegatten mag hingenommen werden, so der BGH, wenn der Widerruf dem überlebenden Ehegatten alsbald nach dem Erbfall zu einem Zeitpunkt zugestellt wird, zu dem unter normalen Umständen mit einer Zustellung noch gerechnet werden kann (BGH, a. a. O., juris Rdnr. 29, 32). Der zeitliche Abstand zwischen dem Tod und dem Zugang der Willenserklärung darf nicht zu groß sein (vgl. OLG Karlsruhe, a. a. O.).

13 Danach liegt hier eine wirksame Widerrufserklärung vor. Die Erblasserin hatte den Notar unter dem 9.11.2016 angewiesen, dem Beschwerdeführer ihre Widerrufserklärung zuzustellen. Sie hatte damit alles von ihrer Seite her Erforderliche getan. Die Tatsache, dass der Notar zunächst nur für die Zustellung einer beglaubigten Abschrift sorgte, ist ohne Belang. Die Anweisung der Erblasserin war dadurch nicht etwa „verbraucht“. Vielmehr war die Anweisung bislang nicht vollständig umgesetzt worden. Der Notar bewirkte die Zustellung der Widerrufserklärung binnen zwölf Tagen und damit „alsbald“ nach dem Tode der Erblasserin. Es handelt sich um einen zeitlichen Abstand, innerhalb dessen der Beschwerdeführer angesichts normaler Bearbeitungszeiten im Notariat und im Gericht noch damit rechnen musste, dass eine lebzeitig abgegebene notarielle Willenserklärung der Erblasserin ihm noch zugestellt werden könnte.

(...)

HINWEIS DER SCHRIFTFÜHRUNG:

Siehe zu dieser Entscheidung auch den Aufsatz von **Weidlich**, MittBayNot 2018, 425 (in diesem Heft).

HANDELSRECHT, GESELLSCHAFTSRECHT, REGISTERRECHT

15. Betriebsspaltung und Betriebsübergang

BAG, Urteil vom 19.10.2017, 8 AZR 63/16 (Vorinstanz: LAG Schleswig-Holstein, Urteil vom 5.11.2015, 4 Sa 28/15)

UmwG § 123 Abs. 1, § 126 Abs. 1 Nr. 9, § 131 Abs. 1 Nr. 1, § 132 in der bis zum 24.4.2007 geltenden Fassung (a. F.), § 323 Abs. 2, § 324

BGB § 613 Satz 2, § 613a Abs. 1

LEITSÄTZE:

- Nach § 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG bewirkt die Eintragung der Spaltung in das Register des Sitzes des übertragenden Rechtsträgers, dass das Vermögen des übertragenden Rechtsträgers entsprechend der im Spaltungs- und Übernahmevertrag vorgesehenen Aufteilung jeweils als Gesamtheit auf die übernehmenden Rechtsträger übergeht. Die Vorschrift ordnet eine (partielle) Gesamtrechtsnachfolge an.**
- Nach § 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG können auch Arbeitsverhältnisse von einem übertragenden auf einen übernehmenden Rechtsträger übergehen. Der Übergang eines Arbeitsverhältnisses im Wege der (partiellen) Gesamtrechtsnachfolge nach § 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG setzt in jedem Fall voraus, dass das Arbeitsverhältnis nicht bereits im Wege des Betriebs(teil-)übergangs nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB auf einen der übernehmenden Rechtsträger übergeht. Jedenfalls im Fall der Aufspaltung muss hinzukommen, dass der Arbeitnehmer dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf einen der übernehmenden Rechtsträger zustimmt. Fehlt es an der erforderlichen Zustimmung des Arbeitnehmers, hat dieser ein Wahlrecht, mit welchem der übernehmenden Rechtsträger das Arbeitsverhältnis fortgesetzt wird.**
- Nach § 323 Abs. 2 UmwG kann, sofern bei einer Verschmelzung, Spaltung oder Vermögensübertragung ein Interessenausgleich zustande kommt, in dem diejenigen Arbeitnehmer namentlich bezeichnet werden, die nach der Umwandlung einem bestimmten Betrieb oder Betriebsteil zugeordnet werden, die Zuordnung der Arbeitnehmer durch das Arbeitsgericht nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden. Nach dieser Bestimmung muss die Zuordnung der Arbeitnehmer nach den Kriterien und Vorgaben des § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB und damit zu einer übergangsfähigen wirtschaftlichen Einheit im Sinne von § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB und der Richtlinie 2001/23/EG erfolgen.**

SACHVERHALT:

1 Die Parteien streiten darüber, ob zwischen ihnen nach einer umwandlungsrechtlichen Aufspaltung der bisherigen Arbeitgeberin der Klägerin, der LRS GmbH (im Folgenden LRS), ein Arbeitsverhältnis

besteht und ob die Beklagte zur (Weiter-)Beschäftigung der Klägerin zu den zuletzt mit der LRS vereinbarten Arbeitsbedingungen verpflichtet ist.

2 Die Klägerin war seit Mitte 1991 für die LRS in deren Betrieb in N zuletzt als „Allrounder Revenue Accounting 2“ tätig. Die LRS war auf Verfahren und Prozesse zur systematischen Analyse von Daten in elektronischer Form im Bereich Abrechnungen im Luftverkehr spezialisiert und stellte in diesem Zusammenhang Abrechnungssysteme zur Verfügung, überwachte Schnittstellen, optimierte Prozesse, prüfte Qualitätskriterien und entwickelte Softwarelösungen. Dafür unterhielt sie einen Betrieb in N. Hauptauftraggeberin der LRS war deren Muttergesellschaft, die DL AG.

3 Die Klägerin arbeitete bei der LRS in der Organisationseinheit DP/AM (Master Data Tax Services). Zu den Aufgaben dieser Organisationseinheit zählten die Darstellung der korrekten Tarife und die Berücksichtigung der „Taxes“ beim Verkauf von Tickets sowie die Pflege von Referenzdaten zur Ermittlung von Verrechnungswerten für Flugdokumente. In der Organisationseinheit DP/AM (Master Data Tax Services) waren neben der Klägerin 15 weitere Mitarbeiter und eine Gruppenleiterin tätig. Die Organisationseinheit war auf der sog. „BPI Ebene 3“ dem Prozess „2.9.5 Master Data“ zugeordnet. Auf der sog. „BPI Ebene 2“ gehörte der Prozess dem Prozess „2.9 Revenue Accounting – Core“ an.

4 Im Februar 2013 entschied die DL AG, die bisher an die LRS vergebenen Aufträge künftig an Dritte, konzernangehörige Gesellschaften im Ausland sowie an konzernfremde Gesellschaften im Ausland und zu einem Teil an eine konzernangehörige Gesellschaft im Inland zu vergeben. Vor diesem Hintergrund beschloss die Gesellschafterversammlung der LRS, die LRS in zwei neu zu gründende Gesellschaften, nämlich die „LRS neu“, die spätere LJS GmbH (im Folgenden LJS) und in die „LGBS H“, die Beklagte, aufzuspalten. Dabei sollten auf die „LGBS H“ die Aufgaben und Prozesse und die diesen dienenden Betriebsmittel übertragen werden, die weiterhin in Deutschland verbleiben (Onshore-Tätigkeiten), während auf die „LRS neu“ die Aufgaben und Prozesse und die diesen dienenden Betriebsmittel übertragen werden sollten, die nur noch vorübergehend in Deutschland verbleiben und sodann entweder als sog. Nearshore-Tätigkeit oder als sog. Offshore-Tätigkeit an Dritte vergeben werden sollten und damit absehbar wegfallen. Die Aufteilung und Zuordnung der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Betriebs der LRS zur „LGBS H“ auf der einen und zur „LRS neu“ auf der anderen Seite sollte analog zu den von diesen zuletzt ausgeführten Prozessen und Tätigkeiten erfolgen. Parallel zum Beschluss der Gesellschafterversammlung der LRS über die unternehmensrechtliche Aufspaltung der LRS beschloss die Geschäftsleitung der LRS, den Betrieb der LRS in N entsprechend aufzuspalten.

5 Am 6.3.2014 schloss die LRS mit dem im Betrieb N gebildeten Betriebsrat einen Interessenausgleich, der in Auszügen den folgenden Inhalt hat:

„Präambel

Die Hauptauftraggeberin der LRS, die L AG, hat zur Restrukturierung und Kostensenkung ein konzernweites Programm ‚SCORE‘ aufgelegt. Ein Teilprojekt dieses Konzernprogramms ist das Projekt ‚GLOBE‘. ‚GLOBE‘ steht für Global Business Services Efficiency und hat zum Ziel bei administrativen Dienstleistungen in verschiedenen Geschäftsfeldern der L-Gruppe den Marktanforderungen nach Flexibilität und Transparenz durch Veränderungen Rechnung zu tragen. Im Rahmen des Projektes ‚GLOBE‘, an dem die LRS selbst im Rahmen der Konzernstrukturen mitwirkt, hat der Vorstand der L AG beschlossen, die bisher durch die LRS durchgeführten Aufträge künftig an Dritte, konzernangehörige Gesellschaften im Ausland, sowie an konzernfremde Gesellschaften im Ausland und zu einem Teil an eine konzernangehörige Gesellschaft im Inland zu vergeben. Mit dem vollständigen Wegfall der Aufgaben ist für die LRS eine betriebswirtschaftlich vertretbare Weiterführung des Betriebes N wie auch des Unternehmens LRS ausgeschlossen. Aus diesem Grunde wird die LRS mit Wirkung zum 1.1.2015 aufgespalten

und auf zwei Gesellschaften die ‚LRS neu‘ und die ‚LGBS H‘ aufgeteilt. Entsprechend wird auch der Betrieb N aufgespalten und aufgeteilt. Der Betrieb der ‚LRS neu‘ wird bis zum 31.12.2019 bestehen, es sei denn, es befinden sich zu einem früheren Zeitpunkt keine Mitarbeiter mehr in einem Arbeitsverhältnis mit der ‚LRS neu‘, Betrieb N. Die genaue Gesellschaftsbezeichnung der beiden entstehenden Gesellschaften erfolgt zu einem späteren Zeitpunkt, sie ist derzeit noch nicht bekannt, weshalb für die Zwecke dieses Interessenausgleiches die Arbeitstitel ‚LRS neu‘ und ‚LGBS H‘ verwendet werden.

(...)

A. Geltungsbereich

(1) Der vorliegende Interessenausgleich gilt für alle Mitarbeiter der LRS, die am 8.10.2013 räumlich dem Betrieb N zugeordnet mit der LRS in einem Beschäftigungsverhältnis standen (...).

(...)

B. Gegenstand der Betriebsänderung

(1) Im Zuge der Aufspaltung des Unternehmens LRS wird auch der Betrieb N gespalten und die dort beschäftigten Mitarbeiter auf die ‚LRS neu‘ und auf die ‚LGBS H‘ aufgeteilt. Die Spaltung des Betriebes wird mit Wirkung zum 1.1.2015 durchgeführt.

(2) Die ‚LGBS H‘ wird ihren Betrieb in H, voraussichtlich auf der L-Basis H, aufnehmen und dort die sich aus Anlage 1 ergebenden Bereiche bis zum 31.12.2018 fortführen.

(3) Die ‚LRS neu‘ wird am Standort N ihren Betrieb aufnehmen. Dieser Betrieb wird bis zum 31.12.2019 aufrechterhalten. Zum 31.12.2019 wird der Betrieb vollständig geschlossen, es sei denn, es befinden sich zu einem früheren Zeitpunkt keine Mitarbeiter mehr in einem Beschäftigungsverhältnis mit der ‚LRS neu‘.

(...)

C. Durchführung

(1) Beginnend spätestens mit dem 1.1.2014 werden bis längstens 31.12.2014 die bisher von der LRS durchgeführten Arbeiten entsprechend dem Shoring-Konzept verlagert. (...)

(...)

(3) Mit rechtlicher Wirkung zum 1.1.2015 wird in Folge eines Spaltungsvertrages und eines Spaltungsplanes die LRS GmbH aufgespalten. Die Spaltung der LRS GmbH wird voraussichtlich im Laufe des Jahres 2014 beschlossen und 2015 eingetragen, und damit ggfs. rückwirkend zum 1.1.2015 wirksam. In Zusammenhang mit dieser Unternehmensaufspaltung wird auch der bisherige einheitliche Betrieb der LRS GmbH in N gespalten. Die Spaltung des Betriebes wird mit Wirkung zum 1.1.2015 ggf. im Vorgriff auf die gesellschaftsrechtliche Spaltung, die erst mit Eintragung ins Handelsregister formell wirksam ist, durchgeführt. Die Mitarbeiter werden analog der von ihnen bisher ausgeführten Aufgaben auf die beiden Gesellschaften, die ‚LRS neu‘ einerseits und die ‚LGBS H‘ andererseits aufgeteilt und zugeordnet. Soweit die Gesellschaften zum Zeitpunkt der Betriebspaltung noch nicht Rechtsnachfolger geworden sind, werden zwei selbstständige betriebliche Einheiten gebildet, die sodann mit Wirksamwerden der Aufspaltung auf die beiden Gesellschaften übertragen werden.

(4) Diesem Interessenausgleich ist als Anlage 3 eine Mitarbeiterliste gemäß § 323 Abs. 2 UmwG beigefügt, die die Namen der Mitarbeiter enthält, die auf die ‚LGBS H‘ übergehen. Die Aufgaben dieser Mitarbeiter werden entsprechend dem Shoring-Konzept auf die ‚LGBS H‘ übertragen. Die betroffenen Mitarbeiter sind im Rahmen dieses Interessenausgleiches wie auch im Spaltungsvertrag daher der ‚LGBS H‘ zugeordnet worden und gehen auf diese über.

(5) Diesem Interessenausgleich ist als Anlage 4 eine Mitarbeiterliste gemäß § 323 Abs. 2 UmwG beigefügt, die die Namen der Mitarbeiter enthält, die auf die ‚LRS neu‘ übergehen. Die Aufgaben dieser Mitarbeiter werden entweder entsprechend dem Shoring-Konzept fremd vergeben und entfallen damit oder

werden im Weiteren Zeitablauf nicht mehr benötigt und entfallen deshalb. Die betroffenen Mitarbeiter sind im Rahmen dieses Interessenausgleiches, wie auch im Rahmen des Spaltungsvertrages der ‚LRS neu‘ zugeordnet worden und gehen auf diese über.

(6) Die Arbeitsverhältnisse der in der Anlage 3 enthaltenen Mitarbeiter werden gemäß §§ 126 ff., 324 UmwG mit der ‚LGBS H‘ am Standort H, voraussichtlich auf der L-Basis H, fortgesetzt. Die Änderung des Arbeitsortes erfolgt im Wege der Versetzung. Die LGBS H wird den Betrieb am Standort H bis zum 31.12.2018 aufrechterhalten. (...)

(...)

(8) Der Betrieb der ‚LRS neu‘ wird am Standort N bis 31.12.2019 verbleiben und die Arbeitsverhältnisse der auf der Anlage 4 verzeichneten Mitarbeiter gemäß §§ 126 ff., 324 UmwG fortsetzen, es sei denn, es befinden sich zu einem früheren Zeitpunkt keine Mitarbeiter mehr in einem Beschäftigungsverhältnis mit der ‚LRS neu‘, Betrieb N. Neben der punktuellen Abarbeitung einzelner Aufgaben werden die betreffenden Mitarbeiter im Rahmen eines Weiterbildungs- und Schulungskonzeptes für den internen, wie externen Arbeitsmarkt weitergebildet. (...)

6 Am 18.7.2014 schloss die LRS mit dem in ihrem Betrieb in N gebildeten Betriebsrat eine „Ergänzende Vereinbarung zum Interessenausgleich vom 6.3.2014“, mit der die im Interessenausgleich vom 6.3.2014 aufgeführten „Mitarbeiterlisten gemäß § 323 Abs. 2 UmwG“ aktualisiert wurden.

7 Die Anlage 3 zur Ergänzenden Vereinbarung enthält die Namen von insgesamt 117, die Anlage 4 die Namen von insgesamt 189 Beschäftigten der LRS. Unter den 117 in der Anlage 3 zur Ergänzenden Vereinbarung namentlich aufgeführten Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern befinden sich 12 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Organisationseinheit DP/AM (Master Data Tax Services), darunter auch mehrere Allrounder RA 2. Die weiteren vier Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Organisationseinheit DP/AM (Master Data Tax Services), so auch die Klägerin, und die Gruppenleiterin sind in der Anlage 4 zur Ergänzenden Vereinbarung aufgeführt. Seit dem 1.11.2014 war die Klägerin ohne Beschäftigung.

8 Am 17.11.2014 wurde die Beklagte und am 19.11.2014 wurde die LJS in das Handelsregister eingetragen. Ausweislich des Handelsregisters ist Gegenstand des Unternehmens der Beklagten die Erbringung von Dienstleistungen unter anderem im Bereich Revenue Accounting, Gegenstand des Unternehmens der LJS ist die Qualifizierung und Vermittlung von Arbeitskräften innerhalb und außerhalb des Konzerns der DL AG.

9 Zum 1.1.2015 wurden die sog. Onshore-Tätigkeiten und die dafür erforderlichen Betriebsmittel auf die Beklagte, die sog. Nearshore- und Offshore-Tätigkeiten und die dafür erforderlichen Betriebsmittel auf die LJS übertragen.

10 Mit Schreiben vom 16.4.2015 unterrichtete die LRS die Klägerin über einen Übergang ihres Arbeitsverhältnisses auf die LJS. In diesem Schreiben heißt es:

„Unterrichtung über den gesetzlichen Übergang Ihres Arbeitsverhältnisses von der LRS GmbH (nachfolgend ‚LRS‘) auf die LJS GmbH (nachfolgend ‚LJS‘)

Sehr geehrte Frau P,

die LRS GmbH beabsichtigt ihr Unternehmen gemäß § 126 UmwG durch Spaltung zur Aufnahme zu spalten und auf die LJS, die LGBS GmbH (nachfolgend ‚LGBS H‘) und die LCH Grundstücksgesellschaft Berlin mbH (‚LCH GB‘) andererseits zu übertragen. Durch diese Übertragung kommt es zu einem Betriebsübergang im Sinne von § 613a des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) auf die LJS. (...) Über die geplante Übertragung Ihres Arbeitsverhältnisses auf die LJS und deren Bedeutung für Ihr Arbeitsverhältnis möchten wir Sie gern gemäß § 613a Abs. 5 BGB wie folgt unterrichten: (...)

11 Am 27.5.2015 wurde in das zuständige Handelsregister der LRS eingetragen, dass diese aufgrund eines Aufspaltungs- und Übernah-

mevertrags vom 11.5.2015 ihr Vermögen unter Auflösung ohne Abwicklung durch gleichzeitige Übertragung der im Aufspaltungs- und Übernahmevertrag bezeichneten Vermögensteile jeweils als Gesamtheit auf die Beklagte, die LJS und die LCH GB mbH (im Folgenden LCH) übertragen hat. Das Arbeitsverhältnis der Klägerin war im Aufspaltungs- und Übernahmevertrag den „Prozessen“ zugeordnet, die auf die LJS übertragen wurden.

(...)

AUS DEN GRÜNDEN:

17 Die zulässige Revision der Klägerin hat Erfolg. Die zulässige Klage ist entgegen der Annahme des LAG begründet.

(...)

21 II. Die Klage ist begründet. Es kann vorliegend dahinstehen, ob das Arbeitsverhältnis der Klägerin mit Wirksamwerden der Aufspaltung der LRS am 27.5.2015 im Wege des Betriebs(teil-)übergangs nach § 613a Abs. 1 BGB auf die Beklagte übergegangen ist und die Beklagte aus diesem Grund zur (Weiter-)Beschäftigung der Klägerin zu den zuletzt mit der LRS vereinbarten Arbeitsbedingungen verpflichtet ist. Selbst wenn dies nicht der Fall ist, hat die Klage Erfolg. Entgegen der Rechtsauffassung der Beklagten ist das Arbeitsverhältnis der Klägerin nicht im Wege der (partiellen) Gesamtrechtsnachfolge nach § 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG auf die LJS übergegangen. Zwar ist das Arbeitsverhältnis der Klägerin im Spaltungs- und Übernahmevertrag den „Prozessen“ zugeordnet worden, die auf die LJS übertragen wurden; das Arbeitsverhältnis der Klägerin ist auch nicht im Wege des Betriebs(teil-)übergangs nach § 324 UmwG in Verbindung mit § 613a Abs. 1 BGB auf die LJS übergegangen. Allerdings konnte das Arbeitsverhältnis der Klägerin nach § 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG auf die LJS nur mit Zustimmung der Klägerin übergehen. Eine solche Zustimmung hat diese nicht erteilt. Aus dem Umstand, dass die LRS und der im Betrieb N gebildete Betriebsrat die Klägerin in der „Anlage 4“ zum Interessenausgleich der „LRS neu“ zugeordnet haben, folgt nichts Abweichendes. Diese Zuordnung ist entgegen der Annahme des LAG grob fehlerhaft i. S. v. § 323 Abs. 2 UmwG und damit unverbindlich. Infolge der fehlenden Zustimmung der Klägerin zu einem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses im Wege der (partiellen) Gesamtrechtsnachfolge nach § 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG auf die LJS hatte die Klägerin nach der Aufspaltung und dem damit verbundenen Untergang ihrer bisherigen Arbeitgeberin ein Wahlrecht, das sie dahin ausgeübt hat, dass sie in einem Arbeitsverhältnis zur Beklagten steht, weshalb die Beklagte zur (Weiter-)Beschäftigung der Klägerin zu den zuletzt mit der LRS vereinbarten Arbeitsbedingungen verpflichtet ist.

22 1. Nach § 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG bewirkt die Eintragung der Spaltung in das Register des Sitzes des übertragenden Rechtsträgers, dass das Vermögen des übertragenden Rechtsträgers entsprechend der im Spaltungs- und Übernahmevertrag vorgesehenen Aufteilung jeweils als Gesamtheit auf die übernehmenden Rechtsträger übergeht.

23 a) Die Vorschrift ordnet eine (partielle) Gesamtrechtsnachfolge an (vgl. BAG, Urteil vom 21.11.2012, 4 AZR 85/11, Rdnr. 25, BAGE 144, 36; Urteil vom 11.3.2008, 3 AZR 358/06, Rdnr. 17, BAGE 126, 120). Ein gesonderter Übertragungsakt hinsichtlich der einzelnen Gegenstände des Vermögens ist nicht erforderlich. Welche Teile des Vermögens des übertra-

genden Rechtsträgers bei einer Aufspaltung i. S. v. § 123 Abs. 1 UmwG auf welchen übernehmenden Rechtsträger übergehen, richtet sich nach der Vereinbarung im Spaltungs- und Übernahmevertrag (vgl. BGH, Urteil vom 25.1.2008, V ZR 79/07, Rdnr. 22, BGHZ 175, 123).

24 b) Nach § 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG können auch Arbeitsverhältnisse im Wege der (partiellen) Gesamtrechtsnachfolge von einem übertragenden auf einen übernehmenden Rechtsträger übergehen.

25 aa) Ein solcher Übergang setzt allerdings nicht nur voraus, dass das Arbeitsverhältnis im Spaltungs- und Übernahmevertrag dem übernehmenden Rechtsträger bzw. der Einheit zugeordnet wurde, die auf den übernehmenden Rechtsträger übertragen wird, was hier der Fall ist, da das Arbeitsverhältnis der Klägerin den Prozessen zugeordnet wurde, die auf die LJS übergingen.

26 bb) Das betroffene Arbeitsverhältnis darf zudem nicht bereits im Wege des Betriebs(teil-)übergangs nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB auf einen der übernehmenden Rechtsträger übergehen (Henssler/Strohn/Wardenbach, GesR, 3. Aufl., § 131 UmwG Rdnr. 25). Dies folgt aus § 324 UmwG, wonach § 613a Abs. 1, 4 bis 6 BGB durch die Wirkungen der Eintragung einer Verschmelzung, Spaltung oder Vermögensübertragung unberührt bleiben. Dies bedeutet nicht nur, dass eine Zuordnung eines Arbeitsverhältnisses im Spaltungsvertrag nicht entgegen den Vorgaben von § 613a Abs. 1 BGB erfolgen darf. An der zwingenden Wirkung des § 613a BGB kann der Spaltungsvertrag nichts ändern (Lutter/Priester, UmwG, 5. Aufl., § 126 Rdnr. 69). Da § 324 UmwG eine Rechtsgrundverweisung enthält, muss das Vorliegen eines Betriebsübergangs bei einer Verschmelzung, Spaltung oder Vermögensübertragung zudem für jede der in Betracht kommenden Einheiten eigenständig und vorrangig geprüft werden (vgl. BAG, Urteil vom 20.4.2016, 10 AZR 111/15, Rdnr. 30, BAGE 155, 44; Urteil vom 25.5.2000, 8 AZR 416/99, zu II. 1. c) bb) der Gründe, BAGE 95, 1).

27 cc) Liegen die unter Rdnr. 26 aufgeführten Voraussetzungen vor, weil das betroffene Arbeitsverhältnis nicht bereits im Wege des Betriebs(teil-)übergangs nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB auf einen der übernehmenden Rechtsträger übergeht, setzt der Übergang eines Arbeitsverhältnisses vom übertragenden auf den übernehmenden Rechtsträger im Wege der (partiellen) Gesamtrechtsnachfolge nach § 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG – jedenfalls im Fall der Aufspaltung des übertragenden Rechtsträgers – des Weiteren voraus, dass der Arbeitnehmer dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses zustimmt (vgl. Schaub/Ahrendt, Arbeitsrecht-Handbuch, 17. Aufl., § 116 Rdnr. 10; NK-Gesamtes Arbeitsrecht/Boecken, § 324 UmwG Rdnr. 34; Ascheid/Preis/Schmidt/Steffan, Kündigungsrecht, 5. Aufl., § 126 UmwG Rdnr. 30; Studt, Der umwandlungsrechtliche Interessenausgleich nach § 323 Abs. 2 UmwG, S. 80 f.; a. A. Mückl/Fuhlrott/Mückl, Arbeitsrecht in der Umstrukturierung, 4. Aufl., 4. Kap. Rdnr. 52).

28 (1) Für das Zustimmungserfordernis spricht bereits die Gesetzesgeschichte (ausführlich NK-Gesamtes Arbeitsrecht/Boecken, § 324 UmwG Rdnr. 34). Nach der Gesetzesbegründung zu § 126 Abs. 1 Nr. 9 UmwG bestimmen die allgemeinen

Grundsätze des Zivilrechts, ob Gegenstände und die ihnen zuzuordnenden Hilfsrechte bei der Zuweisung getrennt werden können, ob etwa bestimmte Rechte bei der Spaltung erlöschen oder ob sie bei einer Abspaltung oder Ausgliederung übergeleitet werden können. Zu diesen allgemeinen Grundsätzen des Zivilrechts zählt der Gesetzgeber unter anderem § 613 Satz 2 BGB (vgl. BT-Drucks. 12/6699, S. 118), wonach der Anspruch auf die Dienste im Zweifel nicht übertragbar ist. Dieser Grundsatz galt nach § 132 UmwG in der bis zum 24.4.2007 geltenden Fassung (im Folgenden UmwG a. F.) ausdrücklich auch in Fällen der Spaltung. § 132 UmwG a. F. bestimmte, dass allgemeine Vorschriften, welche die Übertragbarkeit eines bestimmten Gegenstandes ausschließen oder an bestimmte Voraussetzungen knüpfen oder nach denen die Übertragung eines bestimmten Gegenstandes einer staatlichen Genehmigung bedarf, durch die Wirkungen der Eintragung nach § 131 unberührt bleiben. Der Umstand, dass § 132 UmwG a. F. mit Wirkung zum 25.4.2007 aufgehoben wurde, hat an dem Erfordernis einer Zustimmung des betroffenen Arbeitnehmers zum Übergang seines Arbeitsverhältnisses von einem übertragenden auf einen übernehmenden Rechtsträger im Wege der (partiellen) Gesamtrechtsnachfolge nach § 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG nichts geändert. Ausweislich der Gesetzesbegründung sind weiterhin höchstpersönliche Rechte und Pflichten von der Rechtsnachfolge ausgenommen (vgl. BT-Drucks. 16/2919, S. 19).

29 (2) Das Erfordernis der Zustimmung des betroffenen Arbeitnehmers folgt – jedenfalls im Fall einer Aufspaltung des übertragenden Rechtsträgers – auch aus den grundrechtlichen Wertungen des Art. 12 Abs. 1 GG. Das Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG garantiert dem Arbeitnehmer die freie Wahl des Arbeitsplatzes und damit auch die freie Wahl des Vertragspartners. Der Arbeitnehmer soll nicht verpflichtet werden, für einen Arbeitgeber zu arbeiten, den er nicht frei gewählt hat (vgl. zum Beispiel BVerfG, Urteil vom 25.1.2011, 1 BvR 1741/09, Rdnr. 69 f., 76, BVerfGE 128, 157; BAG, Urteil vom 15.12.2016, 8 AZR 612/15, Rdnr. 30, BAGE 157, 317). Diesen grundrechtlichen Wertungen kann jedenfalls im Fall der Aufspaltung des übertragenden Rechtsträgers, da dieser mit dem Wirksamwerden der Aufspaltung untergeht, nur durch ein Zustimmungserfordernis ausreichend Rechnung getragen werden.

30 2. Vorliegend scheidet ein Übergang des Arbeitsverhältnisses der Klägerin auf die LJS im Wege der (partiellen) Gesamtrechtsnachfolge nach § 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG an der fehlenden Zustimmung der Klägerin.

31 a) Das Arbeitsverhältnis der Klägerin ist mit Wirksamwerden der Spaltung der LRS am 27.5.2015 nicht im Wege des Betriebs(teil-)übergangs nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB auf die LJS übergegangen.

32 aa) Ein Betriebs(teil-)übergang i. S. v. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB – wie auch im Sinne des Richtlinie 2001/23/EG – liegt vor, wenn die für den Betrieb verantwortliche natürliche oder juristische Person, die die Arbeitgeberpflichtungen gegenüber den Beschäftigten eingeht, im Rahmen vertraglicher Beziehungen wechselt und die in Rede stehende Einheit nach der Übernahme durch den neuen Arbeitgeber ihre – vor der Übernahme vorhandene – Identität bewahrt (vgl. etwa EuGH, Urteil vom 26.11.2015, C-509/14 (Aira Pascual und Algeposa

Terminales Ferrovios), Rdnr. 28; Urteil vom 6.3.2014, C-458/12 (Amatori und andere), Rdnr. 29 f. m. w. N.; BAG, Urteil vom 22.1.2015, 8 AZR 139/14, Rdnr. 13 m. w. N.; Urteil vom 18.9.2014, 8 AZR 733/13, Rdnr. 18).

33 Der Übergang muss eine ihre Identität bewahrende – auf Dauer angelegte – wirtschaftliche Einheit im Sinne einer organisierten Zusammenfassung von Ressourcen zur Verfolgung einer wirtschaftlichen Haupt- oder Nebentätigkeit betreffen (vgl. etwa BAG, Urteil vom 27.4.2017, 8 AZR 859/15, Rdnr. 30 m. w. N.; Urteil vom 23.3.2017, 8 AZR 91/15, Rdnr. 21 m. w. N.). Um eine solche Einheit handelt es sich bei jeder hinreichend strukturierten und selbstständigen Gesamtheit von Personen und Sachen zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigenem Zweck (BAG, Urteil vom 27.4.2017, 8 AZR 859/15, a. a. O.; Urteil vom 23.3.2017, 8 AZR 91/15, a. a. O. m. w. N.). Die Kontinuität der im Rahmen einer wirtschaftlichen Einheit bestehenden Arbeitsverhältnisse soll unabhängig von einem Inhaberwechsel gewährleistet werden. Entscheidend für einen Übergang i. S. v. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB ist deshalb, dass die betreffende Einheit ihre Identität bewahrt, was namentlich dann zu bejahen ist, wenn die Einheit tatsächlich weitergeführt oder wieder aufgenommen wird (EuGH, Urteil vom 9.9.2015, C-160/14 (Ferreira da Silva e Brito und andere), Rdnr. 25 m. w. N.; BAG, Urteil vom 25.8.2016, 8 AZR 53/15, Rdnr. 25 f.).

34 Dem Übergang eines gesamten Betriebs steht, soweit die Voraussetzungen des § 613a BGB erfüllt sind, der Übergang eines Betriebsteils gleich. Dies ist unabhängig davon, ob die übergegangene wirtschaftliche Einheit ihre Selbstständigkeit innerhalb der Struktur des Erwerbers bewahrt oder nicht (vgl. EuGH, Urteil vom 6.3.2014, C-458/12 (Amatori und andere), Rdnr. 31 ff. m. w. N.; Urteil vom 12.2.2009, C-466/07 (Klarenberg), Rdnr. 50); entscheidend ist, dass die funktionelle Verknüpfung der Wechselbeziehung und gegenseitigen Ergänzung zwischen den übertragenen Faktoren beibehalten wird und es dem Erwerber derart ermöglicht wird, diese Faktoren zu nutzen, um derselben oder einer gleichartigen wirtschaftlichen Tätigkeit nachzugehen (EuGH, Urteil vom 9.9.2015, C-160/14 (Ferreira da Silva e Brito und andere), Rdnr. 33; Urteil vom 12.2.2009, C-466/07 (Klarenberg), Rdnr. 53; BAG, Urteil vom 22.5.2014, 8 AZR 1069/12, Rdnr. 26, BAGE 148, 168).

35 bb) Danach ist das Arbeitsverhältnis der Klägerin nicht im Wege des Betriebs(teil-)übergangs nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB auf die LJS übergegangen. Die LJS hat keine übergangsfähige wirtschaftliche Einheit i. S. d. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB und der Richtlinie 2001/23/EG unter Wahrung ihrer Identität übernommen.

36 Bei der „LRS neu“ handelt es sich nicht um eine übergangsfähige wirtschaftliche Einheit i. S. v. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB und der Richtlinie 2001/23/EG. Die Einheit „LRS neu“ war keine hinreichend strukturierte und selbstständige Gesamtheit von Personen und Sachen zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigenem Zweck, die darauf angelegt war, ihre vor der Übernahme vorhandene Identität nach der Übernahme zu bewahren. Sie war vielmehr eine bloße Zusammenfassung von „Prozessen“ und Aufgaben sowie von Arbeitnehmern, deren Beschäftigungsmöglichkeit zu den

ursprünglich vereinbarten Arbeitsbedingungen nach der Übernahme/Spaltung mangels entsprechender Aufträge durch die DL AG alsbald entfallen würde. Zwar wurden der „LRS neu“ auch Betriebsmittel zugeordnet, diese dienten jedoch weder der Fortführung der von der LRS ausgeübten Tätigkeit noch der Ausübung einer gleichartigen Tätigkeit. Insoweit wirkt sich aus, dass die der Einheit „LRS neu“ zugeordneten Mitarbeiter nach der Übernahme durch die LJS nur noch mit der punktuellen Abarbeitung einzelner Aufgaben befasst und im Übrigen im Rahmen eines Weiterbildungs- und Schulungskonzepts für den internen wie externen Arbeitsmarkt weitergebildet werden sollten.

37 b) Die nach alledem für einen Übergang des Arbeitsverhältnisses der Klägerin nach § 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG auf die LJS erforderliche Zustimmung der Klägerin war nicht deshalb entbehrlich, weil die LRS und der im Betrieb N gebildete Betriebsrat die Klägerin unter Anwendung von § 323 Abs. 2 UmwG in der „Anlage 4“ zum Interessenausgleich der „LRS neu“ zugeordnet haben. Es kann vorliegend dahinstehen, ob der Interessenausgleich – wie die Klägerin meint – bereits deshalb unwirksam ist, weil es an der Zuständigkeit des im Betrieb N gebildeten Betriebsrats zum Abschluss des Interessenausgleichs fehlte, da entweder die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats oder die des Konzernbetriebsrats gegeben war. Entgegen der Annahme des LAG und der Rechtsauffassung der Beklagten räumt § 323 Abs. 2 UmwG den zuständigen Betriebspartnern nicht das Recht ein, Arbeitnehmer wirksam einem beliebigen „Spaltprodukt“ zuzuordnen, es sei denn, die Zuordnung ließe sich unter keinem Gesichtspunkt sachlich rechtfertigen. Zwar gibt § 323 Abs. 2 UmwG den Betriebspartnern die Möglichkeit einer von den ArbG nur eingeschränkt überprüfbaren Zuordnung von Arbeitnehmern; allerdings muss die Zuordnung nach den Kriterien und Vorgaben des § 613a Abs. 1 BGB und damit zu einer übergangsfähigen wirtschaftlichen Einheit i. S. v. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB und der Richtlinie 2001/23/EG erfolgen. § 323 Abs. 2 UmwG ergänzt lediglich die zwingende Regelung des § 613a Abs. 1 BGB (vgl. *Studt*, Der umwandlungsrechtliche Interessenausgleich nach § 323 Abs. 2 UmwG, S. 87; *Wlotzke*, DB 1995, 40, 45; *Lutter/Joost*, UmwG, 5. Aufl., § 323 Rdnr. 31, 38; *Henssler/Strohn/Moll*, GesR, 3. Aufl., § 323 UmwG Rdnr. 19; *Ascheid/Preis/Schmidt/Steffan*, Kündigungsrecht, § 323 UmwG Rdnr. 23; *Widmann/Mayer/Wälzholz*, Umwandlungsrecht, Stand: 1.5.2016, § 323 Rdnr. 20.1, 35; *KK-UmwG/Hohenstatt/Schramm*, § 323 Rdnr. 36; a. A. *NK-Gesamtes Arbeitsrecht/Boecken*, § 323 UmwG Rdnr. 42; *Lindemann*, EWIR 2017, 59, 60; *Mückl/Götte*, EWIR 2017, 187, 188; *Kallmeyer/Willemsen*, UmwG, 6. Aufl., § 324 Rdnr. 59) und bewirkt insoweit eine gewisse Flexibilisierung. Erfolgt die Zuordnung indes – wie hier (vgl. Ausführungen unter Rdnr. 35 f.) – nicht zu einer wirtschaftlichen Einheit i. S. v. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB und der Richtlinie 2001/23/EG, die darauf angelegt ist, identitätswahrend fortgeführt zu werden, ist die Zuordnung grob fehlerhaft i. S. v. § 323 Abs. 2 UmwG und damit unverbindlich. Dies ergibt die Auslegung des § 323 Abs. 2 UmwG.

38 aa) Nach § 323 Abs. 2 UmwG kann, sofern bei einer Verschmelzung, Spaltung oder Vermögensübertragung ein Interessenausgleich zustande kommt, in dem diejenigen Arbeitnehmer namentlich bezeichnet werden, die nach der

Umwandlung einem bestimmten Betrieb oder Betriebsteil zugeordnet werden, die Zuordnung der Arbeitnehmer durch das ArbG nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden.

39 bb) Mit dieser Bestimmung hat der Gesetzgeber für Arbeitgeber und Betriebsrat nicht nur die Möglichkeit geschaffen, bei Verschmelzung, Spaltung oder Vermögensübertragung die Zuordnung der Arbeitnehmer für die Zeit nach der Umwandlung zu einem bestimmten Betrieb oder Betriebsteil in einem Interessenausgleich über eine geplante Betriebsänderung nach § 112 Abs. 1 Satz 1 BetrVG festzulegen. Er hat den Betriebsparteien mit der Auflockerung der arbeitsgerichtlichen Kontrolldichte zudem einen gewissen Gestaltungsspielraum eingeräumt. Hierdurch soll die Zuordnung von Arbeitnehmern insbesondere bei Spaltungen von Betrieben oder Betriebsteilen erleichtert werden (vgl. etwa *HWK/Willemsen*, 7. Aufl., § 323 UmwG Rdnr. 20; *KK-UmwG/Hohenstatt/Schramm*, § 323 Rdnr. 30; *Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt/Willemsen*, Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, 5. Aufl., G Rdnr. 138). Im Anwendungsbereich von § 323 Abs. 2 UmwG ist damit eine weitgehend „gerichts feste“ Zuordnung von Arbeitsverhältnissen möglich (vgl. etwa *KK-UmwG/Hohenstatt/Schramm*, a. a. O.).

40 cc) Nach § 323 Abs. 2 UmwG muss die Zuordnung der Arbeitnehmer nach den Kriterien und Vorgaben des § 613a Abs. 1 BGB und damit zu einer übergangsfähigen wirtschaftlichen Einheit i. S. v. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB und der Richtlinie 2001/23/EG erfolgen.

41 (1) § 323 Abs. 2 UmwG enthält selbst keine Kriterien für eine fehlerfreie Zuordnung der Arbeitnehmer, sondern ordnet lediglich eine Auflockerung der arbeitsgerichtlichen Kontrolldichte an und setzt damit bestehende Zuordnungskriterien voraus. Zudem bestimmt § 323 Abs. 2 UmwG nicht, dass die Zuordnung der Arbeitnehmer zu einem „Rechtsträger“ vom ArbG nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden kann, sondern erfordert die Zuordnung der Arbeitnehmer zu „einem bestimmten Betrieb oder Betriebsteil“. Damit nimmt § 323 Abs. 2 UmwG die in § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB getroffene Regelung in Bezug.

42 (2) § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB setzt einen Betriebs- oder Betriebsteilübergang voraus. Der Übergang muss demnach – wie unter Rdnr. 33 ausgeführt – eine ihre Identität bewahrende, auf Dauer angelegte wirtschaftliche Einheit im Sinne einer organisierten Zusammenfassung von Ressourcen zur Verfolgung einer wirtschaftlichen Haupt- oder Nebentätigkeit betreffen (vgl. etwa BAG, Urteil vom 27.4.2017, 8 AZR 859/15, Rdnr. 30 m. w. N.; Urteil vom 23.3.2017, 8 AZR 91/15, Rdnr. 21 m. w. N.).

43 (3) Nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB gehen mit dem Übergang einer solchen wirtschaftlichen Einheit allerdings nur die Arbeitsverhältnisse auf den neuen Arbeitgeber über, die dem „Betrieb“ oder „Betriebsteil“, d. h. der übergehenden wirtschaftlichen Einheit zugeordnet sind (BAG, Urteil vom 17.10.2013, 8 AZR 763/12, Rdnr. 23, 24). Die Richtlinie 2001/23/EG soll nach ständiger Rechtsprechung des EuGH die Kontinuität der „im Rahmen einer wirtschaftlichen Einheit bestehenden Arbeitsverhältnisse“ unabhängig von einem Inhaberwechsel gewährleisten. Darauf, ob es sich bei der wirt-

schaftlichen Einheit um ein „Unternehmen“, einen „Betrieb“ oder einen „Unternehmens-“ oder „Betriebsteil“ – auch im Sinne des jeweiligen nationalen Rechts – handelt, kommt es nicht an (vgl. BAG, Urteil vom 27.4.2017, 8 AZR 859/15, Rdnr. 30 m. w. N.; Urteil vom 23.3.2017, 8 AZR 91/15, Rdnr. 21 m. w. N.). § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB verfolgt dasselbe Ziel: Der Verbund zwischen dem Arbeitsverhältnis und einer übergelenden wirtschaftlichen Einheit i. S. v. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB und der Richtlinie 2001/23/EG muss demnach bestehen bleiben (vgl. etwa Kallmeyer/Willemsen, UmwG, § 324 Rdnr. 52). Die Arbeitsverhältnisse müssen mit dem Betrieb oder Betriebsteil, d. h. mit der wirtschaftlichen Einheit verbunden bleiben, zu der sie funktional gehören.

44 (4) Geht der gesamte Betrieb auf einen neuen Inhaber über, bereitet die Feststellung der Zugehörigkeit der Arbeitnehmer regelmäßig keine Probleme; es gehen alle Arbeitsverhältnisse der betriebsangehörigen Arbeitnehmer auf den neuen Inhaber über. Schwierigkeiten in der Beurteilung können aber auftreten, wenn nur einer von mehreren Betrieben oder lediglich ein Betriebsteil auf einen neuen Inhaber übertragen wird und der Arbeitnehmer in mehreren Betrieben oder Betriebsteilen tätig war (vgl. etwa Kallmeyer/Willemsen, UmwG, § 324 Rdnr. 54; Lutter/Joost, UmwG, § 323 Rdnr. 28). Gerade diesen Schwierigkeiten kann mit der in § 323 Abs. 2 UmwG angeordneten aufgelockerten arbeitsgerichtlichen Kontrolldichte begegnet werden, um so eine möglichst gerichtsfeste Zuordnung der Arbeitsverhältnisse zu ermöglichen. Damit sind die Betriebspartner zwar – auf der einen Seite – bei der Zuordnung von Arbeitsverhältnissen an die zwingenden Vorgaben des § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB gebunden; sie können aber – auf der anderen Seite – in Zweifelsfällen, in denen eine eindeutige Zuordnung von Arbeitsverhältnissen nicht ohne Weiteres möglich ist, eine Zuordnung treffen, die von den ArbG nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden kann (vgl. etwa KK-UmwG/Hohenstatt/Schramm, § 323 Rdnr. 36). Die wesentliche praktische Bedeutung des § 323 Abs. 2 UmwG besteht mithin darin, eine weitgehend „gerichtsfeste“ Zuordnung dort zu ermöglichen, wo ein klarer Schwerpunkt des Arbeitsverhältnisses fehlt oder seine Ermittlung mit erheblichen Schwierigkeiten im Tatsächlichen behaftet ist.

45 (5) Dass § 323 Abs. 2 UmwG nur die Zuordnung von Arbeitsverhältnissen entsprechend den Kriterien und Vorgaben von § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB und damit auch nur zu einer auf einen Übergang auf einen anderen Rechtsträger angelegten wirtschaftlichen Einheit i. S. v. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB und der Richtlinie 2001/23/EG ermöglicht, wird auch durch den systematischen Zusammenhang der Bestimmung mit § 324 UmwG, der seinerseits – wie unter Rdnr. 26 ausgeführt – eine Rechtsgrundverweisung auf § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB enthält, bestätigt.

46 § 323 Abs. 2 UmwG wurde zeitgleich mit dem ihm nachfolgenden § 324 UmwG in die Übergangs- und Schlussvorschriften des UmwG aufgenommen. Auch unter systematischen Gesichtspunkten spricht daher alles dafür, dass die Kriterien und Vorgaben des § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB auch für Zuordnungen in einem Interessenausgleich maßgeblich sind und dass § 323 Abs. 2 UmwG nicht – umgekehrt – die zwingende und vorrangig anzuwendende Bestimmung des § 613a

Abs. 1 Satz 1 BGB inhaltlich modifiziert oder verdrängt (vgl. *Studt*, Der umwandlungsrechtliche Interessenausgleich nach § 323 Abs. 2 UmwG, S. 41, 50). Wäre etwas anderes gewollt gewesen, hätte dies zumindest in der Gesetzesbegründung Erwähnung finden müssen, was nicht der Fall ist. Auch die in § 324 UmwG getroffene Bestimmung bestätigt mithin, dass die Betriebsparteien die Zuordnung nicht nur an den Kriterien des § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB auszurichten haben, sondern dass sie auch nicht von der insoweit vorgegebenen Zuordnung zu einem „bestimmten Betrieb oder Betriebsteil“ und damit zu einer auf einen Übergang angelegten wirtschaftlichen Einheit i. S. v. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB und der Richtlinie 2001/23/EG abweichen dürfen; sie haben mithin nicht die Rechtsmacht, Arbeitnehmer in einem Interessenausgleich einer nicht übergangsfähigen wirtschaftlichen Einheit zuzuordnen.

47 dd) Da die Betriebsparteien das Arbeitsverhältnis der Klägerin im Interessenausgleich – wie unter Rdnr. 35 f. ausgeführt – nicht einer wirtschaftlichen Einheit i. S. v. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB und der Richtlinie 2001/23/EG zugeordnet haben, die darauf angelegt war, identitätswahrend fortgeführt zu werden, und die auch nicht identitätswahrend fortgeführt wurde, ist die Zuordnung – entgegen der Annahme des LAG – grob fehlerhaft im Sinne von § 323 Abs. 2 UmwG und damit unverbindlich.

48 c) Damit verbleibt es vorliegend bei den Wertungen des § 613 Satz 2 BGB und des Art. 12 Abs. 1 GG, weshalb der Übergang des Arbeitsverhältnisses der Klägerin von der LRS auf die LJS im Wege der (partiellen) Gesamtrechtsnachfolge nach § 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG der Zustimmung der Klägerin bedurfte. Die Klägerin hat indes eine Zustimmung nicht erteilt. Die fehlende Zustimmung der Klägerin führt allerdings weder dazu, dass ihr Arbeitsverhältnis mit Wirksamwerden der Spaltung erlosch (a. A. in Fällen der fehlenden Zustimmung NK-Gesamtes Arbeitsrecht/Boecken, § 324 UmwG Rdnr. 36; A. Brinkmann, Die Spaltung von Rechtsträgern nach dem neuen Umwandlungsrecht, S. 128; Mengel, Umwandlungen im Arbeitsrecht, S. 220 f.: Neuzuordnung; Widmann/Mayer/Wälzholz, UmwR, Stand: 1.10.2016, § 324 UmwG Rdnr. 65), noch dazu, dass es mit allen neuen Rechtsträgern, d. h. mit der LJS und der Beklagten einheitlich fortbesteht (a. A. *Däubler*, RdA 1995, 136, 142). Vielmehr steht der Klägerin ein Wahlrecht zu, mit welchem der neuen Rechtsträger das Arbeitsverhältnis fortgesetzt wird (vgl. für die unklare Zuordnung *Ascheid/Preis/Schmidt/Steffan*, Kündigungsrecht, § 323 UmwG Rdnr. 23; im Ergebnis *Boecken*, Unternehmensumwandlungen und Arbeitsrecht, Rdnr. 77 für die unterbliebene Zuordnung). Die Klägerin hat dieses Wahlrecht dahin ausgeübt, dass ihr Arbeitsverhältnis mit der Beklagten fortgesetzt wird.

49 aa) Wird – wie hier – der übertragende Rechtsträger aufgespalten und fehlt es – wie hier – an der erforderlichen Zustimmung zum Übergang des Arbeitsverhältnisses im Wege der (partiellen) Gesamtrechtsnachfolge nach § 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG auf den übernehmenden Rechtsträger, führt dies nicht dazu, dass das Arbeitsverhältnis mit Wirksamwerden der Aufspaltung automatisch erlischt. Andernfalls könnte das Arbeitsverhältnis im Spaltungs- und Übernahmevertrag entgegen den zwingenden Vorgaben von § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB und der Richtlinie 2001/23/EG einer nicht übergangsfähigen

wirtschaftlichen Einheit zugeordnet werden. Dies würde das Zustimmungserfordernis aushöhlen.

50 bb) Der Annahme eines (einheitlichen) Arbeitsverhältnisses der Klägerin mit sämtlichen neuen Rechtsträgern, d. h. vorliegend der LJS und der Beklagten, stehen die grundrechtlichen Wertungen des Art. 12 Abs. 1 GG ebenfalls entgegen, wonach der Arbeitnehmer nicht verpflichtet werden soll, für einen Arbeitgeber zu arbeiten, den er nicht frei gewählt hat (vgl. zum Beispiel BVerfG, Urteil vom 25.1.2011, 1 BvR 1741/09, Rdnr. 69 f., 76; BVerfGE 128, 157; BAG, Urteil vom 15.12.2016, 8 AZR 612/15, Rdnr. 30, BAGE 157, 317).

51 cc) Die Wertungen des Art. 12 Abs. 1 GG gebieten es vorliegend vielmehr, der Klägerin ein Wahlrecht einzuräumen, mit welchem der neuen Rechtsträger sie das Arbeitsverhältnis fortsetzen will. Aus dem Urteil des Senats vom 21.2.2008 (8 AZR 157/07, Rdnr. 24, BAGE 126, 105) folgt nichts Abweichendes. Zwar hat der Senat in dieser Entscheidung angenommen, dass es mit Blick auf die durch Art. 2 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistete Vertrags- und Berufsfreiheit des Arbeitnehmers eines Widerspruchsrechts nach § 613a Abs. 6 BGB zur Abwehr eines aufgedrängten Vertragspartners nicht bedürfe, wenn der bisherige Arbeitgeber durch gesellschaftsrechtliche Verschmelzung erloschen sei. Wollte der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis nicht bei dem neuen Arbeitgeber fortsetzen, so könne er ohne Rechtsverlust von seinem Kündigungsrecht Gebrauch machen. Anders als in dem vom BAG mit Urteil vom 21.2.2008 (8 AZR 157/07, Rdnr. 24, a. a. O.) entschiedenen Verfahren ist das Arbeitsverhältnis der Klägerin im vorliegenden Verfahren – wie unter Rdnr. 35 f. ausgeführt – nicht im Wege des Betriebsübergangs auf den Rechtsträger übergegangen, mit dem die Klägerin das Arbeitsverhältnis nicht fortsetzen möchte. Vielmehr möchte sie ihr Arbeitsverhältnis mit der Beklagten fortsetzen. Dies ist den am Aufspaltungsvorgang beteiligten übernehmenden Rechtsträgern und insbesondere der Beklagten auch zumutbar. Bedarf der Übergang eines Arbeitsverhältnisses im Wege der (partiellen) Gesamtrechtsnachfolge nach § 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG auf den übernehmenden Rechtsträger – wie hier – der Zustimmung des Arbeitnehmers und liegt diese nicht vor, dürfen die am Aufspaltungsvorgang beteiligten Rechtsträger aus der gesellschaftsrechtlichen Auflösung des ursprünglichen Arbeitgebers dann keine Vorteile ziehen, wenn sie es in der Hand gehabt hätten, einen Übergang des Arbeitsverhältnisses im Wege des Betriebs(teil-)übergangs auf einen der übernehmenden Rechtsträger nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB zu bewirken. Dies gilt umso mehr, wenn der übernehmende Rechtsträger – wie hier – alsbald abgewickelt wird.

52 3. Da die Klägerin ihr Wahlrecht dahin ausgeübt hat, dass ihr Arbeitsverhältnis mit der Beklagten fortgesetzt wird, besteht zwischen ihr und der Beklagten seit dem 27.5.2015 ein Arbeitsverhältnis zu den Bedingungen des Arbeitsverhältnisses, das bis zum 26.5.2015 zwischen ihr und der LRS bestanden hat. Zudem ist die Beklagte verpflichtet, die Klägerin vertragsgerecht – wie beantragt – in H zu beschäftigen (zum Beschäftigungsanspruch im bestehenden Arbeitsverhältnis vgl. BAG, Urteil vom 9.4.2014, 10 AZR 637/13, Rdnr. 14, BAGE 148, 16).

16. Geschäftsführerversicherung bei im Bundeszentralregister getilgten Straftaten nach Ablauf von fünf Jahren seit rechtskräftiger Verurteilung

OLG Oldenburg, Beschluss vom 3.4.2018, 12 W 39/18

*GmbHG § 6 Abs. 2 Satz 2, § 8 Abs. 3
BZRG § 53*

LEITSATZ:

Die vom Geschäftsführer in der Anmeldung der Geschäftsführerbestellung nach § 8 Abs. 3 Satz 1 GmbHG abzugebende Versicherung muss keine Angaben zu Vorfällen außerhalb der Fünfjahresfrist machen. Versichert der Geschäftsführer aber, niemals wegen einer der in § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 GmbHG aufgeführten Straftaten verurteilt worden zu sein, so ist die Anmeldung auch dann falsch und steht einer Eintragung der Anmeldung entgegen, wenn die Verurteilung wegen einer solchen Straftat mehr als fünf Jahre zurückliegt und bereits aus dem Bundeszentralregister getilgt worden ist.

17. Fortbestand einer Vollmacht bei Änderung der Vertretungsregelung des Vollmachtgebers

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8.12.2017, I-3 Wx 275/16

*GmbHG §§ 39, 78
HGB § 12 Abs. 1 Satz 2, § 53
FamFG § 63 Abs. 1, §§ 378, 382 Abs. 4 Satz 2*

LEITSÄTZE:

1. Bevollmächtigt der alleinige Geschäftsführer einer Gesellschaft (GmbH) einen Rechtsanwalt mit der Vertretung bei allen Anmeldungen zur Eintragung in das Handelsregister, zu deren Vornahme er als Geschäftsführer der Gesellschaft zuständig sei, so wird diese wirksam erteilte Vollmacht nicht dadurch ergänzungsbedürftig, dass inzwischen drei weitere Geschäftsführer bestellt worden sind und nach der Vertretungsregelung nur noch zwei Geschäftsführer gemeinsam oder ein Geschäftsführer zusammen mit einem Prokuristen die Gesellschaft wirksam vertreten konnten.
2. Gibt der Notar auf den Hinweis des Registergerichts ernsthaft und endgültig zu erkennen, dass die von ihm vertretene Gesellschaft nicht gewillt ist, ihre Anmeldung (das Amt eines Geschäftsführers ende und einer anderen Person sei Prokura erteilt worden) entsprechend den vom Registergericht genannten Anforderungen (hier: Anmeldung durch einen weiteren Geschäftsführer oder einen Prokuristen) zu ergänzen, so darf das Registergericht – auf der Grund-

lage seiner eigenen Rechtsauffassung – nicht durch Zwischenverfügung entscheiden, sondern muss den Eintragungsantrag zurückweisen.

SACHVERHALT:

1 I. Am 12.12.2011 bevollmächtigte der seinerzeitige alleinige Geschäftsführer A der beteiligten Gesellschaft mehrere Rechtsanwälte, darunter B, notariell, ihn – jeweils einzeln – bei allen Anmeldungen zur Eintragung in das Handelsregister, zu deren Vornahme er als Geschäftsführer der Gesellschaft zuständig sei, zu vertreten.

2 Im Jahr 2014 wurden drei weitere Geschäftsführer bestellt.

3 Die Vertretungsregelung lautet:

„Die Gesellschaft hat einen oder mehrere Geschäftsführer. Ist nur ein Geschäftsführer berufen, so vertritt dieser die Gesellschaft allein. Sind mehrere Geschäftsführer bestellt, so wird die Gesellschaft durch zwei Geschäftsführer gemeinsam oder durch einen Geschäftsführer zusammen mit einem Prokuristen vertreten.“

4 Am 3.8.2016 meldete der oben genannte Bevollmächtigte im Auftrag der Geschäftsführer der beteiligten Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister an, dass das Amt eines Geschäftsführers ende und dass einer anderen Person Prokura erteilt worden sei.

5 Mit Schreiben vom 11.8.2016 teilte das Registergericht mit, es fehle die Anmeldung durch einen weiteren Geschäftsführer oder einen Prokuristen. Der Geschäftsführer A sei nicht (mehr) einzelvertretungsbe-rechtigt. Die Notarin bestand auf Vollzug der Anmeldung.

6 Daraufhin erließ das Registergericht die angefochtene Zwischenverfügung. Dem Vollzug der Anmeldung stehe entgegen, dass die Anmeldung durch einen weiteren Geschäftsführer oder einen Prokuristen fehle.

7 Dagegen richtet sich die Beschwerde der beteiligten Gesellschaft, der das Registergericht nicht abgeholfen und die es dem Senat zur Entscheidung vorgelegt hat.

(...)

AUS DEN GRÜNDEN:

9 II. Die Beschwerde der Gesellschaft ist (...) zulässig (...). Das Rechtsmittel hat auch in der Sache Erfolg.

10 Dies schon deshalb, weil das Registergericht nicht durch Zwischenverfügung hätte entscheiden dürfen. Die Notarin hat auf den Hinweis des Registergerichts im Schreiben vom 11.8.2016 in anschließendem Schriftwechsel und Telefonaten ernsthaft und endgültig zu erkennen gegeben, dass sie nicht gewillt war, ihre Anmeldung entsprechend den vom Registergericht genannten Anforderungen zu ergänzen. Daher hätte das Registergericht – auf der Grundlage seiner eigenen Rechtsauffassung – nicht durch Zwischenverfügung entscheiden, sondern den Eintragungsantrag zurückweisen müssen (st. Rspr. des Senats, zum Beispiel ZIP 2017, 1111; ZEV 2016, 707; FGPrax 2013, 14).

11 Darüber hinaus ist die Zwischenverfügung auch aus materiellen Gründen aufzuheben. Die vom Registergericht vertretene Rechtsauffassung ist unzutreffend. Es hätte den Vollzug der Anmeldung nicht mit der Begründung ablehnen dürfen, es fehle die Anmeldung durch einen weiteren Geschäftsführer oder einen Prokuristen.

12 Gemäß § 39 GmbHG ist jede Änderung in den Personen der Geschäftsführer sowie die Beendigung der Vertretungsbe-fugnis eines Geschäftsführers zur Eintragung in das Handels-

register anzumelden. Nach § 53 HGB ist auch die Erteilung der Prokura vom Inhaber des Handelsgeschäfts zur Eintra-gung in das Handelsregister anzumelden. Die Anmeldung ist Pflicht der Gesellschaft. Gemäß § 78 GmbHG sind die Anmel-dungen durch die Geschäftsführer zu bewirken (vgl. Senat, FGPrax 2012, 175). Da die Anmeldungen ungeachtet dessen, dass sie ihrer Art nach deklaratorisch und mit Zwangsmitteln durchsetzbar sind (dazu *Eickhoff*, GmbHR 2012, 903, 904), keine höchstpersönlichen Pflichten der Geschäftsführer dar-stellen, kann die Gesellschaft – anstatt durch den oder die Ge-schäftsführer als ihr Organ zu handeln – sich auch durch einen Bevollmächtigten vertreten lassen, § 378 FamFG. Erforderlich ist dafür die Erteilung einer öffentlich beglaubigten Vollmacht zur Vornahme von Handelsregisteranmeldungen, § 12 Abs. 1 Satz 2 HGB. Die Gesellschaft erteilt diese Vollmacht – natürlich – durch ihre(n) Geschäftsführer als ihr gesetzliches Vertre-tungsorgan.

13 Hier hat die Gesellschaft eine solche Vollmacht am 11.12.2011 durch ihren damaligen alleinigen Geschäftsführer wirksam erteilt.

14 Die Wirksamkeit dieser Vollmacht ist nicht dadurch wegge-fallen, dass später – im Jahr 2014 – drei weitere Geschäftsfüh-erer bestellt worden sind.

15 Richtig ist zwar, dass von diesem Zeitpunkt an nach der Vertretungsregelung die Gesellschaft nur noch durch zwei Ge-schäftsführer gemeinsam oder durch einen Geschäftsführer zusammen mit einem Prokuristen wirksam vertreten werden konnte und auch nur durch diese Personen eine (neue) Han-delsregistervollmacht hätte erteilen können. Allerdings führt das nicht dazu, dass die bereits wirksam erteilte frühere Han-delsregistervollmacht sozusagen rückwirkend unwirksam wird.

16 Denn die vom gesetzlichen Vertreter erteilte Vollmacht er-lischt nicht mit dem Aufhören des Vertretungsrechts (schon RGZ 107, 161, 166 m. N.; OLG Hamm, GmbHR 2012, 903 mit zust. Anm. *Eickhoff* und in NotBZ 2012, 420 mit zust. Anm. *Frenzel*; *Lutter/Hommelhoff/Kleindiek*, GmbH-Gesetz, 19. Aufl., § 78 Rdnr. 2; *Baumbach/Hueck/Haas*, GmbH-Ge-setz, 21. Aufl., § 78 Rdnr. 4; *Roth/Altmeyden/Altmeyden*, GmbHG, 8. Aufl., § 78 Rdnr. 6; inzwischen auch *Krafka/Kühn*, Registerrecht, 9. Aufl., Rdnr. 109).

(...)

ZWANGSVOLLSTRECKUNGS- UND INSOLVENZRECHT

18. Unentgeltlichkeit nach § 4 AnfG bei der Übertragung eines Grundstücks an den Ehegatten

OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 5.3.2018, 3 U 159/17

LEITSATZ:

Eine mit Rücksicht auf die zwischen den Vertragsschließenden bestehende Ehe erfolgte Grundstücksübertragung stellt keine entgeltliche Kausalbeziehung dar, denn Zuwendungen, die in der Erwartung erbracht werden, die eheliche Lebensgemeinschaft zu fördern, begründen kein Entgelt im Sinne des § 4 AnfG. Für den Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung nach § 11 Abs. 1 AnfG ist es unerheblich, in welcher Höhe der Empfänger durch die benachteiligende Handlung bereichert ist, da es lediglich auf eine feststehende Verschlechterung des Schuldnervermögens ankommt. Eine unteilbare Leistung des Schuldners ist insgesamt anfechtbar.

SACHVERHALT:

1 I. Die Beklagte richtet sich mit ihrer Berufung gegen ein auf eine Anfechtung nach dem AnfG gestütztes Urteil des LG, welches die Zwangsvollstreckung in ihr Grundstück ermöglicht.

2 Die Klägerin und der Zeuge A waren verheiratet. Infolge der Ehescheidung schlossen sie am 15.11.2013 einen Vergleich vor dem AG Gießen – Familiengericht – über den naheheulichen Unterhalt. Der Zeuge A verpflichtete sich unter der Ziffer I. des Vergleichs, der Klägerin ab Rechtskraft der Ehescheidung bis zum Renteneintritt der Klägerin einen monatlichen naheheulichen Unterhalt i. H. v. 510 €, fällig jeweils im Voraus, zu zahlen.

3 Durch notariellen Vertrag vom 14.12.2015 verpflichtete er sich, sein Grundstück in S (...) auf seine neue Ehefrau, die Beklagte, zu übertragen. Im notariellen Übergabevertrag war unter anderem geregelt, dass die Beklagte das Grundstück „schenkweise“ erwerben sollte (§ 2), mit „Rücksicht auf die zwischen den Vertragsschließenden bestehende Ehe“.

4 Unter „§ 3 Vorbehalte, Auflagen und Gegenleistungen“ wurden bestimmte „Einschränkungen“ der „Schenkungen“ festgelegt; hiernach sollte die Beklagte als „Gegenleistung“ fortan die eingetragenen Lasten des Grundstücks tragen, diese jedoch im Außenverhältnis nur gesamtschuldnerisch zusammen mit dem Zeugen A. Gleichzeitig wurde ein lebenslanges Wohnrecht nach § 1093 BGB zugunsten des Zeugen in einer abgeschlossenen Wohnung im Erdgeschoss vereinbart. So wurde der Vertrag auch vollzogen; die Beklagte ist seit dem 6.4.2016 Eigentümerin des Grundstücks.

5 Bereits ab März 2016 erfolgten keine Zahlungen mehr an die Klägerin aus dem Vergleich. Ein am 6.9.2016 durchgeführter Zwangsvollstreckungsversuch blieb erfolglos, der Zeuge A gab am selben Tag ein Vermögensverzeichnis ab, nach welchem er über kein nennenswertes Vermögen mehr verfüge, jedoch über Kreditverbindlichkeiten i. H. v. 32.000 €. Seine Renteneinnahmen betragen zu diesem Zeitpunkt monatlich 878,70 € und 82,66 €.

6 Die Klägerin hat erstinstanzlich die Meinung vertreten, die Grundstücksübertragung sei eine nach § 4 AnfG anfechtbare Rechts-handlung. Sie hat beantragt, die Beklagte zu verurteilen, wegen der vollstreckbaren Forderungen der Klägerin i. H. v. 5.100 € (seit März 2016, 10 Monate à 510 €) aufgrund des Vergleichs des AG Gießen – Familiengericht – vom 3.12.2013, die Zwangsvollstreckung in das Grundstück in S (...), zu dulden.

7 Die Beklagte ist der Klage entgegengetreten. Sie hat sich unter anderem darauf berufen, die Übertragung sei ein Äquivalent für die Zusage der Beklagten gewesen, den Zeugen A zukünftig in gewohnter Umgebung selbst zu pflegen. Im Übrigen habe sie weder seine Vermögensverhältnisse gekannt noch etwas von den Unterhaltspflichten gewusst.

8 Nach Vernehmung des Zeugen A hat das LG der Klage in vollem Umfang stattgegeben. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass die Eigentumsübertragung eine anfechtbare Rechtshandlung im Sinne des § 1 Abs. 1 AnfG gewesen sei. Dies folge daraus, dass nun die Mieteinnahmen des Grundstücks nicht mehr zur Begleichung des Unterhalts aus dem Vergleich zur Verfügung stünden. Die Klägerin sei anfechtungsberechtigt nach § 2 AnfG, da sie einen vollstreckbaren Schuldtitel habe, ihre Forderung fällig sei und die Zwangsvollstreckung unbefriedigend gewesen sei. Es liege eine nach § 4 AnfG anfechtbare unentgeltliche Leistung vor, was sich aus dem notariellen Vertrag ergebe. Die Einräumung eines Wohnrechts und die Übernahme der Lasten des Grundstücks stellten keine Gegenleistung im Sinne eines entgeltlichen Vertrages, sondern nur wertmindernde Umstände dar. Die Behauptung, dass die Beklagte den Zeugen A im Gegenzug für die Übertragung pflegen solle, habe sich nicht bestätigt.

9 Mit ihrer Berufung verfolgt die Beklagte ihr Begehren nach Klageabweisung weiter. Sie macht geltend, dass das LG sich bei der Würdigung der Aussage des Zeugen mit dessen aufgrund von Demenz bzw. Pseudo-Demenz beeinträchtigter Erinnerungsfähigkeit hätte auseinandersetzen müssen. Ferner habe das LG es unterlassen, hinreichende Tatsachenfeststellungen zu der Frage zu treffen, in welcher Höhe das betreffende Anwesen durch die Einräumung des unentgeltlichen Wohnrechts wertgemindert gewesen sei. Es finde sich zudem eine Diskrepanz zwischen der Wertangabe „ca. 240.000 €“ in den erstinstanzlichen Urteilsgründen und dem im Rahmen des Tatbestandes mit 275.000 € festgestellten Verkehrswert.

(...)

AUS DEN GRÜNDEN:

11 II. Die zulässige Berufung hat offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg. Die angegriffene Entscheidung beruht weder auf einer Rechtsverletzung (§ 546 ZPO) noch rechtfertigen nach § 529 ZPO zugrunde zu legende Tatsachen eine andere Entscheidung (§ 513 Abs. 1 ZPO).

12 Zu Recht hat das LG einen Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück in S gemäß § 11 Abs. 1 AnfG wegen der vollstreckbaren Forderungen der Klägerin i. H. v. 5.100 € (seit März 2016, 10 Monate à 510 €) aufgrund des Vergleichs des AG Gießen – Familiengericht – bejaht.

13 1. Auch nach Auffassung des Senats liegt eine benachteiligende Rechtshandlung im Sinne von § 1 Abs. 1 AnfG vor, da durch die Übertragung des Grundstücks des Schuldners und Zeugen A dessen maßgebliche Einkommensquelle, die Mieteinnahmen, diesem nicht mehr zwecks Erfüllung des Vergleichs zur Verfügung stehen und anderes Einkommen und Vermögen, mit dem die Verbindlichkeiten bedient werden können, nicht vorhanden ist.

14 2. Zutreffend hat das LG das Merkmal der Unentgeltlichkeit im Sinne des § 4 Abs. 1 AnfG bejaht. Eine Leistung ist unentgeltlich, wenn der Erwerb des Empfängers in seiner Endgültigkeit vereinbarungsgemäß nicht von einer ausgleichenden Zuwendung abhängt. Maßstab dafür ist nicht, wie bei der Kongruenz, die Übereinstimmung einer erbrachten Leistung mit dem Rechtsgrund, sondern im Ansatz allein die – angefochtene oder zugrunde liegende – Kausalbeziehung

(MünchKomm-AnfG, § 4 Rdnr. 20-21). Wie das LG richtig festgestellt hat, ergibt sich aus dem notariellen Übergabevertrag vom 14.12.2015 das Fehlen einer Kausalbeziehung. Dieser bezeichnet die mit dem Vertrag beabsichtigte Verfügung in § 2 als eine „schenkweise“ erfolgte Übergabe. Die im Folgenden stattfindende Erläuterung, die Übertragung erfolge „mit Rücksicht auf die zwischen den Vertragsschließenden bestehende Ehe“ stellt keine entgeltliche Kausalbeziehung dar, denn Zuwendungen, die in der Erwartung erbracht werden, die eheliche Lebensgemeinschaft zu fördern, begründen kein Entgelt im Sinne des § 4 AnfG (MünchKomm-AnfG, § 4 Rdnr. 51). Anhaltspunkte für eine Entgeltlichkeit lassen sich dem Vertrag nicht entnehmen, auch nicht unter Berücksichtigung der nun der Beklagten auferlegten Verbindlichkeiten. Zwar werden diese Lasten unter § 3 als „Einschränkungen“ bezeichnet, jedoch findet sich dort erneut der Begriff „Schenkung“. Die „Gegenleistungen“ beschränken sich auf die Übernahme der im Grundbuch eingetragenen Lasten, welche ohnehin mit dem Erwerb des Grundstücks verbunden sind.

15 3. Eine Entgeltlichkeit ergibt sich auch nicht aus einer kausalen Pflegevereinbarung. Diese von der Beklagten aufgestellte Tatsachenbehauptung findet weder Erwähnung im notariellen Übertragungsvertrag noch ist es der Beklagten gelungen, eine entsprechende mündliche Abrede zu beweisen. Die Aussage des Zeugen A hierzu war bereits unergiebig, weshalb das LG keine Veranlassung hatte, sich mit den möglicherweise vorhandenen kognitiven Einschränkungen des Zeugen zu befassen. Der Zeuge A hat nicht bekundet, dass als Gegenleistung für seine Pflege durch die Beklagte das Hausgrundstück übereignet werden sollte.

16 4. Letztlich wird die Annahme einer Unentgeltlichkeit zusätzlich dadurch gestützt, dass der Zeuge A selbst in seinem Vermögensverzeichnis vom 6.9.2016 von einer „Schenkung“ des Grundstücks gesprochen, und die Verfügung als „unentgeltliche“ eingeordnet hat.

17 5. Das Wohnrecht gemäß § 1093 BGB, welches dem Beklagten verblieben ist, bietet aufgrund des höchstpersönlichen Charakters als persönliche Grunddienstbarkeit keinen Vermögenswert, welcher vollstreckungsfähig wäre und somit einen Ausgleich für die Benachteiligung bieten könnte. Im Übrigen bezieht sich dieses lediglich auf eine der im Haus befindlichen Wohnungen, nämlich die Erdgeschosswohnung, sodass ein nicht unerheblicher Wert der Zuwendung bereits wegen der anderen, vom Wohnrecht unbelasteten Wohnungen, verbleibt. Ohne Belang ist indes der exakte Wert des Grundstücks; insoweit ist die genaue Wertermittlung, anders als die Beklagte meint, nicht notwendig. Für den Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung nach § 11 Abs. 1 AnfG ist es unerheblich, in welcher Höhe der Empfänger durch die benachteiligende Handlung bereichert ist, da es lediglich auf eine feststehende Verschlechterung des Schuldnervermögens ankommt. Eine unteilbare Leistung des Schuldners ist nämlich insgesamt anfechtbar (BGH, Urteil vom 15.12.2016, IX ZR 113/15, NJW 2017, 1035).

18 6. Auch wenn insoweit kein ausdrücklicher Berufungsantritt erfolgt ist, so wird vorsorglich darauf hingewiesen, dass die erstinstanzlich ausführlich diskutierte Frage, über welche Kenntnisse die Beklagte hinsichtlich der Vermögenslage des

Zeugen A verfügte, für die Entscheidung des Streitfalls unerheblich ist. Ist nämlich die Leistung des Hauptschuldners in Natur noch vorhanden, so hat sie der Anfechtungsgegner unabhängig von gutem oder bösem Glauben zur Verfügung zu stellen (MünchKomm-AnfG, § 11 Rdnr. 137). Der Anfechtungsgegner ist stets ausreichend vor einer übermäßigen Inanspruchnahme geschützt, weil die Zwangsvollstreckung lediglich in den unentgeltlich erlangten Gegenstand, nicht aber in sein sonstiges Vermögen gestattet wird.

(...)

BEURKUNDUNGS- UND NOTARRECHT

19. Unzulässigkeit der Amtsbezeichnung „Notariat“ und amtswidrige Gestaltung der Homepage durch reklamehafte Herausstellung der persönlichen Qualitäten

BGH, Beschluss vom 23.4.2018, NotZ (Brfg) 6/17 (Vorinstanz: OLG Celle, Urteil vom 21.8.2017, Not 1/17)

BNotO § 2 Satz 2, § 29 Abs. 1

StGB § 132 Abs. 1 Nr. 1

BeurkG § 1

GG Art. 12 Abs. 1

LEITSÄTZE:

- 1. Ein Notar ist nicht berechtigt, anstatt der gesetzlich bestimmten Amtsbezeichnung („Notar“) eine andere Bezeichnung („Notariat“) zu verwenden.**
- 2. Zur amtswidrigen Werbung durch reklamehafte Hinweise und wertende Selbstdarstellungen.**

SACHVERHALT:

1 I. Der Kläger ist Rechtsanwalt und Notar in H. Er wendet sich gegen eine ihm von dem Beklagten erteilte dienstliche Weisung, die sich auf den von ihm verwendeten Briefkopf und die Gestaltung seines Internetauftritts bezieht.

2 Auf seinem Briefbogen führt der Kläger neben seinem Namen allein die Bezeichnung „Notariat & Kanzlei“. In seinem Internetauftritt unter der Internetadresse [www.notar-\(Kläger\).de](http://www.notar-(Kläger).de) bezeichnet er sich im Kopf der verschiedenen Internetseiten durchgängig (allein) als Notar. Auf der Startseite des Internetauftritts findet sich eine Liste verschiedener als Menüpunkte verwendeter Bezeichnungen (sog. „Drop-Down-Menü“), darunter auch die Bezeichnung „Notariat“. Daneben heißt es im mittleren Bereich der Startseite:

„Notarielle Tätigkeiten für Ihren individuellen Fall. Für Privatpersonen, Unternehmer und Existenzgründer – qualitativ, schnell und verlässlich, Beratung inklusive. In Hannover und Niedersachsen pflege ich ein starkes Netzwerk von Steuerberatern, Banken, Insolvenzverwaltern und Vermögensberatern, denn Ihr Anliegen ist zu wichtig für eine eindimensionale Beratung. (...)“

3 Durch das Anklicken der Bezeichnung „Notariat“ öffnet sich ein weiteres Menü mit den Unterpunkten „Notar“, „Beurkundungen“, „Geschäftsstelle“ und „Gebühren“. Unter dem Menüpunkt „Beurkundungen“ findet sich folgender Text:

„Bei der Gestaltung von Beurkundungen und deren Lokalität bin ich innerhalb meines Amtsbereichs flexibel. Spezielle Anforde-

rungen an Ort und Zeit ermögliche ich gerne. Mein Notariat setzt bei der Büroinfrastruktur auf neueste Technik und hochspezialisierte Software, damit ich Ihr Anliegen höchst professionell bearbeiten kann. Ein dominanter Vorteil, gerade wenn die Beurkundung nicht in meinen Räumen stattfindet. Wer nicht zum Notar kommen kann, den besuche ich zu Hause, im Krankenhaus oder im Heim – wo immer Sie sich gerade befinden.“

4 Mit Verfügung vom 9.1.2017 erteilte der Beklagte dem Kläger die Weisung, seinen Internetauftritt und Briefbogen zu ändern, soweit dort der Begriff Notariat verwendet werde, ferner den Internetauftritt und den Briefbogen dahin gehend zu ändern, dass hinreichend deutlich werde, dass der Kläger Anwaltsnotar sei und das Notaramt nur im Nebenberuf ausübe, sowie seinen Internetauftritt, nämlich den auf der Startseite im mittleren Bereich und den unter dem Punkt „Notariat“ und dort dem Unterpunkt „Beurkundungen“ befindlichen Text insofern abzuändern, als die aktuelle Gestaltung als amtswidrige Werbung anzusehen bzw. geeignet sei, Zweifel an seiner Unabhängigkeit und Unparteilichkeit zu wecken.

5 Dagegen wendet sich der Kläger mit seiner am 10.2.2017 erhobenen Klage. Das OLG hat der Klage stattgegeben, soweit in der dienstlichen Weisung beanstandet worden ist, der Text „Bei der Gestaltung von Beurkundungen und deren Lokalität bin ich innerhalb meines Amtsbereichs flexibel“; „Wer nicht zum Notar kommen kann, den besuche ich zu Hause, im Krankenhaus oder im Heim – wo immer Sie sich gerade befinden“ stelle eine amtswidrige Werbung dar und sei geeignet, Zweifel an der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Klägers zu wecken. Im Übrigen hat es sie abgewiesen.

6 Zur Begründung hat das OLG – soweit noch erheblich – ausgeführt, nach ständiger Rechtsprechung sei ein Anwaltsnotar nicht berechtigt, die Bezeichnung „Notariat“ zu führen. An der Bewertung des Begriffs Notariat habe der BGH trotz der Kritik an seiner Rechtsprechung festgehalten. Der Senat habe keinen Anlass, die gefestigte Rechtsprechung allein deshalb in Zweifel zu ziehen, weil seit der letzten Entscheidung mehr als zehn Jahre vergangen seien. Eine abweichende Betrachtung sei auch nicht deshalb geboten, weil das behördliche Notariat – das badische Amtsnotariat – im Jahr 2018 auslaufen werde. Maßgeblich sei vielmehr, dass durch den Begriff Notariat eine Institutionalisierung zum Ausdruck gebracht werde, die dem personengebundenen Amt des Notars nicht zukomme und daher zu Fehlvorstellungen beim rechtsuchenden Publikum führe.

7 Der Briefkopf des Klägers und die Startseite der Internetseite enthielten keinen Hinweis auf den Beruf des Klägers als Rechtsanwalt. Zu Recht vermisste der Beklagte eine deutliche Klarstellung, dass der Kläger nicht nur nebenberuflich das Amt des Notars ausübe, sondern im Hauptberuf Rechtsanwalt sei. Dass der Kläger auch Rechtsanwalt sei, werde allenfalls beiläufig, nicht etwa auf der Startseite, sondern versteckt in einer untergeordneten Rubrik erwähnt. Bei den Tätigkeiten des Rechtsanwalts und des Notars handele es sich nicht um zwei Hauptberufe, die unabhängig voneinander ausgeübt werden könnten. Das Amt des Notars als unselbstständiger Nebenberuf impliziere bereits, dass es einen Hinweis auf den Hauptberuf geben müsse und zwar nicht nur an versteckter Stelle. Ansonsten geriere sich der Anwaltsnotar als Träger einer anderen Notariatsform, nämlich als Nur-Notar, was im Land Niedersachsen nicht vorgesehen sei.

8 Zu Recht habe der Beklagte die Ausführungen in Bezug auf den Hinweis auf das vom Kläger gepflegte „starke Netzwerk“ und die Anpreisung hochspezialisierter Bürosoftware, die einen „dominanten Vorteil“ biete, beanstandet. Der Internetauftritt auf der Startseite des Klägers sei in der derzeitigen Gestaltung als amtswidrige Werbung anzusehen und wecke zudem Zweifel an der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Klägers. Der Hinweis des Klägers auf das von ihm gepflegte „starke Netzwerk“ lasse sich mit § 29 Abs. 1 BNotO i. V. m. § 67 Abs. 2 BNotO sowie Ziffer VII Nr. 1.2 und 1.3 lit. b der Richtlinien der Notarkammer Celle (...) nicht vereinbaren. In der von Superlativen geprägten Darstellung der Büroinfrastruktur des Klägers liege eine reklamehafte Anpreisung.

9 Der Kläger beantragt, die Berufung gegen dieses Urteil zuzulassen.

AUS DEN GRÜNDEN:

10 II. Der Antrag auf Zulassung der Berufung ist zulässig, insbesondere formgerecht gestellt. Ein Grund zur Zulassung der Berufung (§ 124 Abs. 2 VwGO i. V. m. § 111d Satz 2 BNotO) besteht aber nicht.

11 1. Ernstliche Zweifel an der Richtigkeit der angefochtenen Entscheidung (§ 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO i. V. m. § 111d Satz 2 BNotO) sind nicht ersichtlich. Ernstliche Zweifel bestehen, wenn gegen die Richtigkeit der Entscheidung nach summarischer Prüfung gewichtige Gesichtspunkte sprechen. Hiervon ist auszugehen, wenn ein einzelner tragender Rechtssatz oder eine erhebliche Tatsachenfeststellung mit schlüssigen Gegenargumenten infrage gestellt werden kann und sich ohne nähere Prüfung nicht beantworten lässt, ob die Entscheidung möglicherweise im Ergebnis aus einem anderen Grund richtig ist (Senat, Beschlüsse vom 5.3.2012, NotZ (BfG) 13/11, NJW-RR 2012, 632 Rdnr. 6 m. w. N.; vom 24.11.2014, NotZ (BfG) 8/14, WM 2015, 352 Rdnr. 5). Das ist hier nicht der Fall.

12 a) Gemäß § 92 Nr. 1 BNotO i. V. m. § 28 der Allgemeinen Verfügung des Justizministeriums des Landes Niedersachsen über die Angelegenheiten der Notarinnen und Notare vom 1.3.2001 (im Folgenden AVNot [...]) steht dem Beklagten die Aufsicht über die Notare in seinem Landgerichtsbezirk zu, soweit die hier in Rede stehenden Aspekte der Amtsführung betroffen sind. Hieraus erwächst ihm die Befugnis, auf die Amtsführung der Notare – soweit hierdurch die Unabhängigkeit des diesen übertragenen Amtes nicht berührt wird – nach pflichtgemäßem Ermessen durch Weisung Einfluss zu nehmen (Senat, Beschluss vom 26.10.2009, NotZ 6/09, NJOZ 2010, 2064 Rdnr. 5; BVerfG, BVerfGE 131, 130, 146 f.). Stellt er in dem seiner Aufsicht unterliegenden Bereich Fehler oder Pflichtverletzungen fest, so trifft er die je nach Schwere erforderlichen Maßnahmen (vgl. Senat, Beschluss vom 20.11.2006, NotZ 30/06, VersR 2007, 714 Rdnr. 4 m. w. N.). Der Befugnis des Beklagten, ihm eine Weisung zu erteilen, tritt der Kläger nicht entgegen. Er beanstandet vielmehr den Inhalt der ihm erteilten Weisung (vgl. BVerfG, BVerfGE 131, 130, 145) und meint, dass sich der Beklagte bei der von ihm ausgesprochenen Weisung nicht im Rahmen des ihm zukommenden Ermessens gehalten habe. Diese Beanstandung greift nicht durch.

13 b) Soweit dem Kläger aufgegeben wurde, den Begriff Notariat im Sinne einer Bezeichnung für sein Amt und seinen Amtssitz auf seinem Briefkopf oder in seinem Internetauftritt nicht mehr zu gebrauchen, entspricht dies der ständigen Rechtsprechung des Senats (Beschlüsse vom 26.9.1983, NotZ 7/83, DNotZ 1984, 246; vom 8.7.2002, NotZ 28/01, DNotZ 2003, 376; vom 11.7.2005, NotZ 8/05, DNotZ 2006, 72; vom 20.11.2006, NotZ 30/06, VersR 2007, 714 Rdnr. 5 m. w. N.). Danach ist ein Notar nicht befugt, sein Amt oder seinen Amtssitz nach außen hin – weder auf seinem Praxisschild (Beschlüsse vom 26.9.1983 und 8.7.2002, a. a. O.), noch auf dem Briefbogen (Beschlüsse vom 26.9.1983 und 20.11.2006, a. a. O., Rdnr. 2) oder in seiner Internetadresse (Beschluss vom 11.7.2005, a. a. O.) als Notariat zu bezeichnen.

14 aa) Soweit der Kläger meint, es sei eine Neubewertung der Rechtsfrage geboten, weil das im Land Baden-Württemberg bestehende Amtsnotariat zum 1.1.2018 durch das selbststän-

dige hauptberufliche Notariat ersetzt worden sei (§ 114 BNotO in der Fassung von Art. 2 des Gesetzes vom 15.7.2009, BGBl. 2009 I, S. 1798; vgl. Schippel/Bracker/Görk, BNotO, 9. Aufl., § 114 Rdnr. 2 ff.) und eine Verwechslungsgefahr daher nicht (mehr) bestehe, verkennt er, dass der Senat eine solche etwaige Verwechslungsgefahr bereits in seiner Entscheidung vom 20.11.2006 (VersR 2007, 714 Rdnr. 5) nicht (mehr) für maßgeblich erachtet hat.

15 bb) Grund für das unterschiedslos für alle Notare geltende Gebot, in ihrer Außendarstellung nur die Amtsbezeichnung des § 2 Satz 2 BNotO zu gebrauchen, ist vielmehr, dass sie als Träger eines öffentlichen Amtes mit einer gesetzlich bestimmten Amtsbezeichnung (§ 2 Satz 2 BNotO) nicht berechtigt sind, diese durch eine andere – ihnen aus welchen Gründen auch immer genehmer erscheinende – (Amts-)bezeichnung zu ersetzen und dadurch gegen § 2 Satz 2 BNotO zu verstoßen.

16 (1) Der Notar ist Träger eines öffentlichen Amtes (§ 1 BNotO) und übt einen gebundenen Beruf aus. Ihm sind als selbstständigem Berufsträger gemäß § 1 BNotO Aufgaben der vorsorgenden Rechtspflege übertragen. Mit der ihm übertragenen Funktion steht er dem Richter nahe; ein großer Teil seiner Geschäfte könnte auch von den Gerichten erledigt werden (BVerfG, BVerfGE 131, 130, 139). Insbesondere sind den Notarinnen und Notaren Zuständigkeiten übertragen, die nach der geltenden Rechtsordnung hoheitlich ausgestaltet sind. Vor diesem Hintergrund ist der Notar, was seine Amtsbefugnisse und die Regelung seiner Aufgaben angeht, in die Nähe des öffentlichen Dienstes gerückt (Senat, Beschluss vom 8.7.2002, NotZ 9/02, BGHZ 151, 252, 254). Dem entspricht die Ausgestaltung des Amtsverhältnisses, für das in weitem Umfang Vorschriften gelten, die denen des Beamtenrechts nachgebildet sind. Das betrifft auch § 2 Satz 2 BNotO, wonach die Notare ein Amtssiegel führen und die Amtsbezeichnung Notarin oder Notar tragen (Schippel/Bracker/Bracker, BNotO, § 1 Rdnr. 10; Diehn/Diehn, BNotO, § 2 Rdnr. 1).

17 (2) Der vom Gesetzgeber durch § 2 Satz 2 BNotO vorgegebenen Amtsbezeichnung kommt eine Doppelfunktion zu: Sie verdeutlicht nach außen die Bedeutung des Amtes des Notars unter Berücksichtigung des Amtsinhalts zur Unterscheidung von anderen Ämtern; gleichzeitig kennzeichnet sie den Inhaber des Amtes dahin gehend, dass er nach Eignung und Leistung befähigt ist, ein Amt dieses Inhalts wahrzunehmen. Eine in dieser Weise angemessene und wirklichkeitsgerechte Amtsbezeichnung dient nicht nur dem Interesse des Inhabers eines Amtes. Sie trägt vielmehr im Interesse der Öffentlichkeit auch dazu bei, dass der Bürger erkennen kann, welche Qualifikation und Kompetenz dem Träger der Amtsbezeichnung zukommt (vgl. BVerfG, BVerfGE 64, 323, 351 f. zur Amtsbezeichnung der Hochschullehrer). Es entspricht den Erfordernissen einer geordneten Rechtspflege, dass Anwaltsnotar und Notar im Hauptberuf in einheitlicher und der personen- gebundenen Natur ihres Amtes entsprechender Weise gegenüber dem um notarielle Dienstleistungen nachsuchenden Publikum in Erscheinung treten (Senat, Beschlüsse vom 11.7.2005, NotZ 8/05, DNotZ 2006, 72, 73; vom 12.11.1984, NotZ 12/84, DNotZ 1986, 186, 187).

18 (3) Vor diesem Hintergrund hat der Senat das Auftreten des Notars unter der Bezeichnung „Notariat“ stets beanstandet,

weil sie von dem Träger des Amtes losgelöst ist. Sie bringt eine Institutionalisierung zum Ausdruck, die dem personengebundenen Amt des Notars nicht zukommt. Eine wirklichkeitsgerechte Bezeichnung (vgl. zu diesem Erfordernis auch BVerfG, BVerfGE 38, 1, 12 zu Richteramtsbezeichnungen) stellt sie aus diesem Grund nicht dar. Hinzu tritt, dass es allein dem Gesetzgeber zukommt, die – durch § 132 Abs. 1 Nr. 1 StGB geschützte – Amtsbezeichnung für das öffentliche Amt des Notars (§ 1 BNotO) festzulegen. Der Notar hat sich an diese Vorgabe zu halten und darf für das ihm übertragene öffentliche Amt eine Amtsbezeichnung nicht gewissermaßen selbst erfinden und ohne Rechtsgrundlage verwenden. Wird die Bezeichnung Notariat von dem Notar wie oder anstelle einer Amtsbezeichnung geführt, kommt es deshalb nicht darauf an, ob sich die Bezeichnung Notariat in der Praxis durchgesetzt hat oder wie sie von den Rechtsuchenden verstanden wird (a. A. Arndt/Lerch/Sandkühler/Sandkühler, BNotO, 8. Aufl., § 29 Rdnr. 17; Lerch, a. a. O., § 2 Rdnr. 2; Diehn/Diehn, BNotO, § 29 Rdnr. 31; vgl. auch Schippel/Bracker/Schäfer, BNotO, § 29 Rdnr. 23; Eylmann/Vaasen/Miermeister/de Buhr, BNotO/BeurkG, 4. Aufl., § 29 BNotO Rdnr. 14).

19 (4) Auch wenn zutreffen sollte, dass – wie der Kläger geltend macht – die Vorschrift des § 2 Satz 2 BNotO nicht von allen für die Notaraufsicht zuständigen Stellen durchgesetzt wird (vgl. auch Lerch, BeurkG/DONot/Richtlinienempfehlungen der BNotK, 5. Aufl., § 3 DONot Rdnr. 5), folgt daraus entgegen der Ansicht des Klägers nicht, dass sie nicht anzuwenden wäre. Vielmehr ist es Aufgabe der für die Notaraufsicht zuständigen Stellen, auf einen rechtmäßigen Zustand hinzuwirken. Eine Ungleichbehandlung (Art. 3 Abs. 1 GG) liegt darin entgegen der Ansicht des Klägers schon deshalb nicht, weil die Vorschrift des § 2 Satz 2 BNotO – ebenso wie die Rechtsprechung des Senats – gleichermaßen für alle Notare gilt.

20 cc) Nach diesen Grundsätzen hat der Beklagte dem Kläger zu Recht untersagt, auf seinem Briefbogen die Bezeichnung „Notariat & Kanzlei“ und in seinem Internetauftritt die Bezeichnung „Notariat“ zu führen, weil er sich ihrer unter Verstoß gegen § 2 Satz 2 BNotO wie einer Amtsbezeichnung bedient. Das gilt auch unter Berücksichtigung des Umstands, dass der Kläger geltend macht, seiner Unterschrift stets entweder die Amtsbezeichnung „Notar“ oder die Berufsbezeichnung „Rechtsanwalt“ hinzuzufügen, und er sowohl in seiner Internetadresse als auch im Kopf der jeweiligen Internetseiten (auch) die Amtsbezeichnung „Notar“ verwendet.

21 (1) Das Wort Notariat kann zweierlei Bedeutung haben. Einmal bezeichnet es das Rechtsgebiet, die Einrichtung des Notariats (Art. 138 GG) und seine Institutionen etwa in Begriffen wie „Notariatsverfassung“, „Notariatsrecht“, „Anwaltsnotariat“ und „Behördennotariat“. Zum anderen kann es das dem Notar übertragene konkrete Amt bezeichnen (Senat, Beschlüsse vom 29.6.1983, NotZ 7/83, DNotZ 1984, 246, 247; vom 11.7.2005, NotZ 8/05, DNotZ 2006, 72, 73). In der Literatur wird ferner vertreten, dass das Wort „Notariat“ oder „Notariatskanzlei“ in neuerer Zeit auch für die Bezeichnung der Geschäftsstelle einer Gemeinschaft von Rechtsanwälten und Anwaltsnotaren (oder auch einer Gemeinschaft von hauptberuflichen Notaren) – insoweit wohl synonym mit dem von dem Senat für eine Sozietät zwischen einem Rechtsanwalt und einem

Anwaltsnotar für zulässig gehaltenen Begriff „Anwalts- und Notarkanzlei“ (Senat, Beschluss vom 30.11.1998, NotZ 29/98, DNotZ 1999, 359, 360) – gebraucht werde und in dieser Verwendung zulässig sei (Schippel/ Bracker/Schäfer, BNotO, § 29 Rdnr. 23; Eylmann/Vaasen/Miermeister/de Buhr, BNotO/BeurkG, § 29 BNotO Rdnr. 14; vgl. auch Görk, DNotZ 2003, 376, 378; Terner, RNotZ 2014, 523, 525 f.; Armbrüster/Preuß/Renner/Eickelberg, BeurkG/DONot, 7. Aufl., § 3 DONot Rdnr. 17).

22 (2) Letzteres kann indes hier dahinstehen. Zum einen ist der Kläger als Rechtsanwalt und Notar allein und nicht in einer Gemeinschaft von Rechtsanwälten und Notaren tätig. Zum anderen verwendet er den Begriff Notariat auf seinem Briefbogen und in seinem Internetauftritt (auch) als Bezeichnung für sein Amt und nicht nur – in engem räumlichen Zusammenhang mit der Führung der korrekten Amts- und Berufsbezeichnung (vgl. dazu Senat, Beschluss vom 30.11.1998, NotZ 29/98, DNotZ 1999, 359, 360) – für seine Geschäftsstelle. Das ergibt sich für den Briefbogen daraus, dass der Kläger im Briefkopf lediglich seinen Namen und die beanstandete Bezeichnung, nicht aber die korrekte Berufs- und Amtsbezeichnung „Rechtsanwalt und Notar“ verwendet. Für den Internetauftritt folgt es aus der Verwendung des Begriffs als Oberbegriff der Menüpunkte „Notar“, „Beurkundungen“, „Geschäftsstelle“ und „Gebühren“. Die Verwendung der Bezeichnung „Notariat“ als – wie hier – zusammenfassender Begriff für das Amt, den Amtsträger, die von dem Amtsträger ausgeübten Tätigkeiten und die Geschäftsstelle des Notars ist aber unzulässig, weil sie der im Interesse einer geordneten Rechtspflege gesetzlich vorgesehenen Amtsbezeichnung nicht entspricht.

23 (3) Zudem erweckt der Begriff Notariat in der konkreten Verwendung durch den Kläger in unzutreffender und irreführender Weise den Eindruck einer vom Amtsträger und seiner Geschäftsstelle losgelösten eigenständigen Institution und des Vorhandenseins einer weiteren (juristischen) Person (§ 29 Abs. 1 BNotO). Das wird beispielsweise deutlich an dem von dem Kläger in seinem Internetauftritt verwendeten Satz: „Mein Notariat setzt bei der Büroinfrastruktur auf neueste Technik und hochspezialisierte Software, damit ich Ihr Anliegen höchst professionell bearbeiten kann.“ Unabhängig davon, dass die von dem Kläger verwendeten Formulierungen ohnehin reklamehaft und damit unzulässig sind (siehe unter 1 d) bb), müsste es insoweit (schlicht) heißen: „Ich setze auf ...“. Wenn der Kläger im Briefkopf die neben seinem Namen allein verwendete Bezeichnung „Notariat & Kanzlei“ wie eine Amtsbezeichnung führt und sodann – wie er selbst vorträgt – seiner Unterschrift die Berufsbezeichnung Rechtsanwalt zusetzt, besteht die Gefahr, dass ein Empfänger eines solchen Schreibens entgegen der tatsächlichen Rechtslage davon ausgeht, ihm schreibe ein in einem „Notariat“ tätiger Rechtsanwalt (§ 29 Abs. 1 BNotO). Insoweit liegt in dem Gebrauch der Bezeichnung Notariat durch den Kläger auch eine gegen § 29 Abs. 1 BNotO i. V. m. § 67 Abs. 2 BNotO, Ziff. VII. Nr. 1.3 lit. e der Richtlinien der Notarkammer Celle verstoßende irreführende Selbstdarstellung.

24 (4) Ob der Kläger – wie er meint – sich hinsichtlich der beanstandeten Maßnahme auf den Schutz der Berufsfreiheit be-

rufen kann (vgl. BVerfG, BVerfGE 131, 130, 144), kann dahinstehen. Denn jedenfalls stellt die Anordnung des Beklagten, die sich auf § 2 Satz 2 BNotO stützen kann, eine – im weiteren Sinne – verhältnismäßige Einschränkung der Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) zur Wahrung einer geordneten Rechtspflege dar. Sie ist erforderlich und geeignet, die aufgrund der Gestaltung der Briefbögen und des Internetauftritts des Klägers möglichen Fehlvorstellungen bei dem rechtsuchenden Publikum zu vermeiden und zu gewährleisten, dass die Notare in einheitlicher und der personengebundenen Natur ihres Amtes entsprechender Weise gegenüber dem rechtsuchenden Publikum in Erscheinung treten. Sie steht auch nicht im engeren Sinne außer Verhältnis zu der Berufsausübungsfreiheit des Antragstellers, der nicht daran gehindert wird, sich und das von ihm ausgeübte Amt nach außen hin angemessen darzustellen (vgl. Senat, Beschluss vom 20.11.2006, NotZ 30/06, VersR 2007, 714 Rdnr. 6).

25 c) Es bestehen keine ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit des Urteils (§ 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO), soweit dem Kläger aufgegeben wurde, auf seinem Briefbogen und in seinem Internetauftritt zu verdeutlichen, dass er auch den Beruf des Rechtsanwalts ausübe.

26 aa) Der Notar führt in Ausübung seines Amtes allein die Amtsbezeichnung Notar (§ 2 Satz 2 BNotO i. V. m. § 10 Satz 1 AVNot). In sonstigen Angelegenheiten darf er die Bezeichnung ergänzend zu der sonst zulässigen Berufsbezeichnung führen (§ 10 Satz 2 AVNot). Ist er – wie der Kläger – Rechtsanwalt, führt er daher die Bezeichnung „Rechtsanwalt und Notar“, § 12 Abs. 4 Satz 1 BRAO (vgl. Feurich/Weyland/Vossebürger, BRAO, 9. Aufl., § 12 Rdnr. 17). Dem ist der Kläger nicht entgegengetreten.

27 bb) Da der Kläger seinen Briefbogen – wie er selbst vorträgt – sowohl in Ausübung seines Amtes als Notar als auch in sonstigen Angelegenheiten verwendet, hat er die Berufsbezeichnung Rechtsanwalt zu verwenden und darf nur ergänzend die Amtsbezeichnung Notar führen. Soweit der Kläger meint, es reiche aus, dass er die korrekte Amts- bzw. Berufsbezeichnung jeweils seiner Unterschrift zusetze, trifft das nicht zu. Wenn der Kläger im Briefkopf die neben seinem Namen allein verwendete Bezeichnung „Notariat & Kanzlei“ wie eine Amtsbezeichnung führt und sich sodann im Zusammenhang mit seiner Unterschrift als Rechtsanwalt bezeichnet, setzt er seiner Berufsbezeichnung seine Amtsbezeichnung nicht ergänzend hinzu. Im Gegenteil erhält die – ohnehin nicht zulässige – Bezeichnung „Notariat“ dadurch besonderes Gewicht. Es besteht – wie bereits ausgeführt – die Gefahr, dass ein Empfänger eines solchen Schreibens entgegen der tatsächlichen Rechtslage davon ausgeht, ihm schreibe ein in einem „Notariat“ tätiger Rechtsanwalt (§ 29 Abs. 1 BNotO).

28 Auch wenn der Kläger im Briefbogen anstatt der Bezeichnung „Notariat“ (allein) die zutreffende Amtsbezeichnung Notar – ggf. mit dem Zusatz „& Kanzlei“ – verwendet und seiner Unterschrift die Berufsbezeichnung Rechtsanwalt zusetzt, wird für den Empfänger – was aber beispielsweise im Rahmen des § 24 Abs. 2 BNotO von erheblicher Bedeutung sein kann (vgl. auch Ziff. I Nr. 3 der Richtlinien der Notarkammer Celle) – nicht deutlich, in welcher Eigenschaft der Kläger handelt.

29 cc) Zu Recht hat der Beklagte den Kläger ferner angewiesen, die sich aus den Regelungen des § 2 Satz 2 BNotO i. V. m. § 10 Satz 1 AVNot, § 12 Abs. 4 Satz 1 BRAO ergebenden Vorgaben auch bei seinem Internetauftritt einzuhalten, § 29 Abs. 1 BNotO. Soweit der Kläger meint, er habe seinen Internetauftritt nur als Notar errichtet, der Internetauftritt stelle daher eine notarielle Tätigkeit dar, in deren Rahmen sich der Kläger lediglich als Notar bezeichnen dürfe und müsse, greift das nicht durch.

30 Amtstätigkeiten sind die dem Notar durch das Gesetz übertragenen Tätigkeiten der Beurkundung von Rechtsvorgängen und anderen Aufgaben der vorsorgenden Rechtspflege (§§ 1, 20-24 BNotO, §§ 1 ff. BeurkG; vgl. BVerfG, BVerfGE 131, 130, 141). Die im Rahmen des § 29 BNotO zulässige Außendarstellung des Notars durch einen Internetauftritt gehört nicht zu seiner Amtstätigkeit in diesem Sinne. Präsentiert sich ein Anwaltsnotar im Internet, ist er daher gemäß § 2 Satz 2 BNotO i. V. m. § 10 AVNot nicht berechtigt, allein die Bezeichnung Notar zu verwenden. Es handelt sich vielmehr um eine sonstige Angelegenheit, bei der er seine Amtsbezeichnung lediglich ergänzend zu seiner Berufsbezeichnung führen darf.

31 Erweckt er entgegen der tatsächlichen Rechtslage den Eindruck, er sei hauptberuflicher Notar (§ 3 Abs. 1 BNotO), handelt es sich zudem um eine amtswidrige irreführende Selbstdarstellung, § 29 Abs. 1 BNotO (vgl. Schippel/Bracker/Schäfer, BNotO, § 29 Rdnr. 16). Es ist kein berechtigtes Interesse des Klägers daran ersichtlich, sich entgegen der tatsächlichen Rechtslage als hauptberuflicher Notar zu gerieren. Dem liegt entgegen der Ansicht des Klägers nicht die Sichtweise zugrunde, dass Anwaltsnotare „Amtsinhaber zweiter Klasse“ seien. Angesichts des Umstands, dass Anwaltsnotare und hauptberufliche Notare – wie der Kläger selbst erkennt – teilweise unterschiedlichen Regelungen unterliegen (vgl. etwa § 8 Abs. 2, §§ 9, 10 Abs. 2 Satz 3, § 24 Abs. 2, § 29 Abs. 2 und 3 BNotO), besteht ein berechtigtes Interesse des rechtsuchenden Publikums an einer zutreffenden Selbstdarstellung des Anwaltsnotars. Auch insoweit stellt die Anordnung des Beklagten deshalb eine – im weiteren Sinne – verhältnismäßige Einschränkung der Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) zur Wahrung einer geordneten Rechtspflege dar.

32 d) Schließlich unterliegt die Richtigkeit des Urteils des OLG auch keinen ernstlichen Zweifeln, soweit es die Beanstandung des Beklagten im Hinblick auf die amtswidrige Werbung des Klägers für zutreffend erachtet hat. Zu Recht hat der Beklagte insoweit einen Verstoß gegen § 29 Abs. 1 BNotO beanstandet.

33 aa) Gemäß § 29 Abs. 1 BNotO hat der Notar jedes gewerbliche Verhalten, insbesondere eine dem öffentlichen Amt widersprechende Werbung zu unterlassen. Werbung, die eine wertende Selbstdarstellung des Notars oder seiner Dienste enthält, ist verboten, wie etwa die Herausstellung besonderer Leistungen, besonderer Qualitäten oder reklamehafte – maßlos übertreibende oder anpreisende – Hinweise (Schippel/Bracker/Schäfer, BNotO, § 29 Rdnr. 11; Eylmann/Vaasen/Miermeister/de Buhr, BNotO/BeurkG, § 29 BNotO Rdnr. 3, RL-E VII Rdnr. 11; Diehn/Diehn, BNotO, § 29 Rdnr. 22, 43; Beck'sches Notarhandbuch/Starke, 6. Aufl., XIII Rdnr. 130;

vgl. auch Senat, Beschluss vom 16.7.2001, NotZ 12/01, DNotZ 2002, 232, 233 f.). Der Notar darf auch nicht unmittelbar oder mittelbar um bestimmte Aufträge oder Auftraggeber werben oder andere Personen veranlassen, ihm Aufträge oder Auftraggeber zuzuführen (Schippel/Bracker/Schäfer, BNotO, § 29 Rdnr. 9).

34 bb) Nach diesen Grundsätzen hat das OLG zu Recht angenommen, dass die von dem Beklagten beanstandeten Formulierungen zur Büroinfrastruktur („neueste Technik und hochspezialisierte Software“, „höchst professionell“, „dominanter Vorteil“) reklamehaft und damit unzulässig sind. Der Kläger hat dagegen lediglich eingewendet, die Formulierungen bewegten sich im Rahmen der Darstellung auf vergleichbaren Internetauftritten anderer Notare. Das führt indes nicht zur Zulässigkeit amtswidriger Werbung, § 29 Abs. 1 BNotO.

35 cc) Zu Recht hat das OLG ferner angenommen, dass auch der auf der Startseite des Internetauftritts des Klägers enthaltene Hinweis „In Hannover und Niedersachsen pflege ich ein starkes Netzwerk von Steuerberatern, Banken, Insolvenzverwaltern und Vermögensberatern, denn Ihr Anliegen ist zu wichtig für eine eindimensionale Beratung“ eine gegen § 29 Abs. 1 BNotO verstoßende amtswidrige Werbung darstellt.

36 (1) Der Hinweis enthält zunächst eine gemäß § 29 Abs. 1 i. V. m. § 67 Abs. 2 BNotO und Ziff. VII. Nr. 1.3 lit. c der Richtlinien der Notarkammer Celle unzulässige wertende Selbstdarstellung („starkes Netzwerk“). Zu Recht hat das OLG angenommen, er vermittele durch die in dem Zusatz („Ihr Anliegen ist zu wichtig für eine eindimensionale Beratung“) liegende Hervorhebung und Überzeichnung zudem den Eindruck der Gewerblichkeit. Soweit der Kläger meint, der Hinweis sei entgegen der Auffassung des OLG nicht dahin auszulegen, dass er sich in den genannten Bereichen eine Expertise verschaffen könne, sondern lediglich dahin, die Beteiligten könnten bei Gestaltungsfragen, die den Bereich der „klassischen Notarstätigkeit“ überschritten, auf das Netzwerk des Klägers zugreifen und sich der dem Kläger bekannten Berater bedienen, kommt es darauf nicht an. In beiden Fällen enthält die Aussage, mit der zukünftige Beteiligte gewonnen werden sollen, keine sachliche Information über die Tätigkeit des Notars. Sie stellt auf eine anbietende Art und Weise besondere Leistungen heraus, und unterscheidet sich dadurch nicht von derjenigen eines Gewerbetreibenden, der besonderen Wert darauf legt, seine Kundschaft durch das plakative Herausstellen bestimmter Vorzüge anzusprechen (vgl. Senat, Beschluss vom 16.7.2001, NotZ 12/01, DNotZ 2002, 232, 233).

37 (2) Die Aussage ist auch deshalb amtswidrig, weil sie Zweifel an der Unabhängigkeit oder Unparteilichkeit des Notars zu wecken geeignet ist. Entgegen der Ansicht des Klägers ist eine konkrete Feststellung, inwieweit die Aussage Zweifel an der Unabhängigkeit des Amtsinhabers habe aufkommen lassen, nicht erforderlich. Es reicht aus, dass ein Verhalten geeignet ist, den Anschein der Abhängigkeit oder Parteilichkeit zu erzeugen (§ 29 Abs. 1 i. V. m. § 14 Abs. 3 Satz 2 BNotO). Das hat das OLG zu Recht mit der Begründung bejaht, die Einbindung eines Notars in ein „starkes Netzwerk“ von Steuerberatern, Banken, Insolvenzverwaltern und Vermögensberatern, mithin auch Berufsgruppen, mit denen sich der Anwaltsnotar nicht zur gemeinsamen Berufsausübung verbinden darf

(§ 9 Abs. 2 BNotO) und denen gegenüber er weiteren Beschränkungen unterliegt (§ 14 Abs. 4 BNotO), könne einen solchen Anschein erwecken.

38 (3) Soweit der Kläger schließlich geltend macht, der Hinweis auf das „starke Netzwerk“ bewege sich im Rahmen dessen, was auch andere Notare unbeanstandet verwendeten, ist dies wie dargelegt nicht geeignet, die Richtigkeit des Urteils des OLG in Frage zu stellen.

39 2. Wie sich aus den obigen Ausführungen ergibt, hat die Rechtsache entgegen der Ansicht des Klägers auch weder grundsätzliche Bedeutung (§ 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO i. V. m. § 111d Satz 2 BNotO) noch weist sie besondere tatsächliche und rechtliche Schwierigkeiten auf (§ 124 Abs. 2 Nr. 2 VwGO i. V. m. § 111d Satz 2 BNotO).

(...)

KOSTENRECHT

20. Geschäftswert für notarielle Beurkundung des Gesellschafterbeschlusses über eine Kapitalerhöhung

OLG München, Beschluss vom 26.2.2018, 32 Wx 405/17 Kost
GNotKG §§ 97, 105, 108

LEITSATZ:

Wird eine Kapitalerhöhung bei einer GmbH dadurch durchgeführt, dass neben der Erhöhung des Stammkapitals aufgrund eines zwischen den Gesellschaftern vorher oder gleichzeitig geschlossenen weiteren Vertrags eine zusätzliche Einzahlung in die freie Kapitalrücklage der Antragstellerin gemäß § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB zu leisten ist, so bestimmt sich der Geschäftswert für die notarielle Beurkundung des Gesellschafterbeschlusses über die Kapitalerhöhung nicht nur nach dem in das Handelsregister einzutragenden Erhöhungsbetrag, also in Höhe der Stammkapitalerhöhung; vielmehr ist zu diesem Betrag der auf Grund des weiteren Vertrages einzuzahlende Betrag zu addieren. Der Geschäftswert darf jedoch 30.000 € nicht unterschreiten und 5.000.000 € nicht überschreiten.

SACHVERHALT:

1 I. Die Antragstellerin wendet sich gegen die Kostenrechnung des Antragsgegners, die dieser für die Beurkundung von Gesellschafterbeschlüssen der Antragstellerin stellte.

2 Der Antragsgegner beurkundete am 19.11.2015 eine Gesellschafterversammlung der Antragstellerin, in der das nominelle Stammkapital von 526.340 € durch Übernahme neuer Geschäftsanteile seitens der M V GmbH um 131.585 € auf 657.925 € erhöht wurde, sowie eine Neufassung des Gesellschaftervertrags, eine Geschäftsordnung und die Zustimmung zum Abschluss eines Geschäftsführervertrags beschlossen wurde. Durch diese Beschlüsse sollte ein am gleichen Tage kurz vorher beurkundetes „Investment and Shareholders' Agreement“ in englischer Sprache umgesetzt werden. In diesem verpflichtete sich die M V GmbH gegenüber den anderen Gesellschaf-

tern zur Einzahlung weiterer 14.868.415 € in die freie Kapitalrücklage der Antragstellerin gemäß § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB.

3 Der Antragsgegner legte der Rechnung den Höchstgeschäftswert nach § 108 Abs. 5 GNotKG von 5.000.000 € zugrunde, da er der Auffassung ist, dass nicht nur das Stammkapital, sondern auch die Einzahlung in die freien Rücklagen bei der Geschäftswertbestimmung zu berücksichtigen seien.

4 Die Antragstellerin ist der Ansicht, der Geschäftswert betrage nur 961.858 €, nämlich für den Beschluss zur Kapitalerhöhung 131.585 €, für den Beschluss zur Neufassung des Gesellschaftervertrags und zur Geschäftsordnung auf jeweils 30.000 € und für den Zustimmungsbeschluss zum Abschluss eines Geschäftsführervertrags auf 750.000 €.

(...)

AUS DEN GRÜNDEN:

(...)

9 1. Die Kostenrechnung des Antragsgegners ist korrekt, da der richtige Geschäftswert von 5.000.000 € zugrunde gelegt wurde.

10 a) § 108 Abs. 1 Satz 2 GNotKG bestimmt, dass bei Beurkundungen von Beschlüssen von Organen von Gesellschaften, deren Gegenstand einen bestimmten Geldwert hat, der Geschäftswert nicht weniger als der Wert nach § 105 Abs. 1 GNotKG beträgt, höchstens aber fünf Mio. € (§ 108 Abs. 5 GNotKG). Damit stellt § 108 GNotKG nicht ausschließlich auf den in das Handelsregister einzutragenden Betrag, also die Stammkapitalerhöhung ab. Mangels anderer Vorschrift muss deshalb zur Geschäftswertfestsetzung auf § 97 Abs. 1 GNotKG zurückgegriffen werden; diese Vorschrift stellt auf den Wert des Rechtsverhältnisses ab.

11 Der Zustimmungsbeschluss zur Stammkapitalerhöhung ermöglichte der M V GmbH, sich an der Antragstellerin in Höhe von 131.585/657.925 €, also zu ca. 20 % zu beteiligen. Damit beträgt der Wert des Rechtsverhältnisses ca. 20 % des Wertes des GmbH-Vermögens. Der Wert des Rechtsverhältnisses beträgt daher nicht nur 131.585 €, sondern 131.585 € zuzüglich 14.868.415 €. Die Verpflichtung des neuen Gesellschafters, gegenüber den alten Gesellschaftern eine Einzahlung zugunsten der Kapitalrücklage im Wege eines unechten Vertrages zugunsten Dritter zu erbringen, erhöht den Wert der Anteile. Da die Altgesellschafter bei Nichtdurchsetzung des Einzahlungsanspruches den Wert ihrer eigenen Anteile deutlich verringern würden, ist mit Sicherheit zu erwarten, dass diese bei Nichteinzahlung den Anspruch durchsetzen werden. Da davon auszugehen ist, dass ein Kaufmann wirtschaftlich handelt, kann angenommen werden, dass der Wert der Beteiligung über 14 Mio. € liegt; im Übrigen kommt es auf den genauen Wert nicht an, da der Höchstwert 5 Mio. € beträgt. Anhaltspunkte dafür, dass die Einzahlung dazu dienen soll, frühere Verluste auszugleichen oder die Überschuldung zu beseitigen, sind nicht ersichtlich.

12 b) Unerheblich ist, dass die Einlageverpflichtung bereits bei der Gebührenberechnung für das „Investment and Shareholders' Agreement“ berücksichtigt wurde, da nach § 110 Nr. 1 GNotKG verschiedene Beurkundungsgegenstände vorliegen; ein Beschluss nach § 109 Abs. 2 Nr. 4 GNotKG liegt nicht vor.

(...)

ANMERKUNG

Von Notariatsoberrat **Thomas Strauß**, Prüfungsabteilung der Notarkasse A. d. ö. R., München

Der Beschluss des OLG München betrifft die Bestimmung des Geschäftswerts eines Kapitalerhöhungsbeschlusses in einem Sonderfall. Der Beurkundung über die Kapitalerhöhung war eine Gesellschaftervereinbarung vorausgegangen, wonach sich die Gesellschafter einer GmbH u. a. gegenüber einem Dritten/Investor verpflichtet haben, das Stammkapital um 131.585 € zu erhöhen, wohingegen sich der zur Übernahme der neuen Geschäftsanteile zugelassene Gesellschafter verpflichtet hat, im Falle der Kapitalerhöhung zusätzlich zu den übernommenen Geschäftsanteilen eine Einlage in die freie Kapitalrücklage nach § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB in Höhe von 14.868.415 € zu leisten. Diese im Beteiligungsvertrag eingegangene Verpflichtung zur Einzahlung in die Kapitalrücklage ist nicht als Vertrag mit der Gesellschaft, sondern ausdrücklich als Vereinbarung zwischen den bisherigen Gesellschaftern und dem zur Übernahme der neuen Geschäftsanteile zugelassenen Gesellschafter ausgestaltet worden.

Während das LG München I für den Kapitalerhöhungsbeschluss einen Wertansatz in Höhe des nominalen Erhöhungsbetrages als zutreffend angesehen hat, vertritt das OLG München die Auffassung, dass die Zuzahlung in die freie Kapitalrücklage bei der Wertbestimmung für den Kapitalerhöhungsbeschluss mit zu berücksichtigen sei. Nach Ansicht des OLG München würde der Wert der vom Investor im Zuge der Kapitalerhöhung übernommenen Anteile durch die begleitende schuldrechtliche Verpflichtung des neuen Gesellschafters zur Leistung einer Einzahlung neben dem Stammkapitalerhöhungsbetrag entsprechend erhöht. Da die bisherigen Gesellschafter die Einzahlung des Aufzahlungsbetrages mit Sicherheit einfordern werden, bilde dieser Wert neben dem Wert des Nominalbetrages der Kapitalerhöhung auch den Wert des Kapitalerhöhungsbeschlusses.

Eine darüber hinausgehende Begründung und/oder Differenzierung hat das OLG München in seiner Beschlussfassung nicht vorgenommen.

1. Grundsätze der Wertermittlung bei Beurkundung eines Kapitalerhöhungsbeschlusses

Beschließt die Gesellschafterversammlung einer GmbH eine Erhöhung des Stammkapitals, liegt nach einhelliger Auffassung ein Beschluss mit bestimmtem Geldwert vor. Eine ausdrückliche Wertbestimmung für Beschlüsse mit einem bestimmten Geldwert enthält das GNotKG nicht, sodass die allgemeinen Bewertungsvorschriften Anwendung finden, insbesondere § 97 Abs. 1 GNotKG. In § 108 Abs. 1 Satz 2 GNotKG ist durch einen Verweis auf § 105 Abs. 1 GNotKG lediglich festgelegt, dass auch der Wert für einen Beschluss bestimmen Geldwertes mindestens 30.000 € beträgt; des Weiteren begrenzt § 108 Abs. 5 GNotKG den Wert für Beschlüsse bestimmten oder unbestimmten Geldwerts auf höchstens fünf Mio. €.

Bei einer Barkapitalerhöhung ist grundsätzlich der nominale Erhöhungsbetrag als Geschäftswert anzunehmen, minde-

stens 30.000 €. Beschließt die Gesellschafterversammlung bei der Kapitalerhöhung, dass die Übernahme der neuen Geschäftsanteile nur unter Zahlung eines Aufgeldes („echtes“ Agio) möglich ist, ist dieser Aufzahlungsbetrag werterhöhend zu berücksichtigen.¹ Gleiches gilt, wenn der zur Übernahme zugelassene Gesellschafter nach den Festlegungen im Kapitalerhöhungsbeschluss eine Einzahlung in die Kapitalrücklage der Gesellschaft gem. § 272 Abs. 2 Nr. 1 HGB zu leisten hat.²

Ein höherer Wert als der Nominalbetrag der Kapitalerhöhung kann sich auch dann ergeben, wenn eine Sachkapitalerhöhung vorliegt und der zur Übernahme zugelassene Gesellschafter nach den Bedingungen des Kapitalerhöhungsbeschlusses zum Beispiel Grundbesitz, Geschäfts- oder Gesellschaftsanteile oder eine Darlehensforderung auf die übernommene Stammeinlage zu leisten hat.³ In diesen Fällen ist der Geschäftswert nach den allgemeinen, für die Bewertung der jeweiligen Sacheinlage maßgebenden Vorschriften zu bestimmen. Der Wert dieser Sacheinlagen muss sich also nicht zwingend unmittelbar aus dem beurkundeten Beschluss über die Kapitalerhöhung ergeben.

Zu beachten sind hierbei lediglich die jeweiligen Mindest- und Höchstwerte, die aus § 108 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 105 Abs. 1 GNotKG und § 108 Abs. 5 GNotKG folgen.

2. Wertansatz beim Beteiligungsvertrag wie auch bei der Beschlussbeurkundung?

Zutreffend ist die Feststellung des OLG München, dass es für die Beurteilung der Kostenfrage unerheblich ist, dass die schuldrechtliche Aufzahlungsverpflichtung bereits bei der Gebührenberechnung für die vorausgegangene Beurkundungsverhandlung über die Beteiligungsvereinbarung kostenrechtlich erfasst wurde. Dies kann jedoch nicht auf § 110 Nr. 1 GNotKG gestützt werden, da diese Vorschrift nur bei Zusammenfassung mehrerer Erklärungen und Tatsachen in einer Beurkundungsverhandlung angewendet werden kann. Werden Erklärungen oder Tatsachen in gesonderten Urkunden behandelt, sind diese auch nur bei der Bewertung der jeweiligen Urkunde kostenrechtlich zu berücksichtigen.⁴

3. Kapitalerhöhung mit schuldrechtlichem Aufgeld

Die Verpflichtung des zugelassenen Gesellschafters, bei Übernahme des neuen Geschäftsanteils eine Einlage in die freie Kapitalrücklage nach § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB zu leisten, hat sich nur aus der der Beschlussbeurkundung vorausgehenden schuldrechtlichen Vereinbarung mit den übrigen Gesellschaftern, nicht aus einem Vertrag mit der betroffenen

1 Korintenberg/*Tiedtke*, GNotKG, 20. Aufl. 2017, § 108 Rdnr. 43; Bormann/Diehn/Sommerfeldt/*Bormann*, GNotKG, 2. Aufl. 2016, § 108 Rdnr. 10 ff.; Leipziger Kostenspiegel/*Heinze*, 2. Aufl. 2016, § 108 Rdnr. 18; Notarkasse A. d. ö. R., Streifzug durch das GNotKG, 12. Aufl. 2017, Rdnr. 1337.

2 Notarkasse A. d. ö. R., Streifzug durch das GNotKG, Rdnr. 1338.

3 Korintenberg/*Tiedtke*, GNotKG, § 108 Rdnr. 44; Notarkasse A. d. ö. R., Streifzug durch das GNotKG, Rdnr. 1340.

4 Korintenberg/*Diehn*, GNotKG, § 110 Rdnr. 7.

Gesellschaft ergeben. Dies war auch nicht Gegenstand der Beschlussfassung über die Kapitalerhöhung in Höhe von 131.585 €.

Daher war durch die Kostengerichte zu entscheiden, ob diese schuldrechtliche Vereinbarung in einer vorausgehenden Urkunde bei der Geschäftswertbestimmung für die Beschlussurkunde auch dann mit zu berücksichtigen ist, wenn sich der objektive Inhalt der Beschlussfassung allein auf den Betrag der nominalen Erhöhung beschränkt oder ob dies nur dann der Fall ist, wenn ein Aufgeld im Rahmen des Beschlusses selbst festgesetzt wird.

Das LG München I hat in der erstinstanzlichen Entscheidung zutreffend darauf abgestellt, welche Leistung vom Übernehmer der neuen Stammeinlage im Verhältnis zur betroffenen Gesellschaft erbracht werden muss. Dies war lediglich der Nominalbetrag, den die Gesellschafterversammlung im Kapitalerhöhungsbeschluss vorgegeben hat.

Die Zuzahlungspflicht ist keine unmittelbare Rechtsfolge des beurkundeten Gesellschafterbeschlusses, sondern eine mittelbare Folge der vorausgehenden Beteiligungsvereinbarung. Dass diese Verpflichtung nach dem Willen der Beteiligten auch in einem engen wirtschaftlichen Zusammenhang mit der vereinbarten Kapitalerhöhung steht, ändert nichts an der kostenrechtlichen Einstufung. Dem OLG München ist sicherlich beizupflichten, dass mit der Beschlussfassung über die Stammkapitalerhöhung eine wirtschaftliche Folge ausgelöst wird, die die Zahlungspflicht in Höhe des Nominalbetrags des neuen Geschäftsanteils übersteigt. Diese erhöhte Zahlungspflicht ist aber eine lediglich mittelbare Folge des Kapitalerhöhungsbeschlusses und hat ihre Grundlage in der schuldrechtlichen Beteiligungsvereinbarung mit den weiteren Gesellschaftern.

Bei der Beurkundung von Rechtsverhältnissen, Tatsachen oder sonstigen Vorgängen ist sowohl für die Bestimmung des anzunehmenden Geschäftswertes wie auch bei der Bestimmung der anzuwendenden Gebührensätze ausschließlich auf den objektiven Inhalt der beurkundeten Vereinbarungen und Erklärungen der Beteiligten oder den beurkundeten Vorgang abzustellen. Dies gilt auch bei der Beurkundung von Beschlüssen einer Gesellschafterversammlung. Es ist also ausschließlich zu prüfen, was Gegenstand der Beschlussfassung ist.⁵

Nach der in der Kostenrechtswissenschaft vertretenen Auffassung kann der Wertermittlung nicht zugrunde gelegt werden, welche wirtschaftlichen Auswirkungen oder Rechtswirkungen sich aus der Beurkundungsverhandlung ergeben.⁶ Unbeachtlich ist danach auch der Zusammenhang mit anderen Geschäften und deren Rechtswirkungen.⁷

Den Entscheidungsgründen des OLG München kann keine Begründung entnommen werden, weshalb die schuldrecht-

lich zwischen den Gesellschaftern vereinbarte Zahlungsverpflichtung in die Kapitalrücklage nach § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB vom Kapitalerhöhungsbeschluss umfasst wird und deshalb bei der Geschäftswertberechnung wie ein Aufzahlungsbetrag zu behandeln ist, der auch bei der Abgabe der Übernahmeerklärung des zugelassenen künftigen Gesellschafters nach § 55 Abs. 1 GmbHG als Teil des Übernahmevertrages mit der Gesellschaft dort zu einer Leistungsverpflichtung führt. Dass dem neuen Gesellschafter im Zuge der Kapitalerhöhung ein Anteil mit einem höheren Wert als dem Nominalbetrag der Kapitalerhöhung zukommt, ist nicht Gegenstand der Beschlussfassung und deshalb für die Wertermittlung unbeachtlich.

Bei der Klärung der Kostenfrage hätte deshalb auch berücksichtigt und klarstellt werden müssen, dass durch die Beurkundung des Kapitalerhöhungsbeschlusses (im Zusammenhang mit der Übernahmeerklärung nach § 55 Abs. 1 GmbHG) kein unmittelbarer Anspruch der Gesellschaft gegenüber dem neuen Gesellschafter zur Zahlung des Aufgeldbetrages hergeleitet werden kann und ob dies für die Geschäftswertermittlung erheblich ist.

Folgt man der Auffassung des OLG München, wird sich in der Praxis weiter das Problem stellen, ob der den Kapitalerhöhungsbeschluss beurkundende Notar Kenntnis vom Inhalt der vorgehenden schuldrechtlichen Vereinbarungen der Gesellschafter hat und deshalb die Einzahlungsverpflichtung berücksichtigen kann und muss. Insbesondere bei der Beschlussbeurkundung bei einem anderen Notar können sich unterschiedliche Geschäftswertansätze ergeben.

Dem Beschluss des OLG München kann deshalb nicht zugestimmt werden.

ÖFFENTLICHES RECHT

21. Voraussetzungen für die Verwertung einer selbstgenutzten Eigentumswohnung

LSG Bayern, Urteil vom 17.8.2017, L 11 AS 786/15

SGB II § 12

LEITSÄTZE:

- Vermögen i. S. v. § 12 SGB II sind die vorhandenen aktiven Vermögenswerte, wobei Schulden und sonstige vorhandene oder noch entstehende Belastungen im Rahmen der Ermittlung des Verkehrswerts nur zu berücksichtigen sind, wenn sie bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise mit dem Vermögensgegenstand des Arbeitslosen eine Einheit bilden. Der Wert einer Immobilie ist daher um die dinglichen Belastungen zu mindern, die im Grundbuch eingetragen sind. (Leitsatz der Schriftleitung)**
- Die Verwertbarkeit von Vermögen kann nur dann angenommen werden, wenn der Berechtigte in der Lage ist, die Verwertung innerhalb einer bei Antragstellung feststehenden Zeitspanne durch**

⁵ Korintenberg/Bengel, GNotKG, § 97 Rdnr. 11; BayObLG, Beschluss vom 19.11.1984, BReg. 3 Z 137/82, JurBüro 1985, 583, 585; BayObLG, Beschluss vom 2.4.1992, BReg. 3 Z 197/91, MittBayNot 1992, 287; KG, Beschluss vom 15.6.2004, 1 W 46/02, ZNotP 2005, 117.

⁶ Korintenberg/Bengel, GNotKG, § 97 Rdnr. 11.

⁷ KG, Beschluss vom 15.6.2004, 1 W 46/02, ZNotP 2005, 117.

eigenes Handeln herbeizuführen. Maßgebend für die Prognose ist im Regelfall der sechsmonatige Bewilligungszeitraum des § 41 Abs. 1 Satz 4 SGB II. (Leitsatz der Schriftleitung)

3. **Die Verwertung einer Wohnung stellt nicht deshalb eine besondere Härte i. S. d. § 12 Abs. 3 Satz 1 Nr. 6 SGB II dar, weil der Leistungsträger trotz Kenntnis vom Bestehen des Vermögensgegenstands schon sieben Jahre lang Leistungen gewährt hat. (Leitsatz der Schriftleitung)**
4. **Offensichtlich unwirtschaftlich ist eine Verwertung von Vermögen, wenn der zu erzielende Gegenwert in einem deutlichen Missverhältnis zum wirklichen Wert des zu verwertenden Vermögensgegenstandes steht. Bei Immobilien können gewisse Verluste – insbesondere unter dem Aspekt veränderter Marktpreise und des bisher in Anspruch genommenen Wohnwertes – als zumutbar angesehen werden. (Leitsatz der Schriftleitung)**

SACHVERHALT:

1 Der Kläger begehrt (...) die Zahlung von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes (ALG II) nach dem SGB II, hilfsweise eine Entscheidung des Beklagten, diese Leistungen als Darlehen zu erbringen.

2 Der Kläger bezog seit dem Jahr 2005 mit einer kurzen Unterbrechung ALG II. Bereits zu Beginn des Leistungsbezuges bewohnte er eine selbstgenutzte Eigentumswohnung mit einer Wohnfläche von 98 qm (...). In seinem erstmaligen Antrag auf Bewilligung von Leistungen hatte er angegeben, zur Finanzierung der Wohnung habe er bei der A-Lebensversicherung AG ein Darlehen über 100.000 DM aufgenommen, über die eine Briefgrundschuld erstellt sei. Die in diesem Zusammenhang geltend gemachten Zinszahlungen (235,20 € monatlich) berücksichtigte der Beklagte in der Folgezeit als Bedarf der Unterkunft bei der Bewilligung von ALG II.

(...)

4 Mit Schreiben vom 6.3.2012 wies der Beklagte den Kläger erstmals darauf hin, dass die von ihm bewohnte Eigentumswohnung mit einer Wohnfläche von 98 qm unter Beachtung der Rechtsprechung des BSG unangemessen groß und daher grundsätzlich zu verwerten sei. Nach der Kaufpreissammlung des Landratsamtes B-Stadt seien für vergleichbare Wohnungen bislang Verkaufserlöse von mindestens 93.000 € erzielbar gewesen. Diesen Wert für die Wohnung des Klägers zugrunde gelegt verbleibe nach Abzug der bekannten Verbindlichkeiten in Höhe von 51.000 € ein anrechenbares Vermögen in Höhe von mindestens 42.000 €. Um den genauen Wert der Immobilie zu ermitteln, sei eine Besichtigung der Wohnung durch den Gutachterausschuss des Landratsamtes B-Stadt zum Zwecke der Verkehrswertbestimmung erforderlich.

5 Bereits am 2.4.2012 (...) beantragte der Kläger die Weiterbewilligung von Leistungen für die Zeit ab 1.5.2012. Diesen Antrag lehnte der Beklagte mit Bescheid vom 20.4.2012 ab. Der Kläger verfüge über verwertbares Vermögen in Gestalt der selbstgenutzten, aber unangemessenen Eigentumswohnung. (...) Mit dem dagegen eingelegten Widerspruch (...) machte der Kläger geltend, die Leistungen seien höchstvorsorglich als Darlehen zu erbringen. Nachdem der Kläger seinen Widerspruch inhaltlich nicht weiter begründet hatte, wies der Beklagte diesen mit Widerspruchsbescheid vom 29.5.2012 zurück.

(...)

7 Mit der gegen den Widerspruchsbescheid vom 29.5.2012 zum SG erhobenen Klage hat der Kläger geltend gemacht, die selbstgenutzte Eigentumswohnung sei grundsätzlich nicht als Vermögen zu berücksichtigen. Zudem seien bei einer Berücksichtigung als Vermögens-

wert die auf der Eigentumswohnung lastenden Schulden in Abzug zu bringen, sodass kein Vermögen vorhanden sei, das den Freibetrag nach § 12 Abs. 2 SGB II übersteige. Bei Erlass des ablehnenden Bescheids vom 20.4.2012 habe der Beklagte keine Kenntnis darüber gehabt, ob eine Pflicht zur Verwertung bestanden habe. Allein die Kenntnis, dass die Wohnungsgröße die Angemessenheitsgrenze überschreite, genüge nicht. Der Beklagte hätte ermitteln müssen, ob nach einer Verwertung ein den Freibetrag übersteigendes Vermögen vorhanden sei. Die Eigentumswohnung sei mit Forderungen belastet, die dinglich gesichert seien. Grundschulden seien zugunsten der A-Lebensversicherung AG (valutiertes Darlehen: 49.949,31 €) und der VR-Bank (valutiertes Darlehen zum 1.5.2012: 6.025,22 €; zum 1.7.2012: 6.066,73 €; zum 1.10.2012: 6.133,44 €) im Grundbuch eingetragen. Zudem bestünden Zwangssicherungshypotheken zugunsten seiner Tochter (rückständiger Unterhalt: 4.991,06 €), der Bundesagentur für Arbeit (10.698 €) und der WEG (ausstehendes Hausgeld: 5.398,74 € – Eintragung im Grundbuch am 29.7.2012). Mit einer Verwertung der Wohnung durch einen freihändigen Verkauf hätte auch das Darlehen der A-Lebensversicherung AG abgelöst werden müssen, wodurch eine Vorfälligkeitsentschädigung (3.340,40 €), Kosten für eine Löschungsbewilligung (57,40 €) und Zinsen (7,66 €) angefallen wären. Auch hätte er eine Maklerprovision in Höhe von 3,57 % des Kaufpreises aufbringen müssen. Bei dem Ablehnungsbescheid handle es sich daher um eine Entscheidung des Beklagten „ins Blaue hinein“, die durch spätere Ermittlungen nicht geheilt werden könne. (...) Dadurch, dass der Beklagte sieben Jahre lang auf die Verwertung der Wohnung verzichtet habe, bestehe ein (konkludenter) verzichtender Verwaltungsakt zu seinen Gunsten, der nur unter den Voraussetzungen des § 45 oder § 47 SGB X aufgehoben werden könne. (...)

8 Mit Beschluss vom 21.12.2012 hat das AG B-Stadt die Zwangsversteigerung der Eigentumswohnung des Klägers angeordnet. Zur Feststellung des Verkehrswerts ist der Dipl.-Ing. J (Architekt) zum Sachverständigen ernannt und mit der Erstellung eines Verkehrswertgutachtens beauftragt worden. In seinem Gutachten hat er den Verkehrswert am Miteigentumsanteil der Eigentumswohnung sowie der dazu gehörigen Stellplätze mit 95.000 € bestimmt. Im Versteigerungstermin am 15.5.2014 wurde der Zuschlag bei 90.000 € an die Ersteherin erteilt.

(...)

10 Mit Urteil vom 9.7.2015 hat das SG die Klage abgewiesen. Ein Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II in Form eines Zuschusses bestehe nicht. Die Eigentumswohnung des Klägers sei verwertbares Vermögen, dessen Wert den für den Kläger maßgeblichen Freibetrag übersteige. (...) Auch könne der Kläger aus dem Verhalten des Beklagten, eine Verwertung der Eigentumswohnung fast sieben Jahre lang nicht zu thematisieren, keinen Leistungsanspruch ableiten, denn es liege weder ein konkludenter Verwaltungsakt noch eine Zusicherung vor, eine Verwertung nicht zu verlangen. Der Kläger sei nicht hilfebedürftig, denn die Eigentumswohnung sei verwertbares Vermögen. (...) Auch sei eine Verwertung innerhalb eines Sechs-Monats-Zeitraums nicht aus tatsächlichen Gründen ausgeschlossen gewesen. Die Eigentumswohnung hätte zum Zeitpunkt der Antragstellung im Jahre 2012 kurzfristig verkauft werden können. (...) Der Wert der Eigentumswohnung übersteige nach Abzug der auf ihr lastenden dinglich gesicherten Schulden (Grundschuld A: 49.949,31 €; Grundschuld VR-Bank: 6.025,22 €; Zwangssicherungshypothek Unterhalt: 4.991,06 €; Zwangssicherungshypothek Bundesagentur: 10.698 €) sowie der anlässlich der Verwertung anfallenden Kosten (Vorfälligkeitsentschädigung A: 3.340,40 €; Grunderwerbsteuer: 1.662,50 €; Verwertung: 7,66 €; Sonstiges: 57,60 €) den für den Kläger nach § 12 Abs. 2 SGB II maßgeblichen Freibetrag, wobei von einem Verkehrswert von 93.000 € auszugehen sei, den der Beklagte auf der Grundlage der Kaufpreissammlung ermittelt habe. Die Eigentumswohnung sei auch nicht gemäß § 12 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 SGB II von einer Verwertung auszunehmen, denn mit 98 qm sei sie unangemessen groß. Zuletzt stehe einer Verwertung auch nicht entgegen, dass diese nur in unwirtschaftlicher Weise hätte erfolgen können, oder dass dies eine

unbillige Härte für den Kläger dargestellt hätte. (...) Eine unzumutbare Härte sei in einem siebenjährigen Verzicht des Beklagten, die Verwertung zu fordern (...) nicht zu sehen.

11 Gegen das Urteil hat der Kläger Berufung beim LSG eingelegt. (...) Der Beklagte dürfe keine Verwertung der Eigentumswohnung verlangen, nachdem er sieben Jahre darauf verzichtet habe. (...) Zudem seien auch die Vollstreckungszinsen zugunsten der A-Lebensversicherung AG i. H. v. mehr als 11.000 € wertmindernd zu berücksichtigen. Nach einer Einvernahme der Zeugen in einem Termin am 25.1.2017 hat der Kläger ergänzend vorgetragen, auch die Aussagen der Zeugen erbrächten keinen Nachweis dafür, dass die Wohnung tatsächlich innerhalb von sechs Monaten habe verkauft werden können. (...)

12 Der Kläger beantragt, das Urteil des SG Bayreuth vom 9.7.2015 aufzuheben und den Beklagten unter Abänderung des Bescheides vom 20.4.2012 (...) zu verurteilen, dem Kläger für den Zeitraum vom 1.5.2012 bis 31.10.2012 ALG II in Höhe von 673,82 € monatlich zu zahlen, hilfsweise den Beklagten zu verurteilen, über den Antrag vom 4.5.2012 auf darlehensweise Bewilligung der Leistungen nach dem SGB II unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu entscheiden.

(...)

AUS DEN GRÜNDEN:

15 Die zulässige Berufung (§§ 143, 144, 151 SGG) ist in der Hauptsache unbegründet. (...)

16 Die Klage auf Zahlung von ALG II als Zuschuss hat das SG mit Urteil vom 9.7.2015 zu Recht abgewiesen. Der Bescheid vom 20.4.2012 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 29.5.2012 ist zumindest im Ergebnis rechtmäßig und verletzt den Kläger nicht in seinen Rechten. Gegenstand des Verfahrens sind die Leistungsansprüche des Klägers für den Zeitraum vom 1.5.2012 bis 31.10.2012. (...). Im Hinblick auf sein Vermögen hat der Kläger in diesem streitgegenständlichen Zeitraum keinen Anspruch auf Zahlung von ALG II als Zuschuss. Die vom Kläger selbstgenutzte Eigentumswohnung von nicht angemessener Größe war als Vermögen zu betrachten, dessen Verwertung – vor der Inanspruchnahme von Leistungen nach dem SGB II – grundsätzlich zu erwarten war, wobei der aus einer Verwertung erzielbare Verkaufserlös – nach Abzug der berücksichtigungsfähigen Belastungen und Verwertungskosten – den für den Kläger maßgeblichen Freibetrag gemäß § 12 Abs. 2 SGB II überschritten hätte. Einer Nutzbarmachung des Vermögenswertes zur Sicherung des Lebensunterhaltes stand auch nicht entgegen, dass einer kurzfristigen Verwertung des Vermögens innerhalb des streitgegenständlichen Leistungszeitraumes tatsächliche oder rechtliche Hindernisse entgegengestanden hätten. (...)

17 Gemäß § 7 Abs. 1 Satz 1 SGB II (i. d. F. des Gesetzes vom 20.12.2011, BGBl. 2011 I, S. 2854) erhalten Leistungen nach dem SGB II Personen, die das 15. Lebensjahr vollendet, die Altersgrenze nach § 7a noch nicht erreicht haben, erwerbsfähig sowie hilfebedürftig sind, und die ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland haben (erwerbsfähige Leistungsberechtigte). Hilfebedürftig ist, wer seinen Lebensunterhalt nicht oder nicht ausreichend aus dem zu berücksichtigenden Einkommen oder Vermögen sichern kann und die erforderliche Hilfe nicht von anderen, insbesondere von Angehörigen oder von Trägern anderer Sozialleistungen, erhält (§ 9 Abs. 1 SGB II).

18 Diese Voraussetzungen für den (zuschussweisen) Bezug von ALG II erfüllt der Kläger im streitgegenständlichen Zeitraum nicht, denn er war in der Lage, durch die zumutbare und tatsächlich mögliche Verwertung seines berücksichtigungsfähigen Vermögens, nämlich der selbstgenutzten Eigentumswohnung, seinen Lebensunterhalt sicherzustellen. (...)

19 Als Vermögen sind alle verwertbaren Vermögensgegenstände zu berücksichtigen (§ 12 Abs. 1 SGB II), wobei Vermögen als verwertbar zu betrachten ist, wenn seine Gegenstände verbraucht, übertragen oder belastet werden können. Grundsätzlich nicht als Vermögen sind zu berücksichtigen ein selbstgenutztes Hausgrundstück von angemessener Größe oder eine entsprechende Eigentumswohnung (§ 12 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 SGB II) bzw. Sachen und Rechte, soweit ihre Verwertung offensichtlich unwirtschaftlich ist oder für den Betroffenen eine besondere Härte bedeuten würde (§ 12 Abs. 3 Satz 1 Nr. 6 SGB II). Diese Einschränkungen stehen vorliegend einer Verwertung der in Rede stehenden Immobilie aber nicht entgegen.

20 Allein durch den Umstand, dass der Kläger seine Eigentumswohnung selbst genutzt hat, ist eine Berücksichtigung als verwertbares Vermögen nicht gemäß § 12 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 SGB II ausgeschlossen, denn die Wohnung war mit 98 qm für einen Ein-Personen-Haushalt unangemessen groß. In diesem Zusammenhang ist auf die Lebensumstände abzustellen, die für die Bezieher von Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende maßgeblich sind (§ 12 Abs. 3 Satz 2 SGB II), wobei das BSG hierzu entschieden hat, dass die Frage der angemessenen Wohnungsgröße an den Wohnflächengrenzen des § 39 Abs. 1 Satz 1 2. WoBauG zu orientieren und eine Differenzierung nach der Anzahl der Personen geboten sei (vgl. BSG, Urteil vom 16.5.2007, B 11b AS 37/06 R, SozR 4-4200 § 12 Nr. 4 m. w. N.). Danach gelten Eigentumswohnungen mit bis zu 120 qm bei einem Haushalt mit vier Personen nicht als unangemessen groß (§ 39 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 2. WoBauG), wobei bei einer geringeren Familiengröße je Person Abschläge von 20 qm angezeigt erscheinen. Eine Unterschreitung von 80 qm ist, insbesondere im Hinblick auf einen bei jüngeren Leistungsberechtigten jederzeit möglichen Zuwachs durch einen neuen Partner oder Kinder, in aller Regel allerdings nicht geboten (vgl. BSG, Urteil vom 7.11.2006, B 7b AS 2/05 R, SozR 4-4200 § 12 Nr. 3). Ob darüber hinaus für den alleinstehenden Kläger eine weitere Beschränkung dieser als angemessen anzusehenden Wohnungsgröße denkbar erscheint, weil ein Zuwachs im oben genannten Sinne aufgrund der Umstände des Einzelfalls mit hoher Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen sein dürfte (in diesem Sinne Eicher/Meeke, SGB II, 3. Aufl. 2013, § 12 Rdnr. 92), kann dahinstehen. Ungeachtet des Umstandes, dass es – entgegen der Auffassung des Beklagten – keinerlei Anhaltspunkte für das Bestehen einer Bedarfsgemeinschaft mit einer anderen Person gibt (vgl. hierzu auch das zwischen den Beteiligten ergangene Urteil des Senats vom 26.11.2014, L 11 AS 589/14), überschreitet die Eigentumswohnung des Klägers mit 98 qm die für ihn (maximal) zu berücksichtigende Angemessenheitsgrenze von 80 qm deutlich, womit die Verwertung der Wohnung vor der Inanspruchnahme von Leistungen nach dem SGB II grundsätzlich zu erwarten war.

21 Des Weiteren wäre eine Verwertung der Immobilie weder offensichtlich unwirtschaftlich gewesen noch hätte dies eine

besondere Härte im Sinne des § 12 Abs. 3 Satz 1 Nr. 6 SGB II dargestellt.

22 Offensichtlich unwirtschaftlich ist eine Verwertung von Vermögen, wenn der zu erzielende Gegenwert in einem deutlichen Missverhältnis zum wirklichen Wert des zu verwertenden Vermögensgegenstandes steht (vgl. BSG, Urteil vom 23.5.2012, B 14 AS 100/11 R, SozR 4-4200 § 12 Nr. 19 m. w. N.), wobei sich eine absolute Grenze bei Immobilien nicht ziehen lässt und gewisse Verluste – insbesondere unter dem Aspekt veränderter Marktpreise und des bisher in Anspruch genommenen Wohnwertes – als zumutbar angesehen werden können (vgl. BSG, Urteil vom 16.5.2007, a. a. O.). Eine Unwirtschaftlichkeit in diesem Sinne käme allenfalls in Betracht, wenn bei einer Veräußerung wesentlich weniger als der vom Kläger zum Erwerb der Eigentumswohnung aufgewendete Gesamtbetrag erzielt werden könnte. Dies wird vom Kläger aber weder vorgetragen noch sind Anhaltspunkte hierfür nach Lage der Akten ersichtlich. Insbesondere sind lediglich Grundschulden in Höhe von insgesamt 95.100 € (...) im Grundbuch vorgetragen, die überhaupt in einen Zusammenhang mit dem Erwerb der Immobilie gebracht werden können. Dies entspricht im Wesentlichen aber dem (reinen) Immobilienwert, der vorliegend mit 95.000 € zugrunde zu legen ist. Grundsätzlich ist für die Bewertung eines Vermögensgegenstandes der Verkehrswert in dem Zeitpunkt maßgeblich, in dem der Antrag auf Bewilligung oder erneute Bewilligung der Leistungen der Grundsicherung gestellt wird (§ 12 Abs. 4 Satz 2 SGB II). Für die Eigentumswohnung des Klägers geht der Senat, auf der Grundlage des Gutachtens vom 22.4.2013, das der Dipl.-Ing. J für das AG im Zwangsversteigerungsverfahren als Sachverständiger erstellt hat, von einem Wert der Immobilie von 95.000 € aus. (...)

23 Der Verweis auf die Verwertung der unangemessenen Wohnung stellt keine besondere Härte i. S. d. § 12 Abs. 3 Satz 1 Nr. 6 SGB II dar, insbesondere auch nicht vor dem Hintergrund, dass trotz Kenntnis der Beklagten von der Größe der Wohnung der Kläger sieben Jahre lang Leistungen als Zuschuss bezogen hat. Vorliegend ist bereits nicht ersichtlich, dass der Leistungsbezug des Klägers schon zu Beginn im Jahr 2005 oder zu einem späteren Zeitpunkt zu Unrecht erfolgt wäre, weil keine Erkenntnisse darüber vorliegen, ob und wann die Wohnung – unabhängig von ihrer unangemessenen Größe – in der Zeit bis zum streitgegenständlichen Zeitraum so werthaltig war oder geworden ist, dass mit ihrer Verwertung ein Erlös zu erzielen gewesen wäre, aus dem der Kläger – zumindest für eine gewisse Zeit – seinen Lebensunterhalt hätte bestreiten können. Der Beklagte hat bis März 2012 keinerlei Aktivität gezeigt, den Kläger auf die Verwertung seines Vermögens zu verweisen. Dies aber ist nicht ohne weitere Anhaltspunkte als (konkludenter) Verzicht gegenüber dem Kläger zu werten, dieser müsse seine Vermögenswerte nicht zum Lebensunterhalt einsetzen. Darüber hinaus sind die Anspruchsvoraussetzungen für den Leistungsbezug nach dem SGB II – ungeachtet einer vorhergehenden Bewilligung – bei einer (erneuten) Antragstellung stets vollständig zu prüfen, ohne dass sich die Beteiligten auf die tatsächlichen Grundlagen vorhergehend bestandskräftiger Entscheidungen berufen können. Vorliegend kann sich der Kläger insbesondere auch nicht unter dem Aspekt von Treu und Glauben darauf berufen, dass

ihm weiterhin in rechtswidriger Weise Leistungen bewilligt werden, denn dem steht der Grundsatz entgegen, dass kein Anspruch auf eine Gleichbehandlung im Unrecht besteht. (...) Zuletzt kann (aus systematischen Gründen) die Verwertung der Immobilie auch deshalb nicht als besondere Härte angesehen werden, weil der Reinerlös (allein) aus der Verwertung der Immobilie zu keiner dauerhaften oder zumindest langfristigen Beseitigung der Hilfebedürftigkeit geführt hätte. Die Tatbestände des § 12 Abs. 3 SGB II beziehen sich ausschließlich auf den Aspekt, ob ein Vermögensgegenstand grundsätzlich von einer Berücksichtigung ausgenommen bleibt. Die Prüfung, ob durch den Einsatz der zu berücksichtigenden Vermögensgegenstände Hilfebedürftigkeit beseitigt werden kann, ist erst in einem nachfolgenden Schritt unter Berücksichtigung aller einzusetzender Vermögensgegenstände zu ermitteln, sodass die Frage, ob die Verwertung eines einzelnen Vermögensgegenstandes eine unbillige Härte darstellen kann, nicht davon abhängig zu machen ist, ob und in welchem Umfang durch eine Verwertung Hilfebedürftigkeit beseitigt wird.

(...)

25 Grundsätzlich ist für die Bewertung eines Vermögensgegenstandes der Verkehrswert in dem Zeitpunkt maßgeblich, in dem der Antrag auf Bewilligung oder erneute Bewilligung der Leistungen der Grundsicherung gestellt wird (§ 12 Abs. 4 Satz 2 SGB II). Für die Eigentumswohnung des Klägers geht der Senat, wie bereits dargelegt, auf der Grundlage des Gutachtens vom 22.4.2013, das der Dipl.-Ing. J für das AG im Zwangsversteigerungsverfahren als Sachverständiger erstellt hat, von einem Verkehrswert von 95.000 € aus.

26 In diesem Zusammenhang kann dahinstehen, ob der Kläger überschuldet war, worauf der Umstand hindeutet, dass mit der Zwangsversteigerung der in Rede stehenden Immobilie im Jahr 2014 nicht sämtliche Verbindlichkeiten des Klägers gedeckt werden konnten. Vermögen i. S. v. § 12 SGB II sind nicht die Bilanz aus aktiven und passiven Vermögenswerten, sondern die vorhandenen aktiven Vermögenswerte. Insoweit kann auf die zur Arbeitslosenhilfe entwickelten Grundsätze zurückgegriffen werden (vgl. BSG, Urteil vom 18.2.2010, B 4 AS 28/09 R, juris m. w. N.), wobei Schulden und sonstige vorhandene oder noch entstehende Belastungen im Rahmen der Ermittlung des Verkehrswertes nur zu berücksichtigen sind, wenn sie bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise mit dem Vermögensgegenstand des Arbeitslosen eine Einheit bilden (vgl. BSG, Urteil vom 9.2.2006, B 7a AL 36/05 R, juris), denn in diesem Fall könnte er ohne Abzüge nicht veräußert werden (vgl. BSG, Urteil vom 15.4.2008, B 14 AS 27/07 R, juris).

27 Dies zugrunde gelegt, ist der ermittelte Wert von 95.000 € um die dinglichen Belastungen zu mindern, die im Grundbuch eingetragen sind, wobei vorliegend nicht allein auf die tatsächlichen Verhältnisse zum Zeitpunkt des Leistungsantrages oder zu Beginn des Bewilligungsabschnittes abzustellen ist. Soweit der Kläger – wie hier – geltend macht, ihm seien für den Zeitraum vom 1.5.2012 bis 31.10.2012 durchgehend Leistungen nach dem SGB II zu erbringen, ist ein derartiger Anspruch lediglich dann auszuschließen, wenn an jedem Tag des streitigen Zeitraumes Vermögen des Klägers vorhanden war, das einem Leistungsanspruch entgegengestanden hat. Nachdem gemäß § 12 Abs. 4 Satz 3 SGB II wesentliche Änderungen

des Verkehrswerts zu berücksichtigen sind, ist der Kläger – bei rückblickender Betrachtung des geltend gemachten Anspruchs – nicht anderes zu behandeln, als derjenige der sein Vermögen verbraucht und vor dem Ende des (vermeintlichen) Bewilligungsabschnitts erneut einen Antrag auf Bewilligung von Leistungen gestellt hat (vgl. hierzu auch Urteil des Senates vom 23.7.2015, L 11 AS 681/14, juris).

(...)

30 Von dem berücksichtigungsfähigen Verkehrswert sind die notwendigen Verwertungskosten abzusetzen, die nicht bereits durch die Immobilie dinglich gesichert waren (z. B. Vorfälligkeitsentschädigung), jedoch erforderlich gewesen wären, um einen Verkaufserlös realisieren zu können, denn eine andere Art der Verwertung (z. B. die Aufnahme eines Darlehens und die weitere Belastung der Immobilie) war unter Beachtung der finanziellen Situation des Klägers nicht realistisch.

31 Hierunter fallen die Aufwendungen, die im Zusammenhang mit der vorzeitigen Ablösung des Darlehens angefallen wären, das zugunsten der A-Lebensversicherung AG durch eine Grundschuld gesichert war, wobei für die Berechnung der Anwendungen zugunsten des Klägers für den streitgegenständlichen Zeitraum eine gleichbleibende Vorfälligkeitsentschädigung i. H. v. 3.340,40 € angenommen wird, auch wenn sich diese der Natur der Sache nach bis zum 31.10.2012 sukzessive verringert haben dürfte. Nicht abzugsfähig waren in diesem Zusammenhang jedoch die Zinsaufwendungen für die laufende Bedienung des Darlehens, denn der Sache nach handelte es sich um Kosten der Unterkunft, die der Beklagte mit der tatsächlichen Zahlung von ALG II im streitgegenständlichen Zeitraum getragen hat, sodass diese Aufwendungen nicht aus dem Vermögenserlös zu decken gewesen wären. Erforderlich waren demgegenüber die Aufwendungen für eine Löschungsbewilligung (57,60 €) zum Nachweis der Lastenfreiheit des Grundstücks sowie die Grunderwerbsteuer (3.325 € [...]), die der Kläger als am Erwerbsvorgang Beteiligter zusammen mit dem Käufer als Gesamtschuldner zu tragen gehabt hätte (§ 13 Nr. 1 GrEStG), sodass zumindest auch die hälftige Grunderwerbsteuer einen Verkaufserlös geschmälert hätte. Ob darüber hinaus die Beauftragung eines Maklers erforderlich gewesen wäre, um den Verkauf der Wohnung zeitnah nach der Aufforderung durch den Beklagten im März 2012 zu gewährleisten und eine neue Wohnung vermittelt zu erhalten, kann vorliegend dahinstehen (...).

32 Das verfügbare Vermögen, das durch die Verwertung der Immobilie im Wege eines freihändigen Verkaufes nutzbar gemacht werden konnte, überschritt die Freibetragsgrenzen nach § 12 Abs. 2 Nr. 1 und 4 SGB II (...).

(...)

35 Damit lag zu jedem Zeitpunkt des streitgegenständlichen Bewilligungszeitraumes vom 1.5.2012 bis 31.10.2012 in hinreichendem Maße verwertbares Vermögen vor, durch das der Kläger in der Lage gewesen wäre, seinen Lebensunterhalt zu bestreiten.

36 Die Verwertung der Immobilie war weder aus tatsächlichen noch aus rechtlichen Gründen ausgeschlossen; insbesondere war eine Verwertbarkeit in keiner Form durch vertragliche Ver-

einbarungen mit Dritten oder durch Verpfändung bzw. Abtretung an Dritte eingeschränkt.

37 Der Begriff der Verwertbarkeit ist hierbei ein rein wirtschaftlicher und beurteilt sich sowohl nach den tatsächlichen als auch nach den rechtlichen Verhältnissen (vgl. BSG, Urteil vom 16.5.2007, B 11b AS 37/06 R, BSGE 98, 243; Urteil vom 22.3.2012, B 4 AS 99/11 R, SozR 4-4200 § 12 Nr. 18).

(...)

38 Einer Verwertung der Eigentumswohnung stand zum Zeitpunkt der Aufforderung des Beklagten im März 2012 auch kein tatsächliches Hindernis entgegen. Die Eigentumswohnung war nicht über ihren Substanzwert hinaus mit dinglichen Sicherungsrechten belastet und damit insoweit marktfähig, dass – bei prognostischer Betrachtung – eine Verwertung innerhalb eines halben Jahres möglich erscheinen durfte, wobei mit einem Erlös gerechnet werden konnte, der geeignet gewesen wäre, den Lebensunterhalt des Klägers (zumindest vorübergehend) zu sichern.

39 Die Verwertung muss für den Betroffenen einen Ertrag bringen, durch den er, wenn auch nur kurzzeitig, seinen Lebensunterhalt bestreiten kann. Tatsächlich nicht verwertbar sind Vermögensgegenstände, für die in absehbarer Zeit kein Käufer zu finden sein wird, weil sie nicht marktfähig sind (vgl. BSG, Urteil vom 6.12.2007, B 14/7b AS 46/06 R, BSGE 99, 248). Die Verwertbarkeit von Vermögen i. S. d. § 12 Abs. 1 SGB II kann daher nur dann angenommen werden, wenn der Berechtigte in der Lage ist, die Verwertung innerhalb einer bei Antragstellung feststehenden Zeitspanne durch eigenes Handeln – autonom – herbeizuführen. Ist dagegen völlig ungewiss, wann eine für die Verwertbarkeit notwendige Bedingung eintritt, so liegt bereits eine generelle Unverwertbarkeit i. S. d. § 12 Abs. 1 SGB II vor (vgl. BSG, Urteil vom 27.1.2009, B 14 AS 42/07 R, SozR 4-4200 § 12 Nr. 12; Urteil vom 6.12.2007, a. a. O.). Maßgebend für die Prognose, dass ein tatsächliches (oder rechtliches) Verwertungshindernis wegfällt, ist im Regelfall der Zeitraum, für den die Leistungen bewilligt werden, also regelmäßig der sechsmonatige Bewilligungszeitraum des § 41 Abs. 1 Satz 4 SGB II (vgl. BSG, Urteil vom 27.1.2009, a. a. O.). Für diesen Zeitraum muss im Vorhinein eine Prognose getroffen werden, ob und welche Verwertungsmöglichkeiten bestehen, die geeignet sind, Hilfebedürftigkeit abzuwenden (vgl. BSG, Urteil vom 30.8.2010, B 4 AS 70/09 R, FEVS 62, 337).

(...)

STEUERRECHT

22. Zurückbehalt einer wesentlichen Betriebsgrundlage bei Einbringung

BFH, Urteil vom 29.11.2017, I R 7/16 (Vorinstanz: FG Baden-Württemberg, Urteil vom 10.12.2015, 1 K 3485/13)

UmwStG 2002 § 20 Abs. 1

EStG § 16 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Abs. 3 Satz 1, 6 und 7

LEITSÄTZE:

1. Eine nach § 20 UmwStG 2002 begünstigte Buchwerteinbringung setzt voraus, dass auf den übernehmenden Rechtsträger alle Wirtschaftsgüter übertragen werden, die im Einbringungszeitpunkt zu den funktional wesentlichen Betriebsgrundlagen des betreffenden Betriebs gehören.
2. Ein Grundstück ist ein für den Betrieb funktional wesentliches Wirtschaftsgut, wenn es die räumliche und funktionale Grundlage für die Geschäftstätigkeit bildet und es dem Unternehmen ermöglicht, seinen Geschäftsbetrieb aufzunehmen und auszuüben. (Leitsatz der Schriftleitung)

SACHVERHALT:

1 I. Die Klägerin und der Kläger sind zusammen veranlagte Eheleute. Den gewerblichen Teil des in ihrem Miteigentum stehenden Grundstücks X-Straße in L vermieteten sie seit 1996 an den Kläger, der dort ein Einzelunternehmen (Maschinenbau) betrieb. Nach Gründung der G-GmbH, deren Gesellschafter die Kläger zunächst zu je 50 % waren, vermietete der Kläger ab dem 1.1.1999 die Maschinen und den Kundenstamm seines Einzelunternehmens sowie die Eheleute den vorgenannten Grundstücksanteil an die GmbH. Nachdem der Beklagte (das FA) den Klägern mitgeteilt hatte, er gehe von einer Betriebsaufspaltung zwischen den Klägern und der GmbH aus, übertrug die Klägerin am 25.2.1999 ihren GmbH-Anteil dem Kläger, der damit Alleingesellschafter-Geschäftsführer der GmbH wurde.

2 Der Kläger erwarb mit Kaufvertrag vom 18.10.2001 das unbebaute Grundstück Z-Straße in L, das er unter Inanspruchnahme einer unter seiner Einzelfirma beantragten öffentlichen Finanzhilfe mit Gewerberäumen (Nutzfläche: 593 qm) bebaute. Nachdem der Kläger am 17.12.2002 unentgeltlich seinen hälftigen Miteigentumsanteil an dem Grundstück in der Z-Straße auf die Klägerin übertragen hatte, verlegte die GmbH ihren Unternehmenssitz nach der Fertigstellung der Gewerberäume in die Z-Straße. Die Grundstücksgemeinschaft vermietete sodann für die Dauer von zehn Jahren das Grundstück rückwirkend zum 1.3.2003 (...) an die GmbH.

3 Der Kläger teilte zunächst die Einschätzung des FA, dass sein hälftiger Miteigentumsanteil (Grundstück Z-Straße) zu seinem Besitz-einzelunternehmen gehöre und berichtete seine Einkommensteuererklärung 2002 entsprechend. Zudem erklärte er (betreffend seinen Miteigentumsanteil) für die Jahre 2003 bis 2005 gewerbliche Vermietungseinkünfte und erläuterte dies jeweils mit „50 % anteilig (...) Betriebsvermögen“. Das FA veranlagte die Kläger erklärungsgemäß. (...)

4 Mit notariell beurkundetem Vertrag über die „Ausgliederung zur Aufnahme“ vom 25.8.2006 übertrug der Kläger sein Besitz-einzelunternehmen zum 1.1.2006 gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten der GmbH; seinen Anteil am Grundstück Z-Straße behielt er zurück. In ihrer Einkommensteuererklärung 2006 (Streitjahr) gaben die Kläger insoweit keinen Aufgabegewinn an; vielmehr gingen sie von einer steuerneutralen Einbringung nach § 20 UmwStG 2002 aus.

5 Im Rahmen einer bei den Klägern durchgeführten Außenprüfung kam der Prüfer zu dem Ergebnis, die Voraussetzungen des § 20 UmwStG 2002 hätten nicht vorgelegen, weil das Grundstück Z-Straße nicht mit eingebracht worden sei. (...)

6 Das FA folgte dem Prüfer mit geändertem Einkommensteuerbescheid 2006 und setzte nach § 16 EStG einen steuerbaren „Veräußerungsgewinn“ in Höhe von (...) € an.

7 Nach erfolglosem Einspruch erhoben die Kläger dagegen Klage vor dem FG Baden-Württemberg, welches diese als unbegründet abwies (Urteil vom 10.12.2015, 1 K 3485/13, EFG 2016, 423).

8 Mit der Revision beantragen die Kläger, unter Aufhebung des Urteils des FG Baden-Württemberg den Bescheid über Einkommensteuer für 2006 vom 7.5.2009 in Gestalt der Einspruchsentscheidung vom 24.9.2013 dahin gehend zu ändern, dass der Veräußerungspreis, den der Kläger mit Einbringung seines Einzelunternehmens in die (...) GmbH erzielt hat, mit dem Buchwert des eingebrachten Betriebsvermögens angesetzt wird.

9 Das FA beantragt, die Revision zurückzuweisen.

AUS DEN GRÜNDEN:

10 II. Die Revision der Kläger ist unbegründet und daher zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 FGO). Dem FG ist darin zu folgen, dass aufgrund des Rückhalts des Grundstücksanteils Z-Straße die Einbringung der weiteren Wirtschaftsgüter des Besitzeinzelunternehmens in die GmbH nicht nach § 20 UmwStG 2002 steuerrechtlich zu Buchwerten vollzogen werden konnte und deshalb zugleich auch zum Anfall eines Betriebsaufgabegewinns nach § 16 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 i. V. m. Abs. 3 EStG geführt hat (gleicher Ansicht *Leipold*, EFG 2016, 432; referierend von *Glaserapp*, BB 2016, 434; *Koch*, BB 2016, 2603, 2606 f.; *Brühl/Weiss*, Die Unternehmensbesteuerung 2017, 259, 262 ff.).

11 1. Auszugehen ist hierbei davon, dass – worüber zwischen den Beteiligten kein Streit besteht – der Kläger aufgrund der Überlassung der Maschinen seines bisherigen Einzelunternehmens ab 1999 eine Betriebsaufspaltung mit der GmbH als Betriebsunternehmen begründet hatte. Insbesondere ist zwischen den Beteiligten nicht streitig, dass der Kläger im Besitz wie im Betriebsunternehmen seinen Willen durchsetzen konnte und der GmbH insoweit wesentliche Betriebsgrundlagen überlassen hat. Zum Betriebsvermögen des Besitzeinzelunternehmens gehörten folglich neben den Maschinen auch die Beteiligung an der GmbH sowie der Miteigentumsanteil des Klägers am Grundstück Z-Straße. Letzteres ist nicht Betriebsvermögen der Grundstücksgemeinschaft geworden, weil durch dessen Vermietung an die GmbH keine weitere Betriebsaufspaltung begründet wurde. Der Kläger beherrschte die Grundstücksgemeinschaft nicht, da er an ihr nur zu 50 % beteiligt war (vgl. BFH, Urteil vom 2.12.2004, III R 77/03, BFHE 208, 215 = BStBl. II 2005, S. 340).

12 2. Die Einbringung erfüllte nicht die Tatbestandsvoraussetzungen des § 20 Abs. 1 UmwStG 2002.

13 a) Nach § 20 Abs. 1 UmwStG 2002 gelten in dem Fall, dass ein Betrieb, ein Teilbetrieb oder ein Mitunternehmeranteil in eine Kapitalgesellschaft eingebracht wird und der Einbringende dafür neue Anteile an der Gesellschaft erhält (Sacheinlage), für die Bewertung des eingebrachten Betriebsvermögens und der neuen Gesellschaftsanteile die nachfolgenden Absätze. Nach Maßgabe des § 20 Abs. 2 UmwStG 2002 darf

die Kapitalgesellschaft das übernommene Betriebsvermögen auf Antrag einheitlich mit dem Buchwert oder einem höheren Wert ansetzen. Dadurch soll verhindert werden, dass notwendige strukturelle Veränderungen in der Fortführung des unternehmerischen Engagements durch steuerliche Folgen belastet werden (vgl. Senatsbeschluss vom 19.12.2007, I R 111/05, BFHE 220, 152 = BStBl. II 2008, S. 536 zu § 20 UmwStG 1995). Liegen bezogen auf die vorgenommene Einbringung die Tatbestandsvoraussetzungen des § 20 Abs. 1 UmwStG 2002 vor, so bestimmten sich die Rechtsfolgen – obwohl die Einbringung einer Sachgesamtheit gegen die Gewährung von Gesellschaftsrechten als tauschähnlicher Vorgang einer Veräußerung i. S. v. § 16 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG vergleichbar ist – nicht nach § 16 EStG (BFH, Urteil vom 11.9.1991, XI R 15/90, BFHE 166, 425 = BStBl. II 1992, S. 404).

14 b) In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass der durch die Begründung einer Betriebsaufspaltung in Form des Besitzunternehmens entstandene Betrieb Gegenstand einer Einbringung i. S. d. UmwG sein kann (BFH, Urteil vom 24.10.2000, VIII R 25/98, BFHE 193, 367 = BStBl. II 2001, S. 321; BFH, Beschluss vom 1.4.2010, IV B 84/09, BFH/NV 2010, 1450). Die Einbringung eines solchen Betriebs ist dann nach § 20 Abs. 1 UmwStG 2002 steuerlich begünstigt, wenn alle funktional wesentlichen Betriebsgrundlagen in einem einheitlichen Vorgang auf die übernehmende Kapitalgesellschaft übertragen werden (Senatsurteile vom 16.2.1996, I R 183/94, BFHE 180, 97 = BStBl. II 1996, S. 342; vom 25.11.2009; I R 72/08, BFHE 227, 445 = BStBl. II 2010, S. 471). Ob dies der Fall ist, ist eine Frage der Würdigung der konkreten Umstände des Einzelfalls, die vorrangig dem Tatsachengericht obliegt. Ist dessen Würdigung möglich und lässt weder einen Verstoß gegen Denkgesetze noch allgemeine Erfahrungssätze erkennen, so bindet sie gemäß § 118 Abs. 2 FGO das Revisionsgericht (vgl. BFH, Urteil vom 13.1.2015, IX R 46/13, BFH/NV 2015, 668; Senatsurteil vom 9.7.2003, I R 100/02, BFHE 203, 77).

15 3. Das FG hat die Frage, ob der Miteigentumsanteil des Klägers am Grundstück in der Z-Straße notwendiges Betriebsvermögen seines Besitz Einzelunternehmens gewesen ist, in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise bejaht.

16 a) Zum notwendigen Betriebsvermögen eines Besitzunternehmens gehören alle Wirtschaftsgüter, die das Besitzunternehmen der Betriebsgesellschaft überlässt; denn die Vermietung von Wirtschaftsgütern an die Betriebsgesellschaft prägt die Tätigkeit des Besitzunternehmens. Werden daher dem Besitzunternehmen von einer Eigentümergemeinschaft, an der der Besitz Einzelunternehmer beteiligt ist, Wirtschaftsgüter zur Weitervermietung an die Betriebsgesellschaft überlassen, sind diese in Höhe des Miteigentumsanteils des Besitz Einzelunternehmens als Betriebsvermögen auszuweisen (BFH, BFHE 208, 215 = BStBl. II 2005, S. 340).

17 b) Zwar hat die Eigentümergemeinschaft das Grundstück Z-Straße dem Besitz Einzelunternehmens des Klägers nicht überlassen, sondern es an die GmbH vermietet, sodass es nicht unmittelbar dem Betrieb des Besitz Einzelunternehmens diene. Zum notwendigen Betriebsvermögen einer Besitzgesellschaft gehören aber auch solche Wirtschaftsgüter, die dazu bestimmt sind, die Vermögens- und Ertragslage der Betriebsgesellschaft zu verbessern und damit den Wert der Be-

teiligung daran zu erhalten oder zu erhöhen (BFH-Urteile vom 7.3.1978, VIII R 38/74, BFHE 124, 533 = BStBl. II 1978, S. 378; vom 23.9.1998, XI R 72/97, BFHE 187, 36 = BStBl. II 1999, S. 281; vom 19.10.2000, IV R 73/99, BFHE 193, 354 = BStBl. II 2001, S. 335; in BFHE 208, 215 = BStBl. II 2005, S. 340). Vermietet eine Eigentümergemeinschaft, an der der Besitz Einzelunternehmer – wie auch im Streitfall – beteiligt ist, Wirtschaftsgüter an die Betriebs-GmbH, kann dies aus Sicht des Besitz Einzelunternehmers dazu dienen, die Vermögens- und Ertragslage der Betriebsgesellschaft zu verbessern und damit den Wert der Beteiligung daran zu erhalten oder zu erhöhen. In diesem Fall gehört sein Miteigentumsanteil am vermieteten Wirtschaftsgut zum notwendigen Betriebsvermögen seines Besitz Einzelunternehmens (§ 39 Abs. 2 Nr. 2 AO; vgl. BFH, Urteil vom 8.3.1990, IV R 60/89, BFHE 160, 443 = BStBl. II 1994, S. 559). Der Besitz Einzelunternehmer kann mit der Vermietung jedoch auch einen anderen Zweck verfolgen, etwa möglichst hohe Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung zu erzielen. In diesem Fall ist das anteilige Eigentum des Besitzunternehmers am Wirtschaftsgut nicht dem Betriebsvermögen seines Einzelunternehmens, sondern seinem privaten Bereich zuzuordnen. Das gilt entsprechend, wenn der Gesellschafter einer Besitzpersonengesellschaft der Betriebs-GmbH ein Grundstück überlässt (BFH, BFHE 208, 215 = BStBl. II 2005, S. 340 m. w. N.).

18 c) Ob die Überlassung des Grundstücks dem betrieblichen oder dem privaten Bereich zuzuordnen ist, ist unter Heranziehung aller Umstände des Einzelfalls zu beurteilen. Indizien für den Veranlassungszusammenhang der Nutzungsüberlassung mit den betrieblichen Interessen des Besitz Einzelunternehmens können sich daraus ergeben, dass das Nutzungsverhältnis eindeutig durch die Interessen der Betriebskapitalgesellschaft bestimmt wird. Dies trifft nach den Ausführungen im BFH-Urteil, BFHE 208, 215 = BStBl. II 2005, S. 340 etwa zu, wenn der Betriebs-GmbH ein Wirtschaftsgut zu Bedingungen überlassen wird, die nicht dem unter Fremden Üblichen entsprechen oder wenn das Wirtschaftsgut seiner Zweckbestimmung nach nur an das Betriebsunternehmen vermietet werden kann oder wenn es für das Betriebsunternehmen unverzichtbar ist. Indizien für eine betriebliche Veranlassung können aber auch aus Umständen hergeleitet werden, die mit dem Besitz Einzelunternehmens selbst zusammenhängen, zum Beispiel wenn die Nutzungsüberlassung in engem zeitlichen Zusammenhang mit der Begründung der Betriebsaufspaltung steht (vgl. BFH-Urteile vom 13.10.1998, VIII R 46/95, BFHE 187, 425 = BStBl. II 1999, S. 357 und vom 10.6.1999, IV R 21/98, BFHE 189, 117 = BStBl. II 1999, S. 715). Für die private Veranlassung der Gebrauchsüberlassung kann danach sprechen, wenn der Mietvertrag erst längere Zeit nach der Betriebsaufspaltung geschlossen wird oder der Besitz Einzelunternehmer zivilrechtlich keinen oder nur geringen Einfluss auf die Beschlüsse der Grundstücksgemeinschaft nehmen kann. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Besitz Einzelunternehmer bei einer Miteigentumsquote von 50 % zwar seinen Willen in der Grundstücksgemeinschaft nicht durchsetzen, aber ein Tätigwerden des anderen Miteigentümers gegen seine Interessen verhindern kann. Ebenso kann er bei einer Vermietung auf unbestimmte Zeit verhindern, dass der Mietvertrag gekündigt wird (vgl. BFH, BFHE 208, 215 = BStBl. II 2005, S. 340).

19 d) Im Streitfall ist das FG von den vorgenannten Rechtsgrundsätzen ausgegangen und hat seine Überzeugung zum Vorliegen von notwendigem Betriebsvermögen – in Abgrenzung gegenüber dem dem BFH-Urteil, BFHE 208, 215 = BStBl. II 2005, S. 340 zugrunde liegenden Sachverhalt – darauf gestützt, dass mit der Vermietung des Grundstücks Z-Straße, dessen betriebliche Nutzung nach dem Grundstückskaufvertrag sowie nach der beantragten Finanzhilfe von Anfang an beabsichtigt gewesen sei, die Vermögens- und Ertragslage der GmbH verbessert und der Wert der Beteiligung erhalten werden sollte. Die Vorinstanz hat sich hierbei unter anderem davon leiten lassen, dass das Mietverhältnis Z-Straße nahtlos an das zur X-Straße angeschlossen und das neue Grundstück angesichts seiner größeren Ausmaße die Chance zur betrieblichen Kapazitätserweiterung (Aufträge, Umsatz und Arbeitnehmerzahl) eröffnet habe. Zudem hat das FG berücksichtigt, dass der fachkundig vertretene Kläger über viele Jahre hinweg in Buchführung und Bilanz einen betrieblichen Bezug des Grundstücks dokumentiert habe und aufgrund seiner hälftigen Beteiligung an der Grundstücksgemeinschaft ein Tätigwerden der Ehefrau gegen seine Interessen habe verhindern können. Dass das Mietverhältnis einem Fremdvergleich standhalte und die Ehegatten nachhaltig positive Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung erzielt hätten, sei im Rahmen der Gesamtwürdigung kein besonders gewichtiges Indiz für eine private Veranlassung.

20 e) Die Tatsachen- und Beweiswürdigung des FG ist zumindest möglich und für den Senat bindend (§ 118 Abs. 2 FGO); darauf, dass das FA weitere – teilweise vom FG aber nicht festgestellte – Umstände anführt, welche die Würdigung des FG stützen, kommt es insoweit nicht an.

21 aa) Soweit die Kläger vorgetragen haben, die Rechtsposition des Klägers sei gegenüber dem dem BFH-Urteil, BFHE 208, 215 = BStBl. II 2005, S. 340 zugrunde liegenden Sachverhalt „deutlich schlechter“, dringen sie schon deshalb nicht durch, weil sich das FG mehrfach von diesem Sachverhalt abgegrenzt hat. Insoweit ist es zwar richtig, dass der Mietvertrag im Streitfall nur auf zehn Jahre abgeschlossen worden ist. Dies ist im Rahmen der Gesamtwürdigung aber nur ein Indiz unter Vielen.

22 bb) Dass die Klägerin als Mitgesellschafterin der Grundstücksgemeinschaft eine rechtlich und tatsächlich relevante Sperr-Stellung innegehabt habe, ist deshalb irrelevant, weil der Besitzeinzelunternehmer bei einer Miteigentumsquote von 50 % zwar seinen Willen in der Grundstücksgemeinschaft nicht durchsetzen, aber ein Tätigwerden des anderen Miteigentümers gegen seine Interessen verhindern kann (vgl. BFH, BFHE 208, 215 = BStBl. II 2005, S. 340).

23 cc) Den von den Klägern hervorgehobenen Umstand, dass aus dem überlassenen Grundstück regelmäßig positive Einkünfte erzielt worden sind, hat das FG im Übrigen berücksichtigt. Darauf, dass eine Alternativnutzung des Grundstücks Z-Straße für Wohnzwecke möglich gewesen wäre und keine besonderen Einbauten vorgenommen worden seien, kommt es schon deshalb nicht an, weil es allein um die Frage geht, ob das Grundstück dazu bestimmt war, die Vermögens- und Ertragslage der Betriebsgesellschaft zu verbessern und damit den Wert der Beteiligung daran zu erhalten oder zu erhöhen.

24 dd) Soweit die Kläger schließlich ausführen, es bestehe bezogen auf den Sachverhalt kein rechtserheblicher Unterschied zum BFH-Urteil, BFHE 208, 215 = BStBl. II 2005, S. 340, der Kläger habe seinen hälftigen Grundstücksanteil X-Straße nicht als Betriebsvermögen angesehen, und der Umstand, dass das Grundstück Z-Straße von Anfang an für eine betriebliche Nutzung vorgesehen gewesen sei, sei ebenso irrelevant wie die Erteilung des Zuschusses bzw. das FG ziehe falsche Schlüsse aus der hälftigen Beteiligung des Klägers an der Grundstücksgemeinschaft, setzen sie nur eine eigene Tatsachen- und Beweiswürdigung an die Stelle der vom FG vorgenommenen und jedenfalls möglichen Würdigung.

(...)

26 4. Das FG hat weiter zutreffend angenommen, dass das Grundstück Zollstraße wesentliche Betriebsgrundlage des Besitzeinzelunternehmens des Klägers war.

27 a) Nach den Ausführungen im Senatsurteil in BFHE 227, 445 = BStBl. II 2010, S. 471 ist der Begriff „wesentliche Betriebsgrundlage“, soweit es um die Anwendung des § 20 UmwStG geht, im funktionalen Sinne zu verstehen. Als funktional wesentlich sind dabei alle Wirtschaftsgüter anzusehen, die für den Betriebsablauf ein erhebliches Gewicht haben und mithin für die Fortführung des Betriebs notwendig sind oder dem Betrieb das Gepräge geben (Senatsurteil vom 19.1.1983, I R 57/79, BFHE 137, 487 = BStBl. II 1983, S. 312; BFH, Urteil vom 24.8.1989, IV R 135/86, BFHE 158, 245 = BStBl. II 1989, S. 1014). Ein Grundstück ist für den Betrieb im vorgenannten Sinne wesentlich, wenn es die räumliche und funktionale Grundlage für die Geschäftstätigkeit bildet und es dem Unternehmen ermöglicht, seinen Geschäftsbetrieb aufzunehmen und auszuüben (BFH, Urteil vom 14.2.2007, XI R 30/05, BFHE 216, 559 = BStBl. II 2007, S. 524 m. w. N.). Demzufolge ist grundsätzlich jedes vom Betrieb genutzte Grundstück eine funktional wesentliche Betriebsgrundlage, es sei denn, es ist im Einzelfall ausnahmsweise nur von geringer wirtschaftlicher Bedeutung für den Betrieb. Die Zuordnung eines Grundstücks zu den wesentlichen Betriebsgrundlagen scheidet auch nicht daran, dass das Betriebsunternehmen jederzeit am Markt ein für seine Belange gleichwertiges Objekt kaufen oder mieten könnte (vgl. BFH-Urteile vom 13.7.2006, IV R 25/05, BFHE 214, 343 = BStBl. II 2006, S. 804; vom 19.3.2009, IV R 78/06, BFHE 224, 428 = BStBl. II 2009, S. 803; vom 3.9.2009, IV R 61/06, BFH/NV 2010, 404; vom 6.5.2010, IV R 52/08, BFHE 229, 279 = BStBl. II 2011, S. 261; vom 18.6.2015, IV R 11/13, BFH/NV 2015, 1398; Senatsurteil vom 7.4.2010, I R 96/08, BFHE 229, 179 = BStBl. II 2011, S. 467). Gleiches gilt für den Miteigentumsanteil an einer wesentlichen Betriebsgrundlage (vgl. BFH-Urteile vom 10.11.2005, IV R 7/05, BFHE 211, 312 = BStBl. II 2006, S. 176; vom 19.12.2012, IV R 29/09, BFHE 240, 83 = BStBl. II 2013, S. 387).

28 b) Der Schluss des FG, dass der Miteigentumsanteil des Klägers am Grundstück Z-Straße für den Betriebsablauf (auch) des Besitzeinzelunternehmens ein erhebliches Gewicht hatte und für die Fortführung des Betriebs notwendig war – und mithin eine wesentliche Betriebsgrundlage des Besitzeinzelunternehmens darstellte –, ist wiederum möglich und folglich für den Senat nach § 118 Abs. 2 FGO bindend. Das Grundstück bildete nicht nur die räumliche und funktionale Grundlage für

die Produktionstätigkeit der GmbH, sondern zugleich auch des Besitzeinzelunternehmens, dessen Geschäftszweck in der entgeltlichen Maschinenüberlassung an die GmbH bestand. Das Grundstück Z-Straße war insoweit für die GmbH als Betriebsunternehmen unverzichtbar; es ermöglichte dieser, ihren Geschäftsbetrieb auszuüben.

29 5. Der Senat ist ferner an die Auslegung des Ausgliederungsvertrags durch das FG gebunden, weshalb davon auszugehen ist, dass der Miteigentumsanteil des Klägers am Grundstück Z-Straße nicht mit auf die GmbH übertragen worden ist.

30 a) Die Auslegung von Verträgen und Willenserklärungen gehört zum Bereich der tatsächlichen Feststellungen und bindet den BFH gemäß § 118 Abs. 2 FGO, wenn sie den Grundsätzen der §§ 133, 157 BGB entspricht und nicht gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze verstößt. Das Revisionsgericht prüft lediglich, ob das FG die gesetzlichen Auslegungsregeln sowie die Denkgesetze und Erfahrungssätze beachtet und die für die Vertragsauslegung bedeutsamen Begleitumstände erforscht und rechtlich zutreffend gewürdigt hat (vgl. BFH-Urteile vom 6.6.2013, IV R 28/10, BFH/NV 2013, 1810; vom 17.5.2017, II R 35/15, BFHE 258, 95 = BStBl. II 2017, S. 966).

31 b) Dass das FG gesetzliche Auslegungsregeln nicht beachtet oder im Rahmen seiner Vertragsauslegung Denkgesetze oder Erfahrungssätze verletzt haben könnte, ist nicht erkennbar. Das FG hat zunächst maßgeblich darauf abgestellt, dass der Ausgliederungsvertrag unter „Sonstiges“ (Nr. II. 3. lit. a) ausdrücklich Bezug auf die zum 31.12.2005 aufgestellte Schlussbilanz und die in der Anlage aufgeführten Gegenstände nimmt. Dort war aber das Grundstück nicht aufgeführt und ab dem Streitjahr auch nicht im Anlagevermögen der GmbH erfasst. Soweit unter „Sonstiges“ (Nr. II. 3. lit. e des Vertrags) unter anderem Vermögensgegenstände, die nicht in der beigefügten Anlage aufgeführt sind, auf die GmbH übergehen (sollten), hat das FG darauf abgestellt, dass sich aus dem zweiten Satz dieser Klausel ergibt, dass damit (nur) immaterielle oder bis zur Eintragung der Spaltung in das Handelsregister erworbene Vermögensgegenstände gemeint sind, die aus steuerlichen oder tatsächlichen Gründen nicht in der Schlussbilanz zum 31.12.2005 enthalten sein konnten. Diese Auslegung ist zwar nicht zwingend, aber naheliegend und damit möglich, denn der Miteigentumsanteil am Grundstück Z-Straße fällt nicht unter den Satz 2 der vorgenannten Klausel. Das FG hat auch zu Recht angenommen, dass aus den vertraglichen Bestimmungen zur „Übertragung“ (Nr. II. 1.) und zum „Stichtag“ (Nr. II. 2.) die Übertragung des Miteigentumsanteils nicht hergeleitet werden kann, da insoweit auf die weiteren Vertragsvereinbarungen verwiesen wird. Dass dies von den Vertragsparteien auch so verstanden worden sein muss, ergibt sich aus dem Umstand, dass der Miteigentumsanteil am Grundstück Z-Straße bis heute im Grundbuch nicht auf die GmbH umgeschrieben worden ist.

32 6. Die von den Klägern begehrte Buchwerteinbringung ist auch nicht deshalb anzuerkennen, weil das Zurückbehalten des Grundstücksanteils Z-Straße unschädlich wäre.

33 a) Der Senat hat mit Urteil, BFHE 229, 179 = BStBl. II 2011, S. 467, bezogen auf die Zurückbehaltung eines Grundstücks,

welches eine wesentliche Betriebsgrundlage darstellt, entschieden, dass die vom Gesetz geforderte Einbringung eines (Teil-)Betriebs nur dann vorliegt, wenn auf den übernehmenden Rechtsträger alle Wirtschaftsgüter übertragen werden, die im Einbringungszeitpunkt zu den funktional wesentlichen Betriebsgrundlagen des betreffenden (Teil-)Betriebs gehören. Daran fehlt es, wenn – wie im Streitfall bezogen auf das Grundstück Z-Straße – einzelne dieser Wirtschaftsgüter nicht übertragen werden, sondern der übernehmende Rechtsträger insoweit nur ein obligatorisches Nutzungsrecht erhält.

34 b) Nichts anderes folgt aus dem von den Klägern in der mündlichen Verhandlung geäußerten Verweis auf das BFH-Urteil, BFHE 240, 83 = BStBl. II 2013, S. 387. Dieses Urteil betrifft § 20 UmwStG 1977 und enthält dazu die Aussage, soweit BFH-Senate zu Einbringungsvorgängen inzwischen entschieden hätten, dass es der Anwendbarkeit der §§ 20 bzw. 24 UmwStG 1995 nicht entgegenstehe, wenn vor der Einbringung eine wesentliche Betriebsgrundlage des einzubringenden Betriebs unter Aufdeckung der stillen Reserven „ausgelagert“ oder veräußert werde, soweit dies auf Dauer angelegt sei und sich deshalb nicht nur als vorgeschoben erweise (vgl. Senatsurteil in BFHE 227, 445 = BStBl. II 2010, S. 471 und BFH, Urteil vom 9.11.2011, X R 60/09, BFHE 236, 29 = BStBl. II 2012, S. 638), seien diese Urteile zu einer neueren Rechtslage ergangen und werde zu § 20 UmwStG 1977 daran festgehalten, dass die Ausgliederung wesentlicher Betriebsgrundlagen der Buchwertfortführung für das eingebrachte Betriebsvermögen entgegenstehe (vgl. zum Beispiel Senatsurteil in BFHE 180, 97 = BStBl. II 1996, S. 342). Im Streitfall ist indessen nicht die Konstellation einer „vorherigen Ausgliederung“ oder Veräußerung zu beurteilen. Vielmehr befand sich das Grundstück zum Einbringungszeitpunkt noch im Betriebsvermögen des Besitzeinzelunternehmens.

35 c) Auch das zu § 6 Abs. 3 und Abs. 5 EStG ergangene BFH-Urteil vom 2.8.2012 (IV R 41/11, BFHE 238, 135) steht den vorstehenden Ausführungen nicht entgegen. Zwar scheidet nach dessen Leitsatz unter Geltung des § 6 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 1 EStG die Aufdeckung der stillen Reserven im unentgeltlich übertragenen Mitunternehmeranteil auch dann aus, wenn ein funktional wesentliches Betriebsgrundstück des Sonderbetriebsvermögens „vorher bzw. zeitgleich“ zum Buchwert nach § 6 Abs. 5 EStG übertragen wird. Diese Aussage war indessen nicht entscheidungserheblich, weil dem dortigen Streitfall gerade keine zeitgleiche Übertragung der wesentlichen Betriebsgrundlagen zugrunde lag. Im Übrigen könnte der Senat einem Verständnis des § 20 UmwStG 2002, wonach die Zurückbehaltung einer wesentlichen Betriebsgrundlage für die Annahme einer steuerneutralen Betriebseinbringung unschädlich sei, wenn sie als Folge der Einbringung zu einer Entnahme führe, schon deshalb nicht folgen, weil in einer derartigen Konstellation gerade nicht alle im Einbringungszeitpunkt vorhandenen wesentlichen Betriebsgrundlagen des vorhandenen Betriebs eingebracht werden.

36 7. Der Kläger hat schließlich mit dem FG auch keinen Teilbetrieb „Maschinenvermietung“ nach § 20 Abs. 1 UmwStG 2002 in die GmbH eingebracht.

37 a) Nach ständiger Rechtsprechung ist unter einem Teilbetrieb ein organisch geschlossener, mit einer gewissen Selbst-

ständigkeit ausgestatteter Teil des Gesamtbetriebs zu verstehen, der für sich allein funktions- bzw. lebensfähig ist (BFH, Urteil vom 4.7.2007, X R 49/06, BFHE 218, 316 = BStBl. II 2007, S. 772; Beschluss des Großen Senats des BFH vom 18.10.1999, GrS 2/98, BFHE 189, 465 = BStBl. II 2000, S. 123). Ein Teilbetrieb wird nur übertragen, wenn die Tätigkeit endgültig eingestellt wird und sämtliche zum Teilbetrieb gehörenden wesentlichen Betriebsgrundlagen auf den Erwerber übergehen (BFH-Urteile vom 20.1.2005, IV R 14/03, BFHE 209, 95 = BStBl. II 2005, S. 395; BFHE 218, 316 = BStBl. II 2007, S. 772). Dabei ist grundsätzlich auf die Situation aus der Sicht des Übertragenden zum Zeitpunkt der Übertragung abzustellen (Beschluss des Großen Senats des BFH, BFHE 189, 465 = BStBl. II 2000, S. 123; BFH, Urteil vom 15.3.2007, III R 53/06, BFH/NV 2007, 1661; BFH, Beschluss vom 15.10.2008, X B 170/07, BFH/NV 2009, 167; Senatsurteil in BFHE 229, 179 = BStBl. II 2011, S. 467). Ein Teilbetrieb setzt danach einen Hauptbetrieb (Gesamtbetrieb) voraus, der ohne den Teilbetrieb als Betrieb weiterexistiert (vgl. Senatsurteil vom 12.4.1989, I R 105/85, BFHE 157, 93 = BStBl. II 1989, S. 653).

38 b) Die Grundstücksverwaltung im Rahmen eines Gewerbebetriebs ist zwar Teilbetrieb, wenn sie auch außerhalb des Gewerbebetriebs gewerblichen Charakter hätte und sich als gesonderter Verwaltungskomplex aus dem Gesamtbetrieb des Besitzunternehmens heraushebt (Senatsurteil vom 13.10.1972, I R 213/69, BFHE 107, 418 = BStBl. II 1973, S. 209; BFH-Urteil, BFHE 209, 95 = BStBl. II 2005, S. 395). Im Fall der Betriebsaufspaltung reicht es insoweit aus, dass die Verpachtungstätigkeit infolge der für die Betriebsaufspaltung geltenden Grundsätze als gewerblich qualifiziert wird (BFH-Urteil, BFHE 209, 95 = BStBl. II 2005, S. 395). Im Streitfall würde hingegen nach der Übertragung eines etwaigen Teilbetriebs „Maschinenvermietung“ kein Hauptbetrieb weiterexistieren, weil die verbleibende „Grundstücksvermietung“ nicht (mehr) als gewerbliche Tätigkeit qualifiziert werden könnte. Da ein einzelnes zurückgehaltenes Grundstück keinen Teilbetrieb „Grundstücksverwaltung“ begründet (vgl. BFH, Urteil vom 21.5.1992, X R 77-78/90, BFH/NV 1992, 659), kann im Übrigen die Vermietung der Maschinen kein zweiter Teilbetrieb innerhalb des Gesamtbetriebs sein.

39 8. Lagen mithin im Streitfall die Tatbestandsvoraussetzungen des § 20 Abs. 1 UmwStG 2002 nicht vor, so ist die Einbringung des Besitz Einzelunternehmens in die GmbH gegen Gesellschaftsanteile an der übernehmenden Gesellschaft nach § 16 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 i. V. m. Abs. 3 EStG steuerbar.

40 a) Danach gehören zu den Einkünften aus Gewerbebetrieb auch Gewinne, die bei der Veräußerung (§ 16 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG) oder der Aufgabe des Gewerbebetriebs (§ 16 Abs. 3 Satz 1 EStG) erzielt werden. Veräußerungsgewinn ist nach § 16 Abs. 2 EStG der Betrag, um den der Veräußerungspreis nach Abzug der Veräußerungskosten den Wert des Betriebsvermögens übersteigt. Nach § 16 Abs. 3 Satz 6 und 7 EStG sind dabei die Veräußerungspreise anzusetzen, wenn die einzelnen dem Betrieb gewidmeten Wirtschaftsgüter im Rahmen der Aufgabe des Betriebs veräußert werden, während ansonsten der gemeine Wert im Zeitpunkt der Aufgabe anzusetzen ist.

41 b) Bei der Einbringung von Betriebsvermögen (hier: des Besitzeinzelunternehmens des Klägers) in eine Kapitalgesellschaft gegen Gesellschaftsanteile an der übernehmenden Gesellschaft handelt es sich zwar um einen tauschähnlichen und damit entgeltlichen (Veräußerungs-)Vorgang (vgl. Senatsurteil vom 5.6.2002, I R 6/01, BFH/NV 2003, 88). Da der Kläger jedoch seinen Anteil am Grundstück Z-Straße zurückbehalten und damit – wie erläutert – nicht alle wesentlichen Betriebsgrundlagen der GmbH übertragen hat, ist der Gesamtvorgang als Betriebsaufgabe (§ 16 Abs. 3 Satz 1 EStG) zu werten.

42 c) Zum Aufgabegewinn gehören gemäß § 16 Abs. 3 Satz 7 EStG auch die stillen Reserven der Wirtschaftsgüter, die im Zuge der Einbringung in das Privatvermögen des Klägers überführt worden sind (Grundstücksanteil Z-Straße; Beteiligung an GmbH). Einwendungen gegen die Ermittlung der Höhe des Aufgabegewinns haben die Kläger nicht erhoben. Rechtsfehler sind für den Senat auch insoweit nicht erkennbar.

(...)

23. Aufgabe eines landwirtschaftlichen Betriebs durch Übertragung sämtlicher landwirtschaftlicher Nutzflächen in Abgrenzung zur Übertragung von Teilbetrieben

BFH, Urteil vom 16.11.2017, VI R 63/15 (Vorinstanz: FG Münster, Urteil vom 24.4.2015, 14 K 4172/12 E)

EStG § 4a Abs. 2 Nr. 1 Satz 2, § 6 Abs. 3 Satz 1, §§ 13, 14 Satz 2, § 16 Abs. 3

LEITSÄTZE:

- 1. Ein landwirtschaftlicher Betrieb wird mit der Übertragung sämtlicher landwirtschaftlicher Nutzflächen an Dritte aufgegeben (Anschluss an BFH, Urteil vom 16.12.2009, IV R 7/07, BFHE 228, 59 = BStBl. II 2010, S. 431).**
- 2. Landwirtschaftliche Nutzflächen von mehr als 3.000 qm stellen nicht allein im Hinblick auf ihre Größe landwirtschaftliche Teilbetriebe dar.**

SACHVERHALT:

1 Die Klägerin war Eigentümerin eines ruhenden (verpachteten) land- und forstwirtschaftlichen Betriebs in X mit einer Größe von ca. 20,7 ha. Den Gewinn ermittelte sie durch Einnahmen-Überschuss-Rechnung gemäß § 4 Abs. 3 EStG für das landwirtschaftliche Normalwirtschaftsjahr (§ 4a Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 EStG).

2 Mit notariell beurkundetem Vertrag vom 30.1.2007 übertrug die Klägerin im Wege der vorweggenommenen Erbfolge sechs Flurstücke mit einer Größe von insgesamt 10,4092 ha auf ihre Tochter T, drei Flurstücke mit einer Größe von insgesamt 3,5093 ha einschließlich Gebäude auf ihren Enkelsohn

ES und drei Flurstücke mit einer Größe von insgesamt 6,8131 ha auf ihre Enkeltochter ET. Als Besitzübergang war der 31.12.2006 vereinbart.

3 In ihrer Einkommensteuererklärung für das Streitjahr (2007) gab die Klägerin keine Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft an. Der Beklagte (das FA) setzte die Einkommensteuer erklärungsgemäß unter dem Vorbehalt der Nachprüfung fest.

4 Im Rahmen einer bei der Klägerin unter anderem für das Streitjahr durchgeführten Außenprüfung vertrat der Prüfer die Auffassung, die Klägerin habe mit dem Vertrag vom 30.1.2007 alle wesentlichen Betriebsgrundlagen ihres landwirtschaftlichen Betriebs unentgeltlich übertragen. Die Übertragung auf drei verschiedene Erwerber habe zu einer Betriebsaufgabe (Zerschlagung des Betriebs) geführt.

5 Das FA erließ daraufhin einen geänderten Einkommensteuerbescheid für das Streitjahr, mit dem es einen Aufgabegewinn i. H. v. (...) € der Besteuerung unterwarf.

6 Das FG gab der nach erfolglosem Vorverfahren erhobenen Klage mit den in EFG 2015, 1256 veröffentlichten Gründen statt. Das FA habe zu Unrecht angenommen, dass die Klägerin durch die unentgeltlichen Grundstücksübertragungen ihren landwirtschaftlichen Betrieb zerschlagen habe und § 6 Abs. 3 EStG nicht anwendbar sei. Ruhe – wie im Streitfall – die landwirtschaftliche Tätigkeit, seien landwirtschaftliche Flächen von mehr als 3.000 qm als selbstständige Teilbetriebe anzusehen. Die Klägerin habe daher drei Teilbetriebe unentgeltlich übertragen, die die Übernehmer als ruhende landwirtschaftliche Betriebe fortgeführt hätten. Folglich seien die Buchwerte gemäß § 6 Abs. 3 EStG fortzuführen.

7 Mit der Revision rügt das FA die Verletzung materiellen Rechts.

(...)

AUS DEN GRÜNDEN:

10 Die Revision des FA ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der Vorentscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das FG zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 FGO). Das FG hat eine Betriebsaufgabe rechtsfehlerhaft verneint. Die Sache ist aber nicht entscheidungsreif. Denn das FG hat – von seinem Standpunkt aus zu Recht – die Höhe des vom FA angesetzten Aufgabegewinns nicht geprüft. Dies wird das FG im zweiten Rechtsgang nachzuholen haben.

11 1. Die Klägerin hat ihren ruhenden landwirtschaftlichen Betrieb mit der Übertragung sämtlicher landwirtschaftlicher Nutzflächen auf ihre Tochter T und ihre Enkelkinder ES und ET aufgegeben.

12 a) Eine Betriebsaufgabe i. S. v. § 16 Abs. 3 EStG liegt vor, wenn der Steuerpflichtige den Entschluss gefasst hat, seine betriebliche Tätigkeit einzustellen und seinen Betrieb als selbstständigen Organismus des Wirtschaftslebens aufzulösen, und wenn er in Ausführung dieses Entschlusses alle wesentlichen Grundlagen des Betriebs in einem einheitlichen Vorgang innerhalb kurzer Zeit an verschiedene Abnehmer veräußert oder in das Privatvermögen überführt (BFH, Urteile vom

19.5.2005, IV R 17/02, BFHE 209, 384 = BStBl. II 2005, S. 637, und vom 30.8.2007, IV R 5/06, BFHE 218, 569 = BStBl. II 2008, S. 113). Diese Definition gilt nach § 14 Satz 2 EStG auch für die Aufgabe eines land- und forstwirtschaftlichen Betriebs (BFH, BFHE 209, 384 = BStBl. II 2005, S. 637 und Urteil vom 16.12.2009, IV R 7/07, BFHE 228, 59 = BStBl. II 2010, S. 431).

13 Ein landwirtschaftlicher (Eigentums-)Betrieb wird mit der Übertragung sämtlicher landwirtschaftlicher Nutzflächen an Dritte aufgegeben (BFH, BFHE 228, 59 = BStBl. II 2010, S. 431). Denn der Grund und Boden ist für dessen Betriebsfortführung unerlässlich. Eine Betriebsaufgabe liegt daher insbesondere dann vor, wenn im Wege vorweggenommener Erbfolge die Betriebsgrundstücke auf mehrere nicht mitunternehmenshaftlich verbundene Einzelrechtsnachfolger übertragen werden oder nach dem Tod des Betriebsinhabers auf die Erben aufgeteilt werden (BFH, Urteile vom 26.9.2013, IV R 16/10, BFH/NV 2014, 324 und vom 14.7.2016, IV R 19/13, BFH/NV 2016, 1702; ebenso FG Bremen, Urteil vom 23.8.2004, 2 K 328/03 (1), juris; a. A. FG Niedersachsen, Urteil vom 2.7.2013, 15 K 265/11, EFG 2013, 1747; *Felsmann*, Einkommensbesteuerung der Land- und Forstwirte, D Rdnr. 61 f.).

14 b) Nach diesen Maßstäben hat die Klägerin ihren ruhenden landwirtschaftlichen Betrieb durch die Übertragung aller zum Betriebsvermögen gehörender Grundstücke auf T, ES und ET aufgegeben. Mit diesen Übertragungen im Wege der vorweggenommenen Erbfolge wurde der landwirtschaftliche Betrieb der Klägerin seiner Existenzgrundlage vollständig entzogen und als selbstständiger Organismus des Wirtschaftslebens aufgelöst (BFH, BFHE 228, 59 = BStBl. II 2010, S. 431; BFH, BFH/NV 2014, 324; BFH, BFH/NV 2016, 1702).

15 2. T, ES und ET wurden mit den Grundstücksübertragungen – entgegen der Ansicht der Vorinstanz – auch keine Betriebe oder Teilbetriebe übertragen, die sie gemäß § 6 Abs. 3 Satz 1 EStG zu Buchwerten hätten fortführen können. Die Klägerin unterhielt nur einen ruhenden Betrieb, der nicht aus mehreren Teilbetrieben bestand.

16 a) Besteht der Betrieb in der Hand des Übertragenden nicht aus mehreren (Teil-)Betrieben, existiert nur eine übertragbare Sachgesamtheit. Es ist danach ausgeschlossen, dass den Übernehmenden jeweils (Teil-)Betriebe übertragen wurden (siehe BFH, BFH/NV 2016, 1702).

17 b) Ein Teilbetrieb ist ein mit einer gewissen Selbstständigkeit ausgestatteter, organisch geschlossener Teil des Gesamtbetriebs, der für sich allein lebensfähig ist (BFH, Urteil vom 9.11.2000, IV R 60/99, BFHE 193, 433 = BStBl. II 2001, S. 101 m. w. N.). Lebensfähig ist ein Betriebsteil dann, wenn er seiner Struktur nach die Grundlage für eine eigenständige betriebliche Tätigkeit des Steuerpflichtigen bietet. Diese Eigenständigkeit muss – sieht man vom sog. Aufbaubetrieb ab – tatsächlich gegeben sein (BFH, Urteil vom 26.10.1989, IV R 25/88, BFHE 159, 37 = BStBl. II 1990, S. 373). Dazu muss der Betriebsteil eine Untereinheit im Sinne eines selbstständigen Zweigbetriebs im Rahmen des Gesamtunternehmens bilden, die zudem als eigenes Unternehmen bestehen könnte (BFH, Urteil vom 9.11.1995, IV R 96/93, BFH/NV 1996, 316

m. w. N.). Die bei gewerblichen Betrieben gültigen Indizien für die erforderliche Selbstständigkeit – örtliche Trennung, Verwendung jeweils anderer Betriebsmittel, insbesondere anderes Anlagevermögen, selbstständige Preisgestaltung, eigener Kundenstamm, eigenes Personal sowie eine gesonderte Buchführung (siehe BFH, Urteil vom 18.6.1998, IV R 56/97, BFHE 186, 356 = BStBl. II 1998, S. 735) – sind für Betriebe der Land- und Forstwirtschaft nur bedingt aussagekräftig (BFH, Urteil vom 29.3.2001, IV R 62/99, BFH/NV 2001, 1248). Die eigene Hofstelle, das eigene Personal und besonderes Anlagevermögen sind für die geforderte Selbstständigkeit in aller Regel weit gewichtiger als zum Beispiel die eigene Buchführung, die eigene Gewinnermittlung oder eigene Abnehmer (BFH, BFHE 159, 37 = BStBl. II 1990, S. 373), wenn diese auch ein gewichtiges Indiz für einen Teilbetrieb sein können. Entscheidend ist in jedem Fall das Gesamtbild der Verhältnisse. Die vorzunehmende Gesamtwürdigung der betrieblichen Verhältnisse obliegt dem Tatrichter. Sie ist vom Revisionsgericht nur darauf zu überprüfen, ob sie alle bedeutsamen Umstände unter Einbeziehung des Erfahrungswissens erfasst hat und ohne Verstoß gegen die Denkgesetze zustande gekommen ist (BFH, BFH/NV 2001, 1248 m. w. N.).

18 3. Nach diesen Grundsätzen bildeten die auf T, ES und ET übertragenen Grundstücke – entgegen der Rechtsansicht des FG – insbesondere nicht deshalb Teilbetriebe, weil ihre Größe jeweils 3.000 qm überstieg und sie für einen selbstständig existenzfähigen Betrieb ausreichende Betriebsflächen aufwiesen.

19 Zwar liegt ein landwirtschaftlicher Betrieb in der Regel nicht vor, wenn die bewirtschafteten Grundstücksflächen insgesamt nicht größer als 3.000 qm sind, sofern es sich nicht um Intensivnutzungen für Sonderkulturen handelt, zum Beispiel für Gemüse-, Blumen- und Zierpflanzenanbau, Baumschulen oder Weinbau (BFH, Urteile vom 5.5.2011, IV R 48/08, BFHE 234, 11 = BStBl. II 2011, S. 792; BFH, vom 9.12.1986, VIII R 26/80, BFHE 148, 524 = BStBl. II 1987, S. 342; vom 1.2.1990, IV R 8/89, BFHE 159, 471 = BStBl. II 1990, S. 428; vom 12.11.1992, IV R 41/91, BFHE 170, 311 = BStBl. II 1993, S. 430; vom 21.12.2016, IV R 45/13, BFH/NV 2017, 459). Daraus kann aber nicht geschlossen werden, dass landwirtschaftliche Nutzflächen von mehr als 3.000 qm allein im Hinblick auf ihre Größe jeweils Teilbetriebe darstellen.

20 Denn ein einzelnes Wirtschaftsgut, insbesondere ein landwirtschaftliches Grundstück, mag es auch wertvoll sein und mit zu den funktional wesentlichen Grundlagen eines Betriebs gehören, bildet grundsätzlich keinen Teilbetrieb (BFH, Urteil vom 9.12.1960, IV 67/58 U, BFHE 72, 331 = BStBl. III 1961, S. 124; *Felsmann*, Einkommensbesteuerung der Land- und Forstwirte, D Rdnr. 74b, 77; a. A. *Wackerbeck*, DStR 2017, 1691). Dies gilt insbesondere dann, wenn das Grundstück im Rahmen eines bereits bestehenden land- und forstwirtschaftlichen Betriebs bewirtschaftet wird (BFH, BFH/NV 2001, 1248). Ein solches Grundstück stellt regelmäßig keine Unterinheit im Sinne eines selbstständigen Zweigbetriebs im Rahmen eines Gesamtunternehmens dar (siehe BFH, BFH/NV 1996, 316). Es handelt sich jedenfalls dann nicht um einen selbstständigen Betriebsteil, wenn es nicht im Rahmen eines klar und eindeutig abgrenzbaren Tätigkeitsbereichs bewirt-

schaftet, sondern ebenso wie der übrige Grundbesitz des land- und forstwirtschaftlichen Betriebs verpachtet wird.

21 4. Im vorliegenden Fall ist die tatrichterliche Würdigung des FG, dass die auf T, ES und ET übertragenen Grundstücke in der Hand der Klägerin Teilbetriebe gebildet hätten, auf der Grundlage der tatsächlichen, den Senat bindenden Feststellungen der Vorinstanz (§ 118 Abs. 2 FGO) somit revisionsrechtlich zu beanstanden, da sie rechtsfehlerhaft ist. Das FG hat das Vorliegen von Teilbetrieben bei der Klägerin allein darauf gestützt, dass die auf T, ES und ET übertragenen Grundstücke jeweils deutlich mehr als 3.000 qm groß gewesen seien. Damit hat es den Teilbetriebsbegriff nicht zutreffend ausgelegt und angewendet.

22 Der Senat kann auf der Grundlage der tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz allerdings selbst die Würdigung vornehmen, dass die auf T, ES und ET übertragenen Grundstücke bei der Klägerin keine Teilbetriebe gebildet haben. Denn das FG hat nicht festgestellt, dass die Flurstücke jeweils eine mit einer gewissen Selbstständigkeit ausgestattete Unterinheit des Betriebs der Klägerin dargestellt haben. Die Flächen wurden nicht für unterschiedliche landwirtschaftliche Betriebszweige genutzt. Sie waren jeweils verpachtet und wurden dementsprechend auch nicht mit eigenem Inventar und eigenem Personal bewirtschaftet und sozusagen als Zweigbetriebe geführt. Die Grundstücke bildeten bei der Klägerin hier nach keine selbstständigen betrieblichen Organismen. Sie dienten keiner Betätigung, die sich im Rahmen des Gesamtbetriebs von der übrigen betrieblichen Tätigkeit deutlich abhob.

23 5. Das FA hat den Gewinn aus der Aufgabe des Betriebs der Klägerin zu Recht im Streitjahr erfasst. Der Betriebsaufgabegewinn eines land- und forstwirtschaftlichen Betriebs ist nicht wie der laufende Gewinn auf die Kalenderjahre zu verteilen, in denen das Wirtschaftsjahr liegt, sondern gemäß § 4a Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 EStG einheitlich in dem Kalenderjahr zu erfassen, in dem er entstanden ist (Schmidt/*Kulosa*, EStG, 36. Aufl., § 14 Rdnr. 33). Dies ist hier das Streitjahr.

24 Auch im Rahmen einer Betriebsaufgabe bestimmt sich der Zeitpunkt der Gewinnrealisierung weder nach dem Datum des Vertragsschlusses oder dem Übergang des zivilrechtlichen Eigentums noch nach dem Tag der Kaufpreiszahlung, sondern allein nach dem Übergang des wirtschaftlichen Eigentums auf den Erwerber (Beschluss des Großen Senats des BFH vom 19.7.1993, GrS 2/92, BFHE 172, 66, 77 = BStBl. II 1993, S. 897, 902 zum Zeitpunkt der Gewinnrealisierung bei Betriebsveräußerung; BFH, BFHE 209, 384 = BStBl. II 2005, S. 637 zum Zeitpunkt der Gewinnrealisierung bei Betriebsaufgabe; Schmidt/*Wacker*, a. a. O., § 16 Rdnr. 260). Im Streitfall erfolgte der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums an den Grundstücken von der Klägerin auf T, ES und ET erst im Streitjahr 2007 mit Abschluss des notariell beurkundeten Vertrags vom 30.1.2007. Der in § 3 des Vertrags zivilrechtlich rückwirkend auf den 31.12.2006 vereinbarte Gefahrübergang führt nicht dazu, dass das wirtschaftliche Eigentum an den Grundstücken bereits vor Abschluss des notariell beurkundeten Vertrags auf die Übernehmenden überging.

(...)

24. Steuerfreiheit eines privaten Veräußerungsgeschäfts

FG München, Urteil vom 11.7.2017, 12 K 796/14

*EStG §§ 10e, 22 Nr. 2, § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1
EigZuLG § 4*

LEITSÄTZE:

1. Für die Berechnung des Zeitraums zwischen Anschaffung und Veräußerung bei § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG sind grundsätzlich die Zeitpunkte maßgebend, in denen die obligatorischen Verträge abgeschlossen wurden.
2. „Nutzung zu eigenen Wohnzwecken“ ist bei § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 EStG so zu verstehen wie in § 10e EStG und in § 4 EigZuLG.
3. Eine Nutzung zu eigenen Wohnzwecken wird auch dann angenommen, wenn der Steuerpflichtige einem Kind, für das er Anspruch auf Kindergeld oder einen Kinderfreibetrag hat, eine Eigentumswohnung unentgeltlich zur alleinigen wohnlichen Nutzung überlässt.
4. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 Alt. 2 EStG setzt voraus, dass im Jahr der Veräußerung und den beiden vorangegangenen Jahren eine „ausschließliche“, im Sinne einer zusammenhängenden und ununterbrochenen Nutzung zu eigenen Wohnzwecken vorliegt, die allerdings nicht die vollen drei Kalenderjahre umfassen muss.

SONSTIGES

VERANSTALTUNGSHINWEISE

7. Symposium des Instituts für Notarrecht der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen

Aktuelle notarielle Herausforderungen in der Praxis des Gesellschaftsrechts

Mittwoch, 19. September 2018, 13:30 Uhr

Roter Saal der Historischen Sternwarte,

Geismar Landstraße 11, 37083 Göttingen

Aus dem Programm:

Der Umgang des Notars mit Stimmrechtsvollmachten (RA und Notar Dr. *Reinhard Geck*, Hannover)

Ausgewählte aktuelle Probleme der notariellen Beratung bei der GmbH (Notarassessor Dr. *Sebastian Berkefeld*, Geschäftsführer der NotRV/des INotR, Würzburg)

Grenzüberschreitender Formwechsel nach den EuGH-Entscheidungen VALE und Polbud (Prof. Dr. *Christoph Teichmann*, Würzburg)

Tagungsbeitrag: frei für Notarassessoren mit NotRV-Mitgliedschaft, Studierende und Mitarbeiter/innen der Georg-August-Universität; 40 € für Notare a. D. mit NotRV-Mitgliedschaft; 60 € für Notare a. D., Notarassessoren und Rechtsanwälte mit höchstens 3-jähriger Zulassung; 100 € für NotRV-Mitglieder; 150 € für Nichtmitglieder.

Kontakt/Anmeldung: bis zum 10. August 2018 an das Institut für Notarrecht an der Georg-August-Universität Göttingen, Platz der Göttinger Sieben 6, 37073 Göttingen, notarrecht@uni-goettingen.de, Tel. 0551/39-7399, Fax 0551/39-9252.

Zentrale Fortbildungsveranstaltung der Notarkammer Sachsen-Anhalt

Das Bauträgerrecht in der notariellen Praxis

Freitag, 19. Oktober 2018, 10:00 Uhr

Herrenkrug Parkhotel,

Herrenkrug 3, 39114 Magdeburg

Aus dem Programm:

Das Bauträgerrecht in der notariellen Praxis (Notar a. D. *Udo Monreal*, stellv. Geschäftsführer des DNotI, Würzburg)

Tagungsbeitrag: 70 €

Kontakt/Anmeldung: bis zum 10. September 2018 an notarkammer.sachsen-anhalt@notarnet.de, Fax 0931/568 97 20.

Veranstaltungen des DAI

1. **Modularer Lehrgang für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Notariat:**
Modul 4 – GNotKG und Erbrecht
(Tondorf)
10.-11.9.2018 in Stuttgart
2. **Professioneller Umgang mit Klienten**
Seminar für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Notariat
(Musold)
11.9.2018 in Bochum
3. **Notariat für Einsteiger**
(Scholten/Tondorf)
13.-15.9.2018 in Kiel
4. **Aktuelle Entwicklungen im elektronischen Rechtsverkehr**
(Büttner/Seebach)
14.9.2018 in Heusenstamm
22.10.2018 in Kiel
5. **Ausgewählte Fragen des Bauträgervertragsrechts**
(Basty)
15.9.2018 in Köln
6. **Aktuelles Kostenrecht im Notariat**
(Bachmayer)
21.9.2018 in Osnabrück
7. **Haftungsfallen im Erbrecht**
(Ivo/Müller-Engels)
21.9.2018 in Kassel
8. **Aktuelles Gesellschaftsrecht für Notare**
(Staake/Szalai)
21.9.2018 in Bochum
9. **37. Vorbereitungslehrgang auf die notarielle Fachprüfung**
(Bosch/Leidner/Monreal/Schlögel/Sikora/Weber/Wengenmayer)
24.-29.9.2018 in Bochum
10. **Vertragsvorbereitung, -gestaltung und Abwicklung von Grundstücks-, Wohnungseigentums- und Erbbaurechtskaufverträgen**
Seminar für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Notariat
(Tondorf)
24.9.2018 in Heusenstamm
22.10.2018 in Bochum
11. **Neuere Entwicklungen in der erbrechtlichen Gestaltungspraxis**
(Keim)
29.9.2018 in Mainz
12. **16. Jahresarbeitstagung des Notariats**
(u.a. Frenz/Basty/Born/Bosch/Brockmöller/Bülte/Drescher/Galke/Heckschen/Herrmann/Holthausen-Dux/Keim/Kessler/Loose/Schmidt-Räntsch/Sommer/Stresemann/Wälzholz/Weber)
4.-6.10.2018 in Berlin
13. **Update Grundstückskaufvertrag**
(Sikora)
12.10.2018 in Heusenstamm
13.10.2018 in Berlin
14. **Aktuelle Fragen des Erbbaurechts in der notariellen Praxis**
(Schreinert)
12.10.2018 in Bochum
26.10.2018 in Kassel
15. **Update WEG**
(Elzer/Hügel)
15.10.2018 in Berlin
16. **Die Notarprüfung**
(Blaeschke)
26.10.2018 in Heusenstamm
17. **38. Vorbereitungslehrgang auf die notarielle Fachprüfung**
(Bosch/Monreal/Schlögel/Weber/Wengenmayer)
29.10.-3.11.2018 in Kiel
18. **Praxis der Handelsregisteranmeldung nebst Kostenrecht**
(Schmidt/Tondorf)
29.10.2018 in Heusenstamm
19. **Fachbezogenes Englisch für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Notariat**
(O'Connolly)
30.10.2018 in Köln

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. Adams: Mittelbare Beteiligung an einer Publikumspersonengesellschaft über einen Treuhänder. Lang, 2018. 180 S., 44,95 €
2. Baring: Die Rechtswirksamkeit von Koppelungsklauseln in Geschäftsführeranstellungs- und Vorstandsverträgen. Kovac, 2018. 94 S., 64,80 €
3. Bayerischer Notarverein e. V.: Kostentabelle für Notare. 33. Aufl., Nomos, 2018. 154 S., 29 €
4. Beck: Die Familienstiftung. Kovac, 2018. 226 S., 88,90 €
5. Böhm/Burmeister: Münchener Vertragshandbuch. Band 1: Gesellschaftsrecht. 8. Aufl., Beck, 2018. 2.232 S., 199 €
6. Brüggemann/Stirnberg: Erbschaftsteuer/Schenkungsteuer. 10. Aufl., Fleischer, 2018. 1.000 S., 67 €
7. Bunjes: Umsatzsteuergesetz. 17. Aufl., Beck, 2018. 1.516 S., 105 €
8. Demharter: Grundbuchordnung. 31. Aufl., Beck, 2018. 1.308 S., 79 €
9. Elsing: Vereinsrecht in der notariellen Praxis. 4. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2018. 176 S., 39 €
10. Elzer/Fritsch/Meier: Wohnungseigentumsrecht. 3. Aufl., Nomos, 2018. 960 S., 139 €
11. Erb/Regierer/Vosseler: Bewertung bei Erbschaft und Schenkung. Beck, 2018. 651 S., 109 €
12. Ganter/Hertel/Wöstmann: Handbuch der Notarhaftung. 4. Aufl., Heymanns, 2018. 936 S., 129 €
13. Gockel: NotarFormulare Sonderfälle Testamentsgestaltung. 2. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2018. 232 S., 74 €
14. Griesel: Aktuelle Probleme der Pflichtteilsergänzung. Nomos, 2018. 297 S., 78 €
15. Grziwotz/Heinemann: Beurkundungsgesetz. 3. Aufl., Heymanns, 2018. 864 S., 109 €
16. Haase/Dorn: Vermögensverwaltende Personengesellschaften. 3. Aufl., Beck, 2018. 369 S., 139 €
17. Halaczinsky: Die Erbschaft- und Schenkungsteuererklärung. 4. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2018. 680 S., 69 €
18. Henckel/Jaeger/Gerhardt: Insolvenzordnung. Band 5/2: §§ 156-173. De Gruyter, 2018. 798 S., 189,95 €
19. Hirte/Mülbert/Roth: Großkommentar Aktiengesetz. Band 6: § 117; MitbestR; Nachtrag § 76 Abs. 4. 5. Aufl., De Gruyter, 2018. 693 S., 269 €
20. Herzog: Geldwäschegesetz. 3. Aufl., Beck, 2018. 986 S., 169 €
21. Hieke: Die Unternehmensnachfolge unter Rückforderungsvorbehalt. Springer, 2018. 395 S., 64,99 €
22. Joachim: Erbenhaftung. 4. Aufl., Schmidt, 2018. 556 S., 84 €
23. Jördening: Die Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung. Nomos, 2018. 331 S., 89 €
24. Jurgeleit: Betreuungsrecht. 4. Aufl., Nomos, 2018. 1.336 S., 98 €
25. Kästle/Oberbracht: Unternehmenskauf – Share Purchase Agreement. 3. Aufl., Beck, 2017. 304 S., 59 €
26. Klamaris: Die Bestätigung anfechtbarer Hauptversammlungsbeschlüsse. Nomos, 2018. 566 S., 119 €
27. Kling: Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers der Zielgesellschaft beim Unternehmenskauf. Duncker & Humblot, 2018. 287 S., 89,90 €
28. Kober: Geltungsgrund und Geltungsgrenzen gesellschaftsrechtlicher Geschäftsordnungen. Nomos, 2018. 419 S., 84 €
29. Kretz/Albrecht/Wittkämper: Betreuungsrecht. 4. Aufl., Beck, 2018. 480 S., 65 €
30. Lange: Die Ausübung der Grunddienstbarkeit nach der Teilung des herrschenden Grundstücks. Lang, 2018. 229 S., 54,95 €
31. Lüdicke/Sistermann: Unternehmensteuerrecht. 2. Aufl., Beck, 2018. 1.073 S., 149 €
32. Preißer/Rödl/Seltenreich: Erbschaft- und Schenkungsteuer. 3. Aufl., Schäffer-Poeschel, 2018. 1.547 S., 149,95 €
33. Priester/Mayer/Wicke: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts. Band 3: Gesellschaft mit beschränkter Haftung. 5. Aufl., Beck, 2018. 2.051 S., 189 €
34. Redeker: Verbraucherschutz im Beurkundungsverfahren – Der § 17 Abs. 2a Satz 2 BeurkG. Deutscher Notarverlag, 2017. 150 S., 49 €
35. Riedel: Immobilien in der Erbrechtspraxis. Deutscher Notarverlag, 2018. 624 S., 79 €
36. Sauerwald: Der Versammlungsleiter im Aktienrecht. Nomos, 2018. 463 S., 119 €
37. Sikorski: Immobilien im Umsatzsteuerrecht. 2. Aufl., NWB, 2018. 366 S., 59,90 €
38. Staudinger: Kommentar zum BGB. Eckpfeiler des Zivilrechts. 6. Aufl., De Gruyter, 2018. 1.602 S., 99,95 €
39. Staudinger: Kommentar zum BGB. EU-Verordnung und Übereinkommen zum Schutz von Kindern (Brüssel IIa-VO, KSÜ, HKÜ, ESÜ, IntFamRVG, UmgangsÜ). 16. Aufl., De Gruyter, 2018. 738 S., 229 €
40. Staudinger: Kommentar zum BGB. Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse. Vorbem zu §§ 581 ff.; §§ 581-606. 18. Aufl., De Gruyter, 2018. 744 S., 349 €

41. Staudinger: Kommentar zum BGB. Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse. §§ 826-829; ProdHaftG. 18. Aufl., De Gruyter, 2018. 668 S., 249 €
42. Staudinger: Kommentar zum BGB. Buch 4: Einleitung zum Familienrecht. §§ 1297-1352; Anhang zu §§ 1297 ff. (Eheschließung, Faktische Lebensgemeinschaft). 18. Aufl., De Gruyter, 2018. 509 S., 239 €
43. Ullmann: Die Stellung behinderter Menschen im Erbrecht. De Gruyter, 2018. 236 S., 54,95 €
44. Weise/Forst: Beck'sches Formularbuch Immobilienrecht. 3. Aufl., Beck, 2018. 990 S., 149 €
45. Wolicki: Der Verwaltungsbeirat im WEG. 3. Aufl., Haufe-Lexware, 2018. 214 S., 34,95 €
46. Wudy/Drummen: Gebührentabelle für Notare. 10. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2018. 170 S., 28 €

STANDESNACHRICHTEN

PERSONALÄNDERUNGEN

Verstorben:

Notar a. D. Klaus Reeh, München,
verstorben am 8.7.2018

Notar a. D. Wolfgang Zahnbrecher, Traunstein,
verstorben am 9.7.2018

Vorübergehende Anschriftenänderung:

Notarkasse A. d. ö. R.
Landesnotarkammer Bayern
Bayerischer Notarverein e. V.
Denninger Straße 169, 81925 München

Abonnement

MittBayNot

Die **MittBayNot** erscheint jährlich mit sechs Heften und kann nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Telefon: (089) 551660, Telefax: (089) 55166234, E-Mail: info@mittbaynot.de, bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 53,00 € (zzgl. Versandkosten und zzgl. USt.) und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt. Einzelheft 13,00 € (inkl. Versandkosten, zzgl. USt.).

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, Telefax: (089) 555551, Internet: www.universalmedien.de/notarkammer.



Notare Bayern

www.notare.bayern.de