



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

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

Schriftleitung: Notarassessoren Boris Pulyer,
Stefanie Tafelmeier
Herausgeber: Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10,
80333 München

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

AUFSÄTZE

Das GNotKG in der notariellen Praxis – Teil I

Von Notar Dr. *Markus Sikora*, München

Zum 1.8.2013 hat das Gerichts- und Notarkostengesetz (GNotKG)¹ die Kostenordnung (KostO) abgelöst, die nahezu unverändert seit 1935² die Gebühren und Auslagen im Bereich der Freiwilligen Gerichtsbarkeit regelte. Auch künftig folgen die Kosten von Notaren und Gerichten damit denselben Strukturprinzipien, wengleich auch für bestimmte Bereiche gerichtlicher Tätigkeit eine eigene Gebührentabelle gilt³ und das Gesetz in seinem Aufbau der weitgehend alleinigen Beurkundungszuständigkeit der Notare Rechnung trägt.⁴ Für die notarielle Praxis bringt das Gesetz nicht nur eine moderate Erhöhung der Gebühren mit sich,⁵ sondern vor allem zahlreiche systematische Neuerungen, zu denen insbesondere die Trennung der Vorschriften in einen Paragraphenteil und ein Kostenverzeichnis zählt.⁶ Rechtsanwender und Kostenschuldner sollen ein verständliches, modernes und transparentes Normengefüge vorfinden.⁷

Dieser Beitrag gibt zunächst in einem allgemeinen Teil (A.) wesentliche Strukturprinzipien des neuen Gesetzes wieder, bevor sich in einem besonderem Teil (B.) Bewertungsangaben zu wichtigen notariellen Vorgängen finden. Anschließend (C.) werden Änderungen der Gerichtskosten dargestellt, soweit sie für den Notar von Bedeutung sind.

A. Allgemeiner Teil

I. Anwendungsbereich

Das GNotKG bestimmt alle Kosten, die Notare für ihre Amtstätigkeit zu erheben haben, sofern sich nicht Spezialregelungen

¹ BGBl 2013 I, S. 2586; vgl. hierzu bereits *Diehn/Sikora/Tiedtke*, Das neue Notarkostenrecht, München 2013; *Sikora/Tiedtke*, NJW 2013, 2310; *Tiedtke*, ZNotP 2013, 202; *H. Schmidt*, JurBüro 2013, 342; *Diehn*, DNotZ 2013, 406; *Wudy*, NotBZ 2013, 201.

² Die Reichskostenordnung von 1935 (RGBl 1935 I, S. 1371, 1377) wurde von der Kostenordnung 1957 weitgehend inhaltsgleich übernommen (BGBl 1957 I, S. 861, 874).

³ Siehe A. III. 2.

⁴ Bisher erklärte lediglich § 141 KostO die Gerichtsvorschriften auf Notare für anwendbar.

⁵ Eine Anpassung der Notargebühren an die wirtschaftliche Entwicklung erfolgte zuletzt zum 1.1.1987 (BGBl 1986 I, S. 2326). Die Gebührentabelle wurde im unteren Bereich bis 200.000 € um 30 % erhöht, darüber hinaus spürbar geringer; ab 40 Mio. € wurden die Gebühren sogar leicht abgesenkt, vgl. BR-Drucks. 517/12, S. 200 (nachfolgend RegE).

⁶ Diese Trennung wurde mit dem 1. KostRMoG vom 5.5.2004 (BGBl 2004 I, S. 718) begonnen.

⁷ RegE, S. 195.

gen in Bundes- (§ 1 Abs. 1 GNotKG) oder in Landesgesetzen (§ 1 Abs. 5 Nr. 1 GNotKG) finden. Auch Art. 13 Abs. 1 Satz 1 BaySchlG bleibt vorrangig.⁸

Übergangsweise kommt nach § 136 Abs. 1 Nr. 4 GNotKG⁹ für alle notariellen Geschäfte und Verfahren noch die KostO zur Anwendung, wenn der Auftrag zur Amtshandlung vor dem 1.8.2013 erteilt wurde. Amtshandlung in diesem Sinne sind jedenfalls das Beurkundungs- und Beglaubigungsverfahren sowie Entwürfe und Beratungen. Gleiches gilt für den Vollzug und die Betreuung, wenn für die Beurkundung des zugrundeliegenden Geschäfts die KostO maßgeblich ist, § 136 Abs. 3 GNotKG. Es muss sich aber um einen konkreten Auftrag handeln, der über eine bloße Terminvereinbarung oder eine Besprechung hinausgeht. Das beabsichtigte Rechtsgeschäft muss hinreichend umschrieben werden und mit konkreten Angaben versehen sein. Nicht ausreichend ist etwa der vor dem 1.8.2013 mitgeteilte Wunsch, „alle Kaufverträge künftig in diesem Amt zu beurkunden“ oder „mit Unterschriftsbeglaubigungen im August zu kommen“. Bei Testamenten, Ehe- und Erbverträgen dürfte es ausreichen, wenn deren nota-

⁸ Vgl. § 132 GNotKG i. V. m. Art. 1 Abs. 2 und Art. 2 EGBGB; hierzu auch *Wudy*, NotBZ 2013, 204.

⁹ Siehe *Seifert*, NotBZ, 2013, 293.

rielle Errichtung vor dem 1.8.2013 beantragt wurde. In jedem Fall genügt es, wenn der Antrag beim Amtsvorgänger, Sozius, Notariatsverwalter oder Vertreter gestellt wurde, weil das GNotKG insoweit von demselben Notar ausgeht (Vorbem. 2 Abs. 1 KV).

Das GNotKG wurde bereits mit dem Inkrafttreten zweimal geändert. Durch Art. 41 des 2. KostRMOG¹⁰ wurde § 7a eingefügt, wonach ab 1.1.2014 jede notarielle Kostenberechnung mit einer Rechtsbehelfsbelehrung versehen sein muss (siehe hierzu A. XI.). Zudem hat Art. 44 des 2. KostRMOG¹¹ die sonstigen notariellen Verfahren und Geschäfte ab 1.9.2013 erweitert (hierzu A. IV. 3 und A. VII.).

II. Systematische Neuerungen

1. Aufbau des Gesetzes

Mit seiner Trennung in einen Paragraphenteil und ein Kostenverzeichnis (KV) orientiert sich das GNotKG am GKG und RVG. Der Paragraphenteil enthält allgemeine Vorschriften, insbesondere zu den Geschäftswerten. Wegen der nahezu alleinigen Beurkundungszuständigkeit der Notare werden die Notarkosten nicht mehr nur durch einen Verweis wie in § 141 KostO, sondern eigenständig geregelt. Der Kern der Vorschriften findet sich in Kapitel 3 (§§ 85 ff. GNotKG), insbesondere zu Fragen der Kostenerhebung, Wertvorschriften und dem gerichtlichen Verfahren in Notarkostensachen. Im Übrigen behandelt Kapitel 2 ausschließlich Gerichtskosten, während die Kapitel 1 und 4 Bestimmungen für Notare und Gerichte gleichermaßen enthalten und damit die enge Verzahnung notarieller und gerichtlicher Tätigkeit im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit – zum Beispiel durch zahlreiche gemeinsame Wertvorschriften (§§ 35-54 GNotKG) – zeigen.

Neu für die notarielle Praxis ist insbesondere der Umgang mit einem Kostenverzeichnis. Dieses enthält alle Gebühren (Teil 2) und Auslagen (Teil 3, Hauptabschnitt 2), die Notare zu erheben haben. Neben dem jeweils relevanten Gebührensatz (systematisch nunmehr zum Beispiel 2,0 statt 20/10) enthält es auch Informationen zu spezifischen Mindest- (z. B. 120 € nach Nr. 21100 KV), Höchst- (z. B. Nr. 22114 KV – 0,3, höchstens 250 €) oder Festgebühren (etwa Nr. 25101 KV). In Vorbemerkungen und Anmerkungen werden zudem textliche Hinweise zur Anwendbarkeit oder Nichtanwendbarkeit eines Gebührentatbestands gegeben. So enthält etwa die Vorbem. 2.2.1.1 Abs. 1 einen abschließenden Katalog an Vollzugstätigkeiten. Gegenüber der KostO wurden die Gebührentatbestände gestrafft. So gibt es mit Nr. 21100 KV nur noch einen Tatbestand für eine 2,0-Gebühr für Verträge, Beschlüsse und Erbverträge.¹² Auch die Privilegierungen des früheren § 38 Abs. 2 KostO wurden mit Nr. 21201 KV nur teilweise fortgeführt. So fällt für die Vertragsaufhebung künftig nach Nr. 21102 KV eine 1,0-Gebühr in Höhe von mindestens 60 € an. Da Nr. 21201 KV Vollmachten nicht privilegiert, bleibt es bei einer 1,0-Gebühr nach Nr. 21200 KV, allerdings nunmehr aus dem halben Wert (§ 98 Abs. 1 GNotKG).

¹⁰ BGBl 2013 I, S. 2708.

¹¹ BGBl 2013 I, S. 2709.

¹² Vgl. früher § 36 Abs. 2, §§ 46, 47 KostO; teilweise erschließt sich erst aus der Überschrift zu einem Gebührentatbestand, für was er gilt. So spricht etwa Nr. 21100 KV nur von „Beurkundungsverfahren“, während der Überschrift zu Abschn. 1. entnommen werden kann, dass die Nr. für „Verträge, bestimmte Erklärungen sowie Beschlüsse von Organen einer Vereinigung oder Stiftung“ gilt.

2. Abschließende Regelung

Das GNotKG regelt sämtliche Gebühren (Nrn. 21100-26003 KV) und Auslagen (Nrn. 32000-32015 KV) abschließend. Anders als die KostO (§ 147 Abs. 2 KostO) verzichtet es bewusst auf einen Auffangtatbestand. Dessen bedarf es auch nicht, weil alle unter dem Regime der KostO unter § 147 Abs. 2 KostO subsumierte Sachverhalte nunmehr eine eigenständige Regelung erfahren haben. Dies gilt etwa für Betreuungstätigkeiten (Nr. 22200 KV) und Gebühren bei der Übernahme von Treuhandaufträgen (Nr. 22201 KV) ebenso wie für die Rücknahme eines Erbvertrags aus der notariellen Verwahrung (Nr. 23100 KV), Beratungen aller Art (Nr. 24200 ff. KV) sowie für die Erstellung von XML-Daten (Nrn. 22114 und 22125 KV).¹³ In Einzelfällen, wie der Zusammenstellung einer Satzung einer GmbH oder AG zur Vorbereitung der Bescheinigung nach § 54 GmbHG oder § 181 AktG, hat sich der Gesetzgeber bewusst für die Kostenfreiheit entschieden.¹⁴

3. Öffentlichrechtlicher Vertrag

Nur vermeintlich ist der neu geschaffene öffentlichrechtliche Vertrag (§ 126 GNotKG) der Ersatz des § 147 Abs. 2 KostO. Dieser enthält zwar eine Ausnahme vom Verbot der Gebührenvereinbarung (§ 125 GNotKG), ist jedoch neben den genannten Fällen (Mediation und Schlichtung) auf notarielle Tätigkeiten beschränkt, die in keinem Zusammenhang zu einem Amtsgeschäft stehen, wohl aber unter § 24 Abs. 1 BNotO fallen. Die Gegenleistung muss angemessen sein (§ 126 Abs. 1 Satz 2 GNotKG); dies kann das Gericht überprüfen und ggf. die Gebühr selbst festsetzen, § 128 Abs. 2 GNotKG.¹⁵ Unter § 126 GNotKG fällt die Führung des Aktienregisters oder die Hinterlegung anderer Sachen als Geld, Wertpapiere und Kostbarkeiten, wie zum Beispiel eines Quellcodes.¹⁶

4. Wegfall von Teilwerten; Rahmengebühren

Mit der Abschaffung von § 147 Abs. 2 KostO gehören auch mitunter streitanfällige¹⁷ Teilwerte der Vergangenheit an. Betreuungsgebühren (§ 113 Abs. 1 GNotKG) werden ebenso wie Vollzugstätigkeiten (§ 112 GNotKG) aus dem vollen Wert des Beurkundungsverfahrens berechnet. Dies führt zu einer einheitlicheren und transparenteren Kostenerhebung als bisher. Vor allem für bestimmte schuldrechtliche Verpflichtungen wurden nunmehr feste Werte kodifiziert. Nach § 50 Nr. 1 GNotKG ist für Verfügungsbeschränkungen von 10 % des Verkehrswerts auszugehen, für Nutzungsbeschränkungen nach Nr. 2 von 20 %. Bauverpflichtungen sind in Nr. 3 mit festen Werten versehen. Gleiches gilt für Rechtswahlen (30 % des Bezugswerts, § 104 GNotKG).

Das GNotKG bringt der notariellen Praxis Rahmengebühren, insbesondere für Entwürfe und Beratungen (Nrn. 24100 ff. und 24200 ff. KV). Insoweit bestimmt der Notar die Gebühr

¹³ Bisher unter § 147 Abs. 2 KostO von der h. M. in der Literatur gefasst, vgl. etwa *Sikora/Tiedtke*, MittBayNot 2006, 393; zuletzt vom BGH abgelehnt, Beschluss vom 20.2.2013, II ZB 27/12; hierzu *Tiedtke*, DNotZ 2013, 327, 332.

¹⁴ Hierzu auch *Diehn/Sikora/Tiedtke*, a. a. O., Rdnr. 568 ff.

¹⁵ Zuvor sind der Vorstand der Notarkammer oder – in ihrem Tätigkeitsbereich (§ 113 Abs. 1 S. 2 BNotO) – die Kassen anzuhören, § 128 Abs. 1 GNotKG.

¹⁶ Die Beispiele sind der Gesetzesbegründung entnommen, RegE, S. 284.

¹⁷ Vgl. hierzu bisher z. B. OLG Düsseldorf, ZNotP 2009, 407 = MittBayNot 2010, 75; OLG Hamm, ZNotP 2012, 439 = MittBayNot 2013, 80.

im Einzelfall unter Berücksichtigung des Umfangs der erbrachten Leistung nach billigem Ermessen (§ 92 Abs. 1 GNotKG). Für die vorzeitige Beendigung des Beurkundungsverfahrens (Nrn. 21300 ff. KV) sowie für Entwürfe (Nrn. 24100 ff. KV) bestimmt § 92 Abs. 2 GNotKG, dass der Notar bei vollständiger Fertigung des Entwurfs die Höchstgebühr zu erheben und damit den Rahmen vollständig auszuschnöpfen hat. Ein Entwurf ist vollständig, wenn der Notar alle ihm übermittelten Informationen bei der Entwurfserstellung verarbeitet hat, auch wenn für das Rechtsgeschäft noch wesentliche Informationen fehlen.

Beispiel 1: Ein Beteiligter bittet den Notar um die Fertigung eines Entwurfs für den Verkauf einer Teilfläche mit einem Bauvorbescheid und liefert insoweit alle Informationen, bis auf die Daten des noch nicht feststehenden Erwerbers. Der Entwurf ist dennoch vollständig gefertigt. Es fällt eine 2,0-Gebühr nach Nr. 24100 KV an.

Anders als im RVG darf die Rahmengebühr nicht zu der Annahme verleiten, in Fällen normaler Schwierigkeit bewege man sich stets in der Mitte des Rahmens. Vielmehr ist nur der Umfang der notariellen Tätigkeit, nicht aber die Bedeutung der Sache oder ihre Haftungsträchtigkeit für die Gebührenerhöhe maßgeblich.¹⁸ Die Ausübung des billigen Ermessens prüft das Gericht; auch insoweit setzt es die Gebühr ggf. fest, § 128 Abs. 1 Satz 2 GNotKG.

III. Gebühren

1. Überblick

Das GNotKG kennt Mindest- und Höchstgebühren. Hinzu kommen wenige Festgebühren. Die allgemeine Mindestgebühr von 10 € (§ 33 KostO) wurde auf 15 € (§ 34 Abs. 5 GNotKG) erhöht. Bei bestimmten Geschäften sind nunmehr spezifische Mindestgebühren normiert, so etwa neben den bereits erwähnten 120 € für Verträge, Vertragsangebote, Beschlüsse, Erbverträge und gemeinschaftliche Testamente und deren Entwürfe (Nrn. 21100, 24100 und 21302 KV) sowie ein Betrag von 60 € bei einseitigen Erklärungen (Nrn. 21200, 24101 und 21303 KV). Bestimmte Erklärungen, wie Grundbucheintragungen und Registeranmeldungen, lösen wenigstens eine Gebühr i. H. v. 30 € aus (Nrn. 21201, 24102 sowie 21204 KV). Entscheidend ist, dass es sich insoweit um spezifische Mindestgebühren handelt, so dass beispielsweise die eidesstattliche Versicherung wegen verlorener Ausweispapiere (Nr. 23300 KV) zwar eine 1,0-Gebühr auslöst, aber ohne die Mindestgebühr von 60 €. Insoweit bleibt es bei der allgemeinen Mindestgebühr von 15 € nach § 34 Abs. 5 GNotKG.

Umgekehrt kennt das GNotKG auch Höchstgebühren: So sieht etwa Nr. 22112 KV maximal 50 € je einfacher Vollzugstätigkeit (hierzu A. V. 1. a aa) vor. Die Gebühr für Unterschriftsbeglaubigungen ohne Entwurf ist auf 70 € beschränkt (Nr. 25100 KV), sofern nicht sogar eine Festgebühr von 20 € nach Nr. 25101 KV zu erheben ist (näher hierzu A. VII).

2. Gebührentabelle B für Notare

Das GNotKG hat zwei Gebührentabellen, § 34 Abs. 1 GNotKG. Mag der Gesetzestext auf den ersten Blick ein Wahlrecht suggerieren, ergibt sich aus der Überschrift der dritten Spalte des Kostenverzeichnisses bei den für Notare relevanten Gebührentatbeständen, dass ausschließlich Tabelle B

gilt.¹⁹ Die Gerichtskosten richten sich je nach Verfahren nach Tabelle A oder B.

3. Integration der Verwahrungsgebühr in das Wertgebührensysteem

Die frühere Hebegebühr des § 149 KostO für Verwahrungen wurde durch die Nrn. 25300 und 25301 KV in das Wertgebührensysteem überführt. Zu erheben ist eine 1,0-Gebühr bei Beträgen bis 13 Mio. €, darüber hinaus von 0,1 % des Auszahlungsbetrags oder des Werts des herauszugebenden Gegenstands. Die Verwahrungsgebühr sinkt dadurch gegenüber der Hebegebühr der KostO, tritt dabei aber neben die Betreuungsgebühr (Vorb. 2.5.3 Abs. 1 KV), so dass eine gewisse Kompensation eintritt.

4. Gebührenfreiheit und Gebührenermäßigungen

Gebührenfreiheit besteht weiterhin für bestimmte Geschäfte aus dem Bereich der Sozialhilfe (Vorbem. 2 Abs. 2) sowie für Vaterschaftsanerkennungen und für die Bezifferung dynamisierter Unterhaltstitel zur Zwangsvollstreckung im Ausland (Vorbem. 2 Abs. 3). Die früher in § 144 KostO geregelte Gebührenermäßigung für die öffentliche Hand, für Gemeinden und Kirchen wird in § 91 GNotKG fortgeführt. Inhaltliche Änderungen ergeben sich gegenüber dem bisherigen Recht nicht. Der Ermäßigungssatz liegt weiterhin wertabhängig zwischen 30 % und 60 %.

IV. Geschäftswerte

1. Allgemeines

Das GNotKG hält am bewährten Wertgebührensysteem fest (§ 3 Abs. 1 GNotKG). Gemäß § 35 Abs. 2 GNotKG bleibt²⁰ es dabei, dass der allgemeine Höchstwert bei Anwendung der Tabelle B 60 Mio. € beträgt. Ausgenommen hiervon sind die Verwahrungsgebühren nach Nrn. 25300 und 25301 KV sowie die Auslagenbestimmung der Nr. 32013 KV. Daneben kennt das GNotKG auch spezifische Höchstwerte, etwa von 1 Mio. € für Vollmachten und Zustimmungserklärungen (§ 98 Abs. 4 GNotKG). Im Gesellschafts- und Handelsregisterrecht finden sich Mindest- und Höchstgebühren gleichermaßen (§§ 105 ff. GNotKG). Feste Geschäftswerte von 5.000 € finden sich auch bei der Minderjährigenadoption (§ 101 GNotKG) sowie bei Registeranmeldungen ohne wirtschaftlichen Wert (§ 105 Abs. 6 GNotKG).

Allgemein gilt: Die Wertvorschriften für Notare finden sich in den §§ 35 ff. GNotKG, bis § 54 GNotKG gelten sie gleichermaßen auch für die Gerichte. Dies gilt namentlich für das nunmehr in § 48 GNotKG geregelte Landwirtschaftsprivileg, das Schuldenabzugsverbot (§ 38 GNotKG – hierzu unter A. IV. 4. und Erbscheinsanträge (§ 40 GNotKG). Spezifische Wertvorschriften für notarielle Geschäfte finden sich zudem ab § 95 GNotKG.

2. Die Bestimmung des § 36 GNotKG

Der frühere Regelwert von 3.000 € (§ 30 Abs. 2 KostO) wurde nicht fortgeführt. Stattdessen bestimmt § 36 Abs. 1 GNotKG, dass in vermögensrechtlichen Angelegenheiten ein nicht anderweitig zu ermittelnder Geschäftswert nach billigem Ermessen zu bestimmen ist. Fehlen Anhaltspunkte, ist

¹⁸ So schon *Wudy*, NotBZ 2013, 201, 209, unter Berufung auf RegE, S. 179.

¹⁹ Für die „notarnahen“ Bereiche der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, wie etwa Grundbuchsachen, gilt ebenfalls Tabelle B.

²⁰ Vgl. § 18 Abs. 1 KostO.

nach § 36 Abs. 3 GNotKG von 5.000 € auszugehen. Der Regelwert des § 30 Abs. 2 GNotKG wurde somit durch einen Ausgangswert von 5.000 € ersetzt, von dem nach unten oder oben abgewichen werden kann. Neu und für die notarielle Praxis ungewohnt ist die Bestimmung des § 36 Abs. 2 GNotKG. Danach müssen künftig auch in nichtvermögensrechtlichen Angelegenheiten unter anderem die Vermögens- und Einkommensverhältnisse berücksichtigt werden. Dies kommt namentlich bei Sorgerechtersklärungen sowie Patienten- und Betreuungsverfügungen zum Tragen. Damit der Notar indes nicht zu tief in die Wertermittlung bei den Rechtsgeschäften einsteigen muss, erscheint es sachgerecht, den in § 36 Abs. 3 GNotKG normierten Ausgangswert von 5.000 € zu multiplizieren, etwa bis zum Zehnfachen.²¹

Beispiel 2: Beurkundet der Notar eine Sorgerechtersklärung eines Vorstandsvorsitzenden eines DAX-Konzern, kann er gemäß § 36 Abs. 2 GNotKG nicht von einem Geschäftswert von 5.000 € ausgehen. Sachgerecht dürften 50.000 € sein.

3. Mitwirkung der Beteiligten bei der Wertermittlung

Eine Pflicht der Beteiligten, an der Wertermittlung mitzuwirken, ist nunmehr in § 95 GNotKG normiert.²² Bei der Bestimmung des Verkehrswerts eines Grundstücks kann der Notar darüber hinaus gemäß § 46 Abs. 3 Nr. 3 GNotKG auch für Zwecke der Steuererhebung – zum Beispiel Grunderwerb- oder Schenkungsteuer – festgesetzte Werte heranziehen. In diesem Fall steht § 30 AO einer Auskunft des Finanzamts nicht entgegen. Eine Beweisaufnahme findet hingegen weiterhin nicht statt, § 46 Abs. 4 GNotKG.

4. Schuldenabzugsverbot

Das GNotKG hält mit § 38 GNotKG am Schuldenabzugsverbot – bisher § 18 Abs. 3 KostO – fest. Danach werden Verbindlichkeiten, die auf einer Sache oder einem Recht lasten, nicht abgezogen, soweit nichts anderes bestimmt ist. Eine solche Ausnahme enthält § 54 S. 1 GNotKG, der für bestimmte Geschäftsanteile anordnet, dass sich der Wert nach dem Eigenkapital im Sinne des § 266 Abs. 3 HGB richtet, soweit es auf den jeweiligen Anteil oder die Beteiligung entfällt. Nach § 54 S. 2 GNotKG sind jedoch Grundstücke, Gebäude, grundstücksgleiche Rechte, Schiffe oder Schiffsbauwerte mit ihrem Verkehrswert und nicht mit dem Buchwert zu berücksichtigen. Im Rahmen der Berechnung nach § 266 Abs. 3 HGB sind somit zunächst die Buchwerte heraus- und sodann die Verkehrswerte hinzurechnen. Vorrangig sind indes Anhaltspunkte für einen höheren Wert, wie etwa ein Kaufpreis bei der Veräußerung einer GmbH-Beteiligung, zu berücksichtigen. Damit sind zum einen Anteile an Kapitalgesellschaften erfasst, aber ausdrücklich auch Kommanditbeteiligungen, so dass insoweit die Rechtsprechung des BGH²³ kodifiziert wurde. Umgekehrt ist damit auch klargestellt, dass Anteile an offenen Handelsgesellschaften²⁴ oder gar Gesellschaften bürgerlichen Rechts nicht nach § 54 GNotKG, sondern nach § 38 GNotKG zu bewerten sind. Nach § 54 S. 3 GNotKG gilt das Privileg nicht für überwiegend vermögensverwaltende Gesellschaften. Insoweit bleibt es bei der Quote am Aktivvermögen ohne Schuldenabzug. Andernfalls würde eine

Ungleichbehandlung mit der unmittelbaren Übertragung etwa von Grundbuchbesitz eintreten. Ob eine Gesellschaft überwiegend vermögensverwaltend tätig ist, bestimmt sich in erster Linie nach dem Unternehmensgegenstand.

IV. Notarielles Verfahren

1. Überblick

Zentraler Anknüpfungspunkt für Gebühren nach dem GNotKG ist das Verfahren. Gemäß § 85 Abs. 1 GNotKG sind notarielle Verfahren das Beurkundungsverfahren – also die Errichtung einer notariellen Urkunde in Form der Niederschrift²⁵ (§ 85 Abs. 2 GNotKG) – und die sonstigen notariellen Verfahren (Teil 2, Hauptabschn. 3 KV). Schlagwortartig ersetzt demgemäß die sog. Aktsgebühr der KostO die Verfahrensgebühr des GNotKG. Dies führt zu folgenden praktischen Konsequenzen:

- Mit Erteilung eines Auftrags an den Notar wird das entsprechende Verfahren eingeleitet. Dies schließt für das Beurkundungsverfahren das Recht des Notars ein, auch ohne besonderen Auftrag einen Entwurf zu fertigen.²⁶ Demgemäß wurde auch die vorzeitige Beendigung neu geregelt (nachfolgend A. IV. 2. b).
- Nach § 86 Abs. 1 GNotKG ist Beurkundungsgegenstand das Rechtsverhältnis, auf das sich die Erklärungen beziehen. Nach § 86 Abs. 2 GNotKG bilden mehrere Rechtsverhältnisse grundsätzlich verschiedene Beurkundungsgegenstände, soweit § 109 GNotKG nichts anderes bestimmt (hierzu unter A. IV. 2. a).
- Die Verfahrensgebühr wird in demselben Verfahren nur einmal erhoben. Gleiches gilt für eine dazugehörige Vollzugs- und Betreuungsgebühr (§ 93 Abs. 1 Satz 1 GNotKG). Setzt sich ein Verfahren aus mehreren Gegenständen zusammen, sind die Werte grundsätzlich zu addieren (§ 35 Abs. 1 GNotKG), wenn nicht gemäß § 94 Abs. 1 GNotKG wegen unterschiedlicher Gebührensätze eine getrennte Berechnung der Gebühren für den Kostenschuldner günstiger ist (hierzu A. IV. 2. a).
- Anknüpfungspunkt der Geschäftswerte von Vollzugs- und Betreuungstätigkeiten ist jeweils der (volle) Wert des Beurkundungsverfahrens (§§ 112, 113 Abs. 1 GNotKG). Teilwertbildungen entfallen.
- Vollzugsgebühren können nunmehr in allen notariellen Verfahren entstehen. Sie sind nicht mehr auf Grundstücksgeschäfte beschränkt.²⁷
- Jedes Verfahren ist getrennt zu sehen. Zu jedem Verfahren können Auslagen anfallen; augenfällig wird die Differenzierung etwa bei der Telekommunikationspauschale nach Nr. 32005 KV, die sowohl bei der Beurkundung als auch bei Entwurfstätigkeiten anfällt. Beurkundet der Notar zum Beispiel die Gründung einer GmbH und beglaubigt er die Unterschriften unter der dazugehörigen, von ihm entworfenen Registeranmeldung, kann die Pauschale zweimal erhoben werden, wenn tatsächlich in jedem Verfahren derartige Auslagen angefallen sind.

²¹ In diesem Sinne bereits *Diehn/Sikora/Tiedtke*, a. a. O., Rdnr. 639.

²² Bisher wurde § 138 ZPO analog hierfür herangezogen.

²³ NJW 2010, 2218 m. Anm. *Schmidt* = DNotZ 2010, 230 = MittBayNot 2010, 232 = ZNotP 2010, 158.

²⁴ Hierzu bereits *Tiedtke/Hecht*, MittBayNot 2010, 234.

²⁵ Unerheblich ist, ob es sich um eine Niederschrift nach §§ 6 ff. oder 36 ff. BeurKG handelt.

²⁶ Nach bisheriger Rechtslage war gemäß § 145 Abs. 3 KostO ein ausdrücklicher Auftrag zur Aushändigung des Entwurfs notwendig.

²⁷ Vgl. § 146 Abs. 1 KostO.

2. Beurkundungsverfahren und vorzeitige Beendigung

Das Beurkundungsverfahren ist nach § 85 Abs. 2 GNotKG auf die Errichtung einer Niederschrift gerichtet. Eine Urkunde kann einen oder mehrere Beurkundungsgegenstände haben. Beurkundungsgegenstand ist nach § 86 Abs. 1 GNotKG das Rechtsverhältnis, auf das sich die Erklärungen beziehen, bei Tatsachenbeurkundungen sind es die beurkundete Tatsache oder der beurkundete Vorgang.

a) Beurkundungsgegenstände

Mehrere Rechtsverhältnisse, Tatsachen oder Vorgänge sind nach § 86 Abs. 2 GNotKG verschiedene Beurkundungsgegenstände mit der Folge, dass ihre Werte nach § 35 GNotKG zu addieren sind. § 109 GNotKG enthält hierzu Ausnahmen. Damit sind im Kern Fragen des früheren § 44 KostO angesprochen. Diese kaum verständliche Vorschrift, die zwischen Gegenstandsgleich- und Gegenstandsverschiedenheit unterschieden hat, hat der Gesetzgeber in mehrere Vorschriften (§§ 35, 86 Abs. 2, §§ 94, 109, 110, 111 GNotKG) aufgespalten und damit übersichtlicher gestaltet.

Die Systematik ist wie folgt: Grundsätzlich bildet jedes Rechtsverhältnis nach § 86 Abs. 2 GNotKG einen eigenen Beurkundungsgegenstand. § 109 Abs. 1 GNotKG macht hiervon Ausnahmen, soweit ein Abhängigkeitsverhältnis zwischen Beurkundungsgegenständen anzunehmen ist und das eine Rechtsverhältnis unmittelbar dem Zweck des anderen Rechtsverhältnisses dient (S. 1). Satz 2 bestimmt, dass ein solches Abhängigkeitsverhältnis nur vorliegt, wenn das andere Rechtsverhältnis der Erfüllung, Sicherung oder sonstigen Durchführung des einen Rechtsverhältnisses dient. Satz 4 enthält sodann einen nicht abschließenden („insbesondere“) Katalog mit Regelbeispielen, die sich namentlich auf das Verhältnis des Kaufvertrags zu anderen Erklärungen (Nr. 1) beziehen. § 109 Abs. 2 GNotKG enthält einen weiteren Katalog mit denselben Beurkundungsgegenständen. § 110 GNotKG enthält sodann im Wege einer Rückausnahme drei Tatbestände, bei denen verschiedene Beurkundungsgegenstände vorliegen, obwohl an sich ein Abhängigkeitsverhältnis im Sinne des § 109 Abs. 1 GNotKG bestünde. Schließlich ordnet § 111 GNotKG im Wege der gesetzgeberischen Fiktion („gelten stets“) an, welche Beurkundungsgegenstände zueinander in jedem Fall besondere sind. § 111 GNotKG ist demgemäß eine Ausnahme sowohl zu § 109 Abs. 1 GNotKG als auch zu Abs. 2.

Erwähnt in § 109 Abs. 1 GNotKG sind etwa der Kaufvertrag und eine Belastungsvollmacht, die Grundschuldübernahme oder die Löschung von Grundpfandrechten und die dazu erforderlichen Erklärungen sowie die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung im Zusammenhang mit der Begründung eines Anspruchs. Grunddienstbarkeiten werden umgekehrt in § 110 Nr. 2 lit. b GNotKG als verschiedener Gegenstand definiert.

Beispiel 3: Enthält ein Grundstückskaufvertrag auch eine vom Käufer dem Verkäufer am Vertragsgrundstück eingeräumte Grunddienstbarkeit (Wegerecht zugunsten des jeweiligen Eigentümers des Nachbargrundstücks, das dem Verkäufer gehört), stellt die Grundbuchbewilligung einen besonderen Gegenstand nach § 110 Nr. 2 lit. b GNotKG im Verhältnis zum Veräußerungsvertrag dar.

Neu ist, dass nach § 111 Nr. 1 und 2 GNotKG eine Verfügung von Todes wegen und ein Ehevertrag stets einen besonderen Beurkundungsgegenstand bilden. Damit ist das Privileg des früheren § 46 Abs. 3 KostO, wonach bei Beurkundung eines

Ehevertrags ein Erbvertrag ohne zusätzliche Gebühren mitbeurkundet werden konnte, aufgehoben. Der in § 111 Nr. 1 GNotKG genannte Vorbehalt bezüglich Verfügungen von Todes wegen verweist auf § 109 Abs. 2 Nr. 2 GNotKG, wonach der Widerruf einer Verfügung von Todes wegen, die Aufhebung oder Anfechtung eines Erbvertrags sowie der Rücktritt von einem Erbvertrag im Verhältnis zur Errichtung einer neuen Verfügung von Todes wegen jeweils denselben Beurkundungsgegenstand bilden. Nach § 111 Nr. 4 GNotKG sind Rechtswahlen ihrerseits stets ein besonderer Beurkundungsgegenstand.

Beispiel 4: Beurkundet der Notar einen Ehe- und Erbvertrag jeweils mit güterrechtlichen und erbrechtlichen Rechtswahlen, liegen nach § 111 Nr. 1, 2 und 4 GNotKG vier Beurkundungsgegenstände vor, die jeweils zu bewerten sind. Anschließend sind die vier Werte zu addieren, § 35 GNotKG.

Bei Grundschuldübernahmen in einem Veräußerungsvertrag bilden diese zwar gemäß § 109 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 GNotKG im Verhältnis zum Kaufvertrag denselben Beurkundungsgegenstand. Soweit jedoch eine Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung und/oder ein abstraktes Schuldversprechen mitbeurkundet werden, handelt es sich nach § 110 Nr. 2 lit. a GNotKG um einen verschiedenen Beurkundungsgegenstand.

§ 94 GNotKG ordnet weiterhin Vergleichsberechnungen an. Abs. 1 kommt zur Anwendung, wenn für die einzelnen Beurkundungsgegenstände oder Teile davon verschiedene Gebührensätze anzuwenden sind. Insoweit sind die Gebühren getrennt zu berechnen, es sei denn, die nach dem höchsten Gebührensatz berechnete Gebühr aus dem Gesamtbetrag der Werte ist niedriger. Abs. 2 ordnet hingegen an, dass – soweit mehrere Beurkundungsgegenstände als ein Gegenstand zu behandeln sind – die Gebühr nach dem höchsten in Betracht kommenden Gebührensatz berechnet wird. Nach Satz 2 ist dies jedoch beschränkt auf die Summe der Gebühren, die bei getrennter Beurkundung entstanden wären.

Beispiel 5: Der Käufer übernimmt die Grundschuld über 200.000 € des Veräußerers im Kaufvertrag nebst dazugehöriger Verbindlichkeiten i. H. v. 150.000 € in Anrechnung auf die Kaufpreisschuld von 250.000 €. Er gibt ein abstraktes Schuldanerkenntnis gegenüber der Bank i. H. v. 200.000 € ab und unterwirft sich insoweit der sofortigen Zwangsvollstreckung. Zwar ist die Schuldübernahme nach § 109 S. 4 Nr. 1 lit. a GNotKG derselbe Beurkundungsgegenstand wie der Kaufvertrag, nicht aber die gesondert zu bewertenden Erklärungen gegenüber der Bank nach § 110 Nr. 2 lit. a GNotKG. Die Werte sind zu addieren (250.000 € Kaufpreis – §§ 97, 47 GNotKG – und 200.000 € Schulderklärung – § 97 GNotKG), so dass der Wert des Beurkundungsverfahrens nach § 35 GNotKG insgesamt 450.000 € beträgt. Hieraus berechnen sich auch die Vollzugsgebühr, § 112 GNotKG, und die Betreuunggebühr, § 113 Abs. 1 GNotKG. Nach § 94 Abs. 1 GNotKG sind jedoch in Beurkundungsverfahren getrennte Gebühren zu berechnen, beschränkt auf die höchste Gebühr aus dem Gesamtbetrag der Werte. Die 2,0-Gebühr aus 450.000 € ist mit 1.770 € günstiger als die 2,0-Gebühr aus 250.000 € (1.070 €) und die 1,0-Gebühr aus 200.000 € (870 €).

b) Vorzeitige Beendigung

Mit Abschnitt 3 zu Hauptabschnitt 1 des Teils 2 KV finden sich besondere Bestimmungen über die vorzeitige Beendigung eines Beurkundungsverfahrens. Sämtliche dieser Bestimmungen sind Teil des Hauptabschnitts 1, so dass der Notar, der einen Entwurf im Rahmen eines Beurkundungsauf-

trags fertig, hierfür keinen gesonderten Auftrag braucht. Vielmehr schließt der Antrag auf Beurkundung das Recht des Notars zur Entwurfsfertigung ein.

Vorbem. 2.1.3 Abs. 1 KV enthält zunächst eine Definition in Satz 1, wann ein Beurkundungsverfahren vorzeitig beendet ist. Dies ist dann der Fall, wenn vor der Unterzeichnung der Niederschrift durch den Notar der Beurkundungsauftrag zurückgenommen oder zurückgewiesen wird oder der Notar feststellt, dass nach seiner Überzeugung mit der beauftragten Beurkundung aus Gründen, die nicht in seiner Person liegen, nicht mehr zu rechnen ist. Satz 2 bestimmt, dass in der Regel nicht mehr mit der Beurkundung zu rechnen ist, wenn das Verfahren länger als sechs Monate nicht mehr betrieben wird.

Eine Festgebühr in Höhe von lediglich 20 € erhält der Notar nach Nr. 21300 KV, wenn das Beurkundungsverfahren beendet wird, bevor die Beteiligten einen vom Notar gefertigten Entwurf erhalten haben (bei Versand durch die Post wird der Zeitpunkt nach Nr. 1 auf den Ablauf des Tages, an dem der Notar den Entwurf der Post zur Übermittlung begeben hat, verlegt; nach Nr. 2 kommt es bei der Übermittlung per Telefax, E-Mail oder bei der Aushändigung jeweils auf diesen Zeitpunkt an). Nr. 3 enthält schließlich den Fall, dass der Notar mit den Beteiligten einen Termin zur Beurkundung vereinbart hat, ohne dass zuvor ein Entwurf übermittelt wurde.

Hat der Notar jedoch persönlich oder schriftlich beraten, steht ihm nach Nr. 21301 KV eine Gebühr zu, die in ihrer Höhe der jeweiligen Beratungsgebühr (vgl. Nrn. 24200 ff. KV) entspricht. In allen übrigen Fällen kommen die Nrn. 21302 bis 21304 KV zur Anwendung. Danach erhält der Notar die Entwurfsgebühr, wenn die Beendigung des Beurkundungsverfahrens nach einem der in Nr. 21300 KV genannten Zeitpunkte erfolgt. Kommt es demnächst²⁸ doch zur Beurkundung ist die Entwurfsgebühr nach Vorbem. 2.1.3 Abs. 2 anzurechnen.

3. Sonstige notarielle Verfahren

In Hauptabschnitt 3 sind die sonstigen notariellen Verfahren geregelt. Zu ihnen zählen die Rückgabe eines Erbscheins aus der notariellen Verwahrung, ferner Aus- und Verlosungen, die Abnahme von Eiden oder eidesstattlichen Versicherungen, Wechsel- und Scheckproteste, die Errichtung von Vermögensverzeichnissen und Siegelungen, die freiwillige Versteigerung von Grundstücken oder beweglichen Sachen und Rechten ebenso wie notarielle Tätigkeiten zur Vorbereitung der Zwangsvollstreckung, wozu insbesondere die Umschreibung der Vollstreckungsklausel nach Nr. 23803 KV zählt. Mit Nr. 23900 KV wurde ab 1.9.2013 eine 6,0-Gebühr für Teilungssachen zur Auseinandersetzung eines Nachlasses oder eines Gesamtguts eingeführt.²⁹

V. Vollzugs-, Betreuungs- und Treuhandgebühr

Teil 2, Hauptabschnitt 2 regelt den Vollzug eines Geschäfts und Betreuungstätigkeiten. Der Gesetzgeber hat teilweise eine Neuordnung von Tätigkeiten zum Vollzug oder in den Bereich der Betreuung vorgenommen und zudem jeweils einen enumerativen Katalog an Tätigkeiten geschaffen, die die jeweilige Gebühr auslösen.

²⁸ In Anlehnung an Vorbem. 2.1.3 Abs. 1 S. 2 KV wird man – ohne dass es eine starre Frist wäre – von sechs Monaten ausgehen können.

²⁹ BGBl 2013 I, S. 2710; hierzu ist der Notar ab 1.9.2013 nach § 344 Abs. 4a FamFG zuständig, vgl. Art. 7 des Gesetzes zur Übertragung von Aufgaben im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit auf Notare.

1. Vollzugsgebühren

Mit Teil 2, Hauptabschnitt 1, Abschnitt 1, wurde der Vollzug vollständig neu geregelt. Vollzugsgebühren können nunmehr in allen notariellen Verfahren entstehen, wenn die Tätigkeit des Notars unter den Katalog der Vorbem. 2.2.1.1 Abs. 1 Satz 2 KV fällt und ein entsprechender Auftrag erteilt worden ist (Vorbem. 2.2. Abs. 1). Auch wenn mehrere Tätigkeiten vorgenommen werden, entsteht nur eine Vollzugsgebühr (§ 93 Abs. 1 GNotKG). Lediglich die Erzeugung von XML-Daten löst auch ohne Auftrag³⁰ eine weitere³¹ Vollzugsgebühr aus. Die Höhe der Vollzugsgebühr hängt zunächst davon ab, ob der Notar eine Gebühr für ein Beurkundungsverfahren oder die Fertigung eines Entwurfs erhalten hat (dann Unterabschnitt 1 „Vollzug eines Geschäfts“) oder nicht (dann Unterabschnitt 2 – „Vollzug in besonderen Fällen“), vgl. Vorbem. 2.2.1.1 Abs. 1 Satz 1 und Vorbem. 2.2.1.2 Nr. 1 KV.

a) Vollzug eines Geschäfts

aa) Struktur

Eine Vollzugsgebühr entsteht, wenn wenigstens eine Tätigkeit aus dem Katalog nach Vorbem. 2.2.1.1 Abs. 1 Satz 2 KV vorgenommen wurde. Hierunter fallen insbesondere die Einholung öffentlichrechtlicher Erklärungen und Bescheinigungen (Nr. 1 – zum Beispiel sanierungsrechtliche Genehmigung, Vorkaufsrechtszeugnisse, Einholung der Abgeschlossenheitsbescheinigung bei der Aufteilung in Wohnungs- und Teileigentum), die Einholung und Prüfung gerichtlicher Genehmigungen (Nr. 4), das Anfordern von Vollmachtsbestätigungen und Zustimmungserklärungen (Nr. 5), Schuldübernahmeerklärungen (Nr. 8) oder Löschungsbewilligungen (Nr. 9). Auch die Erstellung der Gesellschafterliste ist nunmehr Vollzugstätigkeit (Nr. 3). Der Notar erhält unabhängig von der Anzahl der Vollzugstätigkeiten *eine* Vollzugsgebühr in Höhe von 0,5, wenn die Gebühr für das zugrundeliegende Beurkundungsverfahren 2,0 betragen hat (Nr. 22110 KV). Sonst beträgt die Gebühr 0,3 (Nr. 22111 KV). Hiervon macht Nr. 22112 KV eine wichtige Ausnahme. Danach erhält der Notar bei sog. einfachen Vollzugstätigkeiten (solche nach Nr. 1 und Nr. 2) lediglich 50 € pro einfacher Tätigkeit. Es bleibt damit bei einer 0,5 bzw. 0,3-Gebühr, diese ist jedoch pro einfache Tätigkeit auf 50 € gedeckelt. Im Einzelfall kann damit die 0,5-Gebühr auch niedriger sein. Die Begrenzung kann nach Vorbem. 2.2.1.1. Abs. 1 Satz 2 Nr. 11 KV entfallen, wenn der Notar – etwa im Rahmen der Vorkaufsrechtsanfrage – Verhandlungen mit der Gemeinde führt und damit eine über Nr. 1 hinausgehende Tätigkeit ausübt.

Beispiel 6: Beurkundet der Notar den Verkauf einer Teilfläche (Geschäftswert 500 €) und holt er eine Genehmigung nach dem Grundstücksverkehrsgesetz ein, fällt eine 0,5-Gebühr nach Nr. 22110 KV i. H. v. 15 € an. Auf die 50 € nach Nr. 22112 KV kommt es nicht an.

bb) Geschäftswert

Geschäftswert ist nach § 112 GNotKG der Wert des Beurkundungsverfahrens. Die Werte mehrerer Beurkundungsgegenstände sind zu addieren, § 35 GNotKG. Wirtschaftlich gesehen berechnet sich die Vollzugsgebühr ggf. sogar auch aus Beurkundungsgegenständen, die nicht zu vollziehen sind.

Beispiel 7: Bei einer Scheidungsvereinbarung wird Gütertrennung vereinbart (Geschäftswert nach § 100 GNotKG:

³⁰ Vgl. Vorbem. 2.2. Abs. 1 Hs. 2.

³¹ Anm. zu Nrn. 22114 und 22125 KV.

200.000 €) und zum Zugewinnausgleich der Hälftemiteigentumsanteil an der Familienwohnung an die Ehefrau übertragen (Wert: 100.000 €). Zur Schuldübernahme ist die Genehmigung der Gläubigerbank nötig, die der Notar auftragsgemäß einholt. Die Vollzugstätigkeit nach Vorbem. 2.2.1.1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 8 KV löst eine 0,5-Gebühr aus 300.000 € aus, § 112 GNotKG.

cc) Entwurfserfertigung im Vollzugsbereich

Auch wenn es bisher mitunter Praxis ist, im Rahmen des Vollzugs Erklärungen Dritter (zum Beispiel Löschungsbewilligungen von Banken etc.) mittels Übersendung eines Entwurfs einzuholen, bestimmt Vorbem. 2.2. Abs. 2 KV ausdrücklich, dass mit der Vollzugsgebühr bei demselben Notar auch die Gebühr für die Fertigung eines Entwurfs abgegolten ist. Dies gilt nach Vorbem. 2.2.1.1 S. 3 KV in Verbindung mit Vorbem. 2.2. Abs. 2 KV auch dann, wenn der Entwurf bereits vor der Beurkundung gefertigt wurde. Wenn die Beteiligten indes bei demselben Notar³² ihre Unterschrift beglaubigen lassen, fällt eine Beglaubigungsgebühr an, weil kein Entwurf im Sinne der Vorbem. 2.4.1. Abs. 2 KV vorliegt. Nur der Notar, der den zu vollziehenden Vertrag nicht beurkundet hat, kann eine Entwurfsgebühr nach Nr. 24100 ff. KV erhalten. Übernimmt er sodann seinerseits Vollzugstätigkeiten, etwa die Übermittlung der Erklärung an den Beurkundungsnotar, steht ihm eine Vollzugsgebühr nach Nr. 24124 KV zu (siehe hierzu auch b).

Beispiel 8: Beim Verkauf einer Eigentumswohnung soll der Notar die erforderliche Verwalterzustimmung einholen. Er erhält hierfür eine 0,5-Vollzugsgebühr nach Nr. 22110 KV. Ob er auch eine Beglaubigungsgebühr unter dem von ihm gefertigten Entwurf erhält, zeigt die nachfolgende Übersicht:

b) Vollzug in besonderen Fällen

Hat der Notar keine Gebühr für das Beurkundungsverfahren oder die Fertigung eines Entwurfs erhalten, kommt eine Vollzugsgebühr nach Unterabschnitt 2 in Betracht. Dies gilt namentlich im Rahmen von Unterschriftsbeglaubigungen ohne Entwurf.

Beispiel 9: Der Notar beglaubigt die Unterschrift des Eigentümers unter einer Löschungsbewilligung für eine Grundschuld. Der Notar wird gebeten, alle Erklärungen an das Grundbuchamt zu senden. Hierfür fällt neben der Beglaubigungsgebühr nach Nr. 25101 KV (20 €) eine Vollzugsgebühr nach Nr. 22124 KV i. H. v. 20 € an.

2. Betreuungsgebühr

Entsprechend der Systematik der Vollzugsgebühr sieht Nr. 22200 KV einen enumerativen Katalog von sieben Betreuungstätigkeiten vor. Ist auch nur eine dieser Vorschriften erfüllt, fällt insgesamt eine Betreuungsgebühr in Höhe von 0,5 aus dem Wert des Beurkundungsverfahrens an. Auch die Betreuungsgebühr fällt bei mehreren Betreuungstätigkeiten nur einmal an, § 93 Abs. 1 GNotKG. Bei Grundstückskaufverträgen ist der Regelfall die Fälligkeitsüberwachung (Anm. Nr. 2 22200 KV) sowie die Überwachung der Vorlage der Urkunde zur Eigentumsumschreibung erst wenn der Kaufpreis bezahlt wurde (Nr. 3). Dies löst insgesamt eine 0,5-Gebühr aus. Hierbei ist es unerheblich, ob der Notar die bereits erklärte Auflassung zurückhält oder die sog. Bewilligungslösung wählt. Denn die eigentlich nach Nr. 25204 KV anfallende Gebühr für die Bewilligung entsteht nach der Anmerkung zu dieser Norm nicht neben der Betreuungsgebühr.

Vollzug – der Notar enthält eine 0,5-Vollzugsgebühr nach Nr. 22110 KV			
Beurkundungsnotar fertigt (sofort) den Entwurf		Beurkundungsnotar fertigt (zunächst) keinen Entwurf	
UB bei dem Beurkundungsnotar*	UB bei anderem Notar	UB bei dem Beurkundungsnotar*	UB bei anderem Notar
<ul style="list-style-type: none"> • Keine Entwurfsgebühr nach Vorbem. 2.2 Abs. 2 und 2.4.1 Abs. 1 S. 2 KV • Aber Beglaubigungsgebühr nach 25100 KV, da kein Entwurf nach 24100 ff. KV vorliegt • Bei Versand an Dritten/Gericht keine Versandgebühr, Vorbem. 2.1 Abs. 2 Nr. 1 KV 	<ul style="list-style-type: none"> • Beglaubigungsgebühr nach Nr. 25100 KV • Bei Versand an Dritten/Gericht: Vollzugsgebühr nach Nr. 22124 KV i. H. v. 20 € 	<ul style="list-style-type: none"> • Wie links (Spalte 1) und zwar auch dann, wenn der Notar nunmehr den Entwurf fertigt („Vorrang des Vollzugs“) 	<ul style="list-style-type: none"> • Entwurfsgebühr nach 24100 ff. KV • Erste UB kostenfrei nach Vorbem. 2.4.1 Abs. 2 und Anm. Abs. 1 zu Nr. 25100 KV • Keine Gebühr für Versand an Dritte/Gericht nach Vorbem. 2.2.1.2 Nr. 1 KV

* gemeint ist derselbe Notar, nach Vorbem. 2 Abs. 1 KV, also auch der Sozius, Amtsnachfolger etc.

³² Vgl. Vorbem. 2 Abs. 1.

Nach Nr. 22200 Nr. 6 KV entsteht die Betreuungsgebühr für die Bescheinigung der Gesellschafterliste nach § 40 Abs. 2 GmbHG, wenn der Notar Umstände außerhalb der Urkunde zu prüfen hatte (zum Beispiel Kaufpreiszahlung). Eine notarbescheinigte Gesellschafterliste, bei der der Notar solche Umstände zu prüfen hat, löst demgemäß nach Vorbem. 2.2.1.1 S. 2 Nr. 3 in Verbindung mit Nr. 22113 KV eine auf 250 € gedeckelte Vollzugsgebühr und nach Nr. 22200 Nr. 6 KV eine ungedeckelte Betreuungsgebühr von 0,5 aus.

3. Treuhandgebühr

Während unter dem Regime der KostO streitig war, ob der Notar für die Beachtung von Auflagen Dritter eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO erhält oder ob die Tätigkeit mit der Vollzugsgebühr abgegolten ist,³³ sieht das GNotKG mit Nr. 22201 KV eine sog. Treuhandgebühr vor. Diese entsteht, wenn der Notar Auflagen Dritter, z. B. von abzulösenden Gläubigern, zu beachten hat. Ihre Abgrenzung zu Nr. 22200 KV ist in Nr. 3 der Anmerkung zu sehen, die von Auflagen spricht, die Urkundsbeteiligte machen.

Abweichend von § 93 Abs. 1 GNotKG kann die Treuhandgebühr nach der Anmerkung S. 2 zu Nr. 22201 KV auch mehrfach anfallen. Sie entsteht nämlich für jeden Treuhandauftrag gesondert. Abzustellen ist demgemäß auf den Treuhandauftrag und nicht etwa auf die Anzahl der abzulösenden Grundpfandrechte. Erteilt etwa die Gläubigerbank in einem einheitlichen Schreiben (Treuhandauftrag) die Löschungsbewilligung für mehrere Grundpfandrechte, so ist zur Berechnung der Treuhandgebühr deren jeweiliger Nennbetrag nach § 113 Abs. 2 GNotKG zu addieren. Erfolgen die Treuhandaufträge für mehrere Grundpfandrechte jedoch in gesonderten Schreiben, auch wenn es sich um denselben Gläubiger handelt, so ist jeweils bezogen auf den betreffenden Treuhandauftrag die Treuhandgebühr zu ermitteln.

VI. Entwurf, Beratung

Entwurfs- und Beratungstätigkeiten des Notars haben als notarielle Geschäfte mit dem Hauptabschnitt 4 KV eine eigenständige, ausführliche und sachgerechte Regelung erfahren.

1. Entwürfe

a) Einzelentwürfe

Der Abschnitt über Entwürfe (Abschn. 1) kommt nach Vorbem. 2.4.1 Abs. 1 zur Anwendung, wenn ein Entwurf für ein bestimmtes Rechtsgeschäft oder eine bestimmte Erklärung im Auftrag eines Beteiligten außerhalb eines Beurkundungsverfahrens gefertigt worden ist. Satz 2 stellt klar, dass der Abschnitt keine Anwendung findet, soweit Entwürfe im Rahmen des Vollzugs erstellt werden („Vorrang des Vollzugs“ – vgl. hierzu bereits A. V. 1 a cc). Wie bisher bestimmt die Vorbem. 2.4.1 Abs. 2 KV, dass die erste Unterschriftsbeglaubigung auf dem vom Notar gefertigten Entwurf keine weiteren Gebühren auslöst. Nach Abs. 3 kommt der Entwurfsabschnitt auch dann zur Anwendung, wenn der Notar den Entwurf nicht gefertigt, wohl aber einen ihm vorgelegten Entwurf überprüft, geändert oder ergänzt hat. Schließlich stellt Abs. 4 der Vorbemerkung klar, welche Tätigkeiten des Notars durch die Entwurfsfertigung ebenfalls abgegolten sind. Hierbei geht es namentlich um die Übermittlung von Anträgen und Erklärungen an ein Gericht oder eine Behörde.

Die Höhe der Entwurfsgebühr hängt von der Höhe der Gebühr des Beurkundungsverfahrens ab. Nach Nr. 24100 KV

kommt etwa eine Rahmengebühr von 0,5-2,0, mindestens 120 € zur Anwendung, wenn die Gebühr für das Beurkundungsverfahren 2,0 betragen würde. Der Rahmen ist nach § 92 Abs. 2 GNotKG in der Weise auszufüllen, dass der Notar den Höchstwert (2,0) anzusetzen hat, wenn der Entwurf von ihm vollständig gefertigt wurde, d. h. wenn der Notar sämtliche ihm zur Verfügung gestellten Informationen im Rahmen des Entwurfs verarbeitet hat.

In den nachfolgenden Ziffern (Nrn. 24101 und 24102 KV) ermäßigt sich die Entwurfsgebühr jeweils, wenn die Gebühr für das Beurkundungsverfahren weniger als 2,0 betragen hat. So bleibt es nach Nr. 24102 KV für Entwürfe für Handelsregisterkammermeldungen bei einer 0,5-Gebühr.

b) Serienentwürfe

Eine ausführliche Regelung hat nunmehr der sog. Serienentwurf (definiert nach Vorbem. 2.4.1 Abs. 5 KV als ein Entwurf, der zur beabsichtigten Verwendung bei mehreren gleichartigen Rechtsgeschäften oder Erklärungen dient) erfahren. Geschäftswert derartiger Serienentwürfe ist nach § 119 Abs. 2 GNotKG der halbe Wert der beabsichtigten Geschäfte. Der Gesetzgeber geht somit davon aus, dass der Notar, der etwa im Auftrag eines Bauträgers einen Serienentwurf erstellt, diesen sofort dem Bauträger in Rechnung stellt, jedoch nach Vorbem. 2.4.1 Abs. 7 KV berechtigt, aber nicht verpflichtet ist, dem Auftraggeber die Gebühren hierfür bis zu einem Jahr nach Fälligkeit zu stunden. Diese Regelung ist im Zusammenhang mit Nr. 24103 KV zu sehen, wonach Beurkundungsverfahren, die auf Grundlage eines von demselben Notar gefertigten Serienentwurfs stattfinden, hinsichtlich ihrer Gebühren auf diesen anzurechnen sind. Da der Geschäftswert für den Serienentwurf nur der halbe Wert ist und zudem die Degressionswirkung zum Tragen kommt, dürften etwa mit 40 bis 50 % der beabsichtigten Beurkundungen die Gebühren für den Serienentwurf abgegolten sein.

Beispiel 10: Bittet der Bauträger den Notar um einen Serienentwurf für den Verkauf von sechs baugleichen Wohnungen in einem Objekt (Kaufpreis je 600.000 €), ist der Geschäftswert 1,8 Mio. € nach § 119 Abs. 2 GNotKG (1/2 der beabsichtigten Kaufpreise). Die 2,0-Entwurfsgebühr nach Nr. 24100 KV beträgt 6.030 €. Jeder Verkauf führt zu einer anzurechnenden (Nr. 24103 KV) Beurkundungsgebühr von 2.190 € (Nr. 21100 KV), so dass nach dem Verkauf von drei Wohnungen die Gebühr für den Serienentwurf aufgebraucht ist.

Im Hinblick auf die Verschärfung des § 17 Abs. 2a BeurkG,³⁴ wonach der Notar ab 1.9.2013 selbst den Entwurf im Verbrauchervertrag versenden muss, steht jedoch zu bezweifeln, dass das ausgeklügelte System des Gesetzgebers für den Serienentwurf praktische Anwendung findet.

2. Beratungen

Das GNotKG sieht mit Nrn. 24200 ff. KV Gebühren für Beratungen durch den Notar vor, die nicht im Zusammenhang mit einem anderen gebührenpflichtigen Verfahren oder Geschäft stehen. Maßgeblich ist die Reichweite der Amtspflichten des Notars. Vor allem bei Beratungen in steuerlicher Hinsicht und bei Unterschriftsbeglaubigungen ohne Entwurf kommen Beratungsgebühren in Frage. Besonders geregelt sind Beratungen des Notars bei der Vorbereitung oder Durchführung einer Haupt- oder Gesellschafterversammlung. Insofern sieht Nr. 24203 KV einen Gebührenrahmen von 0,5-2,0 vor, wenn der Notar die Gesellschaft über seine Amtspflichten

³³ Zum Meinungsstand zuletzt *Tiedtke*, DNotZ 2013, 327, 339.

³⁴ Vgl. hierzu das Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Beurkundungsverfahren, BGBl 2013 I, S. 2378.

im Rahmen der Beurkundung der Haupt- oder Gesellschafterversammlung hinaus berät, weil er etwa auch die Einladung entwirft. Der Geschäftswert bestimmt sich in diesem Fall nach § 120 GNotKG.

VII. Sonstige Geschäfte

Künftig fällt bei Unterschriftsbeglaubigung nach Nr. 25100 KV lediglich eine 0,2-Gebühr, mindestens i. H. v. 20 €, höchstens aber i. H. v. 70 € an. Für die Zustimmung des Eigentümers zur Löschung eines Grundpfandrechts oder für den Nachweis der Verwaltereigenschaft sind in Nr. 25101 KV sogar Festgebühren i. H. v. 20 € vorgesehen.³⁵ Für die Beglaubigung von Dokumenten entstehen Gebühren nach Nr. 25102 KV i. H. v. 1 € pro Seite, mindestens aber 10 €. Die Dokumentenpauschale fällt daneben nicht mehr an. Der allgemeine Mindestwert von 15 € gemäß § 34 Abs. 5 GNotKG gilt demgemäß nicht.

Abschnitt 2 dieses Hauptabschnitts enthält sodann einen Katalog für andere Bescheinigungen und sonstige Geschäfte, woraus sich insbesondere ergibt, dass nach Nr. 25200 KV eine Vertretungsbescheinigung nach § 21 Abs. 1 BNotO eine Gebühr i. H. v. 15 € für jedes Registerblatt, dessen Einsicht zur Erteilung erforderlich ist, ausgelöst wird. Neu ist auch mit Nr. 25206 KV eine Gebühr für die Gründungsprüfung gemäß § 33 AktG. Diese Prüfung löst eine 1,0-Gebühr in Höhe von mindestens 1.000 € aus. Geschäftswert ist nach § 123 GNotKG die Summe aller Einlagen, jedoch beschränkt auf 10 Mio. €. Schließlich finden sich mit den Nrn. 25207 und 25208 Gebühren für die Erwirkung einer Apostille oder Legalisation.

Ab 1.9.2013 fällt nach Nr. 25210 KV eine Festgebühr von 10 € für Abdrucke aus Registern oder dem Grundbuch an (§ 133a GBO i. d. F. ab 1.9.2013). Nach Nr. 25214 KV ist für eine Bescheinigung nach § 21 Abs. 3 BNotO i. d. F. ab 1.9.2013 (Bescheinigung über eine durch Rechtsgeschäft begründete Vertretungsmacht) eine Gebühr von 15 € zu erheben.³⁶

VIII. Zusatzgebühren

Nr. 26000 KV sieht weiterhin eine Unzeitgebühr von 30 % der Verfahrensgebühr, höchstens 30 € für Tätigkeiten außerhalb der üblichen Geschäftszeiten (Sonntage, Feiertage, Samstag vor acht und nach 13 Uhr; Montag bis Freitag vor acht und nach 18 Uhr) auf Verlangen der Beteiligten vor.

Erheblich besser als bisher honoriert wird die Tätigkeit des Notars, wenn er eigene Fremdsprachenkenntnisse einsetzt. Nr. 26001 KV bestimmt drei Fälle, in denen der Notar eine Zusatzgebühr in Höhe von 30 % der für das Beurkundungsverfahren, für eine Beglaubigung oder Bescheinigung zu erhebenden Gebühr erhält. Jeder dieser drei Fälle ist bereits für sich tatbestandsmäßig. So erhält der Notar etwa diese Zusatzgebühr, wenn ein Beteiligter Erklärungen in einer fremden Sprache abgibt und der Notar keinen Dolmetscher zuzieht. Ferner wird die Gebühr ausgelöst, wenn die Beurkundung, Beglaubigung oder Bescheinigung in einer fremden Sprache vorgenommen wird oder schließlich, wenn der Notar Erklärungen in eine andere Sprache übersetzt hat. Beurkundet der Notar zweisprachig, hängt es für die Zusatzgebühr davon ab, ob die fremde Sprache Teil der Niederschrift ist, dann

³⁵ Die weitere Festgebühr nach Nr. 25101 Nr. 1 KV für Beglaubigungen nach den Staatsschuldbuchgesetzen dürfte ohne praktische Bedeutung sein.

³⁶ Die durch Art. 44 KostRMOG nachvollzogenen Änderungen finden sich materiellrechtlich im Gesetz zur Übertragung von Aufgaben im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit auf Notare, BGBI 2013 I, S. 1800.

wird die Zusatzgebühr ausgelöst – oder lediglich als nicht verbindliche Fassung zu Informationszwecken beigelegt wird (sog. „convenience-Übersetzung“).³⁷ Im letzten Fall bleibt für die Anwendung der Zusatzgebühr kein Raum, wenn der Notar die Übersetzung nicht selbst vorgenommen hat.

Gemäß Nr. 26002 KV fällt nunmehr eine zeitabhängige Auswärtsgebühr an. Der Notar erhält für jede halbe Stunde der Abwesenheit von seiner Geschäftsstelle eine Gebühr i. H. v. 50 €. Werden mehrere notarielle Geschäfte außerhalb der Geschäftsstelle vorgenommen, ist die Auswärtsgebühr angemessen auf die einzelnen Geschäfte zu verteilen (Anm. Abs. 1 Satz 2 zu Nr. 26002 KV).

Beispiel 11: In den Geschäftsräumen der B-Bank beglaubigt der Notar 100 Unterschriften unter Löschungsbewilligungen. Er ist eine Stunde von seiner Geschäftsstelle abwesend. Die 100 € Auswärtsgebühr nach Nr. 26002 KV sind mit je 1 € auf jede Beglaubigung zu verteilen.

Werden ausschließlich Verfügungen von Todes wegen, Vorsorgevollmachten, Betreuungs- oder Patientenverfügungen auswärts beurkundet oder beglaubigt, fällt sogar insgesamt nur eine Festgebühr i. H. v. 50 € pro Auftraggeber an.

IX. Auslagen

Die Auslagen sind in Teil 3, Hauptabschnitt 2 geregelt. Weitgehende Änderungen ergeben sich im Bereich der Dokumentenpauschale.³⁸ Zum einen sind Freixemplare weggefallen. Zum anderen wird künftig zwischen Farb- und Schwarz-Weiß-Seiten differenziert. Für Kopien größer DIN A 3 erhält der Notar höhere Pauschalen (Nr. 32003 KV). Abgesenkt wurde hingegen der Regelfall der Dokumentenpauschale, nämlich Nr. 32001 KV. Nunmehr kann der Notar lediglich 15 Cent pro Seite bei Schwarz-Weiß-Kopien und 30 Cent pro Seite bei Farbkopien abrechnen. Die höhere Dokumentenpauschale mit 50 Cent für die ersten 50 Seiten (Nr. 32000 KV) kommt nur in wenigen Anwendungsbereichen zum Tragen, insbesondere dann, wenn im Rahmen von Unterschriftsbeglaubigungen ohne Entwurf die Beteiligten eine weitere beglaubigte Abschrift wünschen oder eine Abschrift einer in der Urkundensammlung befindlichen Urkunde erstellt werden soll.

Im Bereich des elektronischen Rechtsverkehrs sieht Nr. 32002 KV für die Übermittlung oder Bereitstellung einer Datei 1,50 €, maximal 5 € je Arbeitsgang vor. Werden Papierdokumente zuvor auf andere in elektronische Form übertragen, beträgt die Dokumentenpauschale hingegen nicht weniger als die Dokumentenpauschale nach Nr. 32000 KV. Neu ist die aus dem RVG bekannte Pauschale für Post- und Telekommunikationsdienstleistungen in Höhe von 20 % der Gebühren, maximal aber 20 € (Nr. 32005 KV). Daneben kann der Notar die Gebühren in tatsächlicher Höhe abrechnen (Nr. 32004 KV). Sonstige Auslagen können nach Nrn. 32006-32015 KV abgerechnet werden. Dies gilt namentlich für die Weitergabe von Gebühren für Registereinsichten (Nr. 32011 KV). Auch die Umsatzsteuer bestimmt der Gesetzgeber gemäß Nr. 32014 KV als Auslage. Nr. 32015 KV enthält einen Auffangtatbestand für nicht normierte Auslagen und durchlaufende Posten.

X. Unrichtige Sachbehandlung

Auch das GNotKG enthält mit § 21 in Fortführung des § 16 KostO eine Bestimmung, wann bei unrichtiger Sachbehand-

³⁷ Hierzu *Winkler*, *BeurkG*, 17. Aufl. 2013, § 5 Rdnr. 1.

³⁸ Die teilweise komplexen Regelungen werden bei *Diehn/Sikora/Tiedtke*, a. a. O., ab Rdnr. 918 erläutert.

lung Kosten nicht zu erheben sind. Vom Normzweck erfasst die Vorschrift aber nur nachträglich erkannte Fehler. Insbesondere kann sie nicht herangezogen werden, wenn sich nach dem GNotKG aufgrund gesetzgeberischer Entscheidung teilweise höhere Kosten als nach der KostO ergeben.

Beispiel 12: Im Beispiel 7 würde eine Aufspaltung der Vereinbarung der Gütertrennung und der Übertragung des Miteigentumsanteils in zwei Urkunden kostenrechtlich nicht zur Ersparnis führen. Zudem dürfte die Aufspaltung wegen § 311b BGB bedenklich sein.

XI. Haftung, Kostenschuldner

Die Haftung für Notarkosten wurde erheblich erweitert. Nach § 30 Abs. 1 haftet jeder, dessen Erklärung beurkundet worden ist, für die Kosten des Notars. Die schließt nunmehr auch die Vollzugsgebühren mit ein, so dass künftig auch der Verkäufer vollumfänglich für die Vollzugsgebühr haftet, selbst wenn sie der Käufer in der Urkunde übernommen hat.³⁹

³⁹ Zur bisherigen Praxis auch *Wudy*, NotBZ 2013, 201, 231.

XII. Kostenberechnung

Die Kosten des Notars dürfen nur aufgrund einer dem Kostenschuldner mitgeteilten, vom Notar unterschriebenen Kostenberechnung eingefordert werden (§ 19 GNotKG). Die Norm unterscheidet zwischen Muss- und Sollvorschriften. Ein Verstoß gegen eine Mussvorschrift hat die Unwirksamkeit der Kostenberechnung zur Folge, während die Nichtbeachtung einer Sollvorschrift zwar eine Amtspflichtverletzung darstellt, aber die Wirksamkeit unberührt lässt. Zwingend sind anzugeben eine Bezeichnung des Verfahrens oder Geschäfts, die angewandten Nummern des KV, der Geschäftswert bei wertabhängigen Gebühren sowie die Beträge der Gebühren und Auslagen und die gezahlten Vorschüsse (§ 19 Abs. 2 GNotKG). Kostenberechnungen sind ab 1.1.2014 mit einer Rechtsbehelfsbelehrung zu versehen, § 7a GNotKG. Anders als unter dem Regime der KostO können auch durchlaufende Posten als Auslagen mit der Kostenberechnung vollstreckt werden, § 89 GNotKG.

Hinweis der Schriftleitung:

Der Beitrag wird in einem der nächsten Hefte fortgesetzt.

Das internationale Erbrecht nach der EU-Erbrechtsverordnung (Teil I)

Von Notar Dr. *Christoph Döbereiner*, München

Am 16.8.2012 ist für alle EU-Staaten mit Ausnahme von Großbritannien, Irland und Dänemark die „Verordnung (EU) Nr. 650/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4.7.2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses“ (EuErbVO – AbIEU Nr. L 201 v. 27.7.2012, S. 107; abrufbar u. a. unter eur-lex.europa.eu)¹ in Kraft getreten. Die EuErbVO ist zwar erst ab dem 17.8.2015 anwendbar, in der vorausschauenden Nachfolgeplanung und aufgrund der in der Verordnung enthaltenen Übergangsregelungen ist sie jedoch bereits heute zu berücksichtigen. Nach der EuErbVO unterliegt die Erbfolge künftig grundsätzlich dem Recht des Staates, in dem der Erblasser seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt hatte. Das Recht der Staatsangehörigkeit findet nur noch Anwendung, wenn der Erblasser eine dahingehende Rechtswahl getroffen hat. Sonderregeln gelten nach Art. 24 EuErbVO für Testamente und nach Art. 25 EuErbVO für Erbverträge. Der folgende Beitrag gibt – unter Ausklammerung prozessualer Fragestellungen und des neu eingeführten Europäischen Nachlasszeugnisses (ENZ)² – einen Überblick über die kollisionsrechtlichen Bestimmungen der Verordnung (Art. 20-38 EuErbVO), insbesondere über die künftige kollisionsrechtliche Behandlung letztwilliger Verfügungen.

I. Vorbemerkungen

Im Bereich des Erbrechts gab es in Europa neben dem Haager Übereinkommen vom 5.10.1961 über das auf die Form letztwilliger Verfügungen anzuwendende Recht bisher nur das Haager Übereinkommen über das auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anzuwendende Recht vom 1.8.1989, das von den Niederlanden in das eigene Internationale Privatrecht übernommen worden war, als Staatsvertrag jedoch nie in Kraft getreten ist. Als bilaterale Übereinkommen gelten

für Deutschland der Deutsch-Türkische Konsularvertrag vom 28.5.1929, der Deutsch-Sowjetische Konsularvertrag vom 25.4.1958 sowie das Deutsch-Iranische Niederlassungsabkommen vom 17.2.1929.³ Diese Staatsverträge bleiben nach Art. 75 Abs. 1 EuErbVO mit ihren von der EuErbVO abweichenden Regelungen vorrangig, da die Mitgliedsstaaten ihren völkerrechtlichen Verpflichtungen weiter nachkommen müssen. Ob seitens Deutschlands eine Kündigung der Abkommen erfolgen kann und wird, bleibt abzuwarten.

Die EuErbVO gilt gemäß Art. 288 Unterabs. 2 AEUV grundsätzlich für alle EU-Staaten, allerdings nicht für Großbritannien, Irland und Dänemark, da diese Staaten von

¹ Bei der Verwendung der deutschen Textfassung ist die Berichtigung vom 12.2.2013, veröffentlicht im AbIEU Nr. L 41 vom 12.2.2013, S. 16, zu beachten, durch die ein Übersetzungsfehler in Art. 83 Abs. 3 EuErbVO bereinigt werden musste.

² Siehe hierzu z. B. *Buschbaum/Simon*, ZEV 2012, 525; *Wilsch*, ZEV 2012, 530; *Vollmer*, RPfleger 2013, 421, 430.

³ Hierzu siehe z. B. *Haas in Süß*, Erbrecht in Europa, § 1 Rdnr. 18 ff.; *Schotten/Schmellenkamp*, Das IPR in der notariellen Praxis, Rdnr. 263 ff.

der Möglichkeit des Opt-out Gebrauch gemacht haben (Großbritannien und Irland) bzw. nicht von ihrer Möglichkeit des Opt-in (Dänemark) Gebrauch machen werden, siehe Art. 1 und 2 des Protokolls Nr. 21 zum EUV und AEUV bzw. des Protokolls Nr. 22 und die Erläuterungen Nr. 82 und 83 zur EuErbVO. Soweit in der EuErbVO von Mitgliedsstaaten die Rede ist, sind hierunter diese Länder nicht zu verstehen, sie bilden im Sinne der Verordnung vielmehr Drittstaaten.

Die EuErbVO ist der vorläufige Schlusspunkt einer über 10-jährigen Entwicklung,⁴ die mit der im Auftrag der Europäischen Kommission vom DNotf im Jahre 2002 vorgelegten Studie „Internationales Erbrecht in der EU“ ihren Anstoß gefunden hat. Nächste Zwischentappe war das Grünbuch der Kommission vom 1.3.2005. Am 14.10.2009 legte die Kommission einen Verordnungsvorschlag vor, dem am 13.2.2011 ein Berichtsentwurf des Berichterstatters für den Rechtsausschuss des Europäischen Parlaments, Notar a. D. Kurt Lechner, folgte. Nach weiteren sehr engagierten Diskussionen und – teilweise sehr eiligen – Änderungen wurde die Verordnung durch das Europäische Parlament in erster Lesung am 13.3.2012 angenommen und schließlich durch den Rat der EU-Justizminister am 7.6.2012 beschlossen. Die Veröffentlichung der EuErbVO im Amtsblatt erfolgte am 27.7.2012, so dass sie nach Art. 84 EuErbVO am 16.8.2012 in Kraft getreten ist und ab 17.08.2015 gilt. Entscheidend ist nach Art. 83 Abs. 1 EuErbVO dabei der Todeszeitpunkt. Für vor dem 17.8.2015 verstorbene Personen bleibt es bei den bisherigen Regelungen, insbesondere also bei Art. 25, 26 EGBGB.

Die EuErbVO ist in sieben Kapitel gegliedert. Kapitel I: Anwendungsbereich (Art. 1-3), Kapitel II: Zuständigkeit (Art. 4-19), Kapitel III: Anwendbares Recht (Art. 20-38), Kapitel IV: Anerkennung, Vollstreckbarkeit und Vollstreckung von Entscheidungen (Art. 39-58), Kapitel V: Öffentliche Urkunden und gerichtliche Vergleiche (Art. 59-61), Kapitel VI: Europäisches Nachlasszeugnis (Art. 62-73), Kapitel VII: Allgemeine und Schlussbestimmungen (Art. 74-84). Vorangestellt ist eine ausführliche Vorbemerkung und Begründung mit insgesamt 84 Randnummern, die wichtige Auslegungshilfen bieten.

II. Anwendungsbereich, Auslegung, Vorfragen

Nach Art. 1 Abs. 1 EuErbVO ist die Verordnung auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anzuwenden. Darunter ist nach Art. 3 Abs. 1 EuErbVO jede Form des Übergangs von Vermögenswerten, Rechten und Pflichten von Todes wegen, sei es im Wege der gewillkürten Erbfolge durch eine Verfügung von Todes wegen oder im Wege der gesetzlichen Erbfolge, zu verstehen.

1. Auslegung

Die Begriffe der Verordnung sind autonom auf der Grundlage eines europäischen Begriffsverständnisses auszulegen, also losgelöst von den nationalen Rechtsordnungen unter Berücksichtigung des Wortlauts, der Entstehungsgeschichte, der Ziele und der Systematik des jeweiligen Rechtsaktes sowie der allgemeinen Rechtsgrundsätze, die sich aus der Gesamtheit der nationalen Rechtsordnungen ergeben.⁵ 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.

⁴ Zur Vorgeschichte siehe z. B. *Buschbaum/Kohler*, GPR 2010, 106.

⁵ Vgl. nur *Dörner*, ZEV 2012, 505, 507.

2. Anwendungsbereich

Art. 1 Abs. 2 EuErbVO grenzt den Anwendungsbereich der VO negativ (zur positiven Umschreibung der Reichweite des Erbstatuts in Art. 23 Abs. 2 EuErbVO, siehe unten III. 4.) ab. Von besonderer Bedeutung sind dabei folgende Bereiche:

a) Abgrenzung zum Güterrecht

Nach Art. 1 Abs. 2 lit. d EuErbVO 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 ausgeschlossen. Andererseits bestimmt Art. 23 Abs. 2 lit. b EuErbVO, dass dem Erbstatut die Nachlassansprüche des überlebenden Ehegatten oder Lebenspartners unterliegen. Die EuErbVO enthält keine Bestimmungen zur Vereinheitlichung zwischen Güterrecht und Erbrecht, sie enthält im Gegenteil überhaupt keine Regelungen zur Abgrenzung zwischen den beiden Bereichen. Diese wird damit auch künftig im Einzelfall kompliziert bleiben, zumal auch die am 18.3.2011 vorgelegten, in großen Teilen gleichlautenden Vorschläge für eine Verordnung des Rates über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und die Vollstreckung von Entscheidungen im Bereich des Ehegüterrechts (KOM 2011/126 endg.) sowie für eine Verordnung des Rates über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen im Bereich des Güterrechts eingetragener Partnerschaften (KOM 2011/127 endg.)⁶ hierzu keine Aussagen treffen. Die klassischen kollisionsrechtlichen Probleme wie etwa des § 1371 BGB (Zusammentreffen deutschen Güterrechtsstatuts mit ausländischem Erbstatut)⁷ werden bestehen bleiben, wobei es nach bisheriger fast einhelliger Auffassung in der deutschen Literatur auch unter Geltung der EuErbVO und deren autonomer Auslegung bei einer güterrechtlichen Qualifikation des § 1371 BGB bleiben soll.⁸ Allgemein kann auch künftig 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 und im Hinblick darauf, dass nach dem hypothetischen Willen des Verstorbenen eine erbrechtliche Verteilung an nahe Angehörige erfolgen soll, gewähren, erbrechtlich zu qualifizieren sind. Erbrechtliche Begünstigungen sind ferner in der Regel unabhängig von einem bestimmten Güterstand. 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.⁹

Ein Gleichlauf zwischen Güterrechts- und Erbstatut wird auch künftig jedenfalls nicht automatisch eintreten. Die im Einzelfall anzustrebende Vereinheitlichung von Güterrecht und Erbrecht wird damit im internationalen Rechtsverkehr weiterhin eine vordringliche, wenn nicht aufgrund der An-

⁶ Hierzu *Döbereiner*, MittBayNot 2011, 463.

⁷ Vgl. hierzu z. B. *Palandt/Thorn*, Art. 15 EGBGB Rdnr. 26; *Schoitten/Schmellenkamp*, Das IPR in der notariellen Praxis, Rdnr. 284 ff.; *Staudinger/Dörner*, Art. 25 EGBGB Rdnr. 36; *Süß* in *Süß*, Erbrecht in Europa, § 4 Rdnr. 136.

⁸ *Dörner*, ZEV 2012, 505, 507; *Odersky*, notar 2013, 3.

⁹ Vgl. z. B. LG München I, FamRZ 1978, 364; *Staudinger/Dörner*, Art. 25 EGBGB Rdnr. 33; *Staudinger/Mankowski*, Art. 15 EGBGB Rdnr. 326; *Süß* in *Süß*, Erbrecht in Europa, § 4 Rdnr. 133.

knüpfung der Erbrechtsverordnung an den gewöhnlichen Aufenthalt im Todeszeitpunkt sogar eine noch vordringlichere Aufgabe der Rechtsgestaltung bleiben.

b) Unentgeltliche Zuwendungen

Unentgeltliche Zuwendungen sind nach Art. 1 Abs. 2 lit. g EuErbVO vom Anwendungsbereich der EuErbVO ausgenommen. Für sie gilt die Rom-I-Verordnung (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. Art. 23 Abs. 2 lit. i EuErbVO stellt hierzu allerdings klar, dass die Ausgleichung und Anrechnung unentgeltlicher Zuwendungen im Erbfall vom Erbstatut geregelt wird. Das Gleiche gilt für den verfügbaren Teil des Nachlasses und die Pflichtteile nach Art. 23 Abs. 2 lit. h EuErbVO. Zur Behandlung der Schenkung auf den Todesfall und von Verträgen zugunsten Dritter auf den Todesfall vgl. noch in Teil II des Beitrages.

c) Gesellschaftsrechtsrechtliche Nachfolgeklauseln

Fragen des Gesellschaftsrechts wie Klauseln im Errichtungsakt oder in der Satzung der Gesellschaft, die das Schicksal der Anteile verstorbener Gesellschafter regeln, werden nach Art. 1 Abs. 2 lit. g EuErbVO nicht von der Verordnung erfasst. Das Gesellschaftsstatut bestimmt also, ob ein Gesellschaftsanteil vererblich ist und in den Nachlass fällt. Ist der Anteil nach dem Gesellschaftsstatut vererblich, so bestimmt das Erbstatut, auf wen der Anteil von Todes wegen übergeht.¹⁰ Für die anschließend ggf. erforderliche dingliche Übertragung, zum Beispiel vom Erben auf einen Vermächtnisnehmer, gilt das Sachstatut.¹¹ Für Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche gilt nach Art. 23 Abs. 2 lit. h EuErbVO wiederum das Erbstatut.

d) Abgrenzung zum Sachenrecht

Bei der Entwicklung der EuErbVO war die Abgrenzung zwischen Erbrecht und Sachenrecht heftig umstritten. Dies ist auch nach Inkrafttreten der Verordnung so geblieben. Die endgültige Fassung der Verordnung wurde in diesem Bereich teilweise erst am Ende und in großer Eile im Wege eines politischen Kompromisses gefunden, um das Projekt daran nicht scheitern zu lassen. Nicht zuletzt aus diesem Grund ist der Text der Verordnung leider alles andere als eindeutig und voller Brüche und Widersprüche.

Nach zutreffender Auffassung¹² bestimmt nach geltendem deutschem IPR das Erbstatut, ob es aufgrund des Todes zu einer Änderung der dinglichen Rechtszuordnung kommt. Wie sich dieser Übergang vollzieht, ob also z. B. eine Auflassung oder Eintragung im Grundstücksregister erforderlich ist, bestimmt dagegen die „lex rei sitae“. Dies gilt insbesondere für Vindikationslegat, zum Beispiel des französischen oder italienischen Rechts, gesetzlich aufgrund des Erbfalls entstehende Nießbrauchsrechte des überlebenden Ehegatten etwa nach belgischem, französischem oder spanischem Recht, dinglich wirkende Teilungsanordnungen und Erbauseinandersetzungen. Nach bisher in Deutschland herrschender Meinung treten in allen vorgenannten Fällen die Wirkungen nicht

automatisch aufgrund des Erbfalls ein, vielmehr ist für den Rechtsübergang für Grundstücke in Deutschland eine Auflassung zu erklären bzw. für das Entstehen des Nießbrauchs eine gesonderte Bestellung erforderlich. Diese Zweiteilung der Anknüpfung stellt sicher, dass zwingende sachenrechtliche Bestimmungen am Belegenheitsort einer Sache nicht umgangen werden und keine am Ort der „lex rei sitae“ unbekannt oder ausgeschlossenen dinglichen Rechte entstehen („numerus clausus“ der Sachenrechte) können. Andernfalls würde nicht zuletzt eine Aushöhlung des in den meisten Ländern ausdifferenzierten Systems öffentlicher Register, insbesondere auch des deutschen Grundbuchs und dessen Gutgläubenswirkung, drohen.

In der EuErbVO sind nunmehr folgende Regelungen enthalten, die es aufeinander abzustimmen gilt. Nach Art. 1 Abs. 2 lit. k EuErbVO regelt die Verordnung nicht die Art der dinglichen Rechte. Die Verordnung respektiert also den numerus clausus der Sachenrechte¹³, siehe auch Nr. 18 der Erläuterungen zur EuErbVO. Ergänzend hierzu ordnet Art. 31 EuErbVO eine Anpassung ausländischer Rechtsinstitute an, wenn diese im Inland geltend gemacht werden und dem inländischen Recht fremd sind. In diesem Fall ist das betreffende dingliche Recht, soweit erforderlich und möglich, an das im Inland am ehesten vergleichbare Recht anzupassen, wobei die mit dem besagten dinglichen Recht verfolgten Ziele und Interessen und die mit ihm verbundenen Wirkungen zu berücksichtigen sind. Art. 1 Abs. 2 lit. l EuErbVO, der im Entwurf vom 14.10.2009 noch nicht enthalten war, nimmt vom Anwendungsbereich der Verordnung jede Eintragung von Rechten an beweglichen oder unbeweglichen Vermögensgegenständen in einem Register, einschließlich der gesetzlichen Voraussetzungen für eine solche Eintragung, sowie die Wirkungen der Eintragung oder der fehlenden Eintragung solcher Rechte in einem Register vom Anwendungsbereich aus. Art. 23 Abs. 2 lit. e EuErbVO bestimmt dagegen, dass der Übergang der zum Nachlass gehörenden Vermögenswerte, Rechte und Pflichten auf die Erben und ggf. die Vermächtnisnehmer vom Erbstatut geregelt wird. Art. 63 Abs. 1, Art. 69 Abs. 5 EuErbVO schließlich bestimmen, dass das Europäische Nachlasszeugnis, in das nach Art. 68 lit. m EuErbVO auch Vermögenswerte aufzunehmen sind, die einem bestimmten Vermächtnisnehmer zustehen, ein wirksames Schriftstück für die Eintragung des Nachlassvermögens in das einschlägige Register eines Mitgliedstaats darstellt, allerdings wiederum unbeschadet des Art. 1 Abs. lit. k und l der EuErbVO.

Eine Auffassung¹⁴ will Art. 23 Abs. 2 lit. e EuErbVO den Vorrang zukommen lassen, so dass sich der Rechtsübergang insbesondere bei Vermächtnissen in jedem Fall nach dem Erbstatut vollziehe, andernfalls würde sich der Anwendungsbereich der Vorschrift auf lediglich nicht registrierte Vermögensrechte beschränken. Die Bereichsausnahme des Art. 1 Abs. 2 lit. l EuErbVO spiele eine nur untergeordnete Rolle, da das Registerrecht nur die registermäßige Erfassung des Erbgangs, nicht aber den vom Erbrecht vorgesehenen Übertragungsvorgang selbst, der dem Erbstatut verbleibe, regle.

Diese Auffassung ist jedoch nicht überzeugend.¹⁵ Dies ergibt sich bereits daraus, dass sonst die Einfügung von Art. 1 Abs. 2

¹⁰ Ausführlich *Leitzen*, ZEV 2012, 520; siehe auch *Dörner*, ZEV 2012, 505, 508; *Simon/Buschbaum*, NJW 2012, 2393, 2394.

¹¹ Siehe *Leitzen*, ZEV 2012, 520, 521 f.; *Simon/Buschbaum*, NJW 2012, 2393, 2394.

¹² Vgl. nur MünchKommB/Birk, Art. 25 EGBGB Rdnr. 166 ff.; *Schotten/Schmellenkamp*, Das IPR in der notariellen Praxis, Rdnr. 331 f.; *Staudinger/Dörner*, Art. 25 EGBGB Rdnr. 48.

¹³ *Janzen*, DNotZ 2012, 485, 489.

¹⁴ *Dutta*, FamRZ 2013, 4, 12; *J. P. Schmidt*, RabelsZ 77, 2013, 1 ff.

¹⁵ So auch *Buschbaum* in Gedächtnisschrift *Hübner*, 2012, 589, 594 ff.; *Hertel*, DNotZ 2012, 688, 690; *Odersky*, notar 2013, 3; *Remde*, RNotZ 2012, 81; *Simon/Buschbaum*, NJW 2012, 2393, 2394; *Vollmer*, RPflegler 2013, 421, 426; *Wilsch*, ZEV 2012, 530; siehe auch *Dörner*, ZEV 2012, 505, 508; *Kohler/Pintens*, FamRZ 2012, 1425.

lit. 1 EuErbVO überflüssig wäre. Dass das Erbstatut nicht die Eintragung in ein Register regelt, ist selbstverständlich. Art. 1 Abs. 2 lit. 1 EuErbVO spricht außerdem ausdrücklich nicht nur von der Eintragung selbst, sondern auch von den Voraussetzungen der Eintragung. Nach deutschem Recht wird ein Eigentumsübergang aufgrund Vermächtnisses eben nur aufgrund einer Auflassung im Grundbuch eingetragen. Auch die systematische Stellung spricht dafür, Art. 1 Abs. 2 lit. 1 EuErbVO den Vorrang einzuräumen, da diese bereits den Anwendungsbereich der Verordnung regelt und Art. 23 Abs. 2 lit. e EuErbVO überhaupt nur dann zum Tragen kommen kann, wenn die Verordnung anwendbar ist. Dass Art. 23 Abs. 2 lit. e EuErbVO damit ggf. in diesem Bereich nur für Vindikationslegat an beweglichen Gegenständen gilt, wurde damit vom Ordnungsgeber so entschieden. Letztlich spricht hierfür auch, dass es im Einzelfall alles andere als eindeutig ist, ob es sich bei einem ausländischen Vermächtnis um ein Vindikations- oder Damnsationslegat handelt. Einige ausländische Rechtsordnungen verlangen zudem, schon weil ihnen das Abstraktionsprinzip fremd ist, ggf. keine weiteren Übereignungsakte vom Erben auf den Vermächtnisnehmer, dafür aber zur Ausübung der Rechte aus dem Vermächtnisgegenstand eine Besitzeinweisung oder Übergabe des Gegenstandes, siehe z. B. die „*délivrance*“ nach Art. 1014 Abs. 2 franz. CC. Würde man dem Erbstatut den Vorrang zukommen lassen, müsste im Grundbuchverkehr der Rechtspfleger am Grundbuchamt wissen bzw. entscheiden, ob nach einem anwendbaren ausländischen Erbstatut im Einzelfall ein echtes Vindikationslegat gegeben ist oder ob für die Eintragung noch weitere Akte vorzunehmen und nachzuweisen sind. Dass es den Grundbuchämtern weder möglich noch zumutbar ist, sämtliche ausländischen Rechtsordnungen dieser Welt zu kennen, liegt auf der Hand, zumal es aufgrund der künftigen Anknüpfung des Erbstatuts an den letzten gewöhnlichen Aufenthalt häufiger zum Import ausländischen Erbrechts kommen wird. Im Einzelfall müsste das Grundbuchamt die Frage durch ein – kostspieliges – Gutachten klären lassen, was sicher nicht dem Sinn der Verordnung – nämlich Erleichterung der Abwicklung grenzüberschreitender Erbfälle – entspricht.

3. Vorfragen

Die nach Art. 1 Abs. 2 EuErbVO vom Anwendungsbereich der Verordnung ausgeschlossenen Komplexe sind grundsätzlich nach den für sie geltenden Kollisionsregeln anzuknüpfen, Fragen des Bestehens einer Ehe also z. B. nach Art. 13 EGBGB und güterrechtliche Fragen nach Art. 15 EGBGB. Fraglich ist, ob dies auch gilt, wenn sie als sog. Vorfragen vorgegriffen für erbrechtliche Fragen sind oder ob im Bereich der EuErbVO nicht eine sog. unselbständige Vorfragenanknüpfung nach dem Recht der erbrechtlichen Hauptfrage sachgerechter ist. Für eine unselbständige Vorfragenanknüpfung spricht allgemein der interne Entscheidungseinklang, für eine unselbständige Anknüpfung der internationale Entscheidungseinklang.¹⁶ Im Bereich der EuErbVO wird mit beachtlichen Argumenten eine unselbständige Vorfragenanknüpfung vertreten, da sonst bei der Ausstellung eines ENZ sich zum Beispiel aufgrund der bisher fehlenden Vereinheitlichung des Güterrechts unterschiedliche Ergebnisse in den jeweiligen Mitgliedsstaaten ergeben können.¹⁷ Angesichts des eindeutigen Ausschlusses bestimmter Bereiche in Art. 1 Abs. 2 Eu-

ErbVO (siehe auch zum Beispiel Nr. 12 der Erläuterungen) scheint allerdings eine unselbständige Vorfragenanknüpfung von der Verordnung vorgegeben.¹⁸

4. Behandlung der von der Verordnung ausgenommenen, erbrechtlichen Bereiche

Aufgrund des umfangreichen Negativkatalogs in Art. 1 Abs. 2 EuErbVO sind aber auch einige Bereiche vom Anwendungsbereich der VO ausgenommen, die nach bisherigem deutschem IPR bereits erbrechtlich qualifiziert werden. So sind zum Beispiel nach Art. 1 Abs. 2 lit. j EuErbVO die Errichtung, Funktionsweise und Auflösung eines Trusts¹⁹ vom Anwendungsbereich nicht erfasst, obwohl nach bisheriger herrschender Meinung beim sog. „*testamentary trust*“ eine erbrechtliche Anknüpfung vorzunehmen ist.²⁰ Es ist zu hoffen, dass ein deutsches Ausführungsgesetz erlassen wird, das bestehende und noch auftretende Anpassungsprobleme lösen wird und ggf. jedenfalls für Deutschland den Anwendungsbereich der EuErbVO auf alle – nach deutscher Auffassung – erbrechtlich zu qualifizierenden Sachverhalte erweitern wird. Andernfalls müsste man, sofern diese Vorschriften nicht generell aufgehoben werden, in den von der Verordnung ausgenommenen erbrechtlichen Bereichen weiter Art. 25, 26 EGBGB anwenden, was zu einem seltsamen und kaum hinnehmbaren Nebeneinander der Kollisionsvorschriften führen würde. Sollten die Art. 25, 26 EGBGB aufgehoben werden und die Anwendung der EuErbVO auf alle erbrechtlich zu qualifizierenden Fragen nicht klargestellt werden, gäbe es in diesen Bereichen keinerlei Regelungen mehr.

III. Ermittlung des Erbstatuts

1. Regelanknüpfung nach Art. 21 EuErbVO

a) Allgemeines

Nach der allgemeinen Kollisionsnorm des Art. 21 Abs. 1 EuErbVO unterliegt die gesamte Rechtsnachfolge von Todes wegen dem Recht des Staates, in dem der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte. Dies gilt unabhängig davon, ob er dort auch verstorben ist, welche Staatsangehörigkeit er hatte und wo sein Nachlass belegen ist. Ein Deutscher, der seinen Lebensabend an der Côte d'Azur verbringt, wird daher nach französischem Recht beerbt. Die Anknüpfung an den letzten gewöhnlichen Aufenthalt gilt auch in reinen Drittstaatsfällen (vgl. Art. 20 EuErbVO), wobei es in solchen Fällen allerdings regelmäßig an der Zuständigkeit der Gerichte der Mitgliedsstaaten nach Art. 4 ff. EuErbVO fehlen wird. Die Vor- und Nachteile der verschiedenen erbrechtlichen Anknüpfungsmöglichkeiten (gewöhnlicher Aufenthalt bzw. Wohnsitz, Staatsangehörigkeit, Unterscheidung zwischen beweglichem und unbeweglichem Vermögen) ist eines der klassischen Diskussionsfelder des IPR. Die ausschließliche Anknüpfung an den letzten Wohnsitz galt in Europa bisher nur in Dänemark und Estland. Von Vorteil ist, dass aufgrund des grundsätzlichen Gleichlaufs der Zuständigkeit gemäß Art. 4 ff. EuErbVO und dem anwendbaren Erbrecht das zuständige Gericht in der Regel immer das eigene Sachrecht anwenden kann. Nach Nr. 37 der Erläuterungen zur EuErbVO soll die Anknüpfung an den gewöhnli-

¹⁸ Vollmer, Zerb 2012, 227, 229.

¹⁹ Deutschland hat das Haager Übereinkommen über das auf trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung vom 1.1.1992 nicht gezeichnet.

²⁰ Richters, ZEV 2012, 576, 577; Staudinger/Dörner, Art. 25 EGBGB Rdnr. 427.

¹⁶ Nach deutscher h. M. sind Vorfragen grundsätzlich selbständig anzuknüpfen, vgl. nur Schotten/Schmellenkamp, Das IPR in der notariellen Praxis, Rdnr. 49.

¹⁷ Dörner, ZEV 2012, 505, 512.

chen Aufenthalt demnach auch der Rechtssicherheit dienen und Nachlassspaltungen vermeiden, wobei letzterer Gesichtspunkt angesichts der teilweisen (Wieder-)Zulassung des „renvoi“ in Art. 34 EuErbVO nicht uneingeschränkt überzeugend ist.

b) Letzter gewöhnlicher Aufenthalt

Eine Definition des gewöhnlichen Aufenthalts fehlt in der Verordnung. Lediglich die Erläuterungen geben in Nr. 23 und 24 gewisse, wenn auch vage und wenig konkrete Anhaltspunkte.²¹ 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.²² Der gewöhnliche Aufenthalt ist also zunächst nach rein objektiven Kriterien festzulegen. Andererseits dürfte bei Fehlen jeglichen subjektiven Moments die Annahme eines gewöhnlichen Aufenthalts nur schwer zu begründen sein.²³ Eine Person kann lediglich einen einzigen gewöhnlichen Aufenthalt im Sinne der EuErbVO haben, da nicht zwei oder mehrere Erbrechte nebeneinander gelten können.²⁴ Zur Feststellung des gewöhnlichen Aufenthalts ist eine Gesamtbeurteilung der Lebensumstände des Erblassers vor seinem Tod und im Zeitpunkt seines Todes vorzunehmen. Zu berücksichtigen sind z. B. Dauer und Regelmäßigkeit des Aufenthalts des Erblassers in dem betreffenden Staat und die damit zusammenhängenden Umstände und Gründe (Erläuterungen Nr. 23). Vorausgesetzt wird in Nr. 23 und 24 der Erläuterungen eine besonders enge und verfestigte Bindung zu dem betreffenden Staat mit gewisser Beständigkeit bzw. Regelmäßigkeit und familiärem und sozialem Lebensmittelpunkt. Ist der Erblasser im Ausland verstorben, ist stets im Einzelfall zu prüfen, wie tief der Erblasser noch in seinem Ursprungsland verwurzelt war. Die Staatsangehörigkeit und die Belegenheit von Vermögensgegenständen können als Indizien berücksichtigt werden, ebenso der Bleibewille und die Absicht, sich in dem betreffenden Land zu integrieren²⁵ und der Arbeitsort. Eine Mindestverweildauer in der Vergangenheit wird nicht vorausgesetzt. Indizien können auch sein, wie häufig und von welcher Dauer die Besuche des Erblassers im Heimatstaat waren und welche Kenntnisse der ausländischen Landessprache er erworben hat.

c) Einzelfälle

Folgende Problemfälle werden europaweit in diesem Zusammenhang aktuell diskutiert, wobei die Lösung stets im Einzelfall anhand der genannten Kriterien zu ermitteln ist:

- sog. Mallorca-Rentner, also Personen, die einen Teil des Jahres im Süden, einen Teil des Jahres im Heimatland verbringen;
- Wanderarbeiter, Berufspendler, zum Beispiel Bankangestellte, die während der Woche am Finanzplatz London tätig sind, jedes Wochenende aber zurück nach Frankfurt fliegen, wo auch die Familie weiterhin wohnt;
- Grenzpendler, zum Beispiel Deutsche, die aufgrund günstiger Steuersätze in den Niederlanden wohnen, aber jeden Tag zur Arbeit nach Deutschland pendeln und auch in der Freizeit viel Zeit, zum Beispiel bei Freunden und Verwandten, in Deutschland verbringen;

- Pflegebedürftige und geschäftsunfähige Personen, die von nahen Angehörigen – um Pflegekosten zu sparen oder aufgrund „günstigerer“ Pflichtteilsquoten – ins Ausland verbracht werden (in diesen Fällen wird insbesondere auch der Umfang der Abhängigkeit des Erblassers von den Angehörigen oder dem betreuenden Pflegepersonal zu berücksichtigen sein, Missbrauchsfälle können ggf. auch über Art. 21 Abs. 2 EuErbVO gelöst werden);²⁶
- Auslandsstudenten (in der Regel kein gewöhnlicher Aufenthalt im Studienland, jedenfalls wenn und solange Rückkehrabsicht);
- Strafgefangene (in der Regel kein gewöhnlicher Aufenthalt im Inhaftierungsland);
- Profisportler, die häufig den Verein wechseln, je nach sportlicher und nicht zuletzt finanzieller Perspektive.

2. Ausnahme: offensichtlich engere Verbindung

Nach Art. 21 Abs. 2 ErbVO gilt als Erbstatut ausnahmsweise nicht das Recht am letzten gewöhnlichen Aufenthalt, wenn sich aus der Gesamtheit der Umstände ergibt, dass der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes eine offensichtlich engere Verbindung zu einem anderen Staat hatte. In diesem Fall ist auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen das Recht dieses anderen Staates anzuwenden. Der Sinn und Zweck der erst am Ende des Rechtssetzungsverfahrens aufgenommenen Bestimmung ist unklar, da bereits bei der Ermittlung des letzten gewöhnlichen Aufenthalts eine Gesamtbetrachtung aller Umstände anzustellen ist. Wenn eine engere Verbindung zu einem bestimmten Staat bestand, wird meist schon kein gewöhnlicher Aufenthalt an einem anderen Ort bestanden haben.²⁷ Auch die praktische Bedeutung von Art. 21 Abs. 2 EuErbVO ist fraglich, da die Zuständigkeit der Gerichte am letzten gewöhnlichen Aufenthalt unberührt bleibt und diese dann fremdes Recht anwenden müssten. Nr. 25 der Erläuterungen jedenfalls nennt als Beispiel einen Erblasser, der erst kurz vor seinem Tod seinen gewöhnlichen Aufenthalt verlegt hat und weiterhin engere Bindungen zu dem vorherigen Aufenthaltsstaat beibehalten hatte.

3. Rechtswahl nach Art. 22 EuErbVO

a) Allgemeines

Art. 22 Abs. 1 Satz 1 EuErbVO sieht eine eingeschränkte Rechtswahlmöglichkeit vor. Eine Person kann für die Rechtsnachfolge von Todes wegen das Recht des Staates wählen, dem sie im Zeitpunkt der Rechtswahl oder im Zeitpunkt ihres Todes angehört. Dabei ist unerheblich, ob es sich um das Recht eines Mitgliedsstaates handelt oder das Recht eines Drittstaates. Mehrstaater können nach Art. 22 Abs. 1 Satz 2 EuErbVO jede Rechtsordnung wählen, der sie angehören, nicht nur die effektive. Gehört der Testierende einem Mehrrechtsstaat an, so sind für die Ermittlung des wählbaren Rechts zusätzlich die Art. 36 und 37 EuErbVO zu beachten, so dass es in erster Linie auf das interlokale bzw. interpersonale Kollisionsrecht, hilfsweise auf die engste Verbindung abzustellen ist. Staatenlosen steht dagegen nach dem Wortlaut keine Rechtswahlmöglichkeit zur Verfügung, allerdings ist wegen Art. 75 Abs. 1 EuErbVO aus deutscher Sicht Art. 12 des New Yorker UN-Übereinkommens über die Rechtstellung der Staatenlosen vom 28.9.1954 zu beachten, so dass Staatenlose wohl das Recht ihres Wohnsitzes oder bei Fehlen eines

²¹ Kritisch daher auch *Lange*, *Zerb* 2012, 160, 162.

²² *Lehmann*, *DStR* 2012, 2085, 2087.

²³ *Odersky*, *notar* 2013, 3, 5.

²⁴ *Odersky*, *notar* 2013, 3, 5.

²⁵ *Kunz*, *GPR* 2012, 208, 211.

²⁶ *Kunz*, *GPR* 2012, 208, 211; *Odersky*, *notar* 2013, 3, 5.

²⁷ Kritisch auch *Lehmann*, *DStR* 2012, 2085, 2086; *Odersky*, *notar* 2013, 3, 5 Fn. 11.

solchen ihres (schlichten) Aufenthalts wählen können.²⁸ Die Rechtswahl muss umfassend sein, eine beschränkte Rechtswahl etwa allein für unbewegliches Vermögen, wie sie derzeit Art. 25 Abs. 2 EGBGB noch vorsieht, ist nicht zulässig. Der Sinn einer Wahl der Staatsangehörigkeit im Todeszeitpunkt wird nicht recht klar, am ehesten kommt dies noch bei einem laufenden Einbürgerungsverfahren in Betracht.²⁹ Die gewählte Rechtsordnung ist nach wohl überwiegender Auffassung konkret anzugeben, die Wahl des Rechts der Staatsangehörigkeit im Todeszeitpunkt, welche dies auch immer sein mag, ist also nicht möglich.³⁰ Eine Rechtswahl nach Art. 22 Abs. 1 EuErbVO kann auch bedingt oder befristet sein. Dies ergibt sich bereits daraus, dass der Erblasser die Rechtswahl auch ändern oder aufheben kann.³¹

b) Form der Rechtswahl

Nach Art. 22 Abs. 2 EuErbVO muss die Rechtswahl ausdrücklich in einer Erklärung in Form einer Verfügung von Todes wegen erfolgen oder sich aus den Bestimmungen einer solchen Verfügung ergeben. Damit ist nicht gemeint, dass eine Rechtswahl nur gemeinsam mit einer letztwilligen Verfügung erfolgen kann und eine isolierte Rechtswahl ausgeschlossen wäre. Es handelt sich vielmehr lediglich um eine Klarstellung zur Form.³² Da es sich auch beim gemeinschaftlichen Testament und beim Erbvertrag um letztwillige Verfügungen im Sinne der EuErbVO handelt, kann eine Rechtswahl auch dort enthalten sein.

c) Rechtswahlerklärung

Die Rechtswahl kann ausdrücklich oder konkludent erfolgen. Eine konkludente Rechtswahl kann sich z. B. aus der konkreten Nennung von Rechtsvorschriften einer bestimmten Rechtsordnung ergeben (siehe Nr. 31 der Erläuterungen zur EuErbVO), sofern auch ein diesbezügliches – wenn auch geringes – Erklärungsbewusstsein des Erblassers anzunehmen ist.³³ Bisher unter dem Stichwort „Handeln unter fremdem Recht“ behandelte Fälle können damit ggf., sofern dies zum Recht der Staatsangehörigkeit führt, durch die Annahme einer konkludenten Rechtswahl gelöst werden.³⁴

Die materielle Wirksamkeit der Rechtswahl unterliegt nach Art. 22 Abs. 3 EuErbVO dem gewählten Recht, das damit insoweit Vorwirkungen erzeugt. Das gewählte Recht wird aber in der Regel – bis jetzt³⁵ jedenfalls – keine Regelungen für eine Rechtswahl nach der EuErbVO enthalten, vgl. auch Nr. 40 der Erläuterungen. Bei der Rechtswahl handelt es sich zwar nicht selbst um eine letztwillige Verfügung,³⁶ dennoch beeinflusst diese die Erbfolge, so dass man mangels anderer Vorschriften die Regelungen des gewählten Rechts über letztwillige Verfügungen, zum Beispiel hinsichtlich Testierfähigkeit, Stellvertretung, Willensmängel oder Auslegung, analog wird anwenden

²⁸ So *Nordmeier*, GPR 2013, 148, 150.

²⁹ Kritisch auch *Wilke*, RIW 2012, 601, 605.

³⁰ *Dörner*, ZEV 2012, 505, 513; *Janzen*, DNotZ 2012, 487; *Leitzen*, ZEV 2013, 128; a. A. *Nordmeier*, GPR 2013, 148, 151; *Wilke*, RIW 2012, 601, 606.

³¹ *Leitzen*, ZEV 2013, 128, 129.

³² A. A. *Kunz*, GPR 2012, 207.

³³ *Dutta*, FamRZ 2013, 4, 8; *Leitzen*, ZEV 2012, 128, 129; *Nordmeier*, GPR 2013, 148, 152.

³⁴ Vgl. auch *Odersky*, notar 2013, 3, 5.

³⁵ Abzuwarten bleibt, ob die Mitgliedsstaaten, ggf. in Umsetzungsgesetzen zur EuErbVO, hierzu Regelungen treffen werden.

³⁶ Vgl. zu Art. 25 Abs. 2 EGBGB *Dörner*, DNotZ 1988, 88: „erbrechtliches Gestaltungsrecht“.

können.³⁷ Die Rechtswahl muss in einer wirksamen Verfügung von Todes wegen enthalten sein. Damit steht eine Rechtswahl, zum Beispiel für Testierunfähigkeit, nicht zur Verfügung.

d) Änderung und Widerruf der Rechtswahl

Die Änderung oder der Widerruf der Rechtswahl muss nach Art. 22 Abs. 4 EuErbVO den Formvorschriften für die Änderung oder den Widerruf einer Verfügung von Todes wegen entsprechen. Nicht geregelt ist die Frage, nach welchem Recht die materielle Wirksamkeit des Widerrufs oder der Änderung zu beurteilen ist.

Wird lediglich eine bestehende Rechtswahl ohne neue Rechtswahl widerrufen, so gilt nach der allgemeinen Kollisionsregel des Art. 21 EuErbVO nunmehr für den Erblasser im Todesfall wieder das Recht am letzten gewöhnlichen Aufenthalt im Todeszeitpunkt, so dass man in der bloßen Aufhebung der Rechtswahl die gleichzeitige Wahl des allgemein nach Art. 21 EuErbVO geltenden Erbstatuts sehen könnte. Da der gewöhnliche Aufenthalt im Todeszeitpunkt im Zeitpunkt der Aufhebung der Rechtswahl jedoch noch nicht feststeht, hilft eine Anknüpfung nach Art. 21 EuErbVO hier nicht weiter. Es kommen damit lediglich noch das ursprünglich gewählte Recht und das Recht am aktuellen gewöhnlichen Aufenthalt als mögliche Anknüpfungspunkte in Betracht. Die Erläuterungen zur EuErbVO deuten in Nr. 40 S. 2 darauf hin, dass für eine Rechtshandlung, mit der lediglich eine bestehende Rechtswahl aufgehoben wird, das in der zugrundeliegenden Rechtswahl gewählte Recht maßgeblich ist.

Eine Änderung einer bestehenden Rechtswahl kann (im Gegensatz zum reinen Widerruf) begriffsnotwendig nur darin liegen, dass insbesondere nach einem Staatsangehörigkeitswechsel eine neue Rechtswahl getroffen wird. Hier wird man Art. 22 Abs. 3 EuErbVO anwenden können, so dass sich die materielle Wirksamkeit der neuen Rechtswahl nach dem neuen gewählten Recht richtet, siehe wiederum auch Nr. 40 S. 1 der Erläuterungen.³⁸

4. Reichweite des Erbstatuts

Dem nach Art. 21 oder Art. 22 bezeichneten Recht unterliegt nach Art. 23 Abs. 1 EuErbVO die gesamte Rechtsnachfolge von Todes wegen. Hierzu gehören nach der Aufzählung in Art. 23 Abs. 2 EuErbVO insbesondere (also nicht abschließend) die Bestimmung der Erbteile einschließlich der Nachlassansprüche des überlebenden Ehegatten oder Lebenspartners (lit. b), die Erbfähigkeit (lit. c), die Enterbung und die Erbnunwürdigkeit (lit. d), der Übergang der zum Nachlass gehörenden Vermögenswerte, Rechte und Pflichten auf die Erben und ggf. die Vermächtnisnehmer, einschließlich der Bedingungen für die Annahme oder die Ausschlagung der Erbschaft³⁹ oder eines Vermächtnisses und deren Wirkungen (lit. e), die Rechte der Erben, Testamentvollstrecker und anderer Nachlassverwalter⁴⁰, insbesondere im Hinblick auf die Veräußerung von Vermögen und die Befriedigung der Gläubiger (lit. f), die Haftung für die Nachlassverbindlichkeiten

³⁷ A. A. *Nordmeier*, GPR 2013, 148, 153: Regeln über allgemeine Rechtsgeschäfte; wie hier bereits zu Art. 25 Abs. 2 EGBGB z. B. *MünchKommBirk*, Art. 25 EGBGB Rdnr. 33 f.; *Schotten/Schmellenkamp*, Das IPR in der notariellen Praxis, Rdnr. 294; *Staudinger/Dörner*, Art. 25 EGBGB Rdnr. 528 ff.

³⁸ A. A. *Nordmeier*, GPR 2013, 148, 154.

³⁹ Siehe hierzu noch die Sondervorschrift zur Form der Ausschlagung in Art. 28 EuErbVO.

⁴⁰ Siehe hierzu noch die Sondervorschrift für die Bestellung und die Befugnisse eines Nachlassverwalters in bestimmten Situationen in Art. 29 EuErbVO.

(lit. g), der verfügbare Teil des Nachlasses, die Pflichtteile und andere Beschränkungen der Testierfreiheit sowie etwaige Ansprüche von Personen, die dem Erblasser nahe stehen, gegen den Nachlass oder gegen den Erben (lit. h), die Ausgleichung und Anrechnung unentgeltlicher Zuwendungen (lit. i) sowie die Teilung des Nachlasses (lit. j).

5. Rück- und Weiterverweisung, Art. 34 EuErbVO

Das nach der EuErbVO maßgebliche Recht ist nach Art. 20 der Verordnung auch dann anzuwenden, wenn es sich um das Recht eines Drittstaates handelt („loi uniforme“). Bei den Verweisungen in der Verordnung handelt es sich grundsätzlich um Sachnormverweisungen, Rück- und Weiterverweisungen sind somit ausgeschlossen. Der Ausschluss von Rück- und Weiterverweisungen ist auf den ersten Blick anhand der eintretenden Rechtssicherheit zu begrüßen, hätte aber unter Umständen zur Folge, dass die Rechtsordnung eines Landes zur Anwendung kommt, das nicht Mitgliedsstaat ist und die Verweisung durch das Abkommen nicht annimmt, also selbst auf eine andere Rechtsordnung (zurück- bzw. weiter-)verweist. Der internationale Entscheidungseinklang wäre dadurch nicht gewährleistet. Art. 34 Abs. 1 EuErbVO sieht daher vor, dass Rück- oder Weiterverweisungen durch das Recht eines Drittstaates zu beachten sind, wenn und soweit die Verweisung auf das Recht eines Mitgliedsstaates oder auf das Recht eines anderen Drittstaates erfolgt, der sein eigenes Recht anwenden würde. Dies gilt wiederum nicht in den Fällen des Art. 21 Abs. 2, Art. 22 (Rechtswahl), Art. 27 (Form), Art. 28 lit. b (Ausschlagung) und Art. 30 (Besondere Regelungen). Dabei kann es auch zu einem partiellen „renvoi“ kommen, wenn z. B. das Recht eines Drittstaates nur für unbewegliches Vermögen zurückverweist. Die bekannten Probleme der Nachlassspaltung sind damit auch künftig – wenn auch wohl in geringerem Umfang – von Bedeutung.

6. Eingriffsnormen, Art. 30 EuErbVO

Eine weitere Einschränkung der allgemeinen Anknüpfung an den letzten gewöhnlichen Aufenthalt enthält Art. 30 EuErbVO. Besondere Regelungen im Recht eines Staates, in dem sich bestimmte unbewegliche Sachen, Unternehmen oder andere besondere Arten von Vermögenswerten befinden, die die Rechtsnachfolge von Todes wegen in Bezug auf jene Vermögenswerte aus wirtschaftlichen, familiären oder sozialen Erwägungen beschränken oder berühren, finden auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen Anwendung, soweit sie nach dem Recht dieses Staates unabhängig von dem auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anzuwendenden Recht anzuwenden sind. Die Vorschrift meint dabei nicht die in einem Staat geltende allgemeine kollisionsrechtliche Unterscheidung zwischen beweglichen und unbeweglichen Gegenständen;⁴¹ Art. 30 EuErbVO ist also keinesfalls mit Art. 3a Abs. 2 EGBGB gleichzusetzen. Auch Sondererbfolgen in Gesellschaftsanteile fallen nicht unter Art. 30 EuErbVO, da diese nach Art. 1 Abs. 2 lit. g EuErbVO vom Anwendungsbereich der Verordnung ausgenommen sind.⁴² Gemeint sind vielmehr zum Beispiel Besonderheiten im Landwirtschaftserbrecht wie etwa §§ 4 ff. HöfeO.

7. Mehrrechtsstaaten

Art. 36 EuErbVO enthält Vorschriften für Mehrrechtsstaaten wie Spanien oder die USA. In erster Linie bestimmen nach

Art. 36 Abs. 1 EuErbVO bei Mehrrechtsstaaten die internen Kollisionsvorschriften dieses Staates die Gebietseinheit, deren Rechtsvorschriften anzuwenden sind. Sind solche nicht vorhanden, gilt bei Maßgeblichkeit des gewöhnlichen Aufenthalts die Teilrechtsordnung, in der der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte, und bei Maßgeblichkeit der Staatsangehörigkeit die Teilrechtsordnung, zu der der Erblasser die engste Verbindung hatte.

Unterscheidet ein Staat erbrechtlich zwischen verschiedenen Personengruppen, so entscheiden nach Art. 37 EuErbVO die in diesem Staat geltenden Vorschriften, welches Recht zur Anwendung kommt. Bei Fehlen von diesbezüglichen Vorschriften ist das Rechtssystem oder das Regelwerk anzuwenden, zu dem der Erblasser die engste Verbindung hatte.

8. Ordre public

Art. 35 EuErbVO enthält den verordnungsüblichen ordre public Vorbehalt und stimmt mit den entsprechenden Regelungen in den Verordnungen Rom I und Rom II überein. Demnach darf die Anwendung einer Vorschrift des nach der Verordnung bestimmten Rechts nur versagt werden, wenn ihre Anwendung mit der öffentlichen Ordnung offensichtlich unvereinbar ist. Der Entwurf der Verordnung vom 14.10.2009 enthielt in Art. 35 Abs. 2 EuErbVO noch eine ausdrückliche Regelung, wonach eine ausländische, von der innerstaatlichen Regelung abweichende Pflichtteilsgestaltung allein keinen ordre public Verstoß darstellt. Aus der Streichung dieser Bestimmung kann jedoch nicht geschlossen werden, dass nunmehr jede ausländische, abweichende Pflichtteilsregelung potentiell gegen den inländischen ordre public verstoßen würde. Jedenfalls innerhalb der Mitgliedsstaaten, die alle ein Erb- oder Pflichtteilsrecht in irgendeiner Form kennen, dürfte eine Anwendung von Art. 35 EuErbVO von vornherein ausscheiden. Anders mag dies sein, wenn nach der EuErbVO ein Recht zur Anwendung kommt, das gar kein Pflichtteilsrecht kennt.⁴³ Zu hoffen bleibt, dass die Mitgliedstaaten nicht versuchen werden, über den Begriff des ordre public die Anwendung unliebsamer oder unbekannter Rechtsinstitute zu vermeiden.

IV. Einseitige Testamente

Art. 3 Abs. 1 lit. d EuErbVO definiert als Verfügung von Todes wegen das Testament, das gemeinschaftliche Testament und den Erbvertrag. Bei einem Testament handelt es sich dabei in Abgrenzung zum Erbvertrag um eine stets frei und uneingeschränkt einseitig widerrufliche letztwillige Verfügung; zur Abgrenzung zum Erbvertrag sowie zum gemeinschaftlichen Testament vgl. Teil II des Beitrages.

1. Form

Für die Form eines Testaments gilt vorrangig nach Art. 75 Abs. 1 EuErbVO zunächst unmittelbar das Haager Übereinkommen vom 5.10.1961 über das auf die Form letztwilliger Verfügungen anzuwendende Recht. Da jedoch nicht alle Mitgliedsstaaten der EuErbVO zugleich Mitgliedsstaaten des vorgenannten Haager Abkommens sind und zudem dieses für Erbverträge nicht gilt, enthält Art. 27 EuErbVO eine weitgehend dem Haager Testamentsabkommen entsprechende Regelung.

⁴¹ Dutta, FamRZ 2013, 4, 11; Wilke, RIW 2012, 601, 608.

⁴² Dutta, FamRZ 2013, 4, 11.

⁴³ Siehe auch Odersky, notar 2013, 3, 7.

2. Zulässigkeit und materielle Wirksamkeit

Die Zulässigkeit und die materielle Wirksamkeit einer Verfügung von Todes wegen mit Ausnahme eines Erbvertrags unterliegen nach Art. 24 Abs. 1 EuErbVO dem Recht, das nach dieser Verordnung auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anzuwenden wäre, wenn die Person, die die Verfügung errichtet hat, zu diesem Zeitpunkt verstorben wäre. Es gilt also grundsätzlich nach Art. 21 EuErbVO das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Testierenden, wobei jedoch der maßgebliche Zeitpunkt auf den Zeitpunkt der Testamentserrichtung vorverlagert ist, sog. Errichtungsstatut. Ein späterer Statutenwechsel ist damit insoweit unbeachtlich, so dass ein einmal wirksam errichtetes Testament bei einem späteren Statutenwechsel nicht unwirksam, ein unwirksam errichtetes Testament umgekehrt jedoch auch nicht wirksam wird.

In der Praxis kann die Feststellung des gewöhnlichen Aufenthalts zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung im Einzelfall schwierig sein, wenn seit der Errichtung bereits längere Zeit verstrichen ist und der Erblasser mehrmals seinen Lebensmittelpunkt verändert hat. Es ist daher zu empfehlen, in der Verfügung den derzeitigen gewöhnlichen Aufenthalt ausdrücklich zu dokumentieren.

a) Zulässigkeit

Der Begriff der Zulässigkeit einer letztwilligen Verfügung betrifft die Frage, ob eine bestimmte Verfügung von Todes wegen generell statthaft ist und als Gestaltungsmittel für die Rechtsnachfolge von Todes wegen zur Verfügung steht.⁴⁴ Hiervon nicht immer leicht zu unterscheiden ist die nach dem tatsächlichen Erbstatut zu beurteilende inhaltliche Zulässigkeit der in der letztwilligen Verfügung getroffenen Anordnungen.⁴⁵ Das einseitige Testament jedenfalls dürfte in den Mitgliedstaaten der EuErbVO und in nahezu allen Ländern der Welt grundsätzlich zulässig sein.

b) Materielle Wirksamkeit

Über die Zulässigkeit der Verfügung hinaus regelt das Errichtungsstatut die materielle Wirksamkeit des Testaments. Nach Art. 26 EuErbVO gehören zur materiellen Wirksamkeit der letztwilligen Verfügung insbesondere die Testierfähigkeit der Person, die die Verfügung von Todes wegen errichtet (lit. a), die besonderen Gründe, aufgrund deren nicht zugunsten bestimmter Personen verfügt werden darf oder aufgrund deren eine Person kein Nachlassvermögen vom Erblasser erhalten darf (lit. b), die Zulässigkeit der Stellvertretung bei der Errichtung einer Verfügung von Todes wegen (lit. c), die Auslegung der Verfügung⁴⁶ sowie Täuschung, Nötigung, Irrtum und alle sonstigen Fragen in Bezug auf Willensmängel oder Testierwillen der Person, die die Verfügung errichtet (lit. d). Zu den unter das Errichtungsstatut fallenden Willensmängeln in diesem Sinn sind auch später eintretende Veränderungen der Lebensumstände, wie zum Beispiel die spätere Nachgeburt von Kindern oder eine spätere Eheschließung, zu zählen,⁴⁷ da

sonst eine Nachfolgeplanung im Einzelfall erheblich erschwert, wenn nicht gar völlig unmöglich gemacht würde. Die Auswirkungen einer Eheauflösung nehmen hierbei eine Sonderstellung ein. Da sie häufig im Zusammenhang mit Erbverträgen eine Rolle spielen, werden sie dort behandelt, siehe Teil II des Beitrages.

3. Änderung, Widerruf

Nach Art. 24 Abs. 3 Satz 1 EuErbVO gilt Art. 24 Abs. 1 EuErbVO für die Änderung oder den Widerruf eines Testaments entsprechend. Das bedeutet zunächst, dass auch die Zulässigkeit und materielle Wirksamkeit der Änderung oder des Widerrufs eines Testaments dem Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers unterliegen. Unklar ist allerdings, welcher Zeitpunkt im Rahmen von Art. 24 Abs. 3 EuErbVO maßgeblich ist: Beurteilt sich die Zulässigkeit und materielle Wirksamkeit der Änderung bzw. des Widerrufs des Testaments nach dem Errichtungsstatut zum Zeitpunkt der Errichtung des ursprünglichen Testaments oder nach dem Errichtungsstatut zum Zeitpunkt der Änderung bzw. Widerrufs? Bei Vorliegen einer Rechtswahl nach Art. 24 Abs. 2 EuErbVO unterliegen die Änderung oder der Widerruf des Testaments (nicht der Rechtswahl) nach Art. 24 Abs. 3 Satz 2 EuErbVO jedenfalls ausdrücklich dem gewählten Recht, also dem Errichtungsstatut des in Frage stehenden Testaments. Auch bei einem Erbvertrag werden nach der ausdrücklichen Regelung in Art. 25 Abs. 1 bzw. Abs. 2 EuErbVO die Voraussetzungen für seine Auflösung vom Errichtungsstatut geregelt. Um eine einheitliche und in sich schlüssige Behandlung der verschiedenen Fälle sicherzustellen, wird man zunächst in jedem Fall die Widerruflichkeit einer letztwilligen Verfügung allgemein deren Errichtungsstatut unterstellen müssen.⁴⁸ Hinsichtlich der materiellen Wirksamkeit eines Widerrufs ist danach zu differenzieren, ob lediglich eine widerrufende Verfügung getroffen wird oder ob im Zusammenhang damit eine neue letztwillige Verfügung errichtet wird. Soweit die Widerrufswirkung bezüglich des früheren Testaments in Frage steht, ist das Errichtungsstatut des ursprünglichen Testaments maßgeblich, soweit die Wirksamkeit der neuen Anordnungen betroffen ist, ist das im Zeitpunkt der Errichtung der neuen letztwilligen Verfügung anwendbare Erbstatut berufen. Hat das Errichtungsstatut etwa durch einen Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts im Zeitraum zwischen den beiden Akten gewechselt, so ist theoretisch denkbar, dass eine neue Verfügung von Todes wegen zwar ein vorher errichtetes Testament beseitigt, die dort neu getroffenen Anordnungen jedoch unwirksam sind.

4. Rechtswahlmöglichkeiten im Testament

In einem einseitigen Testament ergeben sich folgende Rechtswahlmöglichkeiten, wobei in der Praxis klargestellt werden sollte, von welcher Möglichkeit Gebrauch gemacht werden soll.

a) Wahl des Errichtungs- und des Erbstatuts nach Art. 24 Abs. 1 i. V. m. Art. 22 EuErbVO

Nach Art. 24 Abs. 1 EuErbVO entscheidet über die Zulässigkeit und materielle Wirksamkeit des Testaments das Errichtungsstatut. Die Vorschrift verweist damit zunächst auf Art. 21 EuErbVO, also grundsätzlich auf das Recht des Staates, in dem der Erblasser seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Der Testierende kann abweichend von Art. 21 EuErbVO bereits vor Abschluss des jetzt in Frage stehenden Testaments, zum

⁴⁴ So *Staudinger/Dörner*, Art. 25 Rd. 246; *MünchKomm/Birk*, Art. 26 Rdnr. 17.

⁴⁵ Vgl. *Staudinger/Dörner*, Art. 25 EGBGB Rdnr. 245 f., 256, Art. 26 EGBGB Rdnr. 68, 73; *MünchKomm/Birk*, Art. 26 EGBGB Rdnr. 17 f.

⁴⁶ Zum Vergleich: Zu Art. 25, 26 EGBGB wird weitgehend vertreten, die Auslegung der Verfügung richte sich nach dem tatsächlichen Erbstatut, vgl. z. B. *MünchKomm/Birk*, Art. 26 EGBGB Rdnr. 90; *Staudinger/Dörner*, Art. 25 EGBGB Rdnr. 262.

⁴⁷ Nach einer verbreiteten Ansicht im deutschen IPR ist insoweit zu unterscheiden, so *Erman/Hohloch*, Art. 26 EGBGB Rdnr. 28; *Staudinger/Dörner*, Art. 25 EGBGB Rdnr. 252, 310.

⁴⁸ So auch *Dutta*, *FamRZ* 2013, 4, 10.

Beispiel in einem früheren Testament, nach Art. 22 EuErbVO das Recht seiner Staatsangehörigkeit gewählt haben. Er kann eine solche Rechtswahl auch anlässlich der jetzigen Testamentserrichtung treffen. Diese Rechtswahl bestimmt damit zunächst das im späteren Todeszeitpunkt tatsächlich anwendbare Erbstatut. Sie ist jedoch auch im Rahmen der Ermittlung des auf das Testament anwendbaren Rechts nach Art. 24 Abs. 1 EuErbVO zu beachten, da sie gerade das Recht festlegt, das anwendbar wäre, wenn der Verfügende zu dem Zeitpunkt verstorben wäre, in dem die Verfügung errichtet wurde. Da es für die im Rahmen von Art. 24 EuErbVO zu beurteilenden Umstände immer um das Errichtungsstatut geht, kann insoweit die im Zeitpunkt des Todes maßgebliche Staatsangehörigkeit des Erblassers keine Rolle spielen, so ausdrücklich auch Nr. 51 der Erläuterungen zur EuErbVO. Eine Änderung des Errichtungsstatuts durch einen Wechsel der Staatsangehörigkeit ist bereits begrifflich ausgeschlossen. Nach Art. 24 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 22 EuErbVO kann also der Erblasser für alle vom Errichtungsstatut umfassten Fragen das Recht seiner Staatsangehörigkeit im Zeitpunkt der Testamentserrichtung wählen.

Fraglich und im Einzelfall zweifelhaft wird sein, ob ein Erblasser, der allgemein, wie es zumindest in privatschriftlichen Testamenten in der Praxis zu erwarten sein wird, „das deutsche Recht“ wählt, dadurch außer einer Rechtswahl nach Art. 22 EuErbVO auch zugleich eine Rechtswahl bezüglich des Errichtungsstatuts treffen wollte. Im Zweifel wird ein Erblasser, der eine Rechtswahl trifft, von der Vollumfänglichkeit seiner Wahl ausgehen und nicht zwischen den Rechtswahlmöglichkeiten unterscheiden.

b) Isolierte Wahl des Errichtungsstatuts nach Art. 24 Abs. 2 EuErbVO

Nach Art. 24 Abs. 2 EuErbVO kann der Testierende aber ungeachtet des Absatzes 1 für die Zulässigkeit und die materielle Wirksamkeit des Testaments das Recht wählen, das er nach Art. 22 EuErbVO unter den darin genannten Bedingungen hätte wählen können. Der Erblasser kann also mittels Rechtswahl nur für sein Testament – also ohne Bestimmung des im Todeszeitpunkt maßgeblichen Erbstatuts – eine bestimmte Rechtsordnung, die ihm zum Beispiel hinsichtlich der Testierfähigkeit, späterer Auslegungsfragen oder Fragen von Willensmängeln entgegenkommt, zur Anwendung berufen. Auch hier gilt, dass eine Wahl des Rechts der im Todeszeitpunkt maßgeblichen Staatsangehörigkeit ausgeschlossen ist, da es

sonst zu einem – logischerweise ausgeschlossenen – Wechsel des Errichtungsstatuts kommen könnte. Die Rechtswahl kann nur insgesamt erfolgen, also nur einheitlich für alle dem Errichtungsstatut unterliegenden Fragen, also nicht getrennt für die Zulässigkeit und die übrigen Fragen der materiellen Wirksamkeit des Testaments. Die Rechtswahl des Art. 24 Abs. 2 EuErbVO bezieht sich nur auf die nach dem Errichtungsstatut zu beurteilenden Fragen, dagegen nicht auf das spätere tatsächliche Erbstatut. Aus diesem Grund ist ein späterer Widerruf einer Rechtswahl nach Art. 24 Abs. 2 EuErbVO von vornherein ausgeschlossen⁴⁹ bzw. geht ein solcher ins Leere.

c) Isolierte Wahl des Erbstatuts nach Art. 22 EuErbVO

Die dritte Rechtswahlmöglichkeit im Testament besteht darin, dass nach der allgemeinen Vorschrift des Art. 22 EuErbVO vom Testator – ohne Wahl des Errichtungsstatuts und in Abweichung von diesem – nur das tatsächlich anwendbare Erbstatut, also das Recht, nach welchem er beerbet werden möchte, gewählt werden kann. Er kann es also für das Errichtungsstatut beim Recht des aktuellen gewöhnlichen Aufenthalts belassen und nach Art. 22 EuErbVO für das Erbstatut das Recht seiner Staatsangehörigkeit wählen. Die Ausführungen in Nr. 51 der Erläuterungen zur EuErbVO sind insoweit nicht einschlägig, da es hier gerade nicht um die Wahl des Errichtungsstatuts geht.

5. Wirkungen im Todesfall

Nicht nach dem Errichtungsstatut, sondern nach dem tatsächlichen Erbstatut richten sich dagegen der Inhalt des Testaments und dessen tatsächliche Wirkungen im Todesfall; insbesondere auch Noterb- oder Pflichtteilsrechte. Auslegungsprobleme können sich – wie bisher – ergeben, wenn in einer letztwilligen Verfügung Begriffe verwendet werden, die dem tatsächlichen Erbstatut fremd sind, und dem Testament auch keine konkludente Rechtswahl entnommen werden kann, sog. Handeln unter fremdem Recht.⁵⁰

Hinweis der Schriftleitung:

Der Beitrag wird in einem der nächsten Hefte fortgesetzt.

⁴⁹ A. A. wohl *Odersky*, notar 2013, 3, 8.

⁵⁰ Vgl. hierzu z. B. *Schotten/Schmellenkamp*, Das IPR in der notariellen Praxis, Rdnr. 51.

Die Reichweite transmortaler und postmortaler Vollmachten unabhängig von Erbfolge und Testamentsvollstreckung

– zugleich Anmerkung zum Beschluss des OLG Hamm vom 10.1.2013, I-15 W 79/12 –¹

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

Neuerdings häufen sich Beschwerdeentscheidungen² und Aufsätze³ zur Reichweite transmortaler und postmortaler Vollmachten. Das OLG Hamm hatte über einen zunächst alltäglich erscheinenden Sachverhalt zu befinden: Der transmortal Bevollmächtigte übereignete Grundbesitz, um ein Vermächtnis der Erblasserin zu erfüllen. Die Auflassung erklärte er unter Bezugnahme auf die ihm erteilte Vollmacht. Ein Erbschein war nicht vorhanden. Erst daraus, dass der Bevollmächtigte in der Auflassungsurkunde erklärte, Alleinerbe zu sein, und dies beim OLG durch Vorlage einer Kopie des privatschriftlichen Testaments bekräftigte, entstand eine knifflige juristische Situation. Das OLG nahm ihn nämlich beim Wort und verlangte die Vorlage eines Erbscheins zum Nachweis seines behaupteten Erbrechts. Als Alleinerbe sei er in die Rolle der Erblasserin als Vollmachtgeberin eingerückt. Niemand könne aber in gleicher Person Vollmachtgeber und zugleich Bevollmächtigter sein. In Einklang mit der wohl herrschenden Meinung⁴ betrachtet das OLG Hamm daher die Vollmacht als durch Konfusion erloschen. Den von der Gegenmeinung reklamierten Fortbestand der Vollmacht wertet es als Fiktion, für die auch mit Rücksicht auf den Schutz des Rechtsverkehrs kein Bedürfnis bestehe.

Juristische Brisanz gewann der Fall erst durch die Behauptung des Bevollmächtigten, Alleinerbe zu sein. Die Brisanz liegt darin, dass auch nach Auffassung des Gerichts die Vollmacht nicht durch eine solche Behauptung erlischt, sondern einzig und allein durch eine objektiv eingetretene Alleinerbschaft. Hätte also der Bevollmächtigte zur Erbfolge geschwiegen, so wäre wohl auch nach Meinung des OLG dem Eintragungsantrag stattzugeben gewesen. Auf diese merkwürdige Konsequenz führe ich den Hinweis des Gerichts zurück, es knüpfe ausschließlich an die Erklärung des Bevollmächtigten an, wolle damit jedoch die Verwendbarkeit von Vollmachten nach dem Tod des Vollmachtgebers nicht über den entschiedenen Einzelfall hinaus einschränken.

I. Die Wirkungen der Vollmacht im Außenverhältnis

Im Rechtsverkehr mit Dritten und dem Grundbuchamt, dem sog. Außenverhältnis, entfaltet die Ausübung einer transmortalen oder postmortalen Vollmacht folgende Wirkungen:

1. Bindung aller Erben

Willenserklärungen und Rechtsgeschäfte des Bevollmächtigten wirken für und gegen den/die Erben, wer immer dies ist. Die Rechtsmacht des Bevollmächtigten, die Erben zu binden, entspricht der Rechtsmacht eines prämortal Bevollmächtigten, den Vollmachtgeber zu binden. Berechtigt und verpflichtet daraus werden sämtliche Erben einschließlich etwaiger Nacherben,⁵ unabhängig davon, ob die Erbfolge durch Erbschein oder auf andere Weise bereits nachgewiesen oder dem Bevollmächtigten bekannt ist. Das auf den Nachlass beschränkte rechtsgeschäftliche Handeln des Bevollmächtigten bindet auch geschäftsunfähige und beschränkt geschäfts-

fähige Erben, ohne dass dazu die Mitwirkung gesetzlicher Vertreter und gerichtliche Genehmigung erforderlich sind.⁶

2. Entbehrlichkeit der Mitwirkung eines Testamentsvollstreckers

Hat der Erblasser Testamentsvollstreckung angeordnet, so wirken die Handlungen des Bevollmächtigten gegenüber Geschäftspartnern und gegenüber dem Grundbuchamt ohne Zustimmung des Testamentsvollstreckers für und gegen die Erben,⁷ soweit sich nicht unmittelbar aus der Vollmacht etwas anderes ergibt. Die Vollmacht besteht selbständig neben der Testamentsvollstreckung. Sie verleiht dem Bevollmächtigten eigenständige, vom Erblasser und nicht vom Testamentsvollstrecker abgeleitete Befugnisse.⁸ Im Außenverhältnis gilt dies unabhängig davon, ob der Bevollmächtigte vom Bestehen der Testamentsvollstreckung Kenntnis hat oder nicht.

¹ In diesem Heft S. 395.

² Siehe außer der hier besprochenen Entscheidung des OLG Hamm die Beschlüsse OLG München vom 26.7.2012, 34 Wx 248/12, MittBayNot 2013, 230; OLG München vom 15.11.2011, 34 Wx 388/11, MittBayNot 2012, 227 mit Anm. *Reimann*; OLG Frankfurt, Beschluss vom 29.6.2011, 20 W 168/11, DNotZ 2012, 140.

³ *Everts*, NJW 2010, 2318; *Reimann*, MittBayNot 2012, 228; *Weidlich*, MittBayNot 2013, 196; *Sagmeister*, MittBayNot 2013, 107; *Bestelmeyer*, notar 2013, 147, 161 ff.; *Zimmer*, ZEV 2013 307; *Lange*, ZEV 2013, 343, zu der hier besprochenen Entscheidung des OLG Hamm.

⁴ Weitere Nachweise dazu bei *Hausmann/Hohloch/Röthel*, Handbuch des Erbrechts, 2. Aufl. 2010, Kap. 14, Rdnr. 142.

⁵ Dies wird selten ausdrücklich erwähnt, ist aber selbstverständlich (vgl. *Staudinger/Reimann*, 2012, Vorbem. zu §§ 2197-2228 Rdnr. 64), da auch der Nacherbe zu den Erben des Erblassers zählt.

⁶ Ganz h. M., vgl. RGZ 106, 185; *Palandt/Weidlich*, 72. Aufl. 2013, Einführung vor § 2197 Rdnr. 11; *Bamberger/Roth/J. Mayer*, BGB, 3. Aufl. 2012, § 2197 Rdnr. 42; *Bamberger/Roth/Habermeier*, § 168 Rdnr. 14; *Staudinger/Reimann*, Vorbem. zu §§ 2197-2228 Rdnr. 66. Die a. A. (z. B. *Palandt/Ellenberger*, § 168 Rdnr. 4 m. w. N.) beruft sich typischerweise auf die Entscheidung des OLG Köln, NJW-RR 2001, 652, die jedoch einen besonders gelagerten Einzelfall betraf, der nicht verallgemeinerungsfähig ist. Das BGB unterwirft nur gesetzliche Vertreter gerichtlicher Aufsicht, nicht Bevollmächtigte. Der Gesetzgeber hat dies erneut durch die § 1904 Abs. 5, § 1906 Abs. 5 BGB bestätigt. Für analoge Ausdehnung dieser Vorschriften besteht kein Schutzbedürfnis, da die Erbschaft ausgeschlagen, die Vollmacht widerrufen werden kann und dafür gesetzliche Vertretung besteht oder erforderlichenfalls einzurichten ist, nach § 1896 Abs. 3 BGB auch zur Wahrnehmung von Rechten gegenüber dem Bevollmächtigten (all das übersieht *Bestelmeyer*, notar 2013, 147, 161 ff.).

⁷ Entsprechendes gilt für Nachlassverwalter und Nachlasspfleger.

⁸ Ganz h. M., vgl. BGH, WM 1962, 840; OLG München, a. a. O. (Fn. 2) m. w. N.; einschränkend nur *Staudinger/Reimann*, Vorbem. zu §§ 2197-2228 Rdnr. 68.

3. Rechtsscheinwirkung

Wie jede Vollmacht entfaltet die transmortale oder postmortale Vollmacht Rechtsscheinwirkungen gemäß den §§ 170-172 BGB. Im Rechtsverkehr spielt die Rechtsscheinwirkung der vorgelegten Vollmachtsurkunde (§ 172 i. V. m. § 171 BGB) die Hauptrolle.

Einem gutgläubigen Geschäftspartner, dem bei Vornahme des Rechtsgeschäfts die Vollmacht vorgelegt wurde, kann – mit den Worten des BGH⁹ – „weder die Nichterteilung oder die Unwirksamkeit noch das Erlöschen oder eine Einschränkung der Vollmacht entgegengehalten werden“. Guter Glaube des Geschäftspartners wird vermutet und ist nur ausgeschlossen, falls ihm ein Widerruf zugegangen¹⁰ oder die Unwirksamkeit oder das Erlöschen der Vollmacht auf andere Weise bekannt geworden oder infolge Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist (§ 173 BGB).¹¹

Diese Wirkung der Vollmacht im Außenverhältnis erstreckt sich zum einen auf die Bindung der Erben (vorstehend 1.), zum anderen auf die Entbehrlichkeit einer Mitwirkung des Testamentsvollstreckers¹² (vorstehend 2.).

II. Die Stellung des Bevollmächtigten im Innenverhältnis

Im Verhältnis zu den Erben und zu einem Testamentsvollstrecker unterliegt der Bevollmächtigte Schranken, die er bei der Entscheidung, ob und wie er die Vollmacht ausübt, zu beachten hat.

1. Widerruflichkeit der Vollmacht

Die Vollmacht erlischt, wenn die Erben oder der Testamentsvollstrecker¹³ sie widerrufen. Grundsätzlich ist die Vollmacht frei widerruflich; keinesfalls kann der Erblasser den Widerruf aus wichtigem Grund oder einseitig zulasten der Erben ausschließen.¹⁴ Der Widerruf durch einen Miterben wirkt nur für und gegen diesen; den übrigen Miterben gegenüber bleibt die Vollmacht bestehen.¹⁵

Aufgrund eines wirksamen Widerrufs ist der Bevollmächtigte verpflichtet, von der Vollmacht keinen Gebrauch mehr zu machen und die Vollmachtsurkunde zurückzugeben (§ 175 BGB), bei Widerruf nur durch einen Miterben muss er einen einschränkenden Vermerk auf der Vollmachtsurkunde gestatten.¹⁶

Falls der Bevollmächtigte ungeachtet des Widerrufs pflichtwidrig von der Vollmacht Gebrauch macht, ist der gute Glaube des Geschäftspartners an den Fortbestand der Vollmacht gemäß vorstehendem Abschnitt I. 3.) geschützt. Die Erben und der Testamentsvollstrecker sind dann an das Vertreterhandeln gebunden.

⁹ BGH, NJW 2000, 2270.

¹⁰ Vgl. *Palandt/Ellenberger*, § 172 Rdnr. 4.

¹¹ Die Kraftloserklärung der Vollmacht gemäß § 172 Abs. 2 BGB durch öffentliche Bekanntmachung nach § 176 BGB kann mangels praktischer Bedeutung vernachlässigt werden.

¹² Vgl. *Weidlich*, MittBayNot 2013, 196, 197.

¹³ Entsprechendes gilt für Nachlasspfleger (§ 1960 BGB) und Nachlassverwalter (§ 1975 BGB) – vgl. DNotI-Report 2013, 84; zum Vorrang transmortaler und postmortaler Vollmachten vor einer Nachlasspflegschaft *Everts*, NJW 2010, 2318.

¹⁴ Vgl. *Sagmeister*, MittBayNot 2013, 107, 108; *Hausmann/Hohloch/Röthel*, a. a. O. (Fn. 4), Rdnr. 138 ff.

¹⁵ Vgl. *Hausmann/Hohloch/Röthel*, a. a. O. (Fn. 4), Rdnr. 141.

¹⁶ Vgl. BGH, NJW 1990, 507.

2. Pflichten gegenüber dem Erblasser und den Erben

Weil der Bevollmächtigte seine Befugnisse vom Erblasser ableitet,¹⁷ ist er vice versa verpflichtet, die Anweisungen und Grenzen für die Ausübung der Vollmacht zu beachten, die ihm der Erblasser im Innenverhältnis – Auftrag oder Geschäftsbesorgung – ausdrücklich oder stillschweigend¹⁸ auferlegt hat, etwa dahingehend, bis zur Feststellung der Erbfolge nur unaufschiebbare Geschäfte vorzunehmen. Diese Pflicht besteht nunmehr gegenüber den Erben. Schwierig wird es für den Bevollmächtigten, falls die Weisungen des Erblassers erkennbar den Interessen der Erben zuwiderlaufen. Nach herrschender Meinung¹⁹ hat der Bevollmächtigte den Weisungen des Erblassers zu folgen, solange die Erben die Vollmacht nicht widerrufen haben. Zutreffend ist die Gegenansicht: Da nunmehr die (wirklichen) Erben die Herren des Bevollmächtigten sind, muss dieser deren Interessen Rechnung tragen, insbesondere vor wichtigen Maßnahmen, die weder eilig sind noch in der bloßen Erfüllung von Verbindlichkeiten bestehen, nach Möglichkeit Rückfrage halten.²⁰ Zudem drohen – wie Sagmeister aufgezeigt hat²¹ – pflichtteilsrechtliche und erbschaftsteuerliche Verwicklungen, falls der Bevollmächtigte interne Anweisungen des Erblassers ohne Rücksicht auf die Interessen der Erben in die Tat umsetzt.

3. Pflichten gegenüber dem Testamentsvollstrecker

Grundsätzlich bestehen die Befugnisse des Testamentsvollstreckers und des Bevollmächtigten nebeneinander. Eine im Innenverhältnis zu beachtende Einschränkung der Befugnisse des einen oder des anderen kann sich allerdings aus dem Kausalverhältnis zwischen Erblasser und Bevollmächtigtem sowie aus der Verfügung von Todes wegen ergeben. Fehlen dazu ausdrückliche Bestimmungen, so kann die zeitliche Reihenfolge zwischen Erteilung der Vollmacht und Anordnung der Testamentsvollstreckung Bedeutung gewinnen,²² wie auch Unterscheidungen danach, ob die Vollmacht transmortal oder postmortal,²³ als Vorsorgevollmacht oder als Generalvollmacht erteilt wurde.²⁴ Der Bevollmächtigte und der Testamentsvollstrecker sind einander verpflichtet, solche Einschränkungen ihres nach außen hin weiterreichenden Wirkungskreises zu beachten.

Verstößt der Bevollmächtigte gegen die vorstehend erwähnten Pflichten aus dem Innenverhältnis, so erwachsen daraus Schadensersatzansprüche der Erben und möglicherweise strafrechtliche Konsequenzen (§ 266 StGB). Beides ändert aber nichts an der Bindung des Nachlasses gegenüber einem gutgläubigen Geschäftspartner.²⁵

¹⁷ OLG München, a. a. O. (Fn. 2), m. w. N.

¹⁸ Dazu auch folgender Abschn. 3.

¹⁹ Nachweise bei *Sagmeister*, MittBayNot 2013, 107, 110 Fn. 37.

²⁰ Vgl. *Hausmann/Hohloch/Röthel*, a. a. o. (Fn. 4), Rdnr. 131-133; *MünchKommBGB/Schramm*, 2012, § 168 Rdnr. 48 f.

²¹ Näher *Sagmeister*, MittBayNot 2013, 107, 111.

²² Vgl. *Hausmann/Hohloch/Röthel*, a. a. O. (Fn. 4), Rdnr. 135.

²³ Vgl. OLG München, MittBayNot 2012, 227, 228; OLG München, MittBayNot 2013, 230.

²⁴ Vgl. *Reimann*, MittBayNot 2012, 228 unter 4.

²⁵ Näher dazu vorstehender Abschn. I. 3.

III. Prüfungsrecht und Prüfungspflicht des Grundbuchamts

1. Widerruf der Vollmacht

Das Gesetz stützt die Rechtsscheinwirkung der vorgelegten Vollmacht auf den guten Glauben des Geschäftspartners, nicht auf den guten Glauben des Grundbuchamts. Wenn die noch herrschende Meinung²⁶ gleichwohl meint, das Grundbuchamt dürfe nicht sehenden Auges einen gutgläubigen Erwerb ermöglichen, so kann daraus jedenfalls nur dann ein Recht oder eine Pflicht des Grundbuchamts abgeleitet werden, gutgläubigen Erwerb aufgrund vorgelegter transmortaler oder postmortaler Vollmacht zu verhindern, wenn es positiv weiß, dass der Vollmachtgeber, die Erben oder der Testamentsvollstrecker die Vollmacht widerrufen haben. Das Grundbuchamt ist weder berechtigt noch verpflichtet, Nachforschungen über den Widerruf der Vollmacht anzustellen, z. B. durch Rückfrage bei den (voraussichtlichen) Erben oder beim (mutmaßlichen) Testamentsvollstrecker. Es verhält sich nicht anders als bei prämortalen Vollmachten.

2. Pflichtverletzungen des Bevollmächtigten im Innenverhältnis

Das OLG München hat gemeint, das Grundbuchamt müsse Einschränkungen nachgehen, die dem Handeln des Bevollmächtigten durch Anordnung einer Testamentsvollstreckung gezogen sind. Es habe hierzu die Verfügung von Todes wegen auszulegen und dabei alle aus öffentlichen Urkunden, z. B. den beigezogenen Nachlassakten, ersichtlichen Umstände zu ermitteln.²⁷

Dies kann nur richtig sein, solange sich der Blick auf manifesten Vollmachtmissbrauch beschränkt. Jede weitergehende Recherche nach Bindungen des Bevollmächtigten infolge Testamentsvollstreckung oder kraft Anordnungen im Innenverhältnis vermischt das Innenverhältnis in unzulässiger Weise mit dem für das Grundbuchamt allein maßgeblichen Außenverhältnis.²⁸ Für die grundbuchrechtliche Prüfung einer transmortalen oder postmortalen Vollmacht gelten keine anderen Grundsätze als für die Beurteilung jeder prämortalen Vollmacht. Zutreffend hat dazu das OLG München in einem anderen Beschluß festgestellt, dass die Verletzung interner Abreden zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem nur dann eine Beanstandung rechtfertigt, wenn das Grundbuchamt sichere Kenntnis von einem Vollmachtmissbrauch hat.²⁹ Solange solche Kenntnis fehlt, sind Verstöße des Bevollmächtigten gegen Pflichten gegenüber dem Testamentsvollstrecker oder aus dem Innenverhältnis für das Grundbuchamt gleichermaßen irrelevant wie für einen Geschäftspartner.³⁰ Das Grundbuchamt ist daher weder verpflichtet noch berechtigt, Rücksprache bei den (voraussichtlichen) Erben oder beim (mutmaßlichen) Testamentsvollstrecker wegen einer Verletzung von Pflichten des Bevollmächtigten im Innenverhältnis zu halten oder entsprechende Recherchen in den Nachlassakten anzustellen.

²⁶ Vgl. den Nachweis des Streitstands bei § 892 Abs. 2 BGB in *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 352.

²⁷ OLG München, Beschluß vom 15.11.2011, 34 Wx 388/11, MittBayNot 2012, 227, 228.

²⁸ Vgl. *Weidlich*, MittBayNot 2013, 196, 197.

²⁹ OLG München, DNotZ 2013, 372, 374.

³⁰ Vgl. BGH, MittBayNot 1995, 29, 30 = NJW 1995, 250, 251; MünchKommBGB/Schramm, § 168 Rdnr. 45 ff.; *Staudinger/Schilken*, 2009, § 168 Rdnr. 32; *Sagmeister*, MittBayNot 2013, 107, 109; *Weidlich*, MittBayNot 2013, 196, 198, jeweils m. w. N.

IV. Der bevollmächtigte Alleinerbe

Seit Langem herrscht Streit darüber, ob der Bevollmächtigte Rechtsgeschäfte kraft seiner Vollmacht auch dann abschließen kann, wenn er Alleinerbe des Vollmachtgebers ist.³¹ Bereits eingangs wurde erwähnt, dass das OLG Hamm mit der herrschenden Meinung die Vollmacht als erloschen betrachtet, wenn der Bevollmächtigte Alleinerbe wird. Statt die Argumente der gegensätzlichen Ansichten zu wiederholen, scheint es mir zielführender, das Problem anhand der vorstehenden Erkenntnisse zu analysieren.

1. Materieller Restbestand der Vollmacht trotz Konfusion: Ermächtigung

In der Tat widerspricht eine Identität zwischen Vollmachtgeber – an dessen Stelle der Alleinerbe getreten ist – und Bevollmächtigtem den Regeln juristischen Denkens. Indessen haben wir in Abschnitt I. bereits festgestellt, dass der transmortal oder postmortal Bevollmächtigte nicht nur die Erben binden kann, sondern sich auch außerhalb des Wirkungskreises des Testamentsvollstreckers bewegt, also dessen Mitwirkung nicht benötigt. Wenn ein Vertreterhandeln in fremdem Namen infolge Konfusion ausscheidet, ist damit noch nicht denknotwendig diese weitere Wirkungskraft der „Vollmacht“ beseitigt.

Unterwirft der Erblasser den Alleinerben einer Testamentsvollstreckung und hinterlässt er außerdem eine transmortal oder postmortal Vollmacht, so verfolgt er damit typischerweise das Ziel, Verfügungen über Nachlassgegenstände unabhängig von der Durchführung des Nachlassverfahrens und der Erteilung des Testamentsvollstreckerzeugnisses zu ermöglichen.³² Er stellt den Bevollmächtigten nicht nur bis zur Erteilung des Testamentsvollstreckerzeugnisses, sondern bis zum Widerruf der Vollmacht durch den Testamentsvollstrecker von dessen Mitwirkung frei. Sonst müsste er die Vollmacht durch eine auflösende Bedingung begrenzen, wonach sie endet, sobald ausweislich der Nachlassakten der Testamentsvollstrecker sein Amt angenommen hat.³³

Der Wille des Erblassers, den Bevollmächtigten von der Mitwirkung des Testamentsvollstreckers zu entbinden, ist juristisch umsetzbar, indem man die Vollmacht als transmortal oder postmortal Ermächtigung versteht, außerhalb des Wirkungskreises des Testamentsvollstreckers im eigenen Namen Verfügungen über Nachlassbestandteile zu treffen. Eine solche Ermächtigung „ist wie die Vollmacht nichts anderes als Autorisation, Legitimation“.³⁴ Selbst im juristischen Sprachgebrauch wird nicht zuverlässig zwischen Vollmacht und Ermächtigung unterschieden.³⁵ Die Realisierung der Ziele des Vollmachtgebers darf angesichts dessen nicht an filigranen begrifflichen Differenzierungen scheitern. Solange die Vollmacht nichts Gegenteiliges erkennen lässt, ist entsprechend dem Willen des Vollmachtgebers eine derartige Ermächtigung der Sache nach in ihr mitenthalten. Dogmatisch beruht die Ermächtigung auf § 185 Abs. 1 BGB. Danach be-

³¹ Verneinend OLG Stuttgart, NJW 1948, 627 mit Anm. *Klaus; Lange*, ZEV 2013, 343; bejahend LG Bremen, Rpfleger 1993, 235 mit Anm. *Meyer-Stolte*.

³² Ebenso OLG München, MittBayNot 2013, 230 a. E.

³³ Um die Vollmacht brauchbar zu halten, muss der Nichteintritt der auflösenden Bedingung im Rechtsverkehr einfach nachweisbar sein. Dies ist selbst bei vorstehender Formulierung problematisch, weil zugleich mit dem Rechtsgeschäft die Nachlassakten konsultiert werden müssten.

³⁴ *Flume*, Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl. 1979, § 57 I. c), S. 905.

³⁵ Vgl. z. B. § 15 GBO.

stehen für das Handeln des Ermächtigten im eigenen Namen lediglich zwei Schranken: Es muss sich erstens auf bestimmte Gegenstände – hier den Nachlass – beschränken. Es erlaubt zweitens keine Verpflichtungsgeschäfte, sondern nur Verfügungen.³⁶

Ist also der Bevollmächtigte Alleinerbe, so kommt zwar eine Vertretung seiner selbst nicht mehr in Betracht. Falls er aber zugleich einer Testamentsvollstreckung unterworfen ist, sind seine Verfügungen über Nachlassgegenstände, zu denen er die Zustimmung des Testamentsvollstreckers bräuchte, aufgrund der typischerweise in der Vollmacht enthaltenen Ermächtigung wirksam.

Soweit die Verfügung – anders als bei einer Vermächtniserfüllung – noch eines Rechtsgrundes bedarf, kann der Alleinerbe diesen schaffen, indem er sich im eigenen Namen verpflichtet. Die Testamentsvollstreckung hindert keinen Erben, Verpflichtungen einzugehen, die er nur mit Zustimmung des Testamentsvollstreckers erfüllen kann. Gerade die Ermächtigung ist das typische Instrument, um schuldrechtlichen Pflichten nachzukommen, zu deren Erfüllung die eigene Rechtsmacht nicht ausreicht. Die dem Alleinerben wegen der Testamentsvollstreckung fehlende Verfügungsmacht kann er gemäß § 185 Abs. 1 BGB durch die vom Erblasser stammende Ermächtigung ersetzen, solange der Testamentsvollstrecker diese nicht widerrufen hat.

2. Handeln unter Berufung auf die Vollmacht und zugleich im eigenen Namen aufgrund Ermächtigung?

Gleichwohl wirkt es auf den ersten Blick konstruiert und widersprüchlich, wenn der Bevollmächtigte sich auf seine Vollmacht beruft und zugleich sein Handeln als Handeln im eigenen Namen verstanden wissen will. Näher besehen handelt es sich dabei jedoch um keinen ungewöhnlichen Vorgang. Dies wird offenkundig, falls der Bevollmächtigte Miterbe ist und unter Berufung auf seine Vollmacht ein Rechtsgeschäft in Bezug auf den Nachlass tätigt. Bekanntlich handelt er dabei nicht für die Erbengemeinschaft, denn diese ist kein selbständiges Rechtssubjekt, sondern für sämtliche Erben; das heißt: für die übrigen Miterben aufgrund seiner nicht durch Konfusion erloschenen Vollmacht, für sich selbst notwendigerweise – regelmäßig ohne dies auszusprechen – im eigenen Namen.

So hat denn auch das OLG Hamm die Auflassung, die der Alleinerbe unter Berufung auf seine nach Ansicht des Gerichts durch Konfusion erloschene Vollmacht erklärt hatte, mit Recht nicht als unwirksam qualifiziert.³⁷ Weil der Bevollmächtigte für sich in Anspruch nahm, Alleinerbe zu sein, versteht es dessen Willenserklärung zutreffend dahin, dass er die Auflassung in seiner Eigenschaft als Alleinerbe erklären wollte, also im eigenen Namen. Das OLG lässt unerwähnt, ob es zu diesem Ergebnis durch Auslegung oder Umdeutung gelangt. Wie dem auch sei, den Willen des Bevollmächtigten hat es damit zur Geltung gebracht. Denn diesem kommt es auf den erstrebten Rechtserfolg an – konkret auf den Eigentumsübergang an den Vermächtnisnehmer, gleichgültig, ob dieser durch Handeln in fremdem oder in eigenem Namen eintritt.

³⁶ Vgl. *Palandt/Ellenberger*, Einführung vor § 164 Rdnr. 13, § 185 Rdnr. 13.

³⁷ Dann hätte sich die Zwischenverfügung des Grundbuchamts nach ganz herrschender Rechtsprechung (zuletzt OLG München, MittBayNot 2013, 230 m. w. N.) nicht aufrechterhalten lassen; das Grundbuchverfahren hätte mit einer Zurückweisung des Eintragungsantrags enden müssen (a. A. nur *Schöner/Stöber*, Rdnr. 442a m. w. N.).

Sollte ihm daran gelegen sein, keineswegs Rechtswirkungen in eigener Person auszulösen, sondern einzig und allein bei anderen, so muss er einen derart atypischen Sinn seiner Erklärung durch einen entsprechenden Vorbehalt erkennbar machen. Zu Recht hat das OLG keinen derartigen Vorbehalt unterstellt, sondern den Erklärungsinhalt gemäß dem erstrebten Eigentumswechsel als Handeln im eigenen Namen interpretiert.

Zwischenergebnis: Stützt sich der Alleinerbe oder Miterbe bei Rechtsgeschäften über den Nachlass auf seine Vollmacht, so ist nach alledem sein Handeln implizit auch als Handeln im eigenen Namen zu verstehen – sogar ausschließlich als Handeln im eigenen Namen, falls er Alleinerbe ist. In dieser Eigenschaft benötigt er keine Vollmacht, denn er verfügt als Berechtigter. Eine angeordnete Testamentsvollstreckung hindert ihn nicht, sich zur Verfügung über Nachlassgegenstände zu verpflichten. Die regelmäßig in der Vollmacht enthaltene Ermächtigung befähigt ihn, gemäß § 185 Abs. 1 BGB ohne Mitwirkung des Testamentsvollstreckers bestehende und von ihm selbst begründete Verpflichtungen zu erfüllen.³⁸ Abgesehen von dieser juristischen Erkenntnis wäre auch kaum einzusehen, weshalb der Bevollmächtigte als Miterbe oder Nichterbe unabhängig von einem Testamentsvollstrecker handeln kann, als Alleinerbe dagegen nicht.³⁹

3. Wirksamkeit der durch Konfusion erloschenen Vollmacht gegenüber gutgläubigen Dritten und dem Grundbuchamt

Wie bereits in Abschnitt I. 3. dargelegt wurde, schützen die §§ 172, 171 i. V. m. § 173 BGB einen gutgläubigen Dritten, dem die Vollmachturkunde vorgelegt wird, davor, dass die Vollmacht erloschen ist. Er darf sich auf den Fortbestand der vorgelegten Vollmacht verlassen, gleichgültig, ob das Erlöschen auf Konfusion, Widerruf oder anderen Gründen beruht.⁴⁰ Diese Rechtsscheinwirkung der vorgelegten trans-mortalen oder postmortalen Vollmacht hat auch das Grundbuchamt zu beachten, nicht anders als bei prä-mortalen Vollmachten.

Die Wirkung der Vollmachtvorlage entfällt freilich, wenn der Geschäftspartner des Bevollmächtigten das Erlöschen der Vertretungsmacht bei Vornahme des Rechtsgeschäfts kennt oder kennen muss (§ 173 BGB).

Das OLG Hamm durfte die Behauptung des Bevollmächtigten, Alleinerbe zu sein, ernst nehmen und daraus den Schluss ziehen, die Vollmacht sei durch Konfusion erloschen. Aus der Sicht des Gerichts verhielt es sich ähnlich wie wenn der Bevollmächtigte Tatsachen vorträgt, die einen Widerruf der Vollmacht nahelegen. Solchen Vortrag darf es nicht übergehen. Dem Vermächtnisnehmer dagegen ist schwerlich Fahrlässigkeit vorzuwerfen, wenn er aus der behaupteten Alleinerbenstellung keinen derartigen Schluss gezogen hat. Weil das BGB auf dessen guten Glauben abstellt, ist die Auflassung an den Vermächtnisnehmer materiell wirksam.

Grundbuchrechtlich ist allerdings neben der Auflassung eine Eintragungsbewilligung erforderlich, die sich in erster Linie an das Grundbuchamt richtet; dessen guten Glauben an den

³⁸ Im Ergebnis ebenso *Weidlich*, MittBayNot 2013, 196, 199.

³⁹ Ebenso OLG München, MittBayNot 2013, 230, 231; *Weidlich*, MittBayNot 2013, 196, 199.

⁴⁰ Der gute Glaube genießt sogar dann Schutz, wenn die Vollmacht von Anfang an unwirksam war, sofern sie von einem Geschäftsfähigen erteilt wurde; vgl. BGH, NJW 2000, 2270; *Palandt/Ellenberger*, § 171 Rdnr. 1, § 172 Rdnr. 1, jeweils m. w. N.

Fortbestand der Vollmacht hat freilich der Antragsteller selbst zerstört. Unter diesem Blickwinkel erscheint es vertretbar, dass das OLG dem Vertreterhandeln keine Wirkungskraft zugemessen, sondern den Eintragungsantrag auf der Grundlage einer vom Alleinerben im eigenen Namen abgegebenen Auflassung beurteilt hat.

Hätte der Bevollmächtigte dagegen zur Erbfolge geschwiegen, wäre dem Antrag auf Eigentumsumschreibung stattzugeben gewesen, nicht anders als bei Vorlage einer prämortalen Vollmacht, für deren Erlöschen keine dem Grundbuchamt bekannten Tatsachen sprechen. Dann hätte von vornherein kein Anlass bestanden, einen Erbnachweis zu verlangen.

V. Muss der transmortal oder postmortal Bevollmächtigte die Erbfolge nachweisen?

Zur Veräußerung eines Nachlassgrundstücks ist nach § 40 Abs. 1 GBO keine Voreintragung der Erben notwendig, mithin, um der Voreintragung willen, kein Nachweis der Erbfolge. Ebenso wenig bedarf es bei Veräußerung aufgrund transmortal oder postmortaler Vollmacht einer Voreintragung der Erben oder eines Erbscheins, um dem Erwerber die Möglichkeit zu verschaffen, Unwägbarkeiten der Erbfolge durch Gutgläubigkeit gemäß §§ 892, 2366 BGB zu überwinden. Denn der Bevollmächtigte handelt stets für die wirklichen Erben, wer immer dies sein mag.⁴¹ Nur wenn der Bevollmächtigte ein Nachlassgrundstück belasten möchte, hält die herrschende Meinung eine Voreintragung der Erben und damit einen grundbuchtauglichen Erbnachweis für unentbehrlich.⁴²

Das OLG Hamm hat dies nicht verkannt. Es hat einen Erbschein nicht zur Voreintragung der Erbfolge verlangt, sondern ausschließlich zu dem Zweck, die Verfügungsbefugnis des Bevollmächtigten zur Auflassung nachzuweisen.

Dass der Bevollmächtigte – wie jeder Erbanwärter – seine Behauptung, Alleinerbe zu sein, durch einen Erbnachweis belegen muss, erscheint auf den ersten Blick plausibel. Wer dies – wie das OLG Hamm – spontan bejaht, verkennt allerdings, dass das Grundbuchamt nur solche Nachweise verlangen darf, die zur beantragten Eintragung erforderlich sind,⁴³ einen Erbschein also nur dann, wenn die darin bezeugte Erbfolge Einfluss auf die Entscheidung über den Eintragungsantrag haben kann. Um dies zu beurteilen, muss man sich die möglichen Inhalte eines Erbscheins vor Augen führen. Denkbar sind lediglich folgende Varianten:

- Der Erbschein bezeugt, dass der Bevollmächtigte Alleinerbe ist. Dann ist dem Antrag auf Eintragung des Eigentumswechsels stattzugeben, weil der Alleinerbe im eigenen Namen die Auflassung erklärt hat. Weist der Erbschein zusätzlich Testamentsvollstreckung aus, so ändert sich daran nichts, weil der Bevollmächtigte kraft des nicht erloschenen Restbestandes der Vollmacht ermächtigt ist, die Auflassung ohne Mitwirkung des Testamentsvollstreckers zu erklären.⁴⁴
- Der Erbschein bezeugt, dass ausschließlich eine oder mehrere andere Person/en Erbe/n geworden sind. Dann ist der Eigentumswechsel einzutragen, weil der Bevoll-

mächtigte alle Erben vertritt und keiner Mitwirkung eines Testamentsvollstreckers bedarf.

- Der Erbschein bezeugt, dass der Bevollmächtigte zusammen mit anderen Personen Miterbe geworden ist. Dann vertritt der Bevollmächtigte die anderen Erben und bedarf dazu keiner Mitwirkung eines Testamentsvollstreckers. In seiner Eigenschaft als Miterbe erklärt er die Auflassung im eigenen Namen und bedarf dazu aufgrund des nicht erloschenen Restbestandes seiner Vollmacht, nämlich der fortbestehenden Ermächtigung, keiner Mitwirkung eines Testamentsvollstreckers. Dem Eintragungsantrag ist stattzugeben.

Eine etwa angeordnete Nacherbfolge ändert in keiner Variante etwas am Ergebnis, weil die Ausübung der Vollmacht zugleich für und gegen die Nacherben wirkt.

Ergebnis: Die Erbfolge war nicht nur im Fall des OLG Hamm für die Entscheidung über den Eintragungsantrag bedeutungslos.⁴⁵ Die Erbfolge spielt vielmehr für die Wirksamkeit der Grundbucheklärungen des Bevollmächtigten generell keine Rolle, sobald die transmortal oder postmortal Vollmacht keine besonderen Einschränkungen enthält und man die Erklärungen eines bevollmächtigten Miterben oder Alleinerben interessengerecht auslegt. Daher bedarf es generell keines Erbnachweises. Nicht zuletzt wird mit diesem Ergebnis der Hauptzweck einer transmortalen oder postmortalen Vollmacht erreicht: Der Bevollmächtigte kann unmittelbar nach dem Erbfall handeln, ohne Prognosen über die Erbfolge, ohne auf einen Erbschein und auf die Mitwirkung der Erben oder eines Testamentsvollstreckers zu warten.

VI. Empfehlungen für die notarielle Praxis

Der Notar sucht den sichersten Weg. Fehlern⁴⁶ oder Unsicherheiten im Umgang mit einer transmortalen oder postmortalen Vollmacht kann durch Klarstellung dessen vorgebeugt werden, was sich in der Regel bereits aus interessengerechter Auslegung ergibt.

Falls abzusehen ist, dass die Befugnisse aus einer transmortalen oder postmortalen Vollmacht mit einer bereits angeordneten oder angedachten Testamentsvollstreckung konkurrieren, empfiehlt es sich, in der Vollmacht klarzustellen, dass der Bevollmächtigte auch ermächtigt ist, Verfügungen im eigenen Namen ohne Zustimmung eines Testamentsvollstreckers zu treffen. Dabei kann über die Widerruflichkeit dieser Ermächtigung gleichermaßen belehrt werden wie über die Widerruflichkeit der Vollmacht.

Bei Ausübung einer transmortalen oder postmortalen Vollmacht sollte der Bevollmächtigte nicht nur namens der Erben handeln, sondern ausdrücklich auch im eigenen Namen für den Fall, dass er Miterbe oder Alleinerbe ist. Darüber hinausgehende unnötige Erklärungen über die Erbfolge und eine Testamentsvollstreckung können eher schaden als nützen – wie der Beschluss des OLG Hamm zeigt.

⁴⁵ Ebenso ungerechtfertigt wie im Zivilprozess eine Beweiserhebung über nicht entscheidungserhebliche Tatsachen, vgl. *Zöller/Greger*, 29. Aufl. 2012, vor § 284 ZPO Rdnr. 8: „Kardinalfehler des Gerichts.“

⁴⁶ Typisch *Bestelmeyer*, notar 2013, 147, 159 ff., der ein Sonderrecht der transmortalen und postmortalen Vollmacht kreiert, wonach das Grundbuchamt verpflichtet sein soll, ohne konkrete Anhaltspunkte Nachweise ihres Nichterlöschens zu fordern sowie Nachweise, dass zu den Erben und Nacherben kein beschränkt Geschäftsfähiger zählt. In der Konsequenz wäre dann beim Einsatz prämortaler Vollmachten nachzuweisen, dass der Vollmachtgeber bis zur Vornahme des Rechtsgeschäfts geschäftsfähig und am Leben geblieben ist, denn andernfalls könnte die Vollmacht erloschen oder der Vollmachtgeber von Minderjährigen beerbt worden sein.

⁴¹ Ebenso *Lange*, ZEV 2013, 343 in Abschnitt 2.

⁴² A. A. mit beachtlichen Argumenten *Milzer*, DNotZ 2009, 325.

⁴³ Diese Selbstverständlichkeit findet in den Grundbuchkommentaren nur beiläufige Erwähnung – vgl. *Meikel/Roth*, 10. Aufl. 2008, § 35 GBO Rdnr. 18; *Denhartner*, 27. Aufl. 2010, § 35 GBO Rdnr. 35.

⁴⁴ Dazu im Einzelnen vorstehende Abschnitte IV. 1. und 2.

BUCHBESPRECHUNGEN

Jennißen (Hrsg.): WEG. 3. Aufl., Otto Schmidt, 2012. 1632 S., 119 €

Der „Jennißen“ ist noch relativ jung im Kreis der WEG-Kommentare. Will man ein neues Produkt auf einem bereits eng bestückten Markt einführen, muss man mit Besonderheiten aufwarten. Ist das Produkt austauschbar, wird es erst gar nicht angenommen. Die Autoren des von *Georg Jennißen* herausgegebenen Kommentars konnten sich bei Erscheinen der Erstauflage damit rechtfertigen, die Ersten zu sein, die das novellierte Gesetz in einem größeren Umfang bearbeitet hatten.

Das war natürlich eine dem zeitlichen Verfall unterliegende Daseinsbegründung. Und doch schafft es der Kommentar mittlerweile in die dritte Runde. Um es vorweg zu nehmen: Durchaus zu Recht und zum Vorteil des WEG-Praktikers. Die Autoren gehen nicht nur mit großem Sachverstand zu Werke, sie haben sich auch erfolgreich um die Lesbarkeit des Kommentars bemüht. Großer Wert wird auf die Auseinandersetzung mit der für die Praxis so wichtigen Rechtsprechung gelegt. Wohlthuend ist, dass hier nicht nur Leitsatz um Leitsatz aneinandergereiht wird. Der Umfang der Kommentierung erlaubt es den Autoren auch, sich mit den Hintergedanken der Rechtsprechung auseinanderzusetzen, so dass ein besseres Verständnis der rechtlichen Fragestellungen ermöglicht wird. Das Buch hat sich also einen gewissen Stand erarbeitet zwischen den kleineren Kommentaren, die als Nachschlagewerke praktisch sein mögen, und den großen Klassikern, die trotz allem neben einem „Jennißen“ auch zukünftig im Bücherregal nicht fehlen sollten.

Das Autorenteam ist nicht eben klein geraten. In ihm finden sich ausnahmslos Praktiker, eine für das WEG typische Erscheinung. Die Lehre scheint einfach nicht warm zu werden mit dem Stoff. An dem Kommentar haben Richter (*Oliver Elzer, Johannes Hogenschurz, Martin Suilmann*), Rechtsanwälte (*Georg Jennißen, Bernd Weise*), ein Ministerialbeamter (*Hendrik Schultzy*, neu im Team) und nicht weniger als vier Notare mitgewirkt (*Herbert Grziwotz, Jörn Heinemann, Thomas Krause, Maximilian Zimmer*). Ein gewisses Bemühen um einen einheitlichen Stil ist erkennbar. Gewisse Unterschiede gibt es hier gleichwohl. Das gilt leider auch für das Niveau der Bearbeitungen. Der Gesamteindruck bleibt dennoch gut. Die Themenabgrenzung der Kommentierungen untereinander war dem Herausgeber offenbar weniger wichtig. Wenn man zu einem Thema weitere Ausführungen lesen möchte, kann es sich daher lohnen, bei einer verwandten Vorschrift ein zweites Mal nachzublättern.

Wie es sich in der Literatur zum WEG derzeit gehört, wird auch in diesem Kommentar mit großem Eifer an der Arbeit des Reformgesetzgebers herumgemäkelt. Das bestätigt den erstaunlichen Spagat, den die WEG-Reform in den letzten Jahren geschafft hat: So willkommen das Gesetz in der Praxis war und so sehr es sich dort in vielerlei Hinsicht bewährt hat, so unbeliebt war es von Anfang an bei der das WEG bearbeitenden Literatur.

Auch hier sind gewisse Unterschiede bei den verschiedenen Kommentatoren feststellbar. Einige bleiben durchaus neutral (z. B. *Georg Jennißen*), andere schlagen dafür umso kräftiger zu. Für massive Kritik stehen zum Beispiel *Herbert Grziwotz* und *Jörn Heinemann* gerade. Als Beispiel seien § 5 Abs. 4 Sätze 2 und 3 WEG (neu) herausgegriffen (*Grziwotz*). „Unzutreffend“ sei die Wertung des Gesetzgebers, die Neuregelung eine „gesetzgeberische Fehlentscheidung“. Diese Kritik war bei der Schöpfung dieser Vorschriften durchaus vorhersehbar. Denn was tun § 5 Abs. 4 Sätze 2 und 3 WEG? – Sie trauen sich etwas, was im deutschen Recht selten geschieht: Deregulierung durch Verzicht auf Einzelfallgerechtigkeit. Es ging darum, Fälle herauszugreifen, bei denen auf die Zustimmung der Berechtigten nach §§ 876, 877 BGB verzichtet werden kann, obwohl eine Beeinträchtigung dieser Berechtigten nicht auszuschließen ist. Und zwar ohne Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe („gleichartig“, „unwesentlich“), die im Grundbuchverfahren keine Freude bereiten hätten. Ein solches Konzept wird zuverlässig Kritiker auf den Plan rufen, vor allem, wenn diese Kritiker sich nicht verpflichtet sehen, einen Gegenvorschlag zu unterbreiten, der das Reformziel ebenso gut erreicht. Aber vielleicht findet hier ja noch jemand das Ei des Kolumbus. Denkbar wäre es gewesen, den Grundpfandrechtsgläubigern einfach zu verbieten, für derartige Zustimmungen Bearbeitungsgebühren zu nehmen. Dann hätte es einer Beeinträchtigung ihres Schutzes vielleicht gar nicht bedurft. Wahrscheinlich hätte man es bei dieser Strategie aber nicht vermocht, der Bankenseite zu vermitteln, dass man ihnen etwas Gutes tun will. Die nun im Gesetz befindliche Lösung hat die Bankenwirtschaft dagegen akzeptiert.

Doch da ist natürlich vieles Ansichtssache. Ich darf daher zu der bereits eingangs erwähnten Bewertung zurückkommen: Der „Jennißen“ ist ein guter Kommentar, der sein hohes Niveau hält und daher eine lohnende Anschaffung für den WEG-Praktiker darstellt.

Notar Dr. *Christian Berringer*, München

Fuhrmann/Wälzholz (Hrsg.): Formularbuch Gesellschaftsrecht. Otto Schmidt, 2012. 2470 S. + CD-ROM, 149 €

Das Formularbuch Gesellschaftsrecht, herausgegeben von Dr. *Lambertus Fuhrmann* und Dr. *Eckhard Wälzholz* ist nunmehr seit einem Jahr auf dem Markt und konnte so einem umfassenden Praxistest unterzogen werden. Diesen hat es – dies sei vorweg gesagt – vollumfänglich bestanden.

An hervorragenden Formularbüchern im Gesellschaftsrecht herrscht eigentlich kein Mangel. Erwähnt seien beispielhaft

das Münchener Vertragshandbuch Gesellschaftsrecht sowie das Beck'sche Formularbuch Zivil-, Wirtschafts- und Unternehmensrecht Deutsch-Englisch von *Robert Walz*. Dieser Umstand wirft die Frage auf, warum sich der Notar gerade dieses Formularbuch (zusätzlich) anschaffen sollte. Schon ein kurzer Blick in den *Fuhrmann/Wälzholz* und erste Anwendungen in der Praxis lassen solche Zweifel jedoch verstummen. Der Wert des Buches besteht zunächst einmal darin, nicht nur die typischen Fallgestaltungen, sondern beinahe sämtliche in der Beratungs- und Beurkundungspraxis auftretenden Vorgänge abzudecken und Formulierungshilfen zu liefern.

Gegliedert ist das Buch nach Gesellschaftstypen. Neben der Aktiengesellschaft und der GmbH werden auch die Stiftung und die Personengesellschaften einschließlich der stillen Gesellschaft und der GmbH & Co. KG behandelt. Daran schließen sich Teile über Konzernverträge und Umwandlungen an. Die einzelnen Teile des Buches sind wiederum in Kapitel untergliedert, die in ihrer Logik dem „Leben“ der Gesellschaft folgen – von der Gründung über die Vertragsänderungen bis zur Liquidation. Innerhalb eines Kapitels werden alternative Vorgänge (zum Beispiel Bargründung, Sachgründung, Nachgründung) abschnittsweise dargestellt.

Jeder Abschnitt beginnt mit einer kurzen Einführung. In dieser werden die Anwendungsfälle und Besonderheiten des Vorgangs beschrieben und alternative Gestaltungsmöglichkeiten aufgezeigt. Es folgt ein Wegweiser, der dem Leser aufzeigt, welche Verträge, Erklärungen, Berichte etc. für den jeweiligen Vorgang obligatorisch oder fakultativ benötigt werden. Erst dann schließen sich die Muster an, die für jeden Vorgang nahezu vollständig sind. So werden beispielsweise bei der Gründung einer Aktiengesellschaft nicht nur Muster für Vollmachten, Satzungen, Handelsregisteranmeldungen etc. dargestellt, sondern auch für die Berechnung des Gründungsaufwands, Aktionärsmitteilungen gemäß § 20 AktG oder die Bekanntmachung über die Zusammensetzung des Aufsichtsrats. Jedes Muster beinhaltet noch einmal eine Checkliste, in der prägnant dargestellt ist, welche Form einzuhalten ist, wer handeln muss, wann das Dokument benötigt wird und welcher Inhalt zwingend und welcher lediglich fakultativ ist. Dies hilft dem Notar nicht nur dabei, nichts zu übersehen und das Beurkundungsverfahren auch unter Zeitdruck souverän gestalten zu können. Gerade die Hinweise auf zwingende und fakultative Inhalte der entsprechenden Erklärung erleichtern auch, die Muster auf den konkreten Einzelfall hin abzuändern, ohne dadurch versehentlich zwingende Erfordernisse zu unterlaufen.

Die Muster selbst sind überwiegend von hervorragender Qualität. Dafür bürgen bereits die Namen der Autoren, die alle ausgewiesene Spezialisten auf ihrem Gebiet sind. Neben den Herausgebern *Fuhrmann* (der neben *Linnerz* für das Aktien- und Konzernrecht verantwortlich zeichnet) und *Wälzholz* (der die Teile zur GmbH und zur Stiftung bearbeitet hat) sind dies vor allem *Wicke* und *Ruhwinkel* (BGB-Gesellschaft), *Heckschen* (Stille Gesellschaft), *Schwarz* (offene Handelsgesellschaft), *Lichtenwimmer* (Kommanditgesellschaften) sowie *Erkens*, *Kessler* und *Terbrack* (Umwandlungen). In der Mustersammlung finden sich nicht nur die gängigen, auch aus anderen Vertragshandbüchern bekannten Formulare, sondern auch weit über die Standardvertragsgestaltung hinausgehende Vorschläge. Aus dem Bereich des GmbH-Rechts seien hier beispielhaft hervorgehoben die Satzungen zur Familien-GmbH, Publikums-GmbH mit Beirat, gemeinnützigen GmbH und Rechtsanwalts-GmbH, die Finanzierungsverträge oder die Übertragung eines GmbH-Geschäftsanteils unter Vorbehalt eines Nießbrauchsrechts. Gerade Letztere ist eine hochkomplexe Gestaltungstätigkeit, sind doch zahlreiche mit der Übertragung verbundene Rechtsfragen, wie die Zulässigkeit von Rückforderungsrechten oder die Verteilung der Stimmrechte zwischen Gesellschafter und Nießbraucher, immer noch ungenügend durch die Rechtsprechung geklärt. *Wälzholz* gelingt es hier im Detail ausformulierte Formulierungsvorschläge zu liefern, welche die rechtlichen Schwierigkeiten nicht verschleiern, sondern aufgreifen und praxistauglich regeln. Auch Checklisten und Muster für die Anmeldung einer Zweigniederlassung einer englischen Limited sind in der Praxis überaus hilfreich, ist doch der mit der Erstellung einer solchen Anmeldung verbundene Aufwand in den

dafür entstehenden Gebühren monetär nur sehr defizitär abgebildet.

Die Formulierungsvorschläge in den Mustern werden in Anmerkungen hierzu erläutert und durch Hinweise auf gesetzliche Regelungen und Rechtsprechung ergänzt. Darüber hinaus werden die steuerlichen und kostenrechtlichen Folgen eines jeden Vorgangs im Anschluss an das jeweilige Muster kurz und prägnant dargestellt. Die steuerlichen Anmerkungen verantwortet mit *Florian Kutt* ein ausgewiesener Steuerrechtler, die kostenrechtlichen Ausführungen, die hoffentlich zeitnah auf das GNotKG aktualisiert werden, wurden mit *Diehn* von einem namhaften Kostenrechtsexperten übernommen. Im Buch enthalten ist auch eine CD-ROM, auf der sich sämtliche Muster im rtf-Format wiederfinden und von wo aus diese problemlos in ein Textverarbeitungsprogramm importiert werden können.

„Nihil est ab omni parte beatum“ und auch ein umfassend gelungenes Werk wie der *Fuhrmann/Wälzholz* könnte an der einen oder anderen Stelle bei der sicherlich bald anstehenden Neuauflage noch einmal leicht nachjustiert werden. Ginge es nach den Wünschen des Rezensenten, so stünden zum einen zwei weitere Vertragsmuster auf der Wunschliste, die in der Praxis eine nicht unbedeutende Rolle spielen. Zum einen vermisste der Rezensent eine Vorlage für eine schuldrechtliche Gesellschaftervereinbarung bei einer GmbH, wie sie typischerweise bei Beteiligung eines institutionellen Investors oder Risikokapitalgebers geschlossen wird. Im Bereich des Personengesellschaftsrecht finden sich in der Formularsammlung zwar Grundstücksverwaltungsgesellschaften und Familiengesellschaften; der klassische Anwendungsfall eines KG-Familienpools, in welchem Geschäftsführung, Vertretung und Gesellschafterrechte so weit wie möglich bei den Eltern verbleiben sollen, fehlt jedoch.

Daneben könnte an der einen oder anderen Stelle noch genauer gearbeitet werden. Etwas ärgerlich sind Kleinigkeiten, wie die Versicherung des Vorstands bei der Erstanmeldung der Aktiengesellschaft (Muster 1.11), in welcher die Vorstandsmitglieder insgesamt (nicht jeder für sich) versichern, nicht vorbestraft zu sein und sich die Versicherung zudem auf die „rechtskräftige Verurteilung“ binnen der letzten fünf Jahre erstreckt, obwohl diese Formulierung bereits zum Zeitpunkt des Redaktionsschlusses des Buches von maßgeblichen Registergerichten wie dem AG München in extensiver Auslegung des Beschlusses des BGH vom 7.6.2011, II ZB 24/10, für nicht hinreichend erachtet wurde. Auch an der einen oder anderen Vertragsformulierung lässt sich noch feilen. Ein besonders problematischer Regelungsgegenstand ist z. B. bei der Einheits-KG die Vertretungsmacht der Kommanditisten in der Gesellschafterversammlung der Komplementär-GmbH. Hier hat erst kürzlich das OLG Hamburg (Urteil vom 22.3.2013, 11 U 27/12, GmbHR 2013, 580) lapidar entschieden, dass die Rechte in der Gesellschafterversammlung der Komplementär-GmbH durch deren eigene Geschäftsführer ausgeübt werden. In Muster 27.3 regelt § 6 Abs. 2 Satz 1 dieses Problem wie folgt: „Die Rechte der Gesellschaft bei dem persönlich haftenden Gesellschafter nimmt, soweit gesetzlich zulässig, die Kommanditistenversammlung wahr.“ Grund und Grenzen dieser angeblichen Vertretungsmacht der Kommanditistenversammlung bleiben im Dunkeln; ob diese organchaftlich eingeräumt sein soll oder auf unwiderruflicher und ggf. verdrängender Vollmacht beruht, wird weder im Vertragstext selbst, noch in der Anmerkung dazu problematisiert.

Insgesamt dürfen diese klein(lich)en Bemängelungen jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass den Verfassern ein großer Wurf gelungen ist. Die Mustertexte sind für fast jede denk-

bare Gestaltung im Gesellschaftsrecht eine hervorragende Grundlage für die individuelle Vertragsgestaltung. Dank der Wegweiser, Checklisten und kostenrechtlichen Anmerkungen ist das Werk darüber hinaus auch im Vorfeld und im Nachgang zur Beurkundung ein wichtiger Begleiter. Seine An-

schaftung kann jedem Notar oder Rechtsanwalt, der nicht nur gelegentlich mit dem Gesellschaftsrecht befasst ist, uneingeschränkt empfohlen werden.

Notarassessor *Michael Gutfried*, M.Jur. (Oxford), Berlin

Scholz: GmbHG, Band I. 11. Aufl., Otto Schmidt, 2012. 1860 S., 149 € (Gesamtabnahmeverpflichtung)

Im juristischen Bereich gehört das Werk „Scholz – Kommentar zum GmbHG“ zu einem der Standardkommentare, der im Bestand einer gut sortierten rechtswissenschaftlichen Bibliothek nicht fehlen darf und für jeden deutschen Juristen ein Begriff sein sollte. Daher wurde sicherlich von vielen im Gesellschaftsrecht tätigen Rechtsanwälten, aber auch Notaren, die 11. Auflage des zu besprechenden Werks mit Spannung erwartet. Beim ersten Blick in den im Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, erschienenen Kommentar ist erkennbar, dass es teilweise zu einer Erneuerung im Bereich des Autorenkreises gekommen ist. Beispielsweise konnte neben vielen bekannten Namen aus der Rechtswissenschaft Herr Notar Dr. *Hartmut Wicke* als sehr renommierter Experte im Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung für dieses Werk gewonnen werden.

Band I des Werks „Scholz – Kommentar zum GmbHG“ umfasst 1860 Seiten. Nachdem die 10. Auflage des Werks die durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) entstandenen Neuerungen lediglich in einem Zusatzband behandelt hat, ist das MoMiG nunmehr in der 11. Auflage vollständig umgesetzt worden, was die Arbeit mit diesem Kommentar deutlich erleichtert. Band I des zu besprechenden Kommentars enthält die §§ 1 bis 34 und behandelt folglich das Gründungsrecht einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung sowie die Rechtsfragen, die im Zusammenhang mit Geschäftsanteilen bei dieser Rechtsform stehen. Zudem enthält das zu besprechende Werk einen Anhang zum Konzernrecht sowie einen Anhang über den Eintritt und Austritt von Gesellschaftern. Ferner überzeugt unter anderem die von Prof. Dr. *Volker*

Emmerich vorgenommene Darstellung der Rechtsprechung des EuGH im Hinblick auf die Sitzverlegung vom oder ins Ausland.

Bei näherer Durchsicht des gewachsenen und ausführlichen GmbH-Kommentars wird dem Leser deutlich, dass die Bearbeiter den Fokus neben der wissenschaftlichen Darstellung vornehmlich auf eine praxisrelevante Kommentierung gelegt haben. Neben der Darstellung der verschiedenen Rechtsauffassungen sind in dem Werk rechtspraktische und rechtspolitische Bewertungen sowie Reformvorschläge zu finden. Letzteres erscheint in einer Kommentierung jedoch als Fremdkörper, da der Mehrgehalt für den Praktiker wiederum nur bedingt ersichtlich ist. Etwas enttäuschend stellt es sich zudem dar, dass die Kommentierung hinsichtlich möglicher Gebühren lediglich die nach der Kostenordnung anfallenden Kosten behandelt. Zwar war beim Verfassen des Werks für die Autoren nicht mit Sicherheit erkennbar, ob das Zweite Kostenrechtsmodernisierungsgesetz tatsächlich im Jahr 2013 in Kraft tritt, dennoch hätte man anhand des Gesetzesentwurfs die neue Systematik darstellen können. Möchte man bis zum Erscheinen der 12. Auflage Fragen im Bereich des Gebührenrechts klären, ist die Durchsicht eines anderen Kommentars leider weiterhin unumgänglich.

Insgesamt lässt sich allerdings anmerken, dass die Darstellung in dem zu besprechenden Band I eine Bereicherung für den juristischen Alltag darstellt und durch ihre klare und übersichtliche Darstellung überzeugt. Die Nennung sehr vieler Fundstellen ermöglicht ferner eine ausführliche Auseinandersetzung mit einzelnen rechtlichen Fragestellungen sowohl im theoretischen als auch praxisnahen Bereich. Dieser Kommentar ist auf jeden Fall einem Rechtsanwender zu empfehlen.

Notar Dr. *Damian Najdecki*, Weiden i. d. OPf.

RECHTSPRECHUNG

Bürgerliches Recht

1. BGB § 280 Abs. 1, § 313 Abs. 1, 3 (*Schadensersatzansprüche bei Verletzung der Mitwirkungspflicht zur Vertragsanpassung*)

1. **Der Anspruch der durch eine Störung der Geschäftsgrundlage benachteiligten Partei auf Vertragsanpassung verpflichtet die andere Partei, an der Anpassung mitzuwirken. Wird die Mitwirkung verweigert, kann die benachteiligte Partei auf Zustimmung zu der als angemessen erachteten Anpassung oder unmittelbar auf die Leistung klagen, die sich aus dieser Anpassung ergibt.**
2. **Die Verletzung der Verpflichtung, an der Anpassung des Vertrages mitzuwirken, kann Schadensersatzansprüche nach § 280 Abs. 1 BGB auslösen. Zu einem Rücktritt vom Vertrag berechtigt sie die benachteiligte Partei nur unter den Voraussetzungen des § 313 Abs. 3 BGB.**

BGH, Urteil vom 30.9.2011, V ZR 17/11

Mit notariellem Vertrag vom 4.11.2008 verpflichtete sich der Beklagte, eine unvermessene Fläche „von ca. 28.699 m²“, welche auf einem dem Vertrag beigefügten Lageplan eingezeichnet ist, an die klagende Stadt zu übertragen. Als Gegenleistung übertrug die Stadt ein 28.699 m² großes Flurstück an den Beklagten. Ferner verpflichtete sie sich, einen auf einem Grundstück des Beklagten gelegenen Weg in näher bestimmtem Umfang in Bitumen herzustellen. Unter der Überschrift „Mangelhaftung“ schlossen die Parteien Rechte wegen eines Sachmangels aus und hielten ferner fest, dass wechselseitig keine Garantie für Größe, Güte und Beschaffenheit des jeweiligen Kaufgegenstandes übernommen werde.

Die Vermessung der in dem Lageplan eingezeichneten Fläche ergab eine Größe von nur 18.632 m². Die Klägerin forderte daraufhin den Beklagten, welcher zwischenzeitlich als Eigentümer der an ihn veräußerten Fläche in das Grundbuch eingetragen worden war, zu einer Anpassung des Vertrages auf. Nachdem der Beklagte weder dem Anpassungsvorschlag der Klägerin zugestimmt noch einen anderen Vorschlag unterbreitet hatte, erklärte diese im Januar 2010 den Rücktritt vom Vertrag.

Die Klägerin verlangt die Rückkauflassung des an den Beklagten übertragenen Grundstücks, hilfsweise die Zahlung von 18.120,60 € als Wertausgleich, sowie Ersatz vorgerichtlicher Anwaltskosten. Der Beklagte will im Wege der Widerklage die Verurteilung der Klägerin zur Herstellung des Weges in Bitumen erreichen.

(...)

Aus den Gründen:

I.

Das Berufungsgericht hält den Vertrag für wirksam, insbesondere die Leistung der Klägerin für ausreichend bestimmt. Die an den Beklagten zu übertragende Fläche sei anhand der mitbeurkundeten Planzeichnung eindeutig zu identifizieren. Die Klägerin sei auch nicht wegen Fehlens der Geschäftsgrundlage oder wegen eines Sachmangels berechtigt, vom Vertrag zurückzutreten. Die Rechtsfigur des Wegfalls der Geschäftsgrundlage werde durch die spezielleren Regelungen des Sachmängelrechts verdrängt. Diese begründeten im konkreten Fall aber keinen Anspruch, weil die Parteien nicht nur eine Haftung für Sachmängel ausgeschlossen, sondern ferner vereinbart hätten, dass sie wechselseitig keine Garantie für die

Größe des jeweiligen Kaufgegenstands übernehmen. Angesichts dessen könne in der Größenangabe „ca. 28.699 m²“ keine Vereinbarung einer Sollbeschaffenheit gesehen werden. Aufgrund der fortbestehenden Wirksamkeit des Tauschvertrages sei die Klägerin zu dem vereinbarten Ausbau des Weges verpflichtet. Ersatz vorgerichtlicher Anwaltskosten könne die Klägerin schon mangels zugrundeliegenden Hauptanspruchs nicht verlangen.

II.

Diese Ausführungen halten revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand.

1. Rechtsfehlerfrei nimmt das Berufungsgericht allerdings an, dass der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag nicht wegen fehlender inhaltlicher Bestimmtheit der an die Klägerin verkauften Teilfläche unwirksam ist.

Entgegen der Ansicht der Revision kommen der schriftlichen Größenangabe („ca. 28.699 m²“) im Text des Vertrages und der zeichnerischen Darstellung in dem Lageplan, die eine Fläche von nur 18.632 m² umfasst, keine gleichrangige Bedeutung mit der Folge zu, dass das Vereinbarte wegen der daraus folgenden Unbestimmtheit seines Inhalts keine Bindung zu erzeugen vermag (§§ 145, 147 BGB; vgl. Senat, Urteil vom 23.4.1999, V ZR 54/98, NJW-RR 1999, 1030; Urteil vom 23.11.2001, V ZR 282/00, WM 2002, 202). Wird bei dem Verkauf einer noch nicht vermessenen Grundstücksfläche der Vertragsgegenstand – wie hier – in der notariellen Urkunde sowohl durch eine bestimmte Grenzziehung in einem maßstabgerechten Plan als auch durch eine als ungefähr bezeichnete Flächenmaßangabe bestimmt, geht der objektive Inhalt der Verkäufer- und der Käufererklärung in der Regel dahin, dass bei Differenzen zwischen der bezifferten und der der Grenzziehung entsprechenden umgrenzten Flächengröße die Bezifferung ohne Bedeutung und die Umgrenzung allein maßgeblich ist (Senat, Urteil vom 30.1.2004, V ZR 92/03, NJW-RR 2004, 735; Urteil vom 13.6.1980, V ZR 119/79, WM 1980, 1013, 1014; Urteil vom 15.3.1967, V ZR 60/64, WM 1967, 489). So liegt es auch hier.

Der Einwand der Revision, der Klägerin sei es auf ein Tauschverhältnis 1:1 und damit auf die Größe der an sie zu übertragenden Fläche angekommen, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Die unzutreffende Vorstellung der Klägerin, die in dem Plan eingezeichnete Fläche entspreche – zumindest annähernd – der Flächenangabe im Vertragstext, ändert nichts daran, dass ihr objektiv erklärter Wille dahin ging, die in dem Plan eingezeichnete und auf dieser Grundlage zu vermessen Fläche zu erwerben. Dass diese Erklärung von einem Irrtum bei der Willensbildung beeinflusst war, ist für die Bestimmung des Leistungsgegenstands ohne Bedeutung.

2. Rechtsfehlerhaft ist aber die Auffassung des Berufungsgerichts, die Klägerin könne sich wegen dieses Irrtums nicht auf einen Wegfall der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 BGB berufen.

a) Richtig ist zwar, dass § 313 BGB im Anwendungsbereich der Sachmängelhaftung nicht herangezogen werden kann, da andernfalls die den Bestimmungen der §§ 437 ff. BGB zugrundeliegende Risikoverteilung über die Annahme einer Störung der Geschäftsgrundlage verändert würde (vgl. BGH, Urteil vom 21.2.2008, III ZR 200/07, MDR 2008, 615, 616, sowie Senat, Urteil vom 7.2.1992, V ZR 246/90, BGHZ 117,

159, 162 m. w. N. zu dem bis zum 31.12.2001 geltenden Schuldrecht). Das gilt auch dann, wenn die Voraussetzungen einer Mängelhaftung im Einzelfall – etwa aufgrund eines wirksamen Haftungsausschlusses – nicht vorliegen.

b) Allerdings besteht der Vorrang nur insoweit, als der maßgebliche Umstand überhaupt geeignet ist, Sachmängelansprüche auszulösen (vgl. Senat, Urteil vom 7.2.1992, V ZR 246/90, a. a. O., 163). Das trifft auf die Größenangabe einer unvermessenen Teilfläche im Vertragstext nicht zu, wenn die verkaufte Fläche, wie hier, auf einem maßstabsgerechten und mitbeurkundeten Plan eingezeichnet worden ist. Wie das Berufungsgericht in anderem Zusammenhang zutreffend erkennt, bestimmt sich die zu übertragende Fläche in einem solchen Fall nämlich allein nach der mitbeurkundeten Planzeichnung. Das hat zur Folge, dass sich auch die Sollbeschaffenheit des Grundstücks hinsichtlich Lage, Zuschnitt und Größe nach der Zeichnung richtet. Mit der herausgemessenen Fläche von 18.632 m² erhält die Klägerin mithin den Kaufgegenstand in der vereinbarten Beschaffenheit; ein Sachmangel liegt gerade nicht vor.

Ebenso verhielt es sich in der Entscheidung des Senats vom 30.1.2004 (V ZR 92/03, NJW-RR 2004, 735), welche Anlass für die Revisionszulassung durch das Berufungsgericht gegeben hat. Auch dort konnte die im Vertrag enthaltene Flächenangabe von 4000 m² nicht Grundlage von Sachmängelansprüchen sein, weil sich der Kaufgegenstand (einschließlich seiner Sollbeschaffenheit) allein nach der Eintragung der Fläche in einem Lageplan richtete. Vermochte die Abweichung der bezifferten von der zeichnerisch dargestellten Flächengröße aber keinen Sachmangel zu begründen, war der Rückgriff auf die Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage nicht durch die Vorschriften über die Sachmängelhaftung gesperrt.

3. a) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts steht auch der wechselseitige vertragliche Ausschluss der Sachmängelhaftung und einer Garantie für die Größe, Güte und Beschaffenheit der Grundstücke einem Anspruch wegen Störung der Geschäftsgrundlage nicht entgegen. Zwar ist § 313 BGB nicht anwendbar, wenn sich durch die Störung der Geschäftsgrundlage ein Risiko verwirklicht, das nach den vertraglichen Vereinbarungen in den Risikobereich einer der Parteien fällt (BGH, Urteil vom 21.9.2005, XII ZR 66/03, NJW 2006, 899, 901; Urteil vom 16.2.2000, XII ZR 279/97, NJW 2000, 1714, 1716; Senat, Urteil vom 1.6.1979, V ZR 80/77, BGHZ 74, 370, 373). So verhält es hier aber nicht.

Nach den im Berufungsurteil in Bezug genommenen und mangels förmlicher Gegenrüge auch für das Revisionsverfahren zugrundezulegenden Feststellungen des LG ist Geschäftsgrundlage die Annahme der Parteien bzw. die dem Beklagten erkennbar gewordene und von ihm nicht beanstandete Vorstellung der Klägerin geworden, dass die zu tauschenden Grundstücke zumindest annähernd dasselbe Flächenmaß haben. Objektiver Ausdruck dessen ist die Angabe der Größe der an die Klägerin zu übertragenden unvermessenen Fläche im Vertragstext („ca. 28.699 m²“), die der ebenfalls in den Vertrag aufgenommenen Größe des als Gegenleistung an den Beklagten zu übereignenden Grundstücks (28.699 m²) entspricht. Die maßgebliche Annahme bezieht sich dabei allerdings nicht auf eine bestimmte Beschaffenheit des einzelnen Grundstücks, sondern auf das Flächenverhältnis der Grundstücke zueinander und damit auf das Wertverhältnis von Leistung und Gegenleistung (Tauschverhältnis 1:1).

Das Risiko einer erheblichen Verschiebung dieses Äquivalenzverhältnisses – sei es zulasten der Klägerin, sei es zulasten des Beklagten, wenn die in den Plan eingezeichnete

Fläche deutlich größer als angenommen gewesen wäre – ist durch den Ausschluss jeglicher Mängelansprüche nicht der hierdurch benachteiligten Vertragspartei auferlegt worden. Einer solchen Annahme steht bereits entgegen, dass es sich bei der Differenz zwischen der bezifferten und der der Grenzziehung im Lageplan entsprechenden Flächengröße weder um einen Sachmangel noch um die Abweichung von einer bestimmten Beschaffenheit handelt (vgl. oben II. 2. b). Der Ausschluss darauf bezogener Rechte enthält also keine Aussage darüber, wer das Risiko einer Störung des angestrebten Äquivalenzverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung tragen sollte.

b) Ebenso wenig kommt es darauf an, dass die Vorstellung, die in dem Lageplan ausgewiesene Fläche entspreche 28.699 m² und damit der Größe des von der Klägerin an den Beklagten tauschweise zu übereignenden Grundstücks, auf einen Fehler im Verantwortungsbereich der Klägerin bei der Einzeichnung in den Lageplan zurückgehen dürfte. Ansprüche wegen beiderseitigen Irrtums über die für die Preisbildung maßgeblichen Umstände setzen nicht voraus, dass die Fehlvorstellung aufseiten des Anspruchstellers unverschuldet ist; auch führt der Umstand, dass eine zur Geschäftsgrundlage erhobene fehlerhafte Berechnung, Bewertung oder sonstige Einschätzung von einer der Parteien stammt, grundsätzlich nicht dazu, dass der anderen Partei eine Anpassung des Vertrages von vornherein unzumutbar wäre.

III.

Das Berufungsurteil kann demnach keinen Bestand haben; es ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Der Senat hat in der Sache selbst zu entscheiden, weil die Aufhebung des Urteils nur wegen Rechtsverletzung bei Anwendung des Gesetzes auf das festgestellte Sachverhältnis erfolgt und nach Letzterem die Sache zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO). (...)

1. Der Klägerin steht ein Anspruch auf Rückkauflassung des dem Beklagten übertragenen Grundstücks entsprechend § 346 Abs. 1 BGB zu, da sie wegen der Störung der Geschäftsgrundlage berechtigt war, den Vertrag aufzulösen.

a) Angesichts der dem Tauschvertrag zugrundeliegenden Vorstellung, beide Grundstücke seien aufgrund übereinstimmender Größe wertgleich (§ 313 Abs. 2 BGB; siehe oben zu II. 3. a) und einer Flächendifferenz von mehr als 10.000 m² – dies entspricht einer Abweichung von 35 % gegenüber der von den Parteien zugrundegelegten Größe – ist der Klägerin ein Festhalten an dem Vertrag in seiner ursprünglichen Form nicht zuzumuten, während dem Beklagten ein Abgehen von dem Vereinbarten, beispielsweise durch Rückübertragung eines der Größendifferenz entsprechenden Teils der ihm übertragenen Fläche, angesonnen werden konnte.

b) Obwohl eine Störung der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 Abs. 1 BGB in erster Linie zu einem Anspruch auf Vertragsanpassung führt, ist die Klägerin berechtigt, sich von dem Vertrag zu lösen.

aa) Dies folgt allerdings nicht schon daraus, dass der Beklagte vorprozessual die Aufforderungen zu Verhandlungen über eine Vertragsanpassung ignoriert und die Klägerin daraufhin den Rücktritt vom Vertrag erklärt hat.

(1) Zwar kann die Weigerung einer Vertragspartei, dem berechtigten Verlangen der anderen Partei auf Anpassung des Vertrags zu entsprechen, ausnahmsweise dazu führen, dass dieser ein weiteres Festhalten an dem unveränderten Vertrag unzumutbar wird und sie daher zum sofortigen Rücktritt vom Vertrag berechtigt ist. Dies kommt insbesondere in Betracht, wenn andernfalls der Vertrag unter den als unzumutbar anzu-

erkennenden Bedingungen zunächst fortgeführt wird und der Anpassungsgläubiger noch weitere Nachteile als die bereits entstandenen auf sich nehmen müsste (vgl. BGH, Urteil vom 21.11.1968, VII ZR 89/66, NJW 1969, 233, 234 für einen Bauvertrag).

Grundsätzlich besteht ein Rücktrittsrecht aber nicht allein deshalb, weil der von einer Störung der Geschäftsgrundlage Begünstigte trotz entsprechender (und berechtigter) Aufforderung die Mitwirkung an einer Vertragsanpassung verweigert. Der Rücktritt ist in § 313 Abs. 3 BGB nur nachrangig für den Fall vorgesehen, dass eine Vertragsanpassung nicht möglich oder einer der Parteien nicht (mehr) zumutbar ist (vgl. PWW/*Medicus/Stürner*, BGB, 6. Aufl., § 313 Rdnr. 25; *Erman/Hohloch*, BGB, 13. Aufl., § 313 Rdnr. 44). Angesichts der Möglichkeit, den Anpassungsanspruch gerichtlich durchzusetzen, führt die Weigerung des Begünstigten, an einer Vertragsanpassung mitzuwirken, für sich genommen nicht dazu, dass dem Benachteiligten ein weiteres Festhalten an dem Vertrag und dessen (künftige) Anpassung unzumutbar wird (vgl. AnwK/*Krebs*, BGB, § 313 Rdnr. 83, sowie *Soergel/Teichmann*, 12. Aufl., § 242 Rdnr. 268; zur praktischen Durchsetzbarkeit eines Anspruchs auf Verhandlungen siehe – für einen Vorvertrag – Senat, Urteil vom 12.5.2006, V ZR 97/05, NJW 2006, 2843, 2845 Rdnr. 26). Auch der Klägerin wäre es zumutbar gewesen, ihren Anspruch auf Anpassung des Vertrages gerichtlich durchzusetzen.

(2) Ein Rücktrittsrecht lässt sich auch nicht auf die Vorschrift des § 323 Abs. 1 BGB stützen; diese wird durch die speziellere, vorrangig auf eine Aufrechterhaltung des Vertrages gerichtete Regelung des § 313 Abs. 3 BGB verdrängt (so zu treffend *Bamberger/Roth/Unberath*, BGB, 2. Aufl., § 313 Rdnr. 91; AnwK/*Krebs*, BGB, § 313 Rdnr. 83 a. E.; a. A. *Palandt/Grüneberg*, 70. Aufl., § 313 Rdnr. 41).

bb) Auch ohne wirksamen Rücktritt kommt es aber dann zu einer von der benachteiligten Partei gewünschten Rückabwicklung des Vertrages, wenn die Gegenseite im Prozess nur die Voraussetzungen des § 313 Abs. 1 bzw. 2 BGB in Abrede stellt, ohne sich für den Fall, dass das Gericht eine Störung der Geschäftsgrundlage annehmen sollte, gegen die Rückabwicklung des Vertrages als deren Rechtsfolge zu wenden. Angesichts der Pflicht, an einer Vertragsanpassung mitzuwirken, kommt einem solchen Verhalten der objektive Erklärungswert zu, mit dem Vorschlag der Gegenseite (Rückabwicklung) einverstanden zu sein (vgl. dazu Senat, Urteil vom 12.5.2006, V ZR 97/05, NJW 2006, 2843, 2845 Rdnr. 26). Die in § 313 Abs. 3 BGB angeordnete Nachrangigkeit des Rücktritts steht dem nicht entgegen. Sie beruht auf dem Gedanken, dass die Auflösung eines Vertrages tiefer in die Privatautonomie eingreift als dessen Anpassung (vgl. PWW/*Medicus/Stürner*, BGB, 6. Aufl., § 313 Rdnr. 25), kommt also nicht zum Tragen, wenn beiden Parteien nicht (mehr) an einer Aufrechterhaltung des Vertrages gelegen ist.

So liegt es auch hier. Der Beklagte hat in den Vorinstanzen zwar in Abrede gestellt, dass die Klägerin aus der Flächen-differenz Rechte herleiten kann, aber für den Fall, dass ein Anspruch nach § 313 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 BGB besteht, sich weder gegen die Auflösung des Vertrages als dessen Rechtsfolge gewendet noch die Wirksamkeit des Rücktritts wegen Vorrangs der Vertragsanpassung in Zweifel gezogen. Die mögliche Bereitschaft des Beklagten zu Zugeständnissen im Rahmen eines auf die Beendigung des Rechtsstreits gerichteten Vergleichs steht einem solchen Einwand nicht gleich.

2. Eine abschließende Entscheidung ist auch hinsichtlich der Widerklage und des mit der Anschlussberufung verfolgten Antrags auf Ersatz vorgerichtlicher Anwaltskosten zu treffen.

a) Die Revision ist insoweit ebenfalls zulässig, da sie unbeschränkt zugelassen worden ist. Der Tenor des Berufungsurteils enthält keine Einschränkung. Zwar kann sich eine Beschränkung der Revisionszulassung auch aus den Entscheidungsgründen des Berufungsurteils ergeben. Hierfür dürfen sich die Ausführungen aber nicht lediglich mit einer Begründung für die Zulassung der Revision befassen, vielmehr muss aus den Entscheidungsgründen der Wille des Berufungsgerichts, die Revision in bestimmter Hinsicht zu beschränken, klar und eindeutig hervorgehen (Senat, Beschluss vom 29.1.2004, V ZR 244/03, NJW-RR 2004, 1365, 1366 m. w. N.). Daran fehlt es hier. In den Entscheidungsgründen heißt es, die Revision sei vor dem Hintergrund der Senatsentscheidung vom 30.1.2004 (NJW-RR 2004, 735) und der dort nicht angenommenen Verdrängung der Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage durch die Regelungen des Gewährleistungsrechts erfolgt. Das lässt den Willen zu einer beschränkten Revisionszulassung nicht erkennen. Denn von der Frage, ob sich die Klägerin auf einen Wegfall der Geschäftsgrundlage berufen kann, hängen auch der mit der Widerklage verfolgte Anspruch auf Herstellung des Weges und ein Anspruch der Klägerin auf Ersatz ihrer vorgerichtlichen Kosten ab. Dass das Berufungsgerecht die Zurückweisung der Anschlussberufung auch auf einen zweiten, von dem Bestehen eines Rückgewähranspruchs unabhängigen Grund gestützt hat, lässt diesen Zusammenhang nicht entfallen. (...)

b) Mit dem Rücktritt vom Vertrag ist die Grundlage für die Verpflichtung der Klägerin entfallen, den Weg auf dem Grundstück des Beklagten in Bitumen herzustellen.

c) Auf die Anschlussberufung der Klägerin sind ihr die geltend gemachten vorgerichtlichen Anwaltskosten unter dem Gesichtspunkt des Verzuges zuzuerkennen (§ 280 Abs. 1 i. V. m. § 286 BGB).

aa) Nach den Feststellungen des LG ist der Beklagte vorprozessual zunächst von der Klägerin selbst aufgefordert worden, an der Vertragsanpassung mitzuwirken. Indem er hierauf nicht reagiert hat, ist der Beklagte in Verzug geraten (§ 286 Abs. 1 Satz 1 BGB). Denn der durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz vom 26.11.2001 (BGB I, S. 3138) eingeführte Anspruch auf Vertragsanpassung nach § 313 Abs. 1 BGB verpflichtet die durch eine Störung der Geschäftsgrundlage begünstigte Vertragspartei, im Zusammenwirken mit der anderen Partei eine Anpassung des Vertrages herbeizuführen. Hierbei handelt es sich um eine vertragliche Mitwirkungspflicht, deren Verletzung Schadensersatzansprüche nach § 280 Abs. 1 BGB auslösen kann (so auch *Palandt/Grüneberg*, 70. Aufl., § 313 Rdnr. 41; *Dauner-Lieb/Dötsch*, NJW 2003, 921, 925; *Riesenhuber*, BB 2003, 2697, 2699; einschränkend *MünchKommBGB/Roth*, 5. Aufl., § 313 Rdnr. 93).

Der dagegen erhobene Einwand, eine Verhandlungspflicht könne nicht vollstreckt werden und sei daher abzulehnen (z. B. PWW/*Medicus/Stürner*, BGB, 6. Aufl., § 313 Rdnr. 20; *Bamberger/Roth/Unberath*, BGB, 2. Aufl., § 313 Rdnr. 85; *Jauernig/Stadler*, BGB, 13. Aufl., § 313 Rdnr. 27; AnwK/*Krebs*, BGB, § 313 Rdnr. 81), überzeugt nicht. Mit dem Anspruch der benachteiligten Partei auf Vertragsanpassung korrespondiert die Verpflichtung der begünstigten Partei, an dieser Anpassung mitzuwirken. Anspruch und Verpflichtung sind zwei Seiten desselben Rechts. Durchgesetzt wird die Mitwirkungspflicht demgemäß durch die gerichtliche Geltendmachung des Anpassungsanspruchs. Hierzu kann die benachteiligte Partei eine von ihr formulierte Änderung des Vertrages zum Gegenstand der Klage machen (vgl. Senat, Urteil vom 12.5.2006, V ZR 97/05, NJW 2006, 2843, 2845

Rdnr. 26, für die aus einem Vorvertrag folgende Mitwirkungspflicht) oder aber unmittelbar auf die Leistung klagen, die sich aus der von ihr als angemessen erachteten Vertragsanpassung ergibt. Letzteres ist nicht nur die Geltendmachung des Anspruchs aus der Anpassung, sondern zugleich die Durchsetzung des Anspruchs auf Anpassung (ähnlich jurisPK-BGB/Pfeiffer, 5. Aufl., § 313 Rdnr. 70; a. A. PWW/Medicus/Stürner, BGB, 6. Aufl., § 313 Rdnr. 20).

bb) Die Beauftragung eines Rechtsanwalts durch die Klägerin stellte eine durch den Verzug bedingte und zweckentsprechende Maßnahme zur Rechtsverfolgung dar. Dass der Anwalt nach einer letztmaligen Aufforderung zur Mitwirkung bei der Vertragsanpassung den Rücktritt vom Vertrag erklärt und anschließend mit der Rückauflassung des Grundstücks eine andere Leistung als die angemahnte Leistung von dem Beklagten verlangt hat, ändert nichts daran, dass seine Inanspruchnahme durch den Verzug des Beklagten bedingt und zur Durchsetzung der Rechte der Klägerin erforderlich war (vgl. BGH, Urteil vom 9.3.2011, VIII ZR 132/10, NJW 2011, 1222, 1224 Rdnr. 23). (...)

2. BGB § 133; GBO § 19 (Zur zeitlichen Begrenzung der Ermächtigung des Bauträgers, Sondernutzungsrechte zuzuweisen)

1. Zur zeitlichen Begrenzung der Ermächtigung des Bauträgers, Sondernutzungsrechte zuzuweisen.
2. Im Zweifelsfall ist – ähnlich wie bei Grundbuchvollmachten – vom (zeitlich) geringeren Umfang der Zuweisungsbefugnis auszugehen.

OLG München, Beschluss vom 10.4.2013, 34 Wx 31/13; mitgeteilt von Edith Paintner, Richterin am OLG München

Die Beteiligten sind seit 7.2.2000 zu je 1/2 als Miteigentümer von Wohnungseigentum eingetragen.

Der Kaufvertrag vom 22.11.1999 enthält die Vollmacht für den Bauträger, unter anderem Änderungen der Teilungserklärung mit Gemeinschaftsordnung und der Teilungspläne vorzunehmen (§ 18 Buchstabe b) und die den Sondereigentumseinheiten zugeordneten Sondernutzungsrechte an Stellplätzen neu zuzuordnen (Buchstabe d). Diese Vollmachten erlöschen, wenn der Verkäufer nicht mehr Eigentümer von Wohnungs- oder Teileigentum in der Wohnanlage ist, spätestens jedoch am 31.12.2004. Im Innenverhältnis verpflichtet sich der Verkäufer, von den Vollmachten nur in einer Weise Gebrauch zu machen, dass (unter anderem) die Rechte des Käufers am Gemeinschaftseigentum nicht weitergehend als „vorstehend bezeichnet“ geschmälert werden.

Die Gemeinschaftsordnung (GO – Anlage II zur Teilungserklärung vom 9.6.1999) enthält unter § 3 (Sondernutzungsrecht) unter anderem folgende Bestimmungen:

„(...)

b) Stellplätze in oberirdischer Garage

An den Stellplätzen in oberirdischer Garage, welche im Aufteilungsplan mit A, B, C, D, E und G bezeichnet sind, werden Sondernutzungsrechte begründet.

Ausdrücklich wird festgestellt, dass ein Stellplatz F nicht vorhanden ist.

(...)

Die Sondernutzungsrechte nach lit. a, b und c werden bereits jetzt unter der aufschiebenden Bedingung bestellt, dass der sondernungsberechtigte Wohnungseigentümer bei der erstmaligen Veräußerung im Erwerbsvertrag oder durch gesonderte notariell beurkundete oder beglaubigte Erklärung bestimmt wird und dem betreffenden Wohnungs- oder Teileigentum das Sondernutzungsrecht zur ausschließlichen Nutzung zugewiesen wird.

Das Recht, Sondernutzungsrechte durch Zuweisung zu begründen, endet mit dem Verkauf der letzten Wohnungs- oder Teileigentumseinheit in der Wohnanlage. Soweit dann einzelne Sondernutzungsrechtsflächen nicht zugeordnet sind, erlischt an den nicht zugeordneten Sondernutzungsrechtsflächen das Sondernutzungsrecht; diese Flächen stehen dann allen Wohnungs- und Teileigentümern zur gemeinschaftlichen Nutzung zu.“

Mit notarieller Urkunde vom 15.3.2002 verkaufte der Bauträger an die Beteiligten das Sondernutzungsrecht an dem Stellplatz in der oberirdischen Garage „Nr. E“. Die Urkunde enthält den Antrag des Verkäufers auf Eintragung der Zuordnungsänderung.

Zu diesem Zeitpunkt hatte der Bauträger bereits sämtliche Wohnungs- und Teileigentumseinheiten verkauft. Die Eigentumsumschreibung bezüglich der letzten verkauften Einheit wurde im Grundbuch am 8.5.2002 vollzogen.

Unter dem 17.5.2002 stellte der Urkundsnotar gemäß § 15 GBO Eintragungsantrag, den er unter dem 24.5.2002 wieder zurücknahm. Unter dem 2.9.2009 wiederholte er den Vollzugsantrag. Auf Zwischenverfügung des Grundbuchamts, welches eine Vereinbarung des Sondernutzungsrechts am Stellplatz für erforderlich hielt, nahm der Notar unter dem 13.10.2009 erneut den Antrag zurück.

Schließlich haben die Beteiligten unter dem 28.11.2012 erneut Antrag auf Eintragung des Sondernutzungsrechts gestellt und eine beglaubigte (auszugsweise) Abschrift des Vertrags vom 15.3.2002, die den Antrag des Bauträgers auf Zuordnungsänderung nicht enthält, vorgelegt.

Am 15.1.2013 hat das Grundbuchamt den Antrag mit folgender Begründung zurückgewiesen:

Das Sondernutzungsrecht am oberirdischen Stellplatz E sei in der Teilungserklärung aufschiebend bedingt durch die Zuweisung durch den teilenden Eigentümer gebildet worden. Dessen Zuweisungsbefugnis habe gemäß § 3 der Gemeinschaftsordnung mit dem Verkauf der letzten Einheit geendet. Bis dahin nicht zugeordnete Flächen stünden den Wohnungs- und Teileigentümern zur gemeinschaftlichen Nutzung zu. Der Kaufvertrag über die letzte Einheit datiere vom 14.12.2001. Zwar sei die Meinung vertreten worden, dass das Wort „Verkauf“ auch dinglich als „Veräußerung bzw. Eigentumsübergang“ auszulegen sei. Selbst wenn man dieser Meinung folge, sei der Antrag aber mit den vorgelegten Unterlagen nicht vollziehbar. Das Eigentum bezüglich der letzten Einheit sei am 8.5.2002 umgeschrieben, der erste Eintragungsantrag bezüglich der Zuweisung erst am 17.5.2002 gestellt worden. Die Bewilligungsbefugnis müsse aber grundsätzlich bis zum Ende des Rechtserwerbs, mindestens aber bis zum in § 878 BGB genannten Zeitpunkt vorliegen. Dies sei schon beim ersten und somit auch bei allen folgenden Anträgen nicht der Fall gewesen. Nach den Bestimmungen der Teilungserklärung sei das Sondernutzungsrecht erloschen, die Fläche stehe nunmehr allen Wohnungs- und Teileigentümern zur Nutzung zu. Zur Eintragung eines Sondernutzungsrechts sei die Bewilligung aller Eigentümer sowie aller Berechtigten in den Abteilungen II und III, soweit es sich nicht um Belastungen des ganzen Grundstücks handle, erforderlich.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Beteiligten. Diese sind der Meinung, dass die Befugnis des Verkäufers zur Zuweisung der aufschiebend bedingt bestellten Sondernutzungsrechte im Zeitpunkt der Vornahme des dinglichen Zuweisungsakts gegeben sein müsse, jedoch nicht mehr dann, wenn der Antrag auf Eintragung beim Grundbuchamt eingereicht werde. Das Gleiche gelte für das Vorliegen der Vollmacht zur Änderung der Teilungserklärung und Neubegründung des Sondernutzungsrechts. Die vom Berechtigten aufgrund wirksamer Vollmacht abgegebene Erklärung zu einem Zeitpunkt, zu dem seine Vertretungsmacht bzw. seine Verfügungsbefugnis bestanden habe, bleibe auch dann wirksam, wenn die Vollmacht vor Vollendung des dinglichen Rechtserwerbs durch Grundbucheintragung ende, und zwar selbst dann, wenn sie vor dem in § 878 BGB bestimmten Zeitpunkt geendet habe. Die Begründung des Sondernutzungsrechts und somit der Ausschluss aller Wohnungseigentümer vom Mitgebrauch des gemeinschaftlichen Eigentums an dem Kfz-Stellplatz sei bereits in der Teilungserklärung enthalten. Nur die positive Zuweisung an einen bestimmten Wohnungseigentümer sei später erfolgt. Diese Befugnis aber bestehe bis zur Veräußerung der letzten Wohneinheit. Denn das Zuweisungsrecht bestehe bis zur dinglichen Vollendung der Veräußerung fort.

Das Grundbuchamt hat der Beschwerde nicht abgeholfen.

Aus den Gründen:

II.

Die nach § 71 Abs. 1, § 73 GBO, § 10 Abs. 2 Satz 1 FamFG zulässig eingelegte Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg.

1. Sondernutzungsrechte können auf der Grundlage von § 15 Abs. 1 WEG durch Vereinbarung der Eigentümer begründet werden (siehe etwa *Rapp* in Beck'sches Notarhandbuch, 5. Aufl. 2009, A III Rdnr. 58). Diese fehlt für den gegenständlichen Stellplatz. Der Frage, ob der teilende Eigentümer – was naheliegt – sich auch von den anderen Käufern gleichlautende Vollmachten wie von den Beteiligten hat erteilen lassen, braucht nicht nachgegangen zu werden, da dieser im eigenen Namen gehandelt und sich ausdrücklich auf die Regelung in der Gemeinschaftsordnung bezogen hat.

2. Sondernutzungsrechte können außer durch Vereinbarung auch durch einseitige Erklärung eines hierzu Berechtigten begründet werden, wenn dies so vereinbart ist und auch die erfolgte Zuordnung eingetragen wird (BGH, NJW 2012, 676; BGH, NZM 2012, 464; vgl. z. B. *Bärmann/Klein*, WEG, 11. Aufl., § 13 Rdnr. 85). Dies kann so geschehen, dass die (übrigen) Wohnungseigentümer unter der aufschiebenden Bedingung der Zuweisung eines Sondernutzungsrechts an einen bestimmten Wohnungseigentümer, also erst ab dem Zeitpunkt der Zuweisung, von Mitgebrauch ausgeschlossen werden. Für die positive Zuweisung des Sondernutzungsrechts an einen bestimmten Eigentümer ist dann die Bewilligung der übrigen Wohnungseigentümer und deren dinglich Berechtigter nicht nötig, weil der Ausschluss von Anfang an – wenn auch aufschiebend bedingt (§ 158 Abs. 1 BGB) – Inhalt der (übrigen) Sondereigentumseinheiten war. Andererseits bewirkt erst die Zuordnungserklärung den Bedingungseintritt für die Entstehung des Sondernutzungsrechts. Die durch den Bedingungseintritt entstandenen Sondernutzungsrechte sind eintragungsfähig, wenn dem Grundbuchamt der Eintritt der Bedingung nachgewiesen ist (vgl. BayObLGZ 1985, 378). Ob es sich bei der Eintragung im Grundbuch des begünstigten Wohnungseigentums um eine Berichtigung handelt (so *Bärmann/Klein*, § 13 Rdnr. 89; anders BayObLGZ 1985, 378, 387, das nur die Eintragung in den Grundbüchern der vom Gebrauch Ausgeschlossenen „wie eine Grundbuchberichtigung“ ansieht), kann offen bleiben.

3. Auch vorliegend sind die Wohnungseigentümer durch die mit der Teilungserklärung verbundene Gemeinschaftsordnung bereits vom Mitgebrauch des Stellplatzes unter der aufschiebenden Bedingung ausgeschlossen, dass der Bauträger das Recht zur ausschließlichen Nutzung einem bestimmten Wohnungseigentum zuordnet. Der Bauträger hat diese Zuordnung im Vertrag vom 15.3.2002 auch vorgenommen, indem er das Sondernutzungsrecht an die Beteiligten verkauft hat. Wenn zu diesem Zeitpunkt die Befugnis aus § 3 der Gemeinschaftsordnung noch bestanden hat, bedarf es der Mitwirkung der übrigen Wohnungseigentümer und der dinglich Berechtigten nach § 19 GBO nicht. Der Nachweis des Bedingungseintritts lässt sich grundsätzlich mit der öffentlich beurkundeten Erklärung (§ 29 GBO) führen, ist hier aber nicht gelungen.

Das Recht, Sondernutzungsrechte durch Zuweisung zu begründen, endet gemäß § 3 der Gemeinschaftsordnung mit dem Verkauf der „letzten Wohnungs- oder Teileigentumseinheit in der Wohnanlage“. Die aufschiebende Bedingung kann nicht mehr eintreten. Die Fläche steht (weiterhin) allen Miteigentümern zur gemeinschaftlichen Nutzung zu.

4. Zum Zeitpunkt der Zuweisung durch den Bauträger war Letzterer noch Eigentümer einer Einheit, über die jedoch be-

reits ein Kaufvertrag abgeschlossen war. Seine Zuweisungsbefugnis hängt davon ab, wie § 3 Buchstabe b der Gemeinschaftsordnung, nämlich der Begriff „Verkauf“ (der letzten Wohnungs- oder Teileigentumseinheit), auszulegen ist. Auch Grundbucheintragungen – zu denen die Gemeinschaftsordnung als Anhang zur Teilungserklärung gehört – sind der Auslegung zugänglich. § 133 BGB gilt entsprechend, wobei zu beachten ist, dass der das Grundbuchverfahren beherrschende Bestimmtheitsgrundsatz und das grundsätzliche Erfordernis urkundlich belegter Eintragungsunterlagen der Auslegung durch das Grundbuchamt Grenzen setzen. Die Auslegung muss zu einem zweifelsfreien und eindeutigen Ergebnis führen. Es ist auf Wortlaut und Sinn der Erklärung abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung ergibt (st. Rspr.; z. B. BGHZ 113, 374/378; BayObLG, Rpfleger 1993, 189; *Demharter*, GBO, 28. Aufl., § 19 Rdnr. 28 m. w. N.).

5. Diese Grundsätze hier angewandt kann nicht mit der notwendigen Sicherheit gesagt werden, dass die Zuweisungsbefugnis nicht bereits mit dem Abschluss des schuldrechtlichen Kaufvertrags, sondern erst mit der Durchführung des Geschäfts einschließlich Eigentumsübergang enden sollte.

Auszugehen ist dabei vom Wortlaut der Ermächtigung. Mit „Verkauf“ wird im juristischen Sprachgebrauch der schuldrechtliche gegenseitige Vertrag bezeichnet, durch den sich der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum zu verschaffen, während der Käufer verpflichtet ist, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen (§ 433 BGB). Dies stellt jedenfalls im Ausgangspunkt die nächstliegende Bedeutung dar. Auf das, was gewollt ist, kommt es für das Grundbuchverfahren nicht an, auch wenn dieser Wille den damals Beteiligten bekannt gewesen sein sollte. Nach den oben genannten Grundsätzen können außerhalb der beurkundeten Erklärung liegende Umstände zur Auslegung zwar herangezogen werden, aber nur insoweit, als sie für jedermann ohne Weiteres erkennbar sind. Auch notarielle Urkunden dürfen nur in dem Umfang herangezogen werden, in dem auf sie in der Eintragung in zulässiger Weise Bezug genommen werden kann (vgl. *Demharter*, § 19 Rdnr. 28 m. w. N.). Somit scheidet für die Auslegung die Heranziehung von im vorgelegten Kaufvertrag enthaltenen Vollmachten der Käufer für den Bauträger aus, die darüber hinaus auch zeitlich begrenzt sind. Im Übrigen könnte auch aus der Regelung, dass die Vollmachten (erst) erlöschen, wenn der Verkäufer nicht mehr Eigentümer von Wohnungs- oder Teileigentum ist, spätestens jedoch am 31.12.2004, nicht zwingend geschlossen werden, dass dies – entgegen dem Wortlaut – auch für das Bestimmungsrecht aus § 3 der Gemeinschaftsordnung gilt, bei dem es sich eben nicht um eine Vollmacht handelt. Befugnisse, die sich aus von den Käufern erteilten Vollmachten ergeben, müssen mit dem einseitigen Bestimmungsrecht aus der Gemeinschaftsordnung nicht zwingend gleichlaufen.

Auch daraus, dass das Bestimmungsrecht voraussetzt, dass der teilende Eigentümer noch Miteigentümer ist (vgl. BGH, NJW 2012, 676, 677 bei Rdnr. 16), ergibt sich nicht, dass umgekehrt dieser, solange er noch Miteigentümer ist, sein ihm eingeräumtes Bestimmungsrecht behält. So sollen auch die dem Verkäufer eingeräumten Vollmachten zu einem bestimmten Enddatum erlöschen, auch wenn der Verkäufer noch Eigentümer von Wohnungs- oder Teileigentum der Wohnanlage ist. Ginge man davon aus, dass das Bestimmungsrecht mit der Veräußerung – nicht dem Verkauf – der letzten Einheit durch den Bauträger enden sollte (vgl. BGH, a. a. O.), bei

Rdnr. 11; *Bärmann/Klein*, § 13 Rdnr. 85 und 88), hätte diese Bestimmung ohnehin nur deklaratorische Bedeutung. Da es Zweck eines derartigen Begründungsvorbehalts im Allgemeinen ist, dem Bauträger eine größere Flexibilität beim Verkauf der Einheiten zu ermöglichen, wäre allenfalls noch zu erwägen, ob dieser Zweck sinnvollerweise nur dann erreicht werden kann, wenn das Bestimmungsrecht solange besteht, bis die letzte Einheit nicht nur verkauft, sondern auch übereignet ist. Ob sich daraus nach den oben genannten Auslegungsgrundsätzen ergäbe, dass erst der Vollzug der Veräußerung als dingliche Rechtsänderung (vgl. *Palandt/Ellenberger*, 72. Aufl., Überbl. v. § 104 Rdnr. 16; Beispiel bei *Basty*, NotBZ 1999, 233, 239: „... erlischt mit Umschreibung des Eigentums an sämtlichen Wohnungs- und Teileigentumseinheiten im vertragsgegenständlichen Anwesen auf etwaige Käufer“) das zeitliche Ende der Zuweisungsbefugnis fixieren sollte, kann dahinstehen. Ein solcher Zwang zur Ausdehnung besteht nicht. Gerade daraus, dass die Zuweisungsbefugnis den Verkauf erleichtern soll, erscheint es nicht ausgeschlossen, sie an den – schuldrechtlichen – Verkauf der letzten Einheit zu binden. Im Übrigen verwendet die Gemeinschaftsordnung auch an anderer Stelle den Begriff „Veräußerung“. Dieser Begriff ist hier nicht verwendet, dafür jedoch im Zusammenhang mit der Zuweisungserklärung die Formulierung „erstmalige Veräußerung im Erwerbsvertrag“. Selbst wenn hier möglicherweise nicht streng zwischen schuldrechtlichem und dinglichem Geschäft unterschieden wird, ist zumindest nicht auf die Vollendung des Erwerbs durch die Eintragung im Grundbuch abgestellt, zumal Verkauf und Auflassung häufig in derselben Urkunde enthalten sind. Ein zwingender Schluss auf eine vom Wortlaut abweichende Bedeutung lässt sich also auch hieraus nicht ziehen. Alles in allem ist eine Auslegung dahin, dass mit „Verkauf“ die – vollendete – Eigentumsübertragung im Sinne des Grundbuchvollzugs gemeint ist, wenn überhaupt, nicht zweifelsfrei möglich. Es ist daher für das Grundbuchverfahren vom geringeren Umfang, also einer Beendigung der Zuweisungsbefugnis schon mit dem Abschluss des Kaufvertrages über die letzte Einheit, auszugehen (vgl. für die Vollmacht BayObLG, Rpfleger 1996, 392; *Demharter*, § 19 Rdnr. 75).

Eines Eingehens auf die vom Grundbuchamt angesprochene Frage, ob die Zuweisungsbefugnis zum Zeitpunkt der Eintragung noch vorliegen muss, bedarf es daher nicht.

(...)

Anmerkung:

Die Leitsätze lassen mehr erwarten als folgt und sind durch den Tatbestand nicht gedeckt.

1. Der Fall betrifft eine Nebausituation, in der sich der Bauträger die nachträgliche Begründung eines Sondernutzungsrechts vorbehält. Den Begriff „Sondernutzungsrecht“ setzt das WEG voraus (§ 5 Abs. 4 WEG), ohne ihn zu definieren. Er klingt an den wohnungseigentumsrechtlichen Begriff „Sondereigentum“ (§ 5 Abs. 1 WEG) an, worunter sich nur Räume verstehen, die der Aufteilende als Sondereigentum definiert hat, und zwar nicht samt aller Bestandteile (vgl. § 93 BGB) des Gebäudes, sondern nur samt solcher, „die verändert, beseitigt oder eingefügt werden können, ohne dass dadurch das gemeinschaftliche Eigentum oder ein auf Sondereigentum beruhendes Recht eines anderen Wohnungseigentümers über das nach § 14 zulässige Maß hinaus beeinträchtigt oder die äußere Gestaltung des Gebäudes verändert

wird“. Unter Sondernutzungsrecht versteht man¹ die Befugnis eines oder einzelner Eigentümer, Teile des Gemeinschaftseigentums unter Ausschluss der übrigen Eigentümer zu nutzen. Ob der so Berechtigte dafür auch die Instandhaltungs- und sonstigen Sachkosten tragen muss, ist wegen der Nähe zum Sondereigentum jedenfalls dann zu bejahen, wenn die Gemeinschaftsordnung sich unklar ausdrückt.²

Der Bauträger kann einen solchen Vorbehalt auf zweierlei³ Weise begründen, nämlich durch Änderungs- („Grundbuch-“) Vollmacht im Bauträgervertrag oder aber durch Schaffung einer Öffnungsklausel in der Gemeinschaftsordnung oder durch beide Instrumentarien. Die Änderungsvollmacht würde grundsätzlich die grundbuchlich verwendbare Zustimmung aller Gläubiger erfordern (zu Ausnahmen: § 5 Abs. 4 WEG) und Organisationsarbeit und Kosten auslösen. Bei Ausübung eines Rechts aus einer Öffnungsklausel ist dies nicht zwangsläufig so.

Auch den Begriff „Öffnungsklausel“ setzt das WEG voraus (vgl. § 10 Abs. 4 Satz 2, § 23 Abs. 1 WEG), ohne ihn exakt zu definieren. Das WEG enthält gesetzliche Öffnungsklauseln wie etwa zur Abschaffung einer etwaigen Veräußerungsbeschränkung (§ 12 Abs. 4 Satz 1 WEG), zur Regelung ordnungsgemäßen Gebrauchs (§ 15 Abs. 2 WEG), zur Verteilung bestimmter Kosten (§ 16 Abs. 3, 4 WEG), zur Regelung ordnungsgemäßer Verwaltung (§ 21 Abs. 3 WEG) und zu Baumaßnahmen (§ 22 WEG) und schafft im Übrigen einen allgemeinen Anpassungsanspruch (§ 10 Abs. 2 Satz 3 WEG). Daneben folgt aus der Vertragsfreiheit der Wohnungseigentümer (§ 10 Abs. 2 Satz 3 WEG), dass die Gemeinschaftsordnung⁴ selber ihre Änderung vorsehen kann und zwar, wie das Gesetz selbst, durch Vorgabe eines nach Inhalt, Zweck und Ausmaß bestimmten Rahmens oder durch Schaffung einer sonstigen freien Abänderbarkeit, deren Grenzen sich aus §§ 315 ff. BGB, vielleicht auch analog § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG, bestimmen, jedenfalls aber noch nicht als ausdiskutiert und sicher gelten können.

Die Gemeinschaftsordnung kann dabei die Entscheidung einem Einzelnen (insbesondere dem Aufteilenden, solange er Wohnungseigentümer ist) oder einer Mehrheit von Wohnungseigentümern oder einem Dritten vorbehalten. Kann ein Einzelner gestalten, bestimmt sich die Wirksamkeit der Gestaltung nach §§ 315, 242 BGB, muss also billigem Ermessen genügen und damit insbesondere objektiv sachgerecht sein. Der Grundbuchrechtspfleger darf von Billigkeit ausgehen, wenn die Bestimmung denklogisch dem Gestattungsvorbehalt folgt und keine Anfechtung der Bestimmung erfolgt. Darf eine Mehrheit gestalten, gilt dasselbe mit der Besonderheit,

¹ So aus dem Kreis der Notare dazu demnächst *Staudinger/Rapp*, § 5 WEG, Bearb. 2014, Rdnr. 80.

² Für Balkoninstandhaltung BGH, Urteil vom 16.11.2012, V ZR 9/12, MittBayNot 2013, 128 m. Anm. *Kreuzer*.

³ *Häublein*, MittBayNot 2012, 380, differenziert sogar in drei Varianten.

⁴ Das deutsche WEG spricht (anders als das österreichische Recht in § 26 Abs. 2 öWEG und anders als die Praxis) nicht von „Gemeinschaftsordnung“, sondern nennt das Vertragsverhältnis der Wohnungseigentümer untereinander „Vereinbarung“ – ein Wort, das zwar den Vertragscharakter hervorheben soll, aber zur Betonung der Besonderheit des Wohnungseigentums eine andere Bezeichnung haben soll als „Vertrag“, aber auch nicht „Gesellschaftsvertrag“ wie bei der BGB-Gesellschaft und auch nicht „Satzung“ wie bei den Körperschaften. Der BGH hingegen verwendet die Worte „Vereinbarung“, „Teilungserklärung“ und „Gemeinschaftsordnung“ oft nahezu synonym, siehe etwa BGH, Urteil vom 2.12.2011, V ZR 74/11, DNotZ 2012, 528 = ZWE 2012, 175.

dass sich eine Mehrheit durch Beschluss organisiert, deren Erwaachsen in Bestandskraft gerichtsintern nachvollziehbar ist (§§ 43, 46 WEG). Dass ein Dritter gestalten kann, hat für Veräußerungssituationen in § 12 Abs. 1 WEG ein gesetzliches Vorbild; die Entscheidung des Dritten folgt dann nicht §§ 315, 242 BGB, sondern §§ 317, 242 BGB und steht unter dem Verdikt, dass die Wohnungseigentümer jederzeit die Gemeinschaftsordnung ändern und das Bestimmungsrecht des Dritten abschaffen können. Aus dem jeweiligen Bauträgervertrag kann bei missbräuchlicher Entziehung eine Pflicht zum Schadensersatz (§ 280 Abs. 1 Satz 1, §§ 249 ff. BGB) wohl regelmäßig „auf entgangenen Gewinn“ (§ 252 BGB) erwachsen.

2. Als sicher darf gelten, dass die Gemeinschaftsordnung eine Öffnungsklausel für später zu begründende Stellplatz-Sondernutzungsrechte vorsehen kann.⁵ Der vorliegende Fall enthält eine solche Vorgabe in der erforderlichen Konkretheit, aber auch mit der Besonderheit, dass es schon „endet mit dem Verkauf der letzten Wohnungs- oder Teileigentumseinheit in der Wohnanlage“.⁶ Im konkreten Fall hat der Bauträger die Zuweisung erst nach Abverkauf aller Wohnungen erklärt und damit verspätet. Das OLG prüfte, ob sich das Wort „Verkauf“ anders auslegen ließe als auf die Verbriefung der einzelnen Bauträgerverträge bezogen, und verneinte dies zutreffend.⁷ Erklärungen aus der Gemeinschaftsordnung unterfallen den Bestimmungen zur Auslegung von Grundbucheintragungen, sind also nur beschränkt auslegbar, nämlich nur anhand Wortlaut und etwaiger grafischer Vorgabe, konkreter Umgebung und sonstigen objektiven Gesichtspunkten, die ein unbefangener Betrachter ohne Weiteres erkennen kann.⁸ Im Zweifel ist damit „Verkauf“ wie in § 433 BGB zu verstehen und auf den Vertragsschluss und keinen späteren Zeitpunkt abzustellen.

Warum sich der Bauträger überhaupt und noch dazu auf einen so frühen Zeitpunkt einschränkte, musste das Gericht natürlich nicht aufklären. Die Ausgangsurkunde verwendet eine Sprache, die sich etwas verquast liest und wegen ihrer Vorliebe für das Passiv jedenfalls im mitgeteilten Text nicht einmal positiv ausdrückt, dass die Gestaltungsmacht dem aufteilenden Bauträger zukommen soll. Das Gericht griff dies nur so auf, dass es die Buchstabenbezeichnung als „Nr. E“ mit Zitatzeichen ausdrücklich hervorhob.⁹

3. Eigentlich war so alles klar. In seinen Leitsätzen warf das Gericht im Leitsatz ohne Not die Frage auf und schob als Behauptung nach, ob und dass eine solche Öffnungsklausel

einer zeitlichen Begrenzung unterliege.¹⁰ Der veröffentlichte Urteilstext lässt eine inhaltliche Auseinandersetzung nur unter Aspekten der Auslegung des Begriffs „Verkauf“ erkennen¹¹ und durfte Weiteres vermissen lassen, weil es auf die Frage nicht ankam.

Für Gestaltungsrechte durch Grundbuchvollmachten wäre die Aussage nicht neu¹² und richtig. Vertragliche Gestaltungsrechte „müssen“ im Sinn eines „Soll“ schon deshalb ein verjährungsähnliches Ende finden, weil jeder Anspruch der Verjährung unterliegt (§ 194 BGB), und stoßen im Verbrauchervertrag auf Bedenken etwa unter Aspekten von § 308 Nr. 2, 4 BGB und im Übrigen solchen aus § 242 BGB.

Öffnungsklauselgeprägte Gestaltungsrechte verstehen sich aber als sachenrechtlich. Eine Terminierung wäre schon darum zu verneinen, weil es für den Ersterwerber und seine Rechtsnachfolger keinen Unterschied machen kann, ob er von der Nutzung des Gegenstandes des Sondernutzungsrechts ausgeschlossen ist, weil der Aufteilende schon einen anderen Wohnungseigentümer als Rechtsträger bestimmt hat oder weil er sich die Bestimmung noch vorbehält. Für den veräußernden Aufteiler (und seine Gläubiger wie meist die Bauträgerbank) hingegen geht es um Haben oder Verlust eines Wertes, der bei einem Stellplatz je nach örtlicher Situation bisweilen einen höheren Wert betrifft, als der darauf geparkte Pkw kostet. Auch der aufteilende Bauträger genießt grundrechtlichen Eigentums- (Art. 14 GG) und Berufsausübungsschutz (Art. 12 GG). Dies gilt nur nicht, wenn der Bauträger sich wie im konkreten Fall selbst zeitliche Schranken auferlegt und als Rechtsfolge den Rechtsverlust bestimmt. Solche Situationen lassen sich aber nicht verallgemeinern.

Die Aussage stellt keinen Widerspruch zu BGH, Urteil vom 2.12.2011, V ZR 74/11, Rdnr. 16, dar, wenn (!) der Vorbehalt ausdrücklich so geschrieben ist, dass der objektive Leser erkennen kann, dass er mit einer zeitlich später nachfolgenden Änderung rechnen muss. Die BGH-Entscheidung stellte eine Auslegungsregelung auf, die für den entschiedenen Fall passte und sicher auch auf andere Situationen anwendbar ist, in denen der Leser von einem nur begrenzt fortwirkenden Gestaltungsrecht des aufteilenden Bauträgers ausgehen darf.¹³

Die notarielle Praxis wird sich infolge der Leitsätze in OLG München, Beschluss vom 10.4.2013, 34 Wx 31/13, deswegen nicht oder noch nicht ändern müssen, weil eine richterliche Begründung fehlt. Anderenfalls ließe sich die Thematik leicht und relativ kostengünstig dadurch lösen, dass der Bauträger an vorerst unverkäuflichen Sondernutzungsbereichen eine Nutzungsdienstbarkeit (§§ 1090, 1020 ff. BGB) gleichen Inhalts begründet, und zwar für eine ihm gehörige Unternehmungsgesellschaft mit einem Stammkapital von 1 € oder in Höhe der Gründungskosten. Dann verkauft er ohne Verjährungsprobleme rechtlich die UG und wirtschaftlich das Stellplatzrecht.

⁵ So schon BGH, Urteil vom 2.12.2011, V ZR 74/11, mit dem Leitsatz: „Der teilende Eigentümer kann sich in der Teilungserklärung ermächtigen lassen, bei Verkauf der Wohnungseigentumseinheiten dem jeweiligen Erwerber das Sondernutzungsrecht an bestimmten Flächen einzuräumen und dessen Inhalt näher zu bestimmen“, siehe Fn. 4. Dazu Besprechungen in DNotI-Report 2012, 21, Häublein, MittBayNot 2012, 380, und von der Osten/Bub, FD-MietR 2012, 327726; ebenso (und ohne Bezug auf den BGH) OLG Hamm, Beschluss vom 12.6.2012, 15 Wx 99/11, RNotZ 2012, 500; der Vorbehalt muss sachenrechtlich bestimmt sein, BGH, Urteil vom 20.1.2012, V ZR 125/11, DNotZ 2012, 684 = ZWE 2012, 258, dazu Besprechung und Erläuterungen in DNotI-Report 2012, 73, und von der Osten/Bub, FD-MietR 2012, 331825.

⁶ OLG München, Beschluss vom 10.4.2013, 34 Wx 31/13, Rdnr. 8.

⁷ OLG München, Beschluss vom 10.4.2013, 34 Wx 31/13, Rdnr. 23.

⁸ Für die Gemeinschaftsordnung BGH, Urteil vom 16.11.2012, V ZR 9/12; BGH, Beschluss vom 7.10.2004, V ZB 22/04; für Beschlüsse BGH, Beschluss vom 10.9.1998, V ZB 11/98, BGHZ 139, 288.

⁹ OLG München, Beschluss vom 10.4.2013, 34 Wx 31/13, Rdnr. 9.

¹⁰ Nur vermuten lässt sich, dass die Ausführungen sich an die vom Gericht zitierte Entscheidung BGH, Urteil vom 2.12.2011, V ZR 74/11 (Fn. 4) anlehnen. Dessen Rdnr. 16 lässt zwei Begrenzungen erkennen, nämlich „mit der letzten Veräußerung von Wohnungseigentum an einen Erwerber“ oder mit der erfolgten „Zuweisung von Sondernutzungsrechten“.

¹¹ OLG München, Beschluss vom 10.4.2013, 34 Wx 31/13, Rdnr. 25.

¹² Siehe die eigenen Nachweise des Gerichts in OLG München, Beschluss vom 10.4.2013, 34 Wx 31/13, Rdnr. 25.

¹³ Entscheidend ist, dass die Formulierung sachenrechtlich bestimmt ist, BGH, Urteil vom 20.1.2012, V ZR 125/11, mit Hinweisen auf Erläuterungen oben in Fn. 5.

4. Relativ ausführlich schildert das Urteil zwar Bedenken des Grundbuchamts, ob der aufteilende Bauträger – rechtzeitige Rechtsbegründung unterstellt – zur Zeit der Eintragung noch Bewilligungsbefugte sein müsse,¹⁴ um aber dann nur die Frage als für hier unerheblich festzustellen. Für die Zustimmung nach § 12 WEG hat der BGH¹⁵ jedenfalls festgestellt, dass eine Verwalterzustimmung auch dann wirksam bleibt, wenn seine Bestellung vor dem in § 878 BGB genannten Zeitpunkt endet.

5. Offen bleibt schließlich die Auseinandersetzung des Senats mit seiner eigenen Auffassung, dass Beschlüsse kraft Öffnungsklausel nie grundbuchlich eintragungsfähig seien.¹⁶ Die Sachverhalte unterscheiden sich nur dadurch, dass die Entscheidung vom 13.11.2009 eine Gestaltung durch Mehrheitsbeschluss betraf, und hier durch nur einen Einzelnen. Zutreffend dürfte sein, dass Mehrheitsbeschlüsse kraft Öffnungsklausel in den Bereichen, die schon das WEG dem Beschluss öffnet, nicht eintragungsfähig sind, vgl. § 10 Abs. 4 Satz 1 WEG. Ändern Beschlüsse aber das Gesetz oder die Gemeinschaftsordnung in anderen („Grundlagen-“) Bereichen, bleibt der Grundsatz des § 10 Abs. 3 WEG erhalten. § 10 Abs. 4 Satz 2 WEG verpflichtet einen Erwerber zur Mitwirkung bei der Eintragung eines solchen Beschlusses. Dies ist aber nur ein Denkansatz zur Abgrenzung. Hauptthema der besprochenen Entscheidung ist die Bestätigung des OLG, dass sachenrechtliche Erklärungen nur eng und erschwert auslegbar sind.

Notar Dr. Heinrich Kreuzer, München

¹⁴ OLG München, Beschluss vom 10.4.2013, 34 Wx 31/13, Rdnr. 14 und 26.

¹⁵ BGH, Beschluss vom 11.10.2012, V ZB 2/12, MittBayNot 2013, 130.

¹⁶ OLG München, Beschluss vom 13.11.2009, 34 Wx 100/09, ZWE 2010, 128, mit umfassender Aufarbeitung der Rechtslehre in Rdnr. 13 und 14 = 2. b) (1) und (2); dazu Besprechungen von *Commichau*, Eintragung von Beschlüssen aufgrund Öffnungsklausel im Grundbuch, ZWE 2010, 126; *Demharter*, FGPrax 2010, 16, und *Schöner*, MittBayNot 2010, 204.

3. WEG § 10 Abs. 3, § 13 Abs. 2; BGB § 167 (*Pflicht des Grundbuchamts zur Ablehnung einer Eintragung bei sicherer Kenntnis vom Missbrauch einer Vollmacht*)

Hat das Grundbuchamt – etwa aus ihm bekannten offensichtlichen und eindeutig gefassten internen Bindungsklauseln – sichere Kenntnis vom Missbrauch einer im Außenverhältnis unbeschränkten Vollmacht, dann kann und muss es die Eintragung ablehnen.

OLG München, Beschluss vom 20.2.2013, 34 Wx 439/12; mitgeteilt von *Edith Paintner*, Richterin am OLG München

Mit vertraglicher Erklärung vom 30.12.2008 teilten die beiden Miteigentümer den gegenständlichen Grundbesitz in Wohnungs- und Teileigentum auf und wiesen es hinsichtlich der Wohnungen 1 bis 7 sowie an Tiefgaragenstellplätzen der Beteiligten zu 1 zu. Die einzelnen Wohnungen wurden verkauft; einige Erwerber sind bereits als Eigentümer, für andere Erwerber sind Eigentumsvormerkungen in den Grundbüchern eingetragen. Die in den Bauträgerverträgen der Beteiligten zu 1 als Verkäuferin eingeräumten Befugnisse zur Änderung der Teilungserklärung und die dazu erteilte Vollmacht ergeben sich aus Ziffer X., die auszugsweise folgendermaßen lautet:

„3. Der Verkäufer ist ferner befugt, die Teilungserklärung und Regelung der Eigentümergemeinschaft zu ändern und zu er-

gänzen, insbesondere, soweit dies zum Vollzug im Grundbuch erforderlich oder zweckdienlich sein sollte, vorausgesetzt, dass hierdurch

- weder der Miteigentumsanteil oder das Sondereigentum des Käufers geändert,
- noch sein Recht auf Nutzung des gemeinschaftlichen Eigentums beeinträchtigt,
- noch die Lasten- und Kostentragung zu seinem Nachteil verändert wird,
- noch sonst Regelungen getroffen werden, die seine Rechte als Wohnungs- bzw. Teileigentümer unmittelbar oder mittelbar einschränken.

4. Der Käufer erteilt hiermit dem Verkäufer unwiderruflich Vollmacht, alle Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen vorzunehmen, die ihm im Hinblick auf Ziffer 1.-3. zweckmäßig erscheinen. Im Außenverhältnis ist diese Vollmacht uneingeschränkt.

... (Ausübung der Vollmacht nur zur Urkunde des genannten Notars)

... (Befristung)

... (Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB)

... (Berechtigung zur Erteilung von Untervollmacht)“

Der vierte Nachtrag vom 15.2.2012 zur Teilungserklärung betrifft die Änderung von Sondernutzungsflächen, die zugunsten der Einheiten 1, 2 und 3 erweitert werden. Auf den Vollzugsantrag vom 5.7.2012 erging Zwischenverfügung vom 9.7.2012 und nach Fristablauf schließlich Zurückweisungsbeschluss vom 9.8.2012.

Es handelte sich bei den Beanstandungen des Grundbuchamts um folgende Eintragungshindernisse:

a) Es fehlten, abgesehen von den Einheiten Nrn. 1 bis 3, die Genehmigungen/Zustimmungen der als Eigentümer bereits eingetragenen Erwerber bzw. der Vormerkungsberechtigten. Die der Verkäuferin erteilte Vollmacht genüge nicht.

b) Die Zustimmungserklärungen sämtlicher am Wohnungseigentum dinglich Berechtigter sei vorzulegen; ersetzbar seien diese durch ein Unschädlichkeitszeugnis.

Mit Schreiben vom 7.11.2012 hat der beurkundende Notar erneut Vollzugsantrag gestellt. Wegen der fehlenden Vollmachten verweist er teils auf anderweitige Urkunden, teils darauf, dass die bezeichnete Vollmacht im Außenverhältnis unbeschränkt sei. Es handele sich bei dem vierten Nachtrag auch nicht um eine von den jeweiligen Vormerkungsberechtigten nicht genehmigte Zwischenverfügung. Wegen der fehlenden Zustimmung dinglich Berechtigter hat er ein Unschädlichkeitszeugnis des AG vom 24.10.2012 vorgelegt. Zugleich hat er „vorsorglich“ namens der Beteiligten zu 1 Beschwerde gegen die Zurückweisung eingelegt.

Das Grundbuchamt hat mit Beschluss vom 14.11.2012 nicht abgeholfen. Es geht davon aus, dass die Eigentümerin aufgrund der eingetragenen Vormerkungen die Befugnis zur Änderung der Teilungserklärung verloren habe. Die Zustimmung der Vormerkungsberechtigten sei deshalb erforderlich. Eine ausreichende Vollmacht zugunsten der Verkäuferin sei in den Kaufverträgen nicht enthalten.

Aus den Gründen:

II.

Ersichtlich richtet sich das Rechtsmittel gegen den am 9.8.2012 ergangenen Beschluss über die Zurückweisung des Eintragungsantrags. Eine in der Rechtsmittelschrift angeführte Zurückweisung vom „22.6.2012“ gibt es nicht. Der Inhalt der Schrift im Übrigen wie die in Bezug genommene notarielle Urkunde lässt nur den Schluss zu, dass die Entscheidung des Grundbuchamts vom 9.8.2012 gemeint ist. Die „vorsorgliche“ Beschwerdeeinlegung bezieht sich auf die verfahrensrechtliche Bedingung, dass das Grundbuchamt seine Sachentscheidung nicht ändert. Dies ist statthaft (*Demharter*, GBO, 28. Aufl., § 71 Rdnr. 25). Die Bedingung selbst ist mit

der Vorlage, ohne dass abgeholfen wurde (vgl. § 75 GBO), eingetreten.

Gegenständlich ist nur noch die fehlende Zustimmung bzw. Genehmigung des vierten Nachtrags durch die in den Wohnungsgrundbüchern eingetragenen neuen Eigentümer bzw. Vormerkungsberechtigten. Soweit die Zwischenverfügung auch die fehlenden Zustimmungen von sonst dinglich Berechtigten (Pfandgläubigern) monierte, ist dem durch das erteilte – nach vor dem 1.12.2012 geltender Rechtslage noch unanfechtbare – Unschädlichkeitszeugnis (vgl. Art. 8 UnschZG i. d. F. vom 7.8.2003, GVBl, S. 512) Rechnung getragen. Das Grundbuchamt sieht dies offensichtlich ebenso.

1. Das Rechtsmittel gegen die Zurückweisung ist im Übrigen als Grundbuchbeschwerde nach § 71 Abs. 1, § 73 i. V. m. § 15 Abs. 2 GBO zulässig. Eine Beschränkung im Hinblick auf die zuvor ergangene und teils auf dasselbe Eintragungshindernis gestützte, jedoch nicht angefochtene Zwischenverfügung nach § 18 Abs. 1 GBO besteht nicht (*Demharter*, GBO, § 18 Rdnr. 54).

2. In der Sache erweist sich die Beschwerde jedoch als unbegründet, soweit nicht im dritten Nachtrag vom 29.10.2010 zur Teilungserklärung für den Käufer W der Doppelhaushälfte Nr. 8 eine gesonderte – und ausreichende – Vollmacht enthalten ist und in der Urkunde vom 20.2.2012 die Käufer L der Doppelhaushälfte Nr. 2 mit den Tiefgaragenstellplätzen Nrn. 16 und 17 dem gegenständlichen vierten Nachtrag ausdrücklich zugestimmt haben.

a) Der dritte Nachtrag zur Teilungserklärung betrifft die Veränderung von Sondernutzungsflächen im Verhältnis der Einheiten Nrn. 6 und 8 zulasten des letztgenannten Einheit. In diesem Zusammenhang wird in Ziffer IV die ursprüngliche Vollmacht vom 30.12.2008 modifiziert, nämlich (intern) erweitert auf „Änderungen der Aufteilung sowie Begründung, Eintragung, Änderung und Aufhebung von Sondernutzungsrechten“, und zwar geltend für den Fall, „dass die Sondereigentumseinheiten, die Sondernutzungsrechte und die Nutzung des Gemeinschaftseigentums im Bereich des jeweiligen Sondereigentums und der dazugehörenden Zugänge des jeweiligen Vollmachtgebers nicht berührt werden“. Anhaltspunkte für eine Unwirksamkeit dieser Vollmacht bestehen nicht (vgl. zuletzt Senat vom 7.11.2012, 34 Wx 208/12, bei juris).

b) Die Vollmacht nach § 167 BGB ist ihrem eindeutigen Wortlaut zufolge im Außenverhältnis, bezogen auf Regelungen zur Abänderung der Teilungserklärung, unbeschränkt und deckt, ohne dass dies das Grundbuchamt zu würdigen hätte, alle Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen ab, die der Verkäufer in diesem Zusammenhang für zweckmäßig hält.

Die jeweilige Vollmacht ist auch nicht offensichtlich (vgl. BayObLG, OLG-Report 2003, 149) nach den §§ 305 ff. BGB unwirksam. Ob diese Vorschriften auf Grundbuchvollmachten überhaupt anzuwenden sind, bedarf keiner abschließenden Entscheidung. Angesichts der Bindungen im Innenverhältnis liegt trotz der Unbeschränktheit im Außenverhältnis bei der konkret vorliegenden Vertragsgestaltung jedenfalls kein offensichtlicher Verstoß gegen § 308 Nr. 4 BGB vor (siehe auch dazu Senat vom 7.11.2012; ferner BayObLGZ 2002, 296).

c) Das AG verweist in seiner Vorlage unter anderem auf die Rechtsprechung des damals für Grundbuchsachen zuständigen 32. Zivilsenats (Beschluss vom 13.6.2006, 32 Wx 079/06 = DNotZ 2007, 41), wonach eine im Außenverhältnis unbeschränkte Vollmacht den Bevollmächtigten nicht zur Abgabe

von Erklärungen gegenüber dem Grundbuchamt berechtigt, die ihm durch eine interne Abrede mit dem Vollmachtgeber in derselben Urkunde untersagt sind, wenn evident ist, dass dem Vollmachtgeber durch die Erklärung ein Vermögensschaden entsteht. Evident muss nach dieser Entscheidung auch die Überschreitung der intern vereinbarten Beschränkungen sein.

Ob dem auch der nun für Grundbuchsachen zuständige 34. Senat im dort gegebenen Fall gefolgt wäre (ablehnend *Demharter*, GBO, § 19 Rdnr. 76; *Holzer*, NotBZ 2007, 29; *Munzig*, DNotZ 2007, 43), kann auf sich beruhen. Zutreffend und unbestritten ist jedenfalls der Ausgangspunkt jener Entscheidung, wonach das Grundbuchamt aufgrund des Legalitätsprinzips durch seine mit den formellen Regeln übereinstimmende Eintragungstätigkeit nicht bewusst daran mitwirken darf, das Grundbuch unrichtig zu machen (vgl. BGHZ 35, 135, 139 f.; BayObLGZ 1967, 13; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 209; *Wilsch*, NZM 2007, 909, 910). Hat es sichere Kenntnis vom Missbrauch einer im Außenverhältnis unbeschränkten Vollmacht aufgrund von Verstößen gegen im Innenverhältnis bestehende Beschränkungen, dann kann und muss es die Eintragung ablehnen (*Meikel/Hertel*, GBO, 10. Aufl., § 29 Rdnr. 59).

d) Hier ergibt die objektive Urkundenlage die Evidenz der Vollmachtsüberschreitung und damit des Missbrauchs: Im Innenverhältnis wird für den Gebrauch der Vollmacht vorausgesetzt, dass das Recht des Vollmachtgebers auf Gebrauch des gemeinschaftlichen Eigentums nicht beeinträchtigt wird. Dieses Recht bestimmt sich nach § 13 Abs. 2 WEG als Befugnis zum Mitgebrauch. Ein einzutragendes Sondernutzungsrecht nach § 10 Abs. 3 WEG als Vereinbarung der Wohnungseigentümer untereinander erlaubt den Ausschluss der übrigen Wohnungseigentümer vom gesetzlich gewährleisteten Mitgebrauch (vgl. *Kümmel* in *Niederführ/Kümmel/Vandenhouten*, WEG, 10. Aufl., § 13 Rdnr. 29). Dieses wird von der internen Befugnis des Verkäufers zur einseitigen Änderung hier gerade nicht erfasst. Die maßgebliche Klausel betrifft ihrer objektiven Bedeutung nach bereits die formelle Seite, selbst wenn erst die rechtswirksame Vereinbarung den eigentlichen Geltungsgrund für das Sondernutzungsrecht schafft (vgl. *Munzig*, DNotZ 2007, 43, 44). Denn ersichtlich dient sie dazu, gerade den Grundbuchvollzug von Änderungen zu erleichtern, die die Grundlage der Wohnungseigentümer untereinander bilden. Die Klausel ist absolut gefasst, lässt insbesondere für wirtschaftliche Überlegungen oder räumliche Einschränkungen etwa auf Bereiche, die nur die Zugänge zum Sondereigentum des jeweiligen Vollmachtgebers betreffen (vgl. den dritten Nachtrag vom 29.10.2010), keinen Raum.

e) Zutreffend ist schließlich auch die in der Vorlageentscheidung vom 14.11.2012 vertretene Meinung des Grundbuchamts, dass bereits die eingetragenen Eigentumsvormerkungen für die Erwerber von Wohnungseigentum die Befugnis des Verkäufers zur Änderung der Teilungserklärung zum Erlöschen bringen. Der Senat nimmt Bezug auf die gefestigte Rechtsprechung des BayObLG (vgl. BayObLGZ 1993, 259; 1998, 255). § 888 Abs. 1 BGB ist in diesem Fall aus den in der Entscheidung vom 24.6.1993 dargelegten Gründen (BayObLGZ 1993, 259, 262) nicht anwendbar. Auf die Frage, ob die jeweilige Vormerkung bei der Eigentumsumschreibung gelöscht werden kann, kommt es deshalb nicht an.

(...)

4. BGB §§ 313, 1571, 1573 Abs. 2, §§ 1578, 1578b; EGZPO § 36 Nr. 1 (*Berücksichtigung eines ehebedingten Verzichts auf berufliche Karriere unter dem Gesichtspunkt des ehebedingten Nachteils*)

1. **Ist ein Unterhaltsberechtigter altersbedingt nicht mehr erwerbstätig, richtet sich sein Unterhalt für den durch die Rente nicht gedeckten Bedarf allein nach § 1571 BGB (Altersunterhalt – in Abgrenzung zu Senat, NJW 1999, 1547 = FamRZ 1999, 708, 709).**
2. **Kann der Unterhaltsberechtigte in der Zeit nach der Zustellung des Scheidungsantrags ehebedingt nicht das Einkommen erzielen, was er ohne Ehe hätte erzielen können, sind die daraus folgenden Rentennachteile im Rahmen des § 1578b BGB grundsätzlich als ehebedingte Nachteile zu berücksichtigen. Etwas anderes gilt aber, wenn sie durch andere mit der Ehe verbundene Vorteile kompensiert werden (im Anschluss an Senat, NJW 2011, 2512 = FamRZ 2011, 1381 Rdnr. 33).**
3. **Die Frage, ob der Unterhaltsberechtigte ehebedingt auf eine berufliche Karriere verzichtet hat, ist im Rahmen des § 1578b BGB allein unter dem Gesichtspunkt des ehebedingten Nachteils von Bedeutung. Die naheheliche Solidarität erfasst demgegenüber andere Umstände, die unabhängig von ehebedingten Nachteilen Auswirkungen auf den konkreten Unterhaltsanspruch haben.**

BGH, Urteil vom 7.3.2012, XII ZR 145/09

Der Kläger begehrt mit seiner Abänderungsklage den Wegfall des in einem Prozessvergleich von 1995 geregelten Ehegattenunterhalts.

Der 1940 geborene Kläger und die 1944 geborene Beklagte schlossen im November 1967 die Ehe. Der Kläger war damals Student, die Beklagte angestellte Sport- und Gymnastiklehrerin. Nach der Geburt des gemeinsamen Sohnes im Juli 1971 setzte die Beklagte ihre Tätigkeit für drei Jahre aus und nahm sie anschließend als Teilzeitarbeit wieder auf. Die Parteien trennten sich erstmals im Jahr 1974 und endgültig zum Jahreswechsel 1978/1979. Auf den im Dezember 1980 zugestellten Scheidungsantrag wurde die Ehe der Parteien im März 1982 geschieden. Seit 1987 arbeitete die Beklagte bis zum Renteneintritt annähernd in Vollzeit.

Im Juli 1995 schlossen die Parteien einen gerichtlichen Vergleich, wonach sich der Kläger unter anderem verpflichtete, an die Beklagte Aufstockungsunterhalt i. H. v. 1.100 DM = 562,42 € monatlich zu zahlen. Seit Oktober 2005 ist der – inzwischen wiederverheiratete – Kläger pensioniert. Die Beklagte trat zum August 2007 in den Ruhestand.

Das AG hat der Abänderungsklage, mit der der Kläger den Wegfall seiner Unterhaltsverpflichtung ab August 2007 begehrt, teilweise stattgegeben und den Kläger unter anderem verurteilt, an die Beklagte nahehelichen Unterhalt von 396 € ab Juli 2008 zu zahlen. Auf die Berufung des Klägers hat das OLG das amtsgerichtliche Urteil teilweise dahin abgeändert, dass der Kläger ab Januar 2009 einen nahehelichen Unterhalt in Höhe von monatlich 200 € zu zahlen hat. Hiergegen wendet sich der Kläger mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision.

Aus den Gründen:

Die Revision ist begründet und führt zur Aufhebung des Berufungsurteils sowie zur Zurückverweisung der Sache an das OLG. (...)

II.

(...) Für das Verfahren ist gemäß Art. 111 Abs. 1 FGG-RG das bis Ende August 2009 geltende Prozessrecht anwendbar, weil der Rechtsstreit vor diesem Zeitpunkt eingeleitet worden ist. Die Abänderung des Prozessvergleichs richtet sich somit nach

§ 323 ZPO a. F. (vgl. nunmehr §§ 238, 239 FamFG; Senat, BGHZ 186, 1 = FamRZ 2010, 1238 Rdnr. 10, und Urteil vom 23.11.2011, XII ZR 47/10, FamRZ 2012, 197 Rdnr. 13).

1. Zu Recht ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass die Abänderungsklage zulässig ist. Allerdings findet entgegen seiner Ansicht die Präklusionsvorschrift des § 323 Abs. 2 ZPO a. F. auf Vergleiche keine Anwendung. Die Abänderung eines Prozessvergleiches richtet sich allein nach materiellrechtlichen Kriterien (Senat, BGHZ 186, 1 = FamRZ 2010, 1238 Rdnr. 12 f. m. w. N., und Urteil vom 23.11.2011, XII ZR 47/10, FamRZ 2012, 107 Rdnr. 15).

2. Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass die Voraussetzungen für eine Abänderung des Vergleichs gemäß § 323 Abs. 4 a. F., § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO i. V. m. § 313 BGB vorliegen.

a) Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderungen vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrages verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann, § 313 Abs. 1 BGB.

b) Gemessen hieran ist eine Abänderung des im Streit stehenden Vergleichs eröffnet.

Zum einen hat das Berufungsgericht zutreffend darauf hingewiesen, dass sich die wirtschaftlichen Verhältnisse der Parteien vor allem durch ihren Eintritt in den Ruhestand wesentlich verändert haben. Zudem haben sich nach Abschluss des Vergleichs die rechtlichen Verhältnisse bezogen auf die Möglichkeit, den nahehelichen Unterhalt zu begrenzen, geändert.

aa) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist der Unterhaltsanspruch hinsichtlich des im Streit stehenden Abänderungszeitraumes ab August 2007 allerdings nicht als Aufstockungsunterhaltsanspruch im Sinne von § 1573 Abs. 2 BGB, sondern als Altersunterhaltsanspruch nach § 1571 BGB zu qualifizieren. Dem steht nicht entgegen, dass die Beklagte bereits im Alter von 63 Jahren in den Ruhestand getreten ist, anstatt – wie zu diesem Zeitpunkt noch üblich – mit 65 Jahren (vgl. dazu Senat, Urteil vom 3.2.1999, XII ZR 146/97, FamRZ 1999, 708, 709; Palandt/Brudermüller, 71. Aufl., § 1571 Rdnr. 3). Dass die, nach den Feststellungen des Berufungsgerichts zu 50 % schwerbehinderte Beklagte noch einer Erwerbsobliegenheit unterlegen hätte, ist nicht festgestellt, von der Revision nicht eingewandt und im Übrigen auch nicht ersichtlich.

Ist ein Unterhaltsberechtigter – wie hier – altersbedingt nicht mehr erwerbstätig, richtet sich sein Unterhalt für den durch die Rente nicht gedeckten Bedarf allein nach § 1571 BGB (Altersunterhalt). Demgegenüber setzt der Anspruch auf Aufstockungsunterhalt aus § 1573 Abs. 2 BGB voraus, dass der Unterhaltsberechtigte (altersbedingt) eine – zumindest teilweise – Erwerbstätigkeit ausübt (vgl. Senat, Urteil vom 3.2.1999, XII ZR 146/97, FamRZ 1999, 708, 709).

bb) Die vom Kläger beehrte Befristung des – somit ab Renteneintritt der Beklagten als Altersunterhalt zu qualifizierenden – Anspruchs ist erstmals durch § 1578b BGB, also mit dem zum 1.1.2008 in Kraft getretenen Unterhaltsänderungsgesetz ermöglicht worden.

Allerdings hätte auch eine – gemäß § 1578 Abs. 1 Satz 2 BGB a. F. schon vor der Unterhaltsrechtsreform mögliche – Herabsetzung des nach den ehelichen Lebensverhältnissen bemes-

senen Unterhalts auf den angemessenen Lebensbedarf im Ergebnis einer Befristung gleichstehen können, nämlich dann, wenn der Unterhaltsberechtigte Letzteren selbst erwirtschaften kann (vgl. zu § 1578b BGB Senat, Urteil vom 20.10.2010, XII ZR 53/09, FamRZ 2010, 2059 Rdnr. 22). Aber auch insoweit ist nach dem Vergleichsabschluss eine wesentliche Änderung der rechtlichen Verhältnisse eingetreten, und zwar durch die Änderung der Senatsrechtsprechung zu § 1573 Abs. 5, § 1578 Abs. 1 Satz 2 BGB a. F. (beginnend mit Senat, Urteil vom 12.4.2006, XII ZR 240/03, FamRZ 2006, 1006). Danach ist nunmehr für die Begrenzung des Unterhalts vorrangig auf das Vorliegen ehebedingter Nachteile und nicht mehr allein auf die Ehedauer abzustellen; Letztere hätte bis zu jener Rechtsprechungsänderung nach den insoweit zutreffenden Ausführungen des Berufungsgerichts unter Berücksichtigung der Zeit der Kindesbetreuung (§ 1578 Abs. 1 Satz 3 BGB a. F.) einer Begrenzung entgegengestanden. Von daher ist der Kläger mit einer entsprechenden Herabsetzung für die Zeit vor Inkrafttreten des Unterhaltsänderungsgesetzes (hier zweites Halbjahr 2007) gemäß § 313 BGB nicht ausgeschlossen.

3. Im Ansatz zutreffend hat das Berufungsgericht – vor einer Begrenzung des Unterhalts nach § 1578b BGB – zunächst den Unterhaltsbedarf nach § 1578 BGB ermittelt. Dabei ist es – dem AG folgend – von der Rechtsprechung des Senats zur Dreiteilung ausgegangen, so dass der Unterhalt der Beklagten im Hinblick auf die zweite Ehefrau des Klägers zu reduzieren war. Ohne diese Kürzung (auf 396 € für die Zeit ab Juli 2008) beliefe sich der Unterhaltsanspruch der Beklagten nach der vom Berufungsgericht angestellten Kontrollberechnung (siehe dazu Senat, Urteil vom 14.4.2010, XII ZR 89/08, FamRZ 2010, 869 Rdnr. 32 f.) auf rund 449 €.

Wie der Senat aber nach Erlass des Berufungsurteils entschieden hat, hält er an der Dreiteilungsmethode im Rahmen der Bedarfsermittlung nicht mehr fest. Nach seiner geänderten Rechtsprechung hat der Unterhaltsanspruch der nachfolgenden Ehefrau keine Auswirkungen auf den Unterhaltsbedarf der geschiedenen Ehefrau nach § 1578 BGB; dieser Anspruch ist allein im Rahmen der Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen nach § 1581 BGB zu berücksichtigen, wobei es maßgeblich auf die Rangverhältnisse ankommt (Senat, Urteil vom 7.12.2011, XII ZR 151/09, FamRZ 2012, 281 Rdnr. 37 ff., und Urteil vom 7.12.2011, XII ZR 159/09, FamRZ 2012, 288 Rdnr. 34). Danach hat das Berufungsgericht den Bedarf der Beklagten rechtsfehlerhaft ermittelt.

4. Die im Rahmen des § 1578b BGB vom Berufungsgericht durchgeführte Billigkeitsprüfung hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand.

a) Ein Anspruch auf nahehelichen Unterhalt ist nach § 1578b Abs. 1 Satz 1 BGB auf den angemessenen Lebensbedarf herabzusetzen, wenn eine an den ehelichen Lebensverhältnissen orientierte Bemessung des Unterhaltsanspruchs auch unter Wahrung der Belange eines dem Berechtigten zur Pflege oder Erziehung anvertrauten gemeinschaftlichen Kindes unbillig wäre. Nach § 1578b Abs. 2 Satz 1 BGB ist ein Anspruch auf nahehelichen Unterhalt zeitlich zu begrenzen, wenn ein zeitlich unbegrenzter Unterhaltsanspruch unbillig wäre. Die Kriterien für die Billigkeitsabwägung ergeben sich aus § 1578b Abs. 1 Satz 2 und 3 BGB. Danach ist bei der Billigkeitsabwägung insbesondere zu berücksichtigen, inwieweit durch die Ehe Nachteile im Hinblick auf die Möglichkeit eingetreten sind, für den eigenen Unterhalt zu sorgen. Solche Nachteile können sich vor allem aus der Dauer der Pflege und Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes, aus der Gestaltung von Haushaltsführung oder Erwerbstätigkeit während

der Ehe sowie aus der Dauer der Ehe ergeben. Ein ehebedingter Nachteil äußert sich in der Regel darin, dass der unterhaltsberechtigte Ehegatte nachehelich nicht die Einkünfte erzielt, die er ohne die Ehe und Kinderbetreuung erzielen würde (Senat, Urteil vom 23.11.2011, XII ZR 47/10, FamRZ 2012, 197 Rdnr. 25 m. w. N.).

b) Diesen Anforderungen wird das Berufungsurteil nicht gerecht.

Die Abwägung aller für die Billigkeitsentscheidung in Betracht kommenden Gesichtspunkte ist Aufgabe des Tatrichters. Sie kann vom Revisionsgericht allerdings daraufhin überprüft werden, ob dieser die im Rahmen der Billigkeitsprüfung maßgebenden Rechtsbegriffe verkannt oder für die Einordnung unter diese Begriffe wesentliche Umstände unberücksichtigt gelassen hat (Senat, Urteil vom 29.6.2011, XII ZR 157/09, FamRZ 2011, 1721 Rdnr. 21 m. w. N.). Der revisionsrechtlichen Überprüfung unterliegt insbesondere, ob der Tatrichter sich mit dem Prozessstoff und den Beweisergebnissen umfassend und widerspruchsfrei auseinandergesetzt hat, seine Würdigung also vollständig und rechtlich möglich ist und nicht gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt (Senat, Urteil vom 29.6.2011, XII ZR 157/09, FamRZ 2011, 1721 Rdnr. 21 m. w. N.).

aa) Die Beurteilung des Berufungsgerichts, wonach die Beklagte ehebedingte Nachteile erlitten habe, soweit sie in der Zeit von der Zustellung des Scheidungsantrags bis Ende 1986 nicht voll erwerbstätig gewesen sei und infolge dessen Einbußen bei der Rente zu beklagen habe, sind nicht frei von Rechtsfehlern.

Zwar wird der hier in Rede stehende Nachteil in der Altersversorgung, den das OLG auf 50 € bis 60 € geschätzt hat, nicht unmittelbar von dem Versorgungsausgleich erfasst (siehe hierzu Senat, Urteil vom 29.6.2011, XII ZR 157/09, FamRZ 2011, 1721 Rdnr. 29 m. w. N.), weil er nicht mehr in die Ehezeit fällt. Jedoch hat das Berufungsgericht verkannt, dass diese Einbuße auch anderweit kompensiert werden kann.

Ob ehebedingte Nachteile entstanden sind, ist zu ermitteln, indem die Lage, wie sie sich ohne Eheschließung und die gewählte Rollenverteilung ergeben hätte und die tatsächlich bestehende Lage gegenüber gestellt werden. Dabei können zunächst entstandene Nachteile durch andere mit der Ehe verbundene Vorteile – auch nach der Ehescheidung – kompensiert worden sein (Senat, Urteil vom 8.6.2011, XII ZR 17/09, FamRZ 2011, 1381 Rdnr. 33).

Der Kläger hat der Beklagten ausweislich des Unterhaltsvergleichs keinen Altersvorsorgeunterhalt geschuldet, weshalb der Nachteil nicht auf diese Weise kompensiert worden ist (siehe dazu Senat, Urteil vom 8.6.2011, XII ZR 17/09, FamRZ 2011, 1381 Rdnr. 33). Jedoch erzielt die Beklagte ausweislich der Feststellungen des Berufungsgerichts infolge des Versorgungsausgleichs Renteneinkünfte, die über ihrem bis dahin erzielten Erwerbseinkommen liegen. Danach drängt sich der Schluss auf, dass die Beklagte wegen des Versorgungsausgleichs eine höhere Rente erzielt, als sie dies ohne Heirat bei durchgehender Erwerbstätigkeit getan hätte. Damit wären die vom OLG angenommenen Rentennachteile zumindest kompensiert.

Soweit das Berufungsgericht ehebedingte Nachteile aus dem Gesichtspunkt einer „nicht stattgefundenen Karriereentwicklung“ unberücksichtigt gelassen hat, ist der Kläger hierdurch nicht beschwert.

bb) Ebenso wenig hält die unter dem Gesichtspunkt der nahehelichen Solidarität durchgeführte Billigkeitsabwägung einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand.

(1) § 1578b BGB beschränkt sich nach dem Willen des Gesetzgebers nicht auf die Kompensation ehebedingter Nachteile, sondern berücksichtigt auch eine darüber hinausgehende naheheliche Solidarität. Bei der insoweit gebotenen Billigkeitsabwägung hat das Familiengericht das im Einzelfall gebotene Maß der nahehelichen Solidarität festzulegen, wobei vor allem die in § 1578b Abs. 1 Satz 3 BGB aufgeführten Gesichtspunkte zu berücksichtigen sind. Die Ehedauer gewinnt im Rahmen dieser Billigkeitsabwägung durch eine wirtschaftliche Verflechtung an Gewicht, die insbesondere durch Aufgabe einer eigenen Erwerbstätigkeit wegen der Betreuung gemeinsamer Kinder oder der Haushaltsführung eintritt (Senat, Urteil vom 23.11.2011, XII ZR 47/10, FamRZ 2012, 197 Rdnr. 31 m. w. N.).

(2) Die vom Berufungsgericht vorgenommene Abwägung wird diesen Anforderungen nicht gerecht.

(a) Nicht zu beanstanden ist jedoch, dass das Berufungsgericht im Rahmen seiner Abwägung zugunsten der Beklagten berücksichtigt hat, dass diese den Kläger am Anfang der Ehe durch ihr eigenes Erwerbseinkommen sowie mit ihrer Erbschaft unterstützt hat und dass sie sich um die Kindesbetreuung gekümmert hat.

Ebenso wenig ist etwas dagegen zu erinnern, dass das Berufungsgericht das Vertrauen der Beklagten auf einen dauerhaften Unterhaltsanspruch und den Umstand, dass die Beklagte keinerlei Chancen mehr habe, den Unterhaltsausfall durch eigene berufliche Disposition abzufangen, zu ihren Gunsten gewürdigt hat. Bereits bei der Überprüfung der Unbilligkeit nach § 1578b BGB ist zu berücksichtigen, dass der Unterhaltsanspruch durch Vereinbarung festgelegt ist. Wie das Gesetz in § 36 Nr. 1 EGZPO klarstellt, gilt dies bei Unterhaltstiteln oder -vereinbarungen nach der bis Dezember 2007 bestehenden Rechtslage in noch stärkerem Maße. Dass dieser Gesichtspunkt in § 36 Nr. 1 EGZPO gesondert geregelt ist, hindert seine Heranziehung im Rahmen des § 1578b BGB nicht. Weil die Beurteilung der Begrenzung hiernach vielmehr auf einer umfassenden Interessenabwägung beruhen muss, ist die Berücksichtigung der Titulierung im Rahmen des § 1578b BGB sogar geboten (Senat, Urteil vom 30.6.2010, XII ZR 9/09, FamRZ 2010, 1414 Rdnr. 32).

(b) Im Übrigen ist die vom Berufungsgericht vorgenommene Billigkeitsabwägung jedoch fehlerhaft.

(aa) Das Berufungsgericht hat für die Bemessung der nahehelichen Solidarität darauf abgestellt, dass die Beklagte aufgrund des seinerzeit vorherrschenden Rollenverständnisses auf eine eigene berufliche Karriere verzichtet habe. Dabei hat es verkannt, dass dieser Aspekt allein für die Frage von Bedeutung ist, ob die Beklagte einen – insoweit vom Berufungsgericht verneinten – ehebedingten Nachteil erlitten hat. Der Gesetzgeber wollte mit der entsprechenden Regelung des § 1578b BGB einen Ausgleich der Nachteile bewirken, die dadurch entstehen, dass der Unterhaltsberechtigte wegen der Aufgabenverteilung in der Ehe, insbesondere der Kinderbetreuung, nach der Scheidung nicht oder nicht ausreichend für seinen eigenen Unterhalt sorgen kann (Senat, Urteil vom 23.11.2011, XII ZR 47/10, FamRZ 2012, 197 Rdnr. 28). Der Gesichtspunkt der nahehelichen Solidarität erfasst demgegenüber andere Umstände, die unabhängig von ehebedingten Nachteilen Auswirkungen auf den konkreten Unterhaltsanspruch haben.

Hinzu kommt, dass das Berufungsgericht den Aspekt des Karriereverzichts widersprüchlich gewürdigt hat. Einerseits hat es im Rahmen der Prüfung, ob die Beklagte einen ehebedingten Nachteil erlitten hat, die Aufnahme eines Lehramtsstudi-

ums als Spekulation zurückgewiesen. Andererseits hat es eine solche – hypothetische – Karriere bei der Bemessung der nahehelichen Solidarität zugunsten der Beklagten berücksichtigt. Dazu hat es ausgeführt, dass die Beklagte auf eine Zusatzausbildung verzichtet und damit die ehebedingten Nachteile gering gehalten habe und dass die Erwerbsbiografie der Beklagten zeige, dass mit der Entscheidung für ein Kind die Chance für eine Zusatzausbildung praktisch vertan gewesen sei. Diese Ausführungen sind in sich widersprüchlich. Der Verzicht auf eine Zusatzausbildung bedeutet im Umkehrschluss, dass die Beklagte diese – vom Berufungsgericht noch beim ehebedingten Nachteil als Spekulation verneinte – Option überhaupt gehabt hätte. Überdies ist auch der weitere, vom Berufungsgericht hieraus gezogene Schluss, wonach die Beklagte mit dem Verzicht auf eine solche Zusatzausbildung die ehebedingten Nachteile „gering gehalten“ habe, nicht nachvollziehbar. Denn die Aufgabe einer möglichen Karriere lässt die ehebedingten Nachteile erst entstehen.

(bb) Zu Recht rügt die Revision, dass das Berufungsgericht bei seiner Abwägung zudem nicht die vom Kläger geleisteten Unterhaltszahlungen gewürdigt hat. Denn im Rahmen von § 1578b BGB ist die Gesamtbelastung des Unterhaltspflichtigen durch den Unterhalt ebenfalls ein Billigkeitskriterium (Senat, Urteil vom 23.11.2011, XII ZR 47/10, FamRZ 2012, 197 Rdnr. 37, und Urteil vom 30.3.2011, XII ZR 63/09, FamRZ 2011, 875 Rdnr. 22).

Den Gründen des Berufungsurteils lässt sich entnehmen, dass der Kläger erstmals 1974 Trennungunterhalt gezahlt hat. Genaue Feststellungen zu Höhe und Zeitraum vor allem auch der Leistung nahehelichen Unterhalts fehlen indes, obgleich der Kläger im instanzgerichtlichen Verfahren hierzu konkret vorgetragen hat. Aus dem Prozessvergleich vom 21.7.1995 ergibt sich jedenfalls, dass der Kläger eine Unterhaltsnachzahlung von 49.000 DM und seit August 1995 laufenden Unterhalt von monatlich 1.050 DM und ab Januar 1996 von 1.100 DM zu zahlen hatte.

(cc) Überdies hat sich das Berufungsgericht nicht mit der Frage auseinander gesetzt, wie sehr die Parteien wirtschaftlich noch miteinander verflochten sind.

Durch eine zunehmende Entflechtung der wirtschaftlichen und persönlichen Verhältnisse der geschiedenen Ehegatten, die umso gewichtiger wird, je weiter die Scheidung zurückliegt, wird das Maß der geschuldeten nahehelichen Solidarität begrenzt (vgl. Senat, Urteil vom 23.11.2011, XII ZR 47/10, FamRZ 2012, 197 Rdnr. 37; Urteil vom 29.6.2011, XII ZR 157/09, FamRZ 2011, 1721 Rdnr. 23 f., und Urteil vom 8.6.2011, XII ZR 17/09, FamRZ 2011, 1381 Rdnr. 36).

Anlass für eine Berücksichtigung dieses Gesichtspunktes bestand schon deshalb, weil die Beklagte durch die frühe Wiederaufnahme ihrer Erwerbstätigkeit im Jahr 1974 und ihre kontinuierliche Tätigkeit bis zum Renteneintritt im Jahr 2007 an ihre Lebensstellung, die sie bereits vor der Geburt des Kindes innehatte, anknüpfte. Hinzu kommt, dass die Ehe, die bis zur Zustellung des Scheidungsantrages lediglich rund 13 Jahre dauerte, bezogen auf den vom Kläger begehrten Abänderungszeitpunkt (August 2007) bereits seit über 25 Jahren geschieden war.

(dd) Schließlich hätte das Berufungsgericht bei der Billigkeitsabwägung auch nicht unberücksichtigt lassen dürfen, dass die Beklagte durch den Versorgungsausgleich eine erhebliche Aufbesserung ihrer Rente erfahren hat, die nunmehr deutlich über ihrem angemessenen Lebensbedarf liegt. Dass die Beklagte hinsichtlich ihres Vertrauens auf den Unterhalt Dispositionen getroffen hätte, denen zufolge sie auf den

Unterhalt angewiesen wäre, ist demgegenüber nicht festgestellt.

5. Nicht zu beanstanden – und von der Revision auch nicht gerügt – sind hingegen die Ausführungen des Berufungsgerichts, wonach nicht davon ausgegangen werden könne, dass die Beklagte auf den Unterhalt für die Zeit ab Renteneintritt verzichtet habe und ihr Unterhaltsanspruch auch nicht gemäß § 1579 Nr. 2 BGB zu versagen sei.

III.

Nach alledem kann die angefochtene Entscheidung keinen Bestand haben. Da die Sache nicht zur Endentscheidung reif ist, ist das Berufungsurteil aufzuheben und die Sache an das OLG zurückzuverweisen, § 563 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 ZPO.

IV.

Die Zurückverweisung gibt dem Berufungsgericht Gelegenheit, den Unterhalt der Beklagten nach Maßgabe der geänderten Senatsrechtsprechung (siehe dazu Senat, Urteil vom 7.12.2011, XII ZR 151/09, MDR 2012, 156 Rdnr. 37 ff., und Urteil vom 7.12.2011, XII ZR 159/09, MDR 2012, 161 Rdnr. 34) gemäß §§ 1578, 1581 BGB erneut zu bestimmen, bevor es über die Frage der Unterhaltsbegrenzung nach § 1578b BGB entscheidet. Dabei wird es zunächst zu prüfen haben, ob die von ihm angenommenen Rentennachteile durch den Versorgungsausgleich kompensiert worden sind. Daneben wird sich das OLG im Zusammenhang mit der Frage, ob die Beklagte durch die Nichtaufnahme eines Lehramtsstudiums – wie vom AG bejaht – ehebedingte Nachteile erlitten hat, mit der Senatsrechtsprechung zur sekundären Darlegungslast des Unterhaltsberechtigten auseinanderzusetzen haben, wonach unter anderem die hieran zu stellenden Anforderungen nicht überspannt werden dürfen (Senat, Urteil vom 26.10.2011, XII ZR 162/09, FamRZ 2012, 93 Rdnr. 23 f., und Urteil vom 20.10.2010, XII ZR 53/09, FamRZ 2010, 2059 Rdnr. 32 f.). Ggf. wird das Berufungsgericht der Beklagten Gelegenheit geben müssen, die konkreten Auswirkungen des von ihr geschilderten hypothetischen Lebenslaufs darzulegen und auf die Einwände des Klägers einzugehen, wonach sie selbst bei einer Verbeamtung hinsichtlich der Altersvorsorge keine Nachteile erlitten hätte.

5. BGB § 1643 Abs. 1, § 1822 Nr. 3 (*Genehmigungsbedürftigkeit eines Vertrags über die Errichtung einer vermögensverwaltenden Kommanditgesellschaft mit Beteiligung Minderjähriger*)

Ein Vertrag über die Errichtung einer vermögensverwaltenden Kommanditgesellschaft mit Beteiligung eines Minderjährigen als Kommanditisten bedarf nicht der familiengerichtlichen Genehmigung nach § 1643 Abs. 1, § 1822 Nr. 3 BGB.

(Leitsatz der Schriftleitung)

OLG Jena, Beschluss vom 22.3.2013, 2 WF 26/13

Mit Schreiben vom 22.3.2012 übersandte der Notar dem AG – Familiengericht – Jena – 47 F 275/12 – den Entwurf eines notariellen Vertrages zur Errichtung einer vermögensverwaltenden Kommanditgesellschaft der Eltern S und ihrer drei minderjährigen Kinder mit dem Antrag, den Kindern je einen Ergänzungspfleger zu bestellen mit dem Aufgabenkreis der Gründung einer Kommanditgesellschaft. Die antragsgemäße Ergänzungspflegschaft erfolgte mit Beschluss des AG vom 11.5.2012.

In einer ergänzenden Verfügung vom gleichen Tag teilte das AG dem Notar mit, dass eine familiengerichtliche Genehmigung nach

§§ 1643, 1822 Nr. 3 BGB für den wirksamen Abschluss des Vertrages nicht erforderlich sei, da es sich um einen reine vermögensverwaltende Gesellschaft ohne gewerbliche Tätigkeit handele.

Die Beteiligten errichteten sodann als Gründungsgesellschafter mit notariellem Vertrag vom 10.7.2012 gemäß dem vorgelegten Entwurf die KG, deren Gegenstand die Bewirtschaftung, die Verwaltung und die Verwertung des eigenen Vermögens ist (vgl. II. (1) des Gesellschaftsvertrages).

Mit Schreiben vom 11.7.2012 beantragte der für die Beteiligten tätig gewordene Notar die Anmeldung zum Handelsregister bei dem AG – Registergericht – Jena.

Das Familiengericht wies den Urkundsnotar unter dem 17.9.2012 darauf hin, dass dem Eintragungsantrag nicht entsprochen werden könne, weil noch verschiedene Fragen zu klären seien.

In der Urkunde vom 10.7.2012 heiße es, dass diverse Grundstücke eingebracht würden, hinsichtlich derer um Benennung bzw. Konkretisierung gebeten werde. Auch sei durch das Gericht die Werthaltigkeit der einzubringenden Immobilien zu prüfen, die durch ein Verkehrswertgutachten nachgewiesen werden könne. Bedenken bestünden auch gegen die Dauer des Vertrages bis zum 31.12.2030 und die Klausel, dass die KG beim Ausscheiden des persönlich haftenden Gesellschafters unter Umständen als GbR weitergeführt werde.

Der Notar hat mit Schreiben vom 27.9.2012 zu den Nachfragen des AG Stellung genommen. Mit Schreiben vom 9.10.2012 hat er ergänzende Ausführungen zu der Frage der vertraglichen Mindestdauer der Gesellschaft bis zum 31.12.2030 getätigt. Am 5.12.2012 hat er die Erteilung eines Negativattestes bzw. einer familiengerichtlichen Genehmigung beantragt.

Das AG hat mit Beschluss vom 19.12.2012 die Erteilung eines Negativattestes abgelehnt. Es hat zur Begründung ausgeführt, nach seiner Ansicht sei eine familiengerichtliche Genehmigung nach § 1822 Nr. 3 BGB erforderlich, die jedoch derzeit nicht erteilt werden könne, da der Notar den geäußerten Bedenken des amtsgerichtlichen Schreibens vom 17.9.2012 nicht Rechnung getragen habe. Das AG hat gegen seine Entscheidung die Beschwerde zugelassen.

Auf die hiergegen gerichtete Beschwerde vom 9.1.2013, die der Notar im Namen aller Beteiligten gemäß der vorgelegten Vollmacht vom 10.7.2012 erhoben hat, hat das AG am 11.1.2013 die Akten dem Beschwerdegericht übermittelt.

Aus den Gründen:

II.

Gemäß § 111 Nr. 2, 151 Nr. 4 FamFG i. V. m. § 58 FamFG ist die Verweigerung des Negativattestes bzw. einer gemäß § 1643 Abs. 1, § 1822 Nr. 3 BGB erforderlichen familiengerichtlichen Genehmigung zur Gründung einer Kommanditgesellschaft eines minderjährigen Kindes als Endentscheidung mit der Beschwerde anfechtbar (vgl. *Zöller/Feskorn*, ZPO, 28. Aufl., § 58 FamFG Rdnr. 1 ff.). Die Genehmigung des Familiengerichts zu einer Maßnahme im Sinne von § 1643 BGB ist eine Familiensache im Sinne des § 151 FamFG (vgl. *Zöller/Feskorn*, § 151 FamFG Rdnr. 14).

Das AG geht zunächst zutreffend davon aus, dass sein Beschluss vom 19.12.2012 eine gemäß § 58 FamFG beschwerdefähige Entscheidung darstellt. Angesichts des Beschwerdewertes, der nach Ansicht des Senates vorliegend den erforderlichen Beschwerdewert nach § 61 FamFG i. H. v. 600 € in jedem Falle angesichts der Vermögenswerte des Gesellschaftsvertrages übersteigt, hätte es der erfolgten Zulassung der Beschwerde durch das AG nach § 61 Abs. 2 FamFG nicht bedurft.

Die Beteiligten zu 1 bis 5 sind als Gesellschafter der betroffenen Kommanditgesellschaft auch beschwerdebefugt (§ 59 FamFG). Die angegriffene Verfügung greift in ihre eigene Rechtssphäre ein. Das AG bringt mit der Ablehnung der Erteilung eines Negativattests zum Ausdruck, dass es die Notwendigkeit einer familiengerichtlichen Genehmigung für

erforderlich hält, so dass es eine solche Genehmigung, falls sie beantragt würde und die übrigen gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen würden, auch erteilen müsste.

Die Beschwerde ist begründet.

Die vom AG angenommenen Genehmigungshindernisse bestehen nicht. Die Auffassung des AG, die Beanstandungen der Zwischenverfügung vom 17.9.2012 seien in der Sache gerechtfertigt, hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand, weshalb der Beschluss aufzuheben ist.

Der Notar hat sich mit den Bedenken des AG in der Hinweisverfügung der Rechtspflegerin vom 17.9.2012 in seinen Schreiben vom 27.9. und 9.10.2012 detailliert auseinandergesetzt und unter Hinweis auf hierzu ergangene Rechtsprechung zur Genehmigungsbedürftigkeit vergleichbarer Rechtsgeschäfte diese Bedenken entkräftet. Der Senat folgt der dortigen Argumentation.

Die schenkweise Übertragung des von den Eltern durch Einbringung ihres Immobilienvermögens voll eingezahlten (Teil-)Kommanditanteils an der vermögensverwaltenden FamilienKG an die minderjährigen Beteiligten zu 3 bis 5 sind unter der Mitwirkung ihrer Ergänzungspfleger wirksam. Die Schenkung ist auch nicht gemäß § 1822 Nr. 3 BGB genehmigungsbedürftig, da sie für die Minderjährigen keine persönlichen Verpflichtungen begründet und deshalb lediglich rechtlich vorteilhaft im Sinne des § 107 BGB ist (vgl. *Palandt/Heinrichs*, 71. Aufl. 2012, § 107 Rdnr. 2).

Die im Schreiben des AG vom 17.9.2012 geäußerten Bedenken sind nach den Stellungnahmen des Notars vom 27.9.2012 und 9.10.2012 ausgeräumt. Die persönliche Haftung der Kinder und ihr Verlustrisiko sind auf die von den Eltern zu erbringende Kommanditeinlage beschränkt, was die Anteilsübertragung nicht rechtlich nachteilig macht (so auch OLG Zweibrücken, FamRZ 2001, 181, 182). Das Risiko, für Verbindlichkeiten zu haften, ist durch den Gegenstand des Unternehmens – die Verwertung des eigenen Vermögens ohne die Berechtigung zu gewerblicher Tätigkeit und die Beschränkung auf ihren Kapitalanteil als Kommanditisten – über den Gesellschaftsanteil von 100 € für jeden Kommanditisten hinaus – ausgeschlossen.

Als lediglich rechtlich vorteilhaftes Rechtsgeschäft bedeutet die Anteilsübertragung für den Minderjährigen kein unternehmerisches Risiko. Daher unterliegt sein – zumal unentgeltlicher – Beitritt in die rein private, nicht gewerblich tätige und nur vermögensverwaltende FamilienKG auch keiner vormundschaftsgerichtlichen Genehmigungspflicht nach § 1822 Nr. 3 BGB (so auch LG Münster, FamRZ 1997, 842; OLG Bremen, FamRZ 2009, 621; *Hohaus*, BB 2004, 1707, 1710; *Palandt/Diederichsen*, 71. Aufl. 2012, § 1822 Rdnr. 8, 10). Gründen Eltern mit ihren Kindern eine Gesellschaft zur Verwaltung von Grundbesitz, so bedarf der Gesellschaftsvertrag jedenfalls dann keiner vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung, wenn es sich hierbei lediglich um eine rein private Vermögensverwaltung handelt, die bislang dem Eigentümer allein oblag und die nunmehr von der Gesellschaft wahrgenommen wird (LG Münster, FamRZ 1997, 842).

Auch die Beteiligung an einer Vermögensverwaltungsgesellschaft begründet für sich betrachtet kein Erwerbsgeschäft. Über die nutzbringende Anlage des Vermögens hinaus müssen besondere Umstände dazukommen, die aus der Vermögensverwaltung ein Erwerbsgeschäft machen, etwa dass der Umfang des Vermögens eine geschäftsmäßige, gleichsam berufliche Tätigkeit erfordert, dass die Vermögensanlage ein gesteigertes unternehmerisches Risiko birgt oder dass die

Dauer der Bindung sich deutlich vom Typ des Privatvermögens entfernt.

Für die in der Beratungspraxis zunehmend empfohlene vermögensverwaltende Kommanditgesellschaft gelten die dargestellten Grundsätze entsprechend. So kann vom Vorliegen einer Kommanditgesellschaft nicht automatisch auf ein Erwerbsgeschäft geschlossen werden, da diese Gesellschaftsform seit Inkrafttreten des Handelsrechtsreformgesetzes 1998 nicht mehr auf Handelsgewerbe beschränkt ist. Zwar mag die bloße Verwaltung familieneigener Immobilien durch Ehegatten nicht dem Bild einer Vermögensverwaltungsgesellschaft entsprechen, der mit der Neufassung des § 105 Abs. 2 HGB die Eintragungsoption eröffnet werden sollte. Wenn sich jedoch keine konkreten Anhaltspunkte dafür ergeben, dass die Gesellschaft eine darüber hinausgehende Tätigkeit entfaltet, bedarf die Übertragung einer solchen Gesellschaft keiner familiengerichtlichen Genehmigung (*Lafontaine* in jurisPK-BGB, 6. Aufl. 2012, § 1822 Rdnr. 56 ff.; OLG Bremen, FamRZ 2009, 621).

Die Entscheidung des Familiengerichts und des an seine Stelle tretenden Beschwerdegerichts über die Genehmigung ist am Interesse des Pflégling (Kindes/Mündels) auszurichten und erfordert eine Gesamtwürdigung unter Abwägung der konkreten Vor- und Nachteile des beabsichtigten Rechtsgeschäftes.

Der Prüfungsmaßstab folgt auch ohne ausdrückliche Normierung im Gesetz aus dem Zweck der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung, nämlich ihrer Schutzfunktion, sowie daraus, dass durch die Genehmigungspflicht (§§ 1821, 1822 BGB) die gesetzliche Vertretungsmacht der Eltern (vgl. §§ 1629, 1643 Abs. 1 BGB) bzw. die eines Ergänzungspflegers (§ 1909 Abs. 1 Satz 1, § 1915 Abs. 1, § 1793 BGB) eingeschränkt wird. Deshalb hat das Familiengericht ausschließlich das Wohl und die Interessen des Pflégling (Kindes/Mündels) zu berücksichtigen, nicht die Belange der Eltern oder Dritter. Es ist zwar nicht gehindert, auch die Interessen der Familie in Betracht zu ziehen, jedoch nur dann, wenn die Interessen des Pflégling (Kindes/Mündels) gewahrt sind. Das Familiengericht hat vom Standpunkt eines verständigen, die Tragweite des Geschäfts überblickenden Volljährigen auch Erwägungen zur Zweckmäßigkeit und Nützlichkeit des genehmigungspflichtigen Rechtsgeschäfts anzustellen (vgl. BayObLGZ 1995, 230, 236 m. w. N.).

Der familiengerichtliche Genehmigungsvorbehalt ist eine Ausnahme vom Grundsatz der elterlichen Autonomie, welche die ungeschmäälerte Vertretungsmacht beinhaltet. Die Genehmigung darf daher nur versagt werden, wenn das in Aussicht genommene Geschäft nach den im Zeitpunkt der Entscheidung zu beurteilenden Gesamtumständen – das sind alle möglichen Vor- und Nachteile – nicht dem Interesse des Kindes entspricht. Vorteile, Risiken, Erträge und Aufwendungen sind abzuwägen (vgl. OLG Bremen, NJW-RR 1999, 876; BayObLG, Rpfleger 1977, 60; NJW-RR 1997, 1163; OLG R 1995, 76; OLG Frankfurt, NJW-RR 1999, 1236). Den Eltern verbleibt dabei eine Dispositionsbefugnis, die nur beschränkt zur Überprüfung des Familiengerichts steht (OLG Frankfurt, a. a. O.). Sie entscheiden, ob und welche Maßnahme für das Kind getroffen werden soll (BVerfGE 24, 144). Durch den Genehmigungsvorbehalt soll auch nicht jedes Risiko von dem unter elterlicher Sorge stehenden Kind ferngehalten werden (vgl. nur *Soergel/Damrau*, BGB, § 1828 Rdnr. 8; MünchKommBGB/Schwab, § 1828 Rdnr. 15 f.; *Palandt/Diederichsen*, § 1828 Rdnr. 4; *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht, § 60 IV, S. 956). Es genügt, wenn, im Ganzen gesehen, der Vertrag für den Minderjährigen vorteilhaft ist.

Das Verfahren bei der familiengerichtlichen Genehmigung beim Abschluss eines Gesellschaftsvertrags bezieht sich vor allem darauf, die Dauerbindung von Person und Vermögen des Minderjährigen, dessen Haftungsrisiko auch im Hinblick auf den Umfang der Vertretungsmacht der vertretungsberechtigten Gesellschafter zu überprüfen und einzuschätzen (vgl. BayObLG, Rpfleger 1977, 60). Die Genehmigung ist zu versagen, wenn die konkrete Gefahr besteht, der Minderjährige werde wegen seiner Beteiligung an der Gesellschaft mit erheblichen Schulden in die Volljährigkeit entlassen und sei bei der Gestaltung seines weiteren Lebens nach Eintritt der Volljährigkeit unzumutbaren, nicht von ihm selbst zu verantwortenden Belastungen ausgesetzt (BayObLG, NJW-RR 1997, 1163; OLG 1995, 76).

Weder der Gesellschaftsvertrag noch der Übertragungsvertrag bergen aber die Gefahr, dass die Kinder unzumutbaren Belastungen ausgesetzt werden. Sie müssen insbesondere über ihren Gesellschaftsanteil von 100 € hinaus nicht persönlich haften. Der Eintritt der Kinder in die Kommanditgesellschaft als Kommanditisten wird erst mit der Handelsregistereintragung wirksam. Das ist eine zulässige Verfahrensweise, um die Haftung zu beschränken (vgl. BGHZ 82, 209, 212; siehe auch OLG Köln, OLGZ 1976, 306).

Nach dem Gesellschaftsvertrag ist auch eine Nachschusspflicht nicht vorgesehen.

Die für die Übertragung zu erbringende Gegenleistung beinhaltet ihrerseits ebenfalls keine persönliche Haftung. Insgesamt beschränkt sich daher die Haftung der Kinder und damit deren Verlustrisiko auf die Einlage, die die Kinder ebenfalls nicht aus eigenen Mitteln aufbringen müssen. Demgegenüber steht eine Vermögensentwicklung, die erhebliche Gewinnchancen beinhaltet. Die Sorge, das Geschäft diene nicht dem Interesse des Kindes, ist nach diesen Grundsätzen nicht begründet.

Deshalb ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass die Entscheidung, ob die gemäß §§ 1821, 1822 BGB erforderliche Genehmigung erteilt oder verweigert wird, nach pflichtgemäßem Ermessen zu treffen ist (BGH, NJW 1986, 2829, 2830; BGH, WM 1995, 64, 65; BayObLGZ 1995, 230, 236 m. w. N.; BayObLG, NJW-RR 1995, 387, und st. Rspr.; auch OLG Köln, NJW-RR 1994, 1450, 1451; ebenso *Palandt/Diederichsen*, a. a. O., § 1828 Rdnr. 4). Hierbei ist – wie der BGH (a. a. O.) hervorgehoben hat – das Familiengericht insoweit gebunden, als es in erster Linie auf das Interesse der als durch das Genehmigungserfordernis gesetzlich geschützten Minderjährigen abzustellen hat.

Nach § 1915 Abs. 1, § 1822 Nr. 3 Alt. 2 BGB ist die familiengerichtliche Genehmigung erforderlich zu einem Gesellschaftsvertrag, der zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts eingegangen wird. Der Begriff des Erwerbsgeschäfts umfasst jede regelmäßig ausgeübte, auf selbständigen Erwerb gerichtete Tätigkeit, die mit dem Willen zur Gewinnerzielung ausgeübt wird und auf eine gewisse Dauer angelegt ist (vgl. BayObLGZ 1995, 230, 234; *Palandt/Diederichsen*, a. a. O., § 1822 Rdnr. 5). Diese Voraussetzungen sind bei der Verwaltung privaten Vermögens, insbesondere Grundbesitzes, nicht in jedem Fall gegeben, auch wenn die private Vermögensverwaltung in gesellschaftsrechtliche Form gebracht wird (BayObLGZ 1995, 230, 234; *Erman/Saar*, BGB, 12. Aufl., § 1822 Rdnr. 5, 14; MünchKommBGB/Wagenitz, 5. Aufl., § 1822 Rdnr. 21). Die Abgrenzung im Einzelnen ist umstritten; unter anderem wird darauf abgestellt, ob eine geschäftsmäßige, gleichsam berufliche Tätigkeit erforderlich ist oder die Gesellschafter unternehmerisches Risiko übernehmen. Ein Erwerbsgeschäft liegt etwa vor bei einer Gesellschaft, de-

ren Gegenstand die Verwaltung, Vermietung und Verwertung gewerblich nutzbarer Immobilien von erheblichem Wert ist (vgl. BayObLGZ 1995, 230; 1997, 113; OLG Zweibrücken, FamRZ 2000, 117, 119, jeweils zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts). Die Verwaltung eigener Immobilien erfordert keine regelmäßig ausgeübte, auf Gewinnerzielung gerichtete Tätigkeit und stellt folglich kein Erwerbsgeschäft dar. So liegt der Fall hier: Die in die Gesellschaft einzubringenden Grundstücke werden nicht zu gewerblichen Zwecken genutzt (Ziffer II. (1) Satz 2 GesV), sondern Gegenstand der KG ist die Bewirtschaftung, Verwaltung und Verwertung des eigenen Vermögens; andere Tätigkeiten entfaltet die Gesellschaft nicht.

(...)

Anmerkung:

1. Die Entscheidung des OLG Jena ist im Ergebnis richtig und aus notarieller Sicht begrüßenswert. Sie bestätigt, dass die schenkweise Übertragung voll einbezahlter Kommanditanteile an einer rein vermögensverwaltenden Familien-KG auf minderjährige Kinder nicht der familiengerichtlichen Genehmigung bedarf. Die vom OLG Jena angeführte Begründung kann im Detail jedoch nicht überzeugen.

2. Nach § 1643 Abs. 1, § 1822 Nr. 3 BGB bedarf ein Vertrag, der auf den entgeltlichen Erwerb oder die Veräußerung eines Erwerbsgeschäfts gerichtet ist, der familiengerichtlichen Genehmigung. Diese Vorschrift wird – entgegen der sonst propagierten Analogiefähigkeit der Genehmigungstatbestände in §§ 1821, 1822 BGB¹ – nach herrschender Meinung entsprechend auf den unentgeltlichen derivativen Erwerb einer Beteiligung an einer Personengesellschaft durch einen Minderjährigen angewendet.² Begründet wird dies damit, dass bei dem Beitritt zu einer Personenhandelsgesellschaft sämtliche Gesellschafter beteiligt sind, sodass der Beitritt strukturell dem Abschluss eines Gesellschaftsvertrages nach § 1822 Nr. 3 BGB gleichkomme.³ Voraussetzung der Genehmigungsbedürftigkeit nach § 1822 Nr. 3 BGB ist aber auch im Fall der analogen Anwendung, dass die Gesellschaft ein „Erwerbsgeschäft“ betreibt. Daher hat das OLG München die unentgeltliche Übertragung eines Kommanditanteils an einer Gesellschaft, deren Tätigkeit sich auf die Verwaltung des von den Gesellschaftern selbst genutzten Wohnhauses beschränkt, für nicht genehmigungsbedürftig gehalten.⁴ Auch das OLG Bremen hat die Genehmigungsbedürftigkeit einer unentgeltlichen Übertragung von Kommanditeilen an einer lediglich vermögensverwaltenden Familien-KG wegen des fehlenden unternehmerischen Risikos abgelehnt.⁵ In diesen Kontext reiht sich die vorliegende Entscheidung des OLG Jena ein. Das Gericht verneint das Erfordernis einer familiengerichtlichen Genehmigung, da die persönliche Haftung der Minderjährigen und sein Verlustrisiko auf die von den Eltern erbrachte Kommanditeinlage beschränkt seien. Ein Risiko, über die Kommanditeinlage hinaus für Verbindlichkeiten zu

¹ BGHZ 52, 316, 319; BGHZ 92, 259, 261.

² OLG Frankfurt, 20 W 123/08, DNotZ 2009, 142 f. = RNotZ 2008, 627 m. w. N.; *Palandt/Götz*, 72. Aufl. 2013, § 1822 Rdnr. 9; MünchKommBGB/Wagenitz, 6. Aufl. 2012, § 1822 Rdnr. 21 f.; *Winkler*, ZGR 1973, 177, 185 f.; *Reimann*, DNotZ 1999, 179, 190 f.; *Ivo*, ZEV 2005, 193, 196; *Führ/Nikoleyczik*, BB 2009, 2105, 2107; a. A.: *Damrau*, ZEV 2000, 209, 210, und wohl auch *Menzel/Wolf*, MittBayNot 2010, 186, 189.

³ OLG Frankfurt, 20 W 123/08, DNotZ 2009, 142 f. = RNotZ 2008, 627.

⁴ OLG München, 31 Wx 76/08; MittBayNot 2009, 52.

⁵ OLG Bremen, 2 W 38/08, RNotZ 2008, 626 = ZEV 2008, 608.

haften, bestehe wegen des auf bloße Vermögensverwaltung beschränkten Gegenstands des Unternehmens (vgl. § 105 Abs. 2 HGB) nicht. Erst wenn konkrete Anhaltspunkte vorlägen, dass die Tätigkeit der Gesellschaft über die bloße Vermögensverwaltung hinausginge, bedürfte es der familiengerichtlichen Genehmigung.

3. Dieses – an sich richtige – Ergebnis begründet das OLG Jena jedoch damit, dass das vorgenommene Rechtsgeschäft lediglich rechtlich vorteilhaft im Sinne des § 107 BGB sei. Diese Vorschrift spielt im Rahmen der Genehmigungsbedürftigkeit nach den § 1643 Abs. 1, §§ 1821, 1822 BGB allerdings keine Rolle. Sie ist allenfalls bei der Feststellung der Notwendigkeit zur Bestellung eines Ergänzungspflegers nach § 1629 Abs. 2, § 1795 Abs. 2, § 181 BGB zu beachten. Denn die für § 181 BGB anerkannte teleologische Reduktion bei lediglich rechtlich vorteilhaften Rechtsgeschäften wird auf den Anwendungsbereich des § 1795 Abs. 2 BGB erstreckt.⁶ So wird der schenkweise Erwerb eines voll eingezahlten Kommanditanteils – ausgehend von dem bereits genannten Beschluss des OLG Bremen⁷ – von der nunmehr wohl herrschenden Meinung als lediglich rechtlich vorteilhaft angesehen.⁸ Entscheidend wird darauf abgestellt, dass die persönliche Haftung des Minderjährigen und sein Verlustrisiko auf die bereits erbrachte Kommanditeinlage beschränkt seien. Das Verlustrisiko mache die Schenkung aber nicht rechtlich nachteilig, sondern verringere ggf. nur die möglichen Vorteile des Geschäfts. Das Haftungsrisiko gemäß § 176 Abs. 2 HGB könne zudem dadurch ausgeschlossen werden, dass die Wirksamkeit der Abtretung unter die aufschiebende Bedingung der Eintragung des Anteilsübergangs im Handelsregister gestellt werde.⁹

4. Das Gericht wendet jedoch nicht nur unzutreffend die Grundsätze des § 107 BGB an, sondern differenziert auch nicht sauber zwischen der Frage der Genehmigungsbedürftigkeit und der der Genehmigungsfähigkeit. Vorliegend hatte der Notar die Erteilung eines Negativattests oder alternativ der familiengerichtlichen Genehmigung beantragt. Das OLG Jena bestätigt in seinem Tenor nun, dass der „geschlossene Vertrag ... nicht der familiengerichtlichen Genehmigung gemäß § 1643 Abs. 1, § 1822 Nr. 3 BGB bedarf“, erteilt also das beantragte Negativattest. Dennoch äußert es sich umfangreich zu der Frage, ob Genehmigungshindernisse bestünden und wann bzw. ob die familiengerichtliche Genehmigung zu versagen sei. Die Ausführungen des Gerichts mögen zwar zutreffend sein. Erforderlich waren jedoch allein Ausführungen zur Genehmigungsbedürftigkeit.¹⁰ Ebenso unerfreulich ist schließlich, dass das Gericht auch dreieinhalb Jahre nach Inkrafttreten des FamFG wiederholt von vormundschaftlicher anstelle von familiengerichtlicher Genehmigung spricht.

6. Dennoch ist der Beschluss begrüßenswert, bestätigt er doch die mittlerweile herrschende Meinung, wonach die unentgeltliche Übertragung eines Kommanditanteils an einer rein vermögensverwaltenden Familien-KG keiner familiengerichtlichen Genehmigung bedarf, da kein Erwerbsgeschäft im Sinne des § 1822 Nr. 3 BGB vorliegt. Wenn auch unfreiwillig

bestätigt der Beschluss ferner, dass es auch keiner Bestellung eines Ergänzungspflegers bedarf, da das Geschäft wegen der Beschränkung der persönlichen Haftung des Minderjährigen und seines Verlustrisikos auf die bereits erbrachte Kommanditeinlage lediglich rechtlich vorteilhaft ist.¹¹

Notarassessorin *Anja Gerono*, Aschaffenburg

¹¹ Für die Praxis wird dennoch verbreitet empfohlen, (vorsorglich) auch beim Erwerb eines voll eingezahlten Kommanditanteils einen Ergänzungspfleger zu bestellen; so z. B. *Ivo* in Fachanwaltshandbuch Handels- und Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2009, Teil 2, 11. Kapitel, Rdnr. 46. Die Notwendigkeit, einen Ergänzungspfleger zu bestellen, kann sich unter Umständen aber aus Zusatzvereinbarungen wie dem Vorbehalt von Rückforderungsrechten oder Pflichtteilsanrechnungsbestimmungen ergeben; vgl. *Menzel/Wolf*, MittBayNot 2010, 186, 188.

6. BGB §§ 1836d, 1835 Abs. 3, §§ 1836c, 1908i Abs. 1, §§ 2211, 2216 (*Aufwendungsersatz des anwaltlichen Betreuers bei Vorliegen eines „Behindertentestaments“*)

Die durch ein Behindertentestament auf den Betroffenen übertragene (Vor-)Erbchaft führt auch bei gleichzeitiger Anordnung der Testamentsvollstreckung nicht zwingend zur Mittellosigkeit des Betroffenen. Vielmehr ist durch Auslegung der an den Testamentsvollstrecker adressierten Verwaltungsanordnungen zu ermitteln, ob der Erblasser auch Vergütungsansprüche des Betreuers ausschließen wollte.

BGH, Beschluss vom 27.3.2013, XII ZB 679/11

Die Betroffene wendet sich gegen die zu ihren Lasten erfolgte Festsetzung eines Aufwendungsersatzanspruches.

Für die Betroffene, die am Down-Syndrom leidet, ist eine Betreuung eingerichtet. Betreuerin war zunächst ihre Mutter (im Folgenden: Erblasserin); diese verstarb im Mai 2004. Im September 2003 übernahm eine Schwester der Betroffenen, die Beteiligte zu 1, die Betreuung.

Mit Testament vom 25.5.2000 setzte die Erblasserin die Betroffene zu ²/₁₀ als nicht befreite Vorerbin ein. Die Schwestern der Betroffenen, die Beteiligten zu 1 und 2, wurden mit ⁵/₁₀ bzw. ³/₁₀ als weitere Erbinnen und zudem zu gleichen Teilen als Nacherbinnen nach der Betroffenen eingesetzt. Hinsichtlich der Betroffenen ordnete die Erblasserin „lebenslange Testamentsvollstreckung“ an. Im Testament heißt es hierzu:

„Der jeweilige Testamentsvollstrecker hat die Aufgabe, den Inge zugefallenen Nachlass so zu verwalten, dass sie ihr Leben wie bisher weiterführen kann.

Ich stelle in das Ermessen des Testamentsvollstreckers, aus den Erträgen und, wenn er dies für erforderlich hält, auch aus der Substanz des Nachlasses Sachleistungen und Vergünstigungen für Inge zu erbringen, die der Testamentsvollstrecker für zweckmäßig und sinnvoll hält und die geeignet sind, Inge Erleichterungen und Hilfen zu verschaffen.

Der Nachlass soll für das persönliche Wohl und die persönlichen Bedürfnisse entsprechend dem Grad der Behinderung von Inge verwendet werden.“

Im Weiteren wurde im Wege der Teilungsanordnung festgelegt, dass etwaiger Immobilienbesitz den Beteiligten zu 1 und 2 im Verhältnis ³/₅ zu ²/₅ zufallen solle; den ihrer Erbquote entsprechenden Nachlassanteil sollte die Betroffene ausschließlich in „Geldform“ erhalten. Zur Testamentsvollstreckerin wurde die Beteiligte zu 2 bestimmt.

Der Beteiligte zu 3, der Rechtsanwalt ist, wurde als Ergänzungsbetreuer zur Vertretung der Betroffenen im Erbaueinandersetzungsverfahren bestellt; die Aufgabenbereiche der Beteiligten zu 1 und 2 wurden entsprechend eingeschränkt.

⁶ BGH, V ZB 15/74, NJW 1975, 1885; BGH, IX ZR 141/84, DNotZ 1986, 80; *Palandt/Götz*, § 1795 Rdnr. 13.

⁷ Fn. 5.

⁸ *Staudinger/Knothe*, Neubearb. 2011, § 107 Rdnr. 29; *Maiere-Reimer/Marx*, NJW 2005, 3025, 3026; *Rust*, DStR 2005, 1942, 1946; *Führ/Nikoleyczik*, BB 2009, 2105; *Menzel/Wolf*, MittBayNot 2010, 186, 187 f.; *Werner*, GmbHR 2008, 1266; anders noch BGHZ 68, 225, 231.

⁹ OLG Bremen, 2 W 38/08, Juris Rdnr. 17 f.

¹⁰ Vgl. *Kölmel*, RNotZ 2010, 1, 26.

Im Jahr 2010 wurde die Erbengemeinschaft nach der Erblasserin auseinandergerichtet; der Betroffenen flossen Geldbeträge von insgesamt 251.145,94 € aus der Erbmasse zu. Anschließend wurde die Ergänzungsbetreuung aufgehoben.

Das AG hat die „Vergütung“ (richtig: Aufwendungsersatz) für den Beteiligten zu 3 antragsgemäß auf 8.216,47 € festgesetzt. Das LG hat die Beschwerde der Betroffenen zurückgewiesen. Hiergegen wendet sich die Betroffene mit der vom LG zugelassenen Rechtsbeschwerde.

Aus den Gründen:

II.

Die Rechtsbeschwerde ist unbegründet.

1. Das Beschwerdegericht hat seine Entscheidung wie folgt begründet: Zu Recht habe das AG die Betreuervergütung des Beteiligten zu 3 gemäß §§ 292, 168 FamFG gegen die Betroffene festgesetzt. Diese sei nicht als mittellos im Sinne der §§ 1836c und 1836d BGB anzusehen.

Nach inzwischen gefestigter Rechtsprechung des BGH sei ein sog. Behindertentestament, in dem die Eltern eines behinderten Kindes die Nachlassverteilung durch eine kombinierte Anordnung von Vor- und Nacherbschaft sowie einer mit konkreten Verwaltungsanweisung verbundenen Dauertestamentsvollstreckung so gestalten würden, dass das Kind zwar Vorteile aus dem Nachlassvermögen erhalte, die Sozialhilfeträger aber auf dieses nicht zurückgreifen könnten, grundsätzlich nicht sittenwidrig, sondern Ausdruck der sittlich anzuerkennenden Sorge für das Wohl des Kindes über den Tod der Eltern hinaus. Eine derartige letztwillige Verfügung liege auch hier vor.

Die Auslegung der von der Erblasserin getroffenen Regelungen ergebe für die Testamentsvollstreckung, dass die Betreuervergütung aus dem Nachlass entnommen werden könne. Auszugehen sei dabei von der Überlegung, dass die rechtliche Bewertung der Zulässigkeit des sog. Behindertentestaments einschließlich der Zulässigkeit des damit verbundenen Pflichtteilsverzichts letztlich auf der besonderen Situation der Eltern eines behinderten Kindes und der sittlich anzuerkennenden Sorge für das Wohl des Kindes über ihren Tod hinaus beruhe. Allein das lasse die sonst durchaus naheliegende Bewertung als sittenwidrig wegen der Folge des Entzugs der Zugriffsmöglichkeit für die Sozialhilfeträger bzw. andere staatliche Stellen zurücktreten. Daraus folge indes weiter, dass wegen des Ausnahmecharakters der Ausschluss eines Zugriffs sorgfältig geprüft werden müsse. Maßstab dafür könne nur die konkrete Ausgestaltung der getroffenen Anordnung für die Testamentsvollstreckung im Einzelfall sein.

Stelle man auf die getroffenen Anordnungen ab, so ergebe eine Auslegung, dass nach dem Willen der Erblasserin die Betroffene in erster Linie ihr Leben wie bisher weiterführen sollen. Dazu sollten – nach dem Ermessen des Testamentsvollstreckers – auch Zugriffe auf die Substanz des Nachlassvermögens möglich sein. Aus dieser sollten auch – wenn notwendig – Sachleistungen und Vergünstigungen für die Betroffene erbracht werden, die geeignet sein sollten, der Betroffenen Erleichterung und Hilfe zu verschaffen. Die Bestellung des Beteiligten zu 3 als Ergänzungsbetreuer für die Vertretung der Betroffenen im Erbaueinandersetzungsverfahren habe aber gerade das Ziel gehabt, der Betroffenen die angemessene Lebensgrundlage nach dem Tode der Erblasserin zu verschaffen und ihr die Fortsetzung ihres bisherigen Lebens zu ermöglichen, indem die testamentarischen Anordnungen im Interesse der Betroffenen von dem Beteiligten zu 3 umgesetzt worden seien. Lasse aber die konkrete Ausgestaltung der Testamentsvollstreckung den Zugriff des Testamentsvollstreckers auf das Nachlassvermögen einschließlich der Substanz zu, so müsse auch der Zugriff für eine Betreuervergütung gegen die Betroffene möglich sein. Denn insoweit stehe der Verwertbarkeit des Nachlassvermögens gerade kein rechtliches Hindernis entgegen; eine solche sei auch wirtschaftlich vertretbar.

Gegen die Höhe der von dem Beteiligten zu 3 eingeforderten Vergütung bestünden keine Bedenken; diese werde von der Betroffenen auch nicht angegriffen.

2. Diese Ausführungen halten den Angriffen der Rechtsbeschwerde im Ergebnis stand.

Zutreffend ist das Beschwerdegericht davon ausgegangen, dass die Voraussetzungen für eine Festsetzung der vom Beteiligten zu 3 geltend gemachten Kosten gegen die Betroffene nach §§ 292, 168 FamFG vorliegen, weil diese nicht mittellos im Sinne des § 1836c BGB ist. Allerdings handelt es sich begrifflich nicht um eine Vergütung im Sinne des § 1908i Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 1836 BGB und dem Gesetz über die Vergütung von Vormündern und Betreuern (VBVG), sondern um Aufwendungsersatz im Sinne des § 1908i Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 1835 Abs. 3 BGB (vgl. zur Begrifflichkeit *Palandt/Götz*, 72. Aufl., § 1835 Rdnr. 2).

a) Nach § 292 Abs. 1 i. V. m. § 168 Abs. 1 Satz 2 FamFG bestimmt das Gericht mit der Festsetzung Höhe und Zeitpunkt der Zahlungen, die der Betroffene nach § 1836c BGB zu leisten hat, wenn und soweit er gemäß § 1908i Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 1836c Nr. 2 BGB sein Vermögen nach Maßgabe des § 90 SGB XII einzusetzen hat.

Die Höhe des Aufwendungsersatzes ergibt sich aus § 1835 Abs. 3 BGB. Danach kann der Betreuer eine Vergütung nach dem Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (RVG) beanspruchen, soweit er im Rahmen seiner Bestellung solche Tätigkeiten zu erbringen hat, für die ein Laie in gleicher Lage vernünftigerweise einen Rechtsanwalt zuziehen würde (vgl. Senatsbeschlüsse vom 17.11.2010, XII ZB 244/10, FamRZ 2011, 203 Rdnr. 13 m. w. N. und zuletzt vom 12.9.2012, XII ZB 543/11, FamRZ 2012, 1866 Rdnr. 9 – jeweils zum anwaltlichen Verfahrenspfleger).

Der vom AG demgemäß auf der Grundlage des RVG festgesetzte Aufwendungsersatz von 8.216,47 € ist der Höhe nach weder von der Rechtsbeschwerde angegriffen noch sonst zu beanstanden.

b) Zu Recht ist das Beschwerdegericht zudem davon ausgegangen, dass die Betroffene diesen Betrag aus dem ihr im Rahmen der Erbschaft zugeflossenen Vermögen von über 250.000 € aufbringen kann. Der Einwand der Rechtsbeschwerde, wegen der testamentarischen Verfügung könne hierauf nicht zugegriffen werden, geht fehl.

aa) Allerdings sind nach der gefestigten Rechtsprechung des BGH zum sog. Behindertentestament Verfügungen von Todes wegen, in denen Eltern eines behinderten Kindes die Nachlassverteilung durch eine kombinierte Anordnung von Vor- und Nacherbschaft sowie einer – mit konkreten Verwaltungsanweisungen versehenen – Dauertestamentsvollstreckung so gestalten, dass das Kind zwar Vorteile aus dem Nachlassvermögen erhält, der Sozialhilfeträger auf dieses jedoch nicht zugreifen kann, grundsätzlich nicht sittenwidrig, sondern vielmehr Ausdruck der sittlich anzuerkennenden Sorge für das Wohl des Kindes über den Tod der Eltern hinaus (BGHZ 188, 96, FamRZ 2011, 472 Rdnr. 12 m. w. N.).

bb) Zu Recht geht die Rechtsbeschwerde auch davon aus, dass die hier angeordnete Testamentsvollstreckung die Verfügungsbefugnis der Betroffenen gemäß § 2211 BGB ein-

schränkt; demgemäß können sich die Gläubiger des Erben, die nicht zu den Nachlassgläubigern gehören, nicht an die der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Nachlassgegenstände halten, § 2214 BGB.

cc) Allerdings hat die Betroffene als Erbin einen durchsetzbaren Anspruch darauf, dass der Testamentsvollstrecker die vom Erblasser getroffenen Verwaltungsanordnungen im Sinne des § 2216 Abs. 2 BGB umsetzt (BGH, Urteil vom 7.7.1982, IVa ZR 36/81, NJW 1983, 40, 41; LG Krefeld, Beschluss vom 14.3.2007, 6 T 345/06, juris Rdnr. 9; NK-BGB/Weidlich, 3. Aufl., § 2216 Rdnr. 31). Dieser Anspruch, der sich vorliegend auf die Freigabe der zu entrichtenden Betreuervergütung richtet, gehört zum Vermögen der Betroffenen im Sinne von § 90 SGB XII.

Die Auslegung des Beschwerdegerichts, wonach die im Testament getroffenen Verwaltungsanweisungen an den Testamentsvollstrecker einer Entnahme des hier im Streit stehenden Aufwendersatzes für den Beteiligten zu 3 nicht entgegenstehen, ist von Rechts wegen nicht zu beanstanden.

(1) Für die Feststellung des Erblasserwillens gelten die allgemeinen Auslegungsregeln der §§ 133, 2084 BGB. Hiernach ist der wirkliche Wille des Erblassers zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften. Diese Aufgabe der Auslegung obliegt in erster Linie dem Tatrichter. Seine Auslegung kann mit der Revision bzw. Rechtsbeschwerde nur angegriffen werden, wenn sie gegen gesetzliche Auslegungsregeln, allgemeine Denk- und Erfahrungsgrundsätze oder Verfahrensvorschriften verstößt (BGH, Urteil vom 9.3.2011, IV ZB 16/10, FamRZ 2011, 1224 Rdnr. 9 m. w. N.).

(2) Hiernach beachtliche Auslegungsfehler lassen sich entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde nicht feststellen.

Das Beschwerdegericht hat maßgeblich auf den Wunsch der Erblasserin abgestellt, wonach die Betroffene in erster Linie ihr Leben wie bisher habe weiterführen sollen. Dabei ist es von der Prämisse ausgegangen, dass die Bestellung des Beteiligten zu 3 als Ergänzungsbetreuer gerade dem Ziel gedient habe, der Betroffenen eine angemessene Lebensgrundlage nach dem Tode der Erblasserin zu verschaffen und ihr die Fortsetzung ihres bisherigen Lebens zu ermöglichen. Wie der Beteiligte zu 3 zutreffend ausführt, war seine Bestellung wegen der bestehenden Erbaueinandersetzungen die Vorbedingung dafür, dass die Betroffene überhaupt in den Genuss der diversen Vergünstigungen kommen konnte. Wenn das Beschwerdegericht den Erblasserwillen in diesem Kontext dahin auslegt, dass die Vergütung für den Ergänzungsbetreuer aus dem Nachlass zu bestreiten sein solle, ist diese Auslegung jedenfalls vertretbar und von Rechts wegen nicht zu beanstanden.

Der Angriff der Rechtsbeschwerde, das Beschwerdegericht habe die Aufzählung der Bedürfnisse der Betroffenen, deren Befriedigung der Nachlass habe dienen sollen, nicht vollständig berücksichtigt, geht fehl. Zwar hat das Beschwerdegericht die von der Rechtsbeschwerde erwähnte Passage aus dem Testament nicht ausdrücklich im Tatbestand wiedergegeben. Es hat indes auf das Testament im Übrigen Bezug genommen; zudem verkennt die Rechtsbeschwerde, dass es sich bei der von ihr erwähnten Aufzählung lediglich um eine beispielhafte handelt, wie sich aus dem Wort „insbesondere“ ergibt.

dd) Schließlich geht auch der Einwand der Rechtsbeschwerde ins Leere, wonach einer Freigabe des erforderlichen Betrages das Ermessen des Testamentsvollstreckers entgegenstehe.

Zwar ist dem Testamentsvollstrecker grundsätzlich ein angemessener Ermessensspielraum zuzubilligen. Dieser bezieht sich aber in erster Linie auf seine Verpflichtung, den Nachlass

gemäß § 2216 Abs. 1 BGB ordnungsgemäß zu verwalten (vgl. NK-BGB/Weidlich, 3. Aufl., § 2216 Rdnr. 3). Vorliegend handelt es sich indes um die Umsetzung von der Erblasserin konkret getroffener Verwaltungsanordnungen. Diese stellen für ihn bindende Vorgaben dar, die er zur Durchführung seiner Aufgaben zu befolgen hat (NK-BGB/Weidlich, 3. Aufl., § 2216 Rdnr. 17).

Anmerkung:

1. Einleitung

Obwohl sich die hier zu besprechende Entscheidung des XII. Zivilsenats des BGH primär mit der Frage der Festsetzung einer Betreuervergütung befasst, ist sie dennoch auch für die notarielle Praxis von Bedeutung. Dies ergibt sich aus dem Kontext der Entscheidung: Zu entscheiden hatte der BGH über die Frage, ob die typische Gestaltung eines Behindertentestaments dazu führt, dass der Betreute als mittellos im Sinne der §§ 1836c, 1836d BGB anzusehen ist, so dass eine Betreuungsvergütung gegen ihn nicht festgesetzt werden darf. In diesem Fall hätte die Betreuervergütung von der Staatskasse gezahlt werden müssen. Insoweit geht es an dieser Stelle um die Frage, wie weit der Schutz eines typischen Behindertentestaments den Zugriff von Gläubigern auf das Vermögen des behinderten Erben verhindert.

2. Keine Sittenwidrigkeit des Behindertentestaments

Positiv an der vorliegenden Entscheidung ist zunächst, dass auch der für das Familienrecht zuständige XII. Zivilsenat des BGH zu dem Ergebnis gelangt, dass die typische Gestaltung eines Behindertentestaments nicht sittenwidrig ist. Der Familienrechtssenat greift insofern die Ausführungen des Erbrechtssenats aus der Entscheidung vom 19.1.2011¹ auf und führt aus, dass das Behindertentestament in der hier vorliegenden Ausgestaltung nicht sittenwidrig sei, sondern vielmehr Ausdruck der sittlich anzuerkennenden Sorge für das Wohl des Kindes über den Tod der Eltern hinaus. Aus der Sicht der notariellen Praxis ist es uneingeschränkt zu begrüßen, dass nunmehr auch der Familienrechtssenat die ständige Rechtsprechung des Erbrechtssenats² bestätigt.

Dass der BGH zur Frage der Sittenwidrigkeit der Testamentsgestaltung im vorliegenden Fall nur mit relativ dünnen Worten und unter Verweis auf die ständige Rechtsprechung des BGH Stellung nimmt, ist einerseits beruhigend, andererseits allerdings auch bedauerlich. Beruhigend ist dies zunächst insofern, als der BGH offenbar die Annahme, dass die typische Gestaltung des Behindertentestaments nicht sittenwidrig ist, mittlerweile für so gesichert hält, dass er weitergehende Ausführungen für überflüssig hält. Bedauerlich ist freilich andererseits, dass der BGH sich hier nicht intensiver mit der Frage der Sittenwidrigkeit auseinandergesetzt hat. Dazu Stellung zu nehmen hätten die Ausführungen der Vorinstanz durchaus Anlass gegeben.

Auch die Vorinstanz (das LG Köln) war davon ausgegangen, dass die Gestaltung des Testaments sich nicht als sittenwidrig darstellte. Allerdings führte das LG hierzu aus, dass die rechtliche Bewertung der Zulässigkeit des sog. Behindertentestaments letztlich auf der besonderen Situation der Eltern eines behinderten Kindes und der sittlich anzuerkennenden Sorge

¹ BGH, MittBayNot 2011, 138 m. Anm. Spall = DNotZ 2011, 331.

² BGH, NJW 1990, 2055, 2056; BGH, DNotZ 1994, 333; BGH, NJW 2011, 1586 = DNotZ 2011, 331 = MittBayNot 2011, 133.

für das Wohl des behinderten Kindes über den Tod der Eltern hinaus beruhe. Allein dieser Gesichtspunkt lasse die sonst durchaus naheliegende Bewertung als sittenwidrig zurücktreten. Daraus folgt, dass das LG für andere Fallkonstellationen sehr wohl in Erwägung ziehen würde, dass die Verhinderung des Zugriffs des Sozialhilfeträgers oder anderer Gläubiger durch Testamentsgestaltung sittenwidrig sein kann.

Es wäre begrüßenswert gewesen, wenn der Senat dieser verfehlten Rechtsauffassung des LG entgegengetreten wäre. Grundsätzlich ist nämlich vor dem Hintergrund der durch Art. 14 GG geschützten Testierfreiheit davon auszugehen, dass es – abgesehen von Pflichtteilsansprüchen – keine Verpflichtung gibt, einer Person eine bestimmte Nachlassbeteiligung zuzuwenden. Insofern ist es grundsätzlich auch von der Testierfreiheit des Art. 14 GG gedeckt, wenn die Nachlassbeteiligung des Erben so ausgestaltet wird, dass Gläubiger auf diese Nachlassbeteiligung nicht zugreifen können. Diese sehr grundlegende Erwägung, die der BGH auch in der Entscheidung vom 19.1.2011 hervorhebt,³ ist Grundlage nicht nur des Behindertentestaments, sondern auch des Testaments zugunsten überschuldeter Erben und anderer Testamentsgestaltungen. Es müssen ganz besondere Umstände hinzutreten, um derartige Testamentsgestaltungen als sittenwidrig ansehen zu können. So hat schon das LSG Baden-Württemberg in der beachtenswerten Entscheidung vom 9.10.2007⁴ darauf hingewiesen, dass die durch die Anordnung von Dauertestamentsvollstreckung bewirkte Durchbrechung des sozialhilferechtlichen Nachranggrundsatzes keine sittenwidrige Testamentsgestaltung darstelle. Der Senat führt aus, dass es keinerlei gesetzgeberische Wertung gibt, nach der die Angehörigen gehalten seien, dem Nachranggrundsatz Geltung zu verschaffen.

Es ist bedauerlich, dass der BGH hier nicht die Gelegenheit ergriffen hat, grundlegender zu der Frage Stellung zu nehmen, wann sich Testamentsgestaltungen, die den Zugriff von Gläubigern beschränken, im Einzelfall als sittenwidrig darstellen. Ein Regel-Ausnahmeverhältnis, dass grundsätzlich der Zugriff von Gläubigern und insbesondere des Sozialhilfeträgers auf die Nachlasssubstanz nicht durch erbrechtliche Gestaltungen eingeschränkt werden dürfte und dies nur ausnahmsweise beim Behindertentestament anders sei, ist jedenfalls nicht anzunehmen.

3. Auslegung der Verwaltungsanweisung

Dass der BGH hier trotz der Anordnung von Dauertestamentsvollstreckung zu dem Ergebnis gelangt, dass der Betreute die ihm durch die Erbschaft zugeflossenen Mittel zur Deckung der Kosten der Betreuung aufwenden muss, hat über den Einzelfall hinaus in materiellrechtlicher Hinsicht kaum Bedeutung. Der Senat führt zutreffend aus, dass die Verwaltungsanordnung im Sinne des § 2216 BGB grundsätzlich der Auslegung nach dem Willen des Erblassers unterliege (§§ 133, 2084 BGB). Der BGH führt insofern aus, dass es im vorliegenden Fall revisionsrechtlich nicht zu beanstanden sei, wenn das Beschwerdegericht den Erblasserwillen dahingehend auslege, dass die Vergütung des Betreuers aus dem Nachlass entnommen werden dürfe. Inhaltlich konnte der BGH im Rahmen der Rechtsbeschwerde zu der Auslegung nicht Stellung nehmen.

Gleichwohl ergibt sich aus den Ausführungen des Senats für die notarielle Praxis eine wichtige Feststellung: Im Rahmen der Gestaltung eines Behindertentestaments sollte man sich

³ BGH, a. a. O.

⁴ LSG Baden-Württemberg, ZEV 2008, 147.

nicht darauf beschränken, im Rahmen einer kurzen Verwaltungsanordnung die Verwendung der Mittel ausschließlich in das Ermessen des Testamentsvollstreckers zu stellen. Auch dürfte es nicht sinnvoll sein, lediglich – wie hier – anzugeben, dass es Aufgabe des Testamentsvollstreckers sei, den Nachlass so zu verwalten, dass der Behinderte sein Leben wie bisher weiterführen könne. Vielmehr zeigt die Entscheidung, dass es sinnvoll ist, Verwaltungsanordnungen im Sinne der üblichen Formulierungsmuster⁵ detailliert auszugestalten und konkret vorzugeben, für welche Zwecke Mittel verwendet werden dürfen. Gleichwohl bleibt festzustellen, dass auch durch noch so ausgefeilte Verwaltungsanordnungen der Zugriff einzelner Gläubiger auf die Nachlasssubstanz (wie hier des Betreuers) nicht verhindert werden kann. Die Verwaltungsanweisung im Sinne des § 2216 BGB steht insofern durchaus in dem Spannungsfeld, dass durch eine zu weite Verwaltungsanweisung möglicherweise der Zugriff einzelner Gläubiger auf die Nachlasssubstanz ermöglicht wird, andererseits aber durch eine zu enge Verwaltungsanweisung die Verwendung der Nachlasssubstanz für die Zwecke des Behinderten nur sehr eingeschränkt möglich ist. Die hier zu besprechende Entscheidung zeigt, dass es im Einzelfall schwierig ist, die richtige Balance zu finden.

4. Zusammenfassung

Die Entscheidung des XII. Zivilsenats des BGH ist sicher nicht der große Wurf. Positiv ist, dass auch der Familienrechtssenat nunmehr festgestellt hat, dass die Gestaltung des Behindertentestaments nicht sittenwidrig ist. Bedauerlich bleibt, dass der Senat es versäumt hat, diese Aussage in allgemeine erbrechtliche Erwägungen einzubetten. Hinsichtlich der konkreten Testamentsauslegung kommt der Entscheidung über den Einzelfall hinaus kaum Bedeutung zu. Sie zeigt allerdings deutlich, wie wichtig es ist, die Verwaltungsanweisung im Einzelfall sorgfältig auszugestalten. Hier ist es aus Sicht der notariellen Praxis sicher auch erforderlich, mit dem Erblasser zu besprechen, ein wie weitreichender Schutz erzielt werden soll.

Notar Dr. Jens Tersteegen, Köln

⁵ Vergleiche beispielsweise *Tersteegen*, Beck'sches Formularbuch Erbrecht, 2. Aufl., F. I. 2. § 4 Ziffer 6.

7. BGB §§ 181, 2223; GBO §§ 20, 29 (Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers bei Vermächtniserfüllung)

Die Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers, zu dessen Aufgaben die Erfüllung von Vermächtnissen gehört, erstreckt sich – unabhängig davon, ob eine Annahme des Vermächtnisses bereits erklärt ist – auch auf die Entgegennahme der Auflassung durch den Erben (Anschluss an OLG Hamm, NJW-RR 2011, 11).

OLG München, Beschluss vom 25.2.2013, 34 Wx 30/13; mitgeteilt von *Edith Painner*, Richterin am OLG München

Die Beteiligte zu 1 ist als Eigentümerin von Grundstücken im Grundbuch eingetragen, die sie im Weg der Erbfolge unter anderem von ihrer am ... 2012 verstorbenen Schwester erworben hat. Nach dem notariellen Testament der Erblasserin vom 1.9.2009 ist der Erbteil mit Vermächtnissen belastet. So ist den Beteiligten zu 2 und 3 jeweils ein Miteigentumsanteil von je 1/2 an zwei verschiedenen Grundstücken vermacht. Die Beteiligten zu 2 und 3 sind ihrerseits mit einem Nießbrauchs-Untervermächtnis belastet. In dem notariellen Testament ist die Beteiligte zu 1 als (Dauer-)Testamentsvollstreckerin für die Vermächtnisnehmer eingesetzt (mit unter anderem) der Aufgabe, die Vermächtnisse vollständig zu erfüllen.

In einer am 20.9.2012 errichteten Urkunde erklärte die Beteiligte zu 1 im eigenen Namen und als Testamentsvollstreckerin namens der Beteiligten zu 2 und 3 die Auflassung der Miteigentumsanteile an den jeweiligen Grundstücken. Die Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuch wurde bewilligt und beantragt.

In der Zwischenverfügung vom 18.12.2012 fordert das Grundbuchamt unter Fristsetzung die Genehmigung der Auflassung durch die Vermächtnisnehmer, da die Beteiligte zu 1 als Testamentsvollstreckerin nicht befugt sei, die Einigungserklärung auch für die Beteiligten zu 2 und 3 zu erklären.

Der dagegen unter dem 7.1.2013 eingelegten Beschwerde hat das Grundbuchamt nicht abgeholfen und dies darauf gestützt, dass die Verwaltungsvollstreckung erst in dem Zeitpunkt eingreife, wenn die Vermächtnisnehmer als Miteigentümer im Grundbuch eingetragen seien.

Aus den Gründen:

II.

Die vom Notar eingelegte Beschwerde ist zulässig (§ 18 Abs. 1, § 71 Abs. 1, §§ 73, 15 Abs. 2 GBO) und begründet. Eine Einigungserklärung der Vermächtnisnehmer kann nach §§ 20, 29 GBO nicht gefordert werden, da die Testamentsvollstreckung den Aufgabenbereich der Erfüllung der Vermächtnisse (mit)umfasst.

1. Weil ein Testamentsvollstrecker regelmäßig im Rechtskreis der Erben tätig wird, stellt § 2223 BGB klar, dass ein solcher auch einem Vermächtnisnehmer zur Seite gestellt werden kann. Ein insofern im Aufgabenumfang beschränkter Testamentsvollstrecker wird oftmals – etwa in der nichtamtlichen Überschrift zu § 2223 BGB – als Vermächtnisvollstrecker bezeichnet. Seine Aufgaben und Befugnisse ergeben sich dabei vorrangig aus der letztwilligen Verfügung, da § 2223 BGB nur eine Art der Vermächtnisvollstreckung regelt, aber nicht abschließend ist (*Heckschen in Burandt/Rojahn*, Erbrecht, § 2223 Rdnr. 1). Zu den Aufgaben des Vermächtnisvollstreckers kann es auch gehören, den Vermächtnisgegenstand in Besitz zu nehmen (*Heckschen in Burandt/Rojahn*, § 2223 Rdnr. 3) oder auch die Auflassungserklärung abzugeben bzw. anzunehmen (OLG Hamm, NJW-RR 2011, 11; *Palandt/Weidlich*, 72. Aufl. § 2223 Rdnr. 2).

Weil das Testament ausdrücklich als Aufgabe der Dauertestamentsvollstreckerin die Erfüllung der Vermächtnisse anführt, ist schon damit klaggestellt, dass die Vermächtnisvollstreckung nicht erst nach Übergang des Eigentums eintritt, sondern gerade auch die Einigungserklärung in den Aufgabenbereich der Beteiligten zu 1 als Vermächtnisvollstreckerin fällt.

Dass die Beteiligte zu 1 die Übereignung im eigenen Namen erklärt und gleichzeitig für die Vermächtnisnehmer die Auflassung annimmt, ist im Hinblick auf § 181 BGB schon deswegen unschädlich, weil die Beteiligte zu 1 in Erfüllung einer Verbindlichkeit handelt (OLG Hamm, NJW-RR 2011, 11, 12).

2. Das AG hat sich nicht mit der Frage befasst, ob die Befugnisse des Vermächtnisvollstreckers von einer vorherigen Annahme des Vermächtnisses durch den Vermächtnisnehmer abhängen. Vorsorglich weist der Senat auf Folgendes hin:

Zwar kann in der Annahme eines Vermächtnisgegenstandes durch den Vermächtnisnehmer ggf. eine konkludente Annahme auch des Vermächtnisses selbst zu sehen sein (*Palandt/Weidlich*, § 2180 Rdnr. 1); die Vermächtnisannahme ergibt sich allerdings schon nicht zwingend aus der Entgegennahme von Vermächtnisgegenständen (siehe Senat, Beschluss vom 23.9.2011, 34 Wx 311/11 = NJW-RR 2012, 137). Annehmen kann im Übrigen ein Vermächtnis nur der Vermächtnisnehmer selbst oder ein von diesem Bevollmächtigter, nicht jedoch der Vermächtnisvollstrecker (*Palandt/Weidlich*, § 2223 Rdnr. 2;

Keim, ZEV 2011, 563, 568). Eine Ausschlagung des Vermächtnisses ist nicht fristgebunden (BGH, NJW 2011, 1353).

Eine ausdrückliche oder konkludente Annahme des Vermächtnisses kann dennoch keine Voraussetzung dafür sein, dass die Befugnisse des Vermächtnisvollstreckers eintreten (vgl. *Keim*, ZEV 2011, 563, 568; a. A. *Muscheler*, ZEV 2011, 230). Ein Vermächtnisvollstrecker muss schon nach Anfall der Erbschaft tätig werden können, um vor einer Annahme des Vermächtnisses dieses zu sichern; denn nach § 2176 BGB fällt das Vermächtnis schon mit dem Erbfall an. Wären seine Befugnisse von der Annahme des Vermächtnisses abhängig, erklärt der Vermächtnisnehmer diese jedoch nicht oder nicht zeitgerecht, hätte der Vermächtnisvollstrecker keine Handhabe, etwa ein Untervermächtnis zu erfüllen. Durch ein Hin- und Herzögern der Annahme des Vermächtnisses wäre die Möglichkeit eröffnet, die Erfüllung eines Untervermächtnisses ebenfalls zu verzögern, was dem Willen des Erblassers zuwiderlaufen würde. Nach § 2186 BGB ist zwar unabhängig von einer Annahme des Vermächtnisses das Untervermächtnis schon zu erfüllen, wenn der Vermächtnisnehmer seinerseits die Erfüllung des zugewendeten Vermächtnisses zu verlangen berechtigt ist (vgl. *Palandt/Weidlich*, § 2186 Rdnr. 1). Eine Erfüllung desselben durch Einräumung dinglicher Rechte an Immobilien ist jedoch erst nach Übertragung des Grundstücks(rechts) auf den Vermächtnisnehmer möglich, da dieser erst dann bewilligungsberechtigt ist. Ein Zweck der Vermächtnisvollstreckung ist es daher, die Erfüllung von Untervermächtnissen etwa in Bezug auf dingliche Rechte an Immobilien bei Fälligkeit nach § 2186 BGB ohne Weiteres sicherzustellen. Dass die Übertragung des Eigentums am Grundstück im Falle der Ausschlagung des Vermächtnisses ohne Rechtsgrund erfolgt wäre und zu einer Rückauflassung führen müsste (*Muscheler*, ZEV 2011, 230, 232), ist daher hinzunehmende Folge der hier gewählten Form der Vermächtnisvollstreckung.

(...)

Anmerkung:

1. Der Beschluss des OLG München vom 25.2.2013 betrifft eine in der notariellen Praxis wichtige und bislang umstrittene Frage: Ist ein Testamentsvollstrecker, zu dessen Aufgaben die Erfüllung von Vermächtnissen gehört, berechtigt, beim Erfüllungsgeschäft auch für den Vermächtnisnehmer zu handeln, also bei Grundstücken die Auflassung zugleich in dessen Namen zu erklären? Bislang liegt hierzu erkennbar nur die Entscheidung des OLG Hamm vom 27.7.2010 (ZEV 2011, 198 = NJW NR 2011, 11) vor, das diese Frage bejahte. Das OLG München schließt sich der Meinung des OLG Hamm an. Der Beschluss des OLG München ist offensichtlich mit „heißer Nadel“ gestrickt, ansonsten ließen sich manche terminologischen Unebenheiten nicht erklären („Entgegennahme der Auflassung durch den Erben“, „Erbteil“ des Alleinerben). Die Literatur wurde nur zurückhaltend herangezogen, die Begründung ist eher schmal.

2. Testamentsvollstreckung kann im Zusammenhang mit Vermächtnissen in vielfältiger Weise angeordnet werden. § 2223 BGB betrifft einen speziellen Fall der Abwicklungsvollstreckung, nämlich die Ausführung von Beschwerden, die einem Vermächtnisnehmer auferlegt sind. Diese Beschwerden können Untervermächtnisse, Nachvermächtnisse oder Auflagen sein, die konkreten Aufgaben des Testamentsvollstreckers im Rahmen von § 2223 BGB ergeben sich vorrangig aus den Anordnungen des Erblassers.

Im entschiedenen Fall ging es erkennbar nicht um einen solchen Sachverhalt, § 2223 BGB war nicht sedes materiae,

wie die dem Leitsatz vorangestellten Paragraphen vermuten lassen. Es handelt sich vielmehr um eine ganz normale Abwicklungsvollstreckung nach § 2203 BGB. Hiernach hat der Testamentsvollstrecker die letztwilligen Verfügungen des Erblassers zur Ausführung zu bringen. Die Testamentsvollstreckung beschwert den Erben, nicht den Vermächtnisnehmer. Dessen Rechte sind von der Testamentsvollstreckung ohne entsprechende Verfügung des Erblassers nicht betroffen, so dass er an der Erklärung der Auflassung selbst mitzuwirken hat. Der Testamentsvollstrecker hat insoweit keine Funktion.

Dass im konkreten Fall die Alleinerbin zur Testamentsvollstreckerin ernannt wurde, stellt ein nicht entscheidungserhebliches Nebenproblem dar. Nach der Rechtsprechung des BGH ist eine solche Verfügung möglich.¹ Die Testamentsvollstreckung hat dann nur noch die Abschirmwirkung des § 2214 BGB zur Folge, stellt also sicher, dass der Vermächtnisanspruch nicht durch Zwischenfälle aufseiten des Erben (Insolvenz etc.) gefährdet wird. Da der Erbe ohnehin verpflichtet ist, das Vermächtnis zu erfüllen (§ 2147 S. 1 BGB), läuft die Testamentsvollstreckung im Übrigen ins Leere.

Der Erblasser kann darüber hinausgehende Anordnungen in Bezug auf ein Vermächtnis treffen. Er ist insbesondere berechtigt zu verfügen, dass der Testamentsvollstrecker auch den Vermächtnisanspruch des Vermächtnisnehmers aus § 2147 S. 1 BGB zu verwalten habe. Hat er dies getan, kann der Testamentsvollstrecker die Auflassung sowohl im Namen des Erben (im entschiedenen Fall also im eigenen Namen) wie auch im Namen des Vermächtnisnehmers erklären.² Ob eine solche Anordnung vorliegt, ist im Einzelfall zu prüfen und ggf. durch Auslegung zu ermitteln.

Das OLG München hat nunmehr in seinem Beschluss vom 25.2.2013 einem Testamentsvollstrecker, dessen Aufgabe darin besteht, ein Vermächtnis zu erfüllen, unabhängig von einer Auslegung der konkreten Verfügung generell die Befugnis zugesprochen, die Einigung über den Eigentumsübergang auch im Namen des Vermächtnisnehmers zu erklären. Das Ergebnis wurde nicht über eine Testamentsauslegung, nicht über eine Interpretation des Gesetzes erzielt.

Das vom OLG gefundene Ergebnis mag im Sinne der Einzelfallgerechtigkeit zutreffend sein, es stellt aber keinen überzeugenden Beitrag zur Fortbildung des Rechts der Testamentsvollstreckung dar. Es wird aber unabhängig davon, dass das Gericht die Frage ohne Bezug zum System des Testamentsvollstreckerrechtes entschieden hat, von der notariellen Praxis begrüßt werden. Es enthebt, seine Tragfähigkeit unterstellt, die Notare der Notwendigkeit, im Einzelfall zu prüfen, ob nach dem Willen des Erblassers der Vermächtnisnehmer zur Auflassung beizuziehen ist oder nicht. Wie tragfähig die Rechtsprechung ist, muss sich allerdings noch erweisen. Unter der Maxime des sicheren Weges empfiehlt es sich, den Vermächtnisnehmer, falls möglich, gleichwohl die Einigung mit erklären zu lassen.

3. Nur zur Arrondierung sei darauf hingewiesen, dass der Erblasser bei Vermächtnissen noch weitere Gestaltungsoptionen hat. Er kann Dauervollstreckung nach § 2209 BGB in Bezug auf den Vermächtnisgegenstand anordnen. Der Testamentsvollstrecker hat dann diejenigen Rechte, die ihm normalerweise in Bezug auf den Nachlass zustehen, wenn er diesen verwaltet. Er ist dann befugt, den Vermächtnisgegenstand in Besitz zu nehmen, zu verwalten und über ihn zu verfügen.

¹ BGH, ZEV 2005, 205.

² vgl. *Muscheler*, ZEV 2011, 230; *Staudinger/Reimann*, Bearb. 2012, § 2223 Rdnr. 4.

Eine derartige Dauervollstreckung ist zulässig.³ Der Erblasser kann schließlich, und nur dies ist der Fall des § 2223 BGB, den Testamentsvollstrecker ausschließlich dazu berufen, die einem Vermächtnisnehmer auferlegten Beschwerden auszuführen. Die genannten Varianten können miteinander kombiniert werden. Bei einer Verfügung von Todes wegen, die einem Testamentsvollstrecker Aufgaben in Bezug auf ein Vermächtnis zuweist, sollte daher klargestellt werden, welche Art der Testamentsvollstreckung gewollt ist. Der schlichte Ausdruck „Vermächtnisvollstreckung“ ist jedenfalls auslegungsbefürdigt.

Notar a. D. Prof. Dr. *Wolfgang Reimann*, Regensburg

³ *Palandt/Weidlich*, 72. Aufl. 2013, § 2223, Rdnr. 2; *Staudinger/Reimann*, Bearb. 2012, § 2205, Rdnr. 16.

8. BGB § 164; GBO § 35 (*Erlöschen einer Vollmacht über den Tod hinaus*)

Erteilt der Erblasser eine Vollmacht, die nach seinem Tode weiter gelten soll, erlischt diese, wenn der Bevollmächtigte den Erblasser allein beerbt.

OLG Hamm, Beschluss vom 10.1.2013, I-15 W 79/12; mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG Hamm

Der Beteiligte zu 1 ist der Ehemann der im Grundbuch als Eigentümerin gebuchten Erblasserin. Diese erteilte ihm in notarieller Verhandlung vom 14.4.2011 (URNr. ... Notar Q in T2) eine Generalvollmacht, sie in allen Vermögensangelegenheiten zu vertreten. Die Vollmacht sollte sich auf alle Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen erstrecken, die von ihr und ihr gegenüber vorgenommen werden können, soweit eine Vertretung gesetzlich zulässig ist; sie sollte sich auch auf unentgeltliche Rechtsgeschäfte erstrecken und auch nach Eintritt ihres Todes wirksam bleiben.

Die eingetragene Eigentümerin ist am 25.4.2011 verstorben. Der Beteiligte zu 1 übertrug dem Beteiligten zu 2, einem Cousin der Verstorbenen, mit notariellem Vertrag vom 23.11.2011 (URNr. ... Notar Q) unter Bezugnahme auf die Vollmacht vom 14.4.2011 das in den Nachlass gefallene Grundstück unentgeltlich und ließ es auf. Im Eingang der Urkunde heißt es, dass der Beteiligte zu 1 seine Ehefrau allein beerbt habe.

Mit Schreiben vom 31.1.2012 übersandte der Notar die Urkunde mit dem Antrag auf Vollzug der in § 4 des notariellen Vertrages erteilten Bewilligung auf Eigentumsumschreibung. Mit Zwischenverfügung vom 13.2.2012 verlangte das Grundbuchamt einen Erbnachweis zwecks Anhörung etwaiger Miterben und zur Feststellung, ob eine Alleinerbfolge ohne Beschränkung des Beteiligten zu 1 vorliegt. Hiergegen richtet sich die Beschwerde, der das Grundbuchamt nicht abhalf. Auf Nachfrage des Senats teilte der Notar mit Schreiben vom 19.12.2012 mit, Frau S habe nur das in Kopie vorgelegte privatschriftliche Testament vom 15.12.2004 errichtet, dessen Original – aus nicht näher erläuterten Gründen nicht bei dem deutschen Nachlassgericht abgeliefert (§ 2259 Abs. 1 BGB), sondern – bei einem liechtensteinischen Gericht im Hinblick auf dort belegenes Grundvermögen eingereicht worden sei. Die Testamentskopie lässt eine Einsetzung des Beteiligten zu 1 als alleinigen Erben und ein Vermächtnis zugunsten des Beteiligten zu 2 auf das eingangs genannte Grundstück erkennen.

Aus den Gründen:

II.

Die namens der Beteiligten vom Urkundsnotar (§ 15 GBO) eingelegte Beschwerde ist nach §§ 71, 73 GBO zulässig (vgl. *Bauer/von Oefele/Budde*, GBO, 3. Aufl., § 71 Rdnr. 11), in der Sache aber unbegründet.

Das Grundbuchamt hat nach § 20 GBO die Wirksamkeit der erklärten Auflassung und damit die materielle Befugnis desjenigen zu prüfen, der über das eingetragene Eigentum verfügt. Der Beteiligte zu 1 hat seine Erklärung in Vollmacht für die eingetragene Eigentümerin abgegeben, die indessen verstorben ist. Eine Vollmacht kann nach anerkannter Auffassung auch in der Weise erteilt werden, dass sie von dem Bevollmächtigten nach dem Tode des Vollmachtgebers ausgeübt werden kann. Diese Befugnis ist dem Beteiligten zu 1 hier durch die Vollmacht vom 14.4.2001 ausdrücklich erteilt worden. Macht der Bevollmächtigte von dieser Vollmacht nach dem Tode des Vollmachtgebers Gebrauch, so treten die Wirkungen seiner rechtsgeschäftlichen Erklärung in der Person des bzw. der Erben ein. Es handelt sich also entgegen der Darstellung in § 1 der notariellen Urkunde vom 23.11.2011 nicht etwa um eine rechtsgeschäftliche Vertretung der Verstorbenen. Gleichwohl ist für den Vollzug der Eintragung im Grundbuch im Allgemeinen ein Erbnachweis in der Form des § 35 GBO nicht zu führen, weil der bzw. die Erben durch die postmortale Vollmacht des Erblassers gebunden sind, solange diese Vollmacht nicht widerrufen wird.

Der Beteiligte zu 1 hat jedoch die beschriebene Legitimationswirkung dieser Vollmacht aufgehoben, indem er im Eingang der notariellen Urkunde vom 23.11.2011 erklärt hat, als Alleinerbe der Erblasserin berufen zu sein. Auf dieser Grundlage läuft die von dem Beteiligten zu 1 abgegebene Erklärung darauf hinaus, dass er eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung als Vertreter abgegeben hat, obwohl deren Wirkungen nur ihn selbst als den vertretenen Alleinerben betreffen können. Eine solche Form der rechtsgeschäftlichen Stellvertretung ist nach Auffassung des Senats durch § 164 BGB ausgeschlossen, der eine Personenverschiedenheit zwischen dem Vertreter und dem rechtsgeschäftlich Vertretenen voraussetzt. Folglich muss eine Vollmacht durch Konfusion erlöschen, wenn der Bevollmächtigte die Vollmachtgeberin allein beerbt (ebenso OLG Stuttgart, NJW 1948/1949, 627; *Palandt/Weidlich*, 71. Aufl., vor § 2197 Rdnr. 12; für den Fall der Vorerbschaft KG, JFG 43, 160). Mit dem Erbfall ist der Nachlass mit dem Eigenvermögen des Erben zu einer rechtlichen Einheit verschmolzen und sind die schuldrechtlichen Beziehungen zwischen Erblasser und Alleinerbe erloschen; die Ausnahmen hiervon sind einzeln im Gesetz geregelt (vgl. MünchKommBGB/*Leipold*, § 1922 Rdnr. 102, 106) und liegen hier nicht vor:

- nach § 1976 BGB wird fingiert, dass die infolge des Erbfalls durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit oder von Recht und Belastungen erloschenen Rechtsverhältnisse als nicht erloschen gelten bei Anordnung der Nachlassverwaltung oder Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens;
- dieselbe Wirkung hat gemäß §§ 1990, 1991 Abs. 2 BGB die Geltendmachung der Dürftigkeitseinrede;
- bei Eintritt einer Nacherbfolge gilt, soweit in der Person des Vorerben Recht und Verbindlichkeit bzw. Belastung zusammengetroffen waren, das Rechtsverhältnis als nicht erloschen, § 2143 BGB;
- weitere Ausnahmen von der Vereinigungswirkung enthalten § 2175 BGB, wenn eine Forderung des Erblassers gegen den Erben oder ein Recht, mit dem eine Sache oder ein Recht des Erben belastet ist, den Gegenstand eines Vermächtnisses bildet, und § 2377 BGB beim Erbschaftskauf.

Die Annahme des Fortbestehens der Vollmacht für den Alleinerben würde deshalb auf eine Fiktion hinauslaufen, die im Gesetz keine Grundlage hat.

Allerdings wird in der Rechtsprechung und Literatur auch die Gegenmeinung vertreten, wonach der Alleinerbe aufgrund der ihm erteilten Vollmacht auch nach dem Tod weiterhin legitimiert ist, rechtsgeschäftlich als Vertreter des Erblassers zu handeln (so LG Bremen, Rpfleger 1993, 235 m. zust. Anm. *Meyer-Stolte*; *Palandt/Ellenberger*, a. a. O., § 168 Rdnr. 4; *Hügel* in BeckOK-GBO, „Grundsätze der rechtsgeschäftlichen Vertretung (Vollmacht)“ Rdnr. 47; *Bauer/von Oefele/Schaub*, a. a. O., AT VII, Rdnr. 112). Der Senat hält diese Auffassung nicht für überzeugend, weil für die Einführung einer solchen im Gesetz nicht vorgesehenen Fiktion kein zwingendes Bedürfnis besteht. Ein solches lässt sich insbesondere nicht aus Verkehrsschutzgesichtspunkten ableiten. Die Frage, wer als Erbe berufen ist, kann allerdings häufig über einen längeren Zeitraum zweifelhaft sein. Die materielle Wirksamkeit der Erklärung des Vertreters wird davon jedoch nicht berührt. Denn seine Erklärung ist aufgrund der postmortalen Vollmacht wirksam, wenn er nicht als Erbe oder lediglich als Miterbe berufen ist. Ist er hingegen Alleinerbe, handelt es sich um ein eigenes Rechtsgeschäft, das ohne Weiteres wirksam ist (so auch *Hueck*, SJZ 1948, 458, 459). Wie sich die Wirksamkeit der Erklärung als Eigengeschäft auf die Auslegung von schuldrechtlichen Verträgen auswirkt, bedarf in dem vorliegenden Zusammenhang keiner Behandlung.

Auf dieser Grundlage ist allerdings absehbar, dass die Auflassungserklärung des Beteiligten zu 1 im rechtlichen Ergebnis wirksam ist und die Eintragung des Eigentumswechsels auf der vorliegenden Eintragungsgrundlage nicht zur Unrichtigkeit des Grundbuchs führen würde. Dieser Gesichtspunkt kann jedoch grundbuchverfahrensrechtlich nicht ausreichen, weil der Antragsteller nach § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO gegenüber dem Grundbuchamt den Nachweis seiner Verfügungsbefugnis durch öffentliche Urkunden positiv und vollständig zu führen hat. Die Sicherheit des Grundbuchverkehrs lässt keine Einschränkung dieses Grundsatzes zu, solange nur absehbar ist, dass die Vornahme der beantragten Eintragung nicht zur Unrichtigkeit des Grundbuchs führt. Ergibt sich – wie hier – aus der eigenen Erklärung des Beteiligten zu 1, dass er die Auflassung in seiner Eigenschaft als Alleinerbe vorgenommen hat, kann es sich aus den vorstehenden Gründen nicht um ein Rechtsgeschäft des Vertreters, sondern nur um ein eigenes des Alleinerben handeln. Der Beteiligte zu 1 muss deshalb nach § 29 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 35 Abs. 1 GBO den Nachweis seiner Erbenstellung durch einen Erbschein führen, nachdem nach seinem eigenen Vorbringen eine öffentlich beurkundete letztwillige Verfügung der Verstorbenen nicht vorliegt. Die Zulassung einer im Gesetz nicht vorgesehenen Fiktion ist insbesondere nicht deshalb geboten, um dem Beteiligten zu 1 die Mühewaltung und den Gebührenaufwand eines Verfahrens auf Erteilung eines Erbscheins zu ersparen.

Aus der Entscheidung des Senats vom 4.1.2011 (FGPrax 2011, 192) lässt sich ein abweichender Standpunkt nicht ableiten. Der Senat hat dort maßgebend auf die fortbestehende Vermutung des § 891 BGB aus der Eintragung einer Bank als Berechtigter eines von ihr rechtsgeschäftlich abgetretenen Grundpfandrechts abgestellt, die durch das nicht hinreichend belegte Vorbringen der Einbeziehung des Rechts in eine umwandlungsrechtliche Abspaltung zur Aufnahme nicht widerlegt sei. Hier beschränkt sich indessen die Vermutung des § 891 BGB auf das eingetragene Eigentum der verstorbenen Ehefrau des Beteiligten zu 1. Es bleibt deshalb dabei, dass der Beteiligte zu 1 seine Verfügungsbefugnis urkundlich nachweisen muss, nachdem nach seinem eigenen Vorbringen die Vollmacht der Verstorbenen nicht Grundlage seiner Verfügung sein kann.

In diesem Sinne knüpft der Senat ausschließlich an den Inhalt der eigenen Erklärung des Beteiligten zu 1 in der notariellen Urkunde vom 23.11.2011 an. Nicht beabsichtigt ist, über den entschiedenen Einzelfall hinaus die Verwendbarkeit postmortaler Vollmachten nach dem Tode des Vollmachtgebers etwa durch das Verlangen einzuschränken, dass der Bevollmächtigte durch einen Erbschein den Nachweis zu führen hätte, dass er nicht als Alleinerbe berufen ist.

(...)

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch den Beitrag von *Amann*, MittBayNot 2013, 367 (in diesem Heft)

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

9. HGB § 105 Abs. 3, § 161 Abs. 2, § 169 Abs. 1, § 171 Abs. 1, § 172 Abs. 4; BGB § 706 Abs. 2 (*Rückforderung der Gewinnausschüttungen von einem Kommanditisten*)

1. **Wird an einen Kommanditisten auf der Grundlage einer Ermächtigung im Gesellschaftsvertrag eine Auszahlung geleistet, obwohl sein Kapitalanteil durch Verlust unter den auf die bedungene Einlage geleisteten Betrag herabgemindert ist oder durch die Auszahlung unter diesen Betrag herabgemindert wird, ist der Kommanditist nur dann zur Rückzahlung an die Gesellschaft verpflichtet, wenn der Gesellschaftsvertrag dies vorsieht.**
2. **Allein der Bestimmung im Gesellschaftsvertrag einer Publikumpersonengesellschaft, dass eine solche Ausschüttung „auf Darlehenskonto gebucht wird“ und bei einem Verzicht des Gesellschafters auf diese Entnahmen „die Bildung einer Darlehensverbindlichkeit“ entfällt, lässt sich nicht mit der aus der Sicht eines beitretenden Gesellschafters erforderlichen Klarheit entnehmen, dass die Ausschüttung unter dem Vorbehalt der Rückforderung steht.**

BGH, Urteil vom 12.3.2013, II ZR 73/11

Der Ehemann der Beklagten beteiligte sich mit Beitrittserklärung vom 8.8.1994 mit einer Einlage i. H. v. 400.000 DM als Kommanditist an der Klägerin, einer Fondsgesellschaft, deren Gegenstand der Erwerb und der Betrieb des Containerschiffes MS C war. Der Gesellschaftsvertrag enthält unter anderem folgende Regelungen:

„§ 4 Gesellschafter, Gesellschaftskapital, Einlagen (...)

5. Eine Nachschusspflicht der Kommanditisten besteht nicht, auch nicht als Ausgleichspflicht der Gesellschafter untereinander, soweit sich nicht aus den nicht abdingbaren §§ 171 f. HGB etwas anderes ergibt. (...)

7. Kapitalkonten für die Einlage sind Festkonten. Hiernach bemisst sich das Stimmrecht, das Verhältnis der Beteiligung am Gewinn und Verlust sowie am Auseinandersetzungsguthaben. (...)

9. Die persönlich haftende Gesellschafterin ist berechtigt, ein partiarisches Darlehen bis zu einem Gesamtbetrag von 1.000.000 DM aufzunehmen. Der mit dem Darlehensgeber bestehende Vertrag lautet wie folgt: (...)

b) Die Darlehenseinlage ist mit 7,5 % p. a. zu verzinsen. Im Übrigen nimmt das partiarische Darlehen am Ergebnis der Gesellschaft nicht teil, soweit sich nicht aus c) etwas anderes ergibt. Die Auszahlung der Zinsen wird zinslos gestundet, sofern die Liquiditätslage der Gesellschaft unter Berücksichtigung

einer Ausschüttung von 7 % auf das Kommanditkapital ab 1995 eine Auszahlung nicht zulässt.

c) Die Darlehenseinlage und etwaige aufgelaufene Zinsen sind erst rückzahlbar und kündbar bei Veräußerung des der Gesellschaft gehörenden Seeschiffes. Sie gelten als erlassen, sofern und soweit der Veräußerungserlös zur Rückzahlung des partiarischen Darlehens sowie der gestundeten Zinsen nicht ausreicht. (...)

Nach Abzug der etwaigen noch bestehenden Verbindlichkeiten und der Veräußerungskosten werden aus dem Veräußerungserlös zunächst gestundete Darlehenszinsen auf das partiarische Darlehen und nicht gezahlte Ausschüttungen auf das KG-Kapital bis zur Höhe von durchschnittlich 7 % ab 1995 im gleichen Verhältnis zueinander, sodann das partiarische Darlehen, sodann das nominelle Kommanditkapital gezahlt. Ein sodann noch verbleibender Überschuss wird im Verhältnis des nominellen KG-Kapitals zum partiarischen Darlehen aufgeteilt und verteilt. (...)

§ 8 Gesellschafterbeschlüsse (...)

4. Kein Kommanditist kann durch Gesellschafterbeschlüsse gegen seinen Willen verpflichtet werden, der Gesellschaft weitere Mittel nachzuschließen, unbeschadet der nicht abdingbaren gesetzlichen Haftungsregelung. (...)

§ 11 Gewinn- und Verlustrechnung

1. Der im Jahresabschluss ausgewiesene Gewinn oder Verlust eines Geschäftsjahres ist den Kommanditisten entsprechend dem Verhältnis der nominellen Kommanditanteile und unbeschadet der Regelung in § 4 Ziffer 9 c) zueinander voll zuzuweisen. (...)

3. Unabhängig von einem im Jahresabschluss ausgewiesenen Gewinn oder Verlust schüttet die Gesellschaft für den Fall, dass die Liquiditätslage es zulässt, ab 1995 einen Betrag in Höhe von voraussichtlich 7 % in den Jahren 1995–2000, 7,5 % 2001, 8 % 2002, 9 % 2003, 10 % 2004 und 2005 des Kommanditkapitals p. a. an die Gesellschafter aus, der auf Darlehenskonto gebucht wird. Sofern ein Gesellschafter im Hinblick auf das Wiederaufleben der Haftung auf diese Entnahmen verzichtet, entfällt für ihn insoweit die Bildung einer Darlehensverbindlichkeit.

4. Weitere Entnahmen außerhalb der vorgenannten Ausschüttungen sind nur zulässig, wenn die Gesellschafter einen entsprechenden Beschluss mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen fassen, die persönlich haftende Gesellschafterin zustimmt und die Liquiditätslage der Gesellschaft es zulässt. Auch in diesem Fall kann jeder Gesellschafter für sich entscheiden, ob er eine Entnahme tätigt.“

Der Ehemann der Beklagten übertrug dieser mit Zustimmung der Klägerin seinen Kommanditanteil zum 1.1.2006. Auf den Kommanditanteil wurden seit 1995 Ausschüttungen nach § 11 Ziffer 3 des Gesellschaftsvertrags i. H. v. 61.355,03 € gezahlt. Die Jahresabschlüsse der Klägerin wiesen diese Ausschüttungen auf der Passivseite der Bilanz in der Position „Entnahmen“ und auf der Aktivseite in der Position „Nicht durch Vermögenseinlagen gedeckte Verlustanteile und Entnahmen der Kommanditisten“ in einer Gesamtsumme aus. Nachdem sich die Liquiditätslage der Klägerin im Zuge der Wirtschaftskrise am Ende des Jahres 2008 verschlechtert hatte, beschloss die Gesellschafterversammlung am 25.6.2009 ein Restrukturierungskonzept, das auch die Anweisung an die Geschäftsführung zum Inhalt hatte, Ausschüttungen an Kommanditisten i. H. v. 2.687.142,46 € zurückzufordern. Die Beklagte wurde daraufhin erfolglos zur Rückzahlung der an sie bzw. ihren Ehemann gewährten Ausschüttungen aufgefordert. Die MS C wurde in der Folgezeit veräußert.

Das LG hat der auf Rückzahlung der Ausschüttungen gerichteten Klage stattgegeben. Das OLG hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die vom Senat zugelassene Revision der Beklagten, mit der sie ihren auf Klageabweisung gerichteten Antrag weiterverfolgt.

Aus den Gründen:

Die Revision der Beklagten hat Erfolg und führt zur Abweisung der Klage.

I.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt:

Die Beklagte sei verpflichtet, die als Ausschüttungen erhaltenen Zahlungen an die Klägerin zurückzuzahlen. Der Gesellschaftsvertrag sehe in § 11 Ziffer 3 in Abweichung von § 169 Abs. 1 HGB gewinnunabhängige Ausschüttungen an Kommanditisten vor. Diese Ausschüttungen unterlägen der Rückforderung, weil sich den gesellschaftsvertraglichen Regelungen ein Rückforderungsanspruch entnehmen lasse. Aus § 11 Ziffer 3 des Gesellschaftsvertrags ergebe sich, dass die gewinnunabhängigen Ausschüttungen den Gesellschaftern im Verhältnis zur Klägerin nicht „unentziehbar“ hätten verbleiben sollen. Das werde aus dem Nachsatz „der auf Darlehenskonto gebucht wird“ sowie durch § 11 Ziffer 3 Satz 2 des Gesellschaftsvertrags hinreichend deutlich. Die Formulierung „Bildung der Darlehensverbindlichkeit“ beziehe sich eindeutig („insoweit“) auf die zuvor erwähnte Buchung „auf Darlehenskonto“ und betreffe damit (nur) das Innenverhältnis zwischen Gesellschafter und Gesellschaft. Die Regelungen des Gesellschaftsvertrags außerhalb des § 11 böten keinen Anlass für die Annahme, gewinnunabhängig ausgeschüttete Beträge dürften von der Gesellschaft nicht zurückgefordert werden.

II.

Das angefochtene Urteil hält den Angriffen der Revision in einem entscheidenden Punkt nicht stand. Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerhaft angenommen, dass sich aus dem Gesellschaftsvertrag ein Anspruch der Klägerin auf Rückzahlung der gewinnunabhängigen Ausschüttungen ergibt.

1. Das Berufungsgericht hat im Ausgangspunkt zutreffend erkannt, dass ein Rückzahlungsanspruch nicht schon dann entsteht, wenn an einen Kommanditisten auf der Grundlage von § 11 Ziffer 3 Satz 1 des Gesellschaftsvertrags von § 169 Abs. 1 HGB nicht gedeckte Auszahlungen zulasten seines Kapitalanteils geleistet werden. Der Gesellschafter schuldet vielmehr die Rückzahlung nur dann, wenn der Gesellschaftsvertrag dies vorsieht.

a) Nach § 169 Abs. 1 Satz 2 HGB hat der Kommanditist nur einen Anspruch auf Auszahlung des ihm zukommenden Gewinns. Er kann auch die Auszahlung des Gewinns nicht fordern, solange sein Kapitalanteil durch Verlust unter den auf die bedungene Einlage geleisteten Betrag herabgemindert würde. Es ist aber allgemein anerkannt, dass auch über die Regelung des § 169 Abs. 1 HGB hinaus Ausschüttungen an die Kommanditisten zulässig sind, wenn der Gesellschaftsvertrag dies wie hier in § 11 Ziffer 3 vorsieht oder die Ausschüttung durch das Einverständnis aller Gesellschafter gedeckt ist (BGH, Urteil vom 7.11.1977, II ZR 43/76, WM 1977, 1446, 1447; BGH, Urteil vom 5.4.1979, II ZR 98/76, WM 1979, 803, 804; *Gummert in Henssler/Strohn*, GesR, § 169 HGB Rdnr. 14; *von Gerkan/Haas in Röhrich/Graf von Westphalen*, HGB, 3. Aufl., § 169 Rdnr. 20; *Münch-KommHGB/Grunewald*, 3. Aufl., § 169 Rdnr. 9; *Hopt in Baumbach/Hopt*, HGB, 35. Aufl., § 169 Rdnr. 7; *Oetker*, HGB, 2. Aufl., § 169 Rdnr. 15; *Gehling*, BB 2011, 73, 75 f.; *Wagner*, DStR 2008, 563, 564). Solche Ausschüttungen können in der Weise vereinbart werden, dass sie auch insoweit zu gewähren und zu belassen sind, als sie nicht durch Gewinne gedeckt sind, also letztlich in Form einer festen Kapitalverzinsung oder garantierten Mindestantieme zulasten des Kapitals gehen (vgl. BGH, Urteil vom 7.11.1977, II ZR 43/76, WM 1977, 1446, 1447).

b) Wird eine Auszahlung an den Kommanditisten entgegen § 169 Abs. 1 HGB auf der Grundlage einer Ermächtigung im

Gesellschaftsvertrag geleistet, führt dies selbst dann nicht zu einer Rückzahlungspflicht, wenn die Auszahlung dessen Kapitalanteil unter die bedungene Einlage herabmindert oder eine bereits bestehende Belastung vertieft. Solche Zahlungen können zwar zu einer Haftung nach § 172 Abs. 4, § 171 Abs. 1 HGB führen. Diese Vorschriften betreffen aber ausschließlich die Haftung des Kommanditisten gegenüber den Gesellschaftsgläubigern im Außenverhältnis und nicht dessen Verhältnis zur Gesellschaft (vgl. BGH, Urteil vom 7.11.1977, II ZR 43/76, WM 1977, 1446, 1447; BGH, Urteil vom 3.7.1978, II ZR 110/77, WM 1978, 1228, 1229 f.; BGH, Urteil vom 20.6.2005, II ZR 252/03, ZIP 2005, 1552, 1553; *von Gerkan/Haas in Röhrich/Graf von Westphalen*, HGB, 3. Aufl., § 172 Rdnr. 18; *MünchKommHGB/K. Schmidt*, 3. Aufl., § 172 Rdnr. 62).

Der Kommanditist ist im Innenverhältnis zur Kommanditgesellschaft verpflichtet, die vereinbarte Einlage zu erbringen. Im Außenverhältnis haftet er den Gläubigern der Gesellschaft bis zur Höhe seiner Einlage unmittelbar (§ 171 Abs. 1 Hs. 1 HGB). Erbringt der Kommanditist seine Einlage, erlischt im Innenverhältnis seine Einlageverpflichtung gegenüber der Gesellschaft. Seine Haftung im Außenverhältnis entfällt gemäß § 171 Abs. 1 Hs. 2 HGB, wenn er einen der eingetragenen Haftsumme entsprechenden Wert in das Gesellschaftsvermögen geleistet und ihn auch dort belassen hat. Wird dem Kommanditisten die Einlage ganz oder teilweise zurückbezahlt, gilt sie gemäß § 172 Abs. 4 Satz 1 HGB den Gläubigern der Gesellschaft gegenüber insoweit als nicht geleistet, d. h. die Außenhaftung entsteht wieder. Dasselbe gilt nach § 172 Abs. 4 Satz 2 HGB. Die in § 172 Abs. 4 HGB beschriebene Wirkung tritt aber nur gegenüber den Gläubigern ein, d. h. das Innenverhältnis zur Gesellschaft ist davon nicht berührt. Ein Rückgewähranspruch der Gesellschaft entsteht bei einer Rückzahlung der Einlage somit nicht automatisch, sondern kann sich nur aus anderen Rechtsgründen ergeben, insbesondere aus einer entsprechenden vertraglichen Abrede (vgl. BGH, Urteil vom 20.6.2005, II ZR 252/03, ZIP 2005, 1552, 1553; *Strohn in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, HGB, 2. Aufl., § 172 Rdnr. 19).

Es gibt bei der Kommanditgesellschaft keinen im Innenverhältnis wirkenden Kapitalerhaltungsgrundsatz. Die Gesellschafter können ihre Rechtsbeziehungen im Innenverhältnis insoweit untereinander und zur Gesellschaft weitgehend frei gestalten. Das schließt die Entscheidung darüber ein, ob und wie erbrachte Einlagen zurückgewährt werden. Auch die Auslegungsregel in § 161 Abs. 2, § 105 Abs. 3 HGB, § 706 Abs. 2 Satz 1 BGB, nach der beizutragende, vertretbare und verbrauchbare Sachen im Zweifel in das Eigentum der Gesellschaft zu übertragen sind (vgl. *MünchKommBGB/Ulmer/Schäfer*, § 706 Rdnr. 9; *Servatius in Henssler/Strohn*, GesR, § 706 BGB Rdnr. 4), rechtfertigt nicht die Annahme, dass im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich vorgesehene Kapitalrückzahlungen der Gesellschaft im Zweifel wieder zuzuführen sind (a. A. OLG Köln, Urteil vom 11.8.2003, 18 U 13/03, juris Rdnr. 25; *Weipert in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, HGB, 2. Aufl., § 169 Rdnr. 23).

2. Rechtsfehlerhaft ist dagegen die Auslegung des Gesellschaftsvertrags durch das Berufungsgericht. Sie gewichtet zum einen für die Auslegung wesentliche Umstände fehlerhaft und berücksichtigt zum anderen nicht sämtliche relevanten Umstände. Dem Gesellschaftsvertrag der Klägerin lässt sich ein Vorbehalt der Rückforderung der auf der Grundlage von § 11 Ziffer 3 Satz 1 des Gesellschaftsvertrags an die Kommanditisten gezahlten Beträge nicht entnehmen. Diese Feststellung kann der Senat selbst treffen, weil Gesellschafts-

verträge von Publikumsgesellschaften nach ihrem objektiven Erklärungsbefund auszulegen sind (st. Rspr., vgl. nur BGH, Urteil vom 19.7.2011, II ZR 153/09, ZIP 2011, 1906 Rdnr. 11; BGH, Urteil vom 16.10.2012, II ZR 251/10, ZIP 2013, 68 Rdnr. 13).

a) Nach der Rechtsprechung des Senats unterliegen die Regelungen in Gesellschaftsverträgen von Publikumsgesellschaften unabhängig davon, ob die Bereichsausnahme des § 23 Abs. 1 AGBG bzw. § 310 Abs. 4 BGB n. F. eingreift, einer ähnlichen Auslegung und Inhaltskontrolle wie Allgemeine Geschäftsbedingungen (BGH, Urteil vom 27.11.2000, II ZR 218/00, ZIP 2001, 243, 244; BGH, Urteil vom 13.9.2004, II ZR 276/02, ZIP 2004, 2095, 2097 f.; BGH, Beschluss vom 13.12.2011, II ZB 6/09, ZIP 2012, 117 Rdnr. 50; BGH, Urteil vom 23.4.2012, II ZR 75/10, ZIP 2012, 1342 Rdnr. 32). Hieraus folgt in Anlehnung an § 305c Abs. 2 BGB, dass Zweifel bei der Auslegung zulasten des Verwenders gehen (BGH, Urteil vom 13.9.2004, II ZR 276/02, ZIP 2004, 2095, 2097 f.). Für den einer Publikumspersonengesellschaft beitretenden Gesellschafter müssen sich die mit dem Beitritt verbundenen, nicht unmittelbar aus dem Gesetz folgenden Rechte und Pflichten aus dem Gesellschaftsvertrag daher klar ergeben.

b) Hieran gemessen enthält der Gesellschaftsvertrag der Klägerin keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür, dass die Kommanditisten Auszahlungen gemäß § 11 Ziffer 3 Satz 1 des Gesellschaftsvertrags unter dem Vorbehalt einer Rückforderung erhalten haben.

aa) Das Berufungsgericht hat seine gegenteilige Annahme maßgeblich aus dem Wortlaut von § 11 Ziffer 3 des Gesellschaftsvertrags abgeleitet, nach dessen Satz 1 die Ausschüttung „auf Darlehenskonto gebucht“ wird und nach dessen Satz 2 „die Bildung einer Darlehensverbindlichkeit“ unterbleibt, sofern ein Gesellschafter auf diese Entnahme verzichtet. Hierbei geht das Berufungsgericht davon aus, dass es sich um eine Verbindlichkeit des jeweiligen Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft handelt, ohne dass sich hierfür im Gesellschaftsvertrag hinreichende Anhaltspunkte finden lassen.

(1) Die in § 11 Ziffer 3 und 4 des Gesellschaftsvertrags verwendeten Begriffe „Ausschüttung“ und „Entnahme“ weisen nicht auf einen Vorbehalt der Rückforderung hin. Der Begriff der „Ausschüttung“ wird im Handelsgesetzbuch im Zusammenhang mit der Auszahlung von Gewinnen verwandt (z. B. § 268 Abs. 8 HGB). Diesbezüglich regelt § 169 Abs. 2 HGB, dass der Kommanditist nicht verpflichtet ist, bezogenen Gewinn wegen späterer Verluste zurückzuzahlen. Nach § 11 Ziffer 3 Satz 1 des Gesellschaftsvertrags sind die Ausschüttungen hier allerdings unabhängig von einem im Jahresabschluss ausgewiesenen Gewinn oder Verlust zu gewähren. Daraus kann aber nicht auf eine Verpflichtung zur Rückzahlung geschlossen werden. Vielmehr sprechen die Regelungen des Gesellschaftsvertrags zur Ergebnisverteilung in § 11 Ziffer 1 und zur Zahlung der gewinnunabhängigen Ausschüttungen nach § 11 Ziffer 3 gegen die Annahme, dass die Ausschüttungen etwa nur Vorauszahlungen auf künftige Gewinne darstellen und ggf. erstattet werden sollen. Auch eine Verrechnung der nach § 11 Ziffer 3 gezahlten Ausschüttungen mit späteren Gewinnen ist im Gesellschaftsvertrag nicht vorgesehen. Der Gesellschaftsvertrag macht die Ausschüttungen nach § 11 Ziffer 3 nicht von einem zumindest erwarteten und später endgültig festzustellenden Gewinn abhängig. Aus der Verwendung des Begriffs der „Entnahme“ lässt sich gleichfalls kein Anhaltspunkt für ein Rückforderungsrecht entnehmen. Dieser findet in der Überschrift zu der Vorschrift des § 122

HGB Verwendung, die in Abs. 1 Hs. 1 gerade regelt, dass der Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft unter den dort genannten Voraussetzungen berechtigt ist, Geldbeträge aus dem Gesellschaftsvermögen zu seinen Lasten zu erheben oder Auszahlungen in bestimmter Höhe zu verlangen, ohne diese (gesetzlich zulässigen) Entnahmen der Gesellschaft später erstatten zu müssen (vgl. *Ehricke in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, HGB, 2. Aufl., § 122 Rdnr. 4).

(2) Aus der Verwendung des Begriffs „Darlehenskonto“ in § 11 Ziffer 3 Satz 1 des Gesellschaftsvertrags kann entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts gleichfalls nicht ohne Weiteres darauf geschlossen werden, dass auf diesem Konto Darlehensverbindlichkeiten im Sinne des § 488 BGB gebucht werden. Entsprechend legt auch die Verwendung des Begriffs der „Darlehensverbindlichkeit“ in § 11 Ziffer 3 Satz 2 des Gesellschaftsvertrags ein solches Verständnis nicht zwingend nahe. Im Übrigen ließe auch die Annahme einer „Darlehensverbindlichkeit“ im schuldrechtlichen Sinne nicht den Schluss zu, dass es sich jedenfalls um eine Forderung der Gesellschaft gegen den Gesellschafter handelt. Der vom Berufungsgericht allein am Wortlaut orientierte Schluss ist fehlerhaft, weil er denkbare weitere Auslegungsmöglichkeiten außer Acht lässt.

Das Gesetz enthält keine Regelungen darüber, ob und ggf. welche Konten für die Gesellschafter geführt und wie diese bezeichnet werden. Die Gesellschafter können vielmehr frei darüber bestimmen, in welcher Weise sie ihre Kapitalanteile sowie die wechselseitigen Verbindlichkeiten und Forderungen auf Konten verbuchen (v. *Falkenhausen/Schneider* in *MünchHdbGesR*, Bd. 2, 3. Aufl., § 22 Rdnr. 34 f.). Die zivilrechtliche Bedeutung der Konten richtet sich dabei nicht nach ihrer Bezeichnung. Führt eine Kommanditgesellschaft für die Kommanditisten mehrere Konten mit verschiedenen Bezeichnungen, ist zunächst anhand des Gesellschaftsvertrags zu ermitteln, welche zivilrechtliche Rechtsnatur diese Konten haben (vgl. *BFH*, Urteil vom 15.5.2008, IV R 46/05, *BFHE* 221, 162 Rdnr. 42 m. w. N.); die vereinbarte Art der Führung und der Bezeichnung der Konten ist dabei lediglich als ein Gesichtspunkt in die alle relevanten Umstände berücksichtigende Auslegung einzubeziehen.

Eine eindeutige Bestimmung lässt sich insoweit dem Gesellschaftsvertrag im vorliegenden Fall nicht entnehmen. Der Gesellschaftsvertrag enthält keine abschließende Regelung darüber, welche Konten im Einzelnen geführt werden und welche Buchungen für die jeweiligen Konten vorgesehen sind. Das in § 11 Abs. 3 des Gesellschaftsvertrags genannte Darlehenskonto wird an anderer Stelle nicht mehr erwähnt. In § 4 Ziffer 7 Satz 1 des Gesellschaftsvertrags ist bestimmt, dass die Kapitalkonten für die Einlage Festkonten sind. Bei der gesellschaftsvertraglichen Gestaltung der Kontenführung in Personenhandelsgesellschaften wird neben einem festen Kapitalkonto, auf dem die vereinbarte Einlage verbucht wird, regelmäßig ein weiteres, variables Konto (gewöhnlich als Kapitalkonto II bezeichnet) geführt, auf dem Gewinnanteile, Verluste und Entnahmen gebucht werden. Da bei dieser Form des Kapitalkontos II stehen gelassene Gewinne mit späteren Verlusten verrechnet werden, wird insbesondere im Hinblick auf die gesetzliche Regelung der Verlustverteilung beim Kommanditisten (§ 167 Abs. 2 und 3 HGB) häufig ein weiteres, als Darlehenskonto bezeichnetes variables Konto geführt, auf dem entnahmefähige Gewinne, sonstige Einlagen und Entnahmen gebucht werden; dieses Darlehenskonto stellt ein Forderungskonto dar, das, wenn es nicht überzogen wird, eine Forderung des Gesellschafters gegen die Gesellschaft ausweist (vgl. *BFH*, Urteil vom 16.10.2008, IV R 98/06, *BFHE* 223, 149 Rdnr. 40 ff. m. w. N.). Das Kapitalkonto II erfasst

dann nur noch die nicht entnahmefähigen Gewinne sowie die Verluste.

Über die Buchung der Ausschüttungen auf dem Darlehenskonto sowie über die Führung sonstiger variabler Konten neben den festen Kapitalkonten für die Einlage (§ 4 Ziffer 7) enthält der Gesellschaftsvertrag keine Regelungen. Dass die Ausschüttungen nach § 11 Ziffer 3 Satz 1 „auf Darlehenskonto gebucht“ werden, besagt nichts darüber, ob sie ähnlich wie entnahmefähige Gewinne als dem Kommanditisten endgültig verbleibende oder als nur vorläufige Zuweisungen aus dem Gesellschaftsvermögen wie etwa Vorschüsse auf künftige Gewinnbeträge gebucht werden sollen. Eine Ausschüttung, die dem Kommanditisten unentziehbar verbleiben soll, ist, wenn es sich um ein Darlehenskonto handeln sollte, das entnahmefähige Zuweisungen an den Kommanditisten und dessen Entnahmen ausweist, so zu buchen, dass dieses Konto nach der Buchung der (gemäß § 11 Ziffer 3 bei entsprechender Liquiditätslage beschlossenen) Ausschüttung im Haben eine entsprechende Forderung des Kommanditisten gegen die Gesellschaft ausweist, die erlischt, wenn der ausgeschüttete Betrag an den Kommanditisten gezahlt und diese Zahlung als Entnahme im Soll gebucht wird. Eine Verbindlichkeit zugunsten der Gesellschaft wird insoweit nicht gebildet. Vielmehr weist die Buchung der Ausschüttung im Haben des Darlehenskontos gerade eine Verbindlichkeit des Kommanditisten gegen die Gesellschaft aus.

Dass die Buchung im vorliegenden Fall dagegen in der Weise zu erfolgen hat, dass das Darlehenskonto letztlich ein Debet und einen dementsprechenden Anspruch der Gesellschaft gegen den Kommanditisten ausweist, lässt sich auch nicht aus dem Zusammenhang von Satz 1 und Satz 2 des § 11 Ziffer 3 des Gesellschaftsvertrags mit der erforderlichen Klarheit entnehmen. Das wäre nur der Fall, wenn die Regelung in Satz 2, dass für den Gesellschafter, der im Hinblick auf das Wiederaufleben der (Außen-)Haftung auf die Entnahme verzichtet, die Bildung einer Darlehensverbindlichkeit entfällt, mit dem Berufungsgericht dahin verstanden werden müsste, dass mit Darlehensverbindlichkeit hier nur die Bildung einer Verbindlichkeit zugunsten der Gesellschaft gemeint sein kann. Davon kann jedoch nicht ausgegangen werden. Die Regelung in § 11 Ziffer 3 Satz 2 des Gesellschaftsvertrags kann vielmehr auch dahin verstanden werden, dass hier die Bildung einer Darlehensverbindlichkeit zugunsten des Gesellschafters angesprochen ist. § 11 Ziffer 3 Satz 2 Halbsatz 1 ermöglicht es dem Gesellschafter für den Fall, dass ihm eine Ausschüttung nach Satz 1 zusteht, im Hinblick auf das (mögliche) Wiederaufleben der Außenhaftung „auf diese Entnahme“ zu verzichten. Ein solcher Verzicht auf die Entnahme könnte als ein bloßes Stehenlassen des dem Gesellschafter nach Satz 1 zustehenden Ausschüttungsbetrags auf dem Darlehenskonto verstanden werden mit der Folge, dass das Darlehenskonto ein entsprechendes Haben zugunsten des Gesellschafters und demgemäß eine entsprechende Darlehensverbindlichkeit der Gesellschaft zugunsten des Gesellschafters ausweisen würde. Auch im Hinblick auf die vom Gesellschafter beabsichtigte Folge seines Verzichts, die Außenhaftung nach § 172 Abs. 4 HGB nicht wieder aufleben zu lassen (zur Anwendbarkeit des § 172 Abs. 4 HGB bei der Umwandlung von Haftkapital in eine Darlehensforderung vgl. *Strohn in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, HGB, 2. Aufl., § 172 Rdnr. 24 m. w. N. einerseits und *MünchKommHGB/K. Schmidt*, §§ 171, 172 Rdnr. 72 m. w. N. andererseits), stellt § 11 Ziffer 3 Satz 2 Halbsatz 2 bei diesem Verständnis dann klar, dass für den Gesellschafter insoweit die Bildung einer Darlehensverbindlichkeit entfällt.

bb) Bei der Auslegung ist weiter zu berücksichtigen, dass es naheliegend gewesen wäre, im Gesellschaftsvertrag die Vor-

aussetzungen zu regeln, unter denen der Gesellschafter zur Rückzahlung der Ausschüttungen an die Gesellschaft verpflichtet sein sollte, wenn die Auszahlungen unter dem Vorbehalt einer Rückforderung hätten stehen sollen. Das Recht der Personhandelsgesellschaften gewährt keinen gesetzlichen Anspruch auf Rückzahlung von (vertraglich eingeräumten) Ausschüttungen, auf den mangels vertraglicher Regelungen zurückgegriffen werden könnte. Ein Rückgriff auf gesetzliche Regelungen des bürgerlichrechtlichen Darlehensrechts (§ 488 Abs. 3 BGB bzw. § 609 BGB a. F.) würde dem im Gesellschaftsvertrag zum Ausdruck kommenden Willen der Gesellschafter nicht gerecht. Es wäre widersprüchlich, wenn die Gesellschafter, wie dies § 11 Ziffer 3 des Gesellschaftsvertrags vorsieht, regelmäßig aus Liquiditätsüberschüssen Zahlungen von der Gesellschaft erhalten sollen, ihnen diese – möglicherweise über erhebliche Zeiträume hinweg geleisteten – Zahlungen aber ohne besonderen Grund binnen einer Frist von drei Monaten wieder entzogen werden könnten.

cc) Hinzu kommt, dass weitere Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags gegen die Auslegung des Berufungsgerichts sprechen. § 4 Ziffer 9 Buchstabe c regelt für den Fall der Veräußerung des Schiffs die Rückzahlbarkeit eines partiarischen Darlehens, das die persönlich haftende Gesellschafterin i. H. v. 1.000.000 DM aufzunehmen berechtigt sein sollte, sowie die Zahlung gestundeter Zinsen auf dieses Darlehen. Darüber hinaus wird das Rangverhältnis zwischen den Verbindlichkeiten aus dem partiarischen Darlehensvertrag, nicht gezahlten Ausschüttungen auf das Kommanditkapital und der Rückzahlung des nominellen Kommanditkapitals selbst im Falle der Veräußerung des Schiffs festgelegt.

Dabei unterscheidet der Gesellschaftsvertrag zwischen der Zahlung gestundeter Darlehenszinsen auf das partiarische Darlehen und nicht gezahlter Ausschüttungen auf das Kommanditkapital einerseits und Rückzahlungen auf das partiarische Darlehen und auf die nominellen Kapitalanteile andererseits. Erstere haben untereinander ranggleich, jedoch vorrangig vor etwaigen Rückzahlungen auf das Darlehen und auf die nominellen Kapitalanteile zu erfolgen. Diese Regelung ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass für den Fall fehlender Liquidität nicht nur die Ausschüttungen auf das Kommanditkapital gemäß § 11 Ziffer 3 Satz 1 des Gesellschaftsvertrags zu unterbleiben hatten, sondern auch die Zinsen auf das partiarische Darlehen zinslos gestundet sein sollten (§ 4 Ziffer 9 Buchstabe b Satz 3 des Gesellschaftsvertrags). Die erfolgten Ausschüttungen nach § 11 Ziffer 3 des Gesellschaftsvertrags werden in der Verteilungsregelung nach § 4 Ziffer 9 Buchstabe c nicht angesprochen.

Sieht der Gesellschaftsvertrag danach aber vor, nicht gezahlte Ausschüttungen vorrangig vor Rückzahlungen auf die Kapitalanteile und ranggleich mit den gestundeten Zinsen auf das partiarische Darlehen nachzuholen, erschließt sich, dass jedenfalls in der Liquidation bereits erfolgte Ausschüttungen nicht zum Ausgleich etwaiger Belastungen des Kapitalkontos herangezogen werden sollen. Im Gegenteil lässt sich das in der Bestimmung des § 4 Ziffer 9 Buchstabe c vorgesehene Rangverhältnis zwischen den nicht gezahlten Ausschüttungen und den gestundeten Darlehenszinsen nur wahren, wenn den Kommanditisten die aus Liquiditätsüberschüssen gewährten gewinnunabhängigen Ausschüttungen – ebenso wie dem Darlehensgeber gezahlte Darlehenszinsen – endgültig verbleiben. Sollten den Kommanditisten die (gewinnunabhängigen) Ausschüttungen danach in der Liquidation der Gesellschaft verbleiben, ist dies ein gewichtiges Indiz dafür, dass auch in der Phase des Betriebs des Schiffs eine Rückforderung dieser Ausschüttungen nicht gewollt war.

III.

Der Senat hat gemäß § 563 Abs. 3 ZPO in der Sache selbst zu entscheiden, weil diese zur Endentscheidung reif ist. Ist – wie aufgezeigt – die Beklagte nach dem Gesellschaftsvertrag nicht zur Wiederauffüllung ihres Kapitalanteils verpflichtet, ist der Gesellschafterbeschluss vom 25.6.2009 keine taugliche Grundlage für das Rückzahlungsverlangen der Klägerin. Dieser verstößt zum einen gegen § 8 Ziffer 4 des Gesellschaftsvertrags, nach der die Beklagte als Kommanditistin nicht gegen ihren Willen durch Gesellschafterbeschluss verpflichtet werden kann, der Gesellschaft weitere Mittel nachzuschließen. Eine Regelung, nach der die Gesellschafterversammlung beschließen kann, dass die nach § 11 Ziffer 3 gewährten Ausschüttungen zurückzuzahlen sind, enthält der Gesellschaftsvertrag nicht. Unabhängig davon ist der Gesellschafterbeschluss einer Personengesellschaft, durch den eine Nachschussverpflichtung begründet wird, die im Gesellschaftsvertrag keine Grundlage hat, jedenfalls gegenüber dem Gesellschafter grundsätzlich unwirksam, der dem Beschluss nicht zugestimmt hat (§ 161 Abs. 2, § 105 Abs. 3 HGB, § 707 BGB; vgl. BGH, Urteil vom 5.3.2007, II ZR 282/05, ZIP 2007, 766 Rdnr. 11, 15; BGH, Beschluss vom 26.3.2007, II ZR 22/06, ZIP 2007, 1368 Rdnr. 10).

Die Beklagte kann die Unwirksamkeit des Beschlusses der auf Zahlung gestützten Klage der Klägerin auch dann als Einwendung entgegenhalten, wenn nach dem Gesellschaftsvertrag Beschlussmängelstreitigkeiten binnen einer bestimmten Frist eingeleitet werden müssen und diese Frist abgelaufen ist. Denn durch eine verfahrensrechtliche Regelung im Gesellschaftsvertrag darf das mitgliedschaftliche Grundrecht eines Gesellschafters, nicht ohne seine Zustimmung mit weiteren Beitragspflichten beschwert zu werden, nicht ausgehebelt werden (vgl. BGH, Beschluss vom 26.3.2007, II ZR 22/06, ZIP 2007, 1368 Rdnr. 10; BGH, Urteil vom 9.2.2009, II ZR 231/07, ZIP 2009, 864 Rdnr. 16). Beschlüsse, die zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung des betroffenen Gesellschafters bedürfen, unterfallen nicht den Anfechtungs- und Nichtigkeitsgründen im Sinne des Kapitalgesellschaftsrechts, sondern die fehlende Zustimmung stellt eine „dritte Kategorie“ von Mängeln des Beschlusses dar, die im Wege der allgemeinen, nicht fristgebundenen Feststellungsklage gemäß § 256 ZPO oder durch Einwendung im Prozess geltend gemacht werden kann (BGH, Urteil vom 19.10.2009, II ZR 240/08, ZIP 2009, 2289 Rdnr. 12 m. w. N.). Dass die Beklagte der Erweiterung der Beitragspflicht zugestimmt hat, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Die Klägerin behauptet das auch nicht.

10. HGB § 14; GmbHG § 40 Abs. 1, 2, § 78 (*Pflicht des Geschäftsführers zur Einreichung der geänderten Gesellschafterliste bei Eintritt der auflösenden Bedingung für die Übertragung eines Geschäftsanteils*)

1. **Zur Listeneinreichungspflicht bei der auflösend bedingten Übertragung eines Geschäftsanteils an einer GmbH.**
2. **Eine Klage auf Einreichung der Gesellschafterliste einer GmbH bei dem Handelsregister richtet sich gegen den Geschäftsführer und nicht gegen die Gesellschaft, da es sich hierbei um eine höchstpersönliche Verpflichtung des Geschäftsführers handelt.**

OLG Brandenburg, Beschluss vom 12.2.2013, 7 W 72/12

Der Kläger hat beantragt, die Beklagte zu verurteilen, ihn mit einem Geschäftsanteil von 11.500 € in deren Gesellschafterliste aufzuneh-

men und die geänderte Gesellschafterliste bei dem Handelsregister einzureichen.

Die Beklagte wurde durch notariellen Vertrag des Notars Dr. T F am 11.4.2008 mit den Gesellschaftern Dr. R W, Rechtsanwalt D H und der D GmbH Steuerberatungsgesellschaft gegründet. D H hielt einen Geschäftsanteil von 11.500 € treuhänderisch für den Kläger. Der notarielle Treuhandvertrag des Notars Dr. T F von demselben Tage sah eine Abtretung des Geschäftsanteils an den Kläger unter sechs aufschiebenden Bedingungen vor, unter anderem für den Fall des Todes des D H, dessen Verlust der unbeschränkten Geschäftsfähigkeit, aber auch Vollstreckungsmaßnahmen in dessen Vermögen sowie die Beendigung des Treuhandvertrages. Der Treuhandvertrag endete zum 31.12.2010. Der Kläger ist der Meinung, der Geschäftsführer der Beklagten sei verpflichtet, die dadurch geänderte Gesellschafterliste bei dem Handelsregister einzureichen, während die Beklagte diese Verpflichtung bei dem beurkundenden Notar sieht.

Nach Rechtshängigkeit reichte der Notar die geänderte Gesellschafterliste bei dem Handelsregister ein. Beide Parteien erklärten daraufhin den Rechtsstreit übereinstimmend bei wechselseitigen Kostenträgen für erledigt.

Das LG hat der Beklagten die Kosten nach § 91a Abs. 1 ZPO auferlegt mit der Begründung, die Geschäftsführung der Beklagten sei gehalten gewesen, die neue Gesellschafterliste bei dem Handelsregister einzureichen, da der Notar an dem Bedingungseintritt – der Beendigung des Treuhandvertrages – nicht mitgewirkt habe.

Gegen den ihr am 12.9.2012 zugestellten Beschluss hat die Beklagte am 26.9.2012 sofortige Beschwerde eingelegt und beantragt, die Kosten des Rechtsstreits dem Kläger aufzuerlegen.

Das LG hat der Beschwerde mit Beschluss vom 19.10.2012 nicht abgeholfen.

Aus den Gründen:

II.

Die Beschwerde der Beklagten ist nach § 91a Abs. 2, § 567 Abs. 1 Nr. 1, § 569 Abs. 1 ZPO zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt worden.

In der Sache ist die sofortige Beschwerde begründet. Unter Berücksichtigung des Sach- und Streitstandes bis zu dem erledigenden Ereignis – der Einreichung der Gesellschafterliste durch den Notar – entspricht es dem billigen Ermessen, dem Kläger die Kosten des Rechtsstreits nach § 91a Abs. 1 ZPO aufzuerlegen, da seine Klage ohne das erledigende Ereignis hätte abgewiesen werden müssen, weil die Beklagte nicht passivlegitimiert ist.

Mit zutreffenden Gründen geht das LG davon aus, dass vorliegend nicht der Notar, sondern der Geschäftsführer der Beklagten verpflichtet war, die geänderte Gesellschafterliste bei dem Handelsregister einzureichen.

Die Zuständigkeit für die Einreichung der Gesellschafterliste bei dem Handelsregister regelt § 40 Abs. 1 und 2 GmbHG. Grundsätzlich hat der Geschäftsführer nach § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG unverzüglich nach Wirksamwerden jeder Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung eine von ihnen unterschriebene Liste der Gesellschafter zum Handelsregister einzureichen. Hat ein Notar an Veränderungen mitgewirkt, so hat er nach § 40 Abs. 2 GmbHG unverzüglich nach deren Wirksamwerden ohne Rücksicht auf etwaige später eintretende Unwirksamkeitsgründe die neue Gesellschafterliste an Stelle des Geschäftsführers zum Handelsregister einzureichen. In den meisten Fällen der Veränderung der Person oder Beteiligungshöhe wirkt ein Notar in amtlicher Funktion mit. In diesem Fall soll zur Vereinfachung der Verfahrensabläufe und einer Erhöhung der Richtigkeitsgewähr im Interesse aller Beteiligten der

Notar auch für die Folgeformalien Sorge tragen (vgl. BT-Drucks. 16/6140, S. 44).

Diese Voraussetzungen sind vorliegend jedoch nicht gegeben. Der Notar Dr. T F hat bei dem Gründungsvertrag der Beklagten sowie dem Treuhandvertrag vom 11.4.2008 mitgewirkt und im Anschluss die damals zutreffende Gesellschafterliste bei dem Handelsregister eingereicht. Damit war seine Mitwirkung im Sinne des § 40 Abs. 2 GmbHG beendet. Bereits die Gesetzesbegründung ging für die auflösende Bedingung oder Rückübertragungsverpflichtung davon aus, dass der Notar nicht verpflichtet sei, den Eintritt der das Wirksambleiben maßgeblichen Umstände zu überwachen. Bei Eintritt entsprechender Ereignisse bestehe vielmehr eine Pflicht der Geschäftsführer zur Einreichung einer weiteren Liste nach § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG oder es entstehe, wenn der Notar bei dem Ereignis mitwirkt, eine neue Pflicht des Notars aus § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG (vgl. BT-Drucks. 16/6140, S. 44). Nichts anderes kann für die aufschiebende Bedingung gelten. Wird der Notar nicht gesondert beauftragt, den Bedingungseintritt zu überwachen, endet seine Mitwirkung mit Einreichung der Gesellschafterliste nach Beurkundung. An dem späteren Bedingungseintritt wirkt er nicht mehr mit, so dass ihm für eine Mitteilung an das Registergericht die spezifische Kenntnis aus seiner amtlichen Tätigkeit fehlen und er damit keine erhöhte Richtigkeitsgewähr übernehmen kann. Vielmehr obliegt es allein dem Geschäftsführer, spätere Veränderungen nachzuhalten und nach § 40 Abs. 1 GmbHG die aktualisierte Gesellschafterliste bei dem Handelsregister zur Eintragung einzureichen (vgl. OLG Frankfurt, GmbHR 2011, 823, 826; BeckOK-GmbH/Heilmeyer, § 40 Rdnr. 54, 62 ff.; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 18. Aufl., § 40 Rdnr. 30).

Die Listeneinreichungspflicht aus § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG trifft den Geschäftsführer höchstpersönlich (vgl. OLG Jena, GmbHR 2011, 980, 981; Bayer, GmbHR 2011, 981, 982; Lutter/Hommerhoff/Bayer, a. a. O., Rdnr. 17). Für die Anmeldungen zum Handelsregister ist nach § 78 GmbHG der Geschäftsführer zuständig, den das Registergericht nach § 14 HGB durch Zwangsgelder hierzu anhalten kann. Er unterliegt insoweit nicht den Weisungen der Gesellschafter (vgl. Bayer, a. a. O.). Eine Zwangserfüllung der Registeranmeldepflicht kann die Gesellschaft nur durch eine Klage nach den Regeln der ZPO erreichen (vgl. Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, 18. Aufl., § 78 Rdnr. 4; Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, 19. Aufl., § 78 Rdnr. 11; Roth/Altmeyen, GmbHG, 7. Aufl., § 78 Rdnr. 11). Daneben haftet der Geschäftsführer der betroffenen Gesellschafter sowie der Gläubiger bei entsprechenden Pflichtverletzungen nach § 40 Abs. 3 GmbHG auf Schadensersatz. Einen unmittelbaren Erfüllungsanspruch des Gesellschafters gegen den Geschäftsführer statuiert das Gesetz nicht ausdrücklich. Dem sekundärrechtlichen Schadensersatzanspruch liegt jedoch unausgesprochen ein primärrechtlicher Erfüllungsanspruch zugrunde dahingehend, dass die Gesellschafterliste entsprechend geführt und eingereicht wird (vgl. Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, 19. Aufl., § 40 Rdnr. 30). Im Hinblick auf die höchstpersönliche Verpflichtung des Geschäftsführers kann sich der Erfüllungsanspruch auch nur gegen den Geschäftsführer selbst und nicht gegen die GmbH richten (vgl. Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 18. Aufl., § 40 Rdnr. 30; a. A. Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, 19. Aufl., § 40 Rdnr. 84). Die Beklagte als Gesellschaft ist zur Listeneinreichung nicht passivlegitimiert.

(...)

Anmerkung:

Das OLG Brandenburg hat zu zwei zentralen Problemkreisen der GmbH-Gesellschafterliste Stellung genommen: der Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Geschäftsführer und mitwirkendem Notar für die Listeneinreichung sowie der Person des Schuldners des gesellschaftsinternen Berichtigungsanspruchs. Sowohl im Ergebnis als auch in der Begründung vermag die Entscheidung nicht zu überzeugen.¹

1. Zuständigkeit zur Listeneinreichung

a) Regel-Ausnahme-Verhältnis zugunsten des Notars

Der erkennende Senat verkennt das normative wie tatsächliche Regel-Ausnahme-Verhältnis zugunsten des an einer Veränderung mitwirkenden Notars.² Durch die Einbeziehung des Geschäftsführers in die Führung der Gesellschafterliste ist ein strukturelles Defizit im Berechtigtenschutz entstanden.³ Dem Geschäftsführer fehlt es sowohl an der persönlichen Unabhängigkeit als auch fachlichen Kompetenz des Notars. Zudem zwingt der Eigentumsschutz des Berechtigten nach Art. 14 Abs. 1 GG von Verfassungs wegen zur Sicherstellung einer hohen Richtigkeitsgewähr des Rechtsscheinträgers für den gutgläubigen Erwerb nach § 16 Abs. 3 GmbHG.⁴ Daraus ergeben sich Schlussfolgerungen für die Auslegung des Begriffs der Mitwirkung im Sinne des § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG, die sich an zwei Kriterien ausrichtet: erstens der Finalität der notariellen Tätigkeit für die Veränderung und zweitens der hinreichenden Information des Notars zur Vornahme der gebotenen Wirksamkeitsprüfung.⁵

b) Sonderfall der aufschiebend bedingten Abtretung

Eine solche Mitwirkung liegt auch vor, wenn der Notar eine aufschiebend bedingte Anteilsübertragung beurkundet; dies verkennt auch das OLG Brandenburg im Ausgangspunkt nicht. Allerdings zieht es eine rechtsirrigte Parallele zwischen auflösend und aufschiebend bedingten Anteilsübertragungen. Hierzu stützt es sich auf eine Fehlinterpretation sowohl der Gesetzesmaterialien als auch der zitierten Rechtsprechung und Kommentarliteratur: In der Gesetzesbegründung⁶ findet sich eine Zuständigkeitszuweisung an den Geschäftsführer ausschließlich in Bezug auf den Eintritt einer auflösenden Bedingung. Nur die Überwachung nachträglicher Unwirksamkeitsgründe fällt nicht in den Aufgabenbereich des Notars. Schon aus dem klaren Wortlaut des § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG ergibt sich hingegen, dass die Notarzuständigkeit nicht dadurch aufgehoben wird, dass die Wirksamkeit der Abtretung erst zeitverzögert eintritt.⁷ Auf diesem Standpunkt stehen auch

¹ Kritisch ebenfalls Wachter, EWiR 2013, 375 f.

² Vgl. dazu Omlor, EWiR 2010, 251, 252; Omlor/Spies, MittBayNot 2011, 353, 359; ähnlich Kanzleiter in FS Roth, 2011, S. 355, 357.

³ Kritisch auch Preuß, ZGR 2008, 676, 701; dies., RNotZ 2009, 529, 533; Ries in Zusammenstellung der Stellungnahmen zu der öffentlichen Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages am 23.1.2008, S. 124, 137; D. Mayer, DNotZ 2008, 403, 431; Wicke, GmbHG, 2. Aufl. 2011, § 16 Rdnr. 28.

⁴ Ausführlich Omlor, Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht, 2010, S. 335 ff.

⁵ Ähnlich OLG Hamm, DNotZ 2010, 214, 215 f. m. Anm. Omlor, EWiR 2010, 251; Tebben, RNotZ 2008, 441, 452; Herrler/Blath, ZIP 2010, 129, 130 f.; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 40 Rdnr. 51; vgl. ausführlich Omlor, Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht, 2010, S. 281 ff.

⁶ BT-Drucks. 16/6140, S. 44.

⁷ I. E. ebenso BGH, DNotZ 2011, 943 Rdnr. 11 m. w. N.

das OLG Frankfurt⁸ und *Walter Bayer*⁹. Das OLG Frankfurt bezog sich in den Gründen seines Beschlusses lediglich auf die auflösende Bedingung, ohne eine aufschiebende zu erwähnen. Auch *Bayer* geht von einer Notarzuständigkeit bei aufschiebend bedingten Abtretungen aus und vermeint lediglich eine allgemeine Überwachungspflicht des Notars.

Die von *Heilmeier*¹⁰ vorgebrachte Kritik an der herrschenden Meinung, auf die sich der erkennende Senat ebenfalls beruft, höhlt die *ratio legis* des § 40 GmbHG – Berechtigtenschutz durch Erhöhung der Richtigkeitsgewähr des Rechtsscheinträgers Gesellschafterliste – aus. Den berechtigten Bedenken, die aus dem strukturellen Informationsdefizit aufseiten des Notars hinsichtlich des Eintritts der aufschiebenden Bedingung resultieren, lässt sich durch eine entsprechend restriktive Auslegung des Mitwirkungsbegriffs begegnen. Die Einreichungspflicht des Notars nach § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG entsteht erst, wenn ihm von den Beteiligten der Bedingungseintritt nachgewiesen wurde.¹¹ Hierzu besteht eine gesetzliche Pflicht der Parteien, dem mitwirkenden Notar die ihm nicht zugänglichen Nachweise zu verschaffen, damit er die Wirksamkeit zu prüfen vermag.¹² Die Grundlage dieser Nachweispflicht bildet eine Gesamtanalogie zu § 15a Abs. 3 InsO, § 132 Abs. 1 FGG, § 14 HGB und § 40 Abs. 1 und 2 GmbHG.¹³ Als *ultima ratio* erfolgt die Durchsetzung der Nachweispflicht durch das vom Notar zu informierende Registergericht (vgl. § 132 Abs. 1 FGG). Im Ergebnis lässt sich auf diese Weise sowohl die Richtigkeitsgewähr der Gesellschafterliste erhöhen als auch die Praktikabilität der notariellen Wirksamkeitsprüfung sicherstellen.

2. Gesellschaftsinterner Berichtigungsanspruch

Als Reaktionsmittel des Berechtigten auf eine unrichtige Gesellschafterliste steht nicht nur der Widerspruch nach § 16 Abs. 3 Satz 4 und 5 GmbHG zur Verfügung, sondern auch der materiellrechtliche Anspruch auf dauerhafte Berichtigung der Gesellschafterliste. Das OLG Brandenburg sieht als Schuldner dieses Berichtigungsanspruchs des wahren Berechtigten nicht die Gesellschaft, sondern den Geschäftsführer an und verweist hierzu auf den Schadensersatzanspruch aus § 40 Abs. 3 GmbHG, dem eine korrelierende höchstpersönliche Pflicht des Geschäftsführers zugrundeliege. Auch damit positioniert sich der erkennende Senat – ohne dies jedoch offenzulegen – gegen die ganz überwiegende Auffassung in der obergerichtlichen Rechtsprechung¹⁴ und Literatur¹⁵. Erneut trägt

⁸ OLG Frankfurt, GmbHR 2011, 823, 826.

⁹ *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, GmbHG, 18. Aufl. 2012, § 40 Rdnr. 30.

¹⁰ BeckOK-GmbHG/*Heilmeier*, 2013, § 40 Rdnr. 64 ff.

¹¹ *Michalski/Terlau*, 2. Aufl. 2010, § 40 Rdnr. 29; Münch-KommGmbHG/*Heidinger*, 2012, § 40 Rdnr. 185 f.; *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, GmbHG, 18. Aufl. 2012, § 40 Rdnr. 29 f.; *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack*, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 40 Rdnr. 60.

¹² *Michalski/Terlau*, 2. Aufl. 2010, § 40 Rdnr. 29; a. A. *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack*, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 40 Rdnr. 58 m. w. N.; für die Vereinbarung einer vertraglichen Mitteilungspflicht *D. Mayer*, ZIP 2009, 1037, 1047 m. w. N.

¹³ *Omlor*, Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht, 2010, S. 304; für eine ergänzende Auslegung des § 40 Abs. 2 GmbHG *Michalski/Terlau*, 2. Aufl. 2010, § 40 Rdnr. 29.

¹⁴ OLG München, ZIP 2011, 570.

¹⁵ *Ulmer/Paefgen*, GmbHG, Ergänzungsband 2010, § 40 Rdnr. 53; *Wicke*, GmbHG, 2. Aufl. 2011, § 40 Rdnr. 8; *Omlor/Spies*, MittBayNot 2011, 353, 363; *Omlor*, DNotZ 2012, 179, 182; *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, GmbHG, 18. Aufl. 2012, § 40 Rdnr. 18; Münch-KommGmbHG/*Heidinger*, 2012, § 40 Rdnr. 73; *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack*, 20. Aufl. 2013, § 40 Rdnr. 84; a. A. *Preuß*, ZGR 2008, 676, 679.

die in den Beschlussgründen zitierte Kommentierung von *Bayer*¹⁶ die Auffassung des Senats nicht.

Richtigerweise richtet sich der Berichtigungsanspruch gegen die Gesellschaft, nicht gegen den einreichungsberechtigten Geschäftsführer. Grund hierfür ist die Rechtsnatur des Berichtigungsanspruchs, der keinesfalls dem sekundärrechtlichen Schadensersatzanspruch aus § 40 Abs. 3 GmbHG unausgesprochen zugrundeliegt. Die Gesetzesbegründung geht von einem gesetzlichen Schuldverhältnis zwischen (ehemaligem oder neuem) Gesellschafter und Gesellschaft aus, auf dem der Anspruch beruhe.¹⁷ Vorzugswürdig erscheint es hingegen, den Berichtigungsanspruch aus dem (nachwirkenden oder bestehenden) Mitgliedschaftsverhältnis abzuleiten.¹⁸ Nach beiden Auffassungen ist ein unmittelbarer Anspruch gegen den Geschäftsführer als ausführendem Organ der Gesellschaft konzeptionell ausgeschlossen.

3. Fazit

Der Beschluss des OLG Brandenburg setzt sich nur unzureichend mit der ganz überwiegenden Gegenansicht auseinander, welche sowohl eine Zuständigkeit des mitwirkenden Notars zur Einreichung der Gesellschafterliste nach Eintritt einer aufschiebenden Bedingung annimmt als auch den gesellschaftsinternen Listenberichtigungsanspruch gegen die Gesellschaft richtet. Die Entscheidungsgründe erscheinen zudem zumindest unglücklich mit Fundstellen belegt, da die meisten der zu beiden Kernfragen vorgebrachten Rechtsprechungs- und Literaturnachweise für die vom erkennenden Senat vertretene Minderheitsauffassung nicht fruchtbar gemacht werden können. Angesichts der entgegenstehenden Rechtsprechung des BGH zur Listeneinreichung¹⁹ als auch des OLG München zum Berichtigungsanspruch²⁰ besteht (auch) für die Praxis derzeit kein Anlass zur Neuausrichtung.

PD Dr. *Sebastian Omlor*, LL.M. (NYU),
LL.M. Eur., Heidelberg

¹⁶ *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, GmbHG, 18. Aufl. 2012, § 40 Rdnr. 30.

¹⁷ BT-Drucks. 16/6140, S. 38; zust. *Wicke*, GmbHG, 2. Aufl. 2011, § 40 Rdnr. 8.

¹⁸ *U. H. Schneider*, GmbHR 2009, 393, 394; *ders.* in: *Scholz*, GmbHG, 10. Aufl. 2010, § 40 Rdnr. 37; *Ulmer/Paefgen*, GmbHG, Ergänzungsband 2010, § 40 Rdnr. 53; *Omlor/Spies*, MittBayNot 2011, 353, 363.

¹⁹ BGH, DNotZ 2011, 943 Rdnr. 11 m. w. N.

²⁰ OLG München, ZIP 2011, 570.

11. BGB § 242 (*Aufschiebend bedingte Anmeldung des Geschäftsführerausscheidens zum Handelsregister*)

Der Geschäftsführer kann seine Amtsniederlegung unter der aufschiebenden Bedingung der Eintragung des Ausscheidens ins Handelsregister beantragen.

(Leitsatz der Schriftleitung)

OLG Hamm, Beschluss vom 25.1.2013, 27 W 12/13

Der Antragsteller begehrt die Eintragung seines Ausscheidens aus dem Amt des Geschäftsführers mit Wirkung zum Zeitpunkt der Eintragung im Handelsregister. Das Registergericht hat diese Anmeldung zurückgewiesen und zur Begründung ausgeführt, dass es sich bei der Anmeldung um eine unzulässige Vorratsanmeldung handele.

Auf die hiergegen gerichtete Beschwerde des Antragstellers hat das Registergericht in seiner Nichtabhilfeentscheidung vom 18.12.2012 wie auch schon im angefochtenen Beschluss ausgeführt, dass ihm die

entgegenstehenden Stimmen in Rechtsprechung und Literatur bekannt seien, die dort vertretene Auffassung jedoch nicht für richtig erachte. Die Anmeldung unter der aufschiebenden Bedingung der Eintragung des Ausscheidens unterscheide sich qualitativ nicht wesentlich von anderen Fällen der Anmeldung unter einer aufschiebenden Bedingung, die überwiegend nicht für zulässig erachtet würden.

Im Übrigen fehle es an einem Nachweis über den Zugang des Niederlegungsschreibens bei dem Bestellungsorgan und dem Mitgesellschafter X, weil dieses an die Gesellschaft zu Händen des Geschäftsführers X adressiert gewesen sei.

Aus den Gründen:

II.

Die zulässige Beschwerde ist in der Sache auch begründet.

Der Senat hält an seiner ständigen und gefestigten Rechtsprechung (Senat, Beschluss vom 23.8.2012, 27 W 27/12; Beschluss vom 20.10.2011, 27 W 156/11; Beschluss vom 5.1.2012, 27 W 180/11; Beschluss vom 20.11.2012, 27 W 159/12 sowie Beschluss vom 17.1.2013, 27 W 4/13), die dem Registergericht bekannt ist und der überwiegenden Auffassung in Rechtsprechung und Literatur entspricht, weiterhin fest. Der Geschäftsführer kann seine Amtsniederlegung unter der aufschiebenden Bedingung der Eintragung des Ausscheidens ins Handelsregister beantragen. Bei dieser Bedingung handelt es sich um eine solche, deren Eintritt allein in der Hand des Registergerichts liegt und keiner weiteren Überprüfung bedarf.

Die Niederlegung des Geschäftsführeramtes ist auch ordnungsgemäß nachgewiesen. Richtig ist allerdings, dass Erklärungsadressat einer Niederlegungserklärung des Geschäftsführers das Bestellungsorgan ist, mithin die Gesellschafter und nicht die Gesellschaft, vertreten durch den Geschäftsführer (vgl. BGH, DNotZ 2002, 302). Die Adressierung spricht auch dafür, dass das Niederlegungsschreiben an den Geschäftsführer und nicht an das Bestellungsorgan gerichtet ist. Vorliegend ist jedoch zu berücksichtigen, dass der Geschäftsführer der Gesellschaft nach der Gesellschafterliste zugleich der einzige weitere Gesellschafter ist. Ist der Geschäftsführer zugleich Gesellschafter, so kann er sich unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt darauf berufen, die Erklärung sei ihm nur in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer zugegangen. Eine derart künstliche Aufspaltung seiner gesellschaftsrechtlichen Positionen würde ersichtlich gegen den Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) verstoßen. Ist ihm die Erklärung daher im Rechtssinne zugegangen, so ist sie hiermit wirksam geworden (OLG Hamm, BB 10, 2249).

(...)

Internationales Privatrecht

12. EGBGB Art. 4 Abs. 3, Art. 14 Abs. 1, Art. 15 Abs. 1 (*Ehegattenalleineigentümergeintragung trotz Errungenschaftsgemeinschaft*)

Zulässigkeit der Grundbucheintragung eines Ehegatten als Alleineigentümer eines Grundstücks auch bei Maßgeblichkeit US-kalifornischen Ehegüterrechts, dessen gesetzlicher Güterstand die Errungenschaftsgemeinschaft ist.

OLG München, Beschluss vom 22.1.2013, 34 Wx 413/12; mitgeteilt von *Edith Paintner*, Richterin am OLG München

Zu notarieller Urkunde vom 1.8.2011 verkaufte die Beteiligte zu 2 an die Beteiligte zu 1 ein in M gelegenes Wohnungs- und Teileigentum.

Zu weiterer Urkunde vom 19.9.2012 wurde die Auflassung des Eigentums erklärt sowie die Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuch bewilligt und beantragt.

Die Erwerberin mit einer vorhandenen Wohnung in Deutschland ist US-amerikanische Staatsangehörige und mit einem US-Amerikaner verheiratet. Die Ehe wurde in Kalifornien geschlossen; in einem dortigen Pflegeheim hält sich auch der an Demenz erkrankte Ehemann auf. Das Grundbuchamt hat die Ansicht vertreten, die Käuferin könne im Hinblick auf das Güterrecht des Bundesstaats Kalifornien – gesetzlicher Güterstand dort ist die Errungenschaftsgemeinschaft – nicht zu Alleineigentum erwerben.

Mit fristsetzender Zwischenverfügung vom 2.10.2012 hat das Grundbuchamt demgemäß darauf hingewiesen, dass das deutsche Recht zwar auf das US-amerikanische Recht verweise, dieses aber auf das Recht des Lageorts zurückverweise. Es gelte der Grundsatz der dinglichen Surrogation. Es sei darauf abzustellen, ob das zum Grundstückserwerb eingesetzte Vermögen dem Recht eines separate-property-Staats oder dem Recht eines community-property-Staats unterliege. Kalifornien gehöre zur zweiten Gruppe. Weil der Erwerb über eine Grundschuld finanziert werde, scheidet ein Erwerb mit Mitteln des Eigenguts aus; folglich kämen die Regeln der Gütergemeinschaft nach deutschem Recht zur Anwendung.

Es sei ein Berichtigungsantrag der Erwerberin hinsichtlich des Gemeinschaftsverhältnisses oder eine Rechtswahlerklärung zugunsten des deutschen Rechts erforderlich.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Beteiligten zu 1. Das Internationale Privatrecht aller US-Bundesstaaten sehe eine Güterrechtsspaltung derart vor, dass sich die Anknüpfung für unbewegliches Vermögen nach dem Lageort richte. Werde – wie im deutschen Recht (Art. 4 Abs. 1 Satz 2 EGBGB) – die Rückverweisung angenommen, unterliege der Erwerb der Immobilie dem deutschen Recht, so dass Erwerb zu Alleineigentum ohne Weiteres möglich sei.

Bei fremdfinanziertem Immobilienerwerb stelle sich die Frage nach den Auswirkungen der sog. tracing rule – Erwerb als Surrogat – von vorneherein nicht. Aber selbst bei unterstellter Finanzierung der Immobilie mit Mitteln aus einem community-property-Staat sei Alleineigentumserwerb möglich. Denn auch nach US-amerikanischem Recht führe die tracing rule in Bezug auf die entsprechenden Gegenstände nicht zum Eintritt der Gütergemeinschaft. Vielmehr werde der Eigentümer-Ehegatte als Treuhänder (trustee) für den anderen angesehen und bleibe somit auf dinglicher Ebene Alleinberechtigter. Lediglich im internen Verhältnis ergebe sich eine Ausgleichspflicht. Das gewünschte wirtschaftliche Ergebnis folge aber auch bereits aus der Zugewinnsgemeinschaft deutschen Rechts.

Überdies gelte die tracing rule als Sachnorm nach Rückverweisung auf deutsches Recht nicht. Deshalb seien für das in Deutschland belegene Wohnungseigentum in güterrechtlicher Hinsicht mangels entsprechender Vereinbarung der Eheleute die Regeln über die Zugewinnsgemeinschaft anwendbar.

Das Grundbuchamt hat nicht abgeholfen.

Aus den Gründen:

II.

Auf die zulässige Beschwerde (§ 18 Abs. 1, § 71 Abs. 1, § 73 GBO) ist die Zwischenverfügung des Grundbuchamts aufzuheben. Die gegen die Eintragung der Beteiligten zu 1 als Alleineigentümerin geäußerten Bedenken sind im Ergebnis unbegründet.

1. Zutreffend geht das Grundbuchamt zunächst davon aus, dass die Anknüpfung für den maßgeblichen Güterstand, der die Frage des rechtlich zulässigen Erwerbs zu Alleineigentum regelt, sich aus Art. 15 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 Nr. 1, Art. 4 Abs. 3 EGBGB ergibt (vgl. *Schotten/Schmellenkamp*, Das Internationale Privatrecht in der notariellen Praxis, 2. Aufl., Anh. II, S. 617; *Schurig*, IPRax 1990, 389, 391). Berufen ist zunächst das US-amerikanische – genauer gesagt das kalifornische – Recht, dem beide Ehegatten angehören. Dass sich insofern ein Wechsel ergeben hätte, ist nicht ersichtlich. Weil es sich bei Art. 4 Abs. 1 EGBGB um eine Gesamtverweisung

handelt, ist auch das jeweils berufene ausländische Kollisionsrecht zu beachten. Das amerikanische Kollisionsrecht verweist mit der *lex rei sitae* für Grundstücke als unbewegliches Vermögen in diesem Fall auf das deutsche Recht.

a) Nach einer Meinung ist hierbei für die Bestimmung der Art des Güterstands der Grundsatz der dinglichen Surrogation zu beachten, wonach der Charakter des für den Grundstückskauf aufgewandeten Vermögens – sei es nun eigenes oder gesamthänderisch gebundenes Vermögen – erhalten bleibt (vgl. *Bardy*, RNotZ 2005, 137, 140; *Schurig*, IPRax 1990, 389, 392). Anders ausgedrückt wird hiernach die Art des Güterstands schon beim Erwerb des Vermögens festgelegt, durch dessen Einsatz das Grundstück später angeschafft wird (*Bardy*, RNotZ 2005, 137, 141). Nur die Ausgestaltung des derart durch die fremde Rechtsordnung festgelegten Güterstands unterliegt dann dem Recht des Belegenheitsortes.

b) Dies ist indessen nicht zweifelsfrei. Zum einen ist für inneramerikanische Konfliktfälle anerkannt, dass nach der *tracing rule* im Verhältnis zu Staaten, in denen die Gütertrennung (*separate property*) gesetzlicher Güterstand ist, auch ein mit Mitteln des gemeinschaftlichen Vermögens auf eigenen Namen angeschafftes Grundstück (dinglich) nicht gemeinschaftliches Eigentum wird (vgl. *Bardy*, RNotZ 2005, 137, 140; *Hertel* in Würzburger Notarhandbuch, 2. Aufl., Rdnr. 564), sondern der andere Ehegatte – auf schuldrechtlicher Ebene – über ein Treuhandverhältnis abgesichert ist. Zum anderen ist auch fraglich, ob der Rückverweisung überhaupt der Vorbehalt zu entnehmen ist, dass der Charakter vorhandenen Vermögens als Gemeinschaftsgut oder als Einzelvermögen nicht dadurch verändert werden darf, dass man es in unbewegliches Vermögen eines anderen Staates umwandelt (siehe *Schurig*, IPRax 1990, 389, 391 bei Fn. 29). Zudem ist für das deutsche Recht zu bedenken, dass der gesetzliche Güterstand der Zugewinnngemeinschaft einen vergleichbaren Schutz schafft, wie ihn die *tracing rule* gewährleistet.

2. Auf eine abschließende Klärung kommt es im Ergebnis aber nicht an.

a) Die Beteiligte zu 1 verfügt über eine in der Landeshauptstadt M gelegene Wohnung. Nimmt man an – was nicht auszuschließen ist –, dass das durch die Grundschuld abgesicherte Darlehen etwa aus laufenden Einkünften durch Vermietung des erworbenen Objekts bedient wird, ist bereits kein Surrogationsfall gegeben. Angesichts des wohl im Inland gelegenen Wohnsitzes der Beteiligten zu 1 dürften Einkünfte hier nicht dem Gesamtgut zuzurechnen sein. Eine andere Beurteilung wäre hingegen veranlasst, falls die Beteiligte zu 1 in Kalifornien (weiter) ihr domicile hätte (vgl. *Family Code* § 760; bei *Bergmann/Ferid*, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Länderteil USA/California, S. 58). Nach dem maßgeblichen Recht (siehe *Bergmann/Ferid*, Länderteil USA/California, S. 10) ist Wohnsitz einer Person ihr ständiger Aufenthaltsort, zu dem sie in Zeiten der Abwesenheit zurückkehren möchte. Davon zu unterscheiden ist der vorübergehende Aufenthaltsort, dem das objektive Merkmal der Dauerhaftigkeit und die subjektive Absicht, bleiben zu wollen, fehlen. Nach den dem Grundbuchamt bekannten Verhältnissen – Wohnanschrift der Beteiligten zu 1 in Deutschland, Pflegeheimaufenthalt des Ehemannes in Kalifornien – sprechen die überwiegenden Umstände aber dafür, dass die Beteiligte zu 1 im Erwerbszeitpunkt kein domicile mehr in Kalifornien unterhielt.

Jedoch muss auch dies in rechtlicher wie tatsächlicher Hinsicht nicht weiter aufgeklärt werden.

b) Denn nach der Rechtsprechung des BayObLG (vgl. BayObLGZ 1986, 81; 1992, 85; auch BayObLG, MittBayNot

2001, 221) darf die Eintragung des Ehegatten als Alleineigentümer eines Grundstücks nur abgelehnt werden, wenn das Grundbuchamt sichere Kenntnisse davon hat, dass durch die Eintragung das Grundbuch unrichtig wird. Daran darf das Grundbuchamt nicht mitwirken. Die Eintragung kann aber nur abgelehnt werden, wenn für das Grundbuchamt aufgrund von Tatsachen mit Sicherheit feststeht, das Grundbuch werde unrichtig; bloße Zweifel genügen nicht (BayObLGZ 1992, 85, 86 m. w. N.). Zu Nachforschungen ist das Grundbuchamt nicht berechtigt. Besteht nach dem aufgrund der gemachten Angaben und des sonstigen Kenntnisstands des Grundbuchamts anwendbaren Recht die nicht nur theoretische Möglichkeit, dass ein Ehegatte Alleineigentum erwerben kann, hat das Grundbuchamt die Eintragung vorzunehmen. Der Senat hat sich dieser Rechtsprechung in seiner Entscheidung vom 16.2.2009 (Rpflerger 2009, 445) angeschlossen.

Sofern das Güterrecht des US-Bundesstaats Kalifornien für maßgeblich anzusehen ist, so ist gesetzlicher Güterstand die Errungenschaftsgemeinschaft (*Bardy*, RNotZ 2005, 137, 143). Für die Zuordnung des während der Ehe erworbenen Grundbesitzes gilt der Grundsatz der dinglichen Surrogation, d. h. der Charakter des für den Grundstückskauf aufgewandten Vermögens bleibt erhalten (*Schotten/Schmellenkamp*, S. 618). Es wäre zwar zu kurz gegriffen, aus dem Umstand der Fremdfinanzierung durch eine Bank bereits schließen zu wollen, der Immobilienerwerb erfolge nicht mit gemeinschaftlichem Vermögen der Eheleute. Denn es dürfte eine Rolle spielen, mit welchem Mitteln das Bankdarlehen zurückgezahlt wird. Indessen weist *Riering* (MittBayNot 2001, 223) in einem vergleichbaren Fall zutreffend darauf hin, dass die gleichzeitige Bestellung einer Grundschuld nicht zwingend der Finanzierung der Immobilie dienen müsse und nicht bereits daraus die Begründung von Gemeinschaftseigentum beider Ehegatten zu folgern sei. Es mag zwar üblicherweise so sein, dass ein entsprechendes Darlehen durch laufende Einkünfte etwa aus Arbeit, Kapitalvermögen oder Rentenzahlungen abgetragen wird, die ihrerseits nicht zum Eigengut der Ehefrau gehören. Auszuschließen ist aber auch nicht, dass die Beteiligte zu 1 ihre Darlehensverpflichtung aus Eigenmitteln bestreitet, etwa aus Erträgen aus einem Vermögensstamm, den sie vor Eingehung der Ehe bereits besaß, oder der aus Schenkung oder Erbschaft erworben wurde (vgl. etwa BayObLGZ 1992, 85, 88). Dies ist auch deshalb nicht nur theoretisch, weil Fremdfinanzierungen sich auf dem gegenwärtigen Kapitalmarkt sehr günstig gestalten, deshalb attraktiv und auch insoweit wirtschaftlich interessant sind, als sie anstelle eines etwa vorhandenen, langfristig und besser verzinslich angelegten eigenen Kapitalstocks zur Kaufpreisfinanzierung verwendet werden können.

Anmerkung:

Das OLG nimmt zu einem interessanten Fall der Rückverweisung aus dem US-amerikanischen internationalen Güterrecht Stellung. Aus der Sicht des Grundbuchverfahrens ist dem OLG zuzustimmen, wenn es sich auf den schon vom BayObLG festgestellten Grundsatz zurückzieht, dass die Eintragung eines Ehegatten als Alleineigentümer eines Grundstücks nur dann vom Grundbuchamt abgelehnt werden darf, wenn das Grundbuchamt sichere Kenntnis davon erlangt, dass das Grundbuch durch die Eintragung unrichtig würde. Dem Antrag sei also bereits dann stattzugeben, wenn das Vorliegen einer Konstellation, die den Erwerb zu Alleineigentum ermöglichen würde, ohne weitere Nachforschungen praktisch nicht ausgeschlossen werden kann.

Auf der zivilrechtlichen Ebene geht es um folgende Fragen:

1. Zur Rückverweisung auf das deutsche Domizilrecht

Die Verweisung auf das kalifornische Güterrecht ergibt sich im vorliegenden Fall daraus, dass beide Eheleute bei Heirat US-amerikanische Staatsangehörige waren, Art. 15 Abs. 1 i. V. m. Art. 14 Abs. 1 Ziffer 1 EGBGB, und ihren gewöhnlichen Aufenthalt im US-Staat Kalifornien hatten, Art. 4 Abs. 3 Satz 2 EGBGB. Das stellt das Gericht unter II 1 der Begründung zutreffend fest. Wieso aber prüft dann das OLG unter II 2 a den inländischen Wohnsitz der Erwerberin? Für das deutsche Kollisionsrecht ist dieser unbeachtlich, denn für die Anknüpfung ist die gemeinsame Staatsangehörigkeit vorrangig zu beachten. Für die Rückverweisung ist der inländische Wohnsitz ebenfalls unbeachtlich, denn das kalifornische IPR verweist hier auf die deutsche *lex rei sitae*, weil es sich um eine Immobilie handelt. Sect. 760 California Family Code (F. C.) bestimmt aber

„Except as otherwise provided by statute, all property, real or personal, wherever situated, acquired by a married person during the marriage while domiciled in this state is community property.“

Ausgehend wohl von der Formulierung „while domiciled in this state“ geht das OLG offenbar davon aus, das aktuelle domicile des jeweils erwerbenden Ehegatten entscheide darüber, ob ein Gegenstand in die eheliche Gütergemeinschaft falle. Die US-Gerichte gehen in der Tat davon aus, dass das Güterstatut wandelbar ist und mit Verlegung des domicile wechseln kann. Freilich ist hierfür eine Verlegung des domicile durch beide Eheleute erforderlich.¹ Die Interpretation durch das OLG würde dagegen dazu führen, dass die Ehefrau wegen Umzugs nach München in Zugewinngemeinschaft lebt, während für den Ehemann weiterhin die gesetzliche Gütergemeinschaft kalifornischen Rechts gelte. Das ist eine seltsame Vorstellung, denn für eine Gütergemeinschaft benötigt man bekanntlich (mindestens) zwei Personen. Insoweit ist Sect. 760 F. C. wohl dahingehend auszulegen, dass es auf das gemeinsame domicile der Eheleute ankommt, so dass der Umzug allein der Ehefrau nach München noch nicht dazu führen kann, dass diese sich auf die Regeln der Zugewinngemeinschaft berufen kann.

2. Zur Surrogation

Nachdem es im vorliegenden Fall aber um den Erwerb einer Eigentumswohnung geht, gilt für die güterrechtlichen Verhältnisse nach den kollisionsrechtlichen Grundsätzen des common law ohnehin nicht das Domizilrecht, sondern die deutsche *lex rei sitae*.² Folge ist, dass es bei Erwerb von Immobilien außerhalb des Domizilstaats zu einer Spaltung des Güterstatuts kommt. Zur Vermeidung von sich aus der Spaltung des Güterstatuts ergebenden Widersprüchen ist in den USA die sog. tracing rule entwickelt worden. Diese sieht bei Erwerb von Immobilien in einem Staat mit einem abweichenden Güterrechtssystem eine Surrogation vor. In Kalifornien bestimmt insoweit Sect. 125 F. C.:

„Quasi-community property“ means all real or personal property, wherever situated, acquired before or after the operative date of this code in any of the following ways:

- (a) ...
- (b) In exchange for real or personal property, wherever situated, which would have been community property if the

¹ *Scoles/Hay/Borchers/Symeonides*, Conflict of Laws, 5. Aufl. 2010, § 14, S. 674.

² *Scoles/Hay/Borchers/Symeonides*, Conflict of Laws, 5. Aufl. 2010, § 14.6, S. 667.

spouse who acquired the property so exchanged had been domiciled in this state at the time of its acquisition.“

Außerhalb von Kalifornien belegene Grundstücke werden also „quasi-community“, wenn sie mit community property angeschafft worden sind. Das führt nicht dazu, dass diese Grundstücke in eine Gütergemeinschaft fallen.³ Es bedeutet lediglich, dass dieses Vermögen so behandelt wird, „als ob“ es zur Gütergemeinschaft gehören würde, auch wenn es sich um eigenes Vermögen des erwerbenden Ehegatten handelt⁴ (daher auch nur „quasi“). Die Rechtsprechung der US-Gerichte hatte diese Lösung vor Erlass entsprechender Gesetze dadurch erreicht, dass es einen „trust“ unterstellte, aufgrund dessen der andere Ehegatte gegen den Erwerber einen Ausgleichsanspruch aus einem Treuhandverhältnis erwarb.⁵

Insoweit erfolgt die „Korrektur“ der durch die Nachlassspaltung erzielten Widersprüche also weder auf kollisionsrechtlicher noch auf dinglicher Ebene, sondern auf „schuldrechtlicher“ Basis. Für die dinglichen Verhältnisse der Immobilien bleibt es während der Dauer der Ehe bei der uneingeschränkten Geltung der *lex rei sitae*. Bei Beendigung des Güterstands (durch Scheidung, Tod oder Ehevertrag) aber wird die Zugehörigkeit zur Gütergemeinschaft fingiert. Aus deutscher Sicht ergibt sich hieraus keine Einschränkung der Rückverweisung oder eine Vorgabe für die güterrechtliche Zuordnung des in Deutschland belegenen Grundbesitzes.⁶ Eine dingliche Surrogation kann der Rückverweisung schon deswegen nicht entnommen werden, weil auch nach kalifornischem Recht keine dingliche Surrogation eintritt, sondern die Einheit des Güterstatuts nur fingiert wird.⁷ Auch dem deutschen materiellen Recht ist eine güterrechtliche Surrogation unbekannt.

Schließlich zeigt der vom OLG entschiedene Fall unüberwindbare Probleme auf, wollte man die tracing rule in das deutsche Güterrecht integrieren: Die endgültige dingliche Zuordnung der Eigentumswohnung stände erst dann fest, wenn diese vollständig bezahlt worden ist. Erfolgt die Bezahlung mit Fremdmitteln, so müsste man abwarten, mit welchen Mitteln die Erwerberin irgendwann einmal das Darlehen tilgt. Eine derartige nachträgliche Zuordnung des Grundstückseigentums während der Dauer der Ehe, möglicherweise mit Rückwirkung auf den Erwerbszeitpunkt und ohne dass es zu einem Güterstandswechsel o. ä. kommt, verträgt sich nicht mit dem deutschen Sachenrecht.

Nur für diese Konstellation wäre die verfahrensrechtliche Lösung des OLG, eine – sich im Rahmen des rechtlich Vorstellbaren haltende – Zuordnung nach Wahl des Erwerbers anzuerkennen, erforderlich. Interessant wäre es nun, ob diese grundbuchrechtliche Regelung auch für den Fall gilt, dass der Notar nach Erwerb eines Geschäftsanteils durch einen im ausländischen Güterrecht lebenden Ehegatten eine Gesellschaftsliste nach § 40 GmbHG erstellt.

Rechtsanwalt Dr. *Rembert Stiß*, Würzburg

³ So aber wohl *Bardy*, RNotZ 2005, 140, 141; *Schurig*, IPRax 1990, 391; *Henrich*, Internationales Familienrecht, 2. Aufl. 2000, S. 102 Fn. 27.

⁴ *Scoles/Hay/Borchers/Symeonides*, Conflict of Laws, 5. Aufl. 2010, § 14.15, S. 682; *Merk*, IPRax 1992, 198.

⁵ *Bardy*, RNotZ 2005, 140.

⁶ Anders *Bardy*, RNotZ 2005, 141; *Schurig*, IPRax 1990, 392: „so werden die Regeln für die Gütergemeinschaft berufen ... Zur Bestimmung des Güterstandes wird auf das deutsche Recht nicht verwiesen.“

⁷ *Jayme*, Liber Amicorum Kurt Siehr 2010, S. 248: „Eine kollisionsrechtliche Verweisungsqualität hat dagegen die ‚Tracing rule‘ nicht.“

Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

13. BGB §§ 1415, 1416; ZPO §§ 740, 860 (*Zwangsvollstreckung in ein zum Gesamtgut gehörendes Grundstück*)

Der zukünftige Anteil am Gesamtgut einer Gütergemeinschaft kann während des Bestehens dieses Güterstandes nicht gepfändet werden.

OLG München, Beschluss vom 3.1.2013, 34 Wx 481/12

Anton und Karin D sind im Grundbuch in Gütergemeinschaft als Eigentümer eines Grundstücks eingetragen. Der Beteiligte hat gegen Anton D ein Versäumnisurteil über eine Hauptforderung i. H. v. 22.464,70 € sowie einen Kostenfestsetzungsbeschluss über 4.589,74 € jeweils nebst Zinsen erwirkt. Gegen Karin D liegt kein Titel vor.

Unter dem 2.3.2012 hat der Beteiligte die Eintragung einer Zwangssicherungshypothek auf dem Grundstück der Ehegatten beantragt. Auf einen Hinweis des Grundbuchamts hat der Beteiligte hilfsweise beantragt, die Zwangssicherungshypothek auf den bislang ungeteilten Miteigentumsanteil des Anton D an dem Grundstück einzutragen.

Das Grundbuchamt hat mit Beschluss vom 3.9.2012 den Antrag zurückgewiesen. Ein Anteil des Schuldners am Gesamtgut der Gütergemeinschaft könne nach § 860 Abs. 1 ZPO nicht der Pfändung unterworfen werden.

Dagegen hat der Beteiligte unter dem 4.10.2012 Beschwerde eingelegt. Das AG hat der Beschwerde am 11.12.2012 nicht abgeholfen.

Aus den Gründen:

II.

Statthafes Rechtsmittel mit dem Ziel der Eintragung einer Sicherungshypothek ist nach allgemeiner Meinung die nach der Grundbuchordnung statthafte Beschwerde gemäß § 11 Abs. 1 RPfIG mit § 71 Abs. 1 GBO (*Hügel/Kramer*, GBO, 2. Aufl., § 71 Rdnr. 84). Diese ist auch im Übrigen zulässig, hat jedoch keinen Erfolg.

1. Die mit dem Hauptantrag beantragte Eintragung einer Zwangssicherungshypothek nach §§ 866, 867 ZPO kommt bei Vorliegen eines Titels nur gegen einen der beiden in Gütergemeinschaft (§§ 1415 ff. BGB) lebenden Ehegatten allein dann in Betracht, wenn derjenige Ehegatte, gegen den sich der Titel richtet, das Gesamtgut allein verwaltet (§ 740 Abs. 1 ZPO) und dies dem Grundbuchamt gegenüber nachgewiesen ist (Senat, Beschluss vom 18.10.2012, 34 Wx 320/12, zitiert nach juris; *Hügel/Wilsch*, GBO, Stichwort Zwangssicherungshypothek, Rdnr. 24; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 2214). Anhaltspunkte oder gar ein Nachweis dafür, dass der Titelschuldner das Gesamtgut allein verwaltet, sind nicht ersichtlich.

Da sich im Übrigen der Vollstreckungstitel gemäß § 740 Abs. 2 ZPO grundsätzlich gegen beide Ehegatten richten muss, wie sich aus § 1450 Abs. 1 Satz 1 BGB ergibt (*Seiler in Thomas/Putzo*, ZPO, 33. Aufl., § 740 Rdnr. 3; *Zöller/Stöber*, ZPO, 29. Aufl., § 740 Rdnr. 1), hier aber nur Titel gegen Anton D erwirkt wurden, scheidet die Eintragung einer Zwangssicherungshypothek, wie im Hauptantrag begehrt, aus.

2. Damit ist die Bedingung für den Hilfsantrag auf Eintragung der Zwangshypothek an dem bislang ungeteilten Miteigentumsanteil von Anton D eingetreten. Die Beschwerde erweist sich aber auch insofern als unbegründet.

Nach § 860 Abs. 1 ZPO kann der Anteil am Gesamtgut einer Gütergemeinschaft nach § 1416 BGB während des Bestehens

dieses Güterstandes nicht gepfändet werden. Grund für die Regelung ist, dass Gläubiger nur eines Ehegatten die Zwangsvollstreckung in das Gesamtgut unter den unter 1. genannten Voraussetzungen betreiben können, solange die Gütergemeinschaft besteht. Ein Bedürfnis, nur einen Anteil zu pfänden, ist daher in der Regel nicht ersichtlich (vgl. *HK-ZPO/Kemper*, 5. Aufl., § 860 Rdnr. 2). Nach § 860 Abs. 2 ZPO ist der Anteil an dem Gesamtgut dagegen nach Beendigung der Gemeinschaft pfändbar.

Zum Teil wird vertreten, dass auch vor Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft eine Pfändung des Anteils möglich sei (so etwa BayObLGZ 8, 142; BGH LM, § 1497 BGB Nr. 1; verneinend OLG München, JW 1926, 2470; *Brehm in Stein/Jonas*, ZPO, 22. Aufl., § 860 Rdnr. 1; *Zöller/Stöber*, § 860 Rdnr. 1). Eine Mindermeinung (vgl. *MünchKommZPO/Smid*, 3. Aufl., § 860 Rdnr. 1) will aus der Rechtsprechung zur Pfändbarkeit bei fortgesetzter Gütergemeinschaft sogar schließen, dass auch bei bestehender Gütergemeinschaft schon künftige Ansprüche gepfändet werden können (ablehnend LG Frankenthal, Rpfleger 1981, 241).

a) Die Frage, ob bei fortgesetzter Gütergemeinschaft eine Zwangsvollstreckung in den Anteil eines Ehegatten am Gesamtgut zulässig ist, kann offenbleiben, da zwischen Anton und Karin D keine fortgesetzte Gütergemeinschaft besteht.

b) Der Ansicht, dass im Fall einer bestehenden Gütergemeinschaft schon eine Pfändung des künftigen Anteils eines Ehegatten am Gesamtgut möglich sei, folgt der Senat nicht. Über die Beendigung oder den Fortbestand der Gütergemeinschaft haben allein die Ehegatten zu entscheiden. Daher muss ein Eindringen fremder Personen in das Gemeinschaftsverhältnis verhindert werden. Der Gläubiger wird dadurch auch nicht benachteiligt, da er einen Titel gegen den weiteren Ehegatten erwirken und damit in das Gesamtgut insgesamt vollstrecken kann.

(...)

14. InsO § 80 (*Unterwerfungserklärung durch den Insolvenzverwalter*)

Der Insolvenzverwalter ist nicht befugt, eine Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärung im Namen des Schuldners abzugeben, ohne von diesem entsprechend bevollmächtigt zu sein. Auch § 80 InsO enthält nach Auffassung des Senats für die Abgabe einer Unterwerfungserklärung für den Schuldner keine Rechtsgrundlage.

OLG Hamm, Urteil vom 3.12.2012, I-5 U 42/12

Der Kläger ist Eigentümer des im Grundbuch des AG Lemgo zu F, Blatt ..., eingetragenen Grundbesitzes. Er wendet sich gegen die von der Beklagten betriebene Zwangsvollstreckung aufgrund der notariellen Urkunde vom 16.12.2010 (URNr. 345/2010, Notar T2 in E) in diesen Grundbesitz.

Unter dem 24.10.1991 bestellte der Kläger zugunsten der Sparkasse M2 unter anderem an dem vorbezeichneten Grundbesitz eine Gesamtgrundschuld i. H. v. 600.000 DM (URNr. 573/91, Notar L in E). In Ziffer 2) unterwarf sich der Schuldner – mithin der Kläger – wegen des Grundschuldkapitals nebst Zinsen der sofortigen Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde in das belastete Pfandobjekt. In Ziffer 3) übernahm der Schuldner weiterhin für die Zahlung eines Geldbetrages, dessen Höhe der bewilligten Grundschuld (Kapital, Zinsen) entspricht, die persönliche Haftung und erklärte in Bezug auf diese Haftung die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung.

Die Grundschuld wurde – ausweislich des vom Senat eingeholten Grundbuchauszugs – zunächst am 20.12.1991 zugunsten der Spar-

kasse M2 in Abt. III zur lfd. Nr. 19 in das Grundbuch eingetragen. Unter dem 24.7.1995 wurde die Abtretung der Grundschuld an die S eG eingetragen und die Vollstreckungsklausel durch den Notar auf die S eG unter dem 31.7.1995 umgeschrieben. Am 25.11.1998 erfolgte die Eintragung der Abtretung der streitgegenständlichen Grundschuld an die Sparkasse C. Unter dem 4.7.2002 schrieb der Notar Dr. L die Klausel auf die Sparkasse C um. Unter dem 7.4.2009 wurde die Abtretung der Grundschuld an die I (im Folgenden „Fa. I“) in das Grundbuch eingetragen. Auch insoweit nahm der Notar Dr. L unter dem 17.3.2009 eine Klauselumschreibung vor. Seit dem 26.5.2009 ist Beklagte als Inhaberin der streitgegenständlichen Grundschuld im Grundbuch eingetragen. Die Klauselumschreibung auf die Beklagte erfolgte durch den Notar Dr. L am 8.9.2009. Eine letzte Klauselumschreibung nahm der Notar unter dem 17.11.2010 vor, indem er die eingangs genannte Urkunde auf der Schuldnerseite (dinglich) auf den Insolvenzverwalter Herrn Rechtsanwalt T2 als Rechtsnachfolger des Eigentümers M umschrieb.

Die Zwangsversteigerung betreibt die Beklagte gegen den Kläger aus der notariellen Urkunde vom 16.12.2010. In dieser heißt es im Urkundseingang:

„... erschien heute, von Person bekannt:

Herr Rechtsanwalt T2 ... als Insolvenzverwalter über das Vermögen des M ..., bezugnehmend auf die ihm erteilte Bescheinigung des AG Detmold vom 28.4.2008, Geschäftszeichen 10 IN 453/07.“

Der Erschienen erklärte dann:

„Herr M ist Eigentümer des im Grundbuch von F Blatt ... eingetragenen Grundbesitzes.

In Abt. III des Grundbuchs steht zugunsten der T eG, C2, unter lfd. Nr. 19 eine Grundschuld im Nennbetrag von 306.775,13 € nebst 18 % Jahreszinsen eingetragen.

Herr M unterwirft sich hiermit wegen des Grundschuldkapitals über 306.775,13 € nebst der eingetragenen Zinsen der sofortigen Zwangsvollstreckung in der Weise, dass die Zwangsvollstreckung auch gegen den jeweiligen Rechtsnachfolger im Eigentum zulässig sein soll.“ (...)

Aus den Gründen:

II.

Die Berufung ist zulässig und begründet.

1. Der Hauptantrag des Klägers hat Erfolg.

a) Der Senat ist – anders als das LG – der Auffassung, dass dem Insolvenzverwalter im vorliegenden Fall die Befugnis zur Abgabe der Unterwerfungserklärung in der notariellen Urkunde vom 16.12.2010 fehlte.

Die Frage, ob der Insolvenzverwalter eine Unterwerfungserklärung abgeben kann, wird in Rechtsprechung und Literatur nur sehr vereinzelt behandelt. Die dort diskutierte Fallkonstellation ist die, dass der Insolvenzverwalter die Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärung im eigenen Namen gegen Dritte – also mit Wirkung gegen fremdes Vermögen – abgibt (vgl. MünchKommZPO/Wolfsteiner, 3. Aufl. 2007, § 794 Rdnr. 152). Die Befugnis für die Abgabe einer solchen Unterwerfungserklärung wird damit begründet, dass kraft Gesetzes die Befugnis, durch Erklärungen im eigenen Namen Dritte zu verpflichten und über das haftende Vermögen zu verfügen, als sog. Partei kraft Amtes dem Insolvenzverwalter zustehe (§ 55 Abs. 1 Nr. 1, §§ 80, 90 Abs. 1 InsO) und seine Befugnis, mit Wirkung gegen das von ihm verwaltete Vermögen Verpflichtungen einzugehen, weitgehend mit der Befugnis, wegen solcher Verbindlichkeiten die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung zu erklären, korrespondiere (vgl. Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 3. Aufl. 2011, Rdnr. 12.60 f.; Reul/Heckschen/Wienberg, Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis, 1. Aufl. 2012, Abschnitt M, Rdnr. 7 f.).

Vorliegend hat der Insolvenzverwalter allerdings nicht im eigenen Namen gehandelt. Zwar ist er als Erschienener im Urkundseingang aufgenommen und dies als Insolvenzverwalter über das Vermögen des M – des Klägers. Die beurkundete Erklärung hat der Insolvenzverwalter aber unzweifelhaft für den Schuldner abgegeben, was sich aus der Formulierung „Herr M unterwirft sich hiermit wegen des Grundschuldkapitals über 306.775,13 € nebst der eingetragenen Zinsen der sofortigen Zwangsvollstreckung ...“ ergibt.

§ 80 InsO enthält nach Ansicht des Senats keine Rechtsgrundlage für den Insolvenzverwalter, für den Schuldner – wie hier geschehen – eine Unterwerfungserklärung abzugeben. Nach der herrschenden Meinung – insbesondere der ständigen Rechtsprechung des BGH – bestimmt sich die Rechtsstellung des Insolvenzverwalters nach der sog. Amtstheorie. Danach ist der Verwalter nicht gesetzlicher Vertreter des Schuldners bzw. im Fall einer juristischen Person nicht dessen Organ. Er ist vielmehr Amtstreuhand, der materiellrechtlich wie prozessual im eigenen Namen handelt, mit Wirkung für und gegen die Masse (vgl. BGH, Urteil vom 26.1.2006, IX ZR 282/03, ZInsO 2006, 260; MünchKommInsO/Graeber, 2. Aufl. 2007, § 56 Rdnr. 146 m. w. N.).

Es ist zwar anerkannt, dass die Unterwerfungserklärung auch durch einen Bevollmächtigten abgegeben werden kann (vgl. Zöller/Stöber, ZPO, 29. Aufl. 2012, § 794 Rdnr. 33). Vorliegend sind allerdings keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass der Kläger den Insolvenzverwalter bevollmächtigt haben könnte.

Bei dieser Sach- und Rechtslage kommt es auf die weiteren Einwendungen des Klägers gegen das angefochtene Urteil nicht mehr an. Insbesondere bedarf die Frage, ob der Insolvenzverwalter – seine Befugnis zur Abgabe der streitigen Unterwerfungserklärung unterstellt – die ihm zustehende Rechtsmacht missbraucht hat, keiner Entscheidung durch den Senat. Der Senat möchte in diesem Zusammenhang allerdings darauf hinweisen, dass für den Insolvenzverwalter kein Anlass bestanden haben dürfte, eine Unterwerfungserklärung – wie am 16.12.2010 geschehen – abzugeben, da die Beklagte bereits über einen entsprechenden Titel verfügte. Denn die Klausel der notariellen Urkunde vom 24.10.1991 war bereits auf Gläubigerseite auf die Beklagte umgeschrieben und auf Schuldnerseite auf den Insolvenzverwalter. Einer Vollstreckung stand damit nichts mehr entgegen (vgl. BGH, WM 2005, 1324 ff.). Insoweit hat die Vertreterin der Beklagten in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat auch erklärt, dass Hintergrund der Errichtung der Urkunde vom 16.12.2010 allein gewesen sei, dass man bei einer Vollstreckung aus der Urkunde vom 24.10.1991 befürchtet habe, der Schuldner könne sich unter Berufung auf das Urteil des BGH vom 30.3.2010, XI ZR 200/09, gegen die Erteilung der Klausel zugunsten der Beklagten wenden.

b) Der unter lit. a) für durchgreifend erachtete Einwand der fehlenden Befugnis des Insolvenzverwalters in Bezug auf die Abgabe einer Unterwerfungserklärung im Namen des Schuldners ist nach Auffassung des Senats im Rahmen der Vollstreckungsgegenklage gemäß § 767 ZPO analog geltend zu machen (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 10.3.2004, IV ZR 143/03, NJW-RR 2004, 1275; Preuß in Vorwerk/Wolf, BeckOK-ZPO, Stand 15.7.2012, § 767 Rdnr. 57; krit. Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 3. Aufl. 2011, Rdnr. 31.63 ff.). (...)

Anmerkung:

Der zu besprechenden Entscheidung liegt ein Sachverhalt zugrunde, bei dem man sich zunächst fragt, warum es eigentlich

zu der oben genannten Entscheidung gekommen ist. Im Grundbuch des Grundstückseigentümers wurde eine Grundschuld eingetragen. Der Grundstückseigentümer hat sich in der Grundschuldbestellungsurkunde in dinglicher und persönlicher Hinsicht der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen. Der Gläubiger hat die Grundschuld mehrfach abgetreten. Die Vollstreckungsklausel wurde jeweils auf den neuen Gläubiger umgeschrieben. Nachdem über das Vermögen des Grundstückseigentümers das Insolvenzverfahren eröffnet wurde, erfolgte eine Umschreibung der Vollstreckungsklausel in dinglicher Weise auch auf der Schuldnerseite auf den Insolvenzverwalter. Ungeachtet dessen hat der Insolvenzverwalter in einer neuerlichen notariellen Urkunde unter Bezugnahme auf sein Amt als Insolvenzverwalter sowie im Hinblick auf die im Grundbuch des Schuldners eingetragene Grundschuld folgende Erklärung abgegeben:

„Herr M. (der Schuldner) unterwirft sich hiermit wegen des Grundschuldkapitals nebst der eingetragenen Zinsen der sofortigen Zwangsvollstreckung in der Weise, dass die Zwangsvollstreckung auch gegen den jeweiligen Rechtsnachfolger im Eigentum zulässig sein soll.“

Der Grundschuldgläubiger betreibt die Zwangsvollstreckung aus dieser notariellen Urkunde.

Das OLG Hamm hat auf die Vollstreckungsgegenklage des Grundstückseigentümers die Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde für unzulässig erklärt. Das Gericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen damit begründet, dass vorliegend der Insolvenzverwalter nicht im eigenen Namen gehandelt hat, sondern im Namen des Schuldners. Nach Auffassung des OLG Hamm lagen aber keinerlei Anhaltspunkte für eine Bevollmächtigung vor.

Der Entscheidung des OLG Hamm ist ohne Weiteres zuzustimmen. Es entspricht allgemeiner Ansicht in Rechtsprechung und Literatur, dass der Insolvenzverwalter nicht Vertreter des Schuldners ist,¹ sondern als Partei kraft Amtes stets im eigenen Namen mit Wirkung für und gegen die Insolvenzmasse handelt.² Ein solches Handeln im eigenen Namen durch den Insolvenzverwalter liegt jedoch nicht vor, wenn der Insolvenzverwalter – wie in der vorliegenden Entscheidung – erklärt, nicht er als Insolvenzverwalter, sondern der Schuldner unterwerfe sich der Zwangsvollstreckung zu notarieller Urkunde.

Inzident bejaht das OLG Hamm damit auch die Zulässigkeit einer Zwangsvollstreckungsunterwerfung durch den Insolvenzverwalter über das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen. Soweit die Literatur hierzu Stellung nimmt, wird die Frage ebenso bejaht.³ Rechtsprechung liegt dazu bislang noch nicht vor.

Dieser Ansicht ist uneingeschränkt zuzustimmen. Die Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärung ist eine Prozesshand-

lung.⁴ Anerkannt ist, dass auch Prozesshandlungen von einer Partei kraft Amtes abgegeben werden können. Dies gilt auch für den Insolvenzverwalter. So kann der Insolvenzverwalter zum Beispiel sog. Masseprozesse im eigenen Namen für die Insolvenzmasse führen. Er ist selbst Partei, dies aber in seiner Eigenschaft als Insolvenzverwalter.⁵ Neue Prozesse, die erst nach Insolvenzeröffnung anhängig werden, führt der Insolvenzverwalter als Kläger oder Beklagter als Partei kraft Amtes im eigenen Namen.⁶ Ebenso kann der Insolvenzverwalter Aktiv- oder Passivprozesse des Schuldners nach §§ 85, 86 InsO fortführen.⁷ Zwangsvollstreckungsmaßnahmen aus einem gegen den Insolvenzverwalter ergangenen Urteil sind ohne Weiteres zulässig. Sie richten sich freilich nicht gegen den Verwalter persönlich, sondern gegen die Insolvenzmasse.⁸

Für die Zulässigkeit einer Zwangsvollstreckung gegen den Insolvenzverwalter kommt es schließlich auch nicht darauf an, ob der Insolvenzverwalter die Insolvenzmasse in Besitz genommen hat oder nicht (§ 148 InsO). Zulässig ist nach hier vertretener Ansicht auch eine Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärung durch den Insolvenzverwalter, wenn es z. B. um eine Räumungsverpflichtung für eine Immobilie geht, die vom Insolvenzverwalter verkauft, die aber vom Schuldner noch bewohnt wird. Die Vollstreckung geschieht hier gemäß §§ 885, 886 ZPO. Befindet sich eine herauszugebende Sache im Gewahrsam eines Dritten, so ist nach § 886 ZPO dem Gläubiger auf dessen Antrag der Anspruch des Schuldners auf Herausgabe der Sache nach den Vorschriften zu überweisen, welche die Pfändung und Überweisung einer Geldforderung betreffen. Ein solcher Herausgabeanspruch, der nach § 886 ZPO überwiesen werden kann, besteht auch beim Insolvenzverwalter. Dieser hat nach § 148 Abs. 1 InsO Anspruch auf Herausgabe des Besitzes an den zur Insolvenzmasse gehörenden Gegenständen. Darüber hinaus bestimmt § 148 Abs. 2 Satz 1 InsO, dass der Insolvenzverwalter diesen Herausgabeanspruch im Wege der Zwangsvollstreckung durchsetzen kann, und zwar aufgrund einer vollstreckbaren Ausfertigung des Beschlusses über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Im Ergebnis kann der Gläubiger mit dem Räumungstitel gegen den Insolvenzverwalter direkt gegen den Insolvenzschnldner vollstrecken.⁹ Für die Zwangsvollstreckung selbst genügt aber allein die Vorlage des Räumungstitels gegen den Insolvenzverwalter nicht. Zusätzlich wird man gemäß § 148 Abs. 2 Satz 1 InsO noch die Vorlage einer vollstreckbaren Ausfertigung des Insolvenzeröffnungsbeschlusses verlangen müssen. Diese vollstreckbare Ausfertigung des Eröffnungsbeschlusses ersetzt aber zugleich auch eine Überweisung des Herausgabeanspruchs nach § 886 ZPO. Weiteres ist dann nicht erforderlich.

Die vorliegende Entscheidung gibt darüber hinaus aber auch Anlass zu der Frage, warum der Insolvenzverwalter überhaupt eine solche neuerliche Zwangsvollstreckungsunterwerfung abgegeben hat. In der veröffentlichten Entscheidung werden nur am Rande Angaben dazu gemacht. Es heißt dort, der Insolvenzverwalter habe deshalb eine Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärung des Eigentümers abgegeben,

¹ So aber noch eine früher, heute aber nicht mehr vertretene Ansicht (Vertretertheorie): *Ballerstedt*, AcP 151 (1951), 501, 526; *Bernhardt*, NJW 1962, 2194.

² BGH, Beschluss vom 27.10.1983, I ARZ 334/83, BGHZ 88, 331, 334 = NJW 1984, 739; BGH, Urteil vom 5.10.1994, XII ZR 53/93, BGHZ 127, 156 = NJW 1994, 3232; BGH, Urteil vom 26.1.2006, IX ZR 282/03, ZInsO 2006, 260; *MünchKommInsO/Graeber*, 2. Aufl. 2007, § 56 Rdnr. 146; *MünchKommInsO/Ott/Vuia*, § 80 Rdnr. 20 ff.; *Uhlenbruck/Uhlenbruck*, InsO, 13. Aufl. 2010, § 80 Rdnr. 70 ff., jeweils m. w. N.

³ *Wolfsteiner*, Die vollstreckbare Urkunde, 3. Aufl. 2011, Rdnr. 12.60 ff.; *Reul* in *Reul/Hekschen/Wienberg*, Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis, 1. Aufl. 2012, Abschn. M Rdnr. 7 ff.

⁴ *Wolfsteiner*, Die vollstreckbare Urkunde, Rdnr. 11.8 ff.

⁵ BGH, Urteil vom 30.10.1967, VIII ZR 176/65, BGHZ 49, 11, 16 = NJW 1968, 300; BGH, Urteil vom 14.4.1987, IX ZR 260/86, BGHZ 100, 346, 351 = NJW 1987, 3133; *MünchKommInsO/Ott/Vuia*, § 80 Rdnr. 73.

⁶ *Uhlenbruck/Uhlenbruck*, InsO, § 80 Rdnr. 104.

⁷ *Uhlenbruck/Uhlenbruck*, InsO, § 80 Rdnr. 107.

⁸ *Uhlenbruck/Uhlenbruck*, InsO, § 80 Rdnr. 104.

⁹ *Wolfsteiner*, Die vollstreckbare Urkunde, Rdnr. 12.54.

um dem Grundpfandrechtsgläubiger eine Zwangsversteigerung des Grundbesitzes außerhalb des Insolvenzverfahrens zu ermöglichen.

Um in den Grundbesitz außerhalb des Insolvenzverfahrens vollstrecken zu können, war dies indessen nicht notwendig. Die Grundschuld gewährt nach § 49 InsO dem Gläubiger ein Recht auf abgesonderte Befriedigung. Diese erfolgt grundsätzlich außerhalb des Insolvenzverfahrens nach dem ZVG. Der Insolvenzverwalter hat lediglich nach § 30d ZVG das Recht, dass das Zwangsversteigerungsverfahren unter den dort genannten Gründen einstweilen eingestellt wird. Zwar gewährt § 165 InsO auch dem Insolvenzverwalter das Recht, selbst die Verwertung eines mit einem Grundpfandrecht belasteten Grundstücks im Wege der Zwangsversteigerung nach dem ZVG zu betreiben. Davon wird in der Praxis aber kaum Gebrauch gemacht.

Nachdem der Schuldner bereits selbst in der Grundschuldbestellungsurkunde eine Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärung abgegeben hat, hierzu eine Vollstreckungsklausel erteilt wurde und diese nach Insolvenzeröffnung auch gegen den Insolvenzverwalter auf Schuldnerseite umgeschrieben wurde, hätte die Zwangsversteigerung ohne Weiteres bereits aus diesem Titel durchgeführt werden können. Nach Auffassung des BGH tritt der Insolvenzverwalter aufgrund der auf ihn übergebenen Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auch im Vollstreckungsverfahren an die Stelle des Schuldners. Gegen den Insolvenzverwalter muss zwar die Vollstreckungsklausel umgeschrieben werden. Der Insolvenzverwalter ist im Zwangsvollstreckungsverfahren „wie“ ein Rechtsnachfolger zu behandeln (§ 727 ZPO analog). Es müssen aber nicht die bereits gegenüber dem Schuldner erfüllten Vollstreckungsvoraussetzungen wiederholt werden.¹⁰ Erforderlich, aber auch ausreichend ist es, wenn die Vollstreckungsklausel analog § 727 ZPO auf den Insolvenzverwalter umgeschrieben und diesem der Titel nach § 750 ZPO zugestellt wird. Für die Umschreibung der Vollstreckungsklausel selbst ist gegenüber dem Notar die Rechtsnachfolge auf den Insolvenzverwalter in der Form des § 727 ZPO nachzuweisen.¹¹ Allein die Eintragung des Insolvenzvermerks im Grundbuch genügt nicht.¹² Auch eine Offenkundigkeit aufgrund Verlautbarung im Internet unter www.insolvenzbekanntmachungen.de ist nach Ansicht der Rechtsprechung nicht gegeben.¹³ Erforderlich ist zum einen die Vorlage einer Ausfertigung des Beschlusses über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens.¹⁴ Darüber hinaus ist auch die Vorlage der Bestallungsurkunde des Insolvenzverwalters nach § 56 Abs. 2 InsO im Original zu verlangen. Das Amt des Insolvenzverwalters beginnt erst mit dessen Annahme.¹⁵

Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens steht einer Zwangsvollstreckung aus der Grundschuld ebenso nicht entgegen. Die Grundschuld gibt dem Gläubiger ein Recht auf abgesonderte Befriedigung nach § 49 InsO, § 1147 BGB. Nur soweit der Schuldner – wie regelmäßig – in der Grundschuldbestel-

lungsurkunde daneben auch ein persönliches Schuldanerkennnis abgegeben hat, ist er (auch) einfacher Insolvenzgläubiger. Nur für einfache Insolvenzgläubiger gilt das Vollstreckungsverbot des § 89 InsO, für den dinglichen Titel aus der Grundschuld dagegen nicht.

Notar Dr. *Adolf Reul*, Neu-Ulm

Beurkundungs- und Notarrecht

15. BNotO § 11 II (*Genehmigungsvorbehalt für Urkundstätigkeiten von Notaren im Ausland*)

- 1. Der Genehmigungsvorbehalt des § 11 Abs. 2 Alt. 2 BNotO erfasst auch Urkundstätigkeiten von Notaren im Ausland.**
- 2. Sofern die Genehmigungsfähigkeit einer notariellen Urkundstätigkeit im EU-Ausland nicht bereits am Territorialitätsprinzip scheitert, was der Senat offen gelassen hat, kommt eine Genehmigung nur ausnahmsweise in Betracht, sofern objektiv gewichtige Interessen der Urkundsbeteiligten gefährdet sind, wenn nicht ein Notar ihres Vertrauens tätig werden kann. Maßgeblich sind nicht die Interessen des Notars oder die Wünsche seiner Auftraggeber, sondern allein in der beabsichtigten vorsorgenden Rechtspflege, das heißt in der Sache selbst liegende zwingende Gründe.**

BGH, Urteil vom 4.3.2013, NotZ (Brfg) 9/12

Der Kläger ist Notar in B. Mit Schriftsatz vom 16.9.2011 unterrichtete er die Beklagte davon, dass er beabsichtige, Mitte Oktober 2011 in Rotterdam eine Beurkundung nach deutschem Recht und in deutscher Sprache vorzunehmen. Beigefügt war ein Schreiben des niederländischen Ministeriums für Sicherheit und Justiz, mit dem ihm mitgeteilt wurde, es gebe für die Tätigkeit eines deutschen Notars nach deutschem Recht in den Niederlanden kein gesetzliches Hindernis, sofern das deutsche Notarrecht eine Tätigkeit im Ausland erlaube. Er beantragte „rein vorsorglich“, ihm für diese und für alle weiteren künftigen Beurkundungen in Ländern der Europäischen Union in seiner Eigenschaft als deutscher Notar eine Genehmigung zu erteilen. Mit Schreiben vom 10.10.2011 teilte die Beklagte, nachdem sie zuvor eine Stellungnahme der Notarkammer B eingeholt hatte, dem Kläger mit, sie lehne die Erteilung der beantragten Genehmigung ab. § 11 Abs. 2 Alt. 2 BNotO regelt lediglich die Genehmigung der inländischen Urkundstätigkeit außerhalb des Amtsbezirks des Notars. Sie weise jedoch darauf hin, dass die Auslandstätigkeit eines deutschen Notars unzulässig sei, weil dessen Hoheitsbefugnisse auf das deutsche Staatsgebiet beschränkt seien. Das Tätigwerden eines Notars im Ausland stelle ein Dienstvergehen dar. Dies gelte auch unter Berücksichtigung des Urteils des EuGH vom 24.5.2011, C-54/08, da hiernach Beschränkungen von Art. 43 EG (Art. 49 AEUV) im Allgemeininteresse auch hinsichtlich der örtlichen Zuständigkeit zulässig seien. Angesichts der Eindeutigkeit der gesetzlichen Regelung bedürfe es keines Verwaltungsakts.

Hiergegen hat der Kläger Klage erhoben, mit der er die Verpflichtung der Beklagten zur Genehmigung der beabsichtigten Beurkundung unter Verzicht auf disziplinarische Maßnahmen, hilfsweise zur Duldung, beantragt hat. Weiter hilfsweise hat er die Feststellung begehrt, dass die beabsichtigte Beurkundung in den Niederlanden deutsche Rechtsvorschriften nicht verletze. Nachdem sich die vom Kläger in Aussicht genommene Beurkundung in Rotterdam durch Zeitablauf zerschlagen hatte, hat er nur noch beantragt, die Rechtswidrigkeit des Bescheids der Beklagten vom 10.10.2011 festzustellen.

Mit Schreiben vom 8.3.2012 teilte der Kläger der Beklagten seine Absicht mit, in Den Haag die Generalvollmacht eines dort wohnhaften deutschen Staatsangehörigen zu beurkunden. Er bat um Genehmigung dieser Beurkundung und aller weiteren künftigen entsprechenden Beurkundungen im EU-Ausland. Die Beklagte beschied den Kläger unter dem 21.3.2012 entsprechend ihrem Schreiben vom 10.10.2011, auf das sie Bezug nahm. Auch hiergegen hat der Kläger

¹⁰ BGH, Beschluss vom 14.4.2005, V ZB 25/05, WM 2005 1324; *Stöber*, NZI 1998, 105, 106; *Uhlenbruck/Uhlenbruck*, InsO § 49 Rdnr. 26; *Reul in Reul/Heckschen/Wienberg*, Abschn. E Rdnr. 2.

¹¹ Vgl. zum Nachweis im Grundbuchverfahren KG, Beschluss vom 21.11.2011, 1 W 652/11, RNotZ 2012, 165 = DNotZ 2012, 370.

¹² LG Bonn, Beschluss vom 30.3.2004, 4 T 113/04, RNotZ 2004, 340.

¹³ BGH, Beschluss vom 5.7.2005, VII ZB 16/05, DNotZ 2006, 44.

¹⁴ LG Bonn, Beschluss vom 30.3.2004, 4 T 113/04, RNotZ 2004, 340.

¹⁵ *Reul in Reul/Heckschen/Wienberg*, Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis, Abschn. E Rdnr. 3.

Klage erhoben, mit der er beantragt hat, die Verfügung vom 21.3.2012 aufzuheben und die Beklagte zu verpflichten, seine Beurkundungen nach deutschem Recht und in deutscher Sprache sowie unter Beachtung der europäischen Berufsqualifikationsanerkennungsrichtlinie in ihrer jeweiligen Fassung in sämtlichen EU-Mitgliedstaaten außerhalb Deutschlands zu genehmigen, hilfsweise zu dulden. Hilfsweise hat er weiter beantragt festzustellen, dass die in den Niederlanden beabsichtigte Beurkundung der Generalvollmacht eines in Den Haag wohnenden deutschen Staatsangehörigen Regelungen der Bundesnotarordnung oder einer aufgrund der Bundesnotarordnung erlassenen Rechtsverordnung nicht verletze.

Das KG hat die Klage abgewiesen (NJW-RR 2012, 1143). Der in Bezug auf die beabsichtigte Beurkundung in Rotterdam gestellte Fortsetzungsfeststellungsantrag sei zwar statthaft, jedoch im Übrigen unzulässig. Der Kläger habe kein berechtigtes Interesse an der Feststellung. Zwar bestehe Wiederholungsgefahr, da die Beklagte auch künftig nicht bereit sei, entsprechende Genehmigungen zu erteilen, wie sich ihrem Schreiben vom 21.3.2012 entnehmen lasse. Dies rechtfertige die beantragte Feststellung jedoch nicht. Vorliegend gehe es in erster Linie um Rechtsfragen, deren Klärung der Kläger in vollem Umfang im Rahmen des auf die Beurkundung in Den Haag gerichteten Verpflichtungsantrags zu erreichen vermöge. Soweit der Kläger Amtshaftungsansprüche wegen der entgangenen Gebühren aus der Beurkundung in Rotterdam geltend machen wolle, sei im Hinblick auf deren begrenzte Höhe schon der Eintritt eines Schadens nicht ersichtlich. Daneben fehlten auch Anhaltspunkte, die auf ein schuldhaftes Verhalten der Beklagten hindeuten könnten.

Die in Bezug auf die beabsichtigte Beurkundung in Den Haag erhobene Verpflichtungsklage sei unbegründet.

Nach § 11 Abs. 2 BNotO dürfe ein Notar außerhalb seines Amtsbezirks Urkundstätigkeiten nur vornehmen, wenn Gefahr im Verzug sei oder die Aufsichtsbehörde es genehmigt habe. Die Genehmigung sei nur zu erteilen, wenn gewichtige Interessen der Urkundsbeteiligten gefährdet seien, sollte kein Notar ihres Vertrauens tätig werden. Allein die Wünsche und Interessen des Notars oder der Auftraggeber genügen insoweit nicht. Entsprechend sei in Nummer 21 Absatz 1 AVNot geregelt, dass die Genehmigung nur in besonderen Ausnahmefällen erteilt werden solle. Ein solcher liege hier nicht vor. Die Tätigkeit der Notare sei öffentlichrechtlich geregelt. Hoheitliche Befugnisse seien regelmäßig auf das eigene Staatsgebiet beschränkt. Dieser Grundsatz gelte auch zwischen den EU-Mitgliedstaaten. Danach könne sich der Kläger nicht auf die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 Abs. 1 AEUV) berufen. Die Zuständigkeit der EU erstrecke sich nicht auf die Rechtspflege, die im föderalen Verbund grundsätzlich den Mitgliedstaaten zugeordnet sei. Rechtspflege und Freiwillige Gerichtsbarkeit seien originäre Staatsaufgaben. Daran habe die Übertragung von Aufgaben aus diesen Bereichen, namentlich der Urkundstätigkeit auf die Notare, nichts geändert. Damit beschränkten sich aber auch die mit der Aufgabenübertragung verbundenen Befugnisse der Notare auf das Territorium der Bundesrepublik Deutschland. Dem könne die Entscheidung des EuGH vom 24.5.2011, C 54/08, nicht entgegengehalten werden. Soweit der Gerichtshof im dortigen Verfahren, das die Niederlassungsfreiheit allein vor dem Hintergrund des für den Zugang zum Notariat bestehenden Staatsangehörigkeitserfordernisses betroffen habe, festgestellt habe, die den deutschen Notaren übertragenen Aufgaben seien nicht unmittelbar und spezifisch mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden, ändere dies nichts daran, dass der Staat die vorsorgende Rechtspflege als staatliche Aufgabe übernommen habe, mit der Folge der öffentlichrechtlichen Ausgestaltung des Notariats.

Schließlich folge selbst bei grundsätzlicher Anwendbarkeit der Regelungen über die Dienstleistungsfreiheit im Ergebnis nichts anderes. Auch dann lägen die Voraussetzungen für eine Genehmigung nach § 11 Abs. 2 Alt. 2 BNotO nicht vor. Nationale Maßnahmen, die die Ausübung der Grundfreiheiten behindern oder weniger attraktiv machen könnten, seien gerechtfertigt, wenn sie in nicht diskriminierender Weise angewandt würden, aus zwingenden Gründen des allgemeinen Interesses gerechtfertigt und geeignet seien, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Zieles zu gewährleisten, sowie nicht über das hinausgingen, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich sei. Diese Voraussetzungen seien erfüllt. Die Funktionsfähigkeit der vorsorgenden Rechtspflege sei ein im allgemeinen Interesse liegendes Ziel, sogar ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut. Zur Verwirklichung dieses Zieles seien die Regelungen zum örtlichen Amtsbereich geeignet. Insoweit stehe den Mitgliedstaaten ein weiter Beur-

teilungsspielraum zu, den der Bundesgesetzgeber nicht überschritten habe. Sinn der Bestimmung zum Amtsbereich (§ 10a Abs. 2 BNotO) sei die Sicherung einer gleichmäßigen Versorgung der rechtsuchenden Bevölkerung mit leistungsfähigen Notariaten und die Verhinderung eines unerwünschten überörtlichen Wettbewerbs zwischen Notaren. Diese Belange könnten durch die Regelungen zum örtlichen Amtsbereich gewahrt werden. Sie seien auch erforderlich, um die angestrebten Ziele zu erreichen. Mildere Mittel zur Verwirklichung der im allgemeinen Interesse verfolgten Ziele seien nicht gegeben.

Der Hilfsantrag, mit dem die Beklagte zur Duldung der vom Kläger beabsichtigten Urkundstätigkeit in den EU-Mitgliedstaaten verpflichtet werden solle, sei als allgemeine Leistungsklage zwar statthaft, jedoch im Übrigen unzulässig. Selbst wenn Art. 56 AEUV dem Kläger das Recht zur Urkundstätigkeit in den EU-Mitgliedstaaten gäbe, bedeutete dies keine Entlassung aus der Aufsicht der Beklagten. Die Aufsicht als solche verletzte den Kläger jedoch nicht in seinen subjektiven Rechten.

Der hilfsweise erhobene Antrag festzustellen, dass die in den Niederlanden beabsichtigte Beurkundung der Generalvollmacht eines in Den Haag wohnenden deutschen Staatsangehörigen mit den maßgeblichen Regelungen in Einklang stehe, sei zulässig, jedoch unbegründet. Die Urkundstätigkeit des Klägers sei grundsätzlich auf B beschränkt. Diese Beschränkungen seien aus den vorgenannten Gründen rechtmäßig.

Mit seiner von der Vorinstanz zugelassenen Berufung verfolgt der Kläger seine Anträge weiter.

Aus den Gründen:

Die Berufung ist zulässig, bleibt in der Sache jedoch ohne Erfolg.

Zutreffend hat die Vorinstanz angenommen, dass die Fortsetzungsfeststellungsklage, die auf Rechtswidrigkeitsfeststellung der Ablehnung der mit Schriftsatz des Klägers vom 16.9.2011 angekindigten Beurkundung in Rotterdam gerichtet ist, unzulässig ist. Es fehlt das erforderliche Fortsetzungsfeststellungsinteresse (vgl. zu diesem Erfordernis zum Beispiel Senatsbeschluss vom 18.7.2011, NotZ (Brfg) 10/10, NJW-RR 2012, 57 Rdnr. 16 m. w. N.).

Mit Recht hat das KG ein solches Interesse verneint, das der Kläger damit begründet hat, die begehrte Feststellung der Rechtswidrigkeit des Bescheids vom 10.10.2011 sei präjudiziell für Amtshaftungsansprüche wegen der entgangenen Gebühren für die beabsichtigte Beurkundung. Zwar ist die Präjudizialität der etwaigen Rechtswidrigkeit des erledigten Verwaltungsakts für Schadensersatz- oder Entschädigungsansprüche grundsätzlich geeignet, das Fortsetzungsfeststellungsinteresse zu begründen (*Kopp/Schenke*, VwGO, § 113 Rdnr. 136 m. w. N.; *Schippel/Bracker/Herrmann*, BNotO, 9. Aufl., § 111b Rdnr. 43). Jedoch scheidet dies aus, wenn ein Prozess, mit dem solche Ansprüche verfolgt werden, offenbar aussichtslos ist (*Kopp/Schenke*, a. a. O., m. w. N.). Dies ist hier der Fall. Eine etwaige Amtshaftungsklage (§ 839 Abs. 1 BGB i. V. m. Art. 34 Satz 1 GG) gegen das Land B würde offensichtlich am fehlenden Verschulden der Beklagten scheitern. Mit Recht hat das KG darauf hingewiesen, dass die Rechtsauffassung der Beklagten zumindest vertretbar ist. Dessen ungeachtet würde ein Verschulden nunmehr jedenfalls an der sog. Kollegialgerichtsrichtlinie scheitern. In ständiger Rechtsprechung haben der BGH und vor ihm bereits das Reichsgericht in Anwendung dieser Richtlinie entschieden, dass einen Beamten in der Regel ein Verschulden nicht trifft, wenn ein mit mehreren Rechtskundigen besetztes Kollegialgericht die Amtstätigkeit als objektiv rechtmäßig angesehen hat (siehe hierzu zum Beispiel BGH, Urteile vom 14.3.2002, III ZR 302/00, BGHZ 150, 172, 184; vom 20.2.1992, III ZR 188/90, BGHZ 117, 240, 250, und vom 6.2.1986, III ZR 109/84, BGHZ 97, 97, 107). Dies ist hier der Fall, weil das

KG durch Senatsentscheid die Rechtsansicht der Beklagten gebilligt hat, deutsche Notare dürften im Ausland, einschließlich der Mitgliedstaaten der EU, Urkundstätigkeiten nicht ausüben.

Jedenfalls im Ergebnis zu Recht hat das KG die Klage auch insoweit abgewiesen, als der Kläger beantragt, die sich unter anderem auf die beabsichtigte Beurkundung in Den Haag beziehende Verfügung vom 21.3.2012 aufzuheben und die Beklagte zu verpflichten, Beurkundungen des Klägers nach deutschem Recht und in deutscher Sprache sowie unter Beachtung der europäischen Berufsqualifikationsrichtlinie im EU-Ausland zu genehmigen, hilfsweise zu dulden. Dieser Antrag ist zwar zulässig, jedoch unbegründet, da der Kläger einen Anspruch auf Erteilung der begehrten Genehmigung nicht hat.

Zutreffend hat das Berufungsgericht seiner Entscheidung zugrunde gelegt, dass sich der Genehmigungsvorbehalt des § 11 Abs. 2 Alt. 2 BNotO entgegen der Auffassung der Beklagten auch auf Urkundstätigkeiten außerhalb Deutschlands bezieht. Der Wortlaut der Bestimmung enthält eine Einschränkung auf inländische auswärtige Beurkundungen nicht, und auch der Zweck der Vorschrift gebietet eine solche Begrenzung ihres Anwendungsbereichs nicht. Mag auch dem Gesetzgeber vor Augen gestanden haben, dass Beurkundungen deutscher Notare im Ausland wegen des hoheitlichen Charakters und des Territorialitätsprinzips von vornherein ausgeschlossen sind (vgl. Begründung des Entwurfs des Dritten Gesetzes zur Änderung der Bundesnotarordnung und anderer Gesetze, BR-Drucks. 890/05, S. 23), so ist dies doch eine Frage der Genehmigungsfähigkeit einer solchen Tätigkeit, nicht aber eine solche der Reichweite des Genehmigungsvorbehalts. Dieser Vorbehalt ist auch in Fällen einer beabsichtigten Auslands-tätigkeit der Notare notwendig, um die gebotene Aufsicht der Justizverwaltung (§ 93 Abs. 1 BNotO) sicherzustellen. Diese ist gerade auch bei Tätigkeiten mit Auslandsbezug erforderlich, nicht zuletzt, um völkerrechtliche und außenpolitische Komplikationen zu vermeiden.

Entgegen der Ansicht des Klägers genügt § 11 Abs. 2 Alt. 2 BNotO dem aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) folgenden Bestimmtheitsgebot, obgleich die Voraussetzungen für die Erteilung der Genehmigung für Auswärtsbeurkundungen in der Bestimmung nicht näher definiert sind. Die konkreten Anforderungen an die Bestimmtheit einer Norm richten sich nach Art und Schwere des mit ihr verbundenen Eingriffs in die Grundrechte der Betroffenen (BVerfGE 110, 33, 55). Dass die Vorschrift auslegungsbedürftig ist, steht dem Bestimmtheitserfordernis nicht entgegen, solange die Auslegung unter Nutzung der juristischen Methodik zu bewältigen ist und die im konkreten Anwendungsfall verbleibenden Ungewissheiten nicht so weit gehen, dass Vorhersehbarkeit und Justiziabilität des Verwaltungshandelns gefährdet sind (zum Beispiel BVerfG, a. a. O., S. 56 f. sowie BVerfGE 118, 168, 188). Diesen Maßstäben entspricht § 11 Abs. 2 Alt. 2 BNotO. Durch das dort normierte Genehmigungserfordernis wird der betroffene Notar lediglich in seiner Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG), nicht aber in seiner Berufswahl-freiheit (Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG) betroffen. Die Einschränkung ist zudem von geringerem Gewicht, da die Notare im Hinblick darauf, dass ihre Stellen nach den Bedürfnissen einer geordneten Rechtspflege einzurichten sind (§ 4 BNotO), in aller Regel auch ohne Auswärtsbeurkundungen ausgelastet sind und wirtschaftlich bestehen können. Die Kriterien für die Erteilung der Genehmigungen von Auswärtsbeurkundungen ergeben sich aus der die Bundesnotarordnung insgesamt bestimmenden Leitlinie, dass die Erfordernisse einer geordneten vorsorgenden Rechtspflege zu wahren sind (vgl. §§ 4, 9

Abs. 1 Satz 2, § 10a Abs. 1 Satz 2, § 25 Abs. 2 Satz 1, § 53 Abs. 1 Satz 2 BNotO). Aus dem Sinn des § 11 Abs. 2 BNotO, die Beschränkungen des § 11 Abs. 1 BNotO und damit die einer den Erfordernissen einer geordneten Rechtspflege entsprechende Versorgung der Rechtsuchenden mit notariellen Leistungen zu sichern (§ 4 BNotO), sowie aus der Regelung, dass bei Gefahr im Verzug eine berechnete auswärtige Urkundstätigkeit (§ 11 Abs. 2 Alt. 1 BNotO) vorliegen kann, lassen sich die – restriktiven – Anforderungen für die Genehmigung (siehe dazu näher Buchstaben b bb) mit der notwendigen Klarheit ableiten.

Zumindest im Ergebnis zutreffend hat das KG angenommen, dass der Kläger einen Anspruch auf Erteilung der beantragten Genehmigung für die in Aussicht genommene Beurkundung einer Generalvollmacht in Den Haag und für alle weiteren Beurkundungen in anderen EU-Staaten nicht hat.

Der Senat hat hierbei im Blick, dass der EuGH in seinem Urteil vom 24.5.2011, C-54/08 (NJW 2011, 2941), die Urkundstätigkeit der deutschen Notare nicht als die Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne des Art. 45 Abs. 1 EG (= Art. 51 Abs. 1 AEUV) qualifiziert hat, die von der Niederlassungs-freiheit des Art. 43 EG (= Art. 49 AEUV) ausgenommen ist.

Hieraus ist in der Literatur verschiedentlich der Schluss gezogen worden, auch für die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 Abs. 1 AEUV) greife hinsichtlich der notariellen Urkundstätigkeit die Bereichsausnahme zugunsten der „Ausübung öffentlicher Gewalt“ (Art. 51 Abs. 1 i. V. m. Art. 62 AEUV) nicht mehr ein, so dass deutsche Notare grundsätzlich auch im EU-Ausland beurkunden dürften (*Hamacher*, AnwBl 2011, 913, 914, 916 f.; *Pohl*, EWS 2011, 353, 354, 358; *Ritter*, EuZW 2011, 707, 708, 710; *Schmidt/Pinkel*, NJW 2011, 2928, 2930). Demgegenüber vertritt ein anderer Teil des Schrifttums (*Fuchs*, EuZW 2011, 475 f.; *Henssler/Kilian*, NJW 2012, 481, 484 f.; *Pelikan*, notar 2011, 259, 260; *Preuß*, ZNotP 2011, 322, 325 f.) die Auffassung, dass die Erwägungen in der Entscheidung des Gerichtshofs (a. a. O., Rdnr. 83 ff.) zur Bereichsausnahme des Art. 45 Abs. 1 EG (= Art. 51 Abs. 1 AEUV) in Bezug auf den Staatsangehörigkeitsvorbehalt für Notare (§ 5 BNotO a. F.) nicht auf die hier in Rede stehende Frage übertragbar sind, ob der nach deutschem Bundesrecht (schlicht) hoheitliche Charakter der notariellen Beurkundungstätigkeit und das Territorialitätsprinzip eine Beschränkung des – möglicherweise betroffenen – Rechts aus Art. 56 AEUV rechtfertigen, die in der Versagung einer Urkundstätigkeit im EU-Ausland liegen könnte. Insofern ist darauf hinzuweisen, dass der EuGH in seinem Urteil vom 24.5.2011 ausdrücklich hervorgehoben hat, dass die von ihm zu behandelnde Rüge der Kommission weder den Status noch die Organisation des Notariats in der deutschen Rechtsordnung (a. a. O., Rdnr. 75) oder die Anwendung der Bestimmungen über den freien Dienstleistungsverkehr betreffe (a. a. O., Rdnr. 76). Auch das BVerfG hat in seinem Beschluss vom 19.6.2012 (NJW 2012, 2639 Rdnr. 46 ff.) ausgeführt, die Entscheidung des Gerichtshofs stehe der Qualifizierung der notariellen Tätigkeit als hoheitlich und den daraus folgenden Beschränkungen der Berufsausübung nicht entgegen.

Eine Entscheidung des Senats hierzu ist allerdings nicht veranlasst, so dass es einer Vorlage an den EuGH gemäß Art. 267 Abs. 1 bis 3 AEUV nicht bedarf. Denn der Kläger kann die beantragte Genehmigung auch dann nicht beanspruchen, wenn zu seinen Gunsten unterstellt wird, dass er die unionsrechtliche Dienstleistungsfreiheit für sich in Anspruch nehmen kann, weil die Bereichsausnahme des Art. 51 Abs. 1 i. V. m. Art. 62 AEUV (Ausübung öffentlicher Gewalt) für die notarielle Urkundstätigkeit nicht gilt.

Die Genehmigung einer Beurkundung außerhalb des Amtsbezirks gemäß § 11 Abs. 2 Alt. 2 BNotO setzt, wie sich aus der – parallelen – gesetzlichen Gestattung der amtsbezirksüberschreitenden Urkundstätigkeiten bei Gefahr im Verzug (§ 11 Abs. 2 Alt. 1 BNotO) ergibt, voraus, dass ein besonderer Ausnahmefall vorliegt (z. B. OLG Celle, Beschluss vom 25.4.2001, Not 7/01, juris Rdnr. 16; *Lerch in Arndt/Lerch/Sandkühler*, BNotO, 7. Aufl., § 11 Rdnr. 9; *Schippel/Bracker/Püls*, BNotO, 9. Aufl., § 11 Rdnr. 3). Dies ist Gesetzesinterpretierend auch in Nummer VII 21 Abs. 1 der Allgemeinen Verfügung der Senatsverwaltung für Justiz des Landes Berlin über die Angelegenheiten der Notarinnen und Notare vom 30.5.2006 (AVNot – ABl. S. 2007, zuletzt geändert am 5.9.2011, ABl. S. 2155) – entsprechend den Allgemeinen Verfügungen fast aller anderen Länder (vgl. OLG Celle, a. a. O.; *Lerch*, a. a. O.) – so bestimmt (siehe auch Nummer IX 1 RLE/BNotK [abgedruckt bei *Schippel/Bracker/Görk*, BNotO, 9. Aufl., S. 968]). Ein solcher Ausnahmefall kann etwa vorliegen, wenn es sich um objektiv gewichtige Interessen der Urkundsbeteiligten handelt, die gefährdet sind, wenn nicht ein Notar ihres Vertrauens tätig werden kann (*Eylmann/Vaasen/Frenz*, BNotO, 3. Aufl., § 11 Rdnr. 4; *Schippel/Bracker/Püls*, a. a. O.). Maßgeblich sind nicht die Interessen des Notars oder die Wünsche seiner Auftraggeber, sondern allein in der beabsichtigten vorsorgenden Rechtspflege, das heißt in der Sache selbst liegende zwingende Gründe (vgl. *Schippel/Bracker/Püls*, a. a. O.). Solche mögen etwa vorliegen, wenn ein Notar ein schwieriges Vertragswerk in langen Beratungen vorbereitet hat, bei der Beurkundung die Kenntnis der Verhältnisse bedeutsam ist und die Beurkundung aus unvorhersehbaren Gründen außerhalb des Amtsbezirks erfolgen muss (vgl. *Schippel/Bracker/Püls*, a. a. O.; Nummer IX 1 Buchstabe b RLE/BNotK; siehe ferner auch Nummer IX 1 Buchstabe d RLE/BNotK).

An diesen Kriterien gemessen, scheidet die Erteilung der vom Kläger begehrten Genehmigung für die Beurkundung einer Generalvollmacht in Den Haag aus. Im gesamten Verfahren hat der Kläger weder besondere Interessen seines Auftraggebers geltend gemacht, die einer Beurkundung der Generalvollmacht durch einen niederländischen Notar oder in der Geschäftsstelle des Klägers entgegenstehen, noch sind solche anderweitig ersichtlich. Erst recht sind für den weitergehenden Antrag des Klägers, ihm generell die Genehmigung zu Beurkundungen im EU-Ausland zu erteilen, besondere, nach dem vorstehenden Maßstab beachtliche Interessen der – unbestimmten – Urkundsbeteiligten nicht erkennbar. Diese zunächst der Verwaltung zustehende Würdigung kann der Senat selbst abschließend vornehmen, da angesichts der Klarheit der Umstände ein Beurteilungsspielraum nicht mehr besteht.

Entgegen der Ansicht des Klägers greift der auf Auswärtsbeurkundungen im Inland bezogene Schutzzweck des § 11 Abs. 2 BNotO auch hinsichtlich der beabsichtigten Beurkundungen in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union ein. Die aus § 11 BNotO folgenden Beschränkungen der Berufsausübung der Notare dienen in gleicher Weise wie die in § 10a BNotO enthaltenen örtlichen Restriktionen der Sicherung der Lebensfähigkeit und gleichbleibenden Leistungsfähigkeit der Notarstellen und der insgesamt bedarfsgerechten und flächendeckenden Organisation des Notariats (Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung der BNotO, BT-Drucks. 11/8307, S. 18; BVerfG, NJW 2000, 3486, 3487; DNotZ 1993, 748, 749). Es soll ein „Reisenotariat“ verhindert werden, das die Fundamente des Zulassungswesens unterminieren würde (*Lerch in Arndt/Lerch/Sandkühler*, BNotO, 7. Aufl., § 10a Rdnr. 7). Es soll dabei nicht nur verhindert

werden, dass durch die Tätigkeit auswärtiger Notare in lukrativen Bezirken eine Überversorgung entsteht. Vielmehr geht der Schutzzweck auch dahin, zu vermeiden, dass Notare, die für einen bestimmten Amtsbereich wegen des dort bestehenden Bedürfnisses bestellt wurden, ihre Tätigkeit in erheblichem Maße an einen anderen, ihnen günstiger erscheinenden Ort verlagern und so die bedarfsgerechte Versorgung mit notariellen Dienstleistungen in dem ihnen zugewiesenen Bereich gefährden (*Schippel/Bracker/Püls*, BNotO, 9. Aufl., § 10a Rdnr. 2). Zwar mag, wie der Kläger unter Hinweis auf den Beschluss der Zweiten Kammer des Ersten Senats des BVerfG vom 9.8.2000 (NJW 2000, 3486, 3487) hervorhebt, eine gelegentliche Abwesenheit des Notars, der eine Auswärtsbeurkundung vornimmt, von seinem Amtssitz unbedenklich sein. Die vom Kläger angestrebte generelle Genehmigung von Beurkundungen im Ausland würde jedoch auch eine längere Abwesenheit von seiner Geschäftsstelle ermöglichen, die die ordnungsgemäße Versorgung mit notariellen Dienstleistungen in seinem Amtsbereich beeinträchtigen kann. Deshalb kann die Genehmigung für Auslandstätigkeiten nach § 11 Abs. 2 Alt. 2 BNotO – deren grundsätzliche Zulässigkeit unterstellt – nicht anders als bei auswärtigen Urkundstätigkeiten im Inland nur in Einzelfällen, nicht aber, wie vom Kläger angestrebt, generell erteilt werden. Aber auch die vom Kläger konkret beabsichtigte Beurkundung der Generalvollmacht in Den Haag ist nach dem vorgenannten Schutzzweck nicht genehmigungsfähig. Um die angemessene Versorgung mit notariellen Dienstleistungen in dem Amtsbereich, für den der Notar bestellt ist, zu gewährleisten, muss die Auswärtsbeurkundung – gleichgültig, ob sie im In- oder Ausland erfolgen soll – entsprechend den für die inländische Beurkundung außerhalb des Amtsbezirks entwickelten Kriterien zu § 11 Abs. 2 Alt. 2 BNotO auf besondere Ausnahmefälle beschränkt bleiben. Der vorzitierte Beschluss des BVerfG vom 9.8.2000 (a. a. O.) steht dem nicht entgegen. Er betrifft lediglich Beurkundungen außerhalb der Geschäftsstelle, aber innerhalb des Amtsbereichs. Es geht mithin darum, dass der Notar seiner Urkundstätigkeit in unmittelbarer geografischer Nähe zu seiner Geschäftsstelle nachgeht. Demgegenüber ist bei Beurkundungen außerhalb des Amtsbezirks typischerweise – und auch hier (Entfernung B – Den Haag) – die im Interesse der Rechtsuchenden notwendige Präsenz in seiner Geschäftsstelle erheblich gefährdet.

Aber auch unabhängig hiervon sind die vom Kläger beabsichtigten Urkundstätigkeiten in den EU-Mitgliedstaaten außerhalb Deutschlands nicht genehmigungsfähig, und zwar sowohl hinsichtlich der Beurkundung der Generalvollmacht in Den Haag als auch – und erst recht – soweit er eine allgemeine Genehmigung begehrt.

Zu den aus § 17 Abs. 1 BeurkG folgenden Pflichten des Notars gehört, nach der Erforschung des Willens der Beteiligten, diesem im Rahmen des rechtlich Zulässigen in der Urkunde vollumfängliche Wirkung zu verschaffen (vgl. z. B. BGH, Urteile vom 9.12.2010, III ZR 272/09, WM 2011, 571 Rdnr. 16; vom 22.7.2010, III ZR 293/09, BGHZ 186, 335 Rdnr. 16 und vom 28.4.1994, IX ZR 161/93, NJW 1994, 2283). Dies ist bei einer Beurkundung durch einen deutschen Notar im Ausland regelmäßig nicht möglich, selbst wenn man unterstellt, dass das Territorialitätsprinzip nicht eingreift und die Urkunden als notarielle entgegen der bisherigen Rechtsprechung des BGH (Urteil vom 30.4.1998, IX ZR 150/97, BGHZ 138, 359, 361 f.) nicht bereits wegen Verstoßes gegen dieses Prinzip schlechthin unwirksam sind.

Eine Vollmacht, welche der Kläger in Den Haag zu beurkunden beabsichtigt, richtet sich nach dem deutschen Internatio-

nenal Privatrecht grundsätzlich nach dem Recht des Landes, in dem von ihr Gebrauch gemacht wird (sog. Wirkungsstatut; h. M., zum Beispiel BGH, Urteile vom 3.2.2004, XI ZR 125/03, NJW 2004, 1315, 1316, und vom 17.11.1994, III ZR 70/93, BGHZ 128, 41, 47; OLG München, NJW-RR 1989, 663, 664; OLG Stuttgart, DNotZ 1981, 746, jeweils m. w. N.; *Erman/Hohloch*, BGB, 12. Aufl., Anh. I Art. 37 EGBGB Rdnr. 12; *Palandt/Thorn*, 72. Aufl., Anhang zu Art. 10 EGBGB Rdnr. 1). Für die Form gilt allerdings Art. 11 EGBGB (OLG München, a. a. O.; OLG Stuttgart, a. a. O., S. 747 jeweils zu Art. 11 EGBGB a. F.; *Erman/Hohloch*, a. a. O., Rdnr. 20; *Palandt/Thorn*, a. a. O., Rdnr. 2). Nach Abs. 1 dieser Bestimmung tritt für die Formgültigkeit alternativ zum Wirkungsstatut grundsätzlich die Ortsform hinzu. Das bedeutet, dass eine Vollmacht auch dann formgültig ist, wenn sie zwar nicht den Formerfordernissen des Rechts des Staates genügt, in dem von ihr Gebrauch gemacht wird, jedoch die Form nach dem Recht des Staates gewahrt ist, in dem die entsprechende Urkunde errichtet wurde. Diese zusätzliche Möglichkeit, einer Vollmachtsurkunde Wirksamkeit in notarieller Form zu verschaffen, fehlt zumindest in der Regel, wenn ein deutscher Notar die Beurkundung im Ausland vornimmt. Er kann, wie der Kläger selbst nicht verkennt, ein Urkundsgeschäft (allenfalls) nach deutschem Recht vornehmen, nicht aber eine notarielle Urkunde nach dem jeweiligen Ortsrecht errichten, sofern nicht das ausländische Recht dies zulässt. Letzteres ist aber vorliegend nicht der Fall. Das niederländische Sicherheits- und Justizministerium hat in seinem Schreiben vom 27.7.2011 den Kläger ausdrücklich darauf hingewiesen, dass er notarielle Amtshandlungen nach niederländischem Recht, dessen Art. 12 Abs. 1, Titel 1, 10. Buch des Burgerlijk Wetboek im Übrigen inhaltlich mit Art. 11 Abs. 1 EGBGB übereinstimmt, nicht vornehmen könne.

Die in Aussicht genommene, vom Kläger zu beurkundende Vollmacht soll eine Generalvollmacht sein, die nicht auf bestimmte Geschäfte beschränkt ist, bei denen sich die fehlende Wahrung der Ortsform möglicherweise faktisch nicht auswirken kann. Damit wäre die vom Kläger zu errichtende Urkunde mit einem Wirksamkeitsdefizit behaftet, das bei einer Beurkundung im Inland nicht bestünde. Dass der Kläger aus diesem Grunde seine Pflichten als Notar bei einer Auslandsbeurkundung nicht vollumfänglich einhalten kann, steht mithin nach § 11 Abs. 2 Alt. 2 BNotO der Erteilung der beantragten Genehmigung für das Rechtsgeschäft in Den Haag ebenfalls entgegen.

Das zumindest potentielle Wirksamkeitsdefizit von Urkunden, die vom Kläger im Ausland errichtet würden, schließt auch die von ihm beantragte allgemeine Genehmigung einer Urkundstätigkeit in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union außerhalb Deutschlands aus.

Die aus den vorstehenden Erwägungen folgende Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit des Klägers ist – sofern nicht ohnehin die Bereichsausnahme des Art. 51 Abs. 1 i. V. m. Art. 62 AEUV eingreift (vgl. hierzu EuGH, Urteil vom 24.5.2011, C-54/08, NJW 2011, 2941 Rdnr. 75 f.; BVerfG, NJW 2012, 2639 Rdnr. 46 ff.) – unionsrechtlich unbedenklich.

Dass nach Auffassung des EuGH notarielle Tätigkeiten nicht mit der Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne des Art. 45 Abs. 1 EG (jetzt: des Art. 51 Abs. 1 AEUV) verbunden sind (a. a. O., Rdnr. 93), macht die einschlägigen Bestimmungen des deutschen Rechts nicht unanwendbar. Der Gerichtshof hat im Gegenteil ausdrücklich in Betracht gezogen, dass der Zweck notarieller Amtstätigkeit, die Rechtmäßigkeit und die Rechtssicherheit von Akten zwischen Privatpersonen zu ge-

währleisten, als zwingender Grund des Allgemeininteresses Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit aufgrund der Besonderheiten der notariellen Tätigkeit rechtfertigen könne (BVerfG, a. a. O., Rdnr. 46, unter Bezugnahme auf EuGH, a. a. O., Rdnr. 98). Der Gerichtshof hat hierbei ausdrücklich auch Beschränkungen der örtlichen Zuständigkeit von Notaren für zulässig gehalten, soweit diese zur Erreichung der genannten Ziele geeignet und erforderlich sind (a. a. O.). Nichts anderes kann für die hier in Rede stehende Dienstleistungsfreiheit gelten.

Die Beschränkungen für Auswärtsbeurkundungen durch den Genehmigungsvorbehalt des § 11 Abs. 2 Alt. 2 BNotO und die restriktiven Voraussetzungen für die Erteilung der Genehmigung erfüllen diese Bedingungen. Sowohl die ausreichende Versorgung mit notariellen Dienstleistungen in den Bereichen, für die die Notare bestellt sind, als auch die Gewährleistung der möglichst umfassenden rechtlichen Wirksamkeit der Beurkundungen dienen dazu, die Rechtmäßigkeit und die Rechtssicherheit von Akten zwischen Privatpersonen zu gewährleisten und stellen daher gewichtige Allgemeininteressen dar, die Einschränkungen der notariellen Berufsausübung rechtfertigen. Sie sind auch geeignet, diese Zwecke zu erreichen. Mildere Mittel, die die Ziele in gleicher Weise verwirklichen können, stehen nicht zu Gebote. Schließlich sind die Beschränkungen auch verhältnismäßig. Die betroffenen Notare werden nur geringfügig in der Ausübung ihres Berufs beeinträchtigt, da sie im Hinblick darauf, dass Notarstellen nach den Bedürfnissen einer geordneten Rechtspflege einzurichten sind (§ 4 Satz 1 BNotO), in aller Regel auch ohne Auswärtsbeurkundungen ausgelastet sind und wirtschaftlich bestehen können. Die Interessen der Rechtsuchenden werden gleichfalls höchstens geringfügig betroffen, da es ihnen fast immer zuzumuten ist, sich eines örtlich ansässigen Notars zu bedienen oder sich in die Geschäftsstelle des auswärtigen Notars zu begeben.

Die Richtlinie 2055/36/EG vom 7.9.2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen (ABl. Nr. L 255, S. 22) ist, wie sich aus ihrem Art. 1 ergibt, für die vorliegend inmitten stehende Frage der Genehmigung der Auslandstätigkeit eines Notars durch dessen heimatliche Aufsichtsbehörde nicht einschlägig, so dass der Kläger aus ihr nichts für seine Rechtsauffassung herzuleiten vermag.

Die vorstehende Würdigung steht dem Senat zu, ohne dass er den EuGH gemäß Art. 267 Abs. 1 bis 3 AEUV um eine Vorabentscheidung ersuchen müsste. Die Vorlagepflicht letztinstanzlicher Gerichte der Mitgliedstaaten entfällt, wenn die betreffende unionsrechtliche Bestimmung bereits Gegenstand einer Auslegung durch den Gerichtshof war oder wenn die richtige Anwendung des Gemeinschaftsrechts derart offenkundig ist, dass für einen vernünftigen Zweifel kein Raum mehr bleibt. Das innerstaatliche Gericht darf davon ausgehen, dass ein solcher Fall vorliegt, wenn es davon überzeugt ist, dass auch für die Gerichte der übrigen Mitgliedstaaten und den Gerichtshof die gleiche Gewissheit bestünde (*acte clair*, siehe zum Beispiel Senatsbeschluss vom 22.3.2010, NotZ 16/09, BGHZ 185, 30 Rdnr. 33 m. w. N. aus der Rechtsprechung des EuGH).

Dass im Allgemeininteresse, insbesondere zur Gewährleistung der Rechtmäßigkeit und Rechtssicherheit von Akten zwischen Privatpersonen, die örtliche Zuständigkeit von Notaren beschränkt werden kann, hat der Gerichtshof in seinem Urteil vom 24.5.2011 (NJW 2011, 2941) ausdrücklich hervorgehoben (a. a. O., Rdnr. 98). Die Verhältnismäßigkeit der in Rede stehenden Beschränkungen ist angesichts des Gewichts der zu schützenden Rechtsgüter einerseits und der Gering-

fügigkeit der Beeinträchtigungen der objektiven Interessen der Notare und der Rechtsuchenden andererseits offenkundig.

Der auf Duldung der Beurkundungen im EU-Ausland gerichtete, hilfsweise gestellte Verpflichtungsantrag des Klägers ist zwar als Form der allgemeinen Leistungsklage zulässig, da die Beklagte zu erkennen gegeben hat, gegen die vom Kläger beabsichtigte Tätigkeit disziplinarisch vorzugehen, und somit dessen Rechte (Art. 2 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1 GG) betroffen sind. Der Antrag ist jedoch unbegründet, da die angestrebte Urkundstätigkeit im EU-Ausland aus den vorstehenden Gründen genehmigungsbedürftig und nicht genehmigungsfähig ist.

Der auf Feststellung der Konformität der beabsichtigten Beurkundung einer Generalvollmacht in Den Haag mit den Bestimmungen der Bundesnotarordnung und den auf ihrer Grundlage erlassenen Rechtsverordnungen gerichtete Hilfsantrag des Klägers ist unzulässig. Er hat nicht die Feststellung eines Rechtsverhältnisses zum Gegenstand. Der Kläger begehrt die Feststellung der rechtlichen Qualifikation einer bestimmten Handlung. Dies stellt eine bloße Vorfrage zu den Rechten und Pflichten des Klägers dar, die nicht nach § 43 Abs. 1 VwGO i. V. m. § 111b Abs. 1 BNotO feststellungsfähig ist (vgl. *Kopp/Schenke*, VwGO, 18. Aufl., § 43 Rdnr. 13; *Posser/Wolff/Möstl*, VwGO, § 4 Rdnr. 3; siehe auch BVerwGE 90, 220, 228). Zudem wäre die Klage aus den oben ausgeführten Erwägungen auch unbegründet.

Anmerkung:

Die Entscheidung des BGH ist von großer Bedeutung, weil sie, wie schon zuvor das BVerfG (Beschluss vom 19.6.2012, 1 BvR 3017/09, MittBayNot 2012, 497), auch nach Wegfall des Staatsangehörigkeitsvorbehalts den Charakter des Notarberufs als staatlich gebundenes öffentliches Amt und den damit verbundenen Beschränkungen deutlich bestätigt. Der Entscheidung ist uneingeschränkt zuzustimmen.

Auslöser des Rechtsstreits war die Entscheidung des EuGH vom 24.5.2011 (C-54/08, DNotZ 2011, 462) zur Gemeinschaftswidrigkeit eines Staatsangehörigenvorbehalts in den nationalen Notarrechten. Dabei hat der EuGH bekanntermaßen entschieden, dass die Tätigkeit des Notars nicht unter die generelle Bereichsausnahme Art. 45 EG (nunmehr Art. 51 AEUV) fällt. Daraus ist von einigen Autoren voreilig der Schluss gezogen worden, mit Rücksicht auf die Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV (vormals Art. 49 EG) wäre es den deutschen Notaren künftig gestattet, nach dem Recht ihres Herkunftsstaates in anderen Staaten der EU Urkunden zu errichten.¹ Dem ist der BGH nun mit überzeugenden Gründen entgegengetreten.

Dabei hat es das Gericht für nicht entscheidungserheblich erachtet, ob die Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV auf die Urkundstätigkeit der Notare überhaupt Anwendung findet. Diese Frage ist bislang europarechtlich nicht abschließend geklärt. Der EuGH hat dazu im Urteil vom 24.5.2011 (Rdnr. 76) ausdrücklich klargestellt, dass sich seine konkrete Entscheidung gerade nicht auf die Dienstleistungsfreiheit bezieht. Gegen eine Anwendung der Dienstleistungsfreiheit spricht, dass die Organisation des Notariats in Deutschland der mitgliedstaatlichen Verfassung der Rechtspflege zuzuordnen ist.² Ferner hat sich der EuGH in einer früheren Entscheidung zu Kfz-Prüfstellen dahingehend geäußert, dass eine

grenzüberschreitende Erweiterung nationaler Hoheitsrechte nicht vom Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit erfasst ist.³ Diese Entscheidung könnte auf die hoheitliche Urkundstätigkeit des Notars übertragen werden.

Wäre die Frage entscheidungserheblich gewesen, hätte der BGH den Fall gemäß Art. 267 Abs. 1 bis 3 AEUV dem EuGH zur Entscheidung vorlegen müssen. Der BGH konnte die Frage jedoch deshalb offenlassen, weil der klagende Notar im konkreten Fall auch dann keinen Anspruch auf Erteilung einer Genehmigung hatte, wenn man zu seinen Gunsten die Anwendbarkeit der Dienstleistungsfreiheit unterstellt. Auch die im europäischen Primärrecht garantierte Dienstleistungsfreiheit kann nämlich von den Mitgliedstaaten durchaus eingeschränkt werden. Der EuGH hat diesen Grundsatz im Urteil vom 24.5.2011 (Rdnr. 98) ausdrücklich klargestellt. Soweit Einschränkungen der notariellen Dienstleistungsfreiheit zur Erreichung der mit den notariellen Tätigkeiten im Allgemeininteresse verfolgten Ziele notwendig und zweckmäßig sind, sind sie auch europarechtlich zulässig. Dabei wurde die hier in Rede stehende Frage der Zulässigkeit von Beschränkungen der örtlichen Zuständigkeit des Notars vom EuGH ausdrücklich genannt.

Die Dienstleistungsfreiheit kann also nach dem Urteil des EuGH im Hinblick auf das mit der notariellen Tätigkeit verfolgte Allgemeininteresse grundsätzlich beschränkt werden. Allerdings müssen diese Beschränkungen notwendig, zweckmäßig und verhältnismäßig sein. Dies entspricht aber im Grunde den gültigen verfassungsrechtlichen Anforderungen, die an eine Einschränkung der Berufsfreiheit gemäß Art. 12 GG ohnehin zu stellen sind. Auch wenn die Prüfungsmaßstäbe nicht zwingend vollständig deckungsgleich sind, so erscheinen abweichende Ergebnisse doch relativ unwahrscheinlich.⁴ Wenn aber zwischen den verfassungsrechtlichen Grenzen der notariellen Berufsfreiheit und – deren grundsätzliche Anwendbarkeit vorausgesetzt – der europarechtlichen Dienstleistungsfreiheit keine entscheidenden Unterschiede bestehen, wird auch bei einer Anwendbarkeit der Dienstleistungsfreiheit das bestehende notarielle Berufsrecht in seinen wesentlichen Teilen bestehen bleiben können. Dessen verfassungsgemäße Ausgestaltung ist ja zwischenzeitlich teilweise bis in kleinste Einzelheiten geklärt.⁵

Auch wenn der historische Gesetzgeber eine Tätigkeit des Notars im Ausland von vornherein nicht in Betracht gezogen hat, hält der BGH § 11 Abs. 2 BNotO zurecht auch insoweit für anwendbar. Der Wortlaut gebietet keine Einschränkung. Der Sinn der Vorschrift fordert dagegen ihre Anwendung. Es wäre nach dem Regelungsziel vollkommen unsinnig, wenn der Notar zwar nicht im 20 km entfernten benachbarten OLG-Bezirk, aber an seinem 1000 km vom Amtssitz entfernten Urlaubsort im europäischen Ausland beurkunden dürfte. Darüber hinaus sichert die Anwendbarkeit der Vorschrift eine umfassende Dienstaufsicht und die Vermeidung von möglichen völkerrechtlichen Komplikationen.

Die in § 11 Abs. 2 BNotO geregelte räumliche Begrenzung der notariellen Tätigkeit dient dem Ziel, die Bevölkerung flächendeckend und leistungsfähig mit notariellen Dienstleistungen zu versorgen.⁶ Dies kann nur erreicht werden, wenn

¹ Vgl. nur *Schmid/Pinkel*, NJW 2011, 2930; *Hamacher*, AnwBl. 2011, 916; *Ritter* EuZW 2011, 710.

² Vgl. *Henssler/Kilian*, NJW 2011, 484.

³ EuGH, Urteil vom 5.10.1994, C-55/93, Slg. 1994, I-4837 – van Schaik, Rdnr. 16.

⁴ So auch *Henssler/Kilian*, NJW 2012, 484 f.

⁵ Vgl. nur zuletzt BVerfG, Beschluss vom 19.6.2012, 1 BvR 3017/09, MittBayNot 2012, 497.

⁶ Vgl. BT-Drucks. 11/8307, S. 18; BVerfG, Beschluss vom 9.8.2000, 1 BvR 647/98, DNotZ 2000, 787.

der Notar sich der Erledigung des ortsnah anfallenden Beurkundungs- und Beratungsbedarfs widmet. Längerfristige oder häufige Abwesenheit des Notars zur Erledigung lukrativer auswärtiger Geschäfte („Reisenotariat“) würde diesem Ziel widersprechen. Bei einer Auslandsbeurkundung besteht diese Gefahr wegen der generell gesehen größeren Entfernungen in einem noch höheren Maß als bei einer den Amtsbezirk überschreitenden Inlandsbeurkundung. Aus diesem Grund ist es gerechtfertigt, die auswärtige Tätigkeit des Notars auch im Ausland auf absolute Ausnahmefälle zu beschränken. Diese liegen nicht im Belieben des beurkundenden Notars oder der Urkundsbeteiligten. Nur bei Gefahr im Verzug oder dann, wenn es im Interesse der vorsorgenden Rechtspflege gerechtfertigt ist, können Ausnahmen zugelassen werden. Ob ein solcher Ausnahmefall vorliegt, hat die Aufsichtsbehörde festzustellen.

Im vorliegenden Fall konnte der Senat die Entscheidung jedoch selbst treffen. Dabei wird zutreffend das zusätzliche Argument herangezogen, dass der Notar dem Willen der Beteiligten zu einer möglichst vollumfänglichen Wirksamkeit verhelfen soll. Dies ist ihm jedoch im Ausland zumeist nicht möglich. Der Notar ist Amtsträger nach deutschem Recht. Seine öffentlichen Amtsbefugnisse enden an der Grenze. Eine von ihm im Ausland errichtete Urkunde ist – sofern der Nachbarstaat dagegen nicht schon grundsätzliche Einwände hat – reine Privaturkunde. Sie ist öffentliche Urkunde weder nach dem Ortsstatut noch nach dem Wirkungsstatut. Die in Aussicht genommene Generalvollmacht wäre daher zum Beispiel im deutschen Grundbuchverkehr nicht tauglich gewesen. Angesichts dieses Wirkungsdefizits war ein rechtserhebliches Interesse des Urkundsbeteiligten an der Auslandsbeurkundung zutreffend zu verneinen.

Notar Dr. Jens Eue, Bamberg

Kostenrecht

16. KostO § 39 Abs. 2, § 44 Abs. 2 (*Verschiedene Gegenstände bei Übergabevertrag und Pflichtteilsverzicht*)

1. **Wird in einem zwischen einem Elternteil und einem seiner Kinder geschlossenen Grundstückübertragungsvertrag ein Pflichtteilsverzicht der Geschwister mitbeurkundet, handelt es sich um verschiedene Gegenstände im Sinne des § 44 Abs. 2 KostO, so dass der Verzicht neben dem Übertragungsvertrag gesondert zu bewerten ist.**
2. **Ein mit der Zahlung einer Abfindung verbundener Pflichtteilsverzicht stellt einen Austauschvertrag im Sinne des § 39 Abs. 2 KostO zwischen dem Elternteil und den weichenden Geschwistern dar. Dies gilt grundsätzlich auch dann, wenn die Geschwister den Abfindungsbetrag direkt vom Übernehmer des Grundstücks erhalten sollen.**

BGH, Beschluss vom 18.4.2013, V ZB 77/12

Der Kostengläubiger (fortan: Notar) beurkundete am 30.11.2007 einen als „Übergabe- und Abfindungsvertrag“ überschriebenen Vertrag. An dem Vertrag waren der Kostenschuldner (fortan: Übernehmer), seine Mutter (fortan: Übergeberin) und seine beiden Geschwister beteiligt. In dem Vertrag übertrug die Übergeberin dem Übernehmer ein Hausgrundstück im Wert von 260.000 €, während der Übernehmer ihr ein Wohnungsrecht hieran einräumte. Zugleich verpflichtete er sich, den Geschwistern einen Abfindungsbetrag von je 40.000 € zu zahlen. Diese wiederum verzichteten bezüglich des übertragenen Grundstücks und hinsichtlich aller ihnen von ihren

Eltern bisher gemachten Zuwendungen auf Pflichtteils- und Pflichtteilergänzungsansprüche. Für die Beurkundung erhob der Notar gegenüber dem Übernehmer gemäß §§ 141, 32, 36 Abs. 2 KostO eine Gebühr von 1.407,22 € nach einem Geschäftswert von 340.000 €, der sich aus einem Wert von 260.000 € für den „Übertragungsvertrag“ und einem Wert von 80.000 € für den „Abfindungsvertrag“ zusammensetzte.

Der Präsident des LG beanstandete die Bewertung des Erbverzichts und wies den Notar an, die Kostenrechnung dem LG zur Entscheidung vorzulegen. Dieses hat die „Beschwerde“ zurückgewiesen. Auf das – weisungsgemäß erhobene – Rechtsmittel des Notars hat das OLG die Kostenrechnung dahingehend abgeändert, dass es einen Gesamtgeschäftswert von 266.000 € zugrunde gelegt und demgemäß die Gebühr auf 1.157,32 € reduziert hat. Hiergegen richtet sich die Rechtsbeschwerde des Notars.

Nach Auffassung des OLG haben die Beteiligten den Übergabevertrag und den mit einer Abfindungszahlung verbundenen Pflichtteilsverzicht durch eine Austauschbeziehung im Sinne des § 39 Abs. 2 KostO verknüpft und dadurch ein Rechtsverhältnis im Sinne des § 44 Abs. 1 KostO, nämlich einen Austauschvertrag, gestaltet. Maßgeblich für dessen Bewertung sei der Wert des übertragenen Grundstücks. Gesondert zu bewerten sei lediglich der über den Austauschvertrag hinausgehende Pflichtteilsverzicht der Geschwister, soweit er sich auf die „von den Eltern bisher gemachten Zuwendungen“ beziehe. Hierfür sei ein Wert von 6.000 € anzusetzen.

Aus den Gründen:

III.

Die Rechtsbeschwerde ist gemäß § 156 Abs. 4 Satz 1 KostO i. V. m. § 70 Abs. 1 FamFG statthaft, weil sie von dem Beschwerdegericht zugelassen worden ist. Sie ist nach §§ 71 f. FamFG und § 156 Abs. 3 Satz 2 KostO auch sonst zulässig. Diese Vorschriften sind nach Art. 111 Abs. 1 Satz 1 FGG-RG auf den vorliegenden Altfall anwendbar. Die angegriffenen Kostenrechnungen sind zwar vor dem Inkrafttreten der Änderung des § 156 KostO erteilt. Maßgeblich ist aber, dass der Antrag auf gerichtliche Nachprüfung erst danach gestellt worden ist (Senat, Beschluss vom 6.10.2010, V ZB 52/11, NJW-RR 2012, 209).

Die Rechtsbeschwerde ist auch begründet. Zu Recht hat der Notar die Gebühr aus den zusammengerechneten Werten des Übergabevertrages und des Pflichtteilsverzichts berechnet. Den Wert des Pflichtteilsverzichts hat er zutreffend mit 80.000 € angesetzt.

1. Zu Unrecht geht das Beschwerdegericht davon aus, dass die Beurkundung des – gegenständlich beschränkten – Pflichtteilsverzichts der weichenden Geschwister gemäß § 44 Abs. 1 KostO gegenüber dem Übergabevertrag keine besondere Vergütung auslöst. Der Übergabevertrag und der Pflichtteilsverzicht haben nicht denselben Gegenstand im Sinne des § 44 Abs. 1 KostO.

a) Denselben Gegenstand betreffen alle zur Begründung, Feststellung, Anerkennung, Übertragung, Aufhebung, Erfüllung oder Sicherung eines Rechtsverhältnisses niedergelegten Erklärungen der Partner des Rechtsverhältnisses samt allen Erfüllungs- und Sicherungsgeschäften auch dritter Personen oder zugunsten dritter Personen. Ob mehrere gleichzeitig beurkundete Rechtsverhältnisse denselben oder einen verschiedenen Gegenstand haben, hängt daher von dem Bestehen eines inneren Zusammenhangs zwischen den Rechtsverhältnissen ab. Je mehr das mitbeurkundete weitere Rechtsverhältnis von dem Hauptgeschäft abhängt, desto eher ist Gegenstandsgleichheit anzunehmen. Auch wenn die Vertragspartner zur Erreichung des von ihnen erstrebten wirtschaftlichen Zieles mehrere Rechtsverhältnisse in der Weise verbunden haben, dass ein einheitliches Rechtsverhältnis eigener Art entsteht, besteht ein enger innerer Zusammenhang und damit

Gegenstandsgleichheit (Senat, Beschluss vom 21.11.2002, V ZB 29/02, BGHZ 153, 22, 28).

b) Zwischen dem Übergabevertrag und dem Pflichtteilsverzicht besteht kein innerer Zusammenhang in dem vorstehend beschriebenen Sinn (nahezu einhellige Meinung, vgl. LG Kassel, JurBüro 2009, 323, 324; *Assenmacher/Mathias/Göttlich/Mümmeler*, KostO, 16. Aufl., „Übergabevertrag“; *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, KostO, 18. Aufl., § 44 Rdnr. 121, 241; *Rohs/Wedewer*, KostO, Stand August 2012, § 39 Rdnr. 11, § 44 Rdnr. 7z; Notarkasse München, Streifzug durch die Kostenordnung, 9. Aufl., Rdnr. 2009; *Filzek*, KostO, 4. Aufl., § 44 Rdnr. 16; *Waldner*, KostO, 7. Aufl., Rdnr. 138; *Tiedtke*, ZNotP 2006, 245, 250; *ders.*, ZNotP 2005, 240; *Mümmeler*, JurBüro 1988, 1640; *Ackermann*, Rpfleger 1966, 241, 244; offengelassen BayObLG, MittBayNot 1998, 372, 373; a. A. für den Fall, dass der Verzicht ausdrücklich als Gegenleistung für die Grundstücksübertragung ausgestaltet ist OLG Frankfurt, JurBüro 1998, 430). Das von den Beteiligten angestrebte zentrale Rechtsverhältnis, von dem aus zu beurteilen ist, in welcher Beziehung zu ihm die in der notariellen Urkunde niedergelegten Erklärungen stehen, ist der Übergabevertrag. Zu diesem Vertrag stellt der Pflichtteilsverzicht der weichenden Geschwister kein Erfüllungs- oder Sicherungsgeschäft dar. Er dient allein dem Schutz des Übernehmers vor späteren Pflichtteilsergänzungsansprüchen seiner Geschwister und der Vermeidung späterer Erbstreitigkeiten, nicht aber der Sicherung oder Erfüllung des Übergabevertrages. Der Umstand, dass der Übergabevertrag möglicherweise nicht ohne den Pflichtteilsverzicht geschlossen worden wäre, rechtfertigt es nicht, die jeweils selbständigen Rechtsverhältnisse kostenrechtlich als eine Einheit zu behandeln (BayObLG, JurBüro 1988, 891, 892; *Mümmeler*, JurBüro 1988, 1640). Der Übergabevertrag und der Pflichtteilsverzicht bilden auch nicht ein Rechtsverhältnis eigener Art. Ein solches Rechtsverhältnis entsteht nicht schon dadurch, dass die getroffenen Vereinbarungen das gemeinsame Ziel haben, die wirtschaftlichen Interessen aller Beteiligten zu einem Ausgleich zu bringen.

2. Da der Pflichtteilsverzicht der weichenden Geschwister im Verhältnis zu dem Übergabevertrag gegenstandsverschieden ist, erhöht sich der Geschäftswert für die ^{20/10}-Gebühr des § 36 Abs. 2 KostO um den Wert des Pflichtteilsverzichts (§ 44 Abs. 2a KostO). Dessen Wert ist in der Kostenberechnung zu treffend mit 80.000 € angesetzt worden.

Der mit der Zahlung einer Abfindung verbundene Pflichtteilsverzicht stellt einen Austauschvertrag im Sinne des § 39 Abs. 2 KostO zwischen der Übergeberin und den weichenden Geschwistern dar. Diese haben gegenüber der Übergeberin auf den Pflichtteil verzichtet und werden dafür von dieser mit einem Betrag von 80.000 € abgefunden. Der Annahme einer Austauschleistung der Übergeberin steht nicht entgegen, dass die Geschwister den Abfindungsbetrag direkt vom Übernehmer erhalten sollen. Indem der Übernehmer, der sich hierzu gegenüber der Übergeberin vertraglich verpflichtet hat, die Auszahlung unmittelbar an die Geschwister vornehmen sollte, wurde lediglich vermieden, dass das Geld den Umweg über die Übergeberin nimmt. Diese „abgekürzte“ Zahlung ändert aber nichts daran, dass es sich um eine Leistung der Übergeberin im Hinblick auf den Pflichtteilsverzicht der weichenden Geschwister handelt (vgl. BayObLG, MittBayNot 1998, 372, 373; Notarkasse München, Streifzug durch die Kostenordnung, 9. Aufl., Rdnr. 2011; *Rohs/Wedewer*, KostO, Stand August 2012, § 39 Rdnr. 14). Der Umstand, dass die Abfindungszahlung zugleich auch eine Austauschleistung des Übernehmers an die Übergeberin ist, steht deren Berücksichtigung als Austauschleistung im Verhältnis zwischen der

Übergeberin und den Geschwistern nicht entgegen. Denn bei dem Übergabevertrag und dem Pflichtteilsverzichtsvertrag handelt es sich um selbständige, mit unterschiedlichen Leistungspflichten verbundene Rechtsverhältnisse, deren Wert unabhängig von dem des jeweils anderen Rechtsverhältnisses zu bestimmen ist (vgl. *Rohs/Wedewer*, KostO, Stand August 2012, § 39 Rdnr. 14 Fn. 28). Der Wert des Pflichtteilsverzichtsvertrages bemisst sich daher gemäß § 39 Abs. 2 KostO nach dem Abfindungsbetrag von 80.000 €, da keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich sind, dass der Wert des Verzichts höher als die Abfindung ist.

Anders als der Präsident des LG meint, ist der Abfindungsbetrag auch nicht von dem Wert des Pflichtteilsverzichts abzuziehen. Der Wert des Verzichts wird nicht dadurch gemindert, dass er an eine Abfindungszahlung geknüpft wird. In Abzug zu bringen sind lediglich solche Vermögenswerte, die dem Verzichtenden bereits vor dem Vertragsschluss unter Anrechnung auf seinen Pflichtteilsanspruch (§ 2315 BGB) zugewendet worden waren, da insoweit kein Pflichtteilsrecht mehr besteht (*Filzek*, KostO, 4. Aufl., § 30 Rdnr. 4 „Wert eines Pflichtteilsverzichts“; *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, KostO, 18. Aufl., § 39 Rdnr. 30a; Notarkasse München, Streifzug durch die Kostenordnung, 9. Aufl., Rdnr. 618). Um eine solche Fallgestaltung geht es hier jedoch nicht.

(...)

Hinweis der Schriftleitung:

Der BGH hat mit diesem Beschluss die Auffassung der Prüfungsabteilung der Notarkasse (Streifzug durch die Kostenordnung, 9. Aufl., Rdnr. 2009 ff.) bestätigt.

Öffentliches Recht

17. § 12 SGB II (*Immobilie als verwertbares Vermögen im Sinne des § 12 Abs. 1 SGB II bei ertragreicher Veräußerbarkeit binnen sechs Monaten*)

Ein Haus oder eine Eigentumswohnung sind verwertbares Vermögen nach § 12 Abs. 1 SGB II, wenn eine Prognose ergibt, dass die Immobilie innerhalb von sechs Monaten „versilbert“ werden kann und ein Ertrag für den Lebensunterhalt erzielbar ist. Für die Verwertbarkeit genügt bereits die Möglichkeit, dass das Objekt tatsächlich verwertet werden kann. Nicht entscheidend ist daher, ob die Immobilie tatsächlich binnen sechs Monaten verwertet wird.

Ob eine Verwertung offensichtlich unwirtschaftlich wäre, wird erst im Rahmen von § 12 Abs. 3 Satz 1 Nr. 6 SGB II geprüft. Dazu wird der Verkaufspreis mit dem tatsächlichen Substanzwert verglichen. Für Immobilien gibt es dafür aber keine festen Grenzwerte. Eine offensichtliche Unwirtschaftlichkeit besteht erst bei einem wirtschaftlichen Ausverkauf mit erheblichen wirtschaftlichen Verlusten.

Da vom Vermögensinhaber nach § 12 Abs. 3 Satz 1 Nr. 6 Alt. 1 SGB II erwartet wird, dass er eine Verwertung akzeptiert, die einen niedrigen Verkaufspreis knapp über der offensichtlichen Unwirtschaftlichkeit erbringt, kann die Prognose von einem niedrigen Verkaufspreis ausgehen.

LSG Bayern, Beschluss vom 10.12.2012, L 7 AS 432/11

Die Klägerin begehrt Arbeitslosengeld II in der Zeit vom März 2009 bis Oktober 2009 in Form eines Zuschusses zu erhalten, statt, wie bewilligt, als Darlehen. Umstritten ist die Verwertbarkeit eines Hauses.

Die 1962 geborene Klägerin bezog ab 2008 bis Ende Februar 2009 Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch (SGB II) vom Landkreis E. Sie zog am 22.2.2009 in den Zuständigkeitsbereich des Beklagten und beantragte dort Arbeitslosengeld II. Dabei gab sie an, neben ihrem geschiedenen Ehemann zur Hälfte Miteigentümerin eines Einfamilienhauses (Baujahr 1995) in W im Landkreis M, S-A, zu sein. Die Wohnfläche betrage 125 m² (laut Bauplan 123 m²), die Grundstücksfläche 716 m². Der Verkehrswert des Hauses betrage 150.000 €, wobei auf dem Haus 49.000 € an Schulden lasten würden. Der Ort W hat ca. 2.500 Einwohner und liegt etwa einen Kilometer nördlich einer Autobahn und circa sieben Kilometer westlich von S. Die Klägerin teilte weiter mit, eine selbständige Erwerbstätigkeit aufzunehmen.

Mit Bescheid vom 6.4.2009 bewilligte der Beklagte der Klägerin Arbeitslosengeld II vorläufig und in Form eines Darlehens für die Zeit von 1.3.2009 bis 31.8.2009 in Höhe von monatlich 544,36 €. Die Vorläufigkeit beruhe darauf, dass das Einkommen aus der selbständigen Tätigkeit noch nicht bekannt sei. Es werde vorläufig kein Einkommen angesetzt. Das Darlehen beruhe darauf, dass das Haus grundsätzlich zu berücksichtigendes Vermögen sei, jedoch nicht sofort verwertbar sei. Die freiwilligen Beiträge zur Kranken- und Pflegeversicherung könnten auf Wunsch auf Darlehensbasis übernommen werden.

Die Klägerin legte gegen die Darlehensform Widerspruch ein. Das Haus solle seit über zwei Jahren verkauft werden, was aber wegen zu vielen Angeboten und zu geringer Käufernachfrage bisher gescheitert sei. Ein Verkauf weit unter Wert sei nicht zumutbar. Laut Internetinserat wurde das Haus zu einem Kaufpreis von 175.000 € angeboten. (...)

Die Klägerin hat am 31.5.2011 Berufung gegen das Urteil des Sozialgerichts eingelegt. Bei der ursprünglichen Festsetzung des Verkaufspreises des Hauses von 175.000 € sei sie von benachbarten Verkaufsfällen aus den Jahren vor 2007 ausgegangen. Die Immobilienpreise seien aufgrund der sehr hohen Arbeitslosigkeit in der Region stark gefallen, so dass der Preis mehrfach nach unten korrigiert worden sei. Mehrere Kaufinteressenten hätten den Kaufpreis akzeptiert. Diese hätten den Kauf aber wieder absagen müssen, weil ihre Finanzierung nicht solide gewesen sei. Sie habe auch vor dem Umzug vom Landkreis E Arbeitslosengeld II als Zuschuss erhalten, obwohl sie nicht in dem Haus gewohnt habe. Sie sei deshalb von Schonvermögen ausgegangen, zumal auch ihr Sohn dort noch gewohnt habe. Die vom Landesamt angegebenen Vergleichsfälle seien vorrangig Doppelhaushälften ohne Keller auf kleinen Grundstücken gewesen und daher nicht vergleichbar. Grundübel für die Verkaufsbemühungen sei die hohe Arbeitslosigkeit in der Region. Sie habe das Haus im Februar 2011 für 140.000 € verkauft. (...)

Aus den Gründen:

1. Der Miteigentumsanteil am Hausgrundstück war verwertbares Vermögen.

Vermögen ist verwertbar, wenn seine Gegenstände verbraucht, übertragen oder belastet werden können. Der Begriff der Verwertbarkeit ist ein rein wirtschaftlicher und beurteilt sich sowohl nach den tatsächlichen als auch nach den rechtlichen Verhältnissen. Tatsächlich nicht verwertbar sind Vermögensgegenstände, für die in absehbarer Zeit kein Käufer zu finden sein wird, etwa weil Gegenstände dieser Art nicht (mehr) marktgängig sind oder weil sie – wie beispielsweise Grundstücke infolge sinkender Immobilienpreise – über den Marktwert hinaus belastet sind (BSG, Urteil vom 22.3.2012, B 4 AS 99/11 R, Rdnr. 21).

Für die Frage, ob ein rechtliches oder tatsächliches Verwertungshindernis besteht, ist eine Prognose anzustellen, regelmäßig für den sechsmonatigen Bewilligungszeitraum des § 41 Abs. 1 Satz 4 SGB II. Für diesen Bewilligungszeitraum muss im Vorhinein eine Prognose getroffen werden, ob und

welche Verwertungsmöglichkeiten bestehen, die geeignet sind, Hilfebedürftigkeit abzuwenden. Eine Festlegung für darüber hinausgehende Zeiträume ist demgegenüber nicht erforderlich und wegen der Unsicherheiten, die mit einer langfristigen Prognose verbunden sind, auch nicht geboten. Nach Ablauf des jeweiligen Bewilligungszeitraumes ist bei fortlaufendem Leistungsbezug erneut und ohne Bindung an die vorangegangene Einschätzung zu überprüfen, wie für einen weiteren Bewilligungszeitraum die Verwertungsmöglichkeiten zu beurteilen sind. Aus dem Erfordernis einer Prognoseentscheidung (lediglich) für den Bewilligungszeitraum von einem halben Jahr folgt kein über § 12 Abs. 2 und 3 SGB II hinausgehender Verwertungsschutz von solchen Vermögensgegenständen, deren Verwertung sich regelmäßig als schwierig und zeitaufwändig darstellt (zu dieser Prognose BSG, Urteil vom 27.1.2009, B 14 AS 42/07 R, Rdnr. 23 und 24). Eine Prognoseentscheidung der Behörde unterliegt der uneingeschränkten richterlichen Überprüfung (BSG, Urteil vom 6.4.2006, B 7 a AL 20/05 R).

Rechtliche oder tatsächliche Verwertungshindernisse bestanden nicht. Das Haus war mit knapp 49.000 € nur zu einem Bruchteil seines Marktwertes belastet. Das Haus war auch marktgängig. Letzteres ergibt sich zur Überzeugung des Gerichts aus der Auskunft des Landesamtes vom 15.6.2012 und den eigenen Angaben der Klägerin. Die Klägerin hat mehrfach mitgeteilt, dass sich wiederholt Käufer für das Haus interessiert hatten, sogar als es noch zu einem hohen Preis angeboten wurde. Das Landesamt hat dargelegt, dass das freistehende Einfamilienhaus mit einem Baujahr um 1995 zu einem Wohnflächenpreis von 1.257 € marktgängig war. Bei einer Wohnfläche von 123 m² (laut Bauplan) ergab sich ein Preis von rund 155.000 €, zu dem das Haus mit einer gewissen Erfolgsaussicht auf dem Markt angeboten werden konnte. Das deckt sich auch mit dem von der Klägerin bei Antragstellung angegebenen Verkehrswert von 150.000 €. Weiter hat das Landesamt eine Liste von Verkaufsfällen aus W und Umgebung übermittelt, darunter allein 15 Fälle aus dem nahegelegenen S.

Für die Prognose nicht entscheidend ist, ob eine Immobilie tatsächlich binnen sechs Monaten verwertet wird, bzw. hier erst Anfang 2011 verkauft wurde. Es gehört zum Wesen der Prognose, dass aufgrund feststehender Fakten Schlussfolgerungen für eine künftige ungewisse Entwicklung gezogen werden. Dabei kommt es auf die Umstände an, die zu dem Zeitpunkt erkennbar waren, in dem die Prognose vorausschauend beurteilt werden musste (BSG, Urteil vom 17.5.1989, 10 RKg 19/88, Rdnr. 22).

Es genügt nach dem Gesetzeswortlaut die Verwertbarkeit, also die Möglichkeit, dass das Objekt tatsächlich verwertet werden kann. Dass zwischen der Zeit bis zur Verwertung und dem verlangten Kaufpreis regelmäßig ein Zusammenhang besteht, liegt auf der Hand. Nach § 12 Abs. 3 Satz 1 Nr. 6 Alt. 1 SGB II wird vom Vermögensinhaber erwartet, dass er eine Verwertung akzeptiert, die einen niedrigen Verkaufspreis knapp über der offensichtlichen Unwirtschaftlichkeit erbringt. Dann kann auch die Prognose von einem niedrigen Verkaufspreis ausgehen. Die Behörde trägt nicht das Risiko der optimalen Verwertung des Vermögens. Sie musste der Prognose insbesondere nicht den Wunschpreis der Klägerin von 175.000 € zugrunde legen, der angesichts der vorgenannten Berechnung, den eigenen Angaben der Klägerin (z. B. bei der Antragstellung) und des letztlich erzielten Kaufpreises von 140.000 € als deutlich zu hoch anzusehen ist. Die Prognose, dass die Möglichkeit besteht, das Haus der Klägerin zu einem niedrigen Verkaufspreis binnen eines halben Jahres zu veräußern, ist nicht beanstanden.

Auch die Argumentation der Klägerin, im Jahr 2009 habe es in W keinen Verkaufsfall gegeben, führt nicht zu einer anderen Bewertung. Das Haus war in dieser Zeit nicht unverwertbar, weil es in W lag. Auch die Autobahn lag nicht so nahe, als dass das Haus dadurch – selbst bei einem dann lagebezogen erforderlichen Wertabschlag – unverkäuflich gewesen wäre. Die Klägerin hat selbst mehrfach mitgeteilt, dass sich sogar bei einem hohen Preis wiederholt Käufer für das Haus interessiert hatten. W ist mit rund 2.500 Einwohnern sehr klein und es gab deswegen in W nur wenige, von 2008 bis 2011 nur drei, Verkaufsfälle. In der näheren Umgebung wurden dagegen laufend ähnliche Häuser verkauft. Ein wesentlicher Grund für die sich hinziehenden Verkaufsbemühungen waren dagegen die hohen Preiserwartungen der Klägerin.

2. Der erzielbare Kaufpreis lag deutlich über den Vermögensfreibeträgen der Klägerin.

Die Vermögensfreibeträge nach § 12 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und 4 SGB II betragen bei der im Jahr 1962 geborenen Klägerin im Jahr 2009 höchstens 7.800 € (47 mal 150 € plus 750 €). Vom Verkaufserlös von 140.000 € sind die dinglichen Belastungen von knapp 49.000 € abzuziehen (Rest 91.000 €) und davon die Hälfte der Klägerin für den Miteigentumsanteil zuzurechnen, mithin 45.500 €.

3. Die Verwertung war nicht offensichtlich unwirtschaftlich. Eine offensichtliche Unwirtschaftlichkeit der Verwertung im Sinne des § 12 Abs. 3 Satz 1 Nr. 6 Alt. 1 SGB II liegt vor, wenn der zu erzielende Gegenwert in einem deutlichen Missverhältnis zum wirklichen Wert des zu verwertenden Vermögensgegenstands steht. Es ist mithin zu ermitteln, welchen Verkaufspreis der jeweilige Vermögensgegenstand im Zeitpunkt der Antragstellung auf Leistungen nach dem SGB II (§ 12 Abs. 4 Satz 2 SGB II) auf dem Markt hatte. Dieser aktuelle (gegenwärtige) Verkaufspreis ist dem Substanzwert gegenüberzustellen, wobei künftige Gewinnaussichten außer Betracht bleiben. Bei der Verwertung von Immobilien lässt sich – anders als möglicherweise bei anderen Gegenständen wie Kapitallebensversicherungen – eine absolute Grenze nicht ziehen. Marktgängige Wertschwankungen können bei Immobilien eine offensichtliche Unwirtschaftlichkeit nicht begründen. Entsprechend der Rechtsprechung zum Recht der Arbeitslosenhilfe ist daher Prüfungsmaßstab bei der Verwertung von Immobilienvermögen, ob dieses nur mit erheblichen wirtschaftlichen Verlusten veräußert werden kann (BSG, Urteil vom 22.3.2012, B 4 AS 99/11 R, Rdnr. 23 und 24). Es kommt im SGB II nicht auf den Schutz der erarbeiteten Vermögensposition an, sondern es soll lediglich ein wirtschaftlicher Ausverkauf verhindert werden (BSG, Urteil vom 23.5.2012, B 14 AS 100/11 R, Rdnr. 24).

Ein wirtschaftlicher Ausverkauf war nicht Voraussetzung der Verwertung des Hauses. Wie bereits dargelegt, hat die Klägerin das Haus für 175.000 € zu einem überhöhten Preis angeboten. Das Landesamt hat einen realistischen Angebotspreis von 154.611 € (tatsächliche 123 m² mal 1.257 €) angegeben. Die Klägerin hat selbst bei Antragstellung einen Verkehrswert von 150.000 € angegeben. Der tatsächlich erzielte Preis von 140.000 € stellt gut 90 % dieses realistischen Angebotspreises dar. Das Gericht hat deshalb keinen Anlass gesehen, ein gesondertes Wertgutachten für das Haus der Klägerin einzuholen. Die Klägerin hat selbst dargelegt, dass sie mit 175.000 € einen hohen Preis gewählt und sich dabei an Verkaufsfällen aus der Zeit vor 2007 orientiert hatte. Gleichzeitig hat sie einen Rückgang der Nachfrage beklagt. Da wäre es marktgerecht gewesen, den Verkaufspreis nach unten zu korrigieren.

4. Die Verwertung des Hauses war auch keine besondere Härte.

Nach § 12 Abs. 3 Satz 1 Nr. 6 Alt. 2 SGB II sind als Vermögen nicht zu berücksichtigen Sachen oder Rechte, soweit ihre Verwertung nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls für den Betroffenen eine besondere Härte bedeuten würde. Da nur außergewöhnliche Umstände maßgebend sind, die nicht schon durch die ausdrücklichen gesetzlichen Freistellungen über das Schonvermögen und die Absetzbeträge nach § 12 Abs. 2 SGB II erfasst werden, setzt die Härteregelung solche Gegebenheiten voraus, die dem Betroffenen ein deutlich größeres Opfer abverlangen, als eine einfache Härte und die mit der Vermögensverwertung stets verbundenen Einschnitte (BSG, Urteil vom 22.3.2012, B 4 AS 99/11 R, Rdnr. 28). Derartige Gegebenheiten lagen hier nicht vor.

Dass der vor dem Umzug zuständige Leistungsträger der Klägerin trotz des Miteigentums am Haus bis Ende Februar 2009 Arbeitslosengeld II als Zuschuss gewährte, führt nicht zu einem Härtefall. Dies kann zwar zu einer Erwartungshaltung der Klägerin geführt haben, dass sie die Leistung auch von einer anderen Behörde weiterhin als Zuschuss erhält. Sie hat jedoch keinen Anspruch darauf, dass eine falsche Behördenentscheidung wiederholt wird.

Es liegt auch keine unzumutbare Härte darin, dass das Haus vom erwachsenen Sohn der Klägerin bewohnt wurde. Die Klägerin hat dies selbst nicht als Verwertungshindernis betrachtet und fortlaufend das Haus zum Verkauf angeboten, allerdings zu einem zu hohen Preis. Als Altersvorsorge der Klägerin war das Haus nicht erforderlich. Es bestehen schon keine großen Erwerbslücken im Lebenslauf der Klägerin. Sie bezog nur phasenweise Arbeitslosengeld II, auch die parallele selbständige Tätigkeit dauerte nur die fünf Monate von März bis Juli 2009. Die Klägerin wollte das Haus auch nicht für das Alter erhalten, sondern nur einen möglichst hohen Verkaufspreis erzielen. Dass der Verkauf zu einem angemessenen Preis die Altersvorsorge gefährden könnte, obwohl ihr ohnehin nur die Hälfte des Mehrpreises zugestanden hätte, ist weder ersichtlich noch vorgetragen.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass der Miteigentumsanteil der Klägerin an dem Haus verwertbares Vermögen war und der Klägerin nur ein Darlehen zustand.

(...)

18. SGB XII § 19 Abs. 2, 3, §§ 41, 27b, 61, 91; BGB § 246
(Zur Gewährung von Sozialhilfeleistungen)

Sozialhilfeleistungen zur Deckung der nicht durch laufendes Einkommen bzw. sofort einsetzbares Vermögen gedeckten Heimpflegekosten können als Darlehen gewährt werden.

(Leitsatz der Schriftleitung)

SG Aachen, Urteil vom 13.11.2012, S 20 SO 161/11

Die Klägerin begehrt die Gewährung von Sozialhilfeleistungen zur Deckung der nicht durch laufendes Einkommen bzw. sofort einsetzbarem Vermögen gedeckten Heimpflegekosten für die Zeit ab Dezember 2009 als Zuschuss statt als Darlehen.

Die am ... geborene, verwitwete Klägerin ist zur Hälfte Miteigentümer des Grundbesitzes Bahnstraße 1 in T ... Der andere 1/2-Miteigentumsanteil steht im Eigentum der Erbengemeinschaft A. T. (AT) und R. S. (RS); die beiden Geschwister sind Neffe bzw. Nichte der Klägerin. Die Klägerin bezieht ein Altersruhegeld aus der gesetzlichen Rentenversicherung (Stand 7/2009: 536,15 €). Sie ist schwerbehindert und erheblich pflegebedürftig; sie erhält Leistungen der sozialen Pflegeversicherung nach Pflegestufe 1 bei stationärer Pflege in Höhe von monatlich 1.023 €. Der Neffe AT kümmert sich um die Angelegenheiten seiner Tante und ist von ihr mit einer entsprechen-

den Vorsorgevollmacht ausgestattet. Seit 20.3.2009 lebt die Klägerin in einem Alten- und Pflegeheim. Zuvor bewohnte sie das Haus Bahnstraße 1 in T. In Bezug auf den hälftigen Miteigentumsanteil der Erbengemeinschaft hatte sie mit der Erbengemeinschaft einen Mietvertrag geschlossen.

Am 29.9.2009 beantragte die Klägerin bei dem Beklagten Sozialhilfe, insbesondere die Übernahme der ungedeckten Heimkosten. Im Rahmen der Prüfung der wirtschaftlichen Verhältnisse legte die Klägerin Sparbuch- und Girokontenbelege vor; im Februar und August 2010 erklärte AT, dass er und seine Schwester RS derzeit nicht das Interesse und die Absicht hätten, den Grundbesitz zu verkaufen, jedoch könne von einer Weigerung bezüglich eines Verkaufs nicht gesprochen werden, da bisher niemand eine Veräußerung angeregt oder gar verlangt habe.

Durch Bescheid vom 21.12.2010 bewilligte der Beklagte der Klägerin ab 1.6.2010 Sozialhilfe in Form eines Darlehens zur Deckung der nicht durch Einkommen und Barvermögen oberhalb des Schonbetrages gedeckten Heimkosten zuzüglich eines monatlichen Barbetrages. Die Bewilligung der Sozialhilfe erfolgte ohne zeitliche Befristung. Den Beginn des Einsetzens der Sozialhilfe begründete der Beklagte damit, dass bis Mai 2010 neben dem laufenden Einkommen auch Barvermögen oberhalb des Schonbetrages von 2.600 € zur Deckung der Heimkosten zur Verfügung gestanden habe, so dass ein Sozialhilfebedarf erst ab Juni 2010 bestehe. Die Hilfe erfolge gemäß § 91 Zwölftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB XII) als Darlehen, weil mit dem ½-Miteigentumsanteil an dem Hausgrundstück verwertbares, nicht geschütztes Vermögen vorhanden sei, dessen Einsatz keine Härte darstelle, dessen sofortige Verwertung aber nicht möglich sei. Die Auszahlung des Darlehens erfolge zur 100 % mit einer Verzinsung von 4 % pro Jahr unmittelbar an die Pflegeeinrichtung; zur Sicherung des Darlehens sei eine Sicherungshypothek auf den ½-Miteigentumsanteil des Grundbesitzes zur bestellen.

Dagegen erhob die Klägerin am 11.1.2011 Widerspruch. Sie machte geltend, der Einsatz von Barvermögen in Höhe von 9.200 € könne nicht verlangt werden, weil in Höhe von 7.200 € Zahlungen an Haushaltshilfe und Pflegekräften geleistet und 2.000 € vom Sparbuch zur Begleichung eines Betrages in derselben Höhe verwendet worden seien, den der Neffe AT für Rechnungen des Hauses vorgestreckt habe. Im Übrigen wandle sich die Klägerin gegen die darlehensweise Hilfegewährung. Sie meinte, dass diese nicht rechtmäßig sei, da es sich bei dem Grundbesitz um unverwertbares Vermögen handle. Das Hausgrundstück sei unbewohnt, in schlechtem baulichen Zustand und unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten nicht in absehbarer Zeit zu einem vertretbaren Preis verwertbar. Schließlich sei eine 4%ige Verzinsung des Darlehens gesetzlich nicht vorgesehen und unzulässig.

Durch Widerspruchsbescheid vom 30.8.2011, zugestellt am 5.9.2011, half der Beklagte dem Widerspruch teilweise ab. Er erkannte die Ausgaben für Pflegekräfte in Höhe von 7.200 € an mit der Folge, dass in dieser Höhe kein einsetzbares Vermögen zur Verfügung gestanden habe. Die weiter geltend gemachten 2.000 € seien jedoch einzusetzendes Vermögen; insoweit sei die Abhebung und Verwendung dieses Betrages nicht nachvollziehbar und nachgewiesen. Es ergebe sich dadurch ein Beginn des Sozialhilfeanspruchs ab Dezember 2009; für diesen Monat sei noch teilweise Barvermögen einzusetzen gewesen; ab 1.1.2010 werde die Sozialhilfe ohne einzusetzendes Barvermögen gewährt. Hinsichtlich der darlehensweisen Bewilligung blieb der Beklagte bei seiner bisherigen Auffassung. Weder sei eine Unzumutbarkeit noch eine Härte der Verwertung des Grundbesitzes erkennbar; die vorliegenden Fotos zeigten einen durchschnittlichen baulichen Zustand des Hauses; die angesprochenen Mängel seien bereits wertmindernd berücksichtigt worden. Der Beklagte schätzte den Verkehrswert für das Grundstück einschließlich Aufbauten sowie Außenanlagen auf 110.000 € und machte die Auszahlung des Sozialhilfedarlehens von der Eintragung einer Sicherungshypothek in Höhe der Hälfte dieses Verkehrswertes, also 55.000 €, abhängig. Hinsichtlich der Verzinsung des Darlehens verwies er auf die Vorschrift des § 246 BGB.

Dagegen hat die Klägerin am 4.10.2011 Klage erhoben. Sie hat ihr Begehren auf die Gewährung der Sozialhilfeleistungen als Zuschuss anstatt als Darlehen beschränkt; hilfsweise beansprucht sie die Gewährung als zinsfreies Darlehen.

Auf Anregung des Gerichts hat der Beklagte ein Gutachten des Gutachterausschusses für Grundstückswerte im Kreis Heinsberg zur

Bewertung des Grundstücks Bahnstraße 1 in T eingeholt und in das Verfahren eingeführt. In dem Gutachten vom 10.5.2012 hat der Gutachterausschuss den aktuellen Verkehrswert (Marktwert) des Grundbesitzes unter Berücksichtigung aller den Wert beeinflussenden Umstände, z. B. Entwicklungszustand, Art und Maß der baulichen und sonstigen Nutzung, die wertbeeinflussenden Rechte und Belastungen, der abgaberechtliche Zustand, die Lagermerkmale und weitere Merkmale, auf 65.000 € festgesetzt.

Die Klägerin sieht sich durch das Wertgutachten des Gutachterausschusses in ihrer Auffassung bestätigt, dass ihr hälftiger Miteigentumsanteil wirtschaftlich und tatsächlich unverwertbar sei. Eine darlehensweise Bewilligung von Sozialhilfe komme nur bei grundsätzlich einsetzbarem und auch verwertbarem Vermögen in Betracht. Mit dem Begriff der Verwertbarkeit gehe eine tatsächliche und eine zeitliche Komponente einher. Wenn das Vermögen nicht wirtschaftlich und in angemessener Zeit verwertet werden könne, das heißt die Verwertbarkeit völlig ungewiss sei, sei das Vermögen unverwertbar. Ein Immobilienmakler habe – nach Augenschein – die Verwertbarkeit des ½-Anteils des Grundbesitzes zu dem vom Gutachterausschuss festgestellten Wert als nicht realisierbar eingeschätzt. Die Klägerin meint, im Sozialhilferecht gelte als absehbarer Zeitraum zur Verwertung von Vermögen ein solcher von zwölf Monaten, entsprechend dem regelmäßigen Zeitraum für die Bewilligung von Grundsicherungsleistungen nach dem SGB XII. Die Klägerin sei 94 Jahre alt; nach ihrer statistischen Lebenserwartung bleibe ein knappes Jahr, um die Miteigentümergeinschaft auseinanderzusetzen. Die Klägerin hat zwei an die Miteigentümer AT und RS gerichtete Schreiben vom 2.8.2012 vorgelegt, in denen sie die beiden zur Zustimmung zur Auseinandersetzung der Miteigentümergeinschaft aufgefordert hat. Mit Schreiben vom 8.9.2012 und 2.10.2012 haben RS bzw. AT darauf geantwortet, dass sie derzeit an einer Auflösung der Miteigentümergeinschaft kein Interesse hätten und auch nicht beabsichtigten, ihren Anteil zu veräußern.

Aus den Gründen:

Die Klage ist zulässig, jedoch nicht begründet.

Die Klägerin wird durch die angefochtenen Bescheide weder dadurch beschwert, dass die Sozialhilfe als Darlehen gewährt wurde und wird, noch dadurch, dass das Darlehen jährlich mit 4 % zu verzinsen ist. (...)

Das Grundbesitzvermögen war zum Zeitpunkt des Einsetzens der Sozialhilfe Ende 2009 und ist auch heute noch verwertbares Vermögen. Der Umstand, dass die Klägerin – zusammen mit ihrem Neffen AT und ihrer Nichte RS – lediglich Miteigentümerin des bebauten Grundstücks ist, steht der Annahme der Verwertbarkeit des Vermögensgegenstandes nicht entgegen. Beim Miteigentum (§§ 1008 ff. BGB) an einem Grundstück gelten die §§ 741 ff. BGB über die Gemeinschaft entsprechend, soweit sie nicht durch die Regelungen des Miteigentums modifiziert werden. Gemäß § 747 Satz 1 BGB kann jeder Miteigentümer über seinen Anteil verfügen. Dieser Anspruch ist auch übertragbar und verpfändbar (LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 15.1.2008, L 13 AS 207/07 ER – unter Hinweis auf BGHZ 90, 215; vgl. auch BSG, Urteile vom 27.1.2009, B 14 AS 42/07 R und B 14 AS 52/07 R).

Die Verwertung des Grundbesitz(anteils) ist auch nicht „offensichtlich unwirtschaftlich“. Das Kriterium der offensichtlichen Unwirtschaftlichkeit findet im Recht der Grundsicherung für Arbeitssuchende eine Grundlage (§ 12 Abs. 3 Satz 1 Nr. 6 SGB II), nicht aber im Recht der Sozialhilfe. Selbst bei Anwendung der von der Rechtsprechung für das SGB II aufgestellten Grundsätze (vgl. BSG, Urteil vom 22.3.2012, B 4 AS 99/11 R) wäre im vorliegenden Fall eine Unwirtschaftlichkeit der Vermögensverwertung nicht anzunehmen. Der Verkehrswert/Marktwert des Grundbesitzes ist unter Berücksichtigung aller wertsteigernden und wertmindernden Merkmale vom Gutachterausschuss auf 65.000 € festgestellt worden. Der Miteigentumsanteil der Klägerin ist demnach 32.500 € wert. Ohne die zugunsten des Beklagten eingetra-

gene Sicherungshypothek lastet auf dem Grundstück nur eine Sicherungshypothek von 6.806,75 € zugunsten der Bundesrepublik Deutschland (die möglicherweise bereits löschungsfähig ist); auf die Klägerin entfällt hiervon allenfalls ein Anteil in Höhe von 3.403,37 €. Auch unter Berücksichtigung dieses bei einem Verkauf möglicherweise noch in Abzug zu bringenden Betrages sowie der bei einem Verkauf anfallenden Kosten und Gebühren wäre die Verwertung des Grundbesitzes nicht offensichtlich unwirtschaftlich.

Der Miteigentumsanteil der Klägerin ist auch tatsächlich verwertbar. In der Rechtsprechung wird angenommen, dass Vermögensgegenstände tatsächlich nicht verwertbar sind, wenn für sie in absehbarer Zeit kein Käufer zu finden sein wird. Maßgebend für die Prognose, ob ein Verwertungshindernis besteht, ist im Regelfall der Zeitraum, für den die Leistungen bewilligt werden. Das ist im Bereich der Grundsicherung für Arbeitsuchende der sechsmonatige Bewilligungszeitraum des § 41 Abs. 1 Satz 4 SGB II (BSG, Urteile vom 27.1.2009, B 14 AS 42/07 R und B 14 AS 52/07 R; Urteil vom 6.5.2010, B 14 AS 2/09 R; Hessisches LSG, Urteil vom 23.3.2011, L 6 AS 382/07), im Bereich der Grundsicherung im Alter nach dem 4. Kapitel des SGB XII der zwölfmonatige Bewilligungszeitraum des § 44 Abs. 1 Satz 1 SGB XII (BSG, Urteil vom 25.8.2011, B 8 SO 19/10 R). Für die im Fall der Klägerin wesentliche Hilfe zur Pflege gemäß §§ 61 ff. SGB XII sieht das Gesetz keinen regelmäßigen Bewilligungszeitraum vor. In diesem Bereich werden – gerade bei älteren Hilfebedürftigen – die Leistungen für erheblich längere Zeiträume, regelmäßig unbefristet bewilligt. Wenn aber – wie auch im Fall der Klägerin – die Sozialhilfe unbefristet bewilligt und gewährt wird, entfällt die zeitliche Komponente der Verwertbarkeit von Vermögen. Denn bei der im Zeitpunkt des (möglichen) Beginns der Sozialhilfe zu treffenden Prognose ist ein Ende der Leistung nicht absehbar. Gerechnet vom Zeitpunkt der Antragstellung (29.9.2009) sind bis zur mündlichen Verhandlung bereits mehr als drei Jahre vergangen. Und es sind – außer dem Alter der Klägerin – keine Anhaltspunkte ersichtlich, die darauf hindeuten, dass die Klägerin nicht noch eine erheblich längere Lebenserwartung hat.

Allerdings hängt die Verwertung des Grundbesitzes durch Verkauf nicht allein von der Klägerin ab, da sie nur einen Miteigentumsanteil hat. Zum vorrangig einzusetzenden Vermögen gehört aber auch der Anspruch auf Aufhebung der Miteigentumsgemeinschaft gemäß § 749 Abs. 1 BGB. Die Klägerin hat das Verlangen auf Aufhebung der Gemeinschaft (erst) mit Schreiben vom 2.8.2012, fast drei Jahre nach dem Sozialhilfeantrag, an die Miteigentümer gerichtet. Allein deren mit keinem Wort begründete Erklärungen, an einer Auflösung der Miteigentumsgemeinschaft und einem Verkauf ihres Anteils nicht interessiert zu sein, lässt weder die tatsächliche noch die rechtliche Verwertbarkeit des Miteigentumsanteils der Klägerin entfallen. Da die Aufhebung der Gemeinschaft durch keine Vereinbarung der Miteigentümer ausgeschlossen ist, kann die Klägerin gemäß § 180 Zwangsversteigerungsgesetz (ZVG) einen Antrag auf Zwangsversteigerung des Grundbesitzes zum Zwecke der Aufhebung der Gemeinschaft stellen. Ein Titel ist hierfür nicht erforderlich (§ 181 Abs. 1 ZVG). Selbst wenn es eine Vereinbarung gäbe, durch die die Aufhebung der Gemeinschaft ausgeschlossen worden wäre, könnte die Klägerin gleichwohl gemäß § 749 Abs. 2 Satz 1 BGB die Aufhebung verlangen, da hier ein wichtiger Grund, der nach Auffassung der Kammer in Fällen der vorliegenden Art zu bejahen ist, bestünde. (...)

Steht nach alledem fest, dass es sich bei dem Miteigentumsanteil der Klägerin um Vermögen handelt, von dessen Einsatz die Sozialhilfe abhängig gemacht werden kann und das auch

tatsächlich und rechtlich verwertbar ist, so hat der Beklagte zu Recht die Sozialhilfe gemäß § 91 SGB XII als Darlehen bewilligt und gewährt. Denn eine sofortige Verwertung des Vermögens war und ist unter den gegebenen Umständen nicht möglich. Da die der Klägerin zustehende Sozialhilfe jedenfalls bis zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung noch nicht in einer Höhe gewährt worden ist, die den vom Gutachterausschuss angenommenen und durch die eingetragene Hypothek gesicherten Vermögenswert von 32.500 € erreicht, ist die Darlehensbewilligung und -gewährung des Beklagten auch zum gegenwärtigen Zeitpunkt noch rechtmäßig. Ab welchem in der Zukunft liegenden Zeitpunkt eine Gewährung der Sozialhilfe als Zuschuss in Betracht kommt, hat die Kammer nicht zu entscheiden.

Die Verzinsung des nach § 91 SGB XII gewährten Darlehens in Höhe von 4 % pro Jahr ist nicht zu beanstanden. Bei der Entscheidung nach § 91 SGB XII handelt es sich um eine Ermessensentscheidung. Dass die Vorschrift keine Regelung zu den Zinsen des Darlehens trifft, bedeutet nicht, dass Zinsen nicht gefordert werden können. Die Höhe des Zinssatzes entspricht dem gesetzlichen Zinssatz nach § 246 BGB und ist nicht unbillig (vgl. hierzu auch *Hohm* in *Schellhorn/Schellhorn/Hohm*, SGB XII, 17. Auflage 2006, § 10 Rdnr. 16 und § 91 Rdnr. 11).

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.

Anmerkung:

1. Grundschulbestellungsauftrag vom Jobcenter bzw. der Sozialhilfebehörde

Aufgrund der demographischen Entwicklung nehmen in der notariellen Praxis die Fälle zu, in denen entweder das Jobcenter oder die Sozialhilfebehörde von Immobilieneigentümern meist die Eintragung einer Sicherungshypothek oder Grundschuld fordert. Hintergrund ist zum einen die Altersarmut bei Pflegebedürftigkeit. So betragen die durchschnittlichen monatlichen Kosten einer Heimunterbringung in Bayern (Stand 2011) bei der Pflegestufe 3 circa 3.098 € monatlich. Das Pflegegeld beträgt 1.550 € monatlich, so dass eine Versorgungslücke von 1.548 € monatlich besteht. Mitunter reicht auch ohne Pflegebedürftigkeit zum anderen die Altersrente nicht aus, um den Lebensunterhalt der Bedarfsgemeinschaft zu bestreiten. In sämtlichen Fällen sind staatliche Leistungen entweder nach dem SGB II oder dem SGB XII erforderlich, die erst dann gewährt werden dürfen, wenn weder einsetzbares Einkommen noch berücksichtigungsfähiges Vermögen des Hilfebedürftigen vorhanden sind (§ 90 SGB XII, § 12 SGB II).

2. Grundsatz: Lediglich Einsatz des verwertbaren Vermögens

Sowohl die Gewährung von Arbeitslosengeld II als auch von Sozialhilfe darf nur vom Einsatz des verwertbaren Vermögens abhängig gemacht werden (§ 12 Abs. 1 SGB II und § 90 Abs. 1 SGB XII). Diese Einschränkung auf das verwertbare Vermögen entspricht dem Sozialstaatsgebot.¹ Zum Vermögen gehören bewegliche und unbewegliche Güter, insbesondere auch bebaute und unbebaute Grundstücke sowie Rechte. Hinsichtlich des Einsatzes von Immobilien bestehen Unterschiede zwischen dem SGB II und dem SGB XII. Während das SGB II ein Grundstück von angemessener Größe vom Einsatz

¹ Siehe nur *Grube/Wahrendorf/Wahrendorf*, SGB XII, 4. Aufl. 2012, § 90 Rdnr. 1.

ausnimmt, gelten im SGB XII die Kriterien der in § 90 Abs. 2 Nr. 8 Satz 2 kodifizierten Kombinationstheorie, wonach es für die Angemessenheit der Immobilie nicht nur auf Wohnflächen, sondern die Zahl der Bewohner, den Wohnbedarf, die Grundstücksgröße, die Hausgröße, den Zuschnitt und die Ausstattung des Wohngebäudes sowie auf den Wert des Grundstücks einschließlich des Wohngebäudes ankommt.² Die Verwertbarkeit darf jedoch nicht mit dem vorgenannten Schonvermögen verwechselt werden. Dieses betrifft Vermögen, das zwingend vom Einsatz ausgenommen wird. Dagegen knüpft der Begriff der Verwertbarkeit an das Selbsthilfeprinzip an. Danach kann nur derjenige gezwungen sein, eigenes Vermögen einzusetzen, wenn ihm dieses auch tatsächlich zur Verfügung steht. Fehlt es an verwertbarem Vermögen im Bedarfszeitraum, muss die öffentliche Förderung eingreifen; eine darlehensweise Gewährung öffentlicher Mittel ist dann unzulässig.³ Verwertbares Vermögen ist solches, das verkauft, verbraucht, übertragen und belastet werden kann. Der Begriff der Verwertbarkeit ist somit ein rein wirtschaftlicher.⁴ Ist das Vermögen verwertbar, kann der Hilfesuchende nur zwischen den Verwertungsarten wählen. Dabei muss er diejenige Verwertung wählen, die den höchsten Deckungsbetrag erbringt.

Der Verwertbarkeit können tatsächliche und rechtliche Gesichtspunkte entgegenstehen. Nicht verwertbar sind Vermögensgegenstände, die sich in absehbarer Zeit nicht „versilbern“ lassen bzw. bei einer Veräußerung zu keinem angemessenen Ertrag führen.⁵ Bei Immobilien spielen in strukturschwachen Gebieten insbesondere sinkende Immobilienpreise eine Rolle. Insofern kommt es auch auf den wirtschaftlichen Nutzen an, den der Hilfeberechtigte bei einer Verwertung erzielen kann. Deshalb kann beispielsweise ein Grundstück nicht veräußert werden, wenn es bereits mit Grundpfanddarlehen wertausschöpfend belastet ist. Rechtlich ausgeschlossen ist die Verwertbarkeit, wenn hinsichtlich des Vermögensgegenstandes Verfügungsbeschränkungen bestehen, deren Aufhebung der Hilfebedürftige nicht erreichen kann. Bedeutung haben Rückübertragungsverpflichtungen für den Fall einer Belastung oder Veräußerung. Demgegenüber soll ein Nießbrauchs- oder Wohnungsrecht eine Verwertung nicht verhindern.⁶ Rechtlich nicht verwertbar sind auch an die Person des Hilfebedürftigen gebundene Rechte, wie z. B. ein Wohnungsrecht.⁷

Die Verwertbarkeit hat auch eine zeitliche Komponente. Die Verwertung muss dazu führen, dass der konkrete Bedarf gedeckt ist. Deshalb ist ein Vermögen nur dann verwertbar, wenn dies rechtzeitig erfolgen kann. Die Vermögensverwer-

tung muss den konkreten Bedarf decken bzw. der Notlage abhelfen. Insofern ist eine Abgrenzung vorzunehmen. Das SG Aachen geht hinsichtlich der Prognose der Verwertbarkeit vom Bewilligungszeitraum aus, der bei der Grundsicherung für Arbeitsuchende sechs Monate (§ 41 Abs. 1 Satz 4 SGB II), bei der Grundsicherung im Alter zwölf Monate (§ 44 Abs. 1 Satz 1 SGB XII) und bei der Hilfe zur Pflege (§§ 61 ff. SGB XII) unbefristet ist.⁸ Ist eine Verwertung in dem Bewilligungszeitraum nicht realisierbar, kommt die Möglichkeit der Erbringung der Leistungen als Darlehen in Betracht. Ist eine Verwertung jedoch erst zu einem unbestimmten Zeitpunkt in ferner Zukunft möglich, wie z. B. beim Tod der aus einem lebenslangen Wohnungsrecht berechtigten Eltern, soll es an der Verwertbarkeit fehlen.⁹ In diesem Fall kommt die Möglichkeit der Erbringung von Leistungen als Darlehen nach § 9 Abs. 4, § 23 Abs. 5 SGB II bzw. § 91 SGB XII nicht in Betracht. Hinsichtlich der Leistungserbringung kann der Hilfetragende nämlich nach herrschender Meinung nicht zwischen der Gewährung der Hilfe und der darlehensweisen Hingabe wählen.¹⁰ Die zeitliche Dimension war im konkreten Fall insofern problematisch, als die Betroffene im Alter von 94 Jahren nur noch eine statistische Lebenserwartung von einem knappen Jahr hatte und die Auseinandersetzung der Miteigentümergeinschaft längere Zeit in Anspruch genommen hätte. Allerdings hat das Sozialgericht bei einer nicht begrenzten Leistungsbewilligung nicht auf die statistische Lebenserwartung abgestellt. Diese soll unerheblich sein.

3. Ausschluss einer Härte für den Betroffenen

Bei verwertbarem Vermögen kann ein Einsatz für die Sozialhilfe bzw. für Arbeitslosenhilfe II wegen einer Härte für den Betroffenen ausgeschlossen sein (§ 90 Abs. 3 SGB XII, § 12 Abs. 3 Satz 1 Nr. 6 SGB II). Von Bedeutung ist insoweit, dass durch die Verwertung die angemessene Lebensführung des Betroffenen nicht eingeschränkt werden darf.¹¹ Beispiel ist die Verwertung eines zu großen Hausgrundstücks, wenn dieses mit erheblichen Mitteln behindertengerecht umgebaut wurde.¹² Ein weiteres Beispiel ist, dass der Betroffene den Vermögensgegenstand zur Aufrechterhaltung einer angemessenen Alterssicherung benötigt. Allerdings muss dies konkret anhand des nachgewiesenen Rentenversicherungsverlaufs dargelegt werden.

4. Darlehen und Grundschuld

Das Sozialrecht enthält keine näheren Regelungen der Ausgestaltung des Darlehens und des zu seiner Sicherung zu bestellenden Grundpfandrechts. Bei der Darlehensgewährung handelt es sich nach überwiegender Ansicht um ein öffentlichrechtliches Rechtsverhältnis. Demgegenüber erfolgt die dingliche Sicherung zivilrechtlich. Ob das Darlehen zu verzinsen ist und deshalb auch beim Grundpfandrecht Zinsen einzutragen sind, ist umstritten.¹³ Unstrittig ist nach Rechts-

² Vgl. dazu nur kurz *Conradis in Richter/Doering-Striening/Schröder/Schmidt* (Hrsg.), Seniorenrecht, 2. Aufl. 2011, § 2 Rdnr. 53 f. und *Grziwotz in Richter/Doering-Striening/Schröder/Schmidt* (Hrsg.), Seniorenrecht, 2. Aufl. 2011, § 8 Rdnr. 22 ff.

³ Siehe nur BVerwG, 5 C 7/96, BVerwGE 106, 105 und BSG, B 8 SO 21/08 R, BeckRS 2010, 67633.

⁴ BVerwG, 5 C 7/96, BVerwGE 106, 105; BSG, B 11 b AS 37/06 R, BSGE 98, 243; BSG, B 14 AS 42/07 R, NZS 2010, 53; BSG, B 4 AS 99/11 R, NZS 2012, 871; LSG Bayern, L 7 AS 432/11, BeckRS 2013, 66020.

⁵ *Grube/Wahrendorf/Wahrendorf*, SGB XII, 4. Aufl. 2012, § 91 Rdnr. 7.

⁶ BSG, B 14 AS 158/11, MittBayNot 2013, 174; tlw. abw. *Grube/Wahrendorf/Wahrendorf*, SGB XII, 4. Aufl. 2012, § 90 Rdnr. 25, wonach es Tatfrage ist, ob ein derart belastetes Grundstück marktüblich ist.

⁷ Tlw. abw. *Eicher/Spellbrink/Mecke*, SGB II, 2. Aufl., § 12 Rdnr. 32, der derartige Rechte unter die wirtschaftliche Unverwertbarkeit subsumiert.

⁸ Vgl. auch LSG Bayern, L 7 AS 432/11, BeckRS 2013, 66020; allerdings strittig im Bereich des SGB XII, vgl. *Grube/Wahrendorf/Wahrendorf*, SGB XII, 4. Aufl. 2012, § 90 Rdnr. 31; BSG, B 8/9 b SO 9/06 R, ZEV 2008, 539, 540 und BSG, B 14/7 b AS 46/06 R, ZEV 2008, 542, 543.

⁹ *Eicher/Spellbrink/Mecke*, SGB II, 2. Aufl., § 12 Rdnr. 33.

¹⁰ Vgl. nur *Grube/Wahrendorf/Wahrendorf*, SGB XII, 4. Aufl. 2012, § 91 Rdnr. 2.

¹¹ Vgl. § 90 Abs. 3 Satz 2 SGB XII.

¹² Vgl. *Grube/Wahrendorf/Wahrendorf*, SGB XII, 4. Aufl. 2012, § 90 Rdnr. 76 und LSG NRW, L 9 SO 43/08, BeckRS 2010, 69659.

¹³ Vgl. *Grube/Wahrendorf/Wahrendorf*, SGB XII, 4. Aufl. 2012, § 91 Rdnr. 16.

hängigkeit des Rückzahlungsanspruchs dieser analog § 291 BGB zu verzinsen. Insofern dürfte nichts dagegen sprechen, bei der in Bayern meist geforderten abstrakten Grundschuld einen angemessenen Zinssatz im Grundbuch einzutragen. Der vom Sozialgericht angenommene gesetzliche Zinssatz von 4 % jährlich ist im Hinblick auf die derzeitige Zinshöhe bei einem durch ein Grundpfandrecht gesicherten Darlehen fast schon bedenklich. Jedenfalls kann nicht pauschal auf den gesetzlichen Zinssatz abgestellt werden; dies hat die Behörde im Rahmen der Ermessensentscheidung, wenn man überhaupt Zinsen für zulässig hält, zu berücksichtigen. Grundsätzlich muss der Notar nur den von der Sozialhilfebehörde oder vom Jobcenter gewünschten Betrag im Grundbuch eintragen. Zinsen muss er von sich aus nicht vorsehen. Eine Rangstelle sieht das Gesetz nicht vor. Insoweit kommt es ebenfalls auf die Angaben im Bewilligungsbescheid der Behörde an.

5. Kostenhaftung der Erben

Mitunter sagt die Behörde den Betroffenen zu, dass eine Verwertung der Immobilie erst nach dem Tod sämtlicher Beteiligten der konkreten Bedarfsgemeinschaft, meist beiden Ehegatten oder Lebenspartnern, erfolgen wird. Damit entspricht das Ergebnis nahezu der Erbenhaftung im Sozialrecht. Die Kostenhaftung der Erben betrifft die innerhalb eines Zeitraums von zehn Jahren vor dem Erbfall aufgewendeten öffentlichen Beträge (§ 102 Abs. 1 SGB XII und § 35 SGB II). Zinsen können hier jedoch nicht verlangt werden; dafür besteht keine gesetzliche Grundlage. Die Kostenerstattungspflicht der Erben wird gerade beim Schonvermögen relevant. Der zunächst gesicherte Vermögensgegenstand soll nach dem Ableben des Hilfeempfängers für die staatlichen Leistungen haften. Im konkreten Fall bedeutet dies, dass es angesichts des Alters der Betroffenen bei dem Rechtsstreit letztlich nur um einen „Zahlungsaufschub“ ging.

Notar Prof. Dr. Dr. *Herbert Grziwotz*, Regen/Zwiesel

Steuerrecht

19. GrEStG § 9 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3, § 16 Abs. 3 Nr. 1; AO § 173 Abs. 1 Nr. 2 (*Minderung der Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer bei Übernahme der Erwerbsnebenkosten durch Veräußerer*)

Ist der Veräußerer eines Grundstücks verpflichtet, dem Erwerber Erwerbsnebenkosten zu erstatten, vermindert sich die Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer um die zu erstattenden Kosten mit Ausnahme der Grunderwerbsteuer.

BFH, Urteil vom 17.4.2013, II R 1/12

Der Kläger und Revisionskläger (Kläger) bot durch notarielle Urkunde vom 24.6.2005 einer AG als Verkäuferin den Abschluss eines Kaufvertrags über eine Eigentumswohnung zu einem Kaufpreis von 98.000 € an. In der Präambel zu dem Angebot führte er unter anderem aus, das Angebot könne nur wirksam angenommen werden, wenn die Finanzierung des Kaufpreises durch ein deutsches oder europäisches Kreditinstitut sichergestellt sei. Die Kosten des Angebotes, der Annahme, des Vollzugs und die Grunderwerbsteuer trage er, der Kläger. Die AG nahm das Angebot durch notarielle Urkunde vom 20.7.2005 an.

Nach § 8 Abs. 1 des Vertrags trägt die AG die Kosten der Löschung nicht bestehen bleibender Rechte. Die übrigen Kosten des Vertrags, seines Vollzugs und die Grunderwerbsteuer trägt der Kläger. Die AG verpflichtete sich jedoch, dem Kläger diese Kosten zu erstatten, wenn die Zahlung des Kaufpreises sichergestellt ist.

Das seinerzeit zuständige Finanzamt (FA) setzte die Grunderwerbsteuer durch Bescheid vom 8.8.2005 auf der Grundlage des vereinbarten Kaufpreises von 98.000 € auf 3.430 € fest. Der Bescheid wurde bestandskräftig.

Der Kläger beantragte im Februar 2006, die Grunderwerbsteuer nach § 16 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG herabzusetzen. Die AG habe ihm inzwischen vertragsgemäß die gesamten Anschaffungsnebenkosten wie Notarkosten, Grundschuldbestellungsgebühren, Grunderwerbsteuer und Finanzierungskosten erstattet. Die Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer ermäßige sich daher um den erstatteten Betrag. Die Grunderwerbsteuer sei entsprechend herabzusetzen.

Das FA lehnte diesen Antrag durch Bescheid vom 16.3.2006 ab. Der Einspruch blieb erfolglos. Später stellte der Kläger einen Änderungsantrag nach § 5 Abs. 2 Satz 2 BewG. Das FA lehnte auch diesen Antrag ab. Über den dagegen eingelegten Einspruch ist noch nicht entschieden.

Im finanzgerichtlichen Verfahren beantragte der Kläger, zuletzt unter Aufhebung der Einspruchsentscheidung vom 25.1.2007 und des Ablehnungsbescheids vom 16.3.2006, die Grunderwerbsteuerfestsetzung vom 8.8.2005 dahingehend zu ändern, dass die Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer um 8.172,10 € gemindert wird. In diesem Betrag ist die von der AG erstattete Grunderwerbsteuer nach den Angaben des Klägers nicht enthalten.

Das FG wies die Klage durch das in DStRE 2012, 1275, veröffentlichte Urteil mit der Begründung ab, die Kostenerstattung durch die AG an den Kläger habe die der Bemessung der Grunderwerbsteuer zugrunde zu legende Gegenleistung des Klägers, nämlich den vereinbarten Kaufpreis, nicht vermindert. Die von der AG neben der Verpflichtung, das Eigentum an der Wohnung zu übertragen, übernommene Pflicht zur Kostenerstattung sei für die Bemessung der Grunderwerbsteuer ohne Bedeutung; denn es handle sich dabei um eine der Kaufpreisforderung der AG gegenüberstehende selbständige Verpflichtung. Es fehle somit an einer nachträglichen Herabsetzung des Kaufpreises. Das Begehren des Klägers auf Herabsetzung der Grunderwerbsteuer könne auch nicht auf § 5 Abs. 2 BewG gestützt werden. Die beantragte Zeugenvernehmung sei nicht erforderlich gewesen.

Mit der Revision macht der Kläger geltend, die von der AG übernommenen Kosten hätten zu einer Minderung des als Gegenleistung der Steuer unterliegenden Kaufpreises geführt. Falls § 16 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG wegen des Fehlens einer nachträglichen Herabsetzung der Gegenleistung nicht anwendbar sein sollte, stütze er das Änderungsbegehren auf § 173 Abs. 1 Nr. 2 AO. Der Kläger rügt außerdem einen Verstoß des FG gegen die Pflicht zur Aufklärung des Sachverhalts.

Der Kläger beantragt, die Vorentscheidung, die Einspruchsentscheidung vom 25.1.2007 und den Ablehnungsbescheid vom 16.3.2006 aufzuheben und das FA zu verpflichten, die Steuerfestsetzung vom 8.8.2005 dahingehend zu ändern, dass die Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer um 8.172,10 € gemindert wird.

Der Beklagte und Revisionsbeklagte (das inzwischen zuständig gewordene FA) beantragt, die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

Aus den Gründen:

II.

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der Vorentscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das FG zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 FGO). Das FG hat, abgesehen von der dem Kläger zu erstattenden Grunderwerbsteuer, zu Unrecht angenommen, dass sich die Verpflichtung der AG, dem Kläger die in § 8 Abs. 1 Satz 2 des Kaufvertrags genannten Kosten zu erstatten, materiellrechtlich nicht auf die Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer auswirke.

1. Bei einem nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG der Grunderwerbsteuer unterliegenden Kaufvertrag über ein inländisches Grundstück bemisst sich die Grunderwerbsteuer gemäß § 8 Abs. 1 GrEStG nach dem Wert der Gegenleistung.

a) Als Gegenleistung gilt dabei nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG der Kaufpreis einschließlich der vom Käufer über-

nommenen sonstigen Leistungen und der dem Verkäufer vorbehaltenen Nutzungen. Die nach § 448 Abs. 2 BGB vom Käufer getragenen Kosten der Beurkundung des Kaufvertrags und der Auflassung, der Eintragung ins Grundbuch und der zu der Eintragung erforderlichen Erklärungen rechnen nicht zur Gegenleistung; denn diese Kosten schuldet der Käufer nicht dem Verkäufer, sondern Dritten. Es geht auch nicht um die Übernahme von an sich dem Verkäufer obliegenden Verpflichtungen durch den Käufer (*Hofmann*, Grunderwerbsteuergesetz, 9. Aufl., § 9 Rdnr. 7; *Loose* in *Borutttau*, Grunderwerbsteuergesetz, 17. Aufl., § 9 Rdnr. 278; *Pahlke/Franz*, Grunderwerbsteuergesetz, 4. Aufl., § 9 Rdnr. 87).

b) Ist der Grundstücksverkäufer außer zur Grundstücksübergang zu weiteren Leistungen verpflichtet, ist für die Frage, inwieweit die Gegenleistung des Erwerbers Entgelt für den Grundstückserwerb darstellt, vom Grunderwerbsteuerrechtlichen Grundstücksbegriff (§ 2 GrEStG) auszugehen. Der Erwerb von Geldforderungen oder anderen Vermögenspositionen, die nicht unter den Grundstücksbegriff des GrEStG fallen, ist Grunderwerbsteuerrechtlich unerheblich. Der Aufwand für diesen Erwerb unterliegt daher nicht der Grunderwerbsteuer (BFH, Urteil vom 9.10.1991, II R 20/89, BFHE 165, 548, BStBl. II 1992, S. 152).

Wie der BFH in dem Urteil weiter ausgeführt hat, ist eine Gesamtgegenleistung, die Entgelt sowohl für das Grundstück als auch für nicht der Grunderwerbsteuer unterliegende Gegenstände ist, im Regelfall nach der sog. Borutttau'schen Formel aufzuteilen. Diese Verhältnisrechnung braucht aber ausnahmsweise dann nicht vorgenommen zu werden, wenn Gegenstand eines Erwerbsvorgangs unter Vereinbarung einer Gesamtgegenleistung ein Grundstück und eine Geldforderung ist. In diesem Fall reicht es grundsätzlich aus, die Geldforderung von der vereinbarten Gesamtgegenleistung abzuziehen, weil Kapitalforderungen im Regelfall mit dem Nennwert anzusetzen sind.

2. Die Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer ist danach materiellrechtlich um die in § 8 Abs. 1 Satz 2 des Kaufvertrags genannten Kosten, die die AG dem Kläger erstatten musste und erstattet hat, mit Ausnahme der von der AG zu übernehmenden Grunderwerbsteuer zu vermindern. Diese Kosten musste nach der dispositiven Regel des § 448 Abs. 2 BGB an sich der Kläger tragen. Da sie abweichend hiervon aufgrund der kaufvertraglichen Vereinbarung von der AG zu erstatten waren, bildet der vom Kläger zu entrichtende Kaufpreis von 98.000 € eine Gesamtgegenleistung für die Verpflichtung der AG, dem Kläger die Eigentumswohnung zu übereignen und die Kosten zu erstatten. Die Gesamtgegenleistung ist auf diese beiden Verpflichtungen dergestalt zu verteilen, dass die zu erstattenden und tatsächlich erstatteten Kosten mit Ausnahme der Grunderwerbsteuer materiellrechtlich vom vereinbarten Kaufpreis als Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer abzuziehen sind.

Die Verpflichtung der AG, dem Kläger die Grunderwerbsteuer zu erstatten, wirkt sich anders als die Verpflichtung zur Erstattung der übrigen Kosten gemäß § 9 Abs. 3 GrEStG nicht auf die Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer aus. Nach dieser Vorschrift wird die Grunderwerbsteuer, die für den zu besteuerten Erwerbsvorgang zu entrichten ist, der Gegenleistung weder hinzugerechnet noch von ihr abgezogen. Übernimmt der Veräußerer die Grunderwerbsteuer, mindert sich danach die Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer nicht (*Loose*, a. a. O., § 9 Rdnr. 594; *Pahlke/Franz*, a. a. O., § 9 Rdnr. 220).

3. Da das FG von einer anderen Ansicht ausgegangen ist, war die Vorentscheidung aufzuheben. Die Vorentscheidung

stellt sich auch nicht im Ergebnis als richtig dar (vgl. § 126 Abs. 4 FGO). Die Sache ist nicht spruchreif. Die vom FG getroffenen Feststellungen (§ 118 Abs. 2 FGO) ermöglichen keine abschließende Entscheidung über den Antrag des Klägers.

a) § 16 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG ist keine Grundlage für die begehrte Änderung der bestandskräftigen Steuerfestsetzung.

aa) Wird die Gegenleistung für das Grundstück herabgesetzt, so wird nach dieser Vorschrift auf Antrag die Steuer entsprechend niedriger festgesetzt oder die Steuerfestsetzung geändert, wenn die Herabsetzung innerhalb von zwei Jahren seit der Entstehung der Steuer stattfindet. Dies setzt voraus, dass die Herabsetzung der Gegenleistung nachträglich, also nach der Entstehung der Steuer, vereinbart wird (BFH, Urteil vom 17.4.1991, II R 119/88, BFHE 164, 130, BStBl. II 1991, S. 586, unter II. 2., vorletzter Absatz; *Hofmann*, a. a. O., § 16 Rdnr. 50; *Loose*, a. a. O., § 16 Rdnr. 231 f.; *Pahlke/Franz*, a. a. O., § 16 Rdnr. 61 f.).

bb) Diese Voraussetzung ist im Streitfall nicht erfüllt. Der Anspruch des Klägers gegen die AG auf Kostenerstattung wurde nicht nachträglich, sondern bereits im Kaufvertrag vereinbart und stand dem Kläger dem Grunde nach vom Wirksamwerden des Kaufvertrags an zu. Nach der Präambel zum Angebot des Klägers auf Abschluss des Kaufvertrags konnte dieses nur wirksam angenommen werden, wenn die Finanzierung des Kaufpreises durch ein deutsches oder europäisches Kreditinstitut sichergestellt und somit auch die Bedingung für den Kostenerstattungsanspruch erfüllt war.

b) § 5 Abs. 2 Satz 2 BewG begründet ebenfalls keinen Anspruch auf Herabsetzung der bestandskräftig festgesetzten Grunderwerbsteuer. Wie sich aus § 5 Abs. 1 Satz 1 BewG ergibt, bezieht sich diese Vorschrift auf Wirtschaftsgüter, die unter einer auflösenden Bedingung erworben sind. Ein solcher Fall ist hier nicht gegeben.

c) Ob die Voraussetzungen für eine Änderung der Steuerfestsetzung nach § 173 Abs. 1 Nr. 2 AO erfüllt sind, lässt sich aufgrund der vom FG getroffenen Feststellungen nicht abschließend entscheiden. Dem FA war zwar bei der Steuerfestsetzung aufgrund der ihm vorliegenden notariellen Urkunden vom 24.6.2005 und 20.7.2005 bekannt, dass der Kläger nach der Sicherstellung der Zahlung des Kaufpreises von der AG die Erstattung der in § 8 Abs. 1 Satz 2 des Vertrags genannten Kosten verlangen konnte und das Angebot zum Abschluss des Kaufvertrags erst wirksam angenommen werden konnte, wenn die Finanzierung des Kaufpreises sichergestellt war. Insofern handelt es sich demgemäß nicht um dem FA nachträglich bekannt gewordene Tatsachen. Nicht bekannt waren dem FA aber, abgesehen von der Grunderwerbsteuer, die im vorliegenden Zusammenhang gemäß § 9 Abs. 3 GrEStG unberücksichtigt bleibt, die genaue Zusammensetzung und die Höhe des Erstattungsanspruchs.

Über die Höhe der nach der vertraglichen Vereinbarung dem Kläger zu erstattenden Kosten und die tatsächliche Kostenerstattung sowie die Frage eines groben Verschuldens des Klägers im Sinne des § 173 Abs. 1 Nr. 2 AO daran, dass die genaue Zusammensetzung und die Höhe des Erstattungsanspruchs dem FA erst nachträglich bekannt geworden sind, hat das FG – von seinem Standpunkt aus zu Recht – ebenfalls noch keine Feststellungen getroffen. Es wird entsprechende Feststellungen nachzuholen haben.

4. Auf die Verfahrensrüge des Klägers kommt es danach nicht an.

20. EStG § 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 (*Qualifizierung von Zahlungen an einen nahen Angehörigen für den Verzicht auf ein Wohnrecht als Werbungskosten im Rahmen der Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung*)

Mietzahlungen für einen nahen Angehörigen, der auf die Ausübung eines Wohnrechts verzichtet und eine Mietwohnung bezogen hat, sind grundsätzlich als Werbungskosten im Rahmen der Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung abziehbar.

(Leitsatz der Schriftleitung)

BFH, Urteil vom 11.12.2012, IX R 28/12

Die Kläger und Revisionsbeklagten (Kläger) sind Eheleute, die in den Streitjahren (2001 bis 2006) zur Einkommensteuer zusammenveranlagt wurden.

Der Kläger hatte im Wege der vorweggenommenen Erbfolge ein mit einem Zweifamilienhaus bebauten Grundstück unentgeltlich erworben. Zugunsten seiner Mutter bestand ein Wohnungsrecht als beschränkt persönliche Dienstbarkeit. Die Mutter des Klägers bezog im Jahr 2001 eine Mietwohnung. Der Kläger ließ das Haus renovieren und vermietete das Grundstück im Dezember 2000 mit Wirkung ab dem 1.4.2002 für eine Nettomiete von monatlich 2.600 € an eine AG. Die von der Mutter zu entrichtende Miete (jährlich 6.136 € und ab 2004 insgesamt 6.600 €) hatte der Kläger übernommen und überwies die geschuldete Miete monatlich per Dauerauftrag auf ihr Konto.

In ihren Einkommensteuererklärungen für die Streitjahre machten die Kläger neben den Einnahmen (ab 2002) als Werbungskosten auch Mietaufwendungen der Mutter geltend. Der Beklagte und Revisionskläger (das Finanzamt – FA) erkannte diese Aufwendungen nicht als Werbungskosten an.

Der nach erfolglosem Einspruch erhobene Klage gab das FG im hier bedeutsamen Umfang statt und berücksichtigte die Zahlungen des Klägers an seine Mutter als Werbungskosten bei seinen Einkünften aus Vermietung und Verpachtung. Zur Begründung führte es aus, der Kläger sei seiner Mutter gegenüber schuldrechtlich verpflichtet gewesen, die Zahlungen als Gegenleistung für deren Verzicht auf die Ausübung des Wohnungsrechts zu leisten. Diese Vereinbarung hätten die Vertragsparteien in einer schriftlich niedergelegten „Vereinbarung“ aus dem Jahr 2005 bestätigt. Sie stelle keinen Gestaltungsmissbrauch dar und genüge einem Fremdvergleich.

Hiergegen richtet sich die Revision des FA, die es auf Verletzung von § 9 Abs. 1 Satz 1 EStG stützt. Die zwischen dem Kläger und seiner Mutter zustande gekommene Vereinbarung halte einem Fremdvergleich nicht stand; es könne ihr keine gegenseitige vertragliche Verpflichtung, aus der sich zivilrechtliche Ansprüche ableiten ließen, entnommen werden. Sie enthalte auch keinerlei Angaben über Fälligkeiten, Vertragslaufzeiten und Zahlungsmodalitäten.

Das FA beantragt, das angefochtene Urteil aufzuheben und die Klage abzuweisen. Die Kläger beantragen, die Revision zurückzuweisen.

Aus den Gründen:

II.

Die Revision ist unbegründet und nach § 126 Abs. 2 FGO zurückzuweisen. Zutreffend hat das FG die Zahlungen des Klägers an seine Mutter als Werbungskosten bei dessen Einkünften aus Vermietung und Verpachtung abgesetzt.

1. Der Kläger verwirklichte in den Streitjahren den objektiven Tatbestand der Einkunftsart Vermietung und Verpachtung (§ 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 EStG), denn er war aus dem mit der AG abgeschlossenen Mietvertrag berechtigt und verpflichtet.

2. Die Zahlungen an die Mutter sind als Werbungskosten absetzbar.

a) Werbungskosten sind nach § 9 Abs. 1 Satz 1 EStG Aufwendungen zur Erwerbung, Sicherung und Erhaltung der Einnahmen. Sie sind gemäß § 9 Abs. 1 Satz 2 EStG bei der Ein-

kunftsart abzuziehen, bei der sie erwachsen, und das bedeutet, durch die sie veranlasst sind. Eine derartige Veranlassung liegt vor, wenn (objektiv) ein wirtschaftlicher Zusammenhang mit der auf Vermietung und Verpachtung gerichteten Tätigkeit besteht und (subjektiv) die Aufwendungen zur Förderung der Nutzungsüberlassung gemacht werden (st. Rspr, vgl. im hier gegebenen Zusammenhang BFH, Urteil vom 26.1.2011, IX R 24/10, BFH/NV 2011, 1480).

Nach diesen Grundsätzen sind Zahlungen an den bisherigen Nutzungsberechtigten zur Ablösung seines Rechts als Werbungskosten sofort abziehbar, wenn die Abstandszahlungen dem Abschluss eines neuen Nutzungsverhältnisses dienen. Die Grundstücksnutzung nach der Ablösung des Rechts begründet den wirtschaftlichen Zusammenhang der Ablöseaufwendungen mit den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung (vgl. BFH, a. a. O., BFH/NV 2011, 1480). Infolgedessen ist mit dem FG ein Zusammenhang mit den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung auch dann anzunehmen, wenn – wie hier – der Eigentümer aufgrund einer schuldrechtlichen Vereinbarung mit dem Wohnungsberechtigten ein Entgelt dafür zahlt, dass dieser sein Wohnungsrecht nicht (mehr) ausübt und es so erreicht, das Grundstück zu vermieten und Einkünfte daraus zu erzielen.

b) Die schuldrechtliche Vereinbarung zwischen dem Kläger und seiner Mutter, das Wohnungsrecht gegen Entgelt nicht auszuüben, ist mit dem FG steuerrechtlich anzuerkennen. Sie genügt entgegen der Revision dem Fremdvergleich.

aa) Verträge zwischen nahen Angehörigen können der Besteuerung nur zugrundegelegt werden, wenn sie steuerrechtlich anzuerkennen sind. Das ist – soweit hier problematisch – der Fall, wenn die Vereinbarungen in Gestaltung und Durchführung dem zwischen Fremden Üblichen entsprechen (sog. Fremdvergleich, vgl. zum Beispiel BFH, Urteil vom 31.7.2007 IX R 8/07, BFH/NV 2008, 350; BFH, Urteil vom 23.4.2009, IV R 24/08, BFH/NV 2009, 1427). Maßgebend ist die Gesamtheit der objektiven Gegebenheiten (vgl. zum Beispiel BFH, Urteil vom 20.10.1997, IX R 38/97, BFHE 184, 463, BStBl. II 1998, S. 106; BFH, Urteil vom 24.8.2006, IX R 40/05, BFH/NV 2006, 2236, unter II.2.). Die Durchführung des Fremdvergleichs obliegt dem FG als Tatsacheninstanz. Die revisionsrechtliche Überprüfung durch den BFH beschränkt sich darauf, ob das FG bei seiner Gesamtwürdigung von zutreffenden Kriterien ausgegangen ist und alle maßgeblichen Beweisanzeichen in seine Würdigung einbezogen hat, diese Würdigung jedenfalls möglich ist und dabei nicht gegen Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verstößt (vgl. BFH, Urteil vom 27.7.2004, IX R 73/01, BFH/NV 2005, 192, zu II. 4.; BFH, Urteil vom 24.8.2004, IX R 28/03, BFH/NV 2005, 50, unter II. 3. b.).

bb) Das FG hat zum Inhalt der Vereinbarung zwischen dem Kläger und seiner Mutter nach § 118 Abs. 2 FGO bindend festgestellt: Der Kläger sollte die Miete für die von der Mutter angemietete Wohnung als Gegenleistung für ihren Auszug und dem damit verbundenen dauerhaften Verzicht auf das Ausüben ihres dinglichen Wohnungsrechts übernehmen.

Die Würdigung des FG, dass diese Vereinbarung einem Fremdvergleich standhält, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Das FG hat seine Beurteilung unter Berücksichtigung aller Tatsachen vorgenommen. Es hat die Hauptpflichten dieser – jedenfalls zunächst konkludenten – Abrede entnommen und zutreffend herausgearbeitet, dass Gegenleistung für den Verzicht der Mutter, ihr dingliches Wohnungsrecht auszuüben, der Höhe nach der Miete entspricht, welche sie für die angemietete Wohnung aufbringen muss. Dieses angemessene Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung indi-

ziert die Fremdüblichkeit der Vereinbarung. Das FG hat ferner festgestellt, dass die Abrede tatsächlich wie vereinbart durchgeführt wurde.

cc) Demgegenüber vermögen die Einwendungen des FA seiner Revision nicht zum Erfolg zu verhelfen.

Wenn das FA vorträgt, die „Vereinbarung“ genüge den Anforderungen des Fremdvergleichs nicht, weil ihr nicht zu entnehmen sei, dass sich die Mutter für einen bestimmten Zeitraum verpflichtet habe und der Kläger sich als Gegenleistung dafür verpflichtet habe, ein bestimmtes Entgelt zu zahlen, so widerspricht dies dem vom FG festgestellten Vertragsinhalt. Man muss nämlich unterscheiden zwischen dem festgestellten Vertragsinhalt und der Würdigung, ob dieser einem Fremdvergleich standhält (vgl. auch BFH, Beschluss vom 24.7.2012, IX B 173/11, BFH/NV 2012, 1784).

Das FG hat aber festgestellt, dass der Kläger und seine Mutter zumindest stillschweigend von vornherein verabredet haben, dass die Mutter dauerhaft auf die Ausübung des Wohnungsrechts gegen Übernahme ihrer Mietaufwendungen durch den Kläger verzichtet. Diesen Sachverhalt hat das FG in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise aufgrund der Be-

weisaufnahme und der Berücksichtigung weiterer objektiver Umstände ermittelt. Entgegen der Revision bestätigt die Zeugenaussage diese Feststellung: Der Verzicht auf die Ausübung des Wohnungsrechts ist eine in sich schlüssige und im Kontext mit den weiteren Umständen folgerichtige, wenn nicht gar zwingende Schlussfolgerung aus der Aussage der Zeugin. Daraus ergibt sich zugleich eine schuldrechtliche Verpflichtung des Klägers wie auch seiner Mutter, den Vertrag zu erfüllen. Die weitere Würdigung, dass diese Vereinbarung einem Fremdvergleich standhält, ist schon deshalb in sich folgerichtig, weil Leistung und Gegenleistung im äquivalenten Verhältnis zueinander stehen.

Entgegen der Auffassung des FA umfasst der konkludent abgeschlossene Vertrag auch Regelungen über Fälligkeiten, Vertragslaufzeiten und Zahlungsmodalitäten. Das vereinbarte Entgelt sollte nach den mit Revisionsrügen nicht angegriffenen und damit bindenden Feststellungen des FG monatlich an die Mutter gezahlt werden, damit diese wiederum den Mietvertrag für ihre Wohnung erfüllen konnte. Mithin fehlt es nicht – wie die Revision behauptet – an einer klaren und eindeutigen, von vornherein getroffenen Abrede zwischen dem Kläger und seiner Mutter.

HINWEISE FÜR DIE PRAXIS

Neue Anforderungen an Umsatzsteuerklauseln in Grundstückskaufverträgen

– Handlungsbedarf aufgrund gleichlautender OFD-Verfügungen¹ zur vorsorglichen Option –

I. Steuerfreiheit von Grundstücksveräußerungen

Die Veräußerung eines Grundstücks (nebst aufstehender Immobilie) durch einen Unternehmer ist grundsätzlich ein nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG umsatzsteuerbar und nach § 4 Nr. 9 lit. a UStG von der Umsatzsteuer befreiter Vorgang. Die Steuerbefreiung hat zur Folge, dass die mit der Veräußerung (Beratungsleistungen) und möglicherweise auch die mit dem Erwerb oder der Herstellung der Immobilie zusammenhängenden Eingangsumsätze nach § 15 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 UStG vom Vorsteuerabzug ausgeschlossen sind.

Unter den Voraussetzungen des § 15 Abs. 1 UStG kann der Unternehmer Vorsteuerbeträge aus Eingangsleistungen vornehmen, wenn er beabsichtigt, das Grundstück für sog. Abzugsumsätze zu verwenden. Kommt es durch die spätere steuerfreie Veräußerung zu einer geänderten Verwendung (steuerfreie statt steuerpflichtige Ausgangsumsätze), hat der Unternehmer den Vorsteuerabzug nach § 15a Abs. 1, 8 UStG im Verkaufszeitpunkt zu berichtigen. Der Berichtigungszeitraum bei Grundstücken/Immobilien beträgt zehn Jahre (§ 15a Abs. 1 Satz 2 UStG).

Gerade bei der Herstellung einer Immobilie fallen regelmäßig hohe Vorsteuerbeträge an. Der Veräußerer hat somit ein gesteigertes Interesse daran, dass er aus den bezogenen Leistungen Vorsteuern geltend machen kann. Soll die Berichtigung des Vorsteuerabzugs aufgrund des Immobilienverkaufs vermieden werden, kann der Unternehmer nach § 9 Abs. 1 UStG auf die Steuerbefreiung verzichten (sog. Option). Voraussetzung ist, dass er das Grundstück an einen anderen Unternehmer für dessen Unternehmen verkauft. Die Option muss im notariell zu beurkundenden Kaufvertrag erklärt werden (§ 9 Abs. 3 Satz 2 UStG).

Nach Ansicht der Finanzverwaltung kann die Option nur bis zum Eintritt der formellen Bestandskraft der jeweiligen Jahressteuererklärung ausgeübt werden.² Formelle Bestandskraft tritt regelmäßig mit Ablauf der einmonatigen Einspruchsfrist ein, d. h. im Fall der Abgabe der Umsatzsteuerjahreserklärung regelmäßig einen Monat nach Eingang beim Finanzamt (§ 355 Abs. 1 Satz 2 AO). Sofern die Beteiligten von der Steuerbarkeit der Veräußerung ausgehen, ist eine rechtzeitige Optionsausübung unproblematisch.

II. Grundstücksverkauf als Geschäftsveräußerung – vorsorgliche Option

Die Veräußerung einer Immobilie erfüllt jedoch oftmals auch die Voraussetzungen einer Geschäftsveräußerung im Sinne des § 1 Abs. 1a UStG. In diesem Fall ist der Verkauf des

Grundstücks (samt aufstehender Immobilie) bereits nicht umsatzsteuerbar. Liegt eine Geschäftsveräußerung vor, kommt es auch nicht zu Vorsteuerberichtigungen nach § 15a Abs. 1 UStG (§ 15a Abs. 10 UStG). Ob der Verkauf eines Grundstücks die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1a UStG erfüllt, lässt sich jedoch häufig nicht mit abschließender Sicherheit feststellen. Die Abgrenzungskriterien der Geschäftsveräußerung sind hier wenig klar und basieren zum Großteil auf gerichtlichen Einzelfallentscheidungen.³

Gehen die Beteiligten beim Verkauf eines Grundstücks von einer Geschäftsveräußerung aus, nehmen sie aufgrund der Unsicherheit deshalb regelmäßig eine Klausel zur vorsorglichen Umsatzsteuroption gemäß § 9 Abs. 1 UStG mit in den Vertrag auf. Hierdurch soll verhindert werden, dass es beim Veräußerer nachträglich zu einer Vorsteuerberichtigung nach § 15a UStG kommt. Dies wäre der Fall, wenn sich nachträglich herausstellt, dass tatsächlich keine Geschäftsveräußerung vorgelegen hat. Diese Feststellung wird regelmäßig erst die Finanzverwaltung treffen (zum Beispiel im Rahmen der Außenprüfung).

Die Option wird von den Parteien dennoch bereits im notariell zu beurkundenden Vertrag erklärt, da im Zeitpunkt der Verwaltungsentscheidung der Umsatzsteuerjahresbescheid im Normalfall bereits formell bestandskräftig sein wird. Die Optionsausübung zu diesem Zeitpunkt wäre somit – aus Sicht der Finanzverwaltung – verspätet erklärt worden und nicht anzuerkennen. Die Veräußerung wäre demzufolge umsatzsteuerfrei und somit vorsteuerabzugsschädlich.

Typische Klauseln sahen demnach bislang wie folgt aus:

„Für den Fall, dass die Finanzverwaltung den Grundstücksverkauf nicht als Geschäftsveräußerung im Sinne des § 1 Abs. 1a UStG behandelt, erklären die Parteien vorsorglich, dass der Veräußerer gemäß § 9 Abs. 1 UStG auf die Steuerbefreiung nach § 4 Nr. 9 lit. a UStG verzichtet.“

III. Problem der bedingten Optionsausübung

Bisher gingen die Beteiligten davon aus, dass die im Kaufvertrag vorsorglich erklärte Option als im Zeitpunkt der Erklärung, d. h. vor Eintritt der formellen Bestandskraft, abgegeben gilt. Die OFD Niedersachsen und die OFD Frankfurt haben sich nunmehr jedoch zur Wirksamkeit solcher vorsorglicher Umsatzsteuroptionen geäußert. Die Finanzverwaltung unterteilt die Optionen nunmehr in bedingt und unbedingt ausgeübte Optionen.

Wird die Ausübung der Option abhängig gemacht von der Entscheidung der Finanzverwaltung über das Vorliegen der Voraussetzungen der Geschäftsveräußerung, sehen die Ober-

¹ OFD Niedersachsen vom 14.2.2013, S 7198 – 117 – St 173 und OFD Frankfurt vom 11.3.2013, S 7198 A – 25 – St 111.

² BMF, Schreiben vom 1.10.2010, IV D 3 – S 7198/09/10002, BStBlI 2010, S. 768; Abschn. 9.1 Abs. 3 UStAE.

³ Vgl. Beer/Zugmaier, MittBayNot 2008, 359; vgl. zur Vielzahl der Einzelfallentscheidungen BFH, Urteil vom 19.12.2012, XI R 38/10, DStR 2013, 585 und die dort zitierte Rechtsprechung.

finanzdirektionen hierin eine Bedingung. Eine solche bedingte Option soll erst im Zeitpunkt des Bedingungseintritts als ausgeübt gelten. Die bedingte Option wirkt nicht auf den Zeitpunkt der Erklärung zurück. Die Optionsausübung erfolgt somit regelmäßig erst nach Ablauf der formellen Bestandskraft. Eine bedingte Option gefährdet somit den Anspruch auf Vorsteuerabzug des Veräußerers.

Demgegenüber soll eine unbedingte Option bereits im Zeitpunkt der Erklärung als ausgeübt gelten und auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zurückwirken. Eine Option gilt nach Ansicht der Oberfinanzdirektionen als unbedingte, wenn sie folgende Voraussetzungen erfüllt:

- Die Ausübung der Option wird unabhängig von der rechtlichen Beurteilung durch die Finanzverwaltung (oder eine anderen Person oder Stelle) erklärt.
- Die Parteien erklären, dass sie den Grundstücksverkauf „gleichzeitig“ als Geschäftsveräußerung im Sinne des § 1 Abs. 1a UStG behandeln.
- Die Parteien behandeln den Grundstückskaufvertrag tatsächlich als Geschäftsveräußerung im Sinne des § 1 Abs. 1a UStG.

Damit die Option auch ihre Wirkung entfalten kann, müssen zusätzlich alle Informationen offengelegt werden, die zur Festsetzung der Umsatzsteuer durch das Finanzamt nötig sind. Liegen diese Voraussetzungen vor, ist der Anspruch des Veräußerers auf Abzug der Vorsteuer gesichert. Wird in der Folge festgestellt, dass keine Geschäftsveräußerung vorliegt, entfaltet die unbedingte Option ihre Wirkung ab Vertragsschluss. Handelt es sich hingegen tatsächlich um eine Geschäftsveräußerung, gilt die Option als von vornherein nicht ausgeübt. Dem Veräußerer droht in beiden Fällen keine Vorsteuerberichtigung nach § 15a UStG.

Zu beachten ist, dass keine Umsatzsteuer im notariell beurkundeten Kaufvertrag gesondert ausgewiesen wird. Der gesonderte Ausweis der Steuer führt sonst beim Veräußerer zu einer Steuerschuld nach § 14c UStG. Denn gemäß § 13b Abs. 2 Nr. 3, Abs. 5 Satz 1 UStG schuldet der Erwerber die Steuer aus einer steuerpflichtigen Grundstückslieferung. Mit Blick auf die Änderung des § 14a Abs. 5 UStG durch das AmtshilfeRLUmsG sollte in den Kaufvertrag der Hinweis auf den Übergang der Steuerschuldnerschaft nach § 13b UStG aufgenommen werden.⁴

IV. Empfehlung

Die Auffassung der Finanzverwaltung wird aus verschiedenen Gründen kritisiert. Zum einen wird im Fachschrifttum vertreten, dass die Verknüpfung der Optionsausübung mit der Entscheidung der Finanzverwaltung bereits keine Bedingung darstellt.⁵ Des Weiteren ist bereits fraglich, bis zu welchem Zeitpunkt die Option nach § 9 Abs. 1 UStG ausgeübt werden kann. Die hierzu existierende Rechtsprechung ist in sich

widersprüchlich.⁶ Es existieren somit gute Argumente dafür, dass auch eine – vermeintlich – bedingte Option den Vorsteuerabzug des Veräußerers nicht gefährdet.

Gleichwohl sollte für die Zukunft auf die Verwendung von bedingten Umsatzsteuerklauseln verzichtet werden. Klauseln, nach denen die Option „vorsorglich“, „hilfsweise“ oder „für den Fall“ erklärt wird, dass die Finanzverwaltung den Grundstücksverkauf nicht als Geschäftsveräußerung im Sinne des § 1 Abs. 1a UStG behandelt, sind in Zukunft möglichst zu vermeiden. Die Option ist unbedingt zu erklären. Eine geeignete, unbedingte Klausel könnte demnach in Zukunft folgendermaßen aussehen:

„Die Parteien gehen davon aus, dass die Grundstückslieferung eine Geschäftsveräußerung im Sinne des 1 Abs. 1a UStG ist. Dem Käufer ist bekannt, dass er im Falle einer Geschäftsveräußerung den Vorsteuerberichtszeitraum des Verkäufers fortführt und insoweit an die Stelle des Verkäufers tritt, § 15a Abs. 10 UStG. Der Verkäufer hat den Käufer von einer Haftung für Betriebssteuern nach § 75 AO freizustellen. Die Parteien erklären gleichzeitig und unbedingte, dass der Veräußerer auf die Steuerfreiheit des § 4 Nr. 9 lit. a UStG für Grundstückslieferungen gemäß § 9 Abs. 1 UStG verzichtet. Die Steuer aus dem Verkauf schuldet der Erwerber (Steuerschuldnerschaft des Leistungsempfängers). Zuzüglich zum Nettokaufpreis hat der Erwerber daher die gesetzlich geschuldete Umsatzsteuer an das Finanzamt abzuführen.“

Die Steuernummer des Veräußerers lautet: ...

Der Erwerber ist nach Angabe Unternehmer im Sinne des § 2 Abs. 1 UStG und erwirbt den Vertragsbesitz für sein Unternehmen. Der Erwerber garantiert, dass er das Grundstück in vollem Umfang seinem Unternehmen im umsatzsteuerrechtlichen Sinn zuordnet.

Der Veräußerer verpflichtet sich, soweit erforderlich, außerhalb der Urkunde zusätzlich und unverzüglich, nicht jedoch vor Besitzübergang, dem Erwerber eine den §§ 14, 14a UStG entsprechende Rechnung ohne Steuerausweisung für die Grundstückslieferung zu stellen.“

(Bei mitverkauftem Inventar:)

„Der auf das mitverkaufte Inventar entfallende Nettokaufpreis beträgt ... Euro - i. W. ... Euro –

Die Parteien erklären, dass sie davon ausgehen, dass das Inventar im Rahmen der Geschäftsveräußerung im Sinne des § 1 Abs. 1a UStG auf den Erwerber übergeht. Die Parteien sind sich darüber einig, dass der Verkauf des Inventars umsatzsteuerpflichtig ist, sofern das Inventar nicht im Rahmen der Geschäftsveräußerung im Sinne des § 1 Abs. 1a UStG auf den Erwerber übergeht. Insofern verpflichtet sich der Veräußerer, dem Erwerber unverzüglich nach dem Feststehen des Erfordernisses, nicht jedoch vor Besitzübergang, eine den §§ 14, 14a UStG entsprechende Rechnung mit gesondertem Umsatzsteuerausweis über die Lieferung des Inventars auszustellen.“

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Steuerrecht Dr. *Oliver Zugmaier*, München, und Dipl.-Wirtschaftsjurist (Univ.) *Andreas Fietz*, München

⁴ Nach Art. 226 Nr. 11a MwStSystRL muss die Rechnung in Fällen der Steuerschuldnerschaft des Erwerbers oder Dienstleistungsempfängers die Angabe „Steuerschuldnerschaft des Leistungsempfängers“ enthalten. Diese Regelung wird nunmehr durch das Amtshilferechtlinie-Umsetzungsgesetz in nationales Recht umgesetzt. Der Vermittlungsausschuss hat das Gesetz mit Beschluss vom 5.6.2013 dem Bundestag zur Abstimmung vorgelegt. Der Bundestag hat am 6.6.2013, der Bundesrat am 7.6.2013 zugestimmt.

⁵ Vgl. *Meyer-Burow/Connemann*, MwStR 2013, 267; *Full*, DStR 2013, 881.

⁶ Vgl. zur Optionsausübung bis zum Eintritt der materiellen Bestandskraft BFH, Urteil vom 25.1.1996, V R 42/95, BStBl II 1996, 338; BFH, Urteil vom 23.10.2003, V R 2/02, BStBl II 2004, 39; vgl. zur Optionsausübung nur bis zum Eintritt der formellen Bestandskraft BFH, Urteil vom 6.10.2005, V R 8/04, DStR 2006, 466.

Tücken von Straßengrundabtretungen

Mitunter sind Grundstückseigentümer zu Straßengrundabtretungen, die zur Abwendung einer Enteignung erfolgen, nur bereit, wenn die Gemeinde neben dem Kaufpreis weitere Verpflichtungen eingeht. Sie betreffen meist die Freistellung von Erschließungsbeiträgen für die ohnehin nicht gewünschte Erschließungsanlage, die dem veräußernden Eigentümer meist keinen ihm erkennbaren zusätzlichen Vorteil verschaffen, da es sich um eine Zweiserschließung handelt. Ferner soll die Gemeinde dauerhaft verhindern, dass die Erschließungsanlage aufgrund ihrer Gestaltung eine starke verkehrsmäßige Frequentierung gleichsam herausfordert. Hierzu dienen auch Beschränkungen durch Verkehrszeichen (z. B. Anliegerweg und Beschränkungen auf Fahrzeuge bis zu einem bestimmten Gewicht). Schließlich wird mitunter vereinbart, dass sich die Gemeinde verpflichtet, den neu ausgebauten und verkehrsmäßig beschränkten Weg nicht später zu einer Orts- bzw. Gemeindeverbindungsstraße aufzustufen.

Ein Vertrag zwischen einer Gemeinde und einem Grundstückseigentümer über dessen Verschonung vor der Belastung mit künftig entstehenden Erschließungskosten ist grundsätzlich nichtig (BVerwG, MittBayNot 1989, 171; ausführlich dazu *Jachmann*, Vereinbarungen über Erschließungsbeiträge im Rahmen von Grundstücksverträgen mit Gemeinden, Diss. Jur. Regensburg, 1991, S. 307 f.; vgl. auch BVerwG, ZfIR 2013, 205). Nur wenn die Voraussetzungen einer Ablösung vorliegen, können Erschließungsbeiträge gegen ein Entgelt, das auch in der Abtretung von Grundstücksflächen liegen kann (vgl. BGH, NJW 1974, 1709), im Voraus abgelöst werden. Die Ablösung muss in Übereinstimmung mit den entsprechenden Ablösungsbestimmungen stehen; sonst ist sie nichtig. Ein Problem bei derartigen Abtretungen besteht häufig darin, dass eine Ablösung mangels Berechenbarkeit der Kosten der erst in späteren Jahren fertiggestellten Straße nicht möglich ist. Der Eigentümer ist jedoch zur Veräußerung der benötigten Grundstücksfläche meist nur bereit, wenn er einen Kaufpreis erhält, der einem „Sockelbetrag“ zusätzlicher Erschließungskosten entspricht. Dieser Preis übersteigt häufig den vom Gutachterausschuss festgestellten Bodenrichtwert. Allerdings ist selbst bei Überschreitung der Gegenleistung um mehr als die Hälfte bei der Veräußerung kleinerer Flächen im Rahmen einer Vereinbarung zur Abwendung der Enteignung aufgrund der Kenntnis der Gemeinde und der geringen Werte eine Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB im Regelfall zu verneinen (BGH, NJW 2003, 283; BGH, MittBayNot 2010, 465; siehe aber auch BGH, NJW 2007, 2841). Auch das kommunalrechtliche Gebot der Sparsamkeit (BGH, MittBayNot 2006, 494) dürfte Vergleichsverträgen zur Abwendung einer Enteignung nur ausnahmsweise entgegenstehen. Allerdings sollte nur in Ausnahmefällen unter Offenlegung der derzeit nicht möglichen Berechenbarkeit des Kaufpreises eine derartige Vereinbarung (vgl. *Grziwotz*, ZfIR 1998, 513) gewählt und darauf hingewiesen werden, dass diesbezügliche Gerichtsentscheidungen noch nicht vorliegen. Besser ist es, die Erschließungskosten nach Erfahrungswerten zu schätzen und den Kaufpreis dementsprechend von vornherein fest zu vereinbaren.

Die Gemeinde darf im Rahmen derartiger Vereinbarungen keine Verpflichtung eingehen, eine bestimmte Planung einer Straße in einem Bebauungsplan vorzunehmen oder zu unterlassen. Eine derartige Vereinbarung würde gegen § 1 Abs. 3,

2. Halbsatz BauGB verstoßen. Sie ist nichtig (vgl. nur BVerwG, NVwZ 2006, 458). Umstritten ist, inwieweit Regelungen hinsichtlich der Widmung und verkehrsmäßigen Nutzung vertraglich bindend möglich sind. Grundsätzlich hat der einzelne Straßenbenutzer, auch der Anlieger, keinen Anspruch darauf, dass eine bestimmte Straße dem öffentlichen Verkehr gewidmet, nicht gewidmet oder in einem bestimmten Umfang gewidmet wird (BayVGH, BayVBl 1965, 243; *Edhofer/Willmitzer*, Bayerisches Straßen- und Wegegesetz, 14. Aufl. 2013, Art. 6 Erl. 1). Lediglich die Aufsichtsbehörde kann eine Widmung, wenn die diesbezüglichen Voraussetzungen vorliegen, verlangen. Die Widmung ist ein Verwaltungsakt in Form einer Allgemeinverfügung. Durch die Widmung erhält die Erschließungsanlage die Eigenschaft einer öffentlichen Sache. Soweit die Widmung reicht, unterliegt die Erschließungsanlage den Bindungen des öffentlichen Rechts. Das private Eigentum und private Rechte gehen dadurch nicht unter, werden jedoch insoweit eingeschränkt, als die öffentliche Zweckbestimmung und die öffentliche Sachherrschaft reichen. Das Privateigentum wird insoweit modifiziert (*Kodal*, Straßenrecht, 7. Aufl. 2010, Kap. 8 Rdnr. 8).

Die Rechtsprechung lässt trotz der Einstufung der Widmung als Allgemeinverfügung (BVerwGE 92, 32; BVerwGE 97, 323; *Kodal*, Straßenrecht, 7. Aufl. 2010, Kap. 8 Rdnr. 38) Zusicherungen zu, aus denen ein Anspruch auf Widmung resultieren kann. Die vorgenannte Entscheidung des BVerwG von 1995 (BVerwGE 97, 323) betraf unter anderem die Zusicherung der Aufstellung von Verkehrszeichen zur Geschwindigkeitsreduzierung. Dass durch die zugesicherte Anordnung bestimmter Verkehrszeichen Rechte Dritter, insbesondere von anderen Anliegern, verletzt sein können, soll der Zusicherungsfähigkeit nicht entgegenstehen, da der Rechtsschutz dieser Betroffenen unberührt bleibt. Demgegenüber stehen das OVG Lüneburg (NJW 1985, 1043) und der BayVGH (Beschluss vom 21.6.2010, 11 ZB 08.3247) auf dem Standpunkt, dass eine derartige Vereinbarung in einem (öffentlichrechtlichen) Vertrag unzulässig wäre. Es handle sich um keine Zusage oder Zusicherung im Sinne von Art. 38 BayVwVfG. Anwendbar wären allein die Art. 54 ff. BayVwVfG. Insoweit müsse bei einer Vereinbarung, die in Rechte Dritter, nämlich insbesondere der anderen Anlieger, eingreift, Art. 58 Abs. 1 BayVwVfG beachtet werden. Nach dieser Norm ist ein öffentlichrechtlicher Vertrag, der in Rechte eines Dritten eingreift erst wirksam, wenn der Dritte schriftlich zustimmt; allein die konkludente Hinnahme genüge nicht. Zweck dieses Zustimmungserfordernisses sei der Schutz der Grundrechtspositionen betroffener Dritter. Ein Eingriff liege vor, wenn der betroffene Dritte einen Verwaltungsakt gleichen Inhalts anfechten könne, also nicht lediglich bei rein wirtschaftlichen Nachteilen (*Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 13. Aufl. 2012, § 58 Rdnr. 6). Wenn der Dritte nicht zugestimmt hat, soll nach Ansicht des BayVGH die Vereinbarung schwebend unwirksam sein. Unabhängig davon, ob die Entscheidung im Hinblick auf die Rechtsprechung des BVerwG zutrifft, ist der Notar berechtigt, auf die Rechtsunsicherheit bei diesbezüglichen Vereinbarungen hinzuweisen, auch wenn deshalb eine einvernehmliche Regelung im Vorfeld einer Enteignung scheitert und die Gemeinde auf ein förmliches Enteignungsverfahren angewiesen ist.

Notar Prof. Dr. Dr. *Herbert Grziwotz*, Regen/Zwiesel

STÄNDESNACHRICHTEN

Personaländerungen

1. Ehrungen/Ehrenämter

Notar Dr. Ulrich Bracker, Weilheim, wurde am 3.7.2013 der Bayerische Verdienstorden verliehen

Notar a. D. Dr. Anton Obermaier, Fischen, wurde am 6.5.2013 das Verdienstkreuz am Bande des Verdienstordens der Bundesrepublik Deutschland verliehen

Notar Dr. Tilman Götte, München, wurde am 24.5.2013 das Große Ehrenzeichen für Verdienste um die Republik Österreich verliehen

2. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung zum 1.8.2013:

Notar Dr. Hans-Christian Düwel, Rosenheim

Mit Wirkung zum 1.9.2013:

Notar Dr. Josef Zintl, Zusmarshausen (Geschäftsführer der Notarkasse A.d.ö.R.)

Mit Wirkung zum 1.11.2013:

Notar Heinz Walter, Neuburg a. d. Donau

3. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung zum 1.8.2013:

München dem Notar
Dr. Peter Baltzer
(bisher in Weiden i. d. OPf.)

Mit Wirkung zum 1.9.2013:

Burgau der Notarasessorin
Dagmar Kerler
(bisher in München
Notarstelle Prof. Dr. Mayer)

Naila dem Notarasessor
Dr. Stefan Gloser
(bisher in Regensburg
Notarstellen Ziegler/Dr. Mayer)

Wegscheid dem Notarasessor
Dr. Christoph Röhl
(bisher in Nürnberg
Notarstellen Thoma/Weimann)

Zusmarshausen dem Notarasessor
Dr. Josef Zintl
(Geschäftsführer der
Notarkasse A.d.ö.R.)

Zusmarshausen dem Notarasessor
Joachim Mödl
(bisher in Augsburg
Notarstelle Hille)

4. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung zum 15.8.2013:

Stephan Wendt, Landstuhl (Notarstelle Dr. Stuppi)

5. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Notar Dieter Ellert, München, und Notar Dr. Peter Baltzer, München, haben sich mit Wirkung vom 1.8.2013 zur Nutzung gemeinsamer Geschäftsräume verbunden

Notar Göran Kleine, Freising, seit 1.8.2013 in Sozietät mit Notar Christian Leupold, Freising

Notar Paul Michelfeit, Augsburg, ab 1.9.2013 in Sozietät mit Notar Dr. Christoph Moes, Augsburg

Amtmann i. N. Andreas Köck, Passau (Notarstelle Paulöhr), ab 1.7.2013 in Passau (Notarstellen Braun/Paulöhr)

Oberinspektorin i. N. Brigitte Reischl, Dachau (derzeit im Sonderurlaub), ab 1.9.2013 in Dachau (Notarstelle Dr. Jursnik)

Oberinspektorin i. N. Tanja Grebler, Freising (derzeit in Elternzeit), ab 1.10.2013 in Mallersdorf-Pfaffenberg (Notarstelle Matheis)

Oberinspektorin i. N. Daniela Menke, Regensburg (derzeit im Sonderurlaub), ab 1.10.2013 in Erding (Notarstellen Burghart/Inninger)

Inspektorin i. N. Susanne Baumann, Berchtesgaden (Notarstelle Dr. Everts), ab 1.8.2013 in Waldfishbach-Burgalben (Notarstelle Weinsheimer)

Inspektorin i. N. Jessica Geis, Obernburg a. Main (Notarstellen Herrmann/Dr. Koch), ab 1.9.2013 in Bischofsheim a. d. Rhön (Notarstelle Koch)

Inspektor i. N. Marcel Maue, Ludwigshafen (Notarstellen Draxel-Fischer/Dr. Meyer), ab 1.10.2013 in Pirmasens (Notarstelle Neumann)

Inspektor i. N. Christina Sauerbeck, Schwabach (derzeit in Elternzeit), ab 1.10.2013 in Neumarkt i. d. OPf. (Notarstellen Dr. Mickisch/Dr. Heinemann)

Inspektor i. N. Daniel Nather, Landsberg a. Lech (Notarstellen Dr. Krafka/Schneider), ab 15.10.2013 in München (Notarstelle Dr. Schubert)

6. Ausgeschiedene Angestellte:

Oberinspektorin i.N. Andrea Sauer, Würzburg (Notarstelle Böhmer), zum 30.6.2013 ausgeschieden

Notariatsrat i. N. Peter Seitz, München (Notarstelle Dr. Schubert), ab 1.9.2013 im Ruhestand

Oberamtsrat i. N. Robert Schreieck, Pirmasens (Notarstelle Neumann), ab 1.10.2013 im Ruhestand

7. Höhergruppierungen:

Mit Wirkung vom 1.7.2013:

Zum Amratsrat i. N./zur Amratsrätin i. N. (Entgeltgruppe 11):

Thomas Fink, Kandel/Pfalz (Notarstellen Dr. Bastian/Dr. Kiefer)

Walter Hechinger, München (Notarstellen Dr. Thiele/Dr. Drasch)

Franz Hölzlwimmer, Altötting (Notarstellen Habel/Martin)

Peter Krämer, Zweibrücken (Notarstellen Vogel/Dr. Schmitz)

Bernhard Mailänder, Augsburg (Notarstelle Dr. Grafberger)

Heike Stöcklein, Altdorf b. Nürnberg (Notarstelle Dr. Oberhofer)

Zum Amtmann i. N./zur Amtfrau i. N. (Entgeltgruppe 10):

Heidrun Arnold, Klingenberg a. Main (Notarstelle Baumeister)

Georg Betz, Bamberg (Notarstellen Dr. Reißig/Dr. Eigner)

Nadja Bundschuh, Aschaffenburg (Notarstellen Schiller/Holzheu)

Sandra Dietrich, Mallersdorf-Pfaffenberg (Notarstelle Matheis)

Pamela Haller, Neu-Ulm (Notarstellen Dr. Munzig/Dr. Feierlein)

Markus Holy, Kaufbeuren (Notarstelle Lang)

Sandra Kasten, Miltenberg (Notarstellen Dr. Gutheil/Schwarzmann)

Helga Möstl, Hemau (Notarstelle Brödel)

Jane Runge, München (Notarstellen Dr. Tietgen/Dr. Ott)

Reinhard Schober, München (Notarstelle Dr. Budnick)

Alexandra Stiller, Straubing (Notarstelle Hagenbucher)

Petra Winter, Straubing (Notarstellen Satz/Bolkart)

Zum Oberinspektor i. N./zur Oberinspektorin i. N. (Entgeltgruppe 9, Erfahrungsstufe 4):

Stefanie Amthor, Ebern (Notarstelle Ulbricht)

Manuela Hellmuth, Bad Neustadt a. d. Saale (Notarstelle Dr. Schmitkel)

Katharina Hirl, Eggenfelden (Notarstelle Feller)

Kathrin Lichtenwald, Kelheim (Notarstelle Dr. Benz)

Carina Schäfer, Lauf a. d. Pegnitz (Notarstellen Dr. Lindner/Dr. Reindl)

Johannes Thoma, München (Notarstellen Dr. Götte/Lautner)

Tamara Wagner, Lauf a. d. Pegnitz (Notarstellen Dr. Lindner/Dr. Reindl)

Claudia Wolf, Ludwigshafen (Notarstellen Draxel-Fischer/Dr. Meyer)

Martina Wolfgruber, Traunstein (Notarstelle Haselbeck)

Tina Zuber, Erlangen (Notarstelle Braun)

Zum Notariatsrat i. N. (Entgeltgruppe 13):

Rudolf Kammergruber, München (Notarstelle Dr. Kreuzer)

Josef Stiegler, Nürnberg (Notarstellen Dr. Rottenfußler/Dr. Brückner)

Zum Oberamtsrat i. N. (Entgeltgruppe 12):

Alfred Jung, Ludwigshafen am Rhein (Notarstelle Dr. Daubermann)

Leonhard Pröbstl, Weilheim (Notarstellen Dr. Reisnecker/Dr. Selbherr)

Manfred Schüßler, Obernburg a. Main (Notarstellen Herrmann/Dr. Koch)

Georg Singer, München (Notarstelle Kärtner)

Werner Zapf, Bayreuth (Notarstellen Dr. Franz/Eberl)

Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Annweiler a. Tr., Notarstelle Spall

Telefon: 06346 959070

Telefax: 06346 95907-20

Augsburg, Notarstellen Michelfeit/Dr. Moes

Moritzplatz 4, 86150 Augsburg

Telefon: 0821 344487-0, Telefax: 0821 34448723

E-Mail: info@notare-moritzplatz.de

Homepage: www.notare-moritzplatz.de

Dettelbach, Geschäftsstelle der Notarstellen

in Kitzingen, Dr. Münch/Dr. Hofstetter

Weingartenstraße 8, 97337 Dettelbach

Freising, Notarstellen Kleine/Leupold

Untere Hauptstraße 19, 85354 Freising

Telefon: 08161 17040, 53736, Telefax: 08161 170417

E-Mail: notare@kleine-leupold.de

Homepage: www.notare-kleine-leupold.de

Nürnberg, Notarstelle Pöllmann-Budnick

Telefon: 0911 2342490

Vilshofen, Notarstellen Schuller/Schuller

Stadtplatz 19, 94474 Vilshofen

Zusmarshausen, Verwalter der Notarstelle Schmid

E-Mail: mail@notar-zusmarshausen.de

SONSTIGES

Ausschreibung

des „Helmut-Schippel-Preises“ für das Jahr 2014

Die Deutsche Notarrechtliche Vereinigung e. V. in Würzburg setzt für eine hervorragende praxisbezogene wissenschaftliche Arbeit auf dem Gebiet des Notarrechts den

„Helmut-Schippel-Preis“

in Höhe von 5.000 € aus.

Zum Notarrecht zählen alle Fragen des materiellen oder formellen Rechts, die mit der Notariatspraxis im weitesten Sinne oder der Vertragsgestaltung im Zusammenhang stehen (z. B. auch Grundstücksrecht, Erbrecht, Familienrecht, Gesellschafts- und Unternehmensrecht).

Über die Vergabe entscheidet der Vorstand der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. unter Ausschluss des

Rechtsweges. Bewerber werden gebeten, ihre Forschungsarbeiten bis spätestens **30.6.2014** bei der

**Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V.
Gerberstraße 19
97070 Würzburg**

in drei Exemplaren (verbleiben bei der Notarrechtlichen Vereinigung) einzureichen (maßgebend ist der Posteingangsstempel). Die endgültige Vergabeentscheidung wird voraussichtlich Anfang 2015 getroffen. Die Deutsche Notarrechtliche Vereinigung behält sich eine Aufteilung des Preises auf mehrere Bewerber vor. Die Preisverleihung findet im Rahmen einer wissenschaftlichen Vortragsveranstaltung an einem der von der NotRV geförderten Institute oder der Forschungsstelle für Notarrecht statt. Nähere Informationen erhalten Sie unter www.notrv.de.

„Finanzierung der GmbH“**Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München**

Mittwoch, 6.11.2013, 16.30 Uhr s. t.
Geschwister-Scholl-Platz 1, 80539 München, Senatssaal (E 106/110 im 1. Obergeschoss)

Referenten: Professor Dr. Mathias Habersack
(Ludwig-Maximilians-Universität München)
Grundsatz- und Anwendungsfragen des Rechts
der Gesellschafterdarlehen

Notar Dr. Bernhard Schaub, München
Kapitalmaßnahmen bei der GmbH

Im Anschluss an die Vorträge besteht die Möglichkeit zur
Diskussion. Zum Ausklang der Veranstaltung wird zu einem
kleinen Empfang geladen.

Anmeldung und Information:

Forschungsstelle für Notarrecht, Prof.-Huber-Platz 2,
80539 München, Tel: 089 2180-1420, Fax: 089 2180-13981,
E-Mail: FS-Notarrecht@jura.uni-muenchen.de

Die Teilnahme ist kostenfrei und steht jedem Interessierten
offen. Aus organisatorischen Gründen wird um eine Anmel-
dung gebeten. Bitte teilen Sie auch mit, ob Sie am Empfang
teilnehmen. Teilnahmebescheinigungen gemäß § 15 FAO
werden auf Wunsch im Anschluss an die Tagung gegen eine
Zahlung von € 50 in bar persönlich ausgehändigt.

Weitere Informationen über die Einrichtung finden Sie unter
www.notarrechtsinstitut.de.

Die Bundesnotarkammer lädt in Zusammenarbeit mit der polnischen Notarkammer polnische sowie deutsche Notare zur folgenden Veranstaltung ein:

Europa für Notare, Notare für Europa

Fortbildungsseminar zur EU-Erbrechtsverordnung

Freitag, 15. November 2013, 9.00–17.30 Uhr (Registrierung ab 8.30 Uhr)
Deutsches Anwaltsinstitut e. V., Voltairestraße 1, 10179 Berlin

Die Entwicklung der ErbRVO – eine rechtspolitische Einführung

Kurt Lechner, MdEP a. D. (angefragt)

Einführung in die Erbrechtsverordnung

Prof. Dr. Jerzy Pisuliński (Jagiellonen-Universität Krakau)

Testamente und Erbverträge unter besonderer Berücksichtigung der Rechtswahl sowie von Gestaltungen im Bereich des Pflichtteilsrechts

Notar Dr. Christoph Döbereiner, München, Notar Tomasz Kot, Krakau, und Anna Wysocka (Jagiellonen-Universität Krakau)

Zusammenspiel der Erbrechtsverordnung mit dem Güterrecht unter Berücksichtigung der Kommissionsvorschläge zur Vereinheitlichung des Güterkollisionsrechts

Notar Christian Hertel, Weilheim, und Notar Tomasz Kot, Krakau

Europäisches Nachlasszeugnis und Erbauseinandersetzung

Notar Dr. Christoph Dorsel, Bonn, und Notarin Agnieszka Sinkiewicz, Ostróda

Dolmetschung: Deutsch und Polnisch

Moderation: Notar Dr. Norbert Frenz, Kempen

Die Teilnahme steht deutschen sowie polnischen Notaren und Notarassessoren offen. Sie ist kostenlos. Die Teilnehmerzahl ist auf 100 Personen begrenzt. Anmeldungen werden nach ihrem Eingang berücksichtigt.

Anmeldung bis zum 1. November 2013: Deutsches Anwaltsinstitut e.V., Frau Serafina Costanzino, E-Mail: costanzino@anwaltsinstitut.de, Telefax: + 49 234 703507

Weitere Informationen: www.cnue.be/formation

Schriftleitung: Notarassessor Boris Pulyer
Notarassessorin Stefanie Tafelmeier

Ottostraße 10, 80333 München
ISSN 0941-4193

Die Mitteilungen erscheinen jährlich mit sechs Heften und können nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Telefon 089 551660, Fax 089 55166234, info@mittbaynot.de, bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 53,00 € zuzüglich 6,00 € Versandkosten und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt.
Einzelheft 13,00 € einschließlich Versandkosten.

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an:
Mediengruppe Universal, Kirschstraße 16, 80999 München, Telefon 089 5482170, Fax 089 555551.

Bestellen Sie Einbanddecken gerne auch im Internet unter www.mediengruppe-universal.de/notarkammer.