Inhalt

Grundstücksrecht

Entwicklungen beim Erbbaurecht und Wohnungseigentum 2011/2012 – Teil 2 162
von Professor Roland Böttcher, Berlin

Generalvollmacht für den Alleinerben – zwischen Konfusion und Schutz des Rechtsverkehrs 171
von Notarvertreter und Dipl.-Finanzwirt (FH) Sebastian Mensch, Waiblingen

Steuerrecht

Schuldzinsen als nachträgliche Werbungskosten der Einkünfte aus Kapitalvermögen 177
von Steuerberater/Dipl.-Finanzwirt Peter Hutmacher, Heinsberg

ZNotP-Fragezeichen

In dieser Rubrik möchten wir Sie auf mögliche Fehler- und Gefahrenquellen aufmerksam machen.
Die Antworten finden Sie auf S. 200 180

ZNotP-Rechtsprechungsreport

Grundstücksrecht
Grundschuld an herrenlosem Grundstück
BGH, Beschl. v. 10. 5. 2012 – V ZB 36/12 180
Veräußerung von Grundstücksteilen durch die Wohnungseigentümer
BGH, Urt. v. 12. 4. 2013 – V ZR 103/12 181
Wirksamkeit einer dem Alleinerben erteilten Vollmacht nach Versterben des Erblassers
OLG Hamm, Beschl. v. 10. 1. 2013 – 15 W 79/12 183

Familienrecht
Anpassung von Unterhaltsvereinbarungen
BGH, Urt. v. 20. 3. 2013 – XII ZR 72/11 184

Handels- und Gesellschaftsrecht
Unpfändbarkeit von Ansprüchen nach § 51a GmbHG
BGH, Beschl. v. 29. 4. 2013 – VII ZB 14/12 190
Steuererstattungsansprüche eines Kommanditisten
BGH, Urt. v. 16. 4. 2013 – II ZR 118/11 191
Rückzahlungspflichten eines Kommanditisten
BGH, Urt. v. 12. 3. 2013 – II ZR 73/11 194

ZNotP-Kostenecke

Entscheidungen zum Kostenrecht
Grundstücksübertragung und Pflichtteilsverzicht weichender Geschwister
BGH, Beschl. v. 18. 4. 2013 – V ZB 77/12 198

Grundstücksrecht

Entwicklungen beim Erbbaurecht und Wohnungseigentum 2011/2012 – Teil 2

von Professor Roland Böttcher, Berlin[*]

Fortsetzung aus ZNotP 2013, 128 ff.

5. Sondernutzungsrechte

a) Zuweisung durch den aufteilenden Eigentümer

Sachverhalt:[121]

In der Teilungserklärung behielt sich der teilende Eigentümer vor, „durch Nachtragsurkunde dem jeweiligen Eigentümer einer Sondereigentumseinheit ein Sondernutzungsrecht an den Außenstellplätzen und den Terrassenflächen einzuräumen". Im Zuge des Verkaufs einer Eigentumswohnung im Jahr 2009 wies der teilende Eigentümer dem Käufer in Ausübung des Änderungsvorbehalts Sondernutzungsrechte für einen Stellplatz sowie eine Terrasse zu. Der Käufer errichtete daraufhin im Ausübungsbereich des ihm zugewiesenen Sondernutzungsrechts eine Terrassenanlage. Ein anderer Wohnungseigentümer verlangt deren Beseitigung und Wiederherstellung des vorherigen Zustands.

Der *BGH* hat die Klage zu Recht abgewiesen. Der aufteilende Eigentümer weiß sehr häufig und auch im vorliegenden Fall bei Abgabe der Teilungserklärung noch nicht, welcher Wohnung er ein Sondernutzungsrecht z.B. an einem Stellplatz zuweisen soll. Dies entscheidet sich erst, wenn der oder die Käufer der Wohnungen feststehen. Unter dem von der Praxis entwickelten, im WEG nicht normierten Institut des Sondernutzungsrechts wird die einem Wohnungseigentümer eingeräumte Befugnis verstanden, einen näher bestimmten Teil des Gemeinschaftseigentums allein nutzen zu dürfen („positive Komponente"), also dergestalt, dass alle übrigen Wohnungseigentümer von der Nutzung ausgeschlossen sind („negative Komponente"). Das Sondernutzungsrecht hat schuldrechtlichen Charakter und ist kein dingliches Recht; es wird lediglich durch Eintragung im Grundbuch Inhalt des Sondereigentums (§ 5 Abs. 4 Satz 1 WEG) und wirkt damit auch gegen Sonderrechtsnachfolger (§ 10 Abs. 3 WEG), d.h. es wird insoweit verdinglicht. Die nachträgliche Begründung eines schuldrechtlichen Sondernutzungsrechts ist eine gesetzesändernde Regelung (Abweichung von § 13 Abs. 2 WEG) und bedarf deshalb der formlosen schuldrechtlichen Vereinbarung aller Wohnungseigentümer (§ 10 Abs. 2 WEG); ein entsprechender Mehrheitsbeschluss wäre nicht nur anfechtbar, sondern nichtig.[122] Um den aufteilenden Eigentümer den alleinigen Gestaltungsspielraum zu erhalten, hat die Praxis verschiedene Möglichkeiten herausgearbeitet. Der teilende Eigentümer kann zum einen bereits in der Teilungserklärung die betroffenen Flächen bzw. Räume einer in seinem Eigentum möglichst lange verbleibenden Einheit (etwa einem geringwertigen Teileigentum wie einer Garage) der Sondernutzung zuweisen. Für ein solches mit negativer und positiver Komponente ausgestattetes Sondernutzungsrecht kann einem Erwerber eigentlich nicht mehr zugewiesen werden, sondern bedarf der rechtsgeschäftlichen Übertragung.[123] Die konkret erfolgte „Zuweisung" ist somit im Sinne einer erstmaligen Anbindung des Sondernutzungsrechts an ein bestimmtes Wohnungseigentum zu verstehen. Die positive „Zuordnung" der alleinigen Nutzungsbefugnis stellt sich damit rechtlich als Übertragung des alleinigen Nutzungsrechts an den Erwerber dar. Da Sondernutzungsrechte übertragen werden können, ohne dass es dazu der Mitwirkung anderer Eigentümer bedarf, kann der teilende Eigentümer die so „geparkten" Sondernutzungsrechte später auf einzelne Erwerber übertragen.[124] Auch bedarf es dafür nicht der Zustimmung der dinglich Berechtigten an den dem teilenden Eigentümer verbleibenden Einheiten.[125]

Zulässig ist es auch, Sondernutzungsrechte in der Form zu begründen, dass alle Wohnungseigentümer unter der aufschiebenden Bedingung der positiven Zuordnung vom Mitbenutzungsrecht am gemeinschaftlichen Eigentum negativ ausgeschlossen sind.[126] Mit Eintritt der Bedingung in Form der positiven Zuordnungserklärung wird der Ausschluss der übrigen Wohnungseigentümer vom Mitgebrauch wirksam. Sie sind daher ebenso wenig von der Zuweisung eines Sondernutzungsrechts berührt, wie die dinglich Berechtigten und Vormerkungsberechtigten, die ihre Rechtspositionen nach Eintragung der Gemeinschaftsordnung im Grundbuch erworben haben (vgl. § 161 BGB); der teilende Alleineigentümer kann deshalb in diesem Fall einseitig ein Sondernutzungsrecht positiv zuordnen.

Zum anderen können in der Gemeinschaftsordnung zunächst nur die Sondernutzungsflächen festgelegt werden (= negatives Element) und die endgültige Zuweisung dann dem aufteilenden Eigentümer überlassen bleiben; später erfolgt erst die Zuordnung an die Wohnungseigentümer (= positives Element), wozu die Mitwirkung der übrigen Wohnungseigentümer und der dinglich Berechtigten nicht mehr erforderlich ist.[127] Dieser Änderungsvorbehalt für den aufteilenden Eigentümer betrifft nur den Inhalt und nicht den Gegenstand des Sondereigentums. Als Ausdruck der Privatautonomie kann diese Befugnis durch eine Ermächti-

* Der Autor ist Professor in der Hochschule für Wirtschaft und Recht, Berlin.

121 Nach BGH, ZNotP 2012, 98 = DNotZ 2012, 528 = ZfIR 2012, 182 = ZWE 2012, 175; OLG Hamm, RNotZ 2012, 500.

122 BGH, DNotZ 2000, 854 m. Anm. *Rapp* = ZfIR 2000, 877 m. Anm. *Lüke*.

123 *Schneider*, ZWE 2012, 171.

124 KG, RNotZ 2007, 151, 153.

125 *Schneider*, ZWE 2012, 171, 173.

126 OLG Stuttgart, ZWE 2012, 488; OLG Hamm, RNotZ 2012, 500.

127 BGH, ZNotP 2012, 98 = DNotZ 2012, 528 = ZfIR 2012, 182 = ZWE 2012, 175; ebenso OLG Hamm, RNotZ 2012, 500; OLG München, ZWE 2011, 265.

gung in der Teilungserklärung erteilt werden.[128] Der Änderungsvorbehalt hält auch einer Inhaltskontrolle stand, und zwar gleichgültig, ob man in der Teilungserklärung getroffene Regelungen an dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) oder an den für AGB geltenden Vorschriften der §§ 305 ff. BGB misst. Bei einer an den rechtlichen Maßstäben von § 242 BGB ausgerichteten Inhaltskontrolle ist zu berücksichtigen, dass der teilende Eigentümer die Bedürfnisse der Erwerber nicht abschließend beurteilen kann. Demgegenüber fallen Vertrauensschutzgesichtspunkte der Erwerber schon deshalb nicht ins Gewicht, weil diese von vornherein von dem Mitgebrauch der in Rede stehenden Flächen ausgeschlossen werden. Im Ergebnis ergibt sich nichts anderes, wenn man den Änderungsvorbehalt an der Regelung des § 308 Nr. 4 BGB oder an der Generalklausel des § 307 BGB misst. Denn mit Blick auf die zuerst genannte Bestimmung ist die Ermächtigung den Wohnungseigentümern unter Berücksichtigung der Interessen des teilenden Wohnungseigentümers zumutbar. Das strahlt auch auf die im Rahmen von § 307 BGB vorzunehmende Gesamtabwägung aus. Der Änderungsvorbehalt ist zeitlich auch nicht unbegrenzt. Selbst ohne ausdrückliche Regelung versteht es sich, dass der Änderungsvorbehalt, der nur dem teilenden Eigentümer zugewiesen ist, mit der letzten Veräußerung von Wohnungseigentum an einen Erwerber endet.

Sachverhalt:[129]

Im Rahmen einer Teilungserklärung hatte sich der teilende Eigentümer das Recht vorbehalten, „Teile der Gartenflächen als Terrassen" als Sondernutzungsrecht einzelnen Wohnungseigentümern zuzuweisen. Eine räumliche Festlegung anhand eines Lageplans („Sondernutzungsplan") oder einer verbalen Beschreibung in der Teilungserklärung erfolgte jedoch nicht. Im Laufe der Veräußerungen wies der Bauträger verschiedenen Käufern Sondernutzungsrechte an den Gartenflächen zu. Ein Wohnungseigentümer klagte auf Feststellung, dass die vorgenommenen Zuweisungen der Sondernutzungsrechte unwirksam sind, und darauf, dass es der Bauträger künftig zu unterlassen habe, Sondernutzungsrechte zuzuweisen.

Der *BGH* gab der Klage zu Recht statt. Zwar könne sich der teilende Eigentümer in der Teilungserklärung ermächtigen, bei dem Verkauf von Wohnungen dem jeweiligen Erwerber ein Sondernutzungsrecht an bestimmten Flächen einzuräumen und dessen Inhalt näher zu bestimmen, sofern und solange der dadurch Begünstigte Eigentümer einer Einheit ist.[130] Dieser Änderungsvorbehalt muss jedoch dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz genügen.[131] Dieses verlangt, dass jedermann den Inhalt eines dinglichen Rechts anhand der Eintragungen im Grundbuch eindeutig erkennen kann.[132] Das gilt auch für das als Inhalt des Sondereigentums nach § 10 Abs. 3 WEG in das Grundbuch einzutragende Sondernutzungsrecht. Der vorliegende Vorbehalt genügt dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz nicht. Die Formulierung, der aufteilende Eigentümer sei befugt „Teile der Gartenflächen als Terrassen zu Sondernutzung" zuzuordnen, lässt offen, auf welche Flächen des Gemeinschaftseigentums sich die Befugnis bezieht. Diese sind weder aus dem Lageplan ersichtlich noch in anderer Form beschrieben. Die Ermächtigung und die Begründung von Sondernutzungsrechten sind daher unwirksam. Wäre der Änderungsvorbehalt nur schuldrechtlich vereinbart worden, stünde seiner Wirksamkeit der von dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz zu trennende Grundsatz entgegen, dass die Übertragung einer nach dem Gesetz den Wohnungseigentümern vorbehaltenen Kompetenz auf einzelne Wohnungseigentümer einer Ermächtigung bedarf, die Ausmaß und Umfang der daraus folgenden Belastungen für die Wohnungseigentümer zweifelsfrei erkennen lässt.[133] Ein schuldrechtlicher Vorbehalt, der den teilenden Eigentümer berechtigt, einzelnen Wohnungen nachträglich Sondernutzungsrechte zuzuordnen, ist demnach nur wirksam, wenn er erkennen lässt, welche Flächen für die Begründung von Sondernutzungsrechten herangezogen werden können. Die Festlegung des betroffenen Gemeinschaftseigentums kann zwar weit gefasst sein, also große Teile des Gemeinschaftseigentums umfassen. Denn der Bestimmtheitsgrundsatz soll nur gewährleisten, dass Inhalt und Umfang der Kompetenzübertragung zweifelsfrei feststehen, nicht aber die einer gesonderten Prüfung vorbehaltene Inhaltskontrolle der Klausel ersetzen. Unerlässlich ist aber, dass der Vorbehalt dem unbefangenen Betrachter eine klare Vorstellung davon vermittelt, welche Teile des Gemeinschaftseigentums durch einseitige Erklärung des Berechtigten dem Mitgebrauch der Eigentümer (§ 13 Abs. 2 WEG) entzogen werden können. Diesen Anforderungen genügt der vorliegende Änderungsvorbehalt nicht.

Wer es in der Vergangenheit bei der Begründung von Wohnungseigentum mit der Bestimmung der räumlichen Lage von Sondernutzungsrechten nicht so genau genommen hat, dürfte auch mit der Eintragung von Sondernutzungsrechten den Käufern der Wohnungen keine wirksamen Sondernutzungsrechte verschafft haben.[134] Zu denken wäre dann nur noch an einen gutgläubigen Zweiterwerb.[135]

b) Gutgläubiger Erwerb

Ist ein Sondernutzungsrecht (z.B. am Kfz-Stellplatz) zugunsten einer Eigentumswohnung zu Unrecht im Wohnungsgrundbuch eingetragen worden, weil die zugrunde liegende Vereinbarung unwirksam ist (z.B. aufgrund eines Vertretungsmangels), so bejaht das *LG München I*[136] zu Recht die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs des nicht bestehenden Sondernutzungsrechts. Da die Eintragung des

128 BGH, ZNotP 2012, 98 = DNotZ 2012, 528 = ZfIR 2012, 182 = ZWE 2012, 175; OLG Hamm, RNotZ 2012, 500; ebenso *Klein*, in: Bärmann (Fn. 31), § 13 WEG Rn. 85 f.; *Armbrüster*, ZMR 2005, 244, 247.

129 Nach BGH, ZNotP 2012, 179 = NotBZ 2012, 297 = ZWE 2012, 258.

130 BGH, DNotZ 2012, 528.

131 BGH, ZNotP 2012, 179 = NotBZ 2012, 297 = ZWE 2012, 179.

132 BGH, NJW 2011, 1958.

133 BGH, ZNotP 2000, 492.

134 *Zimmer*, NotBZ 2012, 297, 298.

135 OLG München, NZM 2012, 283; OLG Hamm, DNotZ 2009, 383.

136 LG München I, ZWE 2011, 232; ebenso OLG Hamm, DNotZ 2009, 383; LG Nürnberg-Fürth, MittBayNot 2010, 132; *Klein*, in: Bärmann (Fn. 31), § 13 WEG Rn. 127 f.

Sondernutzungsrechts zu einer Inhaltsänderung der Sondereigentumsrechte führt und sich die Fiktion von der Richtigkeit der Eintragung im Grundbuch auf den Bestand und den Umfang des eingetragenen Rechts sowie auf die Vollständigkeit der Grundbucheintragung erstreckt, ist es nur konsequent, den gutgläubigen Erwerb eines Sondernutzungsrechts nach § 892 BGB zu bejahen.

c) Sondernutzungsrecht für einen Bruchteilsberechtigten einer ETW?

Steht ein Wohnungs- oder Teileigentum mehreren Personen in Bruchteilsgemeinschaft zu (z.B. Eheleuten zu je 1/2), so soll es nach einer Ansicht[137] nicht möglich sein, einem Bruchteilseigentümer einer Eigentumswohnung ein Sondernutzungsrecht zuzuordnen (z.B. einem Ehepartner an einer Stellfläche einer sog. Doppelstock- oder Duplexgarage). Begründet wird dies vor allem begriffsjuristisch in der Weise, dass Begünstigter eines Sondernutzungsrechts nur ein Wohnungseigentümer sein kann und ein Bruchteilseigentümer einer Eigentumswohnung nicht (alleiniger) Berechtigter des Sondereigentums ist. Dies überzeugt nicht. Ein Sondernutzungsrecht ist das alleinige und ausschließliche Nutzungsrecht eines Wohnungseigentümers am Gemeinschaftseigentum in Abweichung von § 13 Abs. 2 WEG. Grds. hat jedoch jeder Bruchteilseigentümer einer Eigentumswohnung ein Mitgebrauchsrecht am Gemeinschaftseigentum, gilt also insoweit als Wohnungseigentümer. Es ist auch kein Grund ersichtlich, wieso ein Wohnungseigentumsrecht für sämtliche Mitberechtigten den völlig gleichen Inhalt haben muss. Unproblematisch ist es z.B., wenn das Stimmrecht bei Berechtigung mehrerer an einem Wohnungseigentum abweichend von § 25 Abs. 2 Satz 2 WEG demjenigen Bruchteilseigentümer zugewiesen wird, der den größten Anteil hat. Außerdem ist es möglich, dass eine Gebrauchsregelung gem. § 15 Abs. 1 WEG vereinbart werden kann, die das Sondereigentum von Bruchteilseigentümern betrifft, z.B. bei einem Doppelparker.[138] Deshalb muss dies erst recht für den Gebrauch des Gemeinschaftseigentums gelten und es daher möglich sein, ein Sondernutzungsrecht von vornherein zugunsten eines Bruchteilsberechtigten einer Eigentumswohnung zu begründen.[139] Der *BGH*[140] hat sich der letztgenannten Meinung angeschlossen.

6. Veränderungen beim Wohnungseigentum

a) Umwandlung von Wohnungseigentum in Teileigentum und umgekehrt

Die erstmalige Festlegung von Räumen als „Teileigentum“ oder „Wohnungseigentum“ bedeutet eine Zweckbestimmung mit Vereinbarungscharakter. Die Änderung bedarf nach Begründung der Eigentümergemeinschaft der Mitwirkung aller Eigentümer. Die Änderung wirkt, wenn sie im Grundbuch eingetragen wird auch gegen Sonderrechtsnachfolger der Eigentümer (§ 10 Abs. 3 WEG). Unterschiedliche Meinungen gibt es allerdings zu der Frage, ob eine Veränderung der Zweckbestimmung im Wege einer abändernden schuldrechtlichen Vereinbarung i.S.v. § 10 Abs. 2, § 5 Abs. 4 Satz 1 WEG[141] oder vielmehr durch einen sachenrechtlichen Veränderungsakt nach §§ 877, 873 BGB zu erfolgen hat;[142] nach der letztgenannten Meinung bedarf es zu der sachenrechtlichen Umwandlung einer Einigung aller Wohnungseigentümer und einer konstitutiven Eintragung im Grundbuch. Ihr ist jedoch nicht zuzustimmen, da sie nicht ausreichend zwischen dem Inhalt und dem Gegenstand des Sondereigentums unterscheidet. Der Gegenstand des Sondereigentums ist die räumliche Erstreckung des Sondereigentums und gehört damit zur dinglichen Aufteilung. Der Inhalt des Sondereigentums ist dagegen die Summe der Rechte und Pflichten, die aus dem Sondereigentum erwachsen. Die Zweckbestimmung als Wohnungs- oder Teileigentum betrifft aber nicht den Gegenstand, sondern der Inhalt des Sondereigentums. Die Umwandlung von Wohnungseigentum zu Teileigentum und umgekehrt ist als Änderung des durch die Gemeinschaftsordnung festgelegten Gebrauchs und folglich als eine Inhaltsänderung des Sondereigentums durch schuldrechtliche Vereinbarung aller Wohnungseigentümer nach §§ 5 Abs. 4 Satz 1, 10 Abs. 2, 3 WEG anzusehen. Die Umwandlung stellt keine Abänderung des dinglichen Akts zur Begründung von Wohnungs- und Teileigentum dar, sondern ist eine materielle Änderung der Zweckbestimmung durch schuldrechtliche Vereinbarung aller Wohnungseigentümer. Das Erfordernis der Mitwirkung aller Eigentümer kann daher durch Vereinbarung ausgeschlossen werden (= Änderungsvorbehalt).[143] Die jeweilige Qualifizierung der Umwandlung hat auch Auswirkungen auf die Frage, ob dingliche Berechtigte einer solchen Umwandlung zustimmen müssen. Eine Klassifizierung als sachenrechtlicher Veränderungsakt hätte zur Folge, dass im Grundbuch eingetragene dinglich Berechtigte entsprechend §§ 877, 876 BGB hierzu ihre Zustimmung erteilen müssen. Schließt man sich jedoch der schuldrechtlichen Einstufung der abändernden Vereinbarung an, ergibt sich ein anderes Ergebnis. Eine Zustimmung der Gläubiger von Hypotheken, Grundschulden und Reallasten ist nicht erforderlich (§ 5 Abs. 4 Satz 2 WEG).[144] Sind andere Rechte im Wohnungsgrundbuch eingetragen (z.B. Grunddienstbarkeiten), sind die Zustimmungen der jeweiligen dinglich Berechtigten nur dann erforderlich, wenn in Umwandlung eine rechtliche Beeinträchtigung dieser Rechte zu sehen ist (§ 5 Abs. 4 Satz 2 WEG).

b) Unterteilung von Eigentumswohnungen

Bei größeren Eigentumswohnungen ergibt sich zuweilen der Wunsch nach Unterteilung, auch um eine bessere Ver-

137 OLG München, NotBZ 2012, 55; KG, DNotZ 2004, 634.

138 OLG Frankfurt/M., Rpfleger 2000, 212.

139 OLG Nürnberg, ZWE 2011, 419.

140 BGH, ZNotP 2012, 261 = Rpfleger 2012, 512.

141 KG, Rpfleger 2011, 268 = ZWE 2011, 84; ebenso *Klein*, in: Bärmann (Fn. 31), § 13 WEG Rn. 22; *Schneider* (Fn. 30), § 7 WEG Rn. 284; *Hügel*, ZWE 2008, 120.

142 OLG Celle, ZWE 2001, 33; *Elzer*, in: Riecke/Schneider (Fn. 30), § 3 WEG Rn. 20 f.; *Wenzel*, ZWE 2006, 62.

143 KG, Rpfleger 2011, 268 = ZWE 2011, 84; *Hügel*, ZWE 2008, 120, 126 f.; bei der Einordnung der Unwandlung als sachenrechtlichen Änderungsvorgang gem. §§ 877, 873 BGB wäre dies nicht möglich.

144 KG, Rpfleger 2011, 268 = ZWE 2011, 84; *Hügel*, ZWE 2008, 120, 127.

käuflichkeit zu erreichen. Entgegen früheren Bedenken, die sich daraus ergaben, weil das Alleineigentum an einem Grundstück auch nicht ideell aufteilbar ist, entspricht die Zulässigkeit der Unterteilung einer Eigentumswohnung heute allgemeiner Meinung.[145] Es handelt sich dabei um die Aufteilung des Sondereigentums an den Räumen und des Miteigentumsanteils am Grundstück (= gemischt real – ideelle Aufteilung). Diese Art der Teilung ist möglich mit und ohne gleichzeitige Teilveräußerung eines neuen entstandenen Wohnungseigentums. Erforderlich ist die ideelle Unterteilung des Miteigentumsanteils durch eine einseitige, formlose Erklärung des teilenden Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamt entsprechend § 8 WEG.[146] Zugleich müssen alle bisher im Sondereigentum stehenden Räume den neuen Miteigentumsanteilen zugeordnet werden. Für die Unterteilung als solches, d.h. ohne anschließende Veräußerung, ist die Zustimmung der anderen Wohnungseigentümer nicht erforderlich;[147] denn solange ein Wohnungseigentümer sein Recht nur aufteilt und alle Teile in seiner Hand behält, wird die Rechtsstellung der übrigen Wohnungseigentümer nur formal insofern berührt, als die Unterteilung die Zahl der Eigentumswohnungen erhöht.

Dies ist auch für die Stimmrechtsverhältnisse ohne Bedeutung, wenn sich das Stimmrecht nach dem gesetzlichen Kopfteilsprinzip (§ 25 Abs. 2 Satz 1 WEG) oder abweichend davon nach der Größe der Miteigentumsanteile bestimmt.[148] Aber selbst, wenn abweichend vom § 25 Abs. 2 Satz 1 WEG in der Gemeinschaftsordnung vereinbart wurde, dass auf jede Eigentumswohnung eine Stimme entfällt (= Objektprinzip), gilt nichts anderes. Da sich aus der Summe der durch Teilung entstandenen Rechte nicht mehr Befugnisse ergeben können, als aus dem ungeteilten Wohnungseigentumsrecht selbst, kann der teilenden Wohnungseigentümer auch im Fall des vereinbarten Objektprinzips keine zusätzliche Stimme erwerben; die bisherige Stimme wird in Bruchteile aufgespalten.[149] Bei einer späteren Veräußerung der durch Unterteilung entstandenen Einheiten könnte sich etwas ändern. Bestritten ist das Stimmrecht beim Kopfteilsprinzip, wenn nach der Unterteilung der bisherigen Eigentumswohnung eine der neuen gebildeten Eigentumswohnungen veräußert wird. Im Vordringen war die Ansicht, dass eine Vermehrung der Stimmrechte eintritt.[150] Dies sei deshalb gerechtfertigt, weil bei der Geltung des Kopfstimmrechts nach § 25 Abs. 2 Satz 1 WEG eine Vermehrung der Stimmrechte auch dann eintritt, wenn einem Wohnungseigentümer mehrere Sondereigentumseinheiten gehören, die er an mehrere Erwerber veräußert. Denn es sei nicht gerechtfertigt, die Erwerber der rechtlich selbstständigen Eigentumswohnungen durch die Quotierung ihres Stimmrechts oder durch das Gebot einheitlicher Stimmabgabe nach § 25 Abs. 2 Satz 2 WEG auch nur teilweise an der Mitwirkung in der Wohnungseigentümergemeinschaft zu beschränken. Obwohl dadurch ein weiteres Mitglied in die Eigentumsgemeinschaft kommt, führt dies nach dem *BGH*[151] zu keiner Änderung der Stimmenzahl, sondern zur Aufteilung nach Bruchteilen. Sonst würde die Stimmkraft der ursprünglichen Wohnungseigentümer dadurch beeinträchtigt. Dies muss aber nicht hingenommen werden.

Gem. § 7 Abs. 4 WEG müssen eine aktualisierte Abgeschlossenheitsbescheinigung und ein Aufteilungsplan vorgelegt werden,[152] und zwar auch dann, wenn das Wohnungseigentum durch die Vereinigung zweier Einheiten entstanden ist und jetzt der frühere Rechtszustand wiederhergestellt werden soll. Wenn die Abgeschlossenheit der neuen Wohnungen tatsächlich fehlt, hindert dies nicht die Entstehung von Sondereigentum und Wirksamkeit der Unterteilung, denn bei § 3 Abs. 2 Satz 1 WEG handelt es sich lediglich um eine Sollvorschrift.[153]

Bei der Unterteilung von größeren Eigentumswohnungen entsteht manchmal im Bereich der bisherigen Eingangstür ein Vorflur, von dem aus die Eingänge zu den unterteilten Wohnungen gebildet werden. Der Flur befindet sich dabei räumlich im Bereich des bisherigen Sondereigentums der großen Wohnung vor der Unterteilung. Er kann jedoch nicht Sondereigentum bleiben, da er den Zugang für zwei Eigentumswohnungen darstellt und deshalb nach § 5 Abs. 2 WEG Gemeinschaftseigentum sein muss. Gem. § 5 Abs. 3 WEG können die Wohnungseigentümer vereinbaren, dass Bestandteile des Gebäudes, die Gegenstand des Sondereigentums sein können, zum gemeinschaftlichen Eigentum gehören. Daraus folgt unstrittig auch die Zulässigkeit der Umwandlung von Sondereigentum in Gemeinschaftseigentum.[154] Da es sich bei der Umwandlung von Sondereigentum in Gemeinschaftseigentum um die Aufhebung von Sondereigentum handelt, ist dafür die Einigung aller Wohnungseigentümer in der Form der Auflassung erforderlich (§ 4 WEG, § 925 BGB).[155] Die Einigung muss also bei gleichzeitiger Anwesenheit aller Wohnungseigentümer vor einem Notar erklärt werden (§ 925 Abs. 1 BGB); Stellvertretung ist dabei natürlich zulässig. Ein Anspruch auf Zustimmung lässt sich aus § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG nicht herleiten; die Norm betrifft nur schuldrechtliche Vereinbarungen und nicht die Änderung der sachenrechtlichen Zuordnung.[156] Kann die für eine Unterteilung einer Eigentumswohnung notwendige Umwandlung von Sondereigentum in Gemeinschaftseigentum mangels Mitwirkung der übrigen Wohnungseigentümer nicht erreicht werden, ist eine Unterteilung ausgeschlossen; auch wirtschaftliche Interessen sind nicht geeignet, eine Umwandlung von Sondereigentum in Gemeinschaftseigentum im Zwangswege zu erreichen.[157] Ausnahmsweise kann ein Anspruch auf Zustimmung zur Umwandlung nach § 242 BGB bzw. aus dem Rücksichtnahmegebot in Betracht kom-

145 OLG München, ZWE 2011, 267; *Armbrüster* (Fn. 31), § 2 WEG Rn. 91 ff.
146 OLG München, ZWE 2011, 267.
147 OLG München, ZWE 2011, 267.
148 OLG Frankfurt/M., ZWE 2012, 272.
149 BGH, DNotZ 2005, 218 = ZfIR 2004, 946.
150 KG, FGPrax 2000, 9; OLG Düsseldorf, WM 2004, 239.
151 BGH, ZNotP 2012, 234; ebenso *Merle*, in: Bärmann (Fn. 31), § 25 WEG Rn. 39.
152 OLG München, ZWE 2011, 267.
153 OLG Frankfurt/M., ZWE 2012, 272.
154 *Schneider* (Fn. 30), § 7 WEG Rn. 229.
155 OLG Stuttgart, RNotZ 2012, 571.
156 BGH, ZWE 2012, 361; OLG Stuttgart, RNotZ 2012, 571.
157 OLG Stuttgart, RNotZ 2012, 57.

men, wenn sich die bisherige Situation als untragbar erweist und eine Änderung dringend geboten ist.[158]

7. Rückständiges Hausgeld

a) Vormerkungsschutz des Käufers?

Praxisfall:[159]

Der Wohnungseigentümer E veräußert seine Wohnung am 2.5.2011 an den Käufer K. Für Letzteren wird am 20.5.2011 die Eigentumsvormerkung im Grundbuch eingetragen. Auf Antrag der Wohnungseigentümergemeinschaft wurde gegen E die Zwangsversteigerung am 28.5.2011 angeordnet wegen rückständigen Hausgeldes i.H.v. 8.500 € für die Jahre 2009 und 2010. Am 31.7.2012 wurde der Käufer K als neuer Eigentümer im Grundbuch eingetragen. Daraufhin hob das Versteigerungsgericht das Verfahren von Amts wegen auf nach § 28 ZVG, wobei die Wirksamkeit erst mit der Rechtskraft des Beschlusses eintreten sollte. Dagegen legte die Wohnungseigentümergemeinschaft sofortige Beschwerde ein.

Mit Erfolg. Bei der Vollstreckung in ein Wohnungseigentum können die daraus fälligen Ansprüche auf Zahlung der Beträge zu den Lasten und Kosten des gemeinschaftlichen Eigentums oder des Sondereigentums, die nach § §16 Abs. 2, 28 Abs. 2 und 5 WEG geschuldet werden, einschließlich der Vorschüsse und Rückstellungen sowie der Rückgriffsansprüche einzelner Wohnungseigentümer, in Rangklasse 2 des § 10 Abs. 1 ZVG berücksichtigt werden; das Vorrecht erfasst die laufenden und die rückständigen Beträge aus dem Jahr der Beschlagnahme und den letzten 2 Jahren. Nicht abschließend geklärt sind die Rechtsfolgen, wenn nach der Grundbucheintragung einer Eigentumsvormerkung für einen Käufer einer Eigentumswohnung die Wohnungseigentümergemeinschaft diese Immobilie wegen nicht bezahlter Hausgelder in Rangklasse 2 des § 10 Abs. 1 ZVG beschlagnahmt durch Anordnung der Zwangsversteigerung oder Beitritt zu einem bereits laufenden Zwangsversteigerungsverfahren. Z.T. wird § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG lediglich als verfahrensrechtliche Norm verstanden mit der Folge, dass die vor Beschlagnahme durch die Wohnungseigentümergemeinschaft eingetragene Eigentumsvormerkung bestehen bliebe auch nach einer Zuschlagserteilung.[160] Der Eigentumserwerb des Erstehers wäre vormerkungswidrig (§ 883 Abs. 2 Satz 2 BGB) mit der Folge, dass der Vormerkungsberechtigte von dem Ersteher die Zustimmung zu seinem Eigentumserwerb verlangen könnte (§ 888 Abs. 1 BGB). Würde der Vormerkungsberechtigte noch während des Versteigerungsverfahrens Eigentümer werden, wäre die Zwangsversteigerung wegen des wirksamen Eigentumserwerbs aufzuheben (§ 28 ZVG) bzw. der Zuschlag zu versagen (§ 33 ZVG). Dieser Auffassung kann jedoch nicht zugestimmt werden. Den in der Rangklasse 2 des § 10 Abs. 1 ZVG gesicherten Ansprüchen ist originär ein Befriedigungsrecht kraft der Rechtsnatur dieser Ansprüche beigelegt; die Einordnung der bevorrechtigten Hausgeldansprüche in die Rangklasse 2 begründet deren dinglichen Charakter.[161] Bei den bevorrechtigten Hausgeldansprüchen handelt es sich quasi um ein Grundpfandrecht ohne Grundbucheintragung.[162] Dies bedeutet, dass die Hausgeldansprüche im Umfang des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG gegen jeden rechtsgeschäftlichen Erwerber eines Wohnungseigentums wirken, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob der Erwerber zugleich auch persönlich haftet.[163] Die rechtsfähige Wohnungseigentümergemeinschaft kann ihren Titel gegen den Erwerber der Eigentumswohnung umschreiben lassen, da dieser kraft Gesetzes die dingliche Verpflichtung zur Duldung der Zwangsvollstreckung in das Wohnungseigentum übernimmt.[164] Wird aus der vorrangigen Rangklasse 2 des § 10 Abs. 1 ZVG die Zwangsversteigerung wegen rückständiger Hausgeldansprüche betrieben, erlischt eine im Grundbuch eingetragene Eigentumsvormerkung, die in Rangklasse 4 des § 10 Abs. 1 ZVG steht.[165]

In der Praxis besteht das Problem, dass auch nach der Eintragung der Eigentumsvormerkung für den Käufer nicht klar ist, ob die Wohnungseigentümergemeinschaft die Eigentumswohnung noch beschlagnahmt durch Anordnung der oder Beitritt zur Zwangsversteigerung in Rangklasse 2 des § 10 Abs. 1 ZVG und damit nachträglich die Eigentumsvormerkung in Rangklasse 4 des § 10 Abs. 1 ZVG zu Fall bringt. Um dies zu verhindern, wird der notariellen Praxis empfohlen, die Kaufpreisfälligkeit auch von einer Bestätigung des jeweiligen Verwalters abhängig zu machen, dass keine Hausgeldschulden bestehen; zumindest dann, wenn der Verwalter problemlos feststellbar ist, was in der Praxis nicht immer ganz einfach ist.[166]

Muster:

In den Erläuterungen: *„Der Notar hat den Erwerber auf die Risiken etwa bestehender Hausgeldrückstände des Verkäufers für die Durchführung dieses Kaufvertrags hingewiesen.*

Der Notar wird beauftragt, eine Erklärung des Verwalters über das Nichtbestehen von Hausgeldrückständen einzuholen.“

Bei den Fälligkeitsvoraussetzungen: *„Dem Erwerber liegt eine Erklärung des Wohnungseigentumsverwalters vor, wonach Hausgeldrückstände zum Zeitpunkt des Anforderungsschreibens des Notars nicht bestehen.“*

158 OLG Stuttgart, RNotZ 2012, 57.

159 Nach LG Heilbronn, ZfIR 2013, 111.

160 *Fabis*, ZfIR 2010, 354; *Kesseler*, NJW 2009, 121.

161 BGH, ZfIR 2009, 482 = NJW-RR 2009, 923; BGH, ZfIR 2011, 825 = NJW 2011, 3098; LG Heilbronn, ZfIR 2013, 111; LG Berlin, ZWE 2011, 97; *Schmidberger/Slomian*, ZMR 2010, 579; *Suilmann*, NotBZ 2010, 365; *Böttcher*, ZfIR 2010, 345, 347; *Schneider*, ZMR 2009, 165; *Alff*, ZWE 2010, 105, 106.

162 So *Derleder*, ZWE 2008, 13.

163 *Schneider*, ZMR 2009, 165, 168.

164 *Schneider*, ZMR 2009, 165, 168.

165 LG Heilbronn, ZfIR 2013, 111; *Suilmann*, NotBZ 2010, 365, 368; *Morvilius*, in: Dierck/Morvilius/Vollkommer, Handbuch des Zwangsvollstreckungsrechts, 2009, 4. Kap., Rn. 296a; *Böttcher*, ZfIR 2010, 345, 347; *Schneider*, ZMR 2009, 165, 169; *Alff*, ZWE 2010, 105.

166 *Fabis*, ZfIR 2010, 354, 358.

b) Dingliche Haftung bei Insolvenz des Wohnungseigentümers

Für rückständiges Hausgeld haftet die Eigentumswohnung dinglich bis zu 5 % des Verkehrswerts. Den in der Rangklasse 2 des § 10 Abs. 1 ZVG gesicherten Ansprüchen ist originär ein Befriedigungsrecht kraft der Rechtsnatur dieser Ansprüche beigelegt; die Einordnung der bevorrechtigten Hausgeldansprüche in die Rangklasse 2 begründet deren dinglichen Charakter.[167] Bei den bevorrechtigten Hausgeldansprüchen handelt es sich quasi um ein Grundpfandrecht ohne Grundbucheintragung.[168]

Praxisfall:

Der Inhaber einer Eigentumswohnung hat das beschlossene und fällige Hausgeld für 2009 i.H.v. 3.600 € nicht bezahlt. Am 30.4.2010 wird das Insolvenzverfahren gegen ihn eröffnet. Der Insolvenzverwalter veräußert die Eigentumswohnung am 15.5.2010 in notariell beurkundeter Form an den Käufer K, der am 13.7.2010 auch im Wohnungsgrundbuch als neuer Eigentümer eingetragen wird. 2011 erhebt die Wohnungseigentümergemeinschaft (vertreten durch den Verwalter) Klage gegen K auf Duldung der Zwangsvollstreckung in die Eigentumswohnung wegen des rückständigen Hausgelds aus 2009.

Mit Urt. v. 17.8.2012 hat das *LG Landau*[169] die Klage zurückgewiesen. Wird gegen einen Wohnungseigentümer das Insolvenzverfahren eröffnet (z.B. am 30.4.2010) und hat dieser seine Verpflichtung zur Begleichung der Vorschüsse gemäß dem Wirtschaftsplan nicht erfüllt, so sind die zur Zeit der Insolvenzeröffnung bestehenden Rückstände (z.B. für das Jahr 2009) einfache Insolvenzforderungen (§ 38 InsO).[170] Durch die Verweisung in § 49 InsO auf das ZVG bestimmt sich nach §§ 10 – 14 ZVG, wer ein Recht auf abgesonderte Befriedigung aus dem unbeweglichen Vermögen hat. In der Insolvenz eines Wohnungseigentümers ist die Wohnungseigentümergemeinschaft wegen der nach § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG bevorrechtigten, vor der Insolvenzeröffnung fällig gewordenen Hausgeldansprüche ohne die Notwendigkeit einer vorherigen Beschlagnahme des Wohnungseigentums absonderungsberechtigt.[171] Der Anwendungsbereich des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG beschränkt sich nämlich nicht nur auf die Rangordnung in der Zwangsversteigerung, sondern gewährt der Wohnungseigentümergemeinschaft in der Insolvenz des Wohnungseigentümers ein Recht auf abgesonderte Befriedigung nach § 49 InsO. Die Wohnungseigentümergemeinschaft kann im Zwangsversteigerungsverfahren, das von Dritten oder auch von ihr selbst wegen anderer Forderungen betrieben wird, die in § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG bevorrechtigten Hausgeldansprüche anmelden, damit die nicht aus dem Grundbuch ersichtlichen Ansprüche der Rangklasse 2 berücksichtigt werden (§§ 45 Abs. 1, 114 Abs. 1 Satz 1 ZVG); die Ansprüche sind zwar glaubhaft zu machen (§ 45 Abs. 3 ZVG), aber ein (Zahlungs-)Titel ist nicht erforderlich. Daneben eröffnet § 49 InsO der Wohnungseigentümergemeinschaft im eröffneten Insolvenzverfahren die Möglichkeit, nach § 10 Abs. 3 ZVG die Zwangsversteigerung gegen den Insolvenzschuldner zu betreiben. Entweder stellt sie selbst den Antrag auf Anordnung der Zwangsversteigerung oder tritt einem bereits laufenden Zwangsversteigerungsverfahren bei (§ 27 ZVG). Sie kann dies sowohl in den Fällen, in denen sie vor Insolvenzeröffnung gegen den Schuldner bereits einen Titel erstritten hat, wie auch in den Fällen, in denen sie vor Insolvenzeröffnung den säumigen Wohnungseigentümer wegen der ausstehenden Hausgeldansprüche noch nicht verklagt hat. Wenn die Wohnungseigentümergemeinschaft vor Insolvenzeröffnung noch keinen Zahlungstitel gegen den Schuldner erlangt hat, sie aber dennoch nach Insolvenzeröffnung die Zwangsversteigerung in die Eigentumswohnung des Schuldners betreiben möchte, ist zwar die in § 10 Abs. 3 Satz 2 ZVG vorgesehene Zahlungsklage nach Insolvenzeröffnung nicht mehr zulässig, aber sie kann ihr Absonderungsrecht mit der Pfandklage gegen den Insolvenzverwalter auf Duldung der Zwangsversteigerung in die Eigentumswohnung analog § 1147 BGB geltend machen.[172] Anders als bei der Klage auf Zahlung des Hausgeldes, bei der das Prozessgericht nur ermitteln muss, ob ein fälliger Hausgeldanspruch besteht, während das Vollstreckungsgericht die Voraussetzungen des § 10 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 ZVG feststellt, muss sich das Prozessgericht bei der Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung nicht nur vom Vorliegen der Hausgeldansprüche überzeugen, sondern auch davon, ob wegen dieser Ansprüche die Zwangsversteigerung in die Eigentumswohnung aus der Rangklasse 2 zulässig ist. Das Prozessgericht und nicht das Vollstreckungsgericht muss prüfen, ob die geltend gemachten Hausgeldansprüche unter § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG fallen.[173] In den Titel sollte deshalb aufgenommen werden, dass die Zwangsversteigerung aus der Rangklasse 2 des § 10 Abs. 1 ZVG zu dulden ist. Außerdem muss der Hausgeldanspruch, zu dessen Durchsetzung die Zwangsversteigerung zu dulden ist, auf 5 % des Verkehrswerts der Eigentumswohnung beschränkt werden. Nach § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG erfasst das Vorrecht laufende und rückständige Beträge aus dem Jahr der Beschlagnahme und den letzten 2 Jahren. Unter der Beschlagnahme ist für den Insolvenzfall die Insolvenzeröffnung zu verstehen (und nicht die sonst übliche nach §§ 20, 22 ZVG).[174] Die Wohnungseigentümergemeinschaft kann deshalb wegen der vor der Insolvenzeröffnung fälligen Forderungen aus dem Jahr der Insolvenzeröffnung und 2 weiteren davor liegenden Jahren aus der Rangklasse 2 in die Eigentumswohnung des Schuldners vollstrecken. Wegen laufender Beträge kann sie die Vollstreckung nur noch wegen des letzten vor der Insolvenzeröffnung fällig gewordenen Betrags aus der Rangklasse 2 betreiben (§ 13 Abs. 1 ZVG).

---

167 BGH, NJW 2011, 3098 = ZfIR 2011, 825; *Schneider*, ZMR 2009, 165; *Suilmann*, NotBZ 2010, 365; *Alff*, ZWE 2010, 105; *a.A. Fabis*, ZfIR 2010, 354; *Kesseler*, NJW 2009, 121.

168 So *Derleder*, ZWE 2008, 13.

169 LG Landau, ZWE 2013, 50 = Rpfleger 2013, 45.

170 BGH, BGHZ 150, 305, 312 a.E.

171 BGH, ZfIR 2011, 825 = NJW 2011, 3098.

172 BGH, ZfIR 2011, 825 = NJW 2011, 3098.

173 BGH, ZfIR 2011, 825 = NJW 2011, 3098.

174 BGH, ZfIR 2011, 825 = NJW 2011, 3098.

Nicht abschließend geklärt ist die Frage, ob der Gemeinschaft nach der freihändigen Veräußerung der Eigentumswohnung durch einen Insolvenzverwalter auch ein Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung gegen den Erwerber der Eigentumswohnung zusteht. Das *LG Landau*[175] verneint dies mit der Begründung, dass das Absonderungsrecht mit der freihändigen Veräußerung durch den Insolvenzverwalter untergehe. Wenn das Vorrecht nach § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG erst mit der Beschlagnahme der Eigentumswohnung durch Insolvenzeröffnung entstehe, müsse es wieder untergehen, wenn infolge freihändiger Veräußerung der Insolvenzbeschlag entfällt. Dem wird zu Recht widersprochen.[176] Nach dem Zeitpunkt der Beschlagnahme (durch Insolvenzeröffnung oder Anordnung der Zwangsversteigerung) bemisst sich lediglich der Umfang der dinglichen Haftung nach § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG; das dingliche Befriedigungsrecht für Hausgeldansprüche besteht für die im Jahr der Beschlagnahme und in den letzten 2 Jahren davor fällig gewordenen Ansprüche. Aber auch ohne Beschlagnahme ruhen die Hausgeldansprüche des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG latent auf der betroffenen Eigentumswohnung. Das Recht auf Befriedigung hat die Wirkung eines gesetzlichen Grundpfandrechts, das Hausgeldansprüche dinglich sichert. Da das Entstehen der dinglichen Haftung nicht von einer Beschlagnahme abhängig ist, kann der Wegfall einer (z.B. durch Insolvenzeröffnung) eingetretenen Beschlagnahme (z.B. durch freihändige Veräußerung des Insolvenzverwalters) auch nicht zum Erlöschen der dinglichen Haftung führen. Das gesetzliche Befriedigungsrecht im Rahmen des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG ruht somit danach auch noch auf der Eigentumswohnung. Die Wohnungseigentümergemeinschaft kann deshalb den Erwerber der Wohnung wegen rückständiger Hausgeldansprüche auf Duldung der Zwangsvollstreckung in die Eigentumswohnung in Anspruch nehmen.

Das dingliche Befriedigungsrecht für Hausgeldansprüche ist jedoch zeitlich beschränkt, und zwar auf die im Jahr der Beschlagnahme und in den letzten 2 Jahren davor fällig gewordenen Ansprüche. Fraglich ist, ob die durch die Insolvenzeröffnung eingetretene Beschlagnahme auch Geltung behält gegen einen Erwerber im Fall der freihändigen Veräußerung der Eigentumswohnung durch den Insolvenzverwalter. Dies muss wohl verneint werden.[177] Bei einer Veräußerung außerhalb eines Insolvenzverfahrens käme dem Erwerber bis zur Beschlagnahme der Eigentumswohnung durch Anordnung der Zwangsversteigerung (§§ 20, 22 ZVG) der dynamische Charakter des dinglichen Befriedigungsrechts des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG zugute. Im Fall der Veräußerung durch den Insolvenzverwalter kann dies nicht anders sein. Deshalb hat der Erwerber der Eigentumswohnung die Zwangsvollstreckung in die Eigentumswohnung nur wegen Hausgeldansprüche aus dem Jahr der noch zu bewirkenden (künftigen) Beschlagnahme und den letzten 2 Jahren davor zu dulden. Im Fall des *LG Landau* fallen deshalb zum Entscheidungszeitpunkt 2012 die für das Kalenderjahr 2009 rückständigen Hausgeldansprüche i.H.v. 3.600 € aus dem Bereich des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG heraus. Wegen dieser Ansprüche hat die Gemeinschaft keinen Duldungsanspruch analog § 1147 BGB. Das Rechtsschutzinteresse der Gemeinschaft an einem Duldungstitel entfällt somit immer, wenn dieser nicht mehr geeignet ist, die Beschlagnahme der Eigentumswohnung wegen rückständiger Hausgeldansprüche im dinglichen Bereich des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG durch Anordnung der Zwangsversteigerung gegen den Erwerber zu bewirken.[178]

8. Werdender Wohnungseigentümer

a) Begründung nach § 3 WEG

Die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer entsteht mit Anlegung der Wohnungsgrundbücher und Eintragung der Vertragsparteien in die Wohnungsgrundbücher als Wohnungseigentümer. Die Errichtung des Gebäudes ist für die Entstehung der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer bedeutungslos. Vor Anlegung der Wohnungsgrundbücher entsteht im Fall der Begründung nach § 3 WEG keine werdende Wohnungseigentümergemeinschaft.[179]

b) Begründung nach § 8 WEG

Eine Eigentümergemeinschaft ist dann vorhanden, wenn mindestens zwei Wohnungseigentümer im Grundbuch eingetragen sind. Solange alle Einheiten in der Hand eines Eigentümers (z.B. des Bauträgers) vereinigt sind, besteht keine Gemeinschaft. Die Wohnungseigentümergemeinschaft entsteht also erst dann, wenn der erste Erwerber im Grundbuch als Eigentümer eingetragen wird.[180] Dieser Zeitpunkt kann viele Jahre nach dem Bezug der Wohnungen liegen. Das gilt insbesondere bei einem Kauf vom Bauträger, wenn der Erwerber unter Berufung auf Gewährleistungsansprüche Kaufpreisanteile zurückhält, Auflassung und Eigentumsumschreibung jedoch erst nach vollständiger Bezahlung des Kaufpreises geschuldet sind. Wirtschaftlich betrachtet hat aber ein Erwerber schon vor Eigentumsumschreibung eine dem Wohnungseigentümer vergleichbare Stellung erlangt. Außerdem entsteht faktisch mit dem Bezug des Hauses durch die Erwerber bereits die Gemeinschaft der künftigen Wohnungseigentümer; man spricht deshalb von der „werdenden Eigentümergemeinschaft“ und dem „werdenden Wohnungseigentümer“. Von einem werdenden Wohnungseigentümer ist zu sprechen, wenn folgende Voraussetzungen vorliegen:[181]

- zwischen Alleineigentümer und Erwerber muss ein gültiger Kaufvertrag vorliegen;
- für den Käufer muss eine Eigentumsvormerkung eingetragen sein;
- der Käufer muss die Wohnung in Besitz genommen haben.

175 LG Landau, ZWE 2013, 50 = Rpfleger 2013, 45.

176 *Becker*, ZMR 2012, 930; *Alff*, Rpfleger 2013, 15.

177 *Becker*, ZMR 2012, 930, 932.

178 *Becker*, ZMR 2012, 930, 933.

179 BayObLG, ZMR 2002, 610; KG, ZMR 2001, 656; *Heismann*, ZMR 2004, 10, 13.

180 BGH, ZfIR 2012, 603; BGH, ZWE 2008, 378.

181 Vgl. BGH, ZNotP 2012, 259 = ZfIR 2012, 603; BGH, ZWE 2008, 378; OLG Dresden, ZWE 2010, 188.

Unerheblich ist, ob die Wohnungsgrundbücher bereits angelegt sind.[182] Der Anspruch auf Übereignung einer Wohnung kann schon vorher durch Eintragung einer Vormerkung im Grundbuch des ungeteilten Grundstücks gesichert werden. Hierdurch wird der Erwerber gegen einseitige Änderungen der Teilungserklärung in gleicher Weise geschützt wie der Berechtigte einer im Wohnungsgrundbuch eingetragenen Vormerkung. Der gesicherte Anspruch darf sich allerdings nicht auf die Übertragung eines schlichten Miteigentumsanteils beschränken, sondern muss auf Erlangung von Wohnungseigentum gerichtet sein.

Ein werdender Wohnungseigentümer hat die gleichen Rechte und Pflichten wie ein Wohnungseigentümer, z.B.:

- Vereinbarungen: Er kann gemeinsam mit dem ehemaligen Alleineigentümer und ggf. weiteren werdenden Wohnungseigentümern Vereinbarungen treffen, die unmittelbar, jedenfalls aber später als solche i.S.v. § 10 Abs. 2 Satz 2 WEG anzusehen sind.
- Kosten und Lasten: Er ist unmittelbar, wenigstens aber in entsprechender Anwendung von § 16 WEG zur Zahlung von Wohngeldern, Sonderumlagen und Zahlungen auf eine Jahresabrechnung verpflichtet.[183]
- Eigentümerversammlung: Er ist zu einer Eigentümerversammlung zu laden und besitzt dort sämtliche Teilnahme- und Stimmrechte;[184] der noch im Grundbuch eingetragene Veräußerer hat weder Teilnahme- noch Stimmrecht in der Eigentümerversammlung.

Die werdende Eigentümergemeinschaft endet, sobald der erste Erwerber als Eigentümer im Grundbuch eingetragen wird.[185] Dann besteht eine rechtlich in Vollzug gesetzte Gemeinschaft aus zwei Miteigentümern: dem Bauträger und dem neuen Wohnungseigentümer. Die übrigen Erwerber, die bis zu diesem Zeitpunkt die Stellung als werdende Wohnungseigentümer erlangt hatten, verlieren ihre Rechte durch das Entstehen der in Vollzug gesetzten Gemeinschaft nicht.[186] Sie bleiben vielmehr mit allen Rechten und Pflichten werdende Mitglieder der Eigentümergemeinschaft, die somit eine Zeitlang aus Volleigentümern und werdenden Eigentümern besteht. Der werdende Wohnungseigentümer ist mithin ungeachtet der Entstehung einer Gemeinschaft von Wohnungseigentümern z.B. berechtigt, ein Stimmrecht wahrzunehmen und verpflichtet, das beschlossene Wohngeld zu zahlen.[187]

Ob mit dem Ende der werdenden Gemeinschaft, d.h. also im Zeitpunkt der Eigentumsumschreibung auf den ersten Erwerber, für die Rechte und Pflichten von Erwerbern, die die Voraussetzungen für einen werdenden Wohnungseigentümer erst danach erfüllen, andere Grundsätze gelten, ist problematisch.

Sachverhalt:[188]

Der Grundstückseigentümer E hatte sein Grundstück in 10 Eigentumswohnungen aufgeteilt. Am 14.7.2004 veräußerte er zu notarieller Urkunde die erste Wohnung an K 1. Am 22.9.2004 wurde ein Käufer K 2 der zweiten Wohnung als erster neuer Wohnungseigentümer im Grundbuch eingetragen. Für den Käufer K 1 wurde am 29.9.2004 eine Eigentumsvormerkung im Grundbuch eingetragen. Der Käufer K 1 erlangte am 1.10.2006 Besitz von der Wohnung 1. Im Juni 2011 verklagte die Wohnungseigentümergemeinschaft den Nocheigentümer E der Wohnung 1 auf Zahlung des rückständigen Hausgeldes aus den Jahren 2009 und 2010.

Der BGH hat die Klage zu Recht abgewiesen. Mit der Grundbucheintragung des K 2 ist die Wohnungseigentümergemeinschaft am 22.9.2004 entstanden (bestehend aus E und K 2). Zu diesem Zeitpunkt hatte K 1 die erste Wohnung wirksam gekauft (= 14.7.2004); für ihn wurde eine Eigentumsvormerkung eingetragen am 29.9.2004 und seine Besitzerlangung an der Wohnung erfolgte am 1.10.2006, d.h. nach dem Entstehen einer Wohnungseigentümergemeinschaft. Trotzdem muss nach der Auffassung des BGH[189] dieser Erwerber als werdender Wohnungseigentümer angesehen werden. Ist nämlich – wie vorliegend der Fall – der Erwerbsvertrag bereits vor der Entstehung der Wohnungseigentümergemeinschaft geschlossen worden, gibt es keine sachliche Rechtfertigung dafür, den Käufer nicht als werdenden Wohnungseigentümer anzusehen, wenn die Erwerbsposition erst geraume Zeit nach der Entstehung der Wohnungseigentümergemeinschaft durch die Eintragung der Eigentumsvormerkung und die Einräumung des Besitzes gesichert wird. Beides kann der Erwerber häufig nicht beeinflussen. Während sich die Eintragung in das Grundbuch durch behördeninterne Abläufe verzögern kann, hängt die Besitzübergabe u.a. von der Fertigstellung der Wohnung ab. Der darauf bezogene zeitliche Ablauf kann deshalb keine unterschiedlichen Rechtsfolgen nach sich ziehen. Deshalb wurde K 1 am 1.10.2006 werdender Wohnungseigentümer mit allen Rechten und Pflichten, insbesondere Schuldner des Hausgeldes.

Ob damit auch die Verpflichtung von E zur Lastentragung gem. § 16 Abs. 2 WEG entfällt, obwohl er noch als Eigentümer der ersten Wohnung im Grundbuch eingetragen ist, ist problematisch. Eine Meinung geht davon aus, dass eine Gesamtschuld zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber besteht.[190] Nach Auffassung des *BGH*[191] tritt der werdende Wohnungseigentümer im Hinblick auf die mit dem Wohnungseigentum verbundenen Rechte und Pflichten an die Stelle des Veräußerers. Gegen eine persönliche Haftung des

182 BGH, ZWE 2008, 378; Jennißen/*Grziwotz* (Fn. 30), § 10 WEG Rn. 95; *a.A. Schneider* , ZWE 2010, 449.
183 BGH, ZNotP 2012, 259 = ZfIR 2012, 603; BGH, ZWE 2008, 378.
184 BGH, ZNotP 2012, 259 = ZfIR 2012, 603.
185 BGH, ZNotP 2012, 259 = ZfIR 2012, 603; BGH, ZWE 2008, 378.
186 BGH, ZNotP 2012, 259 = ZfIR 2012, 603; BGH, ZWE 2008, 378.
187 BGH, ZNotP 2012, 259 = ZfIR 2012, 603; BGH, ZWE 2008, 378.
188 Nach BGH, ZNotP 2012, 259 = ZfIR 2012, 603.
189 BGH, ZNotP 2012, 259 = ZfIR 2012, 603.
190 *Elzer*, ZMR 2007, 714.
191 BGH, ZNotP 2012, 259 = ZfIR 2012, 603; ebenso *Schneider*, ZWE 2010, 341; *Wenzel*, NZM 2008, 625, 628.

Veräußerers spricht, dass der werdende Wohnungseigentümer wie ein Eigentümer behandelt wird und an dessen Stelle tritt. Hat er die Lasten und Kosten des Wohnungseigentums in analoger Anwendung des § 16 Abs. 2 WEG zu tragen, bedarf es im Hinblick auf den eingetragenen Eigentümer einer teleologischen Reduktion der Norm. Ihm können nämlich nur dann weiterhin Pflichten auferlegt werden, wenn ihm zugleich die Rechte eines Wohnungseigentümers zugestanden würden. Insbesondere muss das Stimm- und Anfechtungsrecht mit der Verpflichtung korrespondieren, Kosten und Lasten zu tragen. Stimmberechtigt ist jedoch allein der werdende Wohnungseigentümer.

Offen ist die Frage, wie ein Käufer einer Eigentumswohnung zu behandeln ist, der nach dem Entstehen einer Wohnungseigentümergemeinschaft einen wirksamen Kaufvertrag abschließt, für den eine Eigentumsvormerkung eingetragen wird und den Besitz an der Wohnung erlangt. Der *BGH*[192] hat die Frage offengelassen. Richtigerweise wird die Meinung vertreten, dass bis zur Veräußerung der letzten Einheit sämtliche Ersterwerber ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt des Erlangens einer gesicherten Erwerbsposition als werdende Wohnungseigentümer anzusehen sind.[193]

9. Verwaltung

a) Bestellung des Verwalters in der Teilungserklärung

Die Zulässigkeit und Voraussetzungen der Bestellung des ersten Verwalters anlässlich der Teilungserklärung sind ungeklärt. § 26 Abs. 1 WEG sieht nur die Bestellung des Verwalters durch Beschluss der Wohnungseigentümer vor. Wohnungseigentümer gibt es aber im Zeitpunkt der Begründung von Wohnungseigentum durch Teilung nach § 8 WEG noch nicht. Deshalb wird die Erstbestellung des Verwalters anlässlich der Teilungserklärung vereinzelt für unzulässig angesehen.[194] Die überwiegende Meinung bejaht jedoch zu Recht die Zulässigkeit der Bestellung des ersten Verwalters durch den teilenden Eigentümer auf den Zeitpunkt der Entstehung der Gemeinschaft.[195] Uneinigkeit besteht darüber, in welcher Form diese Bestellung erfolgen kann. Nach einem Beschluss des *KG*[196] hat die Bestellung des ersten Verwalters in der Teilungserklärung Vereinbarungscharakter und wirkt gegen Sondernachfolger nicht nur, wenn sie als Inhalt des Sondereigentums im Grundbuch eingetragen ist (§§ 8 Abs. 2 Satz 1, 5 Abs. 4 Satz 1, 10 Abs. 3 WEG), sondern auch dann, wenn sämtliche Sondernachfolger der Vereinbarung beigetreten sind. Dem kann nicht zugestimmt werden. Bei der Bestellung des Verwalters handelt es sich nicht um eine Regelung des Verhältnisses der Wohnungseigentümer untereinander mit Dauerwirkung, sondern um eine Einzelmaßnahme (= Besetzung des Amts durch die Person des bestellten Verwalters). Sonderrechtsnachfolger müssen dies hinnehmen, weil der wirksam bestellte Verwalter sein Amt bekleidet bis ein Beendigungsgrund eintritt. Die Bestellung eines Verwalters ist damit nicht Inhalt des Sondereigentums und gehört als Einzelmaßnahme auch nicht ins Grundbuch; ebenfalls bedarf sie nicht der Zustimmung der Sonderrechtsnachfolger.[197]

b) Unternehmergesellschaft als Verwalter

Die Bestellung einer Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) nach § 5a GmbHG zum Verwalter einer Wohnungseigentümergemeinschaft ist nach dem *LG Karlsruhe* zwar nicht nichtig, entspricht aber regelmäßig mangels hinreichender Kapitalausstattung nicht dem Interesse der Gesamtheit der Wohnungseigentümer und damit nicht ordnungsgemäßer Verwaltung; die Bestellung sei damit i.d.R. anfechtbar.[198] Dem stimmt der *BGH*[199] in dieser Allgemeinheit nicht zu und erkennt die haftungsbeschränkte Unternehmergesellschaft grds. als Verwalterin an. Die Unternehmergesellschaft zeichnet sich zwar dadurch aus, dass sie als existenzgründerfreundliche Variante der GmbH mit einem geringeren Stammkapital als dem für die gewöhnliche GmbH vorgeschriebenen Mindeststammkapital von 25.000 € gegründet werden kann, z.B. 1 €. Der UG aber generell die finanzielle Ausstattung abzusprechen, ist nicht gerechtfertigt. Die UG kann selbst bei einem sehr niedrig angesetzten Stammkapital über eine ausreichende Bonität verfügen, z.B. weil sie selbst ausreichende andere Mittel hat oder weil sich der Geschäftsführer für die Gesellschaft verbürgt hat. Einen Bewerber aber, dem die mangelnde wirtschaftliche Fähigkeit und/oder der Wille, das wirtschaftliche Risiko seiner Tätigkeit möglichst nicht persönlich tragen zu müssen, bereits „auf die Stirn geschrieben steht", zum Verwalter zu bestellen, entspricht für die Wohnungseigentümer regelmäßig nicht ordnungsgemäßer Verwaltung. In der Praxis können Unternehmergesellschaften somit dann als Verwalter agieren, wenn sie über eine hinreichende Kapitalausstattung verfügen.[200] Im konkreten Fall sprach auch der *BGH*[201] der UG die Verwalterfähigkeit ab, da sie erst einige Monate zuvor errichtet worden und ihr Geschäftsführer nicht bereit war, die persönliche Haftung für die Gesellschaft zu übernehmen; das Stammkapital von 500 € reichte für sich genommen nicht aus, um einen dauerhaft ordnungsgemäßen Geschäftsbetrieb und Ersatz im Haftungsfall sicherzustellen.

c) Stimmrecht bei der Bestellung oder Abberufung eines Verwalters

Fraglich ist, ob das gem. § 26 Abs. 1 Satz 1 WEG i.V.m. § 25 Abs. 2 Satz 1 WEG vorgesehene Kopfprinzip bei der

192 BGH, ZNotP 2012, 259 = ZfIR 2012, 603.

193 *Klein*, in: Bärmann (Fn. 31), § 10 WEG Rn. 18; *Reymann*, ZWE 2009, 233, 241 ff.; *Engelhardt*, ZfIR 2012, 606.

194 *Drasdo*, RNotZ 2008, 87.

195 BGH, NJW 2002, 3240, 3244.

196 KG, ZWE 2012, 96 = MittBayNot 2012, 216.

197 *Göhmann*, RNotZ 2012, 251, 253; *Jacoby*, ZWE 2012, 96.

198 LG Karlsruhe, NotBZ 2012, 70 = MittBayNot 2012, 216.

199 BGH, ZfIR 2012, 747; ebesno *Kreuzer*, MittBayNot 2012, 218; in diese Richtung auch *Armbrüster*, NotBZ 2012, 75.

200 *Armbrüster*, NotBZ 2012, 75.

201 BGH, ZfIR 2012, 747.

Bestellung und Abberufung eines Verwalters durch die Geltung des Objektprinzips abbedungen werden kann. Teils wird mit Blick auf die in §§ 12 Abs. 4 Satz 2, 16 Abs. 5 und § 22 Abs. 2 Satz 2 WEG enthaltenen Bestimmungen geltend gemacht, dass dies zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen zu § 26 Abs. 1 Satz 5 WEG unzulässig sei.[202] In den genannten Vorschriften ist jeweils vorgesehen, dass bestimmte Befugnisse der Wohnungseigentümer durch Vereinbarung nicht eingeschränkt oder ausgeschlossen werden können, wie z.B. die Aufhebung einer Veräußerungsbeschränkung durch Stimmenmehrheit (§ 12 Abs. 4 Satz 1 WEG). Damit bezweckte der Gesetzgeber eine Hinwendung zum Mehrheitsprinzip in Abkehr von dem Prinzip der Einstimmigkeit. Ob damit allerdings das Mehrheitsprinzip als solches oder auch die Unabdingbarkeit des Kopfprinzips verankert worden ist, ist umstritten.[203] Nach dem *BGH*[204] kann unabhängig von dieser Streitfrage jedenfalls für die Bestellung oder Abberufung eines Verwalters das Kopfprinzip durch Vereinbarung zugunsten des Objekt- oder des Wertprinzips abbedungen werden. Dem ist zuzustimmen. Schon nach dem Wortlaut hat § 26 Abs. 1 Satz 5 WEG nicht zwingend den gleichen Regelungsgehalt wie die genannten Vorschriften. Außerdem ist die unbedingte Durchsetzung des Kopfprinzips nicht geboten, weil es dem Objekt- oder Wertprinzip nicht generell überlegen ist. Der *BGH* lässt zwar offen, ob bei den §§ 12 Abs. 4 Satz 2, 16 Abs. 5 und § 22 Abs. 2 Satz 2 WEG das Kopfprinzip zwingend ist oder nicht. Sein Kernargument zu § 26 Abs. 1 WEG, bei der Abweichung vom Kopfprinzip handele es sich nur um eine Definition der Stimmenmehrheit, lässt sich aber auf die genannten Abänderungsverbote übertragen.[205]

202 *Merle*, ZWE 2009, 15, 19.

203 Bejahend *Häublein*, ZfIR 2012, 249; ZMR 2007, 409; *Drasdo*, RNotZ 2007, 264, 265; verneinend *Klein*, in: Bärmann (Fn. 31), § 12 WEG Rn. 52; *Schneider* (Fn. 30), § 12 WEG Rn. 68c; *Hügel/Elzer*, NZM 2009, 457, 463.

204 BGH, DNotZ 2012, 606 = ZfIR 2012, 247 = ZWE 2012, 80; ebenso *Häublein*, ZfIR 2012, 249; ZMR 2010, 805; *Greiner*, ZWE 2011, 118, 120.

205 *Lehmann-Richter*, ZWE 2012, 77; *a.A. Häublein*, ZfIR 2012, 249.

Generalvollmacht für den Alleinerben – zwischen Konfusion und Schutz des Rechtsverkehrs

Zugleich Anmerkung zum Urteil des OLG Hamm v. 10. 1. 2013 – 15 W 79/12, ZNotP 2013, 183 (in diesem Heft)

von Notarvertreter und Dipl.-Finanzwirt (FH) Sebastian Mensch, Waiblingen[*]

Die notarielle General- und Vorsorgevollmacht ist ein in der Rechtswirklichkeit vor dem Hintergrund der zunehmend verbreiteten Sorge vor einem gerichtlichen Betreuungsverfahren vermehrt auftretendes Rechtsinstrument. Standardisiert werden diese Vollmachten transmortal, das bedeutet mit Wirkung über den Tod hinaus ausgestaltet. Daneben existieren auch postmortale Vollmachten, die ihre Wirkung erst nach dem Tod des Vollmachtgebers entfalten.

Der Schwerpunkt der Betrachtung von General- und Vorsorgevollmachten liegt auf ihrer Anwendung zu Lebzeiten des Vollmachtgebers. Hierzu werden u.U. umfängliche Regelungen, zumeist im Innenverhältnis, die vor Missbrauch der Vollmacht schützen sollen, getroffen.

Weniger im Fokus ist die Wirkung der Vollmacht über den Tod des Vollmachtgebers hinaus. Das OLG Hamm[1] *hat mit seinem Beschluss v. Januar dieses Jahres die Betrachtung in Richtung der postmortalen Wirkungen der Vollmacht gelenkt. Dies aufgreifend versucht der nachfolgende Beitrag den bisherigen Rechtsstand unter Eingehung auf Beschlussgründe und nach rechtlicher Würdigung zusammenzufassen.*

I. Fragestellung und Sachverhalt der Entscheidung

Zusammengefasst liegen der Entscheidung des OLG Hamm zwei grundsätzliche Rechtsfragen zugrunde. Zum einen die Frage, ob eine dem Alleinerben erteilte post- oder transmortale Vollmacht mit dem Erbfall durch Konfusion erlischt.

Zum anderen beschäftigt sich das OLG mit dem Umfang der Prüfungspflichten des Grundbuchamts bei Vorlage einer Vollmacht im Grundstücksverkehr, wobei dem Grundbuchamt durch Vermerk in der mitvorgelegten, den Grundbesitz betreffenden Urkunde bekannt ist, dass der Vollmachtgeber verstorben und in diesem speziellen Fall voraussichtlich durch den Bevollmächtigten allein beerbt worden ist. Beide Fragen sollen Gegenstand der nachstehenden Ausführungen sein.

II. Wirkung der Vollmacht

Vorüberlegung für die Frage, ob die General- und Vorsorgevollmacht beim Alleinerben durch Konfusion erlischt, ist zunächst generell, ob eine Generalvollmacht über den Tod

* Der Autor ist Notarvertreter im Landesdienst bei den Notariaten Kernen i.R. und Remshalden; Lehrbeauftragter der Hochschule für öffentliche Verwaltung und Finanzen Ludwigsburg.

1 OLG Hamm, Beschl. v. 10.1.2013 – 15 W 79/12, ZNotP 2013, 183 (in diesem Heft) = DNotI-Report 2013, 70.

hinaus Wirkung entfaltet. Gem. § 168 Abs. 1 BGB, auf den sich auch das OLG Hamm bezieht, bestimmt sich die Wirkung der Vollmacht über den Tod hinaus, durch das der Vollmacht zugrunde liegende Rechtsgeschäft.

Einer General- und Vorsorgevollmacht im Kreis der Familie oder von sonstigen Angehörigen wird i.a.R. ein Auftragsverhältnis zugrunde liegen.[2]

Hiervon zu unterscheiden sind sog. anwaltliche Vorsorgevollmachten, in denen ein Rechtsanwalt mit den Aufgaben des Vorsorgebevollmächtigten (Vorsorgeanwalt) betraut wird. Diesen Vollmachten unterliegt regelmäßig ein Geschäftsbesorgungsvertrag.[3] Ein Geschäftsbesorgungsvertrag ist im Gegensatz zum Auftragsverhältnis mit Entgelt verknüpft.

Das Auftragsverhältnis erlischt nach § 672 Satz 1 BGB im Zweifel nicht durch den Tod des Auftragsgebers. Durch die Verweisung in § 675 Abs. 1 BGB gilt dies ebenfalls für einen Geschäftsbesorgungsvertrag.

Ein Rückgriff auf die gesetzliche Vermutung, dass die Vollmacht vom Tod des Vollmachtgebers in ihrem Bestand unberührt bleiben soll, ist bei notariellen General- und Vorsorgevollmachten meist unnötig. Notarielle General- und Vorsorgevollmachten enthalten regelmäßig einen Hinweis, dass die Vollmacht auch über den Tod hinaus wirken soll. Es wäre in diesen Fällen eher ein Indiz für eine gewollte Beendigung der Vertretungsmacht, wenn ein solcher Hinweis fehlen sollte.

Missverständnisse können im Einzelfall auftreten. So hatte das OLG Hamm in einer früheren Entscheidung beschlossen, dass eine Altersvorsorgevollmacht mit dem Tod des Vollmachtgebers erlischt.[4] In dem zugrunde liegenden Sachverhalt enthielt die Vollmacht Formulierungen, die eine Beschränkung der Vertretungsmacht allein auf die Verhinderung der lebzeitigen Betreuung wahrscheinlich machten. Dies ist indes nicht als Regelfall für sämtliche Vollmachten, deren erste Intention die Vermeidung des gerichtlichen Betreuungsverfahrens ist, zu verallgemeinern.

In dem neuerlichen Fall vor dem OLG Hamm gab es eine notarielle Vollmacht, die ausdrücklich über den Tod hinaus erteilt war.

Die transmortale Vollmacht berechtigt nach dem Tod des Vollmachtgebers nicht mehr zur Vertretung des Erblassers. Der Erblasser ist nicht mehr Rechtssubjekt im Rechtsverkehr. Die Vollmacht entfaltet ihre Wirkung für und gegen den oder die Erben.

Fraglich in diesem Zusammenhang ist, ob die Vollmacht durch alle Erben gemeinschaftlich oder durch einen Erben für die gesamte Erbengemeinschaft bzw. nur für sich selbst widerrufen werden kann. Die Beantwortung dieser Frage erlangt auch bei der Beurteilung einer möglichen Konfusion Bedeutung.

Im Kern werden hier zwei Meinungen vertreten. Die wohl herrschende Ansicht geht davon aus, dass der Miterbe die Bevollmächtigung mit Wirkung nur für sich selbst widerrufen kann.[5] Die Gegenansicht geht davon aus, dass der Widerruf der Vollmacht eine Verwaltungsmaßnahme für den Nachlass i.S.v. § 2038 BGB darstellt und daher grds. gemeinschaftlich zu erfolgen hat. Sollte ein Miterbe selbst Bevollmächtigter sein, so wäre er bei der Entscheidung über den Widerruf der Vollmacht analog zu organrechtlichen Entscheidungen im Gesellschaftsrecht nicht stimmberechtigt.[6]

Für die erste Ansicht spricht auf den ersten Blick ein Urteil des BGH aus dem Jahr 1959, in dem der BGH den Widerruf der Vollmacht ausdrücklich nicht als Verwaltungsmaßnahme nach § 2038 BGB klassifiziert hat.[7] Zu Recht wird von den Befürwortern einer Verwaltungsmaßnahme darauf hingewiesen, dass dem Urteil keine trans- oder postmortale Vollmacht des Erblassers, sondern vielmehr die Bevollmächtigung eines Miterben durch die übrigen Miterben zugrunde lag. Einem solchen Sachverhalt kann nur bedingt eine Aussage zum Widerruf einer Erblasservollmacht entnommen werden.

Die Mindermeinung führt weiter aus, dass mit dem Widerruf der Vollmacht keine Verfügung über einen Nachlassgegenstand verknüpft ist und es sich daher um eine Verwaltungsmaßnahme i.S.v. § 2038 BGB handelt. Die Verwaltung nach § 2038 BGB erfolgt grds. gemeinschaftlich. Bei Handlungen ordnungsgemäßer Verwaltung kann Zustimmung der übrigen Miterben verlangt werden. Des Weiteren ist ein Miterbe berechtigt, für alle Erben in Erbengemeinschaft wirksam im Rahmen der Notverwaltung zu handeln. Eine Maßnahme der Notverwaltung ist nach der Mindermeinung auch beim Widerruf einer Generalvollmacht angezeigt. Eine Generalvollmacht mit fehlenden beschränkenden Ausführungen im Innenverhältnis schützt nach dieser Ansicht nicht hinreichend vor Missbrauch. Dabei wird ausgeführt, dass die Gefahr des Missbrauchs der Vorsorgevollmacht immanent ist.[8]

Nach der hier vertretenden Ansicht kann der Mindermeinung im Ergebnis nicht gefolgt werden. Zunächst wird richtigerweise ausgeführt, dass das Urteil des BGH nur bedingt zur Rechtfertigung eines Widerrufs der Vollmacht je für den Miterben herangezogen werden kann. Es ist indes nicht nachvollziehbar, mit welchen Argumenten gegen die Entscheidung des RG aus dem Jahr 1925[9] argumentiert wird. Das RG hatte festgestellt, dass der Miterbe selbst entscheiden können müsse, ob er persönlich den Nachlass mit verwalten oder sich vertreten lassen möchte. Diese Entscheidung kann dem Erben auch nicht durch den Erblasser

2 So bereits *Mensch*, BWNotZ 2012, 15.
3 *Kurze*, Zerb 2008, 399, 404.
4 OLG Hamm, Beschl. v. 17.9.2002 – 15 W 338/02, DNotZ 2003, 120.
5 Staudinger/*Schilken*, BGB, § 168 Rn. 31 m.w.N.
6 *Kurze*, Zerb 2008, 399, 406 ff.; *Madaus*, ZEV 2004, 448 f.
7 BGH, Urt. v. 24.9.1959 – II ZR 46/59, BGHZ 30, 391.
8 *Kurze*, Zerb 2008, 399, 408.
9 RG, Urt. v. 1.7.1925 – V 513/24, Seufferts Archiv Bd. 79, 1925, Nr. 221.

durch Erteilung einer Generalvollmacht abgenommen werden. Dem Erben muss die Möglichkeit im Rahmen des ordnungsgemäßen Rechtsschutzes gegeben sein, sich gegen die gewillkürte Vertretung durch den vom Erblasser bestimmten Vertreter zu wehren.

Dieser Fall ist nicht vergleichbar mit der Testamentsvollstreckung, da der Testamentsvollstrecker als Person kraft Amtes die durch den Erblasser bestimmten Aufgaben im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen erfüllt. Der Bevollmächtigte indes handelt im eigenen Namen für die Erben.

Den Erben ist auch mit der Möglichkeit des Schadensersatzes bei Verstoß gegen die Bestimmungen im Innenverhältnis nicht gedient. Solche Verstöße dürften regelmäßig schwierig feststell- und nachweisbar sein. Unabhängig davon kann das Rechtsschutzinteresse der Erben nicht durch die Verweisung auf Schadensersatzansprüche befriedigt werden. Dem Erben muss die Möglichkeit eingeräumt sein den Eintritt des Schadens für sich selbst abzuwenden, indem er die Vollmacht widerruft.[10]

Neben dem hier bemühten Rechtsschutzinteresse erscheint es auch aus einer anderen Überlegung heraus geboten, dass der Erbe nur für sich selbst die Vollmacht widerrufen kann.

Fraglich ist zunächst, ob der Generalbevollmächtigte nach dem Tod des Vollmachtgebers den Nachlass oder viel mehr die Erben vertritt. Bereits das OLG Frankfurt/M. ließ die Antwort auf diese Frage im Ungefähren, wobei eher eine Vertretung des Nachlasses herauszulesen war.[11] Dem ist entgegenzuhalten, dass der Nachlass kein eigenes Rechtssubjekt darstellt. Die Erbengemeinschaft ist als Gesamthandsgemeinschaft nicht rechtsfähig. Der Nachlass besteht aus der Gesamtheit der Rechtsverhältnisse des Erblassers, soweit sie nicht höchstpersönlich sind, die beim Erbfall als Ganzes auf die Erben übergeht. Der Generalbevollmächtigte vertritt die Erben, welche wiederum den Nachlass vertreten.[12] Es ist den Miterben folgerichtig nicht möglich mit Mehrheitsbeschluss oder durch Notverwaltung i.S.v. § 2038 Abs. 1 Satz 2, 2. HS BGB die Vertretung für den Nachlass als Ganzes zu beenden. Jeder Miterbe kann eigenständig die Vollmacht für sich selbst widerrufen.[13]

III. Identität von Erbe und Vollmachtnehmer

Im vom OLG Hamm zu entschiedenen Sachverhalt reichte der beurkundende Notar neben einer Grundstücksschenkungsurkunde die Vollmacht des Übergebers ein. In der Urkunde handelte der Übergeber als Bevollmächtigter und Alleinerbe des im Grundbuch eingetragenen Eigentümers.

Unabhängig von der noch zu klärenden Frage, ob der Notar verpflichtet war, darauf hinzuweisen, dass der Bevollmächtigte Alleinerbe des Berechtigten ist, stellt sich zunächst die Frage, ob der Alleinerbe gleichzeitig Bevollmächtigter des Erblassers sein kann. Die gleiche Rechtsfrage ist auch bei Vollmacht an den alleinigen Vorerben zu beantworten.

In der Konsequenz der Überlegungen, ob der Miterbe berechtigt ist, für sich selbst, den Nachlass oder mehrheitlich die Vollmacht zu widerrufen, muss auch geklärt werden, ob der bevollmächtigte Miterbe nach dem Tod des Vollmachtgebers weiterhin berechtigt ist zu handeln oder ob auch insoweit möglicherweise Konfusion eintritt.

Das OLG Hamm kommt zu dem Ergebnis, dass der Alleinerbe nicht berechtigt ist, kraft Vollmacht zu handeln, da diese durch Konfusion mit dem Erbfall erloschen ist.

Die Legitimationswirkung der Vollmacht ist nach Ansicht des OLG Hamm erloschen, da der Bevollmächtigte eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung abgegeben hat, deren Wirkungen ausschließlich ihn selbst als Alleinerben treffen.

Dem OLG Hamm folgend ist dies wegen der zwingend erforderlichen Personenverschiedenheit nach § 164 BGB ausgeschlossen.

Damit stützt das OLG Hamm eine Rechtsprechung des OLG Stuttgart aus dem Jahr 1948, in welcher das OLG Stuttgart zur Ansicht gelangt ist, dass Vertreterhandeln dann begrifflich und tatsächlich unmöglich ist, sofern kein Dritter vorhanden ist, der vertreten werden kann.[14]

Gegen diese Ansicht wird teils mit wechselnder Begründung in Rechtsprechung[15] und Literatur[16] argumentiert, wobei das Problem aus noch aufzuzeigenden Gründen für die Rechtspraxis eine eher untergeordnete Rolle einnimmt. Einzig für den Kautelarjuristen kann die Frage nach dem Erlöschen der Vollmacht bei Alleinerbfolge, sowohl bei der Erstellung von Vollmachten als auch bei der Beurkundung von Erklärungen durch den Generalbevollmächtigten Beratungs- und Darlegungspflichten auslösen.

Bereits begrifflich erscheint es fraglich, ob Konfusion eingetreten sein kann. Konfusion bezeichnet die Vereinigung von Forderung und Schuld. Eine Vollmacht repräsentiert die Befugnis des Bevollmächtigten im Namen des Vollmachtgebers Rechtsgeschäfte zu tätigen und Erklärungen abzugeben. Die Vollmacht ist im Wortsinn keine Schuld und keine Forderung, sondern Ausdruck einer zumindest im Außenverhältnis bestehenden rechtlichen Stellung, die sich nicht uneingeschränkt unter den Begriff Konfusion subsumieren lässt.[17] Nach der hier vertretenen Ansicht kann Konfusion unabhängig von der begrifflichen Inhaltsbestimmung gegeben sein.

10 Im Ergebnis so auch DNotI Gutachten Nr. 121811 v. 4.8.2011.

11 OLG Frankfurt/M., Urt. v. 29.6.2011 – 20 W 168/11, DNotZ 2012, 140.

12 OLG Stuttgart, Beschl. v. 25.11.2011 – 8 W 427/11, ZEV 2012, 430, 431.

13 *Mensch*, BWNotZ 2012, 15, 16.

14 OLG Stuttgart, Urt. v. 12.5.1948 – 1 RS 49/48, NJW 1948, 627.

15 LG Bremen, Beschl. v. 18.12.1992 – 5 T 829/92, Rpfleger 1993, 235 m. zust. Anm. *Meyer-Stolte*.

16 *Klaus*, NJW 1948, 628; *Keim*, DNotZ 2008, 175, 181; *Kurze*, Zerb 2008, 399, 405; Palandt/*Ellenberger*, BGB, 71 Aufl. 2012, § 168 Rn. 4; BeckOK-GBO/*Reetz*, Sonderbereiche-Vertretungsmacht, Rn. 47.

17 *Kurze*, Zerb 2008, 399, 405.

Das OLG Hamm führt in seinem Beschluss aus, dass der Beteiligte Bevollmächtigte seine Legitimationswirkung selbst aufgehoben hat, indem er in der Urkunde des Notars erklären ließ, er handele als Generalbevollmächtigter und sei Alleinerbe. Dies mag auf den ersten Blick richtig sein, weiterhin ist der Entscheidung zuzugestehen, dass eine Selbstbevollmächtigung, in der der Vollmachtgeber und der Vollmachtnehmer identisch sind, ausscheidet.

Im vorliegenden Fall ist diese Konstellation indes nicht gegeben. Unzweifelhaft waren Vollmachtgeber und Bevollmächtigter im Zeitpunkt der Erteilung der Vollmacht personenverschieden.

Fraglich ist, ob die Legitimationswirkung der Vollmacht durch den Erbfall erloschen ist. Die Wirkung der Vollmacht über den Tod des Vollmachtgebers hinaus knüpft sich an zwei Aspekte, zum einen an die bereits dargestellte Wirkung im Innenverhältnis. Hier wird regelmäßig ein Auftragsverhältnis zugrunde liegen, bzw. bei notariellen Vollmachten die Wirkung über den Tod hinaus ausdrücklich bestimmt sein. Grund für Zweifel an dieser Anknüpfung bestand auch im Sachverhalt des OLG Hamm nicht.

Zum anderen besteht eine Legitimationswirkung der Vollmacht im Rechtsverkehr. Diese Legitimationswirkung kommt bei urkundenbezogenen Vollmachten in § 172 Abs. 2 BGB zum Ausdruck. Demnach ist die Vollmacht als nicht widerrufen anzusehen, sofern die Urkunde dem Dritten vorgelegt wird und dieser keine Kenntnis eines Widerrufs oder ähnlicher Umstände hat.

Die Legitimationswirkung dient in erster Linie der Sicherheit im Rechtsverkehr. Es soll zu keinen Verzögerungen bzw. Komplikationen kommen, wenn stellvertretend gehandelt wird und die Stellvertretung dem Dritten in hinreichender Form nachgewiesen ist. Dieses Anliegen des Gesetzgebers ist erkennbar.

Nach dem Tod des Vollmachtgebers knüpft sich die Legitimationswirkung der Vollmacht im Außenverhältnis weiterhin an den Besitz der Vollmachtsurkunde. Der Bevollmächtigte vertritt die Erben in ihrer gesamthänderischen Bindung. Ggf. vertritt der Bevollmächtigte unzweifelhaft den Alleinerben, sofern dieser nicht personenidentisch mit dem Bevollmächtigten ist und ein Widerruf der Vollmacht nicht vorliegt.

Der Erbe weist sich im Rechtsverkehr durch Vorlage eines Erbscheins oder durch Vorlage einer Verfügung von Todes wegen in öffentlicher Urkunde nebst Eröffnungsprotokoll aus.[18] Dieses Erfordernis dient ebenfalls der Sicherung des Rechtsverkehrs. Es soll gerade nicht ausreichend sein, wenn Beteiligte, insbesondere im Grundbuchverfahren, ihre Erbenstellung behaupten und der Vertragspartner an der Erbenstellung keine Zweifel hat. Ebenfalls unzureichend wäre eine Versicherung an Eides statt, dass eine entsprechende Erbenstellung gegeben ist.

Nach der hier vertretenen Ansicht kann im Fall der Vollmacht über den Tod hinaus kein anderes Ergebnis gelten. Das Erbrecht und damit die Stellung und Vertretungsmacht der Erben für den Nachlass wird mit Erbschein oder durch öffentliche Urkunde nebst Eröffnungsprotokoll nachgewiesen. Bis dieser Nachweis erfolgt ist, muss die Erbenstellung als nicht festgestellt und damit als unsicher betrachtet werden.

Damit kann der Bevollmächtigte bis zur Feststellung des Erbrechts weiterhin für den oder die Erben auftreten, Rechtsgeschäfte vornehmen und Erklärungen abgeben. Dies ergibt sich aus der Legitimationswirkung der Vollmacht im Außenverhältnis und damit im Rechtsverkehr. Dem Schutz des Rechtsverkehrs ist hier Vorrang vor den Interessen auf Durchsetzung einer möglicherweise bestehenden Konfusion einzuräumen.

Das OLG Hamm setzt hier eigentlich zu früh an, indem es die Konfusion bereits annimmt, weil es vermutet, dass der Beteiligte Alleinerbe des Vollmachtgebers geworden ist. Eine solche Feststellung könnte ggf. das Nachlassgericht treffen. Auch dem OLG mag zugestanden werden, dass es Feststellungen zum Erbrecht trifft. Hierfür wird jedoch in der Rechtspraxis regelmäßig kein Raum sein. Das Grundbuchamt ist, nach der hier vertretenden Ansicht, grds. nicht berechtigt ein Vertreterhandeln des Generalbevollmächtigten mit der Argumentation es könnte Alleinerbschaft in der Beziehung zum Vollmachtgeber eingetreten sein, zurückzuweisen bzw. eine Zwischenverfügung zu erlassen.

Eine Konfusion ist anerkannterweise dann ausgeschlossen, wenn berechtigte Interessen Dritter dem entgegenstehen und es eine entsprechende gesetzliche Regelung gibt. Das OLG Hamm selbst hat in seinem Beschluss mehrere Fälle aufgelistet, in denen Konfusion wegen einer gesetzlichen Regelung nicht eintritt. Hierzu gehören Fälle nach Dürftigkeitseinrede oder Nachlassinsolvenz, in denen Rechtsverhältnisse als nicht erloschen gelten, welche durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit[19] eigentlich erloschen sind.

Aus der Tatsache, dass es an einer entsprechenden Regelung für die Generalvollmacht fehlt, hat das OLG Hamm geschlussfolgert, dass Konfusion eintritt. Nach der hier vertretenden Ansicht kommt es auf eine Fiktion der Fortgeltung der Generalvollmacht nicht an. Vielmehr ist ausschlaggebend, ob die einmal über den Tod hinaus erteilte Generalvollmacht auch nach dem Tod des Vollmachtgebers noch Legitimationswirkung entfaltet. Diese Legitimationswirkung ist m.E. so lange als gegeben anzusehen, bis ein Erbnachweis erteilt ist und dem Grundbuchamt hiervon Kenntnis vorliegt.

18 Vgl. § 35 Abs. 1 GBO; OLG Stuttgart, Beschl. v. 25.11.2011 – 8 W 427/11, ZEV 2012, 430.

19 Begrifflich Fälle der Konsolidation.

Der Gedanke der Fiktion des OLG Hamm schließt in der Intention an die Entscheidung des OLG Stuttgart[20] an. Damals war das OLG Stuttgart der Vorinstanz entgegengetreten, die noch eine objektive Fortgeltung des Auftrags bei Alleinerbfolge über den Tod hinaus für möglich erachtet hat, sofern der Bevollmächtigte von dem Tod des Vollmachtgebers keine Kenntnis hatte.[21] Für eine solche Fiktion hat das OLG Stuttgart keinen Raum gesehen. Dem ist im Ergebnis zuzustimmen. Die Legitimationswirkung der Vollmacht kann nicht von der Kenntnis des Bevollmächtigten über den Tod des Vollmachtgebers abhängigen. Es bedarf vielmehr keiner Fiktion zur Fortgeltung der Vollmacht als Legitimation über den Tod hinaus.

Daneben ist nach der hier vertretenden Ansicht auch der Wille des Erblassers beachtlich. Der Erblasser gestaltete die Vollmacht ausdrücklich mit Wirkung über den Tod hinaus. Dabei ist gerichtlich nicht der Nutzen oder die Vorteilhaftigkeit der Regelung zu überprüfen. Es erscheint vor dem Hintergrund des ausdrücklichen Willens des Erblassers schwierig zu rechtfertigen, wieso bereits mit dem Tod des Erblassers und ohne vorherige Feststellung der Erben Konfusion eintritt.

Dies ist indes die Konsequenz aus der Rechtsprechung des OLG Hamm und der bestehenden Universalsukzession im deutschen Recht. Objektiv kann es keinen Zeitraum der Erbenvakanz geben.[22] Es gibt einen Zeitraum in dem die Erben bekannt, aber das Erbrecht noch nicht gemäß der rechtlichen Grundlagen festgestellt ist. Zum Schutz des Rechtsverkehrs innerhalb dieses Zeitraums ist es m.E. geboten die Legitimationswirkung der Vollmacht über den Tod des Erblassers und nach seinem ausdrücklichen Willen zu erstrecken.

Durch die hier vertretende Ansicht ergibt sich keine Differenz in der Anwendung von Konfusion im Vergleich zur Vor- und Nacherbschaft. Die Vollmacht verliert beim alleinigen Vorerben seine Wirkung und erlischt kraft Konfusion.[23] Damit wird der Nacherbe vor nicht zu verhindernden Rechtshandlungen des alleinigen Vorerben geschützt. Dies ist vor dem Hintergrund der grds. nicht bestehenden Widerrufsmöglichkeit der Vollmacht durch den Nacherben gerechtfertigt. Allerdings sollte die Legitimationswirkung der Vollmacht auch in diesem Fall erst mit der Feststellung der Erbenstellung durch Konfusion wirksam erlöschen.

Das OLG Hamm hat in seinem Beschluss keine Aussage zu der Frage getroffen, ob die Vollmacht auch innerhalb der Erbengemeinschaft für den einzelnen bevollmächtigten Miterben erlischt. Ein Erlöschen wird als Konsequenz aus der bereits ausgeführten und im Ergebnis für richtig befundenden Ansicht über die Möglichkeit des Widerrufs der Vollmacht durch jeden Miterben und der konsequenten Anwendung des Beschlusses des OLG Hamm wahrscheinlicher.

So wird die Ansicht vertreten, dass die Generalvollmacht nach dem Tod in Einzelvollmachten an die Erben zerfällt. Nur so sei zu rechtfertigen, dass jeder Miterbe die Vollmacht widerrufen kann. Liegen nun mehr Einzelvollmachten der Miterben vor, so erlischt jede dieser Vollmachten, sofern der Miterbe gleichzeitig Generalbevollmächtigter des Erblassers ist.[24]

Diese Rechtsansicht verkennt, dass die Möglichkeit des einzelnen Widerrufs der Vollmacht den Schutzinteressen der Miterben dient und nicht aus einer fiktiven Zersplitterung der Vollmacht resultiert. Jeder bevollmächtigte Miterbe vertritt nicht ausschließlich sich als Miterben, sondern alle Miterben als Berechtigte am Nachlass in ihrer gesamthänderischen Bindung.

Für die Rechtspraxis kann die Durchsetzung der Ansicht des OLG Hamm und der hier als unzutreffend angenommenen Ansicht der Aufspaltung der Vollmacht dazu führen, dass Vollmachten in der praktischen Anwendung generell keine Wirkung über den Tod hinaus mehr entfalten können. Unabhängig von der Frage, ob die Fortgeltung der Legitimation kraft Vollmacht beim Alleinerben einen gesetzlichen Niederschlag gefunden hat, wäre die Aushebelung jeder Fortgeltung in der Praxis nicht gerechtfertigt.

IV. Wirkungen für die Praxis von Grundbuchamt und Notar

Das Grundbuchamt hat in dem vom OLG Hamm entschiedenen Sachverhalt mit Zwischenverfügung einen Erbnachweis, zwecks Anhörung etwaiger Miterben und zur Feststellung, ob eine Alleinerbfolge ohne Beschränkungen des Bevollmächtigten vorliegt, verlangt. Das OLG Hamm hat in seinem Beschluss keine Stellung zur Geeignetheit der Zwischenverfügung im Grundbuchverfahren abgegeben.

Fraglich ist, ob das Grundbuchamt berechtigt war, einen Erbnachweis unter Angabe dieser Begründung zu verlangen.

Grds. hat der Notar bei der Beurkundung von Willenserklärungen, die ein Dritter für die beteiligten Erben abgibt, die Vertretungsmacht zu prüfen. Das Grundbuchamt ist an die Prüfung des Notars indes nicht gebunden. Vielmehr hat es das Vorliegen der Vertretungsmacht im Zeitpunkt des Wirksamwerdens der vertretungsweise erklärten Bewilligung bzw. Einigung festzustellen.

Es erscheint zweifelhaft, ob das Grundbuchamt grds. einen Erbnachweis fordern kann, wenn es davon ausgeht, dass die Vollmacht möglicherweise durch Konfusion erloschen ist und dadurch die Vertretungsberechtigung nicht mehr besteht. Die Begründung, dass Miterben befragt werden sollen, erschließt sich nicht. Der Bevollmächtigte ist kraft Generalvollmacht bis zum Widerruf derselben oder ggf. bis

20 OLG Stuttgart, Urt. v. 12.5.1948 – 1 RS 49/48, NJW 1948, 627.
21 Der Ansicht der Vorinstanz folgend Anm. von *Klaus*, NJW 1948, 628.
22 *Mensch*, BWNotZ 2012, 15, 16.
23 Palandt/*Weidlich* (Fn. 16), Einführung von § 2197 Rn. 12.
24 *Kurze*, Zerb 2008, 399, 406.

zum Eintritt der Konfusion berechtigt für die Erben in ihrer gesamthänderischen Bindung zu handeln. Eine Befragung der Miterben durch das Grundbuchamt scheidet aus. Die Zielsetzung einer solchen Befragung vermag nicht erkannt zu werden.

Das Grundbuchamt ist nach der hier vertretenden Ansicht grds. nur dann berechtigt sich einen Erbnachweis vorlegen zu lassen, wenn im Rahmen der Prüfung des Bestehens der Vertretungsberechtigung evidente Zweifel an der Vertretungsmacht des Generalbevollmächtigten auftreten. Hierbei sind m.E. die gleichen engen Grenzen zu setzen, wie bei der Prüfung eines möglicherweise vorliegenden Vollmachtsmissbrauchs.

Im Zusammenhang mit der Schadensersatzpflicht einer Bank bei der Tätigung von missbräuchlichen Überweisungen hat der BGH ausgeführt: „Notwendig ist dabei eine massive Verdachtsmomente voraussetzende objektive Evidenz des Missbrauchs“.[25]

Auf den Sachverhalt projiziert muss sich für das Grundbuchamt mit überwiegender Sicherheit ergeben, dass der handelnde Bevollmächtigte Alleinerbe, ohne die Beschränkung einer Testamentsvollstreckung, vom Vollmachtgeber geworden ist. Bzw. es müssen sich evidente Zweifel am Fortbestand der Vertretungsmacht nach dem Eintritt des Todes des Vollmachtgebers für das Grundbuchamt ergeben. Solche Zweifel können sich aus der Mitteilung des Nachlassgerichts gem. § 83 GBO ergeben. In diesen Fällen wird indes regelmäßig kein Bedürfnis zum Vertreterhandeln gegeben sein.

Fraglich ist, ob sich aus der im Fall des OLG Hamm getroffenen urkundlichen Formulierung ebenfalls evidente Zweifel ergeben müssen.

Im Eingang der Urkunde hat der Notar formuliert, dass die eingetragene Eigentümerin verstorben ist und der handelnde Generalbevollmächtigte seine Ehefrau allein beerbt hat.

Wie bereits ausgeführt vermag die beurkundete Feststellung des Beteiligten zur vermeintlichen Alleinerbfolge keinen nachlassgerichtlichen Nachweis über das Erbrecht zu ersetzen. Es ist dem Grundbuchamt in diesem Fall zuzugestehen, dass es nach der Aussage des Handelnden Zweifel an der Berechtigung als Generalbevollmächtigter hat. Eine Zwischenverfügung ist in diesem konkreten Fall nicht unzulässig oder unbegründet.

Die Prüfung der Berechtigung des Vertreterhandels sollte aus Sicht des Grundbuchamts in engen Grenzen erfolgen. Ist Konfusion eingetreten, so ist der Handelnde als Alleinerbe berechtigt und kann rechtswirksame Erklärungen abgeben. Dies hat auch das OLG Hamm in seinem Beschluss festgestellt.[26] Aus diesem Grund ist die praktische Bedeutung der Konfusion einer Generalvollmacht bei Alleinerbfolge nicht immens. Es stellt sich regelmäßig die Frage, ob der Handelnde kraft Generalvollmacht oder kraft noch zu beschaffenden Erbnachweis berechtigt ist. Die Erklärungen des Handelnden behalten, auch bei in der Urkunde objektiv falscher Darstellung der Berechtigung, ihre Rechtswirksamkeit.

Der Anwendungsbereich der Anforderung des Erbnachweises beschränkt sich in der Praxis auf den Fall, indem evidente Zweifel über die Berechtigung des Bevollmächtigten beim Grundbuchamt bestehen und keine notarielle Verfügung von Todes wegen vorliegt. Liegt eine notarielle Verfügung von Todes wegen vor, so ergibt sich regelmäßig aus der Verfügung nebst nachlassgerichtlichem Eröffnungsprotokoll die Erbenstellung des Handelnden. Liegt dagegen nur ein privatschriftliches Testament vor oder ist gesetzliche Erbfolge eingetreten, bedarf es eines Erbscheins.

Dem Vollmachtgeber kann demnach bei Vollmachtserteilung an seinen voraussichtlichen oder gewillkürten Alleinerben geraten werden ein notarielles Testament zu machen. Dies gewährleistet einen zeitnah zu erreichenden Erbnachweis und die damit verbundene Handlungsbefugnis.

Weiterhin fraglich ist, inwieweit der Notar durch die Rechtsprechung des OLG Hamm betroffen ist. Dem Notar im vorliegenden Sachverhalt ist entgegenzuhalten, dass er mit seiner Formulierung im Urkundseingang die evidenten Zweifel des Grundbuchamts an der fortbestehenden Berechtigung des Beteiligten hervorgerufen hat. Der Notar hat nicht klar getrennt zwischen Handlungen aufgrund Vollmacht und dem Auftreten als Alleinerben.[27] Im Ergebnis entstehen dem Beteiligten dadurch Kosten für die Erbscheinserteilung.

Unterstellt, die Urkunde hätte keine Aussage zur Alleinerbenstellung des Erschienenen enthalten, kann davon ausgegangen werden, dass das Grundbuchamt den Eigentumswechsel ohne Vorlage eines Erbnachweises vollzogen hätte. Der Eigentumsübergang wäre wirksam und das Grundbuch nicht unrichtig.

Nach der hier vertretenden Ansicht hat der Notar keine Verpflichtung sich bei Vorlage einer ordnungsgemäßen Vollmacht nach der Erbenstellung der Erschienenen zu erkundigen. Des Weiteren muss der Notar die Erben namentlich nicht in die Urkunde aufnehmen, selbst wenn ihm diese bekannt sein sollten.[28]

Erklärt der Beteiligte gegenüber dem Notar, dass er der Alleinerbe des eingetragenen Eigentümers ist, so sollte der Notar auf den Erhalt eines Erbnachweises hinwirken. Ist dies nicht gewollt, ist gleichwohl eine Ablehnung der Beurkundung nicht möglich.

---

25 BGH, Urt. v. 25.10.1994 – XI ZR 239/93, NJW 1995, 250, 251.

26 OLG Hamm, Beschl. v. 10.1.2013 – 15 W 79/12, ZNotP 2013, 183 (in diesem Heft).

27 So auch *Litzenburger* in einer Urteilsanmerkung zum OLG Hamm, FD-ErbR 2013, 345171.

28 LG Stuttgart, Beschl. v. 20.7.07 – 1 T 37/07, BWNotZ 2007, 119, 120.

Es erscheint geboten in diesen Fällen einen Vermerk in die Urkunde aufzunehmen, dass über die Erbfolge nach dem eingetragenen Eigentümer noch keine nachlassgerichtlichen Feststellungen erfolgt sind. Ein solcher Vermerk rechtfertigt m.E. keine Nachforderung eines Erbnachweises. Es fehlt an der evidenten Nichtberechtigung des Bevollmächtigten.

V. Fazit

Die Generalvollmacht entfaltet regelmäßig als transmortale Vollmacht Wirkung über den Tod hinaus bzw. als postmortale Vollmacht entfaltet sich die Wirkung nach dem Tod des Vollmachtgebers.

Einen Erbnachweis hat das Grundbuchamt bei Vorlage einer Generalvollmacht nur in eng begrenzten Ausnahmefällen zu verlangen. Dies sind Fälle in denen sich die Nichtberechtigung des Bevollmächtigten für das Grundbuchamt aufzwingt. Dem schließt sich im Ergebnis auch das OLG Hamm an, indem es feststellt, dass der Bevollmächtigte durch die Aussage, er sei der Alleinerbe, den Glauben an seine Legitimation als Bevollmächtigter zerstört hat. Zerstört werden kann nur eine bestehende Legitimation.

Des Weiteren ist zu beachten, dass das OLG Hamm sehr einschränkend formuliert, wenn es um die Berechtigung des Grundbuchamts zur Vorlage eines Erbnachweises geht.

Eine Konfusion der Vollmacht im Fall der Alleinerbfolge ist möglich. Dies hindert den Bevollmächtigten indes nicht daran weiterhin kraft Vollmacht zu handeln, sofern über die Erbfolge noch keine nachlassgerichtlichen Feststellungen getroffen sind.

Es erscheint wünschenswert, wenn die transmortale Generalvollmacht nicht unnötig in ihrer Wirksamkeit über den Tod hinaus eingeschränkt wird. Insbesondere vor dem Hintergrund des ausdrücklichen Willens des Vollmachtgebers und der zweifellos wirksamen Rechtshandlung, drängt sich die Annahme einer Legitimationswirkung der Vollmacht, auch bei bestehender aber nicht festgestellter Alleinerbfolge auf. Kommt das Grundbuchamt zu einem anderen Ergebnis, würde dies nach der hier vertretenden Ansicht lediglich Kosten und Zeit im Erbscheinsverfahren verursachen, die mit dem Schutz des Rechtsverkehrs als Zweck der Legitimationswirkung der Vollmacht nur schwerlich vereinbar sind.

Steuerrecht

Schuldzinsen als nachträgliche Werbungskosten der Einkünfte aus Kapitalvermögen

Auswirkungen der zum 1.1.12009 eingeführten Abgeltungsteuer auf Kapitalerträge

von Steuerberater/Dipl.-Finanzwirt Peter Hutmacher, Heinsberg

Die zum 1.1.2009 umgesetzte Reform der Besteuerung von Kapitaleinkünften führt bei allen im Privatvermögen zufließenden Kapitalerträgen einheitlich zu einer Belegung mit einer 25 %igen Einkommensteuer mit Abgeltungscharakter. Diese Systemänderung hat natürlich zur Folge, dass bisherige Besteuerungsgrundsätze nicht mehr oder nur noch bedingt anzuwenden sind.

Gerade jetzt hat der BFH seine Rechtsprechung zum Abzug von Schuldzinsen für die Anschaffung einer im Privatvermögen gehaltenen wesentlichen Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft, die auf Zeiträume nach Veräußerung der Beteiligung oder Auflösung der Gesellschaft entfallen, überdacht und geändert. Für viele Betroffenen kommt dieser Sinneswandel zu spät, wie der folgende Beitrag erläutert.

I. Schuldzinsen als nachträgliche Werbungskosten der Einkünfte aus Kapitalvermögen

1. Allgemeines

Werbungskosten sind gem. § 9 Abs. 1 Satz 1 EStG alle Aufwendungen, die durch die Erzielung steuerpflichtiger Einnahmen veranlasst sind. Aufwendungen sind als durch eine Einkunftsart veranlasst anzusehen, wenn sie zu der Einkunftsart in einem steuerrechtlich anzuerkennenden wirtschaftlichen Zusammenhang stehen. Das ist der Fall, wenn sie objektiv mit einer Einkunftsart zusammenhängen und ihr subjektiv zu dienen bestimmt sind.[1] Maßgeblich dafür, ob ein solcher Zusammenhang besteht, ist zum einen die – wertende – Beurteilung des die betreffenden Aufwendungen „auslösenden Moments", zum anderen dessen Zuweisung zur einkommensteuerrechtlich relevanten Erwerbssphäre.[2]

Für die Einkünfte aus Kapitalvermögen ist ein solcher Zusammenhang bei der Finanzierung von im Privatvermögen gehaltenen Kapitalanlagen verneint und deshalb der Abzug von (nachträglichen) Schuldzinsen abgelehnt worden, soweit diese Schuldzinsen auf Zeiträume nach Veräußerung oder Aufgabe der Kapitalanlage entfallen.[3] Mit der Veräu-

1 BFH-Beschluss des GrS v. 4.7.1990 – GrS 2-3/88, BStBl. II 1990, S. 817, unter C.II.2. m.w.N.

2 BFH-Beschluss des GrS v. 21.9.2009 – GrS 1/06, BStBl. II 2010, S. 672, unter C.III.1.a.

3 BFH, Urt. v. 27.3.2007 – VIII R 64/05, BStBl. II 2007, S. 639 und VIII R 28/04, BStBl. II 2007, S. 699, jeweils m.w.N.

ßerung oder Aufgabe der Kapitalanlage als Einkunftsquelle entfällt der wirtschaftliche Zusammenhang der (nachträglichen) Aufwendungen mit der Einkunftsart. Die Finanzierungsaufwendungen sind rechtlich der nicht steuerbaren, privaten Vermögensebene zuzuweisen.

2. Änderung der Rechtsprechung betreffend Schuldzinsen im Zusammenhang mit der Beteiligung an Kapitalgesellschaften i.S.d. § 17 EStG

Betreffend Finanzierungsaufwendungen im Zusammenhang der Beteiligung an Kapitalgesellschaften, deren Veräußerung oder Aufgabe der Besteuerung nach § 17 EStG unterfällt, gelten diese Grundsätze nicht.[4] Schuldzinsen für die Anschaffung einer im Privatvermögen gehaltenen Beteiligung i.S.v. § 17 EStG, die auf Zeiträume nach Veräußerung der Beteiligung oder Auflösung der Gesellschaft entfallen, können – ab dem Veranlagungszeitraum 1999 – wie nachträgliche Betriebsausgaben als Werbungskosten bei den Einkünften aus Kapitalvermögen abgezogen werden, soweit der Veräußerungserlös nicht zur Tilgung der Schulden ausreicht.

Durch die Beendigung der Einkünfteerzielung aus Kapitalvermögen ist der ursprüngliche Veranlassungszusammenhang nicht unterbrochen, weil die nachträglichen Schuldzinsen nach wie vor durch die zur Erzielung von Einkünften aus Kapitalvermögen aufgenommenen Schulden ausgelöst sind, die bei Veräußerung oder Aufgabe der Beteiligung nicht abgelöst werden konnten. Die nachträglichen Schuldzinsen dienen mithin der Finanzierung eines steuerrechtlich erheblichen Veräußerungs- oder Aufgabeverlusts.

Der Veranlassungszusammenhang der nachträglichen Schuldzinsen mit den Einkünften aus Kapitalvermögen bei Veräußerung oder Aufgabe einer Beteiligung i.S.d. § 17 EStG ist nicht mehr anderes zu beurteilen als im Anwendungsbereich des § 4 Abs. 4 EStG bei den Gewinneinkunftsarten.[5]

II. Werbungskosten der Einkünfte aus Kapitalvermögen ab Kalenderjahr 2009

Ab dem Veranlagungszeitraum 2009 ist für die Einkünfte aus Kapitalvermögen in § 32d EStG ein gesonderter Steuertarif normiert worden.[6] Wegen der Abgeltungswirkung der Besteuerung mit dem gesonderten Steuertarif ist ein Abzug der tatsächlichen Werbungskosten ausgeschlossen worden.[7] Mit dem einheitlichen Sparer-Pauschbetrag von 801 € ist sowohl eine Typisierung hinsichtlich der Höhe der Werbungskosten in den unteren Einkommensgruppen vorgenommen worden als auch berücksichtigt, dass mit dem relativ niedrigen gesonderten Steuertarif für die Kapitaleinkünfte die Werbungskosten in den oberen Einkommensgruppen mit abgegolten werden.[8]

Eine Berücksichtigung der tatsächlich angefallenen nachträglichen Werbungskosten ist daher generell nicht mehr möglich.

III. Werbungskostenabzug der tatsächlich angefallenen Aufwendungen

Die Ausnahmen vom Verbot des Abzugs der tatsächlich angefallenen Werbungskosten sind in § 32d Abs. 2 EStG enumerativ aufgeführt. Die Pauschalierung der Werbungskosten findet danach keine Anwendung bei

- Kapitalerträgen aus Stiller Gesellschaft, partiarischen Darlehen oder sonstigen Kapitalforderungen jeder Art,[9] wenn
  - Gläubiger und Schuldner einander nahestehende Personen sind;
  - solche Kapitalerträge von einer Kapitalgesellschaft an einen Gesellschafter gezahlt werden, der zu mindestens 10 % an der Gesellschaft beteiligt ist;
  - die Kapitalanlage im Zusammenhang mit einer Kapitalüberlassung an einen Betrieb des Gläubigers steht.
- Kapitalerträgen aus der Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft,[10] wenn
  - der Gesellschafter für diese Erträge zur tariflichen Einkommensteuer optiert.

IV. Option zur tariflichen Einkommensteuer bei Kapitalerträgen aus der Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft

Der Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft kann auf die Besteuerung seiner Gewinnanteile und sonstigen Bezüge aus der Gesellschaft mit dem gesonderten Steuertarif für Einkünfte aus Kapitalvermögen verzichten und zu deren Einbeziehung bei der Festsetzung der tariflichen Einkommensteuer optieren.

Optieren kann allerdings nur ein Gesellschafter, der in dem Veranlagungszeitraum, für den der Antrag erstmals gestellt wird, unmittelbar oder mittelbar

4 Änderung der BFH-Rechtsprechung durch Urt. v. 16.3.2010 – VIII R 20/08, BStBl. II 2010, S. 787; vgl. dazu Literatur z.B. *Jachmann*, DStR 2011, 1245; *Dornheim*, DStZ 2011, 763.

5 Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft, Einkünfte aus Gewerbebetrieb und Einkünfte aus selbstständiger Arbeit.

6 Art. 1 Nr. 22 des Unternehmensteuerreformgesetzes 2008 v. 14.8.2007, BGBl. I 2007, S. 1912 ff.

7 § 20 Abs. 9 Satz 1, 2. HS EStG i.d.F. des Art. 1 Nr. 16 des Unternehmensteuerreformgesetzes 2008 v. 14.8.2007, BGBl. I 2007, S. 1912 ff.

8 Vgl. BT-Drucks. 16/4841 v. 27.3.2007.

9 § 32d Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Satz 2 EStG i.d.F. des Art. 1 Nr. 16 des Unternehmensteuerreformgesetzes 2008 v. 14.8.2007, BGBl. I 2007, S. 1912 ff.

10 § 32d Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Satz 2 EStG i.d.F. des Art. 1 Nr. 16 des Unternehmensteuerreformgesetzes 2008 v. 14.8.2007, BGBl. I 2007, S. 1912 ff.

74243306_ZNotP_Innenteil.indd 178 03.07.13 15:04

- zu mindestens 25 % an der Kapitalgesellschaft beteiligt ist,
- in Kombination mit einer beruflichen Tätigkeit für die Kapitalgesellschaft zu mindestens 1 % an ihr beteiligt ist

und dadurch wesentlichen Einfluss auf die unternehmerischen Entscheidungen ausüben kann.

Der Optionsantrag gilt erstmals für den Veranlagungszeitraum, für den er gestellt wird, und ist spätestens mit der Einkommensteuererklärung für dieses Jahr zu stellen. Er gilt, solange er nicht widerrufen wird, auch für die folgenden vier Veranlagungszeiträume, ohne dass die Antragsvoraussetzungen erneut zu belegen sind. Letzteres dient lediglich der Verwaltungsvereinfachung in Form eines erleichterten Nachweises der Tatbestandsvoraussetzungen und ersetzt nicht deren Vorliegen. Also auch innerhalb dieser Vierjahresfrist müssen die Beteiligungsvoraussetzungen erfüllt sein.

V. Anwendung der Option bei Veräußerung oder Auflösung der Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft

Wurde die Beteiligung an der Kapitalgesellschaft veräußert oder aufgelöst, dann gelten für die Option die folgenden Grundsätze:

1. Veräußerung oder Auflösung vor dem 1.1.2009

Wurde die Beteiligung vor dem 1.1.2009 veräußert oder aufgelöst, scheidet eine Anwendung der tariflichen Einkommensteuer in jedem Fall aus. Die für die Option geforderte Beteiligungsquote kann unabwendbar nicht mehr vorliegen.

2. Veräußerung oder Auflösung nach dem 31.12.2008

Bei der Veräußerung oder Auflösung einer Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft nach dem 31.12.2008 sind dann zwangsläufig die Beteiligungsvoraussetzungen für die Option letztmalig für den Veranlagungszeitraum der Veräußerung oder Auflösung erfüllt. Entsprechendes gilt bei einem Absinken der Beteiligungsquote unter die Grenzen von 25 % bzw. 1 % und bei Aufgabe der beruflichen Tätigkeit für die Gesellschaft bei der Beteiligung zwischen 25 % und 1 %.

Beispiel:

X ist Alleingesellschafter der X GmbH gewesen. Den Erwerb der im Privatvermögen gehaltenen Geschäftsanteile hatte X fremdfinanziert. Im Rahmen der Einkommensteuererklärung für 2010 hat X sein Optionsrecht zur tariflichen Einkommensbesteuerung für die Beteiligung an der X GmbH aus und den Abzug der angefallenen Schuldzinsen als Werbungskosten bei den Kapitaleinkünften beantragt. Am 30.12.2010 hat X seine Geschäftsanteile veräußert. Dabei ist ein Schuldüberhang verblieben.

Im Rahmen seiner Einkommensteuererklärung für 2011 macht X nachträgliche Schuldzinsen als Werbungskosten bei den Einkünften aus Kapitalvermögen geltend.

X erfüllt die Beteiligungsvoraussetzungen im Veranlagungszeitraum 2011 zu keinem Zeitpunkt. Die Optionsvoraussetzungen sind nicht gegeben, deshalb kommt ein Abzug von Schuldzinsen als Werbungskosten bei den Kapitaleinkünften nicht mehr in Betracht.

3. Abzug von Schuldzinsen nach Teilveräußerung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft

Veräußert der Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft nur einen Teil seiner Anteile und verbleibt ihm danach eine für die Option ausreichende Beteiligungsquote, dann kann er weiterhin zur tariflichen Besteuerung seiner Kapitalerträge unter Abzug der tatsächlich angefallenen Werbungskosten optieren.

Der Grundsatz, dass nach der Veräußerung anfallende Schuldzinsen nur insoweit nachträglich noch Werbungskosten bilden, soweit die zur Finanzierung aufgenommenen Kredite nicht durch den Veräußerungserlös getilgt werden konnten, ist auch hier zu beachten.

Beispiel:

Y ist alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der Y GmbH. Die Anschaffungskosten (= 100.000 €) seiner im Privatvermögen gehaltenen Geschäftsanteile hat er in voller Höhe finanziert. Am 30.12.2010 veräußert Y insgesamt 90 % seiner Anteile zum Preis von 60.000 €. Das Finanzierungsdarlehen valutierte zum Veräußerungszeitpunkt auf 100.000 €. Y ist weiter als Geschäftsführer der GmbH tätig. Den Veräußerungserlös verwendet Y zur Tilgung von Darlehen für das selbst genutzte Einfamilienhaus.

In seiner Einkommensteuererklärung für 2009 hat Y bereits für seine Beteiligung an der Y GmbH zur tariflichen Besteuerung der Kapitalerträge optiert. In seiner Einkommensteuererklärung für 2011 macht er die angefallenen Schuldzinsen i.H.v. 10.000 € in voller Höhe als Werbungskosten geltend.

Die Voraussetzungen für eine Option sind für das Jahr 2011 erfüllt. Y ist noch mit 10 % an der Kapitalgesellschaft beteiligt und beruflich für diese tätig.

Die Schuldzinsen sind abzugsfähig

- *in vollem Umfange, soweit sie auf den verbliebenen Geschäftsanteil entfallen (= 1.000 €),*
- *nur anteilig, soweit sie auf die veräußerten Geschäftsanteile entfallen. Soweit die Schuldzinsen auf den Betrag entfallen, der nicht durch den Veräußerungserlös hätte getilgt werden können, ist der Werbungskostenabzug zulässig (= 3.000 €). Der auf den möglichen Tilgungsbetrag entfallende Anteil (= 6.000 €) ist nicht abzugsfähig, weil insoweit der Bezug zur Einkunftsart verloren gegangen ist.*

VI. Schlussbetrachtung

Durch die Reform der Besteuerung von Kapitaleinkünften im Privatvermögen ab dem Veranlagungszeitraum 2009 hat die Änderung der BFH-Rechtsprechung betreffend den nachträglichen Werbungskostenabzug für Schuldzinsen bei veräußerten oder aufgegebenen Beteiligungen an Kapitalgesellschaften ihre Bedeutung verloren. Die geänderten Rechtssätze kommen uneingeschränkt nur bis einschließlich Veranlagungszeitraum 2008 zur Anwendung.

Ab 2009 ist der nachträgliche Werbungskostenabzug für verbliebene Schuldzinsen nach Veräußerung oder Aufgabe einer Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft grds. ausgeschlossen.

ZNotP-Fragezeichen

1. E ist am 1.1.2010 verstorben. Alleinerbe ist seine Ehefrau. Der Sohn macht am 1.6.2013 Pflichtteilsansprüche geltend. Er hat am 1.4.2010 das Eröffnungsprotokoll nebst dem Testament des E, in dem S enterbt wurde, erhalten.

Der Pflichtteilsanspruch ist

a) verjährt

b) nicht verjährt.

2. Die Genossenschaft G hat zwei Vorstandsmitglieder. Gemäß Register und Satzung vertreten die Vorstandsmitglieder die Genossenschaft nur gemeinsam. Gemäß Register vertreten die Prokuristen P1 und P2 die Genossenschaft gemeinsam mit einem Vorstandsmitglied oder gemeinsam mit einem weiteren Prokuristen. P1 handelt bei einer Löschung gemeinsam mit einem Vorstandmitglied.

a) dies ist zulässig

b) dies wäre nur zulässig, wenn die Satzung vorsehen würde, dass das Vorstandsmitglied auch gemeinsam mit einem Prokuristen vertreten kann.

ZNotP-Rechtsprechungsreport

Grundstücksrecht

Grundschuld an herrenlosem Grundstück

GBO §§ 19, 27 Satz 1

Leitsatz (amtlich):

Zu der Löschung einer Grundschuld an einem herrenlosen Grundstück bedarf es weder der Zustimmung eines für den Eigentümer handelnden Pflegers noch der des früheren Eigentümers.

BGH, Beschl. v. 10. 5. 2012 – V ZB 36/12

[1] I. Zugunsten der Beteiligten sind an dem im Eingang dieses Beschlusses bezeichneten Grundstück sechs Grundschulden eingetragen. Die Eigentümerin gab das Eigentum an dem Grundstück durch Verzicht gem. § 928 Abs. 1 BGB auf. Die Beteiligte beantragt die Löschung der in Abteilung III Nr. 1 des Grundbuchs eingetragenen Grundschuld unter Vorlage der Löschungsbewilligung, weil sie aus dem in Abteilung III Nr. 2 eingetragenen Recht die Zwangsversteigerung betreibt. Das Grundbuchamt hat mit Zwischenvfg. v. 22.3.2011 darauf hingewiesen, dass die Löschung die Zustimmung des Eigentümers voraussetze und diese ggf. im Klagewege zu ersetzen sei. Die Beschwerde hat das OLG zurückgewiesen. Dagegen wendet sich die Beteiligte mit der Rechtsbeschwerde, mit der sie erreichen will, dass das Grundbuchamt die Löschung nicht aus den in der Zwischenverfügung genannten Gründen verweigern darf.

[2] II. Das Beschwerdegericht meint, die Löschungsbewilligung des Gläubigers reiche für die Löschung einer Grundschuld an einem herrenlosen Grundstück nicht aus. Weil ein gegenwärtiger Eigentümer nicht existiere, müsse die gem. § 27 GBO erforderliche Zustimmung des Eigentümers im Klageverfahren ersetzt werden, indem gem. § 58 ZPO ein Pfleger eingesetzt werde. Grund für das Zustimmungserfordernis sei der Schutz des möglicherweise fortbestehenden Interesses des Eigentümers an dem Erhalt einer Eigentümergrundschuld oder eines entsprechenden Anwartschaftsrechts. Es müsse verhindert werden, dass Interessen des früheren Eigentümers, des Aneignungsberechtigten oder ablösungsberechtigter Dritter, die bereits Zahlungen auf die Grundschuld geleistet hätten, bei der Löschung unberücksichtigt blieben.

[3] III. Die gem. § 78 Abs. 1 GBO statthafte und auch i.Ü. zulässige Rechtsbeschwerde hat Erfolg. Zu Unrecht nimmt das Beschwerdegericht an, dass ein Pfleger die Interessen des Eigentümers wahrzunehmen und die Zustimmung zu der Löschung der Grundschuld zu erteilen hat.

[4] 1. Gem. § 27 Satz 1 GBO darf eine Grundschuld nur mit Zustimmung des Eigentümers des Grundstücks gelöscht werden. Nach dem Wortlaut der Norm bedarf es bei einem herrenlosen Grundstück keiner Zustimmung, weil der Eigentümer im Zeitpunkt der Löschung gemeint ist (Bauer/v. Oefele/*Kohler*, GBO, 2. Aufl., § 27 Rn. 28; *Demharter*, GBO, 28. Aufl., § 27 Rn. 15; Lemke/*Zimmer*/*Hirche*, Immobilienrecht, § 27 GBO Rn. 9; Meikel/*Böttcher*, GBO, 10. Aufl., § 27 Rn. 82). Einen solchen gibt es aufgrund der Dereliktion nicht.

[5] 2. Eine analoge Anwendung von § 27 Satz 1 GBO auf den Sonderfall der Dereliktion scheidet aus, weil es an einer Regelungslücke fehlt und es der Erteilung der Zustimmung durch einen Pfleger nicht bedarf. § 27 Satz 1 GBO bezweckt allein den Schutz des Eigentümers. Ihm soll ein durch Zahlungen auf das Grundpfandrecht entstandenes, aus dem Grundbuch nicht ersichtliches Eigentümergrundpfandrecht nicht ohne seine Zustimmung genommen werden können (BeckOKGBO/*Holzer*, Stand 1.3.2012, § 27 Rn. 2; Lemke/*Zimmer*/*Hirche*, a.a.O., § 27 Rn. 1; Meikel/*Böttcher*, a.a.O., § 27 Rn. 1). Entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts schützt die Norm weder den Aneignungsberechtigten als möglichen zukünftigen Eigentümer noch den früheren Eigentümer oder Dritte, die Zahlungen auf die Grundschuld geleistet haben. Das zeigt sich schon daran, dass der Aneignungsberechtigte nach der Aneignung die Zustimmung erteilen kann, ohne auf die Interessen Dritter Rücksicht nehmen zu müssen. Die Einsetzung eines Pflegers wäre sinnlos. Er dürfte bei seiner Entscheidung nur die Interessen des nicht vorhandenen gegenwärtigen Eigentümers wahrnehmen und sich nicht von denjenigen Dritter leiten lassen. Solche Interessen gibt es nicht, weil zugunsten eines nicht vorhandenen Eigentümers kein Eigentümergrundpfandrecht entstehen kann.

[6] 3. Ebenso wenig ergibt sich aus § 19 GBO ein Bewilligungserfordernis für Dritte (vgl. Lemke/*Zimmer*/*Hirche*, a.a.O., § 27 Rn. 10). Insbesondere die frühere Eigentümerin muss auch dann nicht zustimmen, wenn man mit der überwiegenden Ansicht davon ausgeht, dass sich eine durch Zahlung des Eigentümers auf die Grundschuld entstehende Eigentümergrundschuld mit der Eigentumsaufgabe in eine Fremdgrundschuld umwandelt (Palandt/*Bassenge*, BGB, 71. Aufl., § 928 Rn. 3; MünchKomm-BGB/*Kanzleiter*, 5. Aufl., § 928 Rn. 11). Ein solches Recht der früheren Eigentümerin hätte das Grundbuchamt nämlich nur dann zu beachten, wenn es für dessen Entstehung Anhaltspunkte gäbe, durch die die Vermutung gem. § 891 Abs. 1 BGB zugunsten der Beteiligten als eingetragener Grundschuldgläubigerin widerlegt wäre (*Schöner*/*Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rn. 2757; für den Sonderfall der Höchstbetragshypothek OLG Frankfurt/M., MittBayNot 1984, 85, 86; *Demharter*, a.a.O., § 27 Rn. 15; *Meyer-König*, Rpfleger 2004, 348, 349 jeweils m.w.N.). Einen solchen Geschehensablauf hat das Beschwerdegericht nicht festgestellt; für ihn ist auch nichts ersichtlich.

[7] IV. Die Festsetzung des Gegenstandswerts beruht auf §§ 131 Abs. 4, 30 Abs. 2 Satz 1 KostO.

Veräußerung von Grundstücksteilen durch die Wohnungseigentümer

BGB § 745 Abs. 2; WEG § 21 Abs. 3

Leitsätze (amtlich):

1. **Stimmen einzelne Wohnungseigentümer einer Veräußerung von Teilen des gemeinschaftlichen Grundstücks nicht zu, können sie nicht durch einen Mehrheitsbeschluss dazu verpflichtet werden; weil die Veräußerung die sachenrechtlichen Grundlagen der Gemeinschaft betrifft, stellt sie keine Verwaltung im Sinne von § 21 Abs. 3 WEG dar und kann auch nicht Gegenstand einer Vereinbarung sein.**

2. **Ein Mitwirkungsanspruch kann nicht auf § 745 Abs. 2 BGB gestützt werden, weil diese Vorschrift durch das Wohnungseigentumsgesetz verdrängt wird; er kann sich in besonders gelagerten Ausnahmefällen aus der Treuepflicht der Wohnungseigentümer ergeben.**

BGH, Urt. v. 12. 4. 2013 – V ZR 103/12

[1] Die Klägerin ist eine Wohnungseigentümergemeinschaft, deren Mitglied die Beklagte ist. Das im Miteigentum der Wohnungseigentümer stehende Grundstück ist ca. 5.500 m² groß. Der Grundstücknachbar errichtete Mitte der 90iger Jahre des letzten Jahrhunderts eine Mauer zur Abgrenzung der beiden Grundstücke; ein Teilstück der Mauer setzte er versehentlich auf das Grundstück der Wohnungseigentümer. Nachdem dieser Umstand bekannt geworden war, beschlossen die Wohnungseigentümer am 2.7.2003 mehrheitlich, die durch die Mauer abgetrennte gemeinschaftliche Teilfläche von ca. 7 m² für 5.000 € an den Grundstücksnachbarn zu verkaufen.

[2] Am 29.4.2005 schlossen der Grundstücksnachbar und die Verwalterin als Vertreterin der Wohnungseigentümergemeinschaft einen notariellen Grundstückskaufvertrag über die Teilfläche zum Preis von 5.000 €, in dem auf die erforderliche Genehmigung des Vertrags durch alle Wohnungs- und Teileigentümer hingewiesen wurde. Mit Ausnahme der Beklagten genehmigten alle Eigentümer den Verkauf. Die Beklagte befürchtet, dass der Verkauf es dem Nachbarn erleichtern könnte, den bislang unverstellten Blick aus ihrer Wohnung auf die benachbarte „Villa W." zu verbauen. Am 27.5.2009 beschlossen die Wohnungseigentümer, den Verkauf zu vollziehen und – sofern der Mehrheitsbeschluss für die Vollziehung im Grundbuch nicht ausreiche – die nicht zustimmenden Wohnungseigentümer ggf. gerichtlich in Anspruch zu nehmen. Das Grundbuchamt lehnte die Umschreibung ab.

[3] Die Klage, mit der die Klägerin die Beklagte zu der Erteilung der Genehmigung zu dem Kaufvertrag v. 29.4.2005 verurteilen lassen will, hat vor dem AG Erfolg gehabt. Auf die Berufung der Beklagten hat das LG das Urteil aufgehoben und die Klage abgewiesen. Mit der zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, will die Klägerin die Zurückweisung der Berufung erreichen.

Aus den Gründen:

[4] I. Das Berufungsgericht sieht den Beschl. v. 2.7.2003 als nichtig an. Es fehle an der erforderlichen Beschlusskompetenz. Die Veräußerung von Grundstücksflächen, die im Miteigentum stehen, diene nicht der Verwaltung des verbleibenden Eigentums und stelle aus diesem Grund schon begrifflich keine Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums dar. Jedenfalls handele es sich nicht um eine Maßnahme laufender Verwaltung; erforderlich sei ein einstimmiger Beschluss. Der Anspruch könne auch nicht auf § 745 Abs. 2 BGB gestützt werden, weil diese Norm durch die Bestimmungen des WEG verdrängt werde. Soweit ein Anspruch aus dem Gemeinschaftsverhältnis der Miteigentümer hergeleitet werden könne, sei bereits die Aktivlegitimation der Klägerin fraglich. Jedenfalls könne die Zustimmung zu der Veräußerung nur dann verlangt werden, wenn anderenfalls ein nicht unerheblicher Nachteil für die Gemeinschaft drohe; dafür gebe es keine Anhaltspunkte.

[5] II. Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung stand.

[6] 1. Allerdings sind die Zweifel des Berufungsgerichts an der Prozessführungsbefugnis der klagenden Wohnungseigentümergemeinschaft unbegründet. Diese ist auch insoweit gegeben, als sich die Klägerin auf Mitwirkungsansprüche stützt, die den Wohnungseigentümern als Individualansprüche gegen die Beklagte zustehen. Denn durch den Beschl. v. 27.5.2009, der vorsieht, dass der Verkauf vollzogen werden soll und nicht zustimmende Miteigentümer ggf. gerichtlich in Anspruch genommen werden sollen, sind solche etwaigen Ansprüche dem Verband zur Ausübung übertragen worden; weil der erforderliche Gemeinschaftsbezug besteht, ist die Klägerin gem. § 10 Abs. 6 Satz 3, 2. Alt. WEG prozessführungsbefugt (vgl. Senat, Urt. v. 18.6.2010 – V ZR 193/09, NJW 2010, 2801 Rn. 7; Urt. v. 15.1.2010 – V ZR 80/09, NJW 2010, 933 Rn. 7). Das gilt nach § 140 BGB selbst dann, wenn der genannte Beschluss i.Ü. wegen fehlender Beschlusskompetenz nichtig sein sollte (Senat, Urt. v. 18.6.2010 – V ZR 193/09, a.a.O.).

[7] 2. Der notarielle Vertrag v. 29.4.2005 sieht vor, dass er erst dann wirksam wird, wenn alle Miteigentümer ihre Genehmigung erteilt haben. Entscheidend ist daher, ob die übrigen Miteigentümer von der Beklagten die Erteilung der Genehmigung verlangen können; dies verneint das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei.

[8] a) Aus den Beschl. v. 2.7.2003 und v. 27.5.2009 lässt sich ein solcher Anspruch nicht herleiten. Wenn die Beschlüsse, wie das Berufungsgericht meint, so auszulegen sind, dass die Beklagte zu der Erteilung der Zustimmung verpflichtet werden sollte, sind sie in Ermangelung einer Beschlusskompetenz nichtig. Denn eine Veräußerung von Teilen des gemeinschaftlichen Grundstücks betrifft die sachenrechtlichen Grundlagen der Gemeinschaft und stellt schon aus diesem Grund entgegen der Auffassung der Revision keine Verwaltung i.S.v. § 21 Abs. 3 WEG dar (*Merle*, in: Bärmann, WEG, 11. Aufl., § 20 Rn. 6 a.E.; Palandt/*Bassenge*, BGB, 72. Aufl., § 20 WEG Rn. 3; *Vandenhouten*, in: Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten, WEG, 10. Aufl., § 21 Rn. 5; Meikel/*Böttcher*, GBO, 10. Aufl., Einl. F Rn. 60; a.A. Staudinger/*Bub*, BGB, 2005, § 20 WEG Rn. 7). Folglich besteht auch für die schuldrechtliche Verpflichtung zu einer solchen Veräußerung keine Beschlusskompetenz.

[9] b) Aus dem gleichen Grund kann der Anspruch nicht auf § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG gestützt werden. Nach dieser Bestimmung kann jeder Wohnungseigentümer eine vom Gesetz abweichende Vereinbarung verlangen. Das Begehren der Wohnungseigentümer ist indes nicht auf die Mitwirkung an einer Vereinbarung gerichtet. Mit einer Vereinbarung wird das Gemeinschaftsverhältnis der Wohnungseigentümer inhaltlich ausgestaltet. Eine vertragliche Regelung der sachenrechtlichen Zuordnung ist davon zu unterscheiden (vgl. § 5 Abs. 3, 4 WEG; näher Senat, Urt. v. 4.4.2003 – V ZR 322/02, *ZNotP 2003, 347* = NJW 2003, 2165, 2166). Sie kann nicht Gegenstand einer Vereinbarung sein (vgl. Senat, Urt. v. 11.5.2012 – V ZR 189/11, NJW-RR 2012, 1036 Rn. 8; Urt. v. 4.4.2003 – V ZR 322/02, a.a.O.; vgl. auch BT-Drucks. 16/887, S. 19), und zwar auch dann nicht, wenn die Vereinbarung nur eine schuldrechtliche Verpflichtung zur Mitwirkung an der Änderung der sachenrechtlichen Grundlagen der Gemeinschaft begründet (Senat, Urt. v. 4.4.2003 – V ZR 322/02, a.a.O.). Eine Veräußerung, wie sie hier beabsichtigt ist, betrifft nicht das Gemeinschaftsverhältnis der Wohnungseigentümer untereinander, sondern die Eigentumsverhältnisse und damit die sachenrechtlichen Grundlagen der Gemeinschaft. Einzelne Wohnungseigentümer können danach im Innenverhältnis eine Änderung der sachenrechtlichen Grundlagen nicht im Wege einer wohnungseigentumsrechtlichen Vereinbarung erzwingen (§ 10 Abs. 2 Satz 3 WEG); dies gilt erst recht für die Vornahme eines Rechtsgeschäfts mit einem Dritten, das auf eine Änderung der sachenrechtlichen Grundlagen gerichtet ist.

[10] c) Weil das WEG danach ein abschließendes Regelungskonzept enthält, kann der Anspruch wie das Berufungsgericht zutreffend erkannt hat auch nicht auf § 745 Abs. 2 BGB gestützt werden. Während § 747 Satz 2 WEG, wonach eine Verfügung über das gemeinschaftliche Grundstück nur gemeinschaftlich erfolgen kann, auch im Verhältnis zwischen Wohnungseigentümern gilt, wird § 745 BGB durch das WEG verdrängt (vgl. § 10 Abs. 2 Satz 1 WEG; Riecke/Schmidt/*Elzer*, WEG, 3. Aufl., § 10 Rn. 49 f.; *Merle*, a.a.O., § 21 Rn. 23). Schon aus diesem Grund beruft sich die Revision ohne Erfolg auf die zu § 745 Abs. 1 und 2 BGB ergangene Rechtsprechung, wonach einzelne Bruchteilseigentümer unter bestimmten Voraussetzungen an einer gem. § 747 Satz 2 BGB erforderlichen gemeinschaftlichen Verfügung über den einzelnen Gegenstand mitwirken müssen (BGH, Urt. v. 4.5.1987 – II ZR 211/86, BGHZ 101, 24 ff.; Urt. v. 16.11.1998 – II ZR 68/98, BGHZ 140, 63, 68 f. = *ZNotP 1999, 125*; zu § 2038 Abs. 2 Satz 1 BGB i.V.m. § 745 Abs. 2 BGB vgl. BGH, Urt. v. 28.9.2005 – IV ZR 82/04, BGHZ 164, 181, 184 ff. = *ZNotP 2006, 68*; Urt. v. 11.11.2009 – XII ZR 210/05, BGHZ 183, 131, 136 ff.).

[11] d) Nach alledem kann sich der Anspruch auf Mitwirkung allein aus der Treuepflicht der Beklagten ergeben, die im Verhältnis zu den übrigen Wohnungseigentümern besteht.

[12] aa) Nach der Rechtsprechung des Senats kann in besonders gelagerten Ausnahmefällen aufgrund des Gemeinschaftsverhältnisses nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) eine Verpflichtung der Miteigentümer zur Änderung der sachenrechtlichen Grundlagen der Gemeinschaft bestehen. Dies setzt allerdings voraus, dass außergewöhnliche Umstände vorliegen, die die Verweigerung der Zustimmung als grob unbillig und damit als Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben erscheinen lassen (eingehend Senat, Urt. v. 11.5.2012 – V ZR 189/11, NJW-RR 2012, 1036 Rn. 11 f.).

[13] bb) Diese Voraussetzungen verneint das Berufungsgericht im Ergebnis rechtsfehlerfrei; es ist zwar von einem anderen Prüfungsmaßstab ausgegangen, weil es schon einen „nicht unerheblichen Nachteil“ für die übrigen Wohnungseigentümer als ausreichend angesehen hat, hat aber sogar diese geringeren Anforderungen als nicht erfüllt angesehen. Außergewöhnliche Gründe, die einen Mitwirkungsanspruch begründen könnten, sind nicht schon dann anzunehmen, wenn eine Handlungsalternative sinnvoller als andere erscheint. Hier stehen den Wohnungseigentümern verschiedene Handlungsmöglichkeiten zur Verfügung. Ohne den Verkauf entgeht ihnen zwar eine Einnahme von 5.000 €; dafür bleibt ihnen aber das Eigentum an der Teilfläche erhalten. Die Klägerin steht zu Unrecht auf dem Standpunkt, dass die Teilfläche für ihre Mitglieder aufgrund der Errichtung der Mauer nutzlos geworden ist. Scheitert die Veräußerung, haben die Wohnungseigentümer nämlich auf Dauer die Möglichkeit, im Verhältnis zu dem Nachbarn von ihren Rechten als Eigentümer Gebrauch zu machen. So können sie bei einer späteren Entfernung der Mauer auf der Einhaltung der Grundstücksgrenzen bestehen; auch können sie un-

74243306_ZNotP_Innenteil.indd 182 03.07.13 15:04

abhängig von nachbarrechtlichen Vorschriften eine Erhöhung der Mauer verhindern. Zudem besteht der Herausgabeanspruch gem. § 985 BGB unabhängig von der Durchsetzbarkeit eines Anspruchs gem. § 1004 BGB und unterliegt gem. § 902 Abs. 1 Satz 1 BGB auch nicht der Verjährung; selbst wenn der Beseitigungsanspruch gem. § 1004 BGB verjährt sein sollte, dürften die Wohnungseigentümer das Teilstück der Mauer selbst beseitigen (näher Senat, Urt. v. 28.1.2011 – V ZR 141/10, NJW 2011, 1068 Rn. 9; Urt. v. 28.1.2011 – V ZR 147/10, *ZNotP 2011, 148* = NJW 2011, 1069 Rn. 18). Sprechen danach schon keine außergewöhnlichen Umstände für das Begehren der übrigen Wohnungseigentümer, kommt es nicht darauf an, ob die Befürchtungen der Beklagten hinsichtlich einer möglichen Bebauung des Nachbargrundstücks sachlich begründet sind oder nicht.

[14] III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Wirksamkeit einer dem Alleinerben erteilten Vollmacht nach Versterben des Erblassers

BGB § 164; GBO § 35

Leitsatz (amtlich):

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

OLG Hamm, Beschl. v. 10. 1. 2013 – 15 W 79/12

[1] I. Der Beteiligte zu 1 ist der Ehemann der im Grundbuch als Eigentümerin gebuchten Erblasserin. Diese erteilte ihm in notarieller Verhandlung v. 14.4.2011 (UR-Nr. …/… 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.

[2] 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 v. 23.11.2011 (UR-Nr. …/… Notar Q) unter Bezugnahme auf die Vollmacht v. 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.

[3] Mit Schreiben v. 31.1.2012 übersandte der Notar die Urkunde mit dem Antrag auf Vollzug der in § 4 des notariellen Vertrags erteilten Bewilligung auf Eigentumsumschreibung. Mit Zwischenvfg. v. 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 v. 19.12.2012 mit, Frau S habe nur das in Kopie vorgelegte privatschriftliche Testament v. 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.

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

[5] 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 v. 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 v. 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.

[6] Der Beteiligte zu 1 hat jedoch die beschriebene Legitimationswirkung dieser Vollmacht aufgehoben, indem er im Eingang der notariellen Urkunde v. 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*, BGB, 71. Aufl., Einführung von § 2197 Rn. 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. MünchKomm-BGB/*Leipold*, § 1922 Rn. 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 gem. §§ 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.

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

[8] 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 Rn. 4; BeckOK-GBO/*Hügel*, „Grundsätze der rechtsgeschäftlichen Vertretung [Vollmacht]“, Rn. 47; Bauer/v. Oefele/*Schaub*, a.a.O., AT VII, Rn. 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.

[9] 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 GBO 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.

[10] Aus der Entscheidung des Senats v. 4.1.2011 (OLG Hamm v. 4.1.2011 – I-15 W 452/10, 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 Berechtigte 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.

[11] In diesem Sinne knüpft der Senat ausschließlich an den Inhalt der eigenen Erklärung des Beteiligten zu 1 in der notariellen Urkunde v. 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.

[12] Eine Entscheidung über die Erstattung außergerichtlicher Kosten ist nicht veranlasst, weil die Beteiligten keine gegensätzliche Rechtsposition einnehmen.

[13] Die Wertfestsetzung beruht auf den §§ 131 Abs. 4, 30 KostO.

[14] Der Senat hat gem. § 78 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 GBO die Rechtsbeschwerde zugelassen, weil er der behandelten Frage grundsätzliche Bedeutung zumisst.

Familienrecht

Anpassung von Unterhaltsvereinbarungen

BGB §§ 119, 313, 779, 1578b

Leitsätze (amtlich):

1. **Unterhaltsvereinbarungen, die auf der durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 25.1.2011 (BVerfG, FamRZ 2011, 437) beanstandeten Rechtsprechung des Senats zur Bedarfsermittlung durch Dreiteilung des zur Verfügung stehenden Gesamteinkommens des Unterhaltspflichtigen sowie des früheren und des jetzigen unterhaltsberechtigten Ehegatten beruhen (BGHZ 177, 356), sind weder nach § 779 Abs. 1 BGB unwirksam noch nach §§ 119 ff. BGB anfechtbar.**
2. **Die Anpassung solcher Vereinbarungen richtet sich nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage; sie kann frühestens für solche Unterhaltszeiträume verlangt werden, die der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 25.1.2011 nachfolgen.**

3. In Fällen, in denen die nacheheliche Solidarität das wesentliche Billigkeitskriterium bei der Abwägung nach § 1578b BGB darstellt, gewinnt die Ehedauer ihren wesentlichen Stellenwert bei der Bestimmung des Maßes der gebotenen nachehelichen Solidarität aus der Wechselwirkung mit der in der Ehe einvernehmlich praktizierten Rollenverteilung und der darauf beruhenden Verflechtung der wirtschaftlichen Verhältnisse; hieran hat die am 1.3.2013 in Kraft getretene Neufassung des § 1578b Abs. 1 BGB nichts geändert.

BGH, Urt. v. 20. 3. 2013 – XII ZR 72/11

[1] Die im Rentenalter stehenden Parteien streiten um nachehelichen Unterhalt für die Zeit ab dem 30.7.2008.

[2] Der 1940 geborene Kläger und die 1939 geborene Beklagte heirateten am 1.6.1962. Ihre Ehe, aus der zwei mittlerweile volljährige Kinder hervorgegangen sind, wurde auf einen am 29.1.1996 zugestellten Scheidungsantrag durch Urt. v. 18.6.1998 geschieden und der Versorgungsausgleich durchgeführt. Zuvor hatten die Parteien im Scheidungsverbund zur Folgesache Unterhalt am 28.4.1998 einen gerichtlich protokollierten Vergleich geschlossen, wonach der Kläger an die Beklagte einen monatlichen Nachscheidungsunterhalt in einer Gesamthöhe von 2.004,07 DM zu zahlen hatte. Im Rahmen der Vermögensauseinandersetzung hatte die Beklagte für einen Kaufpreis von 200.000 DM den hälftigen Miteigentumsanteil des Klägers an dem vormaligen Familienheim der Parteien übernommen. Den Kaufpreis brachte der Kläger in die Finanzierung eines Einfamilienhauses ein, welches im gemeinschaftlichen Eigentum des seit dem Jahr 2000 wiederverheirateten Klägers und seiner zweiten Ehefrau steht.

[3] Der Kläger verfügt über eine gesetzliche Rente sowie über eine Betriebsrente, und er lebt mit seiner zweiten Ehefrau mietfrei in dem gemeinsamen Einfamilienhaus. Die Beklagte bezieht eine gesetzliche Rente. Auch sie wohnt mietfrei in dem allerdings noch nicht schuldenfreien eigenen Haus und erzielt zudem Miet- und Kapitaleinkünfte.

[4] Mit seiner am 16.1.2008 erhobenen Klage hat der Kläger zunächst beantragt, die Unterhaltspflicht gegenüber der Beklagten in Abänderung des Vergleichs v. 28.4.1998 mit Rechtshängigkeit der Abänderungsklage entfallen zu lassen. Das AG hat der Klage nur teilweise stattgegeben und den Prozessvergleich v. 28.4.1998 für den Zeitraum seit dem 16.1.2008 dahin abgeändert, dass der Kläger nur noch zur Zahlung eines nachehelichen Unterhalts i.H.v. 451 € verpflichtet ist. Gegen diese Entscheidung hat der Kläger Berufung eingelegt und in der Berufungsinstanz klageerweiternd auf einen vollständigen Wegfall seiner Unterhaltspflicht bereits seit dem 1.3.2007 angetragen. Im Laufe des Berufungsverfahrens haben die Parteien am 2.2.2010 vor dem Berufungsgericht einen Teilvergleich geschlossen, wonach zwischen den Parteien Einigkeit darüber besteht, dass seit dem 30.7.2008 keine Ansprüche auf Ehegattenunterhalt mehr begründet seien und der ursprüngliche Unterhaltstitel insoweit abgeändert wird. Diesem Vergleichsschluss hat ein Hinweisbeschluss des Berufungsgerichts v. 15.6.2009 zugrunde gelegen, wonach sich jedenfalls für den Zeitraum seit der Verkündung der grundlegenden Entscheidung des BGH v. 30.7.2008 (BGHZ 177, 356 = FamRZ 2008, 1911) zur „Bedarfsbemessung durch Dreiteilung“ angesichts der Einkommensverhältnisse der zweiten Ehefrau des Klägers voraussichtlich kein offener Unterhaltsbedarf der Beklagten mehr ergeben werde.

[5] Mit Schriftsatz v. 17.2.2011 hat die Beklagte den am 2.2.2010 geschlossenen Teilvergleich mit der Begründung angefochten, dass das BVerfG durch seine Entscheidung v. 25.1.2011 (BVerfG FamRZ 2011, 437) die Dreiteilungsmethode für verfassungswidrig erklärt habe. Daneben hat sie hilfsweise Anschlussberufung und Widerklage erhoben und beantragt, den Teilvergleich v. 2.2.2010 dahin abzuändern, dass ihr auch für die Zeit nach dem 30.7.2008 der durch das AG noch zugesprochene Unterhaltsanspruch i.H.v. 451 € zustehe. Das OLG hat die hilfsweise erhobene Anschlussberufung der Beklagten zurückgewiesen und der Berufung des Klägers insoweit stattgegeben, als es den Prozessvergleich v. 28.4.1998 dahingehend abgeändert hat, dass der Kläger für die Zeit v. 1.3.2007 – 29.7.2008 nur noch einen monatlichen Ehegattenunterhalt i.H.v. monatlich 138 € zu zahlen habe und seit dem 30.7.2008 keinen Unterhalt mehr schulde.

[6] Dagegen wendet sich die Beklagte mit ihrer zugelassenen Revision. Sie nimmt das Berufungsurteil für den Zeitraum bis zum 29.7.2008 hin und verfolgt mit ihrer Revision einen unbefristeten Unterhaltsanspruch in eingeschränkter monatlicher Höhe von 138 € seit dem 30.7.2008 weiter.

Aus den Gründen:

[7] Die Revision hat teilweise Erfolg.

[8] Auf das Verfahren ist gem. Art. 111 Abs. 1 FGG-RG noch das bis zum 31.8.2009 geltende Prozessrecht anzuwenden, weil das Verfahren vor diesem Zeitpunkt eingeleitet worden ist (vgl. Senatsbeschl. v. 3.11.2010 – XII ZB 197/10, FamRZ 2011, 100 Rn. 10).

[9] I. Das Berufungsgericht hat auf der Grundlage der von ihm getroffenen Feststellungen zu den Einkommensverhältnissen der Parteien mit der Additionsmethode für die Jahre 2007 und 2008 einen „eheangemessenen offenen Unterhaltsbedarf“ der Beklagten i.H.v. monatlich 138 € errechnet und die Ansicht vertreten, dass dieser Anspruch jedenfalls bis zum 29.7.2008 nicht befristet werden könne. Insoweit hat das Berufungsgericht ausgeführt, dass die Voraussetzungen für eine zeitliche Begrenzung des Unterhaltsanspruchs nach § 1578b Abs. 2 BGB zwar vorlägen, weil fortwirkende ehebedingte Nachteile der Beklagten nicht gegeben seien. Soweit die Beklagte durch die Aufgabe ihrer früheren Erwerbstätigkeit und Auszahlung von Rentenanwartschaften in der Ehezeit versorgungsrechtliche Nachteile erlitten habe, seien diese durch den Versorgungsausgleich ausgeglichen worden. Weitergehende unterhaltsrechtlich ins Gewicht fallende Nachteile seien nicht substanziiert dargetan oder erkennbar. Allein der langen Ehedauer von über 30 Jahren komme nach der Unterhaltsrechtsreform von 2008 und der dazu ergangenen Rechtsprechung keine ausschlaggebende Bedeutung mehr zu. Allerdings stünden der nachträglichen Befristung der mit Vergleich v. 28.4.1998 unbefristet vereinbarten Unterhaltspflicht Aspekte des Vertrauensschutzes nach § 36 Nr. 1 EGZPO entgegen. Der 1939 geborenen Beklagten sei es jedenfalls für vergangene Unterhaltszeiträume bis zum 29.7.2008 nicht zuzumuten gewesen, sich im Rentenalter auf einen niedrigeren Lebensstandard „entsprechend den eigenen Lebensverhältnissen vor der Eheschließung im Jahre 1962“ einzustellen. Die Beklagte könne durch eigene Erwerbsbemühungen eine Reduzierung

des Unterhaltsanspruchs nicht mehr abmildern, und die wirtschaftlichen Verhältnisse der Parteien seien durch die langen Jahre des Zusammenlebens und die bis zur Anhängigkeit der vorliegenden Abänderungsklage im Jahr 2007 festgeschriebenen Unterhaltsansprüche so miteinander verwoben, dass sich eine Begrenzung des Anspruchs verbiete. Auch seien die finanziellen Verhältnisse der Beklagten keineswegs so günstig gestaltet, dass der Wegfall eines wenn auch relativ geringen Unterhaltsanspruchs ohne spürbare Auswirkungen auf ihren Lebensstandard bliebe.

[10] Ein Unterhaltsanspruch für die Zeit seit dem 30.7.2008 besteht nach Ansicht des Berufungsgerichts dagegen nicht mehr. Der Teilvergleich v. 2.2.2010 sei nicht wegen eines Irrtums über die Vergleichsgrundlage nach § 779 Abs. 1 BGB unwirksam. Zwar seien sowohl Gericht als auch Parteien bei Abschluss des Vergleichs von der Verfassungsmäßigkeit der Bedarfsbestimmung nach der sog. Dreiteilungsmethode beim Zusammentreffen mehrerer berechtigter früherer und jetziger Ehegatten ausgegangen. Die bei Vergleichsschluss unzutreffende Beurteilung der Rechtslage beinhalte aber lediglich einen für die Wirksamkeit des Vergleichs unmaßgeblichen Rechtsirrtum, nicht aber einen erheblichen Sachverhaltsirrtum. Zudem habe auch kein streitausschließender Irrtum vorgelegen, der allein zur Unwirksamkeit des Vergleichs habe führen können. Eine Irrtumsanfechtung komme nicht in Betracht, weil beide Parteien dem gleichen Rechtsirrtum unterlegen seien.

[11] Auch die im Wege der Hilfsanschlussberufung eingelegte Widerklage der Beklagten führe wegen der Unterhaltsansprüche seit dem 30.7.2008 nicht zum Erfolg. Unterhaltstitel, die nach der verfassungswidrigen Dreiteilungsmethode berechnet worden seien, unterlägen zwar grds. der Abänderung nach § 323 ZPO i.V.m. § 313 BGB bzw. nach §§ 238, 239 FamFG. Der Beschluss des BVerfG v. 25.1.2011 beinhalte auch eine wesentliche Veränderung der für Grund und Höhe der Unterhaltspflicht bedeutsamen Verhältnisse. Allerdings sei für die Beklagte wegen der Unterhaltsansprüche seit dem 30.7.2008 keine Abänderungsklage gegen den Teilvergleich v. 2.2.2011 eröffnet, weil ihr durch diesen Vergleich Unterhaltsansprüche aberkannt worden seien. Eine Leistungsklage sei für den Zeitraum v. 30.7.2008 – 31.1.2011 aber schon deshalb unbegründet, weil es insoweit an einem Verzug des Klägers (§§ 1585b Abs. 2, 1613 Abs. 1 BGB) fehle. Auch für den Zeitraum seit dem 1.2.2011 seien Ansprüche der Beklagten auf Zahlung nachehelichen Unterhalts nicht mehr begründet. Da die Tatbestandsvoraussetzungen eines Anspruchs auf Alters- bzw. Aufstockungsunterhalt durchgehend gegeben seien, stünde einem Anspruch zwar nicht ein fehlender Einsatzzeitpunkt entgegen, wobei es für diese Beurteilung unerheblich sei, dass für die Zeit v. 30.7.2008 – 31.1.2011 mangels Verzuges kein Unterhaltsanspruch habe geltend gemacht werden können. Dieser Umstand erlange allerdings hinsichtlich der zeitlichen Befristung des Unterhaltsanspruchs maßgebliche Bedeutung. Der Beklagten sei es jedenfalls für die Zeit seit dem 1.2.2011 zuzumuten, ihren Lebensunterhalt entsprechend den eigenen wirtschaftlichen Verhältnissen unter Verzicht auf Unterhaltsansprüche zu bestreiten. Der ursprünglich titulierte Unterhaltsanspruch habe sich wegen der veränderten Verhältnisse der Parteien bis zum 29.7.2008 ohnehin auf einen relativ geringen, die Lebensverhältnisse nicht grundlegend bestimmenden Betrag reduziert; es lasse sich auch für die Folgezeit (nur) ein Unterhaltsanspruch in vergleichbarer Höhe errechnen. Hinzu komme, dass sich die Beklagte für die Zeit nach dem 30.7.2008 auf einen Wegfall der Unterhaltsansprüche bereits eingerichtet und sich damit abgefunden habe. Es sei ihr daher zuzumuten, dies auch künftig hinzunehmen.

[12] II. Diese Ausführungen halten rechtlicher Überprüfung nicht in allen Punkten stand.

[13] 1. Allerdings ist das Berufungsgericht zutreffend davon ausgegangen, dass der am 2.2.2010 geschlossene Prozessvergleich der Parteien einen Teil des mit dem Rechtsmittel des Klägers bei dem Berufungsgericht angefallenen Rechtsstreits nämlich in Bezug auf die Unterhaltszeiträume seit dem 30.7.2008 beendet hatte.

[14] Wegen der Doppelnatur des Prozessvergleichs würde einem vor Gericht geschlossenen Vergleich nach st. Rspr. des BGH zwar auch seine verfahrensrechtliche Wirkung der Prozessbeendigung entzogen, wenn er aus materiell-rechtlichen Gründen nichtig oder anfechtbar wäre (vgl. Senatsurt. v. 6.4.2011 – XII ZR 79/09, FamRZ 2011, 1140 Rn. 10; BGHZ 79, 71, 74 = NJW 1981, 823). Dies hat das Berufungsgericht indessen mit Recht verneint.

[15] a) Entgegen der Auffassung der Revision liegt kein rechtserheblicher Irrtum über die Vergleichsgrundlage (§ 779 Abs. 1 BGB) vor.

[16] aa) Richtig ist, dass dem Vergleichsschluss v. 2.2.2010 erkennbar die frühere Rechtsprechung des Senats zugrunde lag, wonach der Unterhaltsbedarf des geschiedenen Ehegatten grds. unter Berücksichtigung aller nachehelich eingetretenen tatsächlichen Umstände, dabei insbesondere der Wiederverheiratung des Unterhaltsschuldners und der damit verbundenen Unterhaltspflichten gegenüber dem neuen Ehegatten, zu bestimmen sei (Senatsurteil, BGHZ 177, 356 = FamRZ 2008, 1911 Rn. 30 ff.). Diese auf dem Wegfall des Stichtagsprinzips basierende Rechtsprechung hat das BVerfG für nicht mit dem geltenden Recht vereinbar erklärt (BVerfG, FamRZ 2011, 437, 441 ff.). Im Anschluss an diese Entscheidung hat der Senat diese Rechtsprechung zur Bemessung des Unterhaltsbedarfs nach den ehelichen Lebensverhältnissen aufgegeben und ist zu dem seiner früheren Rechtsprechung zugrunde liegenden Stichtagsprinzip zurückgekehrt (Senatsurteil, BGHZ 192, 45 = FamRZ 2012, 281 Rn. 16 ff.).

[17] bb) Damit lässt sich jedoch ein Irrtum über die Vergleichsgrundlage nach § 779 Abs. 1 BGB nicht begründen. Voraussetzung für die Unwirksamkeit eines Vergleichs nach § 779 Abs. 1 BGB ist es, dass der von beiden Parteien nach dem Inhalt des Vertrags als feststehend zugrunde gelegte Sachverhalt nicht der Wirklichkeit entspricht und der Streit oder die Ungewissheit über ein Rechtsverhältnis bei Kenntnis der Sachlage nicht entstanden sein würde. Ob die Auffassung des Berufungsgerichts zutrifft, dass ein Rechtsirrtum, wenn er nicht gleichzeitig einen Irrtum über relevante Tatsachen umschließt, von vornherein nicht in den Anwendungsbereich von § 779 Abs. 1 BGB fallen kann (so zuletzt BGH, Urt. v. 18.12.2007 – XI ZR 76/06, NJW-RR 2008, 643 Rn. 14; offengelassen in BGH, Urt. v. 21.12.2006 – VII ZR 275/05, NJW 2007, 838 Rn. 10 m. Nachw. zum Streitstand), braucht unter den hier obwaltenden Umständen nicht entschieden zu werden. Selbst wenn der Begriff des Sachverhalts weit auszulegen sein sollte und nicht nur Tatsachen, sondern auch (reine) Rechtsfragen umfasst, muss der Irrtum der Parteien nach allgemeiner An-

sicht das gegenwärtige Bestehen des Sachverhalts betreffen, nicht dagegen das Eintreten oder Ausbleiben künftiger Ereignisse (Senatsurt. v. 19.2.1986 – IVb ZR 7/85, NJW-RR 1986, 945, 946 und v. 24.4.1985 – IVb ZR 17/84, NJW 1985, 1835, 1836; BGH, Urt. v. 13.6.1961 – VI ZR 215/60, JZ 1963, 129 und v. 8.2.1984 – VIII ZR 254/82, NJW 1984, 1746; BAG, NZA 2000, 1097, 1101). Aus diesem Grunde kann schon ein Irrtum über die Entwicklung der künftigen Gesetzgebung nicht in den Anwendungsbereich des § 779 Abs. 1 BGB fallen (vgl. bereits RGZ 117, 306, 310); in gleicher Weise betrifft auch die unrichtige Vorstellung über den Fortbestand einer bestimmten Rechtsprechung einen Umstand, der dem Abschluss des Vergleichs erst nachfolgt und ihm schon daher nicht als feststehend zugrunde gelegt werden kann (vgl. BGHZ 58, 355, 361 f. = NJW 1972, 1577; OLG Schleswig, OLGR 2000, 285, 286; vgl. auch Erman/*Müller*, BGB, 13. Aufl., § 779 Rn. 30). An dieser Beurteilung ändert sich auch in dem Fall nichts, in dem der Fortgeltung der dem Vergleich zugrunde gelegten Rechtsprechung (erst) durch eine dem Vergleichsschluss nachfolgende Entscheidung des BVerfG der Boden entzogen worden ist.

[18] b) Richtig ist ferner die Auffassung des Berufungsgerichts, dass auch die von der Beklagten erklärte Anfechtung wegen Irrtums (§ 119 BGB) nicht durchgreifen kann, weil beide Parteien der gleichen unrichtigen Vorstellung über die Fortgeltung der Senatsrechtsprechung unterlegen sind. Solche Fehlvorstellungen sind nach den zum Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) entwickelten Grundsätzen zu behandeln (vgl. BGH, Urt. v. 5.2.1986 – VIII ZR 72/85, NJW 1986, 1348, 1349; OLG Hamm, NJW-RR 2006, 65, 66). Hiergegen erinnert auch die Revision nichts.

[19] 2. Im Weiteren hat sich das Berufungsgericht folgerichtig mit der Zulässigkeit der Anschlussberufung befasst und diese mit Recht bejaht. Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass sich die Beklagte der Berufung des Klägers zulässigerweise auch unter einer Bedingung anschließen konnte. Es entspricht allgemeiner Ansicht, dass der Berufungsbeklagte die Anschließung von dem Erfolg oder Misserfolg seines Antrags auf Zurückweisung der gegnerischen Berufung oder von einem sonstigen „innerprozessualen“ Vorgang hier von der gerichtlichen Entscheidung über den Streit bzgl. der Wirksamkeit des Teilvergleichs abhängig machen kann, dessen Eintritt oder Ausfall bis zur sachlichen Entscheidung über die Berufung feststeht (vgl. BGH, Urt. v. 10.11.1983 – VII ZR 72/83, NJW 1984, 1240, 1241 und v. 19.1.2001 – V ZR 437/99, NJW 2001, 1127, 1131). Richtig ist es ebenfalls, dass sich der Berufungsbeklagte der Berufung auch (allein) mit dem Ziel der Erhebung einer Widerklage anschließen kann (vgl. bereits BGHZ 4, 229, 234).

[20] 3. Im rechtlichen Ausgangspunkt zutreffend hat das Berufungsgericht ferner erkannt, dass die Beklagte ihre Unterhaltsansprüche für die Zeit seit dem 30.7.2008 nicht mit einer gegen den Teilvergleich v. 2.2.2010 gerichteten Abänderungsklage (§ 323 Abs. 1 ZPO a.F.), sondern nur mit einer Leistungsklage als statthafter Klageart verfolgen konnte und das ursprüngliche Abänderungsbegehren der Beklagten in verfahrensrechtlich nicht zu beanstandender Weise (vgl. dazu Senatsurt. v. 1.6.1983 – IVb ZR 365/81, FamRZ 1983, 892, 893 f.) in einen Leistungsantrag umgedeutet.

[21] a) Nach der Rechtsprechung des Senats kommt § 323 ZPO a.F. (bzw. nunmehr § 238 FamFG) zwar auch dann zur Anwendung, wenn ein Unterhaltsgläubiger, dessen durch gerichtliche Entscheidung oder durch Prozessvergleich titulierter Unterhalt nachträglich durch eine gerichtliche Abänderungsentscheidung aberkannt worden ist, in der Folgezeit erneut Unterhalt verlangt. Kommt es zu einer solchen Abänderungsentscheidung, hat das Gericht im Rahmen der Korrektur der ursprünglichen Prognose seinerseits die künftige Entwicklung der Verhältnisse vorausschauend zu berücksichtigen. Demgemäß beruht die abändernde Entscheidung sowohl im Fall der Reduzierung als auch beim völligen Wegfall des Unterhalts weiterhin auf einer Prognose der zukünftigen Entwicklung und stellt den Rechtszustand auch für die Zukunft fest. Das spätere Begehren auf Wiedergewährung des Unterhalts stellt daher abermals die Geltendmachung einer von der Prognose abweichenden tatsächlichen Entwicklung der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse dar, für die das Gesetz das gerichtliche Abänderungsverfahren vorsieht, um die (erneute) Anpassung der Entscheidung an die veränderten Entscheidungsgrundlagen zu ermöglichen (Senatsurteile, BGHZ 172, 22 = FamRZ 2007, 983 Rn. 19 und v. 30.1.1985 – IVb ZR 63/83, FamRZ 1985, 376, 377).

[22] b) Diese Rechtsprechung ist jedoch nicht auf die Fälle übertragbar, in denen dem Unterhaltsgläubiger ein titulierter Unterhalt durch einen Prozessvergleich aberkannt wird. Nach § 323 Abs. 4 ZPO a.F. sind die Bestimmungen über die Abänderungsklage (§ 323 Abs. 1 – 3 ZPO a.F.) auf Prozessvergleiche (§ 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO) oder auf Schuldurkunden nach § 794 Abs. 1 Nr. 2a und Nr. 5 ZPO nur insoweit entsprechend anzuwenden, als darin künftig fällig werdende wiederkehrende Leistungen übernommen oder festgesetzt worden sind. § 323 Abs. 4 ZPO a.F. erfasst mithin gerade nicht die Fälle, in denen für die Zukunft keine Leistungspflicht festgelegt worden ist. Eine analoge Anwendung über den Wortlaut des § 323 Abs. 4 ZPO a.F. hinaus kommt nicht in Betracht. Denn die verfahrensrechtliche Situation nach Erlass einer rechtskräftigen Entscheidung ist mit derjenigen nach Abschluss eines Prozessvergleichs nicht vergleichbar. Auch wenn die Parteien mit der getroffenen Regelung zum Ausdruck bringen wollten, dass für die Zukunft kein Unterhaltsanspruch mehr besteht, beschränkt sich die Vereinbarung auf den materiellen Anspruch; sein Nichtbestehen ist nicht rechtskräftig festgestellt (vgl. Senatsurteil, BGHZ 172, 22 = FamRZ 2007, 983 Rn. 20; OLG Hamm, NJWE-FER 2000, 129).

[23] An dieser rechtlichen Beurteilung hat sich i.Ü. durch die Reform des familiengerichtlichen Verfahrens nichts geändert. Nach § 239 Abs. 1 Satz 1 FamFG kann jeder Teil die Abänderung eines Vergleichs nach § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO oder einer vollstreckbaren Urkunde beantragen, wenn diese eine Verpflichtung zu künftig fällig werdenden Leistungen enthält. Mit dieser Regelung hat der Gesetzgeber keine vom früheren Rechtszustand abweichende Rechtslage schaffen wollen (vgl. BT-Drucks. 16/6308, S. 258), sodass nach den zu § 323 Abs. 4 ZPO a.F. entwickelten Grundsätzen auch unter der Geltung des neuen Verfahrensrechts keine Abänderung beantragt werden kann, wenn durch einen Prozessvergleich ein titulierter Anspruch aberkannt worden ist (vgl. Keidel/*Meyer-Holz*, FamFG, 17. Aufl., § 239 Rn. 28; Prütting/Helms/*Bömelburg*, FamFG, 2. Aufl., § 239 Rn. 12; Haußleiter/*Fest*, FamFG, § 239 Rn. 10).

[24] 4. Selbst wenn die Beklagte danach in verfahrensrechtlicher Hinsicht gehalten war, ihr Unterhaltsbegehren für den Zeitraum seit dem 30.7.2008 mit der Leistungsklage (§ 258 ZPO) zu verfolgen, ist der zwischen den Parteien am 2.2.2010 geschlossene Teilvergleich für den materiellen Unterhaltsanspruch der Beklagten weiterhin von Bedeutung. Er wirkt sich für diesen Zeitraum auf das Unterhaltsrechtsverhältnis aus, solange und soweit seine Geschäftsgrundlage nicht weggefallen ist und die Regelung deshalb einer Anpassung an die veränderten Verhältnisse unterliegt (vgl. Senatsurteil, BGHZ 172, 22 = FamRZ 2007, 983 Rn. 22 ff.).

[25] a) Ohne Erfolg macht die Revision allerdings geltend, dass der Vergleich bereits für den Zeitraum zwischen dem 30.7.2008 und dem 31.1.2011 anzupassen sei.

[26] aa) Bei Prozessvergleichen über Dauerschuldverhältnisse kann die Änderung einer gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung nach allgemeiner Ansicht zwar zu Störungen vertraglicher Vereinbarungen führen, die nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage im Wege der Anpassung zu bereinigen sind. Für diese Fälle hat der Senat bereits mehrfach ausgesprochen, dass eine Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Unterhaltsrecht nur für solche Unterhaltszeiträume zu einer Anpassung des Vergleichs führen kann, die auf die Verkündung des die bisherige Rechtsprechung aufgebenden Urteils des Senats folgen. Für die Zeit davor verbleibt es bei der bisherigen Rechtslage, welche die Parteien ihrem Vergleich zugrunde gelegt haben (Senatsurteile, BGHZ 148, 368 = FamRZ 2001, 1687, 1690 f. und v. 22.1.2003 – XII ZR 186/01, FamRZ 2003, 518, 520). Denn der in Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtsprechung beruhende Prozessvergleich stellt einen Vertrauenstatbestand für beide Parteien dar, in den eine Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung grds. nicht rückwirkend zulasten des Unterhaltspflichtigen eingreifen darf, zumal erst sie zu einer die Vertragsanpassung rechtfertigenden Äquivalenzstörung führt (Senatsurt. v. 22.1.2003 – XII ZR 186/01, FamRZ 2003, 518, 520).

[27] bb) Die gleichen Grundsätze gelten auch dann, wenn das BVerfG eine bestimmte, auf der Rechtsprechung der Fachgerichte beruhende Rechtsanwendung, die von den Parteien ihrem Vergleich zugrunde gelegt worden ist, aus verfassungsrechtlichen Gründen beanstandet. Das BVerfG hat bereits in seinem Urteil zur (Nicht-)Berücksichtigung des aus neuer Ehe herrührenden steuerlichen Splittingvorteils bei der Bemessung des an den geschiedenen Ehegatten zu leistenden Unterhalts darauf hingewiesen, dass seine Entscheidung für bereits bestehende Unterhaltstitel, die nicht Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde waren, lediglich eine auf die Zukunft beschränkte Rechtsfolgenwirkung entfaltet (BVerfG, FamRZ 2003, 1821, 1825; vgl. auch Senatsurt. v. 14.3.2007 – XII ZR 158/04, FamRZ 2007, 882 Rn. 25 und v. 28.2.2007 – XII ZR 37/05, FamRZ 2007, 793 Rn. 36) und in diesem Zusammenhang ausdrücklich auf die Senatsrechtsprechung zur Anpassung von Unterhaltsvergleichen an eine geänderte höchstrichterliche Rechtsprechung Bezug genommen (BVerfG, FamRZ 2003, 1821, 1825). Eine Anpassung von vertraglichen Unterhaltsvereinbarungen, die auf der früheren Rechtsprechung des Senats zur Bedarfsermittlung durch Dreiteilung des zur Verfügung stehenden Gesamteinkommens des Unterhaltspflichtigen und beider unterhaltsberechtigten Ehegatten beruhen, kommt daher frühestens für solche Unterhaltszeiträume in Betracht, die der Entscheidung des BVerfG v. 25.1.2011 nachfolgen, mithin für den Zeitraum seit dem 1.2.2011. Richtig ist deshalb auch der Hinweis der Revisionserwiderung darauf, dass es für diese Beurteilung auf die vom Berufungsgericht erörterte Frage nach den Voraussetzungen für die Geltendmachung von Unterhalt für die Vergangenheit (§§ 1585b Abs. 2, 1613 Abs. 1 BGB) nicht einmal angekommen wäre.

[28] b) Mit Recht wendet sich die Revision indessen gegen die Entscheidung des Berufungsgerichts, der Beklagten einen Unterhaltsanspruch auch für die Zeit ab dem 1.2.2011 zu versagen.

[29] Richtig ist im Ausgangspunkt, dass die Anpassung einer Unterhaltsvereinbarung an veränderte Verhältnisse nicht schematisch und automatisch erfolgt, sondern nur dann, wenn dem benachteiligten Vertragsteil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nach Treu und Glauben nicht zugemutet werden kann. Die in diesen Zusammenhang zu stellenden Zumutbarkeitserwägungen des Berufungsgerichts können dessen Entscheidung, die Beklagte an dem Teilvergleich v. 1.2.2010 und damit an der vollständigen Aberkennung des Unterhaltsanspruchs festzuhalten, allerdings nicht tragen. Die Anpassung eines Unterhaltstitels an veränderte Umstände kann sowohl von dem Unterhaltspflichtigen als auch von dem Unterhaltsberechtigten verlangt werden. Der Anpassungsanspruch des Unterhaltsberechtigten würde aber weitgehend ausgehöhlt werden, wenn man ihm im Anpassungsverfahren ohne Weiteres entgegenhalten könnte, er habe seine Lebensführung während der hier nicht einmal besonders langen Geltungsdauer der Unterhaltsvereinbarung auf das bisherige geringe Unterhaltsniveau oder sogar auf das Ausbleiben von Unterhaltszahlungen einrichten können. Auch der Hinweis des Berufungsgerichts auf die „relativ geringe“ Höhe des sich nunmehr zugunsten der Beklagten ergebenden Unterhaltsanspruchs vermag insoweit nicht zu überzeugen, zumal sich das Berufungsgericht damit auch in Widerspruch zu seinen eigenen Ausführungen betreffend die vorherigen Unterhaltszeiträume setzt. Seine Entscheidung, der Beklagten den zur Höhe von monatlich 138 € errechneten Unterhalt nach den ehelichen Lebensverhältnissen für den Zeitraum bis zum 29.7.2008 zu gewähren, hat das Berufungsgericht insbesondere damit begründet, dass die finanziellen Verhältnisse der Beklagten keineswegs so günstig gestaltet seien, dass der Wegfall ihres Unterhaltsanspruchs keine spürbaren Auswirkungen auf ihren Lebensstandard hätte. Dann ist es nicht nachvollziehbar, warum bei einem Wegfall des Unterhaltsanspruchs im Jahr 2011 insoweit eine abweichende Beurteilung geboten sein sollte, zumal das Berufungsgericht selbst davon ausgeht, dass sich für den Unterhaltszeitraum seit Februar 2011 für die Beklagte rechnerisch ein Unterhaltsanspruch in vergleichbarer Höhe ergeben würde.

[30] Die Entscheidung des Berufungsgerichts erweist sich auf der Grundlage der bislang getroffenen Feststellungen auch nicht deshalb als richtig, weil die im Rahmen der Anpassung des Prozessvergleichs zu berücksichtigenden Maßstäbe des § 1578b BGB eine Begrenzung des Unterhalts geboten hätten.

[31] aa) Zutreffend ist das Berufungsgericht zunächst davon ausgegangen, dass bei einem Altersrentner rechtlich erhebliche ehebedingte Nachteile nicht mit den durch die Unter-

brechung oder die Aufgabe der Erwerbstätigkeit während der Ehe verursachten geringeren Rentenanwartschaften begründet werden können, wenn für diese Zeit ein Versorgungsausgleich stattgefunden hat. Nachteile in der Versorgungsbilanz sind dann in gleichem Umfang von beiden Ehegatten zu tragen und somit vollständig ausgeglichen (grundlegend Senatsurt. v. 16.4.2008 – XII ZR 107/06, FamRZ 2008, 1325 Rn. 43). Einen Sachverhalt, der eine Ausnahme von dieser Regel rechtfertigen könnte (vgl. etwa Senatsurt. v. 4.8.2010 – XII ZR 7/09, FamRZ 2010, 1633 Rn. 25: Versorgungsausgleich erfasst nur einen Teil der Ehezeit) hat das Berufungsgericht nicht festgestellt und die Beklagte nicht geltend gemacht.

[32] bb) Nicht gefolgt werden kann dem Berufungsgericht allerdings in der Beurteilung, dass die Voraussetzungen für eine Begrenzung des Unterhaltsanspruchs schon deshalb gegeben seien, weil aufseiten der Beklagten keine fortwirkenden ehebedingten Nachteile vorlägen und allein der langen Ehedauer keine entscheidende Bedeutung mehr beizumessen sei. Damit trägt das Berufungsgericht dem Umstand, dass § 1578b BGB nicht auf die Kompensation ehebedingter Nachteile beschränkt ist, sondern auch eine darüber hinausgehende nacheheliche Solidarität erfasst, nicht hinreichend Rechnung.

[33] (1) Der Senat hat mehrfach betont, dass auch dann, wenn keine ehebedingten Nachteile feststellbar sind, eine Herabsetzung oder Befristung des nachehelichen Unterhalts nur bei Unbilligkeit eines fortdauernden Unterhaltsanspruchs nach den ehelichen Lebensverhältnissen begründet ist. Es ist Aufgabe des Tatrichters, bei der insoweit gebotenen Billigkeitsabwägung das im Einzelfall gebotene Maß der nachehelichen Solidarität festzulegen. In solchen Fällen, in denen die fortwirkende nacheheliche Solidarität den wesentlichen Billigkeitsmaßstab bildet, gewinnt die Ehedauer durch die wirtschaftliche Verflechtung an Gewicht, die insbesondere durch den Verzicht auf eine eigene Erwerbstätigkeit wegen der Betreuung gemeinsamer Kinder oder wegen der Haushaltsführung eingetreten ist. Schon dieser Gesichtspunkt kann in Fällen, in denen keine ehebedingten Nachteile vorliegen, aus Billigkeitsgründen gegen eine Begrenzung des nachehelichen Unterhalts sprechen (vgl. Senatsurt. v. 11.8.2010 – XII ZR 102/09, FamRZ 2010, 1637 Rn. 48 und v. 6.10.2010 – XII ZR 202/08, FamRZ 2010, 1971 Rn. 33).

[34] (2) Die v.g., von der Rechtsprechung des Senats entwickelten Grundsätze erfahren auch durch die am 1.3.2013 in Kraft getretene Neufassung des § 1578b Abs. 1 BGB (vgl. Art. 3 und Art. 4 Abs. 2 des Gesetzes zur Durchführung des Haager Übereinkommens v. 23.11.2007 über die internationale Geltendmachung der Unterhaltsansprüche von Kindern und anderen Familienangehörigen sowie zur Änderung von Vorschriften auf dem Gebiet des internationalen Unterhaltsverfahrensrechts und des materiellen Unterhaltsrechts v. 20.2.2013, BGBl. I, S. 273) keine grundlegenden Änderungen.

[35] Nach § 1578b Abs. 1 Satz 2 BGB ist nunmehr das Tatbestandsmerkmal der Ehedauer als weiterer konkret benannter Billigkeitsmaßstab neben das Bestehen ehebedingter Nachteile getreten. Demgegenüber ist der Begriff der „Dauer der Ehe“ bei der beispielhaften Aufzählung der Gründe für das Entstehen ehebedingter Nachteile (§ 1578b Abs. 1 Satz 3 BGB) gestrichen worden, da es einer zusätzlichen Erwähnung der Ehedauer in diesem Zusammenhang nicht mehr bedurfte. In der Gesetzesbegründung wird dazu ausdrücklich hervorgehoben, dass die tatbestandliche Neufassung des § 1578b Abs. 1 BGB eine (lediglich) klarstellende Funktion erfüllt, um einer dem Willen des Gesetzgebers der Unterhaltsrechtsreform 2008 nicht entsprechenden und auch vom BGH missbilligten Praxis entgegenzuwirken, beim Fehlen ehebedingter Nachteile automatisch zu einer Begrenzung des Unterhaltsanspruchs zu gelangen, ohne bei der Billigkeitsabwägung die sonstigen Umstände des Einzelfalls, darunter insbesondere die lange Ehedauer, zu berücksichtigen (BT-Drucks. 17/11885, S. 5 f.). Aus der Begründung des Gesetzes ergibt sich demgegenüber nicht, dass dem Begriff der „Dauer der Ehe“ durch die Aufnahme als selbstständiges Billigkeitskriterium in § 1578b Abs. 1 Satz 2 BGB ein anderer Inhalt hätte verliehen werden sollen und der Gesetzgeber den Begriff der Ehedauer abweichend von der in der Gesetzesbegründung ausdrücklich in Bezug genommenen Senatsrechtsprechung zur Berücksichtigung der Ehedauer im Rahmen der nachehelichen Solidarität interpretieren wollte (ebenso *Borth*, FamRZ 2013, 165, 167). Es bleibt daher dabei, dass die Ehedauer ihren wesentlichen Stellenwert bei der Bestimmung des Maßes der gebotenen nachehelichen Solidarität aus der Wechselwirkung mit der in der Ehe einvernehmlich praktizierten Rollenverteilung und der darauf beruhenden Verflechtung der wirtschaftlichen Verhältnisse gewinnt (vgl. auch *Born*, NJW 2013, 561, 562). Weiterhin rechtfertigt eine lange Ehedauer für sich genommen insbesondere dann keinen fortdauernden Unterhalt nach den die eigene Lebensstellung übersteigenden ehelichen Lebensverhältnissen, wenn beide Ehegatten während der Ehe vollschichtig berufstätig waren und die Einkommensdifferenz lediglich auf ein unterschiedliches Qualifikationsniveau zurückzuführen ist, das bereits zu Beginn der Ehe vorlag (vgl. Senatsurt. v. 6.10.2010 – XII ZR 202/08, FamRZ 2010, 1971 Rn. 21).

[36] cc) Nach diesen Maßstäben kann die angefochtene Entscheidung keinen Bestand haben.

[37] Im Rahmen der Billigkeitsabwägung nach § 1578b BGB wird der Ehedauer im vorliegenden Fall ein erhebliches Gewicht beizumessen sein, weil sich die Beklagte während der mehr als dreiunddreißig Jahre währenden Ehezeit nach Lage der Dinge allein um die Führung des Haushalts und um die Betreuung der beiden Kinder gekümmert haben dürfte. Andererseits folgt selbst aus dem Umstand, dass eine Hausfrauenehe von (sehr) langer Dauer geführt worden ist, noch nicht zwangsläufig, dass die mit einer Herabsetzung oder Befristung verbundene Absenkung des Lebensniveaus des Unterhaltsberechtigten stets unterbleiben müsste. Vielmehr sind im Rahmen der Billigkeitsabwägung auch alle weiteren Umstände des konkreten Einzelfalls zu berücksichtigen. Insbesondere hat der Tatrichter zu ermitteln, wie dringend der Unterhaltsberechtigte neben seinen eigenen Einkünften auf die Zahlung von Unterhalt angewiesen ist und in welchem Maße der Unterhaltspflichtige auch unter Berücksichtigung weiterer ggf. nachrangiger Unterhaltspflichten durch diese Unterhaltszahlungen belastet wird (Senatsurt. v. 2.3.2011 – XII ZR 44/09, FamRZ 2011, 713 Rn. 24); dabei wird insbesondere die Belastung des Unterhaltsschuldners durch die Unterhaltspflicht gegenüber einem neuen Ehegatten mit zunehmender Dauer der Zweitehe an Gewicht gewinnen. Die bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts lassen eine solche umfassende Billigkeitsabwägung nicht zu, weil das Berufungsgericht aus seiner Sicht folgerichtig insbesondere zu den Einkommensverhältnissen der Parteien im Unterhaltszeitraum seit dem 1.2.2011 und zur

Unterhaltsbedürftigkeit der zweiten Ehefrau des Klägers keine Feststellungen getroffen hat.

[38] III. Für das weitere Verfahren weist der Senat darauf hin, dass die von einem Hauseigentümer zu tragenden verbrauchsunabhängigen Kosten grds. nur dann von seinem Wohnvorteil abgezogen werden können, wenn es sich bei ihnen um nicht umlagefähige Betriebskosten i.S.v. § 556 Abs. 1 BGB, §§ 1, 2 BetrKV handelt (Senatsurt. v. 27.5.2009 – XII ZR 78/08, FamRZ 2009, 1300 Rn. 29 ff.).

Handels- und Gesellschaftsrecht

Unpfändbarkeit von Ansprüchen nach § 51a GmbHG

ZPO §§ 851 Abs. 1, 857; GmbHG § 51a

Leitsatz (amtlich):

Ansprüche nach § 51a GmbHG sind nicht pfändbar.

BGH, Beschl. v. 29. 4. 2013 – VII ZB 14/12

[1] I. Die Gläubigerin betreibt gegen den Schuldner die Zwangsvollstreckung wegen einer titulierten Geldforderung.

[2] Auf Antrag der Gläubigerin hat das AG – Vollstreckungsgericht – einen Beschluss erlassen, mit dem die Geschäftsanteile des Schuldners an der M GmbH, der Drittschuldnerin, sowie weitere Ansprüche, darunter die Ansprüche auf Erteilung von Auskunft über die Angelegenheiten der Drittschuldnerin und Einsicht in deren Bücher und Schriften gem. § 51a GmbHG, gepfändet worden sind.

[3] Der Schuldner hat gegen den genannten Beschluss Erinnerung eingelegt, soweit es um seine (angeblichen) Ansprüche gegen die Drittschuldnerin gem. § 51a GmbHG geht, und beantragt, den Pfändungsbeschluss insoweit aufzuheben. Das AG – Vollstreckungsgericht – hat diese Erinnerung durch Beschluss zurückgewiesen. Diesen Beschluss hat das Beschwerdegericht auf die sofortige Beschwerde des Schuldners aufgehoben und auf dessen Erinnerung auch den Pfändungsbeschluss insoweit aufgehoben, als durch diesen Ansprüche auf Erteilung von Auskunft über die Angelegenheiten der Drittschuldnerin und auf Einsichtnahme in deren Bücher und Schriften nach § 51a GmbHG gepfändet worden sind.

[4] Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde erstrebt die Gläubigerin die Wiederherstellung des Beschlusses des AG, mit dem die Erinnerung des Schuldners zurückgewiesen worden ist.

[5] II. Die Rechtsbeschwerde ist nicht begründet.

[6] 1. Das Beschwerdegericht ist der Auffassung, von der – nicht angegriffenen – Pfändung der Geschäftsanteile würden die Ansprüche aus § 51a GmbHG nicht erfasst. Allein mit der Pfändung eines Geschäftsanteils rücke der Gläubiger nicht als Mitberechtigter in das Gesellschaftsverhältnis ein. Durch die Pfändung des Geschäftsanteils erlange der Gläubiger weder die Stellung noch sämtliche Rechte eines Gesellschafters. Er könne somit Auskunfts- und Einsichtnahmerechte des Schuldners ebenso wenig ausüben wie dessen Stimmrecht.

[7] Die Ansprüche auf Erteilung von Auskünften und auf Einsichtnahme in die Geschäftsbücher seien auch nicht selbstständig nach § 857 ZPO pfändbar. Denn von § 857 ZPO würden nur selbstständig verwertbare Vermögensrechte erfasst. Entgegen der Rechtsauffassung des AG komme eine Pfändung der Rechte aus § 51a GmbHG auch nicht im Wege einer Hilfspfändung in Betracht. Denn für eine entsprechende Hilfspfändung sei eine Rechtsgrundlage nicht ersichtlich. Der für die Forderungspfändung ausdrücklich geregelte Fall einer Hilfspfändung nach § 836 Abs. 3 Satz 3 ZPO (nunmehr § 836 Abs. 3 Satz 5 ZPO) sei nicht einschlägig, da dieser keine Auskunfts- oder Einsichtnahmerechte des Schuldners zum Gegenstand habe, sondern lediglich eine Verpflichtung des Schuldners normiere, solche Urkunden über die gepfändete Forderung herauszugeben, die sich in seinem Besitz befänden. Eine Hilfspfändung von Auskunfts- oder Einsichtnahmerechten könne auch nicht auf eine analoge Anwendung von § 836 Abs. 3 Satz 3 ZPO (nunmehr § 836 Abs. 3 Satz 5 ZPO) gestützt werden.

[8] 2. Das hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

[9] a) Die Ansprüche des Schuldners gegen die Drittschuldnerin auf Erteilung von Auskunft über deren Angelegenheiten und auf Gestattung der Einsicht in deren Bücher und Schriften gem. § 51a GmbHG sind nicht zusammen mit der Geschäftsanteilspfändung mitgepfändet.

[10] aa) Die mit der Pfändung einer Hauptforderung verbundene Beschlagnahme erstreckt sich allerdings grds. auf alle Nebenrechte, die im Fall einer Abtretung nach §§ 412, 401 BGB mit auf den neuen Gläubiger übergehen; einer gesonderten Hilfspfändung bedarf es insoweit nicht (vgl. BGH, Beschl. v. 9.2.2012 – VII ZB 117/09, NJW-RR 2012, 434 Rn. 12; Beschl. v. 18.7.2003 – IXa ZB 148/03, NJW-RR 2003, 1555, 1556). Neben den in § 401 BGB ausdrücklich genannten Rechten wird die Vorschrift u.a. auf solche Hilfsrechte entsprechend angewandt, die zur Durchsetzung des Hauptrechts erforderlich sind oder deren Trennung dessen Durchsetzung gefährden würde (vgl. BGH, Beschl. v. 9.2.2012 – VII ZB 117/09, NJW-RR 2012, 434 Rn. 14 m.w.N.). Entsprechendes gilt bei Pfändungen von anderen Vermögensrechten i.S.d. § 857 ZPO (vgl. Stein/Jonas/*Brehm*, ZPO, 22. Aufl., § 857 Rn. 5 i.V.m. Rn. 4).

[11] bb) Um solche Nebenrechte handelt es sich bei den Ansprüchen gem. § 51a GmbHG nicht. Diese Ansprüche sind nicht pfändbar.

[12] Eine Forderung ist in Ermangelung besonderer Vorschriften der Pfändung nur insoweit unterworfen, als sie übertragbar ist (§§ 851 Abs. 1, 857 Abs. 1 ZPO). Letzteres ist bei Ansprüchen nach § 51a GmbHG nicht der Fall. Sie sind Ausfluss der Gesellschafterstellung (vgl. BGH, Urt. v. 11.7.1988 – II ZR 346/87, NJW 1989, 225, 226; BayObLGZ 1988, 349, 355; *Henssler/Strohn*, Gesellschaftsrecht, § 51a GmbHG Rn. 5) und können von dieser nicht getrennt werden, sodass die Pfändung des Geschäftsanteils diese Ansprüche nicht erfassen kann (vgl. MünchKomm-GmbHG/*Hillmann*, § 51a Rn. 20; Ulmer/*Hüffer*, GmbHG, § 51a Rn. 14). Eine Pfändbarkeit der Ansprüche nach § 51a GmbHG ergibt sich angesichts deren Ausgestaltung auch nicht aus § 857 Abs. 3 ZPO (vgl. *Stangier/Bork*, GmbHR 1982, 169, 172; a.M. *Heuer*, ZIP 1998, 405, 411 f.; *Roth*, ZGR 2000, 187, 213 f.). Nach dieser Vorschrift kann ein unveräußerliches Recht in Ermangelung besonderer Vorschriften der Pfändung insoweit unterworfen werden, als die Ausübung einem anderen

überlassen werden kann. Es kann im vorliegenden Zusammenhang dahinstehen, ob und in welchem Umfang das Informationsrecht nach § 51a GmbHG durch bevollmächtigte Dritte ausgeübt werden kann (vgl. dazu BayObLGZ 1988, 413, 418 f.; MünchKomm-GmbHG/*Hillmann*, § 51a Rn. 19; *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, 10. Aufl., § 51a Rn. 14). Das Informationsrecht des GmbH-Gesellschafters ist, vom Sonderfall des § 51a Abs. 2 GmbHG abgesehen, prinzipiell unbeschränkt; es findet seine Grenze erst bei einer nicht zweckentsprechenden Wahrnehmung (vgl. BGH, Urt. v. 11.11.2002 – II ZR 125/02, BGHZ 152, 339, 344 m.w.N.). Die Kehrseite des umfassenden sehr weitgehend gestalteten Informationsrechts nach § 51a GmbHG ist als Ausfluss der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht eine verstärkte Verschwiegenheitspflicht des Gesellschafters (vgl. BGH, Urt. v. 11.11.2002 – II ZR 125/02, BGHZ 152, 339, 344 m.w.N.). Die Weitergabe von Informationen zu gesellschaftsfremden Zwecken oder an gesellschaftsfremde Dritte ist grds. pflichtwidrig, und zwar ohne Rücksicht auf ihren Inhalt und ohne Rücksicht darauf, welche Zwecke mit der Verbreitung der Kenntnisse verfolgt werden (vgl. BGH, Urt. v. 11.11.2002 – II ZR 125/02, BGHZ 152, 339, 344 m.w.N.). Angesichts dieser Ausgestaltung der Ansprüche des GmbH-Gesellschafters nach § 51a GmbHG ist eine Pfändbarkeit dieser Ansprüche nach § 857 Abs. 3 ZPO zu verneinen.

[13] b) Die Ansprüche nach § 51a GmbHG können aus den vorstehend genannten Gründen auch nicht gesondert gepfändet werden.

[14] c) Die Pfändung der Ansprüche des Schuldners gegen die Drittschuldnerin gem. § 51a GmbHG kann entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde auch nicht mit Erfolg auf eine entsprechende Anwendung von § 836 Abs. 3 ZPO gestützt werden. Es kann im vorliegenden Zusammenhang dahinstehen, ob und in welchem Umfang der Schuldner verpflichtet ist, der Gläubigerin entsprechend § 836 Abs. 3 ZPO zur Vorbereitung der Verwertung der gepfändeten GmbH-Geschäftsanteile Auskunft zu erteilen (vgl. *K. Schmidt*, a.a.O., § 51a Rn. 14; *Henssler/Strohn*, a.a.O., § 51a GmbHG Rn. 5; *Stöber*, Forderungspfändung, 15. Aufl., Rn. 1620 Fn. 25; vgl. ferner Ulmer/*Hüffer*, a.a.O., § 51a Rn. 18) und auf die Drittschuldnerin bezogene Urkunden, die sich in seinem Besitz befinden, herauszugeben. Aus der den Schuldner etwa treffenden Verpflichtung entsprechend § 836 Abs. 3 ZPO gegenüber der Gläubigerin ergibt sich keine Pfändung des Auskunfts- und Einsichtsrechts gem. § 51a GmbHG, das dem Schuldner gegen die Drittschuldnerin zusteht.

[15] III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Steuererstattungsansprüche eines Kommanditisten

HGB §§ 161 Abs. 2, 122; EStG §§ 43 Abs. 1 Satz 1, 36 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 4 Satz 2

Leitsatz (amtlich):

Ob eine Kommanditgesellschaft gegen ihren Kommanditisten einen Anspruch darauf hat, dass er ihr den auf Kapitalerträge der Gesellschaft entfallenden Teil der Kapitalertragsteuer erstattet, der von dem Kapitalertragsschuldner einbehalten und an das Finanzamt abgeführt wird, richtet sich nach dem Gesellschaftsvertrag.

BGH, Urt. v. 16. 4. 2013 – II ZR 118/11

[1] Der Kläger ist Verwalter in dem Insolvenzverfahren über das Vermögen der A GmbH & Co. KG (nachstehend Schuldnerin), das am 1.1.2001 eröffnet wurde. Er verlangt mit seiner am 18.12.2009 beim LG eingegangenen Klage vom Beklagten, der mit einer Einlage von 150.000 DM einziger Kommanditist der Schuldnerin ist, die Erstattung von Kapitalertragsteuern und Solidaritätszuschlägen (nachstehend auch als Zinsabschläge bezeichnet) i.H.v. insgesamt 24.589,88 €, die auf Kapitalerträge der Schuldnerin im Zeitraum 2001 – 2008 wie folgt abgeführt wurden:

[2]

Jahr	Kapitalertrag-steuer	Solidaritäts-zuschlag	Summe
2001	3.539,40 €	194,61 €	3.734,01 €
2002	6.804,96 €	374,19 €	7.179,15 €
2003	2.250,60 €	123,74 €	2.374,34 €
2004	1.886,36 €	103,71 €	1.990,07 €
2005	1.826,84 €	100,45 €	1.927,29 €
2006	2.447,11 €	134,57 €	2.581,68 €
2007	2.635,88 €	144,96 €	2.780,84 €
2008	1.917,08 €	105,42 €	2.022,50 €
Summe	23.308,23 €	1.281,65 €	24.589,88 €

[3] Das LG hat der Klage nur hinsichtlich der seit dem Jahr 2005 abgeführten Zinsabschläge i.H.v. 9.312,31 € nebst Zinsen stattgegeben und den Anspruch des Klägers i.Ü. für verjährt gehalten. Die dagegen gerichteten Berufungen beider Parteien hat das Berufungsgericht zurückgewiesen. Mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen Zahlungsantrag in Höhe der restlichen 15.277,57 € nebst Zinsen weiter.

Aus den Gründen:

[4] Die Revision hat keinen Erfolg.

[5] I. Über die Revision des Klägers ist, obwohl der Beklagte im Verhandlungstermin vor dem Senat nicht vertreten war, durch streitiges Endurteil (unechtes Versäumnisurteil), nicht durch Versäumnisurteil, zu entscheiden, da sich die Revision auf der Grundlage des von dem Berufungsgericht festgestellten Sachverhalts als unbegründet erweist (vgl. BGH, Urt. v. 10.2.1993 – XII ZR 239/91, NJW 1993, 1788; Urt. v. 13.3.1997 – I ZR 215/94, NJW 1998, 156, 157; Urt. v. 12.7.2011 – II ZR 28/10, BGHZ 190, 242 Rn. 6).

[6] II. Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet:

[7] Dem Kläger stehe gegen den Beklagten ein bereicherungsrechtlicher Erstattungsanspruch in Höhe der Zinsabschläge für die Jahre 2005 – 2008 zu. Der Beklagte sei als einziger Kommanditist der Schuldnerin nach §§ 20 Abs. 1 Nr. 7, 43 Abs. 1 Nr. 7, §§ 2 Abs. 1 Nr. 2, 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG Schuldner der auf die Insolvenzmasse zu entrichtenden Kapitalertragsteuer und des Solidaritätszuschlags. Mit der Abführung dieser Steuer tilge die Gesellschaft nicht eine eigene, sondern die Steuerschuld des Gesellschafters, dem die Zinsabschläge nach

§ 36 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 4 EStG auf die Einkommensteuerschuld anzurechnen oder bei einem Überschuss an diesen auszukehren seien. Die Abführung des Zinsabschlags komme bei der werbenden Gesellschaft einer Einnahme der Gesellschaft und einer Entnahme des Gesellschafters gleich, zu der der Beklagte bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Schuldnerin nach § 15 Abs. 4 des Gesellschaftsvertrags berechtigt gewesen sei. In der Insolvenz der Personenhandelsgesellschaft ändere sich an der steuerrechtlichen Situation grds. nichts. Allerdings gehöre der gesamte Kapitalertrag zur Insolvenzmasse und das Entnahmerecht des Gesellschafters sei entfallen. Einen anderen zivilrechtlichen Grund, den mit der Abführung des Zinsabschlags verbundenen geldwerten Vorteil behalten zu dürfen, gebe es nicht.

[8] Der Erstattungsanspruch der Schuldnerin könne zwar weder aus dem Gesellschaftsvertrag hergeleitet werden noch bestehe wegen der Nichterstattung des Zinsabschlags ein Schadensersatzanspruch gegen den Gesellschafter wegen Verletzung der gesellschafterlichen Treuepflicht. Es handele sich vielmehr um einen Fall der Eingriffskondiktion, weil der Beklagte den Vermögensvorteil allein aufgrund der gesetzlichen Pflicht des Kreditinstituts zur Abführung der Quellensteuer erlangt habe. Diese Vermögensverschiebung sei wie bei der werbenden Gesellschaft als Entnahme zu behandeln. Die Rückforderung einer unzulässigen Entnahme erfolge aber nicht auf gesellschaftsrechtlicher, sondern auf bereicherungsrechtlicher Grundlage.

[9] Der Bereicherungsanspruch verjähre nach §§ 195, 199 BGB 3 Jahre nach dessen Entstehung und der Kenntnis des Insolvenzverwalters. Für die Kenntnis des Klägers komme es nicht auf den Zugang der Steuerbescheinigungen an, sondern auf den Zugang der Kontoauszüge, in denen die Zinsabschläge ausgewiesen würden.

[10] Es bestehe auch kein auf Erstattung der Zinsabschläge für das Jahr 2001 gerichteter Schadensersatzanspruch. Durch das Verjährenlassen des Bereicherungsanspruchs ändere sich dessen Charakter nicht. Die Festsetzungsverjährung habe keinen Einfluss auf die Verjährung der Erstattungsforderung.

[11] Zu den Voraussetzungen eines Anspruchs auf Rückzahlung der Einlage fehle jeder nachvollziehbare Tatsachenvortrag des Klägers. I.Ü. habe der Kläger mit dem Verweis auf einen Anspruch auf Rückzahlung der Einlage oder nach den Vorschriften zur Kapitalerhaltung erstmals in der Berufung unzulässig neue Streitgegenstände eingeführt.

[12] III. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung im Ergebnis stand.

[13] 1. Es kann dahingestellt bleiben, ob ein bereicherungsrechtlicher Anspruch des Klägers gegen den Beklagten auf Erstattung der von der Schuldnerin vor dem Jahr 2005 abgeführten Kapitalertragsteuern und Solidaritätszuschläge besteht, wie das Berufungsgericht zugunsten des Klägers angenommen hat, ob dem Kläger ein Erstattungsanspruch auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage zusteht, wie die Revision geltend macht, oder ob das Entnahmerecht des Beklagten auch in der Insolvenz der Schuldnerin besteht. Ein etwaiger Erstattungsanspruch wäre jedenfalls gem. §§ 195, 199 Abs. 1 BGB (für Kapitalerträge in 2001 ggf. i.V.m. Art. 226 Abs. 4 Satz 1 EGBGB) verjährt. Die Verjährungsfrist hätte für den jeweiligen Anspruch bereits mit der Erhebung der Zinsabschläge und der Kenntnisnahme des Klägers von den entsprechenden Abzügen begonnen und wäre nach den revisionsrechtlich nicht zu beanstandenden Feststellungen des Berufungsgerichts abgelaufen, bevor der Kläger auf die Hemmung der Verjährung gerichtete Maßnahmen ergriffen hat.

[14] a) Nach der Rechtsprechung des Senats ist bei einer werbenden Personenhandelsgesellschaft die gem. § 43 Abs. 1 Satz 1 EStG durch Abzug auf Kapitalerträge der Gesellschaft erhobene Einkommensteuer (Kapitalertragsteuer) vermögensmäßig als Abzug von Gesellschaftskapital anzusehen und durch deren steuerliche Anrechnung auf die Einkommensteuer des Gesellschafters wie eine Entnahme ihres Gesellschafters zu behandeln (vgl. BGH, Urt. v. 30.1.1995 – II ZR 42/94, ZIP 1995, 462, 464). Der Abzug der Kapitalertragsteuer von den Kapitalerträgen der ihrerseits nicht einkommen- oder körperschaftsteuerpflichtigen Personenhandelsgesellschaft bewirkt im Hinblick auf die Anrechnung nach § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG eine Vorauszahlung auf die Einkommensteuerschuld der Gesellschafter als Mitunternehmer nach §§ 2 Abs. 1 Satz 1, 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG, die entweder zur Minderung der Einkommensteuerschuld des Gesellschafters oder zu einer Steuererstattung nach § 36 Abs. 4 Satz 2 EStG führt. Der hierdurch erlangte Vorteil kann zivilrechtlich nicht anders bewertet werden, als sei der Gesellschaft zunächst der gesamte Kapitalertrag zugeflossen und sodann von ihr im Umfang der Kapitalertragsteuer zur Leistung einer Vorauszahlung auf die Einkommensteuerschuld der Gesellschafter verwendet worden (vgl. BGH, Urt. v. 30.1.1995 – II ZR 42/94, ZIP 1995, 462, 464). Ob die Gesellschaft gegen ihren Gesellschafter einen Anspruch darauf hat, dass er ihr den einbehaltenen Teil der Kapitalertragsteuer erstattet, richtet sich sodann nach dem Gesellschaftsvertrag (BGH, Urt. v. 30.1.1995 – II ZR 42/94, ZIP 1995, 462, 464). Diese Grundsätze gelten entsprechend für die Erhebung der Solidaritätszuschläge (§ 1 Abs. 2 SolZG 1995).

[15] Ob ein im Gesellschaftsvertrag hinsichtlich der einbehaltenen Steuerbeträge vereinbartes Entnahmerecht des Gesellschafters nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Personenhandelsgesellschaft entfällt, der Insolvenzverwalter für die Insolvenzmasse dann den vollen Kapitalertrag beanspruchen kann und der Gesellschafter ihm somit wie das Berufungsgericht angenommen hat die auf den Kapitalertrag erhobene Einkommensteuer zu erstatten hat, wird unterschiedlich beurteilt. In der Rechtsprechung und von einem Teil des Schrifttums wird mit unterschiedlicher Begründung ein Erstattungsanspruch der Insolvenzmasse gegen den Gesellschafter bejaht (vgl. OLG Dresden, GmbHR 2005, 238, 239; LG Freiburg, ZIP 1999, 2063, 2064 f.; MünchKomm-InsO/*Kling/Schüppen/Ruh*, 2. Aufl., Insolvenzsteuerrecht Rn. 65, 70; *Mitlehner*, NZI 2002, 143, 145; *Onusseit*, EWiR 1999, 1169, 1170; *Onusseit/Kunz*, Steuern in der Insolvenz, 2. Aufl., Rn. 577, 591), teils nur unter der Voraussetzung, dass der Zinsabschlag zur Anrechnung auf die Steuerschuld des Gesellschafters gelangt (vgl. FK-InsO/*Boochs*, 7. Aufl., § 155 Rn. 691; *Schöne/Ley*, DB 1993, 1405, 1410). Von einem anderen Teil des Schrifttums wird dagegen erwogen, dem Gesellschafter zur Vermeidung unangemessener Zurechnungsfolgen ein gesetzliches Steuerentnahmerecht entsprechend § 110 HGB zuzugestehen, das er auch im Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gesellschaft ausüben kann und das aus der

Masse zu bedienen ist (vgl. *K. Schmidt*, FS 50 Jahre Arbeitsgemeinschaft der Fachanwälte für Steuerrecht e.V., 1999, S. 193, 198 ff.; *Fischer*, in: Westermann, Hdb Personengesellschaften, 54. Lfg., § 11 Rn. 1542, 1547 ff.; zu den sich aus dem Steuerabzug ergebenden zivil- und steuerrechtlichen Problemen vgl. ferner BFH, BFHE 177, 257, 262; *Frotscher*, Besteuerung bei Insolvenz, 7. Aufl., S. 166 f.; *Kahlert*, in: Kahlert/Rühland, Sanierungs- und Insolvenzsteuerrecht, 2. Aufl., Rn. 9.835 f.; *Olbing*, Steuerrecht in der Insolvenz, 2010, S. 78 f.; *J. Roth*, Insolvenz Steuerrecht, 2011, Rn. 4.159; *Uhländer*, in: Waza/Uhländer/Schmittmann, Insolvenzen und Steuern, 9. Aufl., Rn. 1564; *Benne*, BB 2001, 1977, 1982; *Neumann*, in: Beermann/Gosch, AO, § 251 Rn. 86).

[16] b) Der Senat muss die Frage, ob und ggf. auf welcher Rechtsgrundlage der Gesellschafter zur Erstattung von Kapitalertragsteuer und Solidaritätszuschlägen verpflichtet ist, die auf Kapitalerträge der Insolvenzmasse abgezogen worden sind, im Streitfall nicht entscheiden. Ein auf Erstattung der abgeführten Zinsabschläge gerichteter Anspruch des Klägers wäre, wenn man ihn bejahen wollte, unabhängig von seiner rechtlichen Einordnung als bereicherungsrechtlicher oder aus dem Gesellschaftsvertrag abgeleiteter Anspruch innerhalb von 3 Jahren nach seiner Entstehung verjährt (§§ 195, 199 Abs. 1 BGB; Art. 229 § 6 Abs. 4 Satz 1 EGBGB).

[17] aa) Entgegen der Ansicht der Revision wäre ein Erstattungsanspruch bereits mit der Abführung der Zinsabschläge entstanden.

[18] (1) Ein Anspruch ist i.S.v. § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB entstanden, sobald er erstmals geltend gemacht und notfalls im Wege der Klage durchgesetzt werden kann (BGH, Urt. v. 16.9.2010 – IX ZR 121/09, *ZInsO 2010, 2094* = ZIP 2010, 2164 Rn. 22 m.w.N.; für § 198 Satz 1 BGB a.F.: BGH, Urt. v. 17.2.1971 – VIII ZR 4/70, BGHZ 55, 340, 341). Dies ist regelmäßig der Fall, wenn die Leistung fällig ist, § 271 Abs. 1 BGB (BGH, Beschl. v. 25.1.2012 – XII ZB 461/11, NJW-RR 2012, 579 Rn. 14; vgl. auch BGH, Urt. v. 5.5.2010 – III ZR 209/09, BGHZ 185, 310 Rn. 21).

[19] (2) Der auf Erstattung einer unberechtigten Entnahme gerichtete Anspruch der Gesellschaft ist, wie sich aus § 111 HGB ergibt, mit Herausnahme des Geldes aus der Gesellschaftskasse fällig (*Goette*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 2. Aufl., § 111 Rn. 24 m.w.N.). Wird wie im Streitfall zu unterstellen eine einer unberechtigten Entnahme gleichkommende Vermögensverschiebung dadurch bewirkt, dass die Gesellschaft durch die Abführung von Zinsabschlägen eine Vorauszahlung auf eine Steuerschuld des Gesellschafters leistet, entsteht der Anspruch der Gesellschaft auf Erstattung des Geleisteten bereits mit der den Anrechnungsanspruch des Gesellschafters gem. § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG auslösenden Erhebung der Kapitalertragsteuer. Mit der Entstehung des Anrechnungsanspruchs ist die für den Erstattungsanspruch maßgebliche Vermögensverschiebung zugunsten des Gesellschafters bewirkt.

[20] (3) Entgegen der Ansicht der Revision ist der Senatsentscheidung v. 30.1.1995 (II ZR 42/94, ZIP 1995, 462) nicht zu entnehmen, dass der Anspruch stets nur in dem Umfang be- und entsteht, in welchem dem Gesellschafter die von der Gesellschaft abgeführten Zinsabschläge tatsächlich vom Finanzamt aufgrund deren Geltendmachung im Rahmen seiner Einkommensteuererklärung angerechnet worden sind. Die von der Revision in Bezug genommenen Ausführungen des Senats sind vor dem Hintergrund der im damaligen Streitfall maßgeblichen Regelung im Gesellschaftsvertrag der werbenden Gesellschaft zu sehen, nach der ein Steuerentnahmerecht der beklagten Kommanditistin nur beschränkt auf die von ihr tatsächlich zu entrichtenden persönlichen Steuern bestand. Danach war die in Anspruch genommene Gesellschafterin befugt, den auf ihre persönliche Steuerlast entfallenden Anteil der Kapitalertragsteuer zu entnehmen und der Anspruch der Gesellschaft war von vornherein auf den Teil der von der Gesellschaft abgeführten Steuer begrenzt, der bei der Gesellschafterin zu einem Erstattungsanspruch gegen das Finanzamt führte. Nur deshalb entstand im dortigen Fall ein Erstattungsanspruch der Gesellschaft erst zu einem Zeitpunkt, zu dem aufgrund des Einkommensteuerbescheids der Gesellschafterin feststand, dass sie einen Erstattungsanspruch gegen das Finanzamt hatte. Dies ändert jedoch nichts daran, dass auch im dortigen Fall die Gesellschafterin bereits mit der Erhebung der Kapitalertragsteuer einen Vermögensvorteil in Gestalt des Anrechnungsrechts nach § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG erlangt hatte (vgl. BGH, Urt. v. 30.1.1995 – II ZR 42/94, ZIP 1995, 462, 464; Palandt/*Sprau*, BGB, 72. Aufl., § 812 Rn. 10; s. auch BFH, DStR 1994, 97; BFH, DStR 1996, 1526; *Uhländer*, a.a.O., Rn. 1566).

[21] bb) Nach den von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts hatte der Kläger von der Erhebung der Zinsabschläge für die Jahre 2001 – 2004 vor dem 31.12.2005 Kenntnis. Er kannte damit die mögliche Erstattungsansprüche der Schuldnerin begründenden Tatsachen, sodass diese Ansprüche spätestens mit dem Ablauf des Jahres 2008 verjährt wären, ohne dass der Kläger auf die Hemmung der Verjährung gerichtete Maßnahmen ergriffen hat.

[22] 2. Einen Schadensersatzanspruch gegen den Beklagten bzgl. der Zinsabschläge für das Jahr 2001 wegen der Nichtrealisierung des Anrechnungsrechts gem. § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG hat das Berufungsgericht im Ergebnis zu Recht verneint. Wie oben unter III.1.c)bb) aufgezeigt, würde ein vom Berufungsgericht angenommener Anspruch der Gesellschaft auf Erstattung der aus ihren Zinseinkünften abgeführten Kapitalertragsteuern unabhängig davon bestehen, ob der Gesellschafter sein daraus folgendes Anrechnungsrecht gem. § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG wirtschaftlich im Rahmen seiner Einkommensteuererklärung verwertet (a.A. OLG Dresden, GmbHR 2005, 238, 240). Der Gesellschafter ist damit unter dem Gesichtspunkt der gesellschafterlichen Treuepflicht schon nicht verpflichtet, sein Anrechnungsrecht zu realisieren. Vor allem entsteht der Gesellschaft aber durch die Nichtrealisierung kein Schaden.

[23] 3. Entgegen den Rügen der Revision hat das Berufungsgericht verfahrensfehlerfrei davon abgesehen, die Berechtigung des Klageanspruchs unter dem Gesichtspunkt einer Haftung des Beklagten gem. §§ 171, 172 HGB und entsprechend §§ 30, 31 GmbHG zu prüfen. Der Senat hat die hiergegen erhobenen Verfahrensrügen geprüft und nicht für durchgreifend erachtet (§ 564 ZPO).

Rückzahlungspflichten eines Kommanditisten

HGB § 169 Abs. 1

Leitsätze (amtlich):

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 Publikumspersonengesellschaft, 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, Urt. v. 12. 3. 2013 – II ZR 73/11

[1] Der Ehemann der Beklagten beteiligte sich mit Beitrittserklärung v. 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 u.a. 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 DM 1.000.000,- 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 nachzuschießen, 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 Ziff. 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, 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.

[2] 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 Nr. 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.

[3] 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:

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

[5] I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt:

[6] Die Beklagte sei verpflichtet, die als Ausschüttungen erhaltenen Zahlungen an die Klägerin zurückzuzahlen. Der Gesellschaftsvertrag sehe in § 11 Nr. 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 Nr. 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 Nr. 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.

[7] 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.

[8] 1. Das Berufungsgericht hat im Ausgangspunkt zutreffend erkannt, dass ein Rückzahlungsanspruch nicht schon dann entsteht, wenn an einen Kommanditisten auf der Grundlage von § 11 Nr. 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.

[9] 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 ist oder durch die Auszahlung unter diesen 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 Nr. 3 vorsieht oder die Ausschüttung durch das Einverständnis aller Gesellschafter gedeckt ist (BGH, Urt. v. 7.11.1977 – II ZR 43/76, WM 1977, 1446, 1447; Urt. v. 5.4.1979 – II ZR 98/76, WM 1979, 803, 804; *Gummert*, in: Henssler/Strohn, GesR, § 169 HGB Rn. 14; *v. Gerkan/Haas*, in: Röhricht/Graf v. Westphalen, HGB, 3. Aufl., § 169 Rn. 20; MünchKomm-HGB/*Grunewald*, 3. Aufl., § 169 Rn. 9; *Hopt*, in: Baumbach/Hopt, HGB, 35. Aufl., § 169 Rn. 7; *Oetker*, in: Oetker, HGB, 2. Aufl., § 169 Rn. 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 Mindesttantieme zulasten des Kapitals gehen (vgl. BGH, Urt. v. 7.11.1977 – II ZR 43/76, WM 1977, 1446, 1447).

[10] 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, Urt. v. 7.11.1977 – II ZR 43/76, WM 1977, 1446, 1447; Urt. v. 3.7.1978 – II ZR 110/77, WM 1978, 1228, 1229 f.; Urt. v. 20.6.2005 – II ZR 252/03, *ZInsO 2005, 1104* = ZIP 2005, 1552, 1553; *v. Gerkan/Haas*, a.a.O., § 172 Rn. 18; MünchKomm-HGB/*K. Schmidt*, a.a.O., § 172 Rn. 62).

[11] 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, 1. HS HGB). Erbringt der Kommanditist seine Einlage, erlischt im Innenverhältnis seine Einlageverpflichtung gegenüber der Gesellschaft. Seine Haftung im Außenverhältnis entfällt gem. § 171 Abs. 1, 2. HS 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 gem. § 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, Urt. v. 20.6.2005 – II ZR 252/03, *ZInsO 2005, 1104* = ZIP 2005,

1552, 1553; *Strohn*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 2. Aufl., § 172 Rn. 19).

[12] 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. MünchKomm-BGB/*Ulmer/Schäfer*, § 706 Rn. 9; *Servatius*, in: Henssler/Strohn, a.a.O., § 706 BGB Rn. 4), rechtfertigt nicht die Annahme, dass im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich vorgesehene Kapitalrückzahlungen der Gesellschaft im Zweifel wieder zuzuführen sind (a.A. OLG Köln, Urt. v. 11.8.2003 – 18 U 13/03, Rn. 25; *Weipert*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, a.a.O., § 169 Rn. 23).

[13] 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 Nr. 3 Satz 1 des Gesellschaftsvertrags an die Kommanditisten gezahlten Beträge nicht entnehmen. Diese Feststellung kann der Senat selbst treffen, weil Gesellschaftsverträge von Publikumsgesellschaften nach ihrem objektiven Erklärungsbefund auszulegen sind (st. Rspr., vgl. nur BGH, Urt. v. 19.7.2011 – II ZR 153/09, ZIP 2011, 1906 Rn. 11; Urt. v. 16.10.2012 – II ZR 251/10, ZIP 2013, 68 Rn. 13).

[14] 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 AGB (BGH, Urt. v. 27.11.2000 – II ZR 218/00, ZIP 2001, 243, 244; Urt. v. 13.9.2004 – II ZR 276/02, ZIP 2004, 2095, 2097 f.; Beschl. v. 13.12.2011 – II ZB 6/09, ZIP 2012, 117 Rn. 50; Urt. v. 23.4.2012 – II ZR 75/10, ZIP 2012, 1342 Rn. 32). Hieraus folgt in Anlehnung an § 305c Abs. 2 BGB, dass Zweifel bei der Auslegung zulasten des Verwenders gehen (BGH, Urt. v. 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.

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

[16] aa) Das Berufungsgericht hat seine gegenteilige Annahme maßgeblich aus dem Wortlaut von § 11 Nr. 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.

[17] (1) Die in § 11 Nr. 3 und 4 des Gesellschaftsvertrags verwendeten Begriffe „Ausschüttung“ und „Entnahme“ weisen nicht auf einen Vorbehalt der Rückforderung hin. Der Begriff der „Ausschüttung“ wird im HGB 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 Nr. 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 Nr. 1 und zur Zahlung der gewinnunabhängigen Ausschüttungen nach § 11 Nr. 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 Nr. 3 gezahlten Ausschüttungen mit späteren Gewinnen ist im Gesellschaftsvertrag nicht vorgesehen. Der Gesellschaftsvertrag macht die Ausschüttungen nach § 11 Nr. 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, 1. HS 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, a.a.O., § 122 Rn. 4).

[18] (2) Aus der Verwendung des Begriffs „Darlehenskonto“ in § 11 Nr. 3 Satz 1 des Gesellschaftsvertrags kann entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts gleichfalls nicht ohne Weiteres darauf geschlossen werden, dass auf diesem Konto Darlehensverbindlichkeiten i.S.d. § 488 BGB gebucht werden. Entsprechend legt auch die Verwendung des Begriffs der „Darlehensverbindlichkeit“ in § 11 Nr. 3 Satz 2 des Gesellschaftsvertrags ein solches Verständnis nicht zwingend nahe. I.Ü. 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.

[19] 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 (Münchener Handbuch GesR/*v. Falkenhausen/Schneider*, 3. Aufl., Bd. 2, § 22 Rn. 34 f.). Die zivilrechtliche Bedeutung der Konten richtet sich dabei nicht nach ihrer Bezeichnung. Führt eine Kommanditgesellschaft

74243306_ZNotP_Innenteil.indd 196 03.07.13 15:04

für die Kommanditisten mehrere Konten mit verschiedenen Bezeichnungen, ist zunächst anhand des Gesellschaftsvertrags zu ermitteln, welche zivilrechtliche Rechtsnatur diese Konten haben (vgl. BFH, Urt. v. 15.5.2008 – IV R 46/05, BFHE 221, 162 Rn. 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.

[20] 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 Nr. 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, Urt. v. 16.10.2008 – IV R 98/06, BFHE 223, 149 Rn. 40 ff. m.w.N.). Das Kapitalkonto II erfasst dann nur noch die nicht entnahmefähigen Gewinne sowie die Verluste.

[21] Über die Buchung der Ausschüttungen auf dem Darlehenskonto sowie über die Führung sonstiger variabler Konten neben den festen Kapitalkonten für die Einlage (§ 4 Nr. 7) enthält der Gesellschaftsvertrag keine Regelungen. Dass die Ausschüttungen nach § 11 Nr. 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 Gewinngutschriften 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 (gem. § 11 Nr. 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.

[22] 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 Nr. 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 Nr. 3 Satz 2 des Gesellschaftsvertrags kann vielmehr auch dahin verstanden werden, dass hier die Bildung einer Darlehensverbindlichkeit zugunsten des Gesellschafters angesprochen ist. § 11 Nr. 3 Satz 2, 1. HS 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*, a.a.O., § 172 Rn. 24 m.w.N. einerseits und MünchKomm-HGB/*K. Schmidt*, §§ 171, 172 Rn. 72 m.w.N. andererseits), stellt § 11 Nr. 3 Satz 2, 2. HS bei diesem Verständnis dann klar, dass für den Gesellschafter insoweit die Bildung einer Darlehensverbindlichkeit entfällt.

[23] bb) Bei der Auslegung ist weiter zu berücksichtigen, dass es naheliegend gewesen wäre, im Gesellschaftsvertrag die Voraussetzungen 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 Personenhandelsgesellschaften gewährt keinen gesetzlichen Anspruch auf Rückzahlung von (vertraglich eingeräumten) Ausschüttungen, auf den mangels vertraglicher Regelungen zurückgegriffen werden könnte. Ein Rückgriff auf gesetzliche Regelungen des bürgerlich-rechtlichen 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 Nr. 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 3 Monaten wieder entzogen werden könnten.

[24] cc) Hinzu kommt, dass weitere Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags gegen die Auslegung des Berufungsgerichts sprechen. § 4 Nr. 9 Buchst. 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 Fall der Veräußerung des Schiffs festgelegt.

[25] 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 gem. § 11 Nr. 3 Satz 1 des Gesellschaftsvertrags zu unterbleiben hatten, sondern auch die Zinsen auf das partiarische Darlehen zinslos gestundet sein sollten (§ 4 Nr. 9 Buchst. b Satz 3 des Gesellschaftsvertrags). Die erfolgten Ausschüttungen nach § 11 Nr. 3 des Gesellschaftsvertrags werden in der Verteilungsregelung nach § 4 Nr. 9 Buchst. c nicht angesprochen.

[26] 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 Nr. 9 Buchst. 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.

[27] III. Der Senat hat gem. § 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 Gesellschafterbeschl. v. 25.6.2009 keine taugliche Grundlage für das Rückzahlungsverlangen der Klägerin. Dieser verstößt zum einen gegen § 8 Nr. 4 des Gesellschaftsvertrags, nach der die Beklagte als Kommanditistin nicht gegen ihren Willen durch Gesellschafterbeschluss verpflichtet werden kann, der Gesellschaft weitere Mittel nachzuschießen. Eine Regelung, nach der die Gesellschafterversammlung beschließen kann, dass die nach § 11 Nr. 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 grds. unwirksam, der dem Beschluss nicht zugestimmt hat (§§ 161 Abs. 2, 105 Abs. 3 HGB, § 707 BGB; vgl. BGH, Urt. v. 5.3.2007 – II ZR 282/05, ZIP 2007, 766 Rn. 11, 15; Beschl. v. 26.3.2007 – II ZR 22/06, *ZNotP 2007, 318* = ZIP 2007, 1368 Rn. 10).

[28] 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, Beschl. v. 26.3.2007 – II ZR 22/06, *ZNotP 2007, 318* = ZIP 2007, 1368 Rn. 10; Urt. v. 9.2.2009 – II ZR 231/07, ZIP 2009, 864 Rn. 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 gem. § 256 ZPO oder durch Einwendung im Prozess geltend gemacht werden kann (BGH, Urt. v. 19.10.2009 – II ZR 240/08, *ZInsO 2009, 2257* = ZIP 2009, 2289 Rn. 12 m.w.N.). Dass die Beklagte der Erweiterung der Beitragspflicht zugestimmt hat, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Die Klägerin behauptet das auch nicht.

ZNotP-Kostenecke

Entscheidungen zum Kostenrecht

Grundstücksübertragung und Pflichtteilsverzicht weichender Geschwister

von Notariatsoberrat Werner Tiedtke, München

1. Wird in einem zwischen einem Elternteil und einem seiner Kinder geschlossenen Grundstücksübertragungsvertrag ein Pflichtteilsverzicht der Geschwister mitbeurkundet, handelt es sich um verschiedene Gegenstände i.S.d. § 44 Abs. 2 KostO, sodass der Verzicht neben dem Übertragungsvertrag gesondert zu bewerten ist.

2. Ein mit der Zahlung einer Abfindung verbundener Pflichtteilsverzicht stellt einen Austauschvertrag i.S.d. § 39 Abs. 2 KostO zwischen dem Elternteil und den weichenden Geschwistern dar. Dies gilt grds. auch

dann, wenn die Geschwister den Abfindungsbetrag direkt vom Übernehmer des Grundstücks erhalten sollen.

BGH, Beschl. v. 18. 4. 2013 – V ZB 77/12

Sachverhalt:

I. Der Kostengläubiger (Notar) beurkundete am 30.11.2007 einen als Übergabe- und Abfindungsvertrag überschriebenen Vertrag. An dem Vertrag waren der Kostenschuldner (Übernehmer), seine Mutter (Übergeberin) und seine beiden Geschwister beteiligt. In dem Vertrag übertrug die Übernehmerin dem Übernehmer ein Hausgrundstück im Wert von 260.000 €, während der Übernehmer ihr ein Wohnungsrecht hieran einräumte. Zugleich verzichteten die Geschwister des Übernehmers bzgl. des übertragenen Grundstücks und hinsichtlich aller ihnen von ihren Eltern bisher gemachten Zuwendungen auf Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche. Für die Beurkundung erhob der Notar gegenüber dem Übernehmer gem. §§ 142, 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.

II. Nach Auffassung des OLG haben die Beteiligten den Übergabevertrag und den mit einer Abfindungszahlung verbundenen Pflichtteilsverzicht durch eine Austauschbeziehung i.S.d. § 39 Abs. 2 KostO verknüpft und dadurch ein Rechtsverhältnis i.S.d. § 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.

Entscheidung:

III. Die Rechtsbeschwerde ist gem. § 156 Abs. 4 Satz 1 KostO i.V.m. § 70 Abs. 1 FamFG statthaft, weil sie von dem Beschwerdegericht zugelassen worden ist (weitere Begründung s. Rn. 4 der Beschlussbegründung).

Die Rechtsbeschwerde ist auch begründet. Zu Recht hat der Notar die Gebühr aus den zusammengerechneten Werten des Übergabevertrags 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 gem. § 44 Abs. 1 KostO gegenüber dem Übergabevertrag keine besondere Vergütung auslöst. Der Übergabevertrag und der Pflichtteilsverzicht haben nicht denselben Gegenstand i.S.d. § 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, Beschl. v. 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*, KostO, 16. Aufl. „Übergabevertrag"; Korintenberg/*Bengel/Tiedtke*, KostO, 18. Aufl., § 44 Rn. 121, 241; *Rohs/Wedewer*, KostO, 2012, § 39 Rn. 11, § 44 Rn. 7z Notarkasse München, Streifzug durch die KostO, 9. Aufl., Rn. 2009; *Filzek*, KostO, 4. Aufl., § 44 Rn. 16; *Waldner*, KostO, 7.; Aufl., Rn. 138; *Tiedtke*, ZNotP 2006, 245; *ders.*, ZNotP 2005, 240; *Mümmler*, 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/M., 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 Übergabevertrags. Der Umstand, dass der Übergabevertrag möglicherweise nicht ohne den Pflichtteilsverzicht geschlossen worden wäre, rechtfertigt es nicht die jeweils selbstständigen Rechtsverhältnisse kostenrechtlich als eine Einheit zu behandeln (BayObLG, JurBüro 1988, 891, 892; *Mümmler*, 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 zutreffend mit 80.000 € angesetzt worden.

Der mit der Zahlung einer Abfindung verbundene Pflichtteilsverzicht stellt einen Austauschvertrag i.S.v. § 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, 373, 373; Notarkasse München, Streifzug durch die KostO, 9. Aufl., Rn. 2011; *Rohs/Wedewer*, a.a.O., § 39 Rn. 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 selbstständige, mit unterschiedlichen Leistungspflichten verbundene Rechtsverhältnisse, deren Wert unabhängig von dem des jeweils anderen Rechtsverhältnisses zu bestimmen ist (vgl. *Rohs/Wedewer*, a.a.O., § 39 Rn. 14 Fn. 28). Der Wert des Pflichtteilsverzichtsvertrags bemisst sich daher gem. § 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 LG-Präsident 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*, a.a.O., § 30 KostO Rn. 4 „Wert eines Pflichtteilsverzichts"; Korintenberg/*Bengel/Tiedtke*, a.a.O., § 39 Rn. 30a; Notarkasse München, Streifzug durch die KostO, 9. Aufl. Rn. 618). Um eine solche Fallgestaltung geht es hier jedoch nicht.

Anmerkung:

Der Beschluss des BGH betrifft einen alltäglichen Praxisfall. Schon von daher sind der Beschluss und vor allem das Ergebnis zu begrüßen. Mit Recht stellt der V. ZS fest, dass zwischen Übergabevertrag und Pflichtteilsverzichten weichender Geschwister verschiedene Rechtsverhältnisse i.S.d. § 44 Abs. 2a KostO vorliegen. Der BGH hat damit die h.M. bestätigt.

Mit Recht stellt der BGH fest, dass auch nicht durch die Vereinbarung einer „Direktzahlungsverpflichtung" des Übernehmers an die weichenden Geschwister eine andere Betrachtungsweise geboten ist. Auch wenn die Ausgleichszahlung unmittelbar durch den Übernehmer erfolgt, liegt bei dem Pflichtteilsverzicht ein Austauschvertrag zwischen dem Übergeber und den weichenden Geschwistern des Übernehmers vor. Auch die Tatsache, dass durch die Zusammenfassung der beiden Rechtsverhältnisse in einer Urkunde der Hinauszahlungsbetrag zweimal im Geschäftswert berücksichtigt ist (einmal als Austauschleistung beim Übergabevertrag, ein weiteres Mal beim dem Pflichtteilsverzichtsvertrag als Gegenleistung), führt zu keiner anderen Betrachtungsweise. Übergabevertrag und Pflichtteilsverzichtsvertrag sind als eigenständige Rechtsverhältnisse anzusehen, die jeweils selbstständige Leistungspflichten regeln.

Der Pflichtteilsverzichtsvertrag ist als Austauschvertrag nach § 39 Abs. 2 KostO zu behandeln. Dem Abfindungsbetrag ist daher der Wert des Pflichtteilsverzichtes gegenüberzustellen (Quote am Nachlass des Erblassers [Übergebers], die dem Pflichtteil des Verzichtenden am noch vorhandenen Nachlass des Übergebers entspricht). Der höhere Wert ist Geschäftswert.

Gem. § 44 Abs. 2a KostO sind die Werte für den Übergabevertrag und den Pflichtteilsverzicht zu addieren und eine 20/10-Gebühr nach § 36 Abs. 2 KostO zu berechnen.

Der Pflichtteilsverzicht des Übernehmers selbst ist Austauschleistung zum Übergabevertrag und stellt kein eigenständiges Rechtsverhältnis dar.

ZNotP-Fragezeichen

1. b) Nach der Pflichtteilsreform läuft der Beginn der Verjährung ab dem Jahresende, in dem diese Kenntnis erlangt worden ist (§ 199 BGB).

2. a) Nach h.M. kann die Vertretungsbefugnis des Prokuristen daran gebunden werden, dass er nur gemeinsam mit einem Vorstandsmitglied handeln kann, ohne dass dies auch für die organschaftliche Vertretungsbefugnis des Vorstands gelten muss, vgl. *Krafka/Willer*, Registerrecht, Rn. 1900.

Einbanddecken 2012: Die ZNotP-Einbanddecken 2012 sind fertig gestellt und können über die kostenlose Bestellhotline Tel.-Nr. 0800 / 8885444, unter der kostenlosen Fax-Nr. 0800 / 801-8018 sowie per E-Mail (*info@wolterskluwer.de*) beim Wolters Kluwer Shop bestellt werden.