



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

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

Schriftleitung: Notarassessor Stefan Künkele,
Notarassessorin Anja Schaller
Herausgeber: Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10,
80333 München

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

AUFSÄTZE

Das Verhältnis von vertraglichen Rückforderungsrechten und Pflichtteilsrecht

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

Vertragliche Rückforderungsrechte als Vorsorge des Übergebers für wesentliche Störungen im Verhältnis des Übergebers zum Unternehmer werden bei Grundstückszuwendungen vielfach gewünscht. Ihre Aufnahme verstärkt die Position des Übergebers und erleichtert ihm häufig den Entschluss zur vorzeitigen Übergabe. Dies gilt insbesondere, wenn die Übergabe hauptsächlich durch steuerliche Gründe veranlasst ist. Vom Unternehmer werden sie erfahrungsgemäß als sachgerecht akzeptiert.¹ Weitestgehend ungeklärt sind dabei die Auswirkungen auf das Pflichtteilsrecht, die sich bei der Ausübung eines vereinbarten Rückforderungsrechts ergeben.² Auch Rechtsprechung hierzu lässt sich nur vereinzelt finden.

I. Die Ausgestaltung vertraglicher Rückforderungsrechte

Hinsichtlich der rechtstechnischen Ausgestaltung des jeweiligen Rückforderungsrechts werden im Wesentlichen die auflösende Bedingung, der Widerrufsvorbehalt, das vertragliche Rücktrittsrecht und das eigenständige rein vertraglich vereinbarte Rückforderungsrecht diskutiert.³ Letztgenannte Konstruktion wird von der Vertragspraxis favorisiert, da eine Rückabwicklung nach Bereicherungsrecht bzw. nach den gesetzlichen Rücktrittsvorschriften als unzweckmäßig angesehen wird.⁴ Dieses eigenständige Rückforderungsrecht, das den nachfolgenden Ausführungen zugrunde gelegt wird, regelt unabhängig von den gesetzlichen Bestimmungen Voraussetzung, Abwicklung und Rechtsfolgen des Rückerwerbs. Es ist im Normalfall zweistufig ausgestaltet und entsteht,

wenn einerseits einer der festgelegten Rückforderungstatbestände verwirklicht ist und andererseits der Übergeber das Rückerwerbsverlangen form- und fristgerecht erklärt.

Die Tatbestände, die ein Rückforderungsrecht auslösen sollen, lassen sich dabei im Wesentlichen in vier Gruppen einteilen.⁵ Eine Fallgruppe umfasst Rückforderungsrechte zur Verstärkung oder näheren Ausgestaltung der gesetzlichen Position des Übergebers. Hierunter fallen Verfügungsbeschränkungen, wie die Rückforderung bei Veräußerung oder Belastung des Grundstücks ohne Zustimmung des Übergebers und die Rückforderung wegen Fehlverhaltens des Unternehmers einschließlich der Nichterfüllung von Auflagen und Vertragsbestimmungen. Die nächste Gruppe beinhaltet Rückforderungsrechte zur Sicherstellung gegenüber familienfremden Dritten, zum Beispiel bei Vermögensverfall oder Vorversterben des Unternehmers. Als weitere eigenständige Fallgruppen werden schließlich noch Rückforderungsrechte im Hinblick auf eine etwaige Scheidung und freie Rückforderungsrechte angesehen. Letztere sind allerdings eher selten, da sie für den Unternehmer regelmäßig eine nicht hinnehmbare Härte bedeuten und auch von steuerlicher Seite Probleme drohen.⁶

¹ Vgl. *Langenfeld/Günther*, Grundstückszuwendungen zur lebzeitigen Vermögensnachfolge, 5. Aufl. 2005, Rdnr. 234.

² Zu den Problemen bei der Geltendmachung gesetzlicher Rückforderungsrechte siehe *Weidlich* in FS Spiegelberger, 2009, S. 1104, 1105 ff.

³ Vgl. hierzu *Langenfeld/Günther* (Fn. 1), Rdnr. 242 ff.; *Weser*, ZEV 1995, 353, 356 ff.; *J. Mayer* in *Mayer/Geck*, Der Übergabevertrag, 3. Aufl. 2013, § 13 Rdnr. 13 ff.

⁴ Vgl. hierzu *Langenfeld/Günther* (Fn. 1), Rdnr. 242 ff.; *Weser*, ZEV 1995, 353, 356 ff.; *J. Mayer* (Fn. 3), § 13 Rdnr. 21 ff.

⁵ Vgl. hierzu *Weser*, ZEV 1995, 353, 354 ff.; *J. Mayer* (Fn. 3), § 13 Rdnr. 21 ff.

⁶ Vgl. *J. Mayer* (Fn. 3), § 13 Rdnr. 21 ff.

II. Vertragliches Rückforderungsrecht und Pflichtteilsanrechnung

Fall 1:

Mutter M überträgt auf ihren einzigen Sohn S zum Alleineigentum und in Anrechnung auf dessen Pflichtteil ein ihr gehörendes Grundstück. M behält sich für bestimmte Fälle ein Rückerwerbsrecht vor. Als einer der vereinbarten Rückerwerbsgründe eintritt, wird das Grundstück auf M rückübertragen. Besondere Regelungen in Bezug auf die Pflichtteilsanrechnung werden in der Rückübertragungsurkunde nicht getroffen.

Nach § 2315 Abs. 1 BGB hat der Pflichtteilsberechtigte sich auf den Pflichtteil anrechnen zu lassen, was ihm der Erblasser durch Rechtsgeschäft unter Lebenden mit der Bestimmung einer Anrechnung auf den Pflichtteil zuwendet. Der Wortlaut des § 2315 BGB setzt nicht explizit voraus, dass die Zuwendung zum Zeitpunkt des Todes des Erblassers beim Bedachten noch vorhanden ist. Vielmehr bestimmt sich der Wert der Zuwendung nach der Zeit, zu welcher die Zuwendung erfolgt. Nachträgliche Veränderungen, die den Wert erhöhen, mindern oder ganz beseitigen, bleiben außer Betracht, insbesondere auch der Untergang des Zuwendungsobjekts beim Zuwendungsempfänger.⁷

Nach Auffassung des OLG München führt beim Fehlen weiterer Vereinbarungen eine Rückübertragung des überlassenen Vertragsgegenstands zum Entfallen der Pflichtteilsanrechnung.⁸ Denn diese setzt voraus, dass eine lebzeitige Zuwendung den Nachlass mindert.⁹ Daran fehlt es, wenn eine Rückübertragung des überlassenen Vermögensgegenstands auf den Übergeber erfolgt. Die §§ 2315, 2316 BGB verfolgen den Zweck, eine Doppelbeteiligung der Pflichtteilsberechtigten am Vermögen des Erblassers auszuschließen.¹⁰ Dieser Zweck würde verfehlt, wenn der Zuwendungsgegenstand in das Vermögen des Schenkers zurückgewandert ist und der (zunächst Bedachte) seine Zuwendung nicht auf Dauer behalten kann.¹¹ Dogmatisch begründen lässt sich das Entfallen der Pflichtteilsanrechnung damit, dass bei einem Übergabevertrag die Anrechnungspflicht in der Regel nur auflösend bedingt vereinbart ist und im Falle einer Rückforderung des Schenkungsgegenstandes aufgrund der Geltendmachung eines vereinbarten Rückforderungsrechts entfällt.

Teilweise wird auch erwogen, in die Ausübung des Rückforderungsrechts durch den Erblasser eine nachträgliche Aufhebung der Anrechnungsanordnung hineinzunutzen,¹² die nach herrschender Meinung formfrei getroffen werden kann.¹³ Diese Lösung versagt allerdings und wird dem vorgenannten Zweck der §§ 2315, 2316 BGB nicht gerecht, wenn der Erblasser bei der Ausübung seines Rückforderungsrechts

die Aufhebung der Anrechnungsbestimmung verweigert. Zudem wird die Aufhebung der Anrechnung nur der Erblasser selbst anordnen können. Sie scheidet dann aber in Übergabekonstellationen aus, in denen zwei Personen (z. B. die Eltern) eine Immobilie übergeben und nach Versterben eines Übergeberteils der andere das Rückforderungsrecht alleine ausüben kann (siehe hierzu unten Ziffer IV. 2).

III. Rückforderungsrecht und Pflichtteils-ergänzungsanspruch

Fall 2:

E erwirbt mit seiner nichtehelichen Lebensgefährtin L ein Einfamilienhaus als Miteigentümer je zur Hälfte, wobei E seinen Erwerb mit einem Darlehen finanziert. Zwei Jahre nach dem Erwerb überträgt E sein hälftiges Miteigentum an L. L verpflichtet sich in dem Übertragungsvertrag anstelle des E in dessen noch bestehende Restdarlehensverpflichtung einzutreten. Ferner wird ein nicht vererbliches Rückerwerbsrecht hinsichtlich des übertragenen hälftigen Miteigentumsanteils vereinbart für den Fall, dass L ohne Zustimmung des E zu seinen Lebzeiten über den erworbenen Grundbesitzanteil verfügt oder die Lebensgemeinschaft beendet wird und E auszieht. Daneben wird dem E ein lebenslanges unentgeltliches Wohnungs- und Mitbenützungsrecht in dem Wohnhaus eingeräumt. Nach dem Ableben des E macht sein einziger Sohn S Pflichtteilsergänzungsansprüche geltend.

Variante:

Bei der Übertragung wird zugunsten des E nur ein Rückforderungsrecht vereinbart. E verstirbt elf Jahre nach der Eigentumsumschreibung auf L.

1. Vorliegen einer Schenkung

Voraussetzung für das Vorliegen eines Pflichtteilsergänzungsanspruchs ist nach § 2325 Abs. 1 BGB das Vorliegen einer Schenkung, die subjektiv eine Einigung über eine zumindest teilweise Unentgeltlichkeit voraussetzt und bei einem auffällig groben Missverhältnis der beiderseitigen Leistungen zu vermuten ist. Dies hat der BGH im konkreten Fall verneint.¹⁴ Für das Vorliegen einer Schenkung im Sinne des § 516 BGB kommt es auf die Wertverhältnisse beim Vollzug des Vertrags an. Als Gegenleistung wurden die übernommene Darlehensverpflichtung sowie das eingeräumte Wohnungsrecht berücksichtigt. Ferner wurde das vereinbarte Rückforderungsrecht als wertreduzierender Faktor in Bezug auf den übertragenen Miteigentumsanteil angesehen.

Für die Bewertung eines Rückforderungsrechts lassen sich keine allgemeingültigen Maßstäbe feststellen, da man die konkrete Ausgestaltung des Rückforderungsrechts (Zeitpunkt der Entstehung, Abhängigkeit von der Ausübung eines Gestaltungsrechts usw.) berücksichtigen muss. Teilweise wurde in der obergerichtlichen Rechtsprechung ein Abzugswert von 10 % des Gesamtwertes der Zuwendung bejaht.¹⁵ Einen genauen Prozentsatz für den Ansatz des Rückforderungsrechts hat der BGH in seinem Urteil nicht angegeben. Unter Berück-

⁷ Vgl. nur Palandt/Weidlich, BGB, 74. Aufl. 2015, § 2315 Rdnr. 8.

⁸ OLG München, Beschluss vom 17.7.2007, 31 Wx 18/07, ZEV 2007, 493, 495.

⁹ Vgl. Staudinger/Haas, BGB, Bearb. 2006, § 2315 Rdnr. 10; MünchKommBGB/Lange, 6. Aufl. 2013, § 2315 Rdnr. 6.

¹⁰ Vgl. Staudinger/Haas (Fn. 9), § 2315 Rdnr. 1.

¹¹ Ähnlich für Pflichtteilsergänzungsansprüche eines Dritten BGH, Urteil vom 14.2.2007, IV ZR 258/05, NJW-RR 2007, 803, 804, wonach der Rückerhalt einer Zuwendung bei Pflichtteilsergänzungsansprüchen nicht unberücksichtigt bleiben kann.

¹² So ein nicht veröffentlichtes DNotI-Gutachten.

¹³ J. Mayer, ZEV 1996, 441, 446; Staudinger/Haas (Fn. 9), § 2315 Rdnr. 33; a. A. Herrler/Schmied-Kovarik, in Dauner-Lieb/Grziwotz/Hohmann-Dennhardt, Pflichtteilsrecht, 2010, § 2315 BGB Rdnr. 66, welche die Zuwendung eines Vermächtnisses durch Verfügung von Todes wegen für erforderlich halten.

¹⁴ BGH, Versäumnisurteil vom 25.11.2009, XII ZR 92/06, NJW 2010, 998.

¹⁵ Vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 17.2.1999, 9 U 125/98, MittRhNotK 2000, 208; OLG Koblenz, Urteil vom 17.10.2001, 9 U 166/01, NJW-RR 2002, 512; weitergehend OLG München, Beschluss vom 13.4.2000, 12 UF 765/00, MittBayNot 2001, 85 ff.: Ein Drittel des tatsächlichen Werts im Zusammenhang mit der Berechnung des Grundstückswerts im Rahmen des Zugewinnausgleichs.

sichtigung aller Abzugsposten konnte er insgesamt keine Schenkung feststellen und verneinte daher das Bestehen eines Pflichtteilsergänzungsanspruchs.

Lässt man Nutzungs- und Rückforderungsrechte als Abzugsposten bei der Ermittlung des Vorliegens einer Schenkung zu, müssen konsequenterweise derartige Vereinbarungen auch bei der Frage des Zuwendungswerts einer Pflichtteilsanrechnung Berücksichtigung finden. Ziel der Bewertung im Rahmen des § 2315 Abs. 2 BGB ist es ebenso wie im Rahmen des § 2311 BGB, den vollen, wirklichen Wert und damit in der Regel den Verkehrswert der Zuwendung zu ermitteln.¹⁶ Dabei ist der erlangte wirtschaftliche Vorteil maßgebend, so dass alle im Zusammenhang mit der Zuwendung zugunsten des Erblassers vereinbarten Vorbehaltsrechte, Verbindlichkeiten und Leistungspflichten abzuziehen sind.¹⁷ Da für die Ermittlung des Zuwendungswerts nach § 2315 Abs. 2 Satz 2 BGB grundsätzlich der Zeitpunkt der Zuwendung maßgebend ist, ist die aufgrund des in § 2325 Abs. 2 BGB niedergelegten Niederstwertprinzips teilweise abweichende Handhabung der Rechtsprechung bei der Ermittlung der Höhe von Pflichtteilsergänzungsansprüchen nicht relevant.

2. Bewertung und Fristenlauf

Das Urteil des BGH¹⁸ verdeutlicht, dass bei Pflichtteilsergänzungsansprüchen nach § 2325 BGB die Frage der Auswirkung eines vorbehaltenen Nutzungsrechts hinsichtlich der Grundstücksbewertung und des Fristenlaufs nach § 2325 Abs. 2 und 3 BGB sich erst in einer zweiten Stufe nach Bejahung einer zumindest teilweisen Schenkung stellt. Scheidet dagegen auf der ersten Stufe unter Berücksichtigung vorbehaltenen Rechte eine Schenkung aus, kommt ein Pflichtteilsergänzungsanspruch nicht in Betracht. Gestalterisch kann man je nach Sachverhalt den auf der zweiten Stufe entstehenden Problemen (siehe nachfolgend lit. a und b) dadurch entgegen, dass zurückbehaltene Rechte und Gegenleistungen ggf. erhöht bzw. angepasst werden und so der Bereich einer Schenkung vollständig verlassen wird.

a) Fristenlauf

In der Fallvariante verbleibt als Abzugsposten nur das Rückforderungsrecht, sodass das Vorliegen einer zumindest teilweisen Schenkung nicht verneint werden kann. Wegen des Ablaufs der 10-Jahres-Frist müsste hinsichtlich des Pflichtteilsergänzungsanspruchs der verbleibende Schenkungswert nach § 2325 Abs. 3 BGB eigentlich außer Betracht bleiben. Da E und L nicht verheiratet sind, beginnt diese Frist mit der Eigentumsumschreibung im Grundbuch zu laufen.¹⁹ Bei einer Grundstücksschenkungen unter Nießbrauchsvorbehalt ist der für den Fristbeginn nach § 2325 Abs. 3 BGB maßgebliche Zeitpunkt nach der Rechtsprechung dagegen nicht der Eigentumsübergang, sondern erst der Zeitpunkt, in dem das Nießbrauchsrecht wegfällt.²⁰ Der Erblasser hat in diesem Fall auf-

grund des Nießbrauchsrechts noch keinen spürbaren Vermögensverlust erlitten und den verschenkten Gegenstand nur formal, nicht aber tatsächlich verloren. In Anlehnung hieran hat das OLG Düsseldorf in einem früheren Urteil²¹ entschieden, dass ebenfalls keine Leistung im Sinne des § 2325 Abs. 3 BGB vorliegt, sofern ein durch Vormerkung gesichertes Rückforderungsrecht besteht. Diese Entscheidung wird zu Recht überwiegend abgelehnt, da ein Rückforderungsrecht, das nur bei Eintritt gewisser Voraussetzungen geltend gemacht werden kann, dem Beschenkten die Nutzung nicht verwehrt. Liegen die Rückforderungsereignisse außerhalb des Einflussbereichs des Schenkers, hat der Schenker durch sein eingeschränktes, nur seiner Absicherung dienendes Zugriffsrecht sein Geschenk durch den Eigentumsübergang aufzugeben.²² Vorbehaltene Rückforderungsrechte können dann den Fristenlauf nicht hindern, es sei denn der Erblasser ist zum freien Widerruf seiner Schenkung berechtigt bzw. sie stehen ihm unter einer reinen Wollensbedingung zu.²³

b) Bewertungsfragen

Hinsichtlich des Abzugswerts des Rückforderungsrechts ist weiterhin zu berücksichtigen, dass der BGH im Rahmen der Bewertung nach § 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB beim Nießbrauchsvorbehalt zunächst den inflationsbereinigten Grundstückswert zum Zeitpunkt des Schenkungsvollzugs und den Wert zum Zeitpunkt des Erbfalls jeweils ohne Abzug des Werts des Nutzungsrechts vergleicht. Ist der Wert zum Zeitpunkt des Schenkungsvollzugs als der niedrigere maßgeblich, kann vom Grundstückswert noch der kapitalisierte Wert des Nutzungsrechts als zu diesem Zeitpunkt bestehende Belastung abgezogen werden. Dieser Wert ist dann unter Berücksichtigung des Kaufkraftschwunds auf den Todestag umzurechnen.²⁴ Ergibt die Gegenüberstellung dagegen, dass der Wert beim Erbfall als der niedrigere maßgeblich ist, kommt ein Abzug des dem Erblasser vorbehaltenen Nießbrauchs oder Nutzungsrechts nicht mehr in Betracht, weil es zu diesem Zeitpunkt erloschen und nicht mehr werthaltig ist. Der ermittelte Grundstückswert ist damit zugleich der Schenkungswert. Ist das Rückforderungsrecht, wie üblich, nicht vererblich und kann es auch nicht vom überlebenden Ehegatten ausgeübt werden (siehe unten Ziffer IV 2), erscheint es nach dieser Rechtsprechung konsequent, für Rückforderungsrechte denselben Berechnungsmodus aufzustellen und zuerst den Wert ohne Berücksichtigung des Rückforderungsrechts zu ermitteln. Stellt sich dabei heraus, dass für das Grundstück der Erbfallwert maßgebend ist, scheidet ein Abzug aus, da eine Ausübung des Rückforderungsrechts wegen Versterbens des Erblassers nicht mehr in Betracht kommt.

Nutzungs- bzw. Rückforderungsrechte können daher einerseits in Verbindung mit weiteren Gegenleistungen den vollständigen Wegfall der Schenkung bewirken, andererseits bei Verbleiben einer Teilschenkungen als Abzugsposten ganz entfallen, wenn es auf den Erbfallwert ankommt. Dieses Ergebnis erscheint widersprüchlich und ließe sich vermeiden, wenn man entsprechend dem Ansatz von *Muscheler* den nicht verminderten Erbfallwert mit dem um das Nutzungs- bzw. Rückforderungsrecht verminderten Vollzugswert vergleichen

¹⁶ Siehe *Staudinger/Haas* (Fn. 9), § 2315 Rdnr. 40.

¹⁷ *Staudinger/Haas* (Fn. 9), § 2315 Rdnr. 40. Siehe auch OLG München, Beschluss vom 17.7.2007, 31 Wx 18/07, ZEV 2007, 493, 495.

¹⁸ BGH, Urteil vom 25.11.2009, XII ZR 92/06, NJW 2010, 998.

¹⁹ Siehe BGH, Urteil vom 19.7.2011, X ZR 140/10, NJW 2011, 3082, 3083 wo, anders als für die Fälle des § 529 BGB, bei Grundstücksübertragungen dies als maßgebender Zeitpunkt für den Fristenlauf nach § 2525 Abs. 3 BGB bestätigt wird.

²⁰ Vgl. BGH, Entscheidung vom 27.4.1994, IV ZR 132/93, BGHZ 125, 395; BGH, Urteil vom 19.7.2011, Az. X ZR 140/10 (OLG München), NJW 2011, 3082, 3083 wo dies nicht auf § 529 BGB übertragen wird.

²¹ OLG Düsseldorf, Urteil vom 11.4.2008, 7 U 70/07, ZEV 2008, 525.

²² Siehe *Herrler*, ZEV 2008, 526 f.; *Diehn*, DNotZ 2009, 68 ff.

²³ Siehe *Diehn*, DNotZ 2009, 68, 70.

²⁴ Vgl. BGH, Entscheidung vom 8.4.1992, IV ZR 2/91, BGHZ 118, 49; BGH, Entscheidung vom 27.4.1994, IV ZR 132/93, BGHZ 125, 395.

würde.²⁵ Es ist aber letztendlich Konsequenz der derzeitigen BGH-Rechtsprechung.

IV. Vertragliches Rückforderungsrecht und Pflichtteilsverzicht

1. Entfallen eines Pflichtteilsverzichts bei Rückübertragung eines Grundstücks

Fall 3:

Vater V vereinbart mit seinem einzigen Sohn S einen Pflichtteilsverzicht und überträgt in derselben Urkunde auf S zum Alleineigentum ein Grundstück. Er behält sich für bestimmte Fälle ein Rückerwerbsrecht vor. Nach Eintreten eines Rückerwerbsgrunds verlangt V die Rückübertragung des Grundstücks. S weist darauf hin, dass mit der Rückübertragung auch der Pflichtteilsverzicht aufzuheben ist.

a) Rechtsverhältnisse

Bei der Übergabe eines Grundstücks gegen Vereinbarung eines Pflichtteilsverzichts muss zwischen dem Kausalgeschäft und den Leistungsvollzugsgeschäften als abstrakten Rechtsgeschäften unterschieden werden. Im Kausalgeschäft verpflichtet sich der künftige Pflichtteilsberechtigte zur Abgabe des Pflichtteilsverzichts und der Erblasser zur Gewährung einer Abfindung in Form der Übertragung eines Grundstücks. Es handelt sich hierbei um einen gegenseitigen Vertrag im Sinne der §§ 320 ff. BGB. Für das Rechtsgeschäft gilt sowohl die Formvorschrift des § 311b Abs. 1 BGB als auch die Regelung des § 2348 BGB.²⁶ Die Erfüllung dieses Kausalgeschäfts erfolgt dadurch, dass der Pflichtteilsberechtigte mit dem Erblasser in notariell beurkundeter Form den Pflichtteilsverzicht nach § 2346 Abs. 2 BGB als Leistungsvollzugsgeschäft abschließt und der Erblasser seiner Leistungspflicht durch Übereignung des Grundstücks nachkommt.²⁷

b) Fortbestehen des Pflichtteilsverzichts als Auslegungsfrage

Kommt es zur Rückübertragung aufgrund eines vorbehaltenen Rückforderungsrechts und fehlt eine ausdrückliche vertragliche Regelung hinsichtlich des Bestands des Pflichtteilsverzichts, ist der Wille der Parteien im Wege der Auslegung zu ermitteln. Dabei ist zu berücksichtigen, dass bei synallagmatischen Verträgen jede Partei ihre Leistung nur mit Rücksicht darauf erbringt, dass auch die andere Partei leistet (Prinzip des „do ut des“).²⁸ Bei der Rückabwicklung von Verträgen gilt nach den Regelungen zum Rücktritt gemäß den §§ 346 ff. BGB bzw. den bereicherungsrechtlichen Vorschriften der Grundsatz, dass die Vertragsparteien so zu stellen sind, wie sie vor dem Leistungsaustausch standen.²⁹ Für empfangene Leistungen bedeutet dies, dass sie grundsätzlich vollständig zurückerstattet werden müssen. Allein aus dem Fehlen einer Regelung kann daher ohne konkrete Anhaltspunkte nicht der Schluss gezogen werden, dass der Pflichtteilsverzicht auch im

Falle der Ausübung des Rückerwerbsrechts Bestand haben soll. Als vertragliche Vereinbarung würde eine solche Vereinbarung in der Regel zwar nicht gegen § 138 BGB verstoßen, da ein Pflichtteilsverzicht nicht die Zahlung einer Abfindung voraussetzt und auch der Insolvenzverwalter oder Gläubiger des Pflichtteilsberechtigten die Wirkung eines solchen Verzichts hinnehmen müssen.³⁰ Sie erscheint aber nur in besonderen Ausnahmefällen als interessengerecht und kann nur angenommen werden, wenn sie ausdrücklich vereinbart ist.

In Anlehnung an die Entscheidung des OLG München zur Pflichtteilsanrechnung (siehe oben Ziffer II.) könnte man daher davon ausgehen, dass mit Durchführung der Rückübertragung der Pflichtteilsverzicht automatisch entfällt, da er insoweit als auflösend bedingt vereinbart wurde. Dabei würde man allerdings vernachlässigen, dass der abstrakte Pflichtteilsverzicht als solcher nur das Erfüllungsgeschäft darstellt. Anders als die Auflassung (§ 925 Abs. 2 BGB) ist der abstrakte Pflichtteilsverzicht zwar nicht bedingungsfeindlich. Sein Bestand kann von der Wirksamkeit des Kausalgeschäfts und dem Bestand einer Zuwendung abhängig gemacht werden. Wie das OLG Düsseldorf hinsichtlich der Abhängigkeit eines Erbverzichts von der Wirksamkeit des Kausalgeschäfts in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung aber unlängst erneut betont hat, kann aufgrund des Abstraktionsprinzips die Annahme eines Bedingungsbeziehungs nur ausnahmsweise angenommen werden.³¹ Hierfür sind konkrete Anhaltspunkte für das Vorliegen eines solchen Einheitlichkeitswillens der Vertragspartner notwendig. Es reichen weder aus ein bloß wirtschaftlicher Zusammenhang noch ein äußerer Zusammenhang durch die Aufnahme beider Rechtsgeschäfte in einer Urkunde oder ein Sicherungsbedürfnis des Verzichtenden, insbesondere zur Sicherung des Erhalts der Abfindungsleistung.³² Die Verknüpfung beider Geschäfte stellt daher eine Ausnahme dar, die näher begründet werden muss. Auf dieser Grundlage ist es nicht zwingend erforderlich, bei der Rückabwicklung eines Vertrags Pflichtteilsanrechnung und Pflichtteilsverzicht bezüglich ihres automatischen Entfallens gleich zu behandeln. Die Pflichtteilsanrechnung ist denknotwendig mit einer Zuwendung verbunden. Dies ist beim Pflichtteilsverzicht nicht der Fall. Dieser kann auch ohne Erhalt einer Abfindung erklärt werden. Im Rahmen der Rückübertragung eines Grundstücks kann bei Fehlen einer ausdrücklichen Regelung im Übergabevertrag nicht davon ausgegangen werden, dass der Pflichtteilsverzicht automatisch mit der Rückübertragung entfällt. Auf eine Aufhebung des Pflichtteilsverzichts (§ 2351 BGB) bzw. Bestätigung seiner Gegenstandslosigkeit sollte daher nicht verzichtet werden. Dem S dürfte ein derartiges Ansinnen nicht zu verwehren sein. Soll umgekehrt der Pflichtteilsverzicht trotz Rückübertragung des Grundbesitzes weiter Bestand haben, ist bei Fehlen einer ausdrücklichen Vertragsregelung in der ursprünglichen Übertragungsurkunde wegen der ebenfalls nicht ausgeschlossenen Möglichkeit seines automatischen Entfallens eine Bestätigung des Pflichtteilsverzichts in der Rückübertragungsurkunde zu empfehlen.

²⁵ Muscheler, Erbrecht, 2010, Rdnr. 4248.

²⁶ Vgl. hierzu Keller, ZEV 2005, 229, 232 insbesondere auch zu Fragen der Heilung bei Formverstößen.

²⁷ Vgl. Edenfeld, ZEV 1997, 134, 136.

²⁸ Vgl. Bamberger/Roth/H. Schmidt, 3. Aufl. 2012, § 320 Rdnr. 4; MünchKommBGB/Emmerich, BGB, 6. Aufl. 2012, vor § 320 Rdnr. 3.

²⁹ Vgl. Bamberger/Roth/H. Schmidt (Fn. 27), § 346 Rdnr. 1; NomosKommBGB/von Sachsen Gessaphe, 2. Aufl. 2012, vor § 812 Rdnr. 4.

³⁰ Vgl. hierzu BGH, Beschluss vom 25.6.2009, IX ZB 196/08, NJW-RR 2010, 121; BGH, Beschluss vom 2.12.2010, IX ZB 184/09, NJW 2011, 1448; BGH, Urteil vom 19.1.2011, IV ZR 7/10, NJW 2011, 1586; Palandt/Weidlich (Fn. 7), § 2317 Rdnr. 8 f.; § 2346 Rdnr. 17.

³¹ OLG Düsseldorf, Urteil vom 20.12.2013, I-7 U 153/12, ZEV 2014, 265 f.

³² Siehe auch BayObLG, Entscheidung vom 27.1.1995, 1 Z BR 22/94, ZEV 1995, 228; Keller, ZEV 2005, 229, 230; weitergehend jedoch OLG Bamberg, OLG-Report 1998, 169, 170; MünchKommBGB/Wegerhoff (Fn. 9), § 2346 Rdnr. 27.

2. Vorversterben eines Übergeberteils bei Personenmehrheit

Fall 4:

Die Eltern vereinbaren mit ihrem einzigen Sohn S einen Pflichtteilsverzicht und übertragen in der gleichen Urkunde auf S zum Alleineigentum ein ihnen im Miteigentum je zur Hälfte zustehendes Grundstück. Das für bestimmte Fälle vorbehaltene Rückerwerbsrecht steht nach dem Tod eines Elternteils dem überlebenden Elternteil alleine zu. Nach Ableben des Vaters V, der aufgrund Testaments von seiner Tochter T als alleiniger Erbin beerbt wird, tritt einer der vereinbarten Rückerwerbsgründe ein und die Mutter M verlangt die Rückübertragung des Grundstücks.

a) Auswirkungen der Rückübertragung auf den Nachlass des verstorbenen Übergeberteils

Wird ein Grundstück von mehreren Personen insbesondere wie hier von beiden Elternteilen V und M übergeben, wird bei Vereinbarung eines Rückerwerbsrechts häufig vereinbart, dass das Rückerwerbsrecht den Eltern zu Lebzeiten beider gemeinsam (z. B. nach § 428 BGB) und nach dem Ableben eines Elternteils dem überlebenden Elternteil alleine zusteht. Sofern nur ein Elternteil Eigentümer des Grundstücks ist, erhält der bislang nicht mitberechtigten Elternteil das Rückerwerbsrecht häufig aufschiebend bedingt mit Ableben des anderen Elternteils.³³ Bei der Zuweisung des Rückerwerbsrechts an die überlebende M zur alleinigen Ausübung handelt es sich im Regelfall um eine im Übergabevertrag veranlasste aufschiebend bedingte unentgeltliche Zuwendung von V an M bezogen auf seinen übertragenen hälftigen Miteigentumsanteil.³⁴ Wenig geklärt ist dabei die Frage, wie das übergegangene Rückforderungsrecht bei der Berechnung des Pflichtteils nach V zu berücksichtigen ist. Zum einen wäre daran zu denken, die Schenkung von V an M immer mit dem Wert eines bedingten Rechts dem Nachlass hinzuzurechnen, wobei die Hinzurechnung dem Wert entsprechen müsste, der bei der Ermittlung von Pflichtteilsergänzungsansprüchen als Abzugswert in Betracht kommt (siehe oben Ziffer III. 1). Gegen eine solche Lösung spricht allerdings, dass das Rückforderungsrecht, wenn es vererblich ausgestaltet wäre und sich erst in der Person des Erben verwirklichen würde, als aufschiebend bedingtes Recht der Regelung des § 2313 BGB Abs. 1 BGB unterfallen müsste.³⁵ Das Grundstück wäre dann erst mit Entstehen des Rückforderungsanspruchs bei der Pflichtteilsberechnung zu berücksichtigen und zwar mit dem Wert zum Zeitpunkt des Erbfalls.³⁶ Wertungsmäßig kann es aber keinen Unterschied machen, ob der Erblasser derartige Ansprüche vererbt oder im Wege einer lebzeitigen Zuwendung bereits vorzeitig weiterschenkt. Die Anwendung des § 2313 Abs. 1 BGB bewirkt allerdings einen Bruch dahingehend, dass einerseits das Rückforderungsrecht bei der Ermittlung von Pflichtteilsergänzungsansprüchen ggf. sofort als Abzugsposten und damit wertmindernd in Betracht kommt (siehe oben Ziffer III. 1 und III. 2 b), andererseits die schenkweise Weitergabe dieses bedingten Rechts an Dritte als

Pflichtteilsergänzungsansprüche auslösende Schenkung erst mit Entstehen des Rückforderungsanspruchs zu berücksichtigen ist. Wer dies für miteinander unvereinbar hält, sollte über eine Korrektur der Berücksichtigung des Rückforderungsrechts als möglichen Abzugsposten nachdenken.

b) Auswirkungen eines auflösend bedingten Pflichtteilsverzichts

Ist der Pflichtteilsverzicht von S auflösend bedingt vereinbart, stellt sich die weitere Frage, ob die Bedingung nach Versterben des V in Bezug auf diesen noch eintreten und das Pflichtteilsrecht des Verzichtenden wieder aufleben kann. Nach der Rechtsprechung des BGH muss aus Gründen der Rechtssicherheit die Erbfolge mit dem Tod des Erblassers auf einer festen Grundlage stehen und darf grundsätzlich nicht noch nach beliebig langer Zeit wieder umgestoßen werden.³⁷ Teilweise wird aus dieser Rechtsprechung die Schlussfolgerung gezogen, dass nach Ableben des Erblassers jede Änderung des Erbverzichts, einschließlich des nachträglichen Eintritts einer Bedingung, ausgeschlossen ist³⁸ und dieses Ergebnis auch auf den Pflichtteilsverzicht übertragen.

Diese Auffassung überzeugt bereits in Bezug auf den Erbverzicht nicht, wie sich aus den Vorschriften der §§ 84, 1753 Abs. 3, § 1764 Abs. 1 Satz 2, § 1923 Abs. 2, §§ 1953, 2078 ff., 2339 ff. BGB ergibt. Die vorgenannten Vorschriften lassen eine postmortale Änderung der Erbfolge ausdrücklich zu. Rückwirkend auf den Erbfall können sich sowohl hinsichtlich der Erbfolge als auch hinsichtlich der Höhe der Pflichtteilsberechtigung Änderungen ergeben. Insofern ist kein zwingender Grund ersichtlich, die Möglichkeit der Veränderung der Pflichtteilsberechtigung abzulehnen, die aufgrund einer im Pflichtteilsverzicht vereinbarten Bedingung eintritt. Der Abschluss der nach den Vorschriften des Allgemeinen Teils des BGB grundsätzlich zugelassenen Möglichkeit der Vereinbarung einer Bedingung lässt sich anhand des geltenden Rechts nicht begründen.³⁹ Beim Pflichtteil kommt hinzu, dass dieser nur einen Geldanspruch vermittelt und die Erbfolge unberührt lässt. Pflichtteilsrecht und Pflichtteilsanspruch schließen sich nicht gegenseitig aus. Ausreichend ist es, dass die Grundlage der Pflichtteilsberechtigung, der Abschluss des Pflichtteilsverzichtsvertrags zum Zeitpunkt des Erbfalls wirksam feststeht. Ist dies der Fall, kann es zum Bedingungseintritt dann sowohl beim Vorversterben des Erblassers als auch beim Vorversterben des Verzichtenden kommen.

Der wiederauflebende Pflichtteilsanspruch samt Pflichtteilsergänzungsansprüchen des S richtet sich gegen den Erben, welcher, wie der Beispielsfall zeigt, nicht zwangsläufig mit dem Berechtigten des Rückforderungsrechts identisch sein muss. Soweit der überlebende Elternteil nicht Erbe ist, kann dieser aufgrund der Zuwendung des Rückforderungsrechts nur nach § 2329 BGB in Anspruch genommen werden, wenn der Nachlass zur Befriedigung der Pflichtteilsforderung nicht ausreichend ist.⁴⁰

³³ Siehe z. B. die Formulierungsvorschläge von J. Mayer (Fn. 3), § 13 Rdnr. 200; Krauß, Vermögensnachfolge in der Praxis, 3. Aufl. 2012, Rdnr. 1806, 1845, 1997.

³⁴ Vgl. BFH, Urteil vom 22.8.2007, II R 33 /06, ZEV 2007, 599 m. Anm. Götz.

³⁵ So zum Beispiel der BGH zu Restitutionsansprüchen, die erst in der Person des Erben entstehen, siehe BGH, Urteil vom 28.4.2004, IV ZR 85/03, FamRZ 2004, 1284; BGH, Urteil vom 23.6.1993, IV ZR 205/92, NJW 1993, 2176, 2177.

³⁶ Vgl. BGH, Urteil vom 23.6.1993, IV ZR 205/92, BGHZ 123, 77, 80; OLG Köln, Beschluss vom 21.3.1996, 20W27/96, NJW 1998, 240, 241. Kritisch MünchKommBGB/Lange (Fn. 9), § 2313 Rdnr. 3.

³⁷ BGH, Urteil vom 13.11.1996, IV ZR 62/96, BGHZ 134, 60, 63 f.; BGH, Urteil vom 7.12.1977, IV ZR 20/76, NJW 1978, 1159; BGH, Urteil vom 4.11.1998, IV ZR 327–97, NJW 1999, 789.

³⁸ Staudinger/Ferid/Cieslar, BGB, 12. Aufl., Einl. zu § 2346 Rdnr. 89; Lange in FS Nottarp 1961, S. 119, 123. A. A. BayObLG, Beschluss vom 4.10.1957, BReg. 1 Z 147/57, BayObLGZ 1957, 292, 300 = NJW 1958, 344.

³⁹ Vgl. hierzu ausführlich Hausmann/Hohloch/Weidlich, Handbuch des Erbrechts, 2. Aufl. 2010, Kap. 15 Rdnr. 25 ff. Im Ergebnis ebenso Mankowski, ZEV 1998, 33 f.; Leipold, ZEV 2006, 212, 213 f.; Damrau, MittBayNot 2006, 253 f.

⁴⁰ Zu verjährungsrechtlichen Problemen siehe Weidlich (Fn. 2), S. 1104, 1114 f.

c) Auswirkungen einer Verpflichtung zur Aufhebung des Pflichtteilsverzichts

Ist keine auflösende Bedingung des Pflichtteilsverzichts vereinbart oder kann diese nicht mehr eintreten (siehe lit. b), ist der Pflichtteilsverzicht aufzuheben (siehe Ziffer IV 1 b). Eine Aufhebung scheidet allerdings wegen des in § 2347 Abs. 2 Satz 1 BGB niedergelegten Höchstpersönlichkeitsprinzips nach der Rechtsprechung aus, wenn der Erblasser vor Durchführung der Aufhebung verstirbt,⁴¹ sodass an Wertersatzansprüche zu denken ist. Beim eigenständigen vertraglichen Rückforderungsrecht wird die Anwendung der Rücktrittsvorschriften überwiegend abgelehnt, da es sich um eine eigenständige Regelung unabhängig von den gesetzlichen Bestimmungen handelt, sodass Regelungslücken nicht durch einen Rückgriff auf § 346 BGB geschlossen werden können.⁴² Schwierigkeiten würde der Rückgriff auf § 346 Abs. 2 Satz 2 BGB bereiten, da sich nach dieser Vorschrift der Wertersatz nach der Gegenleistung (hier der übertragene Grundbesitz) bemisst. Zum einen stellt sich die Frage, inwieweit der Pflichtteilsverzicht in einem Gegenleistungsverhältnis steht, zum anderen werden sich der Grundbesitz und der Pflichtteilsverzicht in den seltensten Fällen wertmäßig entsprechen. Die Anwendung des nicht auf Teilschenkungen zugeschnittenen § 346 Abs. 2 BGB erweist sich auch unter diesem Aspekt als problematisch.⁴³ Lehnt man entsprechend der Literatur die Anwendbarkeit des § 346 BGB ab und will man das „do ut des“-Prinzip aufrechterhalten, verbleibt trotz Fortbestands des Übergabevertrages dann in Anlehnung an die gesetzlichen Rückforderungs- bzw. Widerrufsrechte der §§ 528, 530 BGB nur der Rückgriff auf bereicherungsrechtliche Vorschriften.⁴⁴ Anstelle der Aufhebung des Pflichtteilsverzichts nach § 818 Abs. 2 BGB ist dann voller Wertersatz zu leisten. Hierdurch lässt sich der auch in § 346 Abs. 1 BGB enthaltene Grundgedanke einer Wiederherstellung des Zustands vor Vertragsabschluss verwirklichen, dessen Anwendbarkeit dem Willen der Parteien regelmäßig eher entsprechen wird als die ohnehin als problematisch empfundene Anwendung des § 346 Abs. 2 Satz 2 BGB.⁴⁵ Nur auf diesem Weg lässt sich zudem eine Wertungsgleichheit mit der Pflichtteilsanrechnung erzielen, deren Wirkung bei der Ausübung eines Rückforderungsrechtes vollständig entfällt⁴⁶ und die sich, z. B. bei einer nachträglichen Vereinbarung, auch im Wege eines beschränkten Pflichtteils-

verzichts vereinbaren lässt.⁴⁷ Für den Rückforderungsberechtigten entsteht hierdurch kein Nachteil, da die Ausübung des Rückforderungsrechts in seiner Hand liegt und er die Möglichkeit besitzt, sich vor Ausübung des Rückforderungsrechts über die damit verbundenen Konsequenzen zu informieren.

Der Wertersatzanspruch richtet sich grundsätzlich auf den objektiven Verkehrswert, den die Leistung nach ihrer tatsächlichen Beschaffenheit für jedermann hat.⁴⁸ Beim Tod des Erblassers konkretisiert sich der Wertanspruch auf den Wert des Pflichtteilsverzichts zu diesem Zeitpunkt. Der Verzichtende erhält daher einen Geldbetrag in Höhe seines Pflichtteilsrechts. Stehen dem Rückübertragungsverpflichteten Pflichtteilsergänzungsansprüche nach dem Übergeber zu, kommt bei diesem wegen seiner Verpflichtung zur Rücküberweisung eine Anrechnung nach § 2327 BGB nicht in Betracht.

3. Vorversterben des Verzichtenden

Fall 5:

Wie Fall 3 mit der Maßgabe, dass das Rückforderungsrecht wegen des Vorversterbens von S gegenüber K, dem Enkelkind des V und einzigem Kind und Alleinerben des S, geltend gemacht wird.

Verstirbt der Verzichtende vor Aufhebung des Pflichtteilsverzichts ist umstritten, ob der Pflichtteilsverzicht nach dem Tode des Verzichtenden mit dessen Erben oder dessen Abkömmlingen aufgehoben werden kann, da § 2351 BGB die Aufhebung für den Verzichtenden nicht als höchstpersönliches Rechtsgeschäft ausgestaltet hat. Die Möglichkeit einer Aufhebung des Verzichts mit den Erben des verstorbenen Verzichtenden ist abzulehnen. § 2346 Abs. 1 BGB legt die Vertragsparteien eines Erb- bzw. Pflichtteilsverzichtsvertrags fest. Da die Erben des Verzichtenden nicht notwendigerweise Ehegatten oder Verwandte sein müssen, kann das Recht zur Aufhebung daher auch nicht auf sie übergehen.⁴⁹ Die Wirkung des Pflichtteilsverzichts würde sich nur noch auf die Abkömmlinge des Verzichtenden auswirken. Dies stellt jedoch einen Eingriff in eine fremde Rechtssphäre dar, der nur aufgrund eines eigenständigen Verzichts der Abkömmlinge erfolgen kann. Hierfür spricht auch die Regelung des § 2349 BGB, da Grundlage der dort angeordneten Erstreckungswirkung ein wirksamer eigener Verzicht des Verzichtenden ist. Eine isolierte Verzichtswirkung nur zulasten der Abkömmlinge wird durch diese Vorschrift nicht ermöglicht.⁵⁰

In Betracht zu ziehen ist noch ein Aufhebungsvertrag zwischen V und K, da dieser als Abkömmling des S dessen Pflichtteilsposition einnimmt und der Pflichtteilsverzicht sich nach Ableben des S aufgrund der sich aus § 2349 BGB ergebenden Erstreckungswirkung⁵¹ allein auf ihn auswirkt. Der BGH hat die Möglichkeit einer Aufhebung des Verzichts durch den Erblasser und den Abkömmlingen des Verzichten-

⁴¹ Vgl. *Hausmann/Hohloch/Weidlich* (Fn. 39), Kap. 15 Rdnr. 25 f.; *Böhmer*, Das postmortale Zustandekommen erbrechtlicher Verzichtsverträge, 2004, S. 264 ff.; *Kramm*, Entstehung und Beseitigung der Rechtswirkungen eines Erbverzichts, 2004, S. 83 ff. Weitergehend *J. Mayer*, MittBayNot 1997, 85; *Muscheler*, JZ 1997, 853, 854 f., die eine Annahme eines Angebots des Erblassers durch den Verzichtenden auch nach dem Tod des Erblassers noch zulassen.

⁴² Vgl. *Langenfeld/Günther* (Fn. 1), Rdnr. 301; *J. Mayer* (Fn. 3), § 13 Rdnr. 21.

⁴³ Zur Qualifizierung einer für den Pflichtteilsverzicht geleisteten Abfindung als Gegenleistung und zur Berechnung bei Anwendung von § 346 Abs. 2 Satz 2 BGB siehe *Weidlich* (Fn. 2), S. 1104, 1105 ff, 1112 f.

⁴⁴ Bei § 528 Abs. 1 Satz 1 BGB wird im Wege einer Rechtsfolgenverweisung auf das Bereicherungsrecht verwiesen. Der Widerruf nach § 530 BGB stellt einen Fall des § 812 Abs. 1 Satz 2 1. Fall BGB (*condictio ob causam finitam*) dar. Siehe hierzu *Palandt/Weidenkaff* (Fn. 7), § 528 Rdnr. 6; § 530 Rdnr. 3, § 531 Rdnr. 1. Siehe auch *Weidlich* (Fn. 2), S. 1104, 1107 ff.

⁴⁵ Kritisch hierzu z. B. *MünchKommBGB/Gaier* (Fn. 28), § 346 Rdnr. 44. Zur Anwendbarkeit des § 346 Abs. 2 Satz 2 BGB und dessen Auswirkungen bei einem Pflichtteilsverzicht gegen Abfindung siehe auch *Weidlich* (Fn. 2), S. 1104, 1112 f.

⁴⁶ OLG München, Beschluss vom 17.7.2007, 31 Wx 18/07, ZEV 2007, 493, 495.

⁴⁷ Vgl. RG, Urteil vom 6.5.1909, Az. Rep. IV. 475/08, RGZ 71, 133, 136; *J. Mayer*, ZEV 2000, 263, 264.

⁴⁸ BGH, Entscheidung vom 24.11.1981, X ZR 7/80, BGHZ 82, 299, 307 f.; *Staudinger/Schotten*, BGB Bearb. 2010, § 2346 Rdnr. 184.

⁴⁹ Im Ergebnis ebenso BGH, Urteil vom 24.6.1998, IV ZR 159/97, BGHZ 139, 116, 119 ff.; *Staudinger/Schotten* (Fn. 48), § 2346 Rdnr. 97d; *Keim*, NotBZ 1999 1, 3; a. A. *Muscheler*, ZEV 1999, 49, 51 f.; *J. Mayer*, MittBayNot 1999, 41, 42 f.; *MünchKommBGB/Wegerhoff*, § 2351 Rdnr. 3.

⁵⁰ Im Ergebnis ebenso *Staudinger/Schotten* (Fn. 48), § 2347 Rdnr. 9.

⁵¹ Zu dessen Geltung beim Pflichtteilsverzicht siehe *Hausmann/Hohloch/Weidlich* (Fn. 39), Kap. 15 Rdnr. 53; *Palandt/Weidlich* (Fn. 7), § 2349 Rdnr. 1.

den im Gegensatz zum OLG München⁵² verneint. Er hat dies mit dem Hinweis begründet, dass sich § 2349 BGB von der Vorstellung einer vorweggenommenen Erbfolge leiten lasse. Der Verzichtende als Repräsentant seines Stamms bedürfe daher weder zum Abschluss noch zur Aufhebung des Verzichts der Zustimmung seiner Abkömmlinge und sei daher aufgrund der gesetzlichen Vorstellung zu einer unabänderlichen Regelung mit Wirkung für seinen Stamm befugt.⁵³

Scheitert die Rückabwicklung wegen des Todes des Verzichtenden, so bereitet die Ermittlung des an die Stelle der Pflichtteilsverzichtsaufhebung tretenden Wertersatzanspruchs Probleme, da sich der Wert des Nachlasses im Erbfall und seine bis dahin ergebenden Veränderungen kaum einschätzen lassen.⁵⁴ Hat sich der Verzicht nicht auf die Abkömmlinge erstreckt, z. B. weil die Regel des § 2349 BGB abbedungen wurde, hat er im Erbfall keine Auswirkungen. Es kann daher entsprechend § 818 Abs. 3 BGB von einer Entreichung des Erblassers ausgegangen werden.⁵⁵ Wirkt, wie im vorliegenden Fall, dagegen der Pflichtteilsverzicht auch zugunsten der Abkömmlinge des Verzichtenden, so erscheint es als sachgerecht, auf den Wert des Pflichtteilsrechts zum Zeitpunkt des Entstehens des Wertersatzanspruchs abzustellen, als ob der Erblasser zu diesem Zeitpunkt verstorben wäre.⁵⁶

4. Anderweitige Rückerwerbskonstruktionen

Erfolgt die Ausgestaltung des Rückforderungsrechts nicht als eigenständiges vertragliches Rückforderungsrecht, sondern als auflösende Bedingung, so führt der Eintritt eines Rückforderungstatbestands zum Wegfall des Kausalvertrags. Wegen der Bedingungsfeindlichkeit der Auflassung (§ 925 BGB) kann sich der Bedingungseintritt nicht auf die Grundstücksübertragung beziehen. Aufgrund des Abstraktionsprinzips dürften für ein automatisches Entfallen des Pflichtteilsverzichts ebenfalls konkrete Anhaltspunkte erforderlich sein (siehe oben Ziffer IV. 1 b). Fehlen solche, ist der Pflichtteilsverzicht ebenso wie die Grundstücksübertragung wegen Wegfall des Rechtsgrunds nach Bereicherungsrecht rückabzuwickeln. Gleiches gilt, wenn der Übergeber sich bei Eintritt des Rückforderungstatbestands den Widerruf der Zuwendung vorbehalten hat. Auch hier führt der Widerruf zur Beseitigung des Rechtsgrunds der Veräußerung mit Wirkung ex tunc und zur Rückabwicklung nach Bereicherungsrecht.⁵⁷ Ist das Rückforderungsrecht als vertragliches Rücktrittsrecht ausge-

staltet,⁵⁸ entsteht der Rückerwerbsanspruch mit der Ausübung der Rücktrittserklärung. Die Ausübung des Rücktrittsrechts wandelt den bestehenden Kausalvertrag in ein Rückgewährschuldverhältnis nach den §§ 346 ff. BGB um. In Bezug auf den Pflichtteilsverzicht bedeutet dies, dass er als empfangene Leistung nach § 346 Abs. 1 BGB zurückzugewähren und daher nach § 2351 BGB aufzuheben ist. Scheitert die Möglichkeit der Aufhebung des Pflichtteilsverzichts wegen des Todes eines Vertragsteils, ist entsprechend § 346 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB Wertersatz zu leisten.⁵⁹

5. Geschwisterpflichtteilsverzicht

Fall 6:

Mit notariellem Grundstücksüberlassungsvertrag überträgt Erblasserin E ihr Wohnhausgrundstück auf den Sohn S zum Alleineigentum. Die Geschwister des S schließen in derselben Urkunde mit E einen Pflichtteilsverzichtsvertrag, in welchem sie für sich und ihre Abkömmlinge auf das gesetzliche Pflichtteilsrecht am Nachlass von E ohne Rücksicht auf den dereinstigen Nachlasswert verzichten. S verpflichtet sich auch für seine Erben zur Rückübertragung des Grundstücks unter anderem, wenn „der Übernehmer vor dem Übergeber versterben sollte“. Nach dem Tod von S wird das Grundstück durch notarielle Urkunde unter Beteiligung der Geschwister „in Rückabwicklung der Vorurkunde“ auf E rückübertragen und auf die Gegenstandslosigkeit der erbrechtlichen Bestimmungen der Vorurkunde verwiesen. Vorsorglich werden die in der Vorurkunde vereinbarten erbrechtlichen Bestimmungen aufgehoben. E wird dabei durch einen Bevollmächtigten vertreten. Nach Ableben der E verlangen Geschwister des S, die enterbt wurden, ihren Pflichtteil.

Über vorstehende Fallkonstellation hatte unlängst das OLG München zu befinden.⁶⁰ Die in der Rückübertragungsurkunde enthaltene Aufhebung des Pflichtteilsverzichts war unwirksam, da die die Aufhebung des Verzichts nach §§ 2351, 2347 Abs. 2 BGB nur durch E persönlich und nicht durch einen Vertreter erklärt werden konnte. Das OLG München ging jedoch davon aus, dass der ursprünglich in der Erstübertragungsurkunde erklärte Pflichtteilsverzicht der Geschwister unter der stillschweigend vereinbarten auflösenden Bedingung der Rückübertragung des Grundstücks an die Erblasserin stand und mit der Rückübertragung des Grundstücks diese auflösende Bedingung eingetreten ist.

In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass ein Erb- oder Pflichtteilsverzicht, sofern die Urkunde die Form des § 2348 BGB wahrt, auch stillschweigend erklärt werden kann, was ggf. durch Auslegung zu klären ist.⁶¹ Gleiches gilt demzufolge bezüglich der mit einem Verzicht verbundenen Befristungen oder Bedingungen. Das Vorliegen einer stillschweigend vereinbarten auflösenden Bedingung entnahm das OLG

⁵² OLG München, Urteil vom 14.4.1997, 31 U 3732/96, ZEV 1997, 299, 300 f.

⁵³ BGH, Urteil vom 24.6.1998, IV ZR 159/97, BGHZ 139, 116, 119. Zu Recht ablehnend *Staudinger/Schotten* (Fn. 48), § 2346 Rdnr. 97d; *Muscheler*, ZEV 1999, 49, 51; *Reul*, MittRhNotK 1997, 373, 383 f.; vgl. hierzu *Hausmann/Hohloch/Weidlich* (Fn. 39), Kap. 15 Rdnr. 59 ff.; differenzierend *Quantius*, Die Aufhebung des Erbverzichts, 2001, S. 125 mit der Einschränkung, dass ein Abkömmling zugleich auch Erbe sein muss.

⁵⁴ Vgl. *Kornexl*, Der Zuwendungsverzicht, 1998, Rdnr. 274.

⁵⁵ *Kornexl* (Fn. 54), Rdnr. 313.

⁵⁶ Vgl. allgemein hierzu MünchKommBGB/Schwab, 6. Aufl. 2013, § 818 Rdnr. 102 ff.; *Palandt/Sprau* (Fn. 7), § 818 Rdnr. 20; *Bamberger/Roth/Wendehorst* (Fn. 28), § 818 Rdnr. 33 mit Nachweisen für die in der bereicherungsrechtlichen Literatur vertretene Gegenmeinung. A. A. *Kornexl* (Fn. 54), Rdnr. 314, welcher grundsätzlich auf den Abfindungswert abstellt, wobei dies jedoch zu Problemen führt, wenn keine oder nur eine geringwertige Abfindung geleistet wurde; *Staudinger/Schotten* (Fn. 47), § 2346 Rdnr. 185 welcher den Erben den Anspruch einräumt, einen Aufhebungsvertrag zwischen dem Erblasser und den Abkömmlingen verlangen zu können.

⁵⁷ Vgl. hierzu *Langenfeld/Günther* (Fn. 1), Rdnr. 244; *Weser*, ZEV 1995, 353, 356; *J. Mayer* (Fn. 3), § 13 Rdnr. 16.

⁵⁸ Siehe *Spiegelberger*, MittBayNot 2000, 1, 11.

⁵⁹ Vgl. *Bamberger/Roth/Grothe* (Fn. 28), § 346 Rdnr. 45 mit Verweis auf BGH, Urteil vom 10.10.2008, V ZR 131/07, NJW 2009, 63, 64 Tz. 18; MünchKommBGB/Gaier (Fn. 28), § 346 Rdnr. 43, die eine analoge Anwendung von § 346 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB für die vom Gesetz nicht geregelten weiteren Fälle der Unmöglichkeit der Herausgabe befürworten. Weitergehend *Palandt/Grüneberg* (Fn. 7), § 346 Rdnr. 9, wo eine unmittelbare Anwendung von § 346 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB bejaht wird. Zur Berechnung des Wertersatzes bei Anwendung des § 346 BGB siehe *Weidlich* (Fn. 2) S. 1104, 1112 f.

⁶⁰ OLG München, Schlussurteil vom 14.5.2014, 7 U 2983/13, MittBayNot 2015, 240 (in diesem Heft).

⁶¹ BGH, Entscheidung vom 15.12.56, IV ZR 101/56, BGHZ 22, 364, 368 f.; BGH, Urteil vom 9.3.1977, IV ZR 114/75, NJW 1977, 1728 f.

München aus der Gesamtwürdigung der in den notariellen Verträgen von den Parteien abgegebenen Erklärungen. Der ursprüngliche Grundstücksübertragungsvertrag enthielt neben der Übertragung des Grundstücks an S auch dessen Gegenleistung in Form einer umfassenden persönlichen Versorgung und Pflege der E bis zu ihrem Tode samt Bestellung eines Leibgedings für dieselbe. Einen inneren und inhaltlichen Zusammenhang des Geschwisterverzichts mit den übrigen Regelungen einschließlich des Rückerwerbsrechts ergab sich nach dem OLG München bereits aus der Niederlegung der Regelungen in einer notariellen Urkunde sowie daraus, dass die Grundstücksübertragung aufgrund der vereinbarten Gegenleistungen auch zur Sicherung der persönlichen Betreuung und Pflege der E durch S und damit zur Entlastung der Geschwister von etwaigen auch faktischen Pflege- bzw. Unterhaltungspflichten diene. Tritt der Fall der Rückübertragungspflicht und damit der Rückabwicklung der Grundstücksübertragung ein, so betrifft dies nach Auffassung des Gerichts wegen der engen Verknüpfung der Regelungen auch den Pflichtteilsverzicht, für den dann ebenso wie für das Grundstück neue Regelungen zu treffen sind bzw. getroffen werden können. Ohne dies näher zu diskutieren, nahm das Gericht auch keinen Verstoß gegen das Formgebot des § 2348 BGB an, da durch die festgestellten Anhaltspunkte der Auflösungs- und Aufhebungswille ausreichend, wenn auch nur unvollkommen, zum Ausdruck gekommen war.⁶² Unerheblich war schließlich auch, dass E bereits Alleinerbin von S war und sich die Rückübertragung bereits durch die Erbenstellung der E erledigt hatte. Für den Eintritt der Bedingung war der Rückfall des Grundstücks an E, nicht aber der Weg des Rückfalls durch rechtsgeschäftliche Vereinbarung oder aufgrund Erbfolge entscheidend.

Die Entscheidung des OLG München, von einem automatischen Erlöschen des Pflichtteilsverzichts auszugehen, erscheint nicht ganz zweifelsfrei. Wie bereits oben dargelegt (siehe Ziffer IV. 1 b), ist zu bedenken, dass wegen des Abstraktionsprinzips auch nach der Rechtsprechung allein ein äußerer Zusammenhang durch die Niederlegung der Vereinbarungen in einer Urkunde in der Regel nicht ausreicht, um einen Bedingungszusammenhang zu begründen. Sieht man die Vereinbarung der Leistung einer Abfindung zugunsten des Verzichtenden oder deren Rückgabe für die Annahme eines Bedingungszusammenhangs als nicht ausreichend an, so erscheint es fraglich, ob dann die Rückgabe einer Zuwendung, die an einen Dritten geleistet wurde, ausreichen kann. Bezüglich des Entfallens eines Geschwisterverzichts ist zudem zu bedenken, dass nach herrschender Meinung die Regelung des § 2350 BGB auf den Pflichtteilsverzicht nicht analog angewendet wird, so dass ein Pflichtteilsverzicht im Zweifel nicht nur bestimmte Personen begünstigen soll.⁶³ Für die Annahmen einer stillschweigend vereinbarten auflösenden Bedingung wird man daher klare Anhaltspunkte fordern müssen, wofür die Beweislast derjenige trägt, der sich auf das Entfallen des Pflichtteilsverzichts beruft. Als weitere Bestätigung für das gefundene Ergebnis hat das OLG München ferner noch die in der Rückübertragungsurkunde enthaltenen Angaben der Beteiligten gewertet, wonach die erbrechtlichen Bestimmungen der Vorurkunde gegenstandslos seien. Es dürfte sich letztendlich um eine Tatfrage handeln, ob eine solche Erklärung verbunden mit weiteren Anhaltspunkten ausreicht,

um einen zum Zeitpunkt der Erstübertragungsurkunde bereits vorhandenen und vereinbarten Willen nachzuweisen.

V. Gestaltungsüberlegungen

1. Regelungsproblematik

Im Zusammenhang mit der Pflichtteilsanrechnung hat das OLG München darauf hingewiesen, dass eine Regelung für ein Entfallen der Anrechnungsbestimmung bei Geltendmachung eines Rückübertragungsanspruchs zwar als Klarstellung wünschenswert, aber keinesfalls zwingend erforderlich sei.⁶⁴ Neuere Formulierungsmuster regeln zum Teil diese Problematik im Sinne einer auflösenden Bedingung.⁶⁵

Zur Kombination Pflichtteilsverzicht und Rückerwerbsrecht im Rahmen einer Grundstücksüberlassung und der Regelung ihres Verhältnisses lassen sich in den einschlägigen Formularbüchern ebenfalls nur wenige Muster finden. J. Mayer befürwortet eine Verpflichtung zur Aufhebung des Pflichtteilsverzichts,⁶⁶ während Krauß den Pflichtteilsverzicht auflösend bedingt gestaltet und ihn mit Durchführung der Rückübertragung entfallen lässt.⁶⁷ Zur Vermeidung bzw. Milderung der auftretenden Probleme erscheint auch hier eine vertragliche Regelung überlegenswert.

Die Zulässigkeit des Entfallens eines Pflichtteilsverzichts aufgrund einer vereinbarten auflösenden Bedingung nach Ableben des Übergebers oder eines Übergeberteils ist derzeit wegen fehlender Rechtsprechung noch als unsicher anzusehen (siehe Ziffer IV. 2 b). Sollte dies durch den BGH verneint werden, wirft die Vereinbarung einer auflösenden Bedingung die weitere Frage auf, ob wegen einer gegen das Gesetz verstoßenden fehlerhaften Bedingung der Pflichtteilsverzicht endgültig wirksam bleibt oder der Überlassungsvertrag gemäß § 139 BGB insgesamt unwirksam ist.⁶⁸ Jeder Vertragsteil kann daher unter Umständen die Geltung des Übertragungsvertrages in Frage stellen und zwar unabhängig davon, ob es zum Vorversterben des Übergebers oder zum Eintritt eines sonstigen Rückforderungsgrundes kommt. Hält man entsprechend der hier vertretenen Auffassung den nachträglichen Bedingungseintritt für zulässig, stellt sich für den Übernehmer bei der Geltendmachung des Rückforderungsrechts durch den überlebenden Übergeberteil das weitere Problem, ob er etwaige mit dem Pflichtteil verbundene Pflichtteilsergänzungsansprüche nach dem erstversterbenden Elternteil, die ihm gegenüber einem Beschenkten nach § 2329 BGB zustehen, noch durchsetzen kann, wenn das Rückforderungsrecht erst nach Ablauf der für Pflichtteilsansprüche geltenden dreijährigen Verjährungsfrist entsteht. Denn nach § 2332 Abs. 1 BGB (früher § 2332 Abs. 2 BGB) beginnt die Verjährungsfrist insoweit bereits mit dem Erbfall.⁶⁹ Eine genauere Regelung eines auflösend bedingten Pflichtteilsverzichts unter grundsätzlicher Aufrechterhaltung des erbrechtlichen Regelungssystems führt teilweise zu komplexen⁷⁰ und ggf. nur schwer

⁶² Vgl. zuletzt BGH, Urteil vom 10.7.1996, XII ZR 121/95, NJW 1996, 2793; Palandt/Ellenberger (Fn. 7), § 133 BGB Rdnr. 19; Keim, ZEV 2001, 1, 3; siehe auch Hausmann/Hohloch/Weidlich (Fn. 39), Kap. 15 Rdnr. 20.

⁶³ Vgl. Staudinger/Schotten (Fn. 48), § 2350 Rdnr. 5; Palandt/Weidlich (Fn. 7), § 2350 Rdnr. 1.

⁶⁴ Vgl. OLG München, Beschluss vom 17.7.2007, 31 Wx 18/07, ZEV 2007, 493, 495.

⁶⁵ Siehe Schlitt/Müller/G. Müller, Handbuch Pflichtteilsrecht, 2010, § 10 Rdnr. 87; Lehmann in Beck'sches Formularbuch Erbrecht, 3. Aufl. 2014, I. III. 5.

⁶⁶ Vgl. J. Mayer (Fn. 3), § 13 Rdnr. 200.

⁶⁷ Krauß (Fn. 33), Rdnr. 1795.

⁶⁸ Vgl. allgemein zu den Rechtsfolgen unzulässiger und unmöglicher Bedingungen MünchKommBGB/H. P. Westermann, 6. Aufl. 2012, § 158 Rdnr. 37, 48; Bamberger/Roth/Rövekamp (Fn. 28), § 158 Rdnr. 35 f.

⁶⁹ Siehe hierzu Weidlich (Fn. 2), S. 1104, 1114 f.

⁷⁰ Siehe hierzu einen Lösungsvorschlag bei Weidlich (Fn. 2), S. 1104, 1116 f.

vermittelbaren Lösungen.⁷¹ Bei einer Verpflichtung zur Aufhebung des Pflichtteilsverzichts scheitert eine solche, wenn ein Vertragsteil vor der Aufhebung verstirbt (siehe oben Ziffer IV. 2 c und IV. 3), eine Fallkonstellation, die auch noch nach Geltendmachung des Rückforderungsrechts eintreten kann. Ist Erbe des verstorbenen Übergebers bzw. Übergeberteils eine andere Person als die rückübertragungsberechtigte Person, ist zudem eine Abwicklung in einem Drei-Personen-Verhältnis erforderlich. Für den Unternehmer kann dies bedeuten, dass er bezüglich seines Wertersatzanspruchs das Risiko einer Erbeninsolvenz zu tragen hat.

2. Fortbestand des Pflichtteilsverzichts im Todesfall

Die Vereinbarung eines auflösend bedingten Pflichtteilsverzichts hat im Vergleich zu einer Aufhebungsverpflichtung den Vorteil, dass das Wiederaufleben des Pflichtteilsrechts an das Entstehen des Rückforderungsrechts gebunden werden kann, sodass ein bis zur Durchführung der Rückübertragung eintretendes nachträgliches Versterben eines Vertragsteils unerheblich ist. Die weiteren mit der Vereinbarung einer auflösenden Bedingung verbundenen Probleme (siehe Ziffer V. 1) lassen sich vermeiden, wenn man den auflösend bedingten Pflichtteilsverzicht bei Vorversterben eines Vertragsteils vor Entstehen des Rückübertragungsanspruchs bestehen und an Stelle des verlorenen Pflichtteils einen dem Rückübertragungsverpflichteten zustehenden Geldanspruch als Wertersatz treten lässt. Für die Begründung eines Wertersatzanspruchs zugunsten des Rückübertragungsverpflichteten lässt sich anführen, dass bei Vorversterben des Grundstücksübernehmers der Ausgleich für den aufgrund der Grundstücksübertragung eingetretenen Verlust des Pflichtteils dem Rechtsnachfolger (in der Regel der Erbe) und damit derselben Person zugutekommt, dem das Grundstück bei Nichtentstehen bzw. Nichtausübung des Rückforderungsrechtes zugutegekommen wäre. Ist der Pflichtteilsverzicht, wie im Normalfall, nach § 2349 BGB auch mit Wirkung für die Abkömmlinge des Übernehmers abgeschlossen, ist der Übergeber hinsichtlich des Stamms des Übernehmers weiterhin vor Pflichtteilsansprüchen sicher. Der als Erbe an die Stelle des Übernehmers getretene Rückübertragungsverpflichtete kann sich dann seinerseits gegenüber Pflichtteilsansprüchen nach dem Unternehmer wegen Nachlassverringerung auf § 2313 BGB berufen.

Ist ein Übergeberteil verstorben und steht dem anderen Übergeberteil das Rückforderungsrecht alleine zu, ist es aus Sicht des Unternehmers vorzugswürdig, seinerseits bezüglich der Rückabwicklung auf ein Zwei-Personen-Verhältnis begrenzt zu sein, und sich hinsichtlich des Wertersatzanspruchs nicht entsprechend dem erbrechtlichen Regelungssystem ggf. an einen vom Rückübertragungsberechtigten unterschiedlichen Erben wenden zu müssen (siehe oben Ziffer IV. 2 b). Für eine Bestimmung des Rückübertragungsberechtigten als Schuldner des anstelle des Pflichtteils tretenden Erstattungsanspruchs spricht die Überlegung, dass demjenigen, dem die vom verstorbenen Übergeberteil gemachte Zuwendung des Rückübertragungsanspruchs zugutekommt, zuzumuten ist, die mit dem Rückerwerb des Grundstücks verbundenen Aufwendungen zu tragen.⁷² Es bleibt dann Sache des Erblassers, dem Rückübertragungsberechtigten durch eine anderweitige

Regelung die erforderlichen Mittel zum Rückerwerb zu verschaffen, sei es dadurch, dass der überlebende Teil, wie häufig in der Praxis, zu dessen Alleinerben bestimmt wird oder ihm entsprechende Vermächtnisse zugewendet werden. Zu bedenken ist allerdings, dass der Pflichtteil des Unternehmers den Verkehrswert des rückzuübertragenden Grundbesitzes übersteigen kann. Insofern bietet es sich an, den Wertersatz auf den nach Abzug zu erstattender Aufwendungen verbleibenden Verkehrswert des rückzuübertragenen Grundbesitzes zum Zeitpunkt des Rückgabeverlangens zu beschränken. Für den Rückübertragungsberechtigten ist damit gesichert, dass er wertmäßig nicht schlechter gestellt werden kann, als wenn er auf die Geltendmachung des Rückübertragungsanspruchs verzichtet hätte. Aber auch aus Sicht des Unternehmers bzw. dessen Rechtsnachfolger erscheint diese Höchstgrenze interessengerecht, da bei einem höheren Pflichtteilsanspruch der Wert des Grundbesitzes letztendlich der Preis für den Verzicht war und ihm dieser Wert nicht genommen wird.

Formulierungsvorschlag:

„Der Pflichtteilsverzicht entfällt mit wirksamer Ausübung des Rückerwerbsrechts. Ist zum Zeitpunkt der Ausübung des Rückerwerbsrechts der Übernehmer oder ein Übergeberteil verstorben, so bleibt der mit der verstorbenen Person vereinbarte Pflichtteilsverzicht bestehen. Dem Rückübertragungsverpflichteten steht dann gegenüber dem Rückübertragungsberechtigten ein Geldersatzanspruch in Höhe des Pflichtteils des Unternehmers nach dem verstorbenen Übergeberteil samt dessen Ergänzung zu, bei Vorversterben des Unternehmers in der Höhe, wie wenn der Erbfall zum Zeitpunkt der wirksamen Ausübung des Rückerwerbsrechtes eingetreten und der Übernehmer nicht verstorben wäre.

Der Geldersatzanspruch ist höhenmäßig begrenzt auf den nach Abzug zu erstattender Aufwendungen verbleibenden Verkehrswert des rückzuübertragenden Grundbesitzes zum Zeitpunkt der wirksamen Ausübung des Rückerwerbsrechts, bei mehreren Übergebern quotal auf eine Quote, die der Beteiligung des Übergebers, gegenüber dem der Verzicht bestehen bleibt, am heute übertragenen Grundbesitz entspricht.“

3. Fortbestand des Geschwisterverzichts

Weitaus schwieriger gestaltet sich das Finden einer sachgerechten Lösung, wenn die Übertragungsurkunde zugleich einen Verzicht der Geschwister des Unternehmers enthält. Wurde der Geschwisterverzicht im Hinblick darauf erklärt, dass diese in Verbindung mit der Grundstücksübertragung oder auch vorher ebenfalls eine Abfindung erhalten haben, so ist in der Regel nicht gewollt, dass die Geschwister als Konsequenz des „do ut des“-Prinzips (siehe oben Ziffer IV. 1 b) wegen Eintritt des Rückforderungsfalls ihrerseits ihre Abfindung verlieren sollen. Dies spricht, auch im Hinblick auf die Rechtssicherheit, dafür, den erklärten Pflichtteilsverzicht der Geschwister aufrechtzuerhalten. Wurde dabei die Abfindung als Geschwistergleichstellungsgeld vom Unternehmer beglichen,⁷³ ist es bei der Vereinbarung des Rückforderungsrechts in der Regel interessengerecht, vorzusehen, dass der Rückübertragungsberechtigte diese Abfindungsgelder dem Rückübertragungsverpflichteten in einem solchen Fall erstattet. Eine Aufrechterhaltung des Geschwisterverzichts ist auch in Betracht zu ziehen, wenn diese ohne Erhalt einer Abfindung ihre potentiellen Ansprüche hinsichtlich des übertragenen

⁷¹ So der nicht ganz unberechtigte Hinweis von Mayer, ZEV 2010, Heft 1, S. XII zum in Fn. 70 erwähnten Lösungsvorschlag.

⁷² Die Aufwendungen wirken sich dann pflichtteilsmindernd auf etwaige durch die Rückübertragung gegenüber dem überlebenden Elternteil ausgelöste Pflichtteilsergänzungsansprüche (siehe oben Ziffer IV. 2 b) aus.

⁷³ Siehe hierzu Krauß (Fn. 33), Rdnr. 1578 ff. mit Formulierungsvorschlag in Rdnr. 1585.

Grundbesitzes endgültig aufgeben und der Verzicht, sei es, dass er unbeschränkt oder beschränkt auf den übertragenen Grundbesitz erklärt wurde, unabhängig vom weiteren Schicksal des Vermögens gelten soll. Es tritt keine andere Rechtslage ein als wenn es nicht zum Rückforderungsfall gekommen wäre. Auch dann würden vermögensrechtliche Ansprüche der Geschwister hinsichtlich des übertragenen Grundbesitzes auscheiden.

Formulierungsvorschlag:

„Der Verzicht der Geschwister des Übernehmers bleibt bei Ausübung des Rückerwerbsrechts bestehen.“

Soll, wie im Fall des OLG München, durch einen entschädigungslosen Geschwisterverzicht nur der Übernehmer des Grundbesitzes begünstigt werden und im Fall des Rückfalls an den Übergeber der Verzicht seine Wirkung verlieren,⁷⁴ stellt sich auch hier das Problem des Vorversterbens eines Vertragspartners des Pflichtteilsverzichts (siehe oben Ziffer V. 1). Lässt man in einem solchen Fall den Geschwisterpflichtteilsverzicht bestehen und an dessen Stelle einen Wertersatzanspruch gegenüber dem Rückübertragungsberechtigten treten, müsste der Geldersatzanspruch unter Berücksichtigung etwaiger Höchstgrenzen (siehe oben Ziffer

V. 2) dem jeweiligen Geschwisterteil bzw. bei dessen Vorableben seinen Rechtsnachfolgern zustehen. Ist ein Übergeber teil oder sind mehrerer Pflichtteilsberechtigte verstorben und reicht der höhenmäßig auf den Wert des Grundbesitzes begrenzte Geldersatzanspruch nicht aus, um alle Pflichtteilsansprüche zu befriedigen, ist das Verhältnis der Ansprüche mehrerer Pflichtteilsberechtigter klärungsbedürftig. Da der übertragene Vermögensgegenstand Anlass für den Pflichtteilsverzicht war, bietet es sich hinsichtlich einer Kürzung der Ansprüche an, an die Pflichtteilsquoten der Verzichtenden anzuknüpfen und den durch eine Höchstgrenze festgelegten Betrag den Erstattungsberechtigten im Verhältnis der Pflichtteilsquoten zuzuweisen. Im Ergebnis führt dies allerdings dazu, dass der Rückübertragungsverpflichtete mit dem Risiko einer Reduzierung seines Geldanspruchs belastet wird. Ob eine derartige Lösung angeraten ist, hängt letztlich vom Einzelfall und dem Willen der Vertragsteile ab. Eine Aufteilung der Abfindungssumme nach Pflichtteilsquoten dürfte sich in der Regel nicht anbieten, wenn für die Pflichtteilsberechnung weitere Vermögensgegenstände relevant sind. Dies ist der Fall, wenn verzichtende Geschwister zusätzliche Abfindungen erhalten oder nur einen beschränkten Verzicht auf den übertragenen Grundbesitz erklärt haben und daher bezüglich anderweitigen Vermögens des Übergebers ggf. weitere Pflichtteilsansprüche der Geschwister bestehen. Der Vertragsgestalter steht hier vor äußerst schwierigen, komplexen und oft auch nur schwer vermittelbaren Gestaltungsaufgaben.

⁷⁴ Dafür *Keim*, notar 15, 18. Zur Problematik bei Geschwisterabfindungen siehe auch *Lotter*, notar 15, 68.

Vermögensschonung bei Elternunterhalt

– zugleich Anmerkung zum Urteil des BGH vom 7.8.2013, XII ZB 269/12¹ und Hinweis auf die Anhebung des monatlichen Eigenbedarfs zum 1.1.2015 –

Von Notar Dr. Hans-Frieder Krauß, München

„Kinder haften für ihre Eltern“², §§ 1601 ff. BGB. Der Elternunterhalt nimmt in der Rangfolge der Unterhaltsberechtigungen allerdings nur die vorletzte Rangstelle ein (§ 1609 Nr. 6 BGB). Als Folge der großzügigen Einkommensbereinigung, des hohen Mindestselbstbehalts und seiner Ergänzung durch die angemessene (50 %ige) Freistellung des überschießenden Betrags (dazu nachstehend III.), ferner als Folge der vorherigen Berücksichtigung vorrangiger Unterhaltungspflichten gegenüber eigenen Kindern und dem Ehegatten (Halbteilungsgrundsatz) wird häufig eine Inanspruchnahme aus Einkommen ausscheiden oder nicht zur vollständigen Schließung der Bedarfslücke führen. Da die Bedürftigkeit der Eltern regelmäßig erst in vorgerücktem Stadium der Pflegebedürftigkeit eintritt, haben die dann bereits seit geraumer Zeit im Erwerbsleben stehenden Kinder typischerweise aus dem über den aktuellen Gesamtfamilienunterhalt hinaus vorhandenen Mitteln Vermögen bilden können, dessen Heranziehung zur Versorgung der Eltern (zum Ausgleich staatlich verauslagter Fürsorgeleistungen, § 94 SGB XII) droht. Das Besprechungs-urteil enthält zu dieser praxiswichtigen Frage der Vermögensschonung des Unterhaltsverpflichteten drei weiterführende Aussagen (nachstehend I.), gibt aber auch Anlass zu interessanten weiterführenden Überlegungen bei gedanklichen Abwandlungen des Sachverhalts (II.). Ein Ausblick auf die zum 1.1.2015 „in Kraft getretene“ weitere Verschönerung auf der Einkommensebene rundet die Anmerkung ab (III.).

I. Feststellungen des BGH zum Schonvermögen beim Elternunterhalt

1. Altersvorsorgevermögen

Bei der Ermittlung der Leistungsfähigkeit aus *Einkommen* im Rahmen des Elternunterhalts gewährt der BGH dem sozialversicherungspflichtig beschäftigten Kind – über die primäre gesetzliche Altersversorgung hinaus – den Abzug von weiteren 5 % des Brutto-Einkommens (auch oberhalb der Beitragsbemessungsgrenze) für zusätzliche Altersvorsorgeinvestitionen seiner Wahl,³ der durch die Einführung der Riester-Rente im Jahr 2001 offenbar gewordenen „Rentenlücke“ Folge tragend. Zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen müssen dann auch auf der *Vermögensebene* die aus solchen privilegierten Beträgen angesparten Werte in gleicher Weise geschont werden, wobei die individuelle Anlageentscheidung des Kindes (zum Beispiel vermieteter Grundbesitz, Sparverträge, Lebensversicherung o. ä.) wiederum hinzunehmen ist. Bei noch berufstätigen Arbeitnehmern, wie im Entscheidungsfall, legt der BGH dabei 5 % des monatlichen Brutto-Einkommens zugrunde, das der Unterhaltspflichtige im Jahr der Inanspruchnahme auf Elternunterhalt erreicht hat (auch wenn dieses Einkommen naturgemäß zu Beginn seiner Erwerbsbiographie noch geringer war), und bildet aus diesen fiktiven monatlichen Sparleistungen unter Berücksichtigung einer dem Kapital zugeschlagenen jährlichen Verzinsung von 4 % (!) einen Gesamtbetrag. Zu erfassen ist dabei der Zeitraum zwischen dem tatsächlichen Beginn der Erwerbstätigkeit (im vorliegenden Fall: Beginn der Lehre im Alter von 15 Jahren) bis zum Jahr der Inanspruchnahme. Die von der Vorinstanz (OLG Nürnberg) als überhöht gerügte und demzufolge auf 3 % jährlich herabgesetzte Kapitalverzinsung korrigiert der BGH wieder auf den in seiner bisherigen Rechtsprechung⁴ zugrunde gelegten Zinssatz von 4 %, da „der aktuelle Renditerückgang sich erst in den letzten Jahren vollzogen

hat“. Auch bei überschaubarem Einkommen (der potentiell unterhaltspflichtige Sohn im Besprechungssachverhalt verfügte über ein Netto-Einkommen, das den damaligen Einkommensselbstbehalt von 1.500 € nicht überschritt) ergeben sich mit zunehmender Beschäftigungsdauer aufgrund des Zinseszins-effektes respektable Werte (nach den Berechnungen der Vorinstanz ca. 105.000 €, bei 4 %iger jährlicher Verzinsung hätte sich dieser Betrag nochmals deutlich erhöht). Bei höherem Brutto-Einkommen potenziert sich dieser Betrag.

2. Schonung des Eigenheims

Die Kernaussage des Urteils liegt jedoch darin, dass – wie auch von der Vorinstanz so gesehen – das selbstgenutzte, angemessene Eigenheim nicht auf den vorgenannten, rechnerischen Altersvorsorgebetrag anzurechnen ist, sondern als Schontatbestand selbständig daneben steht. Wie schon in früheren Entscheidungen angelegt,⁵ besteht insoweit keine Verwertungspflicht, also weder eine Pflicht zur Veräußerung noch zur Belastung oder zur Vermietung, solange es sich um „den jeweiligen Verhältnissen angemessenes Wohneigentum handelt“, da „der Unterhaltspflichtige bei der Inanspruchnahme auf Elternunterhalt keine spürbare und dauerhafte Senkung seines berufs- und einkommens-typischen Unterhaltsniveaus hinzunehmen hat“. Ein Vermögenseinsatz insoweit käme nur in Betracht, wenn das Eigenheim dem „berufs- und einkommens-typischen Unterhaltsniveau“ des Kindes (Unterhaltsschuldners) nicht mehr angemessen wäre (was in keiner der bisher 28 zum Elternunterhalt veröffentlichten BGH-Entscheidungen der Fall war). Das Eigenheim spielt jedoch im Rahmen der Einkommensermittlung eine Rolle, in Gestalt der durch Erhöhung des Einkommens um den (lediglich) angemessenen⁶ Wohnvorteil, abzüglich der tatsächlichen (nicht der auf das angemessene Maß geminderten) Hauslasten.⁷

⁵ Etwa BGH, Urteil vom 19.3.2003, XII ZR 123/00, FamRZ 2003, 1179.

⁶ Nicht den tatsächlichen Wohnvorteil in Höhe der ersparten Miete auf die volle Wohnfläche, ähnlich der Rechtsprechung zum sanktionslosen Vorhalten „toten Raums“ während des Getrenntlebensunterhalts im Hinblick auf neuerliche Versöhnung.

⁷ In Bezug auf die Finanzierungskosten billigt der BGH insoweit nicht nur den Ansatz der Zinsaufwendungen, sondern auch den Tilgungsanteil, sodass insoweit Vermögensbildung zulasten der Eltern geduldet wird.

¹ BGH, Urteil vom 7.8.2014, MittBayNot 2015, 231 (in diesem Heft).

² Vgl. zum Elternunterhalt jüngst im Überblick Dose, FamRZ 2013, 993 ff.; Viefhues, NWB 2013, 2319 ff.; Lemmerz, DNotZ 2014, 499 ff.; Hußmann, NZFam 2015, 15 ff. Die Monografie von Hauß, Elternunterhalt – Grundlagen und anwaltliche Strategien, wird in 5. Aufl. im März 2015 erscheinen.

³ BGH, Urteil vom 14.1.2004, XII ZR 149/01, FamRZ 2004, 792.

⁴ BGH, Urteil vom 30.8.2006, XII ZR 98/04, FamRZ 2006, 1511.

3. Notgroschen

Darüber hinaus billigt der BGH die Feststellung der Vorinstanz, dass ein weiterer „Notgroschen für Unvorhergesehenes“ i. H. v. konkret 10.000 € anzusetzen sei. Er weist insoweit darauf hin, dass der in der Sozialhilfe dem Hilfeempfänger gewährte Schonbarbetrag gemäß § 90 Abs. 2 Nr. 9 SGB XII in Verbindung mit der hierzu ergangenen DurchführungVO (bei der Hilfe zur Pflege, wie hier, wären dies 2.600 €) allenfalls die Untergrenze bildet und im Übrigen auf die Umstände des Einzelfalls beim Unterhaltsschuldner abzustellen ist; zustimmend werden Literaturstimmen zitiert, die Schonbeträge zwischen 10.000 € und 26.000 € als angemessen ansehen, jedenfalls aber drei Netto-Monatsgehälter. Da der BGH die Kinderlosigkeit des Unterhaltsverpflichteten im Urteil hervorhebt, ist anzunehmen, dass bei Vorhandensein von Kindern der „Notgroschen“ deutlich höher sein darf/muss. Eine Begrenzung nach oben nimmt der BGH insoweit nicht vor; die Richtlinien des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge⁸ setzen mindestens 25.000 €, bei Fehlen selbstgenutzten Wohneigentums 75.000 € an,⁹ die (aktuell nicht mehr angewendeten) Bayerischen Sozialhilferichtlinien beließen ihrerseits, falls Grundbesitz vorhanden ist, den 10-fachen, sonst den 20-fachen Betrag des sozialhilferechtlichen Notgroschens (also 26.000 € bzw. 52.000 € pro Jahr bei pflegebedürftigen Eltern).

II. Weiterführende Überlegungen

Wie bei jeder Entscheidung gibt auch der Sachverhalt im Besprechungsurteil Anlass zu Überlegungen, welchen Einfluss die eine oder andere Abänderung des Tatbestands auf den Ausgang der Entscheidung gehabt hätte:

1. Späterer Eintritt in das Erwerbsleben

Angenommen, der potentiell unterhaltspflichtige Sohn wäre, nach zwei mehr oder weniger geglückten Studien, erst mit 32 Jahren ins Erwerbsleben getreten: Würde ihm dann als akkumuliertes Altersvorsorgevermögen nur die rechnerische Sparleistung ab dem 32. Lebensjahr bis zum Jahr der Inanspruchnahme zugutekommen? Zunächst liegt dies nahe, andererseits wäre es wertungsmäßig richtiger, einen fiktiven Eintritt ins Erwerbsleben zum 18. Lebensjahr zugrunde zu legen, da derjenige, der erst später Erwerbseinkünfte zu erzielen beginnt, umso mehr für sein (dann schon näheres) Alter beiseitelegen muss. Dafür spricht auch die gesetzliche Wertung des § 851c ZPO, der Pfändungsschutz für selbst angespartes Vorsorgekapital gewährt, altersabhängig limitiert, wobei die geschützten Sparleistungen mit dem 18. Lebensjahr einsetzen (§ 851c Abs. 2 Satz 2 ZPO), sodass insgesamt maximal eine Gesamtsumme von 238.000 € pfändungsgeschützt angespart werden kann.

2. Altersvorsorgevermögen beim Unternehmer

Die Freistellung der Ansparsumme aus 5 % des Brutto-Erwerbseinkommens soll der Tatsache Rechnung tragen, dass sozialversicherungspflichtig Beschäftigte allein aus den „Zwangsbeiträgen“ zur gesetzlichen Rentenversicherung (Arbeitgeber- und Arbeitnehmeranteil im Jahr 2015 gesamt 18,7 %), auch nach Erklärung der Bundesregierung, den Lebensstandard im Alter nicht werden halten können. Dem-

zufolge muss der Unterhaltspflichtige, der – etwa als Unternehmer – keine Rentenversicherungs- oder vergleichbaren berufsständischen Versicherungsanwartschaften erwirbt, auch für diesen, sonst gesetzlich abgedeckten, Altersversorgungsanteil durch Sparleistung Vorsorge treffen (§§ 851c, d ZPO sollen ihn ja hinsichtlich der Pfändungsresistenz zumindest für einen Teilbetrag auf das Schutzniveau der in der Aufbau-phase schon kraft Gesetzes geschützten Rentenanswartschaften und Beamtenpensionen heben). Zugunsten des Unternehmers muss daher – in gleicher Weise wie dies bei der Einkommensermittlung geschieht¹⁰ – ein Altersvorsorgevermögen freigestellt werden, das sich aus der (wiederum um jährlich 4 % Rendite erhöhten) Sparleistung aus 25 % des im Jahr der Inanspruchnahme erzielten Brutto-Erwerbseinkommens ergibt, jedoch lediglich soweit dieses Brutto-Erwerbseinkommen den Lebensstandard des unterhaltspflichtigen Kindes geprägt hat. Die Rechtsprechung wird sich insoweit vermutlich orientieren an der Beitragsbemessungsgrenze für die gesetzliche Rentenversicherung (im Jahr 2015: 72.600 € pro Jahr in den alten, 62.400 € pro Jahr in den neuen Bundesländern).

3. Unterhaltspflichtiger im Ruhestand

Hat der Unterhaltspflichtige bereits die Regelaltersgrenze erreicht, kehrt sich der bis zu diesem Zeitpunkt gewährte Schutz des (gleich in welcher Form) angesparten Altersvorsorgevermögens in sein „Gegenteil“ um. Das angesparte Vermögen – nicht jedoch das weiterhin als daneben stehender selbständiger Tatbestand weiter geschützte angemessene Eigenheim – wird in eine, auf die restliche statistische Lebenserwartung¹¹ verteilte, Monatsrente des Unterhaltspflichtigen umgerechnet. Dieser (fiktive) Monatsbetrag erhöht damit die Leistungsfähigkeit des im Ruhestand befindlichen Kindes gegenüber den unterhaltsbedürftigen Eltern. Der BGH¹² greift zur Kapitalisierung auf die an sich nur für das Steuerrecht maßgeblichen Tabellen nach § 14 Abs. 1 Satz 4 BewG zurück, in denen eine sehr hohe (nämlich 5,5 %ige, § 12 Abs. 3 BewG) Abzinsung eingepreist ist, sodass sich ein an sich zu geringer Kapitalisierungsfaktor und damit ein zu hoher Einzeljahresbetrag ergeben. Die Umrechnung in fiktiv vorhandenes Einkommen erscheint auch deshalb bedenklich, weil sozialhilferechtlich an sich nur tatsächlich vorhandene, nicht fiktive Einkünfte herangezogen werden können, und unterhaltsrechtlich damit der Grundsatz verletzt wird, dass es an sich dem Unterhaltsschuldner freisteht, in welcher Weise er die Altersvorsorgebeiträge anlegt, ob er also beispielsweise sofort liquidierbare Finanzwerte oder nur mühsam veräußerbaren, aber in der Wertentwicklung nachhaltigeren, Grundbesitz wählt.

4. Weiteres Schonvermögen?

Angesichts des Sachverhalts (in dem das zur Verfügung stehende Einkommen den monatlichen erhöhten Selbstbehalt von damals 1.500 € zwar erreichte, aber nicht überschritt) musste der BGH nicht Stellung nehmen zu den teilweise angestellten Überlegungen,¹³ ob neben dem Altersvorsorge-

¹⁰ Zusammengesetzt aus pauschaliert 20 % gesetzlicher Anwartschaft, zzgl. 5 % Zusatzsparleistung, vgl. BGH, 19.2.2003, XII ZR 67/00, FamRZ 2003, 860; BGH, 14.1.2004, XII ZR 149/01, FamRZ 2004, 792.

¹¹ Ermittelt aus der Prognosesicht des Eintritts in den „Ruhestand“.

¹² BGH, Urteil vom 21.11.2012, XII ZR 150/10, NJW 2013, 301.

¹³ Z. B. Schiebel, NJW 1998, 3453, unter Verweis auf untergerichtliche Rechtsprechung; Krauß, Vermögensnachfolge in der Praxis, 4. Aufl. 2015, Rdnr. 846 f.

⁸ Richtlinien des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge, FamRZ 2002, 931, dort Rdnr. 91.

⁹ Allerdings wurde diese Zahl vor der Rechtsprechung des BGH zur Bildung verzinslicher Altersvorsorgerücklagen veröffentlicht.

sparbetrag, dem Eigenheim und dem Notgroschen noch weiteres Vermögen freizustellen ist in den Fällen, in denen das Einkommen nicht einmal den freizustellenden Mindestselbstbehalt von (seit 2015) 1.800 € für das Kind selbst (zuzüglich gegebenenfalls 1.440 € Ehegattenmindestselbstbehalt bei verheirateten Unterhaltsschuldnern) erreicht, um sicherzustellen, dass dem Verpflichteten Werte in einer Höhe verbleiben, die unter Berücksichtigung der durchschnittlichen Kapitalrendite und der lebensalterabhängigen Kapitalisierungstabellen zur Aufstockung seines ungenügenden Einkommens auf die genannten Mindestselbstbehaltbeträge für die restliche Lebensdauer notwendig sind. In diesem Fall würde sich die Kapitalisierungsrechnung des BGH im Rentenalter (vorstehend 3) für die davorliegende Zeit zugunsten des Unterhaltspflichtigen auswirken, weil ein zwar vermögendes, aber mit geringer Liquidität ausgestattetes Kind höhere Vermögensbeträge zur Sicherung seines Lebensstandards gegenüber den Eltern verteidigen könnte. Die bisher vom BGH entschiedenen Fälle zeichneten sich jedoch alle dadurch aus, dass in den Fällen, in denen die Einkommensmindestbeträge nicht erreicht wurden, auch kein Vermögen in einem Umfang vorhanden war, der nicht durch die drei anerkannten Säulen der Vermögenssicherung (Altersvorsorgevermögen, Eigenheim, Notgroschen) abgedeckt gewesen wäre.

5. Ahndung vorangegangener Vermögensminderungen?

Wie verhält es sich, wenn das Kind, vor der Inanspruchnahme auf Elternunterhalt, bereits Vermögenswerte, die an sich einsatzpflichtig gewesen wären (also zum Beispiel nicht das selbstgenutzte, nun durch Wohnungsrecht oder Nießbrauch in Anspruch genommene Eigenheim), an Dritte, insbesondere also an die eigenen Kinder, übertragen hat?

Zwar erlaubt § 528 BGB die Rückforderung nach Bereicherungsrecht innerhalb eines 10-Jahres-Zeitraums nicht nur für den Fall eigener Verarmung (1. Alt.), sondern auch dann, wenn der Schenker (das Kind) infolge der Zuwendung außerstande ist, seinen Verwandten (den Eltern) ggü. Unterhalt zu leisten (2. Alt.); zu einer tatsächlichen Vermögensmehrung führt dieser Anspruch jedoch nur, wenn er durch den Betroffenen selbst geltend gemacht wird. Die Eltern können ihn zuvor weder pfänden (§ 852 Abs. 2 ZPO), noch kann ihn der Sozialhilfeträger auf sich überleiten, auch wenn er gemäß § 94 SGB XII Gläubiger des Unterhaltsanspruchs selbst geworden sein sollte, da der privilegierte Zugriff durch Verwaltungsakt (§ 93 Abs. 1 Satz 4 SGB XII überwindet Abtretungs- und Pfändungsausschlüsse) nur bei eigenen Ansprüchen des Sozialhilfeempfängers oder seiner Eltern anwendbar ist, sodass auch der Sozialhilfeträger auf die – hier versagenden – Mittel des allgemeinen Pfändungsrechts verwiesen bleibt.¹⁴

Allerdings könnte ein wirtschaftlich der Pfändung/Überleitung weitgehend gleichwertiges Ergebnis dadurch eintreten, dass der im Vermögen des nunmehr selbst bedürftigen (da zur Erfüllung seiner Unterhaltungspflichten ggü. den Eltern nicht mehr befähigten) Unterhaltsschuldner vorhandene Anspruch auf Rückforderung gegen den Beschenkten als tatsächlich vorhandenes Vermögen angesehen wird, sodass er unter-

haltsrechtlich weiter als leistungsfähig gilt.¹⁵ Beim Elternunterhalt als nachrangiger Unterhaltungspflicht fehlt es freilich an einer diesbezüglichen Obliegenheit des Unterhaltsschuldners¹⁶ zur Geltendmachung (ebenso bei der Heranziehung aus Einkommen)¹⁷, sodass diese Sorge unbegründet sein dürfte.

Allenfalls unter den seltenen Voraussetzungen des § 138 BGB (Umstandssittenwidrigkeit; Schädigungsabsicht; kollusives Zusammenwirken, Weggabe erst nach Inanspruchnahme auf Elternunterhalt) führen frühere Vermögensminderungen demnach nicht zu einer Minderung der Leistungsfähigkeit.

Stammte allerdings das (weiter-)übertragene Vermögen aus einer noch nicht zehn Jahre zurückliegenden Schenkung des nunmehr bedürftig gewordenen Elternteils, befreit die Weggabe das Kind nicht mehr, wenn er zu diesem Zeitpunkt bereits bösgläubig im Sinne des § 818 Abs. 4, § 819 Abs. 1 BGB gewesen sein sollte;¹⁸ bei gutgläubiger Weiterschenkung ist er zwar selbst gemäß § 818 Abs. 3 BGB entreichert, der Zweitbeschenkte allerdings haftet in gleicher Weise aus § 822 BGB, und zwar unabhängig davon, ob es sich um eine schlichte Schenkung oder eine ehebedingte Zuwendung handelt.¹⁹

6. Die Eltern sind alt und bedürftig, aber nicht pflegebedürftig

Sind die Eltern bzw. ist der Elternteil vollwerbsgemindert oder über 65 Jahre alt, und erhalten sie aufgrund ungenügenden Einkommens (also zu niedriger oder gar fehlender Rente) Grundsicherungsleistungen nach dem 4. Buch des SGB XII (früheres Grundsicherungsgesetz), führt § 43 Abs. 2 SGB XII dazu, dass Kinder kaum mit einer Heranziehung zu rechnen haben, es sei denn, die Eltern machen ihren familienrechtlichen Unterhaltsanspruch direkt geltend. Eine *cessio legis* findet wegen solcher Grundsicherungsleistungen gemäß § 94 Abs. 1 Satz 3 Hs. 2 SGB XII nämlich nicht statt, es sei denn, das Kind verfügt (entgegen der gesetzlichen Vermutung) über jährliche Einkünfte von mehr als 100.000 € (maßgeblich ist

¹⁵ So BGH, Urteil vom 28.11.2012, XII ZR 19/10, ZNotP 2013, 18 in Bezug auf einen seinem minderjährigen Kind unterpflichtigen Vater: dieser sei bei der Prüfung seiner Leistungsfähigkeit im Rahmen des Kindesunterhalts so zu behandeln, als habe er der Obliegenheit – zur Geltendmachung eines ihm zustehenden Pflichtteilsanspruchs – Folge geleistet, auch wenn dieser Pflichtteilsanspruch wegen § 852 Abs. 1 ZPO vom Unterhaltsgläubiger nicht direkt gepfändet werden kann.

¹⁶ Nur den Unterhaltsgläubiger trifft eine solche Obliegenheit zur Geltendmachung des § 528 BGB; er gilt als nicht bedürftig, so lange ihm noch ein solcher Anspruch (i. d. R. gegen ein anderes Geschwister wegen erhaltener Zuwendungen) zusteht.

¹⁷ Obwohl die veröffentlichten BGH-Entscheidungen (etwa im „Taschengeldfall“ BGH, Urteil vom BGH, Urteil vom 15.10.2003, XII ZR 122/00, FamRZ 2004, 366 m. Anm. Strohal, FamRZ 2004, 441 ff.), dazu Anlass gegeben hätten, wird die Zurechnung fiktiven Einkommens aus einer Verletzung der Erwerbsobliegenheit oder der Obliegenheit zu möglichst ertragbringender Anlage vorhandenen Vermögens nirgends thematisiert. Im Sozialhilferecht zählen ohnehin nur bereite Mittel zum Einkommen, sodass auf lediglich fiktiv erzielbare Einkünfte des Kindes ein Regress nicht gestützt werden kann.

¹⁸ Hierzu genügt die Kenntnis der Tatsachen, aus denen sich die aktuelle Bedürftigkeit des Elternteils ergibt, vgl. Zeranski, Die Rückforderung von Schenkungen wegen Verarmung (2014), S. 66.

¹⁹ BGH, Urteil vom 23.9.1999, X ZR 114/96, ZNotP 2000, 27; ähnlich schon Sandweg, NJW 1989, 1937; gegen OLG Koblenz, Urteil vom 13.6.1990, 5 U 75/90, NJW-RR 1991, 1218. Zum Umfang der Herausgabepflicht bei hieraus beschafften (dann davon erfassten) Surrogaten BGH, Urteil vom 10.2.2004, X ZR 117/02, DNotI-Report 2004, 91.

¹⁴ A. A. insoweit wohl nur Zeranski, Die Rückforderung von Schenkungen wegen Verarmung (2014), S. 215 ff., 227 ff., 240 ff., der § 852 Abs. 2 ZPO teleologisch reduzieren will, a. A. z. B. der BGH in nachfolgender Fußnote.

das jährliche Gesamteinkommen des Kindes gemäß § 16 SGB IV, gleichbedeutend mit der Summe der Einkünfte im Sinne des Einkommensteuerrechts, für die jeweilige Einzelperson). Bei darunterliegendem Einkommen ist der Sozialleistungsträger weder zum Elternunterhaltsregress aus Einkommen noch aus Vermögen berechtigt, auch nicht bei sehr hohem Kindesvermögen. Die Einführung der bedarfsorientierten Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsunfähigkeit zum 1.1.2003 diente als Argument gegen die ursprünglich geplante, weitergehende Zurückdrängung des Elternunterhalts im Rahmen des Unterhaltsänderungsgesetzes 2007, da bereits hierdurch eine maßgebliche Entlastung der Kinder eingetreten sei.

7. Arbeitslose Eltern

Hätten die Eltern bzw. hätte der Elternteil anstelle von Sozialhilfeleistungen (Hilfe zur Pflege für stationäre Heimunterbringung nach SGB XII) Grundsicherungsleistungen für Arbeitsuchende (nach Maßgabe des SGB II, sog. „Hartz IV“) erhalten, wäre der sozialfürsorgerechtliche Zugriff in zweierlei Weise weiter abgeschwächt:

(a) Abweichend vom Sozialhilferecht gehen Unterhaltsansprüche gegen Verwandte (damit auch Kinder) nicht über, solange der Anspruch nicht durch den Inhaber selbst geltend gemacht wird (§ 33 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 SGB II);²⁰ damit scheidet im Regelfall ein Regress aus Elternunterhalt in den meisten Fällen aus, da arbeitslose Eltern ihre Kinder selten unmittelbar in Anspruch nehmen werden.²¹

(b) Ferner enthält § 33 Abs. 2 Satz 3 SGB II eine weitere, sozialrechtliche, Schranke, die neben die familienrechtlichen Freistellungstatbestände tritt: Der Übergang des (Eltern-)unterhaltsanspruchs findet nicht statt, soweit Einkommen bzw. Vermögen der unterhaltsverpflichteten Person die Schongrenzen der §§ 11, 12 SGB II nicht übersteigen (sog. „öffentlich-rechtliche Vergleichsberechnung“): Die Schonbeträge des Leistungsempfängers/Unterhaltsgläubigers kommen, anders als in § 94 SGB XII, wo diese Bestimmung bei der Überführung des BSHG in das SGB XII gestrichen wurde, als Mindestgröße – vorbehaltlich höherer familienrechtlicher Selbstbehalte – dem Unterhaltsverpflichteten zugute. Gleiches gilt für das Schonvermögen, insbesondere das Eigenheim von angemessener Wohnfläche, unabhängig vom Wert.²² Dann besteht eine (auch durch verlangte zivilrechtliche Abtretung nicht umgehbar)²³ Überleitungssperre, genauso wenig kann der Grundsicherungsträger insoweit auf das Selbsthilfegebot des § 2 SGB II verweisen.

Damit hätte sich die Eigenheimschonung bereits aus dem Gesetz ergeben, bezogen auf die (rein wohnflächenorientierten, hier nicht überschrittenen) Kriterien des SGB II, wobei neuerdings die Rechtsprechung²⁴ auch bei Eigenheimen oberhalb der zulässigen Flächengröße eine Freistellung auf der Grundlage des § 12 Abs. 3 Satz 1 Nr. 6 SGB II (unbillige Härte) annimmt, wenn wenigstens die – ihrerseits flexibleren,

auf sieben Faktoren beruhenden – Kriterien des § 90 Abs. 2 Nr. 8 SGB XII eingehalten wären.

8. Geschwister im Ausland

Im Besprechungsfall hatte der in Anspruch genommene Sohn u. a. zwei in Italien lebende Geschwister, die bereits aufgrund ihres ausländischen Wohnsitzes rasch aus dem Kreis der möglicherweise in Anspruch genommenen Personen ausgeschieden wurden, gestützt auf § 1607 Abs. 2 BGB, da „die Rechtsverfolgung gegen einen Verwandten im Inland ausgeschlossen oder erheblich erschwert ist“. Dies sollte im Lichte der zwischenzeitlich erzielten europäischen Harmonisierung hinsichtlich der Frage des anwendbaren Rechtes²⁵ und der Durchsetzbarkeit titulierter Ansprüche auch im europäischen²⁶ und außereuropäischen²⁷ Ausland überdacht werden.

III. Unterhalt aus Einkommen: neue Schoneinkommengrenzen ab 2015

Seit 1.1.2015 weist die Düsseldorfer Tabelle einen Mindestselbstbehalt des Kindes gegenüber seinen Eltern i. H. v. 1.800 € aus. Hierin sind – wie beim notwendigen Eigenbedarf – Kosten für Unterkunft und Heizung i. H. v. monatlich 480 € enthalten. Der Mindestselbstbehalt für den im gemeinsamen Haushalt lebenden Ehegatten wird angesichts einer angenommenen Ersparnis aus gemeinsamer Haushaltsführung von 360 € auf 1.440 € beziffert, hierin enthalten 380 € Anteil für Unterkunft und Heizung. Sofern der Mietwohnaufwand also über 480 € beim alleinstehenden, 860 € (480 € plus 380 €) beim verheirateten in Anspruch genommenen Kind beträgt, erhöht sich der eigene bzw. der kombinierte Mindestselbstbehalt („Familienmindestselbstbehalt“ von 3.240 €) um den übersteigenden Betrag. Er reduziert sich jedoch nicht bei tatsächlich niedrigerem Wohnaufwand, da der Pflichtige in der Disposition der ihm belassenen Mittel frei ist.

Durch diese spürbare Erhöhung um monatlich 200 € bzw. 160 € tritt eine weitere Entlastung im Rahmen des Elternunterhalts aus Einkommen ein. Alle bisherigen Elternunterhaltsverhältnisse sind demnach nun neu zu berechnen.

Hinsichtlich der Inanspruchnahme des – leistungsfähigen,²⁸ verheirateten – Kindes, dessen Ehegatte zum Familieneinkommen beiträgt, hat der BGH in einer richtungsweisenden Grundsatzentscheidung²⁹ eine Proportionalrechnung zu-

²⁵ Art. 3 des Haager Unterhaltsprotokolls (HUP, anstelle des vormaligen Art. 18 EGBGB): Wohnsitz des Berechtigten; mit Hilfsanknüpfung an die lex fori bei Anrufung von Gerichten im Wohnsitzstaat des Verpflichteten: Art. 4 Abs. 2 und 3 HUP. Art. 14 HUP enthält eine durch den EuGH noch auszufüllende Blankettnorm zur Berücksichtigung der Leistungsfähigkeit des Verpflichteten nach den Maßstäben seines Wohnsitzstaates (insb. Kaufkraftumrechnung).

²⁶ EG-UnterhaltsVO Nr. 4/2009 am 18.6.2011; zur Umsetzung in Deutschland vgl. die Neufassung des Auslandsunterhaltsgesetzes, BGBl I 2011, S. 898: Verzicht auf das Exequatur.

²⁷ Haager Unterhaltsübereinkommen, in Kraft getreten am 1.8.2014, sowie UN-Unterhaltsübereinkommen von 1956, vgl. zu Letzterem auch Bundesamt für Justiz, Auslandsunterhalt, 1. Aufl. 2011.

²⁸ Zur neuen Rspr. in Bezug auf die Inanspruchnahme unterhalb des Mindestselbstbehalts des Kindes, auch beim tatsächlich einkommenslosen verheirateten Kind, insb. aus „Taschengeld“ und bei „auskömmlichem Schwiegerkinderinkommen“ von derzeit (bereinigt) über 6.480 € monatlich, vgl. Krauß, a. a. O., Rdnr. 825 ff.

²⁹ BGH, Urteil vom 28.7.2010, XII ZR 140/07, FamRZ 2010, 1535, m. Anm. Hauß, hierzu weiter Gutdeutsch, FamRZ 2011, 78 und Wohlgemuth, FamRZ 2011, 341.

²⁰ Ausnahmen bestehen nur für Unterhaltsansprüche Minderjähriger oder bis 25 Jahre alter Kinder ohne abgeschlossene Berufsausbildung.

²¹ Alle vom BGH bisher veröffentlichten 28 Leitentscheidungen zum Elternunterhalt betreffen Überleitungsfälle auf den Sozialfürsorgeträger!

²² Vgl. Krauß, Vermögensnachfolge in der Praxis, 4. Aufl. 2015, Rdn. 680 ff.

²³ OLG Celle, Urteil vom 15.3.2006, 15 UF 54/05, NJW 2006, 1356.

²⁴ BSG, Urteil vom 12.12.2013, B 14 AS 90/12 R, MittBayNot 2014, 479.

grunde gelegt, bei der die Ersparnis durch das Zusammenleben nicht nur durch die unterschiedliche Bemessung des Sockelselbstbehaltes nach Maßgabe der Düsseldorfer Tabelle (1.800 € im Vergleich zu 1.440 €), sondern auch durch einen weiteren Abzug von 10% von dem Resteinkommen berücksichtigt wird, das nach Subtraktion des kombinierten Familienselbstbehalts (von demnach 3.240 €) verbleibt. Verdeutlichen soll dies folgendes

Berechnungsbeispiel:

Einkommen (jeweils bereinigt um Steuern, Altersvorsorgeaufwendungen, Kindesunterhalt) des Unterhaltspflichtigen 3.000 €, seines Ehegatten 1.000 €, gesamtes Familieneinkommen also 4.000 €.

Nach Abzug des Familienselbstbehalts (1.800 € für den Unterhaltspflichtigen, 1.440 € für dessen Ehegatten) verbleiben 760 €. Diese werden nochmals um eine 10 %ige (pauschale) Haushaltsersparnis, also 76 €, auf 684 € reduziert.

Hiervon die Hälfte (da nur die Hälfte des den Selbstbehalt übersteigenden Betrages herangezogen werden soll, die andere Hälfte den Eltern gegenüber zusätzlich verteidigt werden kann) beträgt 342 €.

Durch Addition zum Familienselbstbehalt von 3.240 € ergibt sich ein individueller Familienbedarf von 3.5820 €, davon beträgt der Anteil des Unterhaltspflichtigen $\frac{3}{4}$ (Verhältnis 3.000 € zur Gesamtsumme des Einkommens 4.000 €), also 2.686,50 €.

Bei einem tatsächlichen Einkommen des Unterhaltspflichtigen von 3.000 €, abzgl. des Anteils des Unterhaltspflichtigen am Familienbedarf von 2.686,50 € sind also 313,50 € monatlich für den Elternunterhalt einsetzbar.

Verkürzt wiedergeben lässt sich die Berechnungsweise des BGH für die Inanspruchnahme des verheirateten, leistungsfähigen Kindes demnach für das Jahr 2015 durch folgende

Formel:

Einzusetzender monatlicher Einkommensteil = (bereinigtes monatliches Gesamteinkommen beider Ehegatten abzüglich 3.240 €) multipliziert mit (Verhältnis zwischen dem Einkommen des Pflichtigen einerseits und dem bereinigten Gesamteinkommen andererseits) multipliziert mit 0,55

Colorandi causa sei schließlich noch darauf aufmerksam gemacht, wie exakt der BGH in der Besprechungsentscheidung die (im Ergebnis nicht zu einer Heranziehung führende) Einkommensermittlung durchführt, bis auf zwei Nachkommastellen. Er wirft der Vorinstanz auch vor, für einen Veranlagungszeitraum den „falschen“ Selbstbehaltsbetrag aus der Düsseldorfer Tabelle entnommen zu haben. Damit wird man wohl annehmen dürfen, dass zwischenzeitlich die Düsseldorfer Tabelle im Rahmen des Elternunterhalts aus Einkommen quasi Gesetzeskraft erhalten hat und der richterlichen Entscheidung wenig Spielraum lässt, ganz anders als das Gesetz, das lediglich (in § 1603 Abs. 1 BGB)³⁰ davon spricht, dass „keine Gefährdung seines angemessenen Unterhalts“ eintreten dürfe.

³⁰ Nach der (negativen) Fassung des § 1603 Abs. 1 BGB wird übrigens die Leistungsfähigkeit des potentiell unterhaltspflichtigen Kindes vermutet!

TAGUNGSBERICHT

Der digitale Nachlass

Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht am 19.11.2014

Von Jan Barth, München

Am 19.11.2014 fand die Tagung des Wintersemesters 2014 der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München statt. Das Thema der Veranstaltung lautete „Der digitale Nachlass“. Zunächst richtete der geschäftsführende Direktor der Forschungsstelle für Notarrecht, Professor Dr. *Johannes Hager*, einige einführende Worte an das Auditorium. *Hager* betonte, dass im Bereich des digitalen Nachlasses bislang kaum Klarheit bestehe. Dabei sei das Thema ausweislich der Frage, welche die Tagespresse immer wieder aufwerfe, wie nämlich der postmortale Zugriff auf E-Mail-Benutzerkonten bzw. deren Passwörter handhabbar sei, hoch aktuell. Sodann stellte *Hager* die Referenten, Professor Dr. *Ansgar Ohly*, München, sowie Notar Dr. *Stefan Gloser*, Naila, vor und übergab das Wort an *Ohly*, der zum digitalen Nachlass aus urheber- und persönlichkeitsrechtlicher Sicht referierte.

Die Digitalisierung, so *Ohly* zu Beginn seines Referats, sei eine Herausforderung für die Rechtsordnung. Insbesondere der sog. digitale Nachlass fordere die damit befassten Juristen, da es sich um ein interdisziplinäres Problem an der Schnittstelle von Erbrecht und Urheberrecht handle. *Ohly* schilderte zur Illustration folgenden Fall: Der Wissenschaftler W, der nach seiner Emeritierung an seinem Privat-PC seine Forschungen fortgesetzt hat, verstirbt. Testamentarisch hat er einen Verein als Alleinerben eingesetzt. Dieser streitet nun mit dem einzigen noch lebenden Angehörigen, dem pflichtteilsberechtigten Sohn, darüber, wer auf den PC des Erblassers zugreifen darf, auf dem sich neben den Forschungsdaten auch private Korrespondenzen etc. befinden. Daneben meldet auch die Universität, welcher der Erblasser einst angehörte, Ansprüche auf dessen Forschungsdaten an. Zu kurz gegriffen, so *Ohly*, sei es, dem Erben aufgrund von § 1922 BGB die Zugriffsbefugnis auf den PC zuzusprechen. Freilich sei zwar das Sacheigentum an dem PC vererblich. Jedoch folge aus dem Sachenrecht nicht automatisch auch eine Verfügungsbefugnis über die darauf befindlichen Daten. Dies werde nicht zuletzt beim Recht am eigenen Bild deutlich. Befänden sich nämlich auf dem PC auch digitale Aufnahmen, die den W zu Lebzeiten zeigen, so stünde die Einwilligung zur Veröffentlichung grundsätzlich nicht dem Erben, sondern gemäß § 22 Satz 3 KUG den Angehörigen des Verstorbenen zu. Einzig etwaige kommerzialisierte Aspekte des Persönlichkeitsrechts könnten seit der Marlene-Dietrich-Entscheidung des BGH durch die Erben beansprucht werden. Zu einer derartigen Spaltung komme es auch auf dem PC des verstorbenen Wissenschaftlers: während hinsichtlich der Forschungsdaten der Erbe und ggf. die Universität Zugriffsrechte anmeldeten, komme auch ohne Beteiligung am Nachlass hinsichtlich der persönlichen Daten der enterbte Sohn in Betracht. Bei der Frage, wer die Daten sichten und scheiden dürfe, spreche, so *Ohly*, einiges dafür, diese Kompetenz den Angehörigen oder ggf. einem besonders durch den Erblasser Ermächtigten zuzugestehen.

Besonders interessant, so *Ohly* weiter, sei die Frage, wie mit Daten zu verfahren sei, die der Erblasser nicht physisch auf seinem PC, sondern bei einem Onlinedienste-Anbieter in der

sog. cloud gespeichert habe. Der Zugang zu derartigen Speicherdiensten werde durch Vertrag mit dem Anbieter geregelt, sodass gemäß § 1922 BGB grundsätzlich auch der Erbe in das Rechtsverhältnis eintrete. Jedoch käme auch hierbei eine Überlagerung durch das Persönlichkeitsrecht des Erblassers in Betracht. Eine zentrale Rolle spielten dabei die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Diensteanbieter. Daher, so *Ohly*, werde die zentrale Rolle bei der juristischen Klärung wohl § 307 BGB zukommen.

Sodann wandte sich *Ohly* den urheberrechtlichen Nachlassbestandteilen zu. In Betracht kämen dabei mit Blick auf den digitalen Nachlass insbesondere Schriftwerke, Computerprogramme, Lichtbildwerke und Darstellungen wissenschaftlicher oder technischer Art. Grundsätzlich liege dem Urheberrecht eine monistische Konzeption zugrunde, nach der die persönlichkeitsrechtlichen und die vermögensrechtlichen Bestandteile desselben untrennbar verbunden seien. Probleme stellten sich daher bei der Übertragbarkeit des Rechts. Unter Lebenden sei eine Übertragung des Urheberrechts nach § 29 Abs. 1 UrhG ausgeschlossen, insoweit überwiege der persönlichkeitsrechtliche Aspekt. Dennoch sei – insoweit überwiege der vermögensrechtliche Aspekt – das Urheberrecht gemäß § 28 Abs. 1 UrhG vererblich. Grundsätzlich habe der Rechtsnachfolger des Urhebers nach § 30 UrhG die dem Urheber zustehenden Rechte. Unklar sei jedoch, wie dabei das Urheberpersönlichkeitsrecht nach dessen Tode zu berücksichtigen sei. Eine eher vermögensrechtlich orientierte erbrechtliche Betrachtung müsse wohl zu dem Ergebnis kommen, dass dabei auch auf die Interessen des Erben abzustellen sei. Er, so *Ohly* weiter, tendiere jedoch eher zu einer urheberrechtlichen Perspektive, die dann auf die lebzeitigen Interessen des Urhebers Rücksicht nähme.

Zum Schluss seiner Ausführungen fasste *Ohly* sein Referat in vier Thesen zusammen: Erstens sei bei der Vererbung eine saubere Differenzierung zwischen Sacheigentum, Immaterialgüterrechten und Persönlichkeitsrechten geboten und eine Überdehnung des Sachenrechts zu vermeiden. Der Kern der Problematik liege zweitens darin, dass eine komplexe Gemengelage von vermögens- und persönlichkeitsrechtlichen Interessen vorzufinden sei. Eine einseitig erbrechtlich-vermögensrechtliche Perspektive werde drittens dieser Problematik nicht gerecht. Viertens gebe es keine Patentlösung; eine Vorsorge sei ratsam. Damit leitete *Ohly* auf das sich unmittelbar anschließende Referat von *Gloser* mit dem Thema „Das Urheberrecht und andere Bestandteile des digitalen Nachlasses in der notariellen Praxis“ über.

Gloser bezog gleich zu Beginn seiner Ausführungen eine Gegenposition zu der von *Ohly* geäußerten Ansicht, der Erbe sei bei der Ausübung des Urheberpersönlichkeitsrechts an die Interessen des Erblassers gebunden. Dieser urheberrechtlichen Sichtweise stellte *Gloser* eine erbrechtliche Betrachtung gegenüber, nach welcher der Erbe bei der Ausübung grundsätzlich frei sei. Dafür spreche, dass der Erblasser durch § 28 Abs. 2 Satz 2 UrhG die Möglichkeit habe, eine Testamentsvollstreckung anzuordnen, die nicht gemäß § 2210

BGB nach 30 Jahren ende, sondern erst mit dem Ablauf des Urheberrechtsschutzes nach 70 Jahren gemäß § 64 UrhG. Insoweit sei den Besonderheiten des Urheberrechtes im Gesetz Rechnung getragen. Da also der Urheber zu Lebzeiten entsprechende Gestaltungen durch Testamentsvollstreckung oder Auflagen treffen könne, müsse er dies – wie jeder Erblasser hinsichtlich anderer Nachlassgegenstände auch – eben tun. Darüber hinaus enthalte das Gesetz in § 42 Abs. 1 Satz 2 UrhG gerade einen speziell geregelten Fall der Interessenbindung, was für eine grundsätzliche Freiheit des Erben ansonsten spreche. Probleme stellten sich schließlich auch bei der praktischen Umsetzung, da insbesondere bei lange zurückliegenden Erbfällen der Wille des Erblassers oft kaum noch zu ermitteln sei, was nicht erleichtert werde, wenn ein solcher Wille nicht einmal in erbrechtlicher Form geäußert worden sei. Empfehlenswert sei daher eine vorsorgliche Regelung, welche diese Form einhalte und die entweder den Erben ausdrücklich befreie oder ihn durch Auflagen und die Anordnung einer Testamentsvollstreckung binde. Dabei komme es auf Genauigkeit an, da bei digital gespeicherten Werken das Sacheigentum am Datenträger nicht unbedingt die Rechte am Inhalt desselben vermittele. Sinnvoll sei daher, ausdrücklich auch auf die Rechte an den Daten Bezug zu nehmen.

Sodann wandte sich *Gloser* dem postmortalen Zugriff auf E-Mail-Konten zu. Typischerweise werde ein E-Mail-Konto sowohl für rein private Nachrichten wie auch für solche mit vermögensrechtlicher Natur verwendet. Bei der Sortierung stellten sich allerdings zwei Fragen, einmal, wer die Nachrichten durchsehen dürfe, und zweitens, wer dazu tatsächlich in der Lage sei. Zum Teil werde auch hinsichtlich der Frage, wer die Nachrichten durchsehen dürfe, eine erbrechtsbeschränkende Auffassung vertreten. Danach seien für die Durchsicht privater Nachrichten die nächsten Angehörigen berufen, während die Durchsicht der vermögensrechtlichen Nachrichten den Erben zustünde. Probleme entstünden allerdings immer dann, wenn die nächsten Angehörigen nicht zugleich auch Erben seien. Eine Nachlasssektion, etwa durch das Nachlassgericht oder den Diensteanbieter, sei kaum praktikabel, nicht zuletzt, weil innerhalb weniger Jahre leicht tausende E-Mail-Nachrichten zusammenkommen könnten. Auch datenschutzrechtlich seien derartige Vorschläge nicht unbedenklich. Vorzugswürdig sei daher auch hierbei eine Orientierung an den erbrechtlichen Grundsätzen. Danach blieben die Erben zur Sichtung des digitalen Nachlasses befugt. Dass auch persönlichkeitsrechtliche Bestandteile grund-

sätzlich in den Nachlass fielen, zeige sich schon an den § 2373 Satz 2, § 2047 Abs. 2 BGB.

Empfehlenswert, so *Gloser* sei jedenfalls eine Anordnung, wer zur Sichtung und Sortierung des Datenbestandes zuständig sein solle, etwa durch eine Vorsorgevollmacht. Allerdings sei dies allein noch nicht genügend. Denn allein dadurch sei dem Bevollmächtigten der tatsächliche Zugriff auf das E-Mail-Konto nicht möglich. Teilweise werde vertreten, dass die Erben nach § 1922 BGB in das Vertragsverhältnis mit dem Diensteanbieter einträten. Jedenfalls bei ausländischen Providern oder pseudonymen Benutzerkonten sei jedoch mit erheblichen Schwierigkeiten zu rechnen. Sinnvoll sei es daher, noch zu Lebzeiten für die Schaffung einer tatsächlichen Zugriffsmöglichkeit Sorge zu tragen. Kaum praktikabel sei die Nennung der Zugangsdaten innerhalb einer letztwilligen Verfügung, da diese durch das Nachlassgericht eröffnet und auch an etwaige enterbte Pflichtteilsberechtigte übersandt würde. Auch die Aufnahme der Daten in eine Vorsorgevollmacht sei nicht sinnvoll, da der Bevollmächtigte dann unmittelbar mit Übergabe der Urkunde Zugriff hätte. Abzuraten sei weiter von Online-Passwort-Hinterlegungsdiensten. Zum einen könne deren Sicherheit kaum abschließend beurteilt werden, zum anderen drohe stets die Gefahr der Einstellung eines solchen Dienstes.

Eine mögliche Lösung, so *Gloser*, liege in der Errichtung einer zusätzlichen notariellen Vorsorgeurkunde. Diese sollte allerdings nicht selbst die Zugangsdaten enthalten, da Passwörter erfahrungsgemäß zu häufig geändert würden, was jedes Mal eine Neubeurkundung erforderte. Sinnvollerweise speichere der Erblasser seine Zugangsdaten in einer verschlüsselten und passwortgeschützten Datenbank, die er selbst aufbewahren und regelmäßig anpassen könne. Lediglich das Passwort für diese Datenbank werde dann beim Notar niedergeschrieben. Innerhalb der Datenbank könnten dann leicht abgetrennte Bereiche eingerichtet werden, etwa für den beruflichen oder den privaten Datenbestand. Da eine Mitwirkung der Online-Diensteanbieter nicht erforderlich sei, bestehe kein Problem mit dem Fernmeldegeheimnis aus Art. 10 GG bzw. § 88 TKG. Wegen der notariellen Schweigepflicht nach § 18 BnotO bestünden außerdem keine datenschutzrechtlichen Bedenken.

Unmittelbar nach den Vorträgen kam es zu einer Diskussion mit den Referenten, die sich den zahlreichen Fragen des Auditoriums widmeten. Bei einem anschließenden Empfang hatten die Teilnehmer und Referenten die Möglichkeit zum weiteren fachlichen und persönlichen Austausch.

BUCHBESPRECHUNGEN

Dutta/Herrler (Hrsg.): Die Europäische Erbrechtsverordnung. Beck, 2014. 271 S., 49 €

1. Der 17.8.2015 bedeutet mit dem Beginn der vollumfänglichen Anwendbarkeit der Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses (kurz: EuErbVO) für das Internationale Erbrecht eine Zeitenwende. Denn mit der EuErbVO hat der europäische Gesetzgeber einen supranationalen Rechtsakt geschaffen, der das ambitionierte Ziel hat, die internationale Zuständigkeit in Erbsachen, das auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anwendbare Recht und die Anerkennung und Vollstreckung von erbrechtlichen Entscheidungen aus anderen Mitgliedstaaten für sämtliche Mitgliedstaaten der Europäischen Union – mit Ausnahme Dänemarks, Irlands und des Vereinigten Königreichs – in praxistauglicher Weise einheitlich zu regeln, und dies trotz zum Teil erheblich abweichender Rechtstraditionen. Wenig überraschend bildet die EuErbVO somit eines der zentralen aktuellen Themen in internationaler Zivilrechtswissenschaft und kautelarjuristischer Praxis.

So trifft es sich bestens, dass das Deutsche Notarinstitut (DNotI) als wissenschaftliche Einrichtung zur Beratung der notariellen Praxis im Herbst 2013 anlässlich seines 20-jährigen Bestehens ein Symposium in Würzburg veranstaltet hat, in dessen Zentrum die EuErbVO stand. Die dort gehaltenen Referate liegen nunmehr in Form eines von *Anatol Dutta*, Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Universität Regensburg, und *Sebastian Herrler*, ehemals Geschäftsführer des DNotI, nunmehr Notar in München, herausgegebenen Sammelbandes vor, ergänzt um Diskussionsberichte zu den insgesamt vier Themenblöcken des Symposiums. Die Autorenschaft setzt sich aus namhaften Experten des internationalen Erbrechts aus Wissenschaft und Praxis zusammen.

2. In seiner Einleitung hebt *Herrler* zunächst die Resonanz in Wissenschaft und Praxis hervor, auf die die EuErbVO schon vor dem Datum der vollständigen Anwendbarkeit ihrer Vorschriften gestoßen ist. Er erinnert ferner an das ebenfalls vom DNotI veranstaltete Brüsseler Symposium aus dem Jahr 2004 zum Internationalen Erbrecht, das die Ergebnisse einer vom DNotI in Zusammenarbeit mit *Heinrich Dörner* und *Paul Lagarde* im Auftrag der Europäischen Kommission erarbeiteten rechtsvergleichenden Studie zu erbrechtlichen Regelungen des Internationalen Verfahrensrechts und des Internationalen Privatrechts der EU-Mitgliedstaaten mitsamt den daraus folgenden praktischen Problemen und möglichen gesetzgeberischen Lösungsansätzen zum Gegenstand hatte. Viele der damaligen Lösungsvorschläge fänden sich nunmehr in der EuErbVO wieder.

Der folgende Beitrag von *Kurt Lechner*, der als Mitglied des Europäischen Parlaments am Gesetzgebungsverfahren unmittelbar beteiligt war, skizziert den Verlauf der Entwicklung des Textes der EuErbVO bis hin zu deren Inkrafttreten. Dabei gibt *Lechner* erkenntnisreiche Einblicke in den Entscheidungsprozess bei einigen besonders wichtigen Sachpunkten. *Lechner* zeigt sich von der Qualität der Verordnung überzeugt; sie enthalte keine „faulen Kompromisse“.

Die anschließenden Beiträge von *Dennis Solomon* und *Andrea Bonomi/Azadi Öztürk* bilden den ersten Themenblock: Grundlagen des neuen Erbkollisionsrechts.

Solomon behandelt die Allgemeine Kollisionsnorm in der EuErbVO, Art. 21 f., die grundsätzlich an den gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers zum Zeitpunkt seines Todes anknüpft (Art. 21 Abs. 1), jedoch eine Ausweichklausel enthält (Art. 21 Abs. 2) und ferner eine Rechtswahl zugunsten des Heimatrechts des Erblassers zulässt (Art. 22). Die Randunschärfe des Begriffs des „gewöhnlichen Aufenthalts“ hält *Solomon* angesichts des Vorteils der Flexibilität für verkraftbar und zeigt anhand von Beispielsfällen auf, dass sich auf den ersten Blick zweifelhafte Konstellationen vielfach in den Griff bekommen lassen.

Bonomi und *Öztürk* befassen sich mit den Art. 24 ff. EuErbVO, die Sonderanknüpfungen für die formelle und materielle Wirksamkeit von Verfügungen von Todes wegen enthalten, für die die Allgemeine Kollisionsnorm nicht passt. Die wichtige Streitfrage, ob das in Art. 24 ff. nicht ausdrücklich genannte gemeinschaftliche Testament mit wechselbezüglichen Verfügungen unter die Regelung des Art. 24 (für Testamente) oder des Art. 25 (für Erbverträge) fällt, beantworten *Bonomi* und *Öztürk* überzeugend unter Rückgriff auf die Definition des Erbvertrags in Art. 3 Abs. 1 lit. b EuErbVO und unter Betonung der Gemeinsamkeit der Bindungswirkung dahingehend, dass es sich bei einem gemeinschaftlichen Testament mit wechselbezüglichen Verfügungen um einen Erbvertrag im Sinne des Art. 25 EuErbVO handle.

Zu Beginn des zweiten Themenblocks mit dem Titel „Ausgewählte Probleme des neuen Erbkollisionsrechts“ widmet sich *Heinrich Dörner* der Abgrenzung des Erbstatuts vom Güterstatut und behandelt dabei die wichtige Problematik, ob die Vorschrift des § 1371 Abs. 1 BGB über den pauschalierten Zugewinnausgleich unter das Erbstatut und damit den Anwendungsbereich der EuErbVO falle. Unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des EuGH zur Qualifikation einer Rechtsfrage als güterrechtlich stuft *Dörner* die Vorschrift im Einklang mit der herrschenden Meinung zum deutschen Kollisionsrecht aufgrund ihres Zwecks zur Kompensation der Mehrung des Zugewinns des Erblassers durch dessen Ehegatten als güterrechtliche Norm und damit von der EuErbVO nicht erfasst (Art. 1 Abs. 2 lit. d) ein. Die praktischen Auswirkungen aus deutscher Sicht schätzt *Dörner* als gering ein, da es zum Auseinanderfallen des anwendbaren Rechts nur im Ausnahmefall komme. Aus Sicht der anderen Mitgliedstaaten sieht *Dörner* jedoch mit Recht erhebliche Probleme. Auch beim Europäischen Nachlasszeugnis seien im Hinblick auf das Ehegattenviertel Schwierigkeiten zu erwarten.

Christian Hertel befasst sich im Anschluss mit der Abgrenzung des Erbstatuts vom Sachstatut und vom Gesellschaftsstatut. Dabei geht *Hertel* unter anderem der praxiswichtigen Frage nach, ob die EuErbVO etwas an der bisherigen Rechtslage in Deutschland zu ändern vermöge, nach der ein Vindikationslegat nach ausländischem Erbrecht für in Deutschland belegene Grundstücke aufgrund des Numerus clausus der Sachenrechte keine dingliche Wirkung haben kann. Mithilfe einer präzisen Analyse von Art. 1 Abs. 2 lit. k, 1 EuErbVO kommt *Hertel* zu dem nachvollziehbaren Ergebnis, dass sich das Sachstatut der registrierten Sachen – insbesondere von

Immobilien – gegenüber dem Erbstatut durchsetze, sodass infolge der *Lex rei sitae* für die Erfüllung von Vindikationslegaten in Hinblick auf in Deutschland belegene Grundstücke weiterhin eine Auflassung erforderlich sei. Abschließend legt *Hertel* dar, dass gesellschaftsrechtliche Fragen praktisch vollständig aus dem Anwendungsbereich der EuErbVO ausgeschlossen seien.

Der folgende Beitrag von *Michael Hellner* skizziert die Probleme des Allgemeinen Teils des Internationalen Privatrechts im Zusammenhang mit der EuErbVO. Dabei betont er zunächst, dass die Qualifikation im Rahmen der Verordnung autonom unionsrechtlich erfolgen müsse. Nachdem *Hellner* auf die richtige Anknüpfung von Vorfragen und die Regelung über die Rück- und Weiterverweisung (Art. 34 EuErbVO) eingegangen ist, befasst er sich mit Fragen des *ordre public*, vor allem in Bezug auf das Pflichtteilsrecht, und erläutert, dass sich der europäische Gesetzgeber für die Gestaltungsfreiheit hinsichtlich der Pflichtteile entschieden habe.

Ganz im Zentrum steht die Problematik des Pflichtteilsrechts sodann beim Referat von *Stephan Lorenz*. In dem äußerst instruktiven Beitrag legt *Lorenz* mit sorgfältiger Begründung dar, dass Pflichtteilsergänzungen gegenüber nachlassfremden Dritten anders als Pflichtteilsergänzungen im Innenverhältnis der am Nachlass beteiligten und herkömmlichen Pflichtteilsansprüchen entgegen der bislang herrschenden Ansicht im Schrifttum nicht von der EuErbVO umfasst seien. Die durch die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt bedingte und im Verhältnis zur bisherigen Rechtslage erhöhte Wandelbarkeit des Erbstatuts sowie die durch die Rechtswahl des Heimatrechts mögliche Beeinflussung der Pflichtteilsrechte durch den Erblasser sind nach *Lorenz* hinzunehmen. Die Regelung zum *ordre public* in Art. 35 EuErbVO bewertet *Lorenz* in Bezug auf das Pflichtteilsrecht als positiv.

Der folgende dritte Themenblock befasst sich mit dem neuen Internationalen Erbverfahrensrecht.

Burkhard Hess behandelt dabei in seinem Beitrag die internationale Zuständigkeit nach der EuErbVO. Er gibt zunächst einen Überblick über die Gerichtsstände der Verordnung und geht anschließend näher auf die Regelzuständigkeit nach Art. 4 EuErbVO ein, die – in Abstimmung zum Erbstatut – eine Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers vorsieht. Weiter befasst sich *Hess* mit Fragen der Prorogation des zuständigen Gerichts sowie der in transnationalen Fällen wichtigen justiziellen Kooperation zwischen Gerichten und Behörden. *Hess* hält den Grundgedanken des Art. 4 für überzeugend, Gerichte und Notare im Regelfall von einer aufwendigen Ermittlung ausländischen Rechts zu befreien, kritisiert jedoch die fehlende Prorogationsmöglichkeit für den Erblasser und die fehlende Regelung der unmittelbaren Zusammenarbeit zwischen Nachlassgerichten.

Reinhold Geimer widmet sich im Anschluss der Vorschrift des Art. 59 EuErbVO, die die „Annahme“ ausländischer öffentlicher Urkunden in Erbsachen zum Gegenstand hat. *Geimer* zeigt zunächst Genese und Anwendungsbereich der Norm (ausschließlich formelle Beweiskraft) auf und stellt sodann ein dogmatisches Grundgerüst für ihre Exegese auf. Anschließend befasst er sich mit den Grenzen der Wirkungserstreckung, die die Vorschrift vornimmt. *Geimer* hält diese im Ergebnis für unklar. Auch in Zusammenhang mit Art. 59 Abs. 2 EuErbVO, der die Echtheitsprüfung öffentlicher Urkunden im Ursprungsstaat regelt, sieht *Geimer* zahlreiche Ungereimtheiten und offene Fragen. Insgesamt hält er Art. 59 mit guten Gründen für missglückt.

Zum Abschluss des verfahrensrechtlichen Themenblocks enthält der Sammelband einen sehr lehrreichen Beitrag von *Knut*

Werner Lange zum ebenfalls durch die EuErbVO eingeführten Europäischen Nachlasszeugnis als eigenständigem Erbnachweis auf europäischer Ebene. *Lange* behandelt dabei praxisorientiert zunächst Zuständigkeit und Verfahren, anschließend geht er auf den Inhalt und die Wirkungen des Nachlasszeugnisses ein, bevor er Rechtsbehelfe und das Verhältnis zu den nationalen Erbnachweisen behandelt. Dabei sieht *Lange* das Europäische Nachlasszeugnis als integralen Bestandteil des Regelungspaketes der EuErbVO. Zu Recht kritisiert *Lange* die nur rudimentäre Regelung des Verfahrensrechts und das nicht vollständig geklärte Verhältnis zu den nationalen Erbnachweisen der Mitgliedstaaten.

Mit dem Verhältnis der EuErbVO zu Drittstaaten befasst sich der letzte Themenblock mit Beiträgen von *Rembert Süß* und *Eva Lein*.

Süß beleuchtet in seinem Referat den Vorbehalt der Verordnung zugunsten bilateraler Abkommen mit Drittstaaten (Art. 75 Abs. 1 EuErbVO), die von Art. 21 EuErbVO abweichende Anknüpfungsregelungen (Staatsangehörigkeit des Erblassers, Belegenheit von Nachlassgegenständen) enthalten. Nach einem Überblick über die bestehenden Abkommen wendet sich *Süß* zwei problematischen Fallkonstellationen und deren Lösung zu: Der Belegenheit von Nachlass in einem nicht durch ein konkretes bilaterales Abkommen gebundenen Mitgliedstaat sowie dem gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers in einem nicht gebundenen Mitgliedstaat, jeweils bei Staatsangehörigkeit zu einem Vertragsstaat. Die mit der zweiten Konstellation verbundenen Schwierigkeiten, insbesondere im Zusammenhang mit der Ausstellung eines Europäischen Nachlasszeugnisses durch einen Nicht-Vertragsstaat, das im jeweiligen Vertragsstaat anzuerkennen wäre, sofern er Mitgliedstaat der EuErbVO ist, will *Süß* – bedenkenswert, aber wohl nicht unmittelbar in der Verordnung angelegt – mit einer Ausdehnung des Vorrangs nach Art. 75 EuErbVO in den verfahrensrechtlichen Bereich begegnen und nur die Erteilung entsprechend beschränkter Erbnachweise zulassen, um Widersprüche zu vermeiden. Einen Zwang zur Kündigung der Abkommen lehnt *Süß* ab.

Lein befasst sich kenntnisreich mit der Sicht der Drittstaaten auf die Erbrechtsverordnung und erkennt Problemlagen insbesondere darin, dass im Kollisionsrecht vieler Drittstaaten ein anderer Anknüpfungspunkt als der „gewöhnliche Aufenthalt“ gewählt sei. Das Ziel der Verordnung, Nachlassspaltungen nach Möglichkeit zu vermeiden, könne im Verhältnis zu Drittstaaten nicht vollständig erreicht werden. Ferner gibt *Lein* zu bedenken, dass die Anerkennung einer Rechtswahl nach Art. 22 EuErbVO in Drittstaaten oftmals problematisch sei und weist auf die Möglichkeiten von Zuständigkeitskonflikten der Nachlassgerichte hin. Abschließend betont *Lein* zutreffend, dass eine Nachlassplanung bei Erbfällen mit Drittstaatenbezug zwar kompliziert, aber dringend zu empfehlen sei.

Das Schlusswort von *Dutta* identifiziert als übergeordnetes Problem der EuErbVO die Verzahnung der Kollisionsnormen und der Vorschriften über das Europäische Nachlasszeugnis. Ein europäischer Entscheidungseinklang sei nach wie vor (noch) nicht gewährleistet, etwa im Hinblick auf das Güterrecht oder die unterschiedlichen Staatsverträge. Dies sieht *Dutta* vollkommen zu Recht als Gefährdung für die Funktion des Europäischen Nachlasszeugnisses und appelliert daher, den Entscheidungseinklang weiter zu erhöhen, sei es durch entsprechende Auslegung *de lege lata* und durch weitere europäische Rechtsakte *de lege ferenda*.

3. Insgesamt ist das Werk mehr als ein „gewöhnlicher“ Tagungsband. Aufgrund der gelungenen Themenwahl und der

klaren Struktur eignet es sich ohne Weiteres zur Einführung in das ab dem 17.8.2015 in nahezu der gesamten Europäischen Union geltende Internationale Erbrecht. Es identifiziert schon jetzt wesentliche Problemlagen der EuErbVO und ist hervorragend geeignet, den in der Erbrechtspraxis tätigen Leser für diese zu sensibilisieren. Ferner leistet der Band mit meinungsfreudigen Referaten einen wichtigen Beitrag zum wissenschaftlichen Diskurs, der bekanntlich nicht nur der Normsetzungs-, sondern auch der Normanwendungsqualität erheblich

nutzen kann. Dem Ziel des Symposiums, wissenschaftliche und praktische Ansätze zu verbinden, wurde erfolgreich Rechnung getragen: Zum einen schon durch die Auswahl der Referenten, zum anderen aber durch die Referenten selbst, die ihre Beiträge durchweg im Lichte dieses Ziels verfasst haben. Somit kann die Lektüre des Bandes nur nachdrücklich empfohlen werden.

Notarassessor Dr. *Peter Schwabenbauer*, Starnberg

Zimmermann: Die Testamentsvollstreckung – Handbuch für die gerichtliche, anwaltliche und notarielle Praxis. 4. Aufl., Berliner Handbücher, 2014. 616 S., 98 €

Mehr als sechs Jahre nach Erscheinen der 3. Auflage liegt nunmehr die 4. Auflage des Buches vor, die sich auf dem Stand März 2014 befindet. Offensichtlichstes Qualitätsmerkmal des zu besprechenden Werks ist der Autor Prof. *Walter Zimmermann* selbst, der den befassten Kreisen durch eine Vielzahl von Veröffentlichungen bekannt ist und der durch den Verlag nicht zu Unrecht als „DER Experte im Erbrecht“ gepriesen wird.

Das Werk selbst folgt chronologisch dem Ablauf einer Testamentsvollstreckung von der Anordnung und Annahme des Amtes über Problemkreise im Laufe der Ausübung bis zur Frage der Vergütung und Beendigung. Aus notarieller Sicht interessant ist gleich das erste Kapitel, welches sich dem Verhältnis von Testamentsvollstreckung zu postmortalen Vollmachten widmet und praxisgerecht eine Übersicht zu den jeweiligen Vor- und Nachteilen beider Institute aufzeigt. Sehr ausführlich ist auch der Abschnitt „Testamentsvollstreckung im Handels- und Gesellschaftsrecht“. Hier wird nicht nur zu allen denkbaren Gesellschaftsformen den Möglichkeiten der Testamentsvollstreckung nachgegangen, sondern auch beispielsweise zu Neugründungs- und Umwandlungsmaßnahmen durch den Testamentsvollstrecker. Auch aus Kapiteln, die auf den ersten Blick wenig mit den notariellen Frage-

stellungen zu tun haben, ergeben sich für den Notar durchaus interessante Erkenntnisse, und sei es, wie bspw. bei den Kapiteln „Aufgaben des Gerichts bei Testamentsvollstreckung“ oder „Abwehr einer unerwünschten Testamentsvollstreckung“, auch nur im Sinne eines „Kenne den Feind!“.

Dem Untertitel des Werkes „Handbuch für die gerichtliche, anwaltliche und notarielle Praxis“ wird das Werk trotzdem nur bedingt gerecht. Es sticht geradezu ins Auge, dass quasi keine Formulierungsmuster zu Verfügung gestellt werden. Lediglich am Ende auf zwei Seiten werden, aus notarieller Sicht banale, Formulierungsbeispiele für Verfügungen von Todes wegen gegeben. Auch im Übrigen finden sich wenige Anleitungen für ein konkretes, praktisches Vorgehen. Das Werk ist eher ein Rechtshandbuch, kein Praxishandbuch. Darüber hinaus, durchaus verständlich, wenn auch für die notarielle Praxis schade, behandelt das Werk im deutlichen Schwerpunkt den Ablauf einer Testamentsvollstreckung und widmet sich der Anordnung einer solchen nur auf wenigen Seiten.

Als Fazit bleibt somit festzuhalten, dass das zu besprechende Werk bestens für den Testamentsvollstrecker selbst geeignet und, im Übrigen, eine durchaus sinnvolle Ergänzung der Notarbibliothek ist, um einzelne Rechtsfragen der Testamentsvollstreckung vertieft zu bearbeiten. Wer, wie der Verfasser dieser Zeilen, zu einem gefundenen Ergebnis gern einen praxistauglichen Formulierungsvorschlag sieht, wird an zusätzlicher Literatur zu dem Thema nicht vorbeikommen.

Notar Dr. *Florian Berger*, Eltmann

Diehn (Hrsg.): Bundesnotarordnung. 1. Aufl., Carl Heymanns, 2015. 972 S., 139 €

Der Zugriff auf eine Kommentierung zur Bundesnotarordnung als zentrales Normenregime der Existenz des Notars und seiner Pflichtenbindungen kann gewiss aus ganz unterschiedlichen Gründen erfolgen: Der Notar sucht raschen Rat in seiner Praxis; eine Notarkammer sieht sich mit einer berufsrechtlichen Frage konfrontiert; die Justizverwaltung kommt ihren aufsichtlichen Aufgaben nach; nicht zu vergessen die wissenschaftliche und historische Befassung mit Fragen des Notarwesens. In Herausgeberschaft von *Diehn* ist nun eine umfassende Abhandlung zur Bundesnotarordnung erschienen, die allen angesprochenen Nutzerkreisen gerecht wird. Das Werk ist übersichtlich gestaltet, gibt – ohne an Tiefe einzubüßen – zügig Auskunft und setzt gerade bei aktuellen Fragen neue gedankliche Impulse.

Dem Kommentatoren-Team gehören neben *Diehn*, selbst geraume Zeit Geschäftsführer der Bundesnotarkammer, vorrangig Autoren an, die sich in der Vergangenheit in der Geschäftsführung von Berufsorganisationen (Bundesnotarkammer, Deutscher Notarverein, Arbeitsgemeinschaft Anwaltsnotariat im DAV und Regionalkammern) engagiert haben bzw. mit *C. Sandkühler* und *Zimmermann* dort noch tätig sind. Das Werk kann somit auf einen wirklich breiten Erfahrungsschatz sowohl aus dem Hauptberuflichen Notariat als auch dem Anwaltsnotariat zurückgreifen.

Die Kommentierung von *Bormann* zum Kristallisationspunkt § 1 BNotO fußt auf der kontinentaleuropäischen Tradition der Trennung zwischen präventiver und nachsorgender Rechtspflege („Zwei-Säulen-Modell“, § 1 Rdnr. 13). Rechtsgeschäfte mit besonderer persönlicher und/oder finanzieller Bedeutung sollen durch die notarielle Beurkundung in einem

rechts- und beweissicheren Raum stattfinden, den der Notar durch seinen Beratungs-, Belehrungs-, Warn- und Schutzauftrag mit Leben erfüllt. Anders formuliert könnte man auch sagen, dass es die Rechtsfürsorgepflicht des Staates gebietet, der Gefahr von wichtigen Streitigkeiten im Keim zu begegnen anstatt sich auf eine kurative Lösung durch gerichtliche Verfahren zu beschränken – die Chance, in einer frühen Phase eine rechtsbefriedende Klärung herbeizuführen, dürfte vielfach höher sein. *Bormann* sieht in der Stellung des Notars als „Richter im Vorfeld“ (§ 1 Rdnr. 14) gegenüber dem richterlichen Streitentscheider eine echte Komplementärfunktion. Die in Objektivität und Unabhängigkeit funktionsäquivalente Ausgestaltung (§ 1 Rdnr. 26) zwischen Notar- und Richteramt ist dann nur logische Folge, die auch unlängst vom BVerfG erneut deutlich bestätigt wurde (BVerfG, Beschluss vom 19.6.2012, 1 BvR 3017/09, MittBayNot 2012, 497 m. Anm. *Bracker*, MittBayNot 2012, 429). Welche messbaren Vorteile das Zusammenspiel zwischen notarieller Urkundsgestaltung und mit Richtigkeitsgewähr ausgestatteten Registerwesen bietet, zeigt die abschließende ökonomische Analyse (§ 1 Rdnr. 41 ff.). Erst diese Ermittlung, Gestaltung und Registrierung von Sachverhalten bieten dem Rechtsverkehr die Sicherheit, sich als Eigentümer, Gesellschafter, Gläubiger oder Geschäftspartner auf Eintragungen im Handelsregister oder Grundbuch verlassen zu können. Dass es sich bei dieser vertrauten Gewissheit um keine Selbstverständlichkeit handelt, unterstreichen nach Einschätzung des Rezensenten besonders kriminelle Phänomene aus dem anglo-amerikanischen Rechtsraum wie house theft, mortgage fraud oder company hijacking – Aspekte die im europäischen Diskurs, z. B. aktuell betreffend die Schaffung einer formfrei gründbaren *societas unius personae* (Richtlinienvorschlag der Europäischen Kommission vom 9.4.2014 COM(2014) 212 final; vgl. hierzu *Wicke*, ZIP 2014, 1414) nicht oft genug betont werden können.

Die Ausführungen zu § 5 BNotO widmen sich erwartungsgemäß nur knapp der Erläuterung der aktuellen Fassung, nach der die Befähigung zum Richteramt gemäß §§ 5 ff. DRiG zwingende Bestellungs Voraussetzung zum Notar ist. Die Norm enthielt bekanntlich bis 2011 einen Staatsangehörigkeitsvorbehalt, den jedoch der EuGH in seiner Grundsatzentscheidung vom 24.5.2011 als Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 49 AEUV eingestuft hat, ohne die Bereichsausnahme gemäß Art. 51 AEUV (Ausübung öffentlicher Gewalt) als einschlägig anzusehen (EuGH, Urteil vom 24.5.2011, Rs. C-54/08, DNotZ 2011, 462). *Bormann*, bis 2011 Hauptgeschäftsführer und seit kurzem Präsident der Bundesnotarkammer, referiert als ausgewiesener Kenner der Materie Verfahrensgang und Ergebnis des Vertragsverletzungsverfahrens. Aber was folgt aus dem Judikat jenseits der knappen Anpassung von § 5 BNotO? Weiterungen für den Bereich der grenzüberschreitenden Erbringung von notariellen Dienstleistungen sind nicht erkennbar. *Bormann* stellt eingehend dar, dass die notarielle Amtsausübung eine hoheitliche Aufgabenübertragung voraussetzt (vgl. auch die bereits angesprochene Entscheidung BVerfG, Beschluss vom 19.6.2012, 1 BvR 3017/09, MittBayNot 2012, 497), die völkerrechtlich auf das Territorium beschränkt sein muss und – unabhängig von der Frage der Ausübung öffentlicher Gewalt – auch vom unionsrechtlichen *acquis communautaire* akzeptiert ist (§ 5 Rdnr. 11 ff.); ein „europäisches Wandernotariat“ wird es somit aus guten Gründen auch künftig nicht geben. Auch betreffend die grenzüberschreitende Niederlassung und Integration von Berufsträgern in das nationale Notarsystem entfaltet die Entscheidung nach der überzeugenden Kommentierung keine

„Sprengkraft“: Die deutsche Notariatsverfassung bewegt sich innerhalb des vom EuGH erkannten Gestaltungsspielraums. Eine Übernahme ausländischer Berufsträger darf nur erfolgen, wenn herausragende Kenntnisse des deutschen Rechts nachgewiesen werden (§ 5 Rdnr. 30). Langfristig dürfte es hier tatsächlich überlegenswert sein, für ausländische Bewerber alternativ zum Referendardienst und anschließender Zweiter Juristischer Staatsprüfung einen Anerkennungslehrgang bzw. eine Anerkennungsprüfung zu gestatten.

Beim notariellen Anwärterdienst (§ 7 BNotO) findet sich ein interessanter Hinweis zur (ehemaligen) bayerischen Praxis, im Rahmen des sog. Prüfungsjahrgangsprinzips den Einstellungsbedarf grundsätzlich nur aus der jeweils aktuell abgeschlossenen Zweiten Juristischen Staatsprüfung zu decken. Die Organisationsentscheidung der Justizverwaltung wird als rechtlich allenfalls auf Ermessensfehler hin überprüfbar und im Ergebnis zulässig eingestuft (§ 7 Rdnr. 15). Der BGH war gleichwohl anderer Auffassung und sah (obiter) eine formelle Verletzung von Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG als gegeben an (BGH, Beschluss vom 23.7.2012, NotZ (Brfg) 2/12, NJW-RR 2012, 1454), was das Bayerische Staatsministerium der Justiz im Jahre 2013 veranlasste, Ziffer 1.1.3 NotBek zugunsten einer großzügigeren Handhabung zu ändern.

Geradezu versteckt findet sich in den Erläuterungen zu § 14 BNotO eine umfassende Darstellung der besonders praxisrelevanten Norm des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 Hs. 2 BeurkG. Die Kommentierung ist bescheiden als „Exkurs: Neues zu § 17 Abs. 2a Satz 2 BeurkG“ überschrieben, kann sich aber wirklich sehen lassen. *Seger* geht dabei tatsächlich neuen Fragen auf den Grund, zum Beispiel nach dem zulässigen Versand durch den Zentralnotar nach dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im notariellen Beurkundungsverfahren (§ 14 Rdnr. 87 ff.) sowie den Auswirkungen der Haftungsentscheidung des BGH vom 7.2.2013 (BGH, Urteil vom 7.2.2013, III ZR 121/12, MittBayNot 2013, 325 m. Anm. *Rieger*), beschäftigt sich aber auch mit bekannten, jüngst wieder stärker diskutierten Problemen, wie etwa der Eröffnung des Anwendungsbereichs des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 Hs. 2 durch die Aufnahme von Maklerklauseln in zwischen Verbrauchern geschlossenen Kaufverträgen (§ 14 Rdnr. 75 ff.). Zu Letzterem vertritt *Seger*, dass bereits der Anwendungsbereich der Norm nicht eröffnet sei, da Maklerklauseln regelmäßig nicht gemäß § 311b Abs. 1 BGB beurkundungsbedürftig seien. In der weiteren Kommentierung diskutiert *Seger* – sortiert nach Fallgruppen (u. a. Geschäftserfahrenheit des Verbrauchers, geringer Geschäftswert, Käuferkonkurrenz eines Verbrauchers mit einem Unternehmer) – die nach wie vor in vielen Facetten unklare Frage, wann eine Abweichung von der 14-tägigen Regelfrist gestattet ist (§ 14 Rdnr. 112 ff.).

Das Verbot, dem Notaramt widersprechende Werbung zu betreiben (§ 29 BNotO), sieht sich mit immer neuen Fallgestaltungen konfrontiert. Insbesondere Präsentationsformen im Internet werfen in den letzten Jahren die Frage nach der Grenze zur unzulässigen gewerblichen Darstellung auf. *Diehn*, der in seiner Kommentierung von § 29 BNotO insgesamt einen großzügigen Maßstab anlegt, geht von der Möglichkeit aus, sich in sozialen Netzwerken zu registrieren, wenn eine sachliche Darstellung gewahrt bleibt (§ 29 Rdnr. 36). Dies kann im Hinblick auf die Vielzahl unterschiedlicher Formate (XING, facebook, tumblr etc.) auch differenzierter gesehen werden. Zutreffend ist der Hinweis, dass es § 29 BNotO Notaren verbietet, Gebote auf „ausgeschriebene“ notarielle Amtshandlungen abzugeben (§ 29 Rdnr. 39). Gleiches gilt für die Teilnahme an sog. „beauty contests“.

Seger konnte bei seinen Ausführungen zur Notarkasse nicht mehr die Grundsatzentscheidung des BGH zum Anspruch des Notars auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über den Widerruf einer Zuweisung eines fachkundigen Mitarbeiters berücksichtigen (BGH, Beschluss vom 21.7.2014, NotZ (Brfg) 15/13, MittBayNot 2015, 67), kommt aber zum gleichen Ergebnis und hat keine Bedenken gegen die Beschäftigungspflicht gemäß § 113 Abs. 6 BNotO (§ 113 Rdnr. 51). Die Zuweisung von Kassenbeschäftigten ist nach Segers Einschätzung „eine der großen solidarischen Leistungen des Notarkassensystems“ (§ 113 Rdnr. 55). Interessant ist die Übertragung der Grundsätze des EuGH-Urteils vom 24.5.2011 (EuGH, Urteil vom 24.5.2011, Rs. C-54/08, DNotZ 2011, 462) auf das Kassenwesen. Aufgrund der verfolgten zwingenden Gemeinwohlbelange im Flächenstaat wird das vorhandene System als insgesamt „europarechtsfest“ eingestuft (§ 113 Rdnr. 10 ff.).

Bei einer so umfassenden Darstellung der Bundesnotarordnung können an dieser Stelle leider nur wenige Passagen angesprochen werden; das Werk ist randvoll mit wertvollen Hinweisen für die Praxis, aber auch wichtigen Diskussionsbeiträgen zu weiteren berufspolitisch aktuellen Themen,

etwa betreffend den Komplex „notarieller Datenschutz“ (§ 2 Rdnr. 3, § 18 Rdnr. 59 ff.) oder das geplante elektronische Urkundenarchiv (§ 51 Rdnr. 18 ff.). In einer weiteren Auflage, die dem Werk bereits jetzt nur bald zu wünschen ist, könnte noch näher auf die Fragen rund um die Vereinbarkeit von Notaramt und Familie sowie dementsprechende Maßnahmen der Regionalkammern eingegangen werden; die Begriffe Eltern- und Teilzeit haben es zwar auf den Klappentext geschafft, tauchen aber weiter weder im Stichwortverzeichnis noch in der Kommentierung auf.

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass der kleine, aber feine Kreis an Kommentaren zur Bundesnotarordnung würdigen Zuwachs bekommen hat. Wer tagtäglich mit berufsrechtlichen Fragestellungen befasst ist, sollte im Bücherregal schleunigst Platz schaffen (oder hat es vielleicht schon getan), denn der „*Diehn*“ kann bereits in seiner ersten Auflage nur als Pflichtanschaffung bezeichnet werden. Aber auch für den Einsatz im Alltag der notariellen Praxis ist das Werk aufgrund seiner Prägnanz, Übersichtlichkeit und systematischen Darstellungsweise uneingeschränkt zum Kauf zu empfehlen.

Notar a. D. Dr. *Florian Meininghaus*, München

RECHTSPRECHUNG

Bürgerliches Recht

1. BGB §§ 181, 925, 925a; GBO §§ 20, 28, 29 Abs. 1 (Zur Mehrfachvertretung im Grundbuchverfahren)

1. Zur Mehrfachvertretung im Grundbuchverfahren.

2. Ist im Kaufvertrag über eine erst noch zu vermessende Teilfläche die Auflassung noch nicht erklärt, bedarf die spätere Messungsanerkennung mit Auflassung des neu gebildeten Grundstücks bei Doppelvertretung der Genehmigung durch den Vollmachtgeber, wenn nicht dem Vertreter Befreiung nach § 181 BGB erteilt ist (Abgrenzung zu BGH, Beschluss vom 16.2.2012, V ZB 204/12, bei juris; Bestätigung zu Senat, Beschluss vom 28.8.2013, 34 Wx 223/13, bei juris Rdnr. 16, und vom 19.9.2013, 34 Wx 156/13, bei juris Rdnr. 19).

OLG München, Beschluss vom 10.9.2014, 34 Wx 309/14

Mit notariellem Vertrag vom 9.12.2008 verkaufte der Beteiligte zu 2 eine noch zu vermessende unbebaute Teilfläche aus einem ihm gehörenden Grundstück an die Beteiligte zu 1, eine Aktiengesellschaft. Diese war vertreten durch Rechtsanwalt ..., dessen dem Vertrag in beglaubigter Abschrift beigefügte Vollmacht vom 25.7.2001 umfasst, die Firma A. (Beteiligte zu 1) in sämtlichen Grundstücksangelegenheiten gerichtlich und außergerichtlich zu vertreten. Sie sind insbesondere bevollmächtigt, für die genannte Gesellschaft Grundstücke, grundstücksgleiche Rechte und Grundpfandrechte zu veräußern, zu erwerben und zu belasten, dazu Auflassungen zu erklären und entgegenzunehmen, Eintragungen aller Art im Grundbuch zu bewilligen und zu beantragen, Eintragungsanträge zurückzunehmen, Unterwerfungen unter die sofortige Zwangsvollstreckung zu erklären, Zwangsvollstreckungsmaßnahmen in Grundstücke, grundstücksgleiche Rechte und Grundpfandrechte zu ergreifen und Zwangsversteigerungen und Zwangsverwaltungen von Grundstücken durchzuführen (...).

Verkauft wurde nach dem genannten Vertrag zum Alleineigentum aus dem in Abschnitt A. näher bezeichneten Grundbesitz eine amtlich erst zu vermessende Teilfläche von ca. 4.934 m² mit allen Rechten und gesetzlichen Bestandteilen.

Die Teilfläche ist den Beteiligten nach Lage und Umfang in der Natur genau bekannt. Es handelt sich um die gesamte Grundstücksfläche mit Ausnahme der Teilfläche, welche in dem dieser Urkunde als Anlage 1 beigehefteten Lageplan gelb gekennzeichnet (ist). Auf den Plan, der zur Durchsicht vorgelegt wurde, wird verwiesen (...). Die (Beteiligte zu 1) und (Beteiligte zu 2) vereinbaren, dass sie

a) die durch die Ausführungsanordnung (nach Art. 34 BayEG) festzustellende Grenzziehung auch für das heutige Vertragsverhältnis als verbindlich anerkennen,

b) die Vereinbarung über den pauschal zu leistenden Kaufpreis von der durch die Vermessung tatsächlich ermittelten Grundstücksgröße unberührt bleibt.

Mit Nachtrag vom 5.3.2014 erkannte Rechtsanwalt ..., handelnd für die Beteiligte zu 1, Letztere handelnd für sich selbst im eigenen Namen und aufgrund der zur Vorurkunde unter Befreiung von § 181 BGB erteilten Vollmacht für den Beteiligten zu 2, die Messung an. Zu derselben Urkunde wurde aufgelassen, bewilligt und beantragt, die Rechtsänderung im Grundbuch einzutragen.

Auf den Vollzugsantrag gemäß § 15 GBO vom 2.4.2014 setzte das Grundbuchamt mit Zwischenverfügung vom 12.5.2014 Frist zur Beseitigung – soweit noch von Bedeutung – folgender Hindernisse:

1. Die Auflassung sei von der Beteiligten zu 1 in der Form des § 29 GBO zu genehmigen, da diese den Bevollmächtigten nicht vom Verbot des Selbstkontrahierens befreit habe und er daher auch nicht wirksam die Auflassung habe erklären können.

2. Die Auflassung sei auch vom Beteiligten zu 2 als Verkäufer in der Form des § 29 GBO zu genehmigen, da die Vollmacht der Beteiligten zu 1 für ... nicht die Befugnis umfasse, Dritte zu vertreten, soweit diese die Beteiligte zu 1 bevollmächtigt hätten. Insoweit fehle es an einer Untervollmacht der Beteiligten zu 1 auf ..., für den Verkäufer, das heißt für einen Dritten, zu handeln.

Das Grundbuchamt hat ergänzend noch dargelegt, dass es sich bei der Auflassung nicht nur noch um die Erfüllung einer Verbindlichkeit handele. Dies gelte auch dann, wenn sich – wie hier – keine Abweichung in der Quadratmeterzahl gegenüber der unvermessenen Fläche ergeben habe. Die Tatsache, dass die Auflassungserklärung lediglich die Erfüllung einer Verbindlichkeit darstelle, sei dem Grundbuchamt nachzuweisen. Dazu müsse die Verbindlichkeit voll wirksam und dürfe nicht mit Einreden behaftet sein, es müsse sich um eine „glatte“ Verbindlichkeit handeln, was bei einer Teilfläche nie der Fall sei. Nachzuweisen sei, dass sich der Verkäufer gegenüber dem Übereignungsanspruch des Käufers nicht auf die Einrede des nichterfüllten Vertrags berufen könne.

Hievon unabhängig betreffe der weitere Beanstandungspunkt einen anderen Fragenkreis, nämlich den der fehlenden Untervollmacht.

Gegen die Zwischenverfügung haben die Beteiligten durch den Notar Beschwerde eingelegt, die sie folgendermaßen begründeten:

1. Messungsanerkennung und Auflassung stellten lediglich die Erfüllung einer Verbindlichkeit dar, so dass § 181 BGB der Wirksamkeit nicht entgegenstehe. Zwar könne in einer Messungsanerkennung theoretisch der Vertragsgegenstand abweichend von demjenigen im Ursprungskaufvertrag vereinbart werden. Dies führe aber nicht dazu, dass, insbesondere dort, wo keinerlei Abweichungen zwischen dem Messungsergebnis und den Festlegungen im Ursprungsvertrag vorgesehen seien, die Messungsanerkennung niemals als Erfüllung einer Verbindlichkeit eingestuft werden könne. Im Kaufvertrag hätten sich die Parteien verpflichtet, „nach Vorliegen des Messungsergebnisses und nach Zahlung des Kaufpreises die Auflassung zu vereinbaren und alle sonstigen zum Vollzug des Vertrages erforderlichen und sachdienlichen Erklärungen abzugeben“. Diese Verpflichtung erfüllten die Vertragsteile. Bei der Messungsanerkennung handele es sich allein um eine grundbuchformale Identitätsbestätigung. Materiellrechtlich sei sie nicht erforderlich. Es gehe nicht um eine materielle Festlegung des Vertragsgegenstandes, denn dieser bestimme sich nach dem Kaufvertrag. Die Messungsanerkennung diene nur dem Grundbuchvollzug der geschuldeten Eigentumsumschreibung. Im Rahmen der Messungsanerkennung könne zwar auch der Vertragsgegenstand geändert werden. Dies sei aber keine Messungsanerkennung im „reinen“ Sinne, sondern ein Nachtrag zum Kaufvertrag mit Änderung des Vertragsgegenstands. Hierfür gelte aber die erteilte Vollmacht schon ihrem Inhalt nach – nicht wegen § 181 BGB – nicht.

Ob mit der Auflassung eine Verbindlichkeit des Verkäufers gegenüber dem Käufer getilgt werde, sei eine Rechtsfrage. Diese habe das Grundbuchamt zu beurteilen. Dem Grundbuchamt seien auch nicht Wirksamkeit und Einrededefreiheit der zu erfüllenden Verbindlichkeit nachzuweisen.

Letztlich gehe es um den Vergleich der kaufvertraglichen Flächenfestlegung mit dem amtlichen Messergebnis. Das Grundbuchamt könne sich einer solchen Prüfung nicht entziehen und unschwer durch Vergleich der Lagepläne, Größenangaben im Kaufvertrag und etwaiger sonstiger dort enthaltener Vorgaben überprüfen, ob es sich bei dem aufgelassenen Flurstück um die verkaufte Teilfläche handele. Nur wenn ein Vergleich ergebe, dass Zweifel an deren Übereinstimmung bestünden, komme ein Gebrauch der Vollmacht nicht in Betracht.

Die Gegenansicht (vgl. Senat, Beschluss vom 28.8.2013, 34 Wx 223/13 = FGPrax 2013, 257) sei nicht überzeugend und ignoriere ohne Not eine jahrzehntelang bewährte und beanstandungsfreie Notar- und Grundbuchpraxis in B.

2. Es erschließe sich auch nicht, worin eine etwaige Unzulässigkeit der Untervollmächtigung – Vollmacht des Verkäufers für den Käufer – zu sehen sei. Dem Verkäufer müsse klar sein, dass die

Aktiengesellschaft als juristische Person nicht selbst handeln könne, also stets durch einen Vertreter handeln müsse.

Das Grundbuchamt hat der Beschwerde nicht abgeholfen.

Aus den Gründen:

II.

Die zulässige Beschwerde gegen die Zwischenverfügung (§ 18 Abs. 1, § 71 Abs. 1, § 73 mit § 15 Abs. 2 GBO) hat in der Sache teilweise, nämlich soweit sie sich gegen Nr. 2 der Zwischenverfügung (Befugnis zur Unterbevollmächtigung) richtet, Erfolg. Im Übrigen, nämlich hinsichtlich der fehlenden Genehmigung der Auflassung durch die Beteiligte zu 1 (Nr. 1), ist das Rechtsmittel unbegründet.

1. Der Beteiligte zu 2, der die Beteiligte zu 1 bevollmächtigt und von den Beschränkungen des § 181 befreit hat, war bei Messungsanerkennung und Auflassung am 5.3.2014 wirksam vertreten.

a) Die Bevollmächtigung vom 25.7.2001 erstreckt sich auch auf rechtsgeschäftliche Erklärungen in Untervollmacht des Beteiligten zu 2, ist in der Vollmachtsurkunde mit der Vertretung der Beteiligten zu 1 bei allen Grundstücksgeschäften, notariellen Beurkundungen und dergleichen betraut. Erkennbar soll damit – auch – umfasst werden, dass die bevollmächtigte Person für den Vollmachtgeber in entsprechenden Geschäften, in denen dieser im entsprechenden Geschäftskreis von Dritten bevollmächtigt wurde, auftreten kann (vgl. Senat, Beschluss vom 19.9.2013, 34 Wx 156/13 = FGPrax 2014, 14), was dann auch eine Unterbevollmächtigung beinhaltet. Ob eine solche – vom Hauptvertreter im Namen des Vertretenen zu erteilende (*Staudinger/Schilken*, Neubearbeitung 2014, § 167 Rdnr. 61) – Untervollmacht auch schon vor Erteilung der Hauptvollmacht, also für eine unbestimmte Zahl noch unbekannter zukünftiger Fälle erteilt werden kann, braucht nicht entschieden zu werden:

b) Denn Herr ... hat nach dem eindeutigen Wortlaut des Vertrags vom 9.12.2008 nicht unmittelbar für den Beteiligten zu 2 gehandelt, sondern als „Vertreter des Vertreters“ (vgl. *Staudinger/Schilken*, § 167 Rdnr. 62) der vom Beteiligten zu 2 bevollmächtigten Beteiligten zu 1, also in „mittelbarer Untervertretung“. Dies ist möglich (vgl. BGHZ 32, 250/253; zum Meinungsstand *Staudinger/Schilken*, a. a. O.). Die Herrn ... erteilte Vollmacht umfasst aus den II. 1. a) genannten Gründen auch diese Art der Untervertretung.

c) Die Erteilung der Untervollmacht durch den Hauptbevollmächtigten war hier schon deshalb zulässig, weil es sich bei der Beteiligten zu 1 um eine juristische Person handelt, die naturgemäß nicht selbst handeln kann. Die Bevollmächtigung einer solchen schließt zwangsläufig die Möglichkeit der Unterbevollmächtigung ein (vgl. Senat, Beschluss vom 19.9.2013, FGPrax 2014, 14). Dass sie hier aus welchen Gründen auch immer nicht umfasst sein solle, liegt fern, zumal nach der Urkunde zusätzliche interne Bindungen zum Vollmachtsgebrauch bestehen (Nachweis der Kaufpreiszahlung; Gebrauch nur vor dem amtierenden Notar, seinem Sozios oder Vertreter oder Nachfolger im Amt).

2. Jedoch war die Beteiligte zu 1 bei der Erklärung der Auflassung nicht wirksam vertreten, weil ihr Bevollmächtigter nicht vom Verbot des Selbstkontrahierens (§ 181 BGB) befreit war. Seine Erklärungen müssen daher durch die Beteiligte zu 1 genehmigt werden (§§ 182, 184 BGB), sei es durch den Vorstand oder einzelne seiner Mitglieder, sei es durch sonstige nicht den Beschränkungen des § 181 BGB unterliegende Bevollmächtigte. Auflassung und Messungsanerkennung stellen nicht nur ein Erfüllungsgeschäft (§ 181 letzter

Hs. BGB) dar (vgl. zum Beispiel *Schneeweiß*, MittBayNot 2001, 341, 343; *Fröhler*, BWNZ 2006, 97/98; wohl auch *Grziwotz*, MittBayNot 2014, 235, 236; Beschlüsse des Senats vom 28.8.2013, 34 Wx 223/13, bei juris Rdnr. 16, und vom 19.9.2013, 34 Wx 156/13, bei juris Rdnr. 19).

a) Von der vorliegenden Gestaltung ist der Fall zu unterscheiden, dass bereits im Kaufvertrag das noch zu vermessende Grundstück mit aufgelassen wird (so zum Beispiel BGH, Beschluss vom 16.2.2012, V ZB 204/12 bei juris). Um den grundbuchamtlichen Vollzug herbeizuführen und dem Bezeichnungsgebot des § 28 Satz 1 GBO zu entsprechen ist in diesem Fall nachträglich die Teilfläche zu bezeichnen. Die verfahrensrechtliche Verklammerung wird dann durch eine sog. Identitätserklärung (Messungsanerkennung) hergestellt. Sie dient als Voraussetzung für die Eintragung dem Nachweis der Identität zwischen aufgelassener und vermessener Teilfläche (vgl. *Hügel/Wilsch*, GBO, 2. Aufl., § 28 Rdnr. 103 ff.) und hat dann, wenn die Auflassung bereits erfolgt ist, im Allgemeinen auch keine materiellrechtliche Bedeutung (BGH, Beschluss vom 16.2.2012, bei Rdnr. 23). Das Grundbuchamt ist (vgl. *Hügel/Wilsch*, a. a. O., Rdnr. 105) nicht verpflichtet, aber berechtigt, die Identitätserklärung anhand der Flurkarte des Fortführungsnachweises zu überprüfen. Bestehen nach Vorliegen des Fortführungsnachweises hinsichtlich der Identität der Teilfläche keine vernünftigen Zweifel, darf das Grundbuchamt auch keine Identitätserklärung verlangen (vgl. *Hügel/Wilsch*, § 28 Rdnr. 106; *Kössinger in Bauer/von Oefele*, GBO, 3. Aufl., § 20 Rdnr. 55).

Ist die Teilfläche nicht identisch, liegt eine Lücke zwischen Auflassung und Eintragung bzw. Veränderungsnachweis vor, die nur durch eine materiellrechtliche Ergänzungserklärung geschlossen werden kann (vgl. *Kössinger in Bauer/von Oefele*, § 20 Rdnr. 53).

b) Anders ist die Nachweislage, wenn die Auflassung im Kaufvertrag noch nicht erklärt ist.

Das Grundbuchamt müsste dann zur Feststellung, ob und dass lediglich eine Verbindlichkeit erfüllt wird, die Identität von verkauftem und aufgelassenem Gegenstand prüfen, ob also die vermessene und aufgelassene Teilfläche zur Erfüllung geeignet ist.

(1) Fraglich ist schon, ob das Grundbuchamt rechtlich dazu in der Lage wäre. Es prüft im Rahmen von § 20 GBO nämlich nur, ob die begehrte Eintragung den Gegenstand der Auflassung betrifft. Das schuldrechtliche Verhältnis ist für das Grundbuchamt in den meisten Fällen schon deshalb nicht von Bedeutung, weil ihm das Grundgeschäft gar nicht bekannt sein muss. Zwar wird ihm in der Mehrzahl der Fälle der Kaufvertrag mit vorgelegt; notwendig ist dies aber nicht. Eine Überprüfung des Kausalgeschäfts würde zum Abstraktionsprinzip des deutschen Zivilrechts im Widerspruch stehen (vgl. *Hügel*, § 20 Rdnr. 64; *Kössinger in Bauer/von Oefele*, § 20 Rdnr. 232). § 925a BGB gilt für das Grundbuchamt nicht (*Kössinger in Bauer/von Oefele*, a. a. O.). Für den Vollzug der Eigentumsumschreibung genügt die Vorlage eines formgerechten Auszugs aus der notariellen Urkunde, in der die Auflassungserklärung enthalten ist (BayObLG, Rpfleger 1981, 233).

(2) Das Grundbuchamt ist, von hier nicht vorliegenden Ausnahmen abgesehen (vgl. – allerdings für den Fall der schon vorher erklärten Auflassung – *Kössinger in Bauer/von Oefele*, § 20 Rdnr. 55) nicht in der Lage, im Zusammenhang mit der Prüfung von § 181 BGB die notwendige Identität festzustellen, zumal diese nicht nur im Flächenmaß, sondern auch in der Lage der vermessenen Grundstücksteilfläche gegeben sein muss.

(3) Dies ermöglicht zwar die Messungsanerkennung. In ihr erklären die Vertragsparteien in der Form des § 29 GBO, dass der ggf. dadurch modifizierte schuldrechtliche Vertrag mit der beschriebenen Leistung erfüllt wird. Dass dies als Nachweis der Identität dienen kann, setzt aber Wirksamkeit voraus. Dem steht § 181 BGB entgegen, wenn die Erklärung zumindest auch einen materiellrechtlichen Inhalt hat und es sich nicht nur um ein Erfüllungsgeschäft handelt. Anders als in der Entscheidung des BGH, Beschluss vom 16.2.2012 (V ZB 204/12), steht hier die Identität zwischen verkauftem und aufzulassendem Grundstücksteil in Frage, nicht aber die Übereinstimmung von bereits wirksam aufgelassenem mit dem einzutragenden Grundbesitz. Die erforderliche Einigung durch Vertreter ist in diesem Fall zu prüfen und in der Form des § 29 GBO nachzuweisen (allgemeine Meinung; *Demharter*, § 20 Rdnr. 21). Sie dient hier – da die Auflassung noch nicht erklärt ist – nicht nur der Erfüllung des Bestimmtheitserfordernisses des Grundbuchrechts (vgl. § 28 GBO). Die Erklärung, die ebenfalls als Identitätserklärung oder Messungsanerkennung bezeichnet wird, hat als „Anerkennung“ jedenfalls auch einen materiellrechtlichen Inhalt mit der Folge, dass § 181 BGB gilt, wenn der Gläubiger bestätigt, das von ihm Gekaufte zu erhalten, bzw. der Schuldner anerkennt, das dann Aufzulassende zu schulden, und auf dieser Grundlage erst die Auflassung erklärt wird. Sonstige Umstände (vgl. die Beispiele bei *Kössinger* in *Bauer/von Oefe*, § 20 Rdnr. 55) sind beim Grundbuchamt nicht offenkundig (§ 29 Abs. 1 Satz 2 GBO).

c) Etwas anderes ergibt sich schließlich nicht aus der vertraglichen Verpflichtung, „die durch die Ausführungsanordnung (nach Art. 34 BayEG) festzustellende Grenzziehung auch für das heutige Vertragsverhältnis als verbindlich anerkennen“. Denn es ist nicht anzunehmen, dass die Vertragsparteien sich hierzu unabhängig vom Ergebnis der Vermessung, gleichsam blind im Voraus, verpflichten wollten.

d) Es spielt unter diesen Umständen keine Rolle, inwieweit auch die Einredefreiheit als Voraussetzung, dass ausschließlich eine Verbindlichkeit erfüllt wird, erheblich und dem Grundbuchamt nachzuweisen ist (so wohl KG, Entscheidung vom 27.3.2014, 1 W 15 – 17/14; *Palandt/Ellenberger*, 73. Aufl., § 181 Rdnr. 22). Soweit die Beteiligten darauf verweisen, dass diese Voraussetzung auch sonst bei Eintragungen nicht geprüft werde, wird übersehen, dass sie im Rahmen des formellen Konsensprinzips nicht erheblich ist und im Übrigen (§ 20 GBO) nur im Selbstkontrahierungsfall eine Rolle spielt.

(...)

Anmerkung:

1. Die Vorschrift des § 181 BGB, die sowohl ein Selbstkontrahieren als auch eine Mehrfachvertretung verbietet, spielt im Rahmen des dinglichen Vollzugs von Immobilienverträgen eine immer größere Rolle.¹ Dies betrifft auch die im Gesetz vorgesehene Ausnahme des bloßen Erfüllungsgeschäfts und die Frage der Zulässigkeit einer Untervertretung.
2. Grundsätzlich kann, jedenfalls bei der Bevollmächtigung einer juristischen Person, davon ausgegangen werden, dass auch eine Unterbevollmächtigung zulässig ist, selbst wenn dies in der Vollmacht nicht ausdrücklich erwähnt wird. Dies entspricht der ganz herrschenden Meinung.² Davon zu unter-

scheiden ist das Problem, ob eine Unterbevollmächtigung durch einen nicht von den Beschränkungen des § 181 BGB befreiten Bevollmächtigten dazu verwendet werden kann, formal das Verbot der Mehrfachvertretung³ zu umgehen. Nachdem § 181 BGB lange Zeit als rein formale Ordnungsvorschrift angesehen wurde, werden nach nunmehr herrschender Meinung⁴ auch Tatbestände einer Interessenkollision trotz Nichtvorliegen eines formalen Insihgeschäfts einbezogen. Dies betrifft insbesondere die analoge Anwendung von § 181 BGB auf die Fälle der Unterbevollmächtigung durch einen selbst nicht vom Verbot der Mehrfachvertretung befreiten Bevollmächtigten.⁵

3. Zum Vollzug des Eigentumswechsels im Grundbuch kommt es nur auf die Wirksamkeit der Auflassung an. Die Wirksamkeit des zugrundeliegenden schuldrechtlichen Geschäfts muss zwar der Notar überprüfen (§ 925a BGB), nach herrschender Meinung jedoch nicht das Grundbuchamt.⁶

a) Ist die Auflassung hinsichtlich des nicht vermessenen Grundstücks bereits erklärt worden, was grundsätzlich zulässig ist,⁷ muss vom Grundbuchamt lediglich geprüft werden, ob die erklärte Auflassung auch die vermessene Fläche betrifft. Gemäß § 20 GBO ist dem Grundbuchamt die Auflassung nachzuweisen. Sind aufgelassene und vermessene Flächen identisch, hat das Grundbuchamt die Auflassung zu vollziehen, unabhängig von dem Bestehen und der Wirksamkeit des zugrundeliegenden schuldrechtlichen Geschäfts; auch die Frage, ob die verkaufte Fläche mit der aufgelassenen übereinstimmt, hat das Grundbuchamt grundsätzlich nicht zu interessieren. Bei Unklarheiten hinsichtlich der dinglichen Auflassung kann es eine Identitätserklärung verlangen. Es handelt sich dabei um eine rein grundbuchmäßige Erklärung, die den beschränkten Erkenntnismitteln des grundbuchamtlichen Eintragsverfahrens und den Anforderungen des § 28 Satz 1 GBO Rechnung trägt. Bestehen Abweichungen zwischen der Fläche, auf die sich die erklärte Auflassung bezieht, und der vermessenen Fläche, deckt die dingliche Auflassung das nunmehr vermessene Grundstück dann, wenn es in der zunächst angenommenen Fläche enthalten oder kleiner als die vermessene Fläche ist.⁸ Da dem Grundbuchamt nur die Auflassung nachzuweisen ist, hat es nicht zu prüfen, ob schuldrechtlich weiterhin ein Anspruch auf die Restfläche besteht und es sich nur um eine Teilerfüllung handelt. Kommen dagegen weitere – und zwar auch unbedeutende – Flächen hinzu, muss die Auflassung zumindest hinsichtlich dieser Flächen erklärt und dem Grundbuchamt gemäß § 20 GBO nachgewiesen werden. Es handelt sich dann um keine

³ RG, V 367/23, RGZ 108, 405; RG, V 313/37, RGZ 157, 24, 31; BGH, Urteil vom 23.2.1968, V ZR 188/64, BGHZ 50, 8, 11.

⁴ Siehe nur BGH, Beschluss vom 16.4.1975, V ZB 15/74, NJW 1975, 1885; BGH, Urteil vom 19.11.1979, II ZR 197/78, NJW 1980, 932 und BGH, Entscheidung vom 13.6.1984, VIII ZR 125/73, BGHZ 91, 334 = NJW 1984, 2085.

⁵ Siehe nur BGH, Urteil vom 24.9.1990, II ZR 167/89, BGHZ 112, 339 = NJW 1991, 691, 692; KG, Beschluss vom 16.12.1997, 1 W 5694/97, MittBayNot 1999, 472 und *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 24. Aufl. 2013, Rdnr. 113.

⁶ Vgl. nur OLG Frankfurt, Beschluss vom 3.3.1980, 20 W 82/80, NJW 1981, 876; MünchKommBGB/Kanzleiter, 6. Aufl. 2013, § 925a Rdnr. 5; teilweise abweichend NK-BGB/Grziwotz, 3. Aufl. 2012, § 925a Rdnr. 6.

⁷ Vgl. nur BGH, Beschluss vom 16.2.2012, V ZB 204/11, BeckRS 2012, 06466 Rdnr. 23; OLG Naumburg, Beschluss vom 6.11.2013, 12 Wx 26/13, NJOZ 2014, 771, 773 und *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 877.

⁸ *Staudinger/Pfeifer*, Neubearb. 2011, § 925 Rdnr. 115 und MünchKommBGB/Kohler, 6. Aufl. 2013, § 873 Rdnr. 110.

¹ Ausführlich *Meikel/Böttcher*, GBO, 11. Aufl. 2015, Einl. E Rdnr. 288 ff.

² Siehe nur *Soergel/Leptien*, BGB, 13. Aufl. 1999, § 167 Rdnr. 58.

bloße grundbuchmäßige Bezeichnung, sondern um eine Einigung, für die § 181 BGB gilt.

b) War die Auflassung im ursprünglichen Kaufgeschäft noch nicht erklärt worden, wird sie aber nach Vermessung erklärt, handelt es sich nach Ansicht des OLG München um keine bloße Erfüllung einer Verbindlichkeit. Die Verbotsausnahme der „ausschließlichen Erfüllung einer Verbindlichkeit“ in § 181 BGB rechtfertigt sich daraus, dass eine Interessenkollision regelmäßig ausscheidet, wenn es sich lediglich um die Erfüllung einer inhaltlich bereits feststehenden Rechtspflicht handelt.⁹ Die Ausnahme kann sich nur auf die Erfüllung von Verbindlichkeiten des Vertreters gegenüber dem Vertretenen und umgekehrt beziehen. Es muss sich um eine rechtsgeschäftlich begründete Schuld und die Leistung des vereinbarten Schuldgegenstandes handeln. Ebenso wie der Vertreter die zur Zahlung und Übertragung von Geld erforderlichen Erklärungen wirksam abgeben kann, wenn er eine eigene Schuld gegenüber dem Vertretenen erfüllt oder dessen Schuld sich selbst gegenüber begleicht, kann er auch die Verpflichtung zur Übertragung eines Grundstücks durch Erklärung der Auflassung erfüllen, ohne durch das Verbot der Mehrfachvertretung hieran gehindert zu sein. Wieso dies bei der Erfüllung eines Anspruchs auf Eigentumsverschaffung an einer Immobilie anders sein soll als bei der Übereignung von Geld, ist unklar. Wird mit der Erklärung der Auflassung die Übereignungspflicht des Verkäufers ganz oder teilweise erfüllt, greift materiellrechtlich die Verbotsausnahme des § 181 BGB. Es handelt sich um die Erfüllung einer Verbindlichkeit. Das Grundbuchamt, das die Wirksamkeit der materiellrechtlichen Einigung zu prüfen hat, kann deshalb nicht allein wegen des Umstands, dass die Auflassung nicht bereits im Zusammenhang mit dem Abschluss des Kaufvertrages erklärt wurde, von der Nichtanwendbarkeit der Ausnahmebestimmung des § 181 BGB ausgehen. Ob der Anspruchsberechtigte des Eigentumsverschaffungsanspruchs eine Teilleistung ablehnen kann, ohne dadurch in Annahmeverzug zu geraten,¹⁰ hat das Grundbuchamt im Rahmen des § 20 GBO ebenfalls nicht zu prüfen. Lediglich um die Erfüllung einer Verbindlichkeit handelt es sich bei der Mehrfachvertretung im Zusammenhang mit der Auflassung somit, wenn es exakt um die Leistungspflicht des einen Vertretenen gegenüber dem anderen geht,¹¹ also die veräußerte und die aufgelassene Fläche übereinstimmen. Gleiches gilt, wenn die Auflassung eine kleinere Fläche, die in der verkauften enthalten ist, betrifft. Auch eine geringfügige Flächenvergrößerung ist dagegen bereits schädlich.¹² Dem Grundbuchamt stehen allerdings nur eingeschränkte Prüfungsmöglichkeiten zur Verfügung. Deshalb kann es, ebenso wie bei der für die noch nicht vermessene Teilfläche erklärten Auflassung einen diesbezüglichen Nachweis (Identitätserklärung) in grundbuchmäßiger Form verlangen. Dagegen besteht entgegen der Entscheidung des OLG München kein im Grundbuchverfahren relevanter Unterschied zwischen dem Fall der sofort erklärten Auflassung hinsichtlich der nicht vermessenen Teilfläche und der nach Vorliegen des Messungsergebnisses erklärten Auflassung.

Notar Prof. Dr. Dr. *Herbert Grziwotz*, Regen und Zwiesel

⁹ *Larenz/Neuner*, BGB, AT 10. Aufl. 2012, § 49 Rdnr. 113 und *Flume*, AT BGB, 2. Bd.: Das Rechtsgeschäft, 1965, § 48 Ziffer 6.

¹⁰ Vgl. *PWW/Pfeiffer*, 9. Aufl. 2014, § 367 Rdnr. 7.

¹¹ Siehe nur BayObLG, Beschluss vom 8.4.2004, 2 Z BR 068/04, DNotZ 2004, 925; MünchKommBGB/Schramm, 6. Aufl. 2012, § 181 Rdnr. 56.

¹² A. A. wohl *Meikel/Böttcher*, 11. Aufl. 2015, Einl. E Rdnr. 351.

2. GBO §§ 13, 19, 15 Abs. 2, § 71; BGB § 874 (*Gewährung eines Leibgedings durch GbR ist bei sozialer Motivation ihrer Gesellschafter möglich*)

Ein Leibgeding kann auch von einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts eingeräumt werden, wenn sämtliche Gesellschafter in einer besonderen persönlichen Beziehung zu dem Berechtigten stehen, die auf eine soziale Motivation für die Einräumung der Rechte schließen lässt.

KG, Beschluss vom 23.9.2014, 1 W 283/14

In notarieller Urkunde vom 17.9.2013 (URNr. 2.../2... des Notars H G H) ließ der inzwischen am 19.2.2014 verstorbene eingetragene Eigentümer des im Beschlusseingang bezeichneten Grundstücks dieses an die Beteiligte zu 2, eine aus seinen Söhnen als Gesellschafter bestehende Gesellschaft bürgerlichen Rechts, auf. In § 6 der Urkunde vereinbarten die Vertragsbeteiligten, dass die Beteiligte zu 2 an den Übergeber und seine Ehefrau, die Beteiligte zu 1, auf deren Lebenszeit ein Leibgeding zu erbringen habe, bestehend aus einem Wohnrecht an der im 2. OG rechts belegenen 4-Zimmer-Wohnung und einem Wohnrecht an der im Souterrain belegenen 1-Zimmer-Wohnung sowie einem monatlichen Unterhaltsbeitrag, der sich von anfänglich 1.500 € ab Oktober 2013 nach näherer Maßgabe auf 1.800 € ab 1.1.2017 steigern sollte. In § 6 Abs. 2 der Urkunde bewilligten die Beteiligten die Eintragung der Wohnrechte und der Reallast (Geldrente) im Grundbuch unter Zusammenfassung zu einem Leibgeding mit dem Zusatz, dass zur Löschung der Nachweis des Todes des Letztversterbenden genügt.

Unter dem 18.11.2013 hat der Notar die verbundenen Anträge gestellt, das Recht in Abt. III lfd. Nr. 13 zu löschen, die Eigentumsbeschreibung gemäß § 3 der URNr. 2.../2... auf die Beteiligte zu 2 vorzunehmen und die in § 6 eingeräumten Rechte als Leibgeding einzutragen.

Das Grundbuchamt hat zunächst mit Zwischenverfügung vom 14.1.2014 darauf hingewiesen, der bei dem Leibgeding beantragte Löschungserleichterungsvermerk könne nicht eingetragen werden, weil das Wohnrecht nicht rückstandsfähig und die Reallast nicht zeitlich beschränkt sei. Außerdem seien für die Eintragung des Leibgedings formlos diejenigen Umstände und Beziehungen zu begründen, die die Eintragung als Leibgeding rechtfertigten.

Der Notar hat daraufhin eine nicht unterzeichnete Kopie des Gesellschaftsvertrages der Beteiligten zu 2 vorgelegt und für die Beteiligten vorgetragen, die Übertragung des Grundstücks diene ausschließlich der familiären Verwertung. Der Vertragsgegenstand sei mit einem Mehrfamilienhaus bebaut. Hieraus würden Mieteinnahmen erzielt, aus denen die Zahlung der vereinbarten Rente sichergestellt sei. Die Übertragung der GbR-Anteile auf Dritte und eine Kündigung des Gesellschaftsvertrages seien nach dem Vertrag ausgeschlossen, solange die Verpflichtung zur Leistung der Geldrente besteht.

Der Notar hat außerdem unter Hinweis auf § 6 Abs. 1 der URNr. 2.../2... klargestellt, dass die vereinbarten wiederkehrenden Leistungen auf die Lebenszeit der Berechtigten beschränkt seien.

Mit Beschluss vom 16.5.2014 hat das Grundbuchamt die Anträge insgesamt zurückgewiesen und zur Begründung ausgeführt, der Leibgedingsvertrag sei nicht wirksam, weil es an besonderen persönlichen Beziehungen zwischen Berechtigtem und Verpflichtetem fehle. Die Beteiligte zu 2 als Gesellschaft bürgerlichen Rechts sei keine Person, zu der im Sinne eines Versorgungsvertrages persönliche Beziehungen bestehen könnten. Aus dem Umstand, dass die Gesellschafter der Beteiligten zu 2 die Söhne der Berechtigten sind, ergebe sich nichts anderes, schon weil die Übertragung der Gesellschaftserstellung einschränkenden Bedingungen des Gesellschaftsvertrages jederzeit formlos geändert werden könnten.

Dagegen richtet sich die Beschwerde vom 24.6.2014, mit der die Beteiligten geltend machen, der Erwerb in der Rechtsform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts sei aus rein steuerlichen Gründen gewählt worden, diene jedoch ausschließlich der familiären Verwertung des Familiengrundstücks.

Aus den Gründen:

II.

1. Das Rechtsmittel ist zulässig (§§ 71 ff. GBO). Es ist dahin auszulegen, dass der Notar die Beschwerde gemäß § 15

Abs. 2 GBO im Namen sämtlicher antragsberechtigten Beteiligten eingelegt hat.

2. Die Beschwerde ist auch begründet. Für jeden der verbundenen Anträge liegen die Voraussetzungen für dessen Vollziehung vor.

a) Das in Abt. III lfd. Nr. 13 eingetragene Recht ist auf den Antrag (§ 13 GBO) des eingetragenen Eigentümers zu löschen, weil die Löschungsbewilligung des eingetragenen Berechtigten (§ 19 GBO) vorliegt.

b) Die Auflassung als Voraussetzung für die Eintragung des Eigentumswechsels (§ 20 GBO) ist nachgewiesen. Auch die Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamtes und das Negativzeugnis des Bezirksamtes S-Z liegen vor.

c) Die Wohnrechte und die Reallast, deren Bewilligung durch die URNr. 2.../2... nachgewiesen ist, sind auf den Antrag der Beteiligten in der Form des § 49 GBO als Leibgeding einzutragen.

(1) Darauf, ob zwischen dem eingetragenen Eigentümer und der Beteiligten zu 2 als Gesellschaft bürgerlichen Rechts besondere persönliche Beziehungen bestanden haben können, kommt es nicht an.

Der Begriff des Leibgedings (oder Altenteils) ist im Gesetz nicht definiert, wird jedoch von verschiedenen Vorschriften (Art. 96 EGBGB, § 850b ZPO, § 9 EGZVG, § 49 GBO) vorausgesetzt und verwendet. Alle diese Vorschriften beziehen sich auf ein aus dem bäuerlichen Wirtschaftsleben hervorgegangenes Rechtsgebilde, dessen Grundzug in einem Nachrücken der folgenden Generation in eine die Existenz wenigstens teilweise begründende Wirtschaftseinheit unter Abwägung der Interessen des abziehenden Leibgedingsberechtigten und des nachrückenden Angehörigen der nächsten Generation besteht (vgl. BGHZ 53, 41). Leibeding ist dabei der Inbegriff von dinglich gesicherten Nutzungen und Leistungen, die aus und auf einem Grundstück zu gewähren sind und der Versorgung des Berechtigten dienen sollen (RGZ 162, 52, 57; BGHZ 125, 69). Welche Anforderungen im Einzelnen an die Begriffsbestimmung zu stellen sind, ist allerdings der Auslegung der einzelnen Vorschriften vorbehalten, die wegen der unterschiedlichen Zielrichtungen der Vorschriften – und weil es sich bei dem Leibgeding nicht um ein eigenständiges dingliches Recht handelt – nicht notwendig zu identischen Ergebnissen führen muss (BGHZ 125, 69).

Art. 96 EGBGB (in Verbindung mit landesrechtlichen Vorschriften wie Art. 15 PrAGBGB), § 850b ZPO und § 9 EGZVG geben einem besonderen sozialen Schutzbedürfnis des Leibgedings Ausdruck, indem sie die Rückabwicklung des Vertrages erschweren und die fortlaufenden Bezüge vor Pfändung und das Recht selbst vor dem Erlöschen durch Zwangsversteigerung schützen. Diese Vorschriften erfordern deshalb für die Bestimmung des Begriffs des Leibgedings einschränkende Tatbestandsmerkmale, die das zugrundeliegende Rechtsgeschäft von einem reinen Austauschvertrag abgrenzen, bei dem nur wirtschaftliche Interessen die Beteiligten zusammengeführt haben. Der „Versorgung“ des Veräußerers im weiten Sinne dient auch ein ratenweise beglichener Kaufpreis (zutreffend OLG Hamm, Rpfleger 1969, 396), ohne dass ein entsprechender Vertrag bereits eine Einschränkung der Rückabwicklungsrechte oder eine Privilegierung in der Zwangsvollstreckung rechtfertigte.

Die Rechtsprechung hat deshalb Kriterien entwickelt, mit denen belegt werden kann, dass die betroffenen Rechte aus einer sozialen Motivation eingeräumt werden, die das sonst übliche synallagmatische Verhältnis von Leistung und Gegen-

leistung in den Hintergrund treten lässt. Insbesondere die Beziehungen, in denen der Berechtigte zu der das Recht einräumenden Person oder zu dem mit dem Recht belasteten Grundstück steht oder gestanden hat (z. B. Familienzugehörigkeit, langjährige Dienstleistungen) können wesentliche Anhaltspunkte für die soziale Zweckbestimmung sein (RGZ 162, 52, 58; BayObLG, DNotZ 1975, 622, 625; OLG Hamm, DNotZ 1970, 659, 661).

§ 49 GBO dient nur der Vereinfachung des Grundbuchverfahrens. Er ermöglicht – über § 874 BGB hinausgehend – nicht nur zur näheren Bezeichnung des Inhalts der dinglichen Rechte, sondern auch zur Bezeichnung dieser Rechte selbst die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung, um im Interesse besserer Übersichtlichkeit das Grundbuch vor der sonst notwendigen Eintragung einer Mehrzahl dinglicher Rechte zu bewahren (BGHZ 58, 57, 59; BayObLG, Rpfleger 1975, 314). Nach Sinn und Zweck der Vorschrift kommt es nur darauf an, dass es sich um eine Bündelung von Rechten handelt, die typischerweise zu Versorgungszwecken als Altenteil im Grundbuch eingetragen werden. Schon dann wird derjenige, der in das Grundbuch Einsicht nimmt, durch den Text der Grundbucheintragung hinreichend darauf hingewiesen, dass er zur vollständigen Information über den Grundbuchinhalt auch den Text der Eintragungsbewilligung zur Kenntnis nehmen muss (BGHZ 125, 69). Da nach Rechtsprechung des BGH (a. a. O.) die Auslegung des Begriffs des Leibgedings im Rahmen der einzelnen Vorschriften verschieden sein kann, die Eintragung als Leibgeding also nicht die entsprechende Würdigung im Rahmen von Art. 96 EGBGB, § 850b ZPO oder § 9 EGZVG präjudiziert, erscheint es durchaus zweifelhaft, ob das Grundbuchamt bereits bei der Eintragung die soziale Motivation zu prüfen hat (so aber OLG Schleswig, Rpfleger 1980, 348), oder ob es sich bei entsprechendem Wortlaut der Bewilligung nicht auf die Prüfung zu beschränken hat, dass die bewilligten Rechte solche sind, die typischerweise zu Versorgungszwecken als Altenteil eingetragen werden, und nicht offensichtlich ist, dass es sich nicht um einen Leibgedingvertrag handelt. Für letztere Ansicht spricht, dass nach Würdigung des BGH (a. a. O.) der Entlastungs- und Vereinfachungseffekt des § 49 GBO zu teuer erkauft würde, wenn das Grundbuchamt jeweils Ermittlungen und Wertungen darüber anstellen müsste, ob die Gesamtheit der Vereinbarungen etwa den Charakter eines Austauschvertrages trägt.

Dies kann indessen hier dahingestellt bleiben, weil mit den Angaben der Beteiligten der sozial motivierte Versorgungscharakter der Rechteeinräumung hinreichend dargelegt ist. Ein über die bloße Darlegung der Tatsachen hinausgehender Nachweis in der Form des § 29 GBO wird auch von der eine Prüfungspflicht des Grundbuchamts annehmenden Ansicht nicht gefordert (OLG Schleswig, a. a. O.).

Die Gesellschafter der Beteiligten zu 2 sind die Söhne des eingetragenen Eigentümers und der Beteiligten zu 1. In dieser Eigenschaft stehen sie den im Vertrag vorgesehenen Berechtigten so nahe, dass bei einem Vertragsschluss unmittelbar mit ihnen an der sozialen Motivation der Einräumung von Wohnrechten und Reallast kein Zweifel bestehen könnte.

Diese soziale Motivation für die Einräumung der Rechte ist berücksichtigungsfähig, auch wenn die Rechte nicht von den Gesellschaftern, sondern von der Beteiligten zu 2 als eigenständiger Rechtspersönlichkeit gewährt werden. Denn die Willensbildung für die Beteiligte zu 2 erfolgt durch deren Gesellschafter. Der Umstand, dass die Zusammensetzung der Gesellschafter sich zukünftig (nach einer jederzeit möglichen Änderung des Gesellschaftsvertrages) ändern könnte, erfordert keine andere Beurteilung. Maßgeblich ist (allenfalls), aus

welchen Gründen das Leibgeding zum Zeitpunkt seiner Begründung eingetragen werden sollte, nicht hingegen, ob die Motivation von zukünftigen Verpflichteten weiterhin verfolgt werden wird. Insoweit unterscheidet sich die Situation nicht von derjenigen, in der das Grundstück mit der Belastung an einen Dritten weitergegeben wird, der zum Altenteilsberechtigten keine persönlichen Beziehungen pflegt.

(2) Für das Leibgeding ist auch der Löschungserleichterungsvermerk gemäß § 23 Abs. 2 GBO einzutragen. Bereits aus § 6 Abs. 1 der URNr. 2.../2... ergab sich, dass das Leibgeding insgesamt, also sowohl für die Wohnrechte als auch für die Reallast auf Lebenszeit der Berechtigten befristet sein sollte. An den Zahlungsansprüchen können auch Rückstände entstehen.

3. GBO § 55 (Eintragungsbekanntmachung der Nacherben)

Bleibt der eingetragene Nacherbenvermerk im Grundbuch bestehen, ist dem Nacherben eine Eintragung im Grundbuch aufgrund einer Verfügung des Vorerben nicht bekannt zu geben.

OLG Hamm, Beschluss vom 16.1.2015, I-15 W 302/14

Die Beteiligte zu 1 war aufgrund Erbfolge (Erschein des AG Marl vom 10.5.2012) am 23.5.2012 als Eigentümerin in dem eingangs genannten Grundbuch eingetragen worden. In Abteilung II des Grundbuchs ist unter lfd. Nummer 4 vermerkt, dass die Beteiligte zu 1 befreite Vorerbin ist und die Nacherbfolge bei Wiederheirat der Vorerbin eintritt. Nacherben seien

- a) M, geboren am ...1958,
- b) T, geboren am ...1962,
- c) K, geboren am ...1955,
- d) U, geboren am 30.11.1992.

Die unter a) genannte Frau M ist die Beteiligte zu 2.

Mit notariellem Vertrag vom 19.5.2014 (URNr. .../2014 des Notars P V in E) übertrug die Beteiligte zu 1 das Grundstück unentgeltlich auf ihre Tochter, die Beteiligte zu 2. Aufgrund der erklärten Auflassung trug das Grundbuchamt am 6.6.2014 die Beteiligte zu 2 als Eigentümerin ein.

Mit Beschluss vom 6.6.2014 kündigte das Grundbuchamt an, es sei beabsichtigt, eine Eintragungsnachricht an die eingetragenen Nacherben zu übersenden. Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Beteiligten, der das Grundbuchamt nicht abhalf und dem Senat vorlegte.

Aus den Gründen:

II.

1. Die namens der Beteiligten vom Urkundsnotar eingelegte Beschwerde ist nach § 71 Abs. 1 GBO statthaft, weil es sich um eine anfechtbare Entscheidung im Sinne dieser Vorschrift handelt. Dieser Bewertung steht nicht entgegen, dass der Beschluss des AG eine weitere Verfahrenshandlung, nämlich die Übersendung der Eintragungsnachricht an die Erben lediglich ankündigt. Der Begriff der Entscheidung muss im Einzelfall mit Rücksicht auf den Inhalt des jeweils vorzunehmenden Geschäfts der freiwilligen Gerichtsbarkeit bestimmt werden. Die Bekanntgabe einer Grundbuchmitteilung nach § 55 GBO an die im Grundbuch eingetragenen Nacherben ist nicht lediglich eine tatsächliche Handlung, sondern hat nach Maßgabe des § 55 GBO zu erfolgen. Der funk-

tionell zuständige Rechtspfleger des Grundbuchamts muss also nach dem Maßstab der gesetzlichen Vorschrift eine Entscheidung darüber treffen, ob eine Bekanntgabe des eingetragenen Eigentümerwechsels an die Nacherben zu erfolgen hat. Die spätere Versendung der Eintragungsnachrichten schließt zwar das Geschäft ab, hat aber lediglich die Bedeutung der tatsächlichen Ausführung der zuvor von dem Rechtspfleger getroffenen Sachentscheidung. Wenn also die als Ankündigung oder Anordnung formulierte Entscheidung des Rechtspflegers, im Hinblick auf die Bekanntmachung der Eintragung einer neuen Eigentümerin in bestimmter Weise zu verfahren, die maßgebende Weichenstellung für den Abschluss des Geschäfts darstellt, ist es gerechtfertigt, diese Anordnung als Entscheidung im Sinne des § 71 Abs. 1 GBO zu verstehen und damit deren Nachprüfung im Beschwerdeverfahren zu eröffnen (vgl. zum Begriff der Entscheidung im Sinne des § 71 GBO *Bauer/v. Oefele/Budde*, GBO, 3. Aufl., § 71 Rdnr. 6 und zum vergleichbaren Fall bei der Entscheidung des Rechtspflegers nach § 349 Abs. 1 FamFG, ein gemeinschaftliches Testament nach dem Tode des erstverstorbenen Ehegatten mit seinem ganzen Inhalt bekanntzugeben, Senat, Rpfleger 2012, 543 = DNotZ 2013, 37).

Beschwerdeberechtigt im Rahmen der Grundbuchbeschwerde nach § 71 GBO ist – im Kern sachgleich mit § 59 Abs. 1 FamFG – derjenige, der durch die Entscheidung in seiner Rechtsstellung unmittelbar oder mittelbar beeinträchtigt ist oder wäre, wenn die angefochtene Entscheidung in der behaupteten Weise unrichtig wäre, und deshalb ein rechtliches Interesse an ihrer Beseitigung hat (vgl. etwa BGHZ 80, 126, 127; Senat, FGPrax 1995, 181). Die Beschwerdebefugnis der Beteiligten leitet sich hier aus ihrem Recht auf informationelle Selbstbestimmung (BVerfG, NJW 1984, 419) ab, das beeinträchtigt wird, wenn ohne hinreichende gesetzliche Grundlage Rechtsvorgänge aus ihrem privaten Bereich Dritten bekannt gegeben werden.

2. Die mithin zulässige Beschwerde ist auch sachlich begründet.

Nach § 55 Abs. 1 GBO soll jede Eintragung dem den Antrag einreichenden Notar, dem Antragsteller und dem eingetragenen Eigentümer sowie allen aus dem Grundbuch ersichtlichen Personen bekannt gemacht werden, zu deren Gunsten die Eintragung erfolgt ist oder deren Recht durch sie betroffen wird, die Eintragung eines Eigentümers auch denen, für die eine Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld, Reallast oder ein Recht an einem solchen Recht im Grundbuch eingetragen ist.

Der Wortlaut lehnt sich an den Begriff des Begünstigten im Sinne von § 13 Abs. 1 Satz 2 GBO und den Begriff des Betroffenen im Sinne von § 19 GBO an (*Demharter*, GBO, 29. Aufl., § 55 Rdnr. 12 und Rdnr. 13). Vorliegend kommt nur der Gesichtspunkt in Betracht, ob die eingetragenen Nacherben durch die Eigentumsumschreibung vom 6.6.2014 in ihren Rechten betroffen sind. Das ist jedoch nicht der Fall.

Das Nacherbenrecht ist kein dingliches Recht an den einzelnen Nachlassgegenständen und kann daher nicht als solches eingetragen werden. Die Nacherbeneinsetzung bedeutet eine Verfügungsbeschränkung des Vorerben, die nach § 2113 Abs. 3 BGB nicht gegenüber gutgläubigen Dritten wirkt. Um das Anwartschaftsrecht des Nacherben gegen die Wirkungen des öffentlichen Glaubens zu sichern, wird es gemäß § 51 GBO in der Form eines Nacherbenvermerks von Amts wegen in das Grundbuch eingetragen (vgl. *Demharter*,

a. a. O., § 51 Rdnr. 2, 31). Der Nacherbenvermerk bewirkt aber keine Grundbuchsperrung. Daher hat das Grundbuchamt den Anträgen des Vorerben ohne Rücksicht auf das Recht des Nacherben stattzugeben (*Demharter*, a. a. O., § 51 Rdnr. 32). Zum Schutz der Rechte des Nacherben ist jedoch die Wirksamkeit der Verfügungen des Vorerben eingeschränkt, aber zeitlich hinausgeschoben auf den Tag, an dem der Nacherbfall eintritt. Eine entgeltliche wie auch unentgeltliche Verfügung des Vorerben über ein Grundstück ist nach Maßgabe der § 2113 BGB im Falle des Eintritts der Nacherbfolge insoweit unwirksam, als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würde. Solange aber der Nacherbfall noch nicht eingetreten ist, ist die Verfügung des Vorerben unter dem Gesichtspunkt des § 2113 BGB wirksam. Dass ihr von vornherein ein Mangel anhaftet, nämlich die Eignung, unter bestimmten Voraussetzungen später unwirksam zu werden, steht der gegenwärtigen Wirksamkeit der Verfügung unter erbrechtlichem Gesichtspunkt nicht entgegen (BGHZ 52, 269 m. w. N.).

Da somit die Rechte der Nacherben derzeit von der Eigentumsumschreibung weder unmittelbar noch mittelbar berührt werden, sind die Voraussetzungen des § 55 Abs. 1 GBO nicht erfüllt. Aus den von dem Grundbuchamt herangezogenen Ausführungen von *Bauch* (MittBayNot 1983, 155-159) lässt sich ein abweichender sachlicher Standpunkt nicht ableiten.

(...)

4. BGB § 2229 Abs. 4; GBO § 35 Abs. 1 (*Nachweis der Erbfolge im Grundbuchverfahren bei zweifelhafter Testierfähigkeit des Erblassers*)

1. **Zum Nachweis der Erbfolge durch notarielles Testament anstelle eines Erbscheins.**
2. **Haben mehrere sachverständige Befunde, die im zeitlichen Zusammenhang mit der Errichtung der letztwilligen Verfügung erstellt worden sind, das Ergebnis, dass die Geschäfts- bzw. Testierfähigkeit zu bejahen ist, jedenfalls aber nicht zweifelsfrei verneint werden kann, ist für die Erbfolge von der Testierfähigkeit auszugehen. Das Grundbuchamt kann nicht mit der Begründung, es sei nicht zweifelsfrei nachgewiesen, dass der Erblasser testierfähig gewesen sei, einen Erbschein verlangen.**

OLG München, Beschluss vom 31.10.2014, 34 Wx 293/14

In mehreren Grundbüchern ist der am ... 2013 verstorbene ... als Eigentümer von Grundbesitz eingetragen. Im notariellen Testament des Erblassers vom 30.3.2009 ist festgestellt, dass ... nach seinen Angaben aufgrund von Schlaganfällen gelähmt sei und seinen Namen nicht schreiben könne. Insoweit wurde ein Schreibzeuge, der beim Verlesen und bei Genehmigung der Niederschrift anwesend war, zugezogen. Weiter ist vermerkt, Herr ... sei nach der aus der Verhandlung gewonnenen Überzeugung des Notars voll geschäftsfähig und testierfähig. Ein auf Ersuchen der Betreuerin erstelltes 13-seitiges Attest des Facharztes für Psychiatrie und Psychotherapie Dr. E. („Gutachten“) vom 16.3.2009, das sich auf der Kenntnisnahme von Vorgutachten im Betreuungsverfahren, auf fremdanamnestic Angaben der Betreuerin und Lebensgefährtin, sowie auf eine persönliche Untersuchung des Probanden am 20.2.2009 stützt, kommt zu dem Ergebnis, dass die Frage nach der Testierfähigkeit in der Gesamtwertung zu bejahen sei.

In dem notariellen Testament vom 30.3.2009 wird die Beteiligte zu 1, die damalige Betreuerin und spätere Ehefrau des Testators, zur Alleinerbin eingesetzt mit der Auflage, eine selbständige oder unselbständige Stiftung zu errichten, deren Zweck die Förderung der

Kinder- und Jugendhilfe sein solle. Nach Eröffnung der Verfügung von Todes wegen hat die Beteiligte am 4.5.2014 um Berichtigung der einschlägigen (fünf) Grundbücher nachgesucht. Das Grundbuchamt erließ zunächst am 14.5.2014 Zwischenverfügung zur Vorlage eines Erbennachweises und zur Überprüfung der bezeichneten Grundbuchblätter. Nach Beiziehung der beim selben AG geführten Nachlass- und Betreuungsakten hat das Grundbuchamt mit weiterer Zwischenverfügung vom 17.6.2014 den fehlenden Nachweis der Erbfolge beanstandet und fristsetzend aufgegeben, einen Erbschein vorzulegen. Das fachärztliche Gutachten vom 16.3.2009 belege nicht automatisch auch eine Geschäfts- und Testierfähigkeit am 30.3.2009. Zudem habe der Verstorbene vom 27.8.2007 bis 11.10.2010 unter Betreuung gestanden. Nach einem im dortigen Verfahren erhaltenen Gutachten zur Wirksamkeit einer ebenfalls am 30.3.2009 errichteten Vorsorgevollmacht sei eine uneingeschränkte Geschäftsfähigkeit aus medizinischer Sicht nicht gegeben.

Gegen die Zwischenverfügung wendet sich die Beteiligte mit ihrem Rechtsmittel vom 2.7.2014. Sie hält Zweifel an der Testierfähigkeit des Erblassers für nicht berechtigt. Diese sei vielmehr durch das Gutachten vom 16.3.2009 ausreichend nachgewiesen. Zudem sei im Zusammenhang mit der Aufhebung der Betreuung die Geschäftsfähigkeit partiell bejaht worden und die Gutachterin hierbei wohl von der Testierfähigkeit des Erblassers ausgegangen.

Das Grundbuchamt hat nicht abgeholfen. Zum Erbfolgenachweis seien weitere Ermittlungen (wie Anhörung des Notars sowie weiterer Kontaktpersonen) notwendig, die das Grundbuchamt nicht anstellen dürfe. Der Inhalt der mehreren Gutachten weise nicht zweifelsfrei darauf hin, dass der Erblasser seinerzeit tatsächlich testierfähig gewesen sei.

Aus den Gründen:

II.

Die Beschwerde gegen die nach § 18 Abs. 1 GBO ergangene Zwischenverfügung erweist sich als zulässig (§ 71 Abs. 1, § 73 GBO, § 10 Abs. 2 Satz 1 FamFG; *Demharter*, GBO, 29. Aufl., § 71 Rdnr. 1) und im Ergebnis auch als begründet. Das Grundbuchamt kann den Nachweis zur Erbfolge nicht durch einen Erbschein (§ 35 Abs. 1 Satz 1 GBO) verlangen. Das vorgelegte notarielle Testament (§ 2232 BGB) in Verbindung mit der Niederschrift über dessen Eröffnung (§ 348 FamFG) erbringt im gegebenen Fall nämlich bereits den Unrichtigkeitsnachweis (§ 35 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 GBO), weil ernsthafter Zweifel bezüglich des von der Beteiligten behaupteten Erbrechts nicht bestehen (vgl. *Schaub in Bauer/von Oefele*, GBO, 3. Aufl., § 35 Rdnr. 127). Insbesondere ist nicht ersichtlich, dass das Nachlassgericht im Rahmen eines Erbscheinsverfahrens durch Beweiserhebungen die Frage der Testierfähigkeit zweifelsfrei klären könnte.

1. Das Grundbuchamt hat zunächst die Formgültigkeit der öffentlichen Urkunde zu prüfen (*Schaub in Bauer/von Oefele*, § 35 Rdnr. 141 mit 112). Diese bemisst sich nach dem Beurkundungsgesetz (siehe §§ 8 ff.). Namentlich ist die zwingende Beurkundungsvorschrift des § 25 BeurkG (Beteiligung von Schreibfähigen) eingehalten, indem ein unbeteiligter Zeuge (§ 26 BeurkG) zum Verlesen und Genehmigen zugezogen war und dieser die Urkunde unterschrieben hat, ferner auch die Ordnungsvorschrift des § 28 BeurkG (MünchKommBGB/*Hagen*, 6. Aufl., § 28 BeurkG Rdnr. 24) über die Feststellung der erforderlichen Geschäftsfähigkeit. Insoweit bringt auch das Grundbuchamt keine Bedenken vor.

2. Liegt neben der Eröffnungsniederschrift eine Verfügung von Todes wegen in formgültiger öffentlicher Urkunde vor, reicht dies grundsätzlich für den Nachweis der Erbfolge aus (*Demharter*, GBO, § 35 Rdnr. 31; *Böhringer*, ZEV 2001, 387). Es steht auch bei schwieriger Rechtslage nicht im Belieben des Grundbuchamts, anstelle der öffentlichen Urkunde einen Erbschein zu verlangen (*Böhringer*, a. a. O.). Keinen ausreichenden Grund bildet die generelle Gefahr, dass letzt-

willige Verfügungen, etwa wegen Testierunfähigkeit (vgl. § 2229 Abs. 4 BGB), nichtig sein können (vgl. OLG München, JFG 22, 184/187). Auch reichen bloße Behauptungen, der Erblasser sei testierunfähig gewesen, dazu nicht aus (*Meikel/Roth*, GBO, 10. Aufl., § 35 Rdnr. 127; *Hügel/Wilsch*, GBO, 2. Aufl., § 35 Rdnr. 115). Betreuung als solche berührt die Testierfähigkeit nicht; auch für den Betreuten besteht die Vermutung der Testierfähigkeit (BayObLG, NJW-RR 2005, 1025; OLG München – 31. Zivilsenat – NJW-RR 2008, 164). Es bedarf „wirklicher“ (OLG Hamm OLGZ 1969, 301), d. h. begründeter bzw. konkreter Zweifel (*Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 788), etwa gestützt auf fachärztliche Gutachten oder Urteile (*Hügel/Wilsch*, a. a. O.), die das Verlangen, einen Erbschein vorzulegen, rechtfertigen können.

Einem herabgesetzten Maßstab, wonach nur dann ein Erbschein verlangt werden kann, wenn beim Grundbuchamt ein erstinstanzliches Urteil aktenkundig ist, das die Nichtigkeit des öffentlichen Testaments festgestellt hat (OLG Celle, NJW 1961, 562; *KEHE/Herrmann*, GBO, 6. Aufl., § 35 Rdnr. 72), ist hingegen im Interesse der Verlässlichkeit durchgeführter Berichtigungen nicht zu folgen.

3. Nach diesen Grundsätzen ergibt sich für den Senat, der als neue Tatsacheninstanz (vgl. § 74 GBO) an die Stelle des Grundbuchamts tritt, folgendes Bild:

a) Nach dem aufgenommenen Vermerk (vgl. § 28 BeurkG) stand die uneingeschränkte Geschäfts- und Testierfähigkeit des Erblassers für den beurkundenden Notar außer Zweifel. Dies ist zwar nicht ausschlaggebend (BayObLG, Rpfleger 1992, 152) und für das Grundbuchamt nicht bindend (BayObLGZ 1989, 111/113). Eine indizielle Wirkung ist der Feststellung jedoch nicht abzusprechen.

b) Zur Beurkundung lag das psychiatrische Gutachten des Facharztes Dr. ... vom 16.3.2009 vor. Dieses bejaht entsprechend der Beauftragung gerade die Testierfähigkeit. Das Gutachten schließt ein ausgeprägtes dementielles Syndrom aus, bestätigt hingegen infolge einer durch Operationskomplikationen ausgelösten Hirnschädigung ein ausgeprägtes organisches Psychosyndrom, wobei die psychopathologischen Defizite allerdings rückläufig seien. Trotz der feststellbaren kognitiven Defizite habe der Proband eine Vorstellung vom Umfang des zu vererbenden Vermögens und sei in der Lage, ein Urteil über die Tragweite seiner Anordnung zu bilden.

Das Gutachten selbst wurde zwei Wochen vor dem Beurkundungstermin schriftlich erstellt, die persönliche Untersuchung hatte bereits am 20.2.2009 stattgefunden.

c) Im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang mit der Testamenterrichtung ebenfalls am 30.3.2009 wurde auch eine Vorsorgevollmacht und vorsorgliche Betreuungsverfügung errichtet. Nach dem vom Betreuungsgericht zur Geschäftsfähigkeit in Auftrag gegebenen psychiatrischen (Zusatz-) Gutachten des Facharztes Dr. ... am 27.5.2009 sind die Auswirkungen aller psychopathologischen Symptome derart schwerwiegend, dass eine uneingeschränkte Geschäftsfähigkeit aus medizinischer Sicht nicht bejaht wird. Nach Einholung des empfohlenen neuropsychologischen Zusatzgutachtens – Befunderhebung am 9.7.2009, kommt der Sachverständige Dr. ... nach ambulanter Untersuchung am 21.8.2009 im abschließenden Gutachten vom 9.9.2009 auch in Auseinandersetzung mit dem Gutachten des Facharztes Dr. ... vom 16.3.2009 zu folgendem zusammenfassenden Schluss:

In Anbetracht der Ergebnisse aus der Zusatzbegutachtung, weiterhin nachgewiesenen Affektstörungen, Dauer- und Aufmerksamkeitsstörungen, leichter Ablenkbarkeit, noch weiterhin vorhandener Suggestibilität könne eine Geschäftsfähig-

keit für Geschäfte und Vollmachten nicht positiv beurteilt werden. Die Geistestätigkeit des Probanden sei aufgrund Vorliegens mehrerer psychopathologischer Defizite pathologisch verändert. Herr ... sei daher grundsätzlich nicht in der Lage, sich bei seinen Entscheidungen von normalen Erwägungen leiten zu lassen. Seine Urteilsfähigkeit sei erheblich eingeschränkt. Der biografisch gewachsene Fundus an Erfahrungen, Überzeugungen und persönlichen Wertvorstellungen sei krankheitsbedingt erheblich verformt. In der Gesamtschau seien die Auswirkungen aller psychopathologischen Symptome derart schwerwiegend, dass eine uneingeschränkte Geschäftsfähigkeit nicht gegeben sei. Der Betroffene sei im Regelfall nicht in der Lage, das Für und Wider abzuwägen. Allerdings sei nicht auszuschließen, dass sich die Kognition weiterhin bessere.

Auf der Grundlage dieses Gutachtens und nach persönlicher Anhörung des Betroffenen am 5.10.2009 sah sich das Betreuungsgericht gehalten, trotz der am 30.3.2009 errichteten Vorsorgevollmacht mit Beschluss vom 6.10.2009 die bestehende Betreuung zu verlängern.

d) Das vom Betreuungsgericht schließlich erholte nervenärztliche Gutachten der Fachärztin Dr. ... vom 21.9.2010 befasst sich wiederum mit den medizinischen Voraussetzungen der Geschäftsfähigkeit zur Erteilung einer Vorsorgevollmacht und beruht auf einer persönlichen Untersuchung des Betroffenen am 19.8.2010. Die Sachverständige kommt zu dem Ergebnis, es liege kein völliger Ausschluss der freien Willensbestimmung vor, jedoch bestehe eine erhebliche Störanfälligkeit, wobei gesundheitliche oder äußere, situative Faktoren gewissermaßen jederzeit dazu führen könnten, dass die Einsicht in die getätigten Rechtsgeschäfte und die soziale Verantwortungsfähigkeit verloren gingen, was sich im Einzelnen prospektiv nicht feststellen lasse und zu erheblicher Rechtsunsicherheit führen würde. Unter bestimmten Voraussetzungen könne – auch um den Besonderheiten seiner Persönlichkeit Rechnung zu tragen – beim Probanden davon ausgegangen werden, dass er seinen Willen partiell frei bestimmen könne. Das habe etwa in der Vergangenheit für die Errichtung seines Testaments gegolten, weil dessen Inhalt – soweit der Gutachterin bekannt – eine „vorgeformte“ Entscheidung darstelle, nämlich den Grundsätzen einer dem Schicksal dankbaren, bescheiden gebliebenen, sozial denkenden Persönlichkeit entsprechend.

Auf der Grundlage dieses Gutachtens wurde am 6.10.2010 neuerlich eine notarielle Vorsorgevollmacht erstellt und daraufhin am 11.10.2010 die gerichtliche Betreuung aufgehoben.

Trotz dieser nicht in jeder Hinsicht völlig deckungsgleichen medizinischen Erkenntnisse unterschiedlicher sachverständiger Personen liegen keine zureichenden Gründe für ernsthafte Zweifel an der Erbenstellung der Beteiligten vor, um nach § 35 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 GBO die Vorlage eines Erbscheins verlangen zu können. Ausschließlich mit der Testierfähigkeit befasst sich nur das Gutachten des Facharztes Dr. ... Es bejaht diese, ohne dass dem die jeweiligen Ergebnisse der weiteren im Betreuungsverfahren erstellten Gutachten widersprächen. Vielmehr bewertet gerade auch die Sachverständige Dr. ... die Errichtung des Testaments mit der vom Probanden ihr gegenüber angesprochenen Stiftungsaufgabe für Not leidende Kinder als Ausdruck einer „vorgeformten“, d. h. lange geplanten und in seiner Persönlichkeit wurzelnden Entscheidung. Insofern ist zu beachten, dass das Gesetz nicht mit jeder – auch schwerwiegenden – geistigen Erkrankung des Testierenden dessen Testierunfähigkeit verbindet. Notwendig ist vielmehr, dass die krankhafte Störung gerade die Erwägungen und Willensentschlüsse bei Errichtung der letztwilligen Verfü-

gung derart beeinträchtigt, dass sie davon beherrscht werden (*Palandt/Weidlich*, BGB, 73. Aufl., § 2229 Rdnr. 8). Ist dies nicht der Fall, so sind auch die krankhaften Vorstellungen und Empfindungen für die Gültigkeit der letztwilligen Verfügung nicht erheblich (BayObLG, FamRZ 2002, 1066, 1067; 2006, 68, 69; OLG Celle, FGPrax 2006, 268; *Palandt/Weidlich*, a. a. O.). Hiervon ausgehend steht auch das abschließende psychiatrische Gutachten des Sachverständigen Dr. ... nicht entgegen. Dieser hatte vielmehr die im Verhältnis zur Testierfähigkeit umfassendere Frage nach der Geschäftsfähigkeit zu beurteilen (siehe MünchKommBGB/*Hagen*, § 2229 Rdnr. 2). Wenn der Gutachter dabei zu dem Ergebnis gelangt, die uneingeschränkte Geschäftsfähigkeit sei aus medizinischer Sicht beim Probanden nicht gegeben, schließt dies nicht aus, dass Testierfähigkeit im Sinne von § 2229 Abs. 4 BGB vorgelegen haben könnte.

Die Testierfähigkeit des Erblassers mag zwar – weiterhin – zweifelhaft sein. Indessen haben aber sämtliche mit dem Erblasser in der maßgeblichen Lebensphase befasste Sachverständige die Geschäfts- und/oder Testierfähigkeit nicht positiv ausgeschlossen, ein speziell mit der Frage der Testierfähigkeit befasster Sachverständiger hat sie sogar ausdrücklich bejaht, eine weitere Sachverständige ist – retrospektiv – von deren Vorliegen ausgegangen. Dass eine zusätzliche Beweiserhebung in einem Erbscheinsverfahren (vgl. OLG Köln, Rpfleger 2000, 157; *Demharter*, BGB, § 35 Rdnr. 39 m. w. N.) die endgültige und sichere Erkenntnis brächte, der Erblasser sei entgegen den genannten Feststellungen doch testierungsfähig gewesen, ist nach menschlichem Ermessen nicht zu erwarten. Auch die nachlassgerichtliche Befragung von Kontaktpersonen verspricht insoweit keine weiter gehenden Aufschlüsse, zumal die jeweiligen ärztlichen Begutachtungen gerade neben eigenen Erhebungen auch auf Fremdbefunden beruhen. Ist aber der positive Nachweis fehlender Testierfähigkeit nicht zu erbringen, hat es nach den Regeln der Feststellungslast beim Regelfall, nämlich ihrem Vorliegen, zu verbleiben (*Palandt/Weidlich*, § 2229 Rdnr. 11; *Palandt/Ellenberger*, § 104 Rdnr. 8; aus der Rechtsprechung OLG Frankfurt, NJW-RR 1996, 1159; OLG München, 3. Zivilsenat, FGPrax 2009, 221, 223 für Vorsorgevollmacht).

(...)

Anmerkung:

§ 35 Abs. 1 Satz 1 GBO knüpft den Nachweis der Erbfolge im Grundbuchverfahren grundsätzlich an die Vorlage des Erbscheins. Damit wollte der Gesetzgeber das Grundbuchamt von einer „nicht selten schwierigen und zeitraubenden Prüfung der erbrechtlichen Verhältnisse“ entlasten.¹ Als Ausnahme genügt nach § 35 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 GBO im Falle einer Verfügung von Todes wegen, wenn die betreffende öffentliche Urkunde und die Eröffnungsniederschrift vorgelegt werden. Die Regel des § 35 Abs. 1 Satz 1 GBO wird dagegen wieder hergestellt, wenn das Grundbuchamt nach § 35 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 GBO die Erbfolge durch diese Urkunden nicht für nachgewiesen erachtet. Auch bei der Rückkehr zum Grundtatbestand stellt die Rechtsprechung hohe Anforderungen an die Vorlage eines Erbscheins, wie der Beschluss des OLG München erneut belegt.² Die Entscheidung ist im Ergebnis zutreffend; sie bedarf jedoch wegen ihrer Begründung einiger zusätzlicher Erläuterungen und Korrekturen.

¹ Meikel/H. Roth, GBO, 10. Aufl. 2009, § 35 Rdnr. 1 zu den Gesetzesmaterialien.

² Etwa früher schon BayObLG, Beschluss vom 8.6.2000, 2 Z BR 29/00, BayObLGZ 2000, 167.

1. Die Beweislage zur Testierfähigkeit

Im zugrundeliegenden grundbuchrechtlichen Berichtigungsverfahren des § 22 GBO war die Testierfähigkeit des Erblassers wenigstens unsicher geblieben. Dessen Testierfähigkeit konnte nach den Ausführungen im Beschluss nicht zweifelsfrei nachgewiesen, aber auch nicht zweifelsfrei verneint werden. Von dieser Beweislage hatte auch das OLG München als Beschwerdegericht auszugehen, das nach § 74 GBO als neue Tatsacheninstanz an die Stelle des Grundbuchamts tritt: Auch insoweit kommen neue Beweise nur in Betracht, als sie im Grundbuchverfahren im Rahmen des § 29 GBO benutzt werden können.³

Das OLG München (Abschn. II der Gründe) geht allerdings davon aus, dass „ernsthafte Zweifel“ bezüglich des von der Beteiligten behaupteten Erbrechts nicht bestehen, sodass § 35 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 GBO mit dem Verlangen nach Vorlage eines Erbscheins nicht zur Anwendung komme. Die Verneinung der „Ernstlichkeit“ dürfte meines Erachtens freilich kaum begründbar sein: Von den in zeitlichem Zusammenhang mit der Testamentserrichtung erstatteten Sachverständigen-gutachten kam zumindest eines zu dem Schluss, dass von einer uneingeschränkten Geschäftsfähigkeit des Erblassers nicht ausgegangen werden könne. Die vom Gericht gegebene Begründung trägt das Ergebnis daher nicht.

2. Der Notarvermerk nach § 28 BeurkG

Der Notar war ausweislich des niedergelegten Vermerks von der Testierfähigkeit des Erblassers ausgegangen. Die Richtigkeitsgewähr dieser Wahrnehmung ist allerdings gering. Das OLG München geht daher zu Recht von einer bloßen Indizwirkung aus. Bei bloßen Zweifeln hat der Notar kein Ablehnungsrecht (arg. § 11 Abs. 1 Satz 2 BeurkG). Die maßgebende Beurteilung der Testierfähigkeit ist daher keine notarielle, sondern eine gerichtliche Aufgabe.⁴ Die Befolgung der bloßen Ordnungsvorschrift des § 28 BeurkG konnte die „Ernstlichkeit“ der Zweifel an der Testierfähigkeit daher ebenfalls nicht in Frage stellen.

3. Feststellungslast im Erbscheinsverfahren

Der Beschluss wird aber letztlich durch die Erwägung des OLG München getragen, wonach auch eine zusätzliche Beweiserhebung im Erbscheinsverfahren nicht zu einer zweifelsfreien Bejahung der Testierfähigkeit führen würde (Abschn. II Ziff. 3 lit. e der Gründe). Eine „endgültige und sichere Erkenntnis“ des Nachlassgerichts, der Erblasser sei testierungsfähig gewesen, ist aber entgegen dieser Formulierung gar nicht erforderlich. Das Grundbuchamt konnte selbst dann nicht auf der Vorlage eines Erbscheins bestehen, wenn es – wie es richtig gewesen wäre – von ernsthaften Zweifeln an der Testierfähigkeit ausgegangen wäre. Das Nachlassgericht hätte nämlich der Beteiligten einen beantragten Erbschein auch bei ernsthaften Zweifeln erteilen müssen. Der Erbschein wird nur dann nicht erteilt, wenn die Testierungsfähigkeit zur vollen Überzeugung des Gerichts nachgewiesen ist. Dagegen muss bei nicht behebbaren Zweifeln der Erbschein nach dem Testament erteilt werden. Das folgt aus der im Erbscheinsverfahren geltenden Feststellungslast für die Testierungsfähigkeit als Ausnahme vom Regelfall.⁵ Der Amtsermittlungsgrundsatz

³ *Demharter*, GBO, 29. Aufl. 2014, § 74 Rdnr. 10.

⁴ Zutreffend MünchKommBGB/*Hagen*, 6. Aufl. 2013, Band 9, § 28 BeurkG, Rdnr. 20.

⁵ Etwa BayObLG, Beschlüsse vom 20.9.1982, BReg. 1 Z 79/82, BayObLGZ 1982, 309, 312 sowie vom 7.9.2004, 1 Z BR 73/04, FamRZ 2005, 555; MünchKommBGB/J. Mayer, 6. Aufl. 2013, § 2359 Rdnr. 12 ff.

des § 2358 BGB (§ 26 FamFG) mit seiner erhöhten Richtigkeitsgewähr für die darauf gegründete Entscheidung schließt die Annahme einer Feststellungslast nicht aus, weil es auch im Erbscheinsverfahren nach Ausschöpfung aller Ermittlungsmöglichkeiten zu einem non liquet kommen kann. Das Gesagte gilt auch dann, wenn neben dem Antragsteller im Erbscheinsverfahren kein weiterer Beteiligter vorhanden ist, der sich mit gegenläufigen Anträgen auf die Unwirksamkeit des Testaments beruft.

Die für das Erbscheinsverfahren geltende Feststellungslast durfte und musste auch vom Grundbuchamt für das grundbuchrechtliche Berichtigungsverfahren berücksichtigt werden.⁶ Es lässt sich daher formulieren: Selbst bei „echten“ („konkreten“, „ernsthaften“) Zweifeln an der Testierfähigkeit des im Grundbuch eingetragenen Erblassers darf das Grundbuchamt im Berichtigungsverfahren des § 22 GBO keinen Erbschein nach § 35 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 GBO anfordern, wenn es aufgrund der im Erbscheinsverfahren geltenden Feststellungslast sicher davon ausgehen kann, dass das Nachlassgericht einen Erbschein erteilen wird.

Prof. Dr. *Herbert Roth*, Regensburg

⁶ Zu diesem Zusammenhang BayObLG, Beschluss vom 3.1.1974, BReg. 2 Z 68/73, BayObLGZ 1974, 1, 4.

5. GBO § 35 Abs. 1 Satz 2 (*Rücktritt vom Erbvertrag ist im Grundbuchverfahren nicht nachzuweisen*)

Enthält ein Erbvertrag einen Rücktrittsvorbehalt, so muss die Nichtausübung des Rücktritts bei der Eintragung des Vertragserben als Schlusserbe im Grundbuch dem Grundbuchamt gegenüber nicht nachgewiesen werden.

(Leitsatz der Schriftleitung)

OLG Saarbrücken, Beschluss vom 18.8.2014, 5 W 45/14

Der Antragsteller verlangt, ihn als Erben der im Grundbuch eingetragenen Erblasserinnen im Wege der Grundbuchberichtigung als Eigentümer einzutragen.

Die Erblasserinnen hatten sich mit notariellem Erbvertrag vom 28.10.2002, URNr. ... des Notars E wechselseitig mit Bindungswirkung zu alleinigen und unbeschränkten Erben eingesetzt (Ziffer I. des Erbvertrags). Zum Schlusserven des Längstlebenden und im Falle ihres gleichzeitigen Versterbens hatten sie den Antragsteller bestimmt und zugleich angeordnet, dass diese Bestimmung für „den Überlebenden von uns ab dem Tod des Erstversterbenden von uns jederzeit abänderbar und aufhebbar“ ist (Ziffer II. des Erbvertrags). Des Weiteren hatte sich jede der beiden Erblasserinnen das Recht vorbehalten, jederzeit von dem Erbvertrag durch einseitige Erklärung ohne Angabe von Gründen zurückzutreten (Ziffer III. des Erbvertrags).

Der Antragsteller hat am 12.4.2014 unter Vorlage einer beglaubigten Abschrift des Eröffnungsprotokolls und des Erbvertrags seine Eintragung als Eigentümer im Wege der Grundbuchberichtigung aufgrund Erbfolge beantragt.

Das AG Saarbrücken – Saarländisches Grundbuchamt – hat den Nachweis für erforderlich angesehen, dass keine der Erblasserinnen vom Vertrag zurückgetreten sei. Da das Grundbuchamt keine eigenen Ermittlungen anstellen dürfe und nicht wisse, ob das Nachlassgericht weitere Ermittlungen durchführe, könne der Nachweis nur durch Vorlage von Erbscheinen in Ausfertigung geführt werden, § 35 GBO, deren Vorlage das AG dem Antragsteller mit Zwischenverfügung vom 6.6.2014 aufgegeben hat.

Der Antragsteller hat hiergegen mit Schreiben seines Verfahrensbevollmächtigten vom 24.6.2014 Beschwerde beim Saarländischen OLG eingelegt.

Aus den Gründen:

II.

Die gemäß § 71 Abs. 1, §§ 72, 73 GBO zulässige Beschwerde des Antragstellers ist begründet.

Das AG hat die Grundbuchberichtigung zu Unrecht von der Vorlage von Erbscheinen nach den Erblasserinnen abhängig gemacht.

Gemäß § 35 Abs. 1 Satz 1 GBO kann der Nachweis der Erbfolge zwar grundsätzlich nur durch einen Erbschein geführt werden. Beruht jedoch die Erbfolge auf einer Verfügung von Todes wegen, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist, so genügt es gemäß § 35 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 GBO, wenn anstelle des Erbscheins die Verfügung und die Niederschrift über die Eröffnung der Verfügung vorgelegt werden. Erachtet das Grundbuchamt die Erbfolge durch diese Urkunden nicht für nachgewiesen, so kann es die Vorlegung eines Erbscheins verlangen, § 35 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 GBO.

Von der letzteren Möglichkeit kann das Grundbuchamt aber nicht nach Belieben Gebrauch machen. Nach einhelliger Meinung darf es einen Erbschein vielmehr nur dann verlangen, wenn sich bei der Prüfung der letztwilligen Verfügung hinsichtlich des behaupteten Erbrechts konkrete Zweifel ergeben, die nur durch weitere Ermittlungen über den Willen des Erblassers oder über die tatsächlichen Verhältnisse geklärt werden können, für welche im Grundbucheintragungsverfahren kein Raum ist. Lediglich abstrakte Zweifel oder bloße Vermutungen, die das aus der letztwilligen Verfügung folgende Erbrecht unter besonderen Umständen in Frage stellen könnten, genügen nicht. Anderenfalls liefe die in § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO vorgesehene Nachweiserleichterung mit Blick auf die vielfältigen Möglichkeiten der – anfänglichen oder nachträglichen – Unwirksamkeit letztwilliger Verfügungen leer (vgl. Senat, Beschluss vom 29.4.2014, 5 W 20/14; Beschluss vom 7.1.2013, 5 W 411/12; OLG Düsseldorf, MDR 2013, 646; OLG München, DNotZ 2013, 211; *Meikel/Roth*, GBO, 10. Aufl. 2009, § 35 Rdnr. 125; *Demharter*, GBO, 29. Aufl. 2014, § 30 Rdnr. 39).

Nach diesen Maßstäben kann für den Erbvertrag mit Rücktrittsvorbehalt nichts anderes gelten als für jederzeitig und frei widerrufliche Testamente: Die Vorlage eines Erbscheins kann nur dann verlangt werden, wenn konkrete Anhaltspunkte – aus welchen Gründen auch immer – Zweifel an der Gültigkeit der Erbeinsetzung begründen (vgl. OLG Düsseldorf, MDR 2013, 646; zustimmend; *Demharter*, GBO, 29. Aufl. 2014, § 35 Rdnr. 39; Senat, Beschluss vom 29.4.2014, 5 W 20/1; siehe auch OLG München, DNotZ 2013, 211, allerdings ohne Abgrenzung zu der unten genannten Entscheidung in FamRZ 2012, 1007: kein weiterer Nachweis erforderlich, wenn ein Erbvertrag Pflichten beinhaltet, die zu Lebzeiten des Vertragspartners zu erfüllen waren). Dasselbe gilt für sonstige weitere Nachweise, insbesondere für die eidesstattliche Versicherung, deren „Beweiswert“ im Übrigen gering ist, wenn sie sich auf das eigene Nichtwissen beschränkt (andere Ansicht OLG München, FamRZ 2012, 1007: für den Nachweis des Nichtvorliegens einer Tatsache, wie des Umstands, dass ein Rücktritt nicht erklärt worden ist, kann das Grundbuchamt eine vor dem Notar abgegebene eidesstattliche Versicherung verlangen; ablehnend *Lehmann/Schulz*, ZEV-Report Zivilrecht, ZEV 2012, 538; *Tönnies*, RNotZ 2012, 326; *Braun*, MittBayNot 2013, 48; *Demharter*, ZfR 2013, 471).

6. GBO § 12 (*Berechtigung zur Einsichtnahme des Wohnungseigentümers in die verschiedenen Abteilungen des Wohnungsgrundbuches*)

Regelmäßig sind Wohnungseigentümer nur zur Einsicht in das Bestandsverzeichnis und Abteilung I der Wohnungsgrundbücher anderer Mitglieder der Gemeinschaft berechtigt, nicht aber zur Kenntnisnahme der Belastungen in Abteilung II und III.

KG, Beschluss vom 3.4.2014, 1 W 83/14

Aus den Gründen:

Das als Beschwerde gemäß § 71 GBO auszulegende Rechtsmittel ist zulässig, hat aber in der Sache nur zum Teil Erfolg. Die Antragsteller haben gemäß § 12 GBO einen Anspruch auf Erteilung eines Grundbuchauszugs betreffend Bestandsverzeichnis und Abteilung I. Ein weitergehendes Einsichtsrecht besteht derzeit nicht.

Gemäß § 12 Abs. 1 GBO ist die Einsicht des Grundbuchs jedem gestattet, der ein berechtigtes Interesse darlegt. Ein berechtigtes Interesse ist gegeben, wenn der Antragsteller ein verständiges, durch die Sachlage gerechtfertigtes Interesse verfolgt; es müssen sachliche Gründe vorgetragen werden, welche die Verfolgung unberechtigter Zwecke oder bloßer Neugier ausgeschlossen erscheinen lassen (vgl. *Demharter*, GBO, 29. Aufl., § 12 Rdnr. 7 m. w. N.).

Die Beteiligten haben geltend gemacht, sie seien mit den Eigentümern des auf dem einzusehenden Grundbuchblatt gebuchten Wohnungseigentums in einer Wohnungseigentümergeinschaft verbunden. Außerdem führten sie einen Rechtsstreit gegen diejenigen Personen, die sie für die Eigentümer des an ihr Wohnungseigentum angrenzenden Wohnungseigentums (A. O. 4.) hielten.

Letztgenannter Grund ist ersichtlich nicht geeignet, ein berechtigtes Interesse an der Einsicht in das Grundbuchblatt 6. zu begründen, denn das den Beteiligten unmittelbar benachbarte Wohnungseigentum (A. O. 4.) ist auf Blatt 6. und nicht auf Blatt 6. gebucht. Darauf hat das Grundbuchamt zutreffend hingewiesen.

Ein berechtigtes Interesse an der Feststellung der im Grundbuch Blatt 6. eingetragenen Eigentümer ergibt sich für die Beteiligten unabhängig davon aber bereits aus dem Umstand, dass sie selbst Eigentümer des Wohnungseigentums auf Blatt 6. sind und beide Wohnungseigentumsrechte zu derselben Wohnungseigentumsanlage gehören. Das Interesse eines Wohnungseigentümers, die Namen derjenigen Personen zu erfahren, mit denen er in einer Wohnungseigentümergeinschaft verbunden ist, ist vor dem Hintergrund der sich aus der Wohnungseigentümerstellung ergebenden Rechte und Pflichten nachvollziehbar und gerechtfertigt.

Anderes gilt jedoch für die Eintragungen in Abteilung II und III des Grundbuchs. Etwaige Belastungen des fremden Wohnungseigentums sind nicht ohne Weiteres geeignet, die Interessensphäre der Beteiligten zu tangieren. Auch soweit daraus auf die wirtschaftliche Situation des Eigentümers geschlossen werden kann, haben die übrigen Eigentümer jedenfalls solange keinen Anspruch auf entsprechende Information, wie sich nicht sonstige Anhaltspunkte für eine Gefährdung ihrer Interessen ergeben. Es kann dahingestellt bleiben, ob der von den Beteiligten zitierten Entscheidung des OLG Düsseldorf (NJW 1987, 1651) ursprünglich zu folgen war, die allein in der Verbindung der Gemeinschaft durch die Verpflichtungen zur Zahlung von Wohngeld und Sonderumlagen schon ein berechtigtes Interesse an der Sammlung von Informationen über den wirtschaftlichen Status anderer Mitglieder

erkannt hat. Denn eine solche Bewertung des Interesses ist jedenfalls durch die Gesetzesänderung in § 10 Abs. 7 WEG überholt, wonach die Wohnungseigentümergeinschaft nun Trägerin des Verwaltungsvermögens ist und gemeinschaftsbezogene Ansprüche nur noch die Gemeinschaft, nicht aber der einzelne Wohnungseigentümer verfolgen kann (vgl. *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 525 Fn. 34).

Ein berechtigtes Interesse ist hier nicht dadurch entfallen, dass die Beteiligten bereits einen Auszug aus dem Liegenschaftskataster erhalten haben. Offenbar wollen sie – da sie ihren Antrag weiter verfolgen – die dort enthaltenen Angaben mit denen des Grundbuchs abgleichen. Da hinsichtlich der Eigentümerstellung nur die Eintragungen im Grundbuch den öffentlichen Glauben des § 891 BGB genießen, ist ihnen dies nicht zu verwehren.

(...)

7. BGB § 516, § 1374 Abs. 2, § 1376 Abs. 2 (*Zu unter Wert erworbenen GmbH-Geschäftsanteilen im Zugewinn und zur Unternehmensbewertung*)

1. **Besteht bei einem Zuwendungsgeschäft zwischen Leistung und Gegenleistung ein objektives, über ein geringes Maß deutlich hinausgehendes Missverhältnis, besteht eine tatsächliche Vermutung für das Vorliegen einer gemischten Schenkung; diese Vermutung gilt aber nur zugunsten Dritter, deren schutzwürdige Interessen durch das Vorliegen einer gemischten Schenkung tangiert würden, nicht dagegen zugunsten der Vertragsparteien des Rechtsgeschäftes selbst.**
2. **Mit der Regelung, dass eine „den Umständen nach zu den Einkünften“ zu rechnende Zuwendung nach § 1374 Abs. 2 BGB dem Anfangsvermögen nicht hinzugerechnet wird, soll Verzerrungen der Zugewinnausgleichsbilanz entgegengewirkt werden, die sich aus der künstlichen Erhöhung des Anfangsvermögens durch die zum Verbrauch bestimmten Zuwendungen ergeben können; maßgebliches Abgrenzungskriterium ist daher, ob die Zuwendung zur Deckung des laufenden Lebensbedarfes dienen oder die Vermögensbildung des begünstigten Ehegatten fördern soll (im Anschluss an Senat, BGHZ 101, 229 = NJW 1987, 2816 = FamRZ 1987, 910).**
3. **Zur Anwendung des Ertragswertverfahrens bei der Bewertung gewerblicher Unternehmen im Zugewinnausgleich.**

BGH, Beschluss vom 6.11.2013, XII ZB 434/12

Die Beteiligten, deren am 6.10.1987 geschlossene Ehe auf einen am 8.8.2007 zugestellten Scheidungsantrag rechtskräftig geschieden wurde, machen in diesem Verfahren wechselseitige güterrechtliche Ansprüche geltend. In den Rechtsmittelverfahren ist zwischen den Beteiligten nur noch im Streit, wie die von dem Antragsteller gehaltenen Geschäftsanteile an der Karl R.-GmbH im Zugewinnausgleich zu bewerten sind und ob deren Erwerb durch den Antragsteller (zumindest teilweise) im Sinne des § 1374 Abs. 2 BGB privilegiert gewesen ist.

Der Antragsteller ist Orthopädiemechanikermeister. Er hält 50 % der Gesellschaftsanteile an der Karl R.-GmbH und ist einer ihrer Geschäftsführer. Die Karl R.-GmbH betreibt in der Innenstadt von K. ein Sanitätshaus.

Dem Erwerb der Geschäftsanteile durch den Antragsteller liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Alleiniger Geschäftsführer der Karl

R.-GmbH war in den frühen 1990er-Jahren der Unternehmensgründer Karl R.; die Geschäftsanteile an der Gesellschaft wurden seinerzeit jeweils zur Hälfte von Karl R. und dessen Ehefrau Gerda R. gehalten. Da sich Karl R. altersbedingt nicht mehr zur alleinigen Führung der Gesellschaft in der Lage sah und die drei Kinder der Eheleute R. kein Interesse an einem Eintritt in das Geschäft hatten, trat Karl R. im Jahre 1993 auf der Suche nach einem Unternehmensnachfolger an seinen Angestellten Bernd S. und an den Antragsteller heran, der seine Meisterausbildung bei der Karl R.-GmbH absolviert hatte und kurz zuvor aus dem Betrieb ausgeschieden war. Beiden wurde angeboten, jeweils 20 % der Geschäftsanteile der Gesellschaft zu einem Kaufpreis in Höhe des vierfachen Nominalwertes der Anteile übernehmen zu können, wobei zwischen den Beteiligten außer Streit steht, dass dieser Preis nur einen Bruchteil des tatsächlichen Werts der Geschäftsanteile darstellte. Der Antragsteller kehrte daraufhin zur Karl R.-GmbH zurück und wurde gemeinsam mit Bernd S. am 1.10.1993 als weiterer Geschäftsführer im Handelsregister eingetragen. Durch notariellen „Kaufvertrag“ vom 7.12.1993 erwarb der Antragsteller (ebenso wie Bernd S.) von der Gesellschafterin Gerda R. 20 % der Geschäftsanteile an der Karl R.-GmbH im Wert von nominal 10.000 DM zum Kaufpreis von 40.000 DM. Unter Ziffer 6. dieses Vertrages war bestimmt, dass der Antragsteller, wenn er auf eigenen Wunsch ohne wichtigen Grund aus der Geschäftsführung der Karl R.-GmbH ausscheiden sollte, zur Abtretung seines Geschäftsanteils gegen eine im Gesellschaftsvertrag festgelegte Einziehungsgütung an die Gesellschaft (oder einen von der Gesellschafterversammlung bestimmten Dritten) verpflichtet war.

Am 3.2.1994 errichteten die Eheleute Karl und Gerda R. ein gemeinschaftliches Testament. Darin setzten sie sich gegenseitig zu alleinigen Erben und ihre drei Kinder zu Schlusserben ein. Als Vermächtnis auf den Tod des Längstlebenden der Eheleute R. sollten der Antragsteller und Bernd S., sofern sie zu diesem Zeitpunkt noch Gesellschafter und Geschäftsführer der Karl R.-GmbH waren, zu gleichen Teilen die im Nachlass befindlichen restlichen Geschäftsanteile an der Gesellschaft erhalten, wobei sie dafür an die Erben der Eheleute R. einen Betrag zu zahlen hatten, der dem Kurs des von ihnen im Jahre 1993 gezahlten Kaufpreises für die Geschäftsanteile entspricht.

Karl R. verstarb im Jahre 2000. Nach dem Tode von Gerda R. am 1.3.2007 erwarb der Antragsteller (ebenso wie Bernd S.) die ihm durch das Vermächtnis zugewiesenen Geschäftsanteile an der Karl R.-GmbH. Durch notariellen Kaufvertrag vom 5.6.2007 veräußerten die drei Kinder der Eheleute R. in Erfüllung des Vermächtnisses 30 % der Geschäftsanteile an der Karl R.-GmbH im Wert von nominal 15.000 DM (entspricht 7.669,37 €) zum Kaufpreis von 30.677,51 € an den Antragsteller.

Die Karl R.-GmbH betreibt ihr Sanitätshaus in Räumlichkeiten, die durch Mietvertrag vom 14.7.1994 auf unbestimmte Zeit von der R.-Verwaltungs-GmbH und Co. GdBH angemietet worden sind. Gesellschafter der R. Verwaltungs-GmbH (und Mitgesellschafter der Vermietungsgesellschaft bürgerlichen Rechts) sind die drei Kinder der verstorbenen Eheleute R.

Im vorliegenden Zugewinnausgleichsverfahren halten die Beteiligten den jeweils anderen Teil für ausgleichspflichtig. Während der Antragsteller von der Antragsgegnerin (zuletzt) die Zahlung von 43.611,43 € verlangt hat, erstrebt die Antragsgegnerin im Wege des Widerantrages ihrerseits von dem Antragsteller die Zahlung von 367.868,65 €. Das AG hat den Antrag des Antragstellers zurückgewiesen und ihn auf den Widerantrag verpflichtet, an die Antragsgegnerin 179.769,03 € zu zahlen. Beide Beteiligte haben gegen diese Entscheidung Beschwerde eingelegt. Während das Rechtsmittel der Antragsgegnerin vollständig erfolglos geblieben ist, hat das OLG der Beschwerde des Antragstellers in einem geringen Umfang entsprochen und den von ihm als Zugewinnausgleich zu zahlenden Betrag auf 164.519,03 € herabgesetzt.

Dagegen richten sich die zugelassenen Rechtsbeschwerden beider Beteiligter, mit denen sie ihre wechselseitigen Anträge weiterverfolgen.

Aus den Gründen:

Beide Rechtsbeschwerden haben Erfolg und führen zur Aufhebung der Beschwerdeentscheidung und zur Zurückweisung der Sache an das Beschwerdegericht.

I. Rechtsbeschwerde des Antragstellers

1. Das Beschwerdegericht meint, der Antragsteller könne einen etwaigen kaufpreisüberschießenden Wert der Übernahme von Anteilen an der Karl R.-GmbH in den Jahren 1993 und 2007 nicht in sein Anfangsvermögen einstellen und hat diese Auffassung wie folgt begründet:

Im Hinblick auf den Erwerb des 20 %igen Geschäftsanteils von Frau Gerda R. scheide ein nach § 1374 Abs. 2 BGB privilegierter Erwerb des Antragstellers schon deswegen aus, weil dem Übertragungsvertrag vom 7.12.1993 keine – auch keine teilweise – Schenkung zugrunde gelegen habe. Selbst wenn sich die Vertragsparteien darüber bewusst gewesen sein sollten, dass der Wert der übertragenen Geschäftsanteile deutlich höher gewesen sei als der Kaufpreis, könne daraus nicht auf das Vorliegen einer gemischten Schenkung geschlossen werden. Der Antragsteller könne sich insoweit nicht auf eine Vermutung der teilweisen Unentgeltlichkeit zu seinen Gunsten berufen. Eine solche Vermutung komme hier nicht zum Tragen, weil sie lediglich drittgerichtet sei und dem Schutz von solchen Dritten (wie zum Beispiel Pflichtteilsberechtigten, Anfechtungsberechtigten oder Sozialhilfeträgern) diene, deren Ansprüche bei einer willkürlich falschen Bewertung von Leistung und Gegenleistung vereitelt würden. Auch die Auslegung des Kaufvertrages unter Berücksichtigung der Umstände seines Zustandekommens ergebe nicht, dass eine Teilunentgeltlichkeit vereinbart worden sei; vielmehr sei das Gegenteil der Fall. Die Anteilsübertragung sei davon abhängig gemacht worden, dass der Antragsteller zur Karl R.-GmbH zurückkehre und dazu bereit gewesen sei, sich zu deren Geschäftsführer bestellen zu lassen. Für die Anteilsübertragung unter Wert seien daher keine persönlichen Beziehungen ausschlaggebend gewesen, die zwischen der Verkäuferin Gerda R. und dem Antragsteller ohnehin nicht bestanden hätten. Es spiele dabei keine Rolle, dass die vereinbarte zusätzliche Leistung des Antragstellers – nämlich die Übernahme von Aufgaben in der Karl R.-GmbH – keine Gegenleistung im Rechtssinne darstelle. Für die Frage der Entgeltlichkeit komme es weder auf den wirtschaftlichen Wert der Leistung noch darauf an, ob die rechtliche Abhängigkeit von Zuwendung und Äquivalent durch eine Verpflichtung oder Bedingung geschaffen werde.

Soweit der Wert des 30 %igen Anteils an der Karl R.-GmbH, den der Antragsteller im Rahmen des Vermächtnisses im Jahre 2007 von den Erben der Eheleute Karl und Gerda R. erworben hat, den bezahlten Kaufpreis übersteige, handele es sich zwar im Sinne des § 1374 Abs. 2 BGB um einen Erwerb durch Verfügung von Todes wegen, weil der Antragsteller schon mit dem Tode der Eheleute R. eine gesicherte Rechtsposition auf den Erwerb des Geschäftsanteils zu dem im Vermächtnis vorgegebenen Preis erlangt habe. Dieser Erwerb sei nach den Umständen aber zu seinen Einkünften zu rechnen. Der Gesetzgeber habe mit der Regelung des § 1374 Abs. 2 BGB dem Umstand Rechnung getragen, dass an dem Vermögen, das ein Ehegatte unentgeltlich erwerbe, der andere Ehegatte nicht beteiligt werden solle, weil es sich insoweit um Vermögen handele, zu dem der andere Ehegatte weder unmittelbar noch mittelbar beigetragen habe. Entsprechend dieser Zielrichtung seien Zuwendungen, die ein Ehegatte als Entlohnung für seine berufliche Tätigkeit enthalte, grundsätzlich ausgleichspflichtig, weil zu deren Erwerb regelmäßig auch der andere Ehegatte mittelbar beigetragen habe. Zwar habe der Erwerb der Geschäftsanteile im Jahre 2007 nicht der Deckung eines laufenden Lebensbedarfs gedient, sondern die Vermögensbildung auf Seiten des Antragstellers gefördert. Eine Teilhabe der Antragsgegnerin an diesem Vermögenszuwachs sei gleichwohl gerechtfertigt, weil er auf der beruf-

lichen Tätigkeit des Antragstellers beruhe und daher als „Entgelt“ für seine Tätigkeit anzusehen sei.

Dies hält den Angriffen der Rechtsbeschwerde des Antragstellers nicht in allen Punkten stand.

2. Allerdings ist es aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, dass das Beschwerdegericht den Erwerb des 20 %igen Geschäftsanteils durch den Vertrag vom 7.12.1993 nicht als gemischte Schenkung und damit nicht als einen (teilweise) nach § 1374 Abs. 2 BGB privilegierten Erwerb angesehen hat.

a) Der Begriff der Schenkung im Sinne von § 1374 Abs. 2 BGB entspricht nach ständiger Rechtsprechung des Senats einer Vermögensbewegung im Sinne von § 516 Abs. 1 BGB. Sie setzt eine Zuwendung voraus, durch die der Schenker die Substanz seines Vermögens vermindert und das Vermögen des Beschenkten entsprechend vermehrt, wobei beide Teile darüber einig sind, dass die Zuwendung unentgeltlich erfolgt; bei einer gemischten Schenkung sind sich die Vertragsparteien darüber einig, dass nur ein Teil der Leistung unentgeltlich zugewendet wird, während der übrige Teil durch eine Gegenleistung abgegolten ist (Senatsurteil vom 17.6.1992, XII ZR 145/91, FamRZ 1992, 1160, 1161 m. w. N.). In einem solchen Fall kann von vornherein nur der unentgeltliche Teil des Rechtsgeschäfts als privilegierter Erwerb im Sinne von § 1374 Abs. 2 BGB behandelt werden. Die Darlegungs- und Beweislast für einen privilegierten Erwerb im Sinne von § 1374 Abs. 2 BGB – und damit für das Vorliegen einer gemischten Schenkung – trägt derjenige Ehegatte, der den angeblichen Schenkungsanteil der Zuwendung in sein positives Anfangsvermögen einstellen möchte (vgl. Senatsurteil vom 20.7.2005, XII ZR 301/02, FamRZ 2005, 1660, 1661).

b) Zutreffend ist das Beschwerdegericht davon ausgegangen, dass der Antragsteller keine tatsächliche Vermutung für die Vereinbarung einer (teilweisen) Unentgeltlichkeit der Übertragung der Geschäftsanteile im Jahre 1993 in Anspruch nehmen kann. Zwar entspricht es der ständigen Rechtsprechung des BGH, dass demjenigen, der sich auf das Vorliegen einer gemischten Schenkung beruft, grundsätzlich eine Beweiserleichterung in Form einer tatsächlichen Vermutung zuzubilligen ist, wenn zwischen Leistung und Gegenleistung ein objektives, über ein geringes Maß deutlich hinausgehendes Missverhältnis besteht (vgl. zuletzt BGH, Urteil vom 18.10.2011, X ZR 45/10, FamRZ 2012, 207 Rdnr. 19 m. w. N.). Eine solche Beweiserleichterung hat der BGH bislang allerdings nur Dritten gewährt, deren schutzwürdige Interessen durch das Vorliegen einer Schenkung tangiert wurden, wie dies etwa bei Pflichtteilsberechtigten (BGHZ 59, 132, 136 = NJW 1972, 1709, 1710), Vertrags- oder Schlusserben (BGHZ 82, 274, 281 f. = NJW 1982, 43, 44 f.) oder bei Sozialhilfeträgern nach der Überleitung von Rückforderungsansprüchen aus § 528 BGB (BGH, Urteile vom 1.2.1995, IV ZR 36/94, FamRZ 1995, 479, 480 und vom 6.3.1996, IV ZR 374/94, NJW-RR 1996, 754, 755) der Fall ist. Ohne eine Beweiserleichterung könnten solche Dritten ihre Rechte vielfach nicht effektiv wahrnehmen, denn sie wären – da sie außerhalb des Vertragsverhältnisses zwischen dem Zuwendenden und dem Zuwendungsempfänger stehen – in den meisten Fällen nicht imstande, einen ihnen obliegenden Beweis für die von den Vertragsparteien tatsächlich gewollte (teilweise) Unentgeltlichkeit des Rechtsgeschäfts zu führen (BGHZ 59, 132, 136 = NJW 1972, 1709, 1710). Demgegenüber besteht keine Veranlassung, eine tatsächliche Vermutung dieser Art auch zugunsten eines Zuwendungsempfängers zuzulassen, der – wie hier aufgrund der Beweislastregeln zu § 1374 Abs. 2 BGB – ausnahmsweise die Unentgeltlichkeit

der Zuwendung in seinem Interesse beweisen muss (zutreffend OLG Karlsruhe, ErbR 2010, 296, 298; ebenso jurisPK BGB/Sefrin, Bearbeitungsstand: 1.10.2012, § 516 Rdnr. 77). Denn der Zuwendungsempfänger hat es bei einer gemischten Schenkung als Vertragsbeteiligter selbst in der Hand, dem von den Parteien des Zuwendungsgeschäftes tatsächlich zugrunde gelegten Wertverständnis im Vertrag einen hinreichenden Ausdruck zu verleihen.

c) Gegen die Würdigung des Beschwerdegerichts, dass die vergünstigte Überlassung der Geschäftsanteile in einer die (teilweise) Unentgeltlichkeit ausschließenden Weise damit verknüpft gewesen sei, dass der Antragsteller als Geschäftsführer (wieder) in die Karl R.-GmbH eintrete, lässt sich aus Rechtsgründen nichts erinnern.

aa) An der erforderlichen Einigkeit der Parteien über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung fehlt es nach allgemeiner Meinung immer dann, wenn eine Vertragspartei – sei es auch nur irrtümlich – die Zuwendung als Abgeltung einer Gegenleistung oder als Erfüllung einer Verbindlichkeit ansieht (vgl. MünchKommBGB/J. Koch, 6. Aufl., § 516 Rdnr. 25). Die eine Unentgeltlichkeit ausschließende Verknüpfung der Zuwendung mit einer Gegenleistung kann dabei nach Art eines gegenseitigen Vertrags (synallagmatisch) als auch durch Setzung einer Bedingung (konditional) oder eines bestimmten Rechtszwecks (kausal) erfolgen (Senatsurteil vom 17.6.1992, XII ZR 145/91, FamRZ 1992, 1160, 1161; BGHZ 116, 167, 170 = FamRZ 1992, 300, 301; RGZ 163, 348, 356). Die Gegenleistung kann auch einen immateriellen Charakter haben (vgl. Senatsurteile vom 2.10.1991, XII ZR 132/90, FamRZ 1992, 293, 294 und vom 17.1.1990, XII ZR 1/89, FamRZ 1990, 600, 601; BGH, Urteil vom 28.5.2009, Xa ZR 9/08, NJW 2009, 2737, 2738; vgl. bereits RG HRR 1931 Nr. 1752: Zuwendung eines Grundstücks an die getrennt lebende Ehefrau, um diese zur Rückkehr zu bewegen).

bb) Da die Herstellung einer solchen Verknüpfung Sache der Vertragsparteien und damit Gegenstand ihrer Willensentscheidung ist, muss das Bestehen einer solchen Verknüpfung nach den allgemeinen Regeln über die Auslegung von Willenserklärungen ermittelt werden (Soergel/Mühl/Teichmann, BGB, 12. Aufl., § 516 Rdnr. 15). Die Auslegung von Willenserklärungen ist grundsätzlich Sache des Tatrichters und unterliegt der Prüfung des Rechtsbeschwerdegerichts lediglich darauf, ob anerkannte Auslegungsgrundsätze, gesetzliche Auslegungsregeln, Denkgesetze und Erfahrungssätze verletzt sind oder ob sie auf Verfahrensfehlern beruht, etwa indem unter Verstoß gegen Verfahrensvorschriften wesentliches Auslegungsmaterial außer Acht gelassen wurde (Senatsurteil vom 17.12.2003, XII ZR 308/00, NJW 2004, 848). Solche rechtsbeschwerderelevanten Auslegungsfehler vermag die Rechtsbeschwerde des Antragstellers nicht aufzuzeigen.

(1) Ohne Erfolg beruft sich die Rechtsbeschwerde des Antragstellers darauf, dass der Antragsteller bereits zum 1.10.1993 als Geschäftsführer der Karl R.-GmbH in das Handelsregister eingetragen worden sei und die Zuwendung des kaufpreisüberschießenden Wertes der Geschäftsanteile in dem zeitlich nachfolgenden notariellen Vertrag vom 7.12.1993 deshalb allenfalls als belohnende Schenkung angesehen werden könne. Durch die Anknüpfung an die bloße zeitliche Abfolge zwischen Geschäftsführerbestellung und Anteilsübertragung würde ausgeblendet, dass die Anteilsübertragung nicht nur mit dem formalen Bestellungsakt, sondern darüber hinaus untrennbar mit der erkennbaren Erwartung verbunden war, dass der Antragsteller auch in Zukunft als Geschäftsführer seine Arbeitskraft in das Unternehmen einbringen würde.

(2) Das Auslegungsergebnis des Beschwerdegerichts wird auch durch Ziffer 6. des notariellen Kaufvertrages nicht in Frage gestellt, wonach der Antragsteller bei einem Ausscheiden aus der Geschäftsführung der Karl R.-GmbH unter bestimmten Voraussetzungen zu einer Abtretung seiner Geschäftsanteile gegen Zahlung einer satzungsgemäßen Einziehungvergütung verpflichtet war. Vielmehr verdeutlicht die genannte Regelung, dass die Vertragsparteien in einem freiwilligen und nicht durch wichtige Gründe gerechtfertigten Ausscheiden des Antragstellers aus der Geschäftsführung der Karl R.-GmbH einen Eingriff in die Geschäftsgrundlage für die vergünstigte Übertragung der Geschäftsanteile erblickt haben. Für diese Beurteilung kommt es auch nicht darauf an, dass der Einziehungswert für die Geschäftsanteile – der jedenfalls ihrem tatsächlichen Wert nicht entspricht – schon im Jahre 1993 über dem vereinbarten Kaufpreis gelegen haben mag.

(3) Es ist ebenfalls aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, dass das Beschwerdegericht die Übertragung der Geschäftsanteile nicht (teilweise) als unentgeltliche Zweckschenkung gewürdigt hat. Ebenso wie bei der kausalen Verknüpfung soll der Zuwendungsempfänger bei der Zweckschenkung zu einem bestimmten Verhalten veranlasst werden. Maßgeblich für die Abgrenzung ist auch hier der Parteiwille; je stärker das erkennbare Interesse des Zuwendenden an der Erreichung des von ihm erstrebten Rechtszweckes ist, umso mehr spricht dafür, dass die Zweckerreichung als „Gegenleistung“ für die Zuwendung im Sinne einer die Unentgeltlichkeit ausschließenden kausalen Verknüpfung erwartet wird (vgl. MünchKommBGB/J. Koch, 6. Aufl., § 516 Rdnr. 29 und § 525 Rdnr. 8; *Erman/Herrman*, BGB, 13. Aufl., § 516 Rdnr. 8; vgl. auch BFH, DStR 2007, 799, 803). Nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts war Gerda R. in einem besonderen Maße daran gelegen, den Bestand der Gesellschaft als Lebenswerk ihres Ehemannes durch den Aufbau von Unternehmensnachfolgern auch über den Tod der Eheleute R. hinaus zu sichern. Ihr Interesse an einem dauerhaften persönlichen Einsatz des Antragstellers bei der Führung der Gesellschaft ging daher noch über das allgemeine wirtschaftliche Interesse hinaus, das sie als Inhaberin (restlicher) Geschäftsanteile an einer gedeihlichen Entwicklung der Gesellschaft ohnehin hatte.

3. Von Rechtsfehler beeinflusst sind demgegenüber die Erwägungen, die das Beschwerdegericht im Zusammenhang mit dem Vermächtnis der Eheleute R. angestellt hat.

a) Dem Antragsteller ist durch das gemeinschaftliche Testament der Eheleute R., wonach er aus dem Nachlass weitere 30 % der Geschäftsanteile an der Karl R.-GmbH zum vierfachen Nominalwert erwerben durfte, ein Ankaufsrecht im Wege des Vermächtnisses (vgl. auch BGH, Urteil vom 27.6.2001, IV ZR 120/00, FamRZ 2001, 1297, 1298) zugewendet worden. Soweit dieses Ankaufsrecht einen Vermögenswert hat, ist es dem Antragsteller als Zuwendung von Todes wegen im Sinne des § 1374 Abs. 2 BGB angefallen. Auch die Antragsgegnerin erinnert dagegen nichts.

b) Nicht gefolgt werden kann dem Beschwerdegericht in der Beurteilung, dass dieses Vermögen nach § 1374 Abs. 2 Hs. 2 BGB den Umständen nach zu den Einkünften des Antragstellers zu rechnen sei.

aa) Das Gesetz definiert nicht näher, was in diesem Zusammenhang unter „Einkünften“ zu verstehen ist. Mit der Zielsetzung, die der Zugewinnausgleich verfolgt, sollen nur Vermögenszuwächse ausgeglichen werden. Wenn dabei auch solche unentgeltlichen Zuwendungen nach § 1374 Abs. 2 BGB privilegiert wären, die nicht der Vermögensbildung, sondern von

vornherein nur dem Verbrauch dienen, würde dies – zum Nachteil des anderen Ehegatten – zu einer ständigen Vergrößerung des Anfangsvermögens führen, ohne dass diese Zuwendungen im Endvermögen noch in nennenswertem Umfang in Erscheinung treten würden. Es würde dann nicht nur eine Nichtbeteiligung des anderen Ehegatten an diesen Zuwendungen, sondern faktisch sogar dessen Benachteiligung erreicht (OLG Bremen, OLGR 1998, 205, 207; MünchKommBGB/Koch, 6. Aufl., § 1374 Rdnr. 28; *Erman/Budzikiewicz*, BGB, 13. Aufl., § 1374 Rdnr. 20; *Johannsen/Henrich/Jaeger*, Familienrecht, 5. Aufl., § 1374 Rdnr. 39). Bei unentgeltlichen Zuwendungen im Sinne des § 1374 Abs. 2 BGB ist deshalb in erster Linie danach zu unterscheiden, ob sie zur Deckung des laufenden Lebensbedarfes dienen oder die Vermögensbildung fördern sollen. Das wird im Einzelfall unter Berücksichtigung des Anlasses der Zuwendung, der Willensrichtung des Zuwendenden und der wirtschaftlichen Verhältnisse des Zuwendungsempfängers zu beurteilen sein (Senatsbeschluss BGHZ 101, 229, 234 = FamRZ 1987, 910, 911).

Ein Vermögenserwerb von Todes wegen wird in den meisten Fällen nicht zu den Einkünften zu rechnen sein, da eine solche Zuwendung in der Regel unabhängig von einem konkreten Lebensbedarf des Zuwendungsempfängers erfolgt (vgl. auch OLG Zweibrücken, FamRZ 1984, 276, 277). Im Übrigen werden sich bei größeren Sachzuwendungen brauchbare Anhaltspunkte für die Beurteilung, ob es sich um Einkünfte handelt, vor allem aus der Prognose gewinnen lassen, mit welcher Wahrscheinlichkeit der Zuwendungsgegenstand, wäre die Ehe in einem überschaubaren Zeitraum nach der Zuwendung gescheitert, noch mit einem nennenswerten Vermögenswert im Endvermögen des begünstigten Ehegatten vorhanden gewesen wäre (vgl. auch *Büte*, Zugewinnausgleich bei Ehescheidung, 4. Aufl., Rdnr. 28; *Haußleiter/Schulz*, Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung, 5. Aufl., Kap. 1 Rdnr. 47; *Kogel*, Strategien beim Zugewinnausgleich, 4. Aufl., Rdnr. 190).

bb) Nach diesen Maßstäben spricht unter den hier obwaltenden Umständen nichts für die Annahme, dass die Zuwendung des Ankaufsrechts für die Geschäftsanteile durch das Vermächtnis der Eheleute R. zu den Einkünften des Antragstellers gerechnet werden könnte.

Eine andere Beurteilung kann entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts auch nicht mit der Überlegung gerechtfertigt werden, dass das Vermächtnis der Eheleute R. auf der beruflichen Tätigkeit des Antragstellers für die Karl R.-GmbH beruhe und die Antragsgegnerin diese Berufstätigkeit im Rahmen der ehelichen Rollenverteilung maßgeblich gefördert habe. Zwar ist es für die durch § 1374 Abs. 2 BGB privilegierten Erwerbstatbestände kennzeichnend, dass sie typischerweise in keinem Zusammenhang mit der ehelichen Lebens- und Wirtschaftsgemeinschaft stehen und auf persönlichen Beziehungen des erwerbenden Ehegatten zu dem zuwendenden Dritten oder auf ähnlichen besonderen Umständen beruhen, an denen der andere Ehegatte nicht teilhat (vgl. Senatsurteil BGHZ 130, 377, 381 = FamRZ 1995, 1562, 1563 m. w. N.). Mit der Ausnahmeregelung, dass ein „den Umständen nach zu den Einkünften“ zu rechnendes Vermögen dem Anfangsvermögen nicht hinzugerechnet wird, soll indessen allein Verzerrungen der Zugewinnausgleichsbilanz entgegengewirkt werden, die sich aus der künstlichen Erhöhung des Anfangsvermögens durch die zum Verbrauch bestimmten Zuwendungen ergeben können. Die Ausnahmeregelung ermöglicht es demgegenüber – schon im Interesse der Rechtssicherheit und zur Vermeidung von untragbaren Abgrenzungs-

schwierigkeiten – nicht, die der Privilegierung bestimmter Zuwendungsarten zugrundeliegende typisierende Vorstellung, der andere Ehegatte könne zu dem Vermögenserwerb nichts beigetragen haben, in jedem Einzelfall auf ihre Stichhaltigkeit zu überprüfen.

II. Rechtsbeschwerde der Antragsgegnerin

1. Das Beschwerdegericht hat die bei Zustellung des Scheidungsantrages von dem Antragsteller gehaltenen 50 % der Geschäftsanteile an der Karl R.-GmbH in seinem aktiven Endvermögen mit 264.000 € bewertet und hierzu im Wesentlichen Folgendes ausgeführt:

Der Geschäftsanteil des Antragstellers an der Karl R.-GmbH sei mit seinem vollen, wirklichen Wert anzusetzen. Die Beteiligten seien sich darüber einig, dass das Ertragswertverfahren eine angemessene Methode zur Wertermittlung sei. Der Gesamtwert des Unternehmens ergebe sich danach aus dem Zukunftserfolgswert, der durch Abdiskontierung der zukünftigen zu erwartenden, nachhaltig erzielbaren Reinerträge nach Steuern zu ermitteln sei. Nach den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen sei dabei von einer befristeten Ertragsdauer des Unternehmens auszugehen. Dabei komme es nicht auf das bestrittene Vorbringen der Antragsgegnerin zu der Frage an, wie wahrscheinlich eine Kündigung des Mietverhältnisses sei und welche Bedeutung der gegenwärtige Standort für das Unternehmen habe. Im Hinblick auf den Mietvertrag vom 14.7.1994, der gegenüber einer „nunmehr fremden Rechtsperson“ eingegangen worden sei, könne nicht mehr definitiv ausgeschlossen werden, dass die Karl R.-GmbH ihren derzeitigen Standort verliere. Der Mietvertrag sei unbefristet, so dass er unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist ordentlich gekündigt werden könne. Sonstige rechtlich durchsetzbare Grundlagen, die der Karl R.-GmbH im Hinblick auf ihren Standort gegenüber den Erben der Eheleute R. eine gefestigte Rechtsposition vermitteln würden, seien weder vorgetragen noch ersichtlich. Im Hinblick auf die unter Umständen zeitlich befristete Ertragsdauer des zu erwerbenden Unternehmens wäre ein potentieller Erwerber nicht dazu bereit, den vollen Ertragswert zu zahlen. Vielmehr werde er lediglich für diejenige Zeit einen über den Substanzwert hinausgehenden Betrag leisten, in der er den eingerichteten Betrieb mit dem bestehenden Kundstamm noch definitiv nutzen könne. Hier könne eine befristete Ertragsdauer bis zum 31.12.2011 zugrunde gelegt werden. Dabei habe der Sachverständige zugunsten der Antragsgegnerin berücksichtigt, dass das Unternehmen im Zeitpunkt der Erstellung seines Gutachtens im Jahre 2011 an seinem Standort noch fortbestanden habe. Die Annahme einer noch längeren Restertragsdauer komme im Rahmen der Unternehmensbewertung nicht in Betracht, weil die anzunehmende Ertragsdauer auch aus einer ex-post Sicht nur für eine beschränkte Anzahl von Jahren und nicht beliebig ausgeweitet werden könne. Die grundsätzlich bestehende Möglichkeit, das Unternehmen verlegen zu können, könne bei einer Unternehmensbewertung im Familienrecht grundsätzlich nicht berücksichtigt werden, weil das Unternehmen zum Stichtag bewertet werden müsse, wie „es stehe und liege“. Dementsprechend betrage der hälftige Unternehmenswert der Karl R.-GmbH insgesamt 325.000 €, so dass nach Abzug der von dem Sachverständigen kalkulierten latenten Steuerlast i. H. v. 61.000 € ein Betrag von 264.000 € in das aktive Endvermögen des Antragstellers einzustellen sei.

2. Diese Ausführungen halten den Angriffen der Rechtsbeschwerde der Antragsgegnerin nicht stand.

a) Das Beschwerdegericht hat seine Beurteilung auf das von dem AG eingeholte Sachverständigengutachten gestützt. Der Sachverständige hat auf der Grundlage der Jahresabschlüsse der Karl R.-GmbH für die Geschäftsjahre 2005 bis 2007 ein künftiges ausschüttbares Jahresergebnis von 204.000 € ermittelt. Zur Feststellung des Ertragswerts hat der Sachverständige zwei alternative Berechnungsmodelle angeboten. Der erste Berechnungsansatz knüpft an die Prämisse der unbegrenzten Unternehmensfortdauer an und gelangt bei einem Kapitalisierungszinsfuß von 9,75 % nach der Formel für die ewige Rente zu einem Ertragswert von rund 2.092.000 €. Für die Alternativberechnung hat der Sachverständige einen begrenzten Ertragszeitraum von vier Jahren zugrunde gelegt und bei gleichem Kapitalisierungszinsfuß von 9,75 % einen Barwertfaktor von 3,1859 und damit einen Ertragswert von rund 650.000 € errechnet.

b) Für die Bewertung des Endvermögens nach § 1376 Abs. 2 BGB ist der objektive Verkehrswert der Vermögensgegenstände am Stichtag (hier richtig: 8.8.2007) maßgebend. Ziel der Wertermittlung ist es, die Unternehmensbeteiligung des Antragstellers mit ihrem „vollen, wirklichen“ Wert anzusetzen. Grundsätze darüber, nach welcher Methode das zu geschehen hat, enthält das Gesetz nicht. Die sachverhaltspezifische Auswahl aus der Vielzahl der zur Verfügung stehenden Methoden und deren Anwendung ist nach ständiger Rechtsprechung des Senats Aufgabe des – sachverständig beratenden – Tatrichters. Seine Entscheidung kann vom Rechtsbeschwerdegericht nur daraufhin überprüft werden, ob sie gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt oder sonst auf rechtsfehlerhaften Erwägungen beruht (vgl. bereits Senatsurteile vom 24.10.1990, XII ZR 101/89, FamRZ 1991, 43, 44 und vom 7.5.1986, IVb ZR 42/85, FamRZ 1986, 776, 779). Auch nach diesen eingeschränkten Überprüfungsmaßstäben begegnet die Entscheidung des Beschwerdegerichts Bedenken.

c) Dabei ist es nicht zu beanstanden, dass das Beschwerdegericht den Wert der Gesellschaft grundsätzlich nach dem – von den Beteiligten akzeptierten – Ertragswertverfahren ermittelt hat. Der Umfang der (hier: hälftigen) Beteiligung an dem Unternehmen und der sich unter Berücksichtigung der Ertragslage ergebende Unternehmenswert bilden im Regelfall die wesentliche Grundlage für die Bemessung des Wertes der Beteiligung im Zugewinnausgleich (vgl. BGHZ 75, 195, 199 = FamRZ 1980, 37, 38; *Büte*, Zugewinnausgleich bei Ehescheidung, 4. Aufl., Rdnr. 131; *Haußleiter/Schulz*, Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung, 5. Aufl., Kap. 1 Rdnr. 240).

d) Die Ermittlung eines objektiven Unternehmenswertes nach dem Ertragswertverfahren geht grundsätzlich von der Annahme aus, dass das Unternehmen mit unverändertem Konzept sowie mit allen realistischen Zukunftserwartungen fortgeführt werden kann, die sich aus den Marktverhältnissen und den sonstigen Einflussfaktoren des Unternehmens zum Bewertungsstichtag ergeben (vgl. *Peemöller/Kunowski* in *Peemöller*, Praxishandbuch der Unternehmensbewertung, 3. Aufl., Rdnr. 32).

aa) Das erste Berechnungsmodell des Sachverständigen beruht auf der Anwendung des („klassischen“) Ertragswertverfahrens in seiner Grundform, die eine unbegrenzte Lebensdauer des zu bewertenden Unternehmens unterstellt und von der im Regelfall auszugehen ist (*Peemöller/Kunowski*, in *Peemöller*, Praxishandbuch der Unternehmensbewertung, 3. Aufl., Rdnr. 105). Der Alternativberechnung liegt das Ertragswertverfahren mit der Annahme eines begrenzten Ergebnishorizonts zugrunde. Ein solches Vorgehen hat der

Senat für die Bewertung von freiberuflichen Praxen im Rahmen des sog. modifizierten Ertragswertverfahrens grundsätzlich gebilligt (vgl. Senatsurteil BGHZ 188, 282 = FamRZ 2011, 622 Rdnr. 42). Die Begrenzung des Ergebnishorizonts trägt bei Freiberuflern in erster Linie der starken Inhaberbezogenheit ihrer Tätigkeit Rechnung, die dazu führt, dass einerseits der Einfluss des bisherigen Praxisinhabers auf seinen Nachfolger nur eine begrenzte Zeit nachwirken kann und andererseits ein Praxiserwerber mit gleicher Qualifikation nach einer entsprechenden Aufbauphase eine vergleichbare Praxis aufbauen (reproduzieren) könnte (vgl. *Englert* in *Peemöller*, Praxishandbuch der Unternehmensbewertung Rdnr. 711; *Kuckenburg*, FuR 2011, 512, 513; *Boos*, DS 2010, 166, 167 f.). Demgegenüber wird es bei mittleren oder größeren gewerblichen Unternehmen an einer auf der Inhaberbezogenheit beruhenden Reproduktionsmöglichkeit regelmäßig fehlen. Gleichwohl kann auch bei gewerblichen Unternehmen nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass der sachverständig beratene Tatrichter in besonderen Bewertungssituationen eine Begrenzung des Ergebnishorizonts für sachgerecht erachtet (vgl. auch *Peemöller/Kunowski* in *Peemöller*, Praxishandbuch der Unternehmensbewertung, 3. Aufl., Rdnr. 105).

bb) Das Beschwerdegericht stützt den Ansatz eines auf vier Jahre begrenzten Ergebnishorizonts freilich nicht auf die Inhaberbezogenheit der betrieblichen Tätigkeit der Karl R.-GmbH, sondern auf den Einfluss des Standortfaktors. Insoweit macht die Rechtsbeschwerde der Antragsgegnerin zu Recht geltend, dass das Beschwerdegericht bei seinen Erwägungen zum Standortrisiko unter Verstoß gegen § 113 Abs. 1 FamFG i. V. m. § 286 ZPO möglicherweise entscheidungserheblichen Sachvortrag der Antragsgegnerin außer Betracht gelassen und nicht in seine Würdigung einbezogen hat.

(1) Das Beschwerdegericht hat seine Beurteilung, dass die Fortführung der Karl R.-GmbH an ihrem bisherigen Standort nicht nachhaltig gesichert sei, auf das Vorliegen eines ordentlich kündbaren Mietvertrages und auf die Feststellung gestützt, dass es weder verpflichtende Weisungen der verstorbenen Eheleute R. an ihre Erben noch rechtlich gefestigte Vereinbarungen zwischen den Erben der Eheleute R. und der Karl R.-GmbH gebe, wonach der Mietvertrag von Vermieterseite nicht gekündigt werden dürfe. Diese Erwägungen greifen allerdings zu kurz, weil es für die Prognose der Fortführung eines „Mieterbetriebes“ an seinem bisherigen Standort auch darauf ankommt, ob das Unternehmen am Bewertungsstichtag eine von ihm gewünschte langfristige mietvertragliche Bindung an seinen Standort herbeiführen könnte.

Bei Abschluss des bestehenden Mietvertrages im Jahre 1994 spielte die Frage der nachhaltigen Standortsicherung für das Sanitätshaus schon wegen der Personenidentität zwischen den Gesellschaftern der Vermietungsgesellschaft und den (Mehrheits-)Gesellschaftern der Karl R.-GmbH keine Rolle. Die Antragsgegnerin hat unter Beweisannahme vorgetragen, dass die Erben der Eheleute R. als neue Gesellschafter der Vermietungsgesellschaft über die ideelle Verbundenheit mit dem Sanitätshaus als Lebenswerk ihrer Eltern hinaus auch aus kaufmännischen Gründen daran interessiert seien, dass ihnen der eingessessene und weitgehend konjunkturunabhängige Betrieb der Karl R.-GmbH als Mieter der Geschäftsräume langfristig erhalten bleibe. Daher hätte sich das Beschwerdegericht – auch vor dem Hintergrund, dass der Mietvertrag im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Beschwerdeinstanz fast fünf Jahre über den Bewertungsstichtag hinaus ungekündigt fortgesetzt worden war – auch mit der Erwägung befassen müssen, ob die Vermietungsgesellschaft

am Bewertungsstichtag nicht zuletzt aus eigenem Interesse bereit gewesen wäre, den Standort der Karl R.-GmbH durch einen befristeten Mietvertrag oder auf andere rechtsverbindliche Weise längerfristig zu sichern.

(2) Zudem wird der Einfluss des Standortfaktors auf die Fortführungsperspektive eines Unternehmens von einzel-fallbezogenen Umständen abhängen. Hat der Standort eines Unternehmens keinen oder keinen nennenswerten Einfluss auf seinen Geschäftsbetrieb und lässt er sich im Bedarfsfall ohne Weiteres verlegen, wird die Annahme, dass das Unternehmen nur wegen einer fehlenden mietvertraglichen Absicherung des gegenwärtigen Standortes künftig nur noch für einen begrenzten Zeitraum finanzielle Überschüsse zu erwirtschaften vermag, keine realistische Zukunftserwartung darstellen.

Die Antragsgegnerin hat in diesem Zusammenhang vorge-tragen und unter Beweis gestellt, dass dem Standort der Betriebsräume des Sanitätshauses keine wesentliche Bedeu-tung zukomme, weil die Belieferung von Krankenhäusern und niedergelassenen Orthopäden im Rahmen langfristiger Geschäftsbeziehungen etwa zwei Drittel des Umsatzes der Karl R.-GmbH ausmachten. Soweit im Übrigen Umsätze durch Verkäufe und Dienstleistungen an Privatkunden erzielt würden, müssten auch diese Kunden teilweise die Geschäfts-räume der Karl R.-GmbH nicht aufsuchen, sondern würden durch Boten beliefert. Darüber hinaus hat die Antragsgegne-rin geltend gemacht, dass es dem Unternehmen selbst im Falle einer Kündigung ihrer bisherigen Geschäftsräume in der Innenstadt von K. ohne Weiteres möglich sei, adäquate Ersatzräume anzumieten, und selbst eine Verlagerung der Geschäftsräume des Sanitätshauses in eine städtische Rand-lage wegen der besseren Erreichbarkeit für gehbehinderte Kunden keine Auswirkungen auf die Ertragslage hätte. Auch insoweit hat sich das Beschwerdegericht mit dem Vorbringen der Antragsgegnerin nicht auseinandergesetzt.

(...)

Anmerkung:

I. Der vom BGH – fast schon dogmatisch aufbereitet – und überzeugend entschiedene Fall – wirft Auslegungs- und Beweislastfragen im Zusammenhang mit § 1374 Abs. 2 BGB auf. Drei Problemkreise werden berührt:

1. Die Abgrenzung von gemischten Schenkungen und Veräußerungen, die geschäftlich motiviert unterhalb des Verkehrswerts erfolgen, inklusive Beweislastfragen;
2. Die Frage der Zuordnung von privilegiertem Zuerwerb zum Vermögen oder zu den Einkünften;
3. Die Frage der richtigen Bewertung von Gesellschaftsan-teilen.

Besondere Bedeutung erlangt die Entscheidung in Bezug auf die Beweislast (siehe Abschnitt II. 2.). Im Übrigen bekräftigt der BGH seine bisherigen Entscheidungen zu den aufgewor-fenen Problemen.

II. 1. Zum Problemkreis 1 (Abgrenzung einer Schenkung von einer vergünstigten aber nicht unentgeltlichen Veräußerung) wiederholt der BGH, dass eine Schenkung, die in Bezug auf den unentgeltlichen Teil § 1374 Abs. 2 unterliegt, zum einen objektiv eine Wertdifferenz zwischen Leistung und Gegenlei-stung voraussetzt (diese lag hier vor), zum anderen aber die subjektive Einigung der Beteiligten über die Unentgeltlich-keit.

2. Bekräftigt wurde, dass ein objektives Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung zur Vermutung der

Unentgeltlichkeit führen kann, aber nur zugunsten Dritter im Verhältnis zum Zuwendungsempfänger; umgekehrt besteht keine entsprechende Vermutung zugunsten des Zuwendungsempfängers gegenüber dem Ehegatten im Rahmen von § 1374 Abs. 2 BGB. Da die notarielle Urkunde hierzu keine eindeutigen Aussagen erhielt (siehe dazu unten bei V.), war bezüglich der subjektiven Komponente eine Auslegung des Willens der Beteiligten erforderlich, die hier nachvollziehbar die Unentgeltlichkeit ausschloss.

III. Die Frage der Zurechnung von Zuwendungen nach § 1374 Abs. 2 BGB zu den Einkünften (Problemkreis 2) wurde bisher höchstrichterlich nur einzelfallartig entschieden;¹ das Problem galt in der Literatur² abstrakt als „schwer eingrenzbar“. Der BGH zeigte mit der Entscheidung vom 6.11.2013, dass man mit dem Kriterium³ „primäre Förderung des Lebensbedarfs (dann von § 1374 Abs. 2 BGB nicht erfasste Einkünfte) oder primäre Förderung der Vermögensbildung (dann privilegierter Hinzuerwerb)“ praktikabel und nachvollziehbar die Grenze ziehen kann.

IV. Allgemeinwissen ist, dass für die Bewertung von Geschäftsanteilen (Problemkreis 3) mit dem Ziel der Ermittlung des vollen wirklichen Werts keine Methode vorgeschrieben ist, ebenso, dass das Ertragswertverfahren grundsätzlich zur Wertermittlung geeignet ist. Für die Abfindungshöhe von entscheidender Bedeutung ist, ob dabei ein unbegrenzter Zeithorizont für den Ertragszufluss oder ein begrenzter Zeithorizont für den Ertragszufluss zugrunde gelegt wird (im entschiedenen Fall 2.100.000 € einerseits und 650.000 € andererseits). Der BGH, der bisher den begrenzten Ertragshorizont bei Freiberuflerpraxen akzeptiert hatte, war hier mit der Frage befasst, ob Standortfaktoren (möglicher Standortverlust durch Ablauf einer Mietvertragszeit) ebenfalls rechtfertigen, einen begrenzten Ertragshorizont zu unterstellen. Die Ansicht des BGH wonach dies möglich ist, wenn der Standort für den geschäftlichen Erfolg von entscheidender Bedeutung ist und Standortsicherungsmaßnahmen nicht möglich sind, überzeugt, überrascht aber nicht.

V. Aus der Sicht des Vertragsgestalters ist anzumerken:

1. Die Motivation der Beteiligten, warum diese nur eine teilentgeltliche Veräußerung vornehmen, konnte dem zugrundeliegenden Vertrag (wie häufig) nicht entnommen werden. Dies kann und wird oft daran liegen, dass der Notar die Wert-situation nicht kennt. Erfahrungssätze der Art, dass Geschäftsführer oder leitende Angestellte, die sich an „ihrem“ Unternehmen beteiligen, zu Vorzugskonditionen kaufen, gibt es ebenfalls nicht. Wenn dem Notar eine erhebliche Wertdifferenz zwischen Verkehrs- und Verkaufswert offenbart oder sonst erkennbar wird, ist eine nähere Sachverhaltsklärung angezeigt und eine entsprechende Dokumentation des Willens der Beteiligten in der Urkunde sinnvoll. Freilich werden die Beteiligten häufig widersprechende Intentionen haben. Im konkreten Fall sprach aus der Sicht der Beteiligten die aktuelle Steuervermeidung (Unentgeltlichkeit ist zu vermeiden) gegen die spätere Vermögenssicherung bei der Scheidung (spricht für die Unentgeltlichkeit).
2. Die „Einkünftediskussion“ bei einer Zuwendung nach § 1374 Abs. 2 BGB kann vermieden werden, wenn der Vertragstext bzw. der Text der letztwilligen Verfügung den Zusatz

enthält: „Die Zuwendung dient der Verbesserung der Vermögens-situation des Begünstigten“.

Notar Prof. Dr. Bernd Wegmann, Ingolstadt

8. BGB § 1603 (*Berücksichtigung von Immobilien bei der Bemessung des Altersvorsorgevermögens eines auf Eltern-unterhalt in Anspruch genommenen Unterhaltspflichtigen*)

1. **Der Wert einer selbstgenutzten Immobilie bleibt bei der Bemessung des Altersvorsorgevermögens eines auf Elternunterhalt in Anspruch genommenen Unterhaltspflichtigen grundsätzlich unberücksichtigt.**
2. **Sonstiges Vermögen in einer Höhe, wie sich aus der Anlage von 5 % des Jahresbruttoeinkommens ergibt, braucht vor dem Bezug der Altersversorgung regelmäßig nicht zur Zahlung von Elternunterhalt eingesetzt zu werden.**
3. **Zum sog. Notgroschen, der einem Unterhaltspflichtigen gegenüber der Inanspruchnahme auf Elternunterhalt zusätzlich zusteht.**

BGH, Beschluss vom 7.8.2013, XII ZB 269/12

Der Antragsteller macht aus übergegangenem Recht Ansprüche auf Elternunterhalt für die Zeit von Juli 2008 bis Februar 2011 geltend.

Die 1926 geborene, verwitwete Mutter des Antragsgegners lebt in einem Altenpflegeheim. Da sie die Kosten des Heimaufenthalts aus ihren Einkünften und den Leistungen der Pflegeversicherung nicht vollständig aufbringen konnte, gewährte ihr der Antragsteller Sozialhilfe. Mit Rechtswahrungsanzeige vom 15.7.2008 verständigte er den Antragsgegner hiervon.

Der Antragsgegner ist als Elektriker tätig und erzielte 2008 ein Jahresbruttoeinkommen von 27.497,92 €. Ihm entstanden Kosten für die Fahrt mit dem Pkw zur Arbeitsstelle; darüber hinaus hatte er Versicherungsbeiträge zu zahlen. Er bewohnt eine 1996 zu Alleineigentum erworbene Eigentumswohnung.

Da das Einkommen des Antragsgegners nach Auffassung des Antragstellers auch unter Berücksichtigung eines Wohnvorteils unterhalb des Selbstbehalts lag, forderte er Unterhaltsleistungen aus dem Vermögen des Antragsgegners. Dieses bestand neben der Eigentumswohnung zum einen aus einem Sparguthaben, das sich zum 30.11.2009 auf 6.412,39 € belief, sowie aus drei Lebensversicherungen mit einem Gesamtwert von 62.822,33 €. Außerdem ist der Antragsgegner gemeinsam mit seiner Schwester Miteigentümer eines Hauses in Italien. Eine der Lebensversicherungen im Wert von 30.140,17 € hat er aufgelöst und mit dem Auszahlungsbetrag Verbindlichkeiten in Italien zurückgeführt.

Der Antragsgegner hat drei Schwestern, von denen zwei in Italien leben. Die dritte Schwester, die bei dem Antragsgegner in Deutschland wohnt, verfügt über Renteneinkünfte, die den Selbstbehalt nicht übersteigen.

Der Antragsteller hat den Antragsgegner auf Zahlung von 17.014,68 € in Anspruch genommen. Das AG hat den Antragsgegner verpflichtet, für die Zeit vom 1.1. bis zum 30.11.2009 Unterhalt i. H. v. 5.497,78 € zu zahlen. Den weitergehenden Antrag hat es abgewiesen. Die dagegen gerichtete Beschwerde des Antragstellers hat das OLG zurückgewiesen. Auf die Beschwerde des Antragsgegners hat es den Antrag insgesamt abgewiesen. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt der Antragsteller sein Begehren weiter.

Aus den Gründen:

II.

Die Rechtsbeschwerde hat Erfolg.

Das Beschwerdegericht hat zur Begründung seiner in FF 2012, 314 veröffentlichten Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

¹ Neuerdings OLG Brandenburg, Beschluss vom 27.3.2014, 9 UF 177/13, MittBayNot 2014, 535.

² Siehe Palandt/Weidlich, 74. Aufl., § 1374 Rdnr. 18.

³ Erstmals BGH, Urteil vom 1.7.1987, IVb ZR 70/86, BGHZ 101, 229, 234.

Der Antragsgegner sei seiner Mutter zwar dem Grunde nach unterhaltspflichtig, er sei jedoch nicht leistungsfähig. Nach Abzug von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen habe er im Jahre 2008 über ein durchschnittliches monatliches Nettoeinkommen von 1.507,54 € verfügt. Davon seien zusätzliche Krankenversicherungsbeiträge i. H. v. 25,46 € sowie die Zahlungen auf die fortbestehenden Lebensversicherungen i. H. v. zusammen 73,08 € monatlich als zusätzliche Altersversorgung abzusetzen. Nach Abzug berufsbedingter Fahrtkosten von 288 € verbleibe ein bereinigtes Einkommen von 1.121 €, das deutlich unter dem Selbstbehalt von 1.500 € liege. Deshalb könne der Unterhalt nicht aus dem Einkommen des Antragsgegners geleistet werden.

Der Antragsgegner verfüge auch nicht über Vermögen, aus dem er zu Unterhaltsleistungen herangezogen werden könne, denn er brauche seinen eigenen angemessenen Unterhalt einschließlich einer angemessenen Altersversorgung nicht zu gefährden. Bei Zugrundelegung eines monatlichen Bruttolohns von 2.284,83 €, einer jährlichen Kapitalverzinsung von 3 % und 40 Berufsjahren – der 1956 geborene Antragsgegner sei seit 1971 erwerbstätig – errechne sich ein ihm zustehendes Altersvorsorgevermögen von 104.767,45 €. Wegen der inzwischen rückläufigen Rendite sei eine Verzinsung von 3 % – anstatt einer solchen von 4 % – angemessen. Die Höhe dieses Altersvorsorgevermögens werde von den verfügbaren Vermögenswerten nicht erreicht. Das Sparguthaben und die noch vorhandenen Lebensversicherungen beliefen sich auf insgesamt 39.094,55 €. Mit dem Auszahlungsbetrag der dritten Lebensversicherung i. H. v. 30.140,17 € habe der Antragsgegner Steuern und Abgaben, Strafzahlungen sowie die Kanalanschlussgebühr für das Haus in Italien i. H. v. insgesamt 27.877,15 € gezahlt. Eine weitere Rate von 3.413,72 € sei noch zu erbringen, so dass der Auszahlungsbetrag dann aufgebraucht sei.

Auf dem Grundstück in Italien, das der Antragsgegner nach seinen Angaben vor ca. 30 Jahren zusammen mit seiner Schwester erworben habe, sei ein Haus mit zwei Wohnungen errichtet worden. Hierfür sowie für eine Sanierung des Hauses gebe es keine Baugenehmigung; es bestehe auch kein Nachweis der Wohnbarkeit. Weitere Kosten würden für die Bildung von Sondereigentum als Voraussetzung einer Veräußerbarkeit des Anteils des Antragsgegners entstehen. Aber selbst wenn dieser Anteil entsprechend dem vom Antragsgegner vorgerichtlich genannten Verkehrswert von 60.000 € bewertet werde, ergebe sich ein Vermögenswert, der mit 99.094,55 € das dem Antragsgegner zustehende Altersvorsorgevermögen nicht erreiche. Bei Abzug von 10.000 € für den allgemeinen Freibetrag und von 5.000 € als Rückstellung für Verbindlichkeiten in Italien, die der Antragsteller nicht in Frage gestellt habe, errechne sich ein Altersvorsorgevermögen i. H. v. 84.094,55 €.

Die Eigentumswohnung, deren Verkehrswert der Antragsteller mit 115.000 € veranschlagt habe, sei auf das errechnete Altersvorsorgevermögen nicht anzurechnen. Die Einkünfte des Antragsgegners stellten seinen Selbstbehalt nur zusammen mit dem Wohnvorteil der Eigentumswohnung sicher, den der Antragsteller mit 339,02 € monatlich (365 € abzüglich 25,98 € verbrauchsunabhängige Kosten) beziffert habe. Dies gelte auch im Rentenalter. Der Antragsgegner könne bei Fortzahlung der in den letzten fünf Jahren durchschnittlich geleisteten Rentenbeiträge bei Erreichen der Regelaltersgrenze im Jahr 2021 mit einer Rente von 1.320,90 € (ohne Rentenanpassungen) rechnen. Der Selbstbehalt sei deshalb nur gedeckt, wenn der Wohnvorteil fortbestehe. Die Eigentumswohnung, die nach den Verhältnissen des Antragsgegners angemessen sei, müsse deshalb über eine Berücksichtigung des Wohnvor-

teils hinaus nicht für die Leistung von Elternunterhalt eingesetzt werden. Bei dieser Sachlage könne dahinstehen, ob der Antragsgegner eine weitere Rückstellung von 20.000 € für die Ersatzbeschaffung eines Fahrzeugs beanspruchen könne.

III.

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

1. Zutreffend ist das Beschwerdegericht allerdings davon ausgegangen, dass die Mutter des Antragsgegners grundsätzlich unterhaltsberechtig ist. Die Unterhaltspflicht des Antragsgegners für sie steht zwischen den Beteiligten dem Grunde nach auch nicht im Streit. Die Mutter hat zwar vier Kinder, die an sich anteilig nach ihren Erwerbs- und Vermögensverhältnissen für ihren Unterhalt haften (§ 1606 Abs. 3 BGB). Die in Deutschland lebende Tochter ist jedoch unstrittig nicht leistungsfähig. Die beiden anderen Töchter leben in Italien. Ihnen gegenüber ist die Rechtsverfolgung in Deutschland ausgeschlossen, sodass insoweit die Ersatzhaftung des Antragsgegners nach § 1607 Abs. 2 BGB eintritt. Denn zur Rechtsverfolgung gehört nicht nur die Geltendmachung des Anspruchs in einem gerichtlichen Verfahren, sondern auch seine Durchsetzung im Wege der Zwangsvollstreckung (*Staudinger/Engler*, BGB, Stand 2000, § 1607 Rdnr. 12; *Palandt/Brudermüller*, BGB, 72. Aufl., § 1607 Rdnr. 12). Dass die in Italien lebenden Töchter in Deutschland über Einkommen oder Vermögen verfügen, hat das Beschwerdegericht nicht festgestellt. Die Rechtsbeschwerdeerwiderung rügt auch nicht, dass insoweit Sachvortrag übergangen worden wäre. Unter solchen Umständen ist das Vollstreckungsverfahren im Inland aber aus tatsächlichen Gründen ausgeschlossen (vgl. *Staudinger/Engler*, a. a. O., § 1607 Rdnr. 17).

2. Der Bedarf der Mutter wird durch ihre Unterbringung in einem Pflegeheim bestimmt und entspricht grundsätzlich den dort anfallenden, nicht durch eigenes Einkommen gedeckten Kosten, soweit diese notwendig sind (BGH, Urteil vom 21.11.2012, XII ZR 150/10, FamRZ 2013, 203 Rdnr. 15; Urteil vom 12.12.2012, XII ZR 43/11, FamRZ 2013, 363 Rdnr. 15; BGHZ 186, 350 = FamRZ 2010, 1535 Rdnr. 13 f. und Urteil vom 7.7.2004, XII ZR 272/02, FamRZ 2004, 1370, 1371). Die Notwendigkeit der Kosten hat der Antragsgegner auch nicht in Abrede gestellt (zu den Anforderungen an die Darlegungslast in diesem Fall vgl. BGH, Urteil vom 21.11.2012, XII ZR 150/10, FamRZ 2013, 203, Rdnr. 15).

Neben den Heimkosten umfasst die der Mutter gewährte Hilfe einen Barbetrag nach § 35 Abs. 2 Satz 1 SGB XII. Auch insoweit ist unterhaltsrechtlich ein Bedarf anzuerkennen. Ein in einem Heim lebender Unterhaltsberechtigter ist darauf angewiesen, für seine persönlichen, von den Leistungen der Einrichtung nicht erfassten Bedürfnisse über bare Mittel verfügen zu können, weil er andernfalls nicht in der Lage wäre, diese Bedürfnisse zu finanzieren (BGH, Urteil vom 12.12.2012, XII ZR 43/11, FamRZ 2013, 363 Rdnr. 16 und vom 21.11.2012, XII ZR 150/10, FamRZ 2013, 203 Rdnr. 24).

3. Die Annahme des Beschwerdegerichts, der Antragsgegner sei aus seinem Einkommen zur Zahlung von Elternunterhalt auch nicht teilweise leistungsfähig gewesen, wird von den getroffenen Feststellungen allerdings nicht getragen.

a) Danach erzielte der Antragsgegner 2008 ein Jahresbruttoeinkommen von 27.497,92 €. Den Nettobetrag hat das Beschwerdegericht unter Heranziehung der seit dem 1.4.2011 geltenden Steuern und Beitragssätze ermittelt. Richtigerweise hätte das Einkommen für die Jahre 2008, 2009 und 2010 indessen unter Berücksichtigung der in den betreffenden Jahren jeweils maßgeblichen Abzüge für Steuern und Sozial-

versicherungsbeiträge errechnet werden müssen, um die Leistungsfähigkeit in dem jeweiligen Jahr festzustellen. Die weiteren Abzüge für zusätzliche Krankenversicherungen, berufsbedingte Aufwendungen in Form von Fahrtkosten mit dem Pkw zwischen Wohnung und Arbeitsstätte sowie Beitragszahlungen auf die beiden noch aufrechterhaltenen Lebensversicherungen i. H. v. 54,45 € und 18,63 € begegnen dagegen keinen Bedenken. Es steht mit der Rechtsprechung des Senats in Einklang, dass die Kosten einer zusätzlichen Altersversorgung bis zu einer Höhe von 5 % des Jahresbruttoeinkommens des Unterhaltspflichtigen als abzugsfähig anerkannt werden können (BGH, Urteil vom 17.10.2012, XII ZR 17/11, FamRZ 2013, 868 Rdnr. 17; BGHZ 186, 350, FamRZ 2010, 1535 Rdnr. 25 ff. und BGHZ 169, 59, FamRZ 2006, 1511, 1514).

b) Die Vorteile aus der Nutzung der im Alleineigentum des Antragsgegners stehenden Eigentumswohnung hat das Beschwerdegericht nicht in die Ermittlung der Leistungsfähigkeit aus dem Einkommen einbezogen. Diese wird jedoch nicht nur durch die Erwerbseinkünfte des Unterhaltspflichtigen, sondern in gleicher Weise durch Vermögenserträge und sonstige wirtschaftliche Nutzungen bestimmt, die er aus seinem Vermögen zieht. Dazu können auch die Gebrauchsvorteile eines Eigenheims zählen, denn durch das Bewohnen eines eigenen Hauses oder einer Eigentumswohnung entfällt die Notwendigkeit der Mietzahlung, die in der Regel einen Teil des allgemeinen Lebensbedarfs ausmacht. Soweit bei einer Gegenüberstellung der ersparten Wohnkosten und der zu berücksichtigenden Belastungen der Nutzungswert eines Eigenheims den Aufwand übersteigt, ist die Differenz zwischen den beiden Beträgen dem Einkommen des Unterhaltspflichtigen zuzurechnen (BGHZ 154, 247 = FamRZ 2003, 1179, 1180 m. w. N.).

Der Wohnwert ist bei der Inanspruchnahme auf Elternunterhalt nicht mit der bei einer Fremdvermietung erzielbaren objektiven Marktmiete, sondern auf der Grundlage der unter den gegebenen Verhältnissen ersparten Miete zu bemessen (vgl. hierzu BGHZ 154, 247 = FamRZ 2003, 1179, 1180 ff. und BGH, Urteil vom 17.10.2012, XII ZR 17/11, FamRZ 2013, 868 Rdnr. 19). Das Beschwerdegericht hat den Wohnwert der aus drei Zimmern bestehenden Eigentumswohnung in anderem Zusammenhang entsprechend dem Vortrag des Antragstellers mit 339,02 € (369 € abzüglich auf einen Mieter nicht umlegbare Kosten von 25,98 €) angesetzt. Das ist für den Antragsteller günstig und entspricht hinsichtlich des in Abzug gebrachten Aufwands auch der Rechtsprechung des Senats (vgl. BGH, Urteil vom 27.5.2009, XII ZR 78/08, FamRZ 2009, 1300 Rdnr. 33 ff.).

c) Wenn das vom Beschwerdegericht mit 1.121 € ermittelte Nettoeinkommen des Antragsgegners trotz der Höhe nach unzutreffender Abzüge zugrunde gelegt und der Wohnvorteil hinzugerechnet wird, ergibt sich ein Einkommen von monatlich rund 1.460 €, das den für die Jahre 2008, 2009 und 2010 maßgeblichen Selbstbehalt von 1.400 € übersteigt (vgl. Anm. D 1 der Düsseldorfer Tabelle und Nr. 21.3.3 der Leitlinien der OLG Stand: 1.1.2008, 1.1.2009 und 1.1.2010). Der vom Beschwerdegericht herangezogene Selbstbehalt von 1.500 € gilt erst ab 1.1.2011 (Düsseldorfer Tabelle Anm. D 1 und Nr. 21.3.3 der Leitlinien der OLG Stand: 1.1.2011) und ist deshalb erst für Unterhaltszeiträume ab diesem Datum maßgebend.

d) Nach dem vom Beschwerdegericht in Bezug genommenen Beschluss des AG hat der Antragsgegner allerdings geltend gemacht, ihm entstünden Aufwendungen i. H. v. 67,20 € monatlich für Besuche seiner Mutter im Heim. Wie der Senat

nach Erlass des angefochtenen Beschlusses entschieden hat, mindern angemessene Aufwendungen, die dem Unterhaltspflichtigen für solche Besuche entstehen, grundsätzlich seine Leistungsfähigkeit, weil ihr Zweck auf einer unterhaltsrechtlich anzuerkennenden sittlichen Verpflichtung beruht (BGH, Urteil vom 17.10.2012, XII ZR 17/11, FamRZ 2013, 868 Rdnr. 30 f.). Feststellungen zu solchen Aufwendungen hat das Beschwerdegericht nicht getroffen.

4. Auch die Ermittlung der Leistungsfähigkeit des Antragsgegners aus seinem Vermögen ist nicht in allen Punkten rechtsbedenkenfrei.

a) Im Ansatz zutreffend ist das Beschwerdegericht allerdings davon ausgegangen, dass ein Unterhaltspflichtiger nach ständiger Rechtsprechung des Senats grundsätzlich auch den Stamm seines Vermögens zur Bestreitung des Unterhalts einsetzen muss. Eine allgemeine Billigkeitsgrenze, wie sie § 1577 Abs. 3 BGB und § 1581 Abs. 2 BGB für den nachehelichen Ehegattenunterhalt vorsehen, enthält das Gesetz im Bereich des Verwandtenunterhalts nicht. Deshalb ist auch hinsichtlich des einsetzbaren Vermögens allein auf § 1603 Abs. 1 BGB abzustellen, wonach nicht unterhaltspflichtig ist, wer bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen außer Stande ist, ohne Gefährdung seines eigenen angemessenen Unterhalts den Unterhalt zu gewähren. Hierzu außer Stande ist jedoch nicht, wer über verwertbares Vermögen verfügt (BGHZ 169, 59, 67 f. = FamRZ 2006, 1511, 1513 m. w. N. und BGH, Urteil vom 21.11.2012, XII ZR 150/10, FamRZ 2013, 203 Rdnr. 33).

Einschränkungen der Obliegenheit zum Einsatz des Vermögensstamms ergeben sich daraus, dass nach dem Gesetz auch die sonstigen Verpflichtungen des Unterhaltsschuldners zu berücksichtigen sind und er seinen eigenen angemessenen Unterhalt nicht zu gefährden braucht. Eine Verwertung des Vermögensstamms kann deshalb nicht verlangt werden, wenn sie den Unterhaltsschuldner von fortlaufenden Einkünften abschneiden würde, die er zur Erfüllung weiterer Unterhaltsansprüche oder anderer berücksichtigungswürdiger Verbindlichkeiten oder zur Bestreitung seines eigenen Unterhalts benötigt (BGHZ 169, 59, 68 = FamRZ 2006, 1511, 1513 m. w. N. und BGH, Urteil vom 21.11.2012, XII ZR 150/10, FamRZ 2013, 203 Rdnr. 34).

b) Zu dem eigenen Unterhalt sind auch Leistungen für eine angemessene Altersversorgung zu rechnen, die neben der primären Altersversorgung auch solche für eine zusätzliche Altersversorgung umfasst (st. Rspr., vgl. BGHZ 169, 59, 69 f. = FamRZ 2006, 1511, 1514; BGH, Urteil vom 21.11.2012, XII ZR 150/10, FamRZ 2013, 203 Rdnr. 38 und vom 19.3.2003, XII ZR 123/00, FamRZ 2003, 1179, 1182). Ist dem Schuldner des Anspruchs auf Elternunterhalt aber gestattet, die zur eigenen Alterssicherung notwendigen Beträge zusätzlich zurückzulegen, dann müssen auch die so geschaffenen Vermögenswerte als Alterssicherung dem Zugriff des Unterhaltsgläubigers entzogen bleiben, um den Zweck der Alterssicherung erreichen zu können, soweit sie hierfür tatsächlich erforderlich sind (BGHZ 169, 59, 70 = FamRZ 2006, 1511, 1514).

c) Das Beschwerdegericht hat in Anlehnung an die Rechtsprechung des Senats (vgl. BGHZ 169, 59, 76 f. = FamRZ 2006, 1511, 1516) ein dem Antragsgegner zustehendes Altersvorsorgevermögen von 104.767,45 € errechnet. Dabei hat es einen monatlichen Bruttolohn von 2.284,83 € (gemäß Lohnabrechnung von Dezember 2008) bei einer jährlichen Kapitalverzinsung von 3 % sowie 40 Berufsjahre zugrunde gelegt. Das ist nicht in jeder Hinsicht rechtsbedenkenfrei.

aa) Das Beschwerdegericht hat sich bezüglich der Dauer der Leistungen für eine zusätzliche Altersvorsorge darauf gestützt, dass der 1956 geborene Antragsgegner seit 1971 erwerbstätig ist und seine Lehre als Elektriker ohne eine Unterbrechung der Erwerbstätigkeit in einem Abendkurs absolviert hat. Daraus ergeben sich die berücksichtigten 40 Berufsjahre allerdings erst im Jahr 2011, obwohl die Leistungsfähigkeit des Antragsgegners schon ab 2008 zu beurteilen ist. Insofern hätten sich für 2008 bis 2010 geringere Beträge errechnet.

Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde ist es jedoch nicht zu beanstanden, dass das Beschwerdegericht bereits auf den Beginn der Erwerbstätigkeit und nicht erst auf das Jahr 2001 abgestellt hat, in dem der Gesetzgeber sich entschlossen hat, die private Altersversorgung staatlich zu fördern. Entscheidend für die Zubilligung einer zusätzlichen Altersversorgung ist die Erkenntnis, dass die primäre Altersversorgung in Zukunft nicht mehr für eine angemessene Altersversicherung ausreichen wird, weil das Rentenniveau gesunken ist. Dies bezieht sich aber nicht nur auf die Zeit ab 2001, sondern auf die insgesamt erwirtschafteten Rentenanwartschaften. Deshalb ist einem Unterhaltsschuldner auch für die gesamte Zeit des Erwerbslebens die Möglichkeit zuzubilligen, eine zusätzliche Altersversorgung aufzubauen.

Andererseits hat das Beschwerdegericht im Hinblick auf gesunkene Renditen auf dem Kapitalmarkt mit einer jährlichen Kapitalverzinsung von 3 % (anstatt von 4 %) gerechnet. Das ist im Schrifttum zu Recht kritisiert worden (*Hauß*, Elternunterhalt, 4. Aufl., Rdnr. 477; *Günther*, FF 2012, 320, 321; *Engels*, FF 2013, 56, 60). Der Senat hat seiner Berechnung eine Rendite von 4 % zugrunde gelegt (BGHZ 169, 59, 76 = FamRZ 2006, 1511, 1516). In Bezug auf eine langjährige Rendite von 4 % sind Schwankungen nur eingeschränkt zu berücksichtigen; insbesondere der Renditerückgang hat sich erst in den letzten Jahren vollzogen. In Bezug auf das gesamte, seit 1971 andauernde Berufsleben des Antragsgegners ist es dann aber nicht gerechtfertigt, von einer niedrigeren Durchschnittsverzinsung auszugehen. Bei einem höheren Zinssatz hätte sich wiederum ein höheres Altersvorsorgevermögen errechnet.

bb) Im nächsten Schritt hat das Beschwerdegericht dem Betrag von 104.767,45 € das tatsächlich vorhandene Vermögen gegenübergestellt. Dieses bestand in Form von Kapitalvermögen aus einem Sparguthaben i. H. v. 6.412,39 €, den beiden verbliebenen Lebensversicherungen i. H. v. 27.123,13 € und 5.559,03 €, insgesamt also 39.094,55 €. Die dritte Lebensversicherung, die der Antragsgegner im Jahr 2009 aufgelöst hat, hat es nicht berücksichtigt, weil damit Verbindlichkeiten für die Immobilie in Italien beglichen worden sind.

(1) Insofern wendet sich die Rechtsbeschwerde gegen die Berücksichtigung einer Strafzahlung i. H. v. 3.581,90 €. Sie weist darauf hin, dass Strafen und Ordnungsgelder steuerlich nicht abzugsfähig seien, weil das dem Sinn der Strafe widerspreche. Diese Wertung müsse auch für das Unterhaltsrecht gelten. Damit hat die Rechtsbeschwerde keinen Erfolg.

Die Abzugsfähigkeit von Geldstrafen und Geldbußen lässt sich nicht grundsätzlich verneinen. Vielmehr ist hierüber aufgrund der Umstände des Einzelfalls zu entscheiden (*Niepmann/Schwamb*, Die Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts, 12. Aufl., Rdnr. 1056; generell gegen die Berücksichtigung von Geldstrafen *Staudinger/Engler*, BGB, Stand 2000, § 1603 Rdnr. 122). Im vorliegenden Fall handelt es sich nicht um eine Kriminalstrafe, sondern um eine Geldbuße, die wegen Nichteinhaltung bauordnungsrechtlicher Bestimmungen hinsichtlich des Hauses in Italien gezahlt worden ist. Das Beschwerdegericht hat das Miteigentum an diesem Haus ent-

sprechend dem vorprozessualen Vortrag des Antragsgegners mit 60.000 € in die Vermögensbilanz eingestellt. Deshalb begegnet es keinen rechtlichen Bedenken, wenn die mit dem Miteigentum in Zusammenhang stehende Zahlung einer Geldbuße vermögensmindernd in Abzug gebracht wird.

Auch soweit sich die Rechtsbeschwerde gegen die Berücksichtigung von Steuern und Abgaben wendet, vermag sie damit nicht durchzudringen. Die betreffenden Aufwendungen waren nicht wegen der behördlich nicht attestierten Bewohnbarkeit des Hauses sinnlos. Da das Miteigentum an dem Haus als Vermögenswert mit 60.000 € berücksichtigt worden ist, wäre eine entsprechend niedrigere Bewertung erforderlich gewesen, wenn hierfür noch Steuern und Abgaben zu entrichten gewesen wären. Abgesehen davon nutzt der Antragsgegner das Haus tatsächlich auch für Ferienaufenthalte. Ob die Steuern und Abgaben schon vor dem hier streitgegenständlichen Zeitraum fällig waren, ist nicht entscheidend, da der Antragsgegner die Beträge in keinem Fall aus seinem laufenden Einkommen hätte aufbringen können.

(2) Unter Berücksichtigung des dem Kapitalvermögen zugelegenen Werts des Miteigentums an dem Haus in Italien, den das Beschwerdegericht zugunsten des Antragstellers mit 60.000 € unterstellt hat, ist es zu einem Gesamtvermögen von 99.094,55 € gelangt. Hiervon hat es 10.000 € als „allgemeinen Freibetrag“ sowie Rückstellungen für weitere Verbindlichkeiten in Italien i. H. v. 5.000 € in Abzug gebracht, die der Antragsteller im Beschwerdeverfahren nicht in Frage gestellt habe. Das begegnet keinen rechtlichen Bedenken.

Der Senat hat bereits entschieden, dass der Bedürftigkeit des Unterhaltsberechtigten nicht entgegensteht, wenn er (bezogen auf den Zeitraum 1996/1997) noch über ein Vermögen i. H. v. 4.500 DM verfügt, von dessen Verwertung die Gewährung von Sozialhilfe nach § 88 Abs. 2 Nr. 8 BSHG (jetzt § 90 Abs. 2 Nr. 9 SGB XII) i. V. m. § 1 Abs. 1 Nr. 1b der hierzu ergangenen Durchführungsverordnung vom 11.2.1988 in der Fassung der Verordnung vom 23.10.1981 nicht abhängig gemacht werden durfte. Dem Unterhaltsberechtigten sei eine gewisse Vermögensreserve als sog. Notgroschen für Fälle plötzlich auftretenden (Sonder-)Bedarfs zu belassen. Was die Höhe des sog. Notgroschens anbelangt, hat der Senat die Meinung geteilt, nach der regelmäßig zumindest der Schonbetrag nach § 88 Abs. 1 Nr. 1 BSHG in Verbindung mit der Durchführungsverordnung zu belassen ist (BGH, Urteil vom 17.12.2003, XII ZR 224/00, FamRZ 2004, 370, 371).

Für den Unterhaltspflichtigen kann im Grundsatz nichts anderes gelten. Auch bei ihm kann sich aus den Wechselfällen des Lebens ein unerwarteter Bedarf ergeben, den er aus seinem laufenden Einkommen nicht zu befriedigen vermag. Hinsichtlich der Höhe eines Notgroschens ist aufseiten des Unterhaltspflichtigen aber grundsätzlich ein großzügigerer Maßstab als beim Unterhaltsberechtigten anzulegen, der fremde Hilfe zur Deckung seines Lebensbedarfs in Anspruch nimmt. Deshalb stellt der sozialhilferechtliche Schonbetrag die untere Grenze dar. Darüber hinaus wird vertreten, für Notfälle seien jedenfalls drei Netto-Monatsgehälter zu reservieren (*Hauß*, Elternunterhalt, 4. Aufl., Rdnr. 514), teilweise wird weitergehend angenommen, ein Schonbetrag von 10.000 € bis 26.000 € sei unabdingbar, auch um dem durch die Pflegeversicherung nur unzulänglich abgesicherten Risiko der Folgen der Pflegebedürftigkeit oder der Gefahr einer langjährigen Erkrankung begegnen zu können (MAH Familienrecht/*Günther*, 3. Aufl., § 11 Rdnr. 93; 10.000 € bis 25.000 €; *Scholz/Kleffmann/Motzer/Soyka*, Praxishandbuch Familienrecht, Stand: Januar 2013, Teil J Rdnr. 44; *Heiß/Born/Hußmann*, Unterhaltsrecht, 13. Kap. Rdnr. 74; 26.000 €). Die Höhe eines Betrages für

Notfälle lässt sich nach Auffassung des Senats allerdings nicht pauschal festlegen; vielmehr hängt es von den Umständen des Einzelfalls, wie den Einkommensverhältnissen und sonstigen Unterhaltsverpflichtungen, ab, in welchem Umfang hierfür Mittel zu belassen sind. Im vorliegenden Fall, in dem der alleinstehende, kinderlose Antragsgegner über ein Erwerbseinkommen unterhalb des Selbstbehalts verfügt, erscheint jedenfalls der vom Antragsteller eingeräumte Betrag von 10.000 € ausreichend.

cc) Von dem dann verbleibenden Vermögen von 84.094,55 € braucht der Antragsteller nach Auffassung des Beschwerdegerichts keinen Unterhalt zu zahlen, weil dieser Betrag unter dem ihm insofern zustehenden Betrag liege und die Eigentumswohnung für diese Beurteilung außer Betracht zu bleiben habe.

Das begegnet – ausgehend von dem zutreffend errechneten Betrag – keinen rechtlichen Bedenken. Der Senat hat bereits entschieden, dass das Miteigentum an einer kleineren Eigentumswohnung Aufwendungen für die zusätzliche Altersversorgung nicht wegen anderweit bestehender Absicherung als Maßnahme der Vermögensbildung erscheinen lässt (BGH, Urteil vom 17.10.2012, XII ZR 17/11, FamRZ 2013, 868 Rdnr. 17). Daraus folgt zwar nicht, dass selbstgenutztes Immobilieneigentum im Rahmen der Vermögensbewertung insgesamt unberücksichtigt zu bleiben hätte (ebenso *Hauß*, Elternunterhalt, 4. Aufl., Rdnr. 486; *Günther*, FF 2012, 320, 321; *Engels*, FF 2013, 56, 60 ff.). Insofern besteht aber jedenfalls dann keine Verwertungspflicht, wenn es sich um den jeweiligen Verhältnissen angemessenes Wohneigentum handelt (BGHZ 154, 247 = FamRZ 2003, 1179, 1181). Denn der Unterhaltspflichtige braucht bei der Inanspruchnahme auf Elternunterhalt keine spürbare und dauerhafte Senkung seines berufs- und einkommensstypischen Unterhaltsniveaus hinzunehmen. In die Beurteilung ist zwar einzubeziehen, dass der Unterhaltspflichtige im Alter keine Mietkosten zu bestreiten hat und seinen Lebensstandard dann mit geringeren Einkünften aus Einkommen und Vermögen sichern kann (BGHZ 169, 59, 75 = FamRZ 2006, 1511, 1515). Soweit weiteres Vermögen der zusätzlichen Altersversorgung dienen soll, tritt der Verwendungszweck aber erst mit Beginn des Rentenbezugs ein. Das Altersvorsorgevermögen soll dann zur Aufrechterhaltung des bisherigen Lebensstandards genutzt werden. Wenn und soweit es hierfür nicht benötigt wird, steht es für Unterhaltszwecke zur Verfügung (BGH, Urteil vom 21.11.2012, XII ZR 150/10, FamRZ 2013, 203 Rdnr. 38).

In welchem Umfang dies der Fall ist, lässt sich mit hinreichender Sicherheit allerdings erst beurteilen, wenn der Unterhaltspflichtige Einkünfte aus seiner Altersversorgung bezieht. Bis zu diesem Zeitpunkt sind sowohl die Entwicklung der Alterseinkünfte als auch der dem Unterhaltspflichtigen dann zuzubilligende Selbstbehalt ungewiss. Deshalb braucht er Vermögen in der Höhe, wie sie sich aus der Anlage der ihm zuzugestehenden zusätzlichen Altersversorgung ergibt, bis dahin nicht für Unterhaltszwecke einzusetzen.

Diese Ungewissheit besteht auch hier. Nach den getroffenen Feststellungen wird der Antragsgegner bei Erreichen der Regelaltersgrenze im November 2021 mit einer Rente von 1.320,90 € (ohne Rentenanpassungen) rechnen können. Dabei ist jedoch unterstellt, dass die in den letzten fünf Jahren durchschnittlich geleisteten Beiträge weiterhin entrichtet werden. Sollte diese Voraussetzung nicht eintreten, etwa weil der Antragsgegner erwerbsunfähig wird, dürfte seine Rente niedriger ausfallen. Aber selbst nach der vorgelegten Rentenauskunft wird er auf den Wohnvorteil angewiesen sein, um überhaupt den seit dem 1.1.2013 maßgeblichen Selbstbe-

halt von 1.600 € zu erreichen. Deshalb braucht der Antragsgegner ein Altersvorsorgevermögen, das der Anlage von 5 % seines Jahresbruttoeinkommens bezogen auf seine gesamte Erwerbstätigkeit bis zur Inanspruchnahme auf Elternunterhalt entspricht, nicht für Unterhaltszwecke einzusetzen.

(...)

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch Beitrag von *Krauß*, MittBayNot 2015, 203 (in diesem Heft).

9. BGB §§ 138, 181, 612, 723, 1626 Abs 1, §§ 1629a, 1821, 1822; HGB § 128 (*Genehmigungsfähigkeit einer Beteiligung eines Minderjährigen an einer BGB-Gesellschaft*)

1. Gründen Eltern gemeinsam mit ihrem Kind eine BGB-Gesellschaft zum Zweck der Vermögensverwaltung, die von den Eltern noch über die Volljährigkeit verwaltet wird, deren geschäftliches Risiko aber allein der Minderjährige trägt, und wenden sie dieser Gesellschaft einen erheblichen Vermögenswert zu, so überwiegen die Nachteile für den Minderjährigen die Vorteile der Zuwendung, wenn

- er die volle Verfügungsmacht über das Vermögen voraussichtlich erst nach Ablauf von 30 Jahren erhält,
- er sich das übertragene Vermögen auf seinen Pflichtteil anrechnen lassen muss, er bei seinem Ausscheiden aus der Gesellschaft aber nicht den vollen Verkehrswert des Gesellschaftsanteils erhält,
- er bei einer späteren Eheschließung den Vorgaben des Gesellschaftsvertrags gerecht werden muss und – der die Gesellschaft verwaltende Elternteil von der Beschränkung des § 181 BGB befreit ist und
- zur Veräußerung und Belastung von Immobilien sowie zur betragsmäßig limitierten Eingehung von Verbindlichkeiten ohne Zustimmung des minderjährigen Gesellschafters befugt ist.

2. Gründen Eltern gemeinsam mit ihrem Kind eine BGB-Gesellschaft, an deren Vermögen das Kind zu 100 % beteiligt ist, und lässt sich der verwaltende Elternteil für seine Tätigkeit eine Vergütung versprechen, so verstößt dies gegen die guten Sitten, weil die Pflicht der Eltern für das Vermögen des Kindes zu sorgen (§ 1626 Abs. 1 BGB), unentgeltlich zu erfüllen ist.

OLG Nürnberg, Beschluss vom 16.12.2014, 11 WF 1415/14

Die Beteiligten, der vom Ergänzungspfleger vertretene neunjährige V Sch sowie seine Eltern, haben mit Urkunde des Notars Dr. G vom 14.7.2014 eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts unter Einbringung von Geldvermögen gegründet. Der Vater verpflichtete sich im Zusammenhang mit der Gründung einen Betrag im Sinne von § 705 BGB in Höhe von 400.000 € zu leisten.

Gemäß Nr. III des Vertrages wird für die Einbringung keine Gegenleistung vereinbart, der Veräußerer behält sich aber das Recht vor, gegenüber der Gesellschaft die Rückübertragung der von ihm eingebrachten Geldleistung zu verlangen, unter anderem wenn

- sein Sohn heiratet und nicht spätestens sechs Monate nach der Eheschließung Gütertrennung oder Nichtberücksichtigung seiner Beteiligung an der heutigen Gesellschaft bei der Berech-

nung des Zugewinns (modifizierte Zugewinnngemeinschaft) vereinbart oder

- die Voraussetzungen für den Ausschluss seines Sohnes aus der Gesellschaft vorliegen oder einer der Gesellschafter die Gesellschaft kündigt oder
- sich sein Sohn groben Undanks schuldig macht; als grober Undank soll auch ein Verhalten gelten, das die Erhaltung und Verwaltung des gemeinsam heute übertragenen Vermögens behindert oder gefährdet.

Das Kind hat sich gemäß Nr. III. 3 der Vereinbarung den Wert der Zuwendung auf seine Pflichtteilsansprüche am Nachlass des Veräußerers, also seines Vaters, anrechnen zu lassen. Unter Buchstabe D Nr. II „Famliengerichtliche Genehmigung“ beantragen die Vertragsparteien die erforderliche Genehmigung des Familiengerichts und beauftragen und ermächtigen den amtierenden Notar unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB, diese Genehmigung – sowie nach Ablauf der zweiwöchigen Beschwerdefrist oder Rechtsmittelverzicht durch die Verfahrensbeteiligten – ein Rechtskraftzeugnis im Sinne von § 46 FamFG für sie einzuholen.

In der Anlage der Vereinbarung befindet sich der Gesellschaftsvertrag der Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Nach § 2 des Vertrages ist Zweck der Gesellschaft der Erwerb, das Halten und Verwalten eigenen Vermögens, insbesondere auch von Immobilien; die Ausreichung von Darlehen ist gestattet. Die Gesellschaft ist nicht berechtigt, in irgendeiner Weise gewerblich tätig zu werden.

Gesellschafter sind gemäß § 3 die beiden Eltern und der Sohn V. Am Vermögen der Gesellschaft, an Gewinn und Verlust sowie Auseinandersetzungsguthaben sind die beiden Eltern zu jeweils 0 % und der Sohn V zu 100 % beteiligt. Die Gesellschaftsanteile sind unveränderlich, die Gesellschafter haften für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft untereinander im Verhältnis ihrer Beteiligung.

Der Vater hat gemäß § 4 des Gesellschaftsvertrages auf seine Lebensdauer Einzelgeschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis. Er ist von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit. Andere Gesellschafter sind während dieser Zeit von der Geschäftsführung und Vertretung ausgeschlossen. Das entsprechende Recht geht mit dem Ableben des Vaters auf die Mutter über.

Die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis erstreckt sich auch auf die Veräußerung und Belastung von Grundbesitz. Zur Aufnahme von Krediten und zur Eingehung von Verbindlichkeiten, welche im Einzelfall 10.000 € übersteigen, sind nur alle Gesellschafter gemeinsam befugt. Der Geschäftsführer ist in den durch das Gebot ordnungsgemäßer Verwaltung gezogenen Grenzen befugt, entsprechende ihm nach der soeben genannten Bestimmung nicht gestattete Geschäfte im eigenen Namen, aber für Rechnung der Gesellschaft abzuschließen. Sein Freistellungsanspruch „zugunsten“ der Gesellschaft ist auf deren Vermögen beschränkt, soweit nicht die übrigen Mitgesellschafter oder einzelne von ihnen eine Haftung mit dem eigenen Vermögen übernehmen. Nach § 4 Nr. 5 des Vertrages hat der Geschäftsführer Anspruch auf eine seiner Tätigkeit angemessene Vergütung.

Die in § 5 geregelten Gesellschafterbeschlüsse bedürfen, soweit sie nicht die Grundlagen der Gesellschaft betreffen, nur der einfachen Mehrheit der abgegebenen Stimmen. Jedes Prozent der Beteiligung eines Gesellschafters gewährt eine Stimme. Der Vater verfügt auf die Dauer seiner Gesellschafterstellung unabhängig von der Beteiligung über ein Sonderstimmrecht in Höhe von 101 Stimmen. Auch dieses Recht geht mit dem Ableben des Vaters auf die Mutter über.

Die Gesellschaft wird gemäß § 7 des Vertrages auf unbestimmte Dauer eingegangen. Jeder Gesellschafter kann das Gesellschaftsverhältnis schriftlich mit einer Frist von einem Jahr zum Ende eines Geschäftsjahrs kündigen, erstmals aber zum 31.12.2043. Vorbehaltlich der Kündigung der Gesellschaft durch alle Gesellschafter hat eine Kündigung nicht die Auflösung der Gesellschaft, sondern lediglich das Ausscheiden des kündigenden Gesellschafters bzw. der kündigenden Gesellschafter zur Folge.

Ein Gesellschafter scheidet gemäß § 10 des Vertrages u. a. aus, wenn er das Gesellschaftsverhältnis kündigt. Der ausgeschiedene Gesellschafter erhält eine Abfindung gemäß § 11 des Vertrages. Die Höhe der Abfindung ist begrenzt. Grundstücke und Gebäude sind mit dem zwölffachen des durchschnittlichen Jahreswerts an Miet-/Pachtzinsforderungen (Kaltmiete ohne Nebenkosten) der dem Ausschei-

dungsstichtag vorangegangenen fünf Geschäftsjahre zu bewerten. Unbebaute Grundstücke, die nicht Gegenstand eines Miet- oder Pachtvertrages sind, sind mit 60 % des Verkehrswertes anzusetzen.

Zum Abschluss des Gesellschaftsvertrages bestellte das AG dem minderjährigen Kind einen Ergänzungspfleger, der die in der Urkunde abgegebenen Erklärungen am 20.8.2014 genehmigte.

Mit Verfügung vom 26.8.2014 äußerte das Familiengericht gegenüber dem Ergänzungspfleger Bedenken hinsichtlich der Genehmigungsfähigkeit und bat um Mitteilung, wie sich die Eltern das Verwirklichen des Gesellschaftszwecks genau vorstellen würden, wie hoch das Vermögen von V derzeit sei, nach welchen Kriterien die Vergütung des Vaters berechnet werden solle und welche Erwägungen bei der späteren Kündigungsmöglichkeit eine Rolle gespielt hätten.

Der Ergänzungspfleger nahm mit Schriftsatz vom 26.9.2014 zu den Bedenken des Familiengerichts hinsichtlich der Genehmigungsfähigkeit Stellung und erklärte unter anderem, Sinn der Gesellschaft sei es, das Vermögen langfristig in der Gesellschaft zu binden. Ein Ausschluss der Kündigung für vermögensverwaltende Gesellschaften bis zu einer Dauer von 30 Jahren sei in Literatur und Rechtsprechung anerkannt. Die Schenkung diene auch dazu, dem Sohn nachhaltig Vermögen zu verschaffen, das im Unternehmen des Vaters grundsätzlich insolvenzgefährdet sein könne.

Mit Beschluss vom 30.9.2014 versagte das AG – Familiengericht – Erlangen die Genehmigung. Da die Gesellschaft nicht gewerblich tätig sei, sei eine Genehmigung lediglich nach § 1822 Nr. 10 BGB notwendig, denn der Betroffene hafte für Verbindlichkeiten der Gesellschaft persönlich in analoger Anwendung von § 128 HGB. Für die Entscheidung sei gegenüber zu stellen, dass der Betroffene mit der ihm bei Auflösung zustehenden Einlage von heute 400.000 € einen Vermögenswert erhalte, der für eine Vielzahl von Bürgern unerreichbar sein dürfte, auf der anderen Seite aber die Gesellschaft für eine sehr lange Zeit von mindestens neun Jahren bzw. – wenn man auf die erste reguläre Kündigungsmöglichkeit abstelle – von 31 Jahren eingegangen werde. Allein die Entscheidungen des Vaters würden beeinflussen, wie sich das Vermögen in dieser Zeit entwickle. Er entscheide über die Anlagestrategie. Die Regelung in § 4 des Vertrags, dass (die Aufnahme von) Verbindlichkeiten von über 10.000 € der Zustimmung aller Gesellschafter bedürfe, ändere hieran nichts, denn es wäre trotzdem möglich in Schritten von jeweils 10.000 € das Geld anzulegen (gemeint wohl „aufzunehmen“). Es wäre auch denkbar, dass sich das Verhältnis zwischen Eltern und Kind in der Zukunft verschlechtere. Dass der Vater dann weiter auf die Verbindlichkeiten seines Sohnes so direkt und ohne jede Kontrolle oder Mitsprache eingreifen könne, wäre dann nicht zu vertreten. Da der Betroffene mit seinem vollen Privatvermögen für Verbindlichkeiten der Gesellschaft hafte, wäre es auch möglich, dass er sich darüber hinaus noch verschulde. Dies könne wegen der so lange vorgesehenen Dauer der Gesellschaft zumindest nicht ausgeschlossen werden. Die dem Vater zugesprochene Vergütung für die Geschäftsführertätigkeit sei nach Ansicht des Gerichts ein Verstoß gegen die guten Sitten, denn als Vater sei es seine Pflicht aus §§ 1626, 1629 BGB das Vermögen des Kindes zu verwalten. Für die Erfüllung der elterlichen Pflichten könne keine Vergütung vom Kind gefordert werden.

Der Notar wendet sich mit seiner am 13.10.2014 beim AG eingegangenen Beschwerde gegen diesen Beschluss. Es sei bereits nicht richtig, dass eine Genehmigung nach § 1822 Nr. 10 BGB notwendig sei, weil dieser nur die Haftung für eine fremde Verbindlichkeit betreffe. Im vorliegenden Fall sei der Minderjährige aber am Vermögen und Ergebnis der GbR allein beteiligt, so dass die gesetzliche Haftung nach § 128 HGB nur wirtschaftlich eigene Verbindlichkeiten des Minderjährigen betreffe. Die Genehmigung des Familiengerichts sei nicht wegen § 1822 Nr. 10 BGB, sondern aufgrund des in § 2 des Gesellschaftsvertrages festgelegten Zwecks, nämlich dem Erwerb, Halten und Verwalten eigenen Vermögens, insbesondere von Immobilien sowie aufgrund der Befugnis des Geschäftsführers zur Verfügung über Grundbesitz und zur Aufnahme von Darlehen bis zu 10.000 € im Einzelfall zu beantragen, § 1821 Abs. 1 Nr. 1 bis 5, § 1822 Nr. 8 BGB.

Was den Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des Minderjährigen durch die lange Bindung angehe, so sei das Ziel des Gesellschaftsvertrages gerade, den Minderjährigen anstelle von freiem, jederzeit verfügbarem Vermögen mit gebundenem, zu Lebzeiten der Eltern von diesen kontrolliertem Vermögen auszustatten. Der Minderjährige

könne seine Beteiligung nach Eintritt der Volljährigkeit innerhalb von drei Monaten nach Kenntniserlangung von seiner Gesellschafterstellung kündigen, § 723 Abs. 1 Nr. 2 BGB. Für vermögensverwaltende Gesellschaften werde eine Mindestdauer der Gesellschaft von bis zu 30 Jahren allgemein für zulässig gehalten.

Das Risiko des Verlustes des geschenkten Vermögens durch eine fehlerhafte Vermögensanlage seitens des Geschäftsführers sei eine Nebenfolge der Schmälerung der Schenkung durch die Einbindung in die Gesellschaft und daher hinzunehmen. Das Risiko einer Überschuldung des Minderjährigen sei dadurch ausgeschlossen, dass die Tätigkeit der GbR rein vermögensverwaltend und die Kreditaufnahme auf 10.000 € im Einzelfall begrenzt sei. Im Verhältnis zum Gesamtvermögen der Gesellschaft von 400.000 € erschienen derartige Kreditaufnahmen als risikolos. Abgesehen davon habe der Minderjährige nach Vollendung des 18. Lebensjahres das Kündigungsrecht nach § 723 Abs. 1 Nr. 2 BGB.

Der vorgesehene Anspruch des Geschäftsführers „auf eine angemessene Vergütung“ sei auch nicht sittenwidrig. Zum einen werde hier lediglich ein Anspruch geregelt und die Vergütung selbst noch gar nicht festgelegt. Zum anderen entspreche diese Regelung dem in Gesellschaften Üblichen, vgl. § 612 Abs. 1 BGB, § 87 Abs. 1 AktG. Auch genüge das Kriterium der Angemessenheit vollauf, da dieser unbestimmte Rechtsbegriff ggf. die Abwägung zwischen der Leistung des Geschäftsführers, seinen Aufgaben, der wirtschaftlichen Situation der GbR und dem Üblichen impliziere.

Mit Schreiben vom 18.11.2014 teilten die Eltern dem Ergänzungspfleger mit, dass eine Schenkung für sie nur in Frage komme, wenn sie die Verwaltung des Vermögens bis zu ihrem Ableben oder bis zu V...s 38. Geburtstag ausüben könnten. Dies sei aus ihrer Sicht in dessen eigenem Interesse, da sie ihn ermutigen wollten, sich zunächst eine eigene Existenz unabhängig von einem zu erwartendem Vermögen aufzubauen. Selbst ein Alter von 28 oder 30 Jahren erachteten sie als zu jung, um über ein solches Vermögen zu verfügen. Zumal es ja sein könne, dass sich das aktuelle Vermögen durch Investitionen oder weitere Einlagen vergrößere.

Aus den Gründen:

II.

1. Die Beschwerde des Kindes, vertreten durch den von seinem Ergänzungspfleger bevollmächtigten Notar, ist gemäß § 58 ff. FamFG i. V. m. § 11 Abs. 1 RPflG zulässig, bleibt in der Sache aber ohne Erfolg.

Der Wortlaut des Beschwerdeschreibens ist allerdings unklar. Wenn der Notar schreibt „lege ich hiermit Beschwerde ein“, lässt er offen, wer Beschwerdeführer sein soll. Auch wenn naheliegt, dass der Notar nicht wirklich im eigenen Namen das Rechtsmittel einlegen will, bleibt doch offen, ob alle drei Verfahrensbeteiligte oder nur der Vater, der das Vermögen aufbringen und verwalten soll, oder nur das Kind, um dessen Interessen es im Genehmigungsverfahren geht, vertreten werden sollen. Jedenfalls die Beschwerde im Namen des Kindes (str. für die Beschwerde im Namen der Eltern, vgl. OLG Celle, FamRZ 2012, 1066, wenn diese gleichzeitig Vertragspartner sind) ist zulässig, weshalb der Senat auch annimmt, dass die Beschwerde im Namen des Kindes eingelegt wurde.

Obwohl dies in der Bevollmächtigung nicht ausdrücklich geregelt ist, lässt sich aus ihrem Wortlaut schließen, dass der Notar für das gesamte Genehmigungsverfahren bevollmächtigt werden sollte, so dass die Vollmacht des Notars auch die Einlegung von Rechtsmitteln umfasst.

2. Der Senat geht davon aus, dass der vorliegende Gesellschaftsvertrag zwar nicht nach § 1821 Nr. 10 BGB (BGH, FamRZ 1989, 695 Rdnr. 7), aber doch nach § 1822 Nr. 3 BGB (i. V. m. § 1915 Abs. 1 Satz 1 BGB) genehmigungsbedürftig ist. Danach bedarf der Genehmigung der Abschluss eines Gesellschaftsvertrags im Namen des Kindes, der zum Betrieb eines „Erwerbsgeschäfts“ eingegangen wird. Dazu zählt auch der Vertrag über die Gründung einer BGB-Gesellschaft, die

ein Erwerbsgeschäft betreiben soll, etwa wenn die Gesellschaft – wie hier – für eine lange Dauer errichtet wird, um (hier evtl.) gewerblich nutzbare Immobilien von erheblichem Wert zu verwalten, zu vermieten und zu verwerten (BayObLG, FamRZ 1996, 119 Rdnr. 15). Hiervon abzugrenzen sind zwar die Fälle reiner Vermögensverwaltung, die kein Erwerbsgeschäft darstellen (vgl. etwa OLG München, FamRZ 2009, 623; OLG Bremen, FamRZ 2009, 621, 623: Schenkung eines Kommanditanteils). Indiz für das Vorliegen eines Erwerbsgeschäfts ist hier aber die lange Dauer der Gesellschaft (ca. 30 Jahre), der Umfang und Wert des (noch zu erwerbenden) verwalteten Grundvermögens, wobei die Eltern auch weitere Einlagen für möglich halten, aber auch das Ziel, künftig weiteren Grundbesitz hinzu zu erwerben, ihn zu verwalten, zu vermieten und zu verwerten (vgl. BayObLG, a. a. O.; zur Abgrenzung auch OLG Jena, FamRZ 2014, 140 Rdnr. 24 im juris-Ausdruck), wie dies im Gesellschaftszweck, aber auch in der Ermächtigung des Geschäftsführers zur Veräußerung und zur Belastung von Immobilien zum Ausdruck kommt. Für die Genehmigungsbedürftigkeit des Vertrages spricht auch, dass das Kind das alleinige Unternehmerrisiko übernimmt (zum Ganzen: MünchKommBGB/Wagenitz, 6. Aufl., § 1822 BGB Rdnr. 21; Staudinger/Veit, BGB, Bearbeitung 2014, § 1822 BGB Rdnr. 77; Erman/S. C. Saar, BGB, 14. Aufl., § 1822 BGB Rdnr. 14; BeckOK-BGB/Bettin, Stand 1.11.2014, § 1822 BGB Rdnr. 12; Schmid in Rahm/Künkel, Handbuch Familien- und Familienverfahrensrecht, I 6 E Rdnr. 352; Fritsche in NK-BGB, 3. Aufl., § 1822 BGB Rdnr. 21). Der Umfang der Tätigkeit der Gesellschaft wird in dem Vertrag nicht festgelegt. Lediglich eine gewerbliche Tätigkeit, die aber mit dem „Betrieb eines Erwerbsgeschäfts“ nicht gleichzusetzen ist, wird ausgeschlossen. Auch hier ist die Formulierung der Urkunde vom 14.7.2014 nicht ganz eindeutig. Zwar wird eine gewerbliche Tätigkeit ausgeschlossen, aber damit ist noch nicht sichergestellt, dass Gegenstand der Gesellschaft eine reine Vermögensverwaltung sein soll.

Auch die Genehmigungsbedürftigkeit aufgrund der Ermächtigung des Geschäftsführers zur Aufnahme von Darlehen nach § 1822 Nr. 8 BGB sowie aufgrund der umfassenden Befugnis zum Erwerb, zur Veräußerung und Belastung von Immobilien auch nach § 1821 Nr. 1, 2, 4 und 5 BGB liegt nahe, wenngleich bei Annahme einer rein verwaltenden, nicht auf Erwerbstätigkeit gerichteten Gesellschaft, die familiengerichtlich genehmigt wurde, Grundstücksverfügungen genehmigungsbedürftig bleiben könnten (OLG Koblenz, FamRZ 2003, 249). Gemäß der Entscheidung des 15. Zivilsenats des OLG Nürnberg (FamRZ 2013, 1055, 1056) gilt dies aber nur, wenn die Geschäfte nicht – wie hier durch die Benennung im Gesellschaftszweck – zum Zeitpunkt des (genehmigten) Beitritts des Minderjährigen bereits absehbar waren.

Die Entscheidung des Familiengerichts über die Erteilung oder Versagung der Genehmigung ist am Wohl und den Interessen des Kindes auszurichten, während die Belange Dritter ohne Bedeutung sind. Das Familiengericht hat sich auf den Standpunkt eines verständigen, die Tragweite des Geschäfts überblickenden Volljährigen zu stellen und muss deshalb auch Erwägungen zur Zweckmäßigkeit und Nützlichkeit des jeweiligen Rechtsgeschäfts anstellen. Beim Abschluss eines Gesellschaftsvertrages hat es außer der vertraglichen Stellung des Kindes in der Gesellschaft und neben vermögensrechtlichen Gesichtspunkten auch die Mitgesellschafter hinsichtlich ihrer Vermögensverhältnisse sowie ihrer charakterlichen und fachlichen Eignung zu beurteilen, weil die Verantwortung für die Vermögenslage des Kindes im Rahmen der Gesellschaft vorwiegend bei dem geschäftsführenden Gesellschafter liegt (BayObLG FamRZ 1990, 208, 209; FamRZ 96, 119 Rdnr. 20;

1997, 842 Rdnr. 22 f. im juris-Ausdruck; OLG Hamm, FamRZ 2001, 53).

Bei der demnach erforderlichen Gesamtschau der Vor- und Nachteile für das Kind muss zunächst bedacht werden, dass dem Kind ein erheblicher Vermögenswert zugewandt wird, den es nach der Erklärung der Eltern (jedenfalls derzeit) ohne die gesellschaftsvertragliche Bindung nicht erhalten wird.

Es sind aber auch die Risiken zu bewerten, wobei das Kind aber nicht von jedem wirtschaftlichen Risiko fernzuhalten ist (vgl. BayObLG, FamRZ 1996, 119 Rdnr. 21). Das Risiko für das Kind hängt, worauf bereits hingewiesen wurde, auch von der charakterlichen und fachlichen Eignung des geschäftsführenden Gesellschafters ab. Der Senat hat hierzu keine näheren Erkundigungen eingeholt. Schon die berufliche Stellung des Vaters in Verbindung mit der Höhe der Schenkung sprechen aber für die Sorgfalt des Vaters im Umgang mit dem Vermögen des Kindes.

Das Kind haftet allerdings für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft im Außenverhältnis gesamtschuldnerisch (§ 128 HGB analog) und im Innenverhältnis der Gesellschafter allein. Dabei sind der Geschäftsführung durch den Vater nur geringe Grenzen gesetzt. Er kann insbesondere mit der Mehrheit seiner Stimmen Immobilien erwerben, veräußern und belasten, auch von § 181 BGB ist er befreit. Lediglich eine gewerbliche Tätigkeit wäre vom Zweck der Gesellschaft nicht mehr gedeckt. Zudem ist er bei der Eingehung von Verbindlichkeiten auf den Höchstbetrag von 10.000 € beschränkt, wobei das AG allerdings zutreffend darauf hinweist, dass auch mehrere Verbindlichkeiten in dieser Höhe aufgenommen werden können. Dass allein durch zunächst vorhandenes Kapital eine spätere Überschuldung einer BGB-Gesellschaft angesichts der 30-jährigen Bindung nicht ausgeschlossen ist, liegt auf der Hand. Gerade der Erwerb, das Halten und Verwalten von Immobilien kann mit erheblichen öffentlichen Lasten, zudem etwa mit Instandhaltungsverpflichtungen, mit Kosten aus dem Abschluss von Mietverhältnissen oder mit Rechtsberatungskosten verbunden sein. Die vereinbarte angemessene Vergütung des Geschäftsführers führt zu einer weiteren Belastung des vorhandenen Vermögens. Wäre die Haftung auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt, wäre dies möglicherweise hinzunehmen, weil dann nur die dem Kind zugewandte Einlage aufgezehrt würde (vgl. FG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 23.5.2013, Az. 1 K 1568/07, Rdnr. 29). Eine solche Beschränkung ist aber nicht vereinbart.

Der Schutz der Haftungsbeschränkung nach § 1629a BGB ist dabei nämlich nicht lückenlos, weil zwar in § 723 Abs. 1 Satz 2 BGB auf die Kenntnis des Minderjährigen von seiner Gesellschafterstellung abgestellt wird, § 1629a Abs. 4 BGB aber davon unabhängig vorsieht, dass das Kind seine Rechte „binnen drei Monaten nach Eintritt der Volljährigkeit“ ausüben muss, um eine uneingeschränkte Haftungsbeschränkung zu erreichen (§ 1629a Abs. 4 Satz 1). Das AG weist daneben zutreffend darauf hin, bei der Genehmigung müsse bedacht werden, dass nicht jeder Volljährige an der Regelung seines Vermögens (sofort) Interesse hat. Er mag die von § 723 Abs. 1 Satz 2 BGB geforderte Kenntnis seiner Gesellschafterstellung haben, aber keine Vorstellung davon, dass mit dieser auch Risiken verbunden sind. Mit der Haftungsbeschränkung haftet zudem weiterhin das bei Volljährigkeit vorhandene sonstige Vermögen des Kindes. Zur Höhe des derzeitigen Vermögens des Kindes hatte das AG bereits mit der oben genannten Verfügung vom 26.8.2014 bei dem Ergänzungspfleger angefragt, auf diese Frage aber keine Antwort erhalten. Im Ergebnis kommt es hierauf aber auch nicht an, weil

das heute 9-jährige Kind bis zu seiner Volljährigkeit Vermögen hinzuerwerben könnte.

Der Vermögensvorteil für das Kind ist demgegenüber eingeschränkt. Es erwirbt die Verfügungsmacht über das der Gesellschaft übertragene Vermögen voraussichtlich erst nach Ablauf von 30 Jahren, aber unter voller Anrechnung auf seinen Pflichtteilsanspruch. Bei seinem Ausscheiden aus der Gesellschaft erhält es demgegenüber nicht den vollen Verkehrswert seines Gesellschaftsanteils (vgl. hierzu *Wälzholz*, FamRB 2007, 85, 87 f.). Sein Vater hat bei seinem Ausscheiden letztlich die Wahl, ob er die Schenkung widerruft (mit der Folge des dann wieder unbeschränkten Pflichtteilsanspruchs) oder seinem Kind nur den (beschränkten) Abfindungsanspruch zukommen lässt (wobei auf den Pflichtteilsanspruch aber weiterhin der volle Betrag der Schenkung anzurechnen ist). Auch dieses Wahlrecht beschwert das Kind einseitig. Die Schenkung kann zudem widerrufen werden, wenn das Kind bei einer späteren Eheschließung den Vorgaben des Gesellschaftsvertrages (Vereinbarung von Gütertrennung oder eines modifizierten Zugewinnausgleichs) nicht gerecht wird, was nicht allein von ihm abhängt.

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass die Möglichkeit des Vaters, noch über einen Zeitraum von ca. 20 Jahren nach Eintritt der Volljährigkeit Verfügungen zu treffen, für die der Sohn haftet, auch einen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Sohnes darstellt (vgl. BayObLG, FamRZ 1997, 377 Rdnr. 18), wobei dieser Gesichtspunkt aus Sicht des Senats angesichts der Regelung in § 723 Abs. 1, § 1629a BGB für sich allein aber nicht genügen würde, die Genehmigung (für die vorweggenommene Erbfolge) zu verweigern. Solche Einschränkungen hat auch ein (minderjähriger) Erbe hinzunehmen, wenn der Erblasser Testamentsvollstreckung angeordnet hat (§ 2210 BGB).

In der Gesamtschau der aufgezeigten Vor- und Nachteile für das Kind überwiegen aber die Nachteile.

Wenn das Motiv für die Vermögensübertragung darin liegt, das Vermögen dem Zugriff eventueller Gläubiger des Vaters zu entziehen (vgl. die Stellungnahme des Ergänzungspflegers), so wären im Übrigen auch Vertragsgestaltungen denkbar, in denen die Haftung für das Kind auf das ihm übertragene Vermögen beschränkt wird und eine Kündigung des Vertrags bei Eintritt der Volljährigkeit nicht mit erheblichen finanziellen Verlusten verbunden ist.

Der Senat teilt auch die Auffassung des AG, wonach die Vereinbarung einer Vergütung des Geschäftsführers für die Zeit der Minderjährigkeit des Kindes gegen die guten Sitten verstößt, wenn Gegenstand der Gesellschaft allein der Zweck der Verwaltung von Vermögen ist und das Kind zu 100 % am Vermögen, Gewinn und Verlust der Gesellschaft beteiligt ist. Wirtschaftlich handelt es sich nämlich in einem solchen Fall um die Verwaltung von Vermögen des Kindes. Für eine solche Verwaltung können sich Eltern keine Vergütung versprechen lassen, auch nicht über den Umweg der Gründung einer BGB-Gesellschaft. Der Hinweis der Beschwerde auf § 612 Abs. 1 BGB, § 87 Abs. AktG geht fehl. Nach § 612 Abs. 1 BGB gilt eine Vergütung als stillschweigend vereinbart, „wenn die Dienstleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist“. Dienstleistungen von Eltern ihren minderjährigen Kindern gegenüber sind aber Ausfluss der ihnen obliegenden elterlichen Sorge, zu der auch die Pflicht zählt, für das Vermögen des Kindes zu sorgen (§ 1626 Abs. 1 BGB). Diese Leistungen sind unentgeltlich zu erbringen. Wenn in der Beschwerde weiter ausgeführt wird, eine Vergütung werde noch gar nicht festgelegt, so ist dies nur teilweise zutreffend, weil der Anspruch dem Grunde nach bereits

durch den Gesellschaftsvertrag geregelt wird, er aber auch dem Grunde nach bereits sittenwidrig ist. Unwirksame Rechtsgeschäfte (§ 138 Abs. 1 BGB) sind nicht genehmigungsfähig (BayObLG, FamRZ 1997, 842 Rdnr. 22).

(...)

10. BGB §§ 140, 2265, 2270 (Umdeutung eines gemeinschaftlichen Testaments in ein Einzeltestament)

Auch wechselbezügliche Verfügungen eines wegen Testierunfähigkeit eines Ehegatten unwirksamen gemeinschaftlichen Testaments können in ein Einzeltestament des anderen Ehegatten umgedeutet werden.

OLG München, Beschluss vom 23.7.2014, 31 Wx 204/14

Der Erblasser ist im Februar 2012 im Alter von 86 Jahren verstorben. Die Beteiligte zu 1 (geboren 1924) ist seine Ehefrau. Der Beteiligte zu 2 (geboren 1954) ist der gemeinsame Sohn.

Es liegt ein notarielles gemeinschaftliches Testament vom 9.3.2009 vor, das auszugsweise wie folgt lautet:

„I.

Vorbemerkung

Ich (Ehefrau) bin Alleineigentümerin von verschiedenen Grundstücken während ich (Ehemann) Alleineigentümer des Hausanwesens ... bin ...

III.

Gegenseitige Alleinerbeneinsetzung

Wir setzen uns hiermit gegenseitig zu Alleinerben ein.

IV.

Vermächtnis

Der Überlebende von uns wird mit folgendem Vermächtnis beschwert:

Der Überlebende hat an den Verein ... den Betrag von 20.000 € zu zahlen mit der Auflage, folgende Patenschaften umgehend weiter fortzuführen ...

Vorstehendes Vermächtnis mit der Auflage ist fällig und fällt an sofort bei Ableben des Erstversterbenden von uns.

V.

Schlusserbeneinsetzung, Vor- und Nacherbschaft, Vorausvermächtnis

(1) Der Überlebende von uns setzt unseren Sohn ... zu seinem alleinigen Erben ein.

(2) Unser Sohn ... ist jedoch nur Vorerbe.

Nacherben sind die Abkömmlinge unseres vorgenannten Erben nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge.

Falls keine Abkömmlinge vorhanden sind, bestimmen wir den Verein ... zum alleinigen Ersatznacherben des Überlebenden von uns. ... Der Nacherbfall tritt ein beim Tode des Vorerben. Der Vorerbe ist von allen Beschränkungen befreit, von denen eine Befreiung gesetzlich zulässig ist.

Die Anordnung der Vor- und Nacherbschaft ist auflösend bedingt. Die Bedingung tritt ein, wenn der Nacherbe sein Anwartschaftsrecht auf den Vorerben überträgt. Der Vorerbe wird dann Vollerbe. Im Übrigen ist das Anwartschaftsrecht des Nacherben weder vererblich noch übertragbar.

VI.

Vermächtnisse

Unser Nacherbe wird mit folgenden Vermächtnissen beschwert: (folgen Vermächtnisse hinsichtlich der Waldgrundstücke im Alleineigentum der Ehefrau und hinsichtlich von insgesamt 90 % des Kapitalvermögens).

VIII.

Wechselbezüglichkeit

Die Verfügungen in Ziffer III. bis VII. dieser Urkunde sind wechselbezüglich.

Der Überlebende von uns ist jedoch berechtigt, die Verfügungen in Ziffer V. und VI. im heutigen gemeinschaftlichen Testament beliebig abzuändern oder aufzuheben. ...“

Der Beteiligte zu 2 hat am 21.5.2012 einen Teilerbschein aufgrund gesetzlicher Erbfolge beantragt, der ihn als Miterben zu 1/2 neben seiner Mutter ausweist. Das Testament vom 9.3.2009 sei unwirksam, weil seine Mutter zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung aufgrund fortgeschrittener Demenz testierunfähig gewesen sei. Die Nichtigkeit der Willenserklärungen der Ehefrau habe die Unwirksamkeit der Erklärungen des Erblassers einschließlich der Erbeinsetzung der Ehefrau zur Folge.

Die vom Nachlassgericht erwogene Umdeutung in ein Einzeltestament des Erblassers mit Einsetzung der Ehefrau als alleinige Vorerbin und des Sohnes als Nacherbe sowie Anordnung weiterer Nacherbfolge komme nicht in Betracht. Die testierenden Eheleute hätten die Verfügungen in den Ziffern III. bis VII. ausdrücklich als wechselbezüglich bezeichnet und damit zum Ausdruck gebracht, dass die benannten Verfügungen des einen nicht ohne die Verfügung des anderen getroffen sein sollten. Der Erblasser habe sich damit festgelegt, die eigenen letztwilligen Verfügungen nur im Zusammenhang mit den letztwilligen Verfügungen der Ehefrau errichten zu wollen. Zudem verfälsche eine Umdeutung den erklärten Willen. Eine Einsetzung der Ehefrau als befreite Vorerbin schränke ihre Verfügungsbefugnis gegenüber der Stellung als Alleinerbin erheblich ein. Die Vor- und Nacherbschaft könne nur noch das Nachlassvermögen des Erblassers betreffen, das aus dem gemeinschaftlichen Vermögen deshalb separiert werden müsse. Auch die Vermächtnisse seien hinsichtlich der jeweiligen Vermögenswerte zu trennen. Der Änderungsvorbehalt lasse sich bei Umdeutung in ein Einzeltestament nicht mehr verwirklichen. So werde der erklärte Wille des Erblassers ersetzt durch vom Testament unabhängige Überlegungen, welche alternativen Gestaltungsmöglichkeiten bestehen könnten und welche Teile seiner letztwilligen Verfügungen für ihn von vorrangiger Bedeutung sein dürften.

Das Nachlassgericht hat mit Beschluss vom 5.3.2014 den Erbscheinsantrag des Beteiligten zu 1 zurückgewiesen. Ein gesetzliches Erbrecht stehe dem Beteiligten zu 2 nicht zu, unabhängig davon, ob die Beteiligte zu 1 bei Errichtung des notariellen gemeinschaftlichen Testaments testierfähig gewesen sei oder nicht. Sei sie testierfähig gewesen, sei sie selbst Alleinerbin aufgrund Testaments. Sei sie testierunfähig gewesen, ergebe die mögliche Umdeutung des Testaments vom 9.3.2009 in ein Einzeltestament des Erblassers, dass sie Alleinerbin sei. Der Erblasser sei Initiator des gemeinschaftlichen Testaments gewesen, wie sich aus den Auskünften des Notariats ergebe. Er habe der Beteiligten zu 1 im Falle seines Vorversterbens sein gesamtes Vermögen ungeschmälert zur Verfügung stellen wollen. Es ergebe sich weder aus dem Testament noch aus sonstigen Umständen, dass er dies nicht getan hätte, wenn er gewusst hätte, dass seine Ehefrau nicht mehr wirksam testieren konnte. Es sei jedenfalls eine Alleinerbeneinsetzung der Ehefrau durch den Erblasser anzunehmen. Ob darüber hinaus eine Bedingung oder eine Vor- und Nacherbschaft anzunehmen sei, sei angesichts des Inhalts des Erbscheinsantrags unerheblich.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Beschwerde des Beteiligten zu 2, die er insbesondere darauf stützt, dass wechselbezügliche Verfügungen einer Umdeutung in ein Einzeltestament nicht zugänglich seien. Der für die Beteiligte zu 1 bestellte Ergänzungsbetreuer ist der Beschwerde entgegen getreten.

Aus den Gründen:

II.

Die zulässige Beschwerde ist nicht begründet. Das Nachlassgericht hat zu Recht den Erbscheinsantrag des Beteiligten zu 2 zurückgewiesen. Auch wenn die Beteiligte zu 1 bei Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments vom 9.3.2009 testierunfähig gewesen ist, wie vom Beteiligten zu 2 behauptet, ist jedenfalls nicht gesetzliche Erbfolge eingetreten. Vielmehr ist dann das gemeinschaftliche Testament vom 9.3.2009

in ein Einzeltestament des Erblassers umzudeuten, das jedenfalls eine Alleinerbeneinsetzung der Ehefrau enthält.

1. Eine als gemeinschaftliches Testament unwirksame letztwillige Verfügung kann im Wege der Umdeutung als einseitige letztwillige Verfügung aufrechterhalten werden.

a) Das gilt nicht nur dann, wenn es an den formellen Voraussetzungen fehlt (wie etwa bei Nichtehegatten oder wegen des fehlenden Beitritts eines Ehegatten), sondern auch, wenn wegen Testierunfähigkeit eines Ehegatten ein gemeinschaftliches Testament nicht wirksam errichtet wurde (vgl. BayObLG, FamRZ 1996, 1036, 1037; OLG München, NJW-RR 2010, 1382, 1383; *Staudinger/Kanzleiter*, Juli 2013, § 2265 Rdnr. 14; MünchKommBGB/Busche, 6. Aufl. 2012, § 140 Rdnr. 26; *Palandt/Ellenberger*, 73. Aufl. 2014, § 140 Rdnr. 10). Eine Umdeutung kann auch hinsichtlich solcher Verfügungen vorgenommen werden, die zu einer Verfügung des anderen Ehegatten wechselbezüglich im Sinne des § 2270 BGB sein können, wie die gegenseitige Erbeinsetzung der Ehegatten. Maßgeblich ist auch hier, dass der Erblasser auch in Kenntnis der unwirksamen oder fehlenden entsprechenden Verfügung des anderen Testierenden seine eigene Verfügung zu dessen Gunsten treffen wollte (BayObLG, NJW-RR 2003, 659, 660; NJW-RR 2000, 1534; OLG München, NJW-RR 2010, 1382, 1383).

b) Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers steht § 2270 Abs. 1 BGB der Umdeutung nicht entgegen. Danach hat bei wechselbezüglichen Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament die Nichtigkeit oder der Widerruf der einen Verfügung die Unwirksamkeit der anderen zur Folge. Diese Vorschrift ist jedoch nicht zwingend; es steht den Testierenden frei, die an die Nichtigkeit einer wechselbezüglichen Verfügung geknüpfte Rechtsfolge abzumildern oder auszuschließen. Ein solcher Wille kann auch durch Auslegung ermittelt werden (vgl. BGH, NJW 2011, 1353 Rdnr. 16 zum Fall des Widerrufs; *Staudinger/Kanzleiter*, § 2270 Rdnr. 6; *Reimann/Bengel/J. Mayer*, Testament und Erbvertrag, 5. Aufl. 2006, § 2265 Rdnr. 14, § 2270 Rdnr. 18; *Burandt/Rojahn/Braun*, Erbrecht, 2. Aufl. 2014, § 2270 Rdnr. 42). Ob für den Fall der ursprünglichen, von den Ehegatten nicht erkannten Unwirksamkeit einer wechselbezüglichen Verfügung die Regelung des § 2270 Abs. 1 BGB ohnehin verfehlt und durch eine regelmäßig entgegenstehende Auslegung einzuschränken ist (vgl. *Staudinger/Kanzleiter*, § 2270 Rdnr. 7; *Kanzleiter*, DNotZ 1973, 133, 148), kann hier offenbleiben. Dasselbe gilt für die Frage, ob der Wille zum gemeinschaftlichen Testieren rechtsgeschäftlichen Charakter hat (so *Palandt/Weidlich*, Einf. vor § 2265 Rdnr. 2; *Reimann/Bengel/J. Mayer*, Vor §§ 2265 ff. Rdnr. 21 f.; *Burandt/Rojahn/Braun*, § 2265 Rdnr. 10; andere Ansicht BayObLGZ 2002, 128, 135; MünchKommBGB/Musielak, 6. Aufl. 2013, Vor § 2265 Rdnr. 8) und folglich Testierfähigkeit erfordert.

2. Hier ergibt die Auslegung, dass der Erblasser seine Ehefrau durch einseitige letztwillige Verfügung zur Alleinerbin eingesetzt hätte, wenn er gewusst hätte, dass wegen ihrer Testierunfähigkeit eine gemeinschaftliche letztwillige Verfügung mit einer gegenseitigen Erbeinsetzung nicht wirksam getroffen werden konnte.

a) Die Ehegatten waren seit 1952 verheiratet. Das von ihnen gemeinsam bewohnte wertvolle Hausgrundstück stand im Alleineigentum des Ehemannes. Mit ihrem einzigen Sohn, dem Beteiligten zu 2, hatten die Ehegatten im Mai 2008 einen Überlassungsvertrag mit Pflichtteilsverzicht abgeschlossen. Diese Umstände legen nahe, dass es dem Erblasser bei Errichtung des Testaments vom 9.3.2009 vorrangig darum ging,

seine Ehefrau zu versorgen und abzusichern. Hinzu kommt, dass nach den Angaben des Urkundsnotars der Erblasser die Initiative zur Errichtung des Testaments ergriffen und die inhaltliche Ausgestaltung bestimmt hat.

b) Die Einwände des Beschwerdeführers greifen nicht durch. Es erscheint fernliegend, dass der Erblasser es bei Kenntnis von der Testierunfähigkeit seiner Ehefrau vorgezogen hätte, die gesetzliche Erbfolge eintreten zu lassen, bei der seine Ehefrau nur Miterbin zur Hälfte neben dem Beschwerdeführer wäre. Auch sind keine konkreten tatsächlichen Anhaltspunkte dafür vorhanden, dass der Erblasser es abgelehnt hätte, eine eigene letztwillige Verfügung ohne eine entsprechende Verfügung seiner Ehefrau zu treffen. Dass dem Erblasser die dementielle Erkrankung seiner Ehefrau bekannt war, lässt nicht den Schluss zu, dass er bewusst die Unwirksamkeit von deren Verfügungen – und seiner eigenen dazu wechselbezüglichen Verfügungen – in Kauf nehmen wollte.

4. Es bedarf hier keiner Entscheidung, inwieweit hinsichtlich der weiteren Verfügungen des Testaments vom 9.3.2009 eine Aufrechterhaltung im Wege eines Einzeltestaments gewollt war. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist nur der Antrag des Beteiligten zu 2 auf Erteilung eines Erbscheins aufgrund gesetzlicher Erbfolge.

(...)

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch Anmerkung von *Litzenburger*, MittBayNot 2015, 244 (in diesem Heft).

11. BGB § 2346 Abs. 2, § 2347 Abs. 2, § 2348 (*Auslegung eines Pflichtteilsverzichts*)

Der im Rahmen einer Grundstücksüberlassung erklärte Pflichtteilsverzicht weichender Geschwister ist auflösend bedingt durch die Rückübertragung des Grundstücks, wenn im Überlassungsvertrag für den Fall des Vorversterbens des empfangenden Abkömmlings ein Rückforderungsrecht vereinbart ist und dieses ausgeübt wird.

(Leitsatz der Schriftleitung)

OLG München, Urteil vom 14.5.2014, 7 U 2983/13

Die Parteien streiten über erbrechtliche Ansprüche nach dem Tod ihrer Mutter.

Am ... 2008 verstarb die verwitwete T B. Zum Zeitpunkt ihres Todes lebten noch sieben ihrer Abkömmlinge, darunter die drei Kläger und der Beklagte. Bereits am 3.1.2003 war ihr Sohn J B verstorben, ledig und ohne Abkömmlinge.

Die Erblasserin errichtete zwei privatschriftliche letztwillige Verfügungen, die am 30.12.2009 vor dem AG M eröffnet wurden.

Die letztwillige Verfügung vom 22.6.1995 mit u. a. folgendem Inhalt:

„Mein letzter Wille

Ich, Unterzeichnete, bestimme hiermit, dass nach meinem Tod mein Sparguthaben bei der R-Bank F, Konto Nr. ..., zu gleichen Teilen an meine Kinder verteilt wird, sofern dasselbe nicht vorher schon zu meiner Pflege benötigt wird ...“

Letztwillige Verfügung vom 12.6.2006:

„12.6.2003

Mein letzter Wille ist, dass nach meinem Tod mein Haus hier in B nach meinem Tod meinem Sohn F gehört ...“

Das Nachlassgericht M legte die letztwilligen Verfügungen dahingehend aus, dass die Zuwendung des Hausgrundstücks als Alleinerben-

einsetzung zugunsten des Beklagten und die jeweiligen Zuwendungen der Bankguthaben als Vermächtnisanordnungen zugunsten der dort genannten Bedachten anzusehen seien. Es erteilte dem Beklagten einen Alleinerbschein. Bei der R-Bank F betrug das Gesamtgut haben der Erblasserin insgesamt 56.427,74 €. Das Guthaben des Girokontos Nr. ... belief sich auf 1.717,89 €, das Guthaben des Festgeldkontos Nr. ... auf 54.709,85 €.

Der Beklagte leistete in der Folgezeit an seine sechs Geschwister Zahlungen i. H. v. jeweils 6.352,99 € „ohne Anerkennung einer Rechtspflicht“.

Mit notariellem Grundstücksüberlassungsvertrag vom 12.5.1995 hatte die Erblasserin das genannte Grundstück in F dem am 3.1.2003 verstorbenen Sohn J B zum Alleineigentum überlassen. Vertragsparteien waren auch die weiteren sieben Geschwister, die unter Ziffer 8. mit ihrer Mutter einen Pflichtteilsverzichtsvertrag schlossen, in welchem sie für sich und ihre Abkömmlinge auf das gesetzliche Pflichtteilsrecht am Nachlass ihrer Mutter ohne Rücksicht auf den dereinstigen Nachlasswert verzichteten. Unter Ziffer 7. des Vertrags verpflichtete sich der Erwerber J B auch für seine Erben zur Rückübertragung des Grundstücks unter anderem, wenn „der Erwerber vor dem Veräußerer versterben sollte“. Nach dessen Tod wurde im notariellen Vertrag vom 11.7.2003 zwischen der Erblasserin, die aufgrund notarieller Vollmacht von ihrer Tochter C B vertreten wurde, und den restlichen sieben Geschwistern das Grundstück „in Rückabwicklung der Vorurkunde“ auf die Erblasserin zurück übertragen. In Ziffer VII. der notariellen Urkunde heißt es:

„Nach Angabe der Beteiligten sind damit die in Abschnitt 8 der Vorurkunde vereinbarten erbrechtlichen Bestimmungen gegenstandslos. Die Beteiligten heben vorsorglich die in Abschnitt 8 der Vorurkunde getroffenen Regelungen auf.“

Hinsichtlich des vom Beklagten angegebenen Werts des Nachlasses wird auf das Nachlassverzeichnis vom 5.3.2009 verwiesen.

Die Parteien streiten zunächst über die von den Klägern mit ihrer Klage geltend gemachten Vermächtnis- und Pflichtteilsansprüche.

(...)

Die Parteien streiten zudem über Pflichtteilsansprüche. Die Kläger meinen, sie hätten zwar im Überlassungsvertrag zunächst auf ihr Pflichtteilsrecht verzichtet, dieser Pflichtteilsverzicht habe jedoch unter auflösender Bedingung, nämlich der Rückübertragungsverpflichtung, gestanden. Mit der Rückübertragung des Grundstücks auf die Erblasserin nach dem Tod des Bruders sei diese Bedingung eingetreten, mit der Folge, dass ihr Pflichtteilsverzicht entfallen sei. Die Kläger berechnen ihren Pflichtteilsanspruch aus einem Reinnachlass i. H. v. 346.426,74 € (davon Grundstückswert: 350.658 €), d. h. pro Kind i. H. v. 24.744,78 €, von dem das Geldvermächtnis i. H. v. 7.815,69 € in Abzug gebracht wird. Sie errechnen einen Pflichtteilsanspruch i. H. v. jeweils 16.929,09 €.

Die Kläger beantragen in erster Instanz:

Der Beklagte wird verurteilt, an die Kläger zu 1 bis 3 jeweils einen Betrag von 18.391,79 € zu bezahlen nebst den gesetzlichen Prozesszinsen aus dem jeweiligen Klagebetrag ab Klagezustellung.

Der Beklagte beantragte in erster Instanz,

Klageabweisung.

(...)

Er ist der Auffassung, dass der Klägerin ein Pflichtteilsanspruch nicht zustehe, insbesondere entfalle der Pflichtteilsverzicht nicht durch die Rückübertragung des Grundstücks nach dem Tod des Bruders auf die Erblasserin. Die Kläger hätten den Pflichtteilsverzicht nicht rechtzeitig und wirksam angefochten, zudem seien sie durch die Mutter hinreichend abgefunden worden. Das Grundstück habe allenfalls einen Wert von 300.000 €, von dem das Wohnrecht für die Schwester Ma B mit einem Wert von 100.086 € und das (faktische) Wohnrecht für die Schwester F B mit einem Wert von 75.096 € in Abzug zu bringen seien.

(...)

Das LG hat den Klägern einen Vermächtnis- und Pflichtteilsanspruch i. H. v. jeweils 12.435,21 € zuerkannt.

(...)

Das LG bejahte einen Pflichtteilsanspruch der Kläger, da der im Grundstücksüberlassungsvertrag vom 12.5.1995 erklärte Pflichtteilsverzicht nicht wirksam geworden sei. Die Aufhebung des Pflichtteilsverzichts durch notarielle Vereinbarung vom 11.7.2003 sei zwar formunwirksam, da für die Erblasserin eine Vertreterin gehandelt habe. Es sei jedoch im notariellen Grundstücksüberlassungsvertrag von 1995 im Hinblick auf den Pflichtteilsverzicht eine stillschweigende auflösende Bedingung vereinbart worden. Diese auflösende Bedingung der Rückübertragung des Grundstücks auf die Erblasserin sei eingetreten, mit der Folge, dass der Pflichtteilsverzicht gegenstandslos geworden sei. Das LG erachtete weder den Einwand des Beklagten, dass die Geschwister für ihren Pflichtteilsverzicht Abfindungen erhalten hätten, noch den, dass die Geltendmachung treuwidrig sei, als durchgreifend an. Das LG errechnete die Höhe der Ansprüche der Kläger auf der Basis des Reinnachlasses (Summe der Aktiva abzüglich Summe der Passiva) von 263.034,90 €. Hiervon $\frac{1}{14}$, somit 18.788,20 €. Es kommt dabei zu dem Ergebnis, dass den Klägern jeweils Vermächtnis- und Pflichtteilsansprüche i. H. v. noch 12.435,21 € zustehen. Ergänzend wird auf die Ausführungen im landgerichtlichen Urteil hierzu (Seiten 8/9) verwiesen.

(...)

Die Widerklage des Beklagten gegen den Kläger zu 2 wies das LG ab, da es die vom Widerbeklagten geltend gemachten Gegenansprüche als begründet ansah.

(...)

Hiergegen richtet sich die Berufung des Beklagten, der mit seinem Rechtsmittel sein erstinstanzliches Begehren der Klageabweisung und hinsichtlich des Klägers zu 2 der Verurteilung zur Zahlung von 10.734 € im Wege der Widerklage aufrechterhält.

Er wiederholt seine in erster Instanz gegen die Klageforderung vorgebrachten Einwände.

(...)

Ein Pflichtteilsanspruch stehe den Klägern angesichts des wirksamen Pflichtteilsverzichts ebenfalls nicht zu. Das LG habe fehlerhaft unberücksichtigt gelassen, dass keine Rückübertragung des Grundstücks von J B auf die Erblasserin erfolgt sei, diese sei vielmehr im Wege der Erbfolge Eigentümerin des Grundstücks geworden. Anhaltspunkte für eine auflösende Bedingung des Pflichtteilsverzichts ergeben sich aus den Urkunden nicht. Das LG habe zudem fehlerhaft gerechnet.

(...)

Aus den Gründen:

II.

Die zulässige Berufung des Beklagten und Widerklägers erweist sich in der Sache als nicht erfolgreich.

(...)

2. Auch hinsichtlich des von den Klägern beanspruchten und vom LG zuerkannten Pflichtteilsanspruchs erweist sich die Berufung des Beklagten als nicht erfolgreich.

a) Das LG hat bei fehlerfreier Würdigung der notariellen Urkunden und des Verhaltens der Parteien den am 12.5.1995 erklärten Pflichtteilsverzicht als nicht wirksam geworden beurteilt, weil er unter der auflösenden Bedingung vereinbart war, dass keine Rückübertragung des Grundstücks auf die Erblasserin erfolgt, und diese auflösende Bedingung eingetreten ist.

Auf die zutreffenden Ausführungen im landgerichtlichen Urteil hierzu kann verwiesen werden.

Unstreitig war die Aufhebung des Pflichtteilsverzichts in der notariellen Urkunde vom 11.7.2003 nicht wirksam. Wie Erbverzicht und Pflichtteilsverzicht kann auch die Aufhebung des Verzichts nur persönlich erklärt werden (§ 2347 Abs. 2, § 2346 Abs. 2, § 2348 BGB), woran es im vorliegenden Fall mangelt, da die Erblasserin nicht persönlich handelte, sondern eine Vertreterin.

Zu Recht und mit zutreffenden Erwägungen hat das Erstgericht erkannt, dass der Pflichtteilsverzicht, wie ihn u. a. die Kläger im notariellen Überlassungsvertrag vom 12.5.1995 erklärten, unter der auflösenden Bedingung der „Rückübertragung“ des Grundstücks an die Erblasserin stand und diese auflösende Bedingung eingetreten ist.

Grundsätzlich kann der Verzicht befristet oder bedingt gestaltet werden (vgl. MünchKommBGB, 6. Aufl., § 2346 Rdnr. 12), es bedarf hierfür auch nicht einer ausdrücklich formulierten Erklärung, vielmehr kann eine auflösende Bedingung auch als stillschweigend vereinbart werden. Es ist durch Auslegung zu klären, ob und mit welchem Inhalt eine derartige Vertragsregelung vereinbart wurde, und hierfür gelten die Bestimmungen der §§ 133, 157, 242 BGB (vgl. MünchKommBGB, 6. Aufl., § 2346 Rdnr. 4; BayObLG, NJW-RR 1995, 648 Rdnr. 12). Entgegen der Auffassung des Beklagten ist nicht erforderlich, dass die Bedingung explizit dem Vertrag zu entnehmen ist.

Dass vorliegend eine solche auflösende Bedingung vereinbart war und bestand, ergibt sich aus der Gesamtwürdigung der in den notariellen Verträgen von den Parteien, insbesondere auch vom Beklagten abgegebenen Erklärungen. Der streitgegenständliche Grundstücksübertragungsvertrag regelt im Wesentlichen die Übertragung des Grundstücks an den Sohn der Erblasserin J B sowie dessen Gegenleistung hierfür, nämlich die umfassende persönliche Versorgung und Pflege der Erblasserin bis zu ihrem Tode. Im Anschluss an die „erbrechtlichen Bestimmungen“ in Abschnitt 8 erfolgte die Bestellung eines Leibgedings für die Erblasserin. Eine Rückübertragungspflicht an die Erblasserin sieht der streitgegenständliche Vertrag u. a. bei Versterben des Erwerbers vor dem Veräußerer vor. Damit bringen die Vertragsparteien ihren Willen zum Ausdruck, dass nach dem Tod des Erwerbers die Erblasserin ihr Verfügungsrecht an dem Grundstück und ihr Eigentum am Grundstück wieder erhalten soll/kann. Dass der von den anderen Kindern der Erblasserin erklärte Pflichtteilsverzicht in engem, auch und insbesondere inneren und inhaltlichem Zusammenhang mit der Grundstücksübertragung an den Sohn J B und den diesbezüglichen Regelungen steht, ergibt sich schon aus der Verbindung in einer notariellen Urkunde. Tritt der Fall der Rückübertragungspflicht und damit der „Rückabwicklung“ der Grundstücksübertragung ein, so betrifft dies nach Auffassung des Senats wegen der engen Verknüpfung der Regelungen auch die Regelung des Pflichtteilsverzichts, für den dann ebenso wie für das Grundstück neue Regelungen zu treffen sind bzw. getroffen werden können. Mit dem Tod des Sohnes J B ist die persönliche Betreuung und Pflege der Erblasserin durch diesen, die als Gegenleistung für die Grundstücksübertragung vertraglich geregelt war, nicht mehr möglich und damit auch der wesentliche Grund für den von den Parteien erklärten Pflichtteilsverzicht entfallen. Der Senat stützt sich bei seiner Auslegung maßgeblich auch auf die Erklärungen, die die Parteien des vorliegenden Rechtsstreits in der notariellen Urkunde vom 11.7.2003 abgegeben haben. Dort haben die Kläger wie auch der Beklagte angegeben, dass „damit die in Abschnitt 8 der Vorurkunde vereinbarten erbrechtlichen Bestimmungen gegenstandslos“ geworden sind. Dies bringt die Vorstellung der Streitparteien zum Ausdruck, dass der in Abschnitt 8 der Vorurkunde vereinbarte Pflichtteilsverzicht seine Wirkung im Falle der „Rückabwicklung“ der Grundstücksübertragung verlieren sollte, und bestätigt die Annahme einer zwischen den Vertragsparteien schon damals konkludent vereinbarten auflösenden Bedingung des Pflichtteilsverzichts. Folgerichtig erfolgt dann in der Rückübertragungsurkunde vom 11.7.2003 die Aufhebung der

in Abschnitt 8 der Vorurkunde getroffenen Regelungen nur „vorsorglich“. Zu Recht hat das LG auch festgestellt, dass weder dargelegt noch ersichtlich ist, dass die Erblasserin einen hiervon abweichenden Willen hatte.

Den Einwand des Beklagten, es fehle angesichts der Tatsache, dass die Erblasserin selbst Erbin ihres verstorbenen Sohnes J B geworden ist, an einer Rücküberweisung, wie sie der notarielle Vertrag vom 12.5.1995 in Ziffer 7. regele, und deshalb sei auch die auflösende Bedingung nicht eingetreten, sieht der Senat als nicht durchgreifend an. Festzuhalten ist zunächst, dass die Erblasserin nach dem Tod des J B am ... 2003 die Rücküberweisung gegenüber dessen Erben geltend gemacht hat und die in der Urkunde vom 11.7.2003 genannten Parteien, in Ansehung des Testaments, das am 26.2.2003 durch das Nachlassgericht eröffnet worden war, die Rücküberlassung „in Rückabwicklung der Vorurkunde“ an die Erblasserin vereinbarten. Dass die Erblasserin tatsächlich Erbin ihres Sohnes geworden ist, wie der Erbschein vom 21.1.2004 ausweist, steht der Annahme, dass die vertraglich vereinbarte auflösende Bedingung eingetreten ist, nicht entgegen. Wie oben ausgeführt kommt es auch im Hinblick auf den auflösend bedingten Pflichtteilsverzicht maßgeblich darauf an, dass nach dem Tod des Bruders J B das Grundstück wieder an die Erblasserin zurückfällt. Ob dies im Wege einer rechtsgeschäftlichen Vereinbarung oder aufgrund Erbfolge geschieht, ist für den Eintritt der auflösenden Bedingung nicht entscheidend.

b) Auch die Berechnung der Höhe des Pflichtteils begegnet im Ergebnis keinen durchgreifenden Bedenken. Das LG hat auf Seite 8 eine im Grundsatz zutreffende Berechnung des Pflichtteilsanspruchs vorgenommen, in dem es zunächst feststellte, dass sich der Pflichtteil jedes Klägers aus $\frac{1}{14}$ des reinen Nachlasswerts, abzüglich des nach § 2307 BGB zu berücksichtigenden Vermächtnisanspruchs ergibt. Es ging von den Aktiva des Nachlasses i. H. v. 282.929,74 € (richtig: 282.992,74 €) aus, wobei es von den Parteien nicht beanstandet einen Gesamtbetrag der Bankguthaben i. H. v. 72.258,74 €, einen Verkehrswert des Grundstücks zum Todestag i. H. v. 200.000 € und von einer Rückzahlungsforderung gegen den Kläger zu 2 i. H. v. 10.734 € zugrunde legte.

Diesen Aktiva stellte das LG Passiva, nämlich Beerdigungskosten i. H. v. 5.266 € und eine Nachlassschuld aus dem Vermächtnis des J B i. H. v. 14.691,84 €, mithin insgesamt von 19.957,84 € gegenüber.

Es errechnete den Pflichtteil aus dem Reinnachlass von 263.034,90 € i. H. v. 18.788,20 € und bringt das Vermächtnis i. H. v. 7.815,69 € (siehe oben) in Abzug, so dass der Pflichtteilsanspruch jedes Klägers bei 10.972,51 € liegt.

Die Berechnung des LG weist nur insoweit einen Fehler auf, als es zum Nachteil der Kläger die Beerdigungskosten zweimal erfasst. Da die Kläger die Entscheidung nicht angreifen, hat dies unberücksichtigt zu bleiben.

(...)

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch Beitrag von Weidlich, MittBayNot 2015, 193 (in diesem Heft).

12. BGB §§ 2084, 2047, 2265, 2267 (*Keine Umdeutung eines unvollständigen gemeinschaftlichen Testaments in ein Einzeltestament*)

- 1. Die Umdeutung eines vom anderen Ehegatten nicht unterzeichneten gemeinschaftlichen Testaments in ein Einzeltestament erfordert die Feststellung, dass nach dem Willen des Testierenden seine Verfügung auch unabhängig vom Beitritt des anderen Ehegatten gelten sollte.**
- 2. Sieht das unvollständige gemeinschaftliche Testament eine gegenseitige Alleinerbeinsetzung und eine Schlusserbeinsetzung von Verwandten beider Ehegatten zu gleichen Teilen vor, kann gegen einen solchen Willen sprechen, dass der Testierende selbst ohne den Beitritt des anderen Ehegatten nicht dessen Alleinerbe wäre und die angestrebte gleichmäßige Aufteilung des gemeinschaftlichen Vermögens bei Umdeutung in Vor- und Nacherbfolge nicht erreicht würde.**

OLG München, Beschluss vom 23.4.2014, 31 Wx 22/14

Der Erblasser (geboren 1921) ist Anfang 2013 im Alter von 91 Jahren verstorben. Die Beteiligte zu 1 (geboren 1936) ist seine Ehefrau. Die Ehegatten haben keine Abkömmlinge. Die Beteiligte zu 2 ist die einzige Tochter eines vorverstorbenen Bruders des Erblassers. Die beiden anderen Geschwister des Erblassers sind kinderlos verstorben. Der Beteiligte zu 3 ist ein Neffe der Beteiligten zu 1. Der Nachlass besteht im Wesentlichen aus dem Hälfteanteil des Erblassers an der Eigentumswohnung, die die Ehegatten 2006 gekauft haben.

Es liegen vier inhaltsgleiche, vom Erblasser handschriftlich geschriebene und unterschriebene Testamente vor. Zwei sind datiert auf den 7.7.2011, zwei auf den 31.5.2011. Sie lauten auszugsweise:

„Gemeinschaftliches Testament

Wir, die Eheleute ... setzen uns hiermit gegenseitig als Alleinerben ein. Der Erbe des Letztverstorbenen soll (Beteiligte zu 2) sein, ...

Als zweiten gleichberechtigten Erbe setzen wir (Beteiligter zu 3) ein.“

Es liegen ferner zwei computergeschriebene Entwürfe vor, die zusätzlich zu dem Text der handschriftlichen Testamente eine Beitrittserklärung der Ehefrau mit Datum und Unterschrift sowie Wünsche für die Nachlassabwicklung nach dem Letztversterbenden enthalten, die in einem Entwurf knapper, im anderen ausführlicher gehalten sind.

Die Beteiligte zu 1 hat die Erteilung eines Erbscheins beantragt, der sie als alleinige befreite Vorerbin, die Beteiligten zu 2 und 3 als Nacherben, sowie eine weitere Nacherbfolge für den Erbteil der Beteiligten zu 2 ausweist. Sie ist der Auffassung, die privatschriftlichen Verfügungen des Erblassers seien umzudeuten in Einzeltestamente. Die Beteiligte zu 2 ist dem entgegengetreten. Das Nachlassgericht hat mit Beschluss vom 24.10.2013 den beantragten Erbschein bewilligt. Dagegen richtet sich die Beschwerde der Beteiligten zu 2.

Aus den Gründen:

II.

Die zulässige Beschwerde ist begründet. Die vorliegenden letztwilligen Verfügungen können nicht in Einzeltestamente des Erblassers umgedeutet werden. Sie sind deshalb nicht maßgeblich für die Erbfolge. Der vom Nachlassgericht bewilligte Erbschein entspricht nicht der Erbrechtslage.

1. Die letztwilligen Verfügungen vom 7.7.2011 bzw. 31.5.2011 stellen sich jeweils als unvollständiges gemeinschaftliches Testament dar: Sie sind mit „gemeinschaftliches Testament“ überschrieben, vom Erblasser eigenhändig geschrieben und unterschrieben, vom anderen Ehegatten aber nicht unterzeichnet worden. Ein solcher Entwurf eines gemeinschaftlichen Testaments kann als Einzeltestament aufrechterhalten werden, wenn der Ehegatte, der seine Erklärung in der Form des § 2247 BGB vollständig abgegeben hat,

gewollt hat, dass seine Verfügung unabhängig vom Beitritt des anderen Ehegatten gelten soll, ihre Wirkung also sofort eintreten und nicht von der entsprechenden Erklärung des anderen Ehegatten abhängig sein soll (vgl. *Staudinger/Kanzleiter*, § 2265 Rdnr. 14 m. w. N.). Maßgeblich ist, dass der Erblasser auch in Kenntnis der fehlenden entsprechenden Verfügung des anderen Ehegatten seine eigene Verfügung treffen wollte (OLG München, NJW-RR 2010, 1382, 1383). Der Erblasserwille ist auch insoweit nach den allgemeinen Grundsätzen der Testamentsauslegung zu ermitteln (vgl. BGH, NJW-RR 1987, 1410; *Palandt/Weidlich*, 73. Aufl. 2014, § 2267 Rdnr. 4 m. w. N.). Es muss außer Zweifel stehen, dass der Erblasser die Urkunde als seine rechtsverbindliche letztwillige Verfügung angesehen hat und sich dessen bewusst war, diese könne als sein Testament betrachtet werden (BayObLG, NJW-RR 1992, 332, 333). Kann festgestellt werden, dass er den Willen hatte, seine Verfügung unabhängig vom Beitritt des anderen Ehegatten als einseitige letztwillige Verfügung gelten zu lassen, kann seine Verfügung als Einzeltestament aufrechterhalten werden (BGH, NJW-RR 1987, 1410; OLG Frankfurt, FGPrax 1998, 145; OLG Frankfurt, FamRZ 2012, 330, 331; *Staudinger/Kanzleiter*, Juli 2013, § 2265 Rdnr. 14 m. w. N.).

2. Hier kann nicht mit hinreichender Sicherheit festgestellt werden, dass der Erblasser auch ohne den Beitritt seiner Ehefrau die getroffenen letztwilligen Verfügungen als sein Einzeltestament gelten lassen wollte.

1. a) Aus den (inhaltsgleichen) Testamenten selbst lassen sich hier kaum Anhaltspunkte für einen solchen Willen des Erblassers gewinnen. Der Umstand, dass er – obwohl die beiden Entwürfe vom 31.5.2011 noch nicht von seiner Ehefrau unterschrieben worden waren – am 7.7.2011 inhaltsgleich wieder ein gemeinschaftliches Testament aufgesetzt hat, spricht eher dagegen, dass er seine Verfügungen als Einzeltestament gelten lassen wollte.

Aus dem Inhalt der Testamente ergeben sich keine konkreten Hinweise darauf, dass es dem Erblasser in besonderem Maße auf eine Absicherung und Versorgung seiner Ehefrau angekommen wäre, denn über die gegenseitige Einsetzung zu Alleinerben im ersten Satz hinaus enthalten sie dazu keine Ausführungen. Hingegen nimmt die Regelung der Schlusserbfolge breiten Raum ein, insbesondere im Hinblick auf den Ausschluss des Ehemannes der Nichte und seiner Verwandtschaft von einer Teilhabe am Nachlass. Zudem hat sich der Erblasser an maschinengeschriebenen Vorlagen orientiert, die nach dem Testamentstext selbst eine Beitrittserklärung der Ehefrau sowie einmal kürzere, einmal längere Ausführungen zur Abwicklung des Nachlasses nach dem Letztversterbenden enthalten. Deshalb kann hier allein aus dem Umstand, dass der Erblasser bei Errichtung der Testamente bereits 90 Jahre alt war, seine Ehefrau hingegen erst 75, nicht geschlossen werden, dass es ihm im Wesentlichen auf die Erbeinsetzung seiner Ehefrau, nicht aber auf die Regelung der Schlusserbfolge angekommen ist. Wenn der Erblasser tatsächlich der Überzeugung gewesen wäre, er werde als erster versterben, hätte es nahe gelegen, ein Einzeltestament zu errichten. Das gilt umso mehr, als er am 7.7.2011 nochmals ein „gemeinschaftliches Testament“ verfasst hat, obwohl das am 31.5.2011 verfasste Schriftstück von der Ehefrau nicht unterschrieben worden war.

b) Es liegen auch keine konkreten Anhaltspunkte dafür vor, dass der Erblasser es hätte hinnehmen wollen, im Fall ihres Vorversterbens seine Ehefrau nicht allein zu beerben – wie im Entwurf des gemeinschaftlichen Testaments vorgesehen –, sondern nur neben deren Verwandten der zweiten Ordnung. Die in den unvollständigen gemeinschaftlichen Testamenten vorgesehenen Regelungen zielen darauf ab, dem überleben-

den Ehegatten zunächst das gesamte gemeinschaftliche Vermögen zur freien Verfügung zu belassen und es nach dessen Tod gleichmäßig auf die Familien beider Ehegatten aufzuteilen. Nach der Lebenserfahrung haben kinderlose Ehegatten in der Regel kein Interesse daran, dass nach dem Tod des Erstversterbenden der Überlebende nur Miterbe wird neben Geschwistern des verstorbenen Ehegatten oder deren Abkömmlingen. Das gilt umso mehr, wenn sie – wie hier – gemeinsam Eigentümer einer in der Ehe erworbenen Immobilie sind. Die von der Beteiligten zu 1 vorgetragenen Gesichtspunkte gelten in gleicher Weise für den Erblasser, denn er wäre – hätte er seine Ehefrau überlebt – aufgrund gesetzlicher Erbfolge nicht Alleinerbe geworden, weil auch auf der Seite der Ehefrau Geschwister und deren Abkömmlinge vorhanden sind. Die Darlegungen der Beteiligten zu 1, wonach eine Beteiligung Dritter am Nachlass im ersten Sterbefall zwangsläufig zu einer Aufgabe der Wohnung in M. habe führen müssen, legen erst recht nahe, dass auch der Erblasser für sich eine Absicherung durch eine wechselseitige Alleinerbeneinsetzung haben wollte.

c) Hinzu kommt, dass dem Erblasser ersichtlich an einer gleichmäßigen Aufteilung des gemeinsamen Vermögens nach dem Tod des überlebenden Ehegatten auf seine Verwandten einerseits und die Verwandtschaft der Ehefrau andererseits gelegen war. Die vorgesehenen Regelungen enthalten im Kern eine gegenseitige Alleinerbeneinsetzung, verbunden mit der Einsetzung von zwei Schlusserben, von denen einer aus der Familie des Ehemannes und einer aus der Familie der Ehefrau kommt. So sind als Schlusserben auf der einen Seite die Nichte, ersatzweise die Tochter einer Cousine des Erblassers und auf der anderen Seite ein Neffe der Ehefrau vorgesehen. Die umfangreichen Ausführungen des Erblassers in den Testamenten, die auf den Ausschluss des Ehemannes seiner Nichte abzielen, belegen ebenfalls, dass dem Erblasser daran gelegen war, seine eigene leibliche Verwandtschaft am gemeinsamen Vermögen der Ehegatten zu beteiligen. Bei der vom Nachlassgericht vorgenommenen Auslegung als Einzeltestament wird die angestrebte gleichmäßige Aufteilung des gemeinschaftlichen Vermögens auf Verwandte des Ehemannes und Verwandte der Ehefrau nicht erreicht, denn dann wird der Verwandte der Ehefrau als Nacherbe am Nachlass des Ehemannes beteiligt, während die Verwandte des Ehemannes am Nachlass der Ehefrau nicht partizipiert.

d) Schließlich zeigen auch die Tatsachen, dass zwei Vorlagen für ein gemeinschaftliches Testament vorhanden sind, am 31.5.2011 zwei handschriftliche Fassungen des Textes einschließlich Ort, Datum und Unterschrift des Erblassers, jedoch ohne Beitrittserklärung und Unterschrift der Ehefrau erstellt wurden und wenige Wochen später am 7.7.2011 erneut zwei handschriftliche Fassungen des Textes angefertigt wurden, dass es dem Erblasser auf die Abfassung eines gemeinschaftlichen Testamentes mit seiner Ehefrau angekommen ist.

3. Die Entscheidung des Nachlassgerichts ist deshalb aufzuheben und der Erbscheinsantrag der Beteiligten zu 1 zurückzuweisen.

(...)

Anmerkung:

– zugleich Anmerkung zu OLG München, Beschluss vom 23.7.2014, 31 Wx 204/14 MittBayNot 2015, 239 (in diesem Heft)

Die Umdeutung gemäß § 140 BGB hat Vorrang vor der Nichtigkeit einer Verfügung von Todes wegen. Dies gilt auch für

alle letztwilligen Verfügungen in gemeinschaftlichen Testamenten, und zwar völlig unabhängig vom Rechtsgrund der Ungültigkeit.¹

Auch der Senat des OLG München geht in beiden Entscheidungen davon aus, dass wechselbezüglich gewollte Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament gemäß § 140 BGB in einzeltestamentarische Verfügungen umgedeutet werden können. Er kann sich dabei auf die höchstrichterliche Rechtsprechung stützen, allerdings nicht erst auf die im Senatsbeschluss vom 23.7.2014 zitierte höchstrichterliche Entscheidung des BGH vom 12.1.2011,² sondern auf die – auch im Beschluss vom 23.4.2014 erwähnte – Entscheidung vom 16.6.1987.³ Der BGH hat in der zuletzt genannten Entscheidung die von einem unverheirateten Erblasser eigenhändig ge- und unterschriebene Erklärung eines „gemeinsamen Testamentes der Partner einer Lebensgemeinschaft“ in ein einseitiges Testament umgedeutet und dabei ein generelles Konversionsverbot, wie es noch das RG in RGZ 87, 33 angenommen hatte, abgelehnt. Im Kern komme es – so der BGH – darauf an, ob die Tatsache, dass der Erblasser eigentlich ein gemeinschaftliches Testament errichten wollte, zu dem Schluss zwingt, dass die Erbinsetzung der Lebenspartnerin nur erfolgen sollte, weil diese ihn ihrerseits als Erbin bedenken will.⁴

Folgerichtig hat der Senat des OLG München in beiden Fällen geprüft, ob sowohl die formellen als auch die subjektiven Voraussetzungen des § 140 BGB für eine Umdeutung einer Erbinsetzung in einem unwirksamen gemeinschaftlichen Testament in eine einseitige letztwillige Verfügung gegeben sind.

Eine Umdeutung kommt zunächst nur in Betracht, wenn und soweit das gemeinschaftliche Testament auch den für Einzeltestamente geltenden Vorschriften entspricht (formelle Komponente). Während sich bei der Errichtung des gemeinschaftlichen Testamentes vor einem Notar – wie im am 23.7.2014 entschiedenen Fall⁵ – insoweit in aller Regel keine Probleme ergeben, sieht die Sach- und Rechtslage bei eigenhändig verfassten gemeinschaftlichen Testamenten anders aus. Der am 23.4.2014 entschiedene Fall⁶ ist für fehlerhafte eigenhändige gemeinschaftliche Testamente in dieser Hinsicht symptomatisch. Inhaltlich als gemeinschaftliche Testamente konzipierte, aber nur von einem Erblasser eigenhändig ge- und unterschriebene Dokumente, können zwar in eine einseitige letztwillige Verfügung dieses Erblassers umgedeutet werden, nicht aber in die desjenigen, der nicht ge- bzw. unterschrieben hat. Selbstverständlich kann die Umdeutung – wie im vom OLG München am 23.7.2014 entschiedenen Fall⁷ – auch an der fehlenden Testierfähigkeit eines Erblassers scheitern, und zwar sowohl in öffentlichen als auch in privatschriftlichen Testamenten.

1 Vgl. BGH, Urteile vom 16.6.1987, IVa ZR 74/86, NJW-RR 1987, 1410 (Unverheiratete) und 12.1.2011, IV ZR 230/09, NJW 2011, 1353, 1354; BayObLG, Beschlüsse vom 24.1.2003, 1Z BR 14/02, BayObLG, NJW-RR 2003, 659 und 29.6.2000, 1Z BR 40/00, NJW-RR 2000, 1534 (fehlende Unterschrift eines Ehegatten); OLG München, Beschlüsse vom 23.7.2014, 31 Wx 204/14, BeckRS 2014, 15038 und 19.5.2010, 31 Wx 38/10, NJW-RR 2010, 1382 (Testierfähigkeit eines Ehegatten); a. A. Zimmer, ZEV 2010, 471, 472.

2 IV ZR 230/09, NJW 2011, 1353.

3 IVa ZR 74/86, NJW-RR 1987, 1410.

4 Vgl. MünchKommBGB/Musielak, 5. Aufl., § 2265 Rdnr. 9.

5 OLG München, Beschluss vom 23.7.2014, 31 Wx 204/14.

6 OLG München, Beschluss vom 23.4.2014, 31 Wx 22/14.

7 OLG München, Beschluss vom 23.7.2014, 31 Wx 204/14.

Die Umdeutung hängt weiterhin davon ab, ob nach den allgemeinen Grundsätzen der Testamentsauslegung festgestellt werden kann, dass die Aufrechterhaltung der letztwilligen Verfügungen auch dem – erklärten oder hypothetischen – Willen des Erblassers entspricht (subjektive Komponente). Während dies bei von vornherein als einseitige Verfügung konzipierten Anordnungen in der Regel problemlos bejaht werden kann, stellt sich bei wechselbezüglich gewollten Zuwendungen immer die Frage, ob sie auch verfügt worden wären, wenn der Erblasser die Ungültigkeit der korrespondierenden Verfügung des anderen Erblassers gekannt hätte. Ein Rückgriff auf § 2270 BGB ist dabei jedoch ausgeschlossen, weil diese Norm nur auf wirksame Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament angewendet werden kann. Der für die Umdeutung erforderliche (hypothetische) Wille, dass die eigene, wechselbezüglich gewollte Verfügung unabhängig von der Wirksamkeit der korrespondierenden letztwilligen Verfügung des anderen Ehe- bzw. Lebenspartners gelten soll, ist deshalb allein nach den allgemeinen Grundsätzen der Testamentsauslegung (§§ 2084, 133, 157 BGB) festzustellen. Beide Entscheidungen stehen und fallen also mit der Auslegung des jeweiligen umzudeutenden (gemeinschaftlichen) Testaments.

Die Besonderheit des am 23.7.2014 entschiedenen Falls⁸ bestand insoweit darin, dass im notariellen Testament der wechselbezügliche Charakter der gegenseitigen Alleinerbeinsetzung ausdrücklich angeordnet war. Die Bedeutung dieser Erklärung zur Wechselbezüglichkeit macht die Umdeutung zwar nicht einfacher, schließt sie jedoch keinesfalls aus. Bis zur Grundsatzentscheidung des BGH⁹ schloss die höchststrichterliche Rechtsprechung bei einem eindeutigen Wortlaut einer Verfügung jede weitere Auslegung aus.¹⁰ Der BGH hat mit seiner vorgenannten Entscheidung diese Eindeutigkeitsformel jedoch aufgegeben und dem Wortlaut die Bedeutung einer Auslegungsschranke genommen. Auch eindeutige Fachbegriffe sind deshalb auslegungsfähig, und zwar auch solche in notariell beurkundeten Verfügungen von Todes wegen.

Entgegen der zuerst vom KG¹¹ vertretenen Ansicht ist es ausgeschlossen, die Verfügung einfach ohne die erbrechtliche Bindung aufrechtzuerhalten, da das gemeinschaftliche Testament nicht nur die äußerliche Zusammenfassung („Hülle“) zweier Einzeltestamente ist.¹² Vielmehr muss die Testamentsauslegung nach den allgemeinen Regeln ergeben, dass der Erblasser die wechselbezüglich gewollte Verfügung auch dann getroffen hätte, wenn er die Unwirksamkeit der korrespondierenden Verfügung gekannt hätte.

Bei gegenseitigen Zuwendungen (Erbeinsetzungen, Vermächtnissen oder Auflagen) kann ohnehin nur die Verfügung des Erstversterbenden wirksam werden, während die des Überlebenden gegenstandslos wird. Aus der Sicht des Erblassers ist es jedoch regelmäßig ohne Bedeutung, ob die Wirkungslosigkeit Folge des Vorversterbens oder sonstiger Gründe ist. Bei diesen gegenseitigen wechselbezüglichen Verfügungen ist daher mangels anderer Anhaltspunkte grundsätzlich davon auszugehen, dass der Erblasser deren Wirksamwerden auch für den Fall will, dass die des anderen un-

wirksam sind.¹³ Allerdings können besondere Umstände des Einzelfalls ein anderes Auslegungsergebnis rechtfertigen.¹⁴

Das OLG München folgt bei seiner Entscheidung vom 23.7.2014¹⁵ dem von der herrschenden Meinung aufgestellten Grundsatz allgemeiner Lebenserfahrung, während es mit dem Beschluss vom 23.4.2014¹⁶ zum gegenteiligen Ergebnis gelangt. Allerdings entziehen sich die Gründe für die Ablehnung der Umdeutung in dem zuletzt genannten Beschluss einer Beurteilung an dieser Stelle, weil wegen des nur rudimentär mitgeteilten Inhalts der Testamente nicht überprüft werden kann, ob dem Erblasser die Schlussfolgerung (nach seiner jüngeren Ehefrau) wirklich wichtiger war als deren Absicherung und Versorgung. Unabhängig davon bestätigt der Senat des OLG München auch mit diesem Beschluss die höchststrichterliche Rechtsprechung zur Umdeutbarkeit wechselbezüglich gewollter Verfügungen in einem (gemeinschaftlichen) Testament, nimmt jedoch besondere Umstände an, die einer Umdeutung – ausnahmsweise – entgegenstehen.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass:

- auch wechselbezüglich gewollte Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament im Falle der Unwirksamkeit der korrespondierenden Verfügung(en) gemäß § 140 BGB in wirksame einzeltestamentarische Verfügungen umgedeutet werden können,
- die Umdeutung ohne Rücksicht auf den Grund der Unwirksamkeit in Frage kommt,
- die ausdrückliche Anordnung der Wechselbezüglichkeit im (notariell beurkundeten) Testament der Umdeutung nicht entgegensteht,
- der für die Umdeutung erforderliche Aufrechterhaltungswille als einseitige Verfügung (subjektive Komponente der Umdeutung gemäß § 140 BGB) im Wege der erläuterten, ersatzweise der ergänzenden Testamentsauslegung zu ermitteln ist.

Notar, Justizrat Dr. *Wolfgang Litzenburger*, Mainz

¹³ BayObLG, Entscheidung vom 27.3.2001, 1 Z BR 130/00, Rpfleger 2001, 425; *Kanzleiter*, DNotZ 1973, 133, 145 ff.; a. A. KG, Beschluss vom 5.12.1968, 1 W 4146/68, NJW 1969, 798; OLG Hamm, Beschluss vom 25.4.1996, 15 W 379/95, ZEV 1996, 304 m. Anm. *Kanzleiter*).

¹⁴ MünchKommBGB/*Musielak*, 5. Aufl., § 2265 Rdnr. 9.

¹⁵ OLG München, Beschluss vom 23.7.2014, 31 Wx 204/14.

¹⁶ OLG München, Beschluss vom 23.4.2014, 31 Wx 22/14.

⁸ OLG München, Beschluss vom 23.7.2014, 31 Wx 204/14.

⁹ BGH, Urteil vom 8.12.1982, IV a ZR 94/81, NJW, 1983, 672.

¹⁰ RGZ 70, 391; BGH, Urteil vom 26.4.1951, IV ZR 4/50, NJW 1951, 959, 960.

¹¹ KG, Beschluss vom 15.8.1972, 1 W 2500/71, NJW 1972, 2133; zustimmend OLG Frankfurt, Entscheidung vom 17.3.1975, 20 W 796/74, MDR 1976, 667.

¹² MünchKommBGB/*Musielak*, 5. Aufl., § 2265 Rdnr. 6.

¹³ §§ 225, 221 BGB (*Zustimmung des Testamentsvollstreckers zu einem durch einen Erben abgeschlossenen Darlehensvertrag*)

Ist über den Nachlass Testamentsvollstreckung angeordnet, bedarf ein Darlehensvertrag zwischen einem Erben und einer Bank zu seiner Wirksamkeit der Zustimmung des Testamentsvollstreckers (§§ 2205, 2211 BGB), wenn der Darlehensvertrag auch Verfügungen (hier: Abtretung von Rückgewähransprüchen auf vor- und gleichrangige Grundschulden) enthält.

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

KG, Urteil vom 24.2.2014, 8 U 157/12

Die Berufung der Klägerin richtet sich gegen das am 8.5.2013 verkündete Urteil der Zivilkammer 10 des LG Berlin, auf dessen Tatbestand und Entscheidungsgründe Bezug genommen wird.

Die Klägerin trägt zur Begründung der Berufung vor:

1. Das LG habe zu Unrecht einen Schadensersatzanspruch der Klägerin verneint. Entgegen der Ansicht des LG habe der Beklagte aufgrund der durchgeführten Beweisaufnahme die behauptete mündliche Zusage des Außendienstmitarbeiters der Klägerin, des Zeugen B..., wonach die Darlehensverträge storniert wurden, wenn der Testamentsvollstrecker die Zustimmung nicht erteile, nicht bewiesen. Das Erstgericht habe sich für seine Überzeugung nur auf die persönliche Anhörung des beweisbelasteten Beklagten gestützt, was den Grundsätzen des Zivilprozesses widerspreche. Das LG habe die Aussage des beweisbelasteten Beklagten wie ein Beweismittel behandelt ohne einen formellen Beweisbeschluss angeordnet zu haben. Dies sei grob verfahrensfehlerhaft. Die Voraussetzungen einer Parteivernehmung gemäß § 448 ZPO seien nicht gegeben, weil dem Beklagten ein Zeuge zur Verfügung gestanden habe und die Anordnung einer Parteivernehmung gemäß § 448 ZPO zumindest eine gewisse Wahrscheinlichkeit für den Vortrag der beweisbelasteten Partei erfordere, wofür vorliegend nichts ersichtlich sei. Im Rahmen der freien Beweiswürdigung könne das Gericht zwar den Behauptungen und Angaben einer Partei unter Umständen auch dann glauben, wenn diese ihre Richtigkeit sonst nicht beweisen könne. Genau dies sei aber vorliegend nicht der Fall, weil dem Beklagten ein Zeuge zur Verfügung gestanden habe. Dass der Beklagte den Beweis durch den von ihm benannten Zeugen nicht habe führen können, sei das typische Risiko des Parteiprozesses. Die Anhörung einer Partei sei kein Mittel, um eine negativ verlaufene Beweisaufnahme in das Gegenteil zu verkehren und den Parteivortrag anstelle der Beweiserbringung zu setzen.

Auch das vorprozessuale Verhalten des Beklagten spreche gegen die behauptete Zusage. So habe der Beklagte mit Schreiben vom 14.3.2010 auf eine solche Zusage nicht hingewiesen, dies wäre aber naheliegender gewesen. Auch nach Erhalt der Schreiben der Klägerin vom 5.3.2010 habe sich der Beklagte auf die angebliche Zusage nicht berufen, sondern durch seine damaligen Vertreter mitteilen lassen, dass von einer Nichtabnahme der Valuta nicht die Rede sei, sondern die Finanzierung über Annuitätendarlehen durchgeführt werden solle. Erstmals im Prozess habe der Beklagte eine solche Zusage behauptet. Ungeachtet dessen habe das Erstgericht auch das rechtliche Gehör der Klägerin verletzt, weil es die gegenbeweislich angebotene Zeugin W... nicht vernommen habe.

2. Die Klägerin macht weiter geltend, dass die Darlehensverträge trotz der Verfügungsbeschränkung des Erben gemäß § 2211 BGB wirksam zustande gekommen seien. Die streitgegenständlichen Vordarlehensverträge enthielten als schuldrechtliche Verpflichtungen des Beklagten als Darlehensnehmer auch Abreden im Hinblick auf die Bestellung von Sicherheiten, vorliegend durch Abtretung von Grundschulden an die Klägerin, die als Fremgrundschulden zugunsten anderer Kreditinstitute eingetragen worden seien (ebenfalls zur Absicherung von Krediten). Im Hinblick auf die in den Darlehensverträgen vorgesehene Abtretung der in Ziffer 5 der „weiteren Bauspardarlehensbestimmungen“ genannten Forderungen sei zu berücksichtigen, dass die Abtretung der dort genannten Ansprüche nur erfolgen soll „soweit dem Grundpfandrecht der Bausparkasse Grundschulden gegenwärtig und künftig im Range vorgehen oder gleichstehen (vgl. Seite 8 des Darlehensvertrages über 218.000 €, und Seite 11 des Darlehensvertrages über 703.000 €). Schuldrechtliche Rückgewähransprüche gegenüber vorrangigen oder gleichrangigen anderen Grundschuldgläubigern hätten nur im Hinblick auf das Darlehen über 218.000 € bestanden, da insoweit nur das Recht III/3 über 165.000 € der E... AG vorrangig hätte bestehen bleiben sollen. Nach der Sicherungsvereinbarung bezüglich des Darlehens über 703.000 € sei ohnehin die erstrangige Absicherung der Klägerin durch die Abtretung der Rechte III/1.2 und 3. von der E... AG an die Klägerin vorgesehen gewesen. Eine mögliche unwirksame Verfügung durch die formularmäßig vorgesehene Abtretung des Rückgewähranspruchs könne nur bei dem Darlehensvertrag über 218.000 € vorliegen.

Ungeachtet dessen könne von einer Unwirksamkeit gemäß § 139 BGB nicht ausgegangen werden. Bei objektiver Bewertung sei davon auszugehen, dass die Darlehensverträge auch ohne den nichtigen (schwebend) unwirksamen Teil vernünftiger Weise geschlossen worden wären. Dies folge daraus, dass die Abtretung der Rückgewähransprüche sowie der weiteren in Ziffer 5 der „weiteren Darlehensbedingungen“ genannten Eigentümerrechte lediglich der Verstärkung der dinglichen Sicherheiten hätten dienen sollen. Die Klägerin als

Kreditgeberin hätte jedenfalls ihre Ansprüche auf Vertragserfüllung und Schadensersatz nicht wegen der möglichen Unwirksamkeit der formularmäßig vorgesehenen Abtretung von Rückgewähransprüchen nicht entfallen lassen. Der Beklagte könne sich zudem aus dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben auf eine etwaige Unwirksamkeit nicht berufen.

Der Beklagte sei auch nicht als vollmachtloser Vertreter aufgetreten. Es sei bislang unstreitig gewesen, dass der Beklagte im eigenen Namen gehandelt habe. Die Klägerin habe im Rahmen der Darlehensanfrage auch die Bonität des Klägers geprüft sowie die Grundbuchauszüge vorlegen lassen. Die Zustimmung des Testamentsvollstreckers habe vorliegend nur die verwaltungsunterworfenen Nachlassgegenstände im Hinblick darauf betroffen, dass bestehende Fremgrundschulden im Zuge der Ablösung von Kreditverbindlichkeiten an die Klägerin abgetreten werden sollten. Der Abschluss der Darlehensverträge hätte nicht der Zustimmung des Testamentsvollstreckers bedurft. Voraussetzung für die Gewährung von Bauspardarlehen sei im Übrigen auch der Abschluss von Bausparverträgen durch den Beklagten persönlich gewesen.

Die Klägerin beantragt,

unter Abänderung des am 8.5.2012 verkündeten Urteils des LG Berlin – Az: 10 O 452/1 – wird der Beklagte verurteilt, an die Klägerin 70.975,90 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 19.5.2010 zu zahlen.

Der Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Der Beklagte trägt vor:

Das LG habe im Rahmen freier Beweiswürdigung nach § 286 ZPO den gesamten Prozessstoff zutreffend gewürdigt und sei daher zu der Überzeugung gekommen, dass der Zeuge B... die behauptete Zusage gegenüber dem Beklagten gemacht habe. Die Zeugin W... habe das LG zu Recht nicht vernommen, weil diese bei dem streitgegenständlichen Gespräch am 31.8.2009 nicht zugegen gewesen sei. Eine Parteivernehmung nach § 448 ZPO hatte das Gericht nicht anordnen müssen.

Im Übrigen halte der Beklagte weiter an seiner Auffassung fest, dass der Vertrag nur unter der aufschiebenden Bedingung der Zustimmung des Testamentsvollstreckers geschlossen worden sei. Es sei irreführend, wenn in den Verträgen die Zustimmung des Testamentsvollstreckers als reine Auszahlungsvoraussetzung genannt wurde, wenn zugleich echte Bedingungen erwähnt wurden. Denn die Schriftform gemäß § 492 Abs. 1 BGB sei eine echte Bedingung für das Zustandekommen des Vertrages.

Der Beklagte ist der Ansicht der Klägerin, dass die Verträge auch ohne Zustimmung des Testamentsvollstreckers trotz der Abtretung von Rückgewähransprüchen wirksam seien, im Einzelnen entgegengetreten. Er meint, dass er wegen der notwendigen Bestellung von Sicherheiten wie Grundschulden, die nur mit Zustimmung des Testamentsvollstreckers wirksam hätte erfolgen können, als vollmachtloser Vertreter aufgetreten. Der Beklagte habe seine Willenserklärungen jedenfalls mit dem Zustimmungsvorbehalt durch den Testamentsvollstrecker verbunden. Jedenfalls sei auch die Geschäftsgrundlage für die Ablösungsvereinbarungen weggefallen.

Aus den Gründen:

II.

Die zulässige Berufung der Klägerin ist unbegründet.

Die Klägerin hat gegen den Beklagten keinen Anspruch auf Zahlung einer Nichtabnahmeentschädigung wegen der Nichtabnahme der beiden Vordarlehens aus § 280 Abs. 3, § 281 BGB.

Zwar ist mit dem LG davon auszugehen, dass die auf den Vertragsschluss gerichteten Annahmeerklärungen des Beklagten gemäß § 149 BGB als rechtzeitig anzusehen sind (1.), auch sind die Verträge nicht unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossen (2.). Die Darlehensverträge sind aber wegen fehlender Zustimmung durch den Testamentsvollstrecker unwirksam, §§ 2205, 2211 Abs. 1 BGB (3.).

1.a) Die Klägerin unterbreitete dem Beklagten mit Schreiben vom 7.8.2009 Angebote zum Abschluss eines Bauspardarlehensvertrages über 218.000 € sowie eines vorgeschalteten Vorausdarlehens i. H. v. 218.000 €. Ferner unterbreitete die Klägerin dem Beklagten mit Schreiben vom 7.8.2009 zwei weitere Angebote zum Abschluss von Bauspardarlehensverträgen über 437.000 € und 266.000 € sowie eines vorgeschalteten Vorausdarlehens i. H. v. 703.000 €. Auf Seite 13 bzw. Seite 16 der Angebote ist geregelt, dass die Bausparkasse an das Vorausdarlehen nur gebunden ist, wenn ein von allen Darlehensnehmern/Mitschuldnern unterzeichnetes Exemplar des Darlehensvertrages innerhalb von vier Wochen ab Datum dieser Zusage bei der Hauptverwaltung der Bausparkasse vorliegt. Hiermit hat die Klägerin eine Annahmefrist im Sinne von § 148 BGB bestimmt. Da die Angebote der Klägerin auf den 7.8.2009 datiert waren (vgl. *Palandt/Ellenberger*, 73. Aufl., § 148 BGB, Rdnr. 3), endete die Annahmefrist gemäß § 188 Abs. 2 BGB mit Ablauf des 4.9.2009. Der Beklagte hat die Angebote unstreitig am 31.8.2009 unterzeichnet. Nach dem auf den Darlehensverträgen befindlichen Poststempel sind die vom Beklagten unterzeichneten Exemplare erst am 10.9.2009 bei der Klägerin eingegangen. Zu dieser Zeit war die vierwöchige Annahmefrist unstreitig abgelaufen. Soweit die Klägerin geltend macht, dass die Exemplare bereits in den ersten Septembertagen auf dem Postweg bei ihr eingegangen seien und an die zuständige Stelle weitergeleitet worden seien und hier dann der Stempel aufgebracht worden sei, ist ihr Vortrag unsubstantiiert. Sie hat für den Zugang Beweis auch nicht angetreten.

b) Die Klägerin kann sich aber – wie das LG zu Recht angenommen hat – auf die Vorschrift des § 149 Satz 1 BGB mit Erfolg berufen. Als Grundsatz bestimmt § 150 Abs. 1 BGB, dass die verspätete Annahme als neuer Antrag gilt. Insofern regelt § 149 BGB eine Ausnahme. Sofern jedoch die Verspätung einer verkörperten Annahmeerklärung ihren Grund nicht in einer verspäteten Abgabe, sondern in einer unregelmäßigen Beförderung in der Erklärung hat, gilt die Annahmeerklärung bei Erkennbarkeit dieser Verzögerung für den Antragenden als rechtzeitig zugegangen, sofern nicht unverzüglich eine Verspätungsanzeige abgesendet wird. Der Gesetzeszweck liegt im Schutz des Antragsempfängers (vgl. *Staudinger/Bork*, BGB, 2010, § 149 BGB, Rdnr. 2), also hier des Beklagten. Der Antragsempfänger darf bei rechtzeitiger Absendung einer verkörperten Annahmeerklärung darauf vertrauen, sie werde beim Antragenden bei normaler Beförderungsdauer rechtzeitig eingehen. Erste Voraussetzung des § 149 BGB ist die rechtzeitige Absendung der Annahmeerklärung. Die Annahmeerklärung muss also so „in Marsch gesetzt“ worden sein, dass sie bei regelmäßiger Beförderung rechtzeitig eingetroffen wäre. Sofern der Antragende eine bestimmte Beförderungsweise für die Annahmeerklärung vorgeschrieben hat, muss diese gewahrt sein (*Staudinger/Bork*, a. a. O., § 149 BGB, Rdnr. 3). Weiter setzt § 149 BGB voraus, dass als Verspätungsursache nur ein ungewöhnlicher Fehler beim zulässigerweise gewählten Beförderungsmittel eingetreten sein muss. Rechtzeitig abgesendet ist die Annahmeerklärung demnach nur dann, wenn ihr rechtzeitiges Zugehen lediglich noch dadurch vereitelt werden kann, dass das gewählte verkehrsübliche Beförderungsmittel – etwa die Post – versagt, sei es, weil es vollständig ausfällt, sei es, weil die Erklärung nicht mit der ansonsten üblichen Geschwindigkeit befördert wird (*MünchKommBGB/Busche*, 6. Aufl., § 149 BGB, Rdnr. 4).

Unstreitig hat der Beklagte die Verträge am 31.8.2009 (wohl) in den Geschäftsräumen der V... in Gegenwart des Zeugen B... unterzeichnet. Die Klägerin hat zwar zunächst behauptet, dass der Beklagte den Vertrag selbst an die Hauptverwaltung ver-

sandt habe. Es könne davon ausgegangen werden, dass die Erklärung üblicherweise auf dem Postweg bis zum 4.9.2009 hätte eingehen müssen. Der Beklagte hat dies bestritten, ohne jedoch selbst darzulegen, wie und wann die Beförderung erfolgt sein soll. Allerdings hat der Zeuge B... ausgesagt, dass er davon ausgehe, dass die unterschriebenen Exemplare von der V... an die Bausparkasse übersandt worden sind. Diesen Vortrag hat sich zumindest der Beklagte zu eigen gemacht und wird auch von der Klägerin zugrunde gelegt; ist jedenfalls vom LG in den Entscheidungsgründen als gegeben unterstellt worden (vgl. Seite 7 des Urteils).

Da sich die Klägerin bei Abschluss der Verträge des Zeugen B... bzw. der V... bedient hat, die ihre Räume sowohl für die Vertragsverhandlungen und die Vertragsunterzeichnung zur Verfügung gestellt hat, kann davon ausgegangen werden, dass die Klägerin den Beförderungsweg – über B... und Übersendung durch die V... – vorgegeben hat, den der Beklagte auch eingehalten hat. Danach ist von der rechtzeitigen Absendung im Sinne von § 149 BGB auszugehen. Der Beklagte konnte damit rechnen, dass die von ihm am 31.8.2009 unterzeichneten Verträge innerhalb der nächsten Tage bis zum 4.9.2009 bei der Hauptverwaltung der Klägerin eingehen würden. Dies war für die Klägerin auch zu erkennen; eine Verspätungsanzeige der Klägerin (des Antragenden) hat es unstreitig nicht gegeben.

2. Die Verträge sind – entgegen der Ansicht des Beklagten – nicht unter der aufschiebenden Bedingung der Zustimmung des Testamentsvollstreckers geschlossen worden. Nach den schriftlichen Darlehensverträgen vom 7.8.2009 gewährt die Klägerin den Beklagten im Einzelnen sich aus den Verträgen ergebende Darlehen. Nach dem Wortlaut der Verträge enthalten diese keine Bedingung mit dem Inhalt, dass die Verträge erst mit Zustimmung des Testamentsvollstreckers wirksam werden sollen. Auf Seite 3 der Verträge ist unter der Überschrift „Auszahlungsvoraussetzungen“ geregelt, dass Auszahlungen nach Zuteilung des jeweiligen Bausparvertrages erfolgen können und zusätzlich bestimmte Unterlagen bzw. Bedingungen erfüllt sein müssen. Hierunter findet sich als eine Bedingung die „schriftliche Zustimmung des Testamentsvollstreckers zur Umschuldung und Vorlage des Originals des Testamentsvollstreckerzeugnisses“. Hieraus ergibt sich, dass die Zustimmung des Testamentsvollstreckers nur Auszahlungsvoraussetzung sein sollte, nicht hingegen, dass der Vertragsschluss als solcher unter dieser Bedingung stehen sollte.

Zwar ist dem Beklagten zuzugeben, dass unter den Auszahlungsvoraussetzungen auch Bedingungen für das Zustandekommen des Darlehensvertrages enthalten sind. Denn hier ist auch aufgeführt, dass ein vollständiges Exemplar des Darlehensvertrages, unterzeichnet von allen Darlehensnehmern vorliegen muss, was der Regelung auf Seite 13 und Seite 16 der Darlehensverträge hinsichtlich der Annahmefrist entspricht. Dies ändert aber nichts an der vorstehenden Auslegung des schriftlichen Darlehensvertrages, wonach die Zustimmung des Testamentsvollstreckers nur als Auszahlungsvoraussetzung vereinbart ist.

3. Der Vertrag ist aber wegen fehlender Zustimmung des Testamentsvollstreckers unwirksam (§§ 2205, 2211 BGB).

a) Gemäß § 2205 BGB hat der Testamentsvollstrecker den Nachlass zu verwalten. Er ist insbesondere berechtigt, den Nachlass in Besitz zu nehmen und über die Nachlassgegenstände zu verfügen. Gemäß § 2211 Abs. 1 BGB kann der Erbe über einen der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Nachlassgegenstand nicht verfügen. Verfügungen

des Erben außerhalb seiner Verfügungsmacht sind (schwebend) unwirksam, und zwar nicht nur relativ gegenüber dem Testamentsvollstrecker, sondern absolut gegenüber jedermann (MünchKommBGB/Zimmermann, 2012, § 2211 BGB, Rdnr. 7; Bamberger/Roth/Mayer, BGB, 3. Aufl., § 2211 Rdnr. 2; Staudinger/Reimann, 2012, § 2211 BGB, Rdnr. 2). Die hier streitgegenständlichen Bauspardarlehensverträge sind zwar Verpflichtungsgeschäfte, die der Erbe auch ohne Zustimmung des Testamentsvollstreckers eingehen kann. Der Beklagte hat in den Darlehensverträgen aber auch die Abtretung von Rückgewähransprüchen auf vor- und gleichrangige Grundschulden erklärt, worin eine Verfügung im Sinne von § 2205 BGB zu sehen ist und die daher (ohne Zustimmung des Testamentsvollstreckers) durch den Erben – hier den Beklagten – nicht wirksam erklärt werden konnte. Im Einzelnen:

Die Darlehensverträge enthalten unter der Überschrift „Sicherheiten“ (vgl. Seite 3 des Darlehensvertrages vom 7.8.2009/31.8.2009 über 218.000 €, und Seite 4 des weiteren Darlehensvertrages vom 7.8.2009/31.8.2009 über insgesamt 703.000 €) folgende Regelung:

„Der Eigentümer tritt hiermit die in Ziffer 5 der anliegenden „weiteren Bauspardarlehensbestimmungen“ genannten Forderungen (Rückgewähransprüche auf vor- und gleichrangige Grundschulden) an die Bausparkasse ab.“

Ziffer 5 der „weiteren Bauspardarlehensbestimmungen“ (Seite 8 des Darlehensvertrages vom 7.8.2009/31.8.2009 über 218.000 € und Seite 11 des weiteren Darlehensvertrages vom 7.8.2009/31.8.2009 über insgesamt 703.000 €) enthält folgende weitere Regelung in Bezug auf zu stellende Sicherheiten:

„5. Soweit dem Grundpfandrecht der Bausparkasse Grundschulden gegenwärtig und künftig im Range vorgehen oder gleichstehen, tritt der Eigentümer des Pfandobjekts für die Dauer des Bestehens von Darlehensverbindlichkeiten auflösend bedingt alle Ansprüche, die ihm aus dem Bestehen dieser Grundschulden gegenüber den Grundschuldgläubigern jetzt oder künftig zustehen, sicherungshalber an die Bausparkasse ab, insbesondere die Ansprüche auf:

a) Rückübertragung, Löschung oder Verzicht dieser Grundschulden samt Nebenleistungen, und zwar im ganzen oder teilweise;

b)“

Diese (sicherungshalber) erklärte Abtretung von Ansprüchen aus bestehenden Grundschulden wie Rückübertragung, Löschung oder Verzicht von Grundschulden, die dem Grundpfandrecht der Klägerin, gegenwärtig und künftig im Range vorgehen oder gleichstehen, beinhaltet eine dingliche Verfügung im Sinne von § 2211 Abs. 1 BGB. Zu den Verfügungen gehören die Veräußerung oder Belastung von Sachen oder Rechten sowie die Abtretung (vgl. Staudinger/Reimann, 2012, § 2205 BGB, Rdnr. 32). Dem Erben steht auch das Recht nicht zu, die Berichtigung des Grundbuchs zu beantragen, wenn der Nachlassgegenstand der Verwaltung eines Testamentsvollstreckers unterliegt (vgl. OLG München, JFG 20, 373; vgl. Kammergericht, DNotZ 1938, 169; KG JW 1938, 2830).

Soweit die Beklagte darauf hinweist, dass in Ziffer 5 der „Weiteren Bauspardarlehensbestimmungen“ geregelt ist, dass die Abtretung der Rückgewähransprüche (nur) für „die Dauer des Bestehens von Darlehensverbindlichkeiten auflösend bedingt“ erfolgt, ist dies unerheblich. Denn bereits die Darlehensverträge selbst enthalten in den vorgenannten Passagen

auf Seite 3 bzw. 4 eine Abtretung der Rückgewähransprüche auf vor- und gleichrangige Grundschulden.

Nach dem Darlehensvertrag über 218.000 € (dort auf Seite 3) sind unter der Überschrift „Sicherheiten“ die einzelnen Sicherheiten aufgeführt, wobei hier (soweit ersichtlich und von der Klägerin auch vorgetragen) vorrangig die zugunsten der E... AG eingetragene Grundschuld i. H. v. 165.000 € (Abteilung III/3) genannt ist und auch als vorrangige Grundschuld bestehen bleiben sollte. Bezüglich dieser vorrangig eingetragenen Grundschuld hätte die vorgenannte Regelung in Ziffer 5 zur Anwendung kommen sollen (nämlich Abtretung von Rückgewähransprüchen).

Soweit die Klägerin mit Schriftsatz vom 20.12.2013 geltend macht, dass die formularmäßig vorgesehene Abtretung der dort genannten Ansprüche in Bezug auf das Darlehen über insgesamt 703.000 € keine Bedeutung habe, weil insoweit mit der Klägerin ohnehin eine erstrangige Absicherung vereinbart worden sei, ist dies unerheblich. Es mag zwar sein, dass die Abtretung der Ansprüche auf Rückgewähr vor- und gleichrangiger Grundschulden nur einen begrenzten Wert hat (vgl. hierzu Schimansky/Bunde/Lwowski/Epp, Bankrechts-handbuch, Bd. II, 4. Aufl., § 94 Rdnr. 341 ff.). Sie ist aber nicht völlig ohne Wert. Denn solange die bereits eingetragenen Grundschulden zugunsten der E... AG noch nicht sämtlich an die Klägerin abgetreten waren und grundbuchrechtlich vollzogen waren, hätte jedenfalls die (sicherungshalber) erklärte Abtretung der Rückgewähransprüche aus diesen Grundschulden zum Zuge kommen sollen. Daher war die Abtretung nicht von vornherein bedeutungslos, sondern diente jedenfalls bis zum vollständigen grundbuchrechtlichen Vollzug der vorzunehmenden Abtretung dieser Grundschulden als Sicherheit.

Die (schwebende) Unwirksamkeit dieser Verfügung erfasst gemäß § 139 BGB auch die Darlehensverträge insgesamt.

Gemäß § 139 BGB ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn ein Teil des Rechtsgeschäfts nichtig ist, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde. Das Rechtsgeschäft ist in der Regel im Ganzen nichtig. Ausnahmsweise bleibt das Rechtsgeschäft wirksam, wenn anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen worden wäre. Es ist auf den mutmaßlichen Parteiwillen abzustellen. Maßgebend ist, welche Entscheidungen die Parteien bei Kenntnis der Teilnichtigkeit nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der Verkehrssitte getroffen hatten (BGH, NJW 1996, 2088; OLG Hamm, DNotZ 1996, 673; Palandt/Ellenberger, a. a. O., § 139 BGB, Rdnr. 14). Maßgebend ist, ob die Parteien entgegen der Vermutung des § 139 BGB an dem Vertragsschluss auch dann festgehalten hätten, wenn ihnen die teilweise Nichtigkeit bekannt gewesen wäre (BGH, Urteil vom 22.5.1996, VIII ZR 194/95, NJW 1996, 2088, Tz. 21). Die Abtretung der Rückgewähransprüche gegen den vorrangigen Grundschuldgläubiger war für die Klägerin eine weitere Sicherheit. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Klägerin ihre Absicherung mittels Rückgewähransprüche gegen den vorrangigen Grundschuldgläubiger – wie in den Bauspardarlehensverträgen enthalten und in Ziffer 5 der „Weiteren Bauspardarlehensbestimmungen gemäß § 7 Abs. 8 Allgemeine Bedingungen für Bausparverträge“ – vorgesehen, hintangestellt hatte. Denn dies dürfte die Kompetenz des die Darlehensverträge abschließenden Mitarbeiters überstiegen haben, der die Verträge im Auftrage der Klägerin verhandelt und unterzeichnet hat. Änderungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Bausparverträge, welche die Sicherung der Forderungen aus Bauspardarlehen betreffen, bedürfen übrigens

gemäß § 9 Abs. 3 Satz 1 i. V. m. § 5 Abs. 3 Nr. 5 BauSparkG sogar der Genehmigung der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (s. § 3 BausparG). Im Übrigen hätte der Beklagte, wenn er auf die Unwirksamkeit der Abtretung, d. h. der dinglichen Sicherung des Darlehens, ohne Zustimmung des Testamentsvollstreckers hingewiesen worden wäre, die Wirksamkeit der Darlehensverträge vermutlich gleichfalls von der Zustimmung des Testamentsvollstreckers abhängig gemacht.

Soweit die Klägerin geltend macht, dass der Beklagte sich aus dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben nicht auf die Geltendmachung der Gesamtnichtigkeit berufen könne, weil die unwirksame Bestimmung nur die Klägerin begünstige, ist dem nicht zu folgen. Zwar kann ausnahmsweise die Geltendmachung der Gesamtnichtigkeit als Rechtsmissbrauch unbeachtlich sein. Begünstigt die unwirksame Bestimmung nur eine Partei (Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung, Bestellung einer Sicherheit) und will diese am Vertrag im Übrigen festhalten, kann die Geltendmachung der Gesamtnichtigkeit durch die Gegenpartei gegen § 242 BGB verstoßen (vgl. BGH, NJW 1967, 245; NJW 1993, 1589; NJW-RR 1997, 684; OLG Schleswig, NJW-RR 2006, 1665; vgl. Palandt/Ellenberger, § 139 BGB, Rdnr. 16).

Hier ist aber unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles ein Berufen des Beklagten auf die Unwirksamkeit nicht nach § 242 BGB ausgeschlossen. Denn dem Beklagten steht seinerseits der Einwand der Treuwidrigkeit gegen die Klägerin zu. Hier ist zu berücksichtigen, dass der Klägerin unstreitig von Anfang an bekannt war, dass der Nachlass unter Testamentsvollstreckung steht und daher die Zustimmung des Testamentsvollstreckers für den dinglichen Vollzug notwendig sein würde. Der Klägerin musste daher klar sein, dass die Aufnahme der Darlehen, die unstreitig der Umschuldung der zum Zwecke der Finanzierung der Grundstücke aufgenommenen Darlehen bei der E... AG dienen sollte, bei Weigerung der Zustimmung durch den Testamentsvollstrecker für den Beklagten wirtschaftlich keinen Sinn machte. Es ist ferner darauf zu verweisen, dass sich unter der Aufzählung der Auszahlungsvoraussetzungen (auf Seite 3 bzw. 5 der Darlehensverträge) auch Voraussetzungen für das Zustandekommen des Darlehensvertrages befinden (hier 1. Stabstrich „ein vollständiges Exemplar des Darlehensvertrags, unterzeichnet von allen Darlehensnehmern/Mitschuldnern“). Dies stellt eine Wirksamkeitsvoraussetzung für den Abschluss des Darlehensvertrages dar. Im Hinblick darauf wäre im Interesse der eindeutigen Vertragsgestaltung zu erwarten gewesen, dass die Klägerin deutlicher macht, dass der Vertrag aus ihrer Sicht – auch ohne Zustimmung des Testamentsvollstreckers – Bestand haben sollte. Die Klägerin hätte den Beklagten – wie er erstinstanzlich geltend gemacht hat – daher auch auf das Risiko der Nichtabnahmeentschädigung hinweisen müssen. Zwar enthält Seite 6 der Verträge den Hinweis, dass bei nicht fristgerechter Abnahme Bereitstellungszinsen und Nichtabnahmeentschädigung für nicht ausgezahlte Teile des Vorausdarlehens fällig werden. Dies genügt aber vor dem Hintergrund, dass der Beklagte auf die Notwendigkeit der Zustimmung des Testamentsvollstreckers hingewiesen hat und offenbar die Beteiligten davon ausgegangen sind, dass der Testamentsvollstrecker die Genehmigung erteilen würde, nicht.

Auf einen guten Glauben kann sich die Klägerin nicht berufen (§ 2211 BGB), weil ihr unstreitig bekannt war, dass der Nachlass, zu dem die gehörenden Grundstücke und für deren Finanzierung eine Umschuldung beabsichtigt war, unter Testamentsvollstreckung steht.

Nach alledem kommt es für die Entscheidung auf die vom Beklagten behauptete Vereinbarung der Parteien, wonach im Falle des Ausbleibens der Zustimmung des Testamentsvollstreckers die Verträge keinen Bestand haben sollten, nicht mehr an.

(...)

Anmerkung:

1. Problem des Falles

Der Entscheidung des Kammergerichts ist im Ergebnis zuzustimmen, nicht aber in ihrer Begründung. Da das Urteil keinen Tatbestand enthält, sondern lediglich auf den Tatbestand des vorinstanzlichen Urteils Bezug nimmt, möchte ich zunächst einmal den Sachverhalt kurz zusammenfassen, soweit er aus den Gründen herzuleiten ist:

Die Klägerin hatte mit dem Beklagten Darlehensverträge abgeschlossen. Der wirtschaftliche Zweck dieser Darlehen lag offensichtlich darin, bestehende Kredite zur Finanzierung eines Hausgrundstücks zugunsten eines neuen Kreditgebers umzuschulden. Zu diesem Zwecke sollten vorhandene Grundschulden sowie die Rückgewähransprüche vor- oder gleichrangiger Grundschulden an den neuen Kreditgeber abgetreten werden. Die Besonderheit des Falles liegt darin, dass dieser Grundbesitz zu einem Nachlass gehörte, über den eine Dauer-testamentsvollstreckung gemäß § 2209 BGB angeordnet war. Zur Auszahlung des Kredites verlangte daher der Kreditgeber die schriftliche Zustimmung des Testamentsvollstreckers zur Umschuldung sowie ein Original des Testamentsvollstreck-erzeugnisses. Nachdem der Testamentsvollstrecker seine Zustimmung verweigert hatte, kam der Kredit nicht zur Auszahlung und die Kreditgeberin macht einen Anspruch auf Nichtabnahmeentschädigung wegen der Nichtabnahme der beiden Darlehen nach § 280 Abs. 3, § 281 BGB geltend. Es fragt sich nun, ob diese Darlehensverträge auch ohne Zustimmung des Testamentsvollstreckers wirksam zustande gekommen sind. Das Kammergericht verneint diese Frage und begründet dies zusammengefasst wie folgt: Zwar sei für den Abschluss eines Darlehensvertrags als reinem Verpflichtungsvertrag keine Zustimmung des Testamentsvollstreckers nötig. Der Vertrag enthielt jedoch auch die üblichen Klauseln, wonach an die kreditgebende Bausparkasse Rückgewähransprüche für vor- oder gleichrangige Grundschulden abgetreten werden. Diese Abtretung stelle eine Verfügung dar, die nach §§ 2205, 2211 BGB nur der Testamentsvollstrecker wirksam vornehmen könne. Der Vertrag sei damit teilweise unwirksam. Da nicht anzunehmen sei, dass die Beteiligten den Darlehensvertrag auch ohne diese Sicherheit geschlossen hätten, führe dies gemäß § 139 BGB zur Gesamtnichtigkeit des Rechtsgeschäfts.

2. Geschäftseinheit zwischen Darlehensvertrag und Abtretung der Rückgewähransprüche?

Richtig ist, dass die Abtretung der Rückgewähransprüche eine Verfügung darstellt, die gemäß § 2205 BGB nur vom Testamentsvollstrecker wirksam vorgenommen werden konnte. Die Rückgewähransprüche für eine Grundschuld stehen grundsätzlich dem Sicherungsgeber zu.¹ Mit dem Erbfall fallen sie damit in dessen Nachlass, sodass sie der Verfügungsbefugnis eines Testamentsvollstreckers unterliegen. Das gilt auch, wenn sie erst nach dem Erbfall entstehen, da sie im Wege der Surrogation aufgrund eines zum Nachlass gehörenden Rechts, nämlich aus dem Sicherungsvertrag erworben

¹ Staudinger/Wolfsteiner, 2015, Vorbem. zu §§ 1191 ff. Rdnr. 152.

worden sind, § 2041 Alt. 1 BGB. Zweifelhaft ist aber bereits, ob der Darlehensvertrag und die Abtretung der Rückgewähransprüche überhaupt ein einheitliches Rechtsgeschäft im Sinne des § 139 BGB bilden. Teil des Darlehensvertrages war sicher auch die Verpflichtung des Darlehensnehmers zur Stellung und Beschaffung der nötigen Sicherheiten. Eine ganz andere Frage ist, ob auch zwischen dem Darlehensvertrag und der Erfüllung dieser Verpflichtung, also der Einräumung der Sicherheiten, eine Geschäftseinheit besteht. Dies wird in der Rechtsprechung recht unterschiedlich beurteilt. Der BGH hatte eine Zusammenfassung in den Fällen der Sicherungsabtretung für möglich gehalten.² Nach einem anderen Urteil gibt es keinen allgemeinen Rechtsgrundsatz, wonach Sicherungsübereignungen stets durch den Sicherungszweck bedingt seien.³ Interessanterweise hat im vorliegenden Fall das Kammergericht die Auffassung vertreten, die schriftliche Zustimmung des Testamentsvollstreckers zur Umschuldung sei gerade keine Bedingung des Darlehensvertrages gewesen. Diese Zustimmung wäre aber nötig gewesen, um die Sicherheiten zu stellen. Denn zwar konnte der ursprüngliche Kreditgeber als Inhaber der Grundsuld über diese verfügen, diese also an den neuen Finanzierungsgläubiger abtreten. Doch dadurch würde dieser möglicherweise den Sicherungsvertrag verletzen,⁴ da die Ansprüche aus dem Sicherungsvertrag Teil des Nachlasses sind. Über diesen ist jedoch gemäß §§ 2205, 2211 BGB allein der Testamentsvollstrecker und nicht der Erbe Verfügungsbefugt. Trotzdem sieht das Kammergericht keine Abhängigkeit der Wirksamkeit des Darlehensvertrages von der Zustimmung des Testamentsvollstreckers, obwohl ohne diese Zustimmung die Darlehen sicherlich nie ausbezahlt worden wären. Dagegen bejaht das Gericht eine Geschäftseinheit mit der Abtretung der Rückgewähransprüche, also einer relativ unbedeutenden zusätzlichen Sicherheit, nur weil die Abtretung der Rückgewähransprüche in derselben Urkunde wie der Darlehensvertrag enthalten war. Dies kann aber kein entscheidendes Argument für eine Geschäftseinheit sein, denn rechtssystematisch handelt es sich genauso um eine bloße Sicherheit wie die abzutretende Grundsuld.

3. Gesamtnichtigkeit des Darlehensvertrages gemäß § 139 BGB?

Selbst wenn man ein einheitliches Rechtsgeschäft bejahen sollte, muss doch angenommen werden, dass eine solche unwirksame Abtretung nicht die Gesamtnichtigkeit des Darlehensvertrages zur Folge hat. In der Praxis stehen die Rückgewähransprüche häufig nicht dem Eigentümer zu, da sie bereits anderweitig abgetreten wurden, die Abtretung an rechtsgeschäftlichen Abtretungsverboten scheitert, § 399 BGB, oder die Rückgewähransprüche an den vorrangigen Grundschulden noch gar nicht entstanden sind. Damit rechnet ein Darlehensgeber folglich auch. Das zeigt sich nicht zuletzt in einigen üblichen Grundschuldformularen, die die Möglichkeit, dass dem Eigentümer die Rückgewähransprüche nicht zustehen, bereits berücksichtigen, in dem dort hilfsweise eventuelle Ansprüche des Eigentümers auf Abtretung der Rückgewähransprüche an den Grundschuldgläubiger abgetreten werden.⁵ Dies macht deutlich, dass die fehlende Ver-

fügbungsbefugnis über Rückgewähransprüche vorrangiger Grundpfandrechte in der Regel kein entscheidendes Hindernis für den Abschluss eines Darlehensvertrages darstellt.

4. Andere Begründungen

Die entscheidenden Argumente gegen einen Schadensersatzanspruch der Bausparkasse stehen in den Erwägungen des Senats zu einer möglichen Unbeachtlichkeit der Nichtigkeit nach Treu und Glauben. Das Gericht führt aus, der Klägerin müsse es klar gewesen sein, dass die Aufnahme der Darlehen, die unstreitig der Umschuldung zum Zwecke der Finanzierung der Grundstücke dienen sollten, bei Verweigerung der Zustimmung durch den Testamentsvollstrecker für den Beklagten wirtschaftlich keinen Sinn mache. Falls diese Tatsache beiden Vertragsparteien bewusst war, könnte man durchaus einen stillschweigenden Bedingungszusammenhang zwischen dem Darlehensvertrag und der Zustimmung des Testamentsvollstreckers annehmen. Wenn die Abhängigkeit von der Zustimmung des Testamentsvollstreckers dagegen nicht Vertragsinhalt geworden sein sollte, könnte es sich um eine Geschäftsgrundlage des Darlehensvertrages gemäß § 313 BGB gehandelt haben, deren Nichtvorliegen den Darlehensnehmer zum Rücktritt berechtigen würde, § 313 Abs. 3 BGB. Schließlich käme auch eine Verletzung der Aufklärungspflicht der Klägerin in Frage, die einen Schadensersatzanspruch wegen Verschuldens bei Vertragsschluss gemäß §§ 280, 241 Abs. 2, § 311 Abs. 2 BGB zur Folge hätte. Der Geschädigte könnte in diesem Fall gemäß § 249 Abs. 1 BGB verlangen, so gestellt zu werden, wie er auch ohne das schädigende Verhalten des anderen Teils gestanden hätte.⁶ Hätte nämlich die Bausparkasse den Darlehensnehmer darüber aufgeklärt, dass er ohne Mitwirkung des Testamentsvollstreckers überhaupt nicht in der Lage ist, die nötigen Sicherheiten zu stellen, so hätte dieser sicherlich den Darlehensvertrag nicht ohne Weiteres unterschrieben.

Professor Dr. Christopher Keim, Bingen am Rhein

⁶ Palandt/Grüneberg, 73. Aufl., § 311 Rdnr. 54.

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

14. § 2 Abs. 1a Satz 5, § 54 GmbHG (Zur Notwendigkeit der Änderung der im sog. Urkundsmantel enthaltenen Erklärungen im Falle einer Satzungsänderung einer nach Musterprotokoll gegründeten UG)

Im Falle einer Satzungsänderung einer nach Musterprotokoll gegründeten UG bedarf es keiner Änderung der im sog. Urkundsmantel enthaltenen Erklärungen.

(Leitsatz der Schriftleitung)

OLG München, Beschluss vom 23.10.2014, 31 Wx 415/14

Aus den Gründen:

II.

(...)

Nach § 2 Abs. 1a Satz 5 i. V. m. § 54 GmbHG kann auch bei unter Verwendung eines Musterprotokolls gegründeten Gesellschaften eine Satzungsänderung erfolgen, bei der schon wegen dieser Vorgabe nur die Ziffern 1-5 als die eigentlichen Satzungsbestimmungen angesehen werden können. Insoweit

² BGH, Urteil vom 23.9.1981, VIII ZR 242/80, NJW 1982, 275, 276.

³ BGH, Urteil vom 30.10.1990, IX ZR 9/90, NJW 1991, 353, dazu Staudinger/Roth, 2010, § 139 Rdnr. 56.

⁴ Staudinger/Wolfsteiner, 2015, Vorbem. zu §§ 1191 ff., Rdnr. 249; DNotI-Gutachten, DNotI-Report 2010, 93, 95.

⁵ Epp in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechtshandbuch, 4. Aufl. 2011, § 94 Rdnr. 362.

ist § 1 im bescheinigten Musterprotokoll auch optisch sichtbar geändert. Dagegen ist eine Änderung der im sogenannten Urkundsmantel enthaltenen Erklärungen (Datum der Erklärungsabgabe) nicht erforderlich (vgl. dazu *Krafka/Kühn*, Registerrecht, 9. Aufl. 2013, Rdnr. 1012a).

Anmerkung:

1. Sachverhalt

Eine mit Musterprotokoll gegründete Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) wollte ihren Sitz verlegen. Der Alleingesellschafter fasste einen Beschluss, der folgenden Wortlaut hatte:

„1. Der Sitz der Gesellschaft ist von ... nach ... verlegt.
2. Das Musterprotokoll wird in Nr. 1 wie folgt gefasst:
„Die Gesellschaft
mit beschränkter Haftung unter der Firma ... UG (haftungsbeschränkt)
hat ihren Sitz in“

Weitere Beschlüsse werden nicht getroffen.“

Die Satzungsänderung wurde zum Handelsregister angemeldet. Das Musterprotokoll wurde gemäß dem Beschluss lediglich in Nr. 1 geändert, mit einer Satzungsbescheinigung versehen und ebenfalls zum Handelsregister eingereicht. Der Urkundsmantel des Musterprotokolls, also von „Heute den ...“ bis „beurkunde ich folgende Erklärungen“, wurde dagegen unverändert gelassen.

Das Registergericht monierte mit einer Zwischenverfügung, dass auch der Urkundsmantel angepasst werden müsse, weil ansonsten durch den alten Urkundsmantel suggeriert werde, dass das gegenwärtige Musterprotokoll bereits zum Zeitpunkt der Gründung gefasst worden ist. Das Registergericht stützte sich hierbei auf die bekannte Entscheidung des OLG München¹, nach der das Musterprotokoll stets so anzupassen sei, dass inhaltlich nicht etwas Falsches erklärt werde.

Das OLG München hob in dem hier zu besprechenden Beschluss die Zwischenverfügung des Registergerichts auf. Bei einer späteren Satzungsänderung müsse jedenfalls der Urkundsmantel des Musterprotokolls nicht mitangepasst werden.

2. Der Entscheidung ist zuzustimmen

a) Grundsätzlich darf vom Wortlaut des vom Gesetzgeber vorgegebenen Musterprotokolls² nicht abgewichen werden (sog. Abweichungsverbot, vgl. § 2 Abs. 1a Satz 3 GmbHG); es sind lediglich die offenen Lücken des Protokolls zu ergänzen. Selbst geringfügige Abweichungen schaden.³ Lediglich beurkundungstechnische Einfügungen oder Ergänzungen sind erlaubt.⁴ Streitig ist derzeit, ob bei ausländischen Gesell-

schaftern das Musterprotokoll zweisprachig gefasst werden darf. Hier dürften aber wohl die §§ 5, 16 BeurkG Vorrang haben und insoweit als Spezialnormen § 2 Abs. 1a GmbHG verdrängen.

b) Bei späteren Änderungen des Musterprotokolls ist eine völlige Satzungsneufassung nur dann nicht erforderlich, wenn lediglich Passagen geändert werden, die man bereits bei Gründung mit dem Musterprotokoll hätte vereinbaren können. Nur solche Änderungen sind im Übrigen auch vom Kostenprivileg des § 105 Abs. 6 GNotKG erfasst. Nach der oben zitierten Entscheidung des OLG München – der die überwiegende Literatur gefolgt ist⁵ – sei es bei einer Änderung des Musterprotokolls überdies erforderlich, das Musterprotokoll auch insoweit anzupassen, als durch das geänderte Musterprotokoll nichts Falsches erklärt werden darf (sog. Widerspruchsfreiheit des Musterprotokolls). Ob diese Ansicht wirklich richtig ist, ist fraglich. Bereits durch die erforderliche notarielle Satzungsbescheinigung wird dem interessierten Leser nämlich aufgezeigt, dass das aktuell vorliegende Musterprotokoll nicht dem Gründungsprotokoll entspricht. Mit § 105 Abs. 6 GNotKG hat der Gesetzgeber die Ansicht des OLG München mittlerweile aber indirekt bestätigt und damit die Streitfrage – jedenfalls für die Praxis – geklärt. Zudem ist durch die Neuregelung klargestellt, dass lediglich redaktionelle Anpassungen des Musterprotokolls das Kostenprivileg nicht entfallen lassen.⁶ Bedeutsam für die Praxis ist zudem, dass redaktionelle Anpassungen der Satzung nur durch einen ausdrücklichen Beschluss der Gesellschafter erfolgen können.⁷

c) Interessant am vorliegenden Beschluss des OLG München ist, dass sich diese Anpassungspflicht nicht auf den Urkundseingang des Musterprotokolls beziehe. Der ursprüngliche Urkundseingang kann also nach dieser Entscheidung bei einer späteren Änderung des Musterprotokolls unverändert bleiben.⁸ Zulässig ist es nach der wohl überwiegenden Ansicht⁹ jedoch, wenn bei einer späteren Satzungsänderung der Urkundseingang komplett weggelassen wird. Auch können die Passagen mit den Abschriften (Nr. 6 des Musterprotokolls) und den Hinweisen des Notars (Nr. 7 des Musterprotokolls) bei späteren Satzungsänderungen entfallen. Es handelt sich hierbei lediglich um Gründungsvereinbarungen, die nicht echte Satzungsbestandteile sind.¹⁰ Gleiches gilt für die Passage mit der Bestellung des ersten Geschäftsführers mit konkreter Vertretungsbefugnis (Nr. 4 des Musterprotokolls).¹¹ Ein Weglassen dieser Bestandteile des Musterprotokolls bei späteren Satzungsänderungen ist möglich, aber eben nicht zwingend.¹² Will man die Ziffern 4, 6 und 7 des Musterproto-

⁵ Vgl. *Herrler/König*, DStR 2010, 2138, 2143; *Mayer/Weiler* in Beck'sches Notarhandbuch, 6. Aufl. 2015, D I Rdnr. 325; *Seebach*, RNotZ 2013, 261, 280 m. w. N.

⁶ Zur Streitfrage vor der Gesetzesänderung vgl. *Seebach*, RNotZ 2013, 261, 282 f.

⁷ OLG München, Entscheidung vom 6.7.2010, 31 Wx 112/10, DNotZ 2010, 939, 940.

⁸ A. A. *Seebach*, RNotZ 2013, 261, 281.

⁹ So auch *Seebach*, RNotZ 2013, 261, 281 m. w. N.

¹⁰ Vgl. *Kafa/Kühn*, Registerrecht, 9. Aufl. 2013, Rdnr. 1012a; *Mayer/Weiler* in Beck'sches Notarhandbuch, 6. Aufl. 2015, D I Rdnr. 332 ff.; *Seebach*, RNotZ 2013, 261, 281 ff.

¹¹ Ausführlich *Seebach*, RNotZ 2013, 261, 279 ff. m. w. N.

¹² OLG München, Entscheidung vom 6.7.2010, 31 Wx 112/10, DNotZ 2010, 939; OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 10.5.2010, 3 Wx 106/10, NZG 2010, 719; *Mayer/Weiler* in Beck'sches Notarhandbuch, 6. Aufl. 2015, D I Rdnr. 332 f.

¹ OLG München, Entscheidung vom 3.11.2009, 31 Wx 131/09, GmbHR 2010, 312.

² Vgl. Anlage zu § 2 Abs. 1a GmbHG.

³ OLG München, Entscheidung vom 12.5.2010, 31 Wx 19/10, NZG 2010, 795. Eine Ausnahme besteht bei völlig unbedeutenden Abwandlungen der Zeichensetzung, Satzstellung oder Wortwahl, die keinerlei Auswirkung auf den Inhalt haben, so jedenfalls OLG München, Entscheidung vom 28.9.2010, 31 Wx 173/10, NZG 2011, 29.

⁴ Vgl. DNotI-Gutachten, DNotI-Report 2009, 58; *Miras*, NZG 2012, 486; *Seebach*, RNotZ 2013, 261, 272 m. w. N.

kolls wegfallen lassen, ist hierfür nach richtiger Ansicht im Übrigen kein Gesellschafterbeschluss erforderlich.¹³

d) Für die wichtigsten Satzungsänderungen beim Musterprotokoll werden folgende Formulierungen für den satzungsändernden Beschluss vorgeschlagen:¹⁴

aa) Sitzverlegung und Änderung der Firma

„Nr. 1 des Musterprotokolls wird wie folgt geändert: ‚Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung unter der Firma ... UG (haftungsbeschränkt) hat ihren Sitz in ...‘“

bb) Änderung des Gegenstands

„Nr. 1 des Musterprotokolls wird wie folgt geändert: ‚Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung unter der Firma ... UG (haftungsbeschränkt) hat ihren Sitz in ...‘“

Nr. 2 des Musterprotokolls wird wie folgt geändert: ‚Gegenstand des Unternehmens ist ...‘“

Bei jeder Satzungsänderung ist also stets auch die Nr. 1 des Musterprotokolls anzupassen.¹⁵

cc) Änderung des Stammkapitals

„Nr. 1 des Musterprotokolls wird wie folgt geändert: ‚Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung unter der Firma ... UG (haftungsbeschränkt) hat ihren Sitz in ...‘“

Nr. 3 des Musterprotokolls wird wie folgt geändert: ‚Das Stammkapital der Gesellschaft beträgt ...‘“

Der übrige Text der Nr. 3 entfällt bei einer Änderung des Stammkapitals. Voll eingezahlte Stammeinlagen müssen bereits nach den allgemeinen Regeln nach der Ersteintragung der Gesellschaft nicht in der Satzung aufgeführt bleiben.¹⁶ Anstelle dessen ist jedoch durch den Notar eine Gesellschafterliste zum Handelsregister einzureichen. § 2 Abs. 1a Satz 4 bezieht sich nur auf die bei Gründung existierenden Gesellschafterverhältnisse, das Musterprotokoll ersetzt also nur bei der Gründung die Gesellschafterliste.¹⁷

Daneben ist Ziffer 5 des Musterprotokolls anzupassen, wenn die Gesellschaft ihr Stammkapital auf einen Betrag unter 300 €, zum Beispiel von 100 € auf 200 €, erhöht. Andernfalls würde der Eindruck entstehen, dass die Gesellschaft Gründungskosten i. H. v. 200 € getragen hätte. Die 5-Jahres-Sperrfrist nach § 26 Abs. 4 AktG analog steht dem nicht entgegen.¹⁸

„Nr. 5 des Musterprotokolls wird wie folgt geändert: ‚Die mit ihrer Gründung verbundenen Kosten hat die Gesellschaft bis zu einem Höchstbetrag von 100 € getragen.‘“

Notar Dr. Holger Sagmeister, LL.M. (Yale), Deggendorf

¹³ Vgl. Herrler/König, DStR 2010, 2138, 2143 f.; Seebach, RNotZ 2013, 261, 281.

¹⁴ Vgl. hierzu auch Seebach, RNotZ 2013, 261, 280 ff.; Mayer/Weiler in Beck'sches Notarhandbuch, 6. Aufl. 2015, D I Rdnr. 326 ff.

¹⁵ Wohl allg. Meinung, vgl. statt vieler OLG München, Entscheidung vom 6.7.2010, 31 Wx 112/10, DNotZ 2010, 939.

¹⁶ So auch Seebach, RNotZ 2013, 261, 281.

¹⁷ So auch Herrler/König, DStR 2010, 2138, 2144; Seebach, RNotZ 2013, 261, 281.

¹⁸ OLG München v. 6.10.2010, 31 Wx 143/10, MittBayNot 2011, 162. So auch Mayer/Weiler, Beck'sches Notarhandbuch, a. a. O., D I Rdnr. 330 f.

15. GmbHG § 18 Abs. 1, § 38; BGB §§ 242, 745, 2038 Abs. 2, § 2211 Abs. 1 (*Abberufung eines GmbH-Geschäftsführers wegen eines eingetretenen unheilbaren Zerwürfnisses*)

1. Die u. a. für den Fall der Berechtigung einer Miterbengemeinschaft an einem Gesellschaftsanteil anwendbare Vorschrift des § 18 Abs. 1 GmbHG soll nur verhindern, dass die Anteilsrechte von den einzelnen Mitberechtigten unterschiedlich ausgeübt werden. Dazu kommt es nicht, wenn nur einer oder ein Teil der Miterben das Recht mit Wirkung für alle ausübt. Die gemeinschaftliche Rechtsausübung kann insbesondere dadurch erfolgen, dass die Mitberechtigten einen gemeinsamen Vertreter bestellen.
2. Die Mehrheit der Miterben kann, hat sie abgedeckt durch § 2038 Abs. 2, § 745 BGB eine ordnungsgemäße Maßnahme zur Verwaltung des Nachlasses – zumindest, soweit sie nicht Verfügung ist – beschlossen, die Maßnahme auch ohne die Mitwirkung der überstimmten Miterben mit Wirkung für und gegen die Erbengemeinschaft ausführen. § 18 Abs. 1 GmbHG steht einer solchen Ausführung nicht entgegen.
3. Zur Einordnung der Abberufung des Geschäftsführers einer Gesellschaft, deren Anteile sich noch im ungeteilten Nachlass befinden, als Maßnahme ordnungsgemäßer Verwaltung des Nachlasses.
4. Zu den Auswirkungen eines noch unerfüllten Vermächtnisanspruchs an in ungeteilter Erbengemeinschaft gehaltenen GmbH-Anteilen auf Stimmrecht und Geschäftsführung in der GmbH.
5. Zu den Voraussetzungen einer Abberufung eines von mehreren GmbH-Geschäftsführern aus wichtigem Grund wegen eines zwischen den Geschäftsführern eingetretenen unheilbaren Zerwürfnisses.

OLG Stuttgart, Hinweisbeschluss vom 9.9.2014, 14 U 9/14

Aus den Gründen:

Die Berufung ist zulässig, jedoch unbegründet. Es liegen die Voraussetzungen für eine Entscheidung durch Beschluss nach § 522 Abs. 2 ZPO vor. Der Senat rät zur Zurücknahme der Berufung.

I.

Es bedarf keiner Entscheidung, ob dem Kläger – wie die Beklagte meint – ganz oder teilweise bereits die Aktivlegitimation bzw. die Anfechtungsbefugnis fehlt und sich die Entscheidung des LG – die Anfechtungsbefugnis ist nach herrschender Meinung, die der Senat teilt, materiellrechtliche Sachbefugnis, weshalb bei ihrem Fehlen die Klage als unbegründet abzuweisen ist (siehe etwa OLG Düsseldorf, GmbHR 1996, 443, 451; GroßKommGmbHG/Raiser, 1. Aufl., Anh. § 47 Rdnr. 167; MünchKommGmbHG/Wertenbruch, 1. Aufl., § 47 Anh. Rdnr. 172; Zöllner in Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl., Anh. § 47 Rdnr. 135; andere Ansicht K. Schmidt in Scholz, GmbHG, 11. Aufl., § 45 Rdnr. 127 m. w. N. zur herrschenden Meinung in Fn. 2: Abweisung als unzulässig) – insoweit schon deshalb als im Ergebnis richtig darstellt. Denn jedenfalls leidet der angegriffene Beschluss nicht an Mängeln, wie das LG zutreffend entschieden hat. Zumindest deshalb ist die Entscheidung des LG richtig.

1. Ohne Erfolg beruft sich der Kläger in seiner Berufung auf § 2211 Abs. 1 BGB. Die Vorschrift ist unanwendbar, weil die Testamentsvollstreckung mit Kündigung durch

Notar a. D. B vom 22.4.2013 ohne Benennung eines Nachfolgers beendet war, nachdem eine Ernennung durch das Nachlassgericht nach § 2200 Abs. 1 BGB nicht in Betracht kam (vgl. etwa *Staudinger/Reimann*, Neubearb. 2012, § 2211 Rdnr. 6). Hinsichtlich des zuletzt genannten Aspekts schließt sich der Senat jedenfalls in der Sache den Darlegungen des 8. Zivilsenats in seinem Beschluss 18.7.2013 (8 W 210/13) an; auf die Frage der Rechtskraftwirkung dieser Entscheidung (vgl. hierzu etwa *Staudinger/Reimann*, Neubearb. 2012, § 2211 Rdnr. 21 ff.) kommt es somit nicht an. Die Einwände der Berufung sind nicht geeignet, die Überlegungen des 8. Zivilsenats in Frage zu stellen. Dass es dem Erblasser nicht lediglich um das Ob der Testamentsvollstreckung ging, sondern ganz entscheidend auch um das Wie, zeigen die detaillierten Bestimmungen zur Person des bzw. der Testamentsvollstrecker in den letztwilligen Verfügungen nach Ansicht des Senats deutlich; wer ihm so hinreichend vertraut war, dass er ihn zum Testamentsvollstrecker bestimmte, konnte unabhängig davon nur der Erblasser selbst entscheiden, und er hat dies ja auch entschieden.

2. Zu Unrecht rügt die Berufung, das LG habe verkannt, dass es im Streitfall hinsichtlich des Abberufungsbeschlusses gemeinschaftlicher Rechtsausübung und einstimmiger Beschlussfassung bedurft habe.

a) Die hier getroffene Mehrheitsentscheidung ist – wie die Berufung selbst wohl nicht mehr in Abrede stellt – nicht etwa bereits unabhängig davon, ob sie als Maßnahme ordnungsgemäßer Verwaltung des Nachlasses nach den einschlägigen erbrechtlichen Vorschriften der § 2038 Abs. 2, § 745 BGB zulässig war, wegen eines Verstoßes gegen § 18 Abs. 1 GmbHG unzulässig, der angegriffene Beschluss ist folglich nicht schon im Hinblick darauf anfechtbar oder gar nichtig.

aa) Die allerdings u. a. für den Fall der Berechtigung einer Miterbengemeinschaft an einem Gesellschaftsanteil anwendbare (siehe nur Thüringer OLG, GmbHR 2013, 149, Tz. 51) und damit auch im Streitfall grundsätzlich einschlägige Vorschrift des § 18 Abs. 1 GmbHG soll – wie in der Rechtsprechung, der der Senat folgt und die auch in der Literatur (siehe statt aller MünchKommGmbHG/*Reichert/Weller*, 1. Aufl., § 18 Rdnr. 57 ff.) überwiegend Billigung findet, seit Langem geklärt ist (siehe nur etwa die Darstellung mit umfangreichen Nachweisen bei OLG Karlsruhe, GmbHR 2014, 254, Tz. 15 f.; siehe ferner etwa Thüringer OLG, NZG 2012, 782, Tz. 40; Thüringer OLG, GmbHR 2013, 149, Tz. 53) – nur verhindern, dass die Anteilsrechte von den einzelnen Mitberechtigten unterschiedlich ausgeübt werden. Dazu kommt es nicht, wenn nur einer oder ein Teil der Miterben das Recht mit Wirkung für alle ausübt (BGHZ 108, 21, Tz. 28). Die gemeinschaftliche Rechtsausübung kann insbesondere dadurch erfolgen, dass die Mitberechtigten einen gemeinsamen Vertreter bestellen (siehe etwa BGHZ 49, 183, 191). So lag es hier.

bb) Es ist entgegen der Auffassung der Berufung in der Rechtsprechung, von der abzuweichen der Senat auch diesbezüglich keinen Anlass sieht, ferner seit Langem geklärt, dass die Mehrheit der Miterben, hat sie abgedeckt durch § 2038 Abs. 2, § 745 BGB eine ordnungsgemäße Maßnahme zur Verwaltung des Nachlasses – zumindest, soweit sie nicht Verfügung ist – beschlossen, die Maßnahme auch ohne die Mitwirkung der überstimmten Miterben mit Wirkung für und gegen die Erbengemeinschaft ausführen kann (so bereits BGHZ 56, 47, Tz. 17 ff.; siehe aus neuerer Zeit nur etwa KG, FamRZ 2011, 1254, Tz. 43). § 18 Abs. 1 GmbHG steht einer solchen Ausführung – was die Berufung aber wohl auch nicht in Abrede stellt – ebenfalls nicht entgegen.

b) Der Senat folgt der Berufung auch nicht in ihrer Auffassung, bei der Abberufung des Geschäftsführers einer Gesellschaft, deren Anteile sich noch im ungeteilten Nachlass befinden, handle es sich grundsätzlich nicht um eine ordnungsgemäße Verwaltung, sondern um eine außerordentliche Verwaltungsmaßnahme, die einen einstimmigen Beschluss aller Miterben erfordere. Dass das Gegenteil der Fall ist, hat insbesondere das Thüringer OLG (GmbHR 2013, 149, Tz. 49, 53) eingehend und überzeugend begründet, worauf sich sowohl das LG als auch die Beklagte u. a. in ihrer Berufungserwiderung bezogen haben. Der Senat folgt dieser Sicht; die Berufung vermag nichts aufzuzeigen, was ihr entgegenstehen könnte.

aa) Aus den hier vorliegenden besonderen Umständen des Falles ergibt sich entgegen der Sicht der Berufung nichts anderes, und zwar weder im Hinblick darauf, dass der Kläger hier als einer von zwei Geschäftsführern abberufen wurde, und auch nicht im Hinblick darauf, dass der Erblasser in der letztwilligen Verfügung vom 14.1.2010 den Willen bekundete, der Kläger solle Geschäftsführer der Beklagten sein. Letzterem Umstand kann zwar Bedeutung zukommen, soweit der Erblasser seinen Willen in einer Form zur rechtlichen Geltung gebracht hat, die eine gegenwärtige Bindung der Erben bewirkt; jedoch ist selbst dies – noch ist es gar der Umstand, dass ein solcher Erblasserwille vorliegt – nicht geeignet, die Abberufung entgegen diesem Willen dem Bereich ordnungsgemäßer Verwaltung im Sinne von § 2038 Abs. 2, § 745 BGB zu entziehen. Erst recht gilt dies für die hier vorliegende Konstellation einer Abberufung eines von zwei Geschäftsführern.

bb) Es liegt im Streitfall entgegen der Ansicht der Berufung schließlich auch nicht deshalb anders, weil hier ein tief greifendes Zerwürfnis einzelner Miterben untereinander vorliegt, insbesondere zwischen dem Kläger und dem (weiteren) Geschäftsführer der Beklagten. Wenn die Berufung unter Verweis darauf in Abrede stellt, dass es sich bei der Abberufung des Klägers um eine ordnungsgemäße Verwaltungsmaßnahme handelt, ist dementsprechend auch das nicht berechtigt.

(1) Die Ordnungsmäßigkeit einer Maßnahme – zur Nachlassverwaltung gehören alle Maßregeln zur Verwahrung, Sicherung, Erhaltung und Vermehrung sowie zur Gewinnung der Nutzung und Bestreitung der laufenden Verbindlichkeiten – ist aus objektiver Sicht zu beurteilen; entscheidend ist der Standpunkt eines vernünftig und wirtschaftlich denkenden Beurteilers (siehe etwa BGHZ 183, 140, Tz. 33). Ordnungsgemäße Verwaltung entsprechen alle Maßnahmen, die nach den individuellen Gegebenheiten im Zeitpunkt der Beschlussfassung vernünftig erscheinen; eine allgemeine Zweckmäßigkeits- oder Inhaltskontrolle, bei der die Minderheit oder das Gericht die Auffassung der Mehrheit ersetzen könnte, findet indes nicht statt (vgl. MünchKommBGB/K. Schmidt, 6. Aufl., §§ 744, 745 Rdnr. 22; auch *Staudinger/Langhein*, Neubearbeitung 2008, § 745 Rdnr. 5), wenn auch die berechtigten Interessen der Minderheit nicht übergangen werden dürfen (vgl. *Staudinger/Langhein*, Neubearbeitung 2008, § 745 Rdnr. 5). Es besteht jedoch ein Ermessensspielraum für die Mehrheit, auch ist ein Beschluss nicht schon dann nicht mehr ordnungsgemäß, wenn nicht die optimale, sondern eine weniger zweckmäßige Lösung beschlossen worden ist; die Voraussetzung ordnungsgemäßer Verwaltung verhilft nur in seltenen Ausnahmefällen zur Inhaltskontrolle (vgl. MünchKommBGB/K. Schmidt, 6. Aufl., §§ 744, 745 Rdnr. 28; vgl. auch *Staudinger/Langhein*, Neubearb. 2008, § 745 Rdnr. 5).

(2) Ein solcher Ausnahmefall liegt hier entgegen der Ansicht der Berufung nicht vor. Die Abberufung des Klägers war hier zumindest ein Ausgangspunkt und nach den einschlägigen gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen gemäß § 38 Abs. 1 GmbHG jederzeit frei möglich, eine Beschränkung nach § 38 Abs. 2 Satz 1 GmbHG enthält der Gesellschaftsvertrag der Beklagten unstreitig nicht. Allein schon der ebenfalls unstreitige Umstand, dass zwischen dem Kläger und dem (weiteren) Geschäftsführer der Beklagten schwerwiegende Streitigkeiten ausgetragen werden, lässt die Abberufung des Klägers zumindest nicht in einem Maße sachwidrig erscheinen, dass hier auch nur entfernt der Bereich betroffen wäre, in dem die Abberufung nach den dargestellten Grundsätzen nicht mehr als Maßnahme ordnungsgemäßer Verwaltung einzustufen wäre, zumal im Gegenteil ein wichtiger Grund für die Abberufung des Klägers gegeben war (dazu noch unten unter I. 4. b). An diesem Ergebnis änderte sich selbst dann nichts, wenn die Mehrheit bei der Entscheidung für die Abberufung des Klägers erbrechtlichen Vorgaben ausgesetzt gewesen wäre und diese verletzt hätte. Ein solcher Verstoß zeitigte – was separat zu prüfen wäre – ggf. eigenständige, von der Frage der mit der Einstufung in den Bereich ordnungsgemäßer Verwaltung verbundenen Wirkungen abgesetzte Rechtsfolgen, führte aber nicht zur Ausgrenzung der in Frage stehenden Maßnahme aus dem Bereich ordnungsgemäßer Verwaltung. Abgesehen davon liegt ein solcher Verstoß gegen erbrechtliche Vorgaben nicht vor (dazu sogleich näher).

3. Der Senat folgt der Berufung auch nicht darin, dass die erhobene Klage aus § 242 BGB begründet sei.

a) Unabhängig davon, dass sich der Kläger – worauf die Berufungserwiderung zutreffend hinweist – mit diesem Vorbringen in Widerspruch setzt zu seiner zu § 2211 BGB vertretenen Auffassung, teilt der Senat nicht die Ansicht der Berufung, die im Streit stehenden Beschlussfassungen seien treuwidrig angesichts des Umstands, dass die Miterbengemeinschaft die Erfüllung der ausgesetzten Vermächtnisse und damit die Übertragung der Gesellschaftsanteile an der Beklagten verweigere und sich nur dadurch die Möglichkeit verschafft habe, den angefochtenen Beschluss herbeizuführen. Für diese Sicht ist nach Ansicht des Senats – auch darauf weist die Berufungserwiderung zutreffend hin – schon angesichts des zeitlichen Ablaufs kein Raum, kündigte der Testamentsvollstrecker B doch erst mit Wirkung zum 10.5.2013. Abgesehen davon steht es den Miterben jedenfalls im Grundsatz frei, die Wirksamkeit der letztwilligen Verfügung, mit der die Vermächtnisse ausgesetzt wurden, auf dem Rechtsweg prüfen zu lassen; ob bei offensichtlich und eindeutig missbräuchlichem Beschreiten des Rechtswegs anderes gelten könnte, bedarf keiner Entscheidung, weil zumindest ein solcher Fall hier nicht vorliegt.

b) Die für den Fall der Wirksamkeit des ausgesetzten Vermächtnisses bestehende schuldrechtliche Bindung als solche gibt dem Kläger keine Rechtsposition, die seine Klage begründet machen könnte. Einfluss auf Stimmrecht und Geschäftsführung der Beklagten steht ihm allein aus dem relativen Recht, das ihm aufgrund der Vermächtnisanordnung im Falle ihrer Wirksamkeit zustünde, nicht zu: § 2184 Satz 1 weist dem Vermächtnisnehmer zwar seit dem Anfall des Vermächtnisses die Früchte zu, für die Vorteile, welche der Gebrauch der Sache oder des Rechts gewährt (§ 100 BGB), gilt jedoch gemäß § 2184 Satz 2 BGB gerade anderes. Um solche Vorteile handelt es sich indes beim Einfluss auf Stimmrecht und Geschäftsführung (siehe etwa RGZ 118, 266, 268; *Staudinger/Jickeli/Stieper*, Neubearb. 2011, § 100 Rdnr. 7; *Demuth*, BB 2001, 945).

c) Immerhin mag das relative Recht aus dem ggf. wirksamen Vermächtnis dem Kläger Rechte gegen die den Gesellschaftsanteil haltende Erbengemeinschaft vermitteln, sofern diese über den Gegenstand des Vermächtnisses, den dem Kläger zugedachten Gesellschaftsanteil, in einer Art und Weise verfügt oder diesen sonst in einer Art und Weise verwaltet, die dem Kläger nachteilig ist, insbesondere diesen Gegenstand schädigt (vgl. etwa *Demuth*, BB 2001, 945, 947); und insofern – nicht aber in dem von der Berufung gewünschten, von ihr mit einem fehlgehenden Hinweis auf Münch-KommBGB/*Rudy*, 6. Aufl., § 2174 Rdnr. 10 untermauerten, deutlich weitergehenden Umfang – kommt in Betracht, dass die Erben bei der Verwaltung des Gesellschaftsanteils die Interessen der Vermächtnisnehmer zu berücksichtigen haben (so etwa *Demuth*, BB 2001, 947; vgl. etwa auch *Soergel/Wolf*, BGB, 13. Aufl., § 2147 Rdnr. 6). Ob dieser Ausgangspunkt indes tatsächlich richtig ist, kann für den Streitfall dahinstehen. Denn es fehlt jeder Anhaltspunkt dafür, dass die Abberufung des Klägers eine derart schädigende Wirkung gehabt hat. Das hat bereits das LG – wenn auch unter einem anderen rechtlichen Ausgangspunkt – im Zusammenhang mit der Erörterung, inwieweit die Vermächtnisanordnung der im Streit stehenden Abberufung entgegenstehe, unter Hinweis darauf klargestellt, dass die Erhaltung des Nachlasses auch nach dem Vortrag des Klägers in keinsten Weise gefährdet sei (siehe S. 24 des angefochtenen Urteils). Hiergegen wendet sich die Berufung nicht (S. 13 der Berufungsbegründung).

4. Aus der in § 2 der als Anlage KS & P 13 vorgelegten letztwilligen Verfügung vom 14.1.2010 angeordneten Auflage folgt – unabhängig davon, ob die letztwillige Verfügung wirksam ist, was hier dahin steht – für den Streitfall kein anderes Ergebnis.

a) Das ergibt sich bereits daraus, dass diese Auflage lediglich die Bestellung des Klägers als Geschäftsführer der Beklagten unverzüglich nach dem Erbfall zum Gegenstand hat, nicht hingegen den Widerruf der einmal erfolgten Bestellung. Der Senat teilt im Ergebnis die Ansicht des LG, bereits die Bestellung des Klägers zum Geschäftsführer der Beklagten habe die Erfüllung dieser Auflage zur Folge, diese vermittele dem Kläger – wobei dahin steht, ob sich eine etwaige erbrechtliche Bindung der Miterben, die sich bei abweichendem Verständnis der Auflage ergeben könnte, überhaupt auf die hier allein entscheidende Wirksamkeit des Abberufungsbeschlusses auswirken könnte, was die Beklagte in ihrer Berufungserwiderung in Abrede stellt – von vornherein keine darüber hinausgehenden Rechte, unter Berufung auf die er sich gegen den hier im Streit stehenden Beschluss möglicherweise wenden könne.

aa) Die Auffassung, dass die in Rede stehende Auflage lediglich die Bestellung des Klägers als Geschäftsführer der Beklagten unverzüglich nach dem Erbfall zum Gegenstand hat, nicht hingegen den Widerruf der einmal erfolgten Bestellung, entspricht dem klaren Wortlaut der als Anlage KS & P 13 vorgelegten letztwilligen Verfügung vom 14.1.2010. Die Regelungen sind ihrem Text nach ausschließlich auf die Bestellung bezogen. Sie, wie von dem Kläger gewünscht, erweiternd auszulegen, liegt im Hinblick darauf nicht nahe, zudem deshalb nicht, weil es sich um ein notarielles Testament handelt. Abgesehen davon hat der Erblasser detailliert und mehrfach – notariell – von Todes wegen verfügt, er hat stets sehr detaillierte Anordnungen getroffen (vgl. auch schon OLG Stuttgart, Beschluss vom 18.7.2013, 8 W 210/13, Umdruck, S. 8 unten). Das gilt auch für die hier in Rede stehende Belastung der Miterben durch die Auflage. Er hat zudem diese Auflage durch den als Anlage KS & P 12 vorgelegten Gesellschafter-

beschluss – auf dessen Wirksamkeit und Wirkungen es hier im Einzelnen nicht ankommt – ebenfalls vom 14.1.2010 flankiert, was gleichermaßen zeigt, dass er eine aus seiner Sicht vollständige, alle Eventualitäten berücksichtigende und regelnde Vereinbarung getroffen hat. Das erweiternde Verständnis, das der Kläger der Auflage beilegen möchte, überzeugt den Senat von hier aus nicht. Für diese Sicht spricht im Übrigen auch, dass dem Erblasser die gesellschaftsrechtliche Situation, die einen Widerruf der Geschäftsführerbestellung ohne wichtigen Grund erlaubte, bekannt gewesen sein muss. Hätte er insoweit in Bezug auf den Kläger abändernde Regelungen treffen wollen, ist anzunehmen, dass er diese ausdrücklich und zweifelsfrei getroffen hätte.

bb) Der Senat vermag der Berufung auch nicht darin zu folgen, ein solches Verständnis widerspreche dem Erblasserwillen, weil dieser ausweislich der Bemerkung in § 1 der letztwilligen Verfügung vom 14.1.2010 habe sicherstellen wollen, dass der Kläger Geschäftsführer wird. Auch diese Feststellung bezieht sich ihrer Formulierung nach allein auf die Bestellung des Klägers (... „Geschäftsführer“ ... „wird“). Die getroffene Regelung stellt – insbesondere bei Berücksichtigung des Gesellschafterbeschlusses vom 14.1.2010, zumindest aus Sicht des Erblassers sicher, dass der Kläger sogleich mit dem Erbfall die Position eines Geschäftsführers der Beklagten erlangt. Dafür, dass es für die Zeit danach nicht bei den nach dem Gesellschaftsvertrag geltenden Regelungen für die Abberufung verbleiben sollte, die immerhin auch in diesem Zeitraum eines an gewisse Voraussetzungen geknüpften positiven Tätigwerdens bedurfte, fehlt ein ausreichender Anhalt.

b) Selbst wenn jedoch die Auffassung der Berufung, aus der in § 2 der letztwilligen Verfügung vom 14.1.2010 angeordneten Auflage ergebe sich, dass nach Bestellung des Klägers zum Geschäftsführer seine Abberufung nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes möglich sei, würde dies im Ergebnis nichts ändern. Denn die im Streit stehende Abberufung des Klägers war jedenfalls durch einen wichtigen Grund im Sinne von § 38 Abs. 2 GmbHG getragen.

aa) Ein wichtiger Grund zur Abberufung jedes von mehreren Geschäftsführern liegt bereits in dem Umstand, dass diese untereinander so zerstritten sind, dass eine Zusammenarbeit zwischen ihnen nicht mehr möglich ist, soweit der jeweils Abzuberufende durch sein – nicht notwendigerweise schuldhaftes – Verhalten zu dem Zerwürfnis beigetragen hat, wobei es für die Beurteilung, ob zwischen Geschäftsführern ein unheilbares Zerwürfnis eingetreten ist, nicht entscheidend auf ein etwaiges Verschulden der beteiligten Geschäftsführer, sondern vielmehr darauf ankommt, ob unter den gegebenen Umständen eine gedeihliche Zusammenarbeit noch zu erwarten ist (vgl. BGH, GmbHR 1992, 299, 300 f.; ferner zum Beispiel BGH, GmbHR 2009, 434, 435 m. A. Werner, GmbHR 2009, 435, 436 f.; ebenso etwa Senat, GmbHR 2013, 414, Tz. 167; OLG Köln, GmbHR 2011, 135, Tz. 27; MünchKommGmbHG/Stephan/Tieves, 1. Aufl., § 38 Rdnr. 88, 98 [„Zerrüttung“]; Schneider/Schneider in Scholz, GmbHG, 11. Aufl., § 38 Rdnr. 50); es ist auch nicht entscheidend, wessen Verschuldensanteil überwiegt (siehe etwa OLG München, Urteil vom 22.7.2010, 23 U 4147/09, Tz. 35 f.; vgl. auch Schneider/Schneider in Scholz, GmbHG, 11. Aufl., § 38 Rdnr. 50), auf die Verursachens- und Verschuldensbeiträge kommt es vielmehr nicht an (siehe OLG München, Urteil vom 22.7.2010, 23 U 4147/09, Tz. 35; MünchKommGmbHG/Stephan/Tieves, 1. Aufl., § 38 Rdnr. 88; tendenziell anders aber wohl etwa Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl., § 38 Rdnr. 13). Im Falle dauerhaften Streits zwischen Geschäftsführern, der ein gedeihliches Zusammenwirken gefährdet oder gar ausschließt, im Falle unbeheb-

barer Verfeindung muss nicht der überwiegend schuldige Geschäftsführer, sondern es kann derjenige abberufen werden, auf dessen Mitwirkung weniger Wert gelegt wird (MünchKommGmbHG/Stephan/Tieves, 1. Aufl., § 38 Rdnr. 98; Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl., § 38 Rdnr. 13), ein Anspruch auf Gleichbehandlung besteht nicht (siehe etwa Schneider/Schneider in Scholz, GmbHG, 11. Aufl., § 38 Rdnr. 50). Streitig ist allerdings, ob auch ein Geschäftsführer aus wichtigem Grund abberufen werden kann, der zu dem Streit nichts beigetragen hat (bejahend MünchKommGmbHG/Stephan/Tieves, 1. Aufl., § 38 Rdnr. 88 m. N. zum Streitstand in Fn. 177).

bb) Nach diesen Maßstäben war die im Streit stehende Abberufung des Klägers von einem wichtigen Grund getragen.

(1) Unter anderem er und der (weitere) Geschäftsführer der Beklagten sind – wie das LG festgestellt hat – untereinander so zerstritten, dass eine Zusammenarbeit zwischen ihnen nicht mehr möglich ist. Dass diese Feststellung richtig ist, zeigt schon die Vielzahl der rechtlichen Streitigkeiten, die auch zwischen diesen beiden Personen unstreitig gerichtlich anhängig sind bzw. ausgetragen wurden. Das bestehende Zerwürfnis stellt die Berufung im Übrigen selbst nicht in Abrede.

(2) Dass der Kläger – wie die Berufung geltend macht – hierzu nichts beigetragen habe, trifft nicht zu. Weiterer Aufklärung durch den Senat bedarf dieser Aspekt nicht.

(...)

16. GmbHG § 6 Abs. 2 (*Bestellungshindernis eines Geschäftsführers wegen Straftaten im Ausland*)

Nur vorsätzlich begangene Straftaten im In- oder Ausland führen zur Inhabilität des Geschäftsführers, nicht schon Sachverhalte, die im Ausland nur als Ordnungswidrigkeit qualifiziert werden. (Leitsatz der Schriftleitung)

OLG München, Beschluss vom 18.6.2014, 31 Wx 250/14

Aus den Gründen:

Die Beschwerde hat Erfolg, weil der Senat die Auffassung des AG nicht teilt, dass die hinsichtlich der Vorverurteilungen im Sinne von § 6 Abs. 2 Nr. 3 Satz 3 GmbHG zuletzt am 4.6.2014 abgegebene eidesstattliche Versicherung nicht ausreicht.

Die Auffassung des Registergerichts, die Versicherung sei unzulänglich, weil sie Auslandstaten nicht umfasse, die dort etwa als Ordnungswidrigkeiten eingestuft würden, findet im Gesetz keine Stütze. Sowohl aus dem Wortlaut des § 6 Abs. 3 GmbHG als auch aus der Begründung des Regierungsentwurfs zum Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) ergibt sich klar, dass nur vorsätzlich begangene Straftaten – sei es im Inland oder im Ausland – zur Inhabilität führen. So spricht § 6 Abs. 2 Satz 3 GmbHG von „einer Verurteilung im Ausland“. Zudem wird der Begriff „Tat“ als gleichbedeutend mit „Straftat“ verwendet, denn bei den „in Satz 2 Nr. 3 genannten Taten“ handelt es sich ausschließlich um Straftaten, die in § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 Hs. 1 GmbHG auch als solche bezeichnet sind.

Der Gesetzgeber hat auch nicht beabsichtigt, Sachverhalte einzubeziehen, die im Ausland nur als Ordnungswidrigkeit qualifiziert werden. In der Begründung zum Regierungsentwurf wird zu § 6 Abs. 2 Satz 3 ausgeführt: „Der neu gefasste Satz 3 erstreckt das Bestellungshindernis nach Satz 2 Nr. 3 nunmehr ausdrücklich auf Fälle der Verurteilung wegen ver-

gleichbarer ausländischer Straftaten, um auch in diesen Fällen einen einheitlichen Schutzstandard vor ungeeigneten Personen als Geschäftsführer zu gewährleisten“ (BT-Drucks. 16/6140, S. 33). Darüber hinaus ist eine Erstreckung der Bestellungshindernisse auf den Fall der Untersagung der Geschäftsführertätigkeit als solcher durch ausländische Entscheidungen ausdrücklich abgelehnt worden. Es gehe zu weit, wenn sämtliche Entscheidungen auf Grundlage ausländischer Rechtsordnungen, durch die einer Person eine Geschäftsführertätigkeit untersagt werden könne, in § 6 Abs. 2 GmbHG inkorporiert würden, ohne dass zuvor geprüft würde, ob die zugrundeliegenden Bestellungshindernisse den im deutschen Recht vorgesehenen auch inhaltlich und wertmäßig entsprächen. Eine solche Prüfung werde demgegenüber durch die im Regierungsentwurf vorgesehene Lösung gewährleistet, die in § 6 Abs. 2 Satz 3 GmbHG-E eine Erstreckung der Bestellungshindernisse wegen unternehmensbezogener Straftaten auf „vergleichbare Verurteilungen im Ausland vorsehe“. Wörtlich wird dazu ausgeführt: „Es erscheint genauer und zur Einschränkung der Berufsfreiheit angemessener, auf die zugrundeliegende Straftat und nicht auf die Rechtsfolge (Verbot der Geschäftsführertätigkeit) abzustellen“ (vgl. BT-Drucks. 16/6140, S. 75).

Ein Bestellungshindernis bilden folglich nur vergleichbare ausländische Straftaten. Die Formulierung des Gesetzes bringt das zum Ausdruck, was der Gesetzgeber regeln wollte, nämlich das Bestellungshindernis nach § 6 Satz 2 Nr. 3 auf die Fälle der Verurteilung wegen vergleichbarer ausländischer Straftaten zu erstrecken. Nachdem im Ausland begangene Ordnungswidrigkeiten kein Bestellungshindernis darstellen, besteht entgegen der Auffassung des Registergerichts auch kein Anlass, in die Erklärung des Geschäftsführers zusätzliche Formulierungen aufzunehmen, die derartige Sachverhalte abdecken.

Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

17. GBO §§ 19, 22, 29; InsO §§ 23, 32, 88 (*Nachweis der insolvenzrechtlichen Rückschlagsperre*)

Für den grundbuchverfahrensrechtlichen Nachweis, dass die Eintragung des von der Rückschlagsperre erfassten Rechts innerhalb der Frist des § 88 InsO erfolgt ist, reicht es, wenn sich der Zeitpunkt des maßgeblichen Insolvenzeröffnungsantrages aus dem Grundbuch ergibt und damit offenkundig ist.

OLG Köln, Beschluss vom 25.2.2015, 2 Wx 29/15

Die Bauunternehmung N. (im Folgenden: Insolvenzschuldnerin) ist eingetragene Eigentümerin des im Rubrum näher bezeichneten Grundbesitzes. Mit am 31.8.2010 beim AG Köln eingegangenen Eigenantrag hat die Insolvenzschuldnerin die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über ihr Vermögen beantragt. Durch Beschluss vom 31.8.2010, 71 IN 307/10, bestellte das AG Köln den Beteiligten zu 1 als vorläufigen Insolvenzverwalter. Am 1.9.2010 erfolgte im Grundbuch in Abt. III unter der lfd. Nr. 13 im Wege des Verwaltungszwangsverfahrens aufgrund eines Ersuchens der Stadt K vom 31.8.2010 zugunsten des Beteiligten zu 2 die Eintragung einer Zwangssicherungshypothek über 11.120,12 € mit 1% Säumniszuschlag monatlich aus 10.235,62 € ab dem 1.9.2010. Am 20.9.2010 ist im Grundbuch in Abt. II lfd. Nr. 3 ein Vermerk über die Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters für das Vermögen der Insolvenzschuldnerin durch Beschluss des AG Köln

vom 31.8.2010 (71 IN 307/10) eingetragen worden. Durch Beschluss des AG Köln vom 1.12.2010, 71 IN 307/10, wurde über das Vermögen der Insolvenzschuldnerin das Insolvenzverfahren eröffnet und der Beteiligte zu 1 zum Insolvenzverwalter bestellt. Unter dem 21.12.2010 ist dann im Grundbuch in Abt. II lfd. Nr. 4 bei gleichzeitiger Löschung der Eintragung in Abt. II lfd. Nr. 3 ein Vermerk über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens durch Beschluss des AG Köln (71 IN 307/10) eingetragen worden.

Mit Schriftsatz vom 22.10.2014 hat der Beteiligte zu 1 beantragt, die zugunsten des Beteiligten zu 2 im Grundbuch eingetragene Zwangssicherungshypothek von Amts wegen gemäß § 53 GBO zu löschen, da die Zwangssicherungshypothek mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens gemäß § 88 Abs. 1 InsO unwirksam geworden sei. Das Grundbuchamt hat dem Beteiligten zu 1 daraufhin mitgeteilt, dass die Voraussetzungen des § 53 GBO nicht vorliegen würden. Zur Löschung der Zwangssicherungshypothek sei neben dem Antrag des Beteiligten zu 1 die Löschungsbewilligung des Beteiligten zu 2 erforderlich; der Unrichtigkeitsnachweis sei nicht erbracht. Eine Bescheinigung des Insolvenzgerichts über den Zeitpunkt des Eingangs des Insolvenzantrags erfülle nach Auffassung des BGH nicht die Voraussetzungen des § 29 GBO. Durch den am 23.12.2014 erlassenen Beschluss vom 19.12.2014 hat das Grundbuchamt den Antrag des Beteiligten zu 1 auf Löschung der zugunsten des Beteiligten zu 2 eingetragenen Zwangssicherungshypothek zurückgewiesen. Gegen diese Entscheidung wendet sich der Beteiligte zu 1. Er macht geltend, der Tatbestand des § 53 GBO sei erfüllt. Zudem seien die Voraussetzungen des § 29 GBO gegeben. Bereits aus dem Grundbuch ergebe sich, dass die Zwangssicherungshypothek gemäß § 88 Abs. 1 InsO unwirksam sei. Im Übrigen reiche eine Bescheinigung des Insolvenzgerichts über den Zeitpunkt des Eingangs des Eintragungsantrags aus.

Durch am 19.1.2015 erlassenen Beschluss vom 13.1.2015 hat das Grundbuchamt der Beschwerde des Beteiligten zu 1 nicht abgeholfen und die Sache dem OLG zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

II.

Die zulässige Beschwerde des Beteiligten zu 1 hat auch in der Sache Erfolg.

Dem Grundbuchamt ist zwar zuzustimmen, als eine Löschung gemäß § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO schon deshalb ausscheidet, weil es sich bei der Eintragung einer Zwangssicherungshypothek nicht um eine unzulässige Eintragung handelt. Eine Eintragung ist nur dann unzulässig, wenn ein Recht mit dem Inhalt oder in der Ausgestaltung, wie es eingetragen ist, aus Rechtsgründen nicht bestehen kann, wobei sich die Unzulässigkeit schon aus dem Eintragungsvermerk selbst und der zulässigerweise in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung ergeben muss (*Demharter*, GBO, 29. Aufl. 2014, § 53 Rdnr. 42), was hier offensichtlich nicht der Fall ist. Auch die Eintragung eines Widerspruchs gemäß § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO kommt nicht in Betracht, weil die Eintragung der Zwangssicherungshypothek nicht unter der Verletzung gesetzlicher Vorschriften vorgenommen worden ist. Denn zum Zeitpunkt der Eintragung der Zwangssicherungshypothek war das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Insolvenzschuldnerin noch nicht eröffnet, so dass die eingetragene Zwangssicherungshypothek noch nicht gemäß § 88 Abs. 1 InsO unwirksam sein konnte.

Der Antrag des Beteiligten zu 1, die zugunsten des Beteiligten zu 2 im Grundbuch eingetragene Zwangssicherungshypothek gemäß § 53 GBO zu löschen, ist jedoch auch als Antrag zu verstehen, die Löschung im Wege einer Berichtigung gemäß § 22 Abs. 1 Satz 1 GBO vorzunehmen. Dieser Antrag des Beteiligten zu 1 ist entgegen der Auffassung des Grundbuchamtes begründet. Die am 1.9.2010 im Wege des Verwaltungszwangsverfahrens zugunsten des Beteiligten zu 2 im Grundbuch eingetragene Zwangssicherungshypothek ist mit

Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Insolvenzschuldnerin am 1.12.2010 gemäß § 88 Abs. 1 InsO unwirksam geworden. Nach dieser Vorschrift wird eine Sicherung mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens unwirksam, wenn ein Insolvenzgläubiger diese Sicherung im letzten Monat vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder nach diesem Antrag durch Zwangsvollstreckung an dem zur Insolvenzmasse gehörenden Vermögen des Schuldners erhalten hat.

Dies ist hier der Fall. Der Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Grundstückseigentümerin ist bereits am 31.8.2010 beim Insolvenzgericht und damit vor der Eintragung der Zwangssicherungshypothek am 1.9.2010 eingegangen. Maßgeblich ist insoweit nach der wohl herrschenden Meinung in der Rechtsprechung und Literatur der Zeitpunkt der Eintragung der Zwangssicherungshypothek und nicht bereits der Stellung des Eintragungsantrages, selbst wenn sämtliche Eintragungsvoraussetzungen bereits bei Antragstellung vorgelegen haben (Senat, FGPrax 2010, 230 m. w. N.; Uhlenbruck, InsO, 13. Aufl. 2010, § 88 Rdnr. 20; Sternal, NZI 2014, 928, 929; anderer Ansicht: Lüke in Kübler/Prütting/Bork, InsO, Stand Juni 2014, § 88 Rdnr. 17; offengelassen von BGHZ 194, 60 = NZI 2012, 753). Letztlich kann dies hier dahinstehen, weil das hier maßgebliche Eintragungsersuchen vom 31.8.2010 stammt und damit von der Frist des § 88 Abs. 1 InsO erfasst wird.

Entgegen der Auffassung des Grundbuchamtes bedurfte es vorliegend keines weiteren Nachweises der Unrichtigkeit des Grundbuchs in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO. Der Formzwang dieser Vorschrift gilt nicht ausnahmslos. Vielmehr ist ein Nachweis durch Urkunden entbehrlich, wenn offenkundig ist, dass die Sicherungshypothek in dem letzten Monat vor dem Eingang des Eröffnungsantrags oder nach diesem Antrag eingetragen worden ist (BGHZ 194, 60 = FGPrax 2012, 234; Keller, ZIP 2000, 1324, 1331). Dies ist nach der Rechtsprechung des BGH zum Beispiel der Fall, wenn zwischen der Eintragung der Zwangssicherungshypothek und der Eröffnung des Insolvenzverfahrens weniger als ein Monat vergangen ist. Offenkundig sind aber auch Tatsachen, die das Grundbuchamt aus seinen Akten entnehmen kann (BayObLG, Rpfleger 2001, 486, 487; Demharter, GBO, 29. Auflage 2014, § 29 Rdnr. 51). Sind in den Grundakten bzw. in dem Grundbuch bestimmte Tatsachen formgerecht bezeugt, kann sich der Antragsteller hierauf berufen, ohne dass es eines weiteren Nachweises dieser Tatsache durch Urkunden bedarf.

Unter Beachtung dieser Grundsätze ist hier bereits aufgrund von Eintragungen im Grundbuch offenkundig, dass in dem Verfahren 71 IN 307/10 AG Köln (spätestens) am 31.8.2010 und damit vor der Eintragung der streitbefangenen Sicherungshypothek am 1.9.2010 ein Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der eingetragenen Grundstückseigentümerin gestellt worden ist, der dann ausweislich des bei den Akten befindlichen Beschlusses des AG – Insolvenzgerichts – Köln vom 1.12.2010 in dem Verfahren 71 IN 307/10 am 1.12.2010 zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens geführt hat. In dem streitbefangenen Grundbuch ist unter dem 20.9.2010 eingetragen worden, dass bereits am 31.8.2010 unter dem vorstehenden Aktenzeichen ein vorläufiger Insolvenzverwalter mit Zustimmungsvorbehalt (§ 23 Abs. 3 InsO i. V. m. § 32 InsO) bestellt worden. Damit ist auch offenkundig, dass spätestens am Tage der Beschlussfassung durch das AG Köln der Eröffnungsantrag beim Insolvenzgericht eingegangen sein muss. Denn vorläufige Sicherungsmaßnahmen dürfen nur im Rahmen eines Insol-

venzeröffnungsverfahrens erlassen werden und setzen bereits nach dem Wortlaut der maßgeblichen Vorschrift (§ 21 Abs. 1 Satz 1 InsO) einen entsprechenden zulässigen Insolvenzantrag voraus (vgl. HK-Kirchhof, 7. Aufl. 2014, § 21 Rdnr. 3). Vorliegend ist zudem auch aktenkundig, dass dieser Insolvenzantrag auch Grundlage der Eröffnung des Insolvenzverfahrens gewesen ist. Denn sowohl der Beschluss über die vorläufige Bestellung eines Insolvenzverwalters vom 31.8.2010 als auch derjenige über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens vom 1.12.2010 sind in demselben Verfahren vor dem AG Köln unter dem Aktenzeichen 71 IN 307/10 ergangen.

Aufgrund der vorliegend gegebenen Offenkundigkeit kann der Senat es dahinstehen lassen, ob der von der überwiegenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Auffassung uneingeschränkt zu folgen ist (vgl. BGHZ 164, 60 = FGPrax 2012, 234; OLG Hamm, ZInsO 2014, 150; OLG München, NZI 2014, 927 mit Anm. Sternal, NZI 2014, 928; andere Ansicht OLG Köln, FGPrax 2010, 230; 1763; OLG München, FGPrax 2012, 13), dass weder mit einer entsprechenden Bescheinigung des Insolvenzgerichts noch mit den Gründen des Eröffnungsbeschlusses der Zeitpunkt des Antragseingangs nachgewiesen werden kann.

(...)

Kostenrecht

18. GNotKG § 50 Nr. 3 lit. b, § 51 Abs. 1, §§ 79, 81, 83 Abs. 1, § 134 Abs. 1, § 136 Abs. 1 Nr. 1; KostO § 15 Abs. 2, § 20 Abs. 1 und 2, § 31 Abs. 1 und 3 (*Zur Bewertung eines Wiederkaufsrechts zur Absicherung einer sog. negativen Bauverpflichtung sowie der Übernahme von Kosten für die erstmalige technische Erschließung durch den Käufer*)

Im Kaufvertrag mit einem gemeindlichen Erschließungsträger über eine gewerbliche Fläche, die sich im Gebiet einer städtebaulichen Entwicklungsmaßnahme befindet (hier: Zuführung eines ehemaligen Kasernengeländes zur zivilen Nutzung), können für die Bewertung neben dem ausgewiesenen Kaufpreis (Euro-Betrag) als dessen Bestandteile Berücksichtigung finden:

- nach Vertragsschluss fällige Pauschale zur Abgeltung des Kostenaufwands der Stadtwerke für die technische Erschließung;
- Wiederkaufsrecht zur Absicherung einer sog. negativen Bauverpflichtung.

OLG München, Beschluss vom 21.11.2014, 34 Wx 221/14 Kost

Der Beteiligte zu 1 erwarb mit Eintragung gemäß Auflassung vom 17.2.2012 Grundeigentum zu 1483 qm (Gebäude- und Freifläche). Das Grundbuch enthält in Abt. II einen Vermerk über die Durchführung einer städtebaulichen Entwicklungsmaßnahme. Verkäuferin war eine Gesellschaft für Stadtentwicklung und Immobilienbetreuung, die als Entwicklungsträgerin und Treuhänderin der Stadt A. mit der Zuführung von Grundflächen im Gelände einer ehemaligen Kaserne zur zivilen Nutzung beauftragt war. Die Eigentumsumschreibung fand am 19.9.2012 statt; zugleich wurde die eingetragene Eigentumsvermerkung gelöscht. Nach der kaufvertraglichen Vereinbarung betrug der Quadratmeterpreis 115 €. Der Kostenansatz vom 19.9.2012 bewertet das Geschäft mit 170.599 €, woraus sich für die Eigentumsumschreibung (§ 60 KostO) eine Gebühr von 327 €, für die Katasterfortschreibung eine Gebühr von 98,10 € und für die Löschung der eingetragenen Vermerkung (§ 68 KostO) eine solche von 81,75 € errechnet.

Am 13.12.2013 beantragte der örtliche Bezirksrevisor – Beteiligter zu 2 – für die Staatskasse die Einleitung eines Wertermittlungsverfah-

rens. Nur den Kaufpreis zu berücksichtigen – dann wohl richtig 170.545 € – sei nicht zutreffend; hinzuzurechnen seien vielmehr sämtliche vom Käufer übernommenen oder ihm sonst infolge der Übernahme obliegenden Leistungen, wozu gehörten:

1. Kosten für die erstmalige Herstellung der Ver- und Entsorgungseinrichtungen (Strom, Wasser, Fernwärme, Medien etc. gemäß Kaufvertrag – KV – Ziffer III. 1. d.: 1.483 qm x 18 € = 26.694 €);
2. Bauverpflichtung entsprechend den Zielen und Zwecken der städtebaulichen Entwicklungsmaßnahme nach Maßgabe des geltenden Bebauungsplans (Ziffer VII. KV) und damit korrespondierendes Wiederkaufsrecht des Verkäufers gemäß Ziffer VIII. KV (20 % der veranschlagten und noch zu ermittelnden Baukosten).

Das Grundbuchamt leitete daraufhin mit Verfügung („Beschluss“) vom 17.12.2013, dem Kostenschuldner förmlich übermittelt am 19.12.2013, ein Wertermittlungsverfahren ein. Nach Anhörung des Beteiligten zu 1 ermittelte der Beteiligte zu 2 den Geschäftswert mit 297.000 € (Kaufpreis von 170.545 € zuzüglich Herstellungskosten gemäß Ziffer III. KV von 26.694 € sowie Wert der Bauverpflichtung mit 100.000 €, errechnet mit 20 % der geschätzten Mindestherstellungskosten) mit der Aufforderung vom 17.4.2014 an den Kostenbeamten, noch 279 € nachzuerheben.

Mit Beschluss vom 17.4.2014 hat das Grundbuchamt für die gegenständliche Bewertung den Geschäftswert auf 170.599 € festgesetzt. Den Gründen ist zu entnehmen, dass sich das Grundbuchamt – Rechtspfleger – jedenfalls nach § 31 Abs. 1 Satz 1 KostO von Amts wegen in der Lage sah („es ihm angemessen erscheint“), ein förmliches Verfahren durchzuführen und den Wert verbindlich festzusetzen. Im Übrigen enthält der Beschluss umfangreiche Ausführungen zum Verfahrensgang, nichts jedoch zur Festsetzung selbst.

Gegen den Beschluss richtet sich die Beschwerde des Beteiligten zu 2 vom 15.5.2014 mit dem Antrag, den Geschäftswert für die nachzuerhebenden Gebühren auf 297.000 € entsprechend der Stellungnahme vom 17.4.2014 festzusetzen. Beanstandet wird (u. a.) die fehlende Auseinandersetzung des Grundbuchamts mit der Festsetzung selbst (§ 19 Abs. 2, § 20 Abs. 2 KostO).

Das Grundbuchamt hat mit Verfügung vom 20.5.2014 nicht abgehoffen und sich hierbei auch mit der Sache befasst. Es meint, vorauslagte Erschließungskosten seien nach der Rechtsprechung des BayObLG allenfalls mit 20 % anzusetzen und hier praktisch irrelevant. Eine Erhöhung des Geschäftswerts über den vereinbarten Kaufpreis hinaus durch eine angeblich vereinbarte Bauverpflichtung könne nicht mit der notwendigen Bestimmtheit festgestellt werden. Pauschalierungen seien problematisch. Eine wirtschaftliche Bedeutung hier für die Verkäuferseite sei nicht erkennbar. In ähnlichen Fällen sei früher vom damaligen Bezirksrevisor keine Werterhöhung unterstellt worden, der Ansatz, Bausummen mit dem Wert der Bauverpflichtung gleichzusetzen, im Übrigen irrig.

Der zuständige Einzelrichter hat das Verfahren mit Beschluss vom 24.7.2014 dem Senat (§ 81 GBO; § 122 Abs. 1 GVG) zur Entscheidung übertragen.

Aus den Gründen:

II.

Nach Art. 50 des 2. KostRModG ist das GNotKG am 1.8.2013 in Kraft getreten. Indessen sind Kostenansatz einschließlich der Nachforderung Teile des Ausgangsverfahrens, wegen dessen es zur Kostenerhebung kommt (*Pfeiffer in Bormann/Diehn/Sommerfeldt*, GNotKG, § 136 Rdnr. 3); es gilt dann die Kostenordnung fort (§ 136 Abs. 1 Nr. 1 GNotKG). Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt, weil der verfahrenseinleitende Antrag bereits im Jahr 2012 beim Grundbuchamt eingegangen ist.

Demnach richtet sich die Beschwerde gegen den Geschäftswertfestsetzungsbeschluss vom 17.4.2014 noch nach § 31 Abs. 3 KostO. Form und Frist sind gewahrt, der Beschwerdewert von mehr als 200 € mit einer geforderten Nacherhebung i. H. v. 279 € ist erreicht (vgl. § 31 Abs. 3 Satz 1, 3 und 5, § 14 Abs. 6 Satz 1, 2 und 4 KostO). Insoweit kommt es nicht auf

den Wert der Einzelpositionen im Kostenansatz, sondern auf den Gesamtwert an, um den die Kostenrechnung abgeändert werden soll (*Waldner in Rohs/Wedewer*, KostO, Stand November 2011, § 14 Rdnr. 26). Das Rechtsmittel ist somit zulässig.

Nichts Abweichendes ergäbe sich, wenn man die gerichtliche Wertfestsetzung (§ 79 GNotKG) – anders als den Kostenansatz – als gesondertes Verfahren erachtete, für das dann wegen Einleitung nach dem 31.7.2013 die Vorschriften des GNotKG gelten würden. Die Zulässigkeit folgt insoweit aus den im Wesentlichen identischen Regelungen in § 83 Abs. 1 Satz 1 und 5 sowie § 81 Abs. 3 und 5 Satz 1, 2 und 4 GNotKG. Die Bewertung selbst richtet sich auch in diesem Fall nach bisherigem Recht (vgl. § 134 Abs. 1 GNotKG).

Die Geschäftswertbeschwerde erweist sich auch als begründet.

(...)

2. In der Berechnung des Geschäftswerts ist dem Beteiligten zu 2 in jeder Beziehung zu folgen.

a) Nach § 20 Abs. 1 Satz 1 KostO kommt zunächst der im Vertrag ausgewiesene Kaufpreis zum Ansatz, der sich zutreffend mit 170.545 € berechnet.

b) Zum Kaufpreis rechnen aber auch die übernommenen Kosten für die erstmalige Herstellung der Ver- und Entsorgungseinrichtungen (Strom, Wasser, Fernwärme, Medien etc. gemäß Kaufvertrag – KV – Ziffer III. 1. d.: 1.483 qm x 18 € = 26.694 €). Das ergibt sich aus § 20 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 KostO, wonach die vom Käufer übernommenen Leistungen hinzuge-rechnet werden. Nach der Vertragsgestaltung handelt es sich um eine Kostenpauschale zur Abgeltung des Aufwands für die technische Grundstückerschließung, die als ein Teil der Gegenleistung (III. „Kaufpreis“) – nämlich „zusätzlich zum Kaufpreis“ (Ziffer III. 1. d) in Euro gemäß Ziffer III. I. a KV – ausgestaltet ist. Diese war unabhängig von der Erschließung selbst unmittelbar nach Vertragsschluss und ohne Sicherstellung des Käufers an den Verkäufer für Rechnung der Stadtwerke abzuführen. Zutreffend ist zwar, dass Leistungen im Sinne des § 20 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 KostO nicht solche sind, zu denen der Käufer aufgrund gesetzlicher Vorschrift als öffentliche Last ohnehin verpflichtet wäre (OLG Zweibrücken, Rpfleger 1973, 448; OLG Hamm, FGPrax 1995, 125; BayObLG, MittBayNot 1998, 370 mit Anm. *Grziwotz*). Hier geht es jedoch nicht um eine öffentliche Last aufgrund gesetzlicher Vorschrift (BauGB; KAG), sondern um einen vorgezogenen – pauschalierten – Beitrag auf die zukünftige Errichtung von Anlagen, zu dem der Käufer nicht verpflichtet wäre (*Grziwotz*, MittBayNot 1998, 371, 372; *Hartmann*, § 20 KostO Rdnr. 14). Von der gegenständlichen Pauschale ausdrücklich nicht umfasst sind Kosten für Erschließungsanlagen im Sinne von § 127 Abs. 2 BauGB sowie Kanalherstellungsbeiträge nach der örtlichen Beitrags- und Gebührensatzung, die im Kaufpreis selbst enthalten sind (Ziffer b). Anders als das AG hält es der Senat bei der vorliegenden Vertragsklausel auch für zwingend, den Gesamtbetrag entsprechend seiner Sicherstellungsfunktion für den Erschließungsträger in Ansatz zu bringen (*Grziwotz* und OLG Hamm, je a. a. O., unter Hinweis auf § 23 Abs. 1 KostO) und nicht lediglich einen Bruchteil (BayObLG, a. a. O.), wie dies bei (bloßen) Vorauszahlungen auf künftige – gesetzliche – Erschließungsbeiträge naheliegen könnte (OLG Zweibrücken, Rpfleger 1973, 448 und BayObLG, MittBayNot 1998, 370).

c) Gleichermaßen zum Kaufpreis hinzuzurechnen ist das vereinbarte Wiederkaufsrecht des Verkäufers.

(1) Das Wiederkaufsrecht ist eigenständig als Kaufpreisteil mitzubewerten.

Solange das Wiederkaufsrecht nur als Sicherungsrecht den Vertragszweck absichert, findet eine Hinzurechnung nicht statt. Anders ist dies hingegen, wenn das genannte Recht für den Verkäufer eine eigene wirtschaftliche Bedeutung hat, nämlich wenn ihm ein Wiederkaufsrecht für den Fall eingeräumt wird, dass das Grundstück nicht innerhalb einer bestimmten Frist bebaut wird (sog. negative Bauverpflichtung). Die Berücksichtigung als Teil der Käuferleistung rechtfertigt sich, weil die durch das Wiederkaufsrecht abgesicherte „negative“ Verpflichtung, nicht anders als die „positive“ Verpflichtung (jetzt § 50 GNotKG), einen wirtschaftlichen Wert in dem Sinne hat, dass der Käufer eine zusätzliche Leistung – nämlich die zeitgerechte Errichtung eines Bauwerks – erbringen muss, sofern er das Grundstück behalten will. Diese wirkt kaufpreiserhöhend und ist demnach zusätzlich zu bewerten (OLG Oldenburg, JurBüro 2013, 649; OLG Karlsruhe, FGPrax 2006, 39; Tiedtke, DNotZ 2014, 575/577; Triller, MittBayNot 2001, 29 sowie Anm. der Prüfungsabteilung der Notarkasse, a. a. O., S. 31). Die Bewertung richtet sich hierbei, wenn der Wert nicht – wie etwa bei einem Unterverkauf als Differenzbetrag zum Verkehrswert (vgl. BGH, MittBayNot 2006, 257) – feststeht, nach § 30 Abs. 1 KostO (vgl. Anm. der Prüfungsabteilung der Notarkasse zu BGH, MittBayNot 2006, 257).

(2) Für die Bewertung der Höhe nach gilt Folgendes:

Das gegenständliche Recht soll die unverzügliche Bebauung der in einem rechtskräftigen Bebauungsplan als gewerblich ausgewiesenen Grundstücksfläche (siehe Anl. 1 und 2 zum Kaufvertrag) in einem städtebaulichen Entwicklungsgebiet (§§ 165 ff. BauGB) sicherstellen und zudem die Weiterveräußerung ohne Zustimmung des Verkäufers verhindern (Ziffer VIII.). Maßgeblich ist das im konkreten Fall bestehende Interesse des aus der Bauverpflichtung Berechtigten an der Errichtung des Gebäudes (BayObLG, MittBayNot 1995, 488 m. w. N.) wie an seinen Einflussmöglichkeiten im Fall eines Weiterverkaufs. Die Obergrenze für die Bewertung eines derartigen Rechts bildet nach § 20 Abs. 2 KostO der halbe (Grundstücks-)Wert. Mit dem halben Wert bestimmt dies auch die aktuell geltende Bestimmung des § 51 Abs. 1 Satz 2 GNotKG. Hiervon ist abzuweichen, wenn ein Unterschied zum Wert durchschnittlicher Fälle deutlich erkennbar ist (BayObLG, Rpfleger 1997, 404; siehe jetzt § 51 Abs. 3 GNotKG).

Handelt es sich – wie hier – um gewerbliche Objekte, so wird allerdings unter der Geltung der KostO häufig nicht der Grundstückswert herangezogen, sondern die voraussichtliche Investitionssumme, und zwar auch ohne Mindestvereinbarung (BayObLG, MittBayNot 1995, 488; OLG Zweibrücken, MittBayNot 2001, 97; Bengel/Tiedtke in *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, § 20 Rdnr. 26a und 27b). Der Senat folgt dem. Denn die Investitionskosten erscheinen bei gewerblichen Objekten im Allgemeinen als ein geeigneter Indikator. Dies wird auch vom Gesetzgeber grundsätzlich bestätigt, indem er nun außerhalb abschließender Bewertungsvorschriften in § 50 Nr. 3 lit. b GNotKG bei gewerblich genutzten Bauwerken einen bestimmten Prozentsatz der voraussichtlichen Herstellungskosten als Wert bei einer schuldrechtlichen Verpflichtung bestimmt. Eine derartige Bewertung nach den Errichtungskosten dürfte zwar wegen § 51 Abs. 1 Satz 2 GNotKG, welche auf den Verkehrswert des Grundstücks abstellt, für negative Bauverpflichtungen nach aktuellem Recht nicht mehr zulässig sein (Tiedtke, DNotZ 2014, 575, 577). Unter der Geltung der Kostenordnung – wie hier – besteht aber kein Anlass, von diesem Bezugspunkt abzugehen.

Wiederkaufsrechte der öffentlichen Hand – für die von der Kommune beauftragte Entwicklungsgesellschaft kann nichts anderes gelten – gebieten es jedoch häufig, vom halben Wert nach unten deutlich abzuweichen (BayObLG, a. a. O.; Bengel/Tiedtke in *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 18. Aufl., § 20 Rdnr. 44; siehe auch Assenmacher/Mathias, KostO, 16. Aufl., Stichwort: Wiederkaufsrecht Anm. 1.3). Einerseits fallen zwar gemeindliche Interessen an der zügigen Schaffung oder Erhaltung von Arbeitsplätzen bzw. an der Umsiedlung vorhandener Betriebe ins Gewicht, was bei einer städtebaulichen Entwicklungsmaßnahme im Bereich einer Konversionsfläche, die eine einheitliche Vorbereitung und eine zügige Durchführung im öffentlichen Interesse verlangt (vgl. § 165 Abs. 1 BauGB), auf der Hand liegt und die mit dem Recht verbundene Belastung für den Käufer steigert. Andererseits ist die Wahrscheinlichkeit eher gering, dass die für den Wiederkauf vereinbarten Bedingungen eintreten. Zu berücksichtigen ist aber auch der verhältnismäßig enge zeitliche Rahmen, den der Käufer bei Abschluss des Kaufvertrags (30.6.2011) bis zur bezugsfertigen Bebauung (31.12.2012) hatte. Wirtschaftlich betrachtet belastet dies den Käufer und verdeutlicht das hohe Interesse des Berechtigten, das Gewerbegebiet möglichst schnell zu verwirklichen und dafür auch über Druckmittel zu verfügen. Deshalb ist es nicht geboten, den Wert im untersten Bereich anzusetzen, vielmehr ist der vom Beteiligten zu 2 gewählte Ansatz von 20 % sachgerecht.

(3) Nachvollziehbar kommt der Beteiligte zu 2 unter Berücksichtigung der zugleich mit der Eintragung der Vormerkung bewirkten Bestellung einer Grundschuld i. H. v. 700.000 € – sie dient ihrer Zweckbestimmung zufolge der Kaufpreisfinanzierung – abzüglich der Grundstückskosten (Kaufpreis von 170.599 € und technische Erschließung von 26.694 €) auf geschätzte Herstellungskosten von etwa 500.000 €. Damit erhöht sich der mit 20 % zu veranschlagende Geschäftswert um 100.000 €. Die Ausführungen des Beteiligten zu 1 im Rahmen seiner Anhörung geben zu einer abweichenden Bewertung keinen Anlass.

(...)

Anmerkung:

Die Entscheidung, die noch zur KostO ergangen ist, betrifft zwar Grundbucheintragungskosten, ist aber für die Bewertung eines Wiederkaufsrechtes, welches im Rahmen eines Kaufvertrages zur Sicherung einer „negativen oder stillschweigenden“ Bauverpflichtung bestellt wird, auch für Notare von Bedeutung. Insbesondere trifft das OLG München Aussagen darüber, wie reine Wiederkaufsrechte kostenrechtlich bei der Wertbestimmung nach § 20 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 KostO zu behandeln sind. An der kostenrechtlichen Einordnung hat sich durch das GNotKG nichts geändert.

Das OLG München bestätigt im Wesentlichen folgende Grundsätze:

a) Die Einräumung eines Wiederkaufsrechtes für den Verkäufer, das im Falle einer Nichtbebauung des gekauften Grundstücks innerhalb einer vereinbarten Frist ausgeübt werden kann, hat eine wirtschaftliche Bedeutung, da es eine „negative oder stillschweigende“ Bauverpflichtung sichert. Das wirtschaftliche Interesse des Verkäufers liegt in diesem Falle trotz Fehlens einer positiven Bauverpflichtung auf der gleichen Ebene, wie bei Eingehung einer Bauverpflichtung durch den Käufer. Durch das Wiederkaufsrecht werden die Rechte des Käufers eingeschränkt, bis das Grundstück nach dem Willen des Verkäufers bebaut ist.

b) Das Wiederkaufsrecht ist eine hinzuzurechnende Leistung des Käufers gemäß § 20 Abs. 1 KostO. An dieser Rechtslage hat sich auch durch das GNotKG (§ 47 GNotKG) nichts geändert; § 47 GNotKG führt die Wertbestimmung für Grundstückskaufverträge nahezu unverändert fort. Das Wiederkaufsrecht ist damit auch bei der Wertbestimmung nach § 47 GNotKG eine dem Kaufpreis hinzuzurechnende weitere Leistung des Käufers.

Bei der Einräumung eines Wiederkaufsrechtes zugunsten des Verkäufers für den Fall der Nichtbebauung oder der Weiterveräußerung ohne Bebauung des Grundstücks durch den Käufer, muss die Bewertung nach § 51 GNotKG erfolgen. Der Geschäftswert eines Wiederkaufsrechts ist nach § 51 Abs. 1 Satz 2 GNotKG im Regelfall mit der Hälfte des Wertes des veräußerten Grundbesitzes zu bestimmen (so bereits nach § 20 Abs. 2 KostO). Nach § 51 Abs. 3 GNotKG kann von diesem Wertansatz dann abgewichen werden, wenn nach den besonderen Umständen des Einzelfalles die Annahme des hälftigen Wertes unbillig sein sollte. Bei einem Wiederkaufsrecht, das nur ausgeübt werden kann, wenn eine Bebauung unterbleiben sollte, ist es sachgerecht, vom halben Grundstückswert nach § 51 Abs. 1 Satz 2 GNotKG abzuweichen. Es liegt nahe, den Geschäftswert des Wiederkaufsrechts mit einem Wertansatz in der Höhe zu bestimmen, der dem kostenrechtlichen Wert der gesicherten Interessen des Verkäufers entspricht (§ 51 Abs. 2 Satz 3 GNotKG). Kann das Wiederkaufsrecht durch den Verkäufer ausgeübt werden, wenn innerhalb einer bestimmten Frist keine Bebauung mit einem Wohnhaus erfolgt, dürfte ein Teilwert mit 20 % in Anwendung der Grundsätze des § 50 Nr. 3 lit. a) GNotKG sachgerecht sein.¹ Kann das Wiederkaufsrecht auch im Falle der Weiterveräußerung vor Bebauung oder bei Nutzung des Vertragsobjektes durch Dritte ausgeübt werden, ist ein entsprechend höherer Teilwert (in Höhe der in § 50 GNotKG bestimmten Werte) mit bis zu 50 % sachgerecht.

Eine Bauverpflichtung über ein gewerbliches Gebäude ist nach § 50 Nr. 3 lit. b) GNotKG zu bewerten. Maßgebend sind 20 % der voraussichtlichen Herstellungskosten. Behält sich der Verkäufer lediglich ein Wiederkaufsrecht ohne konkrete Bauverpflichtung vor, das im Falle der Nichtbebauung innerhalb einer bestimmten Frist ausgeübt werden kann, ist § 50 Nr. 3 lit. b) GNotKG nicht unmittelbar anwendbar. Die Bewertung hat vielmehr nach § 51 Abs. 1 Satz 2 GNotKG zu erfolgen.² Das hat das OLG bestätigt. Als Geschäftswert ist die Hälfte des Verkehrswertes des betroffenen Grundstücks (§ 46 GNotKG) maßgebend. Die künftigen Baukosten können nicht zugerechnet werden. Ist die Wahrscheinlichkeit der Ausübung des Wiederkaufsrechtes geringer einzuschätzen, kann auch ein unterhalb der Hälfte des Verkehrswertes liegender Wert angenommen werden (§ 53 Abs. 3 GNotKG). Dies ist im Einzelfall zu prüfen.

Dem Kaufpreis sind auch weitere vom Käufer übernommene Leistungen zuzurechnen, wie zum Beispiel die übernommenen Kosten für die erstmalige Herstellung der Ver- und Entsorgungseinrichtungen (Strom, Wasser, Fernwärme, Medien usw.). Diese Kosten wurden vom Käufer im Kaufvertrag ausdrücklich übernommen und sind unabhängig von der Erschließung unmittelbar nach Vertragsschluss und ohne Sicherstellung des Käufers an den Verkäufer für Rechnung der Stadtwerke abzuführen. Zutreffend stellt das OLG fest, dass keine Zurechnungen im Sinne von § 47 GNotKG (früher

§ 20 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 KostO) bezüglich Leistungen vorliegen, zu denen der Käufer aufgrund gesetzlicher Vorschrift als öffentliche Last ohnehin verpflichtet wäre.³ Bei dem hier entschiedenen Fall ging es aber nicht um öffentliche Lasten, sondern um einen vorgezogenen Beitrag auf die zukünftige Errichtung von Anlagen, zu denen der Käufer nicht verpflichtet wäre. Deshalb liegt eine Zurechnung nach § 47 GNotKG (§ 20 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 KostO) vor.

Notariatsoberrat *Werner Tiedtke*, Prüfungsabteilung der Notarkasse A. d. ö. R., München

³ OLG Zweibrücken, Beschluss vom 14.9.1973, 3 W 76/73, Rpfleger 1973, 448; OLG Hamm, Beschluss vom 15.12.1994, 15 W 287/94, FGPrax 1995, 125; BayObLG, Beschluss vom 1.4.1998, 3Z BR 342/97, MittBayNot 1998, 370 m. Anm. *Grziwotz*.

Öffentliches Recht

19. GrdStVG § 9 Abs. 2 Nr. 1, § 13 Abs. 7, § 15 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2; EStG § 13 Abs. 7, § 15 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2; RSG § 4 Abs. 1, § 6 Abs. 1 Satz 3, 8 Abs. 1, § 10; BGB § 464 Abs. 2 (*Erwerb eines landwirtschaftlichen Grundstücks zum Zwecke der Einbringung in eine Personengesellschaft*)

Der Erwerb eines landwirtschaftlichen Grundstücks durch den Gesellschafter zu dem Zweck, dieses als Sonderbetriebsvermögen (§ 13 Abs. 7 i. V. m. § 15 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 EStG) in eine Personengesellschaft einzubringen, ist bei wertender Betrachtung dem Erwerb durch die Gesellschaft nur dann gleichzustellen, wenn der Gesellschafter in dem Unternehmen als Mitunternehmer über die Bewirtschaftung mitentscheidet oder in dem Betrieb in anderer Weise hauptberuflich tätig ist und die Einbringung des Grundstücks in die Gesellschaft im Zeitpunkt des Erwerbs durch den Gesellschafter rechtlich sichergestellt ist.

BGH, Beschluss vom 28.11.2014, BLw 2/14

Mit notariellem Vertrag vom 16.2.2011 verkaufte die Beteiligte zu 6 ein in N. (Thüringen) gelegenes landwirtschaftliches Grundstück mit einer Größe von 3,6 ha zu einem Kaufpreis von 36.000 € an den Beteiligten zu 2, einen Landwirt mit einem Betrieb in Nordbayern. Über den Antrag auf Genehmigung nach dem Grundstücksverkehrsgesetz entschied die Beteiligte zu 3 (Genehmigungsbehörde) am 5.5.2011 durch Mitteilung über die Ausübung des siedlungsrechtlichen Vorkaufsrechts durch die Beteiligte zu 5 (Siedlungsunternehmen); zur Begründung führte sie an, dass eine ordnungsgemäße Bewirtschaftung des Kaufgrundstücks durch den Beteiligten zu 2 angesichts einer Entfernung von 130 km zu dessen Hofstelle nicht gesichert und dass ein Landwirtschaftsbetrieb willens und in der Lage sei, das Grundstück zur Aufstockung seines Betriebs zu erwerben.

Auf den Antrag des Beteiligten zu 2 auf gerichtliche Entscheidung, in dem er vorgetragen hat, das Grundstück in eine aus ihm und zwei anderen Gesellschaftern bestehende Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) mit Sitz in unmittelbarer Nähe des Kaufgrundstücks einzubringen, hat das AG (Landwirtschaftsgericht) unter Aufhebung des Bescheids der Beteiligten zu 3 die Genehmigung erteilt. Die Beschwerde der Beteiligten zu 1 (der übergeordneten Behörde) hat das OLG (Landwirtschaftssenat) zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde beantragen die Beteiligten zu 1 und 5, unter Aufhebung der Entscheidungen der Instanzgerichte den Antrag des Beteiligten zu 2 auf gerichtliche Entscheidung zurückzuweisen.

Das Beschwerdegericht meint, die Voraussetzungen für die Ausübung des Vorkaufsrechts nach § 4 Abs. 1 RSG hätten nicht vorgelegen, weil die beantragte Genehmigung nicht nach § 9 Abs. 1 Nr. 1

¹ Vgl. hierzu *Korintenberg/Tiedtke*, 19. Aufl. 2015, § 47 Rdnr. 35; Streifzug durch das GNotKG, 11. Aufl. 2015, Rdnr. 1716 ff.

² *Tiedtke*, DNotZ 2014, 575, 577.

GrdStVG hätte versagt werden dürfen. Auf die Entfernung des Kaufgrundstücks von der Hofstelle komme es angesichts des Vortrags des Beteiligten zu 2 im gerichtlichen Verfahren nicht an, die Grundstücke in die GbR einzubringen und von dieser bewirtschaften zu lassen. Dieses Vorbringen nach Ausübung des Vorkaufsrechts sei zu berücksichtigen, weil der Beteiligten zu 3 die tatsächlichen Verhältnisse bekannt gewesen seien und sie daher vor ihrer Entscheidung bei dem Beteiligten zu 2 hätte nachfragen müssen, ob mit der von ihm erklärten beabsichtigten Selbstbewirtschaftung die Bewirtschaftung durch die GbR gemeint sei. Der Erwerb eines landwirtschaftlichen Grundstücks dürfe nicht nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrdStVG versagt werden, wenn der Erwerber Landwirt sei und das Grundstück in der Absicht erwerbe, es in eine GbR einzubringen, deren Mitgesellschafter er sei. Unschädlich sei es, wenn die Bewirtschaftung durch Lohnunternehmen erfolge, da eine eigenhändige Flächenbearbeitung nicht erforderlich sei.

Aus den Gründen:

II.

Das hält rechtlicher Prüfung nicht stand. Die – unbeschränkt zugelassene – Rechtsbeschwerde ist statthaft (§ 9 LwVG i. V. m. § 70 Abs. 1 FamFG) und auch im Übrigen nach § 71 Abs. 1 FamFG zulässig. Sie ist auch begründet.

Die Genehmigung nach dem Grundstücksverkehrsgesetz hätte im gerichtlichen Verfahren über die Einwendungen des Beteiligten zu 2 gegen die Ausübung des siedlungsrechtlichen Vorkaufsrechts durch die Beteiligte zu 5 (§ 10 RSG) nicht erteilt werden dürfen. Das Berufungsgericht verneint zu Unrecht den Versagungsgrund nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrdStVG.

1. Nach dieser Vorschrift darf die Genehmigung zur Veräußerung eines landwirtschaftlichen Grundstücks versagt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aus denen sich ergibt, dass die Veräußerung eine ungesunde Verteilung des Grund und Bodens bedeutete. Nach Abs. 2 der Vorschrift liegt eine ungesunde Bodenverteilung vor, wenn die Veräußerung Maßnahmen zur Verbesserung der Agrarstruktur widerspricht. Diese Maßnahmen zielen in erster Linie auf die Schaffung und die Erhaltung selbständiger und lebensfähiger landwirtschaftlicher Betriebe (Senat, Beschlüsse vom 28.10.1965, V BLw 16/65, RdL 1966, 38, 39; vom 9.5.1985, BLw 8/84, BGHZ 94, 292, 294; vom 28.4.2006, BLw 32/05, NJW-RR 2006, 1245, 1246). Da Grund und Boden in der Land- und Forstwirtschaft der maßgebende Produktionsfaktor ist, aber nicht in unbeschränktem Umfang zur Verfügung steht, soll der vorhandene landwirtschaftliche Grundbesitz in erster Linie den Landwirten zugutekommen und vorbehalten bleiben, die ihn selbst bewirtschaften (Senat, Beschluss vom 11.7.1961, V BLw 20/60, RdL 1961, 229). Dementsprechend liegt eine ungesunde Bodenverteilung in der Regel dann vor, wenn landwirtschaftlich genutzter Boden an einen Nichtlandwirt veräußert werden soll und ein Landwirt das Grundstück zur Aufstockung seines Betriebes dringend benötigt und zum Erwerb bereit und in der Lage ist, die Fläche zu den Bedingungen des Kaufvertrages zu erwerben (Senat, Beschlüsse vom 4.7.1979, V BLw 4/79, BGHZ 75, 81, 83; vom 9.5.1985, BLw 8/84, BGHZ 94, 292, 294; vom 6.7.1990, BLw 8/88, BGHZ 112, 86, 88; Beschluss vom 28.4.2006, BLw 32/05, NJW-RR 2006, 1245, 1246 – st. Rspr.).

2. Die beantragte Genehmigung zu dem Kauf des landwirtschaftlichen Grundstücks durch den Beteiligten zu 2 ist nach diesem Maßstab auch dann nicht zu erteilen, wenn beabsichtigt ist, das gekaufte Grundstück in eine aus ihm und zwei anderen Personen bestehende GbR einzubringen, die ihren Sitz vor Ort hat und die Flächen durch ein Lohnunternehmen bewirtschaften lässt.

a) Ob die Genehmigung nach der hiervon abweichenden Erklärung des Beteiligten zu 2 im behördlichen Verfahren, nach der er beabsichtigte, das Kaufgrundstück selbst landwirtschaftlich zu nutzen, wegen der zu großen Entfernung (von 130 km) zu seiner Hofstelle zu versagen gewesen wäre, bedarf keiner Entscheidung, weil die Vorinstanzen zu Recht den erst im gerichtlichen Verfahren eingeführten Vortrag zur Einbringung des Grundstücks in eine GbR berücksichtigt und ihren Entscheidungen zugrunde gelegt haben.

aa) Allerdings bestimmt sich in den gerichtlichen Verfahren über die Einwendungen gegen das Vorkaufsrecht (§ 10 RSG) die Frage, ob das Siedlungsunternehmen das Vorkaufsrecht rechtmäßig nach § 4 RSG ausgeübt und damit einen Anspruch nach § 8 Abs. 1 RSG i. V. m. § 464 Abs. 2 BGB erworben hat, nach den Verhältnissen in dem durch § 6 Abs. 1 Satz 3 RSG festgelegten Zeitpunkt der Ausübung des Vorkaufsrechts (Senat, Beschluss vom 28.4.2006, BLw 32/05, NJW-RR 2006, 1245 Rdnr. 22; Beschluss vom 24.11.2006, BLw 11/06, NL-BzAR 2007, 98, 100). Hier geht es jedoch nicht um eine Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse nach der Vorkaufsausübung, sondern um einen Fehler der Behörde bei der Ermittlung des maßgeblichen Sachverhalts.

bb) Das neue Vorbringen des Beteiligten zu 2 zu der von ihm beabsichtigten Verwendung ist angesichts des von den Vorinstanzen festgestellten Verstoßes der Behörde gegen ihre Verpflichtung nach § 25 Abs. 1 Satz 1 ThürVwVfG zu Recht berücksichtigt worden. Die Vorschrift legt der Behörde eine von Amts wegen zu beachtende Beratungspflicht auf; dies verpflichtet die Behörde, Berichtigungen von Erklärungen zu Tatsachen anzuregen, wenn Mängel in der Antragsbegründung für sie ohne Weiteres erkennbar sind (vgl. *Herrmann in Bader/Ronellenfitsch*, VwVfG, § 25 Rdnr. 6 ff.; *Luch in Bauer/Heckmann/Ruge/Schallbruch*, VwVfG, § 25 Rdnr. 23 f.; *Hk-VerwR/Schwarz*, 2. Aufl., § 25 VwVfG; § 25 Rdnr. 14; *Kopp/Ramsauer*, a. a. O., § 25 Rdnr. 10 ff.; *Kellerhoff in Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, 8. Aufl., § 25 Rdnr. 12). Ausgehend von der Feststellung des Beschwerdegerichts, wonach der Beteiligten zu 3 bekannt war, dass der Beteiligte zu 2 seine landwirtschaftlichen Grundstücke in ihrem Bezirk nicht von seiner entfernten Hofstelle aus bewirtschaftet, sondern in eine GbR mit Sitz vor Ort eingebracht hat, hätte sie nachfragen und ggf. eine dahingehende Berichtigung anregen müssen. Erst bei Ausbleiben eines solchen Vortrags hätte sie über den Antrag durch Mitteilung über die Ausübung des gesetzlichen Vorkaufsrechts nach § 21 GrdStVG zum Nachteil des Beteiligten zu 2 entscheiden dürfen. Die Entscheidung der Beteiligten zu 3 beruhte danach auf einem Verfahrensfehler, so dass die Vorinstanzen zu Recht geprüft haben, ob der Versagungsgrund bei Berücksichtigung des Vorbringens des Beteiligten zu 2 im gerichtlichen Verfahren nicht bestünde.

b) Das ist jedoch nicht der Fall. Der angefochtene Beschluss stellt sich deswegen als rechtsfehlerhaft dar.

aa) In den Genehmigungsverfahren nach dem Grundstücksverkehrsgesetz ist allerdings der Erwerb landwirtschaftlicher Flächen durch eine Landwirtschaft betreibende Kapital- oder Personengesellschaft demjenigen durch einen Einzellandwirt gleichzustellen (vgl. OLG München, RdL 2011, 268, 269; *Netz*, RdL 2013, 317, 319). Das gilt unabhängig von der Rechtsform, in der das Unternehmen betrieben wird (vgl. Senat, Beschluss vom 26.4.2002, BLw 36/01, NJW-RR 2002, 1169, 1170 [GmbH]; Beschluss vom 28.4.2006, BLw 32/05, NJW 2006, 1245 [eG]). Die Landwirtschaft betreibende GbR steht anderen Gesellschaften gleich, da sie im Rechtsverkehr

rechtsfähig ist (BGH, Urteil vom 29.1.2001, II ZR 331/00, BGHZ 146, 341, 344) und selbst Eigentümerin von Grundstücken sein kann (BGH, Beschluss vom 4.12.2008, V ZB 74/08, BGHZ 179, 102 Rdnr. 11).

bb) Eine andere Frage ist, ob ein Unternehmen, das seine landwirtschaftlichen Grundstücke nicht mit eigenem Personal und Maschinen bewirtschaftet, sondern durch ein Lohnunternehmen bewirtschaftet lässt, noch Landwirtschaft betreibt; hierunter ist eine unternehmerische Tätigkeit zu verstehen, die eine auf der Bodenbewirtschaftung beruhende planmäßige Aufzucht von Pflanzen oder eine damit verbundene Tierhaltung zum Gegenstand hat (Senat, Beschluss vom 28.4.2006, BLw 32/05, NJW-RR 2006, 1425; Beschluss vom 26.11.2010, BLw 14/09, NJW-RR 2011, 512 Rdnr. 11). Die Rechtsbeschwerde meint unter Berufung auf *Netz* (RdL 2013, 317, 318), dass eine solche Gesellschaft kein landwirtschaftliches Unternehmen im Sinne des § 1 Abs. 2 ALG mehr sei. Der von ihr zitierte Autor bejaht diese Frage jedoch unter Zustimmung zu einer anderen Entscheidung des Beschwerdegerichts (OLG Jena, Beschluss vom 27.10.2011, LwU 183/11, juris Rdnr. 9) für den Einzellandwirt (*Netz*, GrdstVG, 6. Aufl., S. 485). Diese Frage, deretwegen das Beschwerdegericht die Rechtsbeschwerde zugelassen hat, bedarf jedoch keiner Entscheidung.

cc) Käufer ist nämlich nicht die GbR, sondern einer ihrer Gesellschafter. Dessen Erwerb ist einem Erwerb durch die Gesellschaft nicht ohne Weiteres gleichzustellen.

(1) Nach dem von dem Beschwerdegericht in Bezug genommenen Gesellschaftsvertrag der H. GbR haben die Gesellschafter die landwirtschaftlichen Grundstücke in die Gesellschaft zur Nutzung als steuerrechtliches Sonderbetriebsvermögen eingebracht. Bei einer Einbringung gemäß § 13 Abs. 7 i. V. m. § 15 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 EStG werden die Grundstücke zwar steuerrechtlich dem Betriebsvermögen der Gesellschaft zugerechnet (vgl. *Schmidt/Kulosa*, EStG, 33. Aufl., § 13 Rdnr. 105), sie bleiben jedoch Eigentum des Gesellschafters. Es liegt „nur“ eine Einbringung der Grundstücke ihrem Werte nach in das Gesellschaftsvermögen vor (zur Einbringung „quad sortem“: vgl. BGH, Urteil vom 25.3.1965, II ZR 203/62, WM 1965, 744, 745; Beschluss vom 15.6.2009, II ZR 242/08, NJW-RR 2009, 1697 Rdnr. 4).

(2) Ob und unter welchen Voraussetzungen ein mit dieser Zielsetzung erfolgreicher Erwerb landwirtschaftlicher Grundstücke durch Gesellschafter nach dem Grundstücksverkehrsgesetz wie ein Erwerb durch die das landwirtschaftliche Unternehmen betreibende Gesellschaft behandelt werden muss, ist umstritten und von dem Senat noch nicht entschieden.

(a) Das Beschwerdegericht stellt den mit der Absicht zur Einbringung erfolgenden Erwerb eines landwirtschaftlichen Grundstücks durch den Gesellschafter dem Erwerb durch die Landwirtschaft betreibende Gesellschaft gleich, ohne dies mit Anforderungen an die Tätigkeit des Gesellschafters in dem Unternehmen zu verbinden. Die OLG Naumburg (NL-BzAR 2007, 156, 162) und Celle (RdL 2013, 77, 79 = AUR 2013, 255, 257) gehen demgegenüber davon aus, dass der Erwerb eines landwirtschaftlichen Grundstücks durch den Gesellschafter unabhängig von den damit verbundenen Absichten zur Überlassung an die Gesellschaft zu beurteilen sei, da diese sich ändern könnten. Der erwerbende Gesellschafter müsse selbst Landwirt sein, was voraussetze, dass er seinen Arbeitsplatz in dem Unternehmen habe und ausgebildeter Landwirt sei. Das OLG München (RdL 2011, 268, 269) stellt den Erwerb eines landwirtschaftlichen Grundstücks durch den Gesellschafter dann einem Erwerb durch die

Gesellschaft gleich, wenn die einzubringenden Grundstücke durch die Gesellschaft landwirtschaftlich genutzt werden und der Gesellschafter in deren Unternehmen als Landwirt tätig ist.

(b) Richtig ist die letztgenannte Auffassung, die allerdings der Konkretisierung bedarf. Für die Genehmigung des Erwerbs eines landwirtschaftlichen Grundstücks, das in eine Personengesellschaft eingebracht werden soll, gelten dieselben Grundsätze, die der Senat für den Erwerb solcher Grundstücke durch eine Besitzgesellschaft zwecks Überlassung an die landwirtschaftliche Betriebsgesellschaft (sog. Betriebsaufspaltung) aufgestellt hat (Beschluss vom 26.11.2010, BLw 14/09, NJW-RR 2011, 521 ff.).

Auszugehen ist von dem Zweck des § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrdstVG, wonach der vorhandene landwirtschaftliche Grundbesitz in erster Linie den Landwirten zugutekommen und vorbehalten bleiben soll, die ihn selbst bewirtschaften, und deren Existenz sich auf die Landwirtschaft gründet. Vor diesem Hintergrund wäre ein Erwerb eines landwirtschaftlichen Grundstücks durch einen Gesellschafter, der dieses nicht selbst bewirtschaftet, zu versagen (vgl. Senat, Beschluss vom 26.11.2010, BLw 14/09, a. a. O., Rdnr. 10 und 22).

Auf der anderen Seite ist zu berücksichtigen, dass die Versagungsgründe in § 9 GrdstVG vor allem darauf ausgerichtet sind, die Agrarstruktur zu fördern und nicht unzeitgemäße Verhältnisse zu konservieren. Bei der Wahl der Rechtsform des Unternehmens entscheiden sich immer mehr Landwirte für eine Personengesellschaft (Agrarpolitischer Bericht der Bundesregierung 2011, S. 36, Tz. 336), weil die Einbringung von Gesellschafter-Grundstücken als Sonderbetriebsvermögen eine steuerrechtlich günstige Gestaltung darstellt. Eine Auslegung von § 9 GrdstVG, welche den zunehmend verbreiteten Formen unternehmerischen Handelns nicht Rechnung trüge und welche landwirtschaftliche Unternehmen bei der Wahl der für sie günstigsten Rechtsform gegenüber anderen Unternehmen der mittelständischen Wirtschaft benachteiligte, widerspräche dem Zweck des Gesetzes, die Schaffung und den Erhalt leistungsfähiger Betriebe zu fördern (vgl. Senat, Beschluss vom 26.11.2010, BLw 14/09, a. a. O., Rdnr. 17 und 20).

Die Auslegung des § 9 GrdstVG muss beiden Gesichtspunkten gleichermaßen Rechnung tragen. Vor diesem Hintergrund ist der Erwerb eines landwirtschaftlichen Grundstücks durch den Gesellschafter zu dem Zweck, dieses als Sonderbetriebsvermögen in die Personengesellschaft einzubringen, bei wertender Betrachtung dem Erwerb durch die Gesellschaft nur dann gleichzustellen, wenn der Gesellschafter in dem Unternehmen als Mitunternehmer über die Bewirtschaftung mitentscheidet oder in dem Betrieb in anderer Weise hauptberuflich tätig ist und die Einbringung des Grundstücks in die Gesellschaft im Zeitpunkt des Erwerbs durch den Gesellschafter rechtlich sichergestellt ist.

(aa) Eine Tätigkeit des Gesellschafters in dem Unternehmen ist als Voraussetzung für die Genehmigung unverzichtbar, um einer mit dem Ziel des Grundstücksverkehrsgesetzes nicht zu vereinbarenden Akkumulation landwirtschaftlichen Grundbesitzes in der Hand die Grundstücke nicht selbst bewirtschaftender natürlicher oder juristischer Personen entgegenzuwirken (vgl. Senat, Beschluss vom 26.11.2010, BLw 14/09, a. a. O., Rdnr. 27). Der Gesellschafter muss in der Gesellschaft eine Mitunternehmerinitiative entfalten können und das Mitunternehmerisiko tragen (vgl. zu diesen Merkmalen: BFH, NJW 1985, 83, 95), wobei die Mitunternehmerinitiative – wie bei einem das Unternehmen betreibenden Ein-

zellantwirt nach § 1 Abs. 1 Satz 1 ALG – eine Einflussnahme auf die die Bewirtschaftung betreffenden Entscheidungen zum Inhalt haben muss und sich nicht auf die Stimm-, Kontroll- und Widerspruchsrechte – wie zum Beispiel bei einem Kommanditisten – beschränken darf. Ist Letzteres der Fall, ist der Gesellschafter nur dann gemäß § 1 Abs. 2 Satz 3 ALG dem das Unternehmen betreibenden Landwirt gleichzustellen, wenn er in dem Unternehmen auch hauptberuflich tätig ist.

(bb) Zudem muss die Überlassung an das Unternehmen in dem für die Entscheidung maßgeblichen Zeitpunkt (hier der Ausübung des Vorkaufsrechts) rechtlich sichergestellt sein (Senat, Beschluss vom 25.4.2014, BLw 7/13, BzAR 2014, 281 Rdnr. 18; OLG Naumburg, BzAR 2013, 322, 327), wozu es regelmäßig der Begründung einer entsprechenden Beitragsverpflichtung im Gesellschaftsvertrag bedarf (vgl. MünchKommBGB/Schäfer, 6. Aufl., § 706 Rdnr. 7; Staudinger/Habermeier [2003], § 706 Rdnr. 11).

(c) Gemessen daran ist der Erwerb durch den Beteiligten zu 2 nicht dem Erwerb durch die Gesellschaft gleichzustellen, da der Gesellschaftsvertrag der H. GbR sich nur auf die bereits eingebrachten Grundstücke bezieht und eine feste Gewinnverteilung zwischen den Gesellschaftern (50:25:25) bestimmt, jedoch keine Verpflichtung begründet, auch von ihnen neu erworbene Grundstücke in die Gesellschaft einzubringen. Der Inhalt des von dem Beteiligten zu 2 auf richterliche Verfügung zur Akte gereichten Gesellschaftsvertrags ist – entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerdeerwiderung – der Entscheidung des Senats aufgrund der Feststellung seines Inhalts durch die Bezugnahme im Beschluss des Landwirtschaftsgerichts (dort auf S. 4) in allen Teilen zugrunde zu legen. Die von dem Beteiligten zu 2 abgegebenen Erklärungen zur geplanten Einbringung in die GbR stellen vor diesem Hintergrund für die Entscheidung über seine Einwendungen gegen die Ausübung des siedlungsrechtlichen Vorkaufsrechts unerhebliche, weil rechtlich nicht verbindliche Absichtsbeurteilungen dar.

III.

Die Sache ist unter Aufhebung der angefochtenen Entscheidung an das Beschwerdegericht zurückzuverweisen, da sie nicht zur Endentscheidung reif ist (§ 74 Abs. 6 Sätze 1 und 2 FamFG). Das Beschwerdegericht hat – von seinem Standpunkt aus zu Recht – nicht geprüft, ob dem Erwerb des Grundstücks durch den Beteiligten zu 2 das Erwerbsinteresse von Landwirten entgegensteht, die die umstrittene Fläche zur Aufstockung ihres Betriebs dringend benötigen und zum Erwerb bereit und in der Lage sind. Über diese Voraussetzung für eine Versagung der Genehmigung ist auch in den Fällen zu entscheiden, in denen das Siedlungsunternehmen das gesetzliche Vorkaufsrecht ausgeübt hat (Senat, Beschluss vom 11.11.1976, V BLw 6/76, BGHZ 67, 330, 333, Beschluss vom 13.12.1991, BLw 8/91, BGHZ 116, 348, 351). Dabei wird zu prüfen sein, ob die von der Beteiligten zu 5 zu benennenden Interessenten das Grundstück selbst bewirtschaftende landwirtschaftliche Unternehmen im Sinne der vorstehenden Ausführungen sind.

(...)

Steuerrecht

20. EStG §§ 7, 9 Abs. 1 Satz 1, Satz 3 Nr. 7, § 23 Abs. 1 Satz 4; GrEStG § 1 Abs. 2a, § 13 Nr. 6; HGB § 255 Abs. 1 (Durch Wechsel im Gesellschafterbestand ausgelöste Grunderwerbsteuern sind keine Anschaffungskosten – Besteuerungsgegenstand des § 1 Abs. 2a GrEStG)

Die infolge eines Wechsels im Gesellschafterbestand ausgelösten Grunderwerbsteuern stellen keine Anschaffungs-(neben)kosten der erworbenen Kommanditanteile oder des vorhandenen Grundbesitzes der Objektgesellschaft dar.

BFH, Urteil vom 2.9.2014, IX R 50/13

Die Klägerin und Revisionsbeklagte (Klägerin), eine GmbH & Co. KG, deren Zweck die Vermietung und Verpachtung eigenen Grundbesitzes ist, ist Eigentümerin eines Bürogebäudes in X, das sie nach dessen Fertigstellung im Streitjahr 2002 vermietete. Gesellschafter der Klägerin waren als Komplementärin ohne Beteiligung am Vermögen und am Ergebnis die Z-GmbH und als Kommanditisten die E-S. a. r. l., eine Körperschaft, sowie die B-GmbH.

Die S-GmbH & Co. KG (S-KG), deren Unternehmensgegenstand den Erwerb, die Verwaltung und die Vermietung des Bürogebäudes in X umfasst, ist eine Fondsgesellschaft, bei der eine GmbH als persönlich haftende Gesellschafterin und drei Kommanditisten, die natürliche Personen sind, zur Geschäftsführung befugt sind. Zur Verwirklichung des Unternehmensgegenstands erwarb die S-KG mit Kauf- und Abtretungsvertrag sowie Vereinbarung über das Ausscheiden und den Eintritt von Gesellschaftern vom 27.7.2001 (Kaufvertrag) mit wirtschaftlicher Wirkung zum 28.2.2002 sämtliche Kommanditanteile von den Kommanditisten der Klägerin; die Kommanditanteile wurden mit Wirkung zum 28.2.2002 an die S-KG abgetreten. Sie hält infolge des Erwerbs 99,98 % der Kommanditanteile der Klägerin.

Der Klägerin traten mit Wirkung zum 28.2.2002 drei weitere natürliche Personen als zur Geschäftsführung befugte Kommanditisten sowie die S-GmbH als Komplementärin bei; die Z-GmbH schied aus der Gesellschaft aus. Die S-GmbH, die im Streitjahr eine Haftungsvergütung i. H. v. 2.081 € erhielt, ist weder am Vermögen noch am Ergebnis der Klägerin beteiligt.

Das Finanzamt X setzte wegen des Gesellschafterwechsels mit Bescheid vom 19.12.2002 gegenüber der Klägerin Grunderwerbsteuer i. H. v. 1.634.640 € fest. Nach § 8 Ziffer 1 des Kaufvertrags, zu dessen Vertragsparteien neben der S-KG und den bisherigen Kommanditisten der Klägerin u. a. auch die Klägerin zählte, sollten Steuererstattungen und Steuernachzahlungen für Sachverhalte vor dem Stichtag 28.2.2002 zulasten der bisherigen Kommanditisten gehen, wobei dies – mit Ausnahme der Grunderwerbsteuer – auch für etwa im Zusammenhang mit dem Verkauf und der Abtretung der Kommanditanteile anfallende Steuern gelten sollte, die zulasten der Klägerin erhoben werden. Die Grunderwerbsteuer sollte den Kaufpreis nicht mindern. Sie wurden von der Klägerin am 30.12.2002 entrichtet und an die S-KG weiterbelastet, wo sie als Aufwand erfasst wurde.

Die S-KG berücksichtigte in ihrer Erklärung zur gesonderten und einheitlichen Feststellung von Grundlagen für die Einkommensbesteuerung für das Streitjahr die Grunderwerbsteuer in voller Höhe als Werbungskosten bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung. Nach Durchführung einer Außenprüfung erkannte der Beklagte und Revisionskläger (das Finanzamt – FA) die Grunderwerbsteuer im geänderten Feststellungsbescheid vom 20.6.2008 nicht in voller Höhe als Werbungskosten an, sondern beurteilte sie als Anschaffungs(neben)kosten und ließ lediglich einen Betrag im Rahmen der Absetzungen für Abnutzung (AfA) zum Abzug zu. Das nach erfolglosem Einspruchsverfahren von der S-KG beim FG München erhobene Klageverfahren (Az. 5 K 1701/09) wurde mit Beschluss vom 28.3.2012 bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens über die gesonderte und einheitliche Feststellung von Grundlagen für die Einkommensbesteuerung für 2002 der Klägerin ausgesetzt. Die hiergegen beim BFH erhobene Beschwerde wurde mit Senatsbeschluss vom 19.9.2012 zurückgewiesen (Az. IX B 65/12, BFH/NV 2013, 15).

Das FA änderte aufgrund eines Antrags der Klägerin den Bescheid für 2002 über die gesonderte und einheitliche Feststellung von Besteue-

rungsgrundlagen und des verrechenbaren Verlustes nach § 15a Abs. 4 EStG vom 2.3.2009 mit Bescheid vom 14.6.2012 gemäß § 174 AO, berücksichtigte jedoch bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung lediglich einen der Höhe nach unstreitigen AfA-Betrag von 36.586 € als weitere (Sonder)Werbungskosten und stellte Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung i. H. v. 767.036 € (davon 2.081 € Haftungsvergütung als Sondereinnahmen der S-GmbH) fest. Dementsprechend verminderte es nach dem zwischen den Beteiligten unstreitigen Gewinnverteilungsschlüssel die der S-KG zuzurechnenden Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung um einen Betrag von 36.586 €. Das FA beurteilte die entrichtete Grunderwerbsteuer als Anschaffungs(neben)kosten und ließ insoweit lediglich einen AfA-Betrag zum Abzug zu. Der Einspruch gegen den Bescheid vom 14.6.2012, der am 12.9.2012 nochmals aus nicht streitgegenständlichen Gründen geändert worden ist, blieb erfolglos.

Das FG gab der Klage mit seinem in Entscheidungen der Finanzgerichte 2014, 478 veröffentlichten Urteil statt. Die aufgrund der Übertragung von mehr als 95 v. H. der Kommanditanteile an der Klägerin auf die S-KG nach § 1 Abs. 2a des Grunderwerbsteuergesetzes (GrEStG) i. H. v. 1.634.640 € festgesetzte Grunderwerbsteuer sei nicht den Anschaffungs(neben)kosten zuzuordnen und demgemäß nicht nach § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 7 Satz 1 i. V. m. § 7 EStG im Rahmen der AfA, sondern – auch wenn die Grunderwerbsteuer im Rechtsverhältnis untereinander von der S-KG getragen werde – als sofort abziehbare Werbungskosten bei den gesondert und einheitlich festzustellenden Einkünften aus Vermietung und Verpachtung auf der Ebene der Klägerin mindernd im Streitjahr zu berücksichtigen.

Mit der Revision rügt das FA die Verletzung materiellen Rechts (§ 9 Abs. 1 Satz 1, Satz 3 Nr. 7 und § 7 EStG i. V. m. § 255 HGB i. V. m. § 1 Abs. 2a GrEStG). Die entrichtete Grunderwerbsteuer sei als Anschaffungskosten bei der Klägerin zu aktivieren. Anschaffungskosten seien neben der Entrichtung des Kaufpreises alle sonstigen Aufwendungen des Erwerbers, die in einem unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang mit der Anschaffung stünden, insbesondere zwangsläufig im Gefolge der Anschaffung anfielen. Die Anschaffung eines Anteils an einer vermögensverwaltenden Personengesellschaft stehe ertragsteuerlich der Anschaffung des anteiligen Grundstücks gleich. Bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise finde bei einer vollständigen oder einer wesentlichen Änderung des Gesellschaftsbestandes die Übertragung des Grundstücks im Gesellschaftsvermögen von der aus den „Altgesellschaftern“ bestehenden Gesellschaft auf eine aus den „Neugesellschaftern“ bestehende Personengesellschaft statt. Hätte diese neue KG das Grundstück von der bisherigen KG erworben, wäre die Grunderwerbsteuer zu den Anschaffungs(neben)kosten zu zählen gewesen. Werde im Streitfall auf zivilrechtlich anderem Wege wirtschaftlich das gleiche Ergebnis erzielt wie durch einen unmittelbaren Grundstückserwerb, so müssten auch die steuerrechtlichen Folgen die gleichen sein.

Das FA beantragt, das angefochtene Urteil des FG aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Aus den Gründen:

II.

Die Revision ist unbegründet und daher zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 FGO). Zutreffend hat das FG die gegen die Klägerin festgesetzte und im Streitjahr entrichtete Grunderwerbsteuer i. H. v. 1.634.640 € als sofort abziehbare Werbungskosten (§ 9 Abs. 1 Satz 1 EStG) bei den gesondert und einheitlich festgestellten Einkünften aus Vermietung und Verpachtung mindernd berücksichtigt. Sie stellt keine Anschaffungs(neben)kosten des Vermietungsobjekts dar, die in Höhe der AfA abzusetzen (§ 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 7 i. V. m. § 7 EStG) wären.

1. Welche Aufwendungen zu den Anschaffungskosten zählen, bestimmt sich für die steuerrechtliche Beurteilung und insbesondere auch für Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung nach § 255 Abs. 1 HGB (vgl. BFH, Urteile vom 3.8.2005, I R 36/04, BFHE 211, 112, BStBl II 2006, S. 369; vom 20.7.2010, IX R 4/10, BFHE 230, 392, BStBl II 2011, S. 35; vom 9.7.2013, IX R 43/11, BFHE 242, 51).

Nach § 255 Abs. 1 Satz 1 HGB sind Anschaffungskosten alle Aufwendungen, die u. a. geleistet werden, um einen Vermögensgegenstand zu erwerben, ihn also von der fremden in die eigene Verfügungsmacht zu überführen. Dazu gehören nach § 255 Abs. 1 Satz 2 HGB auch die Nebenkosten des Erwerbs, die alle im wirtschaftlichen Zusammenhang mit dem Anschaffungsvorgang verbundenen Kosten umfassen (vgl. BFH, Urteile vom 19.4.1977, VIII R 44/74, BFHE 122, 108, BStBl II 1977, S. 600; vom 20.4.2011, I R 2/10, BFHE 233, 251, BStBl II 2011, S. 761). Nicht entscheidend ist, ob diese Nebenkosten bereits vor oder im Zeitpunkt des Erwerbs oder erst im Anschluss hieran als Folgekosten des Erwerbsvorgangs entstehen (vgl. Beschluss des Großen Senats des BFH vom 12.6.1978 GrS 1/77, BFHE 125, 516, BStBl II 1978, S. 620; BFH-Urteile vom 3.7.1997, III R 114/95, BFHE 183, 504, BStBl II 1997, S. 811; in BFHE 242, 51).

Allerdings können „Anschaffungs“-Kosten eines Wirtschaftsguts nur solche Kosten sein, die nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten dessen Beschaffung tatsächlich zuzuordnen sind (BFH, Urteile in BFHE 183, 504, BStBl II 1997, S. 811; vom 17.10.2001, I R 32/00, BFHE 197, 58, BStBl II 2002, S. 349; in BFHE 233, 251, BStBl II 2011, S. 761). Hierzu ist ein bloßer kausaler oder zeitlicher Zusammenhang mit der Anschaffung nicht ausreichend. Vielmehr kommt es auf die Zweckbestimmung der Aufwendungen an (finaler Begriff der Anschaffungskosten, vgl. BFH, Urteile vom 13.10.1983, IV R 160/78, BFHE 139, 273, BStBl II 1984, S. 101; in BFHE 233, 251, BStBl II 2011, S. 761, jeweils m. w. N.).

2. Nach diesen Maßstäben hat das FG – entgegen der Auffassung des FA – zu Recht die entrichtete Grunderwerbsteuer i. H. v. 1.634.640 € als sofort abziehbare Werbungskosten bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung berücksichtigt.

a) Im Streitfall ist die Grunderwerbsteuer nach Maßgabe des § 1 Abs. 2a GrEStG festgesetzt worden. Gehört zum Vermögen einer Personengesellschaft ein inländisches Grundstück und ändert sich innerhalb von fünf Jahren der Gesellschaftsbestand unmittelbar oder mittelbar dergestalt, dass mindestens 95 v. H. der Anteile am Gesellschaftsvermögen auf neue Gesellschafter übergehen, gilt dies nach § 1 Abs. 2a Satz 1 GrEStG als ein auf die Übereignung eines Grundstücks auf eine neue Personengesellschaft gerichtetes Rechtsgeschäft. Steuerschuldner ist bei Änderung des Gesellschaftsbestandes einer Personengesellschaft die Personengesellschaft (§ 13 Nr. 6 GrEStG).

Ob die Grunderwerbsteuer, die bei Änderung des Gesellschaftsbestands einer grundstücksbesitzenden Personengesellschaft nach Maßgabe von § 1 Abs. 2a GrEStG entsteht, als Anschaffungsnebenkosten „auf die Beteiligung“ (so Rundverfügung der OFD Frankfurt a. M. vom 2.5.2013 S 2171 A-21-St 210, ofix HE EStG/6/57, unter 2.) bzw. „auf die Anteile an den Grundstücken“ (so OFD Niedersachsen vom 19.1.2012, aktualisiert am 22.8.2013, S 2171-65-St 221/St 222, juris) anzusehen ist, wird unterschiedlich beurteilt. Die Finanzverwaltung bejaht dies (siehe die soeben genannten Verwaltungsanweisungen und OFD Rheinland vom 23.1.2012, S 2174-St 141, Der Betrieb 2012, 486), während sich die herrschende Meinung in der Literatur für eine Behandlung als sofort abziehbaren Aufwand ausspricht (vgl. Behrens, DStR 2008, 338 f.; Lohmann/von Goldacker/Gick, Betriebs-Berater 2007, 295, 296; Lohmann/von Goldacker/Zeitz, BB 2009, 477, 480; Adolf, GmbHR 2011, 834, 836; Henerichs/Stadje, Finanz-Rundschau 2011, 890, 895; Bühner, Steuern und Bilanzen 2011, 825, 827; Gadek/Mörwald, DB 2012, 2010, 2012).

b) Bei der nach Maßgabe des § 1 Abs. 2a GrEStG festgesetzten Grunderwerbsteuer handelt es sich – wie der Senat

(Beschluss in BFH/NV 2013, 15) bereits entschieden hat – um eine gemeinschaftlich verwirklichte Besteuerungsgrundlage. Die Grunderwerbsteuer führt nicht schon deshalb zu Sonderwerbungskosten der S-KG, weil sie sie nach den gesellschaftsinternen Vereinbarungen – also im Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander – allein zu tragen hatte. Es handelt sich vielmehr um Aufwand der Klägerin und nicht um einen solchen des Gesellschafters. Allein die Klägerin ist nach § 13 Nr. 6 GrEStG Steuerschuldnerin; sie kann jedoch ihren daraus entstehenden Aufwand auch abweichend vom allgemeinen Gewinnverteilungsschlüssel auf ihre Gesellschafter verteilen (BFH-Beschluss in BFH/NV 2013, 15).

c) Gegenstand der Besteuerung nach § 1 Abs. 2a Satz 1 GrEStG ist nicht die geänderte Sachherrschaft (gesamthänderische Mitberechtigung/Beteiligung am Vermögen der Gesamthand) in der Person des einzelnen Neugesellschafters oder auch mehrerer Neugesellschafter, sondern die geänderte Zuordnung der Gesellschaftsgrundstücke auf der Gesellschaftsebene (Gesamthand als eigenständiger Rechtsträger). § 1 Abs. 2a GrEStG enthält die Fiktion eines auf Übereignung des Grundstücks auf eine neue Personengesellschaft gerichteten Rechtsgeschäfts (BFH, Urteil vom 8.11.2000, II R 64/98, BFHE 194, 252, BStBl II 2001, S. 422; BFH, Beschluss vom 11.9.2002, II B 113/02, BFHE 199, 32, BStBl II 2002, S. 777). Das Gesetz fingiert folglich mit Hilfe des Ersatztatbestands des Wechsels im Gesellschafterbestand einen zivilrechtlich nicht vorhandenen grundstücksbezogenen Erwerbsvorgang. Die Fiktion des Grundstücksübergangs gilt nur im Rahmen der Grunderwerbsteuer, während zivilrechtlich die Identität der grundbesitzenden Personengesellschaft unberührt bleibt (ebenso *Behrens*, DStR 2008, 338).

d) Auf der Ebene der Klägerin als grundbesitzenden Gesamthand liegt daher ertragsteuerlich keine „Anschaffung“ des Bürogebäudes vor. Der Grundbesitz befindet sich nach dem Wechsel im Gesellschafterbestand unverändert im zivilrechtlichen und wirtschaftlichen Eigentum der Klägerin. Die Verfügungsmacht über den Grundbesitz ist weder rechtlich noch wirtschaftlich Gegenstand der Erwerbsvorgänge in Bezug auf die Kommanditanteile. Der Grunderwerbsteuerrechtliche Besteuerungstatbestand des § 1 Abs. 2a GrEStG findet im Ertragsteuerrecht keine Entsprechung (vgl. auch BFH, Urteil in BFHE 233, 251, BStBl II 2011, S. 761 zu § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG).

Das FG hat zutreffend erkannt, dass die Grunderwerbsteuer nicht „für“ die Anschaffung der Kommanditanteile entstanden ist. Es fehlt ertragsteuerlich an einem über die reine Kausalität hinausgehenden inhaltlichen Zusammenhang zwischen der Anschaffung der Kommanditanteile und der Grunderwerbsteuer. Da der Anknüpfungspunkt für die Entstehung der Steuer nicht der Gesellschafterwechsel als solcher, sondern eine spezifisch Grunderwerbsteuerrechtliche Fiktion im Hinblick auf ein anderes, nicht vom Anteilserwerber angeschafftes und nicht bei diesem zu erfassendes Wirtschaftsgut ist, handelt es sich dabei um Aufwand, der aus ertragsteuerlicher Sicht nicht spezifisch und final den erworbenen Kommanditanteilen zugeordnet werden kann.

Für die Richtigkeit dieses Ergebnisses spricht zudem, dass das fingierte Rechtsgeschäft im Sinne des § 1 Abs. 2a GrEStG – neben einem einzelnen Rechtsvorgang – auch aus einer Summe von Teilakten bestehen kann, die zusammen die vollständige oder wesentliche Änderung des Gesellschafterbestandes einer Personengesellschaft ausmachen. Dies kann sich über einen Zeitraum von längstens fünf Jahren hinziehen und in eine unbegrenzte Zahl von Teilakten zerfallen, die zusammengenommen tatbestandserfüllend sind und deren

letzter die wesentliche Änderung des Gesellschafterbestandes endgültig herbeiführt (BFH, Urteil in BFHE 194, 252, BStBl II 2001, S. 422). Rechtsgeschäft im Sinne des § 1 Abs. 2a GrEStG ist demnach nicht die letzte, zur Vollständigkeit oder Wesentlichkeit führende Veränderung im Gesellschafterbestand, sondern die Summe aller Rechtsakte, die die vollständige oder wesentliche Änderung des Gesellschafterbestandes bedeuten (BFH, Urteil in BFHE 194, 252, BStBl II 2001, S. 422). Auch daran wird erkennbar, dass der Aufwand ertragsteuerlich nicht final den erworbenen Kommanditanteilen zugeordnet werden kann.

e) Entgegen der Auffassung des FA folgt aus § 23 Abs. 1 Satz 4 EStG, wonach die Anschaffung einer unmittelbaren Beteiligung an einer Personengesellschaft als Anschaffung der anteiligen Wirtschaftsgüter gilt, kein anderes Ergebnis. Denn die im Streitfall gegenständliche Grunderwerbsteuer stellt – wie oben dargestellt – bereits keine „Anschaffungs-“(neben)kosten des Grundbesitzes der Klägerin dar. Der dem Streitfall zugrundeliegende Sachverhalt ist überdies aus ertragsteuerlicher Sicht gerade nicht mit dem Fall vergleichbar, dass eine „neue KG“ ein Grundstück von einer „bisherigen KG“ erwirbt. Anders als in der gegebenen Konstellation des § 1 Abs. 2a GrEStG wird in einem solchen Fall auf der Ebene der Gesamthand das Grundstück angeschafft.

21. EStG § 32d Abs. 1, 2 Satz 1 Nr. 1 lit. a, § 20 Abs. 1 Nr. 7; AO § 15; GG Art. 6 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1; AStG § 1 Abs. 2; InsO § 138; UStG § 10 Abs. 5 Nr. 1 (*Anwendung des Abgeltungsteuersatzes bei Kapitalerträgen aus Darlehen zwischen Angehörigen im Sinne des § 15 AO*)

- 1. Die Privilegierung der Einkünfte aus Kapitalvermögen, die nach § 32d Abs. 1 EStG i. H. v. 25 % besteuert werden, gegenüber anderen progressiv besteuerten Einkunftsarten ist verfassungsgemäß.**
- 2. Die Anwendung des gesonderten Steuertarifs für Einkünfte aus Kapitalvermögen gemäß § 32d Abs. 1 EStG ist nicht schon deshalb nach § 32d Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 lit. a EStG ausgeschlossen, weil Gläubiger und Schuldner der Kapitalerträge Angehörige im Sinne des § 15 AO sind. Diese einschränkende Auslegung des Ausschlusstatbestands entspricht dem Willen des Gesetzgebers und ist auch aus verfassungsrechtlichen Gründen geboten.**
- 3. Gewährt der Steuerpflichtige seinen Abkömmlingen ein Darlehen zur Anschaffung einer fremdvermieteten Immobilie und ist der Darlehensvertrag nach dem Maßstab des Fremdvergleichs der Besteuerung zugrunde zu legen, kann nicht bereits aufgrund des Fehlens einer Besicherung oder der Regelung über eine Vorfälligkeitsentschädigung auf eine missbräuchliche Gestaltung zur Ausnutzung des Abgeltungsteuersatzes geschlossen werden. Dies gilt auch dann, wenn aufgrund des Steuersatzgefälles bei dem Gläubiger und Schuldner der Kapitalerträge ein sog. Gesamtbelastungsvorteil entsteht.**

BFH, Urteil vom 29.4.2014, VIII R 9/13

Die Kläger und Revisionskläger (Kläger) sind Eheleute, die im Streitjahr 2009 zusammen zur Einkommensteuer veranlagt wurden.

In den Jahren 2007 und 2008 schlossen sie mit ihrem Sohn (S) und ihren volljährigen Enkeln (E 1 und E 2) schriftliche Verträge über die Gewährung festverzinslicher Darlehen i. H. v. 650.000 € (S),

110.000 € (E 1) und 100.000 € (E 2) ab. Die unbesicherten Darlehen dienten der Anschaffung fremdvermieteter Objekte durch die Darlehensnehmer. Eine Vereinbarung über eine Vorfälligkeitsentschädigung wurde nicht getroffen. Die Kläger erzielten im Streitjahr 2009 aus den Darlehen Kapitalerträge i. H. v. insgesamt 28.812 €.

Der Beklagte und Revisionsbeklagte (das Finanzamt – FA) berücksichtigte im Einkommensteuerbescheid für das Streitjahr diese Zinserträge als Kapitaleinkünfte, die der tariflichen Einkommensteuer unterliegen. Mit ihrem Einspruch machten die Kläger geltend, dass der gesonderte Steuertarif für Einkünfte aus Kapitalvermögen i. H. v. 25 % Anwendung finde (§ 32d Abs. 1 des Einkommensteuergesetzes i. d. F. des Streitjahres – EStG). Das FA wies den Einspruch zurück, da gemäß § 32d Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Lit. a EStG die Anwendung des Abgeltungsteuersatzes ausgeschlossen sei, wenn Gläubiger und Schuldner der Kapitalerträge einander nahestehende Personen seien. Die hiergegen erhobene Klage wies das Finanzgericht (FG) mit seinem in Entscheidungen der Finanzgerichte 2012, 2009 veröffentlichten Urteil vom 18.6.2012, 15 K 417/10 ab.

(...)

Aus den Gründen:

II.

(...)

2. Die Feststellung des FG, dass die zwischen den Klägern und S, E 1 und E 2 abgeschlossenen Darlehensverträge der Besteuerung zugrunde zu legen sind, so dass die von den Klägern erzielten Kapitalerträge der Besteuerung nach § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG unterliegen, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Es ist bei seiner Gesamtwürdigung von den höchstrichterlichen Maßstäben des Fremdvergleichs bei sog. Anschaffungsdarlehen (hierzu im Einzelnen BFH, Urteile vom 22.10.2013, X R 26/11, BFHE 242, 516, BStBl II 2014, S. 374 sowie vom 17.7.2013, X R 31/12, BFHE 242, 209, BStBl II 2013, S. 1015) ausgegangen, hat alle maßgeblichen Beweisanzeichen einbezogen und dabei nicht gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstoßen (BFH, Urteil vom 23.4.2009, IV R 24/08, BFH/NV 2009, S. 1427).

Die Darlehen dienten der Finanzierung des Erwerbs von Immobilien zur Erzielung von Vermietungseinkünften durch die Darlehensnehmer. Diese waren nach den Feststellungen des FG volljährig und wirtschaftlich unabhängig. Die schriftlich fixierten Vereinbarungen waren tatsächlich gewollt und wurden der Abrede gemäß durchgeführt. Es ist daher revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, dass das FG bei einer Gesamtwürdigung die Darlehen der Besteuerung zugrunde gelegt hat, obwohl sie nicht besichert waren und keine Regelung über eine Vorfälligkeitsentschädigung vereinbart worden war (BFH, Urteil in BFHE 242, 516, BStBl II 2014, S. 374).

3. Jedoch ist im Streitfall der gesonderte Steuertarif für Einkünfte aus Kapitalvermögen gemäß § 32d Abs. 1 EStG nicht nach § 32d Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 lit. a EStG ausgeschlossen, da keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Kläger als Gläubiger und S, E 1 und E 2 als Schuldner der Kapitalerträge einander nahestehende Personen im Sinne dieser Vorschrift waren.

a) Gemäß § 32d Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 lit. a EStG gilt der gesonderte Steuertarif des § 32d Abs. 1 EStG nicht für Kapitaleinkünfte im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG, wenn Gläubiger und Schuldner der Kapitalerträge einander nahestehende Personen sind. Das BMF hat die Anwendung dieses Ausnahmetatbestands in seinen Schreiben vom 22.12.2009, IV C 1-S 2252/08/10004 (BStBl I 2010, S. 94) und vom 9.10.2012, IV C 1-S 2252/10/10013 (BStBl I 2012, S. 953) – jeweils Rdnr. 134 – für das Streitjahr in verfassungskonformer Rechtsfortbildung dahingehend eingeschränkt,

dass der Abgeltungsteuersatz nur dann ausgeschlossen sein soll, wenn die den Kapitalerträgen entsprechenden Aufwendungen beim Schuldner Betriebsausgaben oder Werbungskosten im Zusammenhang mit Einkünften sind, die der inländischen Besteuerung unterliegen. Dies ist vorliegend der Fall, sodass entscheidungserheblich ist, ob die Kläger als Darlehensgeber und deren Abkömmlinge als Darlehensnehmer einander nahestehende Personen im Sinne der gesetzlichen Regelung sind.

b) Bei dem Begriff „einander nahestehende Personen“ handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der auslegungsbedürftig ist. Dies steht dem rechtsstaatlichen Erfordernis nach Normenbestimmtheit nicht entgegen, da unüberwindliche Auslegungsprobleme nicht ersichtlich sind.

c) Was unter dem Begriff der „nahestehenden Person“ zu verstehen ist, wird im Einkommensteuergesetz selbst nicht geregelt. Zwar ist der Begriff in § 1 Abs. 2 des Außensteuergesetzes (AStG) und § 138 der Insolvenzordnung (InsO) gesetzlich definiert. Eine analoge Anwendung ist jedoch aufgrund des unterschiedlichen Zwecks der Regelungen ausgeschlossen. Während es Ziel des § 1 Abs. 2 AStG ist, das ertragsteuerliche Ergebnis am Maßstab des Fremdvergleichs zu korrigieren, ist nach dem Wortlaut des § 32d Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 lit. a EStG die Marktüblichkeit der Zinsvereinbarung für den Ausschluss des Abgeltungsteuersatzes ohne Bedeutung. Gegen eine analoge Anwendung der Definition des § 138 InsO spricht, dass diese auf einen anderen Regelungsbereich zugeschnitten ist (vgl. auch BGH, Urteil vom 17.2.2011, IX ZR 131/10, BGHZ 188, 363). Gleiches gilt für den von der Rechtsprechung des BFH entwickelten Begriff der „nahestehenden Person“ bei einer verdeckten Gewinnausschüttung (Worgulla, Der Erbschaft-Steuer-Berater – ErbStB – 2010, 151, 154; Behrens/Renner, BB, 2008, 2319, 2321; andere Ansicht Blümich/Treiber, § 32d EStG Rdnr. 69; Lambrecht in Kirchhof, EStG, 13. Aufl., § 32d Rdnr. 11) und für die Regelung des § 10 Abs. 5 Nr. 1 UStG.

d) Nach dem Wortsinn fallen unter den Begriff der „nahestehenden Person“ alle natürlichen und juristischen Personen, die zueinander in enger Beziehung stehen. Hierzu gehören auch Angehörige im Sinne des § 15 AO, da bei diesem Personenkreis bereits das auf der Verwandtschaft, dem Verlöbnis oder der Eheschließung beruhende Näheverhältnis auf eine enge Bindung schließen lässt (so das BMF in seinen Schreiben in BStBl I 2010, S. 94, und in BStBl I 2012, S. 953, jeweils Rdnr. 136; Schmidt/Weber-Grellet, EStG, 33. Aufl., § 32d Rdnr. 8; Boochs in Lademann, EStG, § 32d Rdnr. 18a; andere Ansicht Storg in Frottscher, EStG, Freiburg 2011, § 32d Rdnr. 20a; Baumgärtel/Lange in Herrmann/Heuer/Raupach, § 32d EStG Rdnr. 20; Worgulla, ErbStB 2010, 151, 154; Behrens/Renner, BB 2008, 2319, 2321; Schulz/Vogt, DStR, 2008, 2189, 2191 ff.; Blümich/Treiber, a. a. O., § 32d Rdnr. 69; Lambrecht in Kirchhof, a. a. O., § 32d Rdnr. 11; Fischer, DStR 2007, 1898 f.; Harenberg/Zöller, Abgeltungsteuer 2011, 3. Aufl., S. 124; Griesel/Mertes, Die neue Abgeltungsteuer, Rdnr. 200 ff.).

Diese weite Auslegung des gesetzlichen Tatbestands widerspricht jedoch dem Willen des Gesetzgebers, den er in der Gesetzesbegründung zu § 32d Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 lit. a EStG zum Ausdruck gebracht hat. Danach soll ein Näheverhältnis nur dann vorliegen, wenn die Person auf den Steuerpflichtigen einen beherrschenden Einfluss ausüben kann oder umgekehrt der Steuerpflichtige auf diese Person einen beherrschenden Einfluss ausüben kann oder eine dritte Person auf beide einen beherrschenden Einfluss ausüben kann oder die Person oder der Steuerpflichtige imstande ist, bei der Vereinbarung der

Bedingungen einer Geschäftsbeziehung auf den Steuerpflichtigen oder die nahestehende Person einen außerhalb dieser Geschäftsbeziehung begründeten Einfluss auszuüben oder wenn einer von ihnen ein eigenes wirtschaftliches Interesse an der Erzielung der Einkünfte des anderen hat (BT-Drucks. 16/4841, S. 61). Danach ist ein lediglich aus der Familienangehörigkeit abgeleitetes persönliches Interesse nicht ausreichend, um ein Näheverhältnis im Sinne des § 32d Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 lit. a EStG zu begründen.

Legt man der Auslegung des § 32d Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 lit. a EStG diese vom Gesetzgeber intendierte Definition des Begriffs der „nahestehenden Person“ zugrunde, ist der Ausschlussstatbestand vorliegend nicht erfüllt. Es lag zwischen den Klägern und den Darlehensnehmern kein Beherrschungsverhältnis vor. Selbst wenn man davon ausgeht, dass grundsätzlich jede – also auch eine natürliche – Person beherrscht werden kann, setzt dies voraus, dass der beherrschten Person aufgrund eines absoluten Abhängigkeitsverhältnisses im Wesentlichen kein eigener Entscheidungsspielraum verbleibt. Dies gilt auch für Beziehungen zwischen Eheleuten untereinander und zwischen Eltern und Kindern (vgl. *Wassermeyer in Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld*, Außensteuerrecht, § 1 Rdnr. 841 f.). Dass dies bei den Klägern und deren wirtschaftlich unabhängigen Abkömmlingen der Fall war, ist nicht ersichtlich. Es gibt weder Anhaltspunkte dafür, dass die Kläger und die Darlehensnehmer S, E 1 und E 2 auf den jeweils anderen einen außerhalb der Geschäftsbeziehung begründeten Einfluss ausübten, noch dass die Vertragsparteien ein eigenes wirtschaftliches Interesse an der Erzielung der Einkünfte des anderen hatten. Eine missbräuchliche Gestaltung zur Ausnutzung des gesonderten Steuertarifs für Einkünfte aus Kapitalvermögen liegt danach nicht vor.

e) Diese nach dem Willen des Gesetzgebers erforderliche Einschränkung des § 32d Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 lit. a EStG ist auch aus verfassungsrechtlichen Gründen geboten.

aa) Zwar bestehen gegen die Ungleichbehandlung der Einkünfte aus Kapitalvermögen, die nach dem Abgeltungsteuersatz gemäß § 32d Abs. 1 EStG besteuert werden, gegenüber anderen Einkunftsarten, die nach dem progressiven Einkommensteuertarif des § 32a Abs. 1 EStG besteuert werden, keine verfassungsrechtlichen Bedenken. Der Gesetzgeber ist von Verfassungs wegen nicht gehindert, die ihrer Natur nach nicht einer bestimmten Person zugeordnete und geographisch nicht gebundene Erwerbsgrundlage „Finanzkapital“ dadurch zu erfassen, dass er alle Kapitaleinkünfte – unabhängig von ihrer Anlageform und buchungstechnischen Erfassung – an der Quelle besteuert und mit einer Definitivsteuer belastet, die in einem linearen Satz den absetzbaren Aufwand und den Progressionssatz in Durchschnittswerten typisiert (BVerfG, Urteil vom 27.6.1991, 2 BvR 1493/89, BVerfGE 84, 239).

bb) Jedoch läge eine mit Art. 6 Abs. 1 GG unvereinbare Diskriminierung der Familie vor (vgl. BVerfG, Entscheidung vom 18.3.1970, 1 BvR 498/66, BVerfGE 28, 104), wenn der Ausschluss des gesonderten Steuertarifs für Kapitaleinkünfte nach § 32d Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 lit. a EStG ausschließlich an bestimmte enge familienrechtliche Beziehungen im Sinne des § 15 AO geknüpft und – anders als bei fremden Dritten – auch dann eintreten würde, wenn der Darlehensvertrag einem Fremdvergleich standhält (so aber das BMF in seinen Schreiben in BStBl I 2010, S. 94, und in BStBl I 2012, S. 953, jeweils Rdnr. 136).

cc) Eine solche Benachteiligung von Familienangehörigen wäre sachlich nicht gerechtfertigt. Zwar ist es verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn Verträge zwischen

Familienangehörigen wegen der grundsätzlich gleichgerichteten Interessen nur dann der Besteuerung zugrunde gelegt werden, wenn zu Beginn der Vertragsbeziehungen eine bürgerlich-rechtlich wirksame, klare und eindeutige Vereinbarung abgeschlossen wird, die inhaltlich wie unter Fremden ausgestaltet ist und auch tatsächlich so vollzogen wird (siehe zum Beispiel BVerfG, Beschluss vom 7.8.1985, 1 BvR 707/85, Deutsche Steuer-Zeitung/Eildienst 1985, 277). Ist dies aber – wie vorliegend – der Fall, ist es verfassungsrechtlich unzulässig, eine missbräuchliche Ausnutzung des Abgeltungsteuersatzes durch Ehegatten und Familienangehörige in jedem Fall unwiderlegbar zu vermuten (vgl. BVerfG, Entscheidung vom 24.1.1962, 1 BvL 32/57, BVerfGE 13, 290; BVerfG, Beschlüsse vom 15.7.1969, 1 BvL 22/65, BVerfGE 26, 321; vom 12.3.1985, 1 BvR 571/81, 1 BvR 494/82, 1 BvR 47/83, BVerfGE 69, 188). Dies gilt auch dann, wenn einzelne Sachverhaltsmerkmale der Darlehensgewährung vom Üblichen abweichen (BVerfG, Beschluss vom 7.11.1995, 2 BvR 802/90, BStBl II 1996, S. 34, unter B. I. 2.; BFH, Urteil in BFHE 242, S. 516, BStBl II 2014, S. 374), sodass nicht bereits aufgrund der fehlenden Besicherung und Regelung über eine Vorfälligkeitsentschädigung auf eine missbräuchliche Ausnutzung des Abgeltungsteuersatzes geschlossen werden kann.

Eine sachliche Rechtfertigung für den Ausschluss des Abgeltungsteuersatzes für Angehörige im Sinne des § 15 AO ergibt sich auch nicht aus einem Gesamtbelastungsvorteil, der entstehen kann, wenn die Entlastung des Darlehensnehmers durch den Schuldzinsenabzug höher ist als die steuerliche Belastung des Darlehensgebers. Eine solche Vorstellung von der Familie als einheitlichem „Bilanzraum“ beruht auf unzutreffenden Voraussetzungen; denn abgesehen von der durch die Regelung der Unterhaltspflichten (§§ 1360 ff. BGB) bedingten „Unterhaltsgemeinschaft“, begründen Ehe und Familie als solche bei der Einkünfteermittlung keine Vermögensgemeinschaft (vgl. BVerfG, Entscheidungen in BVerfGE 13, 290; vom 20.3.1963 1 BvL 20/61, BVerfGE 15, 328; in BVerfGE 26, 321). Das „nahe persönliche Verhältnis“ führt nicht notwendig oder typischerweise zu einer Wirtschaftsgemeinschaft oder einer wirtschaftlichen Abhängigkeit, durch die Familienangehörige in die Rolle unselbständiger „Strohänner“ gedrängt würden (BVerfG, Beschluss vom 10.6.1963, 1 BvR 345/61, BVerfGE 16, 203, 208 f.).

dd) Auch bei Personen, die nicht unter den Schutz des Art. 6 Abs. 1 GG fallen, sodass Maßstab für die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des Ausschlusses des Abgeltungsteuersatzes der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG ist, kann ein solcher Gesamtbelastungsvorteil allein nicht zum Ausschluss des in § 32d Abs. 1 EStG geregelten Abgeltungsteuersatzes führen. Dieser Vorteil ist keine Tatsachenbasis für die Feststellung, dass eine missbräuchliche Gestaltung zur Ausnutzung der Steuersatzspreizung vorliegt, da die unterschiedliche steuerliche Belastung von Kapitalerträgen im Vergleich zu den mit dem progressiven Steuersatz besteuerten Einkünften im System der mit der Abgeltungsteuer eingeführten Schedule angelegt ist. Zudem wird die Einkommensteuer vom Grundsatz der Individualbesteuerung beherrscht (Großer Senat des BFH, Beschluss vom 17.12.2007, GrS 2/04, BFHE 220, 129, BStBl II 2008, S. 608), sodass eine Gesamtbetrachtung der Steuerbelastung und Steuerentlastung verschiedener Steuerpflichtiger in der Regel allenfalls dann gerechtfertigt sein kann, wenn ein Missbrauchstatbestand erfüllt ist. Es liegen jedoch keine konkreten Anhaltspunkte dafür vor, dass dies vorliegend der Fall war.

ee) Schließlich sind auch fiskalische Erwägungen, die nach den Ausführungen des BMF zur Einschränkung des Anwen-

dungsbereichs der Abgeltungsteuer geführt haben, für sich genommen nicht geeignet, eine Ungleichbehandlung von Angehörigen im Sinne des § 15 AO bei der Anwendung des Abgeltungsteuersatzes zu rechtfertigen (vgl. BVerfG, Urteil vom 9.12.2008, 2 BvL 1/07, 2 BvL 2/07, 2 BvL 1/08, 2 BvL 2/08, BVerfGE 122, 210).

Anmerkung:

1. Grundzüge der Abgeltungsteuer

Die zum 1.1.2009 aufgrund des Unternehmensteuerreformgesetzes 2008 eingeführte Abgeltungsteuer¹ hat zu einer erheblichen Veränderung der Besteuerung der Erträge aus privatem² Kapitalvermögen geführt. Dabei ist die Abgeltungsteuer keine eigene Steuerart, sondern eine Technik der Besteuerung und der Steuererhebung. Die typischen Kapitaleinkünfte gemäß § 20 EStG werden grundsätzlich im Wege des endgültigen Steuerabzuges pauschal besteuert (§ 32d Abs. 1 EStG). Dabei werden auch Veräußerungserträge gemäß § 20 Abs. 2 EStG erfasst, sodass die Unterscheidung zwischen Ertragsphäre und Vermögensphäre hinfällig ist.³ Zur Steuervereinfachung werden die Einkünfte im Wege des endgültigen Steuerabzuges in der Regel an der Quelle erfasst (Abgeltungsteuer in Form der Kapitalertragsteuer gemäß §§ 43 ff. EStG).⁴ Die vollen Bruttokapitalerträge unterliegen nach § 32d Abs. 1, § 43a Abs. 2 Satz 1 EStG der Besteuerung mit einem einheitlichen linearen Steuersatz von 25 %. Als eine Art Gegenleistung für den niedrigen Steuersatz können keinerlei Werbungskosten abgezogen werden (Bruttobesteuerung).⁵

Grund für die Einführung der Abgeltungsteuer war für den Gesetzgeber, Kapitalflucht zu verhindern.⁶ Dadurch soll das Interesse privater Anleger gemindert werden, Kapital allein aus steuerlichen Gründen ins Ausland zu verlagern. Auch soll sie zu einer erheblichen steuerlichen Entlastung, zur drasti-

schen Vereinfachung des Besteuerungsverfahrens und zur Begrenzung der Informationspflichten führen.⁷ Ob das Ziel der Steuervereinfachung tatsächlich erreicht ist, kann angesichts dessen, dass zwischenzeitlich mehr als 30 BMF-Schreiben hierzu ergangen sind, durchaus hinterfragt werden.⁸

Inzwischen beschäftigt die Abgeltungsteuer auch in immer mehr zunehmendem Maß den BFH. Neben dem vorstehend abgedruckten Urteil ergingen am selben Tage noch weitere drei Entscheidungen, sowie weitere am 4.5.2014 und am 28.1.2015 zur ähnlichen Fragestellung. Streitpunkt dabei war die jeweils sich aufgrund der pauschalen Besteuerung der Zinseinkünfte ergebende Steuersatzspreizung. Nimmt, wie im vorstehend abgedruckten Fall, ein Kind bei den Eltern ein Darlehen auf und setzt die Zinsen steuerrelevant als Werbungskosten ab, kann dies zu einer steuerlichen Entlastung bis max. 45 % der Zinsen beim Schuldner führen, wobei aufgrund der Abgeltungsteuer die Steuerbelastung durch Zinseinkünfte bei den Eltern nur bei 25 % liegt. Verständlich, dass die Finanzverwaltung die Ausnutzung eines solchen Gesamtbelastungsvorteils kritisch beäugt und darin vorrangig einen Missbrauchstatbestand erfüllt sehen will.

2. Begriff der nahestehenden Person

Im vorstehend abgedruckten Fall⁹ haben die Eltern jeweils Darlehen an ihre Kinder zur Anschaffung fremdvermieteter Immobilienobjekte gewährt. Im zeitgleich entschiedenen Fall¹⁰ haben die Ehefrau und die volljährigen Kinder als Gesellschaft bürgerlichen Rechts zur Anschaffung eines an fremde Dritte vermieteten Gebäudes beim Ehemann bzw. Vater ein Darlehen aufgenommen. In beiden Fällen konnten die Darlehenszinsen als Werbungskosten bei den Vermietungseinkünften geltend gemacht werden. Die Zinseinnahmen wollte der Darlehensgeber jeweils der Abgeltungsteuer unterwerfen, was das Finanzamt unter Hinweis darauf ablehnte, dass gemäß § 32d Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 lit. a EStG der gesonderte Steuertarif des § 32d Abs. 1 EStG (25 %) nicht für Kapitaleinkünfte im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG gilt, wenn Gläubiger und Schuldner der Kapitalerträge einander nahestehende Personen sind. Als nahestehende Personen sah das Finanzamt aufgrund von BMF-Schreiben zur Abgeltungsteuer¹¹ und in Anlehnung an Stimmen in der Literatur¹² Ehegatten bzw. Kinder an, da sie Angehörige im Sinne des § 15 AO sind.

Die vom BFH zu entscheidende Frage war daher, ob Angehörige automatisch unter den Begriff der nahestehenden Personen fallen. Hierzu stellte der BFH fest, dass der Begriff des „Nahestehens“ am Normzweck zu entscheiden sei und nicht aus anderen Gesetzen, wie zum Beispiel § 1 Abs. 2 AStG hergeleitet werden könne. Allein die Verwandtschaft, ein Verlöbnis oder die Eheschließung führe zwar zu einer engen Bindung, der gesetzliche Tatbestand der „nahestehenden Person“ müsse jedoch nach den Gründen des Gesetzgebers einschränkend verstanden werden. Nach der Gesetzesbegrün-

¹ Unternehmensteuerreformgesetz 2008 vom 14.8.2007, BGBl 2007 I, S. 1912, BStBl I 2007, S. 630.

² Die Abgeltungsteuer gilt gemäß § 32d Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 20 Abs. 8 EStG nicht, wenn es sich bei den Kapitalerträgen um gewerbliche Einkünfte handelt. Dies ist gegeben bei Kapitaleinkünften von Kapitalgesellschaften aber auch bei Einkünften von natürlichen Personen, wenn diese Mitunternehmer am Schuldner sind, wie zum Beispiel bei atypischer stiller Beteiligung.

³ Nicht erfasst werden nur die Tatbestände des § 20 II 1 Nrn. 4-6 EStG, wie Erträge aus stillen Beteiligungen, Versicherungsansprüchen und Hypotheken.

⁴ Nur bei fehlendem Steuerabzug oder bei steuerlichem Korrekturbedarf ist eine Veranlagung vorzunehmen, wobei insbesondere bei einem niedrigeren Steuersatz von Amts wegen eine Korrektur durch das Finanzamt durchgeführt wird (Günstigkeitsprüfung § 32d Abs. 6 EStG). Ein Kapitalertragsteuerabzug ist nicht vorzunehmen, wenn es sich um Kapitalerträge nach § 43 Abs. 1 Nr. 6 und 8 bis 12 EStG handelt, wozu u. a. Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an einer Körperschaft (Aktien, GmbH-Anteile) zählen. Nicht kapitalertragsteuerpflichtig, und damit beim Steuerpflichtigen zu erfassen, sind u. a. Gewinne aus der Veräußerung oder Abtretung von Forderungen aus einer stillen Beteiligung an einem Handelsgewerbe oder aus einem partiarischen Darlehen im Sinne von § 20 Abs. 1 Nr. 4 EStG (§ 20 Abs. 2 Nr. 4 EStG) sowie Zinsen aus Hypotheken und Grundschulden im Sinne von § 20 Abs. 1 Nr. 5 EStG (§ 20 Abs. 2 Nr. 5 EStG), sowie inländische Kapitalerträge aus einfachen Kapitalforderungen, soweit diese nicht gegen inländische Kreditinstitute bestehen (§ 43 Abs. 1 Nr. 7 EStG).

⁵ § 20 Abs. 9 EStG. Nur im Veräußerungsfall sind die Anschaffungskosten und auch die Veräußerungskosten gegenzurechnen (§ 20 Abs. 2 i. V. m. Abs. 4 EStGp, nicht aber die Finanzierungskosten (§ 43a II 2-7 EStG).

⁶ BT-Drucks. 16/4841. BFH, Urteil vom 29.4.2014, VIII R 23/13, BFHE 245, 352, BStBl II 2014, S. 884 = DStR 2014, 1667.

⁷ Gesetzesbegründung der Bundesregierung, BR-Drucks. 220/07, S. 61; insgesamt zur Funktion der Abgeltungsteuer: Weber-Grellet, NJW 2008, 545; ders., DStR 2013, 1375.

⁸ Siehe hierzu Nachweise bei Schäfer/Scholz, DStR 2012, 1885; dort auch zu den noch offenen Fragen und Gestaltungsmöglichkeiten bei der Abgeltungsteuer.

⁹ BFH, Urteil vom 29.4.2014, VIII R 9/13, BStBl II 2015, S. 986.

¹⁰ BFH, Urteil vom 29.4.2014, VIII R 44/13, BStBl II 2015, S. 992, DStR 2014, 1225.

¹¹ BMF-Schreiben vom 22.12.2009 BStBl I 2010, S. 94, sowie 9.10.2012, BStBl I 2012, S. 953, je Rdnr. 136.

¹² Nachweise hierzu bei Schulz/Vogt, DStR 2008, 2189 Fn. 18.

dung soll der Abgeltungsteuersatz nur dann ausgeschlossen sein, wenn ein Näheverhältnis vorliegt, aufgrund dessen die Person auf den Steuerpflichtigen einen beherrschenden Einfluss ausüben kann oder umgekehrt der Steuerpflichtige auf diese Personen einen beherrschenden Einfluss ausüben kann oder eine Dritte einen auf beide beherrschenden Einfluss ausüben kann. Ebenso sei ein entsprechendes Näheverhältnis gegeben, wenn die nahestehende Person oder der Steuerpflichtige imstande ist, bei der Vereinbarung der Bedingungen einer Geschäftsbeziehung auf den Steuerpflichtigen oder die nahestehende Person einen außerhalb dieser Geschäftsbeziehung begründeten Einfluss auszuüben oder wenn einer von ihnen ein eigenes wirtschaftliches Interesse an der Erzielung der Einkünfte des anderen hat.¹³

Aufgrund dessen ist aus Sicht des BFH aus der Familienangehörigkeit noch kein entsprechendes Näheverhältnis zu schließen. Vielmehr müsse daneben ein Beherrschungsverhältnis vorliegen, aus dem der beherrschten Person aufgrund eines absoluten Abhängigkeitsverhältnisses im Wesentlichen kein eigener Entscheidungsspielraum verbleibt. Es würde aus Sicht des BFH eine mit Art. 6 Abs. 1 GG unvereinbare Diskriminierung von Ehe und Familie vorliegen, wenn sich aus dem Familienverhältnis eine unwiderlegbare Vermutung ergeben würde, dass der Abgeltungsteuersatz missbräuchlich ausgenutzt werden soll. Ehe und Familie bildeten nicht generell einen einheitlichen Bilanzraum oder bei der Einkünfteermittlung eine Vermögensgemeinschaft. Vielmehr müsse im Einzelfall neben dem familiären Verhältnis ein tatsächliches Beherrschungsverhältnis vorliegen, was voraussetzt, dass der beherrschten Person aufgrund eines absoluten Abhängigkeitsverhältnisses im Wesentlichen kein eigener Entscheidungsspielraum verbleibt.¹⁴ Dies kann zwischen Ehegatten vorliegen, wenn unabhängig von der ehelichen Lebensgemeinschaft Beweisanzzeichen gegeben sind, die für die Annahme gleichgerichteter wirtschaftlicher Interessen sprechen.

Nach der neuesten Entscheidung des BFH vom 28.1.2015¹⁵ liegt ein Beherrschungsverhältnis zwischen Ehegatten in Form eines wirtschaftlichen Abhängigkeitsverhältnisses dann vor, wenn der Ehemann an seine Ehefrau zur Anschaffung und Renovierung eines fremd vermieteten Hauses der Ehefrau mangels eigener finanzieller Mittel und fehlender eigener Kreditwürdigkeit ein Darlehen gewährt, weil ihr kein fremder Dritter dafür eine Gesamtfinanzierung gewährt hätte und auch die Kreditgewährung hinsichtlich Zins- und Tilgungsleistungen nicht dem Fremdüblichen entspricht.

Der BFH überprüft den Abgeltungsteuersatz auch am allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG. Er sieht diesen durch den Gesamtbelastungsvorteil jedoch nicht verletzt, denn die Einkommensteuer werde vom Grundsatz der Individualbesteuerung beherrscht. Daraus könne eine Gesamtbetrachtung der Steuerbelastung und der Steuerentlastung verschiedener Steuerpflichtiger in der Regel allenfalls dann gerechtfertigt sein, wenn ein Missbrauchstatbestand erfüllt ist. Solche hat der Steuergesetzgeber durch die Regelungen in § 32d Abs. 2 EStG versucht zu beschreiben. § 32d EStG regelt dabei in Abs. 2 noch weitere Ausschlussstatbestände neben der Darlehensgewährung zwischen nahestehenden Personen.

¹³ BT-Drucks. 16/4841, S. 61. So nun auch der neue Wortlaut bei Rdnr. 136 des BMF-Schreibens vom 9.10.2012, BStBl I 2012, S. 953, geändert aufgrund des BMF-Schreibens vom 9.12.2014, BStBl I 2014, S. 1608.

¹⁴ Zu den vom BFH verwendeten Begriffen: Gläser/Zöller, DStR 2015, 497.

¹⁵ BFH v. 28.1.2015 – VIII R 8/14, DStR 2015, 563.

3. Abgeltungsteuer bei Gesellschaftsfinanzierung

a) Gesellschafterdarlehen: Die Abgeltungsteuer hat den BFH auch im Rahmen von Gesellschaftsfinanzierungen bei Kapitalgesellschaften¹⁶ beschäftigt. Hier können durch die Steuersatzspreizung betriebliche Gewinne (zum Beispiel durch Zahlung von Darlehenszinsen) auf den Abgeltungsteuersatz reduziert auf den Darlehensgeber übertragen werden, die dann bei der Gesellschaft als Betriebsausgaben den steuerpflichtigen Gewinn in vollem Umfang verringern. In dem ebenfalls am 29.4.2014 erlassenen Urteil¹⁷ ging es entsprechend darum, dass der Alleingesellschafter und Geschäftsführer seiner GmbH durch schriftlichen Vertrag ein ungesichertes Darlehen gewährt hat. Hier macht jedoch der Darlehensgeber erfolglos geltend, dass die Darlehenszinsen dem gesonderten Steuertarif nach § 32d Abs. 1 EStG von 25 % zu unterwerfen sind. Der BFH bestätigt dabei, dass nach dem eindeutigen Wortlaut des § 32d Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 lit. b EStG für Kapitalerträge im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG (hier Zinserträge aus Darlehensgewährung) die Abgeltungsteuer nicht anzuwenden ist, wenn der Darlehensgeber zugleich Anteilseigner in Höhe von mindestens 10 % an der darlehensempfangenen Gesellschaft ist. Einen Verstoß gegen Verfassungsgrundsätze konnte der BFH in dieser Ausnahmeregelung nicht erkennen. Er führt dazu unter anderem aus, dass der Gesetzgeber von der zumindest realitätsnahen Annahme ausging, dass ein Gesellschafter ab einer Beteiligung von mindestens 10 % in einem gewissen Maß auf das Verhalten der Gesellschaft einwirken kann, um durch eine Fremdfinanzierung von dem Abgeltungsteuersatz zu profitieren. Daher liege kein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG vor, wenn in einem solchen Fall der Gesetzgeber eine Ausnahme von der Abgeltungsteuer mache.

b) Drittdarlehen von Familienangehörigen: Anders lag jedoch der Fall in dem vom BFH am 14.5.2014 veröffentlichte Urteil¹⁸. In diesem Falle hatte die Darlehensgeberin an eine GmbH ein Darlehen i. H. v. 250.000 € gewährt, an deren Stammkapital die Tochter und die Enkelkinder der Darlehensgeberin beteiligt waren. Auch hier hatte das Finanzamt die Gewährung der Abgeltungsteuer unter Berufung auf § 32d Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 lit. b EStG abgelehnt. Aus dessen Satz 2 ergibt sich, dass die Ausnahme von der Abgeltungsteuer auch dann gilt, wenn der Gläubiger (Kapitalgeber) zum Anteilseigner eine nahestehende Person ist und der Anteilseigner zu mindestens 10 % an der Gesellschaft beteiligt ist. Hier sah der BFH aufgrund der gleichen Erwägungen, die im vorstehend abgedruckten Urteil enthalten sind, aus dem nahen Verwandtschaftsverhältnis des Darlehensgebers zu den Gesellschaftern der mit dem Darlehen begünstigten GmbH keine ausreichende Grundlage für ein entsprechendes Näheverhältnis. Ihm war aus dem Sachverhalt nicht das erforderliche Beherrschungsverhältnis¹⁹ zwischen dem Darlehensgeber und dem Anteilseigner der GmbH erkennbar. Bei vernünftiger Vertragsgestaltung (der geschlossene Darlehensvertrag muss dabei vor

¹⁶ § 32d Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 lit. b EStG erfasst nur Anteilseigner an Kapitalgesellschaften und Genossenschaften, nicht aber an Personengesellschaften, weil diese i. d. R. Mitunternehmer sind und damit Einkünfte nach § 15 EStG erzielen bzw. nahestehende Person aufgrund des Beherrschungsverhältnisses ist.

¹⁷ BFH, Urteil vom 29.4.2014, VIII R 23/13, BStBl II 2014, S. 884, DStR 2014, 1667.

¹⁸ BFH, Urteil vom 14.5.2014, VIII R 31/11, BStBl II 2015, S. 995, NZG 2014, 1117; DStR 2014, 1665; GmbHR 2014, 1054.

¹⁹ Beispiele für einen beherrschenden Einfluss können bei Gesellschaftsbeteiligungen nach Schulz/Vogt, DStR 2008, 2189, 2192 sein: über 50 % Stimmrechte, Beherrschungsvertrag, Zustimmungsvorbehalte, Weisungsrechte oder sonstige Möglichkeiten der direkten Entscheidungsbeeinflussung.

allem auch einem Fremdvergleich standhalten) kann damit über eine derartige Gesellschaftsfinanzierung eine entsprechende Steuersatzspreizung ausgenutzt werden.

c) Anderer Begriff des „Nahestehens“ bei verdeckter Gewinnausschüttung: Bei Erträgen aus einer Kapitalgesellschaft kann der steuerlich erforderliche Fremdvergleich auch daran scheitern, dass die Zinshöhe unangemessen ist. Übersteigt sie das Marktübliche, liegt darin eine verdeckte Gewinnausschüttung. Für diese ist nach § 32d Abs. 2 Nr. 4 EStG die Anwendung des Abgeltungssteuersatzes ausgeschlossen. Handelt es sich um eine mittelbare verdeckte Gewinnausschüttung, weil der Gläubiger der Zinseinkünfte eine zum Gesellschafter nahestehende Person ist, ist zu beachten, dass der Begriff der nahestehenden Person im Bereich der verdeckten Gewinnausschüttung in einem wesentlich weitergehenden Umfang verstanden wird. Das „Nahestehen“ kann hierbei familienrechtlicher, gesellschaftsrechtlicher, schuldrechtlicher oder auch rein tatsächlicher Art sein. Zunächst spricht der Beweis des ersten Anscheines nach Ansicht des BFH dafür, dass die nahestehende Person den Vorteil ohne ihre Beziehung zum Gesellschafter nicht erhalten hätte, es sei denn, dass andere Ursachen für die Zuwendung als das Nahestehen des Empfängers zu einem Gesellschafter nicht auszuschließen sind.²⁰

d) Kriterien des Dritteinflusses: In einem weiteren auch am 29.4.2014 veröffentlichten Urteil,²¹ ging es darum, dass ein Gesellschafter seine Beteiligung an einer KG, einer GmbH und einer GbR an seinen Bruder veräußert hat. Im Gesellschaftsvertrag der vom Vater der Beteiligten errichteten Gesellschaften war hinsichtlich der Modalitäten der Kaufpreiszahlung geregelt, dass der Kaufpreis in drei gleichen Raten zu zahlen war, jedoch die Stundung zu verzinsen ist. Das Finanzamt lehnte wiederum ab, die Stundungszinsen dem Abgeltungssteuersatz zu unterwerfen, weil es sich bei dem Schuldner der Kapitalerträge (= Stundungszins) um eine nahestehende Person handele (= § 32d Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 lit. a EStG). Auch hier konnte der BFH nicht das vom Gesetz geforderte Näheverhältnis feststellen, da kein Beherrschungsverhältnis zwischen den Vertragsschließenden besteht. Außerdem sei auch keine der betroffenen Personen imstande gewesen, bei der Vereinbarung der Bedingungen der Geschäftsbeziehung auf den Steuerpflichtigen bzw. auf die nahestehende Person einseitigen Einfluss auszuüben oder eigene wirtschaftliche Interessen durchzusetzen. Die Satzungsregelung sei zu einem Zeitpunkt festgelegt worden, als beide Beteiligte noch nicht an der Gesellschaft beteiligt waren, so dass sie auf die gesellschaftsvertragliche Verankerung und Ausgestaltung der Stundungsvereinbarung keinen Einfluss nehmen konnten. Eine missbräuchliche Gestaltung zur Ausnutzung des Abgeltungssteuersatzes sei daher nicht gegeben.

Nachdem in Abfindungsklauseln von Gesellschaftssatzungen häufig Stundungsvereinbarungen hinsichtlich des Abfindungsentgelts geregelt sind, kann sich hieraus bei richtiger Gestaltung ein steuerlicher Vorteil ergeben. Der Stundungszins kann somit zu einer Steuertarifspreizung führen: Die Gesellschaft kann diesen als Betriebsausgaben geltend machen, wogegen der Gläubiger die Zinseinkünfte nur der Abgeltungssteuer unterwerfen muss.

4. Darlehen muss Fremdvergleich standhalten

Bei allen vorstehend dargestellten Darlehensfällen hat der BFH auch stets festgestellt, dass die Darlehenszinsen über-

haupt erst steuerlich berücksichtigt werden können, wenn das Darlehen dem steuerlichen Fremdvergleich standhält. Dieser setzt grundsätzlich voraus, dass die vertraglichen Hauptpflichten klar und eindeutig vereinbart sind und das Vereinbarte auch tatsächlich durchgeführt wird. Jedoch schließt nicht jede geringfügige Abweichung einzelner Sachverhaltsmerkmale vom Üblichen die steuerliche Anerkennung des Vertragsverhältnisses aus. Als unschädlich angesehen wird insbesondere, wenn die Darlehensgewährung ungesichert ist und keine Regelung über eine Vorfälligkeitsentschädigung vereinbart wird.²² In seiner Entscheidung vom 22.10.2013²³ machte der BFH jedoch deutlich, dass die Intensität der Prüfung eines Fremdvergleiches bei Darlehensverträgen zwischen nahen Angehörigen vom Anlass der Darlehensaufnahme abhängig ist. Werden die Darlehensmittel dem Darlehensgeber zuvor vom Darlehensnehmer geschenkt, sei ein Fremdvergleich strikt vorzunehmen. In einem solchen Fall müsse eine endgültige Vermögensverschiebung herbeigeführt werden. An einer solchen fehle es, solange dem beschenkten Kind als Darlehensnehmer kein Recht zur freien Entscheidung zusteht, ob es die geschenkten Geldmittel im Betrieb des Schenkers oder aber in anderer Weise verwenden will. Damit dürfte zumindest einer steuerlichen Gestaltung ein Riegel vorgeschoben sein, welche die Vorteile der Gesellschafterfinanzierung in Bezug auf die Abgeltungssteuer dadurch herbeiführen will, dass einem Angehörigen die für die Gesellschaft benötigten Geldmittel geschenkt werden und diese wiederum von dem Angehörigen sodann der Gesellschaft als Darlehen zur Verfügung gestellt werden. Hier wäre dann auch das maßgebliche Kriterium der nahestehenden Person in Form der Beherrschungsmöglichkeit uneingeschränkt gegeben.

5. Optionsmöglichkeit zur Anwendung des progressiven Einkommensteuertarifs

Hat der Gesellschafter seine Beteiligung durch Fremdmittel finanziert, hat er ein Interesse, die Fremdfinanzierungskosten im Rahmen seiner Einkünfteerzielung aus der Beteiligung steuerlich geltend machen zu können. Unterliegt der Gesellschafter jedoch dem Abgeltungssteuersatz für seine Kapitaleinkünfte, könnte er daher aufgrund des Abzugsverbotes für Werbungskosten seine Finanzierungskosten nicht steuerlich absetzen. Handelt es sich jedoch bei der Beteiligung um eine unternehmerähnliche Beteiligung, zum Beispiel beim „management buy out“ oder beim Erwerb eines Anteils an einer Kapitalgesellschaft, bei der der Gesellschafter selbst als Berufsträger tätig ist, ermöglicht der Gesetzgeber in § 32d Abs. 2 Nr. 3 EStG dem Gesellschafter eine Option zum Teileinkünfteverfahren. Voraussetzung ist jedoch, dass der steuerpflichtige Gesellschafter entweder zu mindestens 25 % unmittelbar an der Kapitalgesellschaft beteiligt ist oder zu mindestens 1 % an der Kapitalgesellschaft beteiligt ist und zugleich beruflich für diese tätig ist. Dann hat er die Möglichkeit, im Rahmen des Teileinkünfteverfahrens 60 % seiner Werbungskosten, insbesondere seiner Finanzierungskosten, zum Abzug zu bringen (§ 3c Abs. 2 Satz 1 EStG).

Notar Martin Wachter, Günzburg

²⁰ BFH vom 30.11.2010, XIII R 19/07, BFH/NV 2011, 949 = GmbHR 2011, 322.

²¹ BFH, Urteil vom 29.4.2014, VIII R 35/13, BStBl II 2015, S. 990, DStRE 2014, 1223.

²² BFH, Urteil vom 22.10.2013, X R 26/11, BFHE 242, 516 = BStBl II 2014, S. 374 = DStR 2013, 2677; BFH, Urteil vom 29.4.2014, VIII R 9/2013 (wie vorstehend abgedruckt) sowie BFH, Urteil vom 29.4.2014, VIII R 44/13, BStBl II 2015, S. 992, DStRE 2014, 1225.

²³ BFH, Urteil vom 22.10.2013, X R 26/11, DStR 2013, 2677. Hierzu Osterloh, DStR 2014, S. 393.

STANDESNAHRICHTEN

Personaländerungen

1. Verstorben:

Notar a. D. Dr. Karl-Heinz Flörchinger, Landau,
verstorben am 6.2.2015

Notar a. D. Dr. Bruno Heinz, Krumbach,
verstorben am 16.3.2015

Notar a. D. Martin Kreßel, Nürnberg,
verstorben am 21.3.2015

2. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung zum 1.3.2015:

Notar Martin Kreßel, Nürnberg

Mit Wirkung zum 1.4.2015:

Notar Armin Büschel, Bad Reichenhall

Mit Wirkung zum 1.5.2015:

Notar Wolfgang Olshausen, Rain am Lech

Mit Wirkung zum 1.7.2015:

Notar Gerhard Öchsner, Würzburg

Notar Dr. Rainer Pannhausen, Garmisch-Partenkirchen

3. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung zum 1.4.2015:

Bad Reichenhall	dem Notar Walter Dietrich (bisher in München)
Bischofsheim a. d. Rhön	dem Notarassessor Dr. Benjamin Hamberger (bisher in München Notarstelle Prof. Dr. Mayer)

Kandel/Pfalz (in Sozietät mit Notar Dr. Kiefer)	dem Notar Dr. Christian Pohl (bisher in Ludwigshafen a. Rhein)
---	---

Ludwigshafen a. Rhein (in Sozietät mit Notar Dr. Wilke)	dem Notarassessor Dr. Fabian Wall (bisher in Garmersheim Notarstelle Dr. Wolf)
---	---

Mit Wirkung zum 1.5.2015:

Neu-Ulm (in Sozietät mit Notarkasse Dr. Munzig)	dem Notarassessor Josef Hölzlein (bisher in München Notarstellen Dr. Schemmann/ Dr. Ludewig)
---	--

Rain	dem Notarassessor Dr. Martin Hörmann (bisher in München Notarstelle Dr. Bohrer)
------	--

4. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung zum 1.4.2015:

Lisa Kestler, Pegnitz
(Notarstelle Heinrich)

Dr. Nora Ziegert, Weißenhorn
(Notarstelle Dr. Ziegler)

Mit Wirkung zum 1.5.2015:

Dr. Sebastian Berkefeld, Erlangen
(Notarstellen Dr. Martini/Siegler)

Sandra Gernens, Bad Griesbach i. Rottal
(Notarstelle Dr. Forthäuser)

Judith Junk, Augsburg
(Notarstelle Hille)

5. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Notar Martin Soutier, Roth, wurde mit
Wirkung vom 8.12.2014 promoviert

Notar Dr. Jörg Mayer, Simbach a. Inn,
wurde mit Wirkung vom 6.2.2015 zum
Honorarprofessor an der Friedrich-Alexander-Universität
Erlangen-Nürnberg bestellt

Notarassessorin Eva-Maria Bernauer, München
(Notarstellen Dr. Vossius/Dr. Engel), ab 16.3.2015
in München (Notarstellen Dr. Steiner/Dr. Fronhöfer)

Notarassessorin Kathrin Ramspeck, München
(Notarstellen Dr. Steiner/Dr. Fronhöfer), führt seit
27.3.2015 den Namen Trutschel

Notarassessor Stephan Wendt, Landstuhl
(Notarstelle Dr. Stuppi), ab 1.4.2015 in
Germersheim (Notarstelle Dr. Wolf)

Notarassessor Jochen Keßler, München
(Notarstellen Dr. Görk/Dr. Berringer), ab 1.5.2015
in Würzburg (DNotI)

Notarassessorin Katharina Langer, Bad Griesbach i. Rottal
(Notarstelle Dr. Forthäuser), ab 1.5.2015 in München
(Notarstellen Dr. Görk/Dr. Berringer)

Notarassessor Benjamin Weingarten, Würzburg
(Notarstellen Dr. Baumann/Sorge), ab 1.5.2015 in
München (Notarstellen Dr. Hepp/Dr. Reul)

Notarassessor Benedikt Goslich, Illertissen (Notarstelle
Dr. Kössinger), ab 1.6.2015 in München (Notarstelle
Dr. Vossius/Dr. Engel)

Oberinspektorin i. N. Beatrice Meister, Pappenheim
(Notarstelle Pulyer), ab 1.4.2015 in Ansbach
(Notarstelle Appel)

Oberinspektorin i. N. Carola Heinrich, Rosenheim
(derzeit in Elternzeit), ab 1.5.2015 in Bad Aibling
(Notarstelle Rosendorfer)

Oberinspektorin i. N. Tiziana Brummer, Augsburg
(Notarstelle Röder), ab 9.5.2015 in Augsburg
(Notarstellen Dr. Bernhard/Dr. Straßer)

6. Ausgeschiedene Angestellte:

Oberamtsrat i. N. Walter Mader, Deggendorf
(Notarstellen Dr. Kurz/Dr. Sagmeister), ab 1.5.2015
im Ruhestand

7. Neueinstellungen von Inspektoren i. N.:

Mit Wirkung zum 1.4.2015:

Sonja Abstreiter, Traunstein
(Notarstelle Knab)

Josefa Berchtold, München
(Notarstellen Dr. Lorenz-Czarnetzki/Schmid)

Maik Bukowczan, Gernersheim
(Notarstelle Dr. Wolf)

Sonja Büttel, Bamberg
(Notarstelle Dr. Wirth)

Katrin Distler, Fürth
(Notarstelle Bode)

Jonas Eiden, München
(Notarstellen Dr. Walz/Dr. Vollrath)

Janine Ertel, Nürnberg
(Notarstelle Pöllmann-Budnick)

Maria Fritz, Schwabach
(Notarstellen Dr. Böhmer/Dr. Schneider)

Florian Fuchs, Regensburg
(Notarstelle Ritz-Mürtz)

Matthias Hofmann, Furth i. Wald
(Notarstelle vormals Knerr)

Maria Holmer, Aichach
(Notarstellen Riedel/Dr. Kilian)

Katharina Janser, Lindau i. Bodensee
(Notarstellen Weissenberger/Dr. Reibenspies)

Johanna Kerl, Schwabach
(Notarstellen Hagg/Liebing)

Theresa Mußner, Trostberg
(Notarstellen Mehler/Dr. Vierling)

Daniela Pöppel, Nürnberg
(Notarstelle vormals Kreßel)

Katrin Schatz, Bayreuth
(Notarstellen Dr. Gottwald/Zuber)

Jessica Späth, Marktheidenfeld
(Notarstellen Dr. Eckert/Dr. Grund)

Cornelius Tetzl, Nürnberg
(Notarstellen Dr. Sommerhäuser/Dr. Reindl)

Lena Wedel, Schweinfurt
(Notarstellen Dr. Weiß/Muschel)

Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Kandel/Pfalz, Notarstelle JR Dr. Kiefer/Dr. Pohl
E-Mail: info@kiefer-pohl.de
Homepage: www.kiefer-pohl.de

SONSTIGES

Symposium

„Privatrecht und Eigentumsgrundrecht“

Freitag, 12. Juni 2015, von 9.30 Uhr bis 17.30 Uhr
im Stucksaal des Poppelsdorfer Schlosses, Meckenheimer Allee 169, 53115 Bonn

Die Eigentumsgarantie hat nicht nur im Verhältnis von Bürger und Staat, sondern auch in Rechtsbeziehungen zwischen Privaten erhebliche Auswirkungen. Zu denken ist etwa an Konstellationen, in denen zwei oder mehrere Grundrechtsträger sich auf ihre Freiheitsrechte, namentlich auf ihr Eigentumsgrundrecht, berufen. Beispiele für derartige eigentumsrelevante Konstellationen finden sich im Miet-, Aktien- und Insolvenzrecht. Zudem gibt es weitere zivilrechtliche Teilrechtsgebiete, die vom Eigentumsgrundrecht geprägt werden und in denen die horizontale Dimension des Eigentumsgrundrechts deutlich wird. Die Tagung will den Blick auf diese Themenfelder lenken und die Bedeutung des Eigentumsgrundrechts für das Privatrecht analysieren.

Das Thema wird behandelt von Prof. Dr. Dres. h.c. Hans-Jürgen Papier, Präsident des Bundesverfassungsgerichts a.D., München; Prof. Dr. Martin Schermaier, Bonn; Prof. Dr. Dr. Wolfgang Durner, LL.M., Bonn; Dr. Matthias Maetschke, Bonn; Prof. Dr. Foroud Shirvani, Bonn; Notar Prof. Dr. Stefan Hügel, Weimar; Prof. Dr. Moritz Brinkmann, LL.M. (McGill), Bonn und Prof. Dr. Matthias Schmidt-Preuß, Bonn.

Die wissenschaftliche Leitung erfolgt durch Prof. Dr. Moritz Brinkmann, LL.M. (McGill) und Prof. Dr. Foroud Shirvani.

Das Anmeldeformular finden Sie unter www.jura.uni-bonn.de/notarrecht. Anfragen sind zu richten an das Rheinische Institut für Notarrecht, Adenauerallee 46a, 53113 Bonn, Telefon: 0228/73-4432, Telefax: 0228/73-4041, E-Mail: notarrecht@uni-bonn.de.

„Tagung zur EU-ErbVO“

Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München

Mittwoch, 17. Juni 2015, 16.30 Uhr s. t.
Senatssaal der Ludwig-Maximilians-Universität (E 106/110 im 1. Obergeschoss)

Referenten: Professor Dr. Ulrich Haas
(Universität Zürich)

Notar Dr. Felix Odersky, Dachau

Im Anschluss an die Vorträge besteht die Möglichkeit zur Diskussion. Zum Ausklang der Veranstaltung wird zu einem kleinen Empfang geladen.

Anmeldung und Information:

Forschungsstelle für Notarrecht,
Prof.-Huber-Platz 2, 80539 München,
Tel.: 089 2180-1420,
Fax: 089 2180-13981,
E-Mail: FS-Notarrecht@jura.uni-muenchen.de

Die Teilnahme ist kostenfrei und steht jedem Interessierten offen. Aus organisatorischen Gründen wird um eine Anmeldung gebeten. Bitte teilen Sie auch mit, ob Sie am Empfang teilnehmen. Teilnahmebescheinigungen gemäß § 15 FAO werden auf Wunsch im Anschluss an die Tagung gegen eine Zahlung von € 50 in bar persönlich ausgehändigt.

Weitere Informationen über die Einrichtung finden Sie unter www.notarrechtsinstitut.de.

Ausschreibung

des „Helmut-Schippel-Preises“ für das Jahr 2016

Die Deutsche Notarrechtliche Vereinigung e. V. in Würzburg setzt für eine hervorragende praxisbezogene wissenschaftliche Arbeit auf dem Gebiet des Notarrechts den

„Helmut-Schippel-Preis“

in Höhe von 5.000 € aus.

Zum Notarrecht zählen alle Fragen des materiellen oder formellen Rechts, die mit der Notariatspraxis im weitesten Sinne oder der Vertragsgestaltung im Zusammenhang stehen (z. B. auch Grundstücksrecht, Erbrecht, Familienrecht, Gesellschafts- und Unternehmensrecht).

Über die Vergabe entscheidet der Vorstand der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. unter Ausschluss des

Rechtsweges. Bewerber werden gebeten, ihre Forschungsarbeiten bis spätestens **30.6.2016** bei der

**Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V.,
Gerberstraße 19,
97070 Würzburg,**

in drei Exemplaren (verbleiben bei der Notarrechtlichen Vereinigung) einzureichen (maßgebend ist der Posteingangsstempel). Die endgültige Vergabeentscheidung wird voraussichtlich Anfang 2017 getroffen. Die Deutsche Notarrechtliche Vereinigung behält sich eine Aufteilung des Preises auf mehrere Bewerber vor. Die Preisverleihung findet im Rahmen einer wissenschaftlichen Vortragsveranstaltung an einem der von der NotRV geförderten Institute/Forschungsstelle für Notarrecht statt. Nähere Informationen erhalten Sie unter www.notrv.de.



Die Notarkasse A. d. ö. R. München sucht für ihre Prüfungs- und Ausbildungsabteilung

zwei weitere Kostenprüferinnen/Kostenprüfer.

Vorwiegender Tätigkeitsbereich ist die Durchführung von Kostenprüfungen mit damit verbundenen Dienstreisen.

Nach einer Einarbeitungszeit erwarten die Kostenprüferin/den Kostenprüfer weitere interessante Tätigkeiten im Bereich der Aus- und Fortbildung.

Bei Interesse bitten wir um Kontaktaufnahme mit der Notarkasse. Ansprechpartner ist der Leiter der Prüfungs- und Ausbildungsabteilung NOR Werner Tiedtke.

Anfragen werden vertraulich behandelt.

Schriftleitung: Notarassessor Stefan Künkele
Notarassessorin Anja Schaller

Ottostraße 10, 80333 München
ISSN 0941-4193

Die Mitteilungen erscheinen jährlich mit sechs Heften und können nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Telefon 089 551660, Fax 089 55166234, info@mittbaynot.de, bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 53,00 € zuzüglich 6,00 € Versandkosten und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt. Einzelheft 13,00 € einschließlich Versandkosten.

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an:
Mediengruppe Universal, Kirschstraße 16, 80999 München, Telefon 089 5482170, Fax 089 555551.

Bestellen Sie Einbanddecken gerne auch im Internet unter www.mediengruppe-universal.de/notarkammer.