

Inhalt

Grundstücksrecht

- Aktuelle Probleme im Bereich der Grundpfandrechte sowie des Grundbuch- und Sachenrechts** 294
von Richterin am Bundesgerichtshof Professorin Dr. Johanna Schmidt-Räntsch, Berlin

Handels- und Gesellschaftsrecht

- Die Entwicklung des Insolvenz-Gesellschaftsrechts in Deutschland in den Jahren 2012 – 2015 – Teil 2** 308
von Professor Dr. iur. Heribert Hirte, LL.M. (Berkeley), Köln/Berlin/Hamburg

ZNotP-Fragezeichen

- In dieser Rubrik möchten wir Sie auf mögliche Fehler- und Gefahrenquellen aufmerksam machen.
 Die Antworten finden Sie auf S. 332 314

ZNotP-Rechtsprechungsreport

Grundstücksrecht

- Erbnachweis bei Verwirkungsklausel** 314
BGH, Beschl. v. 2. 6. 2016 – V ZB 3/14

- Keine Eintragung der Verpfändung eines GbR-Anteils** 317
BGH, Beschl. v. 20. 5. 2016 – V ZB 142/15

Erbrecht

- Voraussetzungen eines Anspruchs nach § 2287 Abs. 1 BGB** 319
BGH, Urt. v. 28. 9. 2016 – IV ZR 513/15

- Erbausschlagung bei Ausschluss der elterlichen Vermögensverwaltung** 322
BGH, Beschl. v. 29. 6. 2016 – XII ZB 300/15

Familienrecht

- Verteilung eines ehebedingten Erwerbsnachteils** 324
BGH, Beschl. v. 8. 6. 2016 – XII ZB 84/15

- Voraussetzungen für Betreuung** 327
BGH, Beschl. v. 27. 1. 2016 – XII ZB 519/15

Handels- und Gesellschaftsrecht

- Treuepflicht eines GmbH-Gesellschafters** 330
BGH, Urt. v. 12. 4. 2016 – II ZR 275/14

Grundstücksrecht

Aktuelle Probleme im Bereich der Grundpfandrechte sowie des Grundbuch- und Sachenrechts

von Richterin am Bundesgerichtshof Professorin Dr. Johanna Schmidt-Räntsch, Berlin*

A. Grundpfandrechte

I. Belastungsvollmacht im Kaufvertrag

1. Fall¹

Die Parteien eines Grundstückskaufvertrags sahen in dem Vertrag die Mitwirkung der Verkäuferin an der Finanzierung des Kaufpreises vor. Danach soll das Grundstück mit Grundpfandrechten bis zur Höhe des Kaufpreises zzgl. bis zu 20 % Zinsen sowie einer einmalig fällig werdenden Nebenleistung von 10 % belastet und der sofortigen Zwangsvollstreckung gegen den jeweiligen Eigentümer unterworfen werden dürfen. Vorgesehen ist ferner, dass die Sicherheiten ausschließlich der Finanzierung des Kaufpreises und der Abwicklung des Vertrags dienen sollen, dass die den Grundpfandrechten zugrunde liegenden Valutierungsansprüche der Verkäuferin abgetreten und die aus den Sicherheiten Berechtigten unwiderruflich angewiesen werden sollen, nur nach Maßgabe des Vertrags auszuführen. Dem Käufer wird in dem Vertrag Vollmacht erteilt, die Beteiligten zu vertreten, und zwar bei der Bestellung von Grundpfandrechten zur Finanzierung des Kaufpreises nach Maßgabe der vereinbarten Kaufpreisfinanzierung. Der Käufer lässt eine Grundschuldbestellungs-urkunde für eine Buchgrundschuld über 157.000 € nebst 11 % Zinsen zugunsten einer Sparkasse beurkunden „im Rahmen und gemäß Vollmacht vom ... UR-Nr. ...“. Das Grundbuchamt hat den Antrag auf Eintragung der Grundschuld mit der Begründung zurückgewiesen, es fehle am Nachweis der Vollmacht. Zu Recht?

2. Lösung

a) Ausgangslage

Der Käufer eines Grundstücks ist nicht immer in der Lage, den Kaufpreis aus eigenen Mitteln sofort zu begleichen. Viele Käufer müssen zur Finanzierung des Kaufpreises einen Immobilienkredit bei einer Bank aufnehmen und dieser zur Sicherung der Rückzahlung des Kredits eine Hypothek oder – verbreiteter – eine Grundschuld an dem Kaufgegenstand verschaffen. Aus eigenem Recht wären sie dazu erst in der Lage, wenn sie das Eigentum daran erworben haben. Das aber wird ihnen der Verkäufer nur verschaffen wollen, wenn die Zahlung des Kaufpreises sichergestellt ist.

Ein Ausweg aus diesem Dilemma besteht darin, dass der Erwerber seiner Bank den Auflassungsanspruch aus dem Kaufvertrag abtritt. Die Abtretung führt nach § 1281 Satz 1 BGB dazu, dass der Verkäufer nur an den Käufer und seine Bank gemeinschaftlich leisten kann. Geschieht das, erwerben nach

§ 1287 Satz 2 BGB der Käufer das Eigentum an der Immobilie und seine Bank eine Sicherungshypothek an dem Grundstück. Diese könnte nach § 1186 Satz 1 BGB in eine gewöhnliche Hypothek umgewandelt werden. Diese Umwandlung bedürfte nach § 1186 Satz 2 BGB nicht der Zustimmung der im Rang gleichstehenden oder nachgehenden Berechtigten. Auf diesem Weg könnte die Bank nahtlos abgesichert werden, ohne dass es der Mitwirkung des Verkäufers bedürfte. Allerdings setzt diese Lösung die Bereitschaft der Bank voraus, sich grds. mit einer Absicherung durch eine Hypothek zufriedenzugeben, deren Inhalt sich – da zunächst Sicherungshypothek – nach der Forderung bestimmt. Diese könnte hinsichtlich der Zinsen und Nebenleistungen ohne Zustimmung gleich- oder nachrangiger Gläubiger² nach § 877 BGB geändert und an die Ausgestaltungswünsche der Bank angepasst werden. Anders läge es bei einer Erhöhung des Kapitals, die rechtlich eine Neubestellung ist,³ sowie bei der Ersetzung der Hypothek durch eine Grundschuld. Beides kann rangwährend nur geschehen, wenn keine gleich- oder nachrangigen Berechtigten vorhanden sind oder wenn solche Berechtigten der ranggleichen Änderung oder Ersetzung zustimmen. Sachgerecht abgesichert würde die Bank aber wohl nach Umwandlung in eine gewöhnliche Hypothek auch ohne solche Maßnahmen.

Ist die Bank zur Ausreichung des Darlehens nur bei Bestellung einer Hypothek bereit, die ihrem Muster entspricht, oder nur gegen Bestellung einer Grundschuld, ist der Käufer auf die Mitwirkung des Verkäufers angewiesen. Dieser muss dann an der Bestellung des verlangten Grundpfandrechts mitwirken. Seine Mitwirkung besteht darin, dass er den Käufer ermächtigt, den Kaufgegenstand schon vor Eintragung der Auflassung mit den für die Finanzierung des Kaufpreises erforderlichen Grundpfandrechten zu belasten. Dazu muss sichergestellt werden, dass die Bank bis zur Umschreibung oder bis zur vollständigen Zahlung des Kaufpreises das Grundpfandrecht nur verwerten darf, soweit sie tatsächlich Zahlungen mit Tilgungswirkung auf die Kaufpreisschuld des Käufers geleistet hat.

* Die Verfasserin ist stell. Vorsitzende des V. ZS des BGH und Honorarprofessorin der Humboldt-Universität zu Berlin. Der Beitrag ist die überarbeitete Fassung eines Referats, das die Verfasserin auf der 14. Jahresarbeitstagung des Notariats v. 29.9. – 1.10.2016 in Berlin gehalten hat. Das Referat ist parallel in dem von dem Deutschen Anwaltsinstitut herausgegebenen Tagungsband auf S. 139 – 172 veröffentlicht.

1 BGH, Beschl. v. 21.4.2016 – V ZB 13/15, ZNotP 2016, 151 = FGPrax 2016, 145.

2 Einzelheiten und Nachweise bei Staudinger/Gursky, BGB, 2012, § 877 Rn. 28.

3 Einzelheiten und Nachweise bei Staudinger/Gursky (Fn. 2), § 877 Rn. 27.

b) Gestaltungsmöglichkeiten

aa) Inhaltlich unbeschränkte Belastungsvollmacht

Dem Käufer könnte eine im Außenverhältnis uneingeschränkte Belastungsvollmacht erteilt werden, die im Innenverhältnis entsprechend beschränkt wird. Dazu genügt es aber nicht, den Käufer in dem Kaufvertrag zu verpflichten, sich an diese Bedingungen zu halten. Vielmehr ist sicherzustellen, dass diese Bedingungen auch tatsächlich eingehalten werden. Das wäre etwa dadurch möglich, dass die Vollmacht inhaltlich auf Erklärungen beschränkt wird, die von dem Urkundsnotar beurkundet und beglaubigt werden, und dass dieser durch beide Parteien angewiesen wird, nur die Eintragung solcher Belastungen zu beantragen, die bis zur vollständigen Kaufpreiszahlung oder Eigentumsumschreibung ausschließlich als Sicherheit für Beträge dienen, die tatsächlich mit Tilgungswirkung auf die Kaufpreisschuld geleistet werden.

Bei der Frage, wie der Verkäufer sachgerecht abgesichert wird, ist davon auszugehen, dass der Schuldner der zu sichernden Forderung i.d.R. auch dann Sicherungsgeber sein soll, wenn die Grundschuld – ganz oder teilweise – auf einem Grundstück lastet, das einem Dritten gehört.⁴ Der Verkäufer wäre also nicht Sicherungsgeber und damit durch die Sicherungsvereinbarung nicht geschützt. Das könnte man dadurch vermeiden, dass die Bank entweder eine Sicherungsvereinbarung mit einem Wechsel des Sicherungsgebers oder von vornherein zwei Sicherungsvereinbarungen eingeht, eine mit dem Verkäufer und eine mit dem Käufer. Sicherungsgeber wären dann zunächst der Verkäufer und nach Erfüllung der Kaufpreisforderung der Käufer. Ist die Bank des Käufers dazu bereit, ließe sich der Abschluss der Sicherungsabreden etwa dadurch erreichen, dass die – inhaltlich unbeschränkte – Belastungsvollmacht mit der formalen Beschränkung versehen wird, dass die in dem Kaufvertrag festgelegten Bedingungen für die Sicherung des Verkäufers in der Grundschuldbestellungsurkunde wiedergegeben werden.⁵ Das Grundbuchamt müsste sich dann nicht mit dem Zustandekommen der Sicherungsabrede befassen, sondern nur prüfen, ob der wiederzugebende Text in der Urkunde enthalten ist. Die Sicherungsabrede käme dann nach § 151 BGB zustande, allerdings wohl nicht allein dadurch, dass die Bank die Eintragungsnachricht erhält, sondern m.E. erst dadurch, dass sie eine Ausfertigung der Bestellungsurkunde, die den Sicherungsvertrag wiedergibt erhält und ohne Einwände entgegennimmt. Ist die Bank zum Abschluss eines Sicherungsvertrags mit dem Verkäufer nicht bereit, muss die Sicherung des Verkäufers anders geschaffen werden. Denkbar wäre eine rechtsverbindliche Zusicherung der Bank, Gelder aus dem gesicherten Darlehen nur zur Tilgung der Kaufpreisschuld zu verwenden.

bb) Inhaltlich beschränkte Belastungsvollmacht

Die dem Käufer zu erteilende Belastungsvollmacht kann im Außenverhältnis beschränkt und diesem eine Belastung des Grundstücks nur unter den in dem Kaufvertrag vorgesehenen inhaltlichen Maßgaben zur Absicherung des Verkäufers er-

möglicht werden. Der Vorteil dieser Lösung liegt darin, dass das bestellte Grundpfandrecht nichtig ist, wenn die die Vollmacht inhaltlich beschränkenden Maßnahmen nicht ergriffen werden.⁶ Im vorliegenden Fall hatten sich die Vertragsparteien für eine derartige Beschränkung der Vollmacht im Außenverhältnis entschieden und diese davon abhängig gemacht, dass die Verwendung des Grundpfandrechts ausschließlich zur Finanzierung des Kaufpreises und zur Vertragsabwicklung sichergestellt wird, dem Verkäufer die Valutierungsansprüche abgetreten werden und die unwiderrufliche Anweisung erfolgt, die Darlehensvaluta nur nach Maßgabe des Vertrags auszuzahlen. Ähnlich wie bei einer unbeschränkten Belastungsvollmacht, für die eine Sicherungsabrede zunächst mit dem Verkäufer und hernach mit dem Käufer vorgesehen ist, müssen auch hier zwei Sicherungsabreden zustande kommen. Anders als bei einer unbeschränkten Belastungsvollmacht, die von der Wiedergabe der Bedingungen in der Urkunde abhängig ist, muss das Grundbuchamt hier das Zustandekommen der Sicherungsvereinbarungen prüfen, da der Bestand der Vollmacht davon abhängig ist.

c) Nachweis der inhaltlich beschränkten Vollmacht

aa) Anforderungen

Dieses Vorgehen hat zur Folge, dass das Grundbuchamt bei der Eintragung des bewilligten Grundpfandrechts nicht nur Form und Inhalt der eigentlichen Bewilligung zu prüfen hat, sondern auch die inhaltliche Reichweite der Vollmacht. Dem Grundbuchamt muss in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden, dass die Rechtsmacht des Grundschuldgläubigers auf schuldrechtlicher Ebene durch eine Sicherungsabrede beschränkt wird. Diesen Nachweis hatte der Käufer nach Auffassung des Grundbuchamts hier nicht geführt. Zu Recht, entschied der BGH.⁷

bb) Umsetzung

Der Käufer hatte im Eingang der Urkunde erklärt, „im Rahmen und gemäß Vollmacht vom ... UR-Nr. ...“ zu handeln. Das war unzureichend. Daraus ergab sich nämlich nur, dass er sich auf die Vollmacht berufen wollte. Mit dieser Bezugnahme allein konnte er aber nicht in der Form des § 29 GBO nachweisen, dass die nachfolgenden Erklärungen zur Bestellung der Grundschuld von dieser Vollmacht auch gedeckt waren. Streng genommen hätte der Käufer das Zustandekommen einer den Bedingungen des Kaufvertrags entsprechenden Sicherungsabrede mit der Bank, dass die Grundschuld bestellt werden soll, nachzuweisen. Das verlangt der BGH nicht. Er lässt es – einer verbreiteten Empfehlung⁸ folgend –

4 BGH, Urt. v. 20.11.2009 – V ZR 68/09, ZNotP 2011, 3 = ZfIR 2010, 93 Rn. 14.

5 So etwa: Beck-Notarhandbuch/Ertl, A I. Rn. 271, 274.

6 BGH, Urt. v. 28.10.1988 – V ZR 14/87, BGHZ 106, 1, 3 und Beschl. v. 21.4.2016 – V ZB 13/15, ZNotP 2016, 151 = FGPrax 2016, 145 Rn. 12.

7 Beschl. v. 21.4.2016 – V ZB 13/15, ZNotP 2016, 151 = FGPrax 2016, 145 Rn. 11.

8 Nachweise in BGH, Beschl. v. 21.4.2016 – V ZB 13/15, ZNotP 2016, 151 = FGPrax 2016, 145 Rn. 10.

ausreichen, wenn in der Grundschuldbestellungsurkunde ein Angebot zum Abschluss einer dem Kaufvertrag entsprechenden Sicherungsabrede enthalten ist.⁹ Das setzt voraus, dass die Bedingungen dieser Sicherungsabrede entweder in der Grundschuldbestellungsurkunde selbst oder in einer mit ihr verbundenen Anlage festgehalten werden. Auf diese Weise bringt der Käufer zum Ausdruck, dass die Bank das Angebot zur Bestellung der Grundschuld und der darin enthaltenen weiteren Abreden nur gleichzeitig mit der schuldrechtlichen Sicherungsabrede zugunsten des Verkäufers annehmen kann. Diese Annahme kann dann – wie bei der Wiedergabe der Bedingungen in der Urkunde bei einer inhaltlich unbeschränkten Vollmacht – durch Betätigung nach § 151 BGB erfolgen. Dies würde als Nachweis ausreichen.

3. Lehren

Aus dem Fall lassen sich folgende praktische Schlussfolgerungen ableiten:

- Eine Belastungsvollmacht ist materiell-rechtlich nur unbedenklich, wenn effektiv sichergestellt ist, dass sie nur zur Eintragung solcher Belastungen eingesetzt wird, die bis zur vollständigen Kaufpreiszahlung oder Eigentums-umschreibung ausschließlich als Sicherheit für Beträge dienen, die tatsächlich mit Tilgungswirkung auf die Kaufpreisschuld geleistet werden.
- Entsprechende Regelungen können als inhaltliche Beschränkungen der Belastungsvollmacht in dem Kaufvertrag vorgesehen werden und müssen dann in die anschließende Grundschuldbestellungsurkunde oder eine Anlage hierzu aufgenommen werden, um das Zustandekommen der Sicherungsabrede zwischen Bank und Verkäufer in der Form des § 29 GBO nachzuweisen.
- Möglich wäre auch eine im Außenverhältnis unbeschränkte Vollmacht. Dann muss die Einhaltung der sachlichen Bedingungen für die Verwendung der Vollmacht nicht nur durch schuldrechtliche Verpflichtungen des Käufers, sondern durch formale Beschränkungen der Vollmacht sichergestellt werden, z.B. durch eine Beschränkung der Vollmacht im Außenverhältnis auf Erklärungen, die von dem Urkundsnotar beurkundet oder beglaubigt werden und durch die Anweisung beider Parteien an den Notar, die Eintragung von Belastungen nur zu beantragen, wenn diese Bedingungen auch sichergestellt sind.
- Das Zustandekommen der erforderlichen Absicherung des Verkäufers bis zur Zahlung des Kaufpreises kann durch Zitierung der entsprechenden Bedingungen aus dem Kaufvertrag in der Grundschuldbestellungsurkunde oder durch interne Absprachen sichergestellt werden, die aber zusätzliche Gebühren auslösen können.

II. Bestverwertungspflicht

1. Fall¹⁰

Die Klägerin war Eigentümerin zweier Grundstücke, die mit Grundschulden zur Sicherung von Forderungen über rd.

280.000 € belastet waren. Eines dieser Grundstücke, das mit Grundschulden von rd. 270.000 € belastet war, wurde auf Antrag der beklagten Grundschuldgläubigerin zwangsversteigert. Der Verkehrswert wurde auf 308.000 € festgesetzt. Vor dem Versteigerungstermin vereinbarte die Beklagte mit einem Dritten, dieser solle das Grundstück für insgesamt 200.000 € erhalten. Vereinbarungsgemäß gab der Dritte ein Gebot über 175.000 € ab und erhielt den Zuschlag. Gegen Zahlung von weiteren 25.000 € bewilligte die Beklagte die Löschung der erstrangigen Grundschulden und betrieb anschließend die Zwangsvollstreckung in das andere Grundstück. Hiergegen erhob die Klägerin mit Erfolg Vollstreckungsgegenklage. Mit der vorliegenden Zahlungsklage verlangt sie Schadensersatz i.H.v. rd. 116.000 € nebst Anwaltskosten. Sie meint, die Beklagte müsse sich an dem Zuschlagsbeschluss festhalten lassen. Sie habe danach rd. 395.000 € erzielt und müsse den ihre persönlichen Forderungen gegen sie übersteigenden Betrag auskehren. Das LG hat der Klage stattgegeben. Das OLG hat sie abgewiesen. Zu Recht?

2. Lösung

a) Grundlagen

Der Darlehensschuldner, der seinem Gläubiger eine Grundschuld bestellt, räumt diesem eine überschießende Rechtsmacht ein. Die Grundschuld ist nämlich von dem Bestand der gesicherten Forderung unabhängig. Diese Rechtsmacht wird dem Gläubiger treuhänderisch übertragen. Die treuhänderische Bindung findet in der Sicherungsabrede ihren Ausdruck. Diese Abrede verpflichtet die Grundschuldgläubigerin, von der Grundschuld nur im Verwertungsfall und dann auch nur unter Wahrung der Interessen des Darlehensnehmers Gebrauch zu machen. Dazu muss die Gläubigerin das Grundpfandrecht bestmöglich verwerten.¹¹ Die Bestverwertungspflicht verpflichtet einerseits nicht dazu, alle denkbaren Vorteile „herauszuholen“, also z.B. nicht, überschüssige Grundschuldzinsen zu beantragen, die dann dem Schuldner zum Nachteil nachrangiger Gläubiger zu fallen.¹² Sie kann andererseits aber etwa dazu verpflichten, von einer zwangsweisen Verwertung abzusehen, wenn eine anderweitige Verwertung besseren Erfolg verspricht.¹³ Erfüllt die Grundschuldgläubigerin ihre Pflichten aus der Sicherungsabrede nicht, haftet sie gem. § 280 Abs. 1 BGB auf Schadensersatz.¹⁴ Das kann auch Schadensersatz statt der Leistung sein.¹⁵

9 Beschl. v. 21.4.2016 – V ZB 13/15, ZNotP 2016, 151 = FGPRax 2016, 145 Rn. 13.

10 BGH, Urt. v. 29.1.2016 – V ZR 285/14, ZfIR 2016, 319.

11 BGH, Urt. v. 3.2.2012 – V ZR 133/11, ZfIR 2012, 312 Rn. 8.

12 BGH, Urt. v. 4.2.2011 – V ZR 132/10, BGHZ 188, 186 = ZNotP 2011, 196 Rn. 13.

13 Zu den Anforderungen im Einzelnen BGH, Urt. v. 24.6.1997 – XI ZR 178/96, ZIP 1997, 1448, 1449 und v. 5.10.1999 – XI ZR 280/98, WM 2000, 68, 69.

14 Dazu *Schmidt-Räntsch*, ZNotP 2011, 402 f.

15 BGH, Urt. v. 19.4.2013 – V ZR 47/12, BGHZ 197, 155 = ZNotP 2013, 147 Rn. 6.

b) Grenzen der Bestverwertungspflicht

aa) Geltendmachung von Grundschuldzinsen

Mit den Grenzen der Bestverwertungspflicht hatte sich der BGH 2011 zu befassen. Damals ging es um die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die Grundschuldgläubigerin verpflichtet ist, neben dem Nominalbetrag der Grundschuld auch die Grundschuldzinsen im Zwangsversteigerungsverfahren anzumelden. Dies läge sicher im Interesse des Darlehensnehmers. Verpflichtet dazu ist die Grundschuldgläubigerin aber nach der Rechtsprechung des BGH nur, wenn anders eine Befreiung des Darlehensnehmers von seinen Verbindlichkeiten nicht zu erreichen ist.¹⁶

bb) Ablösung der Grundschuld unterhalb des Nennbetrags

Im vorliegenden Fall geht es nun um die gewissermaßen entgegengesetzte Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die Grundschuldgläubigerin die Löschung der als Ergebnis der Zwangsversteigerung von dem Ersteher übernommenen Grundschulden bewilligen kann. Das kann ebenso wie die Nichtanmeldung von Grundschuldzinsen pflichtwidrig sein, wenn der Darlehensnehmer dadurch im Ergebnis nicht im möglichen Umfang von seiner Darlehensverpflichtung befreit würde. Der BGH geht aber weiter. Der Ersteher haftet für die nach dem geringsten Gebot bestehenbleibenden Rechte. Um diesen Erfolg darf die Grundschuldgläubigerin den Darlehensnehmer nicht bringen. Bewilligt sie dennoch die Löschung gegen eine unter dem Nennwert liegende Zahlung, macht sie sich ihre Rückgewährpflicht in zu vertretender Weise unmöglich. Sie haftet deshalb auf Schadensersatz statt der Leistung.¹⁷ Der muss hier allerdings noch näher geprüft werden. Deshalb verweist der BGH die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurück.

3. Lehre

Der Fall lehrt, dass die Grundschuldgläubigerin – ohne Zustimmung des Darlehensnehmers – die Löschung der auf den Ersteher übergegangenen Grundschuld nicht gegen Zahlung unter dem Nennwert bewilligen darf. Andernfalls haftet sie auf Schadensersatz statt der Leistung.

III. Eigentümergrundschuld in der Insolvenz

1. Fall¹⁸

Die Klägerin und ihr inzwischen verstorbener Ehemann waren Eigentümer eines landwirtschaftlichen Grundbesitzes, der mit Grundschulden belastet war, die der Sicherung noch offener Darlehen dienten. Mit Vertrag v. 29.6.2001 übertragen die Klägerin und ihr Ehemann die Grundstücke auf ihren Sohn, den heutigen Schuldner, der die Rückführung der Darlehen übernahm und dem sie die Ansprüche gegen die Bank abtraten. Sie behielten sich das Recht zum Rücktritt u.a. für den Fall der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners vor. Der Anspruch wurde durch eine Auflassungsvormerkung gesichert. Am 21.11.2006 wur-

de das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Schuldners eröffnet. Mit Schreiben v. 31.7.2007 erklärten die Klägerin und ihr Ehemann den Rücktritt vom Vertrag. Der Insolvenzverwalter des Schuldners veranlasste die Bank, auf ihre Grundschulden zu verzichten; dieser Verzicht wurde am 11.10.2010 in das Grundbuch eingetragen. Aufgrund eines Teilanerkennsurteils wurden der Klägerin die Grundstücke zurückübertragen. Die Rückübertragung auch der Grundschulden lehnt der Insolvenzverwalter ab. Zu Recht?

2. Lösung

a) Ausgangslage

Der Insolvenzverwalter war nach § 346 Abs. 1 BGB zur Rückübertragung der Grundstücke verpflichtet, weil mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners die Bedingung für das vertragliche Rücktrittsrecht eingetreten war und die Klägerin und ihr (verstorbener) Ehemann den Rücktritt erklärt hatten. Die Klägerin konnte Erfüllung der Rückgewährverpflichtung nach § 106 Abs. 1 Satz 1 InsO auch von dem beklagten Insolvenzverwalter verlangen, weil der Anspruch durch eine Vormerkung gesichert war. Aufgrund des Rücktritts war aber nur das Grundstück zurückzugewähren, nicht die Eigentümergrundschulden. Denn diese hatten die Klägerin und ihr verstorbener Ehemann dem Schuldner nicht verschafft.¹⁹ Rückübertragung der Grundschulden konnte die Klägerin deshalb nur unter dem Gesichtspunkt der Eingriffskondition (§ 816 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB) verlangen. Das wiederum setzte voraus, dass die Masse die Eigentümergrundschulden durch das Verhalten des Insolvenzverwalters auf Kosten der Klägerin erlangt hat.

b) Vermögensvorteil der Masse

aa) Erwerb der Eigentümergrundschulden

Es stellte sich zunächst die Frage nach dem erlangten Vermögensvorteil der Masse. In Betracht kam zunächst der Erwerb der Eigentümergrundschulden an sich. Diese Grundschulden standen zunächst der Gläubigerin zu, weil sie der Schuldner trotz Rückführung der Darlehen hatte „stehen“ lassen. Er hätte Rückübertragung an sich wohl nicht verlangen können, obwohl ihm die Klägerin und ihr verstorbener Ehemann die Ansprüche aus dem Sicherungsvertrag abgetreten hatten. Denn diese Ansprüche waren gepfändet. Die Pfändung hinderte die Grundschuldgläubigerin allerdings nicht daran, auf ihre Rechte zu verzichten.²⁰ Dieser Verzicht wiederum führte dazu, dass die Fremgrundschulden der Gläubigerin nach §§ 1192 Abs. 1, 1168 Abs. 1 BGB Eigentümergrundschulden des Schuldners wurden.

16 BGH, Urt. v. 4.2.2011 – V ZR 132/10, BGHZ 188, 186 = ZNotP 2011, 196 Rn. 13.

17 BGH, Urt. v. 29.1.2016 – V ZR 285/14, ZfHR 2016, 319 Rn. 13 f.

18 BGH, Urt. v. 24.3.2016 – IX ZR 259/13, ZIP 2016, 828.

19 BGH, Urt. v. 24.3.2016 – IX ZR 259/13, ZIP 2016, 828 Rn. 18.

20 Dazu BGH, Urt. v. 24.3.2016 – IX ZR 259/13, ZIP 2016, 828 Rn. 9 f.

bb) Umwandlung in Fremdgrundschulden

Das Berufungsgericht hatte einen weiteren Vermögensvorteil darin gesehen, dass diese Eigentümergrundschulden durch die Rückübertragung nur des Eigentums an den belasteten Grundstücken auf die Klägerin zu Fremdgrundschulden wurden. Eine Fremdgrundschuld, die nach § 1168 Abs. 1 BGB zur Eigentümergrundschuld wird, steht dem zu, der in diesem Zeitpunkt Eigentümer ist.²¹ Wird nur das Eigentum an dem Grundstück übertragen, bleibt diese Person Inhaberin der Eigentümergrundschulden, die damit zu Fremdgrundschulden werden. Das wiederum führt dazu, dass die Beschränkungen des § 1197 Abs. 1 BGB entfallen. Danach kann der Eigentümer die Zwangsvollstreckung seines Grundstücks zum Zwecke seiner Befriedigung nicht betreiben, wenn er Gläubiger der Grundschuld ist. Darin sieht der BGH allerdings schon keinen zusätzlichen Vermögensvorteil. Zum einen könne der Eigentümer als Inhaber der Eigentümergrundschuld über diese frei verfügen und sie als solche oder unter Umwandlung in eine Hypothek gem. § 1198 BGB an einen Dritten übertragen.²² Zum anderen sei § 1197 Abs. 1 BGB einschränkend auszulegen. Die Vorschrift solle die Ausschaltung nachrangiger Gläubiger verhindern, die in der Zwangsversteigerung mit ihren Rechten ausfallen könnten. Diese Gefahr bestehe nach der Rechtsprechung des BGH nicht, wenn die von Verwertung der Eigentümergrundschuld durch einen Pfändungsgläubiger erfolge. Dieser vollstrecke zu seiner eigenen Befriedigung, nicht zu einem – im Hinblick auf nachrangige Gläubiger nicht gerechtfertigten – Vorteil des Eigentümers.²³ Entsprechendes gelte für den Insolvenzverwalter.²⁴

c) Erwerb auf Kosten der Klägerin

Es fehle auch an einem Erwerb auf Kosten der Klägerin. Für die Verschaffung der Eigentümergrundschuld gelte das schon deshalb, weil die Klägerin und ihr verstorbener Ehemann dem Schuldner ihre Ansprüche aus der Sicherungsabrede abgetreten hätten. Auch der von dem Berufungsgericht aus dem Überlassungsvertrag abgeleitete Anspruch der Klägerin gegen den Schuldner, die Grundschulden nicht zu revalutieren und ggf. mit dem Grundstück wieder zurück zu übertragen, führe nicht dazu, dass der Erwerb der Grundschulden durch die Masse auf ihre Kosten erfolgt sei. Solche Ansprüche und die aus ihrer Nichterfüllung entstehenden Sekundäransprüche seien vielmehr gewöhnliche Insolvenzforderungen.²⁵

3. Lehre

Der Fall macht auf ein Problem bei der notariellen Gestaltung von Überlassungsverträgen aufmerksam. Solche Überlassungsverträge enthalten regelmäßig Tatbestände, bei deren Eintritt der Übergeber entweder unmittelbar von dem Übernehmer Rückauflassung des überlassenen Grundbesitzes verlangen oder mit der gleichen Folge von dem Überlassungsvertrag zurücktreten kann. Ist der Grundbesitz belastet, reicht die in solchen Fällen übliche Vormerkung zur Sicherung der bedingten Rückauflassungsansprüche nicht ohne Weiteres aus. Sie kann nämlich nicht verhindern, dass in solche Grundstücke aus Grundschulden vollstreckt

wird, die nicht mehr valutieren, aber z.B. durch Verzicht in die Masse fallen. Zu erwägen sind deshalb die Vereinbarung eines Anspruchs auf Rückübertragung auch evtl. entstehender Eigentümergrundschulden und die Absicherung eines solchen Anspruchs durch eine Vormerkung.

IV. Verweigerte Zustimmung zur Löschung vormerkungswidriger Sicherungshypothek

1. Fall²⁶

Die Kläger kaufen von den Schuldnern der Beklagten ein Grundstück, an dem eine Auflassungsvormerkung zu ihren Gunsten eingetragen wurde. Sie zahlen den wesentlichen Teil des Kaufpreises. Ein Rechtsstreit gegen ihre Verkäufer endet mit der Abweisung von deren Klage auf Zahlung des Restkaufpreises, deren Verurteilung zur Abgabe der für die Übereignung an die Kläger erforderlichen Erklärungen und der Feststellung, dass ein Restkaufpreisanspruch nicht besteht. Die Kläger verkaufen das Grundstück lastenfrem weiter, können es aber nicht lastenfrem übereignen, weil die Beklagten gegen ihre Schuldner noch vor Eigentumsumschreibung auf die Kläger, aber nach Eintragung der Auflassungsvormerkung Sicherungshypotheken erwirkt haben und sich weigern, deren Löschung zuzustimmen. Die Kläger verlangen von ihnen Zustimmung zur Löschung der Zwangssicherungshypotheken und Ersatz des Schadens, der ihnen dadurch entstanden ist, dass sie ihren Käufern die monatlichen Bereitstellungszinsen erstatten. Zu Recht?

2. Lösung

a) Zustimmungsanspruch

Die Kläger konnten von den Beklagten nach § 888 Abs. 1 BGB Zustimmung zur Löschung der Zwangssicherungshypotheken verlangen, weil diese Hypotheken im Rang nach der Vormerkung zur Sicherung ihres Auflassungsanspruchs erwirkt worden und nach § 883 Abs. 2 Satz 2 BGB ihnen gegenüber unwirksam waren. Dieser Anspruch war auch fällig. Der nach § 888 Abs. 1 BGB zur Zustimmung Verpflichtete kann dem Vormerkungsberechtigten zwar alle Einwendungen gegen die Vormerkung und den durch sie gesicherten Anspruch entgegenhalten.²⁷ Die Beklagten hatten deshalb im Zustimmungsprozess auch eingewandt, der Auflassungsanspruch der Kläger aus dem Kaufvertrag mit ihren Schuldnern sei noch nicht fällig gewesen. Dieser Einwand war ihnen nicht von vornherein abgeschnitten, weil ihnen die Kläger

21 Dazu BGH, Urt. v. 12.12.2008 – V ZR 49/08, BGHZ 179, 146 = ZNotP 2011, 4 Rn. 28.

22 BGH, Urt. v. 24.3.2016 – IX ZR 259/13, ZIP 2016, 828 Rn. 13.

23 BGH, Urt. v. 18.12.1987 – V ZR 163/86, BGHZ 103, 30, 37 f.

24 BGH, Urt. v. 24.3.2016 – IX ZR 259/13, ZIP 2016, 828 Rn. 15.

25 BGH, Urt. v. 24.3.2016 – IX ZR 259/13, ZIP 2016, 828 Rn. 20.

26 BGH, Urt. v. 4.12.2015 – V ZR 202/14, BGHZ 208, 133 = ZNotP 2016, 153.

27 BGH, Urt. v. 2.7.2010 – V ZR 240/09, BGHZ 198, 130 = ZNotP 2010, 340 Rn. 8; Urt. v. 4.12.2015 – V ZR 202/14, BGHZ 208, 133 = ZNotP 2016, 153 Rn. 12.

im Vorprozess den Streit nicht verkündet hatten. Die Frage war aber, ob der Einwand der Beklagten dessen ungeachtet nicht deswegen zu spät kam, weil die Schuldner der Beklagten rechtskräftig verurteilt worden waren, der Eintragung der Kläger als Eigentümer zuzustimmen, und diese Eintragung erfolgt war. In diesem Stadium des Verfahrens könnte nämlich ein schutzwürdiges Interesse des vormerkungswidrig Eingetragenen, seine Position nicht voreilig aufzugeben, nicht mehr bestehen.²⁸ Der BGH hat die Frage bislang offengelassen²⁹ und musste sie auch hier nicht entscheiden. Die Verurteilung der Beklagten zur Zustimmung war nämlich rechtskräftig geworden, weil der BGH die Nichtzulassungsbeschwerde insoweit zurückgewiesen hatte.³⁰

b) Anwendbarkeit der Verzugshaftung

aa) Bisherige Rechtsprechung

Die Nichterfüllung der Zustimmungspflicht durch die Beklagten führte nach §§ 280 Abs. 1 und 2, 286 Abs. 2 BGB unter den dort bestimmten Voraussetzungen zu der Haftung der Beklagten auf Ersatz des den Klägern aus der Verzögerung der Zustimmung entstehenden Schadens. Voraussetzung hierfür ist, dass diese Vorschriften auf den Zustimmungsanspruch nach § 888 Abs. 1 BGB anwendbar sind. Das hatte der BGH bislang abgelehnt.³¹ In den Motiven zu dem Entwurf eines BGB sei zwar die Anwendbarkeit der allgemeinen Vorschriften des Schuldrechts nicht nur für die aus sachenrechtlichen Verhältnissen entspringenden Obligationen, sondern auch für dingliche Ansprüche bejaht worden, die sich gegen eine bestimmte Person richteten und von dieser Leistung verlangten. Einigkeit bestehe aber auch darüber, dass für jeden Anspruch auf dem Gebiet des Sachenrechts gesondert zu prüfen sei, ob die Vorschriften des Allgemeinen Teils des Schuldrechts auf ihn angewendet werden könnten. Das sei bei dem Zustimmungsanspruch nach § 888 BGB nicht der Fall. Dieser Anspruch sei nur ein Hilfsanspruch. Der Auflassungsgläubiger könne sich wegen seines durch die Verzögerung der Auflassung entstehenden Schadens an den Auflassungsschuldner halten.³² Diese Entscheidung ist auf einhellige Ablehnung gestoßen.³³ Der BGH gibt sie jetzt auf. Er lässt dabei offen, ob die Kritik unter Geltung des früheren Schuldrechts berechtigt gewesen ist.³⁴

bb) Modernisiertes Schuldrecht

Jedenfalls die jetzt geltenden Vorschriften des modernisierten Schuldrechts über die Haftung des Schuldners für den Verzögerungsschaden nach §§ 280 Abs. 1 und 2, 286 BGB und § 288 BGB seien auch auf den Zustimmungsanspruch nach § 888 BGB anzuwenden. Dafür führt er vier Argumente an:

- § 280 Abs. 1 BGB sehe die Haftung auf Schadensersatz im Grundsatz für jede Pflichtverletzung vor. Die Vorschrift unterscheide nicht mehr zwischen Haupt- und Nebenpflichten und auch nicht danach, ob der Anspruch Hilfscharakter habe oder nicht. Nach § 280 Abs. 2 BGB komme es entscheidend darauf an, ob es sich um die Verzögerung einer Leistungspflicht handle.³⁵
- Solche Leistungspflichten könnten auch aus dinglichen Ansprüchen entstehen. Deshalb hat der BGH eine

Haftung für den Verzögerungsschaden auch auf den Anspruch auf Herausgabe einer schuldhaft überbauten Grundstücksteilfläche angenommen. Er wendet die Vorschrift des § 275 BGB auch auf den Anspruch auf Beseitigung einer Störung nach § 1004 BGB an.³⁶

- Inhaltliche Unterschiede, die es rechtfertigen könnten, die Vorschriften über die Haftung für Verzögerungsschäden zwar auf den Herausgabeanspruch nach § 985 BGB anzuwenden, nicht aber auf den Zustimmungsanspruch nach § 888 Abs. 1 BGB, seien nicht erkennbar. Der Zustimmungsanspruch habe zwar akzessorischen Charakter, sei aber ein eigenständiger Anspruch und zur Durchsetzung der Rechte gegenüber dem vormerkungswidrig Eingetragenen notwendig.³⁷ Er stehe dem Berechtigten zudem auch schon vor der Erfüllung des gesicherten Auflassungsanspruchs zu.³⁸
- Es sei auch nicht gerechtfertigt, den Vormerkungsberechtigten an den Schuldner des gesicherten Anspruchs zu verweisen. Denn der durch die verzögerte Zustimmung entstehende Schaden beruhe bei wertender Betrachtung auf dessen pflichtwidrigem Verhalten und nicht auf dem pflichtwidrigen Verhalten des Schuldners des gesicherten Anspruchs.³⁹

Auf den Herausgabeanspruch nach § 985 BGB wendet der BGH allerdings auch die Vorschriften über den Schadensersatz statt der Leistung an, wenn der Besitzer bösgläubig oder verklagt ist.⁴⁰ Ob die Gleichstellung des Zustimmungsanspruchs auch in diesem Punkt gerechtfertigt ist, lässt der BGH offen.⁴¹

c) Voraussetzungen des Verzugs

Die Voraussetzungen des Verzugs lagen vor. Der BGH leitet das allerdings nicht, woran man vielleicht auf den ersten

28 So Staudinger/*Gursky*, BGB, 2013, § 888 Rn. 64.

29 BGH, Urt. v. 22.4.1959 – V ZR 163/57, LM Nr. 6 zu § 883 BGB Bl. 3.

30 BGH, Urt. v. 4.12.2015 – V ZR 202/14, BGHZ 208, 133 = ZNotP 2016, 153 Rn. 16.

31 BGH, Urt. v. 19.1.1968 – V ZR 190/64, BGHZ 49, 263, 267 f.

32 BGH, Urt. v. 19.1.1968 – V ZR 190/64, BGHZ 49, 263, 265 f.

33 Nachweis bei BGH, Urt. v. 4.12.2015 – V ZR 202/14, BGHZ 208, 133 = ZNotP 2016, 153 Rn. 7.

34 BGH, Urt. v. 4.12.2015 – V ZR 202/14, BGHZ 208, 133 = ZNotP 2016, 153 Rn. 8.

35 BGH, Urt. v. 4.12.2015 – V ZR 202/14, BGHZ 208, 133 = ZNotP 2016, 153 Rn. 9.

36 BGH, Urt. v. 4.12.2015 – V ZR 202/14, BGHZ 208, 133 = ZNotP 2016, 153 Rn. 10.

37 BGH, Urt. v. 4.12.2015 – V ZR 202/14, BGHZ 208, 133 = ZNotP 2016, 153 Rn. 12 f.

38 BGH, Urt. v. 2.7.2010 – V ZR 240/09, BGHZ 186, 130 = ZNotP 2010, 340 Rn. 8, 14.

39 BGH, Urt. v. 4.12.2015 – V ZR 202/14, BGHZ 208, 133 = ZNotP 2016, 153 Rn. 14.

40 BGH, Urt. v. 18.3.2016 – V ZR 89/15, ZIP 2016, 1733 Rn. 16.

41 BGH, Urt. v. 4.12.2015 – V ZR 202/14, BGHZ 208, 133 = ZNotP 2016, 153 Rn. 13 unter Hinweis auf NK-BGB/*Krause*, 4. Aufl., § 888 Rn. 28 a.E. und Staudinger/*Gursky* (Fn. 28), § 888 Rn. 64.

Blick hätte denken können, aus einer unberechtigten ernsthaften und endgültigen Verweigerung der Leistung ab. Denn die Beklagten hatten die Zustimmung zur Löschung gegen Erfüllung ihrer Forderungen angeboten. Sie waren aber verpflichtet, die Zustimmung zur Löschung der Zwangssicherungshypotheken ohne Vorbedingungen zu erteilen. Dazu waren sie von den Klägern aufgefordert worden. Eine solche Aufforderung reicht als Mahnung aus.⁴²

3. Lehre

Die Entscheidung des BGH stärkt die Rechte des Vormerkungsberechtigten. Der vormerkungswidrig Eingetragene war bisher einer Haftung für den Verzögerungsschaden gegenüber dem Vormerkungsberechtigten nicht ausgesetzt. Er konnte deshalb gefahrlos die Erteilung der Zustimmung auch dann z.B. von der Erfüllung eigener Ansprüche abhängig machen, wenn er sich weder auf Einwände gegen die Forderung noch auf Einwände gegen die Vormerkung stützen konnte. Das ist jetzt nicht mehr möglich.

V. Vollstreckung aus der Grundschuld gegen die GbR

1. Fall⁴³

A, B und C sind als GbR im Grundbuch eingetragen. Sie bewilligten der Rechtsvorgängerin der Gläubigerin 1987 eine vollstreckbare Grundschuld. 2009 verstirbt A und wird von C beerbt. Besondere Vereinbarungen hatten die Gesellschafter für die GbR nicht getroffen. Eine Berichtigung des Grundbuchs unterbleibt. 2013 wird die Vollstreckungsklausel auf die jetzige Gläubigerin umgeschrieben und unter Aufrechterhaltung der persönlichen Haftung gegen die aus A, B und C bestehende GbR erteilt. Die Gläubigerin beantragt die Zwangsversteigerung des Grundstücks, die das Vollstreckungsgericht zunächst anordnet, nach Bekanntwerden des Tods von A aber wieder aufhebt. Zu Recht?

2. Lösung

a) Ausgangspunkt

Die Aufhebung der Anordnung der Zwangsversteigerung ist gerechtfertigt, wenn die Voraussetzungen für die Anordnung nicht vorliegen. Die Anordnung setzte einen Titel gegen den eingetragenen Grundstückseigentümer voraus. Dazu muss der Titel bei einer GbR nicht nur diese selbst, sondern auch die im Grundbuch ausgewiesenen Gesellschafter ausweisen. Ist das der Fall, gelten die eingetragenen Gesellschafter analog § 1148 BGB als Gesellschafter der GbR.⁴⁴

b) GbR in Auflösung

In dem vorliegenden Fall stellte sich die Frage, ob das auch dann anzunehmen ist, wenn die Gesellschaft durch den Tod eines Gesellschafters mangels abweichender Vereinbarungen aufgelöst wird. Der BGH bejaht die Frage, weil die Auflösung einer GbR nicht zu deren Untergang, sondern nur zu

deren Fortsetzung als Liquidationsgesellschaft führt. Steht ihre Existenz aber nicht infrage, steht auch einer entsprechenden Anwendung von § 1148 BGB nichts entgegen.⁴⁵

3. Lehre

Der Fall zeigt wieder einmal auf, dass die Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR aus grundbuchrechtlicher Sicht die Einführung eines GbR-Registers nahelegt, zu dessen Einführung sich der Gesetzgeber aber bisher nicht entschließen kann. Die praktischen Schwierigkeiten lassen sich durch die entsprechende Anwendung von § 1148 BGB jedenfalls z.T. beheben.

B. Grundbuchrecht

I. Fähigkeit zum Erwerb dinglicher Rechte

1. Rechtsfähigkeit des nichtrechtsfähigen Vereins

a) Fall⁴⁶

Die Beteiligte zu 1 ist im Grundbuch als Eigentümerin verschiedener Grundstücke eingetragen, die sie treuhänderisch für den kommunalen Schadensausgleich der neuen Bundesländer hält. Hierbei handelt es sich um einen Zusammenschluss von Gemeinden und Gemeindeverbänden mit dem Zweck, durch Umlegung Schäden seiner Mitglieder auszugleichen, die aus Haftpflicht- und Kfz-Schadensfällen sowie Unfällen entstehen. Dieser ist nicht im Vereinsregister eingetragen. Die Beteiligte zu 1 übertrug ihm formgerecht das Eigentum an den Grundstücken. Beide Beteiligten beantragen, den Kommunalen Schadensausgleich allein unter seinem Namen als neuen Eigentümer in das Grundbuch einzutragen. Das lehnt das Grundbuchamt ab. Zu Recht?

b) Lösung

aa) Qualifikation des Kommunalen Schadensausgleichs

Das Beschwerdegericht hatte die Entscheidung des Grundbuchamts mit der Begründung gerechtfertigt, der kommunale Schadensausgleich sei in Abhängigkeit von dem Umfang seines Geschäftsbetriebs entweder eine OHG oder eine GbR und könne deshalb allein unter seinem Namen nur eingetragen werden, wenn er sich im Handelsregister eintragen lasse. Anderenfalls könne er nach § 47 Abs. 2 GBO nur unter Nennung seiner Mitglieder in das Grundbuch eingetragen werden.⁴⁷ Dieser Qualifikation des Kommunalen Schadens-

42 BGH, Urt. v. 17.10.2008 – V ZR 31/08, NJW 2009, 1813 Rn. 30; Urt. v. 4.12.2015 – V ZR 202/14, BGHZ 208, 133 Rn. 17.

43 BGH, Beschl. v. 19.11.2015 – V ZB 201/14, DNotZ 2016, 368.

44 BGH, Beschl. v. 2.12.2010 – V ZB 84/10, BGHZ 187, 344 = ZNotP 2011, 114 Rn. 21.

45 BGH, Beschl. v. 19.11.2015 – V ZB 201/14, DNotZ 2016, 368 Rn. 12 f. und Beschl. v. 19.11.2015 – V ZB 202/14, Rn. 9.

46 BGH, Beschl. v. 21.1.2016 – V ZB 19/15, ZNotP 2016, 102

47 KG, ZIP 2015, 168, 169.

ausgleichs folgt der BGH nicht. Er nimmt mit der allgemeinen Ansicht in Rechtsprechung und Literatur an, dass der kommunale Schadensausgleich ein nichtrechtsfähiger Verein in der Ausprägung des nicht konzessionierten Wirtschaftsvereins ist.⁴⁸

bb) Rechtsfähigkeit des nicht rechtsfähigen Vereins

Die Eintragung eines nichtrechtsfähigen Vereins allein unter seinem Namen sollte auf den ersten Blick schon daran scheitern, dass er nicht rechtsfähig ist. Bei näherem Hinsehen ist die Frage allerdings komplizierter. § 54 Satz 1 BGB bestimmt nämlich, dass auf Vereine, die nicht rechtsfähig sind, die Vorschriften über die Gesellschaft (bürgerlichen Rechts) Anwendung finden. Umstritten ist, ob aufgrund dieser Verweisung die Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR⁴⁹ auch zur Anerkennung der Rechtsfähigkeit des nicht rechtsfähigen Vereins geführt hat. Nach einer älteren Ansicht ist das zu verneinen.⁵⁰ Nach inzwischen herrschender Ansicht ist das zu bejahen.⁵¹

cc) Eintragung allein unter dem Vereinsnamen

Damit ist allerdings noch nicht die für die Behandlung des hier gestellten Antrags entscheidende Frage beantwortet, wie der nicht rechtsfähige Verein als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen werden muss, wenn er rechtsfähig sein sollte und Inhaber dinglicher Rechte sein könnte. Nach h.M. folgt aus der Verweisung auf das Recht der Gesellschaft in § 54 Satz 1 BGB, dass dann auch die Eintragungsvorschriften für die GbR auf den nicht rechtsfähigen Verein Anwendung finden, darunter auch § 47 Abs. 2 GBO. Als Folge dessen könnte der nicht rechtsfähige Verein ebenso wie die GbR nur unter Nennung sämtlicher Mitglieder in das Grundbuch eingetragen werden.⁵² Nach der Gegenauffassung ist das wegen seiner körperschaftlichen Verfassung nicht der Fall; nach dieser Auffassung könnte der nicht rechtsfähige Verein auch allein unter seinem Namen eingetragen werden.⁵³

dd) Entscheidung des BGH: keine Eintragung allein unter dem Vereinsnamen

Der BGH lässt offen, ob der nicht rechtsfähige Verein weiterhin nicht rechtsfähig oder nach der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR ebenfalls rechtsfähig ist. Für die Entscheidung über den hier gestellten Antrag komme es hierauf nicht an.⁵⁴ Ist der nicht rechtsfähige Verein weiterhin nicht rechtsfähig, könnten nur seine Mitglieder ihrer gesamthänderischen Verbundenheit in das Grundbuch eingetragen werden.⁵⁵ Sei er dagegen rechtsfähig, dann nur deshalb, weil § 54 Satz 1 BGB auf die Vorschriften über die Gesellschaft verweist. Diese Verweisung schließe aber auch eine Verweisung auf § 47 Abs. 2 GBO ein, wonach eine GbR nur unter Angabe ihrer Mitglieder in das Grundbuch eingetragen werden dürfe. Das gelte dann auch für den nicht rechtsfähigen Verein.⁵⁶ Der Gesetzgeber habe sich gegen die von dem BGH zunächst zugelassene Eintragung einer GbR allein unter ihrem Namen⁵⁷ mit der Erwägung entschieden, Existenz, ordnungsgemäße Vertretung und Identität einer GbR ließen sich mangels Registers ohne Eintragung der Gesellschafter als Mittel zur Identifizierung der berechtigten Gesellschaft nicht in der Form des § 29 GBO

nachweisen.⁵⁸ Für den nicht rechtsfähigen Verein gelte nichts anderes. Mangels Eintragung im Vereinsregister fehle es auch dem nicht rechtsfähigen Verein an der erforderlichen Publizität; auch bei ihm könne sich der Rechtsverkehr ohne Eintragung seiner Mitglieder nicht zuverlässig von seiner Identität überzeugen. Die für die Eintragung eines nicht rechtsfähigen Vereins unter seinem Namen angeführten Argumente überzeugen den BGH nicht. Der nicht rechtsfähige Verein könne dann zwar für einen unter seinem Vereinsnamen erstrittenen Zahlungstitel eine Zwangssicherungshypothek nicht erwirken. Diesen Nachteil habe der Gesetzgeber aber bei der GbR, bei der es genauso sei, im Interesse der Publizität in Kauf genommen.⁵⁹ Nicht rechtsfähige Vereine ließen sich zudem oft von Gesellschaften nicht trennscharf unterscheiden. Auch der Umstand, dass mitgliederstarke nicht rechtsfähige Vereine dann kaum in das Grundbuch eingetragen werden könnten, rechtfertige eine Abweichung nicht. Nicht rechtsfähige Vereine könnten diesen Nachteilen leicht dadurch entgehen, dass sie sich in das Vereinsregister eintragen ließen.⁶⁰ Die Sonderregelungen für politische Parteien und Gewerkschaften ließen sich auf andere nicht rechtsfähige Vereine nicht übertragen. Auch für den kommunalen Schadensausgleich gelte nichts anderes. Er werde zwar in § 3 Abs. 1 Nr. 4 VAG von der Versicherungsaufsicht freigestellt. Das besage aber für seine Eintragung im Grundbuch nichts.⁶¹

c) Lehre

Damit ist zwar über die Rechtsfähigkeit des nicht rechtsfähigen Vereins noch nicht entschieden. Eingetragen werden könnte ein solcher Verein aber jedenfalls nur unter Nennung sämtlicher Mitglieder.

2. Grundstückserwerb durch die WEG

a) Fall⁶²

Die Parteien bilden eine WEG. Die aufteilende Eigentümerin hatte für alle 31 Wohnungen der Anlage Pkw-Stellplätze

48 BGH, Beschl. v. 21.1.2016 – V ZB 19/15, ZNotP 2016, 102 Rn. 7.

49 BGH, Urt. v. 29.1.2001 – II ZR 331/00, BGHZ 146, 341, 344 = ZNotP 2001, 204.

50 Nachweise bei BGH, Beschl. v. 21.1.2016 – V ZB 19/15, ZNotP 2016, 102 Rn. 10.

51 Nachweise bei BGH, Beschl. v. 21.1.2016 – V ZB 19/15, ZNotP 2016, 102 Rn. 11 f.

52 Nachweise bei BGH, Beschl. v. 21.1.2016 – V ZB 19/15, ZNotP 2016, 102 Rn. 10.

53 Nachweise bei BGH, Beschl. v. 21.1.2016 – V ZB 19/15, ZNotP 2016, 102 Rn. 11.

54 BGH, Beschl. v. 21.1.2016 – V ZB 19/15, ZNotP 2016, 102 Rn. 13.

55 BGH, Beschl. v. 21.1.2016 – V ZB 19/15, ZNotP 2016, 102 Rn. 14.

56 BGH, Beschl. v. 21.1.2016 – V ZB 19/15, ZNotP 2016, 102 Rn. 15.

57 BGH, Beschl. v. 4.12.2008 – V ZB 74/08, BGHZ 179, 102 = ZNotP 2009, 66 Rn. 20.

58 BT-Drucks. 16/13437, S. 24; BGH, Beschl. v. 21.1.2016 – V ZB 19/15, ZNotP 2016, 102 Rn. 16.

59 BGH, Beschl. v. 21.1.2016 – V ZB 19/15, ZNotP 2016, 102 Rn. 17.

60 BGH, Beschl. v. 21.1.2016 – V ZB 19/15, ZNotP 2016, 102 Rn. 19 f.

61 BGH, Beschl. v. 21.1.2016 – V ZB 19/15, ZNotP 2016, 102 Rn. 21 f.

62 BGH, Urt. v. 18.3.2016 – V ZR 75/15, ZNotP 2016, 98 = ZfR 2016, 459.

vorgesehen. Auf dem Gemeinschaftsgrundstück konnten aber nur sechs Stellplätze eingerichtet werden. Deshalb wurde den übrigen 25 Wohneinheiten in der Teilungserklärung jeweils ein Stellplatz auf einem seinerzeit ihr gehörenden Nachbargrundstück zugeordnet. Die Stellplätze wurden auf dem Nachbargrundstück eingerichtet und werden seitdem auch von den betreffenden Wohnungseigentümern genutzt. Entgegen der ursprünglichen Planung, diese durch Dienstbarkeiten an dem Nachbargrundstück rechtlich abzusichern, wurde an dem Nachbargrundstück eine öffentlich-rechtliche Baulast gleichen Inhalts begründet. Nach der Veräußerung des Nachbargrundstücks forderte die neue Eigentümerin von der WEG für die Vergangenheit in unverjährter Zeit eine Nutzungsentschädigung und bot ihr den Kauf der für die Stellplätze genutzten Teilfläche für 75.000 € oder den Abschluss eines Mietvertrags mit einem Mietzins von 750 € monatlich an. Wohnungseigentümer fassten auf der Wohnungseigentümersversammlung v. 15.5.2013 mehrheitlich den Beschluss, den für die Stellplätze genutzten Teil des Nachbargrundstücks für 75.000 € anzukaufen. Dagegen richtet sich die Anfechtungsklage einer Wohnungseigentümerin. Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Zu Recht?

b) Lösung

aa) Teilrechtsfähigkeit der WEG

Die WEG kann nach § 10 Abs. 6 Satz 1 WEG „im Rahmen der gesamten Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums“ Rechte erwerben. Sie ist damit keine juristische Person, sondern eine teilrechtsfähige Gemeinschaft. Im Unterschied zu einer juristischen Person ist die WEG nicht in jeder Hinsicht und uneingeschränkt rechtsfähig. Es kann deshalb Erwerbsvorgänge geben, für die ihr schon die Rechtsfähigkeit fehlt. Die WEG hat gewissermaßen ein auf die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums beschränktes Mandat, aus dem sich auch Grenzen ihrer Rechtsfähigkeit selbst ergeben. Die Einzelheiten sind noch ungeklärt. Gedacht ist an Fallgestaltungen, bei denen die WEG offenkundig außerhalb ihres Mandats tätig wird.⁶³ Ein solcher Fall konnte hier gegeben sein. Die WEG wollte nämlich ein anderes Grundstück erwerben; sie schien außerhalb ihrer Rechtsfähigkeit zu handeln. Dem folgte der BGH nicht. Entscheidend ist nicht der Gegenstand des Beschlusses – der Erwerb des fremden Grundstücks – sondern der Zweck.⁶⁴ Wörtlich heißt es in dem Urteil:⁶⁵

„Die Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft ist danach nicht umfassend, sondern auf die Teilbereiche des Rechtslebens beschränkt, bei denen die Wohnungseigentümer im Rahmen der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums als Gemeinschaft am Rechtsverkehr teilnehmen (vgl. Senat, Beschluss vom 2.6.2005 – V ZB 32/05, BGHZ 163, 154, 177; Wenzel, ZWE 2006, 462). In diesem Rahmen kann die Wohnungseigentümergeinschaft auch Immobiliareigentum erwerben. Im Hinblick auf den weiten Verwaltungsbegriff und das Erfordernis des Schutzes des Rechtsverkehrs wird es an der Beschlusskompetenz der Wohnungseigentümer nur fehlen, wenn es sich *offenkundig* nicht um eine Verwaltungsmaßnahme handelt.“ (Hervorhebung des Autors)

Wichtig ist an dieser Stelle der letzte Satz. Er bezieht sich zwar auf die Beschlusskompetenz, aber wegen der Verknüpfung von Rechtsfähigkeit und Beschlusskompetenz auch auf die Rechtsfähigkeit. Die ist also normalerweise gegeben und entfällt nur in offenkundigen Ausnahmefällen. Hier ergab sich kein Problem. Zweck des Erwerbs war es, die bisherige Nutzung des Nachbargrundstücks zum Abstellen von Fahrzeugen in der auch in der Teilungserklärung vorgesehenen Weise sicherzustellen. Das gehört zu dem Aufgabenkreis der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums. Die Rechtsfähigkeit der WEG stand deshalb außer Frage.⁶⁶ Für die Rechtsfähigkeit dürfte es aber zum Schutze des Rechtsverkehrs nicht auf die Einzelheiten der Beschlusskompetenz der Gemeinschaft im Innenverhältnis der WEG, oder das Ergebnis einer Beschlussanfechtungsklage zwischen den Wohnungseigentümern, sondern auf die Außensicht ankommen. Will also bspw. eine Wohnungserbbauberechtigtengemeinschaft das Erbbaugrundstück erwerben, wäre sie dafür rechtsfähig, weil ein Bezug zur Verwaltung des Gemeinschaftseigentums – hier des Erbbaurechts an dem Erbbaugrundstück – nicht offenkundig ausscheidet.

bb) Beschlusskompetenz

Die sich daran anschließende Frage war die nach der Beschlusskompetenz der Wohnungseigentümer. Sie würde fehlen, wenn die sachenrechtlichen Grundlagen der Gemeinschaft verändert werden sollten. Denn das ist vorbehaltlich von Sonderregelungen in der Teilungserklärung nur durch eine Änderung der Teilungserklärung, jedenfalls einvernehmlich möglich.⁶⁷ Der hier beschlossene Erwerb des Nachbargrundstücks durch die WEG führte allerdings nicht zu einer Veränderung von deren Grundlagen. Denn die Aufteilung des gemeinschaftlichen Grundstücks sollte dabei nicht verändert werden. Es veränderte sich lediglich das Verbandsvermögen, in welches das Nachbargrundstück übernommen werden sollte.⁶⁸ Anders wäre der Fall möglicherweise dann zu beurteilen gewesen, wenn das Nachbargrundstück z.B. mit dem gemeinschaftlichen Grundstück hätte vereinigt und den betroffenen Wohnungseigentümern an dem Nachbargrundstück Sondernutzungsrechte hätten zugewiesen werden sollen. Das wäre wohl schon eine Veränderung der sachenrechtlichen Grundlagen der Gemeinschaft und nicht ohne Weiteres im Beschlusswege möglich. Das aber war, wie ausgeführt, hier nicht vorgesehen.

63 Dazu *Schmidt-Räntsch*, ZfIR 2016, 589, 596 m.w.N.

64 BGH, Urt. v. 18.3.2016 – V ZR 75/15, ZNotP 2016, 98 = ZfIR 2016, 459 Rn. 27.

65 BGH, Urt. v. 18.3.2016 – V ZR 75/15, ZNotP 2016, 98 = ZfIR 2016, 459 Rn. 27.

66 BGH, Urt. v. 18.3.2016 – V ZR 75/15, ZNotP 2016, 98 = ZfIR 2016, 459 Rn. 24.

67 BGH, Urt. v. 11.5.2012 – V ZR 189/11, NJW-RR 2012, 1036 Rn. 8 und Urt. v. 18.3.2016 – V ZR 75/15, ZNotP 2016, 98 = ZfIR 2016, 459 Rn. 17.

68 BGH, Urt. v. 18.3.2016 – V ZR 75/15, ZNotP 2016, 98 = ZfIR 2016, 459 Rn. 21.

cc) Ordnungsmäßige Verwaltung

Den Erwerb des Nachbargrundstücks dürften die Wohnungseigentümer § 21 Abs. 4 WEG nur beschließen, wenn er ordnungsmäßiger Verwaltung entsprach. Wann das der Fall ist, ist umstritten.⁶⁹ Der BGH musste die Frage hier nicht abschließend entscheiden. Denn hier ergab sich die Übereinstimmung mit den Grundsätzen ordnungsmäßiger Verwaltung schon daraus, dass die bisherige in dem Aufteilungsplan vorgesehene Nutzung auf Dauer rechtlich abgesichert werden sollte.⁷⁰ Das rechtfertigt dann auch die unterschiedliche Belastung der Wohnungseigentümer mit den Erwerbskosten.⁷¹

dd) Form des Beschlusses

Der Beschluss bedurfte auch keiner besonderen Form, insbesondere nicht der Form des § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB. Die WEG wollte zwar das Nachbargrundstück kaufen. Der abzuschließende Kaufvertrag unterläge auch der notariellen Beurkundung. Hier ging es aber um die verbandsinternen Grundlagen im Vorfeld des Kaufvertrags, die keiner besonderen Form bedürfen.⁷²

c) Lehre

Der Fall lehrt zweierlei:

- Eine WEG kann auch ein anderes Grundstück erwerben, wenn der Erwerb der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums dient. Ihre Rechtsfähigkeit scheidet nur aus, wenn ein Bezug zur Verwaltung des Gemeinschaftseigentums offenkundig fehlt.
- Die Wohnungseigentümer haben für den Erwerb eines anderen Grundstücks jedenfalls dann eine Beschlusskompetenz, wenn sie die sachenrechtlichen Grundlagen der Gemeinschaft unverändert lassen. Das ist jedenfalls dann der Fall, durch den Hinzuerwerb eines Grundstücks nur das Verbandsvermögen vermehrt, das gemeinschaftliche Grundstück aber nicht verändert wird.

II. Dingliches Vorkaufsrecht beim Grundbuchamt

1. Form der Bestellung

a) Fall⁷³

Eine Großtante des Klägers schenkte dessen Vater 1973 zwei Grundstücke, von denen eines an der öffentlichen Straße und das andere in zweiter Reihe dahinterliegt. Der Vater des Klägers veräußerte 1979 das an der Straße gelegene Grundstück an den Beklagten. Außerhalb der Urkunde vereinbarten die Parteien die Eintragung eines Geh- und Fahrrechts zugunsten des hinteren Grundstücks und die Eintragung eines auf den ersten Verkaufsfall beschränkten dinglichen Vorkaufsrechts zugunsten des Beklagten. Der Kaufvertrag wurde vollzogen, die genannten Rechte bewilligt und eingetragen. 2007 verstarb der Vater des Klägers. Der Kläger verkaufte sein Hinterliegergrundstück an einen angrenzenden Nachbarn. Nachdem dem Beklagten am 29.7.2013 eine Abschrift des Vertrags zugestellt worden war, übte er das Vorkaufs-

recht mit Schreiben v. 19.9.2013 aus. Der auf Bewilligung der Löschung des Vorkaufsrechts gerichteten Klage hat das LG stattgegeben. Das OLG hat sie abgewiesen. Zu Recht?

b) Lösung

aa) Ausgangspunkt

Grundlage des geltend gemachten Anspruchs ist § 894 BGB. Danach kann der Kläger von dem Beklagten die Zustimmung zur Löschung des zu dessen Gunsten eingetragenen dinglichen Vorkaufsrechts verlangen, wenn das Grundbuch durch die Eintragung unrichtig geworden ist. Das wiederum ist der Fall, wenn das Vorkaufsrecht nicht wirksam begründet worden ist. Die Verpflichtung zur Bestellung eines dinglichen Vorkaufsrechts unterliegt der notariellen Beurkundung nach dem seinerzeit noch angewendeten § 313 Satz 1 BGB a.F. bzw. dem heutigen § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB.⁷⁴ Denn sie begründet die doppelt aufschiebend bedingte Verpflichtung zur Veräußerung bzw. zum Erwerb eines Grundstücks. Diese Form hatten der Vater des Klägers und der Beklagte nicht eingehalten, als sie die Einräumung eines dinglichen Vorkaufsrechts zugunsten des Beklagten verabredeten. Die Nichteinhaltung dieser Form führt aber, für sich genommen, nicht zur Unwirksamkeit der Eintragung des Vorkaufsrechts und damit zur Unrichtigkeit des Grundbuchs. Unrichtig ist das Grundbuch vielmehr nur, wenn das dingliche Vorkaufsrecht nicht, wie geschehen, aufgrund einer formlosen Einigung nach § 873 BGB und einer Bewilligung gem. §§ 19, 29 GBO wirksam eingetragen werden konnte, sondern seinerseits notariell hätte beurkundet werden müssen.

bb) Meinungsstand

Die Frage ist umstritten. Das RG war der Ansicht, ein dingliches Vorkaufsrecht könne als beschränktes dingliches Recht nach § 873 BGB aufgrund einer formlosen Einigung und einer Bewilligung in der Form des § 29 GBO wirksam begründet werden.⁷⁵ Dem folgt die h.M.⁷⁶ Im Anschluss an eine Entscheidung des XII. ZS des BGH⁷⁷ vertritt die Gegenauffassung die Ansicht, das dingliche Vorkaufsrecht unterliege selbst der notariellen Beurkundung.⁷⁸ Folgt man der ersten Auffassung, wäre das Vorkaufsrecht hier wirksam begründet worden. Seine wirksame Begründung hätte zugleich den Mangel der Form der seiner Bestellung zugrunde liegenden Einigung geheilt. Folgt man der Gegenauffassung, wäre das

69 Nachweise bei BGH, Urt. v. 18.3.2016 – V ZR 75/15, ZNotP 2016, 98 = ZfR 2016, 459 Rn. 33.

70 BGH, Urt. v. 18.3.2016 – V ZR 75/15, ZNotP 2016, 98 = ZfR 2016, 459 Rn. 34 f.

71 Dazu Schmidt-Räntsch, ZWE 2016, 429.

72 BGH, Urt. v. 18.3.2016 – V ZR 75/15, ZNotP 2016, 98 = ZfR 2016, 459 Rn. 29.

73 BGH, Urt. v. 8.4.2016 – V ZR 73/15, ZNotP 2016, 91.

74 BGH, Urt. v. 8.4.2016 – V ZR 73/15, ZNotP 2016, 91 Rn. 12.

75 RGZ 110, 327, 335; 125, 261, 262 f.

76 Nachweise bei BGH, Urt. v. 8.4.2016 – V ZR 73/15, ZNotP 2016, 91 Rn. 13.

77 Urt. v. 7.11.1990 – XII ZR 11/89, NJW-RR 1989, 205, 206.

78 Nachweise bei BGH, Urt. v. 8.4.2016 – V ZR 73/15, ZNotP 2016, 91 Rn. 13.

Vorkaufsrecht nicht formwirksam begründet worden. Der Formmangel könnte zwar geheilt werden, aber nur durch den Vollzug der doppelt aufschiebend bedingten Erwerbs- bzw. Veräußerungsverpflichtung im Grundbuch.

cc) Entscheidung des BGH

Der BGH entscheidet die Frage im Sinne der h.M.⁷⁹ § 313 Satz 1 BGB a.F. bzw. heute § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB befassten sich nur mit dem schuldrechtlichen Grundgeschäft, nicht mit dem dinglichen Erfüllungsgeschäft. Selbst die Auffassung unterliege nach § 925 BGB nicht der notariellen Beurkundung nach § 311b BGB. Für das weniger weitgehende dingliche Vorkaufsrecht könne nichts anderes gelten.⁸⁰ Schließlich laufe auch die in § 313 Satz 2 BGB a.F. bzw. heute in § 311b Abs. 1 Satz 2 BGB vorgesehene Heilungsmöglichkeit leer, unterläge das dingliche Erfüllungsgeschäft seinerseits wiederum der notariellen Beurkundung, die in der Vorschrift zudem nicht vorgesehen sei.⁸¹ Eine Anrufung des GrS für Zivilsachen war entbehrlich, weil der XII. ZS auf Anfrage mitgeteilt hat, dass er an seiner abweichenden Auffassung nicht festhalte.⁸²

c) Lehre

Nach der Entscheidung des BGH steht nunmehr fest, dass das dingliche Vorkaufsrecht als beschränktes dingliches Recht durch formlose Einigung nach § 873 BGB und Eintragung im Grundbuch aufgrund einer Bewilligung in der Form des § 29 GBO wirksam begründet werden kann.

2. Löschung nach Teilungsversteigerung

a) Fall⁸³

Zwei Schwestern waren mit Anteilen von 5/8 und 3/8 Miteigentümerinnen eines Grundstücks. Auf den Miteigentumsanteilen war jeweils zugunsten der anderen Miteigentümerin ein vererbliches und nicht übertragbares Vorkaufsrecht auf den ersten Verkaufsfall im Grundbuch eingetragen. In einem auf Auseinandersetzung der Miteigentümergeinschaft gerichteten Teilungsversteigerungsverfahren blieb die Schwester mit dem größeren Miteigentumsanteil Meistbietende. Ihr wurde das Grundstück zugeschlagen. Das zugunsten der anderen Schwester eingetragene Vorkaufsrecht blieb nach den Versteigerungsbedingungen bestehen. Die Ersteherin wurde als Eigentümerin des Grundstücks in das Grundbuch eingetragen. Sie ließ bei dem Notar einen Antrag auf Löschung des Vorkaufsrechts ihrer Schwester beglaubigen, den der Notar dem Grundbuchamt vorlegte. Das Grundbuchamt hat den Antrag zurückgewiesen. Auf die Beschwerde des Notars hin hat das OLG das Grundbuchamt angewiesen, das Vorkaufsrecht zugunsten der Schwester zu löschen. Zu Recht?

b) Lösung

aa) Löschungsvoraussetzungen

Da die Schwester die Löschung des zu ihren Gunsten eingetragenen Vorkaufsrechts nicht bewilligt hatte, durfte das Grundbuchamt dieses Vorkaufsrecht nach § 22 Abs. 1 Satz 1 GBO nur löschen, wenn die Grundbuchunrichtigkeit nach-

gewiesen ist. An den Nachweis sind hohe Anforderungen zu stellen, weil streitige Tatsachen mit den im Grundbuchverfahren zur Verfügung stehenden Mitteln nicht geklärt werden können. Es müssen alle Möglichkeiten ausgeräumt werden, die der Richtigkeit der Eintragung entgegenstehen können. Der Nachweis ist in der Form des § 29 GBO zu führen.⁸⁴ Das Vorkaufsrecht war hier auf den ersten Verkaufsfall bestellt. Es erlischt, wenn das belastete Grundstück auf andere Weise als durch Verkauf in das Eigentum eines Sonderrechtsnachfolgers des Verpflichteten übergeht. Dann nämlich kann ein Verkauf durch den Eigentümer i.S.v. § 1097 BGB nicht mehr gegeben sein. Ein Beispiel wäre der Erwerb des mit dem Vorkaufsrecht belasteten Grundstücks in der Zwangsversteigerung.⁸⁵

bb) Löschungsnachweis

Dieser Nachweis ist hier nicht geführt. Ersteigert worden ist das Grundstück hier durch die aus dem Vorkaufsrecht Verpflichtete. Da ihr der Miteigentumsanteil bei Bestellung des Vorkaufsrechts zustand, ist ein Verkauf durch den Eigentümer i.S.v. § 1097 BGB weiterhin möglich. Die Teilungsversteigerung steht zwar einem freihändigen Verkauf gleich. Den Verkaufsfall hätte die Teilungsversteigerung aber nur ausgelöst, wenn die Meistbietende als Dritte i.S.v. § 463 BGB anzusehen wäre. Das ist im Wege der Auslegung des der Begründung der Vorkaufsrechte zugrunde liegenden Vertrags zu bestimmen. Das ist Aufgabe des Prozessgerichts.⁸⁶

Die Meistbietende hatte sich auf zwei Urteile des V. ZS des BGH berufen. Die halfen aber nicht weiter. Im ersten Urteil hatte der V. ZS des BGH angenommen, im Fall einer Belastung nur einzelner Bruchteile mit einem Vorkaufsrecht seien die Inhaber der anderen nicht belasteten Bruchteile Dritte.⁸⁷ Hier geht es aber um die wechselseitige Belastung der Bruchteile mit Vorkaufsrechten, die anders zu beurteilen sein können.⁸⁸ In der zweiten Entscheidung hat der V. ZS des BGH angenommen, dass ein Vorkaufsrecht nicht ausgeübt werden kann, wenn bei der Teilungsversteigerung ein Miteigentümer, dessen eigener bisheriger Anteil nicht dem Vorkaufsrecht unterliegt, das gesamte Grundstück ersteigert. Anderenfalls wäre die Aufhebung der Gemeinschaft unmöglich und praktisch für alle Zeiten ausgeschlossen.⁸⁹ Folge dessen ist aber nicht das Erlöschen des Vorkaufsrechts, sondern die Anwendung von § 471 BGB. Das wiederum konnte hier dazu geführt haben, dass das Vorkaufsrecht der weichen Schwester bestehen geblieben ist.⁹⁰

79 BGH, Urt. v. 8.4.2016 – V ZR 73/15, ZNotP 2016, 91 Rn. 14.

80 BGH, Urt. v. 8.4.2016 – V ZR 73/15, ZNotP 2016, 91 Rn. 18.

81 BGH, Urt. v. 8.4.2016 – V ZR 73/15, ZNotP 2016, 91 Rn. 19.

82 BGH, Urt. v. 8.4.2016 – V ZR 73/15, ZNotP 2016, 91 Rn. 14 a.E.

83 BGH, Beschl. v. 21.1.2016 – V ZB 43/15, ZNotP 2016, 105.

84 BGH, Beschl. v. 21.1.2016 – V ZB 43/15, ZNotP 2016, 105 Rn. 9.

85 BGH, Beschl. v. 21.1.2016 – V ZB 43/15, ZNotP 2016, 105 Rn. 11.

86 BGH, Beschl. v. 21.1.2016 – V ZB 43/15, ZNotP 2016, 105 Rn. 14.

87 BGH, Urt. v. 23.4.1954 – V ZR 145/52, BGHZ 13, 133, 140.

88 BGH, Beschl. v. 21.1.2016 – V ZB 43/15, ZNotP 2016, 105 Rn. 17.

89 BGH, Urt. v. 28.4.1967 – V ZR 163/65, BGHZ 48, 1, 5.

90 BGH, Beschl. v. 21.1.2016 – V ZB 43/15, ZNotP 2016, 105 Rn. 19.

c) Lehre

Der Fall zeigt, dass das Erlöschen wechselseitiger Vorkaufsrechte an Miteigentumsanteilen bei dem Erwerb des Grundstücks in der Teilungsversteigerung durch einen einzelnen Miteigentümer i.d.R. nicht im Grundbuchverfahren geklärt werden kann, sondern durch das Prozessgericht aufgeklärt werden muss.

III. Messanerkenntnis

1. Fall⁹¹

Mit notariellem Vertrag v. 9.12.2008 verkaufte der Verkäufer eine noch zu vermessende, in einem der Urkunde als Anlage beigehefteten Lagenplan farblich gekennzeichnete Teilfläche von etwa 4.900 m² Größe an die Käuferin, die durch einen Rechtsanwalt vertreten wurde. Dieser verfügte über eine Generalvollmacht, die Käuferin in sämtlichen Grundstücksangelegenheiten gerichtlich und außergerichtlich zu vertreten. Der Kaufpreis sollte pauschal zu leisten sein und von der durch die Vermessung tatsächlich ermittelten Grundstücksgröße unberührt bleiben. In einer notariell beurkundeten Nachtragsvereinbarung v. 5.3.2014 erkannte die Klägerin das Ergebnis der Teilungsvermessung an, erklärte weiter die Auflassung und bewilligte und beantragte, die Rechtsänderung im Grundbuch einzutragen. Sie handelt dabei im eigenen Namen und aufgrund der ihr durch diesen in der vor Urkunde unter Befreiung von § 181 BGB erteilten Vollmacht für den Verkäufer. Für sie handelte wiederum der erwähnte Rechtsanwalt. Das Grundbuchamt hat beanstandet, dass der Rechtsanwalt nicht auch seitens der Käuferin von § 181 BGB befreit sei und deren Genehmigung verlangt. Die Beschwerde der Beteiligten hat das OLG zurückgewiesen. Zu Recht?

2. Lösung

a) Ausgangspunkt

Bei der Beurkundung der Messanerkennung und der Auflassung waren beide Vertragsparteien durch den Rechtsanwalt vertreten worden, der die Käuferin schon beim Kaufvertrag vertreten hatte. Von dem Verbot des Selbstkontrahierens war er nur durch den Verkäufer, nicht aber durch seine Auftraggeberin, die Käuferin, befreit worden. Die Käuferin müsste die Messanerkennung und die Auflassung deshalb nach §§ 181, 184 BGB genehmigen, wenn es sich hierbei um nach § 181, 1. HS BGB genehmigungsbedürftige Rechtsgeschäft handelte. Der BGH hat die Frage für den Fall verneint, dass die Auflassung der verkauften Teilfläche bereits in der Kaufvertragsurkunde erklärt wird und die anschließende Messanerkennung durch den Vertreter für beide Kaufvertragsparteien erfolgt. Der BGH hat in der Identitätserklärung eine Erklärung gesehen, die lediglich der Erfüllung einer Verbindlichkeit dient und deshalb nach § 181, 2. HS BGB nicht genehmigungsbedürftig ist. Er hat das damit begründet, dass die Identitätserklärung lediglich dem Bestimmtheitsanfordernis des Grundbuchrechts Rechnung tragen solle und rein verfahrensrechtliche Bedeutung habe.⁹² Die entscheidende

Frage war, ob sich die Beurteilung dadurch ändert, dass die in dem Kaufvertrag beschriebene Teilfläche nicht schon in der Kaufvertragsurkunde, sondern gesondert und zusammen mit der Messanerkennung aufgelassen wird.

b) Messanerkennung mit Auflassung

aa) Meinungsstand

Das Beschwerdegericht bejaht die Frage.⁹³ Messanerkennung und Auflassung stellen nicht nur ein Erfüllungsgeschäft dar. Sie hätten darüber hinausgehende materiellrechtliche Bedeutung. Das durch die Messanerkennung gebildete Grundstück Flurstück werde als das geschuldete anerkannt. Ggf. werde auch über die Anerkennung des Kaufpreises entschieden. In eine ähnliche Richtung weisen auch die Gründe, aus denen empfohlen wird, die Auflassung nicht in die Kaufvertragsurkunde aufzunehmen, sondern mit der Messanerkennung zu verbinden. Schon geringfügige Abweichungen könnten die Auflassung ins Leere gehen lassen. Diese Nachteile ließen sich vermeiden, wenn die Auflassung nicht schon im Kaufvertrag erklärt werde.⁹⁴

bb) Entscheidung des BGH

Den BGH überzeugt diese Argumentation nicht. Die Parteien sind nicht verpflichtet, die zu verkaufende Teilfläche eines Grundstücks schon in dem Grundstückskaufvertrag mit der für den späteren Vollzug im Grundbuch nach § 28 GBO erforderlichen Bestimmtheit zu bezeichnen. Es genügt, wenn sie die verkaufte Teilfläche in dem Kaufvertrag verbal oder durch eine nicht notwendig maßstabsgerechte zeichnerische Darstellung beschreiben und sich einig sind, dass und wie die genaue Grenzziehung festgelegt werden soll. Sie können die endgültige Festlegung der verkauften Teilfläche auch einem Dritten überlassen und diesen ermächtigen, den Zuschnitt der Flächen noch zu verändern. Eine solche Ermächtigung zur erstmaligen endgültigen Festlegung der verkauften Fläche oder zur Änderung ihres Zuschnitts ist aber nicht anzunehmen, wenn die Parteien – wie hier – die verkaufte Teilfläche in dem Kaufvertrag durch eine zeichnerische Darstellung beschreiben.⁹⁵ Die Messanerkennung dient dann nur dazu, die für den Grundbuchvollzug notwendige Bestimmtheit herzustellen, nicht dazu, die verkaufte Teilfläche erstmals festzulegen oder zu ändern. Sowohl die Messanerkennung als auch die Auflassung bezwecken allein, den im Kaufvertrag begründeten Auflassungsanspruch des Käufers zu erfüllen. Das Messergebnis darf auch nur anerkannt werden, wenn es den Festlegungen im Kaufvertrag entspricht.⁹⁶

91 BGH, Beschl. v. 1.10.2015 – V ZB 181/14, DNotZ 2016, 115.

92 BGH, Beschl. v. 16.2.2012 – V ZB 204/11, Rn. 13.

93 OLG München, MittBayNot 2014, 234, 235; FGPrax 2015, 16 f.

94 Nachweise bei BGH, Beschl. v. 1.10.2015 – V ZB 181/14, DNotZ 2016, 115 Rn. 11.

95 BGH, Beschl. v. 1.10.2015 – V ZB 181/14, DNotZ 2016, 115 Rn. 15.

96 BGH, Beschl. v. 1.10.2015 – V ZB 181/14, DNotZ 2016, 115 Rn. 16.

C. Sachenrecht

I. Verlegung eines dinglichen Wegerechts auf ein anderes Grundstück

1. Fall⁹⁷

Der Kläger verkaufte sukzessive mehrere Grundstücke an den Beklagten, der sie zur Kiesausbeutung nutzt. In dem letzten Kaufvertrag verpflichtet sich der Beklagte, dem Kläger zur Sicherung des Zugangs zu seinen Waldgrundstücken eine Grunddienstbarkeit zu bestellen, was auch geschah. Die Ausübungsfläche war in der Bewilligung zeichnerisch dargestellt. Mit dem Fortschreiten des Abbaus und der Wiederverfüllung der dabei entstandenen Gruben wurde der Weg immer wieder verlegt, zuletzt teilweise auch auf Grundstücke des Beklagten, die nicht mit der Dienstbarkeit belastet waren. Die Parteien zerstritten sich. Der Beklagte will den Kläger auf dem derzeitigen Weg weder über seine belasteten noch über seine unbelasteten Grundstücke fahren lassen. Der Kläger verlangt Feststellung seiner Fahrtberechtigung, die Androhung eines Ordnungsgelds und Ersatz vorgerichtlicher Rechtsberatungskosten. Das OLG gibt seiner Klage statt. Zu Recht?

2. Lösung

a) Formale Fehler des OLG

Das Berufungsurteil kann schon aus prozessualen Gründen keinen Bestand haben. Die erhobene Feststellungsklage war unzulässig, weil es an dem nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderlichen Feststellungsinteresse fehlte. Zwar kann die Feststellungsklage zulässig sein, wenn die Parteien nicht über die Störung, sondern über die vorgelagerte Frage nach dem Umfang einer Dienstbarkeit streiten.⁹⁸ Hier stritten sie aber gerade um die Störung, die, wie der zusätzliche Antrag auf Androhung eines Ordnungsgelds zeigt, der Beklagten untersagt werden sollte. Es ging um ein Leistungsinteresse, das ohne Weiteres mit einer Leistungsklage durchgesetzt werden konnte. Die Androhung eines Ordnungsgelds setzte zudem eine Unterlassungsverurteilung voraus, die aber nicht erfolgt war. Da dem Kläger Gelegenheit zur Umstellung seiner Klageanträge hätte gegeben werden müssen, war das Berufungsurteil aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das OLG zurückzuverweisen.

b) Sog. Segelanweisungen

aa) Vorbemerkung

Bei einer Zurückverweisung geben die ZS des BGH dem Berufungsgericht meist Hinweise für die neue Berufungsverhandlung auf den Weg, die auch als Segelanweisungen bezeichnet werden. Die Erteilung solcher Hinweise ist nicht vorgeschrieben; sie steht im Ermessen des BGH. Ihr Umfang bestimmt sich danach, auf welche Fragen das Berufungsgericht im weiteren Verfahren voraussichtlich stoßen wird und bei der Beantwortung welcher Fragen sachdienliche Hinweise des BGH hilfreich sein werden. Hier kam der BGH wegen der prozessualen Situation nicht dazu, die Sachfragen zu be-

antworten, derentwegen das Berufungsgericht die Revision zugelassen hatte. Es erschien deshalb nützlich, dem Berufungsgericht Hinweise für deren Beantwortung zu geben.

bb) Fahrtrecht auf den belasteten Grundstücken

Die Stelle, an der der Kläger die Dienstbarkeit auf den belasteten Grundstücken ausüben durfte, hätte in der Dienstbarkeit nicht festgelegt werden müssen. Sie hätte der praktischen Handhabung überlassen werden können. Hier war sie aber in der Bewilligung festgelegt und damit Inhalt der Dienstbarkeit geworden. Eine Änderung der Ausübungsstelle wäre im ersten Fall durch formlose Einigung möglich. In dem hier gegebenen zweiten Fall setzt sie eine Änderung der Dienstbarkeit nach §§ 873, 877 BGB voraus.⁹⁹ Davon zu trennen ist die Frage, ob es einen Anspruch auf eine entsprechende Verlegung gibt. Nach § 1023 Abs. 1 BGB steht dem Grundstückseigentümer ein gesetzlicher Anspruch auf Verlegung der Ausübungsstelle zu, wenn die Ausübung an der bisherigen Stelle für ihn besonders beschwerlich ist. Der Anspruch besteht sowohl, wenn die Ausübungsstelle in der Bewilligung der Dienstbarkeit nicht festgelegt wurde (§ 1023 Abs. 1 Satz 1 BGB), als auch, wenn die Ausübungsstelle in der Bewilligung bestimmt worden ist (§ 1023 Abs. 1 Satz 2 BGB). Dem Dienstbarkeitsberechtigten gewährt das Gesetz einen solchen Anspruch nicht. Eine entsprechende Anwendung von § 1023 Abs. 1 BGB auf ihn hat der BGH jedenfalls in dem hier vorliegenden Fall verworfen, dass die Ausübungsstelle – wie hier – in der Bewilligung festgelegt ist.¹⁰⁰ Verlegungsansprüche können sich allerdings aus einer schuldrechtlichen Vereinbarung über die Änderung der Ausübungsstelle ergeben. Eine solche leitet der BGH hier aus der festgestellten jahrelangen Praxis der Parteien ab, den Weg nach dem Bedarf der Beklagten zu verlegen.¹⁰¹ Sie führte allerdings nur zu einem Anspruch auf Änderung der Dienstbarkeit, nicht unmittelbar zu einer Berechtigung, das Grundstück an der neuen Stelle zu benutzen. Diese Berechtigung entnimmt der BGH einer zusätzlichen stillschweigenden schuldrechtlichen Duldungsvereinbarung zur Überbrückung des Zeitraums bis zum Vollzug der Änderungsvereinbarung im Grundbuch.¹⁰²

cc) Fahrtrecht auf den unbelasteten Grundstücken

An den unbelasteten Grundstücken bestand keine Dienstbarkeit. Das Berufungsgericht meinte ihn mit einer entsprechenden Anwendung des § 1023 BGB aus der Dienstbarkeit an den Grundstücken ableiten zu können, auf denen er bislang verlief. Eine solche Berechtigung kann nicht Inhalt einer Dienstbarkeit sein.¹⁰³ Sie wäre nur umsetzbar, wenn

97 BGH, Urt. v. 4.12.2015 – V ZR 22/15, DNotZ 2016, 289.

98 BGH, Urt. v. 28.2.1962 – V ZR 49/60, WM 1962, 627, 628 f. und Urt. v. 4.12.2015 – V ZR 22/15, DNotZ 2016, 289 Rn. 16.

99 BGH, Urt. v. 7.10.2005 – V ZR 140/04, NJW-RR 2006, 237 Rn. 15, 18 und v. 4.12.2015 – V ZR 22/15, DNotZ 2016, 289 Rn. 36 f.

100 BGH, Urt. v. 12.12.2014 – V ZR 36/14, ZNotP 2015, 176 Rn. 18.

101 BGH, Urt. v. 4.12.2015 – V ZR 22/15, DNotZ 2016, 289 Rn. 40 – 42.

102 BGH, Urt. v. 4.12.2015 – V ZR 22/15, DNotZ 2016, 289 Rn. 55 f.

103 BGH, Urt. v. 4.12.2015 – V ZR 22/15, DNotZ 2016, 289 Rn. 34.

der Eigentümer verpflichtet wäre, das andere Grundstück mit einer Dienstbarkeit gleichen Inhalts zu begründen, und der Berechtigte, ein entsprechendes Angebot des Eigentümers anzunehmen. Solche Verpflichtungen können nach § 1018 BGB nicht Inhalt einer Dienstbarkeit sein. Damit aber fehlt einer Analogie die Basis; es kann nämlich nicht angenommen werden, dass der Gesetzgeber eine Lücke so ausgefüllt hätte. Aber auch hier hilft – wie bei der Verlegung der Ausübungsstelle der Dienstbarkeit auf den belasteten Grundstücken – die schuldrechtliche Vereinbarung, die der BGH aus der jahrelangen Praxis der Parteien ableitet.

3. Lehren

- Die Festlegung der Ausübungsstelle einer Dienstbarkeit in der Urkunde ist einerseits rechtssicher, andererseits auch unflexibel.
- Wenn sie festgelegt werden soll, aber eine Verlegung zu erwarten ist, sollte der schuldrechtliche Verlegungsanspruch in dem Vertrag vereinbart und durch Vormerkung gesichert werden.
- Das gilt erst recht, wenn damit zu rechnen ist, dass die Ausübungsstelle auf andere Grundstücke verlegt werden muss.

II. Aufgabe eines Wohnrechts bei Tötung des Eigentümers

1. Fall¹⁰⁴

Dem Beklagten und seinem Bruder gehörte zu je 1/2 Miteigentumsanteil ein Grundstück, das mit einem Zweifamilienhaus bebaut ist. Er übertrug seinem Bruder seinen Miteigentumsanteil, behielt sich aber ein lebenslanges Wohnrecht an der Wohnung im Obergeschoss vor. Der Vertrag wurde vollzogen. Eines Tages erschlug er seinen Bruder im Streit und wurde wegen Totschlags zu einer Freiheitsstrafe von 11 Jahren verurteilt, die er derzeit verbüßt. Seine Mutter, die seinen Bruder beerbt hat, verlangt von ihm die Zustimmung zur Löschung des Wohnrechts. Sie wohnt selbst nicht auf dem Grundstück, wohl aber die geschiedene Ehefrau des erschlagenen Bruders, die wieder mit diesem zusammenlebte. Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Zu Recht?

2. Lösung

a) Erlöschen des Rechts?

Der Beklagte war aufgrund des Vollzugs der gegen ihn verhängten Freiheitsstrafe für lange Jahre an der Ausübung des Wohnrechts gehindert. Er konnte es auch nicht, z.B. durch Vermietung, einem Dritten zur Ausübung überlassen, weil ihm das nicht, wie aber nach §§ 1093 Abs. 1 Satz 1, 1092 Abs. 1 Satz 2 BGB geboten, gestattet war. Führt das kraft Gesetzes zum Erlöschen des Rechts? Nein. Eine Dienstbarkeit setzt zwar nach § 1019 BGB einen Vorteil für den Berechtigten voraus und erlischt kraft Gesetzes, wenn dieser Vorteil entfällt. Das gilt auch für das Wohnungsrecht als beschränkte persönliche Dienstbarkeit, obwohl § 1090 Abs. 2

BGB auf § 1019 BGB gerade nicht verweist. Das erklärt sich daraus, dass § 1019 BGB von Vorteile für das Grundstück des Berechtigten spricht, auf die es bei der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit nicht ankommt. Die Grundregelung über die beschränkte persönliche Dienstbarkeit in § 1090 Abs. 1 BGB setzt aber gedanklich das Vorhandensein eines Vorteils für den Berechtigten voraus, der sich normalerweise aus den Befugnissen ergibt, die in der Bewilligung des Rechts zu bezeichnen sind.¹⁰⁵ Eine Dienstbarkeit erlischt aber nur, wenn die eingeräumten Vorteile auf Dauer und vollständig wegfallen. Solange noch Vorteile bleiben oder in absehbarer Zeit wieder genutzt werden können, bleibt sie bestehen. So lag es hier. Nach Verbüßung seiner Strafe war der Beklagte wieder in der Lage, sein Recht zu nutzen.¹⁰⁶

b) Kündigung des Rechts?

Die Prozessbevollmächtigten der Klägerin waren nun auf den Gedanken gekommen, diese könne das Wohnungsrecht kündigen. Dazu inspiriert hatte sie die Rechtsprechung des österreichischen OGH, der die Kündigung für Extremfälle als äußerstes Notventil zulässt¹⁰⁷ und die Annahme eines solchen Extremfalls bei der Tötung des Eigentümers akzeptiert hatte.¹⁰⁸ Diese Lösung war hier nicht gangbar. Zwar könnte eine Dienstbarkeit, gerade auch ein Wohnungsrecht, kündbar ausgestaltet werden.¹⁰⁹ Das war hier aber nicht geschehen. Auch stellt der österreichische OGH nicht auf solche Vereinbarungen ab. Grundlage seiner Rechtsprechung ist vielmehr der Umstand, dass die Vorschriften über die Kündigung von Dauerschuldverhältnissen im österreichischen Recht auch auf dingliche Wohnungsrechte anzuwenden sind.¹¹⁰ Das ist im deutschen Recht gerade nicht der Fall.¹¹¹ Auch ein Kündigungsrecht nach § 313 Abs. 3 BGB wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage kam nicht in Betracht. Geschäftsgrundlage der Bestellung des Wohnungsrechts war der Überlassungsvertrag des Beklagten mit dem getöteten Bruder, in welchem dieser seinem Bruder seinen hälftigen Miteigentumsanteil an dem Grundstück übertrug. Dieser Vertrag trug die Geschäftsgrundlage in sich.¹¹²

3. Aufgabenspruch?

Schließlich war an einen Anspruch auf Aufgabe des Wohnrechts aus Treu und Glauben gem. § 242 BGB zu denken. Einen solchen Anspruch hatte das RG in einem sehr speziell gelagerten Sonderfall angenommen, in dem sich die

104 BGH, Urt. v. 11.3.2016 – V ZR 208/15, Rpfleger 2016, 539.

105 BGH, Urt. v. 6.2.2009 – V ZR 139/08, MittBayNot 2009, 374 Rn. 11 m.w.N.

106 BGH, Urt. v. 11.3.2016 – V ZR 208/15, Rpfleger 2016, 539 Rn. 6.

107 Nachweise bei BGH, Urt. v. 11.3.2016 – V ZR 208/15, Rpfleger 2016, 539 Rn. 21 f.

108 Beschl. v. 19.11.2013 – 4 Ob 198/13s, abrufbar über das österreichische Rechtsinformationssystem – RIS – www.ris.bka.gv.at.

109 Nachweise bei BGH, Urt. v. 11.3.2016 – V ZR 208/15, Rpfleger 2016, 539 Rn. 7.

110 Nachweise bei BGH, Urt. v. 11.3.2016 – V ZR 208/15, Rpfleger 2016, 539 Rn. 21.

111 Nachweise bei BGH, Urt. v. 11.3.2016 – V ZR 208/15, Rpfleger 2016, 539 Rn. 7.

112 Nachweise bei BGH, Urt. v. 11.3.2016 – V ZR 208/15, Rpfleger 2016, 539 Rn. 11 f.

bei deren Bestellung zugrunde liegenden Verhältnisse nachträglich endgültig entscheidend verändert hatten, die dem Berechtigten verbleibenden geringen Vorteile in einem groben Missverhältnis zu den dem Verpflichteten entstehenden Nachteilen standen und sich diese durch eine Einschränkung der Wegenutzung nicht beheben ließen.¹¹³ Der BGH hat bislang stets offengelassen, ob er dem folgen würde, weil die von dem RG genannten Bedingungen in den zu entscheidenden Fälle nicht vorlagen.¹¹⁴ Er schließt einen Anspruch auch hier aus, weil ein milderes Mittel zur Verfügung steht. Anlass, über einen Aufgabenanspruch nachzudenken, war der Umstand, dass die geschiedene Ehefrau und mit ihm wieder zusammenlebende Partnerin des getöteten Bruders dem Beklagten bei der Inanspruchnahme des Wohnungsrechts im Alltag immer wieder begegnen und an die schreckliche Tat erinnert würde. Das aber, so der BGH, lässt sich auch ohne Entzug des Wohnungsrechts vermeiden, weil der Beklagte auf Verlangen der Eigentümerin nach § 1020 BGB und analog § 745 Abs. 2 BGB verpflichtet ist, sein Wohnungsrecht einem Dritten zur Ausübung zu überlassen, die Wohnung z.B. zu vermieten.¹¹⁵ Das war zwar nicht gestattet. Diese Gestattung kann aber jederzeit nachgeholt werden. Damit stellt sich auch die Frage nach den Bedingungen einer Verpflichtung zur Rechtsaufgabe nicht. Ihre Beantwortung wäre nicht einfach gewesen, weil sich der Beklagte das Wohnungsrecht

bei der unentgeltlichen Übertragung seines hälftigen Miteigentumsanteils auf den Bruder hatte einräumen lassen.

4. Lehren

- Dingliche Wohnrechte und ähnliche beschränkte persönliche Dienstbarkeiten bergen wegen des personalen Bezugs ein Konfliktpotenzial.
- Dem könnte durch eine entsprechende inhaltliche Ausgestaltung der Rechte, also dinglich, Rechnung getragen werden (Kündigungsrecht o.Ä.).
- Flexibler und wohl gerechter könnten schuldrechtliche Ansprüche auf Rechtsaufgabe sein.
- Bei einem schuldrechtlichen Lösungsansatz könnte dem Gegeninteresse des Berechtigten wohl besser Rechnung getragen werden.

¹¹³ RGZ 169, 180, 183.

¹¹⁴ Nachweise bei BGH, Urt. v. 11.3.2016 – V ZR 208/15, Rpfleger 2016, 539 Rn. 14.

¹¹⁵ Nachweise bei BGH, Urt. v. 11.3.2016 – V ZR 208/15, Rpfleger 2016, 539 Rn. 24 f.

Handels- und Gesellschaftsrecht

Die Entwicklung des Insolvenz-Gesellschaftsrechts in Deutschland in den Jahren 2012 – 2015 – Teil 2*

von Professor Dr. iur. Heribert Hirte, LL.M. (Berkeley), Köln/Berlin/Hamburg**

(Fortsetzung von ZNotP 2016, 258 ff.)

D. Personengesellschaften

I. Gesetze und Gesetzesvorhaben

Mit dem Gesetz zur Einführung einer „Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung“ (PartG mbB) und zur Änderung des Berufsrechts der Rechtsanwälte, Patentanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer¹⁴¹ hat der deutsche Gesetzgeber (erneut) auf gesellschaftsrechtliche Entwicklungen reagiert, die eine Folge der Ausnutzung der europäischen Niederlassungsfreiheit (Art. 49, 54 AEUV) durch Gesellschaften sind. Hatte bei der Reform durch das MoMiG noch die Reaktion auf die „Einwanderung“ englischer Limiteds – und damit von Kapitalgesellschaften – im Vordergrund gestanden, geht es hier um „einwandernde“ Personengesellschaften, freilich beschränkt auf den Bereich der „freien Berufe“.¹⁴² Im Kern will das Gesetz dabei bei freien Berufen i.S.v. § 1 Abs. 2 PartGG die unmittelbare (vertragliche) Haftung der Partner durch einen bloßen Versicherungszwang ersetzen (§ 8 Abs. 4 Sätze 1 und 2 PartGG n.F.).¹⁴³ Der Name der Partnerschaft muss in diesem Fall als Rechtsformzusatz „Partnerschaft“ oder „Partnerschaftsgesellschaft“, jeweils mit dem Zusatz „mit

beschränkter Berufshaftung“, enthalten, wobei der Zusatz auch als „mbB“ oder in allgemein verständlicher Weise abgekürzt werden darf (§ 8 Abs. 4 Satz 3 PartGG n.F.).

* Dieser Beitrag ist zuvor in der Zeitschrift ZInsO (ZInsO 2016, 1125 ff.) erschienen. Wir danken dem Autor und der Schriftleitung für die freundliche Genehmigung zum Abdruck.

** Der Autor ist Universitätsprofessor, Geschäftsführender Direktor des Seminars für Handels-, Schifffahrts- und Wirtschaftsrecht der Universität Hamburg und Mitglied des Deutschen Bundestages.

¹⁴¹ Gesetz v. 15.7.2013 (BGBl. I, S. 2386); dazu Gladys, DStR 2014, 445 ff.; Leuring, NZG 2013, 1001 ff.; Liardatos, VersR 2013, 1488 ff.; Römermann, NJW 2013, 2305 ff.; Schuppen, WPg 2013, 1193 ff.; Seibert, DB 2013, 1710 ff.; Sommer/Treptow, NJW 2013, 3269 ff.; Wälzholz, DStR 2013, 2637.

¹⁴² Zu den Folgerungen für das Personengesellschaftsrecht allgemein Hirte/Mertz, FS G. Frotzcher zum 70. Geburtstag, 2013, S. 219 ff.

¹⁴³ Zum Gesetzentwurf (teilweise kritisch) Hirte, Stellungnahme zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Einführung einer Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung (abrufbar unter www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a06/anhoeerungen/archiv/30_Haftungsbeschr_nkung_Partnerschaftsgesellschaft/04_Stellungnahmen/Stellungnahme_Hirte.pdf).

II. Gründung und Firma

Bringt ein Rechtsanwalt seine Einzelkanzlei in eine GbR ein, haftet die aufnehmende Gesellschaft auch dann nicht für eine im Betrieb des bisherigen Einzelanwalts begründete Verbindlichkeit, wenn dieser im Rechtsverkehr zuvor den Anschein einer Sozietät gesetzt hatte.¹⁴⁴ Insbesondere gelte § 28 Abs. 1 HGB nicht entsprechend, wie das Gericht früher schon einmal entschieden hatte.¹⁴⁵

III. Haftung

Eine für den Inhalt der Haftung nach § 128 HGB wichtige Entscheidung hat der I. ZS des BGH gefällt: Danach haften trotz des konzeptionellen Wechsels zur „Akzessorietätstheorie“ im Fall der Abgabe einer vertraglichen Unterlassungserklärung durch eine GbR deren Gesellschafter regelmäßig allein auf das Interesse und nicht persönlich auf die Unterlassung, wenn die Gesellschaft das Unterlassungsgebot verletzt. Daher ist es grds. nicht treuwidrig, wenn sich die Gesellschafter darauf berufen, dass für sie keine vertragliche Unterlassungspflicht begründet worden sei.¹⁴⁶

In einem Hinweisbeschluss bestätigte der BGH die ganz h.M., dass die Erben eines Gesellschafters einer BGB-Gesellschaft analog §§ 128, 130 HGB für Altschulden der Gesellschaft haften.¹⁴⁷ Die weitergehende Frage, ob auch § 139 HGB auf den analog § 130 HGB haftenden Erben eines Gesellschafters einer GbR Anwendung findet, konnte der Senat mangels Entscheidungserheblichkeit offenlassen.

Nach Auffassung des II. ZS ist der Gesellschafter einer KG, der eine Drittgläubigerforderung (hier: Darlehen) gegen einen Mitgesellschafter geltend macht, grds. nicht verpflichtet, zunächst die Gesellschaft in Anspruch zu nehmen. Denn eine generell nur subsidiäre Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten der Gesellschaft aus solchen Drittgeschäften mit anderen Gesellschaftern lasse sich im Anschluss an die Rechtsprechung des RG aus der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht nicht ableiten. Die Dinge lägen anders als bei der von gewissen Zufällen abhängigen Durchsetzung von Aufwendungsersatzansprüchen nach § 110 HGB, die insbesondere durch Befriedigung von Gläubigern der Gesellschaft entstanden sein können. Allerdings besteht die Haftung der Mitgesellschafter (selbstverständlich) nur insoweit, als der Anteil abzuziehen ist, der der eigenen Mithaftung des Anspruch stellenden Gesellschafters entspricht.¹⁴⁸

Die Grundsätze des „Durchgriffs“ übertrug der II. BGH-ZS auch auf das Verhältnis zwischen Gesellschaft und Gesellschafter im Bereich der Personengesellschaften. Er nahm an, dass ein von einer GbR in Anspruch genommener Schuldner deren Zahlungsanspruch ausnahmsweise einen ihm gegen die *Gesellschafter* zustehenden Schadenersatzanspruch entgegenhalten kann, wenn die Berufung der Gesellschaft auf ihre Eigenständigkeit gegen Treu und Glauben verstößt.¹⁴⁹

Der ausgeschiedene Gesellschafter einer BGB-Gesellschaft haftet nicht für eine Bereicherungsverbindlichkeit der Ge-

sellschafter, die aus einer an die Gesellschaft geleisteten versehentlichen Doppelzahlung resultiert, weil eine solche Doppelzahlung nicht in dem ursprünglichen, hier bereits vor Ausscheiden aus der Gesellschaft erfüllten Vertrag angelegt war; denn insoweit handele es sich nicht um eine Altverbindlichkeit der Gesellschaft. In Betracht komme aber eine Haftung als Scheingesellschafter, wenn der ausgeschiedene Gesellschafter gegen einen gesetzten Rechtschein nicht pflichtgemäß vorgeht und sich ein Dritter bei seinem geschäftlichen Verhalten auf diesen Rechtschein verlassen hat.¹⁵⁰

Nach (zutreffender) Auffassung des KG sind Ansprüche eines Gläubigers einer Gesellschaft gegen einen *ausgeschiedenen* persönlich haftenden Gesellschafter in entsprechender Anwendung von § 93 InsO vom Insolvenzverwalter geltend zu machen, wenn das Insolvenzverfahren über das Vermögen (hier des Rechtsnachfolgers) der Gesellschaft eröffnet worden ist.¹⁵¹ Der Rechtsstreit zwischen einem Gläubiger der Gesellschaft und dem ausgeschiedenen persönlich haftenden Gesellschafter wird entsprechend § 17 Abs. 1 Satz 1 AnfG durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Rechtsnachfolgers der Gesellschaft unterbrochen; ein gleichwohl ergangenes Urteil ist entsprechend § 538 Abs. 2 ZPO aufzuheben und der Rechtsstreit an das erstinstanzliche Gericht zurückzuverweisen.

Hinzuweisen ist an dieser Stelle schließlich auf die schon oben vorgestellte neuere Entscheidung des BGH zur Haftung für verbotene Auszahlungen in der GmbH & Co. KG (oben C.III.1.).

Das BSG stellte klar, dass *Wohnungseigentümergeinschaften* zur Zahlung einer Insolvenzgeldumlage für die von ihnen zur ordnungsmäßigen Instandhaltung, Instandsetzung und Reinigung des gemeinschaftlichen Eigentums Beschäftigten (wie Hausmeister oder Reinigungskräfte)

144 BGH, Urt. v. 17.11.2011 – IX ZR 161/09, ZIP 2012, 28 = NJW-RR 2012, 239 = NZG 2012, 65 = EWiR § 28 HGB 2/12, 351 (*Schodder*).

145 BGH, Urt. v. 22.1.2004 – IX ZR 65/01, BGHZ 157, 361, 366 ff. = ZIP 2004, 458 = NJW 2004, 836 = NZG 2004, 321 = DSfR 2004, 609; kritisch dazu K. Schmidt, BB 2004, 785.

146 BGH, Urt. v. 20.6.2013 – I ZR 201/11, ZIP 2013, 1856, 1857 = NZG 2013, 1095 (Markenheftchen II) Rn. 14 f.

147 BGH, Hinweisbeschl. v. 17.12.2013 – II ZR 121/12, ZIP 2014, 1221 = NZG 2014, 696 = EWiR 2014, 513 (*Wachter*).

148 BGH, Urt. v. 8.10.2013 – II ZR 310/12, ZIP 2013, 2305 = NZG 2013, 1334 Rn. 33 f.

149 BGH, Urt. v. 19.11.2013 – II ZR 150/12, ZInsO 2014, 617 = EWiR 2014, 275 (*Saenger/Möller*).

150 BGH, Urt. v. 17.1.2012 – II ZR 197/10, ZIP 2012, 369 = NZG 2012, 221 = NZM 2012, 205 = DSfR 2012, 469 = EWiR § 736 BGB 1/12, 279 (*Ruppert*) Rn. 12 ff.

151 KG, Urt. v. 27.2.2014 – 8 U 52/13, ZInsO 2014, 1225 = EWiR 2014, 459 (*Delaveaux*) im Anschluss an Uhlenbruck/*Hirte* (Fn. 35), § 93 Rn. 10 (hinichtlich der entsprechenden Anwendung auf den ausgeschiedenen Gesellschafter, unverändert auch in der 14. Aufl. 2015); ebenso früher schon für in GmbH umgewandelte KG und gegenüber früheren Kommanditisten BGH v. 2.7.1990 – II ZR 139/89, BGHZ 112, 31, 41 f. = NJW 1990, 3145 f. = ZIP 1990, 1009, 1010 = KTS 1990, 637, 639 = EWiR § 171 HGB 1/90, 915 (K. Schmidt) = JZ 1991, 146 (*Grunewald*).

nicht herangezogen werden könnten.¹⁵² Zwar sei die Wohnungseigentümergeinschaft nicht in der gesetzlichen Regelung des § 358 Abs. 1 Satz 2 SGB III explizit erwähnt. Nach Sinn und Zweck komme der Ausschluss der Zahlungspflicht für die Insolvenzgeldumlage aber auch hier im Hinblick darauf zum Tragen, dass der Gesetzgeber zwischenzeitlich auch für die Wohnungseigentümergeinschaft in § 11 Abs. 3 WEG n.F. die Insolvenzfähigkeit ebenso wie bei Bund, Ländern und bestimmten juristischen Personen des öffentlichen Rechts angeordnet habe. Im Hinblick darauf, dass im Fall einer ausbleibenden Lohnzahlung der einzelne Wohnungseigentümer selbst nach § 10 Abs. 8 WEG zahlungsverpflichtet bleibe, entstehe insoweit auch keine Schutzlücke.

IV. Gesellschafterversammlung

In einer für die Amtliche Sammlung vorgesehenen Entscheidung konkretisierte der BGH weiter die Voraussetzungen und Grenzen, unter denen im Personengesellschaftsrecht das Mehrheitsprinzip auch ohne besondere Grundlage im Gesellschaftsvertrag angewandt werden kann. Danach kann bei einer Publikums-Personengesellschaft über die Feststellung der Auseinandersetzungsbilanz auch dann mit bloßer Mehrheit entschieden werden, wenn der Gesellschaftsvertrag dies nicht ausdrücklich vorsieht; denn die Auseinandersetzungsbilanz begründet keine neuen Zahlungsverpflichtungen i.S.v. § 707 BGB, sondern schafft nur die Voraussetzung für deren Durchsetzung. Der II. ZS ergänzte darüber hinaus, dass auch schon im Rahmen der Aufstellung einer solchen Auseinandersetzungsbilanz berücksichtigt werden darf, dass Nachschüsse von einigen Gesellschaftern möglicherweise nicht erlangt werden können – und deshalb die anderen Gesellschafter stärker belastet werden dürfen.¹⁵³

V. Geschäftsführung und Vertretung

Zur Haftung des organschaftlichen Vertreters einer Komplementär-GmbH wegen Verstoßes gegen das Zahlungsverbot nach § 130a Abs. 3 Satz 1 HGB a.F. s. i.Ü. oben C.IV.2.b.cc.

VI. Auskunfts- und Informationsrechte

Der außerordentliche Informationsanspruch eines Kommanditisten nach § 166 Abs. 3 HGB richtet sich nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der KG gegen den Insolvenzverwalter. Daher hat die Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht die Unterbrechung eines gegen die KG gerichteten Zwangsvollstreckungsverfahrens auf Auskunftserteilung zur Folge. Allerdings ist die Festsetzung eines Zwangsgelds gegen den bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens für die KG auskunftspflichtigen Komplementär zur Durchsetzung dieses Informationsanspruchs während des Insolvenzverfahrens ausgeschlossen.¹⁵⁴

In mehreren Entscheidungen, die mittelbar die Durchsetzung von Ansprüchen gegen Initiatoren und Geschäftsführer von Anlage-Personengesellschaften erleichtern, bejahte der BGH den Anspruch von Anlegern, die an einer

Publikumsgesellschaft (konkret: in der Form einer GmbH & Co. KG) beteiligt sind, gegen die Gesellschaft und die geschäftsführenden Gesellschafter darauf, ihnen neben den Namen und Anschriften der anderen Anleger auch die Namen und Anschriften der mittelbar über einen Treuhänder beteiligten Anleger mitzuteilen, wenn diese Anleger nach den vertraglichen Bestimmungen, insbesondere wegen der Verzahnung des Gesellschafts- und des Treuhandvertrags, im Innenverhältnis der Gesellschafter untereinander und zur Gesellschaft die einem unmittelbaren Gesellschafter entsprechende Rechtsstellung erlangt haben. Das gelte gleichermaßen für den mittelbar wie für den mittelbar an einer Publikumsgesellschaft beteiligten Anleger.¹⁵⁵ Denn auch bei der Publikums-personengesellschaft sei der Gesellschafter aus einer Vielzahl von Gründen auf die Kenntnis der Identität seiner Mitgesellschafter angewiesen. Dass es insoweit kein Recht auf Anonymität gebe, folge i.Ü. daraus, dass bei börsennotierten AG Beteiligungen ab einem Stimmrechtsumfang von 3 % nach § 21 Abs. 1 WpHG offenzulegen seien. Dem Auskunftsbegehren eines Anlage-Gesellschafters könnten nur das Gebot unzulässiger Rechtsausübung (§ 242 BGB) und das Schikaneverbot (§ 226 BGB) entgegengehalten werden; dessen Voraussetzungen seien aber jedenfalls dann (noch) nicht erfüllt, wenn lediglich die abstrakte Gefahr bestehe, dass der Vertreter eines klagenden Anlegers die ihm bekannt werdenden Namen der Mitgesellschafter zur Mandantenakquise nutze.¹⁵⁶ Zudem stellte der Senat klar, dass das Auskunftsrecht weder durch eine Regelung im Gesellschaftsvertrag noch durch eine Regelung im Treuhandvertrag ausgeschlossen werden könne.

Diese Überlegungen übertrug der II. ZS auch auf den Pensions-Sicherungs-Verein, hinsichtlich dessen er das Mitgliedschaftsverhältnis als privatrechtlich qualifizierte. Auch hier habe ein Mitglied im Hinblick auf die sich aus der Mitgliedschaft ergebenden Interessen einen Anspruch darauf, dass ihm die Namen der anderen Mitglieder mitgeteilt würden. Hierin liege insbesondere kein Verstoß gegen die Verschwiegenheitspflicht nach § 15 Satz 1 BetrAVG.¹⁵⁷

Kürzlich hat der II. ZS des BGH sodann festgestellt, dass (auch) einem mittelbar über einen *Treuhänder* an einer KG

152 BSG, Urt. v. 23.10.2014 – B 11 AL 6/14 R, ZIP 2015, 601 = NZI 2015, 383.

153 BGH, Urt. v. 15.11.2011 – II ZR 266/09, BGHZ 191, 293 = ZIP 2012, 515 = NJW 2012, 1439 = NZG 2012, 393 = DStR 2012, 808 = EWiR § 735 BGB 2/12, 237 (C. Schäfer).

154 KG, Beschl. v. 25.7.2014 – 12 W 81/13, ZInsO 2014, 1799; ausführlich zur Durchsetzung von Informationsansprüchen in der Insolvenz der Gesellschaft Uhlenbruck/Hirte (Fn. 16), § 11 Rn. 137.

155 BGH, Urt. v. 5.2.2013 – II ZR 134/11, BGHZ 196, 131 = ZIP 2013, 570 (m. krit. Anm. Altmeyden) = NJW 2013, 2190 = NZG 2013, 379 = EWiR § 716 BGB 2/13, 345 (Vosberg/Klawa); BGH, Urt. v. 5.2.2013 – II ZR 136/11, ZIP 2013, 619 = EWiR § 716 BGB 1/13, 201 (Armbrüster) (für unmittelbar beteiligten Anleger).

156 BGH, Urt. v. 5.2.2013 – II ZR 134/11, BGHZ 196, 131 = ZIP 2013, 570 (m. krit. Anm. Altmeyden) = NJW 2013, 2190 = NZG 2013, 379 = EWiR § 716 BGB 2/13, 345 (Vosberg/Klawa) Rn. 42 ff.; BGH, Urt. v. 5.2.2013 – II ZR 136/11, ZIP 2013, 619 Rn. 38 ff. = EWiR § 716 BGB 1/13, 201 (Armbrüster).

157 BGH, Urt. v. 23.4.2013 – II ZR 161/11, ZInsO 2013, 1472 = EWiR § 38 BGB 1/13, 603 (Holler).

beteiligten Gesellschafter, der aufgrund der Regelungen im Gesellschafts- und Treuhandvertrag im Innenverhältnis einem unmittelbaren Gesellschafter gleichgestellt ist, ein Anspruch auf Auskunft über Namen und Anschrift der anderen Anleger (Treugeber und unmittelbare Gesellschafter) zusteht. Und: dieser Anspruch richtet sich nicht nur gegen die Gesellschaft, sondern (auch) gegen jeden Mitgesellschafter, der die Auskunft unschwer erteilen kann (hier: dem das Anlegerregister führenden Treuhänder).¹⁵⁸

VII. Ausscheiden von Gesellschaftern

Die Nachhaftung eines ausscheidenden BGB-Gesellschafter nach § 736 Abs. 2 BGB, § 160 HGB ist auf den Fall der Auflösung einer Gesellschaft nicht (entsprechend) anwendbar. Das wäre – wie das BAG feststellte – dann denkbar, wenn bei einer zweigliedrigen Gesellschaft einer der beiden Gesellschafter das Gesellschaftsvermögen im Wege der Gesamtrechtsnachfolge übernimmt, was aber im entschiedenen Fall zu verneinen war. Es ergänzte zudem, dass der ehemalige Gesellschafter einer früheren Betriebsinhaberin nach § 613a Abs. 2 BGB nur für solche Verpflichtungen aus einem Arbeitsverhältnis haftet, die vor dem Betriebsübergang entstanden sind.¹⁵⁹

VIII. Liquidation und Insolvenz

1. Insolvenzbedingtes Ausscheiden von Gesellschaftern

Mehrere Entscheidungen befassten sich zunächst mit dem Ausscheiden von Gesellschaftern im Zusammenhang mit einer Insolvenz. Der II. ZS konkretisierte insoweit die Anforderungen an das Vorliegen eines wichtigen Grundes für die außerordentliche Kündigung einer BGB-Gesellschaft im Zusammenhang mit der Insolvenz eines Mitgesellschafter: Danach soll in dem (für die Handelsgesellschaften sogar Regel-)Fall, dass der Gesellschaftsvertrag bei Insolvenz eines Gesellschafter nur dessen Ausscheiden und die Fortsetzung der Gesellschaft unter den verbleibenden Gesellschaftern vorsieht, die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines (hier: des geschäftsführenden Gründungs-)Gesellschafter für einen anderen Gesellschafter nur bei Darlegung besonderer Umstände einen wichtigen Grund für die (außerordentliche) Kündigung des Gesellschaftsverhältnisses darstellen.¹⁶⁰

Die Regelung im Gesellschaftsvertrag einer Kapitalanlagegesellschaft in der Form einer BGB-Gesellschaft, die dem nur in geringem Umfang kapitalmäßig beteiligten Anleger (hier: Kapitalanlage von monatlich 52,50 €) eine ordentliche Kündigung seiner Beteiligung erstmals nach 31 Jahren gestattet, stellt wegen des für den Anleger damit verbundenen unüberschaubaren Haftungsrisikos, das vor allen Dingen in keinem Verhältnis zu der geringen Beteiligung steht, eine unzulässige Kündigungsbeschränkung nach § 723 Abs. 3 BGB dar.¹⁶¹ So entschied der II. ZS in einer weiteren Entscheidung.

Nach Auffassung des I. BGH-ZS findet eine Bestimmung in einem Gesellschaftsvertrag einer KG, nach der ein Ge-

sellschafter, über dessen Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet wird, aus der Gesellschaft ausscheidet, auch im Fall der „Simultaninsolvenz“ von KG und Komplementär-gesellschaft jedenfalls dann Anwendung, wenn noch weitere Gesellschafter verbleiben.¹⁶² Damit schloss er sich der Auffassung des BVerwG an.¹⁶³ Die Gesellschaft wird daher von den (verbliebenen) Kommanditisten vertreten.

In Fortführung seiner Rechtsprechung zu „Sanieren oder Ausscheiden“ hielt der II. BGH-ZS fest, dass der Gesellschaftsvertrag einer Publikumpersonengesellschaft für eine Zustimmungspflicht des Gesellschafter zu seinem Ausscheiden aus gesellschaftlicher Treuepflicht in besonders gelagerten Ausnahmefällen keine ausdrückliche Regelung enthalten muss, weil diese Treuepflicht jedem Gesellschaftsverhältnis auch ohne ausdrückliche Regelung immanent sei. Allerdings könne der Gesellschaftsvertrag diese Treuepflicht ausdrücklich oder im Wege der Auslegung konkretisierender Regelungen enthalten, die insbesondere die aus der Treuepflicht folgende Zustimmungspflicht für bestimmte Sachverhalte einschränken oder an weitere Voraussetzungen knüpfen könne.¹⁶⁴

Mittelbar damit zusammen hängt eine andere Entscheidung, in der sich der BGH zum Aufwendungsersatzanspruch nach § 110 HGB seitens nur treuhänderisch beteiligter Kommanditisten äußerte: In einer Grundsatzentscheidung hat der BGH die Stellung mittelbarer, also nur treuhänderisch an einer KG beteiligter Kommanditisten derjenigen „echter“ Kommanditisten angenähert. Tilgt nämlich, so der II. ZS, ein Treugeberkommanditist ohne Verpflichtung im Innenverhältnis zur Gesellschaft eine Gesellschaftsverbindlichkeit, kann er von der Gesellschaft jedenfalls dann nach § 110 HGB Aufwendungsersatz verlangen, wenn er im Innenverhältnis zur Gesellschaft, zu den anderen Treugebern und zu den Gesellschaftern eine einem unmittelbaren Gesellschafter entsprechende Rechtsstellung hatte. Leistet ihm die Gesellschaft den ihm zustehenden Aufwendungsersatz nicht, kann ein solcher Treugeberkommanditist, der im Rahmen eines Sanierungskonzepts Verbindlichkeiten der Gesellschaft getilgt hat, von seinen Mit-Treugebern entsprechend § 426 Abs. 1 BGB einen deren Beteiligung an der Gesellschaft entsprechenden Anteil im Ausgleich verlangen, soweit diese für die getilgten Gesellschaftsverbind-

¹⁵⁸ BGH, Urt. v. 16.12.2014 – II ZR 277/13, ZIP 2015, 319 = NZG 2015, 269.

¹⁵⁹ BAG, Urt. v. 13.2.2014 – 8 AZR 144/13, ZInsO 2014, 1909.

¹⁶⁰ BGH, Urt. v. 22.5.2012 – II ZR 2/11, ZInsO 2012, 1628.

¹⁶¹ BGH, Urt. v. 22.5.2012 – II ZR 205/10, ZIP 2012, 1599 Rn. 20 f. = NJW-RR 2012, 1242 = NZG 2012, 984 = EWIR § 723 BGB 1/12, 721 (*Wackerbarth*).

¹⁶² BGH, Urt. v. 8.5.2014 – I ZR 217/12, BGHZ 201, 129 = ZInsO 2014, 1378 = EWIR 2014, 543 (*Jacoby*) = LMK 2014, 361211 (*Mock*).

¹⁶³ BVerwG, Urt. v. 13.7.2011 – BVerwG 8 C 10/10, BVerwGE 140, 142 = ZInsO 2011, 1891 = EWIR § 131 HGB 1/11, 671 (*Haas/O. Vogel*) Rn. 13 ff.; abweichend für den Fall, dass keine weiteren Gesellschafter verbleiben würden, Uhlenbruck/*Hirte* (Fn. 16), § 11 Rn. 358 m.w.N.

¹⁶⁴ BGH, Urt. v. 9.6.2015 – II ZR 420/13, ZIP 2015, 1626 = NJW 2015, 2882 = NZG 2015, 995 (Fortführung von BGH, Urt. v. 19.10.2009 – II ZR 240/08, BGHZ 183, 1 = ZInsO 2009, 2257 [Sanieren oder Ausscheiden]); BGH, Urt. v. 25.1.2011 – II ZR 122/09, ZIP 2011, 768 = NJW 2011, 1667 = NZG 2011, 510).

lichkeiten (mittelbar) hafteten und sich nicht selbst ebenfalls durch Tilgungszahlung an der Sanierung beteiligt hatten. Den Mit-Treugebern ist es dabei nach § 242 BGB verwehrt, sich gegenüber einem zahlenden Treugeberkommanditisten darauf zu berufen, dass er lediglich mittelbarer Gesellschafter ist und deshalb im Außenverhältnis nicht (unmittelbar) haftet.¹⁶⁵

Mit den Folgen des Ausscheidens des *letzten Gesellschafters* aus einer KG für die Grundbucheintragung befasst sich ein Beschluss des KG. Scheidet in einer zweigliedrigen KG der Komplementär aus und wächst das Vermögen unter liquidationsloser Vollbeendigung der Gesellschaft dem verbliebenen Kommanditisten an, ist – das ist inzwischen anerkannt – entsprechend §§ 315 ff. 332, 333 f., 354 ff. InsO ein gesondertes Insolvenzverfahren hinsichtlich des übergegangenen Gesellschaftsvermögens statthaft.¹⁶⁶ Gehörte der inzwischen untergegangenen Gesellschaft ein Grundstück, reicht es für die Eintragung der Eröffnung eines solchen Insolvenzverfahrens im Grundbuch aus, wenn die inzwischen untergegangene KG im Grundbuch als Eigentümerin eingetragen ist; einer Voreintragung der Rechtsnachfolge nach § 39 Abs. 1 GBO bedarf es in diesem Fall nicht.¹⁶⁷

Ist andererseits eine GbR als Eigentümerin eines Grundstücks im Grundbuch eingetragen, ist nach Auffassung des OLG Dresden der Insolvenzvermerk beim mit eingetragenen Gesellschafter, über dessen Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet wurde, eintragungsfähig.¹⁶⁸

2. Gesamtschadensliquidation (§ 93 InsO) und Durchsetzung der persönlichen Haftung der Gesellschafter (§ 92 InsO)

Mehrfach mussten sich die Gerichte auch hier mit Rechtsfragen rund um die Ermächtigung des § 93 InsO beschäftigen: Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen einer BGB-Gesellschaft ist die von einem Gesellschafter gegen einen Gesellschaftsgläubiger erhobene Klage auf Feststellung, diesem nicht persönlich für eine Verbindlichkeit der Gesellschaft zu haften, unzulässig. Denn dem Gläubiger fehle während der Dauer des Insolvenzverfahrens nach § 93 InsO die Prozessführungsbefugnis. Dies entschied zu Recht der II. ZS.¹⁶⁹

In einer in der amtlichen Sammlung veröffentlichten Entscheidung meinte der III. ZS, dass Schadenersatzansprüche der Gesellschafter einer insolventen Anlagegesellschaft gegen einen Mittelverwendungskontrolleur *nicht* vom Insolvenzverwalter der Anlagegesellschaft nach § 92 Satz 1 InsO als Gesamtschaden geltend gemacht werden könnten. Denn die Einziehungsbefugnis des § 92 InsO greife nicht zugunsten von Gesellschaftern.¹⁷⁰ Dem ist nicht zu folgen. Denn die Gesellschafter sind nichts anderes als „nachrangige Gläubiger“, sodass zu ihren Gunsten im Sinne eines „Erstrecht-Schlusses“ die Einziehungsbefugnis nach § 92 InsO besteht.¹⁷¹

Hinsichtlich sozialversicherungsrechtlicher Forderungen bleibt es auch dann nach § 51 Abs. 1 SGG beim Rechtsweg zu den SG, wenn die entsprechenden Forderungen nach § 93 InsO gegen einen persönlich haftenden Gesellschafter geltend gemacht werden. Denn es handele sich insoweit nicht um einen insolvenzrechtlichen Anfechtungsrechtsstreit, für den die Zuständigkeit der Zivilgerichte gegeben ist.¹⁷²

Zur Durchsetzung des *Auskunftsrechts* eines Kommanditisten in der Insolvenz s. bereits oben VI.

IX. Stille Gesellschaft

Die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft sind (auch) auf eine mehrgliedrige stille Gesellschaft anzuwenden, bei der die Kapitalanleger, die sich mit einer Vermögenseinlage als stille Gesellschafter beteiligen, einer aus allen stillen Gesellschaftern und dem Inhaber des Handelsgewerbes bestehenden Publikumsgesellschaft beitreten. In diesem Fall kann ein der Gesellschaft beigetretener stiller Gesellschafter vom Inhaber des Handelsgewerbes wegen eines vorvertraglichen Aufklärungsverschuldens nicht im Wege des Schadenersatzes die Rückabwicklung seiner Beteiligung durch Rückgewähr seiner Einlage Zug-um-Zug gegen Übertragung seiner Rechte aus der stillen Beteiligung verlangen; vielmehr hat er (nur) einen Anspruch auf ein (etwaiges) Abfindungsguthaben nach den Regeln der fehlerhaften Gesellschaft und, je nach Vermögenslage des Handelsbetriebs und der Höhe der – hypothetischen – Abfindungsansprüche der übrigen stillen Gesellschafter, einen Anspruch auf Ersatz seines durch den Abfindungsanspruch nicht ausgeglichenen Schadens.¹⁷³

165 BGH, Urt. v. 29.9.2015 – II ZR 403/13, BGH 207, 54 = ZInsO 2015, 2596; dazu *Mock*, ZIP 2016, 497.

166 OLG Hamm, ZIP 2007, 1233, 1238 = NZI 2007, 584; Uhlenbruck/*Hirte* (Fn. 16), § 11 Rn. 244.

167 KG, Beschl. v. 28.8.2012 – 1 W 72/12, ZInsO 2012, 1849.

168 OLG Dresden, Beschl. v. 5.10.2011 – 17 W 828/11, ZIP 2012, 439, 440 = NZG 2012, 679 = NZI 2012, 112 = EWiR § 32 InsO 1/12, 319 (*Kexel*); für Eintragungsfähigkeit zuvor auch Uhlenbruck/*Uhlenbruck* (Fn. 35), § 32 Rn. 7 (unverändert auch *Zipperer* in der 14. Aufl. 2015, § 32 InsO Rn. 8); anders noch *Hirte*, ebda., § 11 Rn. 372 (wie OLG Dresden jetzt aber in der 14. Aufl. 2015).

169 BGH, Beschl. v. 12.7.2012 – IX ZR 217/11, ZInsO 2012, 1587; dazu auch *Grünwald*, LMK 2012, 338418; allgemein zuvor Uhlenbruck/*Hirte* (Fn. 35), § 93 Rn. 3 (unverändert auch in der 14. Aufl. 2015).

170 BGH, Urt. v. 21.3.2013 – III ZR 260/11, BGHZ 197, 75 = ZInsO 2013, 929 = EWiR § 328 BGB 1/13, 367 (*H.-F. Müller*) Rn. 41 ff.; ebenso zuvor als Vorinstanz LG Hamburg, ZInsO 2010, 625 und dem folgend OLG Nürnberg, ZIP 2011, 1015, 1016.

171 So mit eingehender Begründung dazu *Hirte*, FS K. H. Görg, 2010, S. 211, 217 f.; *ders.*, ZInsO 2012, 1337, 1342.

172 OLG Frankfurt/M., Beschl. v. 22.1.2014 – 19 W 2/14, ZInsO 2014, 860; das entspricht der Beurteilung der parallelen Fragestellung im *internationalzivilprozessrechtlichen* Kontext durch die Rechtsprechung (zur Kritik dort Uhlenbruck/*Hirte* [Fn. 16], § 35 Rn. 407).

173 BGH, Urt. v. 19.11.2013 – II ZR 383/12, BGHZ 199, 104 = ZIP 2013, 2355; dazu *Mock*, DStR 2014, 536 ff., 598 ff.

E. Recht der verbundenen Unternehmen

I. Gesetze und Gesetzesvorhaben

Am 28.8.2013 hatte das BMJ den „Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Erleichterung der Bewältigung von Konzerninsolvenzen“ vorgelegt,¹⁷⁴ der dann gleich nach der Konstituierung des 18. Deutschen Bundestages über den Bundesrat in den Bundestag eingebracht wurde. Das Projekt will eine einheitliche örtliche Zuständigkeit für die Insolvenzverfahren konzernverbundener Unternehmen ermöglichen (§§ 3a ff. RegE InsO), nicht aber ein einziges konsolidiertes Verfahren (was der rechtlichen Selbstständigkeit juristischer Personen auch im Konzern entspricht) und darüber hinaus die Zusammenarbeit der an den verschiedenen Verfahren Beteiligten erleichtern (§§ 269a ff. RegE InsO). Zum zweiten soll ein einheitlicher Verwalter in diesen Verfahren bestellt werden können (§ 56b RegE InsO) und schließlich eine freiwillige Koordination der verschiedenen Insolvenzverfahren durch ein neues Koordinationsverfahren ermöglicht werden (§§ 269d ff. RegE InsO; einschließlich klarstellender Anerkennung von Insolvenzverwaltungsverträgen [*protocols*] in § 269h Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 RegE InsO). In der 1. Lesung des Gesetzes am 14.2.2014 hatte der Verfasser dieser Zeilen die aus seiner Sicht notwendigen Ergänzungen und Korrekturen an dem Gesetzentwurf aufgezeigt.¹⁷⁵ Er hatte vor allem darauf gedrängt, die im Koalitionsvertrag ebenfalls vorgesehene Reform des Insolvenzanfechtungsrechts bereits innerhalb der Reform des Konzerninsolvenzrechts mit zu verwirklichen. Nachdem schon seit Längerem zwischen den Koalitionspartnern Einigkeit über die Rahmenbedingungen dieser zweiten Reform besteht,¹⁷⁶ dürfte auch die Reform des Konzerninsolvenzrechts demnächst vom Bundestag verabschiedet werden können, entgegen früheren Annahmen aber vermutlich erst, wenn auch *alle* Fragen der Reform des Insolvenzanfechtungsrechts abschließend geklärt sind.

II. Faktischer Konzern

1. Rechtsfolgen

Das BAG passte die Vorgaben zum „Berechnungsdurchgriff“ bei der Anpassung von Betriebsrenten an die geänderte Rechtsprechung des BGH zum „existenzvernichtenden Eingriff“ an. Ein Versorgungsschuldner ist zur Anpassung der laufenden Leistung der betrieblichen Altersversorgung nach § 16 Abs. 1 und Abs. 2 BetrAVG nicht verpflichtet, wenn seine wirtschaftliche Lage einer Anpassung entgegensteht. Nachdem die Rechtsprechung früher für die Beurteilung der günstigen wirtschaftlichen Lage im Wege des Berechnungsdurchgriffs auch die Lage bei anderen konzernverbundenen Unternehmen berücksichtigt hatte, wenn diese dem Schuldner „qualifiziert faktisch“ verbunden waren, stellt das BAG nunmehr darauf ab, dass der Einfluss des anderen Unternehmens die deutlich höhere (und im konkreten Fall nicht vorliegende) Schwelle der Existenzvernichtung erreicht.¹⁷⁷

2. Haftung im qualifizierten faktischen Konzern

Nach einem Nichtannahmebeschluss des BVerfG ist die Festsetzung von Kartellbußgeldern gegen den Gesamtrechts-

nachfolger einer juristischen Person bei nahezu wirtschaftlicher Identität verfassungsgemäß. Damit bestätigte das Gericht die entsprechende kartellrechtliche Judikatur des BGH.¹⁷⁸ Über den entschiedenen Sachverhalt hinaus dürften damit aber auch im Bereich des Gesellschaftsrechts die Verfechter einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise an Boden gewinnen; zu denken ist dabei insbesondere an „Durchgriffstatbestände“ im Konzernrecht.

III. Vertragskonzern

Der Anspruch der Gläubiger einer abhängigen Gesellschaft auf eine Sicherheitsleistung für Verbindlichkeiten, die bis zur Bekanntmachung der Eintragung der Beendigung des Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrags begründet wurden, aber erst danach fällig werden, ist entsprechend den Nachhaftungsregeln in §§ 26, 160 HGB und § 327 Abs. 4 AktG auf Ansprüche begrenzt, die vor Ablauf von 5 Jahren nach der Bekanntmachung fällig werden.¹⁷⁹ Damit folgte er einer – u.a. auch vom Verfasser vertretenen – Mehrheitsmeinung im Schrifttum, die die insoweit abweichende frühere BGH-Judikatur, nach der es auf ein konkret zu bestimmendes Sicherungsinteresse ankommen sollte, für die zeitliche Bemessung des Sicherungsinteresses für ungeeignet hielt.¹⁸⁰

IV. Liquidation und Insolvenz

Nach einer zur EuInsVO ergangenen Entscheidung des EuGH kann ein in einem Mitgliedstaat eröffnetes Hauptinsolvenzverfahren nicht allein mit der Begründung auf eine andere (Tochter-)Gesellschaft erweitert werden, dass zwischen der ersten und der zweiten Gesellschaft die Rechnungslegung vermischt sei und zwischen ihnen „unübliche Finanzbeziehungen“ bestünden; vielmehr müsse auch bzgl. einer solchen Gesellschaft das Vorliegen des „Mittelpunkts der hauptsächlichen Interessen“ (COMI) nach den von der bisherigen Rechtsprechung des Gerichtshofs entwickelten Kriterien festgestellt werden.¹⁸¹

¹⁷⁴ Abgedruckt auch als Beil. 4 zu ZIP 37/2013.

¹⁷⁵ Dazu Deutscher Bundestag, Plen.-Prot. 18/15, S. 1143C ff.

¹⁷⁶ S. zunächst den RefE des BMJV eines „Gesetzes zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzgesetz und nach dem Anfechtungsgesetz“ v. 16.3.2015 (abrufbar unter www.bmjv.de; abgedruckt auch als Beilage zu ZIP 12/2015 sowie in ZInsO 2015, 624 [ohne Begründung]) und inzwischen den RegE (BR-Drucks. 495/15), in den Bundestag eingebracht am 16.12.2015 (BT-Drucks. 18/7054).

¹⁷⁷ BAG, Urt. v. 15.1.2013 – 3 AZR 638/10, BAGE 144, 180 = ZIP 2013, 1041 = EWiR § 16 BetrAVG 1/13, 503 (*Kock/Milenk*).

¹⁷⁸ BVerfG, Zweite Kammer des Ersten Senats, Beschl. v. 20.8.2015 – 1 BvR 980/15, ZIP 2015, 1821 = NJW 2015, 3641 = NZG 2015, 1328.

¹⁷⁹ BGH, Urt. v. 7.10.2014 – II ZR 361/13, BGHZ 202, 317 = ZIP 2014, 2282 = NZG 2014, 1340 = NJW-RR 2015, 232 = EWiR 2014, 739 (*Bungert/de Raet*).

¹⁸⁰ S. etwa Großkomm-AktG/*Hirte*, 4. Aufl. 2005, § 303 Rn. 17; auf ein konkretes Sicherungsbedürfnis im Rahmen von § 26 KapErhG a.F. abstellend demgegenüber noch BGH, Urt. v. 18.3.1996 – II ZR 299/94, ZIP 1996, 705, 706 f. = NJW 1996, 1539 f.

¹⁸¹ EuGH, Urt. v. 15.12.2011 – Rs. C-191/10, ECLI:EU:C:2011:838 = Slg. 2011 I – 13209 = ABl. EU 2012 C 39, 3 = ZInsO 2012, 93 = EWiR Art. 3 EuInsVO 2/12, 87 (*Paulus*) Rn. 30 ff.

Der BFH äußerte in einem Beschluss Zweifel daran, ob die Zusammenfassung mehrerer Unternehmen zu einem Unternehmen durch die umsatzsteuerrechtliche Organschaft auch nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens fortbesteht. Diese Zweifel würden gleichermaßen für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über den Organträger wie auch für die Eröffnung eines solchen über das Vermögen der Organgesellschaft gelten.¹⁸² Damit haftet der Organträger nicht mehr für umsatzsteuerliche Schulden des Organgesellschafters, die auf Umsatztätigkeiten der Organgesellschaft nach Verfahrenseröffnung entfallen.

F. Umwandlungsrecht

I. Allgemeines

Die Verschmelzung auf einen insolventen Rechtsträger als übernehmenden Rechtsträger ist auch nach dem Inkrafttreten des ESUG unzulässig; das folgt nach Auffassung des OLG Brandenburg aus dem klaren Wortlaut des § 3 Abs. 3 UmwG, der aufgelöste Rechtsträger nur als übertragende

Rechtsträger für umwandlungsfähig hält, wenn die Fortsetzung beschlossen werden könnte.¹⁸³

II. Gläubigerschutz

Ein Insolvenzverwalter ist nicht nach § 93 InsO berechtigt, die Haftung nach § 133 UmwG gegenüber den Gläubigern eines übertragenden Rechtsträgers im Fall einer Auf- oder Abspaltung oder einer Ausgliederung nach § 123 UmwG geltend zu machen, da diese von vornherein auf diese Gläubigergruppe beschränkt ist.¹⁸⁴

¹⁸² BFH, Beschl. v. 19.3.2014 – V B 14/14, BFHE 244, 156 = ZInsO 2014, 421 = EWiR 2014, 329 (*Debus/Elpers*).

¹⁸³ OLG Brandenburg, Beschl. v. 27.1.2015 – 7 W 118/14, ZInsO 2015, 2194; abweichend (auch Verschmelzung auf einen insolventen Rechtsträger) *Madaus*, ZIP 2012, 2133, 2134 f. (für Sanierungsfusionen sowie gläubigerlose Abwicklungsfusionen); kritisch auch Uhlenbruck/*Hirte* (Fn. 16), § 11 Rn. 156.

¹⁸⁴ BGH, Beschl. v. 20.6.2013 – IX ZR 221/12, ZInsO 2013, 1471.

ZNotP-Fragezeichen

1. Der neu gegründete Verein „Tennisclub rot-weiß“ hat in der Satzung formuliert: „Der Name des Vereins lautet: Tennisclub rot-weiß, Kurzform: TC rot-weiß“.
Dies ist in dieser Form
 - a) eintragungsfähig.
 - b) nicht eintragungsfähig.
2. F verlangt von ihrem Ehemann nach Scheidung Zugewinnausgleich und Aufnahme eines Vermögensverzeichnisses durch einen Notar.
 - a) Dies ist rechtlich möglich.
 - b) Dies ist rechtlich nicht möglich.

ZNotP-Rechtsprechungsreport

Grundstücksrecht

Erbnachweis bei Verwirkungsklausel

GBO § 35

Leitsatz (amtlich):

Enthält ein notarielles Testament eine allgemein gehaltene Verwirkungsklausel oder eine spezielle Verwirkungsklausel mit nicht eindeutigen Verhaltensanforderungen, erfordert der Nachweis der Erbfolge in der Regel die Vorlage eines Erbscheins.

BGH, Beschl. v. 2. 6. 2016 – V ZB 3/14

[1] I. Die Eltern der Beteiligten errichteten am 8.3.1985 ein notariell beurkundetes gemeinschaftliches Testament, in welchem sie sich, soweit hier von Interesse, wechselseitig zu Alleinerben des Erstversterbenden und ihre drei Kinder, die Beteiligten des vor-

liegenden Verfahrens, zu Schlusserben des Letztversterbenden einsetzten. Für die Schlusserbeneinsetzung enthält das Testament eine Teilungsanordnung, nach welcher die drei Beteiligten einzelne jeweils näher bezeichnete Grundstücke erhalten sollen, die Beteiligte zu 3 mit der Maßgabe, dass sie im Fall des Verkaufs oder einer Schenkung den Beteiligten zu 1 und 2 eine Ausgleichszahlung zu leisten hat. Am Schluss des Testaments heißt es:

„Derjenige, der mit diesen Testamentsbestimmungen nicht einverstanden ist, erhält nur den Pflichtteil unter Anrechnung dessen, was er bereits zu Lebzeiten von uns bekommen hat, wozu auch die Kosten einer Ausbildung, Ausstattung oder sonstige Zuwendungen gehören.“

[2] Der Vater der Beteiligten verstarb zuerst. Die Beteiligte zu 3 verlangte von der überlebenden Mutter den Pflichtteil und verständigte sich mit ihr 2012 in einem gerichtlichen Vergleich auf eine Zahlung von 10.500 € zum Ausgleich aller wechselseitigen Ansprüche aus Anlass des Todes des Vaters. Am 1.1.2013 verstarb die Mutter.

[3] Nach Eröffnung des Testaments durch das Nachlassgericht hat das Grundbuchamt auf Antrag der Beteiligten zu 3 alle drei Beteiligten in Erbengemeinschaft als neue Eigentümer der Grundstücke ihrer Eltern in das Grundbuch eingetragen. Hiergegen haben die Beteiligten zu 1 und 2 mit der Begründung Widerspruch erhoben, die Beteiligte zu 3 habe ihr Erbrecht verloren, weil sie nach dem Tod des Vaters ihren Pflichtteil geltend gemacht habe. Das Grundbuchamt hat den Widerspruch zurückgewiesen. Die Beschwerde ist erfolglos geblieben. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde möchten die Beteiligten zu 1 und 2 in erster Linie die Löschung der Eintragung der Beteiligten zu 3 als Miterbin, hilfsweise die Eintragung eines Amtswiderspruchs gegen diese Eintragung erreichen.

[4] II. Das Beschwerdegericht, dessen Entscheidung u.a. in ZEV 2014, 257 veröffentlicht worden ist, meint, die Voraussetzungen für die Eintragung eines Amtswiderspruchs lägen nicht vor. Die vorgenommene Eintragung sei inhaltlich zulässig. Es könne dahinstehen, ob das Grundbuchamt gesetzliche Vorschriften verletzt habe. Eine etwaige Verletzung solcher Vorschriften habe jedenfalls nicht zur Unrichtigkeit des Grundbuchs geführt. Dafür müsse ebenfalls nicht entschieden werden, ob die Verwirkungsklausel am Ende des Testaments mangels Bestimmtheit unwirksam sei, wie das Grundbuchamt angenommen habe. Jedenfalls habe die Beteiligte zu 3 ihr Erbrecht nicht verwirkt. Nach der Klausel verliere sie es nur, wenn sie mit den testamentarischen Bestimmungen nicht einverstanden sei. Das Verlangen des Pflichtteils stelle kein Nichteinverständnis dar. Die Beteiligte zu 3 habe mit der Geltendmachung des Pflichtteils im Gegenteil ihre Enterbung durch das Testament anerkannt.

[5] III. Diese Erwägungen halten einer rechtlichen Prüfung nur im Ergebnis stand.

[6] 1. Zutreffend ist allerdings der Ausgangspunkt des Beschwerdegerichts. Im Wege der Beschwerde kann die Löschung einer Eintragung nach § 71 Abs. 2 Satz 2 GBO i.V.m. § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO nur verlangt werden, wenn die vorgenommene Eintragung inhaltlich unzulässig ist. Die Beschwerde gegen inhaltlich zulässige Eintragungen ist nach den genannten Vorschriften nur mit dem Antrag zulässig, gegen die Eintragung einen Amtswiderspruch einzutragen. Die hier vorgenommene Eintragung ist inhaltlich zulässig. Die Beschwerde kann deshalb nur Erfolg haben, wenn ein Amtswiderspruch einzutragen ist. Das setzt nach § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO voraus, dass das Grundbuchamt die Eintragung unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften vorgenommen hat und das Grundbuch dadurch unrichtig (geworden) ist. Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor. Das Grundbuchamt hat die Eintragung zwar unter Verletzung von § 35 GBO vorgenommen (unten 2.). Es kann aber nicht angenommen werden, dass das Grundbuch dadurch unrichtig geworden ist (unten 3.).

[7] 2. Das Grundbuchamt hätte die vorgenommene Eintragung nicht ohne Vorlage eines Erbscheins vornehmen dürfen.

[8] a) Die Eintragung der Beteiligten als Eigentümer der Grundstücke ihrer Eltern setzte den Nachweis ihrer Erbfolge voraus. Der Nachweis der Erbfolge kann nach § 35 Abs. 1 Satz 1 GBO im Grundsatz nur durch einen Erbschein geführt werden. Ergibt sich die Erbfolge nach dem eingetragenen Eigentümer aus einem notariell beurkundeten Testament, so genügt als Nachweis nach § 35 Abs. 1 Satz 2, 1. HS GBO die Vorlage des Testaments und der Niederschrift über dessen Eröffnung durch das

Nachlassgericht. Uneingeschränkt gilt diese Möglichkeit aber nur, wenn die Erbeinsetzung in dem notariell beurkundeten Testament unbedingt erfolgt ist. Enthält das Testament dagegen eine bedingte Erbeinsetzung, so genügt es allein als Nachweis der Erbfolge nicht. Vielmehr ist das Grundbuchamt unter Reduktion seines Ermessens nach § 35 Abs. 1 Satz 2, 2. HS GBO gehalten, einen Erbschein oder für den Nachweis ausreichende Erklärungen der Beteiligten in der Form des § 29 GBO zu verlangen. Anerkannt ist das für den Fall eines notariell beurkundeten Testaments, das eine sog. Pflichtteilsstrafklausel enthält. Darunter sind Klauseln zu verstehen, nach denen der eingesetzte Erbe sein Erbrecht verlieren soll, wenn er nach dem ersten Erbfall den Pflichtteil verlangt. Bei solchen Klauseln muss das Grundbuchamt nach h.M. entweder die Vorlage eines Erbscheins verlangen (so LG Kassel, Rpfleger 1993, 397; *Demharter*, GBO, 30. Aufl., § 35 Rn. 39; für Möglichkeit: OLG Frankfurt/M., FamRZ 2012, 1591) oder wenigstens Erklärungen der Erben in der Form des § 29 GBO, dass sie den Pflichtteil nicht geltend gemacht haben (OLG Braunschweig, DNotZ 2013, 125, 126; OLG Hamm, ZEV 2011, 592, 593; OLG Köln, FGPrax 2010, 82 f.; *Hügel/Wilsch*, GBO, 3. Aufl., § 35 Rn. 117; *KEHE/Volmer*, Grundbuchrecht, 7. Aufl., § 35 GBO Rn. 87; wohl auch *Meikel/Krause*, GBO, 11. Aufl., § 35 Rn. 124 f.).

[9] b) Entsprechendes gilt bei allgemein gehaltenen Verwirkungsklauseln und bei speziellen Verwirkungsklauseln mit nicht eindeutigen Verhaltensanforderungen.

[10] aa) Solche Verwirkungsklauseln führen ebenso wie eine Pflichtteilsstrafklausel nach § 2075 BGB dazu, dass die vorgesehene Erbeinsetzung durch den Umstand oder das Verhalten auflösend bedingt ist, an welchen oder welches die Klausel anknüpft (*MünchKomm-BGB/Leipold*, 6. Aufl., § 2074 Rn. 29; *Soergel/Loritz*, BGB, 13. Aufl., § 2075 Rn. 5; *Staudinger/Otte*, BGB, 2013, § 2074 Rn. 62). Für die Ermittlung, ob ein im Sinne solcher Verwirkungsklauseln sanktionsbewehrtes Verhalten des Bedachten vorliegt, bedarf es allerdings regelmäßig zunächst der Testamentsauslegung. Für diese ist allein der sich aus den Gesamtumständen ergebende Wille des Erblassers maßgeblich, der im Testament einen, wenn auch unvollkommenen Ausdruck gefunden haben muss (zum Ganzen BGH, Urt. v. 24.6.2009 – IV ZR 202/07, *ZNotP 2009*, 352 = NJW-RR 2009, 1455 Rn. 23).

[11] bb) Die bei der Ermittlung des Erblasserwillens gebotene Berücksichtigung der Gesamtumstände ist im Grundbucheintragungsverfahren regelmäßig nicht möglich. In diesem Verfahren können nämlich nach § 29 Abs. 1 GBO die für die Eintragung erforderlichen Erklärungen nur durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden, andere Eintragungsvoraussetzungen, soweit sie nicht bei dem Grundbuchamt offenkundig sind, nur durch öffentliche Urkunden nachgewiesen werden. Das Grundbuchamt darf deshalb bei der Berichtigung des Grundbuchs aufgrund eines öffentlichen Testaments regelmäßig nur das Testament, in der Form des § 29 Abs. 1 GBO abgegebene Erklärungen der Beteiligten und offenkundige Umstände berücksichtigen, nicht jedoch andere Umstände, die nach dem materiellen Erbrecht bei der Ermittlung des Erblasserwillens aber zu berücksichtigen sind. Deshalb wird sich im Grundbucheintragungsverfahren regelmäßig nicht feststellen lassen, welches Verhalten des Bedachten bei einer allgemein gehaltenen Verwirkungsklausel oder bei einer speziellen Verwirkungsklausel mit nicht eindeutigen Verhaltensanforderungen zum Verlust des in dem Testament zgedachten Erbrechts führt. Das

dem Grundbuchamt mit § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO eingeräumte Ermessen reduziert sich deshalb bei Testamenten mit solchen Verwirkungsklauseln auf null. Es bleibt dann bei der Regelung in § 35 Abs. 1 Satz 1 GBO, wonach das Erbrecht durch einen Erbschein nachzuweisen ist.

[12] c) Danach hätte das Grundbuchamt die Berichtigung des Grundbuchs nicht allein auf der Grundlage des eröffneten öffentlichen Testaments der Eltern der Beteiligten vornehmen dürfen, sondern diese von der Vorlage eines Erbscheins abhängig machen müssen.

[13] aa) In dem Testament der Eltern der Beteiligten ist die Einsetzung der Beteiligten als Schlusserben dadurch auflösend bedingt, dass diese mit den Testamentsbestimmungen nicht einverstanden sind. Welches der Bezugspunkt dieses Nichteinverständnisses ist – die testamentarischen Anordnungen oder ein darüber hinaus angestrebtes wirtschaftliches Ziel –, ist ebenso wenig offensichtlich wie die Frage, ob als Betätigung des Nichteinverständnisses jedes Verhalten ausreicht (vgl. etwa RG, Recht 1907 Nr. 313) oder ob an diese Betätigung strengere Anforderungen zu stellen sind (vgl. etwa RG, JW 1924, 1717; Soergel/Loritz, a.a.O., § 2075 Rn. 7 a.E.). Allein auf der Grundlage des Testaments konnte das Grundbuchamt deshalb nicht beurteilen, ob die Beteiligten oder einzelne von ihnen bei Vornahme der Berichtigung noch Schlusserben waren.

[14] bb) Allein auf der Grundlage des Testaments konnte das Grundbuchamt auch nicht zu dem Ergebnis gelangen, die Beteiligten seien deshalb noch Schlusserben, weil die Verwirkungsklausel mangels ausreichender Bestimmtheit nichtig sei.

[15] (1) Das Grundbuchamt ist zwar befugt und verpflichtet, ein notariell beurkundetes Testament als Grundlage der Eintragung einer Erbfolge auszulegen (OLG Zweibrücken, RNotZ 2001, 589, 590; Bauer/v. Oefele/Schaub, GBO, 3. Aufl., § 35 Rn. 145; Demharter, a.a.O., § 35 Rn. 43). Richtig ist auch, dass eine Verwirkungsklausel wegen fehlender Bestimmtheit unwirksam sein kann. Dies kann im Hinblick auf das Gebot einer geltungserhaltenden Auslegung nach § 2084 BGB aber nur angenommen werden, wenn sich der mit der Klausel verfolgte Erblasserwille auch bei der gebotenen Berücksichtigung aller Umstände nicht feststellen lässt. Deshalb darf das Grundbuchamt von der Unwirksamkeit einer Verwirkungsklausel nur ausgehen, wenn es allein aufgrund der Eintragungsunterlagen zu der gebotenen (BGH, Urt. v. 8.12.1982 – IVa ZR 94/81, BGHZ 86, 41, 45 f. und v. 24.6.2009 – IV ZR 202/07, ZNotP 2009, 352 = NJW-RR 2009, 1455 Rn. 23, 25) umfassenden Würdigung aller Umstände in der Lage und das Ergebnis der Auslegung eindeutig ist (OLG Zweibrücken, RNotZ 2001, 589, 590; Demharter, a.a.O., § 35 Rn. 43), jedenfalls keine konkreten Zweifel verbleiben (OLG Schleswig, FGPrax 2006, 248).

[16] (2) Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor. Nach dem Wortlaut der Klausel kommen als Bezugspunkt des Nichteinverständnisses jedenfalls die Testamentsbestimmungen in Betracht. Es ist nach dem Wortlaut des Testaments möglich, dass jede Form der Betätigung des Nichteinverständnisses zur Verwirkung ausreicht (vgl. RG, Recht 1907 Nr. 313). Angesichts dessen konnte das Grundbuchamt nicht zu dem Ergebnis gelangen, die Klausel sei sicher unwirksam. Daran verblieben vielmehr auf der Grundlage der im Grundbucheintragungsverfahren zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen nicht aufklärbare Zweifel. Das Grundbuchamt musste deshalb davon ausgehen,

dass die Klausel wirksam sein und die Beteiligten oder einzelne von ihnen ihre Stellung als Schlusserben verloren haben konnten. Es musste die Berichtigung des Grundbuchs von der Vorlage eines Erbscheins abhängig machen. Das ist unterblieben. Dieses Versäumnis verstieß gegen § 35 GBO.

[17] 3. Es kann aber nicht angenommen werden, dass das Grundbuch dadurch unrichtig geworden ist.

[18] a) Die Unrichtigkeit des Grundbuchs muss nicht bewiesen werden. Analog § 899 Abs. 2 Satz 2 BGB genügt vielmehr die Glaubhaftmachung (allgemeine Meinung: BayObLGZ 1995, 249, 254 f.; OLG Hamm, FGPrax 2006, 146, 147 und 2011, 322, 324; Demharter, a.a.O., § 53 Rn. 28; Lemke/Böttcher, Immobilienrecht, 2. Aufl., § 53 GBO Rn. 7; Meikel/Schneider, a.a.O., § 53 Rn. 113). Zur Glaubhaftmachung müssen die Beteiligten zu 1 und 2 nicht beweisen, dass die Klausel nur in dem von ihnen für richtig gehaltenen Sinne verstanden werden kann. Es genügt vielmehr, wenn das unter freier Würdigung der nach § 294 ZPO zugelassenen Beweismittel überwiegend wahrscheinlich ist (zu diesem Beweismaß Senat, Beschl. v. 21.10.2010 – V ZB 210/09, NJW-RR 2011, 136 Rn. 7; BGH, Beschl. v. 9.2.1998 – II ZB 15/97, NJW 1998, 1870; MünchKomm-ZPO/Pritting, 5. Aufl., § 294 Rn. 24). Diese Würdigung hat das Beschwerdegericht nicht vorgenommen. Der Senat kann sie aber nachholen, weil andere im Grundbucheintragungsverfahren verwertbare Erkenntnisquellen nicht ersichtlich sind.

[19] b) Auf dieser Grundlage ist nicht überwiegend wahrscheinlich, dass das Grundbuch unrichtig ist.

[20] aa) Das lässt sich allerdings entgegen der Ansicht des Beschwerdegerichts nicht schon mit der Erwägung begründen, die Beklagte habe mit ihrer Klage auf Auszahlung des Pflichtteils die Testamentsbestimmung nicht infrage gestellt, sondern ihre darin enthaltene Enterbung ausdrücklich anerkannt (ähnlich allerdings OLG Colmar, Recht 1905 Nr. 2556). Hintergrund der Verwirkungsklausel kann nämlich der Wunsch der Eltern gewesen sein, dass dem überlebenden Teil bis zu seinem Tod der Nachlass ungeschmälert verbleibt (vgl. BayObLGZ 2004, 5, 8; OLG Düsseldorf, NJW-RR 2011, 1515 f.). Dieser Wille wäre durchkreuzt, wenn Kinder Pflichtteilsansprüche nach dem Tod des zuerst versterbenden Ehegatten geltend machen (vgl. BGH, Urt. v. 15.12.1956 – IV ZR 101/56, BGHZ 22, 364, 368). Es ist deshalb ohne Weiteres möglich, dass die Eltern der Beteiligten unter einem Nichteinverständnis mit den Testamentsbestimmungen auch die Geltendmachung des Pflichtteils verstanden haben.

[21] bb) Ob ein solches Verständnis der Klausel mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zutrifft, lässt sich aber auf der Grundlage der im Grundbucheintragungsverfahren allein verwertbaren Testamentsurkunde aber nicht feststellen.

[22] (1) Die Eltern der Beteiligten haben ein notariell beurkundetes sog. Berliner Testament errichtet. Dieses enthält indessen nicht die bei solchen Testamenten übliche Pflichtteilsstrafklausel, sondern eine allgemeiner gefasste Klausel, die auf das Nichteinverständnis mit den Testamentsbestimmungen abstellt. Sie lässt sich nach ihrem Wortlaut als eine Klausel deuten, die die übliche Pflichtteilsstrafklausel erweitern und neben der Geltendmachung des Pflichtteils noch andere Tatbestände erfassen soll. Sie kann aber auch als eine Einschränkung der üblichen Pflichtteilsstrafklausel verstanden werden, die nicht die Gel-

tendmachung des Pflichtteils sanktionieren will, sondern nur einen Angriff auf die in dem Testament bestimmte Erbfolge und die darin vorgesehene Teilungsanordnung für den Schlusserefall.

[23] (2) Der Wortlaut des Testaments bietet keine greifbaren Anhaltspunkte dafür, ob die Auslegung der Verwirkungsklausel in dem einen Sinne näher liegt als ihre Auslegung in dem anderen Sinn. Aufschluss hierüber kann nur der Erblasserwille geben. Welche Vorstellungen die Eltern der Beteiligten mit der Verwirkungsklausel verbunden haben, erschließt sich aus dem Testament nicht. Sie können und müssen aufgrund außerhalb des Testaments liegender Umstände ermittelt werden. Die Ermittlung solcher Umstände ist, wie bereits ausgeführt, im Grundbucheintragungsverfahren wegen der in § 29 GBO bestimmten Beschränkung der verwertbaren Erkenntnisquellen auf öffentliche und öffentlich beglaubigte Urkunden nicht möglich. Dieser Umstand wiederum führt dazu, dass sich im vorliegenden Verfahren nicht klären lässt, welches Verständnis der Klausel mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zutrifft. Die Auslegung muss vielmehr in einem Verfahren erfolgen, in dem auch außerhalb des Testaments liegende Umstände in dem materiell-rechtlich gebotenen Umfang berücksichtigt werden können, etwa in einem Rechtsstreit vor dem Prozessgericht. Die Durchführung eines solchen Verfahrens wird den Beteiligten weder durch die Eintragung noch durch die Versagung eines Amtswiderspruchs versperrt.

[24] IV. Eine Entscheidung über die Gerichtskosten ist nicht veranlasst, da sie sich aus dem Gesetz ergibt (§§ 22 Abs. 1, 134 Abs. 1 Satz 2 GNotKG). Der Senat hält es für sachgerecht, die Erstattung der außergerichtlichen Kosten der Beteiligten zu 3 auch für das Rechtsbeschwerdeverfahren nach § 84 FamFG anzuordnen. Die Festsetzung des Geschäftswerts beruht auf §§ 36 Abs. 1, 134 Abs. 1 Satz 2 GNotKG.

Keine Eintragung der Verpfändung eines GbR-Anteils

BGB §§ 899a, 1276; GBO §§ 22, 47 Abs. 2

Leitsatz (amtlich):

Mit Anerkennung der Rechtsfähigkeit der (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts scheidet die Eintragung der Verpfändung eines Gesellschaftsanteils in das Grundbuch eines im Eigentum der Gesellschaft stehenden Grundstücks aus.

BGH, Beschl. v. 20. 5. 2016 – V ZB 142/15

[1] I. Die Beteiligten zu 1 und 2 sind die Gesellschafter der Beteiligten zu 3, einer GbR. Diese ist als Eigentümerin der im Rubrum dieses Beschlusses genannten Wohnungseigentums- und Teileigentumsrechte im Grundbuch eingetragen. Der Beteiligte zu 2 hat seinen Gesellschaftsanteil an der GbR an die Beteiligte zu 4 verpfändet. Sämtliche Beteiligte haben bei dem Grundbuchamt beantragt, die Verpfändung in die jeweiligen Grundbücher einzutragen.

[2] Das Grundbuchamt hat den Eintragungsantrag zurückgewiesen. Die von den Beteiligten gegen den Zurückweisungsbeschluss gerichtete Beschwerde ist erfolglos geblieben. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgen sie den Eintragungsantrag weiter.

[3] II. Das Beschwerdegericht meint, dass die Verpfändung des Gesellschaftsanteils zwar zu einer Verfügungsbeschränkung des verpfändenden Gesellschafters führe. Nach den Regeln des Pfandrechts an Rechten sei der Beteiligte zu 2 als Verpfänder aber nicht in der Verfügung über die Wohnungseigentums- und Teileigentumsrechte, sondern in der Verfügung über seinen Gesellschaftsanteil beschränkt. Inhaberin der in dem Grundbuch eingetragenen Rechte sei allein die GbR. Die Gesellschafter seien durch die aus der Verpfändung resultierende Verfügungsbeschränkung des Beteiligten zu 2 hinsichtlich dessen Gesellschaftsanteils nicht gehindert, über das Grundstück der Gesellschaft zu verfügen.

[4] III. Die gem. § 78 Abs. 1 GBO statthafte und auch i.Ü. zulässige (§ 78 Abs. 3 GBO i.V.m. § 71 FamFG) Rechtsbeschwerde ist unbegründet. Die Erwägungen des Beschwerdegerichts halten einer rechtlichen Überprüfung stand.

[5] 1. Der angefochtene Beschluss ist nicht deshalb aufzuheben, weil nach gefestigter Rechtsprechung des BGH Beschlüsse, die der Rechtsbeschwerde unterliegen, wegen der sich aus § 577 Abs. 2 Satz 4 ZPO bzw. aus § 74 Abs. 3 Satz 4 FamFG jeweils i.V.m. § 559 Abs. 1 ZPO ergebenden Beschränkung den für die Entscheidung maßgeblichen Sachverhalt wiedergeben müssen. Wird dem nicht genügt, liegt ein von Amts wegen zu berücksichtigender Verfahrensmangel vor, der ohne Weiteres die Aufhebung der Beschwerdeentscheidung zur Folge hat (vgl. Senat, Beschl. v. 6.12.2012 – V ZB 80/12, NJW-RR 2013, 628 Rn. 14 und Beschl. v. 18.4.2013 – V ZB 81/12, Rn. 3 m.w.N.). Hier liegt es nur deshalb anders, weil sich der maßgebliche Sachverhalt mit (noch) ausreichender Deutlichkeit den Gründen der Beschwerdeentscheidung in Verbindung mit dem Rubrum entnehmen lässt.

[6] 2. In der Sache lehnt das Beschwerdegericht die Voraussetzungen für eine Eintragung der Verpfändung des Gesellschaftsanteils des Beteiligten zu 2 an die Beteiligte zu 4 in das Grundbuch zutreffend ab.

[7] a) Einzutragen wäre die Verpfändung, wenn sie ein Recht der Beteiligten zu 4 an dem in den Grundbüchern eingetragenen Eigentum der GbR begründete. Die Eintragung wäre in diesem Fall erforderlich, um einen ansonsten gem. § 892 Abs. 1 Satz 1 BGB möglichen gutgläubigen lastenfreien Erwerb eines Dritten zu verhindern. Da der öffentliche Glaube des Grundbuchs auch das Fehlen von nicht eingetragenen Verfügungsbeschränkungen des Berechtigten über ein im Grundbuch eingetragenes Recht umfasst (§ 892 Abs. 1 Satz 2 BGB), hätte die Eintragung der Verpfändung zur Vermeidung eines gutgläubigen Erwerbs des eingetragenen Rechts ferner dann zu erfolgen, wenn die Verpfändung zu einer Verfügungsbeschränkung der GbR führte. Entsprechendes würde schließlich gelten, wenn die Verpfändung die Gesellschafterstellung des Beteiligten zu 2 verändern oder dessen Befugnis beschränken würde, über im Grundbuch eingetragene Rechte der GbR zu verfügen. Gem. § 899a BGB erstreckt sich nämlich der gute Glaube des Grundbuchs auch darauf, dass diejenigen Personen Gesellschafter sind, die nach § 47 Abs. 2 Satz 1 GBO im Grundbuch eingetragen sind.

[8] b) Unter keinem der genannten Gesichtspunkte ist die Verpfändung des Gesellschaftsanteils an die Beteiligte zu 4 in den jeweiligen Grundbüchern einzutragen.

[9] aa) Allerdings ist die Frage, ob die Verpfändung eines Anteils an einer GbR in das Grundbuch eines im Eigentum der

Gesellschaft stehenden Grundstücks – für die hier zugunsten der Beteiligten zu 3 eingetragenen Wohnungseigentums- und Teileigentumsrechte gilt nichts anderes – einzutragen ist, umstritten. In der Literatur wird dies ganz überwiegend verneint (vgl. *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rn. 4292; *Meikel/Böttcher*, GBO, 10. Aufl., § 10 GBV Rn. 34; *Demharter*, GBO, 30. Aufl., Anhang zu § 13 Rn. 33; *KEHE/Schrandt*, GBR, 7. Aufl., § 22 Rn. 54; *Staudinger/Habermeier*, BGB, 2003, § 719 Rn. 18; *MünchKomm-BGB/C. Schäfer*, 6. Aufl., § 719 Rn. 56; *BeckOK-GBO/Kral*, Stand: 1.2.2016, Gesellschaftsrecht Rn. 95; *Bestelmeyer*, Rpfleger 2010, 169, 189; *Lautner*, DNotZ 2009, 650, 670; *Böhringer*, Rpfleger 2010, 406; *ders.*, ZfIR 2012, 11, 13; *Wertenbruch*, in: *Westermann/Wertenbruch*, Handbuch Personengesellschaften, 63. Lfg. 10.2015, § 29 Rn. 669c). Demgegenüber wird in Teilen der Rechtsprechung (vgl. OLG Düsseldorf, NJW-RR 2004, 1111; LG Hamburg, Rpfleger 1982, 142) sowie auch in Teilen der Literatur (*Hügel/Holzer*, GBO, 3. Aufl., § 26 Rn. 20; *Bauer/v. Oefe*, GBO, 3. Aufl., § 20 Rn. 185; *Palandt/Sprau*, BGB, 75. Aufl., § 719 Rn. 8; *Palandt/Bassenge*, a.a.O., § 1274 Rn. 6) die Eintragung als erforderlich bzw. möglich angesehen.

[10] bb) Die Rechtsfrage ist im Sinne der erstgenannten Auffassung zu entscheiden. Mit Anerkennung der Rechtsfähigkeit der (Außen-)GbR (BGH, Urt. v. 29.1.2001 – II ZR 331/00, BGHZ 146, 341 = *ZNotP 2001, 204*) scheidet die Eintragung der Verpfändung eines Gesellschaftsanteils in das Grundbuch eines im Eigentum der Gesellschaft stehenden Grundstücks aus.

[11] (1) Nur die GbR ist Rechtsträgerin des Gesellschaftsvermögens. Grundstücke einer GbR stehen in deren Alleineigentum und nicht im gemeinschaftlichen Eigentum ihrer Gesellschafter (vgl. Senat, Beschl. v. 4.12.2008 – V ZB 74/08, BGHZ 179, 102 = *ZNotP 2009, 66* Rn. 11). Die Verpfändung eines Gesellschaftsanteils begründet weder ein Recht des Pfandrechtsinhabers an den im Grundbuch eingetragenen Rechten der GbR noch wird diese als Rechtsinhaberin in ihrer Verfügungsbefugnis beschränkt. Eine Eintragung der Verpfändung zur Vermeidung eines gutgläubigen (lastenfreien) Erwerbs eines Dritten (§ 892 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB) kommt unter diesem Aspekt nicht in Betracht.

[12] (2) Die Verpfändung eines Gesellschaftsanteils ist auch nicht deshalb in das Grundbuch einzutragen, weil gem. § 899a BGB in Ansehung des eingetragenen Rechts vermutet wird, dass diejenigen Personen Gesellschafter sind, die nach § 47 Abs. 2 Satz 1 GBO im Grundbuch eingetragen sind.

[13] (a) Die Eintragung der Gesellschafter im Grundbuch dient zum einen der Identifizierung der GbR und ermöglicht zum anderen durch die Verweisung auf die §§ 892 ff. BGB einen gutgläubigen Erwerb eines Grundstücks der GbR in den Fällen, in denen sämtliche eingetragenen Gesellschafter über das Grundstück verfügen, zumindest einer der eingetragenen Personen aber tatsächlich nicht Gesellschafter oder aus sonstigen Gründen zu einer Verfügung über das Grundstück nicht befugt ist. Das Gesetz schützt damit den guten Glauben an die Gesellschafterstellung der Eingetragenen bzw. deren Verfügungsbefugnis (vgl. *MünchKomm-BGB/Kohler*, a.a.O., § 899a Rn. 14), wobei es hier auf die umstrittene Frage, ob sich die Vermutungswirkung des § 899a BGB neben dem Verfügungsgeschäft auch auf die Verpflichtungsgeschäfte bezieht (vgl. zum Streitstand nur *Palandt/Bassenge*, a.a.O., § 899a Rn. 6 m.w.N.), nicht ankommt. Dies ist Folge des Personengesellschaften kennzeich-

nenden Grundsatzes der Selbstorganschaft, der es verbietet, sämtliche Gesellschafter von der Geschäftsführung und Vertretung auszuschließen und diese auf Dritte zu übertragen (vgl. BT-Drucks. 16/13437, S. 26; BGH, Urt. v. 5.10.1981 – II ZR 203/80, NJW 1982, 1817).

[14] (b) Durch die Verpfändung eines Gesellschaftsanteils wird die Stellung des Gesellschafters aber nicht berührt, der Pfandgläubiger rückt nicht in die Rechtsstellung des Gesellschafters ein, sodass eine Eintragung der Verpfändung im Grundbuch nicht zur Verhinderung eines ohne Eintragung möglichen gutgläubigen Erwerbs erforderlich ist. Durch die Verpfändung erhält der Pfandgläubiger nur das Recht, sich aus dem Gesellschaftsanteil durch dessen Verwertung nach den für die Zwangsvollstreckung geltenden Vorschriften (§ 1277 BGB) zu befriedigen. Der verpfändende Gesellschafter bleibt i.d.R. in der Ausübung der Mitgliedschaftsrechte und insbesondere auch in der Ausübung des Stimmrechts frei. Das Pfandrecht gewährt damit dem Pfandgläubiger grds. keinen Einfluss auf die Gesellschafterstellung des Verpfändenden (BGH, Urt. v. 13.7.1992 – II ZR 251/91, BGHZ 119, 191, 194 f. für die GmbH; *Staudinger/Wiegand*, BGB, 2009, § 1274 Rn. 45). Die Vorschrift des § 1258 Abs. 1 BGB, wonach bei einer Verpfändung eines Miteigentumsanteils der Gläubiger die Rechte ausübt, die sich aus der Gemeinschaft der Miteigentümer in Ansehung der Verwaltung der Sache und der Art ihrer Benutzung ergeben, gilt grds. nicht entsprechend für Gesellschaftsanteile (*Staudinger/Wiegand*, a.a.O., § 1274 Rn. 45; *BeckOGK-BGB/Leinenweber*, Stand: 15.10.2015, § 1274 Rn. 188; s. auch *MünchKomm-BGB/C. Schäfer*, a.a.O., § 719 Rn. 55 zu möglichen Ausnahmen bei Kontroll- und Informationsrechten, die zum Schutz des Pfandgläubigers erforderlich seien).

[15] (c) In ihren hier maßgeblichen Wirkungen auf die Gesellschafterstellung unterscheidet sich die Verpfändung eines Anteils an einer GbR nicht von der Pfändung eines solchen Anteils im Wege der Zwangsvollstreckung (§ 859 Abs. 1 ZPO); bei dieser rückt der Gläubiger ebenfalls nicht in die Stellung des Gesellschafters ein (so bereits RGZ 60, 126, 130 f.). Die Befugnis des Gesellschafters über ein zum Gesellschaftsvermögen gehörendes Grundstück zu verfügen, bleibt trotz Pfändung des Gesellschaftsanteils bestehen, eine Eintragung der Pfändung im Grundbuch scheidet nach nahezu einhelliger Auffassung in Rechtsprechung und Literatur aus (vgl. OLG Hamm, OLGZ 1987, 175, 178; OLG Zweibrücken, OLGZ 1982, 406; *Zöller/Stöber*, ZPO, 31. Aufl., § 859 Rn. 4 m.w.N.; *Palandt/Sprau*, a.a.O., § 725 Rn. 2; *Stöber*, Forderungspfändung, 16. Aufl., Rn. 1558 m.w.N.).

[16] (3) Schließlich folgt eine Pflicht zur Eintragung der Verpfändung eines Anteils an einer GbR in das Grundbuch nicht aus § 1276 Abs. 1 und 2 BGB. Nach dieser Vorschrift sind die Aufhebung des verpfändeten Rechts und beeinträchtigende Änderungen nur mit Zustimmung des Pfandgläubigers zulässig. Dies bedeutet jedoch nicht, dass der seinen Anteil verpfändende Gesellschafter nicht mehr gemeinsam mit den übrigen Gesellschaftern über im Eigentum der GbR stehende Grundstücke verfügen kann.

[17] (a) Eine unmittelbare Anwendung der Vorschrift auf Verfügungen über ein der GbR gehörendes Grundstück scheidet von vornherein aus, weil verpfändetes Recht i.S.d. § 1276 Abs. 1 und 2 BGB im vorliegenden Zusammenhang nur der Gesellschaftsanteil ist. Nur hierauf kann sich deshalb die in der

Vorschrift normierte Verfügungsbeschränkung des Gesellschafters nach ihrem eindeutigen Wortlaut beziehen, nicht jedoch auf die Grundstücke, die im Eigentum der GbR stehen.

[18] (b) Auch eine entsprechende Anwendung kommt nicht in Betracht.

[19] (aa) Allerdings entspricht es ganz h.M., dass bei der Verpfändung eines Anteils an einer Erbengemeinschaft der verpfändende Miterbe hinsichtlich seiner Befugnis, gemeinsam mit den anderen Miterben über einen Nachlassgegenstand zu verfügen (§ 2040 Abs. 1 BGB), zugunsten des Pfandgläubigers beschränkt ist und die Verpfändung in das Grundbuch einzutragen ist (vgl. RGZ 90, 232, 236; BayObLG, NJW 1959, 1780, 1781; BeckOGK-BGB/Leinenweber, Stand: 15.5.2015, § 1274 Rn. 105; Demharter, a.a.O., Anhang zu § 13 Rn. 33 m.w.N.; Palandt/Bassenge, a.a.O., § 1276 Rn. 3; Schöner/Stöber, a.a.O., Rn. 974; KEHE/Schrandt, a.a.O., § 22 Rn. 53). Begründet wird dies damit, dass es eine (mittelbare) Beeinträchtigung des Pfandrechts an dem Erbteil i.S.d. § 1276 BGB bedeute, wenn der verpfändende Miterbe ein zum Nachlass gehörendes Grundstück in Gemeinschaft mit den anderen Miterben ohne Berücksichtigung der Verpfändung veräußerte oder belastete. Es würde dadurch ein Gegenstand, der von dem verpfändeten Anteilsrecht ergriffen werde und ihm mit den anderen Nachlassgegenständen Inhalt und Wert verleihe, dem Anteilsrechte entzogen werden oder in seiner Verwertbarkeit eine Einbuße erleiden (RGZ 90, 232, 236; BayObLG, NJW 1959, 1780, 1781; OLG Hamm, OLGZ 1977, 283, 286).

[20] (bb) Dieser Gesichtspunkt wird in Teilen der – insbesondere älteren – Rechtsprechung auch bei der Frage herangezogen, ob die Verpfändung eines Anteils an einer GbR oder die Bestellung eines Nießbrauchs an einem GbR-Anteil, die gem. § 1071 BGB zu einer § 1276 BGB entsprechenden Beschränkung des von dem Nießbrauch betroffenen Rechts führt, eine in das Grundbuch einzutragende Verfügungsbeschränkung des Gesellschafters zur Folge hat. Hierauf stützt sich die Rechtsbeschwerde. Nach dieser Rechtsprechung bedeutet es zumindest eine Beeinträchtigung des Nießbrauchs oder des Pfandrechts, wenn die Gesellschafter bürgerlichen Rechts ohne Zustimmung des Pfandgläubigers oder des Nießbrauchers über einen zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstand verfügen könnten. Erst die Einzelgegenstände verliehen dem mit dem Nießbrauch oder mit dem Pfandrecht belasteten Anteilsrecht am Gesellschaftsvermögen Inhalt und Wert. Eine Verfügung über die Einzelgegenstände ohne Zustimmung des Nießbrauchers oder Pfandgläubigers könne zur Aushöhlung des Nießbrauchs oder des Pfandrechts führen (OLG Hamm, OLGZ 1977, 283, 287 f.; OLG Düsseldorf, NJW-RR 2004, 1111; s. zu dem Gesichtspunkt der „Aushöhlung“ jüngst auch Reymann, MittBayNot 2016, 38, 39 f.).

[21] (cc) Nach Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR ist aber eine entsprechende Anwendung des § 1276 BGB bzw. – bei einem Nießbrauch an einem GbR-Anteil – des § 1071 BGB nicht mehr möglich. Solange die GbR als Gesamthandsgemeinschaft ohne eigene Rechtspersönlichkeit verstanden wurde, waren deren Gesellschafter ebenso wie der Miterbe einer Erbengemeinschaft an den Vermögensgegenständen der Gesellschaft bzw. der Erbengemeinschaft jedenfalls insoweit unmittelbar rechtlich beteiligt, als ihnen das Eigentum an Grundstücken zusammen mit den anderen Gesellschaftern bzw. Miterben zur gesamten Hand zustand. Während diese unmittelbare Beteili-

gung bei der Erbengemeinschaft, die anders als eine GbR nicht rechtsfähig ist (BGH, Urt. v. 11.9.2002 – XII ZR 187/00, NJW 2002, 3389, 3390; Beschl. v. 17.10.2006 – VIII ZB 94/05, ZNotP 2007, 68 = NJW 2006, 3715 f.), fortbesteht, hat der Gesellschafter einer GbR an den einzelnen Vermögensgegenständen keine unmittelbaren Rechte mehr. Rechtsinhaber ist ebenso wie bei einer Kapitalgesellschaft nur die GbR. Die notwendige klare Trennung zwischen der rechtsfähigen Gesellschaft und ihren Gesellschaftern schließt es aus, gemeinschaftliche Verfügungen der Gesellschafter über Vermögen der GbR als das Pfandrecht an einem Gesellschaftsanteil beeinträchtigende Änderungen i.S.d. § 1276 BGB anzusehen (vgl. zur fehlenden Eintragungsfähigkeit der Bestellung eines Nießbrauchs an einem Gesellschaftsanteil nach Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR OLG München, FGPrax 2011, 67, 68; OLG Celle, NZG 2011, 1146).

[22] (dd) Gegen mittelbare Verschlechterungen des wirtschaftlichen Werts des Pfandrechts an dem Gesellschaftsanteil wird der Pfandgläubiger durch § 1276 BGB deshalb nicht geschützt. Allerdings können sich der Verpfänder und die übrigen Gesellschafter durch die Art und Weise der Ausübung ihrer Gesellschafterrechte gegenüber dem Pfandgläubiger schadensersatzpflichtig machen (vgl. hierzu RGZ 139, 224, 230).

[23] (4) Ob es – ebenso wie bei einer GmbH – möglich ist, einem Pfandgläubiger durch weitergehende Nebenabreden eine Position einzuräumen, die nach ihrer konkreten Ausgestaltung im wirtschaftlichen Ergebnis der Stellung eines Gesellschafters gleich- oder doch jedenfalls nahe kommt (vgl. BGH, Urt. v. 13.7.1992 – II ZR 251/91, BGHZ 119, 191, 195; s. auch Frank, MittBayNot 2010, 96, 97 und MünchKomm-BGB/Pohlmann, a.a.O., § 1068 Rn. 85 zu der Einräumung von echten Mitwirkungsrechten bei der Bestellung eines Nießbrauchs an einem GbR-Anteil) und deshalb die Eintragung einer Verpfändung rechtfertigt, bedarf keiner Entscheidung. Eine solche atypische, von dem gesetzlichen Leitbild der Verpfändung abweichende Ausgestaltung des Pfandrechts, die i.Ü. gegenüber dem Grundbuchamt in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden müsste, ist weder von dem Beschwerdegericht festgestellt noch wird sie von der Rechtsbeschwerde behauptet.

[24] IV. Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst (§ 81 Abs. 1 FamFG). Die Festsetzung des Gegenstandswerts beruht auf § 36 Abs. 3 GNotKG.

Erbrecht

Voraussetzungen eines Anspruchs nach § 2287 Abs. 1 BGB

BGB § 2287 Abs. 1

Leitsätze (amtlich):

1. Bei der Prüfung der Voraussetzungen des § 2287 Abs. 1 BGB muss zwischen dem Vorliegen einer Schenkung einerseits und der Absicht des Erblassers, den Vertragserben zu beeinträchtigen, andererseits unterschieden werden.
2. Ein in einem Grundstücksübertragungsvertrag vorbehaltener Nießbrauch sowie eine übernommene

Pflichtverpflichtung sind bereits bei der Prüfung, ob eine (gemischte) Schenkung vorliegt, zu berücksichtigen.

BGH, Urt. v. 28. 9. 2016 – IV ZR 513/15

[1] Der Kläger begehrt von der Beklagten, seiner Schwester, Zahlung von 60.000 € wegen einer beeinträchtigenden Schenkung. Die Eltern der Parteien setzten sich mit Testament v. 14.6.1995 wechselseitig zu Erben sowie die Parteien zu gleichen Teilen als Erben des Längstlebenden ein. Nach dem Tod der Mutter im Jahr 1995 übertrug der 1928 geborene Vater der Parteien (im Folgenden: Erblasser) mit Vertrag v. 26.1.1999 sein mit einem Einfamilienhaus bebautes Grundstück auf die Beklagte. Der Erblasser behielt sich an dem gesamten Grundstück ein lebenslanges Nießbrauchsrecht sowie ein unter näher genannten Voraussetzungen ausübbares vertragliches Rücktrittsrecht vor. Ferner verpflichtete sich die Beklagte, den Erblasser „Zeit seines Lebens in gesunden und kranken Tagen, jedoch nur bei Bedarf, in seiner Wohnung vollständig und unentgeltlich zu pflegen und zu betreuen bzw. ihn kostenlos pflegen und betreuen zu lassen“. Der Verkehrswert des Grundstücks wurde mit 140.000 DM angegeben. Der Erblasser verstarb am 17.8.2012. Er hatte bis kurz vor seinem Tod in dem Haus gewohnt, ohne pflegebedürftig geworden zu sein. Mit Vertrag v. 29.11.2012 veräußerte die Beklagte das Grundstück für 120.000 €.

[2] Der Kläger nimmt die Beklagte – soweit für das Revisionsverfahren noch von Interesse – auf Zahlung von 60.000 € nebst Zinsen wegen der nach seiner Auffassung beeinträchtigenden Schenkung des Grundstücks in Anspruch. Die Beklagte meint, wegen des vertraglich vereinbarten Nießbrauchs, des Rücktrittsvorbehalts und der Pflichtverpflichtung liege bereits keine Schenkung vor. Außerdem habe der Erblasser wegen der Pflichtverpflichtung ein lebzeitiges Eigeninteresse an der Übertragung des Grundstücks gehabt.

[3] Das LG hat unter Abweisung der weitergehenden Klage die Beklagte verurteilt, an den Kläger 60.000 € nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 15.10.2014 zu zahlen. Das KG hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der Revision erstrebt sie weiterhin die Abweisung der Klage.

Aus den Gründen:

[4] Das Rechtsmittel führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

[5] I. Es hat ausgeführt, dem Kläger stehe gegen die Beklagte ein Anspruch auf Zahlung von 60.000 € wegen einer beeinträchtigenden Schenkung in entsprechender Anwendung von § 2287 Abs. 1 BGB zu. Die Grenze zwischen den Fallgestaltungen des Missbrauchs und Fällen, in denen der Vertragserbe schutzlos bleibe, werde mithilfe der Frage nach dem lebzeitigen Eigeninteresse des Erblassers gezogen. Im Vordergrund stehe dabei eine Missbrauchsprüfung, bei der aus den objektiven Kriterien Rückschlüsse auf die subjektive Einstellung des Erblassers gezogen werden könnten. Diese Abwägung ergebe, dass kein nachvollziehbares Eigeninteresse des Erblassers an der Schenkung vorgelegen habe. Das Nießbrauchsrecht sei bei der Frage, ob es sich um eine Schenkung handele, nicht zu berücksichtigen. Der Erblasser habe schon vor dem Überlassungsvertrag in dem Haus gewohnt. Nach seinem Tod habe die Beklagte allein über das Grundstück verfügungsberechtigt sein sollen, ohne dass sie be-

zogen auf das mit dem Nießbrauch verbundene Wohnrecht des Erblassers eine Gegenleistung zu erbringen gehabt habe. Die vereinbarte Pflichtverpflichtung stehe der Beeinträchtigungsabsicht ebenfalls nicht entgegen. Der Erblasser habe sich im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bester Gesundheit erfreut. Die Übernahme der Pflichtverpflichtung sei daher ohne messbaren wirtschaftlichen Wert. Die Beklagte habe auch in der Folgezeit keine Pflegeleistungen erbracht. Es habe lediglich die abstrakte Gefahr bestanden, eines Tages pflegebedürftig zu werden. Zutreffend sei zwar, dass die Benachteiligungsabsicht vom Kläger zu beweisen sei. Diesen Beweis müsse er aber nur dann führen, wenn dazu streitige Tatsachen vorlägen, was hier nicht der Fall sei. Unter Berücksichtigung dieser Umstände überwiege damit die Unentgeltlichkeit der Überlassung des Grundstücks, sodass noch nicht einmal von einer gemischten Schenkung gesprochen werden könne. Schließlich sei bei der Wertberechnung nicht auf den Zeitpunkt der Zuwendung, sondern den des Todes des Erblassers abzustellen. In diesem Zeitpunkt habe das nur kurze Zeit später veräußerte Grundstück einen Wert von 120.000 € gehabt.

[6] II. Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Mit der gegebenen Begründung durfte das Berufungsgericht der Klage nicht stattgeben.

[7] 1. Zutreffend geht es noch davon aus, dass dem Kläger gegen die Beklagte dem Grunde nach ein Anspruch aus § 2287 Abs. 1 BGB wegen einer beeinträchtigenden Schenkung zustehen könnte. Die Regelung ist auf wechselbezügliche letztwillige Verfügungen eines gemeinschaftlichen Testaments, das – wie hier – nach dem Tod des erstverstorbenen Ehegatten unwiderruflich geworden ist, entsprechend anzuwenden (zuletzt Senatsbeschl. v. 26.10.2011 – IV ZR 72/11, ZNotP 2012, 61 = ZEV 2012, 37 Rn. 7 und ständig).

[8] a) Ein Anspruch aus § 2287 Abs. 1 BGB setzt zunächst das Vorliegen einer Schenkung voraus, unter der eine solche i.S.v. § 516 BGB zu verstehen ist (Senatsurt. v. 23.9.1981 – IVa ZR 185/80, BGHZ 82, 274, 281; MünchKomm-BGB/Musielak, 6. Aufl., § 2287 Rn. 3). Soweit das Berufungsgericht ausführt, bei der Überlassung des Grundstücks könne „noch nicht einmal“ von einer gemischten Schenkung gesprochen werden, beruht dies auf einem entscheidungserheblichen Rechtsfehler. Das Berufungsgericht trennt bei der Prüfung der Tatbestandsvoraussetzungen des § 2287 Abs. 1 BGB nicht zwischen dem Vorliegen einer (gemischten) Schenkung einerseits und der Absicht des Erblassers, den Vertragserben zu beeinträchtigen, andererseits. Es handelt sich um zwei selbstständige Tatbestandsvoraussetzungen, die unabhängig voneinander vorliegen müssen.

[9] b) Zu Unrecht nimmt das Berufungsgericht an, bei der Frage, ob eine Schenkung vorliege, sei der Nießbrauch nicht zu berücksichtigen. Tatsächlich mindern dingliche Belastungen und damit auch ein vorbehaltener Nießbrauch von vornherein den Wert eines schenkungsweise zugewendeten Grundstücks und sind daher bei der Berechnung des Werts in Abzug zu bringen (Senatsurt. v. 6.3.1996 – IV ZR 374/94, ZEV 1996, 197 unter II.2.b; BGH, Urt. v. 11.4.2000 – X ZR 246/98, NJ 2000, 598 unter 1.d; v. 7.4.1989 – V ZR 252/87, BGHZ 107, 156, 159 f.). An dieser Rechtsprechung ist auch unter Berücksichtigung des Vorbringens der Revisionserwiderung festzuhalten. Anders als die Revisionserwiderung meint, kommt es auf die Wertungen des § 2325 BGB hier nicht an, da sich die dortigen Fragen (Niederwertprinzip des § 2325 Abs. 2 BGB, Zehnjahresfrist des § 2325 Abs. 3 Satz 2 BGB) bei § 2287 BGB nicht stellen.

[10] Der vorbehaltene Nießbrauch ist mit dem kapitalisierten Wert der hieraus zu ziehenden Nutzungen anzusetzen (Senatsurt. v. 17.1.1996 – IV ZR 214/94, ZEV 1996, 186 unter 3.c. Zur Kapitalisierung ist der jährliche Nettoertrag des Nießbrauchs mit der Lebenserwartung des Nießbrauchers auf der Grundlage des Vervielfältigungsfaktors gemäß Anl. 9 zu § 14 BewG in der zum Zeitpunkt der Grundstücksübertragung gültigen Fassung v. 23.6.1993 (BGBl. I 1993, S. 971) zu multiplizieren (zu dieser Berechnungsmethode vgl. OLG Celle, FamRZ 2009, 462, 463; ZEV 2003, 83, 84; OLG Koblenz, ZEV 2002, 460, 461). Hieraus ergibt sich für den im Zeitpunkt der Grundstücksübertragung 71-jährigen Erblasser ein Vervielfältigungsfaktor von 7,206. Auf dieser Grundlage wird das Berufungsgericht die erforderlichen Feststellungen zur Höhe des Jahresnutzungswerts des Nießbrauchs ggf. nach ergänzendem Vortrag der Parteien zu treffen haben.

[11] c) Ebenfalls mit Rechtsfehlern behaftet ist die Auffassung des Berufungsgerichts, die im Überlassungsvertrag von der Beklagten übernommene Pflegeverpflichtung – soweit wirksam verändert – sei nicht zu berücksichtigen, da der Erblasser nicht pflegebedürftig gewesen sei und bis wenige Wochen vor seinem Tod selbstbestimmt allein in seinem Haus gelebt habe. Hierbei verkennt das Berufungsgericht, dass maßgeblicher Zeitpunkt für die Berechnung des Werts der vertraglich versprochenen Pflegeleistungen der Vertragsabschluss ist (BGH, Urt. v. 11.4.2000 – X ZR 246/98, NJ 2000, 598 unter I.e; OLG Celle, FamRZ 2009, 462, 463; OLG Koblenz, ZEV 2002, 460, 461). Maßgebend für die Bewertung ist nicht die spätere tatsächliche Entwicklung der Umstände, insbesondere eine eingetretene Pflegebedürftigkeit des Erblassers, sondern die Prognoseentscheidung der Parteien anhand einer subjektiven Bewertung im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Hier kann – ähnlich wie bei der Bewertung des Nießbrauchs – eine Berechnung anhand des Produktes von Vervielfältigungsfaktor gemäß Anl. 9 zu § 14 BewG in Verbindung mit der jährlichen Pflegeleistung vorgenommen werden (vgl. OLG Celle, FamRZ 2009, 462, 463; zu anderen Möglichkeiten der Berechnung vgl. DeutschErbRK/Gemmer, 2. Aufl., § 2325 Rn. 26). Zu diesem Wert der jährlich anzusetzenden Pflegeleistungen wird das Berufungsgericht – auch hier nach eventuellem ergänzendem Vortrag der Parteien – ggf. die erforderlichen Feststellungen zu treffen haben. Im Zusammenhang mit den hier zu treffenden Feststellungen kann es im Rahmen der Bewertung der Jahresleistung der übernommenen Pflegeverpflichtung mit in Rechnung zu stellen sein, von welchem möglichen Pflegeaufwand der Erblasser und die Beklagte bei Vertragsschluss ausgegangen sind.

[12] d) Schließlich wird das Berufungsgericht zu bewerten haben, ob und inwieweit das dem Erblasser vorbehaltene Rücktrittsrecht vom Vertrag als wirtschaftlicher Nachteil wertmindernd in Rechnung zu stellen ist (vgl. hierzu etwa OLG Koblenz, ZEV 2002, 460, 461). Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung führt dieses dem Erblasser vorbehaltene Rücktrittsrecht, welches er nur unter bestimmten Voraussetzungen ausüben darf, allerdings nicht dazu, dass von einer Schenkung bereits von vornherein nicht mit Abschluss des Übergabevertrags v. 26.1.1999, sondern erst mit dem Tod des Erblassers auszugehen wäre.

[13] 2. Sollte das Berufungsgericht auf der Grundlage der nachzuholenden Feststellungen zu dem Ergebnis gelangen, dass eine – zumindest gemischte – Schenkung i.S.d. § 2287

BGB vorliegt, so wird es weiter zu prüfen haben, ob der Erblasser hierbei in der Absicht gehandelt hat, den Kläger zu beeinträchtigen. Erforderlich hierfür ist, dass der Erblasser das ihm verbliebene Recht zu lebzeitigen Verfügungen missbraucht hat. Ein solcher Missbrauch liegt nicht vor, wenn der Erblasser ein lebzeitiges Eigeninteresse an der von ihm vorgenommenen Schenkung hatte (Senatsbeschl. v. 26.10.2011 – IV ZR 72/11, ZNotP 2012, 61 = ZEV 2012, 37 Rn. 11 m.w.N.). Ein lebzeitiges Eigeninteresse ist anzunehmen, wenn nach dem Urteil eines objektiven Beobachters die Verfügung in Anbetracht der gegebenen Umstände auch unter Berücksichtigung der ervertraglichen Bindung als billigenswert und gerechtfertigt erscheint (Senatsbeschluss, a.a.O.). Ein derartiges Interesse kommt etwa dann in Betracht, wenn es dem Erblasser im Alter um seine Versorgung und ggf. auch Pflege geht (Senatsbeschluss, a.a.O.; ferner Senatsurt. v. 27.1.1982 – IVa ZR 240/80, BGHZ 83, 44, 46; v. 23.9.1981 – IVa ZR 185/80, NJW 1982, 43 unter 3; insoweit in BGHZ 82, 274 nicht abgedr.) oder wenn der Erblasser in der Erfüllung einer sittlichen Verpflichtung handelt, er etwa mit dem Geschenk einer Person, die ihm in besonderem Maße geholfen hat, seinen Dank abstaten will (Senatsurt. v. 27.1.1982, a.a.O.). Beweispflichtig für die Schenkung ohne rechtfertigendes lebzeitiges Eigeninteresse ist der Vertrags- bzw. Schlusserbe (Senatsurt. v. 23.9.1981, BGHZ 82, 274, 282).

[14] Auf dieser Grundlage wird das Berufungsgericht das lebzeitige Eigeninteresse des Erblassers nicht mit der bisher gegebenen Begründung verneinen können. Allein aus dem Umstand, dass eine Pflege durch den Beschenkten nur bei Bedarf erfolgen soll, kann nicht auf ein fehlendes lebzeitiges Eigeninteresse des Schenkers geschlossen werden. Das Bedürfnis eines allein stehenden Erblassers nach einer seinen persönlichen Vorstellungen entsprechenden Versorgung und Pflege im Alter ist auch dann ein vom Vertragserben anzuerkennendes lebzeitiges Eigeninteresse, wenn der Erblasser es dadurch zu verwirklichen sucht, dass er eine ihm nahestehende Person durch eine Schenkung an sich bindet (vgl. Senatsurt. v. 17.6.1992 – IV ZR 88/91, NJW 1992, 2630 unter II.2). Anderes kommt in Betracht, wenn der darlegungs- und beweispflichtige Kläger nachweist, dass entweder ein lebzeitiges Eigeninteresse überhaupt nicht bestand oder die vorgebrachten Gründe den Erblasser in Wahrheit nicht zu der benachteiligenden Schenkung bewogen haben (Senatsurt. v. 23.9.1981 – IVa ZR 185/80, BGHZ 82, 274, 282). Hierzu wird das Berufungsgericht die erforderlichen Feststellungen nachzuholen haben.

[15] Vorsorglich weist der Senat für das weitere Verfahren darauf hin, dass ein lebzeitiges Eigeninteresse nicht zwingend für den gesamten Schenkungsgegenstand angenommen werden muss, sondern auch lediglich einen Teil der Schenkung zu rechtfertigen und insoweit einen Missbrauch der lebzeitigen Verfügungsmacht auszuschließen vermag (Senatsbeschl. v. 26.10.2011 – IV ZR 72/11, ZNotP 2012, 61 = ZEV 2012, 37 Rn. 14). Hierbei sind die Grundsätze der gemischten Schenkung entsprechend anzuwenden, wobei allerdings keine rein rechnerische Gegenüberstellung des Werts der erbrachten Leistungen mit dem Grundstückswert vorzunehmen ist. Vielmehr hat auch unter Berücksichtigung des Umstands, dass Leistungen in Zukunft erfolgen sollen und der Erblasser sich ihm erbrachte oder zu erbringende Leistungen „etwas kosten lassen darf“, eine umfassende Gesamtabwägung zu erfolgen (Senatsurteil, a.a.O.).

[16] 3. Falls auf dieser Grundlage ein Anspruch des Klägers gegen die Beklagte aus § 2287 Abs. 1 BGB in Betracht kommt,

wird das Berufungsgericht weiter zu beachten haben, dass es hinsichtlich der Wertberechnung des Grundstücks entgegen der von ihm geäußerten Auffassung nicht auf den Zeitpunkt des Erbfalls, sondern auf die Wertverhältnisse zzt. der Zuwendung unter Berücksichtigung des Kaufkraftschwundes ankommt (Senatsurt. v. 23.9.1981 – IVa ZR 185/80, BGHZ 82, 274, 278 f.; v. 4.7.1975 – IV ZR 3/74, BGHZ 65, 75, 77). Soweit das Berufungsgericht demgegenüber auf den Beschluss des Senats v. 30.3.2011 abstellt, verkennt es, dass diesem eine besonders gelagerte Ausgleichsregelung in der letztwilligen Verfügung zugrunde lag, die einen Rückgriff auf die allgemeinen Grundsätze ausschloss (IV ZR 205/10, Rn. 5; so auch die Fallgestaltung OLG Schleswig, SchlHA 2012, 21).

Erbausschlagung bei Ausschluss der elterlichen Vermögensverwaltung

BGB §§ 180, 1638, 1909 Abs. 1

Leitsatz (amtlich):

Der durch Verfügung von Todes wegen angeordnete Ausschluss der elterlichen Vermögensverwaltung für vom Kind ererbtes Vermögen umfasst auch die Befugnis zur Ausschlagung der Erbschaft. Die in einem solchen Fall von einem ausgeschlossenen Elternteil im Namen des Kindes erklärte Ausschlagung ist mangels Vertretungsmacht unwirksam.

BGH, Beschl. v. 29. 6. 2016 – XII ZB 300/15

[1] I. Die Beteiligten streiten über die Anordnung einer Ergänzungspflegschaft wegen Beschränkung der elterlichen Sorge durch Testament.

[2] Das betroffene Kind wurde im Mai 2008 als Sohn der nicht verheirateten N (Beteiligte zu 1, im Folgenden: Mutter) und M (im Folgenden: Erblasser) geboren. Der Erblasser erkannte die Vaterschaft an, und die Eltern gaben Erklärungen über die gemeinsame elterliche Sorge ab.

[3] Mit handschriftlichem Testament v. 22.7.2011 setzte der Erblasser seine Schwester (Beteiligte zu 4) und seinen Sohn als Erben zu je 1/2 ein und ordnete Testamentsvollstreckung durch seine Schwester für den Fall an, dass der Sohn bei seinem Tod noch nicht das 25. Lebensjahr vollendet haben sollte. Ferner bestimmte der Erblasser, dass die Mutter von der Verwaltung sämtlicher Vermögensgegenstände, die der Sohn aufgrund des Testaments an dem Nachlass des Erblassers erwirbt, ausgeschlossen wird, falls der Sohn beim Tod des Erblassers noch nicht volljährig sein sollte.

[4] Der Erblasser verstarb im Dezember 2013. Die Mutter erklärte im Namen des Sohnes die Ausschlagung der Erbschaft. Die Ausschlagung wurde familiengerichtlich genehmigt.

[5] Im vorliegenden Verfahren hat das AG hinsichtlich des vom betroffenen Kind von Todes wegen erworbenen Vermögens Ergänzungspflegschaft angeordnet und die Schwester des Erblassers zur Ergänzungspflegerin bestellt. Dagegen hat die Mutter im Namen des Sohnes Beschwerde eingelegt. Das AG hat der Beschwerde teilweise abgeholfen und statt der Schwester des Erblassers die Beteiligte zu 2, eine Rechtsanwältin, als Ergänzungspflegerin bestellt. Das OLG hat die Beschlüsse des

AG aufgehoben und Ergänzungspflegschaft wie folgt angeordnet: Für die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs hat es die Beteiligte zu 2 und hinsichtlich der Verwaltung des gesamten Vermögens, das das Kind aufgrund des Todes des Erblassers erwirbt, die Beteiligte zu 3, ebenfalls Rechtsanwältin, jeweils zur Ergänzungspflegerin bestellt.

[6] Dagegen richtet sich die zugelassene Rechtsbeschwerde der Mutter, die sich gegen die Anordnung der Ergänzungspflegschaft für die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs und die diesbezügliche Pflegerbestellung wendet.

[7] II. Die Rechtsbeschwerde führt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und zur Zurückverweisung der Sache an das OLG.

[8] 1. Die Rechtsbeschwerde ist ausweislich der Rechtsbeschwerdeschrift ausdrücklich im Namen der Mutter eingelegt worden und ist zulässig. Insbesondere ist die Mutter gegen die Anordnung der Ergänzungspflegschaft, die zugleich feststellt, dass insoweit die elterliche Vermögenssorge ausgeschlossen ist, nach § 59 Abs. 1 FamFG beschwerdeberechtigt, da durch den angefochtenen Beschluss in die elterliche Sorge als Bestandteil ihres Elternrechts nach Art. 6 Abs. 2 GG eingegriffen worden ist (vgl. Senatsbeschl. v. 5.3.2008 – XII ZB 2/07, *ZNotP* 2008, 284 = FamRZ 2008, 1156; MünchKomm-BGB/Huber, 6. Aufl., § 1638 Rn. 15). Dass die Mutter sich mit der Rechtsbeschwerde nur insoweit gegen die angeordnete Ergänzungspflegschaft wendet, als diese sich auf die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs bezieht, ist für eine Beeinträchtigung eigener Rechte ausreichend. Die Frage, ob die von der Mutter im Namen des Kindes erklärte Ausschlagung wirksam war und dadurch ein Pflichtteilsanspruch entstanden ist oder ob die Anordnung der Ergänzungspflegschaft wegen Fehlens eines Pflichtteilsanspruchs gegenstandslos ist, ist erst im Rahmen der Begründetheit zu prüfen.

[9] 2. Die Rechtsbeschwerde ist auch begründet.

[10] a) Nach Auffassung des OLG ist die Vermögenssorge der Mutter aufgrund der testamentarischen Anordnung auch hinsichtlich der Geltendmachung eines Pflichtteilsanspruchs ausgeschlossen. Zwar habe der Sohn bei enger Auslegung der Anordnung den Pflichtteilsanspruch nicht aufgrund des Testaments erworben. Berücksichtige man jedoch den Sinn der Anordnung, die Mutter von der Verwaltung von Vermögenswerten des Nachlasses auszuschließen, zeige sich, dass die Formulierung weiter zu verstehen sei. Die Besorgnis des Erblassers, dass dem Kindesvermögen von der Mutter Schaden drohen könne, betreffe genauso Vermögenswerte, die dem Kind auf der Grundlage des Pflichtteilsanspruchs aus dem Nachlass zufließen würden.

[11] Die Verwaltung der Vermögensgegenstände aus dem Nachlass i.S.v. § 1638 Abs. 1 BGB umfasse nicht nur die Anlage von aus dem Pflichtteilsanspruch zufließenden Werten. Vielmehr sei auch die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs einschließlich der Ermittlung seiner Höhe und einer evtl. notwendigen gerichtlichen Durchsetzung umfasst. Auch davon habe der Erblasser die Mutter ausschließen wollen.

[12] b) Das hält rechtlicher Überprüfung nicht in jeder Hinsicht stand.

[13] Gem. § 1909 Abs. 1 BGB erhält, wer unter elterlicher Sorge oder unter Vormundschaft steht, für Angelegenheiten, an deren

Besorgung die Eltern oder der Vormund verhindert sind, einen Pfleger. Er erhält insbesondere einen Pfleger zur Verwaltung des Vermögens, das er von Todes wegen erwirbt, wenn der Erblasser durch letztwillige Verfügung bestimmt hat, dass die Eltern oder der Vormund das Vermögen nicht verwalten sollen. Nach § 1638 Abs. 1 BGB erstreckt sich die Vermögenssorge nicht auf das Vermögen, welches das Kind von Todes wegen erwirbt, wenn der Erblasser durch letztwillige Verfügung bestimmt hat, dass die Eltern das Vermögen nicht verwalten sollen.

[14] aa) Das OLG hat zutreffend darauf hingewiesen, dass § 1638 BGB auch den Pflichtteil umfasst und der Erblasser demzufolge insoweit die Möglichkeit hat, das elterliche Sorgerecht zu beschränken. Dass sich diese Befugnis auch auf den Pflichtteil bezieht, war im ersten Entwurf zum BGB noch ausdrücklich erwähnt (§ 1510 E I; vgl. Motive IV S. 761). Zwar ist in der Gesetz gewordenen Fassung der Vorschrift nur noch allgemein der Erwerb von Todes wegen aufgeführt. Dies stellt aber keine sachliche Änderung dar. Die Streichung stand im Zusammenhang mit der für die Gütergemeinschaft geltenden Parallelnorm in § 1369 BGB (i.d.F. v. 1.1.1900). § 1369 BGB enthielt nach den Beratungen der zweiten Kommission eine Legaldefinition des Erwerbs von Todes wegen. Darunter fiel neben Erbfolge und Vermächtnis auch das als Pflichtteil erworbene Vermögen, sodass eine gesonderte Aufführung von Vermächtnis und Pflichtteil in § 1638 BGB überflüssig geworden war. Dementsprechend geht die allgemeine Meinung in Rechtsprechung und Literatur davon aus, dass nach § 1638 BGB eine Beschränkung der elterlichen Sorge auch hinsichtlich des Pflichtteils möglich ist (vgl. OLG Hamm, FamRZ 1969, 662; Staudinger/Heilmann, BGB, 2016, § 1638 Rn. 7 m.w.N.). Auch die Rechtsbeschwerde stellt dies nicht infrage.

[15] bb) Im vorliegenden Fall ist allerdings ein Pflichtteilsanspruch des Kindes mangels wirksam erklärter Ausschlagung nicht entstanden. Der Mutter fehlte aufgrund der testamentarischen Anordnung des Erblassers die gesetzliche Vertretungsmacht, um im Namen des Kindes wirksam die Ausschlagung erklären zu können.

[16] (1) Nach der überwiegenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur, der das OLG unausgesprochen gefolgt ist, wird die Ausschlagung der Erbschaft von der Beschränkung der Vermögenssorge in § 1638 Abs. 1 BGB nicht erfasst (OLG Karlsruhe, FamRZ 1965, 573 f.; OLG Düsseldorf, FamRZ 2007, 2091, 2093; KG, KGJ 48, 22; vgl. etwa auch Staudinger/Heilmann, a.a.O., § 1638 Rn. 7, 16 m.w.N.; MünchKomm-BGB/Huber, a.a.O., § 1638 Rn. 15; Palandt/Götz, BGB, 75. Aufl., § 1638 Rn. 2; BGB-RGRK/Adelmann, 12. Aufl., § 1638 Anm. 10; Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht, 6. Aufl., § 61 Rn. 5; Ott, NJW 2014, 3473, 3474).

[17] Demgegenüber wird in der Literatur auch die Auffassung vertreten, die Anordnung nach § 1638 Abs. 1 BGB erfasse die Vermögenssorge hinsichtlich des Erbes insgesamt, sodass der Elternteil insoweit von der gesetzlichen Vertretung ausgeschlossen sei und nur ein Pfleger das Erbe für den Minderjährigen ausschlagen könne (Frenz, DNotZ 1995, 908, 913 ff.; Reimann, FS Hahne, S. 455, 458; BGB-RGRK/Scheffler, 10./11. Aufl., § 1638 Anm. 7; Damrau, Der Minderjährige im Erbrecht, Rn. 103; Krug, FPR 2011, 268, 270).

[18] Der BGH hat die Frage bislang offengelassen (BGHZ 106, 96, 100 = NJW 1989, 984, 985). Im vorliegenden Fall ist sie entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerdeerwiderung

entscheidungerheblich. Denn die Anordnung der Ergänzungspflegschaft bzgl. der Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs wäre bei Unwirksamkeit der Ausschlagung gegenstandslos und ungeachtet ihrer Wirkungslosigkeit schon zur Beseitigung des mit ihr verbundenen Rechtsscheins aufzuheben.

[19] (2) Zutreffend ist die Auffassung, wonach den Eltern im Fall des Ausschlusses der Vermögenssorge gem. § 1638 Abs. 1 BGB auch die gesetzliche Vertretung des Kindes bei der Ausschlagung der Erbschaft verwehrt ist. Gesetzliche Folge einer Beschränkung der elterlichen Sorge ist, dass die Vermögenssorge einschließlich der gesetzlichen Vertretung für das von Todes wegen erworbene Vermögen insgesamt ausgeschlossen ist (BGHZ 106, 96, 99 f. = NJW 1989, 984, 985). Dementsprechend fehlt es im Fall des § 1638 Abs. 1 BGB bei jeglichen auf das ererbte Vermögen bezogenen Willenserklärungen an der elterlichen Vertretungsmacht.

[20] Das Ausschlagungsrecht ist wie die Erbschaft vermögensrechtlicher Natur und unterfällt folglich der Sorgerechtsbeschränkung nach § 1638 Abs. 1 BGB. Als Gestaltungsrecht gibt es dem Erben die Rechtsmacht, den eingetretenen Erbschaftsanfall durch einseitige Willenserklärung rückgängig zu machen (MünchKomm-BGB/Leipold, a.a.O., § 1942 Rn. 13). Eine Zuordnung der Ausschlagung einer Erbschaft zur Personensorge widerspräche dieser Rechtsnatur des Ausschlagungsrechts als auf die Erbschaft bezogenes und folglich vermögensrechtliches Gestaltungsrecht. Auch mit der Begründung, die Ausschlagung habe einen „starken persönlichen Bezug“ und sei ein dem Erben zustehendes „persönliches Recht“ (so Staudinger/Heilmann, a.a.O., § 1638 Rn. 16), lässt sich das Ausschlagungsrecht nicht der Personensorge zuordnen. Die Erwägung, dass sich der Antritt der Erbschaft über die wirtschaftliche Bedeutung hinaus „entscheidend“ auf die persönlichen Verhältnisse des Kindes auswirken könne (OLG Karlsruhe, FamRZ 1965, 573, 574), steht dem ebenso wenig entgegen wie der Umstand, dass die Entscheidung über Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft mehr oder weniger von persönlichen Motiven beeinflusst sein mag. Die Motivation liegt außerhalb des rechtsgeschäftlichen Tatbestands und kann für dessen Einordnung nicht maßgeblich sein. Die Ausschlagung hat als Willenserklärung für das Kind dementsprechend keine personenrechtlichen, sondern vermögensrechtliche Folgen und ist daher der Vermögenssorge zuzuordnen (zutreffend Frenz, DNotZ 1995, 908, 913 f.).

[21] Dass sich die Anordnung nach § 1638 Abs. 1 BGB regelmäßig auch auf die Ausschlagung bezieht, wird zudem nicht dadurch infrage gestellt, dass in § 1638 Abs. 1 BGB und § 1909 Abs. 2 Satz 2 BGB von der Verwaltung des Vermögens die Rede ist. Daher greift das Argument nicht durch, dass eine Verwaltung im Fall der Ausschlagung gerade abgelehnt werde und die Ausschlagung im Vorfeld der Verwaltung liege (so OLG Karlsruhe, FamRZ 1965, 573, 574; OLG Düsseldorf, FamRZ 2007, 2091, 2093; Staudinger/Heilmann, a.a.O., § 1638 Rn. 7, 16; Ott, NJW 2014, 3473, 3474). Es spricht bereits vieles dafür, dass durch den Begriff der Verwaltung die Ausübung der Vermögenssorge umschrieben werden soll (vgl. BayObLG, OLGE 30, 78). Davon abgesehen hat der Ausschluss von der Vermögensverwaltung durch letztwillige Verfügung aber in jedem Fall zur Folge, dass die elterliche Sorge bzgl. des von Todes wegen erworbenen Vermögens in vollem Umfang ausgeschlossen ist (BGHZ 106, 96, 99 f. = NJW 1989, 984). Da der Ausschluss bereits mit dem Anfall der Erbschaft wirksam wird, fehlt den

Eltern in Bezug auf die Erbschaft von Anfang an die elterliche Sorge und mit dieser auch die gesetzliche Vertretungsmacht, um mit Wirkung für das Kind rechtsgeschäftlich handeln zu können (Frenz, DNotZ 1995, 908, 913).

[22] Das Elternrecht steht dieser Auslegung nicht entgegen. Dass durch die Verfügung von Todes wegen in das Elternrecht eingegriffen wird, entspricht vielmehr dem Zweck des § 1638 BGB, der das dem Kind von Todes wegen zugeflossene Vermögen dem Einfluss der Eltern gerade entziehen soll. Würde den Eltern mit der Befugnis zur Ausschlagung ausgerechnet die Möglichkeit zur Verfügung stehen, dem Kind die Erbschaft insgesamt zu nehmen, so stünde dies im direkten Widerspruch zu der gesetzlichen Zielsetzung. Die Eltern hätten dann bspw. nicht die Befugnis, ein geerbtes Grundstück zu veräußern, wohl aber die viel weiterreichende Möglichkeit, durch Ausschlagung die Erbschaft selbst rückgängig zu machen. Die gegenläufige Argumentation, der Ausschluss der elterlichen Vermögenssorge von der Verwaltung (im engeren Sinne) greife weit weniger in das Elternrecht ein als der Ausschluss von Ausschlagung und Annahme (so Staudinger/Heilmann, a.a.O., § 1638 Rn. 16), setzt das zu Begründende, nämlich die Verschiedenartigkeit von Ausschlagung und sonstiger Verwaltung im Hinblick auf die Vermögenssorge, voraus und läuft letztlich darauf hinaus, dass die offenbar als zu weitreichend empfundene Regelung in § 1638 Abs. 1 BGB nicht in vollem Umfang angewendet werden soll. Die Vorschrift hat indessen den Ausschluss der gesamten Vermögenssorge bzgl. des Erwerbs von Todes wegen zur Folge und schließt damit den Ausschluss der elterlichen Vertretungsmacht für die Ausschlagung als auf die Erbschaft bezogene Willenserklärung mit ein.

[23] Verfassungsrechtliche Bedenken gegen den auf das ererbte Vermögen beschränkten Ausschluss der elterlichen Sorge bestehen nicht. Denn der Sorgerechtsausschluss bezieht sich allein auf das ererbte (Sonder-)Vermögen. Dieses unterliegt aber kraft der in § 1638 BGB getroffenen Regelung auch insoweit der Disposition des Erblassers, als er im nach seiner subjektiven Einschätzung beurteilten Interesse des bedachten Kindes die Vertretungsmacht der Eltern oder eines Elternteils nicht zur Entstehung kommen lassen und damit eine mit der Anordnung einer Testamentsvollstreckung vergleichbare Wirkung erzielen kann (vgl. auch Senatsbeschl. v. 5.3.2008 – XII ZB 2/07, FamRZ 2008, 1156). Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Regelung werden von der Rechtsbeschwerde auch nicht geltend gemacht.

[24] (3) Die von den Eltern im Namen des Kindes erklärte Ausschlagung kann als einseitiges Rechtsgeschäft nur bei bestehender Vertretungsmacht wirksam werden (vgl. § 180 BGB; Staudinger/Schilken, BGB, 2014, § 180 Rn. 1, 11). Da eine Genehmigung der ohne Vertretungsmacht erklärten Ausschlagung nicht möglich ist, ist die im vorliegenden Fall von der Mutter erklärte Ausschlagung unwirksam. Dass die Ausschlagung vom FamG genehmigt worden ist, vermag den Mangel der Vertretungsmacht schließlich nicht zu heilen.

[25] cc) Der angefochtene Beschluss ist daher aufzuheben. Ein Pflichtteilsanspruch ist mangels einer wirksamen Ausschlagung nicht entstanden. Auch wenn die Anordnung der Ergänzungspflegschaft für die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs deswegen ins Leere geht, ist deren Aufhebung schon zur Beseitigung des mit ihr verbundenen unrichtigen Rechtsscheins geboten.

[26] Zur Klarstellung ist auch die Anordnung der Ergänzungspflegschaft zur Verwaltung des Vermögens, das das Kind von Todes wegen erwirbt, aufzuheben. Die Entscheidung des OLG kann ebenfalls insoweit keinen Bestand haben. Denn mit der Formulierung in der Gegenwartsform („erwirbt“) ist ersichtlich nicht der Vermögenserwerb durch Erbfolge, sondern das durch Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs zufließende Vermögen gemeint. Diese Auslegung stimmt damit überein, dass das OLG von der Wirksamkeit der Ausschlagung ausgegangen ist. Sie kann damit nicht in die Anordnung der Ergänzungspflegschaft bzgl. des vom Kind erworbenen Nachlassanteils umgedeutet werden.

[27] Der Senat ist i.S.v. § 74 Abs. 6 Satz 1 FamFG an einer Endentscheidung gehindert. Zwar steht fest, dass eine Ergänzungspflegschaft hinsichtlich der Erbschaft anzuordnen ist, und ist ein solcher Ausspruch trotz der bislang allein auf den Pflichtteilsanspruch gerichteten Prüfung der Instanzgerichte auch im Rechtsmittelverfahren möglich. Jedoch bedarf die Auswahl des Pflegers erneuter tatrichterlicher Beurteilung.

Familienrecht

Verteilung eines ehebedingten Erwerbsnachteils

BGB § 1578b

Leitsatz (amtlich):

Der ehebedingte Erwerbsnachteil des unterhaltsberechtigten Ehegatten begrenzt regelmäßig die Herabsetzung seines nachehelichen Unterhaltsanspruchs gemäß § 1578b Abs. 1 BGB. Dieser Nachteil ist nicht hälftig auf beide geschiedenen Ehegatten zu verteilen, sondern in voller Höhe zugunsten des Unterhaltsberechtigten zu berücksichtigen.

BGH, Beschl. v. 8. 6. 2016 – XII ZB 84/15

[1] I. Die Beteiligten streiten um die Abänderung eines gerichtlichen Vergleichs über nachehelichen Unterhalt.

[2] Die Beteiligten schlossen im März 1993 die Ehe und trennten sich im August 2006. Auf den im September 2007 zugestellten Scheidungsantrag wurde die Ehe durch seit 21.12.2010 rechtskräftigen Beschluss geschieden. Aus der Ehe sind drei 1994, 1996 und 1998 geborene Kinder hervorgegangen, von denen das mittlere beim Antragsteller und das jüngste bei der Antragsgegnerin leben.

[3] Mit gerichtlichem Vergleich v. 16.5.2012 verpflichtete sich der Antragsteller, ab dem 1.7.2012 an die Antragsgegnerin monatlichen nachehelichen Unterhalt i.H.v. 610 € zu zahlen. Nach dem Vergleich war eine Abänderung des Unterhaltsbetrags erst ab dem 1.7.2013 möglich, ohne dass sich einer der Beteiligten auf eine Präklusion berufen durfte. Zudem war geregelt, dass der Vergleich weder eine abschließende Regelung noch eine Befristung enthalte und bei einem Abänderungsantrag die dann geltenden Einkommensverhältnisse der Beteiligten zugrunde zu legen seien.

[4] Der Antragsteller hat die Abänderung des Vergleichs dahin gehend beantragt, dass er ab dem 1.2.2014 keinen nachehelichen Unterhalt mehr schulde. Er verfügt über ein unterhaltsrelevantes monatliches Nettoeinkommen i.H.v. 3.127 €. Die

Antragsgegnerin ist gelernte Bürokauffrau, hat Fortbildungen absolviert und könnte in diesem Beruf aktuell ein bereinigtes monatliches Nettoeinkommen von 1.292,58 € erzielen. Hätte sie nicht nach der Geburt des ersten Kindes ihre berufliche Tätigkeit aufgegeben, könnte sie als Bürokauffrau hingegen bereinigt 1.775,02 € monatlich verdienen.

[5] Das AG hat dem Abänderungsantrag teilweise entsprochen und den ab dem 1.2.2014 zu zahlenden monatlichen Unterhalt auf 200 € herabgesetzt. Auf die Beschwerde der Antragsgegnerin hat das OLG den Unterhaltsbetrag für diese Zeit auf monatlich 482 € bestimmt.

[6] Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde erstrebt der Antragsteller die Wiederherstellung der amtsgerichtlichen Entscheidung.

[7] II. Die Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg.

[8] 1. Das OLG hat seine Entscheidung wie folgt begründet:

[9] Der Antragsgegnerin könne angesichts der allgemein bekannten Kapitalmarktlage entgegen der Annahme des AG, das unter Zugrundelegung eines Zinssatzes von 1,5 % zu monatlich erzielbaren Kapitalerträgen von 84 € gelangt war, kein unterhaltsrelevantes Zinseinkommen zugerechnet werden. Die vorzunehmende Unterhaltsberechnung führe zu einem nach den ehelichen Lebensverhältnissen bestimmten monatlichen Unterhaltsbedarf der Antragsgegnerin von 786 €. Maßgeblich sei aber der angemessene Lebensbedarf. Die Ehe habe bis zur Stellung des Scheidungsantrags 14,5 Jahre gedauert und die Antragsgegnerin habe in dieser Zeit die drei gemeinsamen Kinder großgezogen. Der Antragsteller habe jedoch von der Trennung bis zur Stellung des Abänderungsantrags Trennungs- und nachehelichen Unterhalt gezahlt. Mit Blick auf ihre berufliche Vorbildung sei die Antragsgegnerin nun auf den Grundsatz verwiesen, selbst für den eigenen Lebensunterhalt zu sorgen.

[10] Es entspreche aber nicht der Billigkeit, den Unterhaltsanspruch trotz des Fortbestehens ehebedingter Nachteile entfallen zu lassen. Ein solcher Nachteil liege darin, dass die Antragsgegnerin aufgrund des beruflichen Aussetzens während der Ehe nun nur ein um 482 € niedrigeres Monatseinkommen erzielen könne als bei Hinwegdenken der Ehe. Dieser Nachteil werde nicht durch ehebedingte Vorteile kompensiert. Für eine hälftige Teilung des ehebedingten Nachteils im Wege des Halbteilungsgrundsatzes sei kein Raum. Der Anspruch des Unterhaltsberechtigten auf den angemessenen Lebensbedarf stelle keinen ehebedingten Nachteil des Unterhaltspflichtigen dar. Dies ergebe sich aus dem Wortlaut des § 1578b Satz 2 und 3 BGB sowie der systematischen Auslegung dieser Vorschrift, bei der es um den verbleibenden Teil eines ursprünglich am Halbteilungsgrundsatz orientierten Unterhaltsanspruchs gehe. Der Nachteilsausgleich erschöpfe sich in einem Minus zu dem grds. nach der Scheidung geschuldeten Unterhalt nach den ehelichen Lebensverhältnissen.

[11] 2. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung stand.

[12] a) Rechtlich zutreffend hat das OLG das grundsätzliche Vorliegen eines Anspruchs der Antragsgegnerin auf Aufstockungsunterhalt nach § 1573 Abs. 2 BGB bejaht. Ohne Belang ist insoweit, ob sich dieser, wie vom OLG ermittelt, auf monatlich 786 € beläuft oder – wie die Rechtsbeschwerde geltend macht – aufseiten der Antragsgegnerin fiktive Zinseinkünfte

von monatlich bis zu 84 € aus dem für den Verkauf der gemeinsamen Immobilie der Ehegatten erzielten Erlös zu berücksichtigen sind. Denn selbst wenn Letzteres der Fall sein und es sich zusätzlich bei diesen Kapitaleinkünften um nicht eheprägendes Einkommen handeln sollte, läge der nach den ehelichen Lebensverhältnissen bemessene Unterhaltsanspruch noch deutlich über dem vom OLG zuerkannten Betrag von monatlich 482 €. [13] b) Aus Rechtsgründen ebenfalls nicht zu beanstanden ist, dass das OLG diesen Unterhaltsanspruch gem. § 1578b Abs. 1 BGB auf 482 € monatlich herabgesetzt hat.

[14] aa) Nach § 1578b Abs. 1 Satz 1 BGB ist ein Anspruch auf nachehelichen Unterhalt auf den angemessenen Lebensbedarf herabzusetzen, wenn eine an den ehelichen Lebensverhältnissen orientierte Bemessung des Unterhaltsanspruchs auch unter Wahrung der Belange eines dem Berechtigten zur Pflege oder Erziehung anvertrauten gemeinschaftlichen Kindes unbillig wäre. Die Kriterien für die Billigkeitsabwägung sind § 1578b Abs. 1 Satz 2 und 3 BGB zu entnehmen. Danach ist neben der Dauer der Ehe vorrangig zu berücksichtigen, inwieweit durch die Ehe Nachteile im Hinblick auf die Möglichkeit eingetreten sind, für den eigenen Unterhalt zu sorgen. Solche Nachteile können sich vor allem aus der Dauer der Pflege und Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes und aus der Gestaltung von Haushaltsführung oder Erwerbstätigkeit während der Ehe ergeben. Ein ehebedingter Nachteil äußert sich i.d.R. darin, dass der unterhaltsberechtigte Ehegatte nachehelich nicht die Einkünfte erzielt, die er ohne Ehe und Kinderbetreuung erzielen würde (st. Rspr. des Senats, vgl. Beschl. v. 14.5.2014 – XII ZB 301/12, *ZNotP 2014*, 269 = *FamRZ 2014*, 1276 Rn. 27 m.w.N.).

[15] § 1578b BGB beschränkt sich allerdings nicht auf die Kompensation ehebedingter Nachteile, sondern berücksichtigt auch eine darüber hinausgehende nacheheliche Solidarität. Auch wenn keine ehebedingten Nachteile feststellbar sind, ist eine Herabsetzung oder Befristung des nachehelichen Unterhalts nur bei Unbilligkeit eines fortdauernden Unterhaltsanspruchs nach den ehelichen Lebensverhältnissen vorzunehmen. Bei der insoweit gebotenen umfassenden Billigkeitsabwägung ist das im Einzelfall gebotene Maß der nachehelichen Solidarität festzulegen. Wesentliche Aspekte hierbei sind neben der Dauer der Ehe insbesondere die in der Ehe gelebte Rollenverteilung wie auch die vom Unterhaltsberechtigten während der Ehe erbrachte Lebensleistung. Bei der Beurteilung der Unbilligkeit einer fortwährenden Unterhaltszahlung sind ferner die wirtschaftlichen Verhältnisse der Parteien von Bedeutung, sodass der Tatrichter in seine Abwägung auch einzubeziehen hat, wie dringend der Unterhaltsberechtigte neben seinen eigenen Einkünften auf den Unterhalt angewiesen ist und in welchem Maße der Unterhaltspflichtige – unter Berücksichtigung weiterer Unterhaltspflichten – durch diese Unterhaltszahlungen belastet wird. In diesem Zusammenhang kann auch eine lange Dauer von Trennungsunterhaltszahlungen bedeutsam sein (Senatsbeschl. v. 26.2.2014 – XII ZB 235/12, *ZNotP 2014*, 150 = *FamRZ 2014*, 823 Rn. 21 f. m.w.N. und v. 19.6.2013 – XII ZB 309/11, *FamRZ 2013*, 1291 Rn. 23 f. m.w.N.).

[16] Als Rechtsfolge sieht § 1578b Abs. 1 Satz 1 BGB die Herabsetzung bis auf den angemessenen Lebensbedarf vor. Dieser Maßstab bildet regelmäßig die Grenze für die Herabsetzung des nachehelichen Unterhalts und bemisst sich nach dem Einkommen, das der unterhaltsberechtigte Ehegatte ohne Ehe und Kindererziehung aus eigenen Einkünften zur Verfügung hätte

(st. Rspr., vgl. etwa Senatsbeschl. v. 26.3.2014 – XII ZB 214/13, FamRZ 2014, 1007 Rn. 18 und Senatsurt. v. 26.6.2013 – XII ZR 133/11, FamRZ 2013, 1366 Rn. 75 m.w.N.). Aus dem Begriff der Angemessenheit folgt aber zugleich, dass der nach § 1578b Abs. 1 BGB herabgesetzte Unterhaltsbedarf jedenfalls das Existenzminimum des Unterhaltsberechtigten erreichen muss (Senatsurt. v. 16.1.2013 – XII ZR 39/10, FamRZ 2013, 534 Rn. 26 m.w.N.).

[17] Die Abwägung aller für die Billigkeitsentscheidung nach § 1578b BGB in Betracht kommenden Gesichtspunkte ist Aufgabe des Tatrichters. Sie ist vom Rechtsbeschwerdegericht aber daraufhin zu überprüfen, ob der Tatrichter die im Rahmen der Billigkeitsprüfung maßgebenden Rechtsbegriffe verkannt oder für die Einordnung unter diese Begriffe wesentliche Umstände unberücksichtigt gelassen hat. Der rechtlichen Überprüfung unterliegt insbesondere, ob der Tatrichter sich mit dem Verfahrensstoff und den Beweisergebnissen umfassend und widerspruchsfrei auseinandergesetzt hat, seine Würdigung also vollständig und rechtlich möglich ist und nicht gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt (Senatsbeschl. v. 26.2.2014 – XII ZB 235/12, *ZNotP 2014*, 150 = FamRZ 2014, 823 Rn. 15 m.w.N.).

[18] bb) Bei Anlegung dieser Maßstäbe ist die tatrichterliche Entscheidung, den Unterhaltsanspruch der Antragsgegnerin gem. § 1578b Abs. 1 Satz 1 BGB auf monatlich 482 € herabzusetzen, rechtlich nicht zu beanstanden.

[19] (1) Das OLG hat den ehebedingten Nachteil der Antragsgegnerin zutreffend ermittelt. Dieser ergibt sich aus der Differenz zwischen dem angemessenen Lebensbedarf des Unterhaltsberechtigten i.S.d. § 1578b Abs. 1 Satz 1 BGB und dem Einkommen, das der Unterhaltsberechtigte tatsächlich erzielt bzw. gem. §§ 1574, 1577 BGB erzielen könnte (vgl. Senatsbeschl. v. 26.3.2014 – XII ZB 214/13, FamRZ 2014, 1007 Rn. 18 m.w.N.). Ohne Erfolg macht der Antragsteller geltend, dieser Nachteil müsse hälftig auf beide geschiedenen Ehegatten verteilt und daher betragsmäßig halbiert werden.

[20] (a) Allerdings wird diese Auffassung vereinzelt in der Literatur vertreten (*Schausten*, FF 2011, 243 ff. sowie diesem folgend *Kieninger*, FamRZ 2013, 1355 f. und *Schürmann*, in: Eschenbruch/Schürmann/Menne, Der Unterhaltsprozess, 6. Aufl., Kap. 1, Rn. 1331). Durch den vollständigen Nachteilsausgleich werde der ehebedingte Nachteil des Unterhaltsberechtigten auf den Unterhaltspflichtigen verschoben. Die ohne die Herabsetzung (noch) höhere Unterhaltsverpflichtung könne hierfür nicht als Rechtfertigung dienen, weil sie auf den ehelichen Lebensverhältnissen beruhe; § 1578b Abs. 1 Satz 1 BGB setze aber gerade voraus, dass die Orientierung an diesen unbillig sei. Die Aufteilung des ehebedingten Nachteils zwischen den geschiedenen Ehegatten entspreche zudem sowohl dem Grundgedanken des Zugewinnausgleichs als auch der Senatsrechtsprechung dazu, dass ehebedingt geringere Rentenanwartschaften keinen ehebedingten Nachteil darstellten, wenn der Versorgungsausgleich erfolgt sei.

[21] (b) Dieser Argumentation ist das OLG zu Recht nicht gefolgt.

[22] (aa) Bei § 1578b BGB handelt es sich um eine unterhaltsbegrenzende Norm. Sie setzt das Bestehen eines Anspruchs auf nahehelichen Unterhalt voraus und ermöglicht neben einer Befristung dessen Herabsetzung, indem die Bedarfsbemessung

von den ehelichen Lebensverhältnissen gelöst und stattdessen auf den angemessenen Lebensbedarf abgestellt wird. An der Rechtsnatur des Unterhaltsanspruchs selbst ändert dies nichts (vgl. auch *Borth*, FamRZ 2013, 1356). Der vollständige ehebedingte Nachteil entspricht dem – durch die eigenen Einkünfte des Unterhaltsberechtigten nicht gedeckten – Teil des Bedarfs, der nach dem Willen des Gesetzgebers auch dann durch Unterhaltszahlungen gedeckt werden soll, wenn sich die wirtschaftliche Stellung des Unterhaltsberechtigten nicht mehr nach den ehelichen Lebensverhältnissen, sondern nach der eigenen Lebensstellung des Unterhaltsberechtigten bestimmt. Dementsprechend sieht die gesetzliche Bestimmung des § 1578b Abs. 1 Satz 1 BGB für die Bedarfsbemessung eine Berücksichtigung ehebedingter Nachteile des Unterhaltspflichtigen nicht vor, sondern stellt allein darauf ab, wie der Unterhaltsberechtigte ohne Ehe und Kindererziehung stünde, sodass dessen ehebedingte Erwerbsnachteile den Umfang der Herabsetzung begrenzen (vgl. BT-Drucks. 16/1830, S. 18). Die von der Rechtsbeschwerde vertretene Rechtsauffassung würde hingegen dazu führen, dass dem Unterhaltsberechtigten entgegen dem gesetzgeberischen Willen aus eigenem Einkommen und nahehelichem Unterhalt gerade nicht die finanziellen Mittel zur Verfügung stünden, um seinen eigenen angemessenen Lebensbedarf zu decken.

[23] (bb) Die eine Halbierung des ehebedingten Nachteils fordernde Meinung verkennt zudem, dass es sich bei der Pflicht zur Zahlung nahehelichen Unterhalts gerade nicht um eine durch die eheliche Rollenverteilung bedingte Einbuße in der Möglichkeit handelt, Einkünfte zu erzielen, sondern um eine von Gesetzes wegen an die Scheidung geknüpfte Rechtsfolge (vgl. auch Senatsurt. v. 23.11.2011 – XII ZR 47/10, FamRZ 2012, 197 Rn. 28), die nicht die Einkunftserzielung, sondern die Verteilung des Einkommens betrifft. Der Gedanke der Nachteilshalbierung stützt sich auf den Zirkelschluss, bei der Ermittlung des Unterhaltsanspruchs eben diesen Anspruch als Bemessungsfaktor zu berücksichtigen. Darüber hinaus würde dieser Ansatz ohnedies immer dann versagen, wenn der Unterhaltsberechtigte als Folge der in der Ehe praktizierten Rollenverteilung nach der Scheidung nicht mehr in der Lage ist, ein sein Existenzminimum sicherndes Einkommen zu erzielen. Umgekehrt kann die Berücksichtigung eines ehebedingten Erwerbsnachteils des Unterhaltsberechtigten nie dazu führen, dass diesem ein höherer Unterhaltsanspruch als nach den ehelichen Lebensverhältnissen zuzuerkennen ist (so aber *Kieninger*, FamRZ 2013, 1355), weil § 1578b Abs. 1 BGB ausschließlich eine Herabsetzung ermöglicht (vgl. *Wendl/Wönne*, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 9. Aufl., § 4 Rn. 1020).

[24] (cc) Die vollständige Berücksichtigung des ehebedingten Nachteils steht nicht im Widerspruch zum Zugewinnausgleich. Denn bei diesem geht es um die Verteilung von ehezeitlich erworbenem Vermögen, während sich § 1578b BGB mit der Abdeckung eines nahehelichen Unterhaltsbedarfs befasst. Nichts anderes folgt auch aus der Senatsrechtsprechung, wonach ehebedingte Nachteile i.S.v. § 1578b Abs. 1 Satz 2 BGB regelmäßig nicht mit den durch die Unterbrechung der Erwerbstätigkeit während der Ehe verursachten geringeren Rentenanwartschaften begründet werden können, wenn für diese Zeit ein Versorgungsausgleich stattgefunden hat, und Nachteile in der Versorgungsbilanz dann in gleichem Umfang von beiden Ehegatten zu tragen und somit als vollständig ausgeglichen anzusehen sind (Senatsbeschl. v. 26.2.2014 – XII ZB 235/12, *ZNotP 2014*, 150 = FamRZ 2014, 823 Rn. 17 m.w.N.). Denn die Regelungen

zum Versorgungsausgleich stellen insoweit das speziellere Ausgleichssystem dar. Mit ihnen wird erreicht, dass das ehezeitlich erworbene Vorsorgevermögen grds. hälftig unter den Ehegatten aufgeteilt wird und dadurch beiderseitige Alterseinkünfte gesichert werden, die die ehezeitliche Vorsorgelage und damit insoweit die ehelichen Lebensverhältnisse abbilden. Mehr als einen Unterhalt nach den ehelichen Lebensverhältnissen gewährt das Gesetz dem Unterhaltsberechtigten aber ohnedies nicht.

[25] (dd) Hinzu kommt, dass § 1578b BGB nicht nur die Herabsetzung, sondern in seinem Abs. 2 auch die zeitliche Begrenzung sowie in Abs. 3 eine Kombination aus Herabsetzung und zeitlicher Begrenzung ermöglicht. Der Tatrichter kann bei der im Einzelfall zu treffenden Billigkeitsentscheidung, in die auch ehebedingte Erwerbsnachteile des Unterhaltspflichtigen einfließen können, daher im Wege einer teilweisen zeitlichen Begrenzung auch zu dem Ergebnis gelangen, dass ab einem bestimmten Zeitpunkt nur noch ein Unterhalt zu zahlen ist, der den angemessenen Lebensbedarf des Unterhaltsberechtigten nicht vollständig abdeckt (vgl. etwa *Botur*, in: Büte/Poppen/Menne, Unterhaltsrecht, 3. Aufl., § 1578b BGB Rn. 29; vgl. auch BT-Drucks. 16/1830, S. 18).

[26] (2) Aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden ist auch, dass das OLG der Antragsgegnerin keine aus ihrem Geldvermögen erzielbaren Zinseinkünfte auf den nach dem Maßstab des Nachteilsausgleichs bemessenen Unterhaltsanspruch angerechnet hat. Der Antragsteller macht bereits nicht geltend, dass es sich bei diesem Vermögen bzw. den hieraus erzielbaren Zinseinkünften um einen aus der Ehe herrührenden Vorteil handeln würde. Nur wenn es sich aber um (fiktive) Einkünfte handelte, die der Antragsgegnerin ohne die Ehe nicht zur Verfügung stehen würden, könnten diese ggf. als ein den ehebedingten Nachteil teilweise kompensierender Vorteil anzusehen sein; dies hängt von der Beurteilung der Frage ab, ob die Antragsgegnerin auch allein eine private Vermögensbildung in dieser Höhe hätte betreiben können (vgl. Senatsurt. v. 31.10.2012 – XII ZR 129/10, *ZNotP 2013*, 20 = FamRZ 2013, 195 Rn. 55 ff.; vgl. auch Senatsurt. v. 11.8.2010 – XII ZR 102/09, FamRZ 2010, 1637 Rn. 33). Dafür, dass dies nicht der Fall ist, ist nichts ersichtlich.

[27] Unabhängig davon ist die tatrichterliche Beurteilung, dass die Antragsgegnerin im derzeitigen Zinsumfeld keine relevanten Zinseinkünfte erzielen könne, im Rahmen des Rechtsbeschwerdeverfahrens hinzunehmen. Selbst unterstellt, die Möglichkeit der Vermögensnutzung stellte einen ehebedingten Vorteil dar, müsste die Antragsgegnerin sich nur auf eine sichere Geldanlage verweisen lassen (vgl. *Wendl/Dose*, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 9. Aufl., § 1 Rn. 637 m.w.N.). Die Würdigung des OLG, aus einer solchen sei bei dem allenfalls in Rede stehenden Kapitalbetrag von rd. 67.000 € derzeit kein unterhaltsrelevantes Zinseinkommen zu erzielen, verstößt weder gegen Denk- noch gegen Erfahrungssätze. Die Rechtsbeschwerde beschränkt sich auf die Behauptung des Gegenteils und setzt damit ihre Würdigung an die Stelle derjenigen durch das OLG. Dies ist ihr im Rechtsbeschwerdeverfahren verwehrt.

[28] Ohne Erfolg macht die Rechtsbeschwerde geltend, die Antragsgegnerin habe monatliche Zinseinkünfte von 40 € zugestanden. Die Rechtsbeschwerdeerwiderung verweist zu Recht darauf, dass in dem von der Rechtsbeschwerde zitierten Schriftsatz aus dem Beschwerdeverfahren weder bestimmte Einkünfte noch ein erzielbarer Zinssatz unstreitig gestellt, sondern ledig-

lich unter Berücksichtigung der vom AG vertretenen Auffassung eine rechnerische Obergrenze mitgeteilt worden ist.

[29] (3) Dass das OLG die Antragsgegnerin im Rahmen der Bedürftigkeitsprüfung nicht nach § 1577 Abs. 3 BGB auf die Verwertung des aus dem Verkauf des gemeinsamen Hausanwens erlangten Vermögensstamms verwiesen hat, wird weder von der Rechtsbeschwerde gerügt noch lässt es Rechtsfehler erkennen (vgl. dazu Senatsurt. v. 31.10.2012 – XII ZR 129/10, *ZNotP 2013*, 20 = FamRZ 2013, 195 Rn. 54)

Voraussetzungen für Betreuung

BGB §§ 1903 Abs. 1 Satz 1, 1908d Abs. 3 und 4;
FamFG § 293 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2

Leitsätze (amtlich):

1. **Auch die Gefahr des Entstehens von Verbindlichkeiten, die der Betroffene aktuell nicht erfüllen kann und die eine Verschuldung bewirken, kann einen Betreuungsbedarf begründen.**
2. **Neigt ein Betroffener krankheitsbedingt dazu, sich durch das Betreiben einer Vielzahl von sinnlosen Verfahren zu schädigen, kommt die isolierte Bestimmung der rechtlichen Vertretung des Betroffenen als Aufgabenkreis in Betracht (im Anschluss an Senatsbeschluss v. 21.1.2015 XII ZB 324/14, *ZNotP 2015*, 105 = FamRZ 2015, 649).**
3. **Droht der Betroffene durch eine Vielzahl von unsinnigen Anträgen oder Rechtsstreitigkeiten zu seinen Lasten erhebliche Kosten zu verursachen, wie etwa Gerichtsgebühren, die Kosten der gegnerischen Rechtsvertretung oder auch die Auferlegung von Verschuldungskosten bei missbräuchlicher Rechtsverfolgung in sozialgerichtlichen Verfahren, so kann das die Annahme einer die Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts erfordernden erheblichen Gefahr für sein Vermögen rechtfertigen.**
4. **Zur Frage, wann die Erweiterung von Betreuung und Einwilligungsvorbehalt nicht wesentlich i.S.d. § 293 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 FamFG ist.**

BGH, Beschl. v. 27. 1. 2016 – XII ZB 519/15

[1] I. Der 1967 geborene Betroffene wendet sich gegen die Erweiterung des Aufgabenkreises seines Betreuers. Er leidet seit gut 10 Jahren an einer Psychose aus dem schizophrenen Formenkreis, die dadurch geprägt ist, dass er den Verlust seiner Arbeitsplätze sowie seine spätere Einstufung als erwerbsunfähig wahnhaft verarbeitet. Bis in das Jahr 2013 hinein machte er beim SG 13 Streitverfahren gegen die Träger der Leistungen nach den SGB II und XII sowie gegen die Bundesagentur für Arbeit anhängig, in denen sein Vortrag vor allem um ein angebliches – tatsächlich nicht existentes –, nicht zu den Akten genommenes Gutachten und eine Art gesonderte Akte kreiste. Im September 2013 regte das SG schließlich die Errichtung einer Betreuung an.

[2] Nach Einholung eines Sachverständigengutachtens v. 9.12.2013 und persönlicher Anhörung des Betroffenen am 6.3.2014 bestellte das AG im März 2014 einen Berufsbetreuer

für den Aufgabenkreis „sämtliche sozialrechtlichen Angelegenheiten, gerichtlich wie auch außergerichtlich“ und ordnete insoweit einen Einwilligungsvorbehalt vor allem deshalb an, weil dem Betroffenen eine Missbrauchsgebühr drohte. Als Überprüfungszeitpunkt wurde der 6.3.2017 festgelegt. Die Beschwerde des Betroffenen wies das LG mit Beschl. v. 24.10.2014 zurück.

[3] Nachdem der Betreuer die noch anhängigen Klagen vor dem SG zurückgenommen hatte, erhob der Betroffene beim AG eine Zivilklage gegen die Stadt W, mit der er deren Verurteilung zur Bekanntgabe „der Personalien des [ihm] weiterhin unbekanntes früheren Arztes/Gutachters“ begehrte. Daraufhin hat das Betreuungsgericht ohne erneute Begutachtung und Anhörung des Betroffenen die Betreuung mit Beschl. v. 7.1.2015 auf „sämtliche gerichtliche wie außergerichtliche Rechtsstreitigkeiten, insbesondere die Geltendmachung von Auskunfts- und/oder Leistungsklagen, die (vermeintliche) ärztliche Atteste und Gutachten oder sonstige Bescheinigungen zum Gegenstand haben“, erweitert und hierfür einen Einwilligungsvorbehalt angeordnet sowie als Überprüfungszeitpunkt den 24.3.2021 bestimmt.

[4] Die Beschwerde des Betroffenen ist bis auf die Wiederherstellung des ursprünglichen Überprüfungszeitpunkts erfolglos geblieben. Hiergegen richtet sich dessen Rechtsbeschwerde.

[5] II. Die Rechtsbeschwerde hat in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang Erfolg.

[6] I. Das LG hat seine Entscheidung wie folgt begründet: Wie sich aus dem Sachverständigengutachten ergebe, sei die krankheitsbedingte Beeinträchtigung der Willensfreiheit des Betroffenen für den von der erweiterten Betreuung erfassten Aufgabenkreis gegeben. Der Betroffene könne sich in allen in dem Gutachten genannten juristischen Angelegenheiten nicht selbst vertreten. Die Einholung eines neuen Gutachtens und eine erneute Anhörung des Betroffenen seien nicht erforderlich, weil es sich um eine nicht wesentliche Erweiterung der Betreuung handle. Unwesentlich seien Erweiterungen, die lediglich eine Ergänzung eines bestehenden Aufgabenkreises beinhalteten.

[7] Die Betreuung sei auch erforderlich. Eine Vermögensgefährdung habe sich durch das zivilrechtliche Klageverfahren manifestiert. Darüber hinaus habe der Betroffene seine Bemühungen um Auskunft bzw. Schadensersatz wegen ihm unbekannter Unterlagen im Jahr 2015 auch gegenüber einem Mitarbeiter des Medizinischen Dienstes, gegenüber dem Landkreis und in zwei Beratungshilfverfahren weitergeführt. Diesen Vermögensgefährdungen könne nur durch einen Einwilligungsvorbehalt entgegengewirkt werden. Die Erweiterung auf sämtliche Rechtsstreitigkeiten müsse erfolgen, um alle wahnbedingten Aktivitäten des Betroffenen lückenlos zu erfassen. Dass damit der Betreuung auch Rechtsstreitigkeiten mit anderem Inhalt unterfielen, belaste den Betroffenen nicht, weil es keine Anhaltspunkte dafür gebe, dass es zu solchen komme.

[8] 2. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nur teilweise stand.

[9] a) Gem. § 1908d Abs. 3 und 4 BGB sind der Aufgabenkreis des Betreuers und der Einwilligungsvorbehalt zu erweitern, wenn dies erforderlich ist. Hierfür gelten die Vorschriften über die Bestellung des Betreuers und die Anordnung des Einwilligungsvorbehalts entsprechend, sodass auch insoweit die materiell-rechtlichen Voraussetzungen der §§ 1896 ff. BGB vorliegen müssen.

[10] Die bei der Erweiterung zu beachtenden verfahrensrechtlichen Regeln legt § 293 FamFG unter weitgehendem Verweis auf die Vorschriften über die Anordnung einer Betreuung und eines Einwilligungsvorbehalts fest. § 293 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 FamFG sieht allerdings vor, dass es der persönlichen Anhörung und der Einholung eines Gutachtens oder ärztlichen Zeugnisses nicht bedarf, wenn die beabsichtigte Erweiterung nicht wesentlich ist.

[11] b) Das LG hat zutreffend das Vorliegen dieser materiell- und verfahrensrechtlichen Voraussetzungen für eine Erweiterung des Aufgabenkreises bejaht. Die Rechtsbeschwerde wendet sich aber zu Recht gegen den Umfang der angeordneten Erweiterung, weil sich diese nicht nur auf die rechtlichen Angelegenheiten mit Bezug zu dem beim Betroffenen bestehenden Wahnsystem beschränkt.

[12] aa) Der Betroffene leidet mit seiner schizophrenen Psychose an einer psychischen Krankheit i.S.d. § 1896 Abs. 1 BGB, was auch die Rechtsbeschwerde nicht in Abrede stellt. Krankheitsbedingt unterliegt er der Fehlvorstellung, es existierten seine Gesundheit betreffende, vor ihm geheim gehaltene Unterlagen, an die er gerichtlich und außergerichtlich zu kommen versucht bzw. wegen derer er Schadensersatz begehrt.

[13] bb) Das LG hat dem Grundsatz nach zu Recht angenommen, dass diese wahnbedingte Rechtsverfolgung einen Betreuungsbedarf begründet.

[14] Sie birgt die Gefahr einer finanziellen Schädigung des Betroffenen, weil sie zu gerichtlichen und außergerichtlichen Kosten führt. Ohne Erfolg verweist die Rechtsbeschwerde darauf, dass der Betroffene nicht über Vermögen verfüge und aus den bisherigen Gerichtsverfahren nicht für angefallene Kosten in Anspruch genommen worden sei. Auch das Entstehen von Verbindlichkeiten, die der Betroffene aktuell nicht erfüllen kann und die eine Verschuldung bewirken, ist ein Vermögensschaden (vgl. BayObLG, FamRZ 1997, 902, 904; *Knittel*, Betreuungsrecht, Stand: 1.12.2011, § 1903 BGB Rn. 34; MünchKomm-BGB/*Schwab*, 6. Aufl., § 1903 Rn. 10). Die von den Vorinstanzen getroffene Feststellung, dass der Eintritt eines solchen Schadens drohe, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

[15] Zwar muss mit der Bestimmung der rechtlichen Vertretung als Aufgabenkreis regelmäßig ein konkreter Bezug zu einer bestimmten Angelegenheit oder einem bestimmten behördlichen oder gerichtlichen Verfahren hergestellt werden, wofür die Notwendigkeit der Bestellung eines Betreuers besteht, wenn damit nicht lediglich eine an sich entbehrliche, aber nicht schädliche Klarstellung der sich aus § 1902 BGB ergebenden Vertretungsberechtigung des Betreuers im Rahmen des ihm übertragenen Aufgabenkreises beabsichtigt ist. Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn – wie hier – der Betroffene krankheitsbedingt dazu neigt, sich durch das Betreiben einer Vielzahl von sinnlosen Verfahren zu schädigen (Senatsbeschl. v. 21.1.2015 – XII ZB 324/14, *ZNotP 2015, 105* = FamRZ 2015, 649 Rn. 11 m.w.N.). Mithin haben die Vorinstanzen dem Grundsatz nach zu Recht einen isolierten Betreuungsbedarf für die rechtliche Vertretung des Betroffenen in den wahnbedingten Angelegenheiten bejaht.

[16] cc) Ebenfalls ohne Erfolg macht die Rechtsbeschwerde geltend, es fehle an den notwendigen Feststellungen zum krankheitsbedingten Ausschluss des freien Willens des Betroffenen

gem. § 1896 Abs. 1a BGB. Bei der Einrichtung der Betreuung ist das LG – wie auch das AG – zu der Feststellung gelangt, dass es dem Betroffenen am freien Willen mangelt. Angesichts des Umstands, dass der Sachverständige in seinem im Dezember 2013 erstatteten Gutachten ausführlich die wahnhaftige Verarbeitung der Geschehnisse durch den Betroffenen sowie dessen Unfähigkeit, dieses Wahnhafte zu erkennen, dargelegt hatte, war dies rechtlich zutreffend. Denn ohne die damit jedenfalls insoweit aufgehobene Einsichtsfähigkeit ist eine freie Willensbildung i.S.d. § 1896 Abs. 1a BGB nicht möglich (vgl. Senatsbeschl. v. 16.9.2015 – XII ZB 500/14, FamRZ 2015, 2160 Rn. 14 und v. 14.1.2015 – XII ZB 352/14, FamRZ 2015, 648 Rn. 11 ff. m.w.N.). Auf diese Feststellungen hat das LG nunmehr Bezug genommen.

[17] dd) Ein Betreuer durfte für den Betroffenen aber nur für solche rechtlichen Angelegenheiten bestellt werden, die sich auf die ihm vermeintlich vorenthaltenen Unterlagen beziehen. Zum einen hat der Sachverständige in seinem vom LG in Bezug genommenen Gutachten eine wahnhaftige Verarbeitung und damit die Unfähigkeit des Betroffenen, seine Angelegenheiten selbst zu besorgen (§ 1896 Abs. 1 Satz 1 BGB), ausschließlich für die auf die tatsächlich nicht existierenden Unterlagen bezogene Rechtsverfolgung festgestellt. Und zum anderen sind anderweitige rechtliche Auseinandersetzungen, wie das LG im angefochtenen Beschluss selbst erkennt, nicht absehbar, sodass eine Betreuung insoweit auch bei Vorliegen eines Betreuungsbedarfs i.S.d. § 1896 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht erforderlich i.S.d. § 1896 Abs. 2 Satz 1 BGB wäre. Die vom Beschwerdegericht angeführte Notwendigkeit, alle wahnbedingten Aktivitäten des Betroffenen lückenlos zu erfassen, kann weder als Rechtfertigung für einen das erforderliche Maß übersteigenden Aufgabenkreis dienen noch gebietet sie einen solchen.

[18] ee) Dass AG und LG für die von der Wahnvorstellung des Betroffenen erfassten Angelegenheiten auch die Voraussetzungen eines Einwilligungsvorbehalts nach § 1903 Abs. 1 Satz 1 BGB bejaht haben, hält entgegen der von der Rechtsbeschwerde vertretenen Auffassung rechtlicher Nachprüfung stand. Droht der Betroffene wie hier durch eine Vielzahl von unsinnigen Anträgen oder Rechtsstreitigkeiten zu seinen Lasten erhebliche Kosten zu verursachen, wie etwa Gerichtsgebühren, die Kosten der gegnerischen Rechtsvertretung oder auch die Aufzuerlegung von Verschuldungskosten bei missbräuchlicher Rechtsverfolgung in sozialgerichtlichen Verfahren nach § 192 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGG, rechtfertigt das die Annahme einer erheblichen Gefahr für sein Vermögen (vgl. KG, BtPrax 2007, 84, 85; BayObLG, FamRZ 1998, 454, 455 und Beschl. v. 9.10.1996 – 3Z BR 203/96, Rn. 13; *Knittel*, a.a.O., § 1903 BGB Rn. 33 m.w.N.; MünchKomm-BGB/*Schwab*, a.a.O., § 1903 Rn. 9; Palandt/*Götz*, BGB, 75. Aufl., § 1903 Rn. 4; Staudinger/*Bienwald*, BGB, 2013, § 1903 Rn. 53, 55 m.w.N.).

[19] ff) Die von der Rechtsbeschwerde erhobenen Verfahrensrügen greifen nicht durch.

[20] (1) Der Betroffene ist zwar von den Vorinstanzen zu der Erweiterung von Betreuung und Einwilligungsvorbehalt nicht nochmals angehört worden, und es wurde hierzu auch kein

neues Gutachten eingeholt. Wie das LG aber im Ergebnis zutreffend ausführt, war die Erweiterung nicht wesentlich i.S.d. § 293 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2, Satz 2 FamFG, sodass diese Verfahrensschritte nicht zwingend waren. Denn der mit der Erweiterung in ihrem zutreffenden Umfang – also bezogen allein auf die Rechtsverfolgung in den von der wahnhaften Vorstellung des Betroffenen erfassten Angelegenheiten – verbundene Eingriff in die rechtliche Selbstbestimmung des Betroffenen ist objektiv von geringem Gewicht. Es handelt sich um einen eng begrenzten Ausschnitt aus dem Spektrum der grds. möglichen rechtlichen Streitigkeiten und zudem lediglich um eine Fortschreibung des bereits mit der ursprünglichen Betreuerbestellung und Anordnung des Einwilligungsvorbehalts verbundenen Eingriffs, die allein dadurch bedingt ist, dass der Betroffene mit dem letztlich identischen Anliegen vom Sozialrecht auf andere Rechtsgebiete ausweicht.

[21] (2) Das Absehen von einer erneuten persönlichen Anhörung nach § 293 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 FamFG setzt allerdings voraus, dass der Betroffene vor der erstmaligen Betreuerbestellung verfahrensfehlerfrei angehört worden ist und sich aus dem angefochtenen Beschluss ergibt, unter welchen Umständen und mit welchem Ergebnis eine persönliche Anhörung des Betroffenen vor der erstmaligen Betreuerbestellung stattgefunden hat (Senatsbeschl. v. 26.2.2014 – XII ZB 503/13, FamRZ 2014, 828 Rn. 7). Diesen Anforderungen wird die Beschwerdeentscheidung noch gerecht, indem sie zur Sachdarstellung auf den vorausgegangenen LG-Beschl. v. 24.10.2014 Bezug nimmt. In diesem waren die – verfahrensfehlerfrei erfolgte – amtsgerichtliche Anhörung und deren Ergebnis dargestellt.

[22] (3) Auch der Amtsermittlungsgrundsatz des § 26 FamFG gebot im vorliegenden Fall weder eine nochmalige Anhörung noch die erneute Einholung eines Gutachtens. Die für die zu treffende Entscheidung erforderlichen Feststellungen ließen sich ohne Weiteres aus den vor der Erstentscheidung durchgeführten Ermittlungen und der aktenkundigen Verlegung der wahnbedingten rechtsverfolgenden Aktivitäten des Betroffenen vom sozialgerichtlichen in den zivilrechtlichen Bereich entnehmen.

[23] 3. Der Senat kann abschließend in der Sache entscheiden (§ 74 Abs. 6 Satz 1 FamFG), weil keine weiteren Feststellungen zu treffen sind. Die Erweiterung des Aufgabenkreises der Betreuung und des Einwilligungsvorbehalts ist auf diejenigen rechtlichen Angelegenheiten zu beschränken, in denen der Betroffene aufgrund seiner wahnbedingten Fehlvorstellung Ansprüche wegen nicht existierender Unterlagen zu seinem Gesundheitszustand geltend macht. Insoweit ist die Beschwerdeentscheidung nicht zu beanstanden. I.Ü. hat die Rechtsbeschwerde jedoch Erfolg. Soweit mit der Erstbestellung des Betreuers sämtliche sozialrechtlichen Angelegenheiten – ohne Beschränkung auf wahnbedingte Aktivitäten – in den Aufgabenkreis aufgenommen worden sind, war das nicht Gegenstand des Rechtsbeschwerdeverfahrens.

[24] Von einer weiteren Begründung wird gem. § 74 Abs. 7 FamFG abgesehen.

Handels- und Gesellschaftsrecht

Treuepflicht eines GmbH-Gesellschafters

GmbHG § 47

Leitsatz (amtlich):

Aufgrund der Treuepflicht muss der Gesellschafter einer Maßnahme zustimmen, wenn sie zur Erhaltung wesentlicher Werte, die die Gesellschafter geschaffen haben, oder zur Vermeidung erheblicher Verluste, die die Gesellschaft bzw. die Gesellschafter erleiden könnten, objektiv unabweisbar erforderlich ist und den Gesellschaftern unter Berücksichtigung ihrer eigenen schutzwürdigen Belange zumutbar ist, also wenn der Gesellschaftszweck und das Interesse der Gesellschaft gerade diese Maßnahme zwingend gebieten und der Gesellschafter seine Zustimmung ohne vertretbaren Grund verweigert.

BGH, Urt. v. 12. 4. 2016 – II ZR 275/14

[1] Die beklagte GmbH ist die Konzernholdinggesellschaft der M Gruppe. Die M Märkte werden als Enkelgesellschaften der Beklagten betrieben. Dabei wird regelmäßig für jeden Markt eine eigene Gesellschaft gegründet, die dann die erforderlichen Mietverträge abschließt.

[2] Die Klägerin ist an der Beklagten mit 21,62 %, die Streithelferin der Beklagten, ein Konzernunternehmen der MAG, mit dem Rest beteiligt. Beschlüsse der Gesellschafterversammlung der Beklagten erfordern eine Mehrheit von 80 % der Stimmen.

[3] Nach dem Ausscheiden des letzten Gründungsgesellschafters aus der Geschäftsführung im Jahr 2010 beschloss die Gesellschafterversammlung der Beklagten mit den Stimmen der Streithelferin die Einrichtung eines in der Satzung vorgesehenen Beirats. Die dagegen gerichtete Beschlussmängelklage der Klägerin hatte keinen Erfolg (OLG München, ZIP 2012, 1756).

[4] In einem Schiedsverfahren zwischen den Gesellschaftern wurde am 8.8.2011 festgestellt, dass Beschlüsse des Beirats mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen nach Köpfen gefasst werden. Außerdem wurde festgestellt, dass der Beirat für die Zustimmung zu bestimmten Maßnahmen und Geschäften der Geschäftsführung der Beklagten zuständig ist, u.a. zu dem Abschluss von Mietverträgen mit einer Laufzeit von über 5 Jahren und einem jährlichen Verpflichtungsvolumen von mehr als 300.000 DM durch die Beklagte. Der Schiedsspruch ist rechtskräftig für vollstreckbar erklärt (vgl. BGH, Beschl. v. 16.4.2015 – I ZB 3/14, ZIP 2015, 2019).

[5] Im Laufe des Jahres 2012 arbeitete die Geschäftsführung der Beklagten Vorschläge für die Eröffnung neuer Standorte im In- und Ausland und für den Neuabschluss von Mietverträgen bei Enkelgesellschaften aus und legte diese entsprechend der bisherigen Praxis den Gesellschaftern zur Zustimmung im Umlaufverfahren vor. Die Streithelferin teilte der Geschäftsführung mit, dass von ihrer Seite aus keine Einwände gegen die vorgeschlagenen Standortmaßnahmen bestünden, eine Vorlage an Gremien der Beklagten jedoch nicht erforderlich sei. Die Klägerin beantragte gegenüber der Geschäftsführung der Beklagten, die Beschlussfassung über die Standortmaßnahmen auf die Tagesordnung der bereits anberaumten Gesellschafterversammlung v. 5.12.2012 zu nehmen. Die Geschäftsführung der

Beklagten setzte als Tagesordnungspunkt 13 „Gesellschafterbeschlussvorlagen der Geschäftsführung“ auf die Tagesordnung, der Vorschläge über insgesamt 51 Standortmaßnahmen enthält.

[6] Am 5.12.2012 beschloss die Gesellschafterversammlung der Beklagten in 38 von 50 Fällen die vorgeschlagenen Standortmaßnahmen einvernehmlich. Eine Standortmaßnahme wurde von der Tagesordnung genommen. In neun Fällen stimmte die Streithelferin gegen die vorgeschlagenen Maßnahmen, in drei Fällen enthielt sie sich der Stimme; die Klägerin stimmte in allen Fällen für die vorgeschlagenen Maßnahmen. Die Streithelferin hatte dazu vor der Abstimmung erklärt, dass sie in diesen Fällen nicht aus inhaltlichen, sondern nur aus formalen Gründen eine ablehnende Stimme abgebe oder sich enthalte, weil diese Maßnahmen jeweils nicht von der Gesellschafterversammlung zu beschließen seien, sondern von der Geschäftsführung ohne Zustimmung der Gesellschafter durchgeführt werden könnten.

[7] Mit ihrer Anfechtungs- und Feststellungsklage hat die Klägerin in den neun Fällen, in denen die Streithelferin gegen die jeweiligen Standortmaßnahmen gestimmt hat, die Nichtigerklärung der mit der Stimmenmehrheit der Streithelferin beschlossenen Ablehnung und im Weg der positiven Feststellungsklage die Feststellung begehrt, dass in diesen Fällen sowie in den Fällen, in denen sich die Streithelferin der Stimme enthalten habe, jeweils positiv festgestellt werde, dass die Gesellschafterversammlung der Beklagten beschlossen habe, dass die jeweiligen Standortmaßnahmen umzusetzen seien. Das LG hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das OLG der Anfechtungsklage und der positiven Beschlussfeststellungsklage mit der Begründung, die Stimmabgabe der Streithelferin sei treuwidrig gewesen und daher nichtig, insoweit stattgegeben, als die Streithelferin mit Nein gestimmt hat (neun Standortmaßnahmen). Dagegen wenden sich die Beklagte und ihre Streithelferin mit der vom erkennenden Senat zugelassenen Revision.

Aus den Gründen:

[8] Die Revisionen haben Erfolg. Sie führen zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Abweisung der Klage.

[9] I. Das Berufungsgericht (OLG München, GmbHR 2015, 84) hat ausgeführt: Soweit die Streithelferin gegen die Beschlussvorschläge gestimmt habe, seien die Klageanträge begründet. Die Stimmabgabe der Streithelferin sei insoweit treuwidrig und daher unwirksam gewesen, sodass den Beschlussvorschlägen mit der erforderlichen Mehrheit zugestimmt worden sei. Grds. dürfe jeder Gesellschafter das ihm zustehende Stimmrecht nach Belieben ausüben. Eine Wahrnehmung der Rechte sei aber treuwidrig, soweit sie nicht geeignet oder nicht erforderlich sei, die berechtigten eigenen Interessen des Gesellschafters zu wahren, vor allem, soweit dafür ein milderes Mittel genüge. Dabei komme es nicht entscheidend darauf an, ob die Standortmaßnahmen aufgrund der Satzungsbestimmungen oder der sog. M-Vereinbarung von der Geschäftsführung nur mit Zustimmung der Gesellschafterversammlung vorgenommen werden dürften. Auch wenn man davon ausgehe, dass die Maßnahmen auch ohne Zustimmung der Gesellschafterversammlung hätten getroffen werden können, sei die Streithelferin aufgrund ihrer Treuepflicht dennoch gehindert gewesen, gegen die Beschlussvorschläge zu stimmen. Maßgeblich sei, dass die Maßnahmen im Interesse der Gesellschaft lägen und die Zwecke der Gesellschaft förderten.

[10] Ein hinreichend sachlicher Grund dafür, dass die Streithelferin trotz inhaltlicher Zustimmung zu den vorgeschlagenen

Standortmaßnahmen gegen die Beschlussvorschläge gestimmt habe, sei weder dargetan noch sonst ersichtlich. Ein anzuerkennender Grund könne nicht darin gesehen werden, dass die vorgeschlagenen Maßnahmen nach Auffassung der Streithelferin nicht der Zustimmung der Gesellschafterversammlung bedürft hätten. Ein Gesellschafter und die Geschäftsführung seien grds. nicht daran gehindert, einzelne Geschäftsführungsmaßnahmen der Gesellschafterversammlung zur Beschlussfassung vorzulegen, auch wenn diese nach der Satzung nicht der Zustimmung durch die Gesellschafterversammlung bedürftigen. Dies gelte jedenfalls dann, wenn wie hier die zur Abstimmung gestellten Maßnahmen von nicht unerheblicher Bedeutung für die Gesellschaft seien. Die Standortmaßnahmen, die den Abschluss oder die Fortführung längerfristiger Mietverhältnisse und die Gründung einer neuen Vor-Ort-Gesellschaft betreffen, seien von nicht unerheblicher wirtschaftlicher Relevanz. Dies zeige sich auch daran, dass vergleichbare Maßnahmen unmittelbar auf der Ebene der Beklagten nach der Satzung und der Geschäftsordnung der Zustimmung der Gesellschafterversammlung bzw. des Beirats bedürftigen. Ein Nichtbefassungsbeschluss oder ein Beschluss über die Absetzung der Beschlussvorschläge sei nicht gefasst worden und hätte nach der Satzung der Beklagten auch nicht allein mit den Stimmen der Streithelferin gefasst werden können. Die Streithelferin habe unter diesen Umständen kein schützenswertes Interesse daran, mit der Abstimmung über die Zustimmung zu diesen Maßnahmen erst gar nicht befasst zu werden.

[11] II. Das Urteil hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand.

[12] 1. Rechtsfehlerhaft ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass die Stimmabgabe der Streithelferin gegen die Zustimmung zu den Standortmaßnahmen treuwidrig gewesen sei, weil die Maßnahmen im Interesse der Gesellschaft gelegen seien und die Zwecke der Gesellschaft förderten.

[13] a) Dass eine Maßnahme im Interesse der Gesellschaft liegt, die Zwecke der Gesellschaft fördert und die Zustimmung dem Gesellschafter zumutbar ist, genügt nicht, um eine Zustimmungspflicht des Gesellschafters zu begründen oder eine entgegenstehende Stimmabgabe als unwirksam anzusehen. Aufgrund der Treuepflicht muss nach der Rechtsprechung des Senats nur dann in einem bestimmten Sinn abgestimmt werden, wenn die zu beschließende Maßnahme zur Erhaltung wesentlicher Werte, die die Gesellschafter geschaffen haben, oder zur Vermeidung erheblicher Verluste, die die Gesellschaft bzw. die Gesellschafter erleiden könnten, objektiv unabweisbar erforderlich ist und den Gesellschaftern unter Berücksichtigung ihrer eigenen schutzwürdigen Belange zumutbar ist, also wenn der Gesellschaftszweck und das Interesse der Gesellschaft gerade diese Maßnahme zwingend gebieten und der Gesellschafter seine Zustimmung ohne vertretbaren Grund verweigert (vgl. BGH, Urt. v. 25.9.1986 – II ZR 262/85, BGHZ 98, 276, 279; zur Personengesellschaft: BGH, Urt. v. 10.6.1965 – II ZR 6/63, BGHZ 44, 40, 41; Urt. v. 24.1.1972 – II ZR 3/69, WM 1972, 489; Urt. v. 28.4.1975 – II ZR 16/73, BGHZ 64, 253, 258; Urt. v. 5.11.1984 – II ZR 111/84, WM 1985, 195, 196; Urt. v. 20.10.1986 – II ZR 86/85, ZIP 1987, 166, 167; Urt. v. 8.11.2004 – II ZR 350/02, ZIP 2005, 25; Urt. v. 7.2.2012 – II ZR 230/09, ZIP 2012, 917 Rn. 44). Diese hohen Anforderungen, die vornehmlich an die Zustimmungspflicht zu Änderungen des Gesellschaftsvertrags gestellt werden, bestehen auch dann, wenn – wie hier – die Zustimmungspflicht zu Maßnahmen der Geschäftsführung in Rede steht (vgl. BGH, Urt. v. 24.1.1972 – II ZR 3/69, WM 1972, 489).

[14] aa) Ein Gesellschafter ist in der Ausübung seines Stimmrechts frei, soweit sie ihm nicht schon nach § 47 Abs. 4 GmbHG untersagt ist und er die durch die Treuepflicht gezogenen Grenzen einhält. Eine Rechtspflicht zur Zustimmung zu Maßnahmen der Geschäftsführung, die die Geschäftsführung oder die Mitgesellschafter für sinnvoll halten, besteht grds. nicht. Auch die Beurteilung der Zweckmäßigkeit einer Maßnahme ist Aufgabe der Gesellschafter. Die Gesellschafter müssen hinnehmen, dass eine Maßnahme unterbleibt, wenn einer von ihnen nach eigener Beurteilung der Dinge nicht zustimmen zu können glaubt, auch wenn ihnen die Ablehnung oder die dazu möglicherweise abgegebene Begründung falsch oder töricht erscheint. Der Gesellschafter muss aus diesem Grund seine Stimmabgabe auch nicht rechtfertigen.

[15] Soweit der Gesellschafter durch die Treuepflicht nicht zur Zustimmung verpflichtet ist, kann er sie zu einer vorgeschlagenen Maßnahme verweigern, selbst wenn seine Beweggründe dafür sachwidrig und unverständlich erscheinen. Das Gericht darf einen Beschluss nicht deshalb beanstanden, weil er unzweckmäßig oder nicht im Interesse der Gesellschaft erscheint. Umgekehrt kann auch die Ablehnung eines Beschlussantrags nicht allein deshalb beanstandet werden, weil der Beschluss zweckmäßig erscheint und im Interesse der Gesellschaft liegt.

[16] Eine Beschränkung dieser Stimmrechtsausübungsfreiheit kommt nur im Ausnahmefall infrage, wenn der Gesellschaftszweck objektiv eine bestimmte Maßnahme zwingend gebietet, also die zu beschließende Maßnahme zur Erhaltung des Geschaffenen oder zur Vermeidung von Verlusten dringend geboten ist, und dem Gesellschafter die Zustimmung zumutbar ist. Die Treuepflicht gebietet es zwar, sich bei der Stimmabgabe grds. von den Interessen der Gesellschaft leiten zu lassen. Wie die Interessen der Gesellschaft am besten gewahrt bleiben, haben aber grds. die Gesellschafter zu beurteilen. Eine Pflicht zur Abstimmung in einem bestimmten Sinn besteht daher nur, wenn zur Verfolgung der Interessen der Gesellschaft keine andere Stimmabgabe denkbar ist, anderenfalls nur schwere Nachteile entstehen und die eigenen Interessen des Gesellschafters dahinter zurückstehen müssen.

[17] bb) Geringere Anforderungen an eine Beschränkung der Stimmrechtsausübungsfreiheit sind nicht deshalb zu stellen, weil das Berufungsgericht nicht angenommen hat, dass die Streithelferin in einem bestimmten Sinn abstimmen musste, sondern ihre Stimmabgabe nur als unwirksam angesehen hat. Der beantragte Zustimmungsbeschluss ist zustande gekommen, wenn die Gesellschafter aufgrund ihrer gesellschaftlichen Treuepflicht zur Zustimmung verpflichtet waren und deshalb ihre abweichend abgegebenen Stimmen unwirksam waren (vgl. BGH, Urt. v. 21.7.2008 – II ZR 39/07, ZIP 2008, 1818 Rn. 20). Die Unwirksamkeit der abweichend abgegebenen Stimmen ist eine Folge der Pflicht, in einem bestimmten Sinn abzustimmen. Von der Treuepflicht ist nicht wie bei den Stimmverboten nach § 47 Abs. 4 GmbHG die Teilnahme an der Abstimmung betroffen, sondern der Inhalt der Stimmabgabe. Dabei kann die Enthaltung oder Nichtteilnahme an der Versammlung der Treuepflicht in tatsächlicher Hinsicht genügen, wenn durch die Stimmen der Mitgesellschafter gesichert ist, dass die Maßnahme erfolgen kann. Rechtlich steht dahinter aber immer die Verpflichtung, durch das eigene Verhalten eine bestimmte Maßnahme zu ermöglichen. Diese Verpflichtung trifft jeden Gesellschafter unabhängig vom Abstimmungsverhalten der Mitgesellschafter. Wenn keine Treuepflicht zur Stimmabgabe in einem bestimmten

Sinn besteht, kann eine im gegenteiligen Sinn abgegebene Stimme auch nicht wegen eines Verstoßes gegen die Treuepflicht als unwirksam gewertet werden (vgl. *Ekkenga*, Der Konzern 2015, 409, 412 f.).

[18] b) Dass die Maßnahmen der Geschäftsführung, denen zugestimmt werden sollte, zum Zwecke der Erhaltung wesentlicher Werte, die die Gesellschafter geschaffen haben, oder zur Vermeidung erheblicher Verluste, die die Gesellschaft bzw. die Gesellschafter erleiden könnten, objektiv unabweisbar erforderlich waren, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt und ist auch nicht ersichtlich. Das Berufungsgericht hat festgestellt, dass die Standortmaßnahmen, die den Abschluss oder die Fortführung längerfristiger Mietverträge und die Gründung einer neuen Vor-Ort-Gesellschaft betrafen, von nicht unerheblicher wirtschaftlicher Bedeutung für die Beklagte waren. Eine erhebliche wirtschaftliche Bedeutung besagt nicht, dass die Maßnahmen zur Erhaltung der bei der Beklagten geschaffenen Werte objektiv unabweisbar erforderlich waren. Angesichts der Größe der Beklagten ist auch nicht ersichtlich, dass ein Unterbleiben von neun Standortmaßnahmen zu einer Gefährdung ihres Bestands führen könnte.

[19] Darauf, ob für die Ablehnung durch die Streithelferin ein sachlicher Grund bestand, kommt es entgegen der Rechtsauffassung der Klägerin nicht entscheidend an, solange die Maßnahme nicht objektiv unabweisbar erforderlich war. Die Zweckmäßigkeit der Stimmabgabe ist von den Gerichten nicht zu überprüfen. Ebenso wenig ist entscheidend, ob die Beweggründe nachvollziehbar oder zutreffend sind. Wenn die Streithelferin wie die Klägerin behauptet allein deshalb nicht zugestimmt hat, weil die Gesellschafterversammlung für die Zustimmung nicht zuständig sei, obwohl sie keine sachlichen Einwände gegen die Maßnahmen hatte und im Grunde mit ihnen einverstanden war, mag dies unverständlich erscheinen, weil sie damit die Gefahr schuf, dass die Maßnahmen nicht umgesetzt werden. Die Klägerin muss es aber hinnehmen, dass die Streithelferin nicht zustimmen zu können glaubte, auch wenn ihr die Ablehnung oder die dazu möglicherweise abgegebene Begründung falsch oder sachwidrig erscheint, solange die Zustimmung nicht objektiv unabweisbar erforderlich war.

[20] 2. Die Stimmabgabe war auch nicht aus anderen Gründen rechtsmissbräuchlich.

[21] a) Sie war nicht wegen widersprüchlichen Verhaltens unbeachtlich. Dass die Streithelferin, wie die Klägerin meint, die

Maßnahmen als solche befürwortete, machte die Ablehnung der zustimmenden Stimmabgabe nicht widersprüchlich. Ein Widerspruch ergibt sich daraus weder in der Erklärung noch zu früherem oder späterem Verhalten. Die ablehnende Stimmabgabe ist keine in sich widersprüchliche Erklärung, weil der Erklärende die Maßnahme, gegen die er stimmt, als solche befürwortet. Ein Widerspruch in der Erklärung liegt nicht vor, wenn der Gesellschafter die Stimme in der gewählten Form abgeben will und die Zustimmung zu einer Maßnahme ablehnt, aber davon ausgeht, dass die Zustimmung für die gewollte Durchführung der Maßnahme nicht erforderlich ist.

[22] Aus diesem Grund liegt auch kein widersprüchliches Verhalten darin, dass die Streithelferin vor und nach der Stimmabgabe erklärt hat, sie sei für die Umsetzung der Maßnahmen. Selbst wenn darin darüber hinaus wie nicht die Ankündigung eines bestimmten Abstimmungsverhaltens läge, wäre die Streithelferin nicht gehindert gewesen, ihre Meinung bis zur Abstimmung zu ändern. Ein Gesellschafter, der keine Stimmbindung eingegangen ist, ist rechtlich nicht gehindert, anders als vorher angekündigt abzustimmen, weil die Ankündigung eines bestimmten Abstimmungsverhaltens noch keinen Vertrauensstatbestand schafft, sich auch nach einer weiteren Erörterung in der Versammlung in einer bestimmten Weise zu verhalten.

[23] b) Die Stimmabgabe war auch nicht aus anderen Gründen treuwidrig. Zwar kommt eine Verletzung der Treuepflicht auch infrage, wenn ein Gesellschafter sein Stimmrecht ausübt, um damit ausschließlich eigennützige Zwecke zu verfolgen, etwa seine Blockademacht dazu benutzt, um seinen Lästigkeitswert in die Höhe zu treiben und eine Abfindung zu erstreiten, oder seine Mehrheitsmacht zur Schädigung der Mitgesellschafter oder für ungerechtfertigte Sondervorteile einsetzt. Ein solcher Fall liegt jedoch nicht vor. Die Streithelferin hat die Beschlussfassung bei der Beklagten nicht blockiert. Sie hat lediglich einigen Maßnahmen die Zustimmung versagt und ihnen i.Ü. zugestimmt bzw. sie durch Stimmenthaltung ermöglicht. Sie hat dadurch nicht zur Erzielung von Sondervorteilen gehandelt oder die Klägerin als Minderheitsgesellschafterin geschädigt.

[24] III. Der Senat kann in der Sache selbst entscheiden, weil die Sache zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO). Weitere Feststellungen sind nicht zu erwarten. Inwieweit die Maßnahmen im Interesse der Gesellschaft erforderlich waren, wurde bereits in den Vorinstanzen erörtert.

ZNotP-Fragezeichen

- [1.] b) Die Satzung muss deutlich machen, ob die Langform oder die Kurzform Name i.S.v. § 57 BGB ist.
- [2.] a) Nach § 1374 Abs. 1 Satz 4 BGB kann im Rahmen der Auskunftspflicht auch die Aufnahme eines vom Notar errichteten Vermögensverzeichnisses verlangt werden.