BWNotZ

Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg

Herausgeber
Württembergischer Notarverein e.V.
in Verbindung mit dem
Badischen Notarverein e.V.

Kronenstraße 34
70174 Stuttgart

Schriftleitung
Notarvertreter im Landesdienst
Stefan Mattes, Vaihingen/Enz

Notar Dr. Oliver Fröhler,
Lörrach

www.notare-wuerttemberg.de
www.badischer-notarverein.de
ISSN-Nummer 1434-2979

5/2011

Oktober

Seiten 177-204

Inhalt

Abhandlung

Mattes/Lutz
Die Erstreckungswirkung des Zuwendungsverzichts – eine Durchbrechung der erbrechtlichen Bindungswirkung? **178**

Rechtsprechung **189**

Buchbesprechung **204**

Stiftung
des Fördervereins
für krebskranke Kinder
Tübingen

Auch Sie können den Kindern helfen!

Ein Vermächtnis für das Leben

Der Kampf gegen Krebserkrankungen im Kindes- und Jugendalter und die Unterstützung der Betroffenen sind wichtige Aufgaben moderner Medizinforschung und klinischer Therapie. Diesen Zielen hat sich die „Stiftung des Fördervereins für krebskranke Kinder Tübingen" seit über 10 Jahren verschrieben.

- **Wir unterstützen die Krebsforschung.**
- **Wir verbessern die personelle und sachliche Ausstattung der Uni-Kinderklinik Tübingen.**
- **Wir vermindern die psychischen und sozialen Belastungen der Kinder und ihrer Familien.**

Die erzielten Erfolge geben uns Recht – und vielen jungen Menschen Hoffnung!

Die Stiftung des Fördervereins für krebskranke Kinder Tübingen trägt wesentlich dazu bei, dass die Kinderklinik Tübingen auf dem Gebiet der Kinderonkologie und der Knochenmarkstransplantation international eine führende Rolle einnimmt und viele neue Behandlungsansätze von Tübingen Ihren Ausgang nehmen.

Prof. Dr. med. Rupert Handgretinger,
Direktor Universitätsklinik Tübingen

Ein guter Teil des Stiftungskapitals, dessen Erträge wir für die Förderung der Krebsbekämpfung einsetzen, stammt schon heute aus Erbschaften von Menschen, die sich mit Ihrem Nachlass sozial engagieren und nachhaltig helfen wollen.

Hilfe gibt Hoffnung – Hoffnung ist Hilfe!

Wenn Sie weiteren Informationen über die „Stiftung des Fördervereins für krebskranke Kinder Tübingen" und ihre Arbeit haben wollen, rufen Sie uns einfach an.

Rechtsfähige Stiftung des bürgerlichen Rechts. www.stiftung-krebs.de
Geschäftsstelle: Frondsbergstraße 51. 72070 Tübingen . Tel. 0 70 71/94 68 11 . Fax 0 70 71/94 68 13
Vorsitzender: Prof. Dr. Hans-Werner Stahl . Magdeburger Straße 10/2 . 72108 Rottenburg . Tel. 0 74 72/2 52 75 . Fax 0 74 72/2 71 86
Im Beirat: Prof. Dr. Michael Bamberg . Prof. Dr. Rupert Handgretinger . Universitätsklinik Tübingen
Bankverbindung: Volksbank Rottenburg-Herrenberg . Konto 41 59 00 00 0 . BLZ 603 913 10

Inhaltsverzeichnis

Abhandlung

Stefan Mattes, Notarvertreter, Vaihingen/Enz

Timo Lutz, Amtsverwalter, Filderstadt

Die Erstreckungswirkung des Zuwendungsverzichts –
eine Durchbrechung der erbrechtlichen Bindungswirkung? **178**

Rechtsprechung

1. Bauträgerrecht **189**

OLG Karlsruhe, 27.9.2011, 8 U 106/10
Unwirksamkeit einer unwiderruflichen Abnahmevollmacht an einen
Sachverständigen zur Abnahme gemeinschaftlichen Eigentums

2. Grundbuchrecht

OLG Dresden, 12.04.2011, 17 W 1272/2010 und 17 W 1273/2010
Verwendung einer transmortalen Vollmacht im Grundbuchverkehr und Voreintragung;
Nachweise bzgl. eines privatschriftlichen Gesellschaftsvertrag einer Gesellschaft
bürgerlichen Rechts **(mit Anmerkung Armin Steiner, Stuttgart)** **194**

3. Grundbuchrecht

OLG Frankfurt, 11.4.2011 - 20 W 69/11
Erfordernis der Zustimmung der Gläubiger von Grundpfandrechten
bei Aufteilung eines Grundstücks nach § 8 WEG **198**

4. Erbrecht

OLG München, 13.9.2011 – 31 Wx 298/11
Unwirksamkeit von Nachträgen zu einem Testament ohne Unterschrift; zur Auswertung
von mündlichen Vorträgen zur Existenz eines nicht mehr auffindbaren Testaments **200**

Buchbesprechung

Meyer-Götz; Familienrecht -Vereinbarungen, Verfahren und außergerichtliche Korrespondenz (Mensch) **204**

Die Erstreckungswirkung des Zuwendungsverzichts – eine Durchbrechung der erbrechtlichen Bindungswirkung?

(von Stefan Mattes, Notarvertreter und Timo Lutz, Notarvertreter)

A. Die gesetzliche Neuregelung

Durch das Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts vom 24. September 2009[1] wurde § 2352 BGB wie folgt geändert:

„Wer durch Testament als Erbe eingesetzt oder mit einem Vermächtnis bedacht ist, kann durch Vertrag mit dem Erblasser auf die Zuwendung verzichten. Das Gleiche gilt für eine Zuwendung, die in einem Erbvertrag einem Dritten gemacht ist. Die Vorschriften der **§§ 2347 – 2349** finden Anwendung."

Durch diese scheinbar geringfügige Änderung des Gesetzeswortlauts ergeben sich wie in Ziffer C dargestellt weitreichende Auswirkungen auf die notarielle Gestaltungspraxis. Dieser Beitrag soll diese eingehend untersuchen und für die notarielle Gestaltung Lösungsansätze aufzeigen.

B. Bisherige Rechtslage

1. Bindungswirkung

Bei der erbrechtlichen Bindungswirkung handelt es sich eine Beschränkung der Testierfreiheit des künftigen Erblassers[2]. Bindend angeordnet werden können kraft Gesetzes nur Erbeinsetzungen, Vermächtnisse und Auflagen[3]. Beim Erbvertrag tritt diese mit Abschluss des notariell beurkundeten Erbvertrages ein[4], beim gemeinschaftlichen Testament erst mit dem Tod des zuerstversterbenden Ehegatten[5]. Weiterer Ausfluss der Bindungswirkung ist, dass ein Rücktritt/Widerruf von vertragsmäßigen bzw. wechselbezüglichen Verfügungen zu Lebzeiten des Vertragspartners/Ehegatten nur in notariell beurkundeter Form nebst Zustellung einer Ausfertigung[6] durch den Gerichtsvollzieher[7] möglich ist. Zweck dieses förmlichen Verfahrens ist die Offenkundigkeit des Rücktritts/Widerrufs, so dass der Vertragspartner/Ehegatte von diesem Kenntnis erlangt und auf die veränderte Situation durch Errichtung einer neuen Verfügung von Todes wegen reagieren kann[8]. Der Überlebende hat beim gemeinschaftlichen Testament nach Annahme der Erbschaft kein Widerrufsrecht mehr. Er kann sich allerdings von der Bindungswirkung befreien, indem er das ihm Zugewendete ausschlägt[9]. Beim Erbvertrag kann dieses Recht[10] (sofern ein Rücktrittsrecht vorbehalten ist) gemäß § 2298 Abs. 3 BGB abbedungen werden, so dass die erbrechtliche Bindung sogar noch verschärft werden kann.

Die Bindungswirkung hat jedoch nicht nur Auswirkungen auf die Testierfreiheit, sondern beschränkt ab ihrer Entstehung auch das Recht des künftigen Erblassers zu Verfügungen unter Lebenden, soweit diese in Beeinträchtigungsabsicht erfolgen[11].

2. Zuwendungsverzicht

a) Rechtsnatur

Der Zuwendungsverzicht als abstraktes Verfügungsgeschäft unter Lebenden auf den Todesfall[12] ist in § 2352 BGB geregelt und wird wie ein Erbverzicht gem. §§ 2346, 2347 BGB abgeschlossen. Hierbei wird differenziert zwischen testamentarischen und erbvertraglichen Zuwendungen, wobei die Anwendbarkeit des § 2352 BGB bei erbvertraglichen Zuwendungen nach dem Wortlaut des Gesetzes nur auf Zuwendungen an Dritte[13] eröffnet ist. Der Erblasser muss bei Abschluss des Zuwendungsverzichtsvertrags grundsätzlich höchstpersönlich handeln[14]. Auf Seiten des Verzichtenden, der nicht als Erblasser testiert hat, ist auch eine rechtsgeschäftliche Vertretung möglich.

b) Zweck und Voraussetzungen

Zweck des Zuwendungsverzichtes ist primär, eine bestehende Bindungslage zu beseitigen[15]. Allerdings kann der Zuwendungsverzicht als Gestaltungsmittel grundsätzlich erst dann gewählt werden, wenn keine vorrangige erbrechtliche Beseitigungsmöglichkeit kraft Gesetzes besteht. Hier ist beim gemeinschaftlichen Testament der Widerruf gem. § 2271 Absatz 1 iVm § 2296 BGB vorrangig[16]. Das heisst zu Lebzeiten beider Ehegatten kann deswegen ein Zuwendungsverzicht nicht wirksam geschlossen werden.

Beim Erbvertrag sind die vorrangigen Möglichkeiten des vorbehaltenen bzw. gesetzlichen Rücktrittsrechts[17], des Änderungsvorbehalts[18], Abschluss eines neuen gemeinschaftlichen Ehegattentestaments[19] bzw. Erbvertrags und der Abschluss eines Aufhebungsvertrages gem. § 2290 BGB zu

1 BGBl. I Nr. 63, S. 3142ff
2 Instruktiv zur erbvertraglichen Bindung: Musielak in ZEV 2007, 245 ff.
3 § 2278 Absatz 2 BGB beim Erbvertrag; § 2270 Absatz 3 BGB beim gemeinschaftlichen Testament
4 § 2289 Absatz 1 BGB
5 § 2271 Absatz 1 Satz 2 BGB
6 NJW 1960, 33; BGHZ 36, 201 = NJW 1962, 736; BGHZ 48, 374 = NJW 1968, 496 = DNotZ 1968, 360
7 §§ 2296 Absatz 2, 130, 132 BGB
8 Lange/Kuchinke § 24 VI 1.1. Seite 452
9 § 2271 Abs. 2 Satz 1 BGB
10 Ausschlagungsrecht
11 MüKo § 2271 Rn. 45; RGZ 58, 64, 65; BGHZ 82, 274, 278 = NJW 1982, 43; §§ 2287, 2288 BGB analog beim gemeinschaftlichen Testament bzw. in direkter Anwendung beim Erbvertrag
12 Bamberger/Roth § 2352 BGB Rn. 1
13 Im Umkehrschluss können die Vertragsschließenden des Erbvertrages grundsätzlich keinen Zuwendungsverzichtsvertrag abschließen, wenn sie als Erblasser zugleich Begünstigte sind. Sie gelten somit nicht als Dritte iSd § 2352 BGB
14 Allerdings ist eine gesetzliche Vertretung zulässig siehe § 2347 BGB unter dem weiteren Erfordernis einer gerichtlichen Genehmigung
15 OLG Hamm Rpfleger 1982, 148
16 Zimmer befasst sich in ZEV 2007, 159 ff ausführlich mit der Möglichkeit des Widerrufs bei Geschäftsunfähigkeit des Widerrufgegners; Zimmer kommt nach ausführlicher Analyse zum Ergebnis, dass ein Widerruf zu Lebzeiten des Widerrufgegners stets möglich ist, sofern nur ein gesetzlicher Vertreter mit dem entsprechenden Aufgabenkreis vorhanden ist
17 §§ 2293 – 2295 BGB
18 Hierzu Keim in NJW 2009, 818 ff mit Formulierungsvorschlag
19 § 2292 BGB

beachten. Allerdings sind hier beim Erbvertrag nach richtiger Ansicht[20] folgende Ausnahmen zu machen:

- Abschluss eines Erbvertrages zwischen mehr als zwei Personen;
- Geschäftsunfähigkeit eines Vertragsschließenden des Erbvertrages, da hier der Abschluss eines Aufhebungsvertrags gem. § 2290 BGB wegen der formellen Höchstpersönlichkeit[21] ausgeschlossen ist; beim Zuwendungsverzicht ist eine gesetzliche Vertretung auch auf Seiten des Erblassers möglich[22]

Möglich ist somit der Abschluss eines Zuwendungsverzichtsvertrages in folgenden Fällen:

- Nach Eintritt der Bindungslage beim gemeinschaftlichen Testament mit dem Tod des zuerststerbenden Ehegatten;
- Beim Erbvertrag nach Tod oder Geschäftsunfähigkeit des Vertragspartners;

Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass auch bei einem einseitigen Testament ein Zuwendungsverzicht möglich sein muss[23], nämlich dann, wenn der Testierende testierunfähig ist[24] und damit ein Widerruf des Testaments gem. § 2253 ff BGB ausscheidet. Einer Stellvertretung durch einen gesetzlichen Vertreter steht auch hier die formelle Höchstpersönlichkeit des § 2064 BGB entgegen.

c) Anfechtungs- bzw. Ausschlagungsrecht vs. Zuwendungsverzicht

An dieser Stelle soll kurz diskutiert werden, ob nicht ein möglicherweise bestehendes Anfechtungsrecht[25] oder Ausschlagungsrecht[26] die Abschlussmöglichkeit eines Zuwendungsverzichtsvertrags ausschließt. Dies wäre dann zu bejahen, wenn diese Erklärungen einem testamentarischen Widerruf gleichzustellen wären, da diese Beseitigungsmöglichkeit, wie oben aufgezeigt, vorrangig zu beachten ist. Sowohl beim Anfechtungsrecht als auch beim Ausschlagungsrecht, handelt es sich um erbrechtliche Gestaltungsrechte[27], die in ihren Voraussetzungen an enge Grenzen gebunden sind. Ein erbrechtliches Gestaltungsrecht ist jedoch einem Widerrufstestament nicht gleichzustellen, da es sich nicht um eine letztwillige Verfügung handelt, was sich insbesondere an der fehlenden formellen Höchstpersönlichkeit zeigt[28]. Weiteres Argument hierfür ist, dass die Anfechtung lediglich subsidiären Charakter im Verhältnis zur Auslegung von letztwilligen Verfügungen hat[29] und somit ein bereits subsidiäres Gestaltungsmittel nicht zur Anwendungsvoraussetzung eines Zuwendungsverzichtsvertrages erhoben werden kann. Für die Ausschlagung kann nichts anderes gelten, da hier sogar eine rechtsgeschäftliche Vertretung möglich ist[30]. Es bleibt somit festzuhalten, dass ein Zuwendungsverzichtsvertrag auch bei bestehenden Anfechtungs- oder Ausschlagungsrecht zulässig ist. Dies gebietet nicht zuletzt die Rechtssicherheit und Rechtsklarheit und das Interesse der Vertragsparteien des Zuwendungsverzichts an der Verbindlichkeit ihres erklärten Willens.

d) Formale Voraussetzungen

Vertragsparteien des Zuwendungsverzichtsvertrags sind der Erblasser und der Bedachte. Der Erblasser muss grundsätzlich persönlich handeln, allerdings ist bei Geschäftsunfähigkeit eine gesetzliche Stellvertretung[31] möglich. Auf Seiten des Bedachten ist sowohl gesetzliche als auch rechtsgeschäftliche Stellvertretung möglich; der Vertragsschluss kann auch durch Angebot und Annahme erfolgen[32]. Der Vertrag bedarf gem. § 2348 BGB der notariellen Beurkundung.

Gegenstand des Zuwendungsverzichts kann nur eine Zuwendung sein, die in einer bereits errichteten Verfügung von Todes wegen zugewandt ist. Der Verzicht auf eine zukünftige Zuwendung ist nicht möglich[33]. Ebenfalls nicht möglich ist der Verzicht auf eine Auflage, da es hier an einem Berechtigten fehlt, der auf die Zuwendung verzichten könnte[34]. Gleiches gilt für ein gesetzliches Vermächtnis[35], da es hier an einer letztwilligen Zuwendung fehlt.

Die Vereinbarung einer Bedingung und/oder Befristung beim Zuwendungsverzicht ist ebenfalls möglich, hierbei ist jedoch zu beachten, dass im Interesse einer sicheren Vertragsgestaltung der Eintritt der Bedingung oder der Endtermin für die Befristung vor dem Erbfall liegen sollte, da die Rechtsprechung für den Erb- und Pflichtteilsverzicht verlangt, dass die erbrechtliche Rechtslage auf einem sicheren und für den Rechtsverkehr eindeutigen Rechtsboden stehen muss[36]. Für den Zuwendungsverzichtsvertrag mag dies in Bezug auf Erbeinsetzungen vertretbar erscheinen[37], nicht jedoch für rein schuldrechtliche Ansprüche (Vermächtnisse, Auflagen), da hier keine auf den Zeitpunkt des Todes des Erblassers erfolgende Universalsukzession stattfindet und somit in jedem Falle lediglich schuldrechtliche Ansprüche bestehen.

20 Mayer in Bamberger/Roth § 2352 BGB Rn. 11, 12; Nieder in Handbuch der Testamentsgestaltung 3. Auflage S. 861 Rn. 33
21 § 2064 BGB
22 Musielak in MüKo § 2347 BGB Rn. 10
23 Mayer in Bamberger/Roth § 2352 BGB Rn. 3 und Palandt § 2352 BGB Rn. 1 jedoch nur andeutungsweise zur Zulässigkeit
24 Da hier ein rechtliches Hindernis zur Ausübung der Testierfreiheit besteht und der Wortlaut der Norm keine einschränkende Auslegung gebietet, muss auch hier ein Zuwendungsverzichtsvertrag möglich sein
25 Selbstanfechtungsrecht des Erblassers § 2281 BGB, welches analog auch auf das gemeinschaftliche Testament anzuwenden ist NJW 1962, 1913, FamRZ 1970, 79, MüKo § 2271 Rz. 36
26 § 2271 Absatz 2 Satz 1 BGB beim gemeinschaftlichen Testament, § 2298 Absatz 2 Satz 3 BGB beim Erbvertrag
27 Das Anfechtungsrecht der §§ 2078 ff BGB fußt nach Lange/Kuchinke § 36 1. a) Seite 838 auf den Grundsätzen der Anfechtung unter Lebenden; dieses muss auch für das Selbstanfechtungsrecht des Erblassers gelten, da es sich lediglich um einen Spezialfall der erbrechtlichen Anfechtung handelt
28 Denn das Selbstanfechtungsrecht des Erblassers kann nach dem Tod des Erblassers unter bestimmten Voraussetzungen auch durch dessen Erben ausgeübt werden
29 Leipold in MüKo § 2078 BGB Rn. 10
30 § 1945 Absatz 3 BGB; Leipold in MüKo § 1945 BGB Rn. 11
31 § 2352 iVm § 2347 Absatz 2 Satz 2 BGB
32 OLG München JFG 17, 181 = JW 1938, 1244; DNotZ 1978, 300; MüKo § 2348 Rn. 3
33 BGHZ 30, 261, 267
34 Mayer in Bamberger/Roth § 2352 Rn. 2
35 §§ 1930, 1969 BGB
36 NJW 1978, 1156, 1159
37 Andere Ansicht Nieder in Handbuch der Testamentsgestaltung 3. Auflage § 19 Rn. 14 Seite 851

Der Verzicht kann sich zunächst auf einzelne von mehreren letztwilligen Zuwendungen beschränken. Im Interesse einer sicheren Vertragsgestaltung empfiehlt es sich in einer solchen Situation, den Gegenstand des Zuwendungsverzichts genau zu bezeichnen.

Formulierungsvorschlag:

> *„Es wird Bezug genommen auf das notarielle Testament vom … (UR …, welches inhaltlich bekannt ist); dieses liegt in beglaubigter Abschrift bei der heutigen Beurkundung zur Durchsicht vor. Der heutige Zuwendungsverzicht soll nur die nachstehenden, abschließend aufgeführten Zuwendungen beseitigen:*
>
> *1. ...*
> *2. …*
> *3. …*
>
> *Es wird ausdrücklich erklärt, dass sämtliche weiteren zu Gunsten des Verzichtenden getroffenen letztwilligen Zuwendung wirksam bestehen bleiben. Auf die Bedeutung und Folgen dieses auf einzelne Zuwendungen beschränkten Verzichts wurden die Beteiligten durch den beurkundenden Notar ausdrücklich hingewiesen.“*

Weiterhin kann der Verzicht auf einen ideellen Bruchteil der zugewendeten Erbquote beschränkt werden, nicht jedoch auf einzelne Nachlassgegenstände[38]. Zulässig ist es ebenfalls, dem Testierenden durch die Erklärung des Zuwendungsverzichts die Befugnis einzuräumen, den Bedachten mit Auflagen, Vermächtnissen, Testamentsvollstreckung oder Vor- und Nacherbfolge zu beschweren bzw. zu beschränken[39].

e) Rechtsfolgen

Durch den Zuwendungsverzicht wird eine letztwillige Verfügung nicht beseitigt, sondern vielmehr gegenstandslos[40]. Nach herrschender Meinung verhindert der Zuwendungsverzicht nur den Anfall der Zuwendung beim Verzichtenden[41]. Eine Auswirkung auf das gesetzliche Erbrecht ist mit dem Zuwendungsverzicht grundsätzlich nicht verbunden. Problematisch ist allerdings, dass der Bundesgerichtshof[42] und die obergerichtliche Rechtssprechung in Erb- und Pflichtteilsverzichtsverträgen einen konkludenten Zuwendungsverzichtsvertrag angenommen haben. Auch der Umkehrschluss erscheint daher möglich; der vorsichtige Kautelarjurist hat somit im Rahmen der Beurkundung eines Zuwendungsverzichtsvertrages den Willen der Beteiligten auch bezüglich des gesetzlichen Erb- und Pflichtteilsrechts zu ermitteln und diesbezüglich eine klare und eindeutige vertragliche Regelung zu treffen[43]. Zu beachten ist auch, dass der Zuwendungsverzicht keine übertragende Wirkung hat. Das bedeutet, dass nicht zugunsten eines Dritten die Zuwendung auf diesen übertragen werden kann[44] und dass der Testierende von seiner wiedergewonnenen Testierfreiheit Gebrauch machen muss, indem er eine neue Verfügung von Todes wegen errichtet. Erst hierdurch können die von ihm verfolgten erbrechtlichen Ziele verwirklicht werden. In der Literatur wurde bisher auch die Ansicht vertreten, dass eine übertragende Wirkung analog § 2350 Abs. 1 BGB eintritt[45].

f) Zuwendungsverzicht und Abkömmlinge des Verzichtenden nach alter Rechtslage

Ein Zuwendungsverzicht verhindert den Anfall der Zuwendung an den Bedachten. Durch die Vorversterbensfiktion[46] wird die Zuwendung gegenstandslos. Die Gegenstandslosigkeit stellt keine Nichtigkeit im Sinne des § 2270 Abs. 1 BGB bzw. § 2298 Abs.1 BGB dar, so dass die hiermit wechselbezüglichen Verfügungen nicht automatisch unwirksam werden. In Bezug auf den Verzichtenden besteht somit für den Erblasser die Möglichkeit, im Einvernehmen mit diesem, die zugunsten des Verzichtenden angeordnete Zuwendung zu beseitigen, ohne dass hiervon die übrigen Verfügungen berührt werden.

Verzichten können neben den ausdrücklich genannten Bedachten auch die stillschweigend oder ausdrücklich benannten Ersatzbedachten[47]. Allerdings werden die Fälle einer stillschweigenden Ersatzberufung von den Beteiligten oft nicht bedacht[48]. Im Rahmen der notariellen Gestaltung kommt dem Notar hier eine wichtige Aufgabe zu. Er hat die Beteiligten auf diesen Umstand hinzuweisen und eine tragfähige Regelung zu treffen. Er muss insbesondere den Willen der Beteiligten erforschen[49] und diesem zur Geltung verhelfen.

Hierbei kann es auch erforderlich werden, einen Pfleger für unbekannte Beteiligte[50] zu bestellen, welcher den Verzichtsvertrag für diese abschließt[51]. Der Zuwendungsverzichtsvertrag bedarf in diesem Fall ebenfalls der familiengerichtlichen Genehmigung[52].

Häufig besteht der Wunsch des Erblassers darin, wieder erneut frei testieren zu können. Dies ist dann möglich, wenn alle bindend Bedachten auf ihre Zuwendung verzichten. Dies umfasst auch die Ersatzbedachten, sofern auch hier bezüglich dieser eine Bindungslage besteht. Dies ist insbesondere häufig in privatschriftlichen gemeinschaftlichen Ehegattentestamenten der Fall[53].

Beim Erbvertrag stellt sich diese Problematik in der Regel nicht im selben Umfang, da Notare von bindenden Ersatzberufungen in der Regel abraten[54]. Es zeigt sich bereits hier,

38 Mayer in Bamberger/Roth § 2352 Rn. 5
39 Strobel in MüKo § 2352 BGB Rn. 4
40 Dies kann insbesondere Auswirkungen bei wechselbezüglichen Verfügungen haben, da hier eine Gegenstandslosigkeit nicht automatisch die Nichtigkeit der hierzu korrespondierrenden Verfügung zur Folge hat.
41 Mayer in Bamberger/Roth § 2352 Rn. 15
42 DNotZ 1972, 500; OLG Frankfurt MittBayNot 1994, 235
43 Eine solche Gestaltung empfiehlt auch Nieder in Handbuch der Testamentsgestaltung, 3. Auflage, § 19 Rn. 42 ff.
44 Nieder in Handbuch der Testamentsgestaltung 3. Auflage § 19 Rn. 44; Strobel in MüKo § 2352 BGB Rn. 4 Fn 11; Reul MittRhNotK 1997, 384
45 Lange/Kuchinke, 5. Auflage, § 7 III 2 c); BGH NJW 1974, 43
46 Strobel in MüKo § 2352 BGB Rn. 12
47 Staudinger/Ferid/Cieslar § 2352 BGB Rn. 26
48 Aufgrund Testamentsauslegung oder gar gesetzlicher Auslegungsregelung gemäß § 2069 BGB; Leipold in MüKo § 2069 BGB Rn. 1
49 Frenz in Eylmann/Vaasen, 2. Auflage § 17 BeurkG Rn. 4
50 § 1913 BGB
51 Würzburger Notarhandbuch, 2. Auflage, Seite 1930 Rn. 512
52 §§ 1915 i.V.m. 2347 Abs. 1 BGB
53 § 2289 BGB analog.
54 Nieder in Handbuch der Testamentsgestaltung § 19 Rn. 39

dass es an der Mitwirkung der Ersatzberufenen scheitern kann. Denn, ob diese auf eine Zuwendung verzichten wollen oder können, ist oft fraglich.

Hier muss insbesondere die Genehmigungsbedürftigkeit gemäß § 2347 Abs.1 BGB beachtet werden. Folge dessen ist, dass ein Zuwendungsverzichtsvertrag durch einen gesetzlichen Vertreter in der Regel nicht genehmigt werden kann, wenn dieser (teil-)unentgeltlich geschlossen wird. Auch bei der Teilentgeltlichkeit ist eine Genehmigungsfähigkeit in Frage zu stellen bzw. schwer zu erreichen, auch wenn hier noch andere Aspekte des Wohls des Vertretenen[55] zu berücksichtigen sind. Nach einer strengen Ansicht in der Literatur, kommt eine Genehmigung nur bei einem vollentgeltlichen Zuwendungsverzichtsvertrag in Betracht[56].

Eines der Hauptprobleme vor der Gesetzesänderung war, dass sich der Zuwendungsverzicht gemäß § 2352 BGB nicht automatisch auf die Abkömmlinge des Verzichtenden als Ersatzberufene erstreckt hat. Dies entnahm die herrschende Meinung aus dem Wortlaut des § 2352 BGB und der damit einhergehenden fehlenden Verweisung auf die Vorschrift des § 2349 BGB[57]. Wie bereits dargestellt, wird die Verfügung des Verzichtenden lediglich gegenstandslos und lässt die übrigen getroffenen Verfügungen in ihrer Wirksamkeit unberührt. Folge dessen ist, dass eine ausdrücklich bindend angeordnete Ersatzberufung oder /und Anwachsung[58] durch den Zuwendungsverzicht ihre Wirksamkeit entfaltet und nicht beseitigt werden kann. Der Erblasser bleibt weiterhin in seiner Testierfreiheit eingeschränkt, allerdings nun in Bezug auf andere Bedachte.

Anders stellt sich die Rechtslage dar, wenn eine bindende Ersatzberufung nur durch die kumulative Anwendung der Auslegungsregeln der §§ 2069, 2270 Abs. 2 BGB zustande kommen würde. In diesem Fall hat die Rechtsprechung[59] eine Bindungslage verneint. Der Überlebende kann somit in diesem Fall diese Ersatzberufung einseitig durch Errichtung einer Verfügung von Todes wegen ändern.

Bisher kam man schon nach der alten Rechtslage zu einer Quasi-Erstreckungswirkung, wenn eine ausdrückliche Ersatzberufung nicht vorlag und der Zuwendungsverzicht vollentgeltlich erfolgte. Dies erfolgte allerdings nicht über das Institut des Zuwendungsverzichtsvertrages, sondern mittels Auslegung der Verfügung von Todes wegen, in welcher die Zuwendung getroffen worden ist[60]. Es handelt sich jedoch in diesem Fall lediglich um eine tatsächliche Vermutung, so dass der Gegenbeweis möglich ist. Allein auf dies kann sich der Erblasser somit nicht verlassen. Der beurkundende Notar ist auch hier in der Pflicht eine vorsorgende vertragliche Regelung zu treffen. Noch problematischer stellt sich natürlich die Rechtslage dar, wenn lediglich ein (teil-)entgeltlicher Zuwendungsverzicht erfolgt ist.

C. Analyse der gesetzlichen Neuregelung auf den Zuwendungsverzicht

Wie bereits oben dargestellt, wird § 2349 BGB ausdrücklich in den Wortlaut des § 2352 BGB aufgenommen. Nach der Gesetzesbegründung handelt es sich bei § 2349 BGB um eine gesetzliche Vermutung[61]. Hintergrund für die Neuregelung war nach der Gesetzesbegründung, eine Doppelbegünstigung eines Stammes beim vollentgeltlichen Verzicht zu vermeiden, und die bisherigen tatsächlichen Vermutungen der Rechtssprechung in gesetztes Recht umzusetzen. Damit scheint sich die vorstehend näher dargestellte Problematik hinsichtlich der Bindungslage in Bezug auf konkludent – für manchen auch hinsichtlich bindend eingesetzter – Ersatzberufener erledigt zu haben. Die Gesetzesbegründung führt weiter aus, dass der Erblasser nun auch bei einem unentgeltlichen Zuwendungsverzicht frei von Todes wegen testieren kann und eine eventuelle Bindungslage entfällt[62]. Fraglich ist nach unser Ansicht jedoch, ob diese pauschale Aussage und damit verbundene Wirkung aufrecht erhalten werden kann, oder ob nicht vielmehr eine differenzierte Einzelfallbetrachtung angebracht erscheint.

Nach Keim und der bisherigen Literatur zu § 2349 BGB handelt es sich bei § 2349 BGB um eine **Dispositivnorm**. Insbesondere Muscheler[63] stellt dar, dass es sich hierbei im Rahmen des Abschlusses eines Erb- und Pflichtteilverzichtsvertrages um eine gesetzliche Rechtsfolge handelt, die eintritt, ohne dass es einer ausdrücklichen Erklärung der Vertragsschließenden bedarf. Lediglich kann die Rechtsfolge der Erstreckung durch Vereinbarung der Vertragsschließenden abbedungen werden.

Dies ist beim Erb- und Pflichtteilsverzichtsvertrag unter dem Gesichtspunkt, dass hier lediglich ein eigenständiger Vertrag ohne letztwillige Verfügung geschlossen wird durchaus richtig und dogmatisch gut haltbar, handelt es sich doch im Erbfall um gesetzliche Ansprüche, die unmittelbar in der Person des gesetzlichen Erben oder Pflichtteilsberechtigten entstehen. Jedoch ist dies beim Zuwendungsverzicht nach unserer Ansicht anders zu beurteilen. Dieser hat gerade die Beseitigung einer letztwilligen Ersatzberufung zum Gegenstand. Damit muss es sich bei § 2349 BGB in Hinblick auf den Zuwendungsverzichtsvertrag um eine gesetzliche Auslegungsregelung handeln[64]. Bereits die Gesetzesbegründung spricht in diesem Zusammenhang dem Erblasserwillen, nicht dem Willen der Vertragsschließenden, einen Vorrang zu. Auch der Wortlaut des § 2349 BGB lässt seine Anwendung im Rahmen eines Zuwendungsverzichts als Auslegungsregel[65] zu. Dies ist auch dogmatisch die richtige Betrachtung. Wie kann man es begründen, dass Vertragsschließende sich über einen ausdrücklich bindend angeordneten Willen des vorverstorbenen Erblassers/Vertragsschließenden auf diese einfache Art und Weise hinwegsetzen können. Jeder Erb-

55 Insbesondere der Familienfrieden.
56 Würzburger Notarhandbuch, 2. Auflage, Seite 1930 Rn. 512
57 Nieder in Handbuch der Testamentsgestaltung 3. Auflage § 19 Rn. 35 m.w.N.
58 §§ 2096, 2094, 2158 BGB
59 OLG München DNotZ 2007, 39 = Rpfleger 2007, 146 ff. Grundlegend BGH vom 16.1.2002, IV ZB 20/01; ZEV 2002, 150 = DNotZ 2002, 661 = NJW 2002, 1126
60 BGH NJW 1974, 43,44, OLG Düsseldorf DNotZ 1974, 231, BayObLG NJW-RR 1997, 1027
61 Gesetzesentwurf der Bundesregierung S.58
62 Gesetzesentwurf der Bundesregierung S.58
63 Dogmatische Betrachtung der Norm durch Muscheler in ZEV 1999, 50
64 So nach unserer Ansicht auch bereits die Gesetzesbegründung BT Drucksache 96/08 zu Nummer 31
65 Auch wenn bei § 2349 BGB nicht formuliert ist, dass die Erstreckung im Zweifel eintritt, spricht dies nicht gegen eine Auslegungsregel, wenn man beispielsweise § 2073 BGB betrachtet. Hier ist unzweifelhaft eine gesetzliche Auslegungsregel gegeben.

lasser müsste in Zukunft um die Beständigkeit seiner Verfügung bangen. Dies kann nicht richtig sein, sondern der Ansatz des Einbezugs des Erblasserwillens[66] über die Auslegung erscheint unserer Ansicht nach richtig. Noch deutlicher lässt sich dies anhand eines Erbvertrages darstellen. Man bedenke es handelt sich hierbei auch um einen Vertrag, dessen vertragliche Wirkungen wiederum nach Meinungen in der Literatur durch einen anderen Vertrag (Zuwendungsverzichtsvertrag) zwischen anderen Vertragspartnern geändert werden könnte[67].

Nach den anderen Literaturmeinungen[68] handelt es sich jedoch ohne Berücksichtigung der gesetzlichen Neuregelung und Differenzierung zwischen Erbverzicht/Pflichtteilsverzicht auf der einen Seite und Zuwendungsverzicht auf der anderen Seite, in beiden Fällen um eine Dispositivnorm, die eine gesetzliche Folge herbeiführt, und keine Auslegungsregel darstellt. Allerdings ist es dem Willen des Erblassers bzw. Vertragsschließenden unterstellt, ob diese Norm keine Anwendung findet[69]. Diese Sichtweise würde in der notariellen Praxis erhebliche Sicherheit und Erleichterungen bedeuten, kann jedoch so undifferenziert nicht aufgestellt werden. Das gesetzgeberische Ziel einer Erstreckung des Zuwendungsverzichts auf Abkömmlinge bedeutet nicht gleichzeitig, dass der Erblasserwille unbeachtlich ist. Unseres Erachtens ging der Gesetzgeber davon aus, dass es sich bei § 2349 BGB um eine Auslegungsregel handelt[70].

Folge der Einordnung als gesetzliche Auslegungsregel ist, dass ein vertraglicher Ausschluss der Rechtsfolge des § 2349 BGB durch die Vertragschließenden nicht möglich ist, da das Gesetz für den Fall der Nichtfeststellung eines Erblasserwillens die Erstreckung auf die Abkömmlinge anordnet. Andererseits könnte man auch vertreten, dass das Gesetz vermutet, dass eine Erstreckung vom Erblasser nicht gewollt war, wenn die Vertragsschließenden die Erstreckung ausgeschlossen haben.

Es gilt daher zu untersuchen, wie sich diese dogmatische Ansicht in der Praxis auswirkt. Wie stellen sich nun solche Fälle dar, in denen ausdrückliche Ersatzbenennungen vorhanden sind? Man mag nur an den Fall denken, dass der Erblasser in einem gemeinschaftlichen Testament oder Erbvertrag einen ausdrücklichen Ersatzerben oder Ersatzvermächtnisnehmer bestimmt hat. Hier könnte die Erstreckungswirkung des § 2349 BGB – auf die der Notar ausdrücklich bei der Abfassung des Zuwendungsverzichts hinweisen wird – mit dem testierten Erblasserwillen im Widerspruch stehen.

Es ist daher zu untersuchen, wie sich das Verhältnis zwischen einem Zuwendungsverzicht und einer letztwilligen Verfügung des Erblassers nach der Neuregelung darstellt. Es gilt daher zwischen einer bindend angeordneten und nicht bindend angeordneten Ersatzberufung zu unterscheiden.

Zunächst bedarf es einer Differenzierung zwischen letztwilligen Verfügungen, die vor der Gesetzesänderung errichtet worden sind und solcher danach. Für erste gilt, dass in der Regel ein wirklicher Erblasserwille, der sich mit der Problematik Zuwendungsverzicht und Erstreckungswirkung beschäftigt hat, nicht feststellbar sein wird. Damit steht nur das Institut der ergänzenden Auslegung zur Verfügung. Anders wird sich dies bei der Errichtung letztwilliger Verfügungen nach der Gesetzesänderung verhalten. Hier kommt eine nachträgliche Lücke nicht in Betracht. Vielmehr gilt es in diesen Fällen zunächst zu prüfen, ob sich aus der letztwilligen Verfügung ein wirklicher oder mutmaßlicher Erblasserwillen ermitteln lässt. Ist dies nicht der Fall, dann bedarf es auch hier der ergänzenden Auslegung mit dem Unterschied, dass eine anfängliche Lücke besteht. Erst dann wird man zur gesetzlichen Auslegungsregel des § 2349 BGB kommen.

a) nicht bindende ausdrückliche Ersatzberufung

Wenn der zuerststerbende Erblasser/Vertragspartner und der überlebende Erblasser/Vertragspartner einseitig eine Ersatzberufung angeordnet haben besteht in diesem Fall zunächst kein Bedürfnis für einen Zuwendungsverzicht und die damit verbundene Erstreckungswirkung des § 2349 BGB, da der Überlebende jederzeit in der Lage ist, die einseitige Ersatzberufung durch eine neue Verfügung von Todes wegen zu ändern. Bei einer einseitigen Verfügung ist im Rahmen der Testamentsauslegung allein der Wille des Überlebenden zur Zeit der Errichtung der Verfügung von Todes wegen maßgeblich[71]. Schließt der Überlebende den Zuwendungsverzichtsvertrag selbst ab, stellt dies unserer Ansicht nach keine Änderung in Bezug auf die Auslegung der Verfügung von Todes wegen dar. Auch hier ist die Auslegung seines Willens zur Zeit der Errichtung maßgeblich. Eine nachträgliche Willensänderung ist grundsätzlich nicht von Bedeutung[72]. Allein der Abschluss eines Zuwendungsverzichtsvertrages hat somit keine Auswirkung auf die Ersatzberufung. Vielmehr bedarf es nach unserer Ansicht eines ausdrücklichen Widerrufs selbiger. Dieser kann jedoch auch in dem Abschluss des Zuwendungsverzichtsvertrages gesehen werden. Hierbei wäre dies jedoch lediglich ein konkludenter Widerruf. Deshalb ist es dem beurkundenden Notar zu raten, diesen Fall ausdrücklich im Zuwendungsverzichtsvertrag zu regeln. D.h. es sollte eine Erklärung des Erblassers im Zuwendungsverzichtsvertrag aufgenommen werden, dass dieser die Ersatzberufung widerruft.

Noch schwieriger stellt sich die Rechtslage dar, wenn der überlebende Erblasser testierunfähig ist. Hier handelt der Betreuer als gesetzlicher Vertreter auf Seiten des Erblassers. Damit ist auch kein Widerruf der Verfügung von Todes wegen

66 Im Übrigen ist dies auch dem Gesetzesentwurf zu entnehmen; siehe Gesetzsbegründung BT Drucksache 96/08 zu Nummer 31

67 Lange/Kuchinke § 7 III 1 a) verneinen die Möglichkeit der Aufhebung des Zuwendungsverzichtsvertrages nach dem Tod des verzichtenden Vertragspartners. Wenn bereits dies nicht möglich ist, wie sollte dann erst die Möglichkeit bestehen ein bestehendes Vertragsverhältnis (Erbvertrag) nach dem Tod des Vertragspartners durch ein anderes zeitlich später folgendes Vertragsverhältnis (Zuwendungsverzichtsvertrag) mit einem Dritten zu ändern ohne Berücksichtigung des Willens des vorverstorbenen Erblassers/Vertragspartners.

68 Wälzholz, DStR 2009, 2104, 2108; Odersky, Notar 2009, 362, 365; DNotI 2009 Heft 22

69 Strobel in MüKo § 2349 Rz. 2; insoweit missverständlich Keim in 7. Jahresarbeitstagung des Notariats in Würzburg 2009, Seite 351, der die Erstreckungswirkung unabhängig vom Willen der Verzichtenden gelten lässt

70 Sowohl im Gesetzesentwurf zu Nummer 32 BT Drucksache 96/08 und BT Drucksache 16/8954 wird davon gesprochen, dass vermutet wird, dass sich der Verzicht auf die Abkömmlinge erstreckt. „Will der Erblasser diese Folge ausschließen, muss er künftig ausdrücklich bestimmen, dass diese vermutete Erstreckung nicht gilt."

71 Nieder in Handbuch der Testamentsgestaltung, 3. Auflage § 23 Rn. 11

72 BGH WPM 1972, 780; BayObLG NJW-RR 1996, 1351

möglich, da hierbei Höchstpersönlichkeit gemäß § 2064 BGB vorausgesetzt wird.

Da es sich beim Zuwendungsverzicht, der durch einen Betreuer abgeschlossen wird, eben gerade nicht um einen höchstpersönlichen Widerruf einer letztwilligen Verfügung handelt, muss die Frage der „Erstreckung" auf die Abkömmlinge des Verzichtenden, weiterhin der Verfügung von Todes wegen entnommen werden.

Zunächst kommt die Ermittlung des wirklichen Erblasserwillens im Rahmen der erläuternden Auslegung in Betracht. Ergibt sich kein wirklicher Wille, dann bedarf es der ergänzenden Auslegung, wenn die Verfügung von Todes wegen vor der Gesetzesänderung[73] errichtet worden ist, da insoweit eine planwidrige Lücke im Erblasserwillen vorliegt. Dem zur Folge steht dieses Institut grundsätzlich zur Anwendung offen. Zunächst muss bei der ergänzenden Auslegung das mit der letztwilligen Verfügung bezweckte Ziel des Erblassers in der letztwilligen Verfügung enthalten sein. Dieses Ziel muss Anhalt[74] in der Verfügung von Todes wegen gefunden haben. Bei der ausdrücklichen Ersatzberufung ist regelmäßig das Ziel des Erblassers, dass sein Vermögen innerhalb des begünstigten Familienstammes verbleibt. Die Andeutung ist somit in der ausdrücklichen Ersatzberufung zu sehen.

Somit ist festzustellen, dass im Falle der Testierunfähigkeit und einer einseitigen ausdrücklichen nicht bindenden Ersatzberufung die Erstreckungswirkung des § 2349 BGB keine Anwendung findet, da bereits im Wege der ergänzenden Auslegung ein hypothetischer Erblasserwille festgestellt wird.

Es setzt sich hier also der Erblasserwille zur Zeit der Errichtung der Verfügung von Todes wegen durch und es bedarf zur vollständigen Rechtssicherheit eines eigenen Verzichtes der Ersatzberufenen. Damit hat der beurkundende Notar bereits bei der Abfassung der Verfügung von Todes wegen diesen Fall zu regeln und die Beteiligten hierauf hinzuweisen. Damit müsste unserer Ansicht nach in diesem Fall die Wirkung des § 2349 BGB ausdrücklich bei der Ersatzberufung angeordnet werden. Dies wäre dann eine auflösend bedingte Ersatzberufung. Bedingung ist hier der wirksame Abschluss eines Zuwendungsverzichtsvertrages mit dem Zunächstbedachten.

b) bindend angeordnete ausdrückliche Ersatzberufung

Zu untersuchen ist nun der Fall, dass in einem Erbvertrag oder gemeinschaftlichen Ehegattentestament, eine vertragsmäßige[75] bzw. wechselbezügliche Ersatzberufung angeordnet ist. Man mag nur an Fälle aus der Praxis denken, bei dem die Testierenden ihr Vermögen auch im Falle des Vorversterbens der eigenen Kinder, ganz sicher innerhalb des eigenen Stammes wissen wollen. Konkret werden hier häufig die Enkelkinder zu bindenden Ersatzberufenen bestimmt.

Wie bereits untersucht, hat der Erblasserwille bereits bei einseitigen Ersatzberufungen Vorrang vor der gesetzlichen Vermutung des § 2349 BGB. Umso mehr muss dies für eine gemeinschaftliche, bindend angeordnete Verfügung gelten. Maßgeblich für die Auslegung einer vertragsmäßigen bzw. wechselbezüglichen Verfügung ist stets der gemeinschaftliche Wille der Verfügenden bzw. der Wille des Erklärenden, beurteilt aus dem Verständnishorizont des anderen Ehegatten[76]. Als Ausgangspunkt ist bei vertragsmäßigen Verfügungen in Erbverträgen und wechselbezüglichen Verfügungen in gemeinschaftlichen Testamenten zunächst der erklärte, übereinstimmende Wille beider Vertragsparteien im Zeitpunkt der Errichtung maßgeblich[77]. Es gelten somit sowohl beim gemeinschaftlichen Testament, als auch beim Erbvertrag hinsichtlich bindender Verfügungen die §§ 133, 157 BGB[78]. Maßstab der Auslegung ist somit auch der objektive Empfängerhorizont[79]. Dies gilt bei Erbverträgen noch in stärkerem Maße, als beim gemeinschaftlichen Testament[80].

Für den Zuwendungsverzichtsvertrag und die Erstreckungswirkung bedeutet dies, dass bei bindenden Ersatzberufungen in der Regel eine Erstreckungswirkung nach § 2349 BGB ausscheiden wird, da im Rahmen der ergänzenden Auslegung in diesem Fall der notwendige Anhalt für den Fortbestand der Ersatzberufung noch deutlicher in der Verfügung von Todes wegen enthalten ist. In der Regel entspricht es gerade dem Willen des anderen Testierenden bzw. Vertragspartners, dass die Ersatzberufung bestand haben soll[81]. Es bleibt somit festzustellen, dass es unserer Ansicht nach kaum möglich sein wird, über eine entsprechende Auslegung zur Anwendbarkeit der Wirkungen des § 2349 BGB zu gelangen.

Im Rahmen einer erläuternden oder ergänzenden Auslegung hätten sich die Erblasser bzw. Vertragspartner nämlich einen Willen bilden müssen, der sich gerade auf diese Rechtsfolge bezieht. Wegen der bisherigen Rechtslage wird man dies jedoch kaum vertreten können.

Soll also eine möglichst sichere notarielle Gestaltung gewählt werden, so ist die letztwillige Verfügung entsprechend auszugestalten; beim nachträglichen Zuwendungsverzicht kann unseres Erachtens nur ein eigenständiger Verzicht aller bindend bedachten Ersatzberufenen Rechtssicherheit bieten. Auch Kanzleiter[82] hat bereits in seiner Festschrift für Olaf Werner[83] richtigerweise den Ansatzpunkt zur Beseitigung der mit dem Zuwendungsverzicht verbundenen Problematiken bei der letztwilligen Verfügung gesucht. Anders als Kanzleiter, der weiterhin § 2349 BGB als Dispositivnorm betrachtet, kann man jedoch bereits unter Zuhilfenahme der Gesetzesbegründung § 2349 BGB im Lichte des Zuwendungsverzichtsvertrages als gesetzliche Auslegungsregel ansehen. Weitergehend als Kanzleiter ist dies nicht nur bei einer bindenden Ersatzberufung zu berücksichtigen,

73 Nieder in Handbuch der Testamentsgestaltung § 23 Rn. 30, Leipold in MüKo, Auflage 2004 zu § 2084 Rn. 104
74 BGH WPM 1964, 91; BGHZ 22, 357, 362
75 Im Erbvertrag kann es selbstverständlich vertragsmäßige und gleichzeitig wechselbezügliche Verfügungen geben, wie auch nur vertragsmäßige Verfügungen
76 Nieder in Handbuch der Testamentsgestaltung § 23 Rn. 13
77 BGH FamRZ 1983, 380, 381; BGH DNotZ 1990, 50; Litzenburger in Bamberger/Roth § 2084 BGB Rn. 42a
78 Musielak in MüKo vor § 2274 BGB Rn. 33
79 Leipold in MüKo § 2084 BGB Rn. 44
80 Leipold in MüKo § 2084 BGB Rn. 45
81 Siehe das oben genannte Beispiel
82 DNotZ 2009, 805 ff.
83 Hier ist insbesondere das von Kanzleiter aufgeführte Beispiel zur Verdeutlichung der negativen Auswirkungen der undifferenziert verstanden Anwendung des § 2349 BGB heranzuziehen.

sondern konsequenterweise auch bei einer ausdrücklichen einseitigen Ersatzberufung.

Ausdrücklich ist Kanzleiter zuzustimmen, wenn er vom Grundsatz des pacta sunt servanda ausgeht und damit die Aufhebelung eines elementaren Grundsatzes des deutschen Zivilrechts durch eine gesetzliche Bestimmung zurückweist. Würde man die Neuregelung wie die restlichen Stimmen in der Literatur verstehen, dann würde dies zu einer nicht mehr hinnehmbaren Aufweichung der Vertragssicherheit führen. Dies kann und darf nicht der Fall sein. Leider hat der Gesetzgeber den Ansatz von Kanzleiter nicht bereits im Gesetzgebungsverfahren aufgegriffen.

c) konkludente einseitige Ersatzberufung

Hiervon sind meistens solche Fälle erfasst, in denen Erblasser ein privatschriftliches Testament errichtet haben, den Fall des Wegfalls des unmittelbar bedachten jedoch nicht berücksichtigt haben. Solange der Erblasser testierfähig ist, kommt jederzeit ein Widerruf der letztwilligen Verfügung in Betracht. Problematisch wird die Situation also erst dann, wenn der Erblasser testierunfähig ist und sein gesetzlicher Vertreter einen Zuwendungsverzichtsvertrag abschließen möchte. Da hier gerade kein ausdrücklicher Wille des Testierenden vorhanden ist, findet in jedem Falle eine Auslegung des Erblasserwillens, ob eine Ersatzberufung gewollt ist, statt. Sollte sich hier im Wege der erläuternden bzw. ergänzenden Auslegung kein Wille feststellen lassen, so findet § 2069 BGB Anwendung. Fraglich ist, wie sich jetzt das Verhältnis des so gefundenen Auslegungsergebnisses mit der Auslegung gemäß § 2349 BGB verhält. Für den Fall, dass ein Wille des Erblassers aufgrund erläuternder oder ergänzender Auslegung gefunden wurde, ist dieser maßgeblich und eine Anwendung des § 2349 BGB ist nicht erforderlich.

Nun wird jedoch folgende Problematik aufgeworfen, wenn § 2069 BGB und § 2349 BGB zusammentreffen: Ist die Kummulation dieser beiden Vorschriften im Lichte der Rechtsprechung des BGH aus dem Jahre 2002[84] möglich?

Nach dem oben festgestellten, handelt es sich unserer Ansicht nach hier um zwei gesetzliche Auslegungsregeln. Die kummulative Anwendung ist somit nicht möglich. Es stellt sich somit die Frage, welche der beiden Auslegungsregeln Vorrang haben soll. Hier kann man gut den Vorrang der einen wie der anderen Auslegungsregel vertreten. Jedoch ist unserer Ansicht nach auch hier die bisherige Rechtssprechung zum vollentgeltlichen Zuwendungsverzicht zu beachten. Damit würde § 2349 BGB in diesem Fall vorrangig zu beachten sein mit der Folge, dass eine Erstreckung bei einem vollentgeltlichen Zuwendungsverzicht eintritt. Anders wäre dies zu sehen, wenn der Zuwendungsverzicht nicht vollentgeltlich geschlossen wird.

Für den Fall, dass der Erblasser testierunfähig ist und ein gesetzlicher Vertreter den Zuwendungsverzicht abschließt bedeutet dies, dass vorrangig der Erblasserwille zu beachten ist und erst wenn ein solcher nicht festzustellen ist, greift § 2349 BGB möglicherweise ein.

84 BGH NJW 2002, 1126 = ZEV 2002, 150 m.Anm. Otte = DNotZ 2002, 661 m.Anm. Schmucker; ebenso OLG München RNotZ 2007, 109 = Rpfleger 2007, 146

d) konkludent bindende Ersatzberufung

Eine konkludent bindende Ersatzberufung ist wie bereits dargestellt[85] nicht möglich. Somit kommt also nur eine konkludente, nicht bindende Ersatzberufung in Betracht, für die die vorstehend in c) gefundene Darstellung gilt.

e) Zwischenergebnis

Im Vergleich zum Erb- und Pflichteilsverzicht ist festzustellen, dass im Falle der Erstreckungswirkung beim Erb- und Pflichtteilsverzichtsvertrag lediglich der Wille der Vertragsschließenden beachtlich ist, diese Betrachtung für den Zuwendungsverzicht jedoch zu kurz greift.

Hier muss noch vielmehr der Wille des Erblassers Beachtung finden, weil hier neben dem Verzichtsvertrag noch ein ausdrücklicher Wille in der letztwilligen Verfügung niedergelegt wird, es also zwingenderweise zu einer Kollision von Erblasserwillen und gesetzlicher Vermutungswirkung kommt. Beim Erb- und Pflichtteilsverzicht, stellt sich diese Problematik nicht, da es sich hier um gesetzliche Rechte handelt, die ohne jeglichen Erblasserwillen[86] bestehen. Damit ist eine Erstreckung gemäß § 2349 BGB ohne Berücksichtigung des Erblasserwillens, der sich aus der letztwilligen Verfügung ergibt, weder möglich noch zulässig.

Nach unserer Ansicht handelt es sich somit um eine gesetzliche Auslegungsregel, deren Anwendungsbereich sehr gering ist. Die abweichende Vereinbarung der Vertragsschließenden über die Nichtanwendbarkeit der Erstreckungswirkung ist unserer Ansicht nach grundsätzlich unbeachtlich. Ausgenommen hiervon ist der Fall, dass bei einer nicht bindenden ausdrücklichen Ersatzberufung der Erblasser selbst den Zuwendungsverzichtsvertrag abschließt und in der Anordnung der Nichterstreckung des § 2349 BGB ein Widerruf der letztwilligen Ersatzberufung zu sehen ist.

D. Mögliche Auswirkungen der Neuregelung auf Genehmigungsverfahren gem. § 2347 BGB beim Familien- oder Betreuungsgericht

Wie bereits dargestellt, bedarf der Zuwendungsverzicht bei Beteiligung eines gesetzlich Vertretenen der gerichtlichen Genehmigung. Maßgeblich für die Erteilung der Genehmigung ist nach der bisherigen Literatur bzw. Rechtsprechung grundsätzlich eine vollwertige Abfindung des Verzichtenden – zumindest, wenn der Verzichtende der gesetzlich Vertretene ist[87].

Im Hinblick auf die gesetzliche Neuregelung möchten wir folgendes Beispiel zur Diskussion stellen:

Die Ehegatten M und F haben einen vollständig bindenden Erbvertrag ohne Änderungs- und Rücktrittsvorbehalte geschlossen. Hierin wurde der überlebende Ehegatte zum Alleinerben eingesetzt und zum Schlusserben der gemeinsame Sohn S, ersatzweise dessen Abkömmlinge nach der ersten gesetzlichen Erbfolgeordnung bestimmt. Das An-

85 Siehe oben B 2. f)
86 So auch Kanzleiter in DNotZ 2009, 808,809
87 Strobel in MüKo zu § 2347 BGB Rn. 5 ff; Mayer in Bamberger/Roth zu § 2347 BGB Rn. 3 ff

fechtungsrecht gem. § 2281 BGB i.V.m. §§ 2078, 2079 BGB wurde ausgeschlossen.

Mehrere Jahre nach dem Tod des M erscheint in der Notariatskanzlei die überlebende Ehefrau F zusammen mit dem Sohn S und tragen folgendes Anliegen vor: Sohn S möchte gegen eine Abfindung in Höhe von 500.000 € (derzeitiger Nachlass 1,5 Millionen €) auf seine Schlusserbeinsetzung verzichten. Die Witwe möchte bei dieser Gelegenheit die Erstreckungswirkung auf die Abkömmlinge nutzen, um ihren neuen Lebensgefährten zum Alleinerben einzusetzen. Sohn S hat mehrere Abkömmlinge, EK1 und EK2, die zur Zeit des Abschlusses des Zuwendungsverzichts beide noch minderjährig sind.

Folgt man hier der Ansicht, § 2349 BGB stelle auch beim Zuwendungsverzicht eine Dispositivnorm dar, so dass die Erstreckungswirkung in das Belieben der Vertragsschließenden gestellt wird, stellt sich die Lösung des dargestellten Beispiels nach dem Gesetzeswortlaut so dar, dass eine Genehmigung nicht erforderlich ist, da die Minderjährigen hier nicht Vertragspartei sind. Allerdings liegt hierbei die Schlussfolgerung nahe, § 2347 BGB auf einen solchen Zuwendungsverzicht analog anzuwenden, da hier dem Minderjährigen die Aussicht auf einen künftigen Rechtserwerb entzogen wird.

Eine analoge Anwendung kommt dann in Betracht, wenn eine Gesetzeslücke vorliegt und der hier wiedergegebene Sachverhalt mit einer gesetzlichen Regelung vergleichbar ist[88]. Der Gesetzgeber hat diesen Sachverhalt nicht bedacht. Für den Fall eines Erb- und/oder Pflichtteilsverzichtsvertrages ist klar, dass es hier einer gerichtlichen Genehmigung nicht bedarf, wenn der Minderjährige den Vertrag nicht selbst abschließt und der in der gesetzlichen Erbfolgeordnung vorgehende den Vertrag abschließt. Hier ist bereits in der gesetzlichen Erbfolge bzw. im Pflichtteilsrecht eine gesetzliche Rangfolge angelegt[89], so dass hier nicht einmal die Aussicht auf einen künftigen Rechtserwerb des Minderjährigen besteht. Anders verhält es sich jedoch im dargestellten Beispiel: hier besteht gerade bereits die Aussicht auf einen künftigen Rechtserwerb, auch wenn es sich „nur“ um eine bindende Ersatzberufung handelt. Eine Lücke ist damit zu bejahen. Auch liegt unseres Erachtens ein dem § 2347 BGB vergleichbarer Sachverhalt vor, da auch in diesem Fall dem Minderjährigen „etwas durch Vertrag seines gesetzlichen Vertreters genommen wird“. Erschwerend kommt noch hinzu, dass so lediglich der gesetzliche Vertreter etwas als Gegenleistung aus dem Zuwendungsverzicht erhält. Vergleicht man diese Situation mit dem Schutzzweck des § 2347 BGB und dem allgemeinen Grundsatz der Schutzbedürftigkeit Minderjähriger und Ihrer Rechtspositionen, so liegt der Schluss nahe, auch hier eine Genehmigung zu verlangen.

Ein Argument gegen diese Auffassung ist jedoch sicherlich die Intention des Gesetzgebers, der mit der Neuregelung eine Vereinfachung der bisherigen Rechtspraxis erreichen wollte. Würde man auch hier eine Genehmigung bejahen, wäre wenig gewonnen. Man könnte jedoch auch das Vorliegen einer Gesetzeslücke verneinen, da der Wortlaut des § 2349 BGB insoweit eindeutig ist.

Konsequenz einer analogen Anwendung des § 2347 BGB auf einen solchen Fall wäre, dass auch der Minderjährige Ersatzberufene einen Anteil an der Abfindung erhalten müsste. Für die notarielle Praxis bleibt allerdings zu hoffen, dass die Gerichte eine analoge Anwendung des § 2347 BGB bezüglich dieses Sachverhaltes verneinen. Im Übrigen ließe sich diese Problematik durch die bereits dargestellte auflösend bedingte Ersatzberufung vermeiden.

E. Analoge Anwendung der §§ 2289, 2287 BGB auf den Abschluss eines Zuwendungsverzichtsvertrages?

Sollte man davon ausgehen, dass sich die Rechtsansicht durchsetzt, die eine Erstreckungswirkung auch dann zulässt, wenn eine bindende Ersatzberufung vorliegt, stellt sich jedoch hier die Problematik, ob nicht gegen die Bindungslage des § 2289 BGB (analog) verstoßen wird. Durch den Abschluss eines Zuwendungsverzichtsvertrages mit Erstreckungswirkung würde es in das Belieben des überlebenden Ehegatten gestellt werden, ob eine bindende Verfügung gelten soll oder nicht. Zu prüfen ist nun, ob die Voraussetzungen des § 2289 BGB vorliegen. Dieser verlangt in direkter Anwendung das Vorliegen einer Verfügung von Todes wegen.

Dies ist hier zu verneinen, da der Zuwendungsverzichtsvertrag ein abstraktes Verfügungsgeschäft unter Lebenden auf den Todesfall ist. Eine direkte Anwendung scheidet somit aus. Jedoch kommt eine Analogie in Betracht. Die planwidrige Lücke könnte darin liegen, dass § 2289 BGB durch die Gesetzesänderung nicht angepasst worden ist und der Gesetzgeber hierauf in der Gesetzesbegründung nicht eingegangen ist. Somit ist anzunehmen, dass diese Problematik nicht bewusst gewesen ist. Ein vergleichbarer Sachverhalt ist unserer Ansicht nach gegeben, da auch hier mit dem Abschluss eines Zuwendungsverzichtsvertrages die bindend angeordnete letztwillige Verfügung des Erblassers durch den anderen Ehegatten beeinträchtigt wird. Es kann keinen Unterschied machen, ob dies durch eine frühere oder spätere letztwillige Verfügung von Todes wegen oder durch abstraktes Verfügungsgeschäft unter Lebenden auf den Todesfall erfolgt.

Damit ist unserer Ansicht nach eine analoge Anwendung des § 2289 BGB zu bejahen, wenn man nicht bereits § 2349 BGB als gesetzliche Auslegungsregel ansieht. Folge der analogen Anwendung des § 2289 BGB ist die Anwendbarkeit des § 2287 BGB in Bezug auf die an den Verzichtenden bezahlte Abfindung. § 2287 BGB setzt eine Schenkung und eine objektive Beeinträchtigung des bindend Bedachten voraus, sowie kein lebzeitiges Eigeninteresse des Erblassers. Eine Schenkung ist somit zu verneinen, wenn eine Gegenleistung vorliegt. Die Abfindung stellt die Gegenleistung für den erklärten Zuwendungsverzicht dar. Ansprüche nach § 2287 BGB würden nur dann entstehen, wenn die Gegenleistung in der Höhe über dem gesetzlichen Erbteil liegen würde[90].

88 BGH, Urt. v. 14.12.2006 – IX ZR 92/05, BGHZ 170,187,191 ff. = NJW 2007,992,993

89 § 1924 BGB

90 Siehe DNotZ 2009, 462 zum Erb- und Pflichtteilsverzichtsvertrag und dem Vorliegen von Pflichtteilsergänzungsansprüchen; diese Rechtssprechung ist unserer Ansicht auf § 2287 BGB gleichfalls anzuwenden.

F. Vor- und Nacherbfolge und Zuwendungsverzichtsvertrag

Zu untersuchen ist nunmehr, welche Auswirkungen der Abschluss eines Zuwendungsverzichtsvertrages auf die Anordnung einer Vor- und Nacherbfolge in einer Verfügung von Todes wegen hat. Regelmäßig wird in der notariellen Verfügung die Frage des Wegfalls des Vorerben und/oder des Nacherben geregelt; meistens dahingehend[91], dass die Abkömmlinge zu Ersatzvorerben bzw. Ersatznacherben berufen werden. Auch hier ist die Kollision der §§ 2352, 2349 BGB mit dem ausdrücklich oder konkludent[92] erklärten Erblasserwillen offensichtlich.

Wie bereits unter C dargestellt ist dieser Konflikt unseres Erachtens vorrangig über den Erblasserwillen zu lösen[93]. Es ist zwischen den Rechtspositionen des Vorerben, Ersatzvorerben, Nacherben, Ersatznacherben und sogar dem Fortbestand der Vor- und Nacherbfolge insgesamt zu unterscheiden. Unseres Erachtens ist hier jede Rechtsposition einzeln zu betrachten und die jeweilige Auswirkung eines Zuwendungsverzichts anhand des Erblasserwillens zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung zu ermitteln.

Ist in der Verfügung von Todes wegen eine ausdrückliche Ersatzberufung enthalten oder lässt sich eine solche im Wege der erläuternden oder ergänzenden Auslegung ermitteln, so kommt es für die Frage des Wegfalls selbiger auf den Erblasserwillen zur Zeit der Errichtung der letztwilligen Verfügung an. Lässt sich eine auflösend bedingte Ersatzberufung nicht entnehmen, so bleibt diese auch bei Abschluss eines Zuwendungsverzichtsvertrages bestehen. Folge hiervon ist, dass die Ersatzvorerbfolge eintritt. Regelmäßig sind die Abkömmlinge des Vorerben auch dessen Ersatzvorerben bzw. Nacherben. Daher werden diese aufgrund des Zuwendungsverzichts Vollerben, da sich die Rechtsstellung des Nacherben und Vorerben in einer Person vereinigt.

Würde sich aus der letztwilligen Verfügung ergeben, dass die Ersatzvorerbenstellung auflösend bedingt ist durch den Abschluss eines Zuwendungsverzichtsvertrages, hätte dies zur Folge, dass die Nacherbenstellung hiervon nicht berührt wird. Damit wäre eine Lücke in der Verfügung von Todes wegen gegeben. Vorrangig wäre auch hier wiederum die ergänzende oder erläuternde Auslegung heranzuziehen. Anschließend würde dann die gesetzliche Auslegungsregel des § 2102 BGB greifen, wonach die Nacherben zugleich Ersatzvorerben wären. Kann jedoch der letztwilligen Verfügung bereits eine auflösende Bedingung entnommen werden, so kann § 2102 BGB als gesetzliche Auslegungsregel nicht greifen. Der Erblasserwille ist hier dahingehend eindeutig, dass die Abkömmlinge nicht Ersatzvorerben sein sollen. Hiervon nicht berührt ist jedoch die Anordnung der Nacherbfolge bzw. Ersatznacherbfolge. Deren Schicksal muss wiederum gesondert betrachtet werden. Unseres Erachtens entfällt deshalb die Nacherbfolge bzw. Ersatznacherbfolge nicht bereits durch den Abschluss eines Zuwendungsverzichts mit dem Vorerben. Vielmehr bedarf es entsprechender ausdrücklicher Anordnungen in der Verfügung von Todes wegen oder aber des Abschlusses eigener Zuwendungsverzichtsverträge mit den Nacherben.

Kann der letztwilligen Verfügung kein ausdrücklicher, bzw. durch Auslegung ermittelter Erblasserwille entnommen werden, so greifen in „letzter Instanz“ die gesetzlichen Auslegungsregeln. Es kommt damit zu einer Kollision der Auslegungsregeln des § 2349 BGB und §§ 2102, 2105 BGB. Ein Vorrang einer der Auslegungsregeln ist dem Gesetz nicht zu entnehmen. Würde § 2102 BGB nicht eingreifen, somit § 2349 BGB vorrangig sein, dann würde jedoch gegebenenfalls die Anwendung des § 2105 BGB[94] im Raum stehen.

Damit wären die gesetzlichen Erben des Erblassers zu Vorerben berufen. Hierbei tritt die Problematik auf, dass auch eine gesetzliche Auslegungsregel einen Erblasserwillen vermutet. Offenkundig wäre es widersinnig, wenn der Verzichtende hier wiederum als gesetzlicher Erbe zur Vorerbenstellung berufen wäre. Dies kann nicht die Folge des § 2105 BGB sein. Sind andere gesetzliche Erben vorhanden, dann sind diese zu Vorerben kraft Gesetzes berufen. Sind dies wiederum die Abkömmlinge des Verzichtenden, so sind diese Vollerben aufgrund Vereinigung der Erbenstellungen als Vor- und Nacherbe.

Würde man der Ansicht von Keim[95] folgen, so lässt sich diese Problematik nur durch eine einschränkende Auslegung des § 2349 BGB dahingehend lösen, dass die Ersatzerbenstellung aufgrund § 2102 BGB durch den Abschluss des Zuwendungsverzichtsvertrages nicht berührt wird. Diese Ansicht beruht darauf, dass Keim § 2349 BGB als Dispositivnorm im Rahmen des Zuwendungsverzichts sieht. Die vorgeschlagene einschränkende Auslegung bedeutet jedoch im Ergebnis, dass die Vertragsschließenden vereinbaren, dass die aufgrund letztwilliger Verfügung angeordnete Ersatzvorerbenstellung entfällt, nicht jedoch die aufgrund gesetzlicher Auslegungsregel. Keim schlägt somit eine in sich widersprüchliche Vereinbarung der Vertragsschließenden hinsichtlich der Erstreckungswirkung vor. Diese Darstellung spricht jedoch noch vielmehr für unsere Ansicht, dass es sich bei § 2349 BGB im Rahmen eines Zuwendungsverzichts um eine gesetzliche Auslegungsregel handelt, da nur bei der Ermittlung des Erblasserwillens ein eindeutiges Ergebnis festgestellt werden kann und sowohl den Vertragsschließenden, als auch dem Rechtsberater, nicht zugemutet werden kann, in sich widersprüchliche Vereinbarungen zu treffen.

Konsequenz dieser unübersichtlichen Rechtslage wird sein, dass man bei der Gestaltung der letztwilligen Verfügung bei

91 Häufigstes Gestaltungsziel – abgesehen von Behinderten- oder Bedürftigen-testamenten, bei denen andere Motive im Vordergrund stehen – dürfte hier das Erhalten des Vermögens im Stamme des Erblassers sein.

92 Eine Ersatzberufung der Abkömmlinge wird sich häufig auch im Wege der Testamentsauslegung ergeben bzw. durch § 2069 BGB.

93 Litzenburger in Bamberger/Roth zu § 2102 BGB Rn. 4

94 Entgegen der Auffassung von Keim in RnotZ 2009, 576 ist der Zuwendungsverzicht nicht anders von seinen Wirkungen her zu beurteilen, wie die Ausschlagung, da in beiden Fällen das Vorversterben fingiert wird; siehe hierzu Nieder in Handbuch der Testamentsgestaltung § 19 Rn. 34. Damit ist wie sich aus der Literatur ergibt, siehe hierzu Litzenburger in Bamberger/Roth zu § 2105 Rn. 4, die Anwendbarkeit des § 2105 BGB grundsätzlich gegeben. Voraussetzung wäre, wie Litzenburger darstellt, jedoch, dass im Wege ergänzender Auslegung festgestellt werden kann, dass der Erblasser auch bei Kenntnis der Umstände, die zum Wegfall des oder der eingesetzten Vorerben geführt haben, daran festgehalten hätte, den Nachlass nicht bereits mit seinem Tod sondern erst später auf den Nacherben übergehen zu lassen.

95 RNotZ 2009, 574 ff.

Anordnung einer Vor- und Nacherbfolge eine ausdrückliche Regelung trifft. Hierbei müssen die einzelnen Rechtspositionen und die Auswirkungen des Zuwendungsverzichts hierauf jeweils einzeln betrachtet und individuell nach dem Erblasserwillen geregelt werden. Soll der Abschluss eines Zuwendungsverzichts den Erblasser wiederum frei unter Lebenden verfügen und frei von Todes wegen testieren lassen, so müsste die Ersatzvorerbeinsetzung, die Nacherbeinsetzung und die Ersatznacherbeinsetzung jeweils auflösend bedingt angeordnet sein durch den Abschluss eines entgeltlichen oder unentgeltlichen Zuwendungsverzichtsvertrages zwischen dem überlebenden Ehegatten und dem Vorerben.

G. Lösungsansätze und Gestaltungsmöglichkeiten

Nach der Darstellung der mit der Neuregelung des §§ 2352,2349 BGB verbundenen Problematiken, ist die Lösung dieser Probleme unmittelbar in der letztwilligen Verfügung von Todes wegen zu suchen. Es ist die Aufgabe des Notars den Fall des Abschlusses eines Zuwendungsverzichtsvertrages dort ausdrücklich zu regeln. Die Ersatzberufung ist für den Fall, dass der Zuwendungsverzichtsvertrag zum Entfallen selbiger führen soll, auflösend bedingt anzuordnen. Im Rahmen der Anordnung einer Vor- und Nacherbfolge ist dies auf die Nacherbeneinsetzung und Ersatznacherbeneinsetzung auszudehnen. Hierbei ist auch eine gegebenenfalls unterschiedliche Willensrichtung des Erblassers bei einem entgeltichen oder (teil-)unentgeltlichen Zuwendungsverzicht zu ermitteln. Die Frage der Bindungswirkung ist ausdrücklich dahingehend zu regeln, dass eine solche dann nicht bestehen soll, wenn nach dem Willen der Erblasser die Ersatzberufung auflösend bedingt sein soll.

Für den Fall, dass § 2349 BGB weiterhin auch im Rahmen des Zuwendungsverzichtsvertrages als Dispositivnorm angesehen wird, könnte folgende Gestaltung zur Absicherung des zuerststerbenden Ehegatten gewählt werden, wenn dieser den Verbleib seines Vermögens im Stamme absichern möchte: Dieser könnte den überlebenden Ehegatten mit einem aufschiebend bedingten Herausgabevermächtnis zugunsten der Abkömmlinge des Verzichtenden beschweren.

Die Bedingung tritt ein, wenn der überlebende Ehegatte mit dem Zunächstbedachten einen Zuwendungsverzichtsvertrag abschließt und die Wirkung des § 2349 BGB eintritt. Der Überlebende hat in diesem Fall das gesamte vom zuerststerbenden Ehegatten stammende Vermögen an die Abkömmlinge des Verzichtenden – unter sich zu gleichen Anteilen – herauszugeben. Hier handelt es sich um eine selbständige Verfügung des Zuerststerbenden, die von dem Zuwendungsverzicht nicht erfasst wird. Diese kann dann wiederum bindend angeordnet werden, so dass der überlebende Ehegatte sich nicht hierüber hinwegsetzen kann.

H. Formulierungsvorschläge

Als erste Möglichkeit, damit im Rahmen der Auslegung einer Verfügung von Todes wegen ein eindeutiger Erblasserwille ermittelt werden kann, ist folgende Formulierung zu verwenden:

a) bei Abschluss eines vollentgeltlicher Zuwendungsverzichtsvertrag

„Für den Fall, dass einer der in dieser Verfügung von Todes wegen Zunächstbedachten mit einem von uns (ggf. gesetzlich vertreten) auf den Tod als überlebender Ehegatte einen vollentgeltlichen notariell beurkundeten Zuwendungsverzichtsvertrag abschließt, so soll die in §§ **** angeordnete Ersatzberufung nicht bestehen bleiben und damit entfallen (Auflösende Bedingungen). Der Überlebende soll damit in diesem Umfang wieder frei unter Lebenden verfügen und frei von Todes wegen testieren können.

Ggf:
Der Beurkundende hat darauf hingewiesen, dass die Rechtslage hinsichtlich der Erstreckungswirkung eines Zuwendungsverzichtsvertrages gemäß §§ 2349,2352 BGB derzeit nicht abschließend beurteilt werden kann.“

b) bei Abschluss eines (teil-)unentgeltlichen Zuwendungsverzichtsvertrages

„Für den Fall, dass einer der in dieser Verfügung von Todes wegen Zunächstbedachten mit einem von uns (ggf. vertreten) auf den Tod als überlebender Ehegatte einen (teil-)unentgeltlichen notariell beurkundeten Zuwendungsverzichtsvertrag abschließt, so soll die in §§ **** angeordnete Ersatzberufung ausdrücklich bestehen bleiben und nicht entfallen. Der Überlebende soll damit in diesem Umfang auch weiterhin nicht unter Lebenden verfügen und frei von Todes wegen testieren können.

Ggf:
Der Beurkundende hat darauf hingewiesen, dass die Rechtslage hinsichtlich der Erstreckungswirkung eines Zuwendungsverzichtsvertrages gemäß §§ 2349,2352 BGB derzeit nicht abschließend beurteilt werden kann.“

c) Sollte nach der Rechtssprechung die Erstreckungswirkung des § 2349 BGB ohne Beachtung des Erblasserwillens eintreten, könnte der zuerststerbende Ehegatte ein Herausgabevermächtnis zu Lasten des überlebenden Ehegatten anordnen, wie folgt:

Zu Gunsten der in § *** benannten Abkömmlinge wird aufschiebend bedingt durch den Abschluss eines (teil-)unentgeltlichen Zuwendungsverzichtsvertrages gemäß §§ 2352,2349 BGB zwischen einem von uns auf den Tod als überlebender Ehegatte (ggf. vertreten) und dem in § *** Zunächstbedachten und zu Lasten des überlebenden Ehegatten folgendes aufschiebend bedingtes Vermächtnis angeordnet:

Der überlebende Ehegatte hat sämtliche auf den Tod des zuerststerbenden Ehegatten erlangten Nachlassgegenstände, einschließlich gegebenenfalls vorhandener Surrogate und weiterer Surrogate und hieraus gezogener Nutzungen und abzüglich hierauf angefallener Aufwendungen an die Abkömmlinge des in § *** Zunächstbedachten unter sich zu gleichen Anteilen herauszugeben.

Alternativ:
Der überlebende Ehegatte hat sämtliche auf den Tod des zuerststerbenden Ehegatten erlangten Nachlassgegenstände, einschließlich gegebenenfalls vorhandener Surrogate und weiterer Surrogate mit Ausnahme gezogener Nutzungen und ohne Ersatz angefallener Aufwendungen an die Abkömm-

linge des in § *** Zunächstbedachten unter sich zu gleichen Anteilen herauszugeben.

Das Vermächtnis fällt an mit Abschluss eines (teil-)unentgeltlichen Zuwendungsverzichtsvertrages gemäß §§ 2352,2349 BGB zwischen dem überlebenden Ehegatten und dem in § *** Zunächstbedachten und ist 1 Monat nach Abschluss des Zuwendungsverzichtsvertrages fällig.

Eine Sicherstellung des Vermächtnisses kann der Vermächtnisnehmer davor nicht verlangen.

Das Anwartschaftsrecht des Vermächtnisnehmers ist nicht vererblich oder übertragbar.

Mit dem Anfall des Vermächtnisses sind die Ansprüche aus diesem übertragbar und vererblich.

d) Zuwendungsverzichtsvertrag und Vor- und Nacherbfolge

Hier kann die Formulierung lit. a) und b) verwendet werden mit folgender Ergänzung.

Für den Fall des Abschlusses eines vollentgeltlichen/(teil-) unentgeltlich Zuwendungsverzichtsvertrages, sollen die in § *** eingesetzten Ersatzvorerben ausdrücklich gemäß §§ 2102,2105 BGB zur Vorerbenstellung gelangen. Bei Vereinigung der Vor- und Nacherbestellung entfällt die angeordnete Vor- und Nacherbfolge. Die Nacherben sind dann Vollerben.

Alternativ, wenn die Vor- und Nacherbfolge bestehen bleiben soll

Für den Fall des Abschlusses eines vollentgeltlichen/(teil-) unentgeltlich Zuwendungsverzichtsvertrages, sollen die in § *** eingesetzten Ersatzvorerben ausdrücklich nicht gemäß §§ 2102,2105 BGB zur Vorerbenstellung gelangen. In diesem Fall, sollen die übrigen gesetzlichen Erben im Sinne des § 2105 BGB unter sich zu gleichen Teilen Vorerben werden; die angeordnete Nacherbfolge bleibt bestehen.

f) Für den Fall, dass eine Regelung gewollt ist, die eine Erstreckungswirkung zur Folge hat:

Sollte einer der Zunächstbedachten mit einem von uns auf den Tod als überlebenden Ehegatten (ggf. gesetzlich vertreten) einen Zuwendungsverzichtsvertrag abschließen, so sind die hier zu seinen Gunsten und zu Gunsten seiner Abkömmlinge getroffenen Zuwendungen als auflösend bedingt durch den Abschluss des Zuwendungsverzichtsvertrages angeordnet. Dies gilt unabhängig davon, ob der Zuwendungsverzichtsvertrag entgeltlich oder unentgeltlich erfolgt.

Fazit

Die gesetzliche Neuregelung des Zuwendungsverzichts hat mehr Fragen als Antworten gegeben. Nach einer Ansicht in der Literatur sollen nun die bisher bestehenden Probleme im Rahmen des Zuwendungsverzichts gelöst sein. Bei genauerer Betrachtung, auch der Gesetzesbegründung, stellt sich jedoch eine viel undurchsichtigere und komplexere Situation dar. Es kann und muss sich bei § 2349 BGB im Rahmen des § 2352 BGB um eine gesetzliche Auslegungsregel handeln. Die Annahme einer Dispositivnorm ist hier nicht passend. Weiter muss vorrangig der Erblasserwille betrachtet werden. Nur dieser kann Aufschluss darüber geben, ob der Abschluss eines Zuwendungsverzichtsvertrages Auswirkungen auf eine bestehende Ersatzberufung haben soll oder nicht. Aber auch wenn man anderer Ansicht ist, sollte man wie unter E dargestellt die §§ 2287,2289 BGB analog auf den Abschluss eines Zuwendungsverzichtsvertrages anwenden. Es darf nicht nur der Schutz des überlebenden Ehegatten und dessen wiedergewonnene Verfügungs- und Testierfreiheit durch die Literatur und Rechtssprechung betrachtet werden, sondern vielmehr müssen im Rahmen der notariellen Beratung auch die Interessen des zuerststerbenden Ehegatten berücksichtigt werden. Es muss jedermann klar sein, dass auch dieser seine bindend angeordneten Verfügungen abgesichert und durchgesetzt wissen möchte. Es geht zu kurz nur das Augenmerk auf den überlebenden Ehegatten zu richten.

Sollte jedoch die Rechtssprechung sich für eine andere Betrachtungsweise entscheiden, kann sich der zuerststerbende Ehegatte durch die Anordnung eines aufschiebend bedingten Herausgabevermächtnisses zulasten des überlebenden Ehegatten und zu Gunsten der Abkömmlinge des Zunächstbedachten, wie unter H lit. c) dargestellt, absichern.

Ebenfalls denkbar und vertretbar erscheint §§ 2349, 2352 BGB zugleich als gesetzliche Auslegungsregel (bei bindend angeordneten Ersatzberufungen) und als Dispositivnorm (bei nicht bindend angeordneten Ersatzberufungen) einzuordnen. Durch diesen dogmatischen Ansatz könnte auf der einen Seite der Wille des zuerststerbenden Erblassers durch eine Beeinträchtigung seitens des überlebenden Erblassers geschützt werden, als auch bei nicht bindend angeordneten Ersatzberufungen ein für die Praxis gangbarer Weg geschaffen werden. Letztlich würde dies dazu führen, dass auch im Fall der Geschäftsunfähigkeit des Erblassers ein Vertreter durch den Abschluss eines Zuwendungsverzichtsvertrages eine eventuell nicht mehr gewünschte Ersatzberufung beseitigen könnte.

Es bleibt damit festzuhalten, dass der Gesetzgeber aufgerufen ist hier nachzubessern oder es der Rechtssprechung überlassen bleibt eine Lösung zu finden. Allein der scheinbar eindeutige Wortlaut des § 2352 BGB mit seinem Verweis auf § 2349 BGB kann nicht als Argument für die Eindeutigkeit der Rechtslage ins Feld geführt werden.

Der Gesetzgeber hätte richtigerweise bei den §§ 2270, 2287, 2289 und §§ 2102, 2105 BGB eine Regelung hierzu treffen müssen. Zusätzlich hätte bei § 2352 BGB eine Klarstellung hierzu und zu den Auswirkungen eines Zuwendungsverzichts auf eine nicht bindend angeordnete Ersatzberufung erfolgen müssen.

Rechtsprechung

OLG Karlsruhe Urteil vom 27.9.2011, 8 U 106/10

1. Eine Regelung in einem vorformulierten Bauträgervertrag, wonach das Gemeinschaftseigentum durch einen von dem Bauträger zu benennenden Sachverständigen abgenommen wird und der Erwerber diesem Sachverständigen eine unwiderrufliche Vollmacht, das Gemeinschaftseigentum abzunehmen, erteilt, ist wegen unangemessener Benachteiligung des Erwerbers unwirksam.

2. Auch die in einem vorformulierten Übergabeprotokoll abgegebene Erklärung des Erwerbers, wonach das Gemeinschaftseigentum mangelfrei sei und er den Vertragsgegenstand abnehme, führt nicht zur Abnahme des Gemeinschaftseigentums, wenn - im Hinblick auf die Abnahme durch den von dem Bauträger benannten Sachverständigen - tatsächlich eine Prüfung durch den Erwerber, ob das Gemeinschaftseigentum im wesentlichen vertragsgemäß hergestellt wurde, nicht stattgefunden hat.

Tenor

1. Das Versäumnisurteil vom 12. April 2011 (in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 9. September 2011) wird in folgendem Umfange aufrechterhalten:

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Landgerichts Mannheim vom 10.06.2010 - 9 O 292/09 - im Kostenpunkt aufgehoben und im Übrigen wie folgt geändert:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 53.033,20 EUR nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 26.05.2009 zu zahlen.

Im übrigen wird die Klage als unzulässig abgewiesen.

Die weitergehende Berufung der Klägerin wird zurückgewiesen.

2. Im übrigen wird das Versäumnisurteil vom 12. April 2011 aufgehoben.

3. Die Kosten der Säumnis fallen der Beklagten zur Last. Die übrigen Kosten des Rechtsstreits in beiden Instanzen sind von der Klägerin zu 10 %, von der Beklagten zu 90 % zu tragen.

4. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Parteien können die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aus dem Urteil vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Gegenseite vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des von ihr zu vollstreckenden Betrages leistet. Das gilt auch für die Fortsetzung der Vollstreckung aus dem Versäumnisurteil vom 12. April 2011.

5. Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.

1. Die klagende Wohnungseigentümergemeinschaft (WEG) nimmt die beklagte Bauträgergesellschaft auf Zahlung eines Kostenvorschusses zur Beseitigung von Mängeln im Dachbereich ihrer Wohnanlage in Anspruch.

Die 16 Wohneinheiten des in den Jahren 1999/2000 von der Beklagten schlüsselfertig errichteten Mehrfamilienhauses wurden nach Fertigstellung an die Erwerber übergeben, die letzte Wohneinheit im August 2002. Zwei Dachgeschosswohnungen, die Wohnungen Nrn. 13 und 14, stehen im Eigentum der Beklagten.

Zur Abnahme enthalten die notariellen Kaufverträge, soweit diese – wie etwa die Verträge der Erwerber U. und S. – vor dem 25.05.2000 abgeschlossen wurden, in § 7 folgende Bestimmungen: „Bei Übergabe des Vertragsgegenstandes wird ein Übergabeprotokoll gefertigt, das von den Vertragsparteien oder ihren Bevollmächtigten zu unterzeichnen ist. In diesem Protokoll sind alle sichtbaren Mängel oder noch ausstehende Leistungen aufzunehmen. Spätere nicht im Übergabeprotokoll festgelegten Mängel und Restarbeiten können von der Verkäuferin nicht mehr anerkannt werden. Nimmt der Käufer den Vertragsgegenstand in Gebrauch, ohne dass eine Übergabeverhandlung stattgefunden hat, so gilt diese Ingebrauchnahme als Abnahme des Werkes. Diese Bestimmung gilt für alle Gebäudeteile. Die Gewährleistung beginnt am Tage der festgesetzten Abnahme. Das Gemeinschaftseigentum wird durch einen vom Verkäufer benannten, öffentlich bestellten Sachverständigen oder durch den Verwaltungsbeirat abgenommen. Die Kosten für die Inanspruchnahme des Sachverständigen trägt die Verkäuferin. Der Käufer erteilt zur Abnahme des Gemeinschaftseigentums dem vom Verkäufer beauftragten Sachverständigen bzw. dem Verwaltungsbeirat ausdrücklich unwiderrufliche Vollmacht. Beim Gemeinschaftseigentum beginnt die Gewährleistung mit dem Tage der Abnahme durch den Sachverständigen bzw. Verwaltungsbeirat.“

Die Beklagte beauftragte den öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen G. mit der Abnahme des Gemeinschaftseigentums, die am 25.05.2000 stattfand (Bestätigung des Sachverständigen G. vom 24.06.2000, Anlage B 1). Am selben Tage fand die Übergabe an die Erwerber U. und S. statt. Hierüber wurde jeweils ein Übergabeprotokoll (II 235 und BB 12) gefertigt, in dem es eingangs vorformuliert heißt: „Heute … wurde das o. g. Haus (Wohnung) einschließlich Allgemeineigentum fertig gestellt übergeben. Der Erwerber trägt folgende Mängel und Restarbeiten vor:“

Es folgt eine auszufüllende Liste, beginnend mit „1. Sanitär“ bis „16. Sonstiges“. Unter Punkt 14 ist das „Gemeinschaftseigentum inkl. Kellerräume, Treppenhaus, Stellplätze, Garagen, Hauszugang“ und unter Punkt 15 die „Gartenanlage“ aufgeführt. Bei den Erwerbern U. ist hier handschriftlich vermerkt: „wird vom Gutachter abgenommen“. Bei den Erwerbern S. ist hier vermerkt: „Wurde am 25-5-00 von einem Sachverständigen bereits morgens abgenommen.“

Weiter heißt es im vorformulierten Text des Übergabeprotokolls: „Der Erwerber bescheinigt durch seine Unterschrift, dass außer den oben genannten sichtbaren Mängeln und Restarbeiten keine weiteren Beanstandungen an dem Haus (Wohnung) sowie Gemeinschaftseigentum und Gartenanlage vorhanden sind. (...) Der Erwerber nimmt den Vertragsgegenstand hiermit ab."

Der Miteigentümer E. der Dachgeschosswohnung Nr. 16 klagte 2005 über das Auftreten von Zuglufterscheinungen. Mit Schreiben vom 14.11.2006 rügte er gegenüber der Beklagten Luftundichtigkeit des Daches (Anlage K 2).

Die Klägerin beauftragte zunächst die Firma W. und späterhin den Inhaber eines Bautenschutzbetriebes mit der Untersuchung der Beanstandung. Dieser legte unter dem 21.01.2008 den aus Anlage K 1 ersichtlichen Zustandsbericht vor. Er kam zu dem Schluss, dass es durch Baumängel im Bereich der Dampfbremsfolie und der Unterspannbahn zu erheblichen Wärmeverlusten komme. Mit Anwaltsschreiben vom 27.02.2008 ließ die Klägerin die Beklagte zur Beseitigung von Mängeln der Dachkonstruktion, die überhöhte Heizkosten verursachten, mit Fristsetzung zum 10.03.2008 auffordern (Anlage K 5). Die Beklagte ließ im anwaltlichen Antwortschreiben vom 31.03.2008 (Anlage K 6) Mängel bestreiten und wandte Verjährung ein, da die Abnahme der letzten verkauften Wohnung im August 2001 stattgefunden habe.

In dem von der Klägerin mit Schriftsatz vom 15.05.2008 gegen die Beklagte vor dem Landgericht Mannheim eingeleiteten selbständigen Beweisverfahren (9 OH 4/08) erstattete der Sachverständige H. ein schriftliches Gutachten vom 06.10.2008 mit Ergänzung vom 02.01.2009. Er gelangte zu dem Ergebnis, dass die eingebaute Unterspannbahn teilweise nicht ordnungsgemäß an den Durchbrüchen angeschlossen sei und dadurch bei Wassereintritten Durchfeuchtungen der Wärmedämmung möglich seien, die zu deren Funktionsverlust führen könnten. Außerdem stellte er Mängel der Dacheindeckung, der Befestigung der Firstziegel, im Bereich der Dachflächenfenster, der Verlegung der Dampfsperre sowie eine nicht standsichere Herstellung der Unterkonstruktion der Deckenverkleidungen mit Gipskartonplatten fest.

Nach Anhörung des Sachverständigen im selbständigen Beweisverfahren am 09.04.2009 (Beiakten Aktenseite 63/65) erhob die Klägerin mit beim Landgericht am 10.09.2009 eingegangenem Schriftsatz vom 08.09.2009 Vorschussklage (50.618 EUR netto Mängelbeseitigungskosten zuzüglich 3.000 EUR Gerüstkosten und 5.361,80 EUR Regiekosten) und Klage auf Erstattung der Rechtsverfolgungs- und der Gerichtskosten des selbständigen Beweisverfahren (9.469,01 EUR sowie 5.317,02 EUR).

Das Landgericht hat die Mangelhaftigkeit des Gemeinschaftseigentums aufgrund des Gutachtens des Sachverständigen H. festgestellt, die Klage jedoch wegen Verjährung der Mängelbeseitigungsansprüche abgewiesen. Wegen der tatsächlichen Feststellungen, des streitigen Parteivorbringens und der erstinstanzlich gestellten Anträge wird auf das von der Klägerin mit der Berufung angefochtene Urteil des Landgerichts Bezug genommen.

2. Zur Begründung ihres Rechtsmittels trägt die Klägerin im Wesentlichen vor: Zu Unrecht habe das Landgericht die Aussagen der vernommenen Zeugen K. und D. herangezogen, um eine mangelhafte Organisation der Beklagten bei der Bauüberwachung gerade im Zusammenhang mit schwerwiegenden Mängeln zu verneinen. Der Zeuge K. habe seine Pflichten bei der Abnahme von Subunternehmerleistungen nicht wahrgenommen und dadurch eine sachgerechte Beurteilung der Beklagten bei der Ablieferung ihres Werks unmöglich gemacht. Von arglistigem Verschweigen der Mangelhaftigkeit des Daches sei daher auszugehen, so dass Verjährung nicht eingetreten sei. Die Klägerin hat in der Berufungsinstanz zunächst beantragt, das Urteil des Landgerichts Mannheim vom 10.06.2010 abzuändern und die Beklagte zu verurteilen, 1. an die Klägerin einen Mängelbehebungskostenvorschuss in Höhe von 64.296,82 EUR zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 58.979,80 EUR seit 26.05.2009 und aus weiteren 5.317,02 EUR seit 15.08.2009 zu zahlen; 2. an die Klägerin einen Betrag von 9.469,01 EUR zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 29.07.2009 zu zahlen.

Die Beklagte hat zunächst beantragt, die Berufung zurückzuweisen. Sie verteidigt das angefochtene Urteil. Sie wiederholt ihren Standpunkt, dass es sich bei den streitgegenständlichen Mängeln im Dachbereich nicht um gravierende Fehler i. S. der Rechtsprechung des BGH zum Organisationsverschulden handle. Sie widerspricht ferner der Würdigung der Klägerin, der Bauleiter K. habe seine Überwachungspflichten vernachlässigt. Soweit die Klägerin in dem weiteren Schriftsatz vom 05.11.2010 vortrage, fotografisch dokumentierte (Anlage BK 2) Verhältnisse im Dachraum belegten die Gefahr des Deckeneinsturzes und des Eintritts auch von Personenschäden, sei darauf hinzuweisen, dass die Situation im Dachraum aufgrund der Tätigkeit weiterer Personen dort verändert worden sei. Deshalb habe die Beklagte auch nicht die vom Sachverständigen H. in Ansatz gebrachten Reinigungskosten zu tragen. Die Aufhängung der Gipskartonplatten sei ordnungsgemäß durch Verschraubung erfolgt. Erhöhter Winddruck laste nicht auf der Deckenabhängung. Die Verwendung von Einzel- statt Doppeleindeckrahmen für die zwei nebeneinander liegenden Dachflächenfenster sei nicht als schwerwiegender Mangel zu bezeichnen. Die vom Sachverständigen herangezogenen Montagerichtlinien des Fensterherstellers V. stellten nicht den Stand der Technik dar. Es handle sich nur um Vorschläge des Herstellers. Auf welche Einbaurichtlinien sich der Sachverständige bezogen habe, sei nicht ersichtlich. Das Gutachten sei insofern nicht überprüfbar. Auch die Ausführungen zur Stabilität der Gipskartondecke unter dem Firstbereich gründeten sich nicht etwa auf DIN-Normen, sondern auf Verlegevorschriften der Firma F., die nicht näher spezifiziert seien. Der Sachverständige habe gar nicht ermittelt, ob die Beklagte F.-Produkte verwendet habe.

Schließlich macht die Beklagte geltend, dass die abgehängten Decken der Dachgeschosswohnungen im Bereich des Spitzbodens zum Sondereigentum gehörten, weshalb die Klägerin bezüglich dieser Mängel nicht klagebefugt sei. Außerdem seien diesbezügliche Mängelansprüche auch dann verjährt, wenn man die Abnahme des Gemeinschaftseigentums für unwirksam halte; denn mindestens die Ab-

nahme des Sondereigentums begegne keinen rechtlichen Bedenken und habe den Lauf der Verjährungsfrist in Gang gesetzt.

Wegen des Vorbringens der Parteien im Einzelnen wird auf den vorgetragenen Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. Die Akten des selbständigen Beweisverfahrens des Landgerichts Karlsruhe - 9 OH 4/08 - lagen vor und waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung. Der Senat hat in seiner Sitzung vom 08. Februar 2011 den Sachverständigen H. ergänzend vernommen. Auf die Sitzungsniederschrift (II 243) wird Bezug genommen. Nach Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung hat die Beklagte im Fortsetzungstermin vom 12. April 2011 keinen Antrag verlesen, worauf Versäumnisurteil wie folgt ergangen ist:

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Landgerichts Mannheim vom 10.06.2010 – 9 O 292/09 – im Kostenpunkt aufgehoben und im Übrigen wie folgt geändert: Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 58.979,80 EUR nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 26.05.2009 zu zahlen. Im übrigen wird die Klage als unzulässig abgewiesen.

2. Die weitergehende Berufung der Klägerin wird zurückgewiesen.

3. Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits in beiden Instanzen zu tragen.

4. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Gegen dieses Versäumnisurteil hat die Beklagte form- und fristgerecht Einspruch eingelegt. Die Beklagte beantragt nunmehr, das Versäumnisurteil vom 12. April 2011 aufzuheben und die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts Mannheim vom 10. Juni 2010 zurückzuweisen. Die Klägerin beantragt, das Versäumnisurteil vom 12. April 2011 aufrechtzuerhalten.

II.

Auf den zulässigen Einspruch der Beklagten ist die Berufung der Klägerin in der Sache zu prüfen. Die Berufung erweist sich überwiegend als begründet. Deshalb ist das Versäumnisurteil vom 12. April 2011 weitgehend aufrechtzuerhalten.

1. Allerdings ist die Klage teilweise mangels Rechtsschutzinteresses unzulässig, soweit die Klägerin die im selbstständigen Beweisverfahren angefallenen Gerichts-, Sachverständigen- und Anwaltskosten geltend macht.

Da sich die Streitgegenstände des vorliegenden Rechtsstreits und des selbstständigen Beweisverfahrens decken, umfasst die Kostenentscheidung des Hauptsacheverfahrens auch die Kosten des selbstständigen Beweisverfahrens (BGH NZBau 2006, 374, 375). Ein rechtliches Interesse, diese Kosten durch selbstständige Leistungsklage einzufordern, ist nicht ersichtlich. In Höhe der Gerichtskosten von 5.317,02 EUR (K 10) und der außergerichtlichen Kosten im Zusammenhang mit dem selbständigen Beweisverfahren, die die Klägerin mit brutto 9.469,01 EUR errechnet (K 9), ist die Klage im Ergebnis zu Recht abgewiesen worden.

2. Im übrigen hat die Klage überwiegend Erfolg.

a. Die Klägerin ist im wesentlichen prozessführungsbefugt. Sie kann die Gewährleistungsrechte der Wohnungseigentümer bezüglich des Gemeinschaftseigentums als Prozessstandschafterin im eigenen Namen geltend machen. Durch Beschluss der Wohnungseigentümer vom 24.02.2010 (Anlage K 16) wurde die Prozessführung in vorliegender Sache genehmigt. Gleichzeitig wurde beschlossen, das Klageverfahren weiterzubetreiben. Dadurch hat die Klägerin die Durchsetzung der auf die ordnungsgemäße Herstellung des Gemeinschaftseigentums gerichteten Rechte der Erwerber an sich gezogen und ihre alleinige Zuständigkeit begründet (BGHZ 172, 42, Rn. 20). Allerdings ergibt sich aus diesem Beschluss nicht, dass die Klägerin auch befugt ist, den Mangel an den abgehängten Decken der Dachgeschosswohnungen im Bereich des Spitzbodens geltend zu machen. Insoweit handelt es sich um einen Mangel am Sondereigentum der Eigentümer der Dachgeschosswohnungen. Nach § 4 der Teilungserklärung (BB 35) gehören zum Sondereigentum „der Fußbodenbelag und der Deckenputz der im Sondereigentum stehenden Räume, die nichttragenden Zwischenwände, der Wandputz und die Wandverkleidung sämtlicher zum Sondereigentum gehörenden Räume, auch soweit die Putz tragenden Wände nicht zum Sondereigentum gehören.“ Nach diesem Maßstab sind die abgehängten Decken aus Gipskartonplatten in den Dachgeschosswohnungen zum Sondereigentum zu rechnen. Diese Decken erfüllen die Funktion des Deckenputzes. Veränderungen durch den jeweiligen Sondereigentümer würden das Gemeinschaftseigentum nicht berühren. Auch die Befestigung der Gipskartonplatten an der darüber liegenden – dem Gemeinschaftseigentum zuzurechnenden – Dachkonstruktion ist integrierter Bestandteil der den inneren Abschluss der Dachgeschosswohnungen nach oben bildenden Decke und damit Sondereigentum im Rechtssinne. Soweit die Klägerin ihren Vorschussanspruch auf diesen Mangel stützt, fehlt ihr die Prozessführungsbefugnis. Auch in diesem Umfang erweist sich deshalb die Klage als unzulässig.

b. Da die Klägerin Ansprüche der Wohnungseigentümer als Prozessstandschafterin verfolgt, setzt die Begründetheit der Klage voraus, dass mindestens ein Wohnungseigentümer noch Inhaber von durchsetzbaren, d.h. nicht verjährten Ansprüchen ist. Das ist hier der Fall.

aa. Soweit die Ansprüche aus Erwerbsverträgen hergeleitet werden, die bis zum 31.12.2001 geschlossen wurden (z.B. Erwerber S.), sind das BGB und das AGB-Gesetz in der bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung (a.F.) anzuwenden (Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB). Auf dieser Grundlage sind jedenfalls die Erwerber S noch Inhaber eines unverjährten Vorschussanspruches (§ 633 BGB a.F. i.V.m. §§ 242, 669 BGB; vgl. BGHZ 68, 372 ff.).

bb. Das Gemeinschaftseigentum ist in mehrfacher Hinsicht mangelhaft. Aufgrund der Gutachten des Sachverständigen H. vom 06.10.2008 und vom 02.01.2009 sowie der mündlichen Anhörung des Sachverständigen durch den Senat stehen zur Überzeugung des Senats folgende Mängel fest:

- Die eingebaute Unterspannbahn des Daches ist nicht an den Dachdurchbrüchen (Dachflächenfenster, Kamine,

Dunstrohre) angeschlossen und in den Überdeckungsbereichen nicht verklebt.

- Die Eindeckrahmen der Dachflächenfenster und die Dacheindeckung im Bereich der Dachflächenfenster sind mangelhaft ausgeführt.

- Mangelhaft ist auch die Mineralfaserdämmung im Bereich der Fensterrahmen, weil diese nicht hohlraumfrei ausgeführt wurde.

- Als Mangel zu bewerten ist des weiteren die Ausführung der luftdichten Schicht im Bereich des Spitzbodens. Eine Verklebung der Überdeckungsbereiche ist nicht vorhanden. Außerdem ist die Folie lediglich mit Klammern auf der Innenseite der Sparren befestigt. Zur Stabilisierung wären Leisten parallel auf den Sparren anzubringen gewesen. Da die Dampfbremse nicht ordnungsgemäß fixiert und an den Nähten nicht verklebt ist, besteht die Gefahr, dass die Dämmung durch Winddruck aus dem Gefach herausgedrückt wird.

- Die Firststeine der Dacheindeckung sind nicht ordnungsgemäß befestigt.

- Schließlich wurden bei den Bauarbeiten auf dem Spitzboden Abfälle, Materialreste und Verpackungsmaterial zurückgelassen (vgl. Lichtbilder Nrn. 8 und 9 im Gutachten vom 06.10.2008).

Die Beklagte hat diese Bewertungen des Sachverständigen H. nur in geringem Umfange angegriffen. In der Berufungsantwort hat sie vor allem die von der Berufung vertretene Ansicht bekämpft, die genannten Mängel seien so gravierend, dass sich daraus eine Haftung unter dem Gesichtspunkt der Arglist herleiten lasse. Die Mängel als solche sind im wesentlichen nicht in Abrede gestellt worden. Soweit die Beklagte bestritten hat, ist der Senat dem im Rahmen der Anhörung des Sachverständigen H. nachgegangen. Die Anhörung hat jedoch zu keinem vom schriftlichen Gutachten abweichenden Ergebnis geführt. Die Behauptung der Beklagten, der Zustand im Spitzboden (herabhängende Folie, zurückgelassenes Material) sei nicht ihr anzulasten, sondern der Einwirkung Dritter zuzuschreiben, ist im Hinblick darauf, dass der Spitzboden von außen nicht begehbar ist und der Sachverständige eine Besichtigung auch nur mittels Kamera über eine 10 x 10 cm großen Öffnung durchführen konnte, fern liegend. Zu den Eindeckrahmen der Dachfenster hat der Sachverständige seine früheren Ausführungen überzeugend untermauert.

Die Ausführungen der Beklagten im Schriftsatz vom 01.03.2011 sind nicht geeignet, dieses Beweisergebnis in Frage zu stellen. Im Einzelnen:

(1) Der Versuch, aus einem Vergleich des Lichtbildes BK 2 mit dem Bild 18 auf S. 9 des im OH-Verfahren vorgelegten Privatgutachtens L. (dort K 1) den Schluss herzuleiten, dass „nachträglich Abfallreste in den Dachbereich entsorgt worden“ seien, ist untauglich. Abgesehen davon, dass es keine Anhaltspunkte dafür gibt, ein Dritter habe die auf dem Lichtbild BK 2 dokumentierten Abfälle entsorgt, ist festzustellen, dass beide Fotos aus unterschiedlichen Perspektiven aufgenommen wurden. Dass „eine Vielzahl von Abfallresten“ und „ein Pappkarton mit der Aufschrift Würth“ auf dem Foto im Gutachten L. nicht zu sehen sind, erklärt sich zwanglos daraus, dass der fragliche Bereich (links der senkrechten Dachbalken) auf diesem Foto gar nicht abgebildet ist.

(2) Auch die Angriffe gegen die Bewertung des Sachverständigen H., es fehle an einer ordnungsgemäßen Dampfbremse, überzeugen nicht. Soweit darauf abgehoben wird, es gebe keine Wärmeschutzverordnung 1985, sondern nur eine solche aus dem Jahre 1982, hat der Sachverständige - wie den Parteien mit Verfügung vom 03.03.2011 mitgeteilt und mit ihnen im Termin vom 12.04.2011 erörtert - auf telefonische Anfrage erklärt, er habe die Wärmeschutzverordnung 1995 gemeint und nur irrtümlich das Jahr 1985 genannt.

In der ab 01.01.1995 gültigen Wärmeschutzverordnung ist aber in § 4 ausdrücklich geregelt, dass die Dichtigkeit des Gebäudes durch eine luftundurchlässige Schicht zu gewährleisten ist. In diesem Sinne hat der Sachverständige H. die Notwendigkeit des Einbaues einer „Dampfsperre“ auch bei seiner Anhörung im selbstständigen Beweisverfahren vor dem Landgericht Mannheim am 09.04.2009 (AS 63 der Akte 9 OH 4/08) erläutert. Ob sich der Begriff der „Dampfbremse“ oder der „Folie“ in der Wärmeschutzverordnung findet, ist nicht entscheidungserheblich.

Der Vortrag der Beklagten, dass auf der abgehängten Decke über den Wohnräumen der Dachgeschosswohnung eine Wärmedämmung aus Steinwolle eingebracht und unter dieser eine Dampfbremsfolie eingebaut worden sei, ist neu und – da bestritten – nach § 531 Abs. 1 ZPO nicht zu berücksichtigen. Ein Ausnahmefall im Sinne von § 531 Abs. 2 ZPO, insbesondere nach der dortigen Nr. 3, liegt nicht vor. Dass die Beklagte die Folie nicht ordnungsgemäß verklebt hat, steht nach den Angaben des Sachverständigen zur Überzeugung des Senats fest. Diese Überzeugung wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass der Sachverständige den Dachraum nicht betreten konnte, sondern seine Feststellungen auf einer Fotografie beruhen, die er durch eine kleine Luke hindurch gefertigt hat.

(3) Auch die Einwendungen der Beklagten gegen die Feststellung des Sachverständigen, die Arbeiten der Beklagten stünden nicht im Einklang mit den Herstellerrichtlinien der Firma V., sind unbegründet. Schon die Tatsache, dass die Fa. V. - unstreitig - Kombirahmen für Fälle der vorliegenden Art anbietet, spricht dafür, dass die Beklagte von den Einbaurichtlinien dieses Herstellers abgewichen ist. Darüber hinaus hat der Sachverständige unabhängig von den Herstellerrichtlinien handwerkliche Fehler – ein fehlendes Abdichtungsblech – festgestellt.

(4) Schließlich bleiben auch die Einwendungen gegen die Schätzung der Gerüstkosten durch den Sachverständigen ohne Erfolg. Die Beklagte ermittelt selbst in ihrem Schriftsatz Kosten in Höhe von 6.175,00 EUR. Auf die höhere Schätzung des Sachverständigen kommt es deshalb nicht an, weil im Rahmen der Vorschussklage hier nur 3.000 EUR in Ansatz gebracht sind.

Der Senat hat deshalb keinen Zweifel, dass das Werk der Beklagten in den oben genannten Punkten mangelhaft ist (§ 286 ZPO).

cc. Aus Rechtsgründen kann die Klägerin – wie oben ausgeführt – allerdings behauptete Mängel an der Unterkonstruktion der Deckenverkleidungen der Dachgeschosswohnungen mit Gipskartonplatten nicht geltend machen, weil insoweit das Sondereigentum betroffen ist.

dd. Da die Beklagte eine Mangelbeseitigung u.a. mit der Begründung, Gewährleistungsansprüche seien verjährt, verweigert, sind ohne weiteres die Voraussetzungen für einen Vorschussanspruch erfüllt.

ee. Nach dem Sachverständigengutachten vom 06.10.2008 belaufen sich die voraussichtlichen Kosten der Mangelbeseitigung auf 50.618,00 EUR netto, wobei dieser Betrag um Sowiesokosten in Höhe von 1.750,00 EUR zu ermäßigen ist. Im Hinblick darauf, dass der Klägerin bezüglich der behaupteten Mängel der abgehängten Decken in den Dachgeschosswohnungen die Prozessführungsbefugnis fehlt, sind die vom Sachverständigen geschätzten Kosten von 50.618,00 EUR um weitere 3.656,00 EUR netto zu kürzen („Deckenkonstruktion mit Rahmenhölzern 50/60 mm verstärken und vorhandene mit Holzschrauben kraftschlüssig verbinden“, vgl. Gutachten vom 6. Oktober 2008 im selbstständigen Beweisverfahren 9 OH 4/08). Hinzu kommen Gerüstkosten, die der Sachverständige im Termin auf rund 7.000,00 EUR geschätzt hat, sowie Regiekosten. Da die Klägerin ihren Vorschussanspruch der Höhe nach zulässiger Weise auf das im selbstständigen Beweisverfahren erhobene Sachverständigengutachten stützt und für die Gerüstkosten lediglich 3.000,00 EUR, für die Regiekosten lediglich eine Pauschale von 10 % verlangt, errechnet sich ein Vorschussanspruch in Höhe von 53.033,20 EUR netto […]

d. Der Vorschussanspruch ist nicht verjährt.

aa. Nach altem Schuldrecht verjährt der Anspruch in der Frist von fünf Jahren. Die Verjährungsfrist beginnt mit der Abnahme des Gemeinschaftseigentums (§ 638 Sätze 1 und 2 BGB a.F.).

bb. Zu Unrecht meint die für die Voraussetzungen der Verjährung darlegungspflichtige Beklagte, das Gemeinschaftseigentum sei durch den Sachverständigen G. mit Wirkung für die Wohnungseigentümer am 25.05.2000 abgenommen worden. Die dieser Auffassung zu Grunde liegende Regelung über die Abnahme des Gemeinschaftseigentums in § 7 der notariellen Verträge ist wegen unangemessener Benachteiligung der Bewerber unwirksam.

Es handelt sich unstreitig um für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen, die von der Beklagten den Erwerbern bei Abschluss der Verträge gestellt wurden (§ 305 Abs. 1 Satz 1 BGB, § 1 Abs. 1 AGB-Gesetz). Dass die Verträge notariell beurkundet wurden, steht ihrem Formularcharakter nicht entgegen (BGHZ 118, 229, 239).

Die Regelung über die Abnahme des Gemeinschaftseigentums benachteiligt die Erwerber entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen, weil den Erwerbern die Möglichkeit genommen wird, über die Ordnungsmäßigkeit der Werkleistung des Bauträgers selbst zu befinden. Durch die Bezugnahme auf eine von einem Sachverständigen durchzuführende Abnahme werden die Rechte der Erwerber verkürzt, zumal in dem Vertrag dem Sachverständigen zugleich eine unwiderrufliche Vollmacht erteilt wird. Die von der Beklagten in der mündlichen Verhandlung vorgebrachte Erwägung, das deutsche Recht kenne keine verdrängende Vollmacht, weshalb die Erwerber jederzeit die Möglichkeit gehabt hätten, das Gemeinschaftseigentum selbst abzunehmen, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Allgemeine Geschäftsbedingungen sind ausgehend von den Verständnismöglichkeiten eines rechtlich nicht vorgebildeten Durchschnittskunden auszulegen (BGH NJW 2010, 293). Ein solcher Kunde kann die Regelungen nur dahin verstehen, dass er sich „unwiderruflich“ der Möglichkeit begebe, über die ordnungsgemäße Herstellung des Gemeinschaftseigentums selbst befinden zu können.

Eine vom Bauträger geschuldete Leistung entgegenzunehmen und über ihre Ordnungsgemäßheit zu entscheiden, ist allein Sache des Erwerbers. Das gilt auch für das Gemeinschaftseigentum. Durch den Erwerbsvertrag erhält der einzelne Wohnungseigentümer einen eigenen Anspruch auf mangelfreies Gemeinschaftseigentum. Dementsprechend liegt es grundsätzlich bei ihm, zu entscheiden, ob er das Werk als eine in der Hauptsache dem Vertrag entsprechende Erfüllung gelten lassen will (BGH NJW 1985, 1551, 1552). Ist dem Erwerber die Person des bevollmächtigten Dritten vorgegeben oder ist das Benennungsrecht formularmäßig dem Unternehmer übertragen, wird dadurch wesentlich in den Kernbereich der Rechtsstellung des Erwerbers eingegriffen (OLG Koblenz BauR 2003, 546, 548). Eine solche Klausel stellt sich insbesondere unter zwei Gesichtspunkten als unangemessene Benachteiligung des Erwerbers dar. Zum einen greift sie in das originäre Abnahmerecht des Erwerbers ein, weil dieser faktisch keine Möglichkeit hat, eine Abnahme durch den Bevollmächtigten zu verhindern. Um dem Erwerber nicht zu suggerieren, dass nur der Bevollmächtigte abnehmen darf, wird man im Sinne des Transparenzgebotes mindestens die Klarstellung verlangen müssen, dass die Vollmacht nicht nur frei widerruflich ist, sondern der Erwerber jederzeit selbst die Abnahme erklären kann (Vogel, Die Abnahme des Gemeinschaftseigentums, NZM 2010, 377, 379). Zum anderen benachteiligt die Klausel den Erwerber unangemessen, weil die Neutralität der mit der Abnahme bevollmächtigten Person nicht gewährleistet ist (Vogel, a.a.O., S. 379). Der Bevollmächtigte wird hier - nach dem Inhalt der Klausel - vom „Verkäufer“ benannt, kommt also aus dem Lager des Bauträgers. Das lässt befürchten, dass der Bauträger auf die Abnahmeentscheidung mindestens durch die Auswahl des Bevollmächtigten Einfluss nimmt. In diesen den Erwerber benachteiligenden Bestimmungen liegt zugleich eine Abweichung von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung in §§ 640, 641 BGB (vgl. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB und § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG).

cc. Entgegen der Auffassung der Beklagten haben die Erwerber das Gemeinschaftseigentum auch nicht individuell abgenommen. Die von der Beklagten vorgelegten Übergabeprotokolle belegen eine solche Abnahme nicht. Da ausreichend ist, dass ein einzelner Wohnungseigentümer noch Inhaber unverjährter Rechte sind, beschränkt sich der Senat auf die Beurteilung der Rechtsstellung der Erwerber S. Der Erwerbsvertrag der Eheleute S. datiert vom 14.02.2000. Das von den Eheleuten S am 25.05.2000 unterzeichnete Übergabeprotokoll enthält zwar die vorformulierte Erklärung, „der Erwerber

(bescheinige) durch seine Unterschrift, dass außer den oben genannten sichtbaren Mängeln und Restarbeiten keine weiteren Beanstandungen an dem Haus (Wohnung) sowie Gemeinschaftseigentum und Gartenanlagen vorhanden sind“, doch ergibt sich aus dem Protokoll, dass eine Abnahme des Gemeinschaftseigentums nicht stattgefunden hat. Bei den Ordnungsnummern 14 „Gemeinschaftseigentum“ und 15 „Gartenanlage“ ist handschriftlich eingetragen: „Wurde am 25-5-00 von einem Sachverständigen bereits morgens abgenommen.“ Das belegt, dass sowohl die Beklagte als auch die Erwerber S. davon ausgegangen sind, eine Abnahme des Gemeinschaftseigentums sei nicht mehr erforderlich. Die Auffassung der Beklagten, die vorformulierte Erklärung der Erwerber beziehe sich auch auf das Gemeinschaftseigentum, ist deshalb verfehlt. Was die Beklagte dagegen in ihrem Schriftsatz vom 01.03.2011 vorbringt, überzeugt nicht. Dass bei der Übergabe des Sondereigentums auch der Keller betreten, die Zählerstände abgelesen und der Defekt einer Lampe beanstandet wurden, reicht angesichts des eindeutigen Wortlauts der Erklärung, wonach das Gemeinschaftseigentum bereits morgens von einem Sachverständigen abgenommen worden sei, nicht aus, um dem Verhalten der Eheleute S. den Erklärungswert beizumessen, diese hätten das Gemeinschaftseigentum abgenommen.

dd. Zu einer konkludenten Abnahme durch die Erwerber ist es ebenfalls nicht gekommen. Eine solche ist ohnehin grundsätzlich ausgeschlossen, wenn die Vertragsparteien – wie hier – eine förmliche Abnahme vereinbart und hierauf nicht nachträglich verzichtet haben (Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, § 640 Rn. 125). Überdies haben tatsächlich förmliche Abnahmetermine stattgefunden, zum einen durch den Sachverständigen, zum anderen durch die Erwerber. Aus den oben dargelegten Gründen ist es dabei aber mindestens im Erwerbsfall S nicht zu einer wirksamen Abnahme des Gemeinschaftseigentums gekommen. Deshalb ist auch die vertragliche Regelung („Nimmt der Käufer den Vertragsgegenstand in Gebrauch, ohne dass eine Übergabeverhandlung stattgefunden hat, so gilt diese Ingebrauchnahme als Abnahme des Werkes.“) nicht geeignet, die Abnahmewirkungen herbeizuführen. Darüber hinaus steht der Annahme, die Erwerber hätten das Gemeinschaftseigentum konkludent abgenommen, ein weiterer Gesichtspunkt entgegen. Zwar haben sämtliche Erwerber ihre Wohnungen vor der erstmaligen Geltendmachung der als wesentlich zu bewertenden Mängel im Dachbereich in Gebrauch genommen. Das ist aber in der unzutreffenden Annahme geschehen, das Gemeinschaftseigentum sei aufgrund der Regelung in § 7 der Erwerbsverträge bereits abgenommen. In einem solchen Fall kann das Verhalten der Erwerber nicht als Billigung des Werks angesehen werden, weil ihnen wegen der irrigen Vorstellung, das Werk sei bereits abgenommen, das notwendige Erklärungsbewusstsein fehlte (OLG München BauR 2009, 1444). Diese Erwägung gilt auch, soweit die Beklagte die Auffassung vertritt, die Erwerber S hätten durch Zahlung des restlichen Erwerbspreises das Gemeinschaftseigentum konkludent abgenommen.

Nach alledem lässt sich jedenfalls in Bezug auf die Erwerber S. keine wirksame Abnahme des Gemeinschaftseigentums feststellen. Das Argument der Beklagten, die Annahme, das Gemeinschaftseigentum sei trotz jahrelanger Nutzung durch die Wohnungseigentümer bislang nicht abgenommen, sei lebensfremd und berücksichtige die beteiligten Interessen nicht angemessen, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Nach der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (Urteil vom 08.07.2010, VII ZR 171/08, NJW 2010, 3573) unterliegen auch Gewährleistungsansprüche, die bereits vor der Abnahme entstanden sind, der kurzen Verjährungsfrist des § 638 Satz 1 BGB a.F. (insoweit inhaltsgleich mit § 634 a Abs. 1 Nr. 2 BGB n.F.). Da diese Verjährungsfrist erst mit der Abnahme des Werkes beginnt (§ 638 Satz 2 BGB a.F., § 634 a Abs. 2 BGB n.F.), ist es ohne weiteres möglich, dass die Verjährungsfrist für Gewährleistungsansprüche, die bereits vor der Abnahme entstanden sind, für längere Zeit nicht läuft. Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs (a.a.O.) widerspricht dies aber nicht dem vom Gesetzgeber mit der Verjährungsregelung verfolgten Zweck, die Gewährleistungspflicht des Unternehmers zeitlich zu begrenzen. Die Notwendigkeit einer zeitlichen Begrenzung bestehe nur für den Zeitraum nach der Abnahme. Bis zur Abnahme sei der Unternehmer zur Erfüllung verpflichtet. Erst nach der billigenden Entgegennahme seiner Werkleistung seitens des Bestellers sei es gerechtfertigt, ihn davor zu schützen, dass er über den vom Gesetzgeber für ausreichend erachteten Zeitraum von fünf Jahren hinaus gleichwohl wegen eines Mangels der Bauleistungen in Anspruch genommen werden kann. Dieses durch die Verjährungsvorschriften gewährleisteten Schuldnerschutzes bedürfe es nicht, solange die Erfüllungsphase andauere und der Besteller nicht sein Einverständnis mit der Vertragsleistung erklärt habe.

Deshalb beginnt die Verjährungsfrist für die Gewährleistungsansprüche des Bestellers nicht zu laufen, solange das Werk nicht abgenommen ist und auch sonst keine Umstände vorliegen, nach denen das vertragliche Erfüllungsverhältnis als beendet angesehen werden kann.

3. Auch der Vortrag der Beklagten im Schriftsatz vom 17.03.2011 rechtfertigt keine andere Beurteilung. In diesem Schriftsatz wird unter Beweisantritt behauptet, bei sämtlichen Erwerber, die ihre Wohnung nach Mai 2000 erworben hätten, sei von einer Abnahme des gesamten Vertragsobjektes, also des Sonder- und des Gemeinschaftseigentums, auszugehen. Dieser Vortrag kann als wahr unterstellt werden, weil er jedenfalls die Erwerber S, deren Erwerbsvertrag vorher geschlossen wurde, nicht betrifft.

4. Das Versäumnisurteil ist deshalb im Umfang von 53.033,20 EUR aufrechtzuerhalten. Im übrigen ist es aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Zinsforderung rechtfertigt sich dem Grunde nach aus § 286 Abs. 1 BGB, der Höhe nach aus § 288 Abs. 1 Satz 2 BGB. […]

GBO §§ 22, 35, 40, 29

1. Eine transmortale Vollmacht befähigt bis zu ihrem Widerruf ihren Inhaber die Berichtigung des Grundbuchs aufgrund der Übertragung eines Gesellschaftsanteils an einer GbR zu bewilligen, ohne dass die Erben voreinge-

tragen sein müssen oder ihre Erbenstellung nach § 35 GBO nachzuweisen ist.

2. Ist der Gesellschaftsvertrag der GbR nur privatschriftlich geschlossen, kann der Nachweis, ob der Gesellschaftsvertrag eine von § 727 BGB abweichende Regelung enthält, durch Vorlage der Urschrift oder einer beglaubigten Abschrift des Gesellschaftsvertrages geführt werden. Ist der Vertrag nur mündlich geschlossen, ist eine übereinstimmende Erklärung, dass ein Gesellschaftsvertrag, dessen Inhalt von der gesetzlichen Regelung abweicht, nicht abgeschlossen wurde oder nicht bekannt ist, ausreichend.

3. Der Nachweis, dass der Gesellschaftsanteil nicht durch ein laut Gesellschaftsvertrag zulässiges Vermächtnis zugewendet wurde, kann durch Vorlage der Urschrift des privatschriftlichen Testaments oder einer vom Nachlassgericht beglaubigten Abschrift zusammen mit der Niederschrift über die Eröffnung geführt werden. (Leitsätze von Armin Steiner, Stuttgart)

OLG Dresden Beschluss vom 12.04.2011
Aktenzeichen: 17 W 1272/10 und 17 W 1273/10

Die Zwischenverfügungen des Amtsgerichts Leipzig – Grundbuchamt – vom 09.09.2010 und vom 21.09.2010 betreffend das Grundbuch von Leipzig werden aufgehoben. Das Grundbuchamt wird angewiesen, von den in den Zwischenverfügungen bezeichneten Bedenken gegen die beantragte Eintragung nach Maßgabe der folgenden Gründe Abstand zu nehmen.

Gründe:

I.

Die Beteiligte und ihr verstorbener Ehemann sind in Gesellschaft bürgerlichen Rechts, als Eigentümer der im Grundbuch von Leipzig auf den Blättern […] und […] vorgetragenen Grundstücke im Grundbuch eingetragen. Der privatschriftliche Gesellschaftsvertrag (GA […]) enthält unter der Überschrift „Eintritt Vermächtnisnehmer“ folgende Klausel: „Jeder Gesellschafter kann seine Nachkommen als Erben oder Vermächtnisnehmer zu Gesellschaftern dieser Gesellschaft einsetzen“. Nach dem Tod des Ehemanns schlug die auf Grund des Testaments vom 20.12.2006 allein erbende Beteiligte am 25.06.2010 die Erbschaft aus, so dass der Ehemann von den beiden Kindern beerbt wurde. In notarieller Urkunde vom gleichen Tage übertrugen die beiden Erben den Gesellschaftsanteil des Verstorbenen auf die Beteiligte. Dieser hatte der Ehemann am 16.09.1975 eine Generalvollmacht erteilt, die nicht mit dem Tod des Vollmachtgebers erlöschen sollte (GA …).

Mit am 02.09.2010 beim Grundbuchamt Leipzig eingegangenen, vom Notariat Stuttgart beglaubigtem Schreiben beantragte und bewilligte die Beteiligte als Generalbevollmächtigte ihres verstorbenen Ehemanns die Berichtigung der Grundbücher dahingehend, dass sie als Alleineigentümerin einzutragen sei. Beigefügt waren eine beglaubigte Abschrift der Generalvollmacht, deren Ausfertigung dem Notariat Stuttgart vorgelegen hatte.

Mit Zwischenverfügung vom 09.09.2010 verlangte das Grundbuchamt die Vorlage des Gesellschaftsvertrages in öffentlich beglaubigter Form, einer Ausfertigung des Erbscheins und des Übertragungsvertrages vom 25.06.2010. Daraufhin legte die Beteiligte den Gesellschaftsvertrag vom 29.12.2005 (GA …), das Eröffnungsprotokoll des Nachlassgerichts Stuttgart vom 17.05.2010 (GA …), Abschriften des handschriftlichen Testaments von 2006 und des maschinenschriftlichen von 2004, die Ausschlagungs- und Annahmeerklärungen (GA …) sowie den Nachweis über deren Entgegennahme durch das Nachlassgericht (GA…) und den Vertrag vom 24.06.2010 betreffend die Übertragung des Gesellschaftsanteils (GA …) jeweils in einfacher Kopie vor.

Mit weiterer Zwischenverfügung vom 21.09.2010 (GA …) verlangte das Grundbuchamt die Vorlage des Gesellschaftsvertrags in öffentlich beglaubigter Form, andernfalls Erklärungen sämtlicher Gesellschafter bzw. deren Rechtsnachfolger. Da die Gesellschaft mit den Erben fortgeführt werde, müssten auch diese, die zudem voreingetragen sein müssten und einen Erbschein vorzulegen hätten, die Bewilligung in der Form des § 29 GBO erklären.

Hiergegen hat die Beteiligte Beschwerde eingelegt. Das Grundbuchamt hat der Beschwerde nicht abgeholfen und verlangt weiterhin einen Nachweis über die Erbberechtigung, eine Bewilligung durch die Erben bzw. eine Bevollmächtigung der Beteiligten durch diese, eine Erklärung der Erben, in die Gesellschaft einzutreten sowie die Voreintragung der Erben.

II.

Auf die zulässige (§§ 71, 73 GBO) Beschwerde waren die Zwischenverfügungen des Grundbuchamts aufzuheben. Die dort angenommenen Eintragungsvoraussetzungen bestehen nicht. Vielmehr hat die Beteiligte nur nach Maßgabe der nachfolgenden Ausführungen weitere Nachweise zu erbringen.

Für die Grundbuchberichtigung nach dem Tode eines BGB-Gesellschafters - wie sie ausweislich von § 47 Abs. 2 GBO erforderlich ist (vgl. OLG München FGPrax 2010, 279; OLG Zweibrücken NJW 2010, 384; vgl. Lautner Anm. zu OLG München MittBayNot 2011, 32, 36 f.) - steht neben dem hier nicht verfolgten Unrichtigkeitsnachweis (§ 22 Abs. 1 S. 1 GBO) der Weg über die Berichtigungsbewilligung zur Verfügung, wie ihn die Beteiligte verfolgt. Nach § 19 GBO hat die berichtigende Eintragung zu erfolgen, wenn derjenige sie bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen ist. Zu bewilligen haben mithin alle in Frage kommenden Berechtigten - also alle, deren Buchposition oder tatsächliche Rechtsstellung durch die Eintragung beeinträchtigt wird oder werden kann (Demharter, GBO, 25. Aufl., § 22 Rn. 36) - sowie der neue Gesellschafter, jeweils in der Form des 29 Abs. 1 GBO.

Stirbt einer von zwei BGB-Gesellschaftern, ist daher zur Berichtigung zunächst die Bewilligung (§ 19 GBO) des verbleibenden Gesellschafters notwendig, wie sie von der Beteiligten in der Form des § 29 GBO erklärt worden ist. Erforderlich ist im Regelfall weiterhin die Bewilligung durch alle Erben des verstorbenen Gesellschafters. Denn auch wenn die Gesellschaft, wie es dem gesetzlichen Regelfall des 727 BGB entspricht, durch den Tod des Gesellschafters aufgelöst ist, so entsteht hierdurch doch bis zur Auseinandersetzung eine Liquidationsgesellschaft. Der Anteil des

Erblassers hieran fällt in den Nachlass. Die Bewilligung der Erben liegt hier – unabhängig von der Anteilsübertragung – gleichermaßen bereits vor. Denn die Beteiligte handelte nicht nur im eigenen Namen, sondern auch als Generalbevollmächtigte des verstorbenen Gesellschafters zugleich für seine Erben. Die ihr erteilte transmortale Vollmacht befähigt bis zu ihrem Widerruf (dazu § 172 Abs. 2 BGB) ihren Inhaber, die Berichtigung des Grundbuchs zu bewilligen (§§ 19, 22 GBO), ohne dass die Erben voreingetragen sein müssten oder ihre Erbenstellung nach § 38 GBO nachzuweisen hätten (RGZ 88, 345; KG JFG 12, 275; Herrmann in Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann, GBO, 6. Aufl., § 39 Rn. 20). Für den Nachweis der Vollmacht ist die Bescheinigung des Notars, dass eine Ausfertigung der Vollmacht von der Beteiligten vorgelegt wurde, im Hinblick auf § 172 BGB ausreichend (Demharter a.a.O. § 29 Rn. 59; § 19 Rn. 80).

Da jedoch jeder, der durch die berichtigende Eintragung auch nur möglicherweise in seinen Rechten betroffen ist, die Berichtigung bewilligen muss (§ 19 GBO), sind Bewilligungen all derer, die noch als Rechtsnachfolger des im Grundbuch eingetragenen, verstorbenen Gesellschafters in Betracht kommen, erforderlich. Weil sich die Rechtsnachfolge beim Tod eines BGB-Gesellschafters grundsätzlich nicht nach den Regeln des Erbrechts, sondern nach den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages vollzieht, gibt es keine Berechtigung dafür, neben den übrigen, im Grundbuch eingetragenen Gesellschaftern ohne Weiteres und ausschließlich die Erben des gestorbenen Gesellschafters als bewilligungsberechtigt anzusehen. Zwar werden diese oder einzelne von ihnen, etwa im Falle einer Fortsetzungs- oder (gegebenenfalls qualifizierten) Nachfolgeklausel, auch Rechtsnachfolger des Erblassers im Hinblick auf seinen Gesellschaftsanteil sein. Im Falle einer Eintrittsklausel besteht aber auch die Möglichkeit, dass ihm ein Dritter nachfolgt, wenn er bereits in die Gesellschaft eingetreten ist oder dies noch tun kann. Daher ist es erforderlich, die Frage der Bewilligungsberechtigung anhand des Gesellschaftsvertrages zu prüfen (BayObLG Rpfleger 1992, 19; Rpfleger 1993, 105; DNotZ 1998, 811; ebenso OLG Zweibrücken Rpfleger 1995, 453; OLG Schleswig Rpfleger 1992, 149; zuletzt OLG München FGPrax 2010, 279). Dabei ist nach der zitierten Rechtsprechung des BayObLG (BayObLG Rpfleger 1992, 19; BayObLG Rpfleger 1993, 105; BayObLG NotBZ 2001, 33) im Hinblick darauf, dass nach dem Tod des Gesellschafters kein denkbarer Weg, die Form des § 29 GBO noch zu erfüllen, vorhanden ist, ausnahmsweise die Vorlage des privatschriftlichen Gesellschaftsvertrages – allerdings im Original, nicht in einfacher Abschrift – bzw., wenn der Gesellschaftsvertrag nur mündlich geschlossen wurde, übereinstimmende Erklärungen, dass ein Gesellschaftsvertrag, dessen Inhalt von der gesetzlichen Regelung abweicht, nicht abgeschlossen wurde oder nicht bekannt ist, ausreichend.

Wenn im vorliegenden Fall das Original des Gesellschaftsvertrages mit dem Inhalt, wie bereits aus der vorgelegten Kopie ersichtlich, vorgelegt ist, ist aufgrund des Inhalts des Gesellschaftsvertrags zu bestimmen, wer danach möglicherweise außer dem verbliebenen Gesellschafter und den Erben in eigenen Rechten betroffen sein kann. Die entsprechende Klausel des Gesellschaftsvertrages ist, was die Beschwerde verkennt, nicht eindeutig im Sinne einer einfachen erbrechtlichen Nachfolgeklausel gefasst. Die Überschrift „Eintritt Vermächtnisnehmer“ deutet auf die Vereinbarung einer Eintrittsklausel, ist aber nach dem Inhalt der Klausel jedenfalls zu eng formuliert, da dort auch Erben angesprochen sind. Nach dem Inhalt der Klausel sollen „Nachkommen“, also Kinder, Enkel und Urenkel der Gesellschafter, als Erben oder Vermächtnisnehmer zu Gesellschaftern „eingesetzt“ werden können. Unabhängig davon, wie sich der Übergang des Gesellschaftsanteils auf Vermächtnisnehmer vollziehen soll, die jedenfalls anders als Erben nicht von selbst in das Vermögen des Gesellschafters einrücken, sondern nur einen Anspruch auf Einräumung einer entsprechenden Vermögensposition gegen den Erben haben (vgl. Ivo ZEV 2006, 252), kann die Beteiligte sie jedenfalls nicht vertreten. Denn die transmortale Generalvollmacht wirkt nur für und gegen die Erben. Mithin ist das Nichtvorhandensein von eintrittsberechtigten Vermächtnisnehmern nachzuweisen, wenn nicht die Bewilligung der solchermaßen eingetretenen Gesellschafter vorgelegt werden kann. Dies kann allerdings nicht durch einen Erbschein geschehen; im Falle eines lediglich privatschriftlichen Testaments kann eine § 29 GBO genügende Form auch nicht herbeigeführt werden. Daher muss – wie im Falle des privatschriftlichen Gesellschaftsvertrages (s.o.) – hier ausnahmsweise die Vorlage des privatschriftlichen Originals des Testaments bzw., wenn dieses sich beim Nachlassgericht befindet (vgl. BGH FamRZ 1978, 401), die Vorlage einer von diesem gem. § 357, § 13 Abs. 3 FamFG beglaubigten Abschrift zusammen mit der Niederschrift über die Eröffnung (vgl. § 35 Abs. 1 S. 2 GBO) ausreichen. Ob, wenn kein Testament existiert, eine Erklärung der verbleibenden Gesellschafter und aller Erben dazu ausreichen würde, nachzuweisen, dass keine Vermächtnisse existieren (vgl. BayObLG NotBZ 2001, 33 zum mündlichen Gesellschaftsvertrag ohne Abweichung von der gesetzlichen Regelung), muss hier nicht entschieden werden. Sollte, wie die Kopie des Testaments von 2006 erwarten lässt, anders als im widerrufenen Testament von 2004 kein entsprechendes Vermächtnis angeordnet sein, ist in Anwendung vorstehender Grundsätze die Bewilligung durch die voreingetragene Beteiligte ausreichend für die Grundbuchberichtigung.

Eine Voreintragung (§ 39 Abs. 1 GBO) wäre nur hinsichtlich des in die Gesellschafterstellung einrückenden Vermächtnisnehmers erforderlich (Bauer in: Bauer/v. Oefele, GBO, 2. Aufl., § 40 Rn. 6; Zeiser in: Hügel, GBO, § 40 Rn. 2). Dagegen ist die Voreintragung der Erben (auf welche ggf. noch anzutragen wäre, RGZ 88, 345), wie bereits angesprochen, entgegen der Auffassung des Grundbuchamtes nicht erforderlich. Denn zwar mag die Bewilligung auf Grund einer postmortal wirkenden Vollmacht nicht einer Bewilligung des Erblassers i.S.v. § 40 Abs. 1 GBO gleichzusetzen sein (Bauer a.a.O. § 40 Rn. 22; Zeiser a.a.O. § 40 Rn. 24; a. A. Herrmann a.a.O. § 39 Rn. 20). Jedenfalls ist aber unter einer Übertragung des Rechts i.S.v. § 40 Abs. 1 GBO auch die Berichtigung bei außerhalb des Grundbuchs erfolgtem Rechtsübergang zu verstehen (Bauer a.a.O. § 40 Rn. 17; Zeiser a.a.O. § 40 Rn. 18), wie er hier erfolgt wäre. Die vom Grundbuchamt zitierte Kommentarstelle nebst Rechtsprechung (KG Rpfleger 1992, 430; vgl. OLG München FGPrax 2006, 148) betrifft den Wechsel im Gesellschafterbestand einer GbR durch Rechtsgeschäft unter Lebenden, wie er hier nicht gegeben ist.

Eine Kostenentscheidung ist entbehrlich, da die Zwischenverfügungen aufzuheben waren und die Beschwerde daher nicht nur einen Teilerfolg hat. Gerichtskosten fallen also nicht

an bzw. werden nicht erhoben. Außergerichtliche Kosten sind mangels weiterer Beteiligter nicht zu ersetzen, zumal auch „der Staat“ nicht in die Kostenpflicht genommen werden kann (§ 131 Abs. 3 und 7 KostO, § 81 FamFG). Von daher erübrigt sich eine Wertfestsetzung.

Anmerkungen zum Beschluss des OLG Dresden vom 12.04.2011

Mit dem vom OLG entschieden Fall hatte das Gericht Gelegenheit sich zu folgenden Fragen zu äußern:

1. Erfasst eine transmortale Vollmacht auch die Abtretung von Gesellschaftsanteilen an einer GbR, die im Wege der Sondererbfolge auf die Erben übergegangen sind, oder verliert der Gesellschaftsanteil durch die Sondererbfolge die Zugehörigkeit zum Nachlass?

2. Ist es aufgrund einer transmortalen Vollmacht möglich, die Berichtigung des Grundbuchs namens der Erben des verstorbenen BGB-Gesellschafters zu bewilligen oder bedarf es der Zustimmung der Erben, wobei die Erbfolge nach § 35 GBO nachzuweisen ist?

3. Mit welchen Beweismitteln kann der Inhalt eines privatschriftlich abgeschlossenen Gesellschaftsvertrages einer GbR nachgewiesen werden?

4. Welche Beweismittel sind zulässig zum Nachweis, dass in einem privatschriftlichen Testament keine Vermächtnisse angeordnet sind?

5. Müssen die Erben des Gesellschafters eingetragen werden, bevor der Erwerber, der den Gesellschaftsanteil von den Erben erwirbt, im Wege der Grundbuchberichtigung eingetragen wird?

Sachverhalt:

1. Die Ehegatten gründeten einen Ehegatten-GbR. Im privatschriftlich unterzeichneten Gesellschaftsvertrag findet sich folgende Regelungen: „§ 9 Eintritt Vermächtnisnehmer: Jeder Gesellschafter kann seine Nachkommen als Erben oder Vermächtnisnehmer zu Gesellschaftern dieser Gesellschaft einsetzen“. Im privatschriftlichen Testament beruft der Ehemann seine Ehefrau zur Alleinerbin. Vermächtnisse werden nicht ausgesetzt. Die Ehefrau schlägt die Erbschaft gegen Abfindung aus, wodurch die Erbschaft den beiden Kindern anfällt. Gegenstand der Abfindung ist auch der Gesellschaftsanteil des verstorbenen Gesellschafters an der GbR. Beide Kinder übertragen den Gesellschaftsanteil auf die Witwe. Aufgrund der notariell beurkundeten transmortalen Vollmacht bewilligt die Witwe die Berichtigung des Grundbuchs dahingehend, dass sie als Alleineigentümerin eingetragen wird.

2. Nach Ansicht des Grundbuchamts bestanden folgende Eintragungshindernisse bzw. waren folgende Voraussetzungen zu schaffen:

- Vorlage des Gesellschaftsvertrages in notariell beglaubigter Form
- Vorlage eines Erbscheins in Ausfertigung
- Voreintragung der Gesellschafter (Erben) nach § 39 GBO
- Bewilligung der Erben zur Grundbuchberichtigung

Das Grundbuchamt führte hierzu u. a. aus.

a) Eine Übertragung des Gesellschaftsanteils durch die Witwe aufgrund der Generalvollmacht ist im vorliegenden Fall nicht möglich, da die Gesellschaft bereits aufgelöst wäre (gemeint war wohl, dass die Gesellschaft aufgrund des Todes des Erblasser aufgelöst wurde).

b) Eine Abgabe der Berichtigungsbewilligung durch die Witwe als Generalbevollmächtigte für ihren verstorben Ehegatten ist nicht ausreichend, weil nach den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages die Gesellschaft mit den Erben fortgeführt wird. Erforderlich wäre daher die Berichtigungsbewilligung der Erben.

Rechtliche Würdigung

Der Entscheidung des OLG ist sowohl in der Begründung als auch im Ergebnis zuzustimmen. Sie macht für die Praxis erfreulicherweise deutlich, dass mittels transmortaler Vollmachten ohne Erbschein und ohne notariell beglaubigte/beurkundete Gesellschaftsverträge und Verfügungen von Todes wegen Gesellschaftsanteile des verstorbenen Gesellschafters übertragen und Grundbuchberichtigungen bewilligt werden können.

1. Zur Berichtigung durch Eintragung eines Eigentümers ist dem Grundbuchamt schlüssig darzulegen, dass der Grundbucheintrag unrichtig ist und durch die bewilligte neue Eintragung richtig wird. Die Bewilligung hat die Ursache/den Grund der Grundbuchunrichtigkeit dazustellen und Tatsachen zu bezeichnen, aus denen die Grundunrichtigkeit schlüssig folgt.

Erfolgt die Antragstellung aufgrund einer Bewilligung braucht dem Grundbuchamt für eine ordnungsgemäß bewilligte berichtigende Eintragung die Grundbuchunrichtigkeit nicht (noch gesondert) nachgewiesen zu werden (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 13. Auflage, Rn. 361, unter Hinweis auf BayObLG 1994, 33, 38 = Rpfleger 1994, 410; OLG Frankfurt NJW-RR 1996, 14; LG Köln MittRhNotK 1988, 256).

Die Richtigkeit der in der Berichtungsbewilligung dargestellten Tatsachen, die die Grundbuchunrichtigkeit ergeben, braucht das Grundbuchamt daher nicht zu prüfen (Schöner/Stöber, a.a.O., Rn. 361, unter Hinweis auf BayObLG 1994, 155 = Rpfleger 1984, 404; BayObLG 1994, 33, 38 = Rpfleger 1994, 410; OLG Frankfurt NJW-RR 1996, 14). Dies gilt nur dann nicht, wenn sich aus den vorgelegten Urkunden oder aus anderen dem Grundbuchamt bekannten Umständen ergibt, dass das Grundbuch durch die der Bewilligung entsprechenden Eintragung unrichtig werden würde (Schöner/Stöber, a.a.O., Rn. 361, unter Hinweis auf RG 73, 154, 157; BayObLG 1954 225, 230; KGJ 41 A 201).

2. Berechtigt zur Abgabe der Berichtigungsbewilligung ist der Betroffene, also derjenige, dessen im Grundbuch ein-

getragenes Recht von der Berichtigung betroffen wird. Da jeder, der durch die berichtigende Eintragung auch nur möglicherweise in seinen Rechten betroffen ist, die Berichtigung bewilligen muss, sind Bewilligungen all derer, die noch als Rechtsnachfolger des im Grundbuch eingetragenen, verstorbenen Gesellschafters in Betracht kommen, erforderlich (so das OLG Dresden m.w.N.), also im Falle einer Eintrittsklausel nicht nur die Erben sondern auch die Vermächtnisnehmer.

Ist der Gesellschaftsvertrag nur privatschriftlich abgeschlossen, kann der Inhalt des Vertrages durch die Vorlage der Urschrift bzw. einer beglaubigten Abschrift nachgewiesen werden. Ist der Vertrag nur mündlich geschlossen, lässt es das OLG sogar genügen, wenn übereinstimmend erklärt wird, dass ein Gesellschaftsvertrag, dessen Inhalt von der gesetzlichen Regelung abweicht, nicht abgeschlossen wurde oder ein solcher Vertrag nicht bekannt ist.

3. Da die transmortale Generalvollmacht nur für und gegen die Erben wirkt aber nicht für und gegen Vermächtnisnehmer, ersetzt sie nicht die Berichtigungsbewilligung von möglichen Vermächtnisnehmern. Ob der Gesellschaftsanteil durch Vermächtnis zugewendet wurde, kann aber nicht durch einen Erbschein nachgewiesen werden. Ist lediglich ein privatschriftliches Testament vorhanden, lässt es das OLG genügen, dass der Nachweis durch die Vorlage des privatschriftlichen Originals bzw. wenn – was aufgrund der Ablieferungspflicht des § 2259 BGB der Regelfall sein wird – dieses sich beim Nachlassgericht befindet, durch die Vorlage einer vom Nachlassgericht beglaubigten Abschrift zusammen mit der Niederschrift über die Eröffnung geführt wird.

4. Gemäß § 727 Abs. 1 wird die GbR durch den Tod eines Gesellschafters aufgelöst, sofern nicht aus dem Gesellschaftsvertrag sich ein anderes ergibt. Den oben angegebenen Bestimmung des Gesellschaftsvertrages kann entnommen werden, dass die Gesellschaft mit dem Tod des Gesellschafters nicht aufgelöst, sondern mit den Erben oder Vermächtnisnehmern fortgesetzt wird, wenn es sich hierbei um Abkömmlinge handelt. Sind Abkömmlinge zu Erben berufen, geht der Gesellschaftsanteil im Wege der so genannten Sondererbfolge auf diese Abkömmlinge über (Ulmer/Schäfer in MüKo zum BGB, 5. Auflage, § 727, Rn. 31 ff.). Dieser Teil der gesellschaftsvertraglichen Regelungen ist als einfache erbrechtliche Nachfolgeklausel zu qualifizieren. Soweit es hingegen der Gesellschaftsvertrag zulässt, dass der Anteil per Vermächtnis Abkömmlingen zugewendet wird, handelt es sich um eine Eintrittsklausel.

Fehlt eine Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag und es kommt deshalb aufgrund des Erbfalls zur Auflösung der Gesellschaft, § 727 BGB, führt dies entgegen der Ansicht des Grundbuchamts nicht zur (Voll)Beendigung der Gesellschaft oder den Untergang des Gesellschaftsanteils des verstorbenen Gesellschafters. Der Gesellschaftsanteil steht nun sämtlichen Erben gemeinsam zu, also der Erbengemeinschaft; es kommt nicht wie bei der Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben zur Sondererbfolge (Ulmer/Schäfer a.a.O., § 727 Rn. 14). Die Auflösung der Gesellschaft bewirkt nicht, dass über Gesellschaftsanteile nicht mehr verfügt werden könnte, wenn – wie bei der werbenden Gesellschaft – entweder alle Gesellschafter der Verfügung zustimmen oder Verfügungen im Gesellschaftsvertrag zugelassen sind.

5. Sinn einer trans- oder postmortalen Vollmacht ist, dass hiermit der Bevollmächtigte Verfügungen treffen kann, ohne dass eine erbrechtliche Legitimation erforderlich ist (Schramm in MüKo zum BGB, 5. Auflage, a.a.O., § 168, Rn. 30). Die Vollmacht wirkt wie eine von den Erben erteilte Vertretungsmacht fort, bezieht sich aber nur auf den Nachlass und nicht auch auf das Eigenvermögen des Erben (Leipold in MüKo zum BGB, 5. Auflage, § 1922 Rn. 47). Bei Verfügungen über den Nachlass unterliegt der Bevollmächtigte keinen Beschränkungen, die möglicherweise für Erben gelten, z. B. Testamentsvollstreckung (Schramm a.a.O., § 168, Rn. 33).

Wäre die GbR durch den Tod des Erblassers aufgelöst, würde der Gesellschaftsanteil zum Nachlass/zum Vermögen der Erbengemeinschaft gehören und die Witwe hätte als Generalbevollmächtigte über ihn verfügen können.

Ein postmortal Bevollmächtigter kann jedoch auch dann über den Gesellschaftsanteil verfügen, wenn die Gesellschaft als werbende Gesellschaft mit den Erben fortgesetzt wird und der Gesellschaftsanteil im Wege der Sondererbfolge auf die Erben übergegangen ist. Der Gesellschaftsanteil verliert trotz Fehlens der gesamthänderischen Bindung zum Nachlass nicht seine Zugehörigkeit zum Nachlass; er ist weiterhin als Bestandteil des Nachlasses zu behandeln (Leipold, a.a.O., § 1922 Rn. 76 sowie Rn. 131; siehe auch DNotI-Report 2/2011 Seite 10). Dass nach Rechtsprechung und Literatur der Gesellschaftsanteil zum Nachlass gehört, ergibt sich auch daraus, dass nach allgemeiner Auffassung Testamentsvollstreckung am Gesellschaftsanteil zugelassen wird (siehe z. B. KG Berlin, 09.12.2008, 1 W 417/07; NotBZ 2009, 232). Dies ist jedoch nur vorstellbar, wenn man den im Wege der Sondererbfolge den einzelnen Erben angefallenen Gesellschaftsanteil nicht als deren Eigenvermögen betrachtet, sondern weiterhin als Bestandteil des Nachlasses. Damit konnte mittels der Generalvollmacht über den vom Erblasser im Wege der Sondererbfolge auf die Erben übergegangenen Gesellschaftsanteil verfügt werden.

Die vom Grundbuchamt nach § 39 GBO verlangte Voreintragung der Erben als Nachfolger des verstorbenen Gesellschafters ist nicht erforderlich und meines Erachtens auch nicht zulässig. Nicht erforderlich, da im Wege der Berichtigung die Übertragung des Rechts (Eigentum) eingetragen werden soll, (analog) § 40 Abs. 1 Satz GBO (siehe Schöner/Stöber, a.a.O., Rn. 142, 143), und meines Erachtens nicht zulässig, da in das Grundbuch ein Zustand eingetragen würde, der bereits im Zeitpunkt der Eintragung so nicht mehr richtig ist (aufgrund der erfolgten Anteilsabtretung) und somit die Voreintragung zur (weiteren) Unrichtigkeit des Grundbuchs führen würde.

Armin Steiner, Württ. Notariatsassessor, Stuttgart

OLG Frankfurt, 11.4.2011 - 20 W 69/11

BGB §§ 876, 877; WEG § 8; ZVG § 10 Abs. 1 Nr. 2

Bereits zur Aufteilung gemäß § 8 WEG ist die Zustimmung der Gläubiger der auf dem Grundstück lastenden Grundpfandrechte erforderlich.

[…] Der Antragsteller ist seit 1996 als Eigentümer des betroffenen Grundbesitzes eingetragen. In Abt. III sind als lfde. Nr. 9-12 Briefgrundschulden für die A-Versicherung AG, als lfde. Nr. 13 eine Buchgrundschuld für die B-Bank sowie als lfde. Nr. 14 eine Sicherungshypothek für die C GmbH Co. KG eingetragen. In Abt. II wurde am 03.03.2011 ein Zwangsversteigerungsvermerk eingetragen.

Durch zu UR-Nr. .../2010 des Verfahrensbevollmächtigten vom 24.11.2010 beglaubigte Erklärung hat der Antragsteller das betroffene Grundstück gemäß § 8 Abs. 1 WEG geteilt und die Eintragung der Aufteilung sowie der Gemeinschaftsordnung als Inhalt des Sondereigentums im Grundbuch bewilligt und beantragt. Unter dem 03.11.2010 hat der Verfahrensbevollmächtigte die Teilungserklärung vom 24.11.2010, verbunden mit dem Aufteilungsplan und einer Abgeschlossenheitserklärung, dem Grundbuchamt zum Vollzug eingereicht. Die Rechtspflegerin beim Grundbuchamt hat durch Zwischenverfügung vom 06.12.2010 neben einer inzwischen durch eine Nachtragsurkunde erledigten Beanstandung die Zustimmung der nach Abt. III Nr. 9-14 dinglich Berechtigten in der Form des § 29 GBO verlangt, da diese gemäß §§ 876, 877 BGB durch die Möglichkeit eines Rangverlustes infolge der nach § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG privilegierten Hausgeldansprüche in einem möglichen Zwangsversteigerungsverfahren rechtlich betroffen und ihre Zustimmung daher erforderlich sei. Diese Auffassung hat die Rechtspflegerin in einer weiteren Zwischenverfügung vom 27.12.2010 auch nach Vorlage eines Beschlusses des KG vom 30.11.2010 -1 W 455/10-, worin keine Zustimmungsbedürftigkeit angenommen wurde, aufrechterhalten mit Ausnahme der zwischenzeitlich vorgelegten Zustimmung der B-Bank.

Dagegen richtet sich die Beschwerde des Antragstellers, mit der vorgetragen wird, es bestünde keine Zustimmungsbedürftigkeit. Ein rechtlicher Nachteil im Sinn des §§ 876, 877 BGB durch den Rangverlust nach § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG sei nicht bereits in der Aufteilung, sondern erst in der späteren Erstveräußerung eines Wohnungseigentumsrechts zu erblicken, da erst dadurch eine Wohnungseigentümergemeinschaft entstehe. Bei der Veräußerung sei aber schon wegen der Lastenfreistellung oder Schuldübernahme eine Zustimmung der Grundpfandrechtsgläubiger erforderlich.

Mit Beschluss vom 27.01.2011 hat die Grundbuchrechtspflegerin der Beschwerde nicht abgeholfen aus den Gründen der angefochtenen Zwischenverfügung und sich der Rechtsansicht des KG nicht angeschlossen. Die Beschwerde, über die nach Art. 111 Abs. 1 Satz 1 FGG-RG i. V. m. § 72 GBO gemäß § 75 GBO das Oberlandesgericht zu entscheiden hat, ist zulässig.

Sie ist aber nicht begründet. Zu Recht hat die Grundbuchrechtspflegerin die Zustimmung der Grundpfandrechtsgläubiger zu der Vollziehung der Teilungserklärung verlangt. Nach heute wohl einhelliger Auffassung sind die §§ 876, 877 BGB, wonach zur Inhaltsänderung eines Grundstücksrechts die Zustimmung von Drittberechtigten erforderlich ist, auf die Begründung von Wohnungseigentum entsprechend anwendbar. Aufgrund der Veränderungen hinsichtlich Inhalt und Umfang der dinglichen Rechtsmacht des Eigentümers durch die Aufteilung, wie sie dadurch zum Ausdruck kommt, dass gemäß § 5 Abs. 4 Satz 1 WEG der Inhalt des Sondereigentums durch Vereinbarung gestaltet werden kann, ist in der Teilung nach § 8 WEG auch zumindest eine verfügungsähnliche Rechtshandlung zu sehen (Bärmann/Armbrüster: WEG, 11. Aufl., § 2 Rdnr. 31). Aus der materiell-rechtlichen Notwendigkeit der Zustimmung nach §§ 876,877 BGB folgt die verfahrensrechtlich erforderliche Zustimmungsbewilligung nach § 19 GBO. Allerdings entspricht es bisher ganz herrschender Meinung (Oberlandesgericht Hamm FGPrax 1998=Rpfleger 1998, 154; BayObLG Rpfleger 1986, 177; Demharter: GBO, 27. Aufl., Anhang zu § 3, Rdnr. 17 und 18; Meikel/Morvilius: Grundbuchrecht, 10. Aufl., Einl. C, Rdnr. 120; Schöner/Stöber: Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rdnr. 2849), dass für die Teilung nach § 8 WEG nicht die Zustimmung der Gläubiger der auf dem Grundstück lastenden Grundpfandrechte erforderlich ist, da deren Rechte nach der Teilung zu Gesamtrechten werden, bestehend an den neu gebildeten Miteigentumsanteilen (§§ 1132 Abs. 1 Satz 1, 1192 Abs. 1 BGB) mit der Folge, dass die Gläubiger sowohl alle als auch einzelne Anteile verwerten können. An dieser Auffassung, die der Senat bisher ebenfalls vertreten hat, (Rpfleger 1996, 340 und Rpfleger 1997, 374), dass eine Zustimmungsbedürftigkeit hinsichtlich der Teilung deshalb nicht gegeben sei, weil sich dadurch noch nichts an dem Haftungsobjekt für die Grundpfandrechte ändere, kann jedoch nach Einführung des Rangklassenprivilegs für rückständiges Wohngeld gemäß § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG nicht festgehalten werden. Danach muss der Grundpfandrechtsgläubiger bei der Vollstreckung in ein Wohnungseigentum die Forderungen, die sich aus den zwischen den Miteigentümern bestehenden Beziehungen gemäß §§ 16 Abs. 2, 28 Abs. 2 und 5 WEG ergeben, bis zu 5% des gemäß § 74 a ZVG festgesetzten Wertes vorgehen lassen. Soweit trotzdem die Kausalität der Aufteilung als solcher für die Befriedigungsverschlechterung deshalb verneint wird, weil mit der Aufteilung noch keine Wohnungseigentümergemeinschaft entsteht, sondern im Fall der Vorratsteilung nach § 8 WEG erst die Eintragung eines weiteren Wohnungseigentümers im Grundbuch die Gemeinschaft entstehen lässt (KG Beschl. v. 30.11.2010 -1 W 455/10- ZWE 2011, 81; Schneider ZnotP 2010, 299, 302 und 387, 388), greift diese Begründung nach Auffassung des Senats zu kurz, da sie nicht die Haftungsverhältnisse in der werdenden Gemeinschaft berücksichtigt. Denn seit der Entscheidung des BGH vom 05.06.2008 -V ZB 85/07- (NJW 2008, 2639= Rpfleger 2008, 564) ist anerkannt, dass bereits vor Entstehung einer Wohnungseigentümergemeinschaft die Erwerber, für die eine Auflassungsvormerkung im Grundbuch eingetragen und denen der Besitz an der erworbenen Wohnung übergeben worden ist, eine sogenannte werdende Gemeinschaft bilden. Bereits auf die Mitglieder dieser Gemeinschaft sind die Vorschriften des WEG entsprechend anwendbar, mit der Folge, dass diese Erwerber entsprechend § 16 Abs. 2 WEG die Kosten und Lasten des gemeinschaftlichen Eigentums zu tragen haben, noch bevor die Erstveräußerung im Grundbuch vollzogen worden ist. Da bereits wegen dieser Ansprüche das Rangklassenprivileg des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG eingreifen kann, kann nicht mehr davon ausgegangen werden, dass eine rechtliche Beeinträchtigung der Grundpfandrechtsgläubiger vor der Erstveräußerung eines Wohnungseigentums ausgeschlossen und deshalb eine Zustimmung zur Teilung entbehrlich wäre (so auch Palandt/Bassenge: BGB, 70. Aufl., § 8 WEG, Rdnr. 1 und § 3 WEG Rdnr. 1; Kesseler NJW 2010, 2317 und ZNotP 2010, 335). Die Kosten seiner danach erfolglosen Beschwerde

hat der Antragsteller zu tragen, §§ 84 FamFG, 131 Abs. 1 Nr. 1 KostO. Die Erstattung außergerichtlicher Kosten war nicht anzuordnen, da solche mangels weiterer Beteiligter mit abweichendem Verfahrensziel erkennbar nicht entstanden sind. Der Beschwerdewert bestimmt sich nach § 131 Abs. 4, 30 Abs. 2 KostO (geschätzte Kosten zur Erfüllung der Zwischenverfügung). Die Rechtsbeschwerde war zuzulassen (§ 78 Abs. 2 Nr. 1 und 2 GBO n. F.). Der Fall gibt Veranlassung, die Auswirkungen der Einführung des Rangklassenprivilegs nach § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG für das Zustimmungserfordernis Drittberechtigter zur Aufteilung nach § 8 WEG zu klären.

BGB §§ 2247, 2356

1. In einem handschriftlichen Testament ist ein unterhalb der Unterschrift später angebrachter Zusatz, der die ursprüngliche Verfügung an eine Bedingung knüpft, ohne erneute Unterschrift formunwirksam.

2. Für den Nachweis eines urkundlich nicht mehr vorhandenen Testaments sind Äußerungen des Testators gegenüber Bedachten oder Dritten regelmäßig nicht ausreichend.

OLG München,
Beschluss vom 13.9.2011 – 31 Wx 298/11, rechtskräftig

Gründe:

I.

Der Erblasser ist im Juni 2010 im Alter von 67 Jahren verstorben. Die Beteiligten zu 2 bis 5 sind seine Kinder aus der ersten Ehe, die im Juni 2008 geschieden worden war. Seit 25.3.2009 war er mit der Beteiligten zu 1 verheiratet, mit der er bereits seit Jahren zusammengelebt hatte. Der Beteiligte zu 2 hält die Eheschließung wegen Geschäftsunfähigkeit des Erblassers für unwirksam. Ende 2008/Anfang 2009 wurde der Erblassers wegen einer schweren Depression stationär behandelt. Nach einer erneuten stationären Aufnahme im April 2009 wurde eine Betreuung angeordnet.

Es liegt ein handschriftliches Testament vor, das wie folgt lautet:

„Testament*
Ich, (Erblasser) setze zu meiner alleinigen unbeschränkten Erbin meine Lebenspartnerin (Beteiligte zu 1), gleichviel ob und wieviele Pflichtteilsberechtigte vorhanden sind.

(Ort), 01/02/2007
(Unterschrift)“

Auf dem unter der Unterschrift verbleibenden Raum von ca. zwei Zentimetern auf dem DIN A 4 Blatt sind folgende zwei Zeilen hinzugesetzt:

„Voraussetzung: (Die Beteiligte zu 1) hat das gleiche Testament für mich geschrieben. Köln-Weiden, den 17/12/2007“

Auf der Rückseite ist vermerkt:

„Das Testament ist zur Zeit nicht gültig. Bis heute 05/03/07 hat meine Lebensgefährtin kein Testament – wie ich es verfasst * habe – umgekehrt geschrieben.“

Weder die beiden untersten Zeilen auf der Vorderseite noch der Zusatz auf der Rückseite sind unterschrieben. Die Beteiligte zu 1 hat ein auf den 1.2.2007 datiertes handschriftliches Testament vorgelegt, in dem sie den Erblasser zu ihrem Alleinerben eingesetzt hat. Der Text dieses Testaments sowie die Überschrift und die Unterschrift sind mit einem anderen Stift durchgestrichen.

Die Beteiligte zu 1 beantragte, gestützt auf das Testament vom 1.2.2007, einen Erbschein als Alleinerbin. Der Zusatz auf der Vorderseite sei nicht unterschrieben und deshalb formunwirksam, im Übrigen habe sie die Bedingung erfüllt. Die Beteiligten zu 2 bis 5 sind dem Antrag entgegen getreten. Die Unterschrift des Erblassers beziehe sich auch auf den nicht gesondert unterschriebenen Zusatz auf der Vorderseite; das habe der Erblasser mit dem Sternchen deutlich gemacht. Die Beteiligte zu 1 habe die Bedingung nicht erfüllt, denn aus dem Zusatz auf der Rückseite ergebe sich, dass der Erblasser ein gleichlautendes Testament von ihr nicht erhalten habe. Außerdem sei er testierunfähig gewesen; er habe im Dezember 2006 einen Schlaganfall erlitten und sei Ende 2008 wegen einer schweren Depression und eines Suizidversuchs in eine psychiatrische Klinik eingewiesen worden.

Die Beteiligte zu 4 trug mit Schreiben vom 16.9.2010 vor, ihr Vater habe ihr etwa im Spätsommer 2008 anvertraut, dass er „in der Vergangenheit“ – einen genauen Zeitpunkt habe er nicht genannt – ein Testament alleinig zugunsten seiner vier Kinder geschrieben habe, welches die Beteiligte zu 1 später gefunden und in rasender Wut zerrissen habe. Das habe der Erblasser im März 2009 dem Beteiligten zu 3 anvertraut und im April 2009 nochmals im Beisein von dreien seiner Kinder erzählt. Der Beteiligte zu 2 erklärte mit Schriftsatz seines Verfahrensbevollmächtigten vom 17.10.2010 die Anfechtung des Testaments wegen Irrtums und Drohung. Der Erblasser habe sich das schändliche Verhalten der Beteiligten zu 1 – die ihn missbraucht und kontrolliert habe – nicht vorstellen können. Sie habe ihn durch Drohung und Erpressung daran gehindert, ein neues Testament zu errichten.

Nach Hinweis des Nachlassgerichts präzisierten die Beteiligten zu 2, 3 und 4 ihre Angaben zu dem nicht mehr vorhandenen Testament dahin, dass das Gespräch mit der Beteiligten zu 4 im August 2008, mit dem Beteiligten zu 3 am 23.3.2009 und mit den Beteiligten zu 2 bis 4 im April 2009 stattgefunden habe. Der Beteiligte zu 3 schilderte mit Schreiben vom 14.2.2011, der Erblasser habe ihm am 23.3.2009 erzählt, „im letzten Jahr“ ein Testament geschrieben zu haben, in dem nur die Kinder begünstigt seien. Im April 2009 habe er im Beisein der Beteiligten zu 2-4 berichtet, die Beteiligte zu 1 habe vor einiger Zeit seine Unterlagen durchwühlt und sei dabei „auf das von ihm handschriftlich verfasste Testament“ gestoßen, welches er „im Jahr 2008 aufgesetzt“ gehabt habe; darin habe er seine vier Kinder als alleinige Erben eingesetzt. Rasend vor Wut habe die Beteiligte zu 1 das Testament zerrissen.

Die Beteiligte zu 1 bestritt, dass ein solcher Vorfall stattgefunden habe, und verwies darauf, dass es für den Erblasser ein Leichtes gewesen wäre, das Testament vom 1.2.2007 zu vernichten, weil sich dieses in seinen Unterlagen befunden habe.

Das Nachlassgericht holte eine schriftliche Stellungnahme der Notarin D. ein, in deren Gegenwart der Erblasser nach Angaben der Beteiligten zu 1 das Testament errichtet hatte. Diese bestätigte, dass der Erblasser am 1.2.2007 einen Besprechungstermin in ihrem Büro gehabt habe und es möglich sei, dass der Erblasser – auch wenn sie sich daran nicht im Einzelnen erinnere – nach erfolgter Beratung und einem Formulierungsvorschlag das Testament in ihrem Beisein geschrieben habe. Zu dieser Zeit sei auch eine wechselseitige General-und Vorsorgevollmacht des Erblassers und der Beteiligten zu 1 besprochen und am 6. Februar 2007 beurkundet worden.

Mit Beschluss vom 25.4.2011 bewilligte das Nachlassgericht den von der Beteiligten zu 1 beantragten Erbschein. Maßgeblich für die Erbfolge sei das Testament vom 1.2.2007 ohne die weiteren Zusätze, die nicht formwirksam seien. Konkrete Anhaltspunkte für Testierunfähigkeit zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung am 1.2.2007 seien nicht vorhanden; die schwere depressive Störung des Erblassers sei erst im Dezember 2008 vermerkt, wie sich aus den beigezogenen Betreuungsakten ergebe. Die Anfechtung greife nicht durch, denn weder eine Drohung noch ein Motivirrtum seien substantiiert vorgetragen. Es sei nicht nachgewiesen, dass der Erblasser das Testament vom 1.2.2007 durch ein späteres abweichendes Testament widerrufen habe. Der Erblasser habe nach dem Vortrag der Beteiligten zu 2 bis 5 gegenüber dreien seiner Kinder von einem solchen Testament berichtet, gesehen habe es aber niemand.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Beschwerde des Beteiligten zu 2.

II.

Die zulässige Beschwerde ist nicht begründet. Das Nachlassgericht hat zutreffend angenommen, dass sich die Erbfolge nach dem Testament vom 1.2.2007 richtet, mit dem die Beteiligte zu 1 zur Alleinerbin eingesetzt ist.

1. Die vom Erblasser am 17.2.2007 dem Testament vom 1.2.2007 hinzugefügte Bedingung ist nicht formwirksam, weil sie nicht unterschrieben ist.

a) Der Erblasser kann ein Testament durch eine eigenhändig geschriebene und unterschriebene Erklärung errichten (§ 2247 Abs. 1 BGB). Die zwingend erforderliche Unterschrift muss grundsätzlich am Schluss des Textes stehen; Sinn und Zweck dieser Regelung ist es, die Identifikation des Erblassers zu ermöglichen, zu dokumentieren, dass der Erblasser sich zu dem über der Unterschrift befindlichen Text bekennt, sowie den Urkundentext räumlich abzuschließen und damit vor nachträglichen Ergänzungen und Zusätzen zu sichern (vgl. BayObLGZ 2004, 215/217; OLG München NJW-RR 2011, 156). Ein Testament kann auch in mehreren Teilzügen errichtet werden. Für die Formgültigkeit kommt es insoweit nur darauf an, dass im Zeitpunkt des Todes eine die gesamten Erklärungen nach dem Willen des Erblassers deckende Unterschrift vorhanden ist (BayObLGZ 1984, 194/197). Eine solche den gesamten Text deckende Unterschrift des Erblassers ist nicht vorhanden.

b) Ergänzungen des Testaments, die von der Unterschrift des Erblassers räumlich gesehen nicht gedeckt sind, müssen grundsätzlich der Form des § 2247 BGB genügen und daher vom Erblasser besonders unterzeichnet werden. Ausnahmen von diesem Grundsatz kommen in Betracht, wenn Zusätze zwar unter die Unterschrift gesetzt werden, der Bezug zu dem über der Unterschrift stehende Text aber so eng ist, dass dieser erst mit dem Zusatz sinnvoll wird, z. B. wenn das Testament ohne die vorgenommenen Ergänzungen lückenhaft, unvollständig oder nicht durchführbar wäre und der Wille des Erblassers nur aus beiden vom Erblasser niedergeschriebene Erklärungen ersichtlich wird (OLG München NJW-RR 2011, 156 m.w.N.; BayObLGZ 2004, 215/218 f.; BayObLGZ 2003, 352/355).

c) Eine solche Ausnahme liegt hier nicht vor. Der am 1.2.2007 – nach Beratung durch die Notarin D. und möglicherweise in deren Gegenwart – niedergeschriebene Text des Testaments stellt eine vollständige, in sich schlüssige und sinnvoll durchführbare letztwillige Verfügung dar, mit der die damalige Lebensgefährtin des Erblassers zur Alleinerbin eingesetzt wird. Bei dem nicht unterschriebenen Zusatz handelt es sich nicht um eine Ergänzung oder Erläuterung eines für sich genommen lückenhaften Testamentstextes, sondern um eine Abänderung der ursprünglich getroffenen Regelung: Während mit dem am 1.2.2007 geschriebenen und unterschriebenen Testamentstext die Beteiligte zu 1 ohne Wenn und Aber zur Alleinerbin eingesetzt wird, wird mit dem Zusatz vom 17.2.2007 die Einsetzung der Beteiligten zu 1 als Alleinerbin an die Bedingung geknüpft, dass diese ihrerseits den Erblasser zum Alleinerben einsetzt. Zur Wirksamkeit eines Zusatzes, der die ursprünglich getroffene – in sich vollständige und durchführbare – Regelung abändert, ist im Interesse der Rechtssicherheit eine gesonderte Unterschrift notwendig (vgl. BayObLGZ 2003, 352/356).

Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers ergibt sich aus der Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 29.7.2004 (BayObLGZ 2004, 215 ff. = Rpfleger 2004, 701 = FamRZ 2005, 1012) nichts anderes. Im dort entschiedenen Fall war im ursprünglichen Text des Testaments verfügt „bis zur Vollendung des 20. Lebensjahrs sollen die Eltern die Aufsicht über das geerbte Geld für ihre Kinder haben“, es war jedoch keine Zuwendung für die Kinder angeordnet.

Mit dem nicht gesondert unterschriebenen Zusatz unterhalb der Unterschrift wurde die Geldzuwendung in Höhe von je 20.000 DM an die drei Kinder festgelegt und damit die im ursprünglichen Text vorhandene Lücke gefüllt. Soweit die Beschwerde meint, ein nicht unterschriebener Nachtrag könne als formwirksam anzusehen sein, wenn er nur einen inhaltlichen Zusammenhang mit dem über der Unterschrift stehenden Text aufweise, kann dem nicht gefolgt werden. Das widerspricht dem Sinn und Zweck der Unterschrift, die als Abschluss der Urkunde den Urkundentext vor nachträglichen Ergänzungen und Zusätze sichern soll (missverständlich Reimann/Bengel/J. Mayer/Voit Testament und Erbvertrag 5. Aufl. § 2247 Rn. 26).

2. Das Testament vom 1.2.2007 kann nicht dahin ausgelegt werden, dass die Alleinerbeinsetzung der Lebensgefährtin nur unter der Bedingung erfolgen sollte, dass diese eine entsprechende letztwillige Verfügung zugunsten des Erblassers errichtete. Maßgeblich für die Auslegung ist der wirkliche Wille des Erblassers im Zeitpunkt der Testamentserrichtung. Dass der Erblasser am 1.2.2007 die Erbeinsetzung seiner Lebensgefährtin an eine solche Bedingung hätte knüpfen wollen, ist weder aus dem Inhalt der am diesem Tag errichteten letztwilligen Verfügung noch aus sonstigen Umständen ersichtlich. Wie sich aus der Stellungnahme der Notarin B. ergibt, hat sich der Erblasser vor Abfassung des Testaments am 1.2.2007 mit ihr beraten. Die Notarin hat außerdem darauf hingewiesen, dass der Erblasser regelmäßig auf sehr ausführlicher und intensiver Beratung bestanden habe. Der am 17.2.2007 hinzugefügte, nicht unterschriebene Zusatz weist nur darauf hin, dass der Erblasser am 17.2.2007 – mithin mehr als zwei Wochen nach Errichtung des Testaments vom 1.2.2007 – hinsichtlich der Erbeinsetzung der Beteiligten zu 1 an eine solche Bedingung gedacht hat. Einen Rückschluss auf seine Willensrichtung am 1.2.2007 lässt der Zusatz nicht zu; es ist ebenso gut möglich – wenn nicht angesichts der fachkundigen Beratung am 1.2.2007 sogar naheliegend – , dass der Erblasser nach Errichtung des Testaments vom 1.2.2007 seine Meinung geändert hat. Aus demselben Grund kann auch nicht angenommen werden, dass dem Erblasser am 1.2.2007 der Testierwille für eine unbedingte Erbeinsetzung der Beteiligten zu 1 gefehlt hätte. Die vom Beschwerdeführer angeführte Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 10.12.2003 (BayObLGZ 2003, 352 = NJW-RR 2004, 939 = FamRZ 2004, 1142 mit ablehnender Anmerkung Leipold) betrifft einen wesentlich anders gelagerten Sachverhalt. Im dort entschiedenen Fall waren sich nach den Feststellungen der Tatsacheninstanzen die beiden testierenden Ehegatten bereits beim Schreiben der gegenseitigen Erbeinsetzung darüber einig gewesen, diese an die Bedingung zu knüpfen, dass der Überlebende nicht mehr heirate, und hatten die Bedingung im Rahmen desselben Errichtungsaktes, jedoch erst nach den beiden Unterschriften angefügt.

3. Wie das Amtsgericht zutreffend ausgeführt hat, stellt weder der Zusatz auf der Vorderseite der Urkunde noch der Vermerk auf der Rückseite einen teilweisen Widerruf der letztwilligen Verfügung vom 1.2.2007 dar. Nach § 2255 Satz 1 BGB kann ein Testament auch dadurch widerrufen werden, dass der Erblasser in der Absicht es aufzuheben, die Testamentsurkunde vernichtet oder an ihr Veränderungen vornimmt, durch die der Wille, eine schriftliche Willenserklärung aufzuheben, ausgedrückt zu werden pflegt. Eine solche Veränderung muss an der Urkunde selbst vorgenommen sein, etwa durch Einreißen, Einschneiden, Durchstreichen, Korrekturen oder Ungültigkeitsvermerke. Streichungen bedürfen als solche nicht der Form des § 2247 BGB, wenn sie sich nur auf den Widerruf des Gestrichenen beschränken. Ungültigkeitsvermerke wie „ungültig“, „annulliert“, „überholt“ usw. sind als ausreichende Veränderung anzusehen, wenn für jedermann sofort erkennbar ist, dass die Urkunde als solche nicht mehr gelten soll; sie brauchen dann ebenso wenig wie eine bloße Streichung gesondert unterschrieben zu sein (vgl. Palandt/Weidlich BGB 70. Aufl. § 2355 Rn. 6). Die späteren Hinzufügungen des Erblassers zu dem am 1.2.2007 verfassten Urkundstext stellen jedoch keine Veränderungen dar, die für jedermann erkennbar zum Ausdruck bringen, dass die Urkunde nach dem Willen des Erblassers nicht mehr gelten soll. Der Erblasser hat vielmehr nur für die ursprünglich verfügte unbedingte Erbeinsetzung später eine Bedingung schriftlich niedergelegt und wiederum später schriftlich festgehalten, die Bedingung sei noch nicht eingetreten. Das bringt nicht den Willen zum Ausdruck, die ursprüngliche Verfügung aufzuheben.

4. Es kann auch nicht angenommen werden, dass das Testament vom 1.2.2007 durch ein späteres, inhaltlich abweichendes Testament des Erblassers gemäß § 2258 Abs. 1 BGB aufgehoben wurde. Die Schilderungen des Erblassers gegenüber seinen Kindern bei verschiedenen Gelegenheiten Mitte 2008 und im Frühjahr 2009 bietet keine hinreichend verlässliche Grundlage für den Nachweis, dass ein solches Testament überhaupt vorhanden war, geschweige denn, dass es auch formgerecht und zeitlich nach dem Testament vom 1.2.2007 errichtet worden war.

a) Ist die Urschrift der Testamentsurkunde nicht mehr vorhanden, können die Errichtung und der Inhalt eines Testaments auch mit Hilfe anderer Beweismittel dargetan werden, wobei an den Nachweis strenge Anforderungen zu stellen sind (OLG München FamRZ 2008, 1378/1379 m.w.N.). Beweispflichtig ist, wer aus dem Testament Rechte herleiten will. Er hat nicht nur für den Nachweis einzustehen, dass der Erblasser ein formgültiges, rechtswirksames Testament mit den vom ihm behaupteten Inhalt errichtet hat, sondern ist auch dafür beweispflichtig, dass es sich nicht um einen bloßen Entwurf gehandelt hat (vgl. BayObLG FamRZ 2001, 945/946; BayObLGZ 2004, 91/92 m.w.N.).

b) Die von den Beteiligten berichteten Äußerungen des Erblassers ihnen gegenüber, er habe zu ihren Gunsten ein Testament errichtet, das die Beteiligte zu 1 in Wut zerrissen habe, reichen dafür nicht aus. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers kann schon nicht hinreichend sicher davon ausgegangen werden, dass die Äußerungen des Erblassers gegenüber seinen angeblich von ihm bedachten Kindern den Tatsachen entsprochen haben. Es gibt keinen Erfahrungssatz des Inhalts, dass Testatoren stets wahrheitsgemäße Angaben dazu machen, ob, in welcher Weise und mit welchem Inhalt sie eine letztwillige Verfügung errichtet haben. Auch sind verschiedenste Motive denkbar, weshalb Testierende gegenüber Dritten oder gegenüber den angeblich Bedachten Aussagen über die Regelung der Erbfolge tätigen, die nicht mit den tatsächlich getroffenen Bestimmungen übereinstimmen. Das gilt hier umso mehr, als das Verhältnis zwischen der tatsächlich mit Testament vom 1.2.2007 als Alleinerbin eingesetzten Lebensgefährtin des Erblassers und dessen Kindern aus erster Ehe konfliktbeladen war. Zudem unterlag der Erblasser nach den Feststellungen der im Betreuungsverfahren beauftragten Sachverständigen N., Fachärztin für Psychiatrie und Psychotherapie, seit mindestens Ende 2008 bis Mai 2009 einer immer wieder stationär behandlungsbedürftigen depressiven Episode mit psychotischen Phänomenen. Darüber hinaus ist wesentlicher Inhalt der Erzählung des Erblassers gegenüber seinen Kindern, dass die Beteiligte zu 1 das angeblich zugunsten der Kinder errichtete Testament vernichtet habe. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass es dem Erblasser vorrangig darum ging, seinen Kindern eine Erklärung oder Rechtfertigung für das Fehlen einer letztwil-

ligen Verfügung zu ihren Gunsten zu geben, zumal sich aus der Stellungnahme der Beteiligten zu 4 ergibt, dass er ihnen von dem Testament vom 1.2.2007 nichts erzählt hatte.

Im Übrigen wären die insbesondere von Beteiligten zu 3 und 4 im Einzelnen geschilderten Erzählungen des Erblassers auch nicht ausreichend, um mit hinreichender Sicherheit annehmen zu können, dass das angebliche Testament zugunsten der Kinder formgerecht und erst 2008 errichtet worden ist. So hat der Erblasser nach den Angaben insbesondere der Beteiligten zu 3 und 4 bei dem ersten Gespräch über das angebliche Testament zugunsten der Kinder mit der Beteiligten zu 4 im Spätsommer 2008 weder über die Form noch über den Zeitpunkt der Errichtung gesprochen, sondern lediglich angegeben, „in der Vergangenheit“ ein Testament allein zugunsten der vier Kinder geschrieben zu haben. Gegenüber dem Beteiligten zu 3 hat er bei dem Gespräch am 23.3.2009 geäußert, er habe „im letzten Jahr“ ein Testament zugunsten der Kinder geschrieben, während er im April 2009 davon gesprochen haben soll, das „handschriftlich verfasste Testament“ „im Jahr 2008“ aufgesetzt zu haben. Es erscheint schon höchst zweifelhaft, ob die mit zunehmenden zeitlichem Abstand von dem angeblichen Ereignis immer präziser werdenden Angaben tatsächlich aus der Erinnerung geschöpft und nicht etwa im Wege der Ausschmückung der mehrfach wiederholten Erzählung hinzugefügt wurden. Im Übrigen ist die Angabe „handschriftlich verfasst“ nicht ausreichend, um eine nicht nur eigenhändig geschriebene, sondern auch unterschriebene letztwillige Verfügung zu belegen, zumal auch das vorliegende Testament teilweise formunwirksame Zusätze enthält.

5. Die Anfechtung des Testaments vom 1.2.2007 wegen „Irrtum und Drohung“ greift nicht durch. Dass der Erblasser durch widerrechtliche Drohung (§ 2078 Abs. 2, 2. Alternative BGB) zur Abfassung des Testaments vom 1.2.2007 bewegt worden wäre, ist weder konkret vorgetragen noch sonst ersichtlich. Soweit vorgetragen wird, der Erblasser sei durch die Einflussnahme der Beteiligten zu 1 an der Errichtung eines anderen Testaments gehindert worden, kann das die Anfechtung des Testaments vom 1.2.2007 nicht stützen. Auch für einen Motivirrtum des Erblassers (§ 2078 Abs. 2, 1. Alternative BGB) liegen keine hinreichenden tatsächlichen Anhaltspunkte vor. Die Anfechtung kann nur auf solche irrige Vorstellungen und Erwartungen gestützt werden, die der Erblasser bei Errichtung der letztwilligen Verfügung tatsächlich gehabt hat, und die bewegender Grund für den letzten Willen waren (BGH NJW-RR 1987, 1412/1413), d.h. ohne die der Erblasser die Verfügung mit Sicherheit nicht getroffen hätte.

An den Nachweis eines Motivirrtums sind strenge Anforderungen zu stellen. Die Feststellungslast für die anfechtungsbegründenden Tatsachen trägt der Anfechtende (BayObLG FamRZ 1997, 772/773). Außer der bloßen Behauptung des Anfechtenden gibt es hier keine tatsächlichen Anhaltspunkte dafür, dass der Erblasser bei Errichtung des Testaments vom 1.2.2007 bestimmte Vorstellungen und Erwartungen hinsichtlich des künftigen Verhaltens seiner Lebensgefährtin und späteren Ehefrau gehabt hätte, geschweige denn, dass diese bewegender Grund für deren Erbeinsetzung gewesen wären. Das gilt umso mehr, als nach dem eigenen Vortrag des Beteiligten zu 2 die langjährige Beziehung zwischen dem Erblasser und der Beteiligten zu 1 „immer sehr belastet“ und durch „massive Beeinflussung“ von Seiten der Beteiligten zu 1 und den „labilen Charakter“ des Erblassers bestimmt gewesen sein soll.

6. Für den Zeitpunkt der Testamentserrichtung am 1.2.2007 sind auch keine konkreten Hinweise dafür vorhanden, dass der Erblasser testierunfähig gewesen sein könnte. Nach § 2229 Abs. 4 BGB ist testierunfähig, wer wegen krankhafter Störung der Geistestätigkeit, wegen Geistesschwäche oder wegen Bewusstseinsstörung nicht in der Lage ist, die Bedeutung einer von ihm abgegebenen Willenserklärung einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln. Entsprechend dem Grundsatz, dass Störungen der Geistestätigkeit die Ausnahme bilden, ist ein Erblasser als testierfähig anzusehen, solange nicht die Testierunfähigkeit zur Gewissheit des Gerichts nachgewiesen ist. Grundsätzlich ist die Frage der Testierfähigkeit von Amts wegen zu klären. Nähere Ermittlungen hierzu sind jedoch nur erforderlich, wenn ein berechtigter Anlass besteht, an der Testierfähigkeit des Erblassers zu zweifeln. Die bloße Behauptung eines Beteiligten, der Erblasser sei nicht mehr testierfähig gewesen, reicht hierfür nicht aus (vgl. BayObLG FamRZ 1997, 1029).

Das Nachlassgericht hat die Akten des Betreuungsverfahrens beigezogen, das auf Anregung der Kinder des Erblassers im April 2009 eingeleitet worden war. Aus den in diesem Verfahren erstellten fachärztlichen Gutachten zur Frage der Geschäftsfähigkeit des Erblassers ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass er bereits im Februar 2007 an einer die freie Willensbildung ausschließenden krankhaften Störung der Geistestätigkeit gelitten hätte. Vielmehr wird die zur Geschäftsunfähigkeit führende schwere Depression mit psychotischen Symptomen für den Zeitraum ab Ende 2008 diagnostiziert. Zu weiteren Ermittlungen besteht deshalb kein Anlass, zumal auch keine konkreten geistigen Beeinträchtigungen in Folge des 2006 erlittenen Schlaganfalls vorgetragen sind.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 84 FamFG. Es erscheint angemessen, dass der Beschwerdeführer die durch sein erfolgloses Rechtsmittel entstandenen außergerichtlichen Kosten der Beteiligten zu 1 erstattet. Für die Festsetzung des Geschäftswerts des Beschwerdeverfahrens ist das wirtschaftliche Interesse des Beschwerdeführers maßgeblich (§ 131 Abs. 4, § 30 Abs. 1 KostO). Dieses entspricht 3/16 des Reinnachlasswertes, nämlich der Differenz zwischen dem Pflichtteil, der ihm bei Gültigkeit des Testaments vom 1.2.2007 zusteht, und dem Anteil von 1/4, den er nach seinem Vorbringen aufgrund des behaupteten Testaments von 2008 erhalten würde. Nachdem der Nachlasswert bislang noch nicht feststeht, wird die Geschäftswertfestsetzung zurückgestellt. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde liegen nicht vor.

Mitgeteilt durch Richterin am OLG München
Margaretha Förth

Buchbesprechung

Meyer-Götz; Familienrecht -Vereinbarungen, Verfahren und Außergerichtliche Korrespondenz-; 118,00 Euro; 2. Auflage 2011; Buch und CD-ROM; 992 Seiten; Nomos Verlag; NomosFormulare; ISBN: 978-3-8329-5530-4

Die Herausgeberin und Mitautorin dieses Werkes Frau Rechtsanwältin und Fachanwältin für Familienrecht Karin Meyer-Götz schreibt in einem als Einleitung verfassten Hinweis zum vorliegenden Werk selbst: „Das Formularbuch dient dem Anwalt als praktisches Handbuch bei der Bearbeitung des Mandats, dem Fertigen von außergerichtlichen Schriftsätzen bzw. Anträgen und Erwiderungen sowie bei der Formulierung von Vereinbarungen."

Das nun in der zweiten Auflage erschienene Buch zum Familienrecht ist in erster Linie von Anwälten für Anwälte geschrieben. Die Autoren kennzeichnen sich dadurch aus, dass Sie inklusive der Herausgeberin als Anwälte im Bereich des Familienrechts über sehr fundierte Kenntnisse verfügen. Dies ist dem zur Renzension vorliegenden Werk von Anfang bis Ende positiv anzumerken.

Auch wenn das Werk ausweislich nicht für Notare geschrieben ist, kann eine genauere Betrachtung nicht von Schaden sein. Im Bereich des Familienrechts kooperiert der Notar oft mit Anwälten, wenn es um die Gestaltung von Eheverträgen oder insbesondere von Scheidungsfolgenvereinbarungen geht. Im letzten Bereich gab es in den vergangenen Jahren weitreichende Umwälzungen. So ist das neue Unterhaltsrecht in die Vertragsgestaltung genauso zu intergrieren, wie das FamFG. Der Notar kommt nicht umhin sich mit den Kernaussagen von allen neuen Entscheidungen zum Familienrecht zu befassen. Diesbezüglich bildet das vorliegende Buch eine sehr gute Grundlage. Es ist geschrieben wie ein Formularhandbuch und grenzt sich damit in Umfang und Schreibstil von einem Lehrbuch ab. Von einem Leser werden fortgeschrittene Kenntnisse des materiellen Rechts erwartet.

Das Buch ist in 17 mit Paragraphen gekennzeichnete Kapitel unterteilt. Jedes Kapitel wiederum orientiert sich im Wesentlichen an der nachfolgenden Unterteilung in 1. Außergerichtliche Situation/Tätigkeit (des Anwalts[1]); 2. Gerichtliches Verfahren; 3. Einstweiliger Rechtsschutz; 4. Zwangsvollstreckung; 5. Verfahrenswert; 6. Gebühren; 7. Kosten. Im großen Umfang erläutert werden dabei die Themenkomplexe Unterhalt, Zugewinn, Scheidungsverfahren, elterliche Sorge und Umgang, Versorgungsausgleich und Ehewohnung und Hausrat. Des Weiteren umfasst das Werk Erläuterungen zu den Bereichen des Abstammungs-, Steuer- und Familienerbrechts, sowie zum Bereich der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen. Auf den Anwalt bezogen sind noch Gebührenhinweise, Mediationsverfahren und Fragestellungen zum einstweiligen Rechtsschutz und zu Mandatsverhältnissen mit Auslandsrechtsbezug enthalten.

Die im Buch und zum direkten weiterarbeiten auf der CD-ROM enthaltenden Mustertexte umfassen Schriftsätze, die dem Anwalt eine Bearbeitung des Mandats erleichtern sollen. Hier sind nur teilweise Schnittmengen für die notarielle Tätigkeit zu erkennen.

Einen großen Mehrwert erhält das vorliegende Werk durch seine Aktualität. So ist mit einer Sonderbeilage noch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes vom 25.01.2011 zur Verfassungswidrigkeit der sogenannten „Drittelmethode" enthalten. Generell überzeugt das Formularbuch mit seinem aktuellen Bezug. Alle wesentlichen Probleme der letzten Jahre im Bereich des Familienrechts sind enthalten und weitreichend kommentiert.

So sind die Möglichkeiten des neu eingeführten vertikalen Versorgungsausgleichs genauso erläutert, wie die Veränderungen im Familienrecht zum Beispiel hinsichtlich der Berücksichtigung von negativen Anfangsvermögen.

Zusammenfassend gibt dieses Werk dem sachkundigen Leser einen vertiefenden Einblick in die Abläufe familienrechtlicher bzw. familiengerichtlicher Verfahren. Dies ist kein Buch für die tägliche Praxis, dennoch sind immer wieder Situationen denkbar in denen hier Lösungen bzw. weiterführende Anregungen zu finden sind. Im notariellen Bereich ist das Formularbuch Familienrecht dem Notar für seine erweiterte Bibliothek zur Anschaffung zu empfehlen. Allein bereits die Aktualität und das breit abgedeckte Spektrum an angesprochenen Problemen lassen eine Kaufempfehlung gerechtfertigt erscheinen.

Es soll noch erwähnt werden, dass das vorliegende Buch als Paket zusammen mit dem neu erscheinenden Werk „Erbrecht" aus dem Nomos Verlag bestellt werden kann. Der Paketpreis beträgt 198,00 Euro im Vergleich zu je 118,00 Euro im Einzelbezug.

Sebastian Mensch, Notarvertreter
und Diplom Finanzwirt (FH), Stuttgart

1 Anmerkung des Rezensenten

Impressum

Herausgeber: Württembergischer Notarverein e. V., Stuttgart in Verbindung mit dem Badischen Notarverein e. V., Karlsruhe. Schriftleiter: Notarvertreter Stefan Mattes, Franckstraße 20, 71665 Vaihingen/Enz (Tel. 07042/9742122), verantwortlich für den Gesamtbereich ohne Sparte Rechtsprechung und Notar Dr. Oliver Fröhler, Tumringer Str. 186, 79539 Lörrach (Tel. 07621/9867711), verantwortlich für Sparte Rechtsprechung. Die BWNotZ erscheint jährlich sechsmal. Bestellungen und Anzeigenwünsche sind an die Geschäftsstelle des Württ. Notarvereins e.V. in 70174 Stuttgart. Kronenstaße 34 (Tel. 0711/2237951. Fax 0711/2237956. E-Mail: wuertt.NotV@t-online.de) zu richten.

Der Bezugspreis beträgt jährlich € 50,- einschließlich USt und Versandkosten und wird am 31.05. des Bezugsjahres in Rechnung gestellt: Einzelhefte € 8,- einschließlich USt zuzüglich Versandkosten. Einzelhefte können nur von den letzten 5 Jahrgängen einschließlich des laufenden Jahrgangs bezogen werden.

Abbestellungen müssen 6 Wochen vor Ende eines Kalenderjahres erfolgen.

Gesamtherstellung: Gaiser Print Media GmbH, Im Spagen 5.
73527 Schwäbisch Gmünd (Tel. 07171/9702-0, Fax 07171/9702-30).

10 Jahre
beck-online
DIE DATENBANK

Anwaltsnotar PLUS | Notarrecht PLUS

Anwaltsnotar PLUS

Beck'sches Notar-Handbuch, Roth/Altmeppen, GmbH und **Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, Kostenordnung:** Diese wichtigen Standardwerke stehen Ihnen auch online zur Verfügung – übersichtlich aufbereitet und zu günstigen Preisen. Dazu vieles, was die Arbeit für Anwaltsnotare erleichtert: Rechtsprechung in Hülle und Fülle, sorgfältig aktualisierte Gesetzestexte und zahlreiche Formulare. Damit macht sich dieses umfassende Informationspaket schnell bezahlt.

▸ schon ab **€ 34,–/Monat**
(zzgl. MwSt., 6-Monats-Abo)

4 Wochen kostenlos testen:
www.beck-online.de

158687

Notarrecht PLUS

Manchmal muss es für Notare eben etwas mehr sein. Für diesen Fall bietet Ihnen das Fachmodul Notarrecht PLUS weitere renommierte Nachschlagewerke wie **Münchener Kommentar zum BGB, Schippel/Bracker, Bundesnotarordnung** und führende Fachzeitschriften wie die **DNotZ.** Ein Muss für Spezialisten und eine große Hilfe für jeden Praktiker.

▸ schon ab **€ 125,–/Monat**
(zzgl. MwSt., 6-Monats-Abo)

▸ **Weitere Infos unter www.beck-online.de**

C·H·BECK

NOTAR
Dr. Walther Metzger

Württembergische(r) Notarassessor(in) gesucht.
Bewerbungen richten Sie bitte mit Lichtbild und Gehaltsvorstellung an die angegebene Adresse.

Zollernstraße 4 | 78462 Konstanz
Telefon: 07531. 36 33 80 | **Telefax**: 07531. 36 33 822
www.notarmetzger.de | post@notarmetzger.de

NOTAR
Dr. Walther Metzger

Notarfachangestellte(r) gesucht.

Bewerbungen richten Sie bitte mit Lichtbild und Gehaltsvorstellung an die angegebene Adresse.

Zollernstraße 4 | 78462 Konstanz
Telefon: 07531. 36 33 80 | **Telefax**: 07531. 36 33 822
www.notarmetzger.de | post@notarmetzger.de