

# 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, Filderstadt

Notar Dr. Oliver Fröhler  
Notariatsdirektor, Lörrach

[www.notare-wuerttemberg.de](http://www.notare-wuerttemberg.de)  
[www.badischer-notarverein.de](http://www.badischer-notarverein.de)  
ISSN-Nummer 1434-2979

## 5/2013

Oktober

Seiten 129-160

## Inhalt

### Abhandlungen

*Buhl*

*Die Liquidation der Wohnungseigentümergeinschaft*

..... 130

*Klump*

*Die Einbuchung nicht gebuchter Grundstücke  
in das Grundbuch*

..... 137

*Mensch*

*Die Ausschlagung Minderjähriger*

..... 144

Rechtsprechung ..... 148

Aktuelles aus dem Steuerrecht (Mensch) ..... 153

Buchbesprechungen ..... 159

**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](http://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 00 000 . BLZ 603 913 10

# Inhaltsverzeichnis

## Abhandlungen

- |  |            |
|--|------------|
| <b>1. Daniel Buhl, Notarvertreter, Leingarten-Echterdingen</b> | <b>130</b> |
| Die Liquidation der Wohnungseigentümergeinschaft               |            |
| <b>2. Christian Klumpp, Notarvertreter, Freudenstadt</b>       | <b>137</b> |
| Die Einbuchung nicht gebuchter Grundstücke in das Grundbuch    |            |
| <b>3. Sebastian Mensch, Notarvertreter, Kernen i.R.</b>        | <b>144</b> |
| Die Ausschlagung Minderjähriger                                |            |

## Rechtsprechung

- |  |            |
|--|------------|
| <b>1. Familienrecht</b>  | <b>148</b> |
| <b>OLG Köln, 11.03.2013, 2 Wx 64/13</b><br>Zu den Voraussetzungen des § 1933 BGB   |            |
| <b>2. Grundbuchrecht</b>   | <b>150</b> |
| <b>OLG Köln, 19.4.2013, 2 Wx 54/13</b><br>Hypothekenfähigkeit eines Anspruchs aus abstraktem Schuldversprechen bzw. Schuldanerkenntnis |            |

## Aktuelles aus dem Steuerrecht 153

Sebastian Mensch, Diplom Finanzwirt (FH), Notarvertreter, Waiblingen

## Buchbesprechungen

- |  |            |
|--|------------|
| Schneider, Gerichtskosten nach dem neuen GNotKG (Böhringer)              | <b>159</b> |
| Fackelmann, Notarkosten nach dem neuen GNotKG (Böhringer)                | <b>159</b> |
| Diehn/Sikora/Tiedtke, Das neue Notarkostenrecht (Böhringer)              | <b>159</b> |
| Fackelmann/Heinemann, GNotKG Gerichts- und Notarkostengesetz (Böhringer) | <b>159</b> |

## Die Liquidation der Wohnungseigentümergeinschaft

(von Daniel Buhl, Notarvertreter, Leinfelden-Echterdingen)

Mehr als 60 Jahre hat das Wohnungseigentumsgesetz (WEG) bereits auf dem Buckel<sup>1</sup>. Nicht nur das Gesetz ist dabei in die Jahre gekommen, auch die in Wohnungseigentum aufgeteilten Gebäude altern. Dazu kommt noch ein gesellschaftlicher und städtebaulicher Wandel, steigende Energiepreise sowie öffentlich-rechtliche Vorgaben für Gebäude. Diese Faktoren zusammen können eine schwere Last für die Eigentümergeinschaft darstellen. Und bei so manchem Wohnungseigentümer kann deshalb der Wunsch aufkommen, aus der Gemeinschaft auszutreten oder diese zu liquidieren. Der folgende Artikel soll die heute hierfür gesetzlich vorgesehenen Möglichkeiten beleuchten.

### I. Zahlen und Fakten

Die durch Kriegseinwirkung verursachte Zerstörung des Wohnungsbestands und die daraus folgende ungeheure Wohnungsnot veranlasste den Ersten Deutschen Bundestag bereits Ende 1949 eine Lösung hierfür zu suchen<sup>2</sup>. Die bisherigen rechtlichen Instrumentarien, die Bruchteilsgemeinschaft, das dingliche Wohnungsrecht und das Erbbaurecht waren nicht geeignet die Bautätigkeit bei einer darniederliegenden Wirtschaft zu beleben. Vor allem in den kriegszerstörten Städten sollte der verstärkte Einsatz von privatem Kapital angeregt werden und daneben für breite Volksschichten die Möglichkeit geschaffen werden Eigentum zu erwerben sowie Kapital anzulegen<sup>3</sup>.

Es sollte also die Möglichkeit geschaffen werden, unter Durchbrechung des Akzessionsprinzips echtes Eigentum an Teilen eines Gebäudes, insbesondere an einzelnen Wohnungen zu ermöglichen<sup>4</sup>. Dabei konnte auf die Erfahrungen mit dem deutsch-rechtlichen Stockwerkseigentum zurückgegriffen werden, die allerdings nicht gut gewesen waren. Die oft unklaren Eigentumsverhältnisse, die mangelhafte Abgrenzung der Räume, die Unsicherheit der rechtlichen Verhältnisse insbesondere bei der Instandhaltung des Gebäudes hatten vielfach Anlass zu Streit und Unfrieden gegeben, was dem Stockwerkseigentum den Spottnamen „Streit- oder Händelhäuser“ eingebracht hat<sup>5</sup>.

Die stetig steigende Zahl von Eigentumswohnungen zeugt von der Akzeptanz und dem Erfolg des zum 20.03.1951 in Kraft getretenen Wohnungseigentumsgesetzes. Während die absolute Zahl zum Stichtag 30.09.1993 2,444 Millionen in den alten Bundesländern und 15.900 in den neuen Bun-

desländern betrug, ging das statistische Bundesamt zum 01.01.2008 bereits von 6,4 Millionen Eigentumswohnungen aus<sup>6</sup>. Im Jahre 2009 hielten zwei Drittel der Bevölkerung das Wohnungseigentum für die ideale Form der Altersabsicherung<sup>7</sup>. Diese Zahl kann die hohe Akzeptanz und Rechtssicherheit nur nochmals unterstreichen.

Bis zum Jahre 2007 blieb das Wohnungseigentumsgesetz nahezu unverändert. Bis dato waren zahlreiche Reformbestrebungen gescheitert, die meist vom Wunsch nach einer größeren Flexibilität und der Forderung nach einer Begrenzung der Wohnungseigentümergeinschaft auf höchstens 100 Einheiten getragen waren.

Ausschlaggebend dabei war vor allem die Erwägung, dass durch Rechtsprechung und Literatur auf der Grundlage des geltenden Rechts bereits Abhilfemöglichkeiten entwickelt wurden, die tiefgreifende Änderungen des Gesetzes als entbehrlich erscheinen ließen<sup>8</sup>. Erst mit dem Gesetz zur Änderung des Wohnungseigentumsgesetzes und anderer Gesetze vom 26.03.2007<sup>9</sup> kamen zahlreiche Änderungen, mit denen im Wesentlichen die Willensbildung in der Eigentümerversammlung durch vorsichtige Erweiterung der Beschlusskompetenzen vereinfacht werden sollte<sup>10</sup>. Neben der Normierung der Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft wurden zudem die gerichtlichen Verfahren in Wohnungseigentumssachen in ein Verfahren nach der ZPO überführt und für Hausgeldforderungen ein begrenztes Vorrecht in der Zwangsversteigerung geschaffen.

### II. Einleitung

Jüngste gesellschaftliche und rechtliche Entwicklungen stellen die Wohnungseigentümergeinschaften vor weitere Aufgaben, die mit den Vorgaben des WEG gelöst werden müssen.

Rapide steigende Energiepreise lassen Nebenkosten beinahe ins Unermessliche steigen und machen so manche Wohnung wirtschaftlich unattraktiv. Dadurch sinkt nicht nur der mögliche Mietertrag, sondern auch der Wert der Wohnung selbst. Die Eigentümer sind wirtschaftlich also gezwungen durch Renovierungs- und Sanierungsmaßnahmen dem entgegenzuwirken. Auch jüngste öffentlich-rechtliche Vorgaben, insbesondere durch die Energieeinsparverordnung, verpflichten die Eigentümer zu weiteren Maßnahmen. So dürfen

1 in Kraft getreten am 20.03.1951

2 Staudinger/Rapp 13. Aufl. 2005, BGB, WEG Einleitung Rn. 94

3 Staudinger/Rapp BGB 13. Aufl. 2005, WEG-Einleitung Rn. 99

4 Merle, vhw FW 1 / Februar 2001, S. 15

5 Merle aaO, Weitnauer, WEG 8. Aufl., 1995, Vor § 1 WEG Rn. 4

6 Bärmann/Pick, WEG 19. Aufl. 2010, Einleitung WEG Rn. 4

7 Bärmann/Pick, WEG 19. Aufl. 2010, Einleitung WEG Rn. 2

8 Merle, vhw FW 1 / Februar 2001, S. 20

9 BGBl. I 370

10 BT-Drucks. 16/3843

beispielsweise nach § 10 EnEV Heizkessel, die vor dem 01. Oktober 1978 eingebaut wurden, grundsätzlich nicht mehr betrieben werden. Daneben müssen Leitungen gedämmt werden, ungedämmte oberste Geschossdecken müssen auf bestimmte Weise isoliert werden (§ 10 Abs. 4 EnEV). Alte elektrische Speicherheizsysteme müssen schrittweise außer Betrieb genommen werden (§ 10a EnEV).

Sogenannte Schrottimmobilien beeinflussen das Stadtbild negativ und sind deshalb ein Dorn im Auge von Städten und Gemeinden<sup>11</sup>. Das öffentliche Recht stellt zu deren Beseitigung bereits heute Möglichkeit zur Verfügung. Nach §§ 175 ff. BauGB kann unter bestimmten Umständen ein Rückbaugesuch erlassen werden, also der zwangsweise Abriss von Gebäuden verfügt werden. Diese Möglichkeiten sollen nach den Forderungen der einschlägigen Verbände noch erweitert werden, wobei insbesondere eine Möglichkeit geschaffen werden soll, den Eigentümern die Abbruchkosten aufzuerlegen. Ein entsprechender Gesetzgebungsvorschlag liegt wohl bereits vor, der möglicherweise bereits in Kürze verabschiedet wird<sup>12</sup>.

Die Endlichkeit der Ressource Fläche sowie die mittelfristig rückläufige Bevölkerungsentwicklung zwingt außerdem zu einem Umdenken. Eine Lösungsmöglichkeit ist die Innenentwicklung der Städte und Gemeinden. Dabei sollen Flächen im Siedlungsbestand baulich entwickelt werden, um so den Flächenverbrauch zu reduzieren<sup>13</sup>. Entsprechende Maßnahmen werden vom Land Baden-Württemberg finanziell gefördert und auch der Bundesgesetzgeber hat den Städten und Gemeinden durch die Einführung des § 13a BauGB hier ein öffentlich-rechtliches Instrument an die Hand gegeben, um diese Ziele verwirklichen zu können. Am Anfang einer solchen Innenentwicklung kann auch die Beseitigung der bisherigen Bebauung stehen, um frei gewordene Flächen intensiver nutzen zu können.

Die Wertermittlungsrichtlinie<sup>14</sup> geht selbst bei ordnungsgemäßer Instandhaltung bei Wohn- und Geschäftshäusern von einer wirtschaftlichen Gesamtnutzungsdauer von ca. 60-80 Jahren aus. Viele in Wohnungseigentum aufgeteilte Gebäude dürften diese bereits erreicht oder überschritten haben.

All diese rechtlichen, wirtschaftlichen und städtebaulichen Entwicklungen können bei den Wohnungseigentümern die Frage aufwerfen, ob eine Modernisierung noch lohnend oder ein Abriss und Neubau nicht wirtschaftlich sinnvoller ist. Denn dadurch besteht auch die Möglichkeit zur Anpassung an aktuelle Bedürfnisse und Nachfrage.

Bei anderen Wohnungseigentümern kann der Wunsch entstehen sich von den rechtlichen Verpflichtungen und dem wirtschaftlichen Druck zu befreien, also aus der Wohnungseigentümergeinschaft auszuscheiden.

Gibt es Möglichkeiten solche Wünsche und Bedürfnisse ggf. auch gegen den Willen einzelner Eigentümer durchzusetzen, insbesondere wenn deren Entscheidung nicht von rationalen Erwägungen getragen wird?

Gerade bei großen Wohnungseigentümergeinschaften werden selten alle Eigentümer einer Meinung sein.

Kann sich ein Eigentümer von unkalkulierbaren Kosten und Pflichten befreien?

Wie lange ist die Zwangsmitgliedschaft in der Wohnungseigentümergeinschaft zumutbar?

## II. Ausscheiden aus der Wohnungseigentümergeinschaft

Welche Möglichkeiten bieten sich also dem einzelnen Wohnungseigentümer aus der Gemeinschaft auszuschneiden?

### 1. Veräußerung

Der Wohnungs- bzw. Teileigentümer könnte versuchen das Wohnungs- bzw. Teileigentum rechtsgeschäftlich zu veräußern. Die Veräußerung kann rechtlich nur durch eine Veräußerungsbeschränkung im Sinne des § 12 WEG eingeschränkt sein, die Zustimmung zur Veräußerung darf jedoch nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes versagt werden<sup>15</sup>.

Die rechtsgeschäftliche Veräußerung kann jedoch mangels Interessenten wirtschaftlich unmöglich sein. Bereits bevorstehende Renovierungs- und Sanierungsmaßnahmen mit drohenden Zahlungspflichten, insbesondere im Rahmen etwaiger Sonderumlagen, können den Wert einer Raumeinheit mindern. Dies kann in strukturschwachen Regionen, in denen keine ausreichende Nachfrage nach Wohnungen vorhanden ist, dazu führen, dass sich überhaupt kein Käufer findet. Die Wohnung wird zur sog. Schrottimmoblie.

Zu berücksichtigen ist auch, dass sich der Wohnungseigentümer allein durch die Veräußerung der Wohnung noch nicht endgültig von jeder Haftung befreien kann. Nach § 10 Abs. 8 WEG bleibt er jedenfalls für bereits entstandene Forderungen noch für 5 Jahre verhaftet.

### 2. Verzicht § 928 BGB

Der Eigentümer könnte deshalb geneigt sein, sich einseitig von seinem Wohnungs- oder Teileigentum zu lösen. Gemäß § 928 BGB kann das Eigentum an Grundstücken durch einseitige Erklärung gegenüber dem Grundbuchamt und Eintragung im Grundbuch aufgegeben werden.

Allerdings ist die Eintragung des Verzichts auf das Wohnungs- und Teileigentum in das Grundbuch nach einer Entscheidung des BGH unzulässig<sup>16</sup>. Da Grundlage des Wohnungs- oder Teileigentums immer ein Miteigentumsanteil an

11 Staatsanzeiger BW vom 13.04.2012

12 Staatsanzeiger BW vom 13.04.2012

13 vgl. Broschüre „Innere Werte im Siedlungsbestand“, Stand Oktober 2011, Hrsg: Ministerium für Umwelt, Klima und Energiewirtschaft Baden-Württemberg

14 WertR2006

15 § 12 Abs. 2 WEG

16 BGH v. 14.06.2007, DNotZ 2007, 845

einem Grundstück ist und vom BGH bereits in einer früheren Entscheidung<sup>17</sup> festgestellt wurde, dass ein Miteigentumsanteil an einem Grundstück nicht aufgegeben werden kann, wurde diese Rechtsprechung nur konsequent fortgesetzt.

Dabei hat der BGH nicht verkannt, dass sich eine Wohnung oder Teileinheit mangels Kaufinteressenten als nicht veräußerungsfähig erweisen kann. Dies sei jedoch ein rein wirtschaftliches Problem und vom Veräußerungswilligen hinzunehmen<sup>18</sup>. Ein Verstoß gegen Art. 14 GG liege nicht vor.

### 3. Aufhebung der Wohnungseigentümergeinschaft (Liquidation)

Der Wohnungseigentümer könnte versuchen die Aufhebung der Wohnungseigentümergeinschaft herbeizuführen.

Gemäß § 11 Abs. 1 WEG kann die Auflösung der Gemeinschaft nicht einmal bei Vorliegen eines wichtigen Grundes verlangt werden.

Dagegen kann gemäß §§ 3, 4 WEG durch notariell beurkundete Vereinbarung aller Wohnungseigentümer das Sondereigentum aufgehoben werden.

Gerade bei großen Eigentümergeinschaften dürfte eine solche Vereinbarung zum Scheitern verurteilt sein, da bereits ein uneinsichtiger Wohnungseigentümer genügt um die Vereinbarung zu verhindern, auch wenn keine vernünftigen Gründe gegen eine Aufhebung sprechen.

Es stellt sich die Frage, ob und unter welchen Umständen ein Wohnungseigentümer zur Mitwirkung am Abschluss einer solchen Vereinbarung verpflichtet ist.

Der BGH verweist in seiner Entscheidung vom 14.06.2007<sup>19</sup> ausdrücklich auf die Möglichkeit des Aufhebungsverlangens nach § 11 Abs. 1 Satz 3 WEG als Alternative zum nicht zulässigen Verzicht auf das Wohnungseigentum<sup>20</sup>.

§ 11 Abs. 1 Satz 3 WEG ist allerdings nur dann einschlägig, wenn das Gebäude ganz oder teilweise zerstört ist und eine Verpflichtung zum Wiederaufbau nicht besteht.

#### a) Zerstörung des Gebäudes

Welcher Zustand muss also eintreten, damit das Gebäude als ganz oder teilweise zerstört angesehen werden kann?

Nach der strafrechtlichen Definition bedeutet „zerstören“ eine solche Einwirkung auf die Sache, die deren Gebrauchsfähigkeit völlig aufhebt<sup>21</sup>. Bei einem geringeren Maß an Einwirkung liegt eine Beschädigung vor. Die Tatsache dass § 11 WEG zwischen einer teilweisen und völligen Zerstörung unterscheidet, das Strafrecht dagegen entweder von einer Zer-

störung oder von einer Beschädigung ausgeht, zeigt, dass die strafrechtliche Definition nicht 1:1 im Zivilrecht angewendet werden kann.

Nach Staudinger verlangt die Wertung, ob eine Hausanlage zerstört ist, eine zweifache Subsumtion, nämlich zunächst unter dem technischen Aspekt, ob die Gebäudesubstanz noch vorhanden ist, und sodann aus wirtschaftlicher Sicht, ob ein Wiederaufbau noch sinnvoll ist<sup>22</sup>. Dabei sei der in § 11 WEG, in § 9 Abs. 1 Nr. 2 WEG und in § 22 Abs. 2 WEG genannte Begriff der Zerstörung jeweils gleich zu definieren<sup>23</sup>.

Dr. Schmid<sup>24</sup> meint, dass jedenfalls bei der Beurteilung einer teilweisen Zerstörung auf wirtschaftliche Gesichtspunkte abzustellen sei, insbesondere bei der Beurteilung, ob es für die Wohnungseigentümer zumutbar ist, die Wiederherstellung zu finanzieren. Dabei müsse auch die Höhe der Instandhaltungsrückstellung berücksichtigt werden<sup>25</sup>. Seiner Meinung nach wird das Problem der genauen Definition der Zerstörung jedoch entschärft durch das weitere Kriterium des Fehlens einer Wiederaufbaupflicht.

In dieselbe Richtung scheint auch der BGH zu tendieren. In der Entscheidung vom 14.06.2007<sup>26</sup> heißt es „...unter Berücksichtigung der Regelung in § 22 Abs. 2 WEG (heute § 22 Abs. 4 WEG), wonach kein Eigentümer zur Mitwirkung an dem Wiederaufbau des Gebäudes gezwungen werden kann, wenn dieser ab einem bestimmten Maße unwirtschaftlich ist...“.

Die gesetzliche Formulierung des § 22 Abs. 4 WEG lautet jedoch sinngemäß „zu einem bestimmten Maße zerstört ist“. Der Formulierung des BGH kann entnommen werden, dass die Zerstörung in diesem Sinne also rein wirtschaftlich zu verstehen ist.

Anderer Ansicht ist Kümmel<sup>27</sup>, nach dessen Definition eine Zerstörung iSd § 11 Abs. 1 S. 3 WEG nur vorliegt, wenn das Gebäude oder wesentliche Teile des Gebäudes vernichtet oder derart beschädigt sind, dass ein Gebrauch des überwiegenden Sondereigentums nicht mehr möglich ist. Ist das Gebäude noch bewohnbar bzw. nutzbar, kann von einer „Zerstörung“ nicht allein deshalb ausgegangen werden, weil die Kosten für eine Sanierung des Gebäudes über dem Verkehrswert des Objekts in mangelfreiem Zustand liegen. Nach dieser Ansicht ist der Begriff der Zerstörung also nicht wirtschaftlich, sondern im Sinne einer körperlichen Zerstörung zu verstehen.

Bei dieser Definition bleibt meines Erachtens jedoch unberücksichtigt, dass in § 11 WEG von ganzer oder teilweiser Zerstörung die Rede ist, ohne dass ein bestimmter Grad an Zerstörung angegeben wird. Ist der Gebrauch des Gebäudes nicht mehr möglich, ist es insgesamt zerstört, dagegen muss bei einer nur teilweisen Zerstörung der Gebrauch doch ge-

17 BGH, DNotZ 1992,359

18 DNotZ 2007, 847

19 DNotZ 2007,845

20 DNotZ 2007, 847

21 BeckOK/Weidemann, StGB § 303 Rn. 16

22 Staudinger/Kreuzer, 13. Aufl. 2005, § 11 WEG Rn. 11

23 Staudinger/Kreuzer, 13. Aufl. 2005, § 11 WEG Rn. 11

24 ZfR 2011, 809

25 Schmid, ZfR 2011,810

26 DNotZ 2007,845

27 Kümmel in Niefenführ/Kümmel/Vandenhouten, 9. Aufl. WEG, § 11 Rn 7

rade noch möglich sein. Nach Kümmel müsste man also bereits an dieser Stelle einen bestimmten Grad an Zerstörung definieren. Das Erfordernis eines bestimmten Zerstörungsgrad findet sich im Gesetz jedoch erst in § 22 Abs. 4 WEG.

Auch Spielbauer<sup>28</sup> versteht unter einer (teilweisen) Gebäudezerstörung nur eine plötzlich eintretende unvorhersehbare Teilbeschädigung des Gebäudes (z.B. Wohnungs- oder Dachstuhlbrand), nicht jedoch die Verschleppung von notwendigen Instandsetzungsmaßnahmen, die schließlich zu einem Teilverfall des Gebäudes führt. Dabei verweist er insbesondere auf eine Entscheidung des KG Berlin aus dem Jahre 1997<sup>29</sup>. Gegenstand dieser Entscheidung war jedoch die Auslegung einer von § 22 Abs. 4 WEG abweichenden Vereinbarung über den Wiederaufbau. Das KG verlangt bei einer von der gesetzlichen Vorschrift abweichenden Vereinbarung die Festlegung einer Untergrenze für eine Teilerstörung, da sonst eine Abgrenzung zwischen der bloßen Beschädigung des Gebäudes, welche die normale Instandsetzungspflicht nach § 21 WEG auslöst, und der Teilerstörung nicht möglich ist. In diesem Zusammenhang hält das KG es für erforderlich, dass der Begriff der Teilerstörung zumindest in der Weise begrenzt wird, dass darunter nur plötzlich eintretende, unvorhergesehene Teilbeschädigungen des Gebäudes (z.B. Wohnungs- oder Dachstuhlbrand) fallen.

Meines Erachtens kann dieser Entscheidung nicht entnommen werden, dass keine andere (bestimmte) Festlegung zum Grad bzw. zu den Anforderungen einer Zerstörung zulässig sind.

Im Hinblick auf das weitere Erfordernis des § 11 Abs. 1 S. 3 WEG, das Fehlen einer Verpflichtung zum Wiederaufbau, dürfen im Rahmen der Prüfung des Vorliegens einer zumindest „teilweisen Zerstörung“ keine zu hohen Anforderungen gestellt werden. Die „Verpflichtung zum Wiederaufbau“ ist die Stellschraube für die Zugänglichkeit zu einer Vereinbarung im Sinne des § 11 Abs. 1 S. 3 WEG.

Meines Erachtens ist eine (zumindest) teilweise Zerstörung bereits bei Vorliegen eines wirtschaftlich erheblichen Sanierungsaufwands gegeben, der jedoch den Rahmen einer üblichen Instandhaltungs- bzw. Instandsetzungsmaßnahme im Sinne des § 21 Abs. 5 Nr. 2 WEG überschreiten muss. Eine solche Überschreitung kann bereits dann vorliegen, wenn mehrere Instandhaltungsmaßnahmen zusammentreffen oder durch öffentlich-rechtliche Vorschriften eine Verpflichtung hinzukommt, einen Zustand herzustellen, der über den ursprünglichen Zustand hinausgeht.

#### b) keine Verpflichtung zum Wiederaufbau

Neben dem Vorliegen einer zumindest teilweisen Zerstörung ist eine weitere Voraussetzung für die Möglichkeit der Auflösung der Wohnungseigentümergeinschaft das Fehlen einer Wiederaufbaupflicht.

<sup>28</sup> Spielbauer in Spielbauer/Then, WEG 2. Aufl. 2012, § 22 Rn. 27

<sup>29</sup> KG Berlin v. 20.6.1997 – 24 W 9042/96, ZMR 1997,534 = NJWE-Mieter 1997,205

Eine solche Verpflichtung kann sich in erster Linie aus der Gemeinschaftsordnung ergeben.

Enthält die Gemeinschaftsordnung keine diesbezügliche Regelung, kann sich die Verpflichtung aus §§ 21, 22 WEG ergeben.

Nach § 22 Abs. 4 WEG kann ein Wiederaufbau nicht mehr verlangt werden, wenn das Gebäude zu mehr als der Hälfte des Werts zerstört ist und der Schaden nicht durch eine Versicherungsleistung oder in anderer Weise gedeckt ist. Liegt der Umfang der Zerstörung darunter oder ist er durch eine Versicherungsleistung gedeckt, kann der Wiederaufbau als Maßnahme der ordnungsgemäßen Verwaltung mit Stimmenmehrheit nach § 21 Abs. 3 WEG beschlossen werden<sup>30</sup>.

Umstritten ist auch hier, wie die Wertberechnung zu erfolgen hat. Es besteht zumindest darüber Einigkeit, dass das Grundstück außer Betracht bleibt<sup>31</sup>.

Nach Staudinger und Palandt ist der Restwert des Gebäudes nach der Zerstörung mit dem Verkehrswert zum Zeitpunkt des Schadenseintritts zu vergleichen<sup>32</sup>.

Dabei ist nach Staudinger bei der Wertberechnung auf Grund der systematischen Stellung der Vorschrift und dem Normzweck nur vom Wert des Gemeinschaftseigentums auszugehen<sup>33</sup>. Nach anderer Ansicht ist der gesamte Gebäudewert, also sowohl das Gemeinschaftseigentum, also auch das Sondereigentum zu berücksichtigen<sup>34</sup>.

Besondere Schwierigkeit bereitet jedoch der Wertvergleich, wenn wie hier, von einer wirtschaftlichen Definition der „Zerstörung“ im Sinne des WEG ausgegangen wird. Der Restwert des Gebäudes ist in diesem Fall identisch mit dem derzeitigen Gebäudewert. Ein eingetretenes Schadensereignis gibt es u.U. nicht.

Meines Erachtens liegt eine Zerstörung von mehr als 50 % des Wertes dann vor, wenn die Kosten der (Wieder-)Herstellung eines ordnungsgemäßen, den heutigen Standards und den aktuellen öffentlich-rechtlichen Vorgaben entsprechenden Zustands, den derzeitigen Wert des Gebäudes (ohne Grundstück) übersteigen.

Nach der vorgenannten Definition von Palandt und Staudinger<sup>35</sup> kann die Differenz zwischen dem ursprünglichen Verkehrswert und dem Verkehrswert nach der eingetretenen Zerstörung gleichgesetzt werden mit den Wiederherstellungskosten, der hier vertretenen Berechnungsmethode. Die

<sup>30</sup> BeckOK/Hügel, WEG § 22 Rn. 29

<sup>31</sup> BeckOK/Hügel, WEG § 22 Rn. 30; BayObLG WE 1996,468; Staudinger/Bub, 13. Aufl. 2005, WEG § 22 Rn 258a

<sup>32</sup> Staudinger/Bub, 13. Aufl. 2005, WEG § 22 Rn 258a; Palandt/Bassenge, 69. Aufl. 2010, WEG § 22 Rn. 37

<sup>33</sup> Staudinger/Bub, 13. Aufl. 2005, WEG § 22 Rn 260

<sup>34</sup> Palandt/Bassenge, 69. Aufl. 2010, WEG § 22 Rn. 37; OLG Schleswig WE 1998,142

<sup>35</sup> Staudinger/Bub, 13. Aufl. 2005, WEG § 22 Rn 258a; Palandt/Bassenge, 69. Aufl. 2010, WEG § 22 Rn. 37

50 % Grenze ist damit auch nach Palandt und Staudinger dann überschritten, wenn der Schaden größer ist als der Restwert des Gebäudes nach der Zerstörung.

An dieser Stelle wird deutlich, dass die Problematik der Definition einer „ganzen oder teilweisen Zerstörung“ im Sinne des § 11 Abs. 1 Satz 3 WEG durch die weitere Voraussetzung des Fehlens einer Wiederaufbaupflicht tatsächlich wesentlich entschärft wird, wie dies auch Schmid annimmt<sup>36</sup>. Der genaue Grad der Zerstörung ist erst im Rahmen des Fehlens einer Wiederaufbaupflicht zu prüfen. Diese weitere Voraussetzung ist damit die Stellschraube. Auf die Vorschrift des § 22 Abs. 4 WEG braucht dabei nur zurückgegriffen werden, wenn keine konkrete Regelung in der Gemeinschaftsordnung enthalten ist. Es ist also im Rahmen des § 11 Abs. 1 Satz 3 WEG ausreichend einen wirtschaftlich erheblichen Sanierungsaufwand für das Vorliegen einer zumindest teilweisen Zerstörung des Gebäudes genügen zu lassen.

### c) Rechtsfolgen

Ist also das Gebäude zumindest teilweise zerstört und besteht keine Verpflichtung zum Wiederaufbau, kann entgegen § 11 Abs. 1 Satz 1 und 2 WEG die Aufhebung der Gemeinschaft verlangt werden, wenn dies in der Gemeinschaftsordnung bereits vorgesehen war. Die Wohnungseigentümergeinschaft erlischt nicht automatisch<sup>37</sup>.

Enthält die Gemeinschaftsordnung keine Vereinbarung für diesen Fall, ist nachträglich eine Aufhebungsvereinbarung zu treffen. Die Wohnungseigentümer sind auf Grund ihrer wechselseitigen Treuepflicht nach § 242 BGB zur Mitwirkung am Abschluss der Aufhebungsvereinbarung verpflichtet<sup>38</sup>.

Weigert sich ein Wohnungseigentümer seine Zustimmung zu erteilen, kann diese im Verfahren nach § 894 ZPO ersetzt werden<sup>39</sup>.

## III. Durchführung der Auseinandersetzung

### 1. Aufhebungsvereinbarung

Die Aufhebungsvereinbarung ist notariell zu beurkunden, da mit ihr das Sondereigentum aufgehoben wird (§ 4 WEG)<sup>40</sup>. Zum Erfordernis der Eintragung vgl. unten.

Folge der Aufhebung der Gemeinschaft ist unmittelbar und ohne weitere Erklärung die Anwendung der §§ 752 ff. BGB<sup>41</sup>.

Teilung in Natur gemäß § 752 BGB dürfte in der Regel ausscheiden, sodass gemäß § 753 BGB die Auseinandersetzung durch Verkauf und Teilung des Erlöses erfolgen wird. Außerdem wäre die Umwandlung in eine Bruchteilsgemeinschaft denkbar (für Muster einer Auseinandersetzungsvereinbarung und Überführung in eine Bruchteilsgemeinschaft vgl. Kreuzer<sup>42</sup>).

Für den Fall einer Umwandlung in eine „normale“ Bruchteilsgemeinschaft kann, wenn das Gebäude völlig zerstört ist, außerdem der Weg des § 9 Abs. 1 Nr. 2 WEG beschritten werden. Es handelt sich dabei um eine Vereinfachungsvorschrift. Eine notariell beurkundete Vereinbarung gemäß § 4 WEG ist in diesem Fall entbehrlich<sup>43</sup>. Allerdings muss als Nachweis der völligen Zerstörung eine Bescheinigung der Baubehörde beigebracht werden.

Gemäß § 17 WEG bemisst sich der dem jeweiligen Wohnungs- oder Teileigentümer zustehende Anteil nicht nach den im Grundbuch eingetragenen Miteigentumsanteilen am Grundstück, sondern im Verhältnis der Werte der Wohnungseigentumsrechte.

§ 17 WEG ist abdingbar, auch bereits im Rahmen der Teilungserklärung.

### 2. Zustimmung der dinglich Berechtigten

Gemäß § 9 Abs. 2 WEG müssen Dritte, denen ein Recht an einer oder mehreren einzelnen Wohnungseigentumseinheiten zusteht, der Aufhebung des Sondereigentums gemäß §§ 877, 876 BGB zustimmen. Durch die Aufhebung des Wohnungseigentums ändert sich der Inhalt des Haftungsgegenstands<sup>44</sup>.

Eine Zustimmung der Berechtigten von Gesambelastungen aller Einheiten dagegen ist nicht erforderlich<sup>45</sup>.

Die bislang in den einzelnen Wohnungsgrundbüchern eingetragenen Belastungen sind als Belastung des entsprechenden Miteigentumsanteils in das Grundstücksgrundbuch zu übertragen<sup>46</sup>. Dies gilt jedoch nur, wenn sie nach ihrer Art an einem gewöhnlichen Miteigentumsanteil auch bestehen können, was bei Dienstbarkeiten nicht immer der Fall ist. Solche Rechte gehen mit Aufhebung des Sondereigentums unter<sup>47</sup>.

Grundpfandrechte können dagegen grundsätzlich auch an einem gewöhnlichen Miteigentumsanteil bestehen (§§ 1114, 1192 BGB), jedoch eigentlich nur, wenn sie im Eigentum verschiedener Personen stehen. Probleme können sich daher ergeben, wenn ein Wohnungseigentümer mehrere Einheiten besitzt, die unterschiedlich belastet sind. Zu dieser Problematik vgl. DNotI 2008, 27.

36 Schmid, ZfIR 2011, 810

37 Palandt/Bassenge, 69. Aufl. 2010, WEG § 22 Rn. 37

38 Schmid, ZfIR 2012, 810; BGH DNotZ 2007, 847; Staudinger/Bub, 13. Aufl. 2005, WEG § 22 Rn 272

39 Bärman/Pick, 19. Aufl. 2010, WEG § 11 Rn 11

40 str.; bejahend Kreuzer, NZM 2001, 123; wohl auch Staudinger/Kreuzer, 13. Aufl. 2005, WEG § 11 Rn. 15; verneinend: Weitnauer/Lüke, WEG § 11 Rn 4; Bärman/Klein, WEG, § 11 Rn 19

41 Bärman/Pick, 19. Aufl. 2010, WEG § 17 Rn. 2

42 NZM 2001, 123

43 Bärman/Pick, 19. Aufl. 2010, WEG § 9 Rn. 3

44 Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rn 2996

45 Bärman/Pick, WEG 19. Aufl. 2010, § 9 Rn. 8; Staudinger/Rapp, 13. Aufl. 2005, WEG § 9 Rn. 13

46 Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rn 2996; OLG Schleswig Rpf. 1991, 150

47 Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rn 2996, zum Wohnungsrecht vgl. Commichau in MüKo, 5. Aufl. 2009, WEG § 9 Rn. 15, 16

Ungeklärt ist, ob die Zustimmung der dinglich Berechtigten ausnahmsweise als entbehrlich angesehen werden kann, wenn (wie hier vertreten) sich unmittelbar an die Aufhebung des Wohnungseigentums ein Teilungsversteigerungsverfahren anschließt. In diesem Fall könnte man darauf schließen, dass die Rechte der dinglich Berechtigten im Verfahren ausreichend gewahrt werden. Von einer ausreichenden Wahrung der Rechte kann jedoch dann nicht ausgegangen werden, wenn das geringste Gebot unter Anwendung der Niedrigstgebots-Theorie berechnet wird (vgl. unten Ziffer 4 d).

Deshalb halte ich die Zustimmung der Berechtigten gemäß §§ 9 Abs. 2 WEG, 877, 876 BGB in jedem Fall für erforderlich.

### 3. Auseinandersetzung des Verbandsvermögen

Im Rahmen der Auseinandersetzung ist neben dem Sondereigentum auch das Verwaltungsvermögen der Gemeinschaft (§ 10 Abs. 7 WEG) auseinanderzusetzen.

Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung, ob dieses Vermögen entsprechend der im Grundbuch eingetragenen Miteigentumsanteile oder nach § 17 WEG, also entsprechend dem Verhältnis der Werte der Sondereigentumseinheiten zu verteilen ist, gibt es nicht.

Hügel<sup>48</sup> möchte diese Regelungslücke durch analoge Anwendung des § 10 Abs. 7 S. 4 WEG schließen. Er scheint davon auszugehen, dass sich im Falle der Aufhebung der Wohnungseigentümergeinschaft alle Wohnungseigentumsrechte in der Hand der Bruchteilsgemeinschaft vereinigen. Diese Bruchteile werden über § 17 WEG bestimmt.

Berücksichtigt man jedoch, dass das Verbandsvermögen durch Leistungen der einzelnen Wohnungseigentümer gebildet wurde, die gemäß § 16 Abs. 2, 1 WEG entsprechend der im Grundbuch eingetragenen Miteigentumsanteile erbracht wurden, erscheint mir für die Verteilung des Verbandsvermögens nach Auflösung der Gemeinschaft die Aufteilung in gleicher Weise für gerechter. Die Aufteilung entsprechend der im Grundbuch eingetragenen Miteigentumsanteile entspricht im Übrigen auch der Rechtslage vor Feststellung der Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft.

### 4. Durchführung der Teilungsversteigerung

#### a) Antrag

Um das Zwangsversteigerungsverfahren zur Aufhebung der Gemeinschaft in Gang zu bringen bedarf es eines Antrags beim zuständigen Amtsgericht (§§ 180 Abs. 1, 15 ZVG). Ein vollstreckbarer Titel ist nicht erforderlich (§ 181 Abs. 1 ZVG). Der Antragsteller wird wie der betreibende Gläubiger im normalen Zwangsversteigerungsverfahren behandelt<sup>49</sup>.

#### b) Voreintragung

Gemäß § 181 Abs. 2 ZVG muss der Antragsteller als (Mit-)Eigentümer im Grundbuch eingetragen sein, es sei denn er ist der Erbe des eingetragenen Eigentümers. Im Falle der Auflösung muss der Antragsteller noch als Wohnungseigentümer eingetragen sein nicht als Miteigentümer. Der Anteil an der Bruchteilsgemeinschaft kann wegen der Vorschrift des § 17 WEG von dem Miteigentumsanteil, mit dem das Sondereigentum verbunden war, abweichen. Fraglich ist also ob im Rahmen der Aufhebung der Wohnungseigentümergeinschaft eine Zwischeneintragung der Bruchteilsgemeinschaft erforderlich ist.

Die Bruchteilsgemeinschaft kann meines Erachtens als eine Art „Rechtsnachfolger“ der Wohnungseigentümergeinschaft angesehen werden, ohne dass es jedoch zu einem Rechtsträgerwechsel im eigentlichen Sinne gekommen ist. Die Wohnungseigentümer sind auch bereits im Grundbuch eingetragen, jedoch als spezielle Miteigentümer, nämlich Wohnungseigentümer. Dieser Fall ist meines Erachtens vergleichbar mit der Erbfolge, wenn nicht sogar ein rechtliches Weniger. Ich halte deshalb die Zwischeneintragung der Bruchteilsgemeinschaft in diesem Fall für entbehrlich.

Die Eintragung der Auflösung der Wohnungseigentümergeinschaft im Rahmen des § 4 Abs. 1 WEG erfolgt mit Eintragung des Erstehers im Grundbuch. Auch insoweit halte ich eine Zwischeneintragung für entbehrlich.

#### c) kein Ausschlussgrund

Der Auseinandersetzung darf kein Ausschlussgrund entgegenstehen<sup>50</sup>. Die Vorschrift des § 11 Abs. 1 WEG stellt einen solchen Ausschlussgrund dar. Dieser ist jedoch auf Grund der geschlossenen Aufhebungsvereinbarung der Wohnungseigentümer nicht mehr einschlägig.

#### d) Berechnung des geringsten Gebots

Auch bei der Teilungsversteigerung muss das geringste Gebot festgestellt werden (§§ 180 Abs. 1, 44, 182 ZVG). Da es keinen betreibenden Gläubiger gibt, muss das geringste Gebot nach dem Antragsteller berechnet werden (§ 182 Abs. 1 ZVG). Zur Bestimmung des maßgeblichen Antragstellers unter mehreren Antragstellern hat sich die sog. *Niedrigstgebots-Theorie* durchgesetzt<sup>51</sup>.

Danach wird zunächst das geringste Gebot für jeden Antragsteller getrennt aufgestellt und dem Gesamtverfahren nur das niedrigste geringste Gebot zugrundegelegt. Die auf dem Anteil des maßgeblichen Antragstellers (mit-)lastenden Rechte bleiben bestehen, ihnen hat der betreffende Miteigentümer quasi den Vorrang vor seinem Aufhebungsanspruch eingeräumt<sup>52</sup>. Die Rechte, die nur auf den Anteilen der Antragsgegner bzw. der nicht maßgeblichen Antragsteller lasten, erlä-

48 Hügel in BeckOK WEG § 17 Rn. 5

49 Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht 7. Aufl., Rn. 986

50 Brox/Walker, 7. Aufl., Rn. 993

51 Alff, Rpfleger 2004,674

52 Alff, Rpfleger 2004,674

schen dagegen, werden also nicht geschützt. Alff<sup>53</sup> begründet dies damit, dass sie bei Beleihung des Miteigentumsanteils die Durchsetzung des Aufhebungsanspruchs nach § 749 BGB einkalkulieren müssen. Bei der Wohnungseigentümergeinschaft ist dies jedoch gerade nicht der Fall, da der Aufhebungsanspruch grundsätzlich gemäß § 11 Abs. 1 WEG ausgeschlossen ist. Weil ihre Rechte also auch im Verfahren nicht ausreichend geschützt werden, kann auf das Zustimmungserfordernis gemäß §§ 9 Abs. 2 WEG, 877, 876 BGB nicht verzichtet werden (vgl. oben Ziffer 2).

Sind die Bruchteile unterschiedlich hoch durch Einzelrechte belastet, ist bei der Feststellung des geringsten Gebots zu dem § 182 Abs. 2 ZVG zu beachten, der dem Ausgleich der Interessen der anderen Miteigentümer dient<sup>54</sup>. Den Miteigentümern mit geringeren Belastungen wird ein Ausgleichsbetrag zugestanden.

Solange zumindest ein Miteigentumsanteil eines Antragstellers unbelastet ist, ist bei Anwendung der *Niedrigstgebots-Theorie* dieser immer maßgeblich für die Berechnung des geringsten Gebots. Alle Belastungen der übrigen Miteigentumsanteile erlöschen. Einen Ausgleichsbetrag gemäß § 182 Abs. 2 ZVG gibt es nicht.

Sind dagegen alle Miteigentumsanteile belastet, kommt man um eine aufwändige Berechnung nicht umhin. Gerade bei einer Vielzahl von Miteigentumsanteilen (vorherigen Wohnungseigentumseinheiten) können die Ausgleichsbeträge ein beträchtliches Ausmaß erreichen, sodass unter Umständen das Mindestbargelb über dem festgesetzten Verkehrswert liegen kann.

### III. Fazit / Auswirkungen für die Praxis

Wie dargestellt kann sich ein praktisches Bedürfnis für die (zwangsweise) Auflösung der Wohnungseigentümergeinschaft ergeben. Die Möglichkeiten, die der Gesetzgeber im Jahre 1951 dafür vorgesehen hat, sind hierzu jedoch nur bedingt tauglich. Offenbar war bei der Schaffung des Gesetzes die Zerstörung von Gebäuden durch Kriegseinwirkungen noch präsent, mit der Folge, dass hierfür entsprechende Vorschriften erlassen wurden. An einen Zerfall der Gebäude auch ohne Kriegs- oder Katastropheneinwirkungen, der bis

hin zur kompletten wirtschaftlichen Zerstörung reichen kann, wurde dabei offenbar nicht gedacht.

Es liegt also an den Gestaltern der Teilungserklärungen und Gemeinschaftsordnungen sowie an der Rechtsprechung, diese Regelungslücke des Gesetzes zu schließen.

Dabei sollte insbesondere bei der Gestaltung von Wiederaufbaupflichten sehr behutsam vorgegangen werden. Es ist genau zu überlegen und zu besprechen, ob die Voraussetzungen für das Bestehen einer Wiederaufbaupflicht gegenüber der gesetzlichen Regelung noch weiter herabgesetzt werden soll, oder nicht umgekehrt höhere Anforderungen vereinbart werden, um den Wohnungseigentümern im Fall der Fälle die Chance zu geben, die Gemeinschaft aufzulösen.

Oftmals ist es praktisch einfacher einen Wiederaufbau bei grundsätzlich bestehendem Auflösungsanspruch einstimmig zu vereinbaren, als ihn gegen den Willen Einzelner auf Grund eines Anspruchs aus der Gemeinschaftsordnung durchzusetzen.

Im Rahmen des § 22 Abs. 4 WEG besteht die Möglichkeit durch die Veränderung des Zerstörungsgrads, der für einen Wiederaufbau erforderlich ist, auch die Voraussetzungen für die Auflösung der Gemeinschaft zu verändern.

Daneben ist an eine konkrete Vereinbarung im Sinne des § 11 Abs. 1 Satz 3 WEG zu denken, um nicht in der Praxis auf die Vorschrift des § 242 BGB und die daraus abgeleitete Treupflicht zurückgreifen zu müssen. Bereits ein Satz wäre dafür ausreichend, der etwa lauten könnte:

„Besteht nach den vorstehenden Bestimmungen keine Verpflichtung zum Wiederaufbau, kann jeder Wohnungseigentümer die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen“.

Ergänzend kommt die Aufnahme von Bestimmungen zur konkreten Auseinandersetzung der Gemeinschaft in Betracht. So könnte jedenfalls für den Fall der kompletten, wirtschaftlichen Zerstörung des Gebäudes die Verteilung des Versteigerungserlöses abweichend von § 17 WEG und entsprechend der im Grundbuch eingetragenen Miteigentumsanteile vereinbart werden. Diese Vereinbarung würde erhebliche praktische Probleme bei der Bestimmung der Anteile der einzelnen Miteigentümer ersparen, ohne dass wirtschaftlich ein Nachteil entsteht.

53 Alff, Rpfleger 2004,674

54 Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht 7. Aufl., Rn. 996, 998

# Die Einbuchung nicht gebuchter Grundstücke in das Grundbuch und die Frage nach dem Eigentümer

(von Christian Klumpp, Notarvertreter, Freudenstadt)

## I. Einführung

Die verfahrensrechtlichen Vorschriften zur Einbuchung eines nicht gebuchten Grundstücks sind in den §§ 116 ff. der Grundbuchordnung niedergelegt.

Das Verfahren dient der Anlegung eines Grundbuchblattes für bisher noch nicht im Grundbuch gebuchte Grundstücke. Die Anlegung des Grundbuchblattes ist in § 3 der Grundbuchordnung geregelt. Grundsätzlich ist nach § 3 Abs. 1 der Grundbuchordnung jedes Grundstück buchungspflichtig. Ausnahmen von der Buchungspflicht gelten für die in § 3 Abs. 2 Grundbuchordnung genannten Grundstücke.

Der nachfolgende Beitrag soll einen Überblick über die verfahrensrechtlichen Grundlagen des Einbuchungsverfahrens und die manchmal schwierige Frage nach dem Eigentümer nicht gebuchter Grundstücke verschaffen.

## II. Pflicht zur Buchung

Auch nach Abschluss der gemarkungsweisen Anlegung der Grundbücher in Deutschland gibt es nach wie vor Grundstücke für die kein Grundbuchblatt angelegt wurde. Nach der Fiktion des Art. 186 Abs. 2 EGBGB gilt jedoch auch für nicht gebuchte Grundstücke ein Grundbuchblatt als angelegt<sup>1</sup>. Dies hat gemäß Art. 189 Abs. 1 S. 1 EGBGB zur Folge, dass sich der Erwerb bzw. der Verlust des Eigentums an einem Grundstück nach den materiell-rechtlichen Bestimmungen des BGB richtet<sup>2</sup>. Die Einbuchung des nicht gebuchten Grundstücks ist somit grundsätzlich erforderlich, da zum Erwerb des Eigentums an einem Grundstück die Eintragung des Eigentümers im Grundbuch erfolgen muss. Verfahrensmäßig ist dabei noch die Norm des § 39 GBO zu beachten, welche die Voreintragung des Veräußerers voraussetzt. Für die Belastung eines nicht gebuchten Grundstücks gilt das vorstehend Gesagte ebenfalls<sup>3</sup>.

Abweichend vom Grundsatz sind für den Eigentumsübergang nicht gebuchter Grundstücke bzw. die Belastung nicht gebuchter Grundstücke die Bestimmungen der Art. 127 und 128 EGBGB zu beachten, wonach landesrechtliche Vorschriften vom vorstehend genannten Grundsatz unberührt bleiben. Das Land Baden-Württemberg hat von diesem landesrechtlichen Vorbehalt in § 29 BWAGBGB Gebrauch gemacht<sup>4</sup>. Gemäß § 29 Abs. 1 BWAGBGB ist die Einigung der Beteiligten für die Übertragung des Eigentums an einem

nicht gebuchten Grundstück ausreichend. Die Einigung bedarf der notariellen Beurkundung und kann nicht unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung stehen<sup>5</sup>. Voraussetzung der Anwendung der landesrechtlichen Norm ist jedoch, dass auch nach Übereignung keine Eintragungspflicht des nicht gebuchten Grundstücks besteht<sup>6</sup>.

Die Pflicht zur Buchung eines Grundstücks im Grundbuch richtet sich nach § 3 Abs. 1 S. 1 GBO<sup>7</sup>. Demnach ist für jedes Grundstück ein Grundbuchblatt anzulegen. Allerdings besteht gemäß § 3 Abs. 2 GBO eine Ausnahme von der Buchungspflicht für Grundstücke die einen öffentlich-rechtlichen bzw. kirchlichen Zweck (Eigenschaft) haben. Aufgrund ihrer Zweckbestimmung sind diese Grundstücke nicht dazu bestimmt, am Rechtsverkehr teilzunehmen, so dass die in § 3 Abs. 2 GBO aufgeführten Grundstücke von der Buchungspflicht bzw. dem Buchungszwang des § 3 Abs. 1 S. 1 GBO befreit sind<sup>8</sup>. Die Auflistung des § 3 Abs. 2 GBO ist abschließend<sup>9</sup>, so dass der spätere Wegfall des durch § 3 Abs. 2 GBO geschützten Zwecks bzw. der geschützten Eigenschaft die Pflicht zur Einbuchung zur Folge hat (bspw. der Wegfall der Funktion als öffentlicher Weg gemäß § 7 StrG-BW)<sup>10</sup>.

Dennoch kann auf Antrag des Eigentümers bzw. des Berechtigten für solche Grundstücke ein Grundbuchblatt angelegt werden<sup>11</sup>. Dabei handelt es sich nicht um einen Antrag nach § 13 GBO, sondern um eine Anregung, die Einbuchung von Amts wegen vorzunehmen<sup>12</sup>. Maßgeblich für die Buchung sind auch hier die Vorschriften der § 116 ff. GBO, so dass, wie später ausgeführt, auch die Formvorschriften des § 29 GBO keine Anwendung finden<sup>13</sup>.

Insbesondere bei Straßen ist die Frage nach der Buchungspflicht nicht immer ohne Weiteres zu beantworten. Die Buchungsfreiheit nach § 3 Abs. 2 GBO setzt die Eigenschaft als öffentliche Straße voraus. Öffentliche Straßen sind Straßen, Wege und Plätze, die dem öffentlichen Verkehr gewidmet sind<sup>14</sup>. Die Widmung<sup>15</sup> (Verwaltungsakt) erfolgt durch die zuständige Behörde und gibt die Straße für den öffentlichen Verkehr frei. Die Eigentumsverhältnisse sind für die Widmung somit unbeachtlich; maßgeblich ist die Eigenschaft als öffentliche Verkehrsfläche<sup>16</sup>. Somit unterliegt auch eine in Pri-

1 BeckOK GBO/Holzer, § 3 GBO Rn. 29.

2 § 873 Abs. 1 i.V.m. § 925 BGB.

3 Demharter GBO 28. Auflage, § 3 Rn. 22.

4 für weitere landesrechtliche Vorbehaltssnormen: siehe MüKO/Säcker 5. Auflage, Art. 127 Rn. 5.

5 § 29 Abs. 2 BWAGBGB.

6 MüKO/Säcker 5. Auflage, Art. 127 Rn. 3.

7 BeckOK GBO/Holzer, § 3 GBO Rn. 14.

8 K/E/H/E Grundbuchrecht, 6. Auflage/Eickmann, § 3 GBO Rn. 4; BeckOK GBO/Holzer, § 3 GBO Rn. 18.

9 BeckOK GBO/Holzer, § 1 GBO Rn. 118.

10 BeckOK GBO/Holzer, § 3 GBO Rn. 18.

11 § 3 Abs. 2 GBO.

12 BeckOK GBO/Holzer, § 3 GBO Rn. 25.

13 BeckOK GBO/Holzer, § 3 GBO Rn. 26.

14 § 2 Abs. 1 StrG-BW.

15 § 5 StrG-BW.

16 BeckOK GBO/Holzer, § 3 GBO Rn. 22.

vateigentum stehende Straße nicht der Buchungspflicht des § 3 Abs. 1 GBO, wenn eine öffentliche Widmung besteht.

Aus dem Wortlaut der Norm des § 3 Abs. 1 S. 1 GBO ergibt sich, dass Gegenstand der Buchung Grundstücke sind<sup>17</sup>. In der Legaldefinition handelt es sich bei einem Grundstück im Rechtssinne um „einen räumlich abgegrenzten Teil der Erdoberfläche, der im Grundbuch unter einer besonderen amtlichen Bezeichnung vorgetragen ist“<sup>18</sup>. Nicht buchbar sind jedoch Flächen, die eigentumsunfähig sind, wie bspw. der Meeresstrand in Schleswig-Holstein<sup>19</sup>. Eigentumsfähig sind dagegen die sog. „Halden“ des Bodensees (= im ufernahen Bereich flachen Wassers gelegene Grundstücke)<sup>20</sup>.

Aber auch grundstücksgleiche Rechte, wie bspw. die auf Landesrecht begründeten Fischerreichrechte<sup>21</sup>, können im Grundbuch gebucht werden. Die Vorschriften der §§ 116 ff. GBO finden dabei entsprechende Anwendung<sup>22</sup>.

### III. Allgemeine verfahrensrechtliche Bestimmungen

#### 1. Anzuwendende Vorschriften

Wie bereits erwähnt richtet sich das Einbuchungsverfahren im Sinne des § 3 Abs. 1 S. 1 GBO nach den Normen der §§ 116 ff. GBO.

Bei dem Verfahren handelt es sich gemäß § 118 GBO um ein Amtsverfahren. Ein Antrag ist daher als Anregung auszulegen<sup>23</sup>. Eine Verpflichtung zur Tätigkeit ohne konkreten Anlass besteht jedoch nicht<sup>24</sup>; das Grundbuchamt ist nicht verpflichtet, nach nicht gebuchten Grundstücken zu suchen<sup>25</sup>. Bei einem buchungsfreien Grundstück nach § 3 Abs. 2 GBO muss eine Antragsberechtigung dargelegt werden. Ohne entsprechenden Nachweis ist der Antrag sonst zurückzuweisen<sup>26</sup>. Die Antragsberechtigung erfordert die, auch formfreie, Darlegung von Tatsachen, die das Eigentum zumindest wahrscheinlich machen<sup>27</sup>. Die Antragsberechtigung sollte daher sinnvollerweise auf den in § 123 GBO genannten Personenkreis beschränkt werden.

Nach § 118 GBO ist das Ziel des Einbuchungsverfahrens die Feststellung des Eigentümers. Inhaltlich entspricht die Norm dem § 26 FamFG<sup>28</sup>, so dass der Umfang der Ermittlungspflicht im pflichtgemäßen Ermessen des Grundbuchamts steht. Die Ermittlungen erfolgen grundsätzlich im Freibeweis-

verfahren<sup>29</sup>. Eine Ermittlung über den Zweck des Verfahrens (Feststellung des Eigentümers) hinaus ist nicht geboten; Ermittlungen über mögliche Belastungen sind nicht angebracht<sup>30</sup>.

Die Vorschriften der §§ 13 ff. GBO sind im Anlegungsverfahren als Amtsverfahren nicht anzuwenden<sup>31</sup>. Da es sich um ein Amtsverfahren handelt, sind Zwischenverfügungen nach § 18 GBO unzulässig<sup>32</sup>. Auch für die Anlegung erforderliche Nachweise dürfen nicht in der Form des § 29 GBO verlangt werden<sup>33</sup>.

Das Grundbuchamt ist in der Erhebung von Beweisen nicht beschränkt<sup>34</sup>. Der Sachverhalt ist ohne Rücksicht auf das Vorbringen der Beteiligten aufzuklären<sup>35</sup>. Dabei ist auch die Vernehmung von Zeugen, die Vorlage behördlicher Bescheinigungen oder auch die Abgabe von eidesstattlichen Versicherungen zulässig<sup>36</sup>. Dem Grundbuchamt steht zudem die Möglichkeit zu, den Beteiligten die Vorlage von Nachweisen oder die Glaubhaftmachung von Tatsachen durch Beweisabschluss aufzugeben<sup>37</sup>.

Im Rahmen der Amtsermittlungspflicht ist das Grundbuchamt verpflichtet, die von den Beteiligten vorgebrachten Tatsachen und Umstände nachzugehen und zu überprüfen<sup>38</sup>.

Den Beteiligten des Verfahrens ist vor Abschluss des Verfahrens gemäß Art. 103 Abs. 1 GG rechtliches Gehör zu gewähren<sup>39</sup>.

Das Einbuchungsverfahren ist grundsätzlich mit der Anlegung eines Grundbuchblattes für den über § 123 GBO ermittelten Eigentümer abzuschließen<sup>40</sup>. Eine Einstellung oder Zurückweisung der Anregung ist nicht zulässig<sup>41</sup>. Die Verweisung auf den Zivilrechtsweg ist ebenfalls nicht zulässig<sup>42</sup>.

#### 2. Zuständigkeit

Die Zuständigkeit für das Einbuchungsverfahren richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften der Grundbuchordnung.

##### 2.1 Sachliche Zuständigkeit

Grundsätzlich ist gemäß § 1 Abs. 1 S. 1 GBO das Amtsgericht als Grundbuchamt zuständig. Gemäß § 1 Abs. 1 S. 3 GBO bleibt die vom Grundsatz abweichenden Bestimmung des § 143 GBO für das Land Baden-Württemberg unberührt,

17 BeckOK GBO/Holzer, § 3 GBO Rn. 9.

18 BeckOK GBO/Holzer, § 2 GBO Rn. 17.

19 Demharter GBO 28. Auflage, § 3 Rn. 4; BeckOK GBO/Holzer, § 3 GBO Rn. 9.

20 BayObLG, NJW 1989, 2475.

21 § 31 Abs. 1 S. 2 BWAGBGB i.V.m. § 6 Abs. 1 FischG; zur Einbuchung von Fischerrechten in BW: siehe Böhringer, BWNotZ 1986, 126.

22 BeckOK GBO/Holzer, § 116 GBO Rn. 5 und 13 ff.

23 K/E/H/E Grundbuchrecht 6. Auflage/Eickmann § 116 GBO Rn. 1.

24 BayObLG, BayObLGZ 1980, 185, 188.

25 BeckOK GBO/Holzer, § 118 GBO Rn. 4.

26 Schöner/Stöber Grundbuchrecht 14. Auflage, Rn. 1007.

27 K/E/H/E Grundbuchrecht 6. Auflage/Eickmann § 118 GBO Rn. 2.

28 K/E/H/E Grundbuchrecht 6. Auflage/Eickmann § 118 GBO Rn. 1.

29 BeckOK GBO/Holzer, § 118 GBO Rn. 11; a.A. Böhringer, BWNotZ 1986, 126.

30 BeckOK GBO/Holzer, § 118 GBO Rn. 10.

31 BeckOK GBO/Holzer, § 118 GBO Rn. 6.

32 Schöner/Stöber Grundbuchrecht 14. Auflage, Rn. 1009.

33 BeckOK GBO/Holzer, § 118 GBO Rn. 7.

34 Schöner/Stöber Grundbuchrecht 14. Auflage, Rn. 1009.

35 BeckOK GBO/Holzer, § 118 GBO Rn. 12.

36 K/E/H/E Grundbuchrecht 6. Auflage/Eickmann § 123 GBO Rn. 45.

37 Böhringer, BWNotZ 1986, 126.

38 LG Ellwangen, BWNotZ 2003, 145, 146.

39 OLG Stuttgart, BWNotZ 1990, 120.

40 BeckOK GBO/Holzer, § 118 GBO Rn. 16.

41 K/E/H/E Grundbuchrecht 6. Auflage/Eickmann § 118 GBO Rn. 3; BeckOK GBO/Holzer, § 118 GBO Rn. 16.

42 Demharter GBO 28. Auflage, § 118 Rn. 3.

so dass sich dort die Zuständigkeit aus den landesrechtlichen Vorschriften des LFGG-BW<sup>43</sup> ergibt.

## 2.2. Örtliche Zuständigkeit

Die örtliche Zuständigkeit ergibt sich aus § 1 Abs. 1 S. 2 GBO. Demnach ist das Grundbuchamt zuständig, in dessen Bezirk das nicht gebuchte Grundstück liegt. Für den Fall, dass ein Grundstück in dem Bezirk mehrerer Grundbuchämter liegt, entscheidet das gemeinsame nächsthöhere Gericht über die Zuständigkeit<sup>44</sup>.

## IV. Die Verfahrensschritte des Grundbuchamts

### 1. Auszug aus dem Liegenschaftskataster

Gemäß § 117 GBO hat das Grundbuchamt zwingend bei der Katasterbehörde um Übersendung eines Auszuges aus dem Liegenschaftskataster zu ersuchen. Es handelt sich dabei nicht um ein „Ersuchen im Sinne der GBO“<sup>45</sup>, sondern um eine Bitte an die Vermessungsbehörde, im Wege der Amtshilfe den Auszug zu übersenden<sup>46</sup>. Der Sinn und Zweck der Einholung des Auszuges besteht darin, die rechtliche Individualisierung des Grundstücks unter Zurückführung auf das Liegenschaftskataster zu ermöglichen<sup>47</sup>, also das Grundstück bzw. dessen Merkmale zu identifizieren und mögliche Angaben zum Eigentümer zu erfahren. Die Angaben aus dem Liegenschaftskataster sind gemäß § 2 Abs. 2 GBO zur Übernahme in das Bestandsverzeichnis erforderlich<sup>48</sup>.

### 2. Aufgebot

Gemäß § 119 GBO kann das Grundbuchamt ein Aufgebot zur Ermittlung des Eigentümers erlassen. Das Grundbuchamt entscheidet über die Notwendigkeit des Aufgebots nach pflichtgemäßem Ermessen<sup>49</sup>. Der Erlass des Aufgebots ist zweckmäßig und sinnvoll, wenn keine oder unzureichende Informationen über den Eigentümer im Rahmen der Ermittlungspflicht nach § 118 GBO vorliegen oder wenn Zweifel an der Person des Eigentümers bestehen<sup>50</sup>. Der Erlass des Aufgebots macht jedoch nur Sinn, wenn sich durch das Aufgebot auch Personen melden, die selbst als Eigentümer in Betracht kommen bzw. Informationen zu möglichen Eigentümern haben<sup>51</sup>. Ist für das Grundbuchamt offensichtlich, dass durch den Erlass des Aufgebots keine neuen Informationen zum möglichen Eigentümer zu gewinnen sind, so ist für den Erlass des Aufgebots kein Raum<sup>52</sup>.

Der Inhalt des Aufgebots ergibt sich aus § 120 Nr. 1 - 4 GBO.

#### a) § 120 Nr. 1 GBO:

Die Ankündigung der Anlegung des Grundbuchblattes ist im Erlass anzugeben.

#### b) § 120 Nr. 2 GBO:

Die katastermäßigen Angaben (Lage, Größe, Beschaffenheit) auf Grundlage des Auszuges aus dem Liegenschaftskataster sind im Aufgebot anzugeben, um den in Fragen kommenden Eigentümern die Charakteristik der Örtlichkeit aufzuzeigen<sup>53</sup>.

#### c) § 120 Nr. 3 GBO:

Sofern der Eigenbesitzer<sup>54</sup> dem Grundbuchamt bekannt ist, hat das Aufgebot auch dessen Bezeichnung zu enthalten.

#### d) § 120 Nr. 4 GBO:

Das Aufgebot hat die Aufforderung zu enthalten, dass Personen ihre Eigentumsrechte innerhalb einer Frist von mindestens sechs Wochen anzumelden und glaubhaft zu machen haben. Dabei ist auch darauf hinzuweisen, dass sonst ihre Rechte bei Anlegung des Grundbuchblattes nicht berücksichtigt werden.

Die Anmeldung kann formlos erfolgen. Die Frist von sechs Wochen kann durch das Grundbuchamt auch länger gesetzt werden. Der Ablauf der Frist hat keine materiellen Rechtsfolgen. Eine Präklusion von Ansprüchen findet nicht statt, so dass verspätet eingegangene Anmeldungen vor Anlegung des Grundbuchblattes zu berücksichtigen und inhaltlich zu prüfen sind<sup>55</sup>. Nach Ablauf der Frist ist das Grundbuchamt lediglich nicht mehr daran gehindert, die Anlegung des Grundbuchblattes vorzunehmen<sup>56</sup>.

Die Glaubhaftmachung von Eigentumsansprüchen unterliegt ebenfalls keiner Formrestriktion<sup>57</sup>, so dass alle denkbaren Beweismittel möglich sind. Ohne Glaubhaftmachung ist ein Anmeldender im weiteren Verfahren nicht mehr zu berücksichtigen<sup>58</sup>.

Das Aufgebot ist gemäß § 121 GBO an der Amtstafel des Grundbuchamts, im amtlichen Bekanntmachungsblatt des Grundbuchamtes, an der Gemeindetafel und im Mitteilungsblatt der Gemeinde zu veröffentlichen<sup>59</sup>. Das Aufgebot ist nach § 121 Abs. 3 GBO i.V.m. § 41 Abs. 1 FamFG den Personen, die ihren Anspruch geltend machen und dem Grundbuchamt bekannt sind, von Amts wegen zuzustellen<sup>60</sup>.

### 3. Öffentliche Bekanntmachung

Ohne Erlass eines Aufgebots darf das Grundbuchamt ein Grundbuchblatt gemäß § 122 GB erst anlegen, wenn das Bevorstehen der Anlegung und die Person des einzutragenden Eigentümers öffentlich bekanntgemacht worden sind. Von

43 siehe dazu § 1 Abs. 3 i.V.m. § 26 LFGG-BW.

44 § 1 Abs. 2 GBO i.V.m. § 5 FamFG.

45 siehe § 38 GBO.

46 BeckOK GBO/Holzer, § 117 GBO Rn. 5.

47 BeckOK GBO/Holzer, § 2 GBO Rn. 17.

48 K/E/H/E Grundbuchrecht 6. Auflage/Eickmann § 117 GBO Rn. 1.

49 BeckOK GBO/Holzer, § 119 GBO Rn. 1.

50 Böhringer, BWNotZ 1986, 126.

51 BeckOK GBO/Holzer, § 119 GBO Rn. 5.

52 Demharter GBO 28. Auflage, § 119-121 Rn. 1.

53 K/E/H/E Grundbuchrecht 6. Auflage/Eickmann § 121 GBO Rn. 5.

54 § 872 BGB.

55 Böhringer, BWNotZ 1986, 126; a.A. Demharter GBO § 119-121 Rn. 7.

56 BeckOK GBO/Holzer, § 120 GBO Rn. 8-10.

57 BeckOK GBO/Holzer, § 120 GBO Rn. 11.

58 Demharter GBO 28. Auflage, § 119-121 Rn. 6.

59 BeckOK GBO/Holzer, § 121 GBO Rn. 1 ff.

60 BeckOK GBO/Holzer, § 121 GBO Rn. 7.

der öffentlichen Bekanntmachung darf auch nicht abgesehen werden, wenn die Eigentumsverhältnisse offenkundig sind<sup>61</sup>.

Der Inhalt der Bekanntmachung entspricht überwiegend dem Inhalt des Aufgebots<sup>62</sup>. Abweichend ist die Anmeldefrist, die bei der öffentlichen Bekanntmachung einen Monat beträgt. Zusätzlich ist der in Anwendung von § 123 GBO einzutragende Eigentümer nach Maßgabe des § 15 GBV anzugeben.

Die Art der Bekanntmachung ist nach dem Wortlaut der Vorschrift dem Grundbuchamt überlassen. Das Gesetz schreibt lediglich vor, dass die Bekanntmachung in der Belegenheitsgemeinde zu erfolgen hat, so dass die Bekanntmachung zumindest an der Gemeindetafel bzw. im Mitteilungsblatt der Gemeinde zu veröffentlichen ist<sup>63</sup>.

Da die öffentliche Bekanntmachung keine Endentscheidung nach § 38 Abs. 1 S. 1 FamFG darstellt, ist ein Beschwerderecht gegen die Bekanntmachung und deren Inhalt unzulässig<sup>64</sup>.

Nach Ablauf der Monatsfrist und ohne Geltendmachung von Einwendungen kann das Grundbuchamt die beabsichtigte Eintragung vornehmen. Sofern andere Personen Ansprüche auf das Eigentum glaubhaft anmelden, sind diese vom Grundbuchamt von Amts wegen zu prüfen und im Rahmen der Amtsermittlungspflicht zu würdigen<sup>65</sup>.

Mustertext des Inhalts der öffentlichen Bekanntmachung:

### Öffentliche Bekanntmachung

Die Gemeinde W.

hat beantragt für die bisher im Grundbuch noch nicht gebuchten Grundstücke der

Gemarkung K., Flur 1, Karte NW 0000

Flst. 100/1           Hügelberg                                -: 376 qm  
Verkehrsfläche

Flst. 100/2           Hügelberg                                -: 489 qm  
Verkehrsfläche

ein Grundbuchblatt anzulegen und sich als alleiniger Grundstückseigentümer einzutragen.

Zur Glaubhaftmachung seines Antrags beruft sich die Gemeinde W. auf das Primärkataster und dessen Fortführung.

Gemäß § 122 GBO wird hiermit öffentlich bekannt gemacht, dass die Anlegung eines Grundbuchs bezüglich dem oben bezeichneten Grundstück der Gemarkung K. Flur 1 bevorsteht.

Das Grundbuchamt beabsichtigt als Eigentümer einzutragen:

#### die Gemeinde W.

61 K/E/H/E Grundbuchrecht 6. Auflage/Eickmann § 122 GBO Rn. 1.

62 BeckOK GBO/Holzer, § 122 GBO Rn. 3.

63 Schöner/Stöber Grundbuchrecht 14. Auflage, Rn. 1009.

64 LG Heilbronn, BWNNotZ 1982, 8.

65 BeckOK GBO/Holzer, § 122 GBO Rn. 8.

Personen, welche das Eigentum an dem Flst. 100/1 bzw. 100/2 ganz oder teilweise in Anspruch nehmen, werden gebeten, ihr Recht binnen einer Frist von einem Monat ab heute anzumelden und glaubhaft zu machen, da ansonsten ihr Recht bei der Anlegung des Grundbuchs nicht berücksichtigt wird.

...

## 4. Abschluss des Verfahrens

Das Einbuchungsverfahren endet mit der Anlegung des Grundbuchblattes und der Eintragung des Eigentümers<sup>66</sup>.

Das Verfahren ist abgeschlossen, wenn das Aufgebot durchgeführt wurde bzw. die öffentliche Bekanntmachung erfolgte und das Grundbuchamt unter pflichtgemäßer Würdigung sämtlicher erhobener Beweise und Umstände das Grundbuchblatt als Endentscheidung des Verfahrens anlegt<sup>67</sup>. Dabei ist der Eigentümer gemäß § 15 GBV zu bezeichnen. Für den Fall, dass der Erwerbsgrund nicht ermittelt werden kann, so ist als Erwerbsgrund „auf Grund Ermittlungen des Grundbuchamts“ anzugeben<sup>68</sup>.

Ziel des Verfahrens ist die Eintragung des richtigen Eigentümers. Wer als Eigentümer einzutragen ist, hat das Grundbuchamt auf der Grundlage von § 123 GBO zu ermitteln.

Kommt das Grundbuchamt nach Würdigung aller Beweise (§ 286 ZPO) zu dem unzweifelhaften Ergebnis, dass eine ganz bestimmte Person Eigentümer ist, so ist diese Person gemäß § 123 Nr. 1 GBO als Eigentümer im Grundbuch einzutragen<sup>69</sup>. Bestehen Zweifel an der Person des Eigentümers, darf eine Eintragung aufgrund § 123 Nr. 1 GBO nicht vorgenommen werden. Das Grundbuchamt hat auf § 123 Nr. 2 und 3 GBO zurückzugreifen<sup>70</sup>. Kann ein Eigenbesitzer sein Eigentum glaubhaft machen und das Grundbuchamt den Eigenbesitz feststellen<sup>71</sup>, so ist der Eigenbesitzer gemäß § 123 Nr. 2 GBO als Eigentümer einzutragen.

Wenn das Grundbuchamt nach abschließender Beurteilung keinen eindeutigen Eigentümer bzw. Eigenbesitzer ermitteln kann, so hat das Grundbuchamt in Anwendung von § 123 Nr. 3 GBO denjenigen als Eigentümer einzutragen, dessen Eigentum dem Grundbuchamt am wahrscheinlichsten erscheint<sup>72</sup>, so dass grundsätzlich eine Einzelfallentscheidung des Grundbuchamts vorliegt. Aber selbst die Eintragung des wahrscheinlichsten Eigentümers ist für das Grundbuchamt nicht immer unproblematisch. Am Beispiel der Eigentumsverhältnisse an Hofräumen im württembergischen Rechtsgebiet soll dies später noch aufgezeigt werden<sup>73</sup>.

66 siehe Abschnitt III Nr. 1.

67 BeckOK GBO/Holzer, § 123 GBO Rn. 1.

68 Schöner/Stöber Grundbuchrecht 14. Auflage, Rn. 1012.

69 K/E/H/E Grundbuchrecht 6. Auflage/Eickmann § 123 GBO Rn. 3.

70 BeckOK GBO/Holzer, § 123 GBO Rn. 4.

71 Demharter GBO 28. Auflage, § 123 Rn. 4.

72 BeckOK GBO/Holzer, § 123 GBO Rn. 7; K/E/H/E Grundbuchrecht/Eickmann § 123 GBO Rn. 5.

73 siehe Abschnitt VI.

Die Anlegung des Grundbuchblattes und die Eintragung des Eigentümers haben wegen des öffentlichen Interesses unverzüglich nach Abschluss der Ermittlungen zu erfolgen. Die Anlegung bzw. die Eintragung kann nicht von der Vorlage der steuerlichen Unbedenklichkeitsbescheinigung abhängig gemacht werden<sup>74</sup>.

## 5. Rechtsfolgen

Die Eintragung eines Eigentümers bewirkt keine Änderung der materiellen Rechtslage, da es an der nach § 873 Abs. 1 BGB erforderlichen Einigung fehlt<sup>75</sup>. Mit Anlegung des Grundbuchblattes und Eintragung des ermittelten Eigentümers gilt der eingetragene Eigentümer jedoch aus materiell-rechtlicher Sicht als Eigentümer des Grundbesitzes<sup>76</sup>. Steht das Eigentum an dem Grundstück jedoch einer anderen Person als dem eingetragenen Eigentümer zu, so liegt eine Divergenz zwischen Buchlage und wahrer Rechtslage vor, so dass dann eine Grundbuchunrichtigkeit gemäß § 894 BGB gegeben ist. Da die Vermutung des § 891 BGB zu Gunsten des eingetragenen Eigentümers gilt<sup>77</sup>, besteht auch die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs<sup>78</sup> des nun gebuchten Grundstücks gemäß § 892 BGB.

Das Einbuchungsverfahren führt somit zu keinem wirksamen materiellen Erwerb des Eigentums an einem Grundstück. Eigentumsansprüche von Personen können auf dem Prozessweg vor dem Zivilgericht bzw. aufgrund § 894 BGB geltend gemacht werden<sup>79</sup>.

## 6. Rechtsmittel

Das Rechtsmittel gegen die Anlegung des Grundbuchblattes ergibt sich aus § 125 GBO.

Die Norm bestimmt ausdrücklich, dass die Beschwerde nach § 71 GBO gegen die Anlegung des Grundbuchblattes unzulässig ist<sup>80</sup>, da die Anlegung des Grundbuchblattes keine Eintragung im Sinne von § 71 Abs. 2 GBO ist. Da jedoch, wie vorstehend aufgezeigt, die Vorschriften §§ 891 bzw. 892 BGB nach Buchung zur Anwendung kommen, lässt die Grundbuchordnung in § 125 S. 2 die Beschwerde zur Eintragung eines Amtswiderspruchs bzw. zur Löschung von Amts wegen gemäß § 53 GBO zu. § 71 Abs. 2 S. 2 GBO findet entsprechend Anwendung<sup>81</sup>.

Eine dennoch eingereichte Beschwerde im Sinne von § 71 Abs. 1 GBO darf vom Grundbuchamt jedoch nicht einfach als unzulässig verworfen werden. Das Grundbuchamt hat vielmehr im Wege der Auslegung zur prüfen, ob mit der Einlegung der Beschwerde die Eintragung eines Amtswiderspruchs bzw. der Amtslöschung begehrt wird<sup>82</sup>. Von der Beja-

hung dieser Auslegung ist grundsätzlich auszugehen, da ein Beschwerdeführer grundsätzlich das Rechtsmittel mit dem gesetzlich zulässigen Inhalt abgeben möchte<sup>83</sup>.

Die Amtslöschung<sup>84</sup> ist vom Grundbuchamt nur in den Fällen vorzunehmen, wenn durch die Blattanlegung ein Rechtszustand eingetreten ist, den es rechtlich nicht geben kann<sup>85</sup>.

Die Voraussetzungen für die Eintragung des Amtswiderspruchs ergeben sich aus § 53 GBO. Demnach muss das Grundbuchamt im Anlegungsverfahren durch Verletzung der gesetzlichen Vorschriften eine Eintragung vorgenommen haben, durch die das Grundbuch unrichtig geworden ist.

Eine Verletzung gesetzlicher Vorschriften im Anlegungsverfahren liegt bspw. vor, wenn

- das Grundbuchamt gegen die Bestimmungen des § 121 GBO verstoßen hat<sup>86</sup>,
- das Grundbuchamt gegen zwingende verfahrensrechtliche Grundsätze des Anlegungsverfahrens verstoßen hat<sup>87</sup>,
- das Grundbuchamt keine ausreichenden Ermittlungen zur Feststellung des Sachverhalts angestellt hat<sup>88</sup>.

Gegen die rechtliche Würdigung der Beweise durch das Grundbuchamt ist grundsätzlich kein Rechtsmittel gegeben<sup>89</sup>. Das Beschwerdegericht ist gemäß § 559 Abs. 2 ZPO an vom Grundbuchamt festgestellten Tatsachen gebunden, sofern dessen Feststellungen nicht verfahrensrechtlichen Mängeln unterliegen<sup>90</sup>.

Beschwerdegericht ist, wie für alle Grundbuchbeschwerden, gemäß § 72 GBO das Oberlandesgericht, in dessen Bezirk das Grundstück liegt. Auch das Beschwerdegericht hat im Verfahren nach § 125 GBO das Amtsermittlungsprinzip anzuwenden<sup>91</sup>.

## V. Kosten des Anlegungsverfahrens

Eine Gebühr für die Anlegung des Grundbuchblattes fällt mangels gesetzlicher Regelung im Kostenverzeichnis des GNotKG nicht an. Sofern durch das Einbuchungsverfahren Auslagen beim Grundbuchamt anfallen, sind die Auslagen gemäß Nr. 31000 ff. KV zu erheben.

74 BeckOK GBO/Holzer, § 123 GBO Rn. 2.

75 Schöner/Stöber Grundbuchrecht 14. Auflage, Rn. 1011.

76 § 891 BGB.

77 Demharter GBO 28. Auflage, § 123 Rn. 5.

78 RGZ 164,385,389.

79 Schöner/Stöber Grundbuchrecht 14. Auflage, Rn. 1011.

80 K/E/H/E Grundbuchrecht 6. Auflage/Eickmann § 125 GBO Rn. 1.

81 K/E/H/E Grundbuchrecht 6. Auflage/Eickmann § 125 GBO Rn. 2.

82 Demharter GBO 28. Auflage, § 71 Rn. 55.

83 BayObLG, BayObLGZ 1971, 194,199.

84 zur Amtslöschung an sich: siehe Demharter GBO 28. Auflage, § 53 Rn. 44 ff.

85 BeckOK GBO/Holzer, § 125 GBO Rn. 15.

86 BeckOK GBO/Holzer, § 121 GBO Rn. 8.

87 K/E/H/E Grundbuchrecht 6. Auflage/Eickmann § 125 GBO Rn. 3.

88 BeckOK GBO/Holzer, § 125 GBO Rn. 13.

89 K/E/H/E Grundbuchrecht 6. Auflage/Eickmann § 125 GBO Rn. 3.

90 K/E/H/E Grundbuchrecht 6. Auflage/Eickmann § 78 GBO Rn. 11.

91 BeckOK GBO/Holzer, § 125 GBO Rn. 16.

## VI. Eigentumsverhältnisse an Hofräumen

Wie bereits in Abschnitt IV. Nr. 4 angedeutet, ist die Feststellung der Eigentumsverhältnisse nicht immer einfach. Für die Feststellung des Eigentümers sind die Angaben im Liegenschaftskataster in der Regel sehr hilfreich. Aber nicht immer sind die dort enthaltenen Angaben eindeutig, insbesondere wenn es sich um gemeinschaftliche Wege bzw. Hofräume handelt. Insbesondere die Frage nach den Berechtigungsverhältnissen bei mehreren Eigentümern ist aus dem Liegenschaftskataster nicht immer (eindeutig) zu entnehmen und sorgt für Streit zwischen den möglichen Eigentümern. Die Anregung der Einbuchung eines solchen Grundstücks kommt zwar in der Praxis der Grundbuchämter mittlerweile eher selten vor. Sind sich „die Eigentümer“ jedoch untereinander über die Eigentumsverhältnisse nicht einig, wird erfahrungsgemäß (auch aufgrund der normalerweise geringeren Kosten im Vergleich zum Prozessweg) versucht, die „Feststellung der Eigentumsverhältnisse“ über das Verfahren der GBO zu erreichen.

Die Problematik der Feststellung der möglichen Eigentümer und deren Berechtigungsverhältnis soll an dem nachfolgenden Beispiel gezeigt werden. Dabei zeigt sich, dass das Berechtigungsverhältnis Einfluss auf die Eigentümerstellung an sich hat und dass die Übergangsvorschrift des Art. 181 EGBGB nach wie vor ihre Bedeutung hat. Dem Beispiel liegt ein realer Fall aus der Praxis zugrunde.

*„Die Angrenzer einer württembergischen Gemeinde streiten sich über die Eigentumsverhältnisse an einem Weg, der einer öffentlichen Widmung als Straße unterliegt und nach § 3 Abs. 2 GBO bisher nicht im Grundbuch gebucht ist. Der Weg bildet die einzige Zugangsmöglichkeit zu den angrenzenden Flurstücken. Im Liegenschaftskataster sind als Eigentümer des F.W. 3 (heute Flst. 100) die „jeweiligen Besitzer des Geb. 10 u. Flst. 101, 102“ eingetragen. Nach der aktuellen Flurkarte handelt es sich dabei um die heutigen Flst. 1, 2, und 3. Die Problematik besteht zum einen darin, dass sich die Grundstücksgrenzen seit der letzten Eintragung im Liegenschaftskataster verändert haben, da Teilflächen der „heutigen berechtigten Flst.“ verkauft wurden. Diese Teilflächen wurden mehreren Flst. (4 und 5), die ebenfalls an den Weg angrenzen, als Bestandteil zugeschrieben. Die Angrenzer streiten nun darüber, ob auch die Eigentümer der nicht originär berechtigten Grundstücke Eigentümerrechte an diesem Weg haben. Die weitere Problematik besteht darin, dass zwischen den Angrenzern Streit über das Berechtigungsverhältnis besteht. Einer der Angrenzer regt nun die Anlegung eines Grundbuchblattes an. Weitere Eigentümer als die Eigentümer von Flst. 1 – 5 kommen nach dem ermittelten Sachverhalt nicht in Betracht.“*

### 1. Berechtigungsverhältnis

Vor Klärung der Frage nach den Eigentümern ist hier die Frage nach dem Berechtigungsverhältnis zu beantworten. Das Berechtigungsverhältnis wird, wie nachstehend aufgezeigt wird, für diese Frage wesentlich sein.

Da im Liegenschaftskataster kein Hinweis auf ein mögliches Berechtigungsverhältnis vorliegt, könnte man diesbezüglich ganz abstrakt an folgende Möglichkeiten denken:

- Eigentümer in Bruchteilsgemeinschaft entsprechend ihrem Verhältnis zur Grenzlänge,
- Zuweisung von Eigentum an realen Teilflächen des Grundstücks,
- Eigentümer in Gemeinschaft nach altem württembergischen Recht.

Die Gemeinschaft nach altem württembergischen Recht geht auf das württembergische Landesrecht zurück<sup>92</sup>. Ein Begründung dieses Gemeinschaftsverhältnisses ist nicht mehr möglich, allerdings besteht dieses Altrecht gemäß Art. 181 Abs. 2 EGBGB fort, wenn es bereits bei Inkrafttreten des BGB begründet war.

Bei Betrachtung der Charakteristik der Gemeinschaft nach altem württembergischen Recht liegt die Eintragung der Eigentümer in diesem Berechtigungsverhältnis nahe. Bei der Gemeinschaft nach altem württembergischen Recht handelt es sich um eine Gemeinschaft, bei der keine Definition der Miteigentumsanteile vorliegt, sondern ein Eigentum nach ideellen, im Zweifel gleichen Bruchteilen (condominium plurimum), wobei jeder Eigentümer über seinen Anteil frei verfügen konnte<sup>93</sup>. Es besteht eine Rechtsgemeinschaft, die zwar Miteigentum bzw. Mitbesitz einräumt, jedoch durch die Rechte der anderen Eigentümer beschränkt ist<sup>94</sup>.

Das Vorkommen der Gemeinschaft nach altem württembergischen Recht war bzw. ist grundsätzlich bei gemeinschaftlichen Hofräumen und Zugangflächen gegeben<sup>95</sup>.

Nach dem Wortlaut der Eintragung im Liegenschaftskataster (die jeweiligen Besitzer des Geb. 10 u. Flst. 101, 102) spricht dies dafür, dass das Berechtigungsverhältnis der altrechtlichen Gemeinschaft nach württembergischem Recht maßgeblich ist.

### 2. Angrenzer = Eigentümer?

Durch die Feststellung des Berechtigungsverhältnisses ist jedoch die Frage nach dem Eigentümer des gemeinschaftlichen Weges noch nicht beantwortet. Nach der Eintragung im Primärkataster sind, wie bereits dargestellt, die angrenzenden Flurstücke bzw. deren Eigentümer auch Eigentümer des gemeinschaftlichen Weges. Allerdings ist aufgrund der Veränderungen der Lage bzw. Größe bzw. Zuschnitt der Grundstücke die ursprüngliche Zurechnung der Eigentümerstellung nicht mehr eindeutig möglich.

92 siehe dazu: Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Sachenrechts, von Lang, 2. Auflage 1893, § 28 ff.

93 Schumacher, BWNotZ 1988, 143, 144.

94 wegen der rechtlichen Eigenschaften der Gemeinschaft siehe ausführlich: Schumacher, BWNotZ 1988, 143, 144.

95 siehe dazu: Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Sachenrechts, von Lang, 2. Auflage 1893, § 29; Schumacher, BWNotZ 1988, 143, 144; BWNotZ 1999, 153.

Unstrittig sind die Eigentümer der originär genannten Flurstücke auch Eigentümer bzw. Berechtigte der altrechtlichen Gemeinschaft nach württembergischem Recht. Strittig ist allerdings die Mitgliedschaft an der Gemeinschaft für die Eigentümer der Flurstücke, die Teilflächen der originär berechtigten Flurstücke hinzuerworben haben.

Dazu muss man sich zunächst vor Augen führen, wie man grundsätzlich Eigentum an nicht gebuchten Grundstücken erwirbt. Die Übertragung des Eigentums von nicht gebuchten Grundstücken richtet sich nach den Vorschriften des Art. 127 EGBGB i.V.m. § 28 AGBGB-BW.

Gemäß diesen Vorschriften kann die Übertragung auch außerhalb des Grundbuchs erfolgen. Die Übertragung bedarf nach § 28 Abs. 2 AGBGB-BW jedoch der notariellen Beurkundung.

Im vorstehenden Fall ist eine entsprechende Vereinbarung nicht vorhanden, so dass kein Eigentumserwerb außerhalb des Grundbuchs stattgefunden hat.

Möglich wäre ein Eigentumserwerb jedoch dann, wenn in den entsprechenden Erwerbsverträgen über die hinzuerworbenen (an das Weggrundstück angrenzende) Flächen auch eine ausdrückliche Mitveräußerung der Berechtigung am Wegegrundstücke enthalten wäre. Ein ausdrücklicher Miterwerb der Wegfläche ist in den Urkunden jedoch nicht aufgeführt.

In Frage kommt jedoch ein Erwerb in Anwendung der Rechtsgedanken von § 311c BGB i.V.m. § 926 BGB. Voraussetzung dafür wäre jedoch, dass die gemeinschaftliche Wegfläche Zubehör der Hauptgrundstücke (originär berechtigten Grundstücke) ist.

Die im Berechtigungsverhältnis nach altem württembergischem Recht stehenden gemeinschaftliche Hofräume und Zugangsflächen waren bzw. sind Zubehör der Hauptgrundstücke<sup>96</sup>.

Aufgrund der angrenzenden Lage der hinzuerworbenen Teilfläche an die Wegfläche ist davon auszugehen, dass auch ein Anteil an der Wegfläche als Zubehör des Hauptgrundstücks mitveräußert wurde. Diese Mitveräußerung ist auch deswegen wahrscheinlich, da die Wegfläche die einzige Zufahrtsmöglichkeit zu den Flurstücken bildet<sup>97</sup>.

Ein Miterwerb der Berechtigung war auch deswegen möglich, da die altrechtliche Gemeinschaft nach württembergischem Recht eine Verfügung über den Anteil zuließ<sup>98</sup>.

Dies bedeutet im Ergebnis, dass sämtliche angrenzenden Flurstücke, somit auch die originär nicht berechtigten Flurstücke, auch Miteigentümer der Wegfläche sind. Durch den erfolgten Erwerb von Teilflächen der Hauptgrundstücke sind sämtliche Eigentümer der angrenzenden Flurstücke auch Mitglied in der altrechtlichen Gemeinschaft nach württembergischem Recht geworden<sup>99</sup>.

Dieses Ergebnis entspricht im Übrigen dem Rechtsgedanken des § 1025 BGB.

## VII. Fazit

Aus verfahrensrechtlicher Sicht stellt das Einbuchungsverfahren keine Schwierigkeiten für das Grundbuchamt dar. Die Grundbuchordnung regelt die durchzuführenden verfahrensrechtlichen Schritte eindeutig.

Zu Schwierigkeiten für das Grundbuchamt führt jedoch die Frage nach dem Eigentümer. Enthält das Liegenschaftskataster keine klaren Aussagen bzw. Aussagen, die aufgrund der heutigen Verhältnisse nicht mehr nachvollzogen werden können (bspw. die Angabe „Konsorten“), steht das Grundbuchamt vor dem Problem, einen Eigentümer eintragen zu müssen, um das Einbuchungsverfahren abzuschließen. Dabei kommt im Zweifelsfall regelmäßig die Norm des § 120 Nr. 3 GBO zur Anwendung, wonach das Grundbuchamt diejenigen Personen, deren Eigentum im entsprechenden Berechtigungsverhältnis nach Lage der Sache am wahrscheinlichsten erscheint, als Eigentümer einzutragen hat. Dies führt nicht immer zu einem eindeutigen und zufriedenstellenden Ergebnis.

Die Feststellung des Grundbuchamts im Einbuchungsverfahren führen zu keinem wirksamen materiellen Erwerb des Eigentums an einem Grundstück. Die materielle Feststellung des Eigentümers erfolgt auf dem Prozessweg durch die Zivilgerichtsbarkeit.

Altrechtliche Gemeinschaften, wie die Gemeinschaft nach altem württembergischen Recht, gelten mit ihren rechtlichen Eigenschaften gemäß Art. 181 BGB Abs. 2 EGBGB weiterhin fort. Die Gemeinschaft nach altem württembergischen Recht kommt als Berechtigungsverhältnis typischerweise bei gemeinsamen Einfahrten und Hofräumen vor. Diese Anteilsberechtigung ist als Miteigentum zu behandeln.

96 LG Karlsruhe, BWNNotZ 1999, 152, 153; Schumacher, BWNNotZ 1988, 143, 144.

97 OLG Stuttgart, BWNNotZ 1959, 344.

98 siehe Rn. 92

99 OLG Stuttgart, Beschluss vom 16.01.2012 (8 W 391/10).

## Erbschaftsausschlagung für Minderjährige bei positivem Nachlassvermögen

Notarvertreter Sebastian Mensch, Diplom Finanzwirt (FH), Waiblingen\*

Die Erbschaftsausschlagung stellt eine höchstpersönliche Erklärung des Erben dar. Sie ist im Ergebnis einer Definition als sittenwidrig ebenso wenig zugänglich wie einer Ausübungsüberleitung auf Dritte, zum Beispiel dem Sozialleistungsträger.<sup>1</sup> Etwas Anderes gilt, sofern der Erbe mangels vollständiger Geschäftsfähigkeit nicht in der Lage ist, eine wirksame Ausschlagungserklärung abzugeben.<sup>2</sup> In den Fällen der Ausschlagung für Minderjährige<sup>3</sup> oder Betreute<sup>4</sup> hat der Gesetzgeber jeweils einen Genehmigungstatbestand geschaffen.

Trotz des im Bürgerlichen Recht immanenten Grundsatzes des Schutzes von Minderjährigen, besteht für Eltern im Rahmen der Ausübung ihrer elterlichen Sorge eine Ausnahmeregelung von der Genehmigungspflicht. Diese Ausnahmeregelung kann unter Umständen zu Verwerfungen hinsichtlich eines effektiven Minderjährigenschutzes führen und wird teilweise zu Recht in ihrer Anwendbarkeit eingeschränkt.

Der nachfolgende Beitrag versucht eine Zusammenfassung der aktuellen Rechtslage in Bezug auf die Ausschlagung für Minderjährige. Gleichzeitig soll ein Schwerpunkt in der rechtlichen Betrachtung der Nachlasslenkung liegen.

### I. Grundsatz

Die Genehmigungsbedürftigkeit für Eltern in der Ausübung Ihrer elterlichen Sorge ergibt sich durch den Verweis in § 1643 Abs. 1 BGB auf die Vorschriften der Vormundschaft. Ein Verweis auf die hier einschlägige Vorschrift des § 1822 Nr. 2 BGB fehlt in § 1643 Abs. 1 BGB. Ursache der fehlenden Verweisung ist, dass für Eltern eine Sonderregelung geschaffen werden sollte, wonach nicht ausnahmslos alle Ausschlagungen von Erbschaften und Vermächtnissen, sowie der Verzicht auf einen Pflichtteil der Genehmigung durch das Familiengericht unterliegen. Zwar wurde eine solche umfassende Genehmigungspflicht in § 1643 Abs. 2 Satz 1 BGB aufgenommen, allerdings in § 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB mit einer bedeutenden Ausnahme von der Genehmigungspflicht versehen.

### II. Keine Genehmigung bei nachrangiger Berufung

Kommt es zum Anfall der Erbschaft bei dem minderjährigen Kind ausschließlich durch die Ausschlagung eines Elternteil-

les, der den Minderjährigen allein oder gemeinsam mit dem anderen Elternteil vertritt, ist eine familiengerichtliche Genehmigung nicht erforderlich. Hiervon besteht wiederum eine Rückausnahme, nach der die Genehmigung dann erforderlich ist, wenn der ausschlagende Elternteil neben dem Kind berufen ist.

Ist der Minderjährige von vornerein Miterbe, bleibt auch die Genehmigung unabhängig von der Rückausnahme genehmigungspflichtig. In diesen Fällen fehlt es am Anfall der Erbschaft durch Ausschlagung des vertretungsberechtigten Elternteils. Auch eine gleichzeitige Ausschlagung des vertretungsberechtigten Elternteils, der durch die Ausschlagung für das Kind Ersatzerbe geworden ist, vermag an der Genehmigungspflicht, zu keiner Änderung führen.

Die Rückausnahme findet Anwendung, sofern der Elternteil nur einen von mehreren Erbteilen ausschlägt und insofern der Minderjährige Ersatzerbe wird und in der Folge neben dem Elternteil berufen ist.<sup>5</sup>

Für die Beurteilung, ob der Minderjährige erst nach dem ausschlagenden Elternteil berufen ist, kommt es nicht auf eine Differenzierung zwischen gesetzlicher und gewillkürter Erbfolge an. Der gewillkürte Ersatzerbe ist nicht neben dem eingesetzten Erben berufen.

An einer Berufung neben dem ausschlagenden, vertretungsberechtigten Elternteil fehlt es, wenn der Elternteil Vorerbe und das minderjährige Kind Nacherbe des Erblassers ist. In diesem Fall besteht grundsätzlich keine Erbengemeinschaft zwischen Kind und Elternteil, die die Annahme einer genehmigungspflichtigen Nebenberufung rechtfertigen würde.<sup>6</sup> Voraussetzung für die Genehmigungsfreiheit ist dann, dass der Vorerbe die Erbschaft endgültig ausschlägt.

Gegen die Genehmigungsfreiheit könnte zunächst sprechen, dass dem Minderjährigen bereits mit dem Erbfall ein Nacherbenanwartschaftsrecht zusteht.<sup>7</sup> Durch die Ausschlagung des Vorerben tritt in aller Regel der Nacherbfall ein. Eine nebeneinander bestehende Berufung von Vor- und Nacherben ist ausgeschlossen. Vor dem Hintergrund des Schutzzwecks der Norm lässt sich durchaus eine Genehmigungspflicht begründen, sofern widerstreitende Interessen von Kind und Eltern erkennbar werden. Dem Vorzug wird hier allerdings der einschränkende und nicht den Genehmigungstatbestand erweiternde Auslegung gegeben. Demnach bedarf die Ausschlagung von Vor- und Nacherbschaft durch Eltern und

\* Notarvertreter bei den Notariaten Kernen i.R und Remshalden;

1 Mensch BWNNotZ 2009, 162 (163 f.)

2 Vgl. Ausführungen von Fröhler BWNNotZ 2013, 88, ders. BWNNotZ 2012, 160 (166)

3 § 1643 Abs. 2 Satz 1 BGB

4 § 1908i Abs. 1 i.V.m. § 1822 Nr. 2 BGB

5 Otte/Staudinger BGB Neubearbeitung 2008, § 1945, Rn. 11

6 OLG Frankfurt a.M. Beschl. v. 13.04.2011 - 20 W 374/09 ZEV 2011, 597, FamFR 2011, 479 mit zust. Anm. Hachenberg

7 So im Ergebnis eine Genehmigungspflicht annehmend Sagmeister ZEV 2012, 121 (125)

im weiteren für den Minderjährigen nicht der Genehmigung durch das Familiengericht.

Gegebenenfalls von praktischer Bedeutung ist die Beachtung der Voraussetzung, dass der vertretungsberechtigte Elternteil die Erbschaft ausgeschlagen haben muss. Erklärt der nicht sorgeberechtigte Elternteil die Ausschlagung einer Erbschaft, wodurch der Minderjährige auf Grund gesetzlicher oder gewillkürter Erbfolge berufen ist, so ist die Ausschlagung durch den sorgeberechtigten Elternteil nicht genehmigungsfrei. Insofern steht der Anfall der Erbschaft durch die Ausschlagung des nicht vertretungsberechtigten Elternteils einem Anfall durch Ausschlagung eines Dritten gleich.

Anzunehmen ist, dass der Gesetzgeber die Befreiung der Eltern von der Genehmigungspflicht im Gegensatz zum Vormund geschaffen hat, da er davon ausgegangen ist, dass Eltern im Interesse von sich selbst und im Ergebnis auch im Interesse ihres Kindes lediglich solche Erbschaften zunächst für sich und dann für das Kind ausschlagen, die mit Nachteilen verknüpft sind. Hierbei kann zunächst unbeachtlich bleiben, ob es sich dabei ausschließlich um wirtschaftliche oder auch um rechtliche Nachteile handeln muss.

### III. Ausnahmen der Genehmigungsfreiheit

Eine bereits angesprochene, sich allerdings nicht unmittelbar aus dem Gesetzestext ergebende Ausnahme, betrifft die endgültige Aufgabe der Erbschaft durch den vertretungsberechtigten Elternteil. Denkbar ist, dass der Elternteil seine gewillkürte Erbinsetzung, bei der der Minderjährige Ersatzerbe ist, ausschlägt und gleichzeitig für sich die gesetzliche Erbfolge annimmt.<sup>8</sup> Hier lässt sich die Genehmigungspflicht ebenfalls mit dem Erblasserwillen begründen. Anzunehmen ist, dass der vertretungsberechtigte Elternteil die gewillkürte Erbschaft ausschlägt, da diese mit Beschränkungen, zum Beispiel Vermächtnissen beschwert ist. Für diesen Fall hatte der Erblasser die Ersatzerbfolge des Minderjährigen geschaffen. Dieser Wille kann nicht durch Ausschlagung für den Minderjährigen und gleichzeitiger Annahme der gesetzlichen Erbschaft umgangen werden. Zur Begründung der Genehmigungspflicht bedarf es keiner teleologischen Reduktion des § 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB.

Daneben besteht eine weitüberwiegend anerkannte Ausnahme von der gesetzlich geregelten Genehmigungsfreiheit nach § 1643 Abs. 2 Satz 2 1. Alt. BGB bei widerstreitenden Interessen zwischen Eltern und Kind. Ein solch widerstreitendes Interesse wird als gegeben angenommen, wenn die Eltern erkennen lassen, dass sie entgegen der ratio legis des Gesetzgebers, die Erbschaft auszuschlagen, da diese unvorteilhaft ist, eine Ausschlagung zur Nachlasslenkung vornehmen.<sup>9</sup> Durch Obergericht<sup>10</sup> entschieden ist die Frage für den Fall der Ausschlagung bei mehreren vorhandenen

Abkömmlingen, sofern nicht für alle Abkömmlinge ausgeschlagen wird.<sup>11</sup>

Vermeintlich gebieten die Grundsätze des effektiven Rechtsschutzes eine Zustimmung zu dieser Ausnahme. Nachfolgend soll aufgezeigt werden, dass auch die Fälle der selektiven Nachlasslenkung nicht Gegenstand eines gerichtlichen Genehmigungsverfahrens sein sollten.<sup>12</sup>

Von den Befürwortern einer Genehmigungspflicht wird vorgebracht, dass eine Nachlasslenkung durch selektive Ausschlagung der Erbschaft innerhalb der Kernfamilie nicht dem Schutzzweck der Genehmigungspflicht entspricht. Hintergrund der in § 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB geregelten Genehmigungsfreiheit ist, dass die Motivlage der Ausschlagung und ggf. die Werthaltigkeit der Erbschaft in diesen Fällen nicht Prüfungsgegenstand des Nachlassgerichts sein sollen. Weiterhin wird angenommen, dass Eltern bei der Ausschlagung für sich selbst Erkenntnisse haben, dass die Annahme für das Kind mit Nachteilen verknüpft ist.<sup>13</sup>

Die gesetzliche Vermutung der Motivlage des vertretungsberechtigten Elternteils soll nun als widerlegt gelten, sofern keine Ausschlagung für alle Kinder erfolgt. Insofern sei der § 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB teleologisch zu reduzieren.

Die gegen eine Genehmigungspflicht vorgebrachten Bedenken, vermögen im Ergebnis mehr zu überzeugen.<sup>14</sup> Zunächst kann mit dem Wortlaut der Norm argumentiert werden. Der Wortlaut ist eindeutig. Die Motive des Gesetzgebers das Nachlassgericht keine Prüfung der Werthaltigkeit vornehmen zu lassen ist, sind ebenso erkennbar.<sup>15</sup>

Dem kann entgegengehalten werden, dass es der teleologischen Reduktion immanent ist, den Wortlaut nach Sinn und Zweck der Norm zu hinterfragen. Die teleologische Reduktion von Genehmigungstatbeständen kann nach der hier vertretenen Ansicht nicht dazu führen eine Vorschrift zur Befreiung von einem Genehmigungserfordernis umzukehren. Die teleologische Reduktion vermag nur eingeschränkt Korrekturen vorzunehmen. Insbesondere im Zusammenhang mit Genehmigungstatbeständen verbietet sich eine extensive Auslegung in Form der Reduktion von Befreiungstatbeständen.

Zwar ist eine Einschränkung der verfassungsrechtlich geschützten elterlichen Sorge in diesem Zusammenhang nicht erkennbar, aber richtig ist, dass den Eltern in Ihren Möglichkeiten Entscheidungen für den Minderjährigen zu treffen Einschränkungen auferlegt werden, die im Ergebnis nicht gerechtfertigt sind. Berücksichtigt werden muss auch, dass die Eltern das Kind regelmäßig nach § 1629 Abs. 2 BGB gemeinsam bei der Ausschlagung vertreten müssen. Das bedeutet, dass auch der nicht berufene Elternteil mitentscheidet, ob für das Kind die Erbschaft ausgeschlagen werden soll. Vor diesem Hintergrund mit dem Argument des Schutzzwecks

8 BayObLG Beschl. v. 14.06.1977 - 1 Z 17/77 Rpfleger 1977, 362

9 Ivo ZEV 2002, 309 (312); DNotl- Report 2005, 115 (116); ders. 2002, 139; Otte/Staudinger BGB Neubearbeitung 2008, § 1945, Rn. 10; Huber/MüKo BGB, 6. Aufl. 2012, § 1643 Rn. 25

10 KG Beschl. v. 13.03.2012 - 1 W 747/11 NJW-RR 2012, 976, ZEV 2012, 332 mit abl. Anm. Litzenerger

11 Mangels anderslautenden Ausführungen im Ergebnis wohl ebenfalls anerkannt durch OLG Köln Beschl. v. 22.04.2012 - II 12 UF 21/12 NJW-RR 2013, 11; FamFR 2012, 506 mit Anm. Lauck/Schmalenberger

12 So auch Baumann DNotZ 2012, 803

13 Diederichsen/Palandt BGB, 71. Aufl., § 1643 Rn. 2 m.w.N.

14 Litzenerger ZEV 2012, 333; Sagmeister ZEV 2012, 121; Baumann DNotZ 2012, 803; Odersky notar 2012, 209

15 Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe Berlin/Leipzig, 1888, Bd. 5, S. 515

der Norm eine einzelfallbezogene Erweiterung der Genehmigungstatbestände vorzunehmen erscheint nicht gerechtfertigt. Widerstreitende Interessen des nicht zuvor berufenen Elternteils müssten eingehend begründet werden.

Daneben wird zurecht argumentiert, dass der Gesetzgeber keine Genehmigungstatbestände für Erbteilsübertragungen oder Schenkungen aus dem ererbten Vermögen der Eltern geschaffen hat und das damit das Ziel der selektiven Nachlasslenkung ebenso erreicht werden kann.<sup>16</sup>

Es ist richtig, dass die Eltern ihr Eigenvermögen ebenso verschenken können. Sie können es beispielsweise auch einem Abkömmling übertragen. In diesem Fall können Ausgleichsansprüche des nicht bedachten Abkömmlings bzw. Pflichtteilergänzungsansprüche entstehen. Wird indes die Herkunft des Nachlassvermögens berücksichtigt, erscheint ein erzwungener Umweg über das Eigenvermögen der betroffenen Eltern unvertretbar. Hierbei sind auch Kosten und steuerliche Nachteile in die Beurteilung einzubeziehen.

Unabhängig von der Wahrscheinlichkeit der Inanspruchnahme oder tatsächlichen Entstehung vorgenannter Ausgleichs- oder Pflichtteilsansprüche ist die Übertragung des Nachlass direkt durch die Eltern nicht mit der selektiven Ausschlagung identisch. Diese Divergenz rechtfertigt nach der hier vertretenen Ansicht, wegen des Grundsatzes der eingeschränkten Reduktion von Genehmigungstatbeständen und Befreiungen hiervon nicht die Annahme einer Genehmigungspflicht.<sup>17</sup>

Fraglich ist, ob ein relevantes widerstreitendes Interesse angenommen werden muss, sofern für die Ausschlagung eine Gegenleistung vereinbart wird. Einer Entscheidung lag ein Sachverhalt dergestalt zugrunde, dass der überlebende Ehepartner mit den Geschwistern als gewillkürte Erben eine Abfindungsvereinbarung im Gegenzug für die Ausschlagung getroffen hat.<sup>18</sup> Inhalt der Abfindungsvereinbarung war die teilweise Erbeinsetzung der Geschwister bzw. deren Abkömmlinge und desweiteren die sofortige Übertragung von Vermögensgegenständen.

Wird der Gedanke der selektiven Erbausschlagung konsequent zu Ende gedacht, müsste in diesem Fall ebenfalls eine Genehmigungspflicht bestehen. Nach dieser Ansicht ist fraglich, ob nicht generell bei werthaltigen Nachlässen die Genehmigung erforderlich ist.<sup>19</sup> Daran mag erkannt werden, dass mit der großzügigen Anwendung der teleologischen Reduktion auch eine zunehmende Einzelfallbetrachtung einhergeht.

Durch die Vereinbarung der Eltern in dem vorgenannten Sachverhalt, werden die Minderjährigen von der werthaltigen Erbschaft ferngehalten. Dies erfolgte nicht entgegen der ratio legis des Gesetzgebers aus Motiven die widerstreitend zwischen

den Minderjährigen und den Eltern sind. Die Ausschlagung der Erbschaft kann sich auch dann als geboten erweisen, wenn sie bei rein wirtschaftlicher Betrachtung nachteilig ist.

Gerade im Zusammenhang mit Abfindungsvereinbarungen, ggf. zur Vereinfachung der Umsetzung eines auslegungsbedürftigen Testaments, erscheint es sachgerecht die Disposition der Eltern nicht durch die künstliche Schaffung eines Genehmigungstatbestandes einzuschränken.

Durch die Abfindung erhält die Kernfamilie der Minderjährigen in aller Regel auch einen Vermögenszugang. Eine Genehmigungspflicht unterstellt, wäre zu Einem die Vertragsfreiheit der Beteiligten eingeschränkt und zum Anderen könnte die Genehmigung bezogen auf die schlichte Ausschlagung von werthaltigen Vermögen regelmäßig nicht erteilt werden. Der Sachverhalt in seiner gesamten Komplexität ist nicht Gegenstand der gerichtlichen Überprüfung.<sup>20</sup>

Es ist zu begrüßen, dass in dem obigen Sachverhalt eine Genehmigungspflicht verneint wurde.

Aus steuerlicher Sicht zu berücksichtigen ist auch, dass mit der Annahme einer Genehmigungspflicht unter Umständen das steuerlich anerkannte Mittel des Erbvergleichs eingeschränkt wird. Der Erbvergleich dient gerade in Fällen mit widerstreitenden, zahlreichen oder auslegungsbedürftigen Verfügungen von Todes wegen der Schaffung einer tragfähigen Einigung, die dann auch Eingang in die steuerliche Veranlagung findet.<sup>21</sup>

Gegen eine dem Wortlaut folgende Anwendung des § 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB spricht es nicht, falls das Nachlassgericht frühzeitig Kenntnis von der Werthaltigkeit des Nachlass erhält. So ist es denkbar, dass im Rahmen der Eröffnung der letztwilligen Verfügungen bereits Kenntnis zur Nachlasszusammensetzung erlangt wird. In der Folgezeit schlagen mehrere Beteiligte, darunter solche mit minderjährigen Kindern das Erbe aus, so dass nur ein Erbe, im Regelfall der Ehegatte des Erblassers in kinderlosen Konstellationen, verbleibt. Denkbar wäre, in solchen Fällen ebenfalls eine Nachlasslenkung zu erkennen. Praktisch ist dies der im Rahmen der Abfindungsvereinbarung obergerichtlich geprüfte Sachverhalt.<sup>22</sup> Einziger Unterschied besteht darin, dass das Nachlassgericht keine Kenntnis einer Abfindungsvereinbarung hat.

Nach der hier vertretenen Ansicht führt auch ein möglicherweise ohne Abfindung ausgeschlagener Nachlass nicht zur Begründung einer Genehmigungspflicht, sofern die Eltern den Nachlass ebenfalls endgültig ausgeschlagen haben und sie nicht neben den Minderjährigen zu Erben berufen waren. Nach einer Ansicht ist es für die Frage der Genehmigungspflicht bei Nachlasslenkung entscheidend, ob die Motivation der Eltern den Nachlass in bestimmte Bahnen zu lenken sich anhand von objektiv nachprüfbar Verhalten manifestiert.<sup>23</sup>

16 Litzemberger ZEV 2012, 333

17 So auch Sagmeister ZEV 2012, 121 (125) der den Schutz durch das Pflichtteilsrecht als lediglich mittelbaren Vorteil ansieht, der eine Ausnahme der Genehmigungsfreiheit nicht zu rechtfertigen vermag.

18 OLG Köln Beschl. v. 26.04.2012 - II-12 UF 10/12 DNotZ 2012, 855

19 So im Rahmen eines obiter dictums OLG Naumburg Beschl. v. 19.10.2006 - 3 WF 194/06 ZERB 2007, 194

20 Vgl. Baumann DNotZ 2012, 803 (807)

21 Zu den Grundsätzen des Erbvergleichs siehe auch Mensch BWNNotZ 2009, 45

22 OLG Köln Beschl. v. 26.04.2012 - II-12 UF 10/12 RNotZ 2013, 38

23 Ivo ZEV 2002, 309 (312); gleichlautend DNotl- Report 2005, 115 (116)

Dem folgend wäre die Ausschlagung für nicht alle von mehreren Abkömmlingen genehmigungspflichtig und Beispielsweise die Ausschlagung für alle Abkömmlinge zu Gunsten der Tante nicht.

Diese Ansicht vermag im Ergebnis nicht zu überzeugen. Sie stellt m.E. einen Versuch dar, eine weitreichende Ausnahme der Genehmigungsfreiheit durch die Schaffung eines prinzipiell objektiven Anknüpfungspunktes einzuschränken. Dem Nachlassgericht kann sich allerdings die Motivation der Eltern zur Lenkung des Nachlass ebenso aus der Ausschlagungserklärung, aus der Verhandlung im Rahmen der Testamentseröffnung, aus gerichtsbekanntem Tatsachen, aus Abfindungsvereinbarungen oder letztlich aus der Tatsache ergeben, dass nur bestimmte Erben im Familienverbund die Ausschlagung erklärt haben.

Im Sinne einer gebotenen einschränkenden Erweiterung von Genehmigungstatbeständen<sup>24</sup> kann es darauf nicht ankommen.

#### IV. Fazit

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass Rechtsprechung und Literatur den eigentlich eindeutigen Wortlaut des § 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB verschiedentlich einschränken oder erweitern.

Nach der hier vertretenen Ansicht verbleibt es im Kern beim Gesetzeswortlaut. Demnach ist eine Erbausschlagung für Minderjährige genehmigungsfrei, sofern der Minderjährige erst durch die Ausschlagung eines vertretungsberechtigten Elternteils Erbe geworden ist. Dies gilt unabhängig davon, welche Motive der Ausschlagung dem Nachlassgericht bekannt werden und ob die Erbschaft werthaltig ist.

Die Ausschlagung für den Minderjährigen als Nacherben ist ebenfalls genehmigungsfrei möglich. Eine selektive Erbaus-

schlagung der Eltern für nicht alle Abkömmlinge rechtfertigt nicht das Erfordernis einer familiengerichtlichen Genehmigung. Für eine solche teleologische Reduktion der Vorschrift besteht hier weder Raum noch Notwendigkeit. Insbesondere nicht im Hinblick auf die Möglichkeit ein nahezu vergleichbares Ergebnis durch Erbteilsübertragungen oder Schenkungen zu erreichen.

Einer Ansicht in der Literatur folgend sollte der § 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB formal eng verstanden werden.<sup>25</sup> Meines Erachtens vertretbar ist die Annahme der Genehmigungspflicht außerhalb des gesetzlich geregelten Falls der nebeneinander bestehenden Berufung ausschließlich in den Fällen der fehlenden vollständigen Ausschlagung.

Dies sind die Fälle in denen der vertretungsberechtigte Elternteil die gewillkürte Einsetzung ausschlägt und gleichzeitig die gesetzliche Erbfolge annimmt oder in denen durch die Ausschlagung der Vor- und Nacherbschaft für Elternteil und Kind dennoch auf Grund gesetzlicher Erbfolge der Elternteil Berücksichtigung findet.

Ein darüber hinausgehendes Genehmigungserfordernis widerspricht der gesetzlichen Möglichkeit verschiedene Sachverhalte typisierend zu regeln. Der Gesetzgeber hat Eltern unter bestimmten Voraussetzungen von der Genehmigung des Familiengerichts befreit und damit in Abgrenzung zu Vormündern oder Betreuern eine bewusste gesetzliche Gestaltung ausgeübt.

Sofern vor dem Hintergrund eines effektiven Schutzes Minderjähriger angenommen wird, dass über die klare Regelung des Gesetzgebers hinaus weitere Einzelfälle der Genehmigung bedürfen, fehlt es nach der hier vertretenen Ansicht an der erforderlichen planwidrigen Lücke bzw. an einer durch die gesetzliche Regelung nicht hinreichend gewährten Umsetzung des Schutzzwecks der Norm.

<sup>24</sup> Vgl. BGH Urt. v. 27.10.1982 - V ZR 177/81 NJW 1983, 1780

<sup>25</sup> Baumann DNotZ 2012, 803 (808)

## Rechtssprechung

**OLG Köln, 11.03.2013, 2 Wx 64/13**

**1. Die Zustimmung des Erblassers zur Scheidung im Sinne des § 1933 S. 1 BGB kann auch unter Geltung des Gesetzes zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) wirksam durch privatschriftliche Erklärung gegenüber der Familiengericht erfolgen (§§ 134 Abs. 1, 114 Abs. 4 Nr. 3 FamFG).**

**2. Der Ausschluss des Ehegattenerbrechts nach § 1933 S. 1 BGB hängt nicht davon ab, dass der Scheidungsantrag des überlebenden Ehegatten, dem der Erblasser zugestimmt hatte, die nach § 133 Abs. 1 Nr. 2 FamFG notwendigen Angaben enthielt.**

### Gründe:

#### I.

Die Antragstellerin begehrt die Erteilung eines Erbscheins, welcher sie gemeinsam mit der Beteiligten zu 2) als Erbin zu je ½ nach dem am 01.09.2012 verstorbenen Herrn Tobias Alexander Auth (im Folgenden: Erblasser) ausweist. Die Antragstellerin war seit dem 04.09.1998 mit dem Erblasser verheiratet. Aus der Ehe der Antragstellerin mit dem Erblasser ist die am 28.04.2000 geborene Beteiligte zu 2) hervorgegangen.

Mit Schriftsatz vom 08.03.2012, beim Amtsgericht am 12.03.2012 eingegangen, hat die Antragstellerin die Scheidung der Ehe beantragt. Nachdem der Scheidungsantrag dem Erblasser am 21.04.2012 zugestellt worden war, teilte dieser mit Schreiben vom 26.04.2012 mit, dass er der Scheidung von seiner Frau zustimme. Zu dem vom Amtsgericht – Familiengericht – auf den 14.09.2012 bestimmten Verhandlungstermin kam es nicht mehr, weil der Erblasser am 01.09.2012 verstarb.

Die Antragstellerin meint, sie sei neben der gemeinsamen Tochter zu ½-Anteil Erbin des Erblassers geworden. Dem stehe das bei dem Amtsgericht anhängige Ehescheidungsverfahren nicht entgegen, weil eine wirksame Zustimmungserklärung im Sinne des § 1933 BGB von dem Erblasser dort nicht abgegeben worden sei. Insbesondere reiche in diesem Zusammenhang das von dem Erblasser persönlich unterzeichnete Schreiben vom 26.04.2012 nicht aus, weil gemäß § 134 FamFG die Zustimmung lediglich im Verhandlungstermin oder zu Protokoll der Geschäftsstelle erfolgen könne.

Die Antragstellerin hat dementsprechend am 07.09.2012 zu Protokoll der Geschäftsstelle des Amtsgerichts die Erteilung eines Erbscheins dahingehend beantragt, dass der Erblasser von ihr und der Beteiligten zu 2) jeweils zu ½-Anteil erbt worden ist. Mit am 04.01.2013 erlassenen Beschluss hat

das Amtsgericht den Antrag zurückgewiesen. Die Antragstellerin sei nicht Erbin geworden, da aufgrund des Verfahrensstandes in dem Scheidungsverfahren die Voraussetzungen des § 1933 S. 1 BGB erfüllt seien. Insbesondere habe der Erblasser mit seinem Schreiben vom 26.04.2012 dem Scheidungsbegehren in wirksamer Form zugestimmt. Dies folge entsprechend einer Entscheidung des OLG Stuttgart vom 03.12.1992 (8 W 185/92) aus § 630 Abs. 2 i. V. m. § 78 Abs. 3 ZPO.

Gegen diesen ihr zu Händen ihrer Verfahrensbevollmächtigten am 09.01.2013 zugestellten Beschluss hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 28.01.2013, bei Gericht eingegangen am 29.01.2013, Beschwerde eingelegt. Sie begründet diese damit, dass die vom Erblasser mit Schreiben vom 26.04.2012 abgegebene Zustimmungserklärung zur Ehescheidung nicht den Anforderungen des § 134 FamFG entsprochen habe und deshalb nicht wirksam geworden sei.

Mit Beschluss vom 30.01.2013 hat das Amtsgericht der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem Oberlandesgericht Köln zur Entscheidung vorgelegt.

#### II.

Die gemäß § 58 Abs. 1 FamFG statthafte und auch im Übrigen in zulässiger Weise, insbesondere nach Maßgabe der §§ 63 Abs. 1, 64 Abs. 2 FamFG form- und fristgerecht eingelegte Beschwerde der Antragstellerin hat in der Sache selbst keinen Erfolg. Das Amtsgericht ist in der angefochtenen Entscheidung im Ergebnis zu Recht davon ausgegangen, dass die materiell-rechtlichen Voraussetzungen für die beantragte Erbscheinerteilung nicht vorliegen. Denn gemäß § 1933 S. 1 BGB ist das durch § 1931 Abs. 1 BGB begründete Erbrecht des überlebenden Ehegatten ausgeschlossen, wenn zur Zeit des Todes des Erblassers die Voraussetzungen für die Scheidung der Ehe gegeben waren und der Erblasser die Scheidung beantragt oder ihr zugestimmt hatte.

1. Die Zustimmung des Erblassers zum Scheidungsantrag seines Ehegatten ist eine Verfahrenshandlung. Sie setzt Rechtshängigkeit voraus (§ 124 S. 2 FamFG i.V.m. §§ 253 Abs. 1, 261 Abs. 1 ZPO) und muss gegenüber dem Gericht in prozessual wirksamer Form erklärt worden sein. Eine Nichtäußerung gegenüber dem Antrag oder eine außergerichtlich gegenüber dem Antragsteller erklärte Zustimmung genügt nicht (vgl. zum Ganzen Senat NJW-RR 2003, 655, 656; Palandt/Weidlich, BGB, 72. Aufl., §§ 1933 Rn. 3 m. w. Nachw.). Eine derartig bestimmte Zustimmung liegt hier in Form des Schreibens des Erblassers an das Amtsgericht vom 26.04.2012 vor („hiermit teile ich Ihnen mit, dass ich der Scheidung von meiner Frau zustimme“).

Die Zustimmungserklärung war auch wirksam. Dem steht insbesondere nicht entgegen, dass der Erblasser seine Zu-

stimmungserklärung durch eine von ihm selbst unterzeichnetes Schreiben erklärt hat. Entgegen der im angefochtenen Beschluss zum Ausdruck gebrachten Rechtsauffassung folgt dies allerdings nicht aus der bereits mit Wirkung zum 01.09.2009 durch das Gesetz zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17.12.2008 aufgehobenen Vorschrift des § 630 Abs. 2 S. 2 ZPO. Die entsprechende Rechtsfolge ergibt sich allerdings nach nunmehr geltender Rechtslage aus den § 134 Abs. 1, 114 Abs. 4 Nr. 3 FamFG.

Gemäß § 134 Abs. 1 FamFG kann die Zustimmung zur Scheidung zur Niederschrift der Geschäftsstelle oder in der mündlichen Verhandlung zur Niederschrift des Gerichts erklärt werden. Die Vorschrift stimmt insoweit mit der früheren Regelung des § 630 Abs. 2 S. 2 ZPO überein. Zu dieser Vorschrift war anerkannt, dass die darin enthaltene Aufzählung nicht abschließend war, so dass die in § 1933 S. 1 BGB in Bezug genommene Zustimmung im Sinne des § 1566 Abs. 1 BGB über die darin genannten Fälle hinaus auch in einem Schriftsatz des bevollmächtigten Rechtsanwalts erfolgen konnte (BayObLG, FamRZ 1983, 96; OLG Frankfurt/Main, MDR 1990, 246; OLG Stuttgart, OLGZ 1993, 263; OLG München, NJW-RR 1994, 201). Im Hinblick auf § 78 Abs. 3 ZPO entsprach es zudem früherer Rechtslage, dass die Zustimmungserklärung der Partei auch dann wirksam war, wenn sie in einem von ihr selbst unterzeichneten Schriftsatz an das Familiengericht enthalten war (OLG Stuttgart, a.a.O.; bestätigt durch BVerfG NJW-RR 1995, 769 ff.).

An dieser Rechtslage hat sich auch unter Geltung des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) nichts geändert. Der Gesetzgeber wollte durch § 134 Abs. 1 S. 1 1. Alt. FamFG ausdrücklich die bisherige Regelung des § 630 Abs. 2 Satz 2 ZPO in ihrem Geltungsbereich über die bisherige einverständliche Scheidung hinaus auf alle Scheidungsverfahren ausdehnen. Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber die nach altem Recht bestehende Möglichkeit, die Zustimmung auch durch Schriftsatz zu erklären, einschränken wollte, sind den Gesetzesmaterialien nicht zu entnehmen (vgl. BT-Drucks 16/6308, Seite 228 f.). § 134 Abs. 1 FamFG ist deshalb ebenso wie die Vorgängervorschrift des § 630 Abs. 2 S. 2 ZPO dahingehend zu verstehen, dass die Zustimmung nicht „nur“, sondern „auch“ zu Protokoll der Geschäftsstelle oder in der mündlichen Verhandlung erklärt werden kann.

Gemäß § 114 Abs. 4 Nr. 3 FamFG unterliegt die Zustimmung zur Scheidung auch nicht dem grundsätzlichen Anwaltszwang des § 114 Abs. 1 FamFG. Dementsprechend kann die Zustimmungserklärung im Sinne des § 1933 BGB wirksam auch durch ein Schreiben der Partei selbst dem Gericht gegenüber erklärt werden, zumal auch eine solche Erklärung den Willen des späteren Erblassers hinreichend klar und nachvollziehbar dokumentiert (im Ergebnis ebenso Czubyko ZEV 2009, 551; MünchKomm/Leipold, BGB, 5. Aufl., § 1933 Rn. 7; Staudinger/Werner, BGB, Neubearb. 2008, § 1933 Rn. 7; MünchKomm/ZPO-Heiter, § 134 FamFG Rn. 10), wobei es des nach altem Recht notwendigen Rückgriffs auf § 78 Abs. 3 ZPO – der im Hinblick auf § 114 Abs. 4 Nr. 6 ZPO im Grundsatz auch weiterhin möglich wäre – nicht mehr bedarf (Heiter, a.a.O.; insoweit abweichend Leipold, a.a.O.; Werner, a.a.O.).

2. Auch die weiteren von § 1933 S. 1 BGB angesprochenen Voraussetzungen für eine Scheidung der Ehe lagen vor; insbesondere hatten die Ehegatten bereits seit einem Jahr getrennt gelebt (§ 1566 Abs. 1 BGB). Ohne Bedeutung ist insoweit der Umstand, dass der Scheidungsantrag der Antragstellerin vom 08.03.2012 keine hinreichenden Erklärungen im Sinne § 133 Abs. 1 Nr. 2 FamFG enthielt. Durch diese Vorschrift soll das Gericht durch frühzeitige Unterrichtung in die Lage versetzt werden, den Ehegatten gezielte Hinweise auf Beratungsmöglichkeiten zu den Fragen zu geben, über die sie sich noch nicht geeinigt haben. Dieser Gesetzeszweck rechtfertigt es nicht, die Erklärungen nach § 133 Abs. 1 Nr. 2 FamFG zu den Voraussetzungen der Scheidung nach § 1933 S. 1 BGB zu rechnen (OLG Stuttgart, FamRZ 2012, 480 ff.); Leipold, a.a.O., § 1933 BGB Rn. 11). Der teilweise vertretenen Gegenauffassung (Czubyko ZEV 2009, 551; Weidlich, a.a.O., § 1933 Rdn. 7) vermag der Senat auch deshalb nicht zu folgen, weil dies dem Grundgedanken des § 1933 BGB zuwiderliefe. Der Vorschrift liegt nämlich die Annahme zu Grunde, dass der hypothetische Wille eines Erblassers, der die Folgen aus dem Scheitern seiner Ehe ziehen wollte und dies in einer auch den Förmlichkeiten des Erbrechts genügenden Weise zum Ausdruck gebracht hat, auf den Ausschluss seines Ehegatten von seinem Vermögen gerichtet ist (so ausdrücklich auch Weidlich, a.a.O., § 1933 Rdn. 1). In diesem Rahmen kann es aber nicht auf einen jederzeit nachbesserungsfähigen Verstoß gegen die in § 133 Abs. 1 Nr. 2 FamFG geregelten Vorgaben zum Inhalt der Antragsschrift ankommen. Dies gilt umso mehr, als der Scheidungsantrag häufig – wie auch hier – nicht vom späteren Erblasser, sondern von seinem Ehegatten gestellt wird.

## Rechtssprechung

**OLG Köln, 19.4.2013, 2 Wx 54/13**

- 1. Der Anspruch aus einem abstrakten Schuldversprechen oder Schuldanerkennnis ist ohne weiteres hypothekenfähig (wie OLG Stuttgart NJW 1979, 222, 223 und OLG Düsseldorf, NJW-RR 1996, 111).**
- 2. Für eine Hypothek, der eine Forderung aus abstraktem Schuldversprechen zu Grunde liegt (sog. „abstrakte Verkehrshypothek“), kann die die sofortige Fälligkeit vereinbart werden.**
- 3. Dies gilt auch dann, wenn das Schuldversprechen und die Hypothek der Sicherung einer Geldforderung dienen; § 1193 Abs. 2 S. 2 BGB ist in diesem Fall nicht entsprechend anwendbar.**

In der Grundbuchsache [...] hat der 2. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Köln [...] beschlossen:

Auf die Beschwerde [...] wird der Beschluss der Rechtspflegerin des Amtsgerichts – Grundbuchamts – aufgehoben. Das Grundbuchamt wird angewiesen, den Antrag der Beteiligten zu 1. – 3. auf Eintragung einer Buchhypothek an dem in Grundbuch von .... eingetragenen Grundbesitz unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats neu zu bescheiden.

### I.

Die Beteiligten zu 1. und 2. sind im Grundbuch von ..... jeweils zu 1/2-Anteil als Eigentümer des im Rubrum näher bezeichneten Grundbesitzes eingetragen. Vor dem Notar erklärten sie, der Beteiligten zu 3. einen Betrag in Höhe von 85.000,00 € in der Weise zu schulden, dass das Versprechen die Verpflichtung zur Zahlung die-ses Betrages selbständig begründen soll (§ 780 BGB). Die Forderung ist – auch nach Teillöschung – mit 20 v.H. jährlich vom Ursprungskapital zu verzinsen, wobei das Kapital jederzeit fällig ist und die Zinsen jeweils nachträglich am ersten Werktag des folgenden Kalenderjahres fällig sind. Das Schuldversprechen sichert alle bestehenden und künftigen, auch bedingten oder befristeten, auch gesetzlichen Ansprüche der Beteiligten zu 3. gegen die Beteiligten zu 1. und 2., die sie in Zusammenhang mit der Geschäftsverbindung wegen aller von ihr geförderten Bauvorhaben erwirbt. In der Urkunde unterwarfen sich die Beteiligten zu 1. und 2. wegen des oben genannten Schuldversprechens der sofortigen Zwangsvollstreckung in ihr gesamtes Vermögen sowie wegen des eingangs genannten Grundbesitzes in der Weise, dass die Zwangsvollstreckung aus der Hypothek auch gegen den jeweiligen Eigentümer ohne den Nachweis über die Zustellung der Kündigung zulässig sein soll. In der Urkunde bewilligen und beantragen die Beteiligten zu 1. und 2. die Eintragung einer Buchhypothek „zu den Bedingungen des § 2 Absatz 1 mit dinglicher Unterwerfungsklausel“. [...] Mit Schreiben vom [...] beantragte der Notar unter Vorlage einer beglaubigten Abschrift der Urkunde u.a. die Eintragung

des bewilligten Grundpfandrechts in das Grundbuch.

Mit Zwischenverfügung [...] beanstandete die Rechtspflegerin des Grundbuchamtes, dass die in der Eintragungsbewilligung getroffene Fälligkeitsregelung gegen die zwingende Vorschrift des § 1141 Abs. 1 S. 1 BGB verstoße und deshalb nicht eintragungsfähig sei. Zur Behebung des Hindernisses wurde eine Frist gesetzt. Nach fruchtlosem Fristablauf und weiterem Austausch der unterschiedlichen Rechtsstandpunkte zwischen dem Grundbuchamt und der Beteiligten zu 3. zur Frage der Eintragungsfähigkeit der Hypothek hat das Amtsgericht den Eintragungsantrag zurückgewiesen. Zu den bereits angesprochenen Bedenken aus § 1141 Abs. 1 S. 1 BGB komme hinzu, dass die vereinbarte sofortige Fälligkeit auch mit § 1193 Abs. 2 BGB nicht in Einklang stehe. Wenn nach dieser Vorschrift schon die Fälligkeit der Sicherungsgrundschuld eine vorherige Kündigung erfordere, könne für die Hypothek nichts anderes gelten.

Gegen die Zurückweisung des Eintragungsantrages hat die Beteiligte zu 3. mit Schriftsatz ihrer weiteren Verfahrensbevollmächtigten Beschwerde eingelegt, mit der sie den Eintragungsantrag weiterverfolgt. Das Amtsgericht hat der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem Oberlandesgericht zur Entscheidung vorgelegt.

### II.

Die nach Maßgabe der §§ 71, 73 Abs. 2 GBO in zulässiger Weise eingelegte Beschwerde der Beteiligten zu 3. hat auch in der Sache selbst Erfolg. Die im Beschluss des Grundbuchamtes aufgeführten Gründe stehen der Eintragung des Grundpfandrechts nicht entgegen, auch sonstige Eintragungshindernisse sind nicht ersichtlich.

1. In diesem Zusammenhang ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die Art der hypothekarisch gesicherten Forderung die beantragte Eintragung nicht hindert. Denn die Forderung kann auf jedem rechtlichen zulässigen Schuldgrund beruhen (Palandt/Bassenge, BGB, 72. Aufl. 2013, § 1113 Rdn. 16), so dass auch der Anspruch aus einem abstrakten Schuldversprechen oder Schuldanerkennnis ohne weiteres hypothekenfähig ist (OLG Stuttgart NJW 1979, 222, 223; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1996, 111; Staudinger/Wolfsteiner, BGB, Neubearb. 2009, § 1113 Rdn. 28 m.w.Nachw.).

2. Die in der Eintragungsbewilligung für die Hypothek getroffene Fälligkeitsregelung verstößt auch nicht gegen § 1141 Abs. 1 S. 1 BGB.

Hängt die Fälligkeit einer durch Hypothek gesicherten Forderung von einer Kündigung ab, so ist nach dieser Vorschrift die Kündigung für die Hypothek nur wirksam, wenn sie von dem Gläubiger dem Eigentümer oder von dem Eigentümer dem Gläubiger erklärt wird. Entgegen der Auffassung des Amtsgerichts folgt hieraus indes nicht, dass die Fälligkeit der

Hypothek stets durch eine Kündigung herbeigeführt werden muss. Schon nach dem Wortlaut setzt § 1141 Abs. 1 S. 1 BGB vielmehr gerade voraus, dass der Sicherungsfall erst nach Kündigung der gesicherten Forderung eintritt (Bamberger/Roth/Rohe, BGB, 3. Aufl. 2012, § 1142 Rdn. 3); die Vorschrift nimmt damit lediglich auf ein bereits anderweitig begründetes Kündigungserfordernis Bezug, ohne selbst ein solches zu statuieren. Sofern Kündigungsgründe und -fristen nicht – wie im Regelfall – vertraglich vereinbart worden sind, gelten für die Fälligkeit der Forderung die jeweils maßgeblichen gesetzlichen Vorschriften (Jauernig/Berger, BGB, 14. Aufl. 2011, § 1141 Rdn. 5; Palandt/Bassenge, BGB, 72. Aufl. 2013, § 1141 Rdn. 1). In Ermangelung von Sonderregelungen für einzelne Arten von Schuldverhältnissen (wie etwa § 488 Abs. 3 BGB für den Darlehensvertrag) verbleibt es bei der in § 271 Abs. 1 BGB enthaltenen allgemeinen Regel, dass die Forderung sofort fällig ist (vgl. etwa Berger, a.a.O. Rdn. 5). Vor diesem Hintergrund folgen aus § 1141 Abs. 1 S. 1 BGB keine Bedenken gegen die Annahme, dass die sofortige Fälligkeit der gesicherten Forderung auch als zulässiger Inhalt der Hypothek vereinbart werden kann.

Die tatsächliche Bedeutung des § 1141 Abs. 1 S. 1 BGB beschränkt sich vielmehr auf den Schutz des Eigentümers in den Fällen, in denen der persönliche Schuldner der Forderung und der Eigentümer des haftenden Grundstücks personenverschieden sind. Kündigt der Gläubiger nur gegenüber dem persönlichen Schuldner, so erfasst diese Kündigung nach § 1141 Abs. 1 S. 1 BGB nur die persönliche Forderung, die Fälligkeit des dinglichen Rechts kann hingegen nur durch eine vom oder gegenüber dem Eigentümer erklärte Kündigung herbeigeführt werden (MünchKomm/Eickmann, BGB, 5. Aufl. 2009, § 1143 Rdn. 3 f.). Damit soll sichergestellt werden, dass der vom persönlichen Schuldner verschiedene Eigentümer von der Kündigung erfährt (vgl. Volmer, MittBayNot 2009, 1, 2). Nur in diesem Sinne ist die Vorschrift zwingendes Recht und sind abweichende Vereinbarungen nicht eintragungsfähig. Auch die vom Amtsgericht in seiner Zwischenverfügung vom 18.06.2012 zum Beleg seiner entgegengesetzten Auffassung zitierte Kommentierung von Eickmann (a.a.O., Rdn. 5) bezieht sich nur auf die vorangehenden, den obigen Ausführungen entsprechenden Aussagen.

2. Das Erfordernis einer Kündigung der hypothekarisch gesicherten Forderung ergibt sich auch nicht aus einer (entsprechenden) Anwendung des § 1193 Abs. 2 S. 2 BGB.

Dass in § 1193 BGB für die Grundschuld überhaupt ein besonderes Kündigungserfordernis aufgestellt wird, folgt aus deren abstraktem Charakter. Während sich nämlich bei der Hypothek die Fälligkeit des dinglichen Anspruchs – abgesehen vom oben behandelten Ausnahmefall des § 1141 Abs. 1 S. 1 BGB – unmittelbar aus der Fälligkeit der hypothekarisch gesicherten Forderung ergibt, fehlt es bei der Grundschuld an einer solchen Verknüpfung. Dementsprechend muss die Fälligkeit des dinglichen Anspruchs gesondert herbeigeführt werden (vgl. Volmer, MittBayNot 2009, 1, 3; Eickmann, a.a.O., § 1193 Rdn. 1). Die entsprechende Regelung enthält § 1193 Abs. 1 BGB, wonach die Grundschuld mit einer Frist von sechs Monaten gekündigt werden muss. Auch insoweit

sind allerdings gemäß § 1193 Abs. 2 S. 1 BGB abweichende Bestimmungen grundsätzlich möglich; dementsprechend kann – vorbehaltlich der nachstehenden Ausführungen – auch die sofortige Fälligkeit der Grundschuld vereinbart werden (vgl. Bassenge, a.a.O., § 1193 Rdn. 3).

Die angesprochenen Möglichkeiten für eine abweichende Fälligkeitsregelung bestehen allerdings gemäß dem durch das „Gesetz zur Begrenzung der mit Finanzinvestitionen verbundenen Risiken (Risikobegrenzungsgesetz)“ vom 18.08.2008 (BGBl. I. S. 1666) eingefügten § 1193 Abs. 2 S. 2 BGB nicht, wenn die Grundschuld zur Sicherung einer Geldforderung dient. Diese Neuregelung beruht auf dem Befund des Gesetzgebers, dass in der Vergangenheit vielfach von der in § 1193 Abs. 2 BGB vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch gemacht worden ist und jedenfalls bei Sicherungsgrundschulden Vereinbarungen üblich waren, wonach die Grundschuld sofort fällig sein sollte oder wonach sie sofort und fristlos gekündigt werden konnte. Dies könne den Schuldner in eine schwierige Situation bringen, auf die er nicht eingestellt war. Er gerate zeitlich unter großen Handlungsdruck, obwohl ein zwingendes Erfordernis dafür – auch unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen des Gläubigers – nicht ersichtlich sei. Um dem entgegenzuwirken, ist in den Fällen der Sicherungsgrundschuld im Sinne des § 1192 Abs. 1a BGB n.F. die Fälligkeit zwingend an das Erfordernis einer vorgängigen Kündigung geknüpft worden (vgl. BT-Drucks. 16/9821, S. 17).

Diese Erwägungen des Gesetzgebers treffen auch auf die vorliegende Fallkonstellation zu. Denn durch die gewählte Konstruktion (Sicherung der Forderungen der Beteiligten zu 3. durch ein abstraktes Schuldversprechen und dessen Besicherung durch eine Hypothek) wird eine dingliche Sicherung erreicht, deren Abstraktionsgrad faktisch demjenigen der Grundschuld nach bisherigem Recht entspricht, ohne dass im Gegenzug für die hier gewählte Art der Sicherung die vom Gesetzgeber durch das Risikobegrenzungsgesetz geschaffenen Schuldnerschutzvorschriften unmittelbar einschlägig wären. Dies betrifft nicht nur die hier in Rede stehende Frage der Kündigung, sondern insbesondere auch die Möglichkeit des einredefreien Erwerbs durch einen Dritten. Während das Risikobegrenzungsgesetz für die Sicherungsgrundschuld sogar die Möglichkeit des gutgläubig einredefreien Erwerbs ausschließt (§ 1192 Abs. 1a S. 1 a.E.), verbleibt es für die Hypothek bei der bisherigen Regelung des § 1157 S. 2 BGB. Die von den Beteiligten gewählte Konstruktion der sogenannten „abstrakten Verkehrshypothek“ vermeidet also einerseits die wesentlichen Nachteile, die sich für den Gläubiger aus der Verknüpfung der Hypothek mit der Forderung ergeben, sie unterliegt andererseits aber nicht den Beschränkungen, die für die Sicherungsgrundschuld nach dem Inkrafttreten des Risikobegrenzungsgesetzes gelten. Nicht zuletzt deshalb wird im Schrifttum damit gerechnet, dass diese Art der Hypothek, welche „die Flexibilität der Grundschuld mit der Verkehrsfähigkeit der Hypothek“ vereint, zum „Grundpfandrecht der Wahl“ aufsteigen könnte (Heinze, AcP 211 (2011), S. 105, 151; ähnlich Staudinger/Wolfsteiner, § 1113 Rdn. 30). Anders gewendet bedeutet dies allerdings für den Schuldner, dass er den aus der Abstraktheit des Grundpfandrechts resultierenden Gefahren ausgesetzt ist, ohne den Schutz zu genießen, den der Gesetzgeber für den Schuld-

ner der Sicherungsgrundschuld in §§ 1192 Abs. 1a, 1193 Abs. 2 S. 2 BGB vorgesehen hat.

Gleichwohl kommt eine entsprechende Anwendung dieser Vorschriften bereits aus methodischen Gründen nicht in Betracht. Durch den Generalverweis in § 1192 Abs. 1 BGB hat der Gesetzgeber deutlich gemacht, dass die vom Hypothekenrecht abweichenden Vorschriften der §§ 1191 ff. BGB nur für die Grundschuld und gerade nicht für die Hypothek gelten sollen. Sofern die durch das Risikobegrenzungs-gesetz geschaffenen Neuregelungen auch für bestimmte Arten der Hypothek gelten sollten, hätten die in den §§ 1192 Abs. 1a, 1193 Abs. 2 S. 2 BGB enthaltenen Regelungen in die §§ 1113 - 1190 BGB eingearbeitet werden können – und müssen –, sie würden dann über § 1192 Abs. 1 BGB ohne weiteres auch für die Sicherungsgrundschuld gelten. Durch die entsprechende Anwendung der genannten Vorschriften auch auf den hier vorliegenden Fall der abstrakten Verkehrshypothek würde also das gesetzliche Regel-Ausnahme-Verhältnis umkehrt; der daraus erkennbare Wille des Gesetzgebers, die Fälligkeit der Hypothek gerade nicht neu zu regeln, bliebe unbeachtet. Dies gilt umso mehr, als die Möglichkeit der Kreditsicherung durch eine Kombination von abstraktem Schuldversprechen und Hypothek auch schon vor Schaffung des Risikobegrenzungs-gesetzes genutzt worden ist (vgl. etwa OLG Düsseldorf, NJW-RR 1996, 111 ff.). Soweit die vorliegende Problematik im rechtswissenschaftlichen Schrifttum erörtert wird, wird deshalb eine entsprechende Anwendung der zentralen Neuregelung des Risikobegrenzungs-gesetzes, nämlich des § 1192 Abs. 1a BGB, auf Fälle der hier vorliegenden Art ausdrücklich oder stillschweigend abgelehnt (vgl. Ha-bersack, NJW 2008, 3173, 3176; Heinze, AcP 211 (2011), 105, 149; Wolfsteiner, a.a.O., § 1113 Rdn. 30). Für die hier in Rede stehende Vorschrift des § 1193 Abs.2 S. 2 BGB kann aus den oben dargelegten Gründen nichts anderes gelten.

Hinzu kommt, dass eine analoge Anwendung des § 1193 Abs. 2 BGB auf eine Hypothek in ihren Wirkungen sogar weiter ginge, als dies im unmittelbaren Anwendungsbereich der Vorschrift der Fall ist. Wie bereits dargelegt, ist nämlich die Fälligkeit der Hypothek grundsätzlich nicht von einer Kündigung anhängig; vielmehr gilt mangels abweichender Vereinbarung oder gesetzlicher Sonderregelung für die hypothekarisch gesicherte Forderung – und damit auch für die Hypothek – § 271 Abs. 1 BGB. Demgegenüber ist bei der Grundschuld die Notwendigkeit einer Kündigung mit einer Frist von sechs Monaten der gesetzlich vorgesehene Regelfall (§ 1193 Abs. 1 BGB). Während also § 1193 Abs. 2 S. 2 BGB für die Grundschuld lediglich eine Abweichung von diesem Regelfall verbietet, würde eine Anwendung auf die Hypothek darüber hinausgehen und ein bisher gesetzlich nicht vorgesehenes Kündigungserfordernis überhaupt erst begründen.

4. Auch im Übrigen bestehen gegen die beantragte Eintragung keine durchgreifenden Bedenken.

Weil die Beteiligten zu 1. und 2. sowohl persönliche Schuldner der mittelbar besicherten Forderungen als auch Grundstückseigentümer sind, ist es – auch unter Berücksichtigung der Tatsache, dass es sich bei den in der Urkunde enthalte-

nen Regelungen um Allgemeine Geschäftsbedingungen der Beteiligten zu 3. handeln dürfte – unbedenklich, dass sie sich formularmäßig nicht nur der sofortigen Zwangsvollstreckung in ihr Grundstück, sondern auch der sofortigen Zwangsvollstreckung aus dem abstrakten Schuldversprechen in ihr gesamtes Vermögen unterworfen haben (vgl. hierzu ausführlich Heinze, AcP 211 (2011), 105, 117 ff. m.w.Nachw.).

Darüber ist es auch eine Vereinbarung zulässig, wonach auch nach Teillöschung der Hypothek weiterhin Zinsen vom Ursprungskapital zu entrichten sind. Die vereinbarte Fortzahlung von „Zinsen“ auch für den bereits getilgten Teil der Hauptforderung ist dabei als Umwandlung der früheren Zinsforderung in eine Rentenverpflichtung zu bewerten (vgl. hierzu etwa OLG Düsseldorf, NJW-RR 1996, 111, 112). In derartigen Fällen ist allerdings bei der konkreten Fassung der Eintragung zu erwägen, ob die für den aufschiebend bedingten Fall einer Teillöschung vereinbarte Nebenleistung von Anfang an klarstellend im Grundbuch verlaubar wird. An einen etwaigen Eintragungsvorschlag ist das Grundbuchamt bei der Formulierung des Eintragungsvermerks nicht gebunden (OLG Düsseldorf, a.a.O.).

Auch wenn das Beschwerdegericht im Fall der Aufhebung einer den Eintragungsantrag zurückweisenden Entscheidung grundsätzlich in der Sache selbst zu entscheiden hat (Demharter, GBO, 28. Aufl. 2012, § 77 Rdn. 25), hat der Senat vor diesem Hintergrund von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, die Sache unter Aufhebung des zurückweisenden Beschlusses ausnahmsweise zur abschließenden Entscheidung an das Grundbuchamt zurückzugeben. Er vermeidet es damit, das pflichtgemäße Ermessen des Grundbuchamtes bei der Formulierung des Grundbucheintrages durch sein eigenes Ermessen zu ersetzen.

[...]

### III.

Das bisherige Verfahren des Grundbuchamtes gibt dem Senat Anlass, auf folgendes hinzuweisen:

Die Zwischenverfügung ergeht auch im Grundbuchverfahren durch förmlichen Beschluss (vgl. Senat, Beschluss vom 20.01.2010 – 2 Wx 109/09; OLG Düsseldorf, FGPrax 2013, 14). Ein solcher ist gemäß § 38 Abs. 3 S. 2 FamFG zu unterschreiben, wobei die Unterschrift sich unter dem vollständig abgefassten Beschluss befinden muss (vgl. Keidel/Meyer-Holz, FamFG, 17. Aufl. 2011, § 38 Rdn. 80). Das Unterschriftserfordernis gilt trotz des Wortlauts des § 42 der Grundbuchverfügung auch für eine maschinell erstellte Zwischenverfügung (vgl. BayObLG NJW-RR 1996, 1167, 1168; OLG Zweibrücken, FGPrax 2003, 249, 250; Demharter, § 18 Rdn. 35).

Zudem ist ein Beschluss gemäß § 38 Abs. 3 S. 3 FamFG durch Übergabe an die Geschäftsstelle oder durch Bekanntgabe durch Verlesen der Beschlussformel zu erlassen. Erst mit dem Erlass wird der Beschluss existent und es wird nach außen erkennbar, dass die Entscheidungsfindung und das Entwurfsstadium überschritten ist (vgl. Meyer-Holz, a.a.O., § 38 Rdn. 88 ff.). Das Datum der Übergabe oder des Verlesens ist auf dem Beschluss zu vermerken.

# Aktuelles aus dem Steuerrecht

von Diplom Finanzwirt (FH) Sebastian Mensch, Notarvertreter, Waiblingen

## I. Aktuelles aus der Verwaltung

### Umsatzsteuer nach vereinnahmten Entgelten für Freiberufler

Angehörige eines freien Berufs i.S.v. § 18 EStG können ihre Umsatzsteuer unter bestimmten Voraussetzungen auch nach vereinnahmten und damit nicht nach vereinbarten Entgelten berechnen.<sup>1</sup> Kernvoraussetzung ist, dass nicht mehr als 500.000,- EUR Umsatz im Vorjahr erzielt wurde.

Des Weiteren formuliert § 20 Satz 1 Nr. 2 UStG als weitere Voraussetzung, dass keine Verpflichtung zur Führung von Büchern i.S.v. § 148 AO bestehen darf. Durch die Einschränkung der zweiten Voraussetzung in § 20 Satz 1 Nr. 3 UStG wurde bisher davon ausgegangen, dass diese Voraussetzung auf Angehörige freier Berufe nur eingeschränkt Anwendung findet.

Der Bundesfinanzhof hatte entschieden, dass Angehörige freier Berufe von der Inanspruchnahme der Möglichkeit die Umsatzsteuer nach den vereinnahmten Umsätzen zu bestimmen ausgeschlossen sind, sofern verpflichtend oder freiwillig Bücher geführt werden.<sup>2</sup> Insbesondere das freiwillige Führen von Büchern war bisher nicht als Einschränkung der grundsätzlichen Wahlmöglichkeit in § 20 UStG betrachtet worden.

Die Rechtsprechung wurde nun in den Umsatzsteuer-Anwendungserlass<sup>3</sup> eingegliedert. Demnach ist nun mehr die Genehmigung einer Ermittlung der Umsatzsteuer nach vereinnahmten Entgelten zu verwehren, sofern der Angehörige der freien Berufe freiwillig Bücher führt.<sup>4</sup> Besteht eine gesetzliche Verpflichtung zur Buchführung, zum Beispiel im Rahmen eines Zusammenschlusses Selbstständiger in einer GmbH, besteht unabhängig von der zuvor genannten Rechtsprechung die Verpflichtung Bücher zu führen.

### Anerkennung einer steuerlichen Gesamtrechtsnachfolge

Die Qualifizierung eines Vermögensübergangs als Gesamtrechtsnachfolge i.S.d. § 45 AO ist grundsätzlich nach dem Zivilrecht zu beurteilen.<sup>5</sup> Mit einer steuerlich anerkannten Gesamtrechtsnachfolge verknüpfen sich Rechtsfolgen, zum Beispiel zur Haftung im Sinne von § 75 AO<sup>6</sup> bzw. zur Zustellung von Verwaltungsakten.

Anerkannt als Gesamtrechtsnachfolgen sind die Erbfolge, die Verschmelzung, die Anwachsung eines Gesellschafts-

teils bei Ausscheiden eines Gesellschafters und die Vermögensübertragung im Wege der Vollübertragung.

Keine Gesamtrechtsnachfolge liegt vor, sofern eine Vermögensübertragung im Wege der Teilübertragung stattfindet oder es sich um eine Abspaltung bzw. Ausgliederung handelt. Eine formwechselnde Umwandlung genügt ebenfalls nicht den steuerrechtlichen Anforderungen an eine Gesamtrechtsnachfolge.

Die vorgenannten Grundsätze sind nun mehr im Anwendungserlass zur Abgabenordnung<sup>7</sup> neu gefasst worden.<sup>8</sup>

### Steuerliche Förderung von privater und betrieblicher Altersvorsorge

Das Bundesministerium der Finanzen hat in einem umfangreichen Schreiben die Verwaltungsauffassung zur steuerlichen Förderung der privaten und betrieblichen Altersvorsorge neu zusammengefasst.<sup>9</sup>

In kautelarjuristischer Sicht interessant sind die Ausführungen ab Randziffer 232 zu der Förderungsfähigkeit und dem Förderungsumfang von Wohn-Riesteranlagen.

Die Varianten den Altersvorsorge-Eigenheimbetrag als Tilgungsförderung zu verwenden werden dabei ebenso erläutert, wie die Anforderungen an eine wohnungswirtschaftliche Verwendung. Daneben sind Probleme bei Aufgabe der wohnungswirtschaftlichen Verwendung, sowie die Möglichkeiten den Betrag des Wohnförderkontos in andere Anlageprodukte nach dem AltZertG<sup>10</sup> einfließen zu lassen, dargestellt.

## II. Gesetzliche Neuregelungen

### Einführung des Altersvorsorgeverbesserungsgesetzes<sup>11</sup>

Die sog. Riesterrente wurde mit dem am 01.01.2002 in Kraft getretenen Altersvermögensgesetz (AVmG) eingeführt.<sup>12</sup> Eine für die Kautelarpraxis bedeutende Erweiterung hat die Riesterförderung durch die Einführung der Wohn-Riesterverträge mit dem Eigenheimrentengesetz (EigRentG) erfahren.<sup>13</sup> Wohn-Riesterverträge bedeuten im Zusammenhang mit dem Erwerb und der Übertragung von Wohneigentum im Sinne

1 § 20 UStG

2 BFH Ur. v. 20.07.2010 – V R 4/09 DStR 2010, 2349

3 UStAE BStBl. I 2010, 846

4 BMF-Schreiben v. 31.07.2013, Geschäftszeichen IV D 2 – S 7368/10/10002, Dokumentennummer 2013/0719183, DStR 2013, 1735

5 Ausführlich Vogt DStR 2007, 1373

6 Zu den Haftungsproblemen nach § 75 AO bei Betriebsübernahme vgl. Günther MBP 2013, 156

7 AEAO BStBl. I 2008, 26

8 BMF-Schreiben v. 23.07.2013, Geschäftszeichen IVA 3 – S 0062/08/10007-16, Dokumentennummer 2013/0566127, SteuK 2013, 330

9 BMF-Schreiben v. 24.07.2013, Geschäftszeichen IV C 5 – S 2333/09/10005, Dokumentennummer 2013/0699161, SteuK 2013, 352

10 BGBl. I 2001, 1310

11 Mensch NotBZ 2013, 373 mit ausführlicher Darstellung

12 Gesetz zur Reform der gesetzlichen Rentenversicherung und zur Förderung eines kapitalgedeckten Altersvorsorgevermögens v. 26.06.2001 BGBl. I 2001, 1310

13 Gesetz zur verbesserten Einbeziehung der selbstgenutzten Wohnimmobilie in die geförderte Altersvorsorge v. 29.07.2008 BGBl. I 2008, 1509

des Eigenheimrentengesetzes Anforderungen an die Vertragsgestaltung.<sup>14</sup> Die Regelungen der Wohn-Riesterförderung sind mit dem Altersvorsorgeverbesserungsgesetz angepasst worden.<sup>15</sup>

Die Übertragung eines geförderten Wohneigentumsobjekts kann zu einer sofortigen Versteuerung des Wohnförderkontos führen. Dies betrifft alle Übertragungsvorgänge, wenn damit eine Aufgabe der Selbstnutzung verbunden ist.

Die Übertragung von Miteigentumsanteilen und die Mitbenutzung durch weitere Personen sind dahingehend regelmäßig unschädlich, sofern das Wohnförderkonto den Wert des verbleibenden Miteigentumsanteils nicht übersteigt.

Im Rahmen einer Scheidungsfolgenvereinbarung kann sich neben der Übertragung der selbstgenutzten Immobilie und der einhergehenden Sofortbesteuerung auch eine Fragestellung hinsichtlich der verbleibenden Zulageberechtigung ergeben. Sofern beispielsweise als Selbstständiger nur eine mittelbare Zulageberechtigung durch den nichtselbstständig beschäftigten Ehepartner besteht, kann die Scheidung eine Beendigung der Förderungsfähigkeit bedeuten. Sind die Beiträge aus den staatlichen Zulagen innerhalb der Tilgung für das verbleibende selbstgenutzte Objekt Bestandteil der Finanzierung ergibt sich daraus ggf. ein Regelungsbedarf innerhalb der Scheidungsfolgenvereinbarung.

Kommt es zu einer Fehlverwendung der geförderten Wohnung, so bestehen Möglichkeiten die Sofortbesteuerung zu verhindern, indem der Betroffene entweder ein weiteres förderungsfähiges Objekt erwirbt oder eine dem Wohnförderkonto entsprechende Geldleistung in einen zertifizierten Altersvorsorgevertrag einbringt.

Durch das Altersvorsorgeverbesserungsgesetz kommt es bezogen auf Wohn-Riesterverträge zu verschiedenen Änderungen. Es wird künftig in der Ansparphase jederzeit möglich sein Kapital zu entnehmen. Diese Möglichkeit war bisher auf Kombiverträge aus Darlehen und Sparvertrag beschränkt.

In der Auszahlungsphase ist nun mehr eine Einmalbesteuerung des Wohnförderkontos auch nach Beginn der ratierlichen Besteuerung möglich. Eine Einmalbesteuerung mit 30% Abschlag war bisher nur zu Beginn der Auszahlungsphase vorgesehen. Dies führte zur Beachtung des zwanzigjährigen Zeitraums einer mit der Ausnahme von Tod, Krankheit oder Pflege in Hinblick auf die Vermeidung der vollständigen Sofortbesteuerung zwingenden fortwährenden Selbstnutzung der geförderten Wohnimmobilie.

Das in einem Geld-Riestervertrag befindliche geförderte Altersvorsorgevermögen kann nach der Neuregelung in voller Höhe entnommen und zur Anschaffung bzw. Herstellung einer Wohnimmobilie bzw. zum Erwerb von begünstigten Genossenschaftsanteilen verwendet werden. Damit entfällt die Grenze nach der eine Entnahme zwischen 75% und 100% des geförderten Altersvorsorgevermögens nicht möglich war.

Der Kreis der begünstigten Förderanlagen ist ebenfalls erweitert worden. Nachdem zunächst nur der Erwerb von Genossenschaftsanteilen im Zusammenhang mit einer Genossenschaftswohnung bzw. die Herstellung oder Anschaffung einer Wohnimmobilie im Inland oder EU, EWR Ausland förderungsfähig war, wurden jetzt auch Umbaumaßnahmen zur Reduzierung von Barrieren in oder an der selbst genutzten Wohnung einbezogen. Voraussetzung ist die Finanzierung des Umbaus bis zum Beginn der Auszahlungsphase. Damit sind auch Tilgungsmaßnahmen für Darlehen, die der barrieregerechten Modernisierung dienen förderungsfähig.

Allerdings sind hier Einschränkungen in der Höhe des förderungsfähigen entnommenen Altersvorsorgekapitals auf 6.000,- EUR, bei zeitnahe Umbau im Verhältnis zur Anschaffung oder Herstellung, festgelegt. Ansonsten muss das entnommene Kapital wenigstens 30.000,- EUR betragen. Es dürfen für den Umbau keine Förderungen nach den §§ 33<sup>16</sup> und 35a<sup>17</sup> EStG gewährt worden sein und der Umbau muss der DIN 18040 entsprechen.

Zur Vermeidung einer Sofortbesteuerung bei Aufgabe der Selbstnutzung wurde der zulässige Reinvestitionszeitraum erweitert. Bisher galt, dass eine Sofortbesteuerung vermieden werden kann, wenn ein Betrag in Höhe des noch nicht zurückgeführten Wohnförderkontos innerhalb eines Jahres vor bzw. innerhalb von vier Jahren nach Ablauf des Kalenderjahres indem letztmalig eine Eigennutzung stattfand, für eine weitere förderungsfähige Wohnung Verwendung findet. Dieser Zeitraum umfasst nun mehr 2 Jahre vor und 5 Jahre nach dem maßgeblichen Veranlagungszeitraum.

### **Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung**

Der Bundesrat hat das Gesetz zur Einführung einer Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Haftung passieren lassen.<sup>18</sup> Diese neue Ergänzung der weiterhin bestehenden Partnerschaftsgesellschaft greift zunächst für die Berufsgruppen der Rechts- und Patentanwälte, sowie der Steuerberater, Wirtschaftsprüfer und der vereidigten Buchprüfer.

Unter Beibehaltung der von Berufskammern und Berufsordnungen vorgegebenen Haftungsregelungen, ist es den vorgenannten Berufsgruppen nun mehr möglich die Berufshaftung innerhalb der Partnerschaft neu zu ordnen.

Bisher haften die Partner für Verbindlichkeiten neben der Partnerschaft als Gesamtschuldner, wobei es in § 8 Abs. 2 PartGG eine Beschränkung auf den aktiven, den Schadensfall verursachenden Partner gibt. Nach der neuen Regelung in § 8 Abs. 4 PartGG haftet bei Wahl einer Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung und bei Abschluss einer entsprechenden Berufshaftpflichtversicherung ausschließlich die Partnerschaft.

Durch die Neuschaffung der PartGmbH tritt bezüglich der Besteuerung von Gesellschaft und Partnern keine Änderung ein. Ein Partner einer Partnerschaft erzielt aus seiner

14 Schaal/Mensch RNotZ 2011, 93, Mensch/Schaal NotBZ 2011, 289

15 BGBl. I 2013, 1667

16 Außergewöhnliche Belastungen

17 Handwerkerleistungen

18 BGBl. I 2013, 2386

Beteiligung an der Partnerschaft Einkünfte aus selbständiger Arbeit. Einkommensteuerpflichtig ist nicht die Partnerschaft, sondern jeder einzelne Partner. Die Partnerschaft ist Unternehmer im Sinne des Umsatzsteuergesetzes. Die Kosten der abgeschlossenen Berufshaftpflichtversicherung werden umgelegt.

### Verhinderung des RETT-Blocker-Modell

Grunderwerbsteuer kann nach § 1 Abs. 2a und Abs. 3 GrEStG auch bei der Veränderung der Beteiligungsstruktur von Gesellschaften mit Grundbesitz entstehen. Bei Kapitalgesellschaften entsteht Grunderwerbsteuer, wenn 95% der Anteile sich unmittelbar oder mittelbar in einer Hand vereinigen. Wird pro Beteiligungsstufe eine Beteiligungsquote von 95% erreicht wird diese Beteiligung der Gesellschaft zu 100% zugerechnet.

Für Personengesellschaften greift ein vergleichbares Konstrukt. Gehen innerhalb von 5 Jahren mehr als 95% der Anteile auf neue Gesellschafter über, entsteht Grunderwerbsteuer. Keine Grunderwerbsteuer entsteht in den Fällen einer Organschaft oder wenn wenigstens 6% Beteiligung bei den Altgesellschaftern verbleibt.

Sofern bei Kapitalgesellschaften auf einer Beteiligungsstufe 6% verbleiben ist dies zur Vermeidung der Entstehung von Grunderwerbsteuer ausreichend. Wirtschaftlich kann diese Beteiligung durch die Mehrstufigkeit des Konstrukts deutlich geringer ausfallen.

Im Rahmen des Amtshilferichtlinienumsetzungsgesetzes wurde die Möglichkeit der wirtschaftlich unbedeutenden Altbeteiligung zur Vermeidung der Grunderwerbsteuer bei Umstrukturierung innerhalb der Gesellschafter aufgegeben.<sup>19</sup> Als neues Kriterium kommt nun mehr die wirtschaftliche Beteiligung hinzu. Sofern der Altgesellschafter wirtschaftlich keine Beteiligung in Höhe von 6% mehr hat, fällt Grunderwerbsteuer an. Die Beteiligungen werden hierzu durch die Mehrstufigkeit hindurch zusammen gerechnet.

In diesem Zusammenhang hatte der Bundesfinanzhof zuletzt die Betrachtung der einzelnen Stufen in mehrstufigen Kapitalgesellschaften verworfen und auch insoweit eine mathematische Zusammenrechnung innerhalb der Stufen vorgenommen.<sup>20</sup>

## III. Rechtsprechung des Bundesfinanzhof

### Gewerbsteuer

#### Zeitpunkt der gewerblichen Betätigung des Organträgers

Sofern eine Kapitalgesellschaft als ertragsteuerliche Organgesellschaft fungiert, gilt sie i.S.d. Gewerbesteuerrechts als Betriebsstätte des Organträgers. Eine eigene Gewerbesteuer-

erveranlagung findet nicht statt. Voraussetzungen für die Anerkennung als Organschaft sind, die finanzielle, wirtschaftliche und organisatorische<sup>21</sup> Eingliederung. Hierzu ist es unter Anderem erforderlich, dass sich eine Kapitalgesellschaft mit Sitz im Inland durch einen Gewinnabführungsvertrag gemäß § 291 Abs. 1 AktG verpflichtet, ihren ganzen Gewinn an ein einziges anderes gewerbliches Unternehmen abzuführen. Im Ergebnis führt dies zur Zurechnung der Einkünfte beim Organträger.

Fraglich in dem zur Entscheidung beim Bundesfinanzhof anstehenden Fall war zum einem, wann die Eigenschaft als gewerbliches Unternehmen vorliegen muss und zum anderen, welchen Einfluss eine Betriebsaufspaltung auf die Qualifizierung der Einkünfte hat.

Ausgangslage war eine KG die sämtliche Gesellschaftsanteile der späteren Organgesellschaft - im weiteren Verlauf auch Klägerin genannt - erwarb. Dies geschah zum Ende des Kalenderjahres. Im März des darauf folgenden Kalenderjahres erwarb die KG den gesamten Geschäftsbetrieb der Klägerin. Unmittelbar nach Abschluss des Erwerbs, wurde der Geschäftsbetrieb an die Klägerin vollumfänglich zurück vermietet. Außer der Beteiligung an der Klägerin und der Vermietung des Geschäftsbetriebes entfaltete die KG keine Geschäftstätigkeit.

Das Finanzamt setzte die Einkünfte aus Gewerbebetrieb bei der Klägerin an. Dem folgte das Finanzgericht<sup>22</sup> nach der abschlägigen Einspruchsentscheidung. Der Bundesfinanzhof bestätigte dagegen den Bestand einer ertragsteuerlichen Organschaft und verwarf den Ansatz von Finanzamt und Finanzgericht.<sup>23</sup>

Das Finanzgericht hatte in Übereinstimmung mit der Verwaltungsauffassung<sup>24</sup> vorgetragen, dass es für die Annahme einer Organschaft erforderlich ist, dass der Organträger von Beginn des Kalenderjahres an originär gewerblich tätig ist. Laut Sachverhalt war die KG zunächst durch den Erwerb der Beteiligung an der Klägerin nur vermögensverwaltend tätig. Des Weiteren stellt der Erwerb des Geschäftsbetriebes durch die KG nach Ansicht des FG keine Begründung einer gewerblichen Tätigkeit dar, da der Geschäftsbetrieb unmittelbar an die Klägerin zurück vermietet worden ist.

Der BFH hat sich gegen die Verwaltungsauffassung gestellt und geurteilt, dass es nicht erforderlich ist bereits von Beginn des Jahres an originäre gewerbliche Tätigkeiten auszuüben. Richtigerweise ist es für die Annahme einer Organschaft erforderlich, dass der Organträger originär gewerblich tätig ist. Eine gewerbliche Prägung gemäß § 15 Abs. 3 EStG ist nicht ausreichend. Anders als die Verwaltung und das Finanzge-

<sup>19</sup> BGBl. I 2013, 1809

<sup>20</sup> BFH Urt. v. 24.04.2013 - II R 17/10 DStR 2013, 1280; BWNNotZ 2013, 123 mit Anm. Mensch

<sup>21</sup> Vgl. zu den Anforderungen an eine organisatorische Eingliederung bei der umsatzsteuerrechtlichen Organschaft Mensch BWNNotZ 2013, 123

<sup>22</sup> FG Münster Urt. v. 23.02.2012 - 9 K 3556/10 K G BeckRS 2012, 95401, EFG 2012, 1589

<sup>23</sup> BFH Urt. v. 24.07.2013 - I R 40/12 DStR 2013, 1939

<sup>24</sup> BMF-Schreiben betr. Änderung bei der Besteuerung steuerlicher Organschaften durch das Steuervergünstigungsabbaugesetz (StVergAbG) v. 10.11.2005, Geschäftszeichen IV B 7 - S 2770 24/05, DStR 2005, 1989, BStBl. I. 2005, 1038

richt hält es der BFH für genügend, wenn der Organträger im Zeitpunkt der Gewinn- oder Verlustabführung gewerblich tätig ist. Zeitpunkt der Gewinnabführung ist das Ende des Geschäftsjahres. In diesem Fall waren Geschäfts- und Kalenderjahr identisch, so dass es nach Ansicht des BFH hinreichend war, dass die KG ab März gewerblich tätig war. Etwas anderes gilt für die finanzielle Eingliederung. Der Organträger muss das ganze Geschäftsjahr über eine bestimmte Mehrheit an der Organgesellschaft verfügen.<sup>25</sup> An einer vergleichbaren gesetzlichen Bestimmung fehlt es im Zusammenhang mit der gewerblichen Tätigkeit.

Fraglich war, ob die KG in diesem Sachverhalt mit dem Erwerb des Geschäftsbetriebs eine gewerbliche Tätigkeit ausübt. Eine originäre gewerbliche Tätigkeit liegt nach übereinstimmender Ansicht von Vorinstanz und BFH nicht vor. Die KG als Besitzunternehmen des Geschäftsbetriebs übt eine rein vermögensverwaltende Tätigkeit aus. Der BFH vertritt die Ansicht, dass durch die Verflechtung des Besitzunternehmens mit dem Betriebsunternehmen, das Besitzunternehmen mittelbar am wirtschaftlichen Verkehr teilnimmt. Diese unechte Betriebsaufspaltung steht der Qualifikation als gewerbliche Tätigkeit im Rahmen der Organgesellschaft nicht entgegen.

Der BFH lässt es offen, ob letztlich eine mittelbare Teilnahme am wirtschaftlichen Verkehr vorliegt oder die enge personelle und finanzielle Verflechtung, die eine Organstruktur mit sich bringt zu einer „Abfärbung“ der gewerblichen Tätigkeit des Betriebsunternehmens auf das Besitzunternehmen führt. Damit grenzt sich der BFH von früherer Rechtsprechung ab.<sup>26</sup> Neben den zuvor genannten Rechtsproblemen hinsichtlich der Fragen zu welchem Zeitpunkt eine gewerbliche Tätigkeit des Organträgers erforderlich ist und wie diese im Zusammenhang mit einer unechten Betriebsaufspaltung zu qualifizieren ist, hat der BFH noch weitere interessante Ausführungen gemacht.

Zum einen hat er sich gegen eine Absprache des Finanzamts mit dem Steuerpflichtigen hinsichtlich der Anwendung eines BMF-Schreibens gewandt. Er hat damit klargestellt, dass solche Absprachen nicht gegen materielles Recht verstoßen und dieses auch nicht überdecken können. Etwas anderes gilt im Rahmen einer verbindlichen Auskunft, da insoweit ein schützenswertes Vertrauensverhältnis besteht.<sup>27</sup>

Des Weiteren hat der BFH noch einmal deutlich gemacht, dass ein wirksamer Gewinn- und Verlustabführungsvertrag zwischen Organgesellschaft und Organträger an zu beachtende inhaltliche Vorgaben geknüpft ist. So ist es grundsätzlich notwendig eine vollständige dynamische Anknüpfung oder Verweisung hinsichtlich § 302 AktG aufzunehmen.<sup>28</sup>

25 § 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 KStG

26 BFH Ur. v. 02.09.2009 - I R 20/09 BFH/NV 2010, 391

27 § 89 Abs. 2 AO

28 Vgl. zu den notwendigen Anpassungen von Gewinnabführungsverträgen Mensch BWNNotZ 2010, 189

## Einkommensteuer

### Einkünfte aus Gewerbebetrieb bei Pflegevereinbarung im Grundstücksübergabevertrag

Der Bundesfinanzhof hat zu dem nachfolgenden Sachverhalt und seiner Behandlung im Sinne des Einkommensteuerrechts Stellung bezogen.<sup>29</sup>

Die Klägerin hat mit ihrem Nachbarn einen Übergabevertrag mit Pflegevereinbarung abgeschlossen. Ein Verwandtschaftsverhältnis zum Nachbarn bestand nicht. Gegenstand der vertraglichen Vereinbarungen war unter anderem die Feststellung, dass bereits seit mehreren Jahren Pflegeleistungen erbracht worden sind. Mit Rücksicht auf die bereits erbrachten und in Hinblick auf die Verpflichtung zur Erbringung zukünftiger Pflegeleistungen übertrug der Nachbar seinen Grundbesitz unter Nießbrauchsvorbehalt. Die Versorgungs- und Pflegeleistungen wurden einvernehmlich mit einem Gegenwert von 900 DM monatlich beziffert. Korrespondierend zu einer dauerhaften Aufnahme des Nachbarn in eine Alten- oder Pflegeeinrichtung bestand die Verpflichtung zur Abgabe einer Löschungsbewilligung hinsichtlich des Nießbrauchsrechts. Die Löschungsbewilligung wurde durch die Tochter des Nachbarn in ihrer Funktion als gesetzliche Betreuerin nach dem Fortzug in eine Alten- und Pflegeeinrichtung abgegeben.

Das Finanzamt änderte in der Folgezeit rückwirkend die Einkommensteuerveranlagung der Klägerin und nahm Einkünfte aus Gewerbebetrieb in Höhe von ca. 460 EUR monatlich an. Unter Berufung auf die Eigenschaft als geringfügige, abhängig Beschäftigte vertrat die Klägerin die Auffassung keine gewerblichen Einkünfte erzielt zu haben und beantragte hilfsweise die Berechnung der Einkünfte aus Gewerbebetrieb mittels Einnahme-Überschussrechnung.

Das Finanzgericht folgte dem Finanzamt hinsichtlich der Qualifikation der Einkünfte als gewerblich.<sup>30</sup> Gleichzeitig anerkannte es die Möglichkeit die gewerblichen Einkünfte durch eine Einnahme-Überschussrechnung zu ermitteln. Dies führte in den fraglichen Veranlagungszeiträumen mangels des Zuflusses von Geldleistungen zu keinen gewerblichen Einkünften.

Die hiergegen vor dem Bundesfinanzhof eingereichte Revision hatte aus Sicht des Finanzamts Erfolg.

Der Bundesfinanzhof bestätigte zunächst die Auffassung von Finanzamt und Finanzgericht, dass es sich bei der Erbringung der Versorgungs- und Pflegeleistungen um eine gewerbliche Tätigkeit i.S.v. § 15 Abs. 1 EStG handelt.

Zur Begründung führte der BFH aus, dass der maßgebende Übertragungsvertrag, der die Verpflichtung zur Erbringung von Versorgungs- und Pflegeleistungen bestimmt hat, keine Weisungsgebundenheit der Klägerin enthält. Die Regelung, dass die Klägerin ggf. einen Pflegedienst einzuschalten habe, wurde dahingehend gewertet, dass mehr als nur eine reine Arbeitsleistung der Klägerin geschuldet ist. Die Klägerin schulde viel mehr den Erfolg der Leistung.

29 BFH Ur. v. 20.03.2013 - X R 15/11 BeckRS 2013, 95757

30 FG Niedersachsen Ur. v. 17.02.2011- 10 K 258/10 EFG 2011, 1605

Das für die Annahme einer gewerblichen Tätigkeit notwendige Maß an Unternehmerinitiative und Unternehmerrisiko erkannte der BFH in Bestätigung des FG innerhalb des ungewissen Umfangs der zu erbringenden Leistungen. Zwar regelte der Übergabevertrag eine Höchstdauer, wie lange die Klägerin maximal Pflegeleistungen zu erbringen hat, allerdings fehlte es an einer Ausgestaltung des Umfangs innerhalb der verpflichtenden Pflegezeit von in diesem Sachverhalt 6,5 Jahren.

Dass die Klägerin ausschließlich gegenüber dem Nachbarn pflegerische Leistungen erbracht hat und damit erkennbar nicht am wirtschaftlichen Verkehr teilgenommen hat, ist aus Sicht des BFH unschädlich. Das Merkmal der Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr dient dazu, solche Betätigungen aus dem Gewerbebegriff auszugrenzen, die zwar von einer Gewinnerzielungsabsicht getragen, aber nicht auf einen Güter- und Leistungsaustausch gerichtet sind. Zwischen dem Nachbarn und der Klägerin kam es indes zu einem Leistungsaustausch.

Hinsichtlich der Wahlmöglichkeit der Klägerin die Einkünfte im Wege der Einnahme-Überschussrechnung zu ermitteln erklärte der BFH, dass diese Wahl an Mindestanforderung der Sammlung von Aufzeichnungen über Einnahmen und Ausgaben geknüpft ist. Solche Belege lagen in diesem Fall nicht vor. Eine Wahlmöglichkeit besteht nur, wenn der Steuerpflichtige überhaupt erkennt, dass er einer Wahl unterliegt und entsprechende Aufzeichnungen führt.

Durch die Ermittlung der Einkünfte nach dem Betriebsvermögensvergleich realisiert die Klägerin den Gewinn, soweit der Leistungsaustausch reicht und sie den Vertrag wirtschaftlich erfüllt. Dies bedeutet im Jahr des Übertragungsvertrags eine Gewinnrealisierung soweit der Übertragungsvertrag auf bereits vor Vertragsabschluss erbrachte Leistungen verweist. In den Folgejahren folgte der BFH dem Ansatz des Finanzamts, welche die Leistungen mit den im Übertragungsvertrag bezifferten ca. 460 EUR monatlich bewertet hatte.

Nach der hier vertretenen Ansicht kann dieses Urteil des BFH nicht zu einer Verpflichtung des Vertragsgestalters führen, über das bisherige Maß steuerliche Hinweise zu geben. Dennoch empfiehlt es sich bei Konstellationen in denen erkennbar keine Unterhaltsverpflichtung besteht besonders eindringlich auf die Beiziehung eines steuerlichen Beraters hinzuwirken und diesen Vorgang ggf. in der Urkunde zu dokumentieren.

## Körperschaftsteuer

### Grundstück als wesentliche Betriebsgrundlage einer Teilbetriebsabspaltung

Der Entscheidung durch den BFH im Zusammenhang mit einer Nichtzulassungsbeschwerde liegt die Frage zugrunde wie der Umfang eines abzuspaltenden Teilbetriebs i.S.v. § 15 Abs. 1 Satz 1 UmwStG definiert wird. Gegenstand des Verfahrens war die Abspaltung des Projektgeschäfts einer GmbH auf eine weitere GmbH.

Die Abspaltung wurde steuerlich gewinnneutral behandelt. Stille Reserven<sup>31</sup> wurden unter Zugrundelegung der Buchwertfortführung nicht aufgedeckt. Nicht mit übertragen wurde ein Grundstück, welches teilweise verpachtet und andererseits als Geschäftsgrundstück auch für die Geschäftsleitung genutzt wurde. Die sich später in eine KG umwandelnde abspaltende GmbH vermietete das Grundstück nach der Umwandlung in eine KG an den aufnehmenden Rechtsträger.

Das Finanzamt und auch das Finanzgericht anerkannten keine Abspaltung nach § 15 Abs. 1 Satz 1 UmwStG.<sup>32</sup> Demnach ist eine Abspaltung dann gewinnneutral möglich, wenn ein Teilbetrieb überführt wird.<sup>33</sup> An der Teilbetriebseigenschaft fehlt es hier nach dieser Ansicht, da das Geschäftsgrundstück nicht mit überführt wurde. Revision wurde nicht zugelassen.

Eine hiergegen gerichtete Nichtzulassungsbeschwerde hat der Bundesfinanzhof verworfen.<sup>34</sup>

Für die Annahme der Übertragung eines Teilbetriebs im Wege der gewinn- und steuerneutralen Abspaltung ist es erforderlich, dass alle funktional wesentlichen Betriebsgrundlagen mit übertragen werden. Ein Grundstück wird in diesem Kontext grundsätzlich als funktional wesentlich betrachtet. Etwas anderes kann dann gelten, wenn das Grundstück für den Geschäftsbetrieb nur eine untergeordnete, zu vernachlässigende wirtschaftliche Bedeutung hat.

Davon kann in diesem Sachverhalt nicht ausgegangen werden, da sich auf dem Grundstück der Sitz der Geschäftsleitung befindet. Das hiergegen gerichtete Argument, dass das nicht übertragene Grundstück nicht speziell an die Bedürfnisse des Unternehmens angepasst ist, ändert an der Qualifikation als funktionell wesentlich nichts. Die Funktion wird durch das Grundstück, unabhängig von tatsächlichen Anpassungen, verkörpert.

Der Sachverhalt hat noch die Frage aufgeworfen, ob es erforderlich sein kann, das Grundstück mit zu übertragen, auch wenn es wesentlich durch das abspaltende Unternehmen weitergenutzt wird. Bei einer doppelten Nutzung durch den abspaltenden und den aufnehmenden Rechtsträger hat der BFH zumindest für den Fall, dass der aufnehmende Rechtsträger das Grundstück nicht nur stark untergeordnet nutzt, einen einseitigen Verbleib als mit den Anforderungen in § 15 Abs. 1 Satz 1 UmwStG unvereinbar erklärt.

Denkbar wäre in diesem Fall das Grundstück mit abzuspalten und anschließend ein geregeltes Nutzungsverhältnis mit dem bisherigen Rechtsträger zu begründen. Ein Verbleib beim abspaltenden Rechtsträger, auch bei gleichzeitiger Begründung einer Betriebsaufspaltung, ist nicht ausreichend für eine gewinnneutrale Abspaltung eines Teilbetriebs.

31 Zum Begriff der stillen Reserven vgl. auch Mensch BWNtZ 2007, 140

32 FG Sachsen Ur. v. 13.06.2012 - 8 K 1387/11 BeckRS 2012, 95907

33 Ausführlich auch Mensch notar 2010, 354

34 BFH Beschl. v. 11.06.2013 - I B 144/12 BeckRS 2013, 95758

## Erbschaft- und Schenkungsteuer

### Abfindung im Erbschaftsvertrag nicht steuerbar im Verhältnis zum zukünftigen Erblasser

Der Bundesfinanzhof hatte zuletzt entschieden, dass die Abfindungszahlungen im Rahmen von Erb- und Pflichtteilsverzichtverträgen, die keinen Zinsanteil für überlassenes Kapital enthalten, nicht der Einkommensteuer unterliegen.<sup>35</sup> Nunmehr hatte der BFH zu entscheiden, welcher Besteuerung Abfindungszahlungen der Geschwister für den weichen Bruder zugrunde gelegt werden.<sup>36</sup>

In dem Sachverhalt hatten drei Geschwister Ihrem Bruder im Rahmen eines notariell beurkundeten Erbschaftsvertrages nach § 311b Abs. 5 BGB je 150.000 EUR gezahlt, damit dieser auf den Pflichtteil gegenüber der Mutter verzichtet. Der Pflichtteilsverzicht war im Weiteren unbedingt erklärt.

Das Finanzamt behandelte die Abfindungszahlungen insgesamt als freigiebige Zuwendungen der Mutter an Ihren Sohn. Deshalb wurde gegenüber dem Kläger Schenkungsteuer festgesetzt.

Die hiergegen gerichtete Klage vor dem Finanzgericht hatte Erfolg.<sup>37</sup> Daran änderte auch die vom Finanzamt eingereichte Revision nichts mehr.

Das Finanzgericht und der Bundesfinanzhof behandelten die Abfindungszahlungen als freigiebige Zuwendungen je der Geschwister an ihren Bruder. Die Mutter ist zwar zukünftige Erblasserin, aber selbst nicht beteiligt. Zahlende sind die Geschwister allein. Würde eine freigiebige Zuwendung der Mutter an Ihren Sohn vorliegen, so würde dies auch zur Annahme einer Steuerschuldnerschaft der zukünftigen Erblasserin führen.

Eine freigiebige Zuwendung setzt in objektiver Hinsicht voraus, dass die Leistung zu einer Bereicherung des Bedachten auf Kosten des Zuwendenden führt und die Zuwendung unentgeltlich ist. In subjektiver Hinsicht ist Voraussetzung ein Wille des Zuwendenden zur Freigebigkeit. An beiden Voraussetzungen fehlt es bei der Mutter. Auch ist keine Rechtsgrundlage für die Annahme einer fiktiven freigiebigen Zuwendung erkennbar. Das Finanzamt argumentierte analog mit § 7 Abs. 1 Nr. 5 ErbStG. Diese Vorschrift dient der Besteuerung

des Erbverzichts gegenüber dem Erblasser. Für die Annahme einer planwidrigen Regelungslücke erkannte der BFH hier keine Anzeichen.

Der Besteuerung der nunmehr drei freigiebigen Zuwendungen innerhalb der Geschwister wird nach Ansicht des BFH die Steuerklasse I, wie im Verhältnis zur Erblasserin, zugrunde gelegt. Nähere Ausführungen zu diesem Punkt macht der BFH nicht.

Dies kann durchaus kritisch betrachtet werden. Es ist zunächst richtig, dass die Abfindungsleistung grundsätzlich einen Aufwand zum Erhalt einer möglichst ungeschmälernten Erbschaft nach der Erblasserin darstellt. Daher können die Geschwister im Erbfall die Abfindung als Verbindlichkeit abziehen. Nicht ersichtlich ist jedoch, warum die Steuerklasse im Verhältnis zur Erblasserin zugrunde gelegt wird. Nach der hier vertretenen Ansicht gibt es für diese Annahme keine überzeugenden Argumente.<sup>38</sup>

## IV. Bundesfinanzhof Kompakt

1. Der Besteuerung als privates Veräußerungsgeschäft gemäß § 22 Nr. 2 i.V.m. § 23 EStG unterliegt auch die Veräußerung eines Grundstücks, welches zuvor belastet mit einem Erbbaurecht erworben wurde. Für die Gewinnermittlung ist ausschließlich der Grundstückswert maßgebend.<sup>39</sup>

2. Die Aufwendungen für die Erstellung eines Sachverständigengutachtens zum Nachweis des niedrigeren gemeinen Werts eines zum Nachlass gehörenden Grundstücks sind als Nachlassverbindlichkeit abzugsfähig, wenn sie in engem zeitlichen und sachlichen Zusammenhang mit dem Erwerb von Todes wegen anfallen.<sup>40</sup>

3. Die Rückgängigmachung eines Erwerbsvorgang durch Anteilsvereinigung i.S.v. § 1 Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 2 GrEStG nach § 16 Abs. 2 GrEStG ist möglich und führt zur Rückgewähr der Grunderwerbsteuer.<sup>41</sup>

4. Die Kosten für eine Erbauseinandersetzung können bei im Nachlass vorhandenen vermieteten Grundstücken zu Anschaffungsnebenkosten gehören.<sup>42</sup>

35 BFH Beschl. v. 26.03.2013 - VIII B 157/12 BeckRS 2013, 94969; BFH/NV 2013, 934 (NV)

36 BFH Ur. v. 16.05.2013 - II R 21/11 ZEV 2013, 523; DStR 2013, 1783

37 FG Münster Ur. v. 17.02.2011 - 3 K 4815/08 ZEV 2011, 614; ZErB 2011, 225

38 Siehe auch Hartmann UVR 2001, 255 m.w.N.

39 BFH Ur. v. 12.06.2013 - IX R 31/12 DStR 2013, 1937

40 BFH Ur. v. 19.06.2013 - II R 20/12 DStR 2013, 1591, ZEV 2013, 525

41 BFH Ur. v. 11.06.2013 - II R 52/12 DStRE 2013, 1133

42 BFH Ur. v. 09.07.2013 - IX R 43/11 DStR 2013, 1984

## Buchbesprechungen

### Literatur zum neuen Gerichts- und Notarkostenrecht:

1. Schneider. Gerichtskosten nach dem neuen GNotKG. Einführung/Berechnungsbeispiele/Synopse. Von Dipl.-Rechtspfleger Hagen Schneider. Nomos-Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2013. 473 Seiten, 32 €.
2. Fackelmann. Notarkosten nach dem neuen GNotKG. Einführung/Berechnungsbeispiele/Synopse Von Notarassessor Dr. Christian Fackelmann, M.St. (Oxford). Nomos-Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2013. 473 Seiten, 48 €.
3. Diehn/Sikora/Tiedtke. Das neue Notarkostenrecht. Einführung in das Gerichts- und Notarkostengesetz (GNotKG). Von Notar a.D. Dr. Thomas Diehn, LL.M. (Harvard), Notar a.D. Dr. Markus Sikora und Notariatsoberrat Werner Tiedtke. Verlag C.H. Beck, München 2013. 260 Seiten, 29,80 €.
4. Fackelmann/Heinemann. GNotKG Gerichts- und Notarkostengesetz. Handkommentar, herausgegeben von Notarassessor Dr. Christian Fackelmann, M.St. (Oxford) und Notar Dr. Jörn Heinemann LL.M. Nomos-Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2013. 1359 Seiten, 109 €.

Das GNotKG ist das Kernstück des 2. Kostenrechtsmodernisierungsgesetzes (2. KostRMoG) und löst als modern und praxisgerecht gestaltetes Gesetz die Kostenordnung (KostO) ab. Reformen des Kostenrechts folgend hat der Gesetzgeber in das GNotKG ein Kostenverzeichnis eingeführt, das die maßgeblichen Gebühren- und Auslagentatbestände enthält. Damit soll das Gesetz transparenter und an den Aufbau der übrigen Kostengesetze angeglichen werden. Die Einführung des GNotKG geht aber nicht nur mit einem bloßen Austausch von Vorschriften einher, vielmehr erhalten die Gerichtskosten in Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit eine völlig neue Struktur. Zum ersten Mal seit mehr als 27 Jahren kommt es zu grundlegenden Veränderungen auch im Notarkostenrecht mit ebenfalls neuen Strukturen. Ziel der rezensierten Werke ist es, das neue Kostenrecht dem mit dem der KostO vertrauten Praktiker den „Umstieg“ ins neue Recht zu erleichtern und allen anderen einen praxisorientierten Einstieg in das Gerichts- und Notarkostenrecht zu ermöglichen.

Das **Handbuch von Schneider** ist in vier Teile mit insgesamt 23 Einzelkapiteln gegliedert: Teil 1 beschreibt den sachlichen und zeitlichen Anwendungsbereich des GNotKG. Der für die Abrechnungspraxis besonders relevante Teil 2 stellt die Grundlagen des Kostenansatzes dar. Dort werden vor allem die Themen Fälligkeit und Verjährung, Vorschuss und Vorauszahlung, die Kostenhaftung sowie das Kostenansatzverfahren mitsamt den Rechtsbehelfen behandelt. Die Berechnung des Geschäftswerts und das Wertfestsetzungsverfahren bilden den Inhalt von Teil 3. Teil 4 des Buches erläutert schließlich die einzelnen Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Es werden die maßgeblichen Gebührentatbestände beschrieben, wobei jeweils die Regelungen des Kostenansatzes miteinbezogen werden. Dies ermöglicht es

dem Leser, die für die Kostenberechnung maßgeblichen Vorschriften rasch zu erfassen. Zur Veranschaulichung werden viele Fallbeispiele geboten. Das Werk zeigt als praxisorientiertes Einstiegswerk Struktur und Systematik des neuen GNotKG hervorragend auf und vermittelt mehr als nur Grundlagenwissen. Erläuterungen zu den Notarkosten werden nur gegeben, soweit sie von den Gerichten eingezogen werden, z.B. für die eidesstattliche Versicherung in Nachlasssachen.

Das **Lehr- und Praxisbuch von Fackelmann** „Notarkosten nach dem neuen GNotKG“ bietet eine praxisorientierte Einführung in das Notarkostenrecht. Das Werk besteht aus zwei Teilen: Den Anfang macht der Erläuterungs- oder Lehrbuchteil: Darin werden einerseits allgemeine Grundsätze und Regelungen des GNotKG erläutert, andererseits anhand einer Vielzahl von Fällen aus den wesentlichen Bereichen der notariellen Tätigkeit die Anwendung des GNotKG greifbar gemacht. Zahlreiche Anwendungsbeispiele und Rechenoperationen prägen die Darstellung; wo immer es sinnvoll ist, verweist das Buch auf Änderungen gegenüber dem bisherigen Recht. Daran schließt sich eine ausführliche, absatzgenaue Synopse an, in der die Regelungen der alten Kosten den Regelungen des neuen GNotKG gegenübergestellt werden. Die schwierigen Komplexe wie den Vollzug, die Betreuung und die Treuhandgebühren sowie die Auslagen werden textlich wie auch tabellarisch hervorragend dargestellt. Der Nutzer wird sicher durch die wichtigsten Anwendungsbereiche des Notarkostenrechts geleitet.

Das **Buch von Diehn/Sikora/Tiedtke** wurde als Skript für die Praxis und insbesondere als Unterlage für Schulungen zum GNotKG konzipiert. Beim Aufbau wurde daher berücksichtigt, die Materie anhand vieler Beispiele darzustellen und zu verdeutlichen. Dies erleichtert dem Praktiker die Einarbeitung in das Notarkostenrecht. Prägnant und verlässlich erhält die Notarpraxis die Informationen, die sie im Büroalltag braucht. Die Handhabung des Buches würde allerdings erleichtert, wenn es noch ein Stichwortverzeichnis beinhalten würde. Nicht behandelt werden die Gerichtskosten. Das Buch ist in neun Kapitel gegliedert. Fast jedem Kapitel wurde ein zusammenfassender Überblick vorangestellt, bevor die detaillierte Erörterung des jeweiligen Fachgebiets beginnt. Dies hilft, über die Vielzahl der Einzelfragen nicht den Überblick zu verlieren. Als Schwerpunkte behandelt das Werk die wichtigsten Bereiche notarieller Tätigkeiten, wie z.B. Grundstücksgeschäfte, Gesellschafts- und Registerangelegenheiten sowie das Familien- und Erbrecht. Selbstverständlich werden auch Ausführungen gemacht zur Berechnung der Auslagen, zur Erstellung einer dem Zitiergebot entsprechenden Kostenberechnung und zur Beitreibung von Notarkosten.

Der **Handkommentar von Fackelmann/Heinemann** bietet sowohl wissenschaftliche Tiefe als auch systematische Erschöpfung der Regelungen des GNotKG. Mit diesem Erläuterungswerk gelingt der „Umstieg“ von der KostO zum GNotKG. Erreicht wird dies zum einen durch eine systematische

und die neue Struktur berücksichtigende Kommentierung, zum anderen aufgrund einer Vergleichen mit dem bisherigen Recht: So finden sich am Beginn der Kommentierungen zu den einzelnen Paragrafen und Nummern des Kostenverzeichnisses jeweils eine Textsynopse, anhand derer der Leser erkennen kann, an welche Vorschriften der KostO die jeweilige Regelung des GNotKG anknüpft. Weiterhin enthalten sind Erläuterungen zu den inhaltlichen und systematischen Unterschieden der neuen gegenüber der alten Rechtslage. Soweit aus der Sicht der Praxis sinnvoll und erforderlich, wurde auch bei Einzelpunkten der Kommentierungen auf die Unterschiede zum bisherigen Recht hingewiesen. Zahlreiche kurze Beispiele erleichtern das Verständnis der einzelnen Regelungen und deren Anwendung. Zu § 58 GNotKG wird für den Rechtsanwender die Handelsregistergebührenverordnung geboten. Zu dem erst am 1.1.2014 in Kraft tretenden § 7a GNotKG (Rechtsbehelfsbelehrung) enthält das Werk aufgrund der hohen praktischen Relevanz bereits eine vollständige Kommentierung.

Notar a.D. Professor Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz



Wir sind eine Rechtsanwalts- und Notarkanzlei mit 70 Berufsträgern und Sitz in Stuttgart. Für unser Anwaltsnotariat suchen wir zum nächstmöglichen Zeitpunkt eine/n

## Württembergische/n Notariatsassessor/in

gerne mit Berufserfahrung – auch in Teilzeit.

Zu Ihren Aufgaben gehören die selbständige Vorbereitung und Abwicklung von Urkunden, vornehmlich auf den Gebieten des Immobilien- und Gesellschaftsrechts.

Wir erwarten eine überdurchschnittliche Qualifikation, Verständnis für komplexe wirtschaftliche Zusammenhänge und Teamgeist. Wir bieten Ihnen eine verantwortungsvolle und abwechslungsreiche Tätigkeit, einen Arbeitsplatz mit gutem Betriebsklima, eine überdurchschnittliche Vergütung und umfangreiche Fortbildungsmöglichkeiten. In unserer täglichen Arbeit legen wir großen Wert auf ein angenehmes persönliches Miteinander.

Eine umfassende Einarbeitung und Ausbildung sind sichergestellt. Für Rückfragen stehen Ihnen Herr Prof. Dr. Thomas Lang oder Frau Christiane Stoye-Benk unter der Telefonnummer 0711 86040-444 gerne zur Verfügung. Ihre Bewerbungsunterlagen senden Sie bitte an: Menold Bezler Rechtsanwälte, z.Hd. Frau Stefanie Müller.

## MENOLD BEZLER RECHTSANWÄLTE

Mittelstand im Mittelpunkt®

Stresemannstraße 79, 70191 Stuttgart und Rheinstahlstraße 3  
70469 Stuttgart, Telefon +49 711 86040-00  
Stefanie.Mueller@menoldbezler.de, www.menoldbezler.de

### Impressum

Herausgeber: Württembergischer Notarverein e.V., Stuttgart in Verbindung mit dem Badischen Notarverein e. V., Karlsruhe. Schriftleiter: Notarvertreter Stefan Mattes, Georgstraße 5, 70794 Filderstadt-Bonlanden (Tel. 0711/778960), 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 BWNtZ erscheint jährlich sechsmal. Bestellungen und Anzeigenwünsche sind an die Geschäftsstelle des Württ. Notarvereins e. V. in 70174 Stuttgart, Kronenstraße 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: Druckerei Djurcic, Steinwasenstr. 6-8.  
73614 Schorndorf (Tel. 07181/7069960, Fax 07181/7069961).

## **Notar Wolfgang Schulz in Heilbronn**

Ich suche in Vollzeit oder Teilzeit eine(n)

### **Notarangestellte/Notarangestellten.**

Ich biete ein leistungsgerechtes Gehalt, ein modernes Büro, ein angenehmes Betriebsklima und eine abwechslungsreiche und verantwortungsvolle Tätigkeit und vielfältige Fortbildungsmöglichkeiten.

Gewünscht sind selbstständiges Arbeiten, Verantwortungsbewusstsein, Engagement, Einsatzbereitschaft, schnelles Auffassungsvermögen, gute EDV-Kenntnisse, Teamfähigkeit und ein freundliches und sicheres Auftreten.

Für Fragen vorab steht Ihnen Notar Wolfgang Schulz zur Verfügung.

Ihre schriftlichen Bewerbungsunterlagen senden Sie bitte an:

Persönlich/Vertraulich  
Notar Wolfgang Schulz  
Gerberstraße 7, 74072 Heilbronn  
Tel. 07131/99020  
E-Mail: wolfgang.schulz@notar-schulz.de

## **Notar Wolfgang Schulz in Heilbronn**

Ich suche in Vollzeit oder Teilzeit eine(n)

### **Württ. Notariatsassessorin bzw. Württ. Notariatsassessor.**

Ich biete eine leistungsgerechte Bezahlung, ein modernes Büro, ein angenehmes Betriebsklima und eine abwechslungsreiche und verantwortungsvolle Tätigkeit, die den gesamten Bereich der Tätigkeit eines Notars umfasst.

Sie sollten über eine gute Qualifikation verfügen und Freude am Beruf haben, freundlich, kollegial und einsatzbereit sein.

Für Fragen vorab steht Ihnen Notar Wolfgang Schulz zur Verfügung.

Ihre schriftlichen Bewerbungsunterlagen senden Sie bitte an:

Persönlich/Vertraulich  
Notar Wolfgang Schulz  
Gerberstraße 7, 74072 Heilbronn  
Tel. 07131/99020  
E-Mail: wolfgang.schulz@notar-schulz.de

Wir sind eine renommierte Anwalts- und Notarkanzlei in  
besten Lage in Stuttgart (nahe Hauptbahnhof) und suchen  
**baldmöglichst** in Teilzeit

eine/n qualifizierte/n

**Notariatsassessor/in**

Wir bieten eine vielseitige und verantwortungsvolle Tätigkeit bei  
leistungsgerechter Vergütung in einem angenehmen Arbeits-  
umfeld. Die Arbeitszeit kann flexibel vereinbart werden.

Bitte setzen Sie sich mit Rechtsanwalt und Notar Walter Hübner  
in Verbindung.

LÖFFLER-WENZEL-SEDELMEIER  
Königstraße 1 A, 70173 Stuttgart,

Rechtsanwalt und Notar Walter Hübner  
unter Tel. Nr. 0711/22274-60

Internet: [www.rae-loeffler.de](http://www.rae-loeffler.de)

Email: [notar.huebner@rae-loeffler.de](mailto:notar.huebner@rae-loeffler.de)