

# BWNNotz

## 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

**6/2013**

Dezember

Seiten 162-188

## Inhalt

### Abhandlungen

*Sokolowski*

*Modale Schenkung nach deutschem und europäischem Recht*

..... 162

*Lutz*

*Trans- und postmortale Vollmacht im Fall einer  
Alleinerbenstellung*

..... 171

*Becker*

*Zum (mittelbaren) Nachweis des Vertretenseins einer  
Gewerkschaft*

..... 175

Rechtsprechung ..... 179

Buchbesprechungen ..... 187

# Notarrecht PLUS



## Notarrecht PLUS

**Beck'sches Notarhandbuch, Münchener Kommentar zum BGB und Baumbach/Hueck, GmbHG:** diese wichtigen Standardwerke stehen Ihnen auch online zur Verfügung – übersichtlich aufbereitet und zu günstigen Preisen. Dazu vieles, was die Arbeit im Notarrecht erleichtert: Rechtsprechung in Hülle und Fülle, sorgfältig aktualisierte Gesetzestexte und zahlreiche Formulare. Damit macht sich dieses umfassende Informationspaket schnell bezahlt.

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

4 Wochen kostenlos testen  
Infos: [www.beck-shop.de/29409](http://www.beck-shop.de/29409)

# Inhaltsverzeichnis

## Abhandlungen

- |  |            |
|--|------------|
| <b>1. Dr. Mag. iur. Krzysztof Piotr Sokolowski, LL.M.</b>          | <b>162</b> |
| Modale Schenkung nach deutschem und europäischem Recht             |            |
| <b>2. Timo Lutz, Notarvertreter, Filderstadt</b>                   | <b>171</b> |
| Trans- und postmortale Vollmacht im Fall einer Alleinerbenstellung |            |
| <b>3. Dr. Peter Becker, Notarvertreter, Tauberbischofsheim</b>     | <b>175</b> |
| Zum (mittelbaren) Nachweis des Vertretenseins einer Gewerkschaft   |            |

## Rechtsprechung

- |   |            |
|---|------------|
| <b>1. Erbrecht</b>  | <b>179</b> |
| <b>OLG Karlsruhe, 17.6.2013, 14 Wx 84/11</b>  |            |
| Keine internationale Zuständigkeit für Nachlasssicherungsmaßnahmen bei unbeweglichen Nachlass in der Türkei |            |
| <b>2. OLG München, 20.11.2013, 31 Wx 413/13</b>   | <b>180</b> |
| Keine Einrichtung einer Nachlasspflegschaft bei bereits eingeleiteten Zwangsvollstreckungsmaßnahmen         |            |
| <b>3. OLG Karlsruhe, 16.05.2013, 14 Wx 57/11</b>  | <b>182</b> |
| Zu den Voraussetzungen einer öffentlichen Bekanntmachung gem. § 2358 BGB                                    |            |
| <b>4. OLG München, Beschluss vom 24.10.2013 – 31 Wx 139/13</b>  | <b>184</b> |
| Auslegung einer Erbeinsetzung für den Fall des gleichzeitigen Versterbens                                   |            |

## Buchbesprechungen

- |  |     |
|--|-----|
| Schulz, Bauträgerrecht (Strobel)   | 187 |
| Schiffer/Rott/Pruns, Die Vergütung des Testamentsvollstreckers (Uricher) | 187 |

## Die modale Schenkung als eine gemischte Schenkung nach deutschem und europäischem bürgerlichem Recht

Dr. Mag. iur. Krzysztof Piotr Sokołowski, LL.M.

### I Einleitung

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit der Frage der Möglichkeit der Qualifikation der Schenkungsaufgabe als eine Abart des Entgelts und somit der Einstufung der Aufgabenschenkungen als eine gemischte Schenkung unter der Heranziehung der neusten Meinungen aus den Arbeiten zur Harmonisierung des europäischen Privatrechts, d.h. aus dem Draft Common Frame of Reference (DCFR). Die Wichtigkeit der Aufgabenschenkungen für die vorweggenommene Erbfolge rechtfertigt eine eingehende Analyse dieser Liberalitätsart und bezeugt von ihrer großen Bedeutung für das Erb- und Familienrecht, besonders für Notare und Fachanwälte für Familien- und Erbrecht.<sup>1</sup>

### II Auflage als Entgelt

#### 1. Definitionen

##### a) Allgemeines

Um den rechtlichen Charakter der Auflage hinsichtlich der Entgeltlichkeit zu bestimmen, sind jetzt am Anfang einige Grunddefinitionen anzugeben.

##### b) Entgeltliches und unentgeltliches Geschäft

Ein dem Gesetz nach (völlig) entgeltliches Geschäft ist ein kausales Zuwendungsgeschäft, bei dem zwischen dem Ent-

gelt und der Zuwendung eine formelle (synallagmatische, konditionale oder kausale) Verbindung vorliegt und nach den Vorstellungen der Parteien das Entgelt ein Äquivalent der vollzogenen Zuwendung ist (materielle Entgeltlichkeit), d.h. die *causa donandi* liegt nicht vor. Ein (völlig) unentgeltliches Rechtsgeschäft ist ein kausales Zuwendungsgeschäft, bei dem zwischen dem Entgelt und der Zuwendung keine formelle Verbindung vorliegt.<sup>2</sup>

Das Entgelt ist ein Vorteil, den der Zuwendende für seine Zuwendung empfängt, der für die Zuwendung adäquat kausal ist und dessen Herbeiführung vom Parteiwillen umfasst ist.<sup>3</sup>

##### c) Gemischte Schenkung

Die gemischte Schenkung ist so ein formell entgeltliches Zuwendungsgeschäft, bei dem nach dem Parteiwillen nur eine partielle materielle Unentgeltlichkeit vorhanden ist, beide Parteien darüber einig sind, dass der Rechtsgrund dieser Wertinäquivalenz die *causa donandi* darstellt,<sup>4</sup> und zusätzlich dabei ein entgeltlicher Vertrag mit einem Schenkungsvertrag einheitlich verbunden ist.<sup>5</sup>

#### 2. Teleologische Argumente für die Qualifikation der Auflage als Entgelt

Die theoretische Qualifikation der Schenkung unter Auflage als eine Unterart der gemischten Schenkung hätte große praktische Folgen: Grundsätzlich sollte dann Erstere wie Letztere behandelt werden. Da aber der Gesetzgeber besondere Regeln für die *donatio sub modo* schuf, genossen sie Vorrang. Jedoch in Sachen, die nicht im Gesetz gesondert normiert wurden, müsste auf die Grundsätze der Behandlung der gemischten Schenkung rekurriert werden.<sup>6</sup> Das würde ermöglichen, viele Auslegungslücken zu schließen. Besonders eignen sich die zahlreichen Theorien der Behandlung der gemischten Schenkung für Entscheidung der Fälle der Rückforderung wegen Verarmung und des Widerrufs der Aufgabenschenkungen, was am folgenden Beispiel zu erkennen ist:

1 Sokołowski, *Ausgewählte Probleme der Aufgabenschenkungen nach polnischem und deutschem Recht* [in:] v. Bar/Wudarski (Hrsg.), *Deutschland und Polen in der europäischen Rechtsgemeinschaft*, 2012, S. 193.  
2 Bamberger/Roth/Gehrlein, § 516 Rn 7; Beck, *Der Begriff der Unentgeltlichkeit im bürgerlichen Recht*, 1973, S. 56 f.; Brox/Walker, *Besonderes Schuldrecht*, 30. Aufl., 2004, S. 131 Rn 9 – 11; Cosack, *Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, Bd. 1, 5. Aufl., 1910, S. 161; Enneccerus/Lehmann, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, Bd. 2. *Recht der Schuldverhältnisse*, 14. Aufl., 1954, S. 475; Fikentscher/Heinemann, *Schuldrecht*, 10. Aufl., 2006, S. 486 Rn 973; Gursky, *Schuldrecht. Besonderer Teil*, 5. Aufl., 2005, S. 65; Jauremig/Mansel, § 516 Rn 8; Lange/Kuchinke, *Erbrecht. Ein Lehrbuch*, 5. Aufl., 2001, S. 482 und 485; Liebisch, *Das Wesen unentgeltlicher Zuwendungen unter Lebenden*, 1927, S. 27 f.; Oetker/Maultzsch, *Vertragliche Schuldverhältnisse*, 3. Aufl., 2007, S. 279 – 282 Rn 12 – 14; Palandt/Weidenkaff § 516 Rn 8; Sokołowski, *Ausgewählte Probleme der Aufgabenschenkungen nach polnischem und deutschem Recht* [in:] v. Bar/Wudarski (Hrsg.), *Deutschland und Polen in der europäischen Rechtsgemeinschaft*, 2012, S. 199; Schlechtriem, *Schuldrecht. Besonderer Teil*, 6. Aufl., 2003, S. 80 Rn 188.

3 Sokołowski, *Ausgewählte Probleme der Aufgabenschenkungen nach polnischem und deutschem Recht* [in:] v. Bar/Wudarski (Hrsg.), *Deutschland und Polen in der europäischen Rechtsgemeinschaft*, 2012, S. 199.  
4 Palandt/Weidenkaff, § 516 Rn 13; Winistorfer, *Die unentgeltliche Zuwendung im Privatrecht, insbesondere im Erbrecht*, 2000, S. 90.  
5 Sokołowski, *Ausgewählte Probleme der Aufgabenschenkungen nach polnischem und deutschem Recht* [in:] v. Bar/Wudarski (Hrsg.), *Deutschland und Polen in der europäischen Rechtsgemeinschaft*, 2012, S. 199.  
6 Sokołowski, *JOR* 2010, 300.

A schenkt dem B sein 1 Mio. € wertiges Haus mit der Auflage, ihm eine Leibrente von 1000 € monatlich auszusetzen. Nach zwei Jahren widerruft er wirksam die Schenkung wegen groben Undanks. Was soll ihm der B zurückgeben? Das Haus? 1 Mio. €? 976 000 €? Oder muss er das Haus Zug-um-Zug gegen die Rückzahlung von 24 000 € (kapitalisierte Rente für zwei Jahre) zurückgeben? Ist der Wert der Auflage überhaupt zu berücksichtigen?<sup>7</sup>

Zu all diesen Fragen schweigt die gesetzliche Regelung der AufLAGENSCHENKUNG. Die Rechtslehre, die sich mit der Problematik der gemischten Schenkung beschäftigt, hat aber zahlreiche Lösungsvorschläge für den Fall der Rückabwicklung eines solchen gemischten Vertrages gefunden. Hätten A und B die Rente für eine partielle Gegenleistung für die Zuwendung des Hauses erachtet, könnte der Wert der Rentenzahlungen bei der Rückabwicklung der Schenkung berücksichtigt werden. Das ist gerecht, da der B auf der Grundlage der Zuwendung des Hauses Leistungen aus seinem eigenen Vermögen entrichtet hat, um die sich der A bereichert hat. Es wäre unbillig, wenn Letzterer diese Bereicherung behielte und der ganze wirtschaftliche Saldo des Geschäfts für den B nachteilig wäre. Die ganze Abschwächung des rechtlichen Schutzes unentgeltlicher Verträge beruht auf dem Grundgedanken, dass im Falle des Entzugs der liberalen Zuwendung der Beschenkte nicht schlechter gestellt werden soll als wenn er die Zuwendung überhaupt nicht angenommen hätte. Sollten die Rentenzahlungen nicht in der Rückabwicklung berücksichtigt werden, so wäre das Ergebnis des Vertrages für den B nachteilig. Jedoch wenn man konsequent mit der h.M. annähme, dass die AufLAGENSCHENKUNG völlig unentgeltlich sei, so dürfte man diese Rentenzahlungen nicht berücksichtigen, was im Ergebnis zu ungerechter Verletzung der Interessen des B führen würde. Ein Rekurs auf die Vorschläge der Rechtslehre über die Rückabwicklung der gemischten Schenkung würde aber zu gerechten Resultaten führen. Das erkennt auch die Literatur an, indem sie tatsächlich so einen Rückgriff erlaubt.<sup>8</sup> Die teleologische Auslegung und die Wertungen des Gesetzes sprechen also für die Behandlung der AufLAGENSCHENKUNG als eine Abart der gemischten.<sup>9</sup>

### 3. Europarechtliche Argumente für die Qualifikation der Auflage als Entgelt

Die Problematik der Einordnung Schenkung unter Auflage wurde auch auf dem europäischen Niveau bemerkt. Der Draft Common Frame of Reference (DCFR), der vielleicht als Ausgangspunkt zur Vorbereitung eines ZGB für die Europäische Union dienen würde, behandelt die modale Schenkung („*donation with charge*“) im Art. IV.H. – 1:202 DCFR<sup>10</sup> unter dem allgemeinen Begriff der „nicht gänzlich entgeltlichen Geschäfte“. Das bedeutet, dass der DCFR dieses Rechtsinstitut als einen Unterfall der gemischten Schenkung qualifiziert.<sup>11</sup> Als Begründung wird angeführt, dass die AufLAGENSCHENKUNG nicht völlig entgeltlich ist („*not entirely gratuitous*“) und sich sehr einfach als eine gemischte analysieren lässt. Die Autoren des DCFR wollten auch Haarspalterei vermeiden und hatten keine Absicht, eine winzige Anzahl von Fällen ins Leben zu rufen, die anders als die herkömmliche gemischte Schenkung zu behandeln wären. Der Modus wird immer als Entgelt („*reward*“) eingestuft. Die Nichtvollziehung der Auflage wird als Nichtleistung nach allgemeinen Regeln behandelt.<sup>12</sup> Diese Normierung dient der Vereinfachung des Rechtssystems. Sie geht davon aus, dass nicht die rechtstheoretische Qualifikation des Vertrages, welche in jedem europäischen Lande anders sein könnte, sondern das praktische Resultat des Geschäfts für die Parteien im Vordergrund steht, was hinsichtlich des internationalen und rechtsharmonisierenden Charakters des DCFR, der verschiedenen Rechtstraditionen Genüge tun muss, besonders vorzugswürdig ist.<sup>13</sup>

Die Anerkennung des Entgeltcharakters der Auflage steht also im Einklang mit den neusten Auffassungen im europäischen Privatrecht, trägt daher zur dessen Vereinheitlichung bei, was angesichts der Mitgliedschaft in der EU, der steigenden Internationalisierung und Globalisierung der rechtlichen und wirtschaftlichen Kontakte von großer Bedeutung ist.<sup>14</sup>

10 „(1) *If the party undertaking to transfer receives or is entitled to some reward and the transaction is thereby not entirely gratuitous the contract is regarded primarily as a contract for the donation of goods if:*  
a) *this party undertakes to transfer with an intention inter alia to benefit the other party; and*  
b) *the values to be conferred by the performances are regarded by both parties as not substantially equivalent.*  
(2) *If the contract coming under paragraph (1) is void or avoided under these rules but would not be under general rules, III. – 1:110 (Variation or termination by court on a change of circumstances) applies with appropriate adaptations.*  
(3) *If in a case within paragraph (1) a party exercises a right to revoke under this Part, IV.H. – 4:103 (Consequences of revocation) applies to the whole contractual relationship. The other party may prevent the effects of revocation by offering a reasonable reward within a reasonable time after revocation.*“

11 V. Bar/Clive (Hrsg.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference. Vol. 3, 2009, S. 2823; Sokołowski, JOR 2010, 301; ders., Ausgewählte Probleme der AufLAGENSCHENKUNG nach polnischem und deutschem Recht [in:] v. Bar/Wudarski (Hrsg.), Deutschland und Polen in der europäischen Rechtsgemeinschaft, 2012, S. 201.

12 V. Bar/Clive (Hrsg.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference. Vol. 3, 2009, S. 2817.

13 Sokołowski, Ausgewählte Probleme der AufLAGENSCHENKUNG nach polnischem und deutschem Recht [in:] v. Bar/Wudarski (Hrsg.), Deutschland und Polen in der europäischen Rechtsgemeinschaft, 2012, S. 202, ders., Rej. 2011, 62.

14 Sokołowski, Ausgewählte Probleme der AufLAGENSCHENKUNG nach polnischem und deutschem Recht [in:] v. Bar/Wudarski (Hrsg.), Deutschland und Polen in der europäischen Rechtsgemeinschaft, 2012, S. 202.

7 Sokołowski, Ausgewählte Probleme der AufLAGENSCHENKUNG nach polnischem und deutschem Recht [in:] v. Bar/Wudarski (Hrsg.), Deutschland und Polen in der europäischen Rechtsgemeinschaft, 2012, S. 200.

8 MüKo/Kollhossler, § 527 Rn 4; Palandt/Weidenkaff, § 528 Rn 6; Staudinger/Wimmer-Leonhardt, § 528 Rn 10; BGH NJW 2003, 1384.

9 Sokołowski, Ausgewählte Probleme der AufLAGENSCHENKUNG nach polnischem und deutschem Recht [in:] v. Bar/Wudarski (Hrsg.), Deutschland und Polen in der europäischen Rechtsgemeinschaft, 2012, S. 201; ders., Rej. 2011, 61.

#### 4. Rechtshistorische Argumente für die Qualifikation der Auflage als Entgelt

Die Ansicht, dass die modale Schenkung eine Art gemischte Schenkung ist, ist nichts Neues in der Rechtslehre. Sie herrschte nämlich in der Pandektistik, zu ihren eminentesten Anhängern gehörte F.C. v. Savigny.<sup>15</sup> Es ist auch durchaus möglich, dass sie von den Pandekten inspiriert wurde: Die gemischte Schenkung wird nämlich häufig mit dem lat. Begriff „*negotium mixtum cum donatione*“ bezeichnet. An der einzigen Stelle, wo diese Worte in den Digesta erscheinen, schrieb Ulpian „*Aristo ait, cum mixtum sit negotium cum donatione, obligationem non contrahi eo casu, quo donatio est*“<sup>16</sup> und dann ging er sofort zur Beschreibung der Verbindung der Schenkung mit dem Auftrag (*mandatum*) über, wobei er als Beispiel die Schenkung eines Sklaven mit dem Auftrag, ihn nach fünf Jahren zu befreien, angab. So eine Befreiungsanordnung ist aber nach heutigem Verständnis eine Auflage, d.h., als Beispiel für eine gemischte Schenkung gab Ulpian gerade eine AufLAGENSCHENKUNG an. Generalisierend bedeutet das, dass die Römer die AufLAGENSCHENKUNG als eine Art der gemischten ansahen. Es liegt also die Konklusion nahe, dass diese Ansicht auf die pandektistische Qualifikation der modalen Schenkung als eine Unterart der gemischten einen Einfluss haben durfte. Diese Meinung vertrat auch ausdrücklich der königlich-preußische und königlich-sächsische Gesetzgeber (§ 1053 I 11 ALR<sup>17</sup> und § 1065 sächs. BGB<sup>18</sup>).

#### 5. Argumente der Rechtslehre gegen die Qualifikation der Auflage als Entgelt und deren kritische Würdigung

##### a) Einleitung

Angesichts der o.g. teleologischen, wertungsbezogenen, europarechtlichen sowie historischen Argumente für die Qualifikation der Schenkung unter Auflage als eine gemischte und der Vorteile so einer Einstufung müsste man, wenn man zwischen den beiden Rechtsinstituten differenzieren möchte, ein taugliches, wertungsmäßig begründetes Differenzierungskriterium finden. Sollten Schenkungen unter Auflage nicht zu der Menge der gemischten gehören, so ist herauszufinden, warum. Sollte kein solches Kriterium zu finden sein, so wäre es zu konkludieren, dass die Auflage doch eine Abart des Entgeltes ist und somit die modale Schenkung als eine ge-

15 Baron, Pandekten, 8. Aufl., 1893, S. 129; Bremer, JherJhb. Bd. 13 (1874), 119; Dernburg, Pandekten. Bd. 1, 1903, S. 267; v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts. Bd. 4, 1841, S. 103.

In der Judikatur: Sf.A. 6, 38; Sf.A. 18, 136; Sf.A. 26, 131; Sf.A. 36, 275; Sf.A. 50, 162.

16 D. 39, 5, 18, pr. („Aristo sagt, dass wenn ein [entgeltliches] Rechtsgeschäft mit einer Schenkung verbunden sei, entstehe aus dem Vertrag keine Verpflichtung hinsichtlich der Schenkung“).

17 „Schenkungen, welche unter einer von dem Geschenknehmer zu leistenden Bedingung, oder zu einem gewissen von ihm zu erfüllenden Endzwecke versprochen, oder gegeben worden, sind, im zweifelhaften Falle, den lästigen Verträgen gleich zu achten.“

18 „Hat der Schenker zu einem bestimmten Zwecke geschenkt oder den Beschenkten zu einer bestimmten Leistung verpflichtet, oder die Schenkung sonst beschränkt, so liegt darin eine nach §§ 1056 bis 1063 zu beurteilende Schenkung, soweit der Werth des Geschenkten den Werth der Auflage oder Beschränkung übersteigt.“

mischten einzustufen ist.<sup>19</sup> Um das herauszufinden, sind jetzt die Argumente der h.L. gegen so eine Qualifikation einer kritischen Analyse zu unterziehen.

##### b) Auflage als Einschränkung der Gabe

Das am häufigsten benutzte Argument gegen eine Qualifikation der *donatio sub modo* als ein *negotium mixtum cum donatione* ist die Behauptung, Letzteres setze sich aus einem entgeltlichen und einem unentgeltlichen Teil zusammen, während bei Ersterer die ganze Gabe geschenkt werde und die Auflage nur deren Einschränkung darstelle.<sup>20</sup> Sie vermindere nur die Schenkung, schließe sie aber nicht aus.<sup>21</sup> Das erscheint aber widersprüchlich. Die Auflage schränke die Unentgeltlichkeit im Hinblick auf das Vermögen ein, das zur AufLAGENERFÜLLUNG eingesetzt werden müsse. Nichtsdestotrotz wird behauptet, das Geschäft sei eine völlig unentgeltliche Schenkung. Diese Kontradiktion merkt man am deutlichsten am Beispiel von Auflagen, die (fast) die ganze Bereicherung aufzehren.<sup>22</sup> Nichtsdestotrotz solle das Geschäft völlig unentgeltlich sein. D.h., der Beschenkte sei bereichert worden, obwohl er keine Bereicherung habe... Das läuft den intuitiven Vorstellungen über unentgeltliche und entgeltliche Geschäfte zuwider. So eine „AufLAGENSCHENKUNG“ verwirklicht wirtschaftlich die Ziele, die dem Kaufe nahe stehen.<sup>23</sup>

Der Wert der Auflage kann den der Gabe nicht übersteigen, was sich aus § 526 BGB ergibt. Nach Vollziehung der Auflage soll der Beschenkte nicht schlechter gestellt werden als vor der Annahme der Schenkung. Die Bereicherung könne nach h.M. darauf beruhen, dass der Beschenkte das Geschenk für eine bestimmte Zeit uneingeschränkt nutzen könne, bevor er es – oder seinen Wert – teilweise oder vollständig zur Erfüllung der Auflage verwende.<sup>24</sup> Dieser Ansicht kann aber nicht zugestimmt werden. Die Bereicherung und Entreichung müssen eine dauerhafte Vermögensänderung vorausset-

19 Sokołowski, Ausgewählte Probleme der AufLAGENSCHENKUNG nach polnischem und deutschem Recht [in:] v. Bar/Wudarski (Hrsg.), Deutschland und Polen in der europäischen Rechtsgemeinschaft, 2012, S. 202.

20 Bamberger/Roth/Gehrlein, § 525 Rn 7; Jauernig/Mansel, § 525 – 527 Rn 2 f.; MüKo/Kollhosser, § 516 Rn 3; Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, 3. Aufl., 2007, S. 297 Rn 52; Palandt/Weidenkaff § 525 Rn 8; Planck/Knoke, § 525 Anm. 1c; Soergel/Mühl/Teichmann, § 525 Rn 8; Staudinger/Wimmer-Leonhardt, § 525 Rn 23.

21 In Polen: Czachórski/Grzybowski, System prawa cywilnego. T. 3/II. Prawo zobowiązań – część szczegółowa, 1976, S. 226; Longchamps de Bérier, Zobowiązania, 2. wyd., 1939, S. 472; Niedośpiął, OSAP 10/1997, 77; Oleszko, Pal. 10/1976, 24; Pietrzykowski/Safjan, Art. 893 Nb. 1; Radwański/Stecki, System prawa prywatnego. T. 7. Prawo zobowiązań – część szczegółowa, 2. wyd., 2004, S. 284 Nb. 18.

In Deutschland: Brox/Walker, Besonderes Schuldrecht, 30. Aufl., 2004, S. 135 Rn 22; Haymann, Schenkung unter einer Auflage, 1905, S. 75; Liebisch, Das Wesen unentgeltlicher Zuwendungen unter Lebenden, 1927, S. 32; Mot. II, 229; Oertmann, Entgeltliche Geschäfte, 1912, S. 51; Pruskowski, Das Merkmal der Zuwendung im Tatbestand der Schenkung, 1987, S. 180; Steger, Die gemischte Schenkung (*negotium mixtum cum donatione*), 1935, S. 20.

22 Wie in RGZ 60, 238 f.

23 Sokołowski, JOR 2010, 297 f.; ders., Ausgewählte Probleme der AufLAGENSCHENKUNG nach polnischem und deutschem Recht [in:] v. Bar/Wudarski (Hrsg.), Deutschland und Polen in der europäischen Rechtsgemeinschaft, 2012, S. 203; ders., Rej. 2011, 63.

24 Bamberger/Roth/Gehrlein, § 525 Rn 3; Jauernig/Mansel, § 516 Rn 7; MüKo/Kollhosser, § 525 Rn 2; Planck/Knoke, § 525 Anm. 1c; Soergel/Mühl/Teichmann, § 525 Rn 2; Staudinger/Wimmer-Leonhardt, § 516 Rn 28; RGZ 62, 238, 240; RGZ 105, 305, 308.

zen.<sup>25</sup> Wenn die Entreicherung auf Dauer eintreten muss,<sup>26</sup> so hat auch die Bereicherung dieses Merkmal zu erweisen, sonst könnten sie nicht einander entsprechen. Ein notwendiges Charakteristikum der Schenkung ist eine endgültige Vermögenszuwendung, ein bloßes Hin- und Herschieben von Vermögenswerten reicht nicht aus, sonst wäre es unmöglich, die Schenkung von der Leihe zu trennen. Bei Letzterer genießt der Entleiher eine zeitbestimmte, in der Regel vertraglich nicht begrenzte Nutzung der Sache. Der h.L. folgend müsste man sagen, dass er hinsichtlich dieser Nutzung „bereichert“ sei. Was ist schließlich wirtschaftlich der Unterschied zwischen der Leihe einer Sache mit der vertragsgemäß unbeschränkten Nutzung aber auch mit jederzeitiger Kündigung der Leihe und einer „Schenkungs“ unter der „Auflage“, das Geschenk auf jede Aufforderung zurückzugeben? Richtigerweise ist in beiden Konstellationen die Bereicherung zu verneinen. Eine präzise Unterscheidung zwischen beiden Rechtsinstituten ist sehr wichtig, weil sie in manchen Situationen leicht zu verwechseln sind. Wenn es nämlich die Leihe nicht gäbe, müsste man von einer „Schenkungs der Gebrauchsvorteile“ sprechen.<sup>27</sup> Nach dem Parteiwillen muss also eine endgültige Bereicherung des Beschenkten beabsichtigt und vollzogen werden. Wenn jedoch die Kontrahenten die Rückgabe, Weiterübertragung oder Verwendung nur für möglich halten, aber ihr Wille im Regelfall nicht darauf gerichtet ist, so liegt doch eine Bereicherung vor, die ggf. nur später wegfällt. Hierfür können folgende Beispiele angeführt werden: ein bedingter Rückforderungsanspruch des Schenkers und der gesetzliche Rückforderungsanspruch des Schenkers wegen Verarmung – § 528 I 1 BGB. Ist aber die Rückgabe, Weiterübertragung oder Verwendung der Gabe von vornherein vom Parteiwillen erfasst, so liegt keine Bereicherung und somit keine Schenkung hinsichtlich des Teils des Geschenks vor, der weiterübertragen oder verwendet werden soll. Die Bereicherung kann nicht bloß durch die Einigung über Unentgeltlichkeit ersetzt werden.<sup>28</sup>

Damit eine Schenkung besteht, müssen sich die Parteien über eine ursprünglich (im Zeitpunkt des Vertragsschlusses) endgültige Vermögensverschiebung im Voraus einigen. Nur hinsichtlich dieser Vermögensverschiebung und Bereicherung liegt eine Schenkung vor. Einigen sie sich, dass der zugewandte Gegenstand oder dessen Teil weitergegeben oder zur Befriedigung Interessen Dritter verbraucht werden soll, so kann hinsichtlich dieses Gegenstandes (dessen Teils) keine Bereicherung und somit keine Schenkung entstehen. Diese Meinung repräsentiert auch die Literatur und Judika-

tur – sowohl in Deutschland, in Polen als auch besonders in Österreich.<sup>29</sup> Genauso ist es aber auch bei der gemischten Schenkung, wo die inäquivalente Gegenleistung – soweit sie reicht – die Bereicherung und Unentgeltlichkeit ausschließt. Die These, dass die Auflage vermeintlich die Schenkung beschränke aber nicht ausschließe, so dass die ganze *donatio sub modo* eine volle Schenkung sei, vermag nicht zu überzeugen und kann nicht gegen die Qualifikation der Auflage als Entgelt und der Schenkung unter Auflage als eine gemischte sprechen, weil sie kein taugliches Unterscheidungskriterium zwischen den beiden Rechtsinstituten darstellt.<sup>30</sup>

### c) Auflage als ein bloßer Nebenzweck

Ein Teil der Rechtslehre, sowohl in Deutschland als auch in Polen, ist der Auffassung, die Auflage könne nicht als ein Entgelt und somit die *donatio sub modo* nicht als ein *negotium mixtum cum donatione* angesehen werden, weil sie nur einen Nebenzweck des Geschäfts darstelle.<sup>31</sup> Nach der h.M. kann aber die Auflage auch den Hauptzweck des Geschäfts sein.<sup>32</sup> Dies ist also kein taugliches Kriterium zur Unterscheidung zwischen der Schenkung unter Auflage und der gemischten Schenkung.<sup>33</sup>

### d) Leistung aus dem Wert der Auflage

Zahlreiche Autoren verstehen das Gebot, dass die Auflage eine Einschränkung der Gabe sein solle, die Letztere nicht ausschließe, so, dass die Erbringung der Maßgabe aus dem Wert und auf der Grundlage der Gabe zu erfolgen habe, d.h. dass der Wert der Auflage hinter dem Werte des Geschenks

25 Vgl. Crezelius, Erbschaft- und Schenkungssteuer in zivilrechtlicher Sicht, 1979, S. 149; BGH NJW 1987, 2816 f.; BFH DB 1991, 1097 f.

26 Bamberger/Roth/Gehrlein, § 516 Rn 4; MüKo/Kollhosser, § 516 Rn 3; Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, 3. Aufl., 2007, S. 277 Rn 7; Soergel/Mühl/Teichmann, § 525 Rn 6; Staudinger/Wimmer-Leonhardt, § 516 Rn 21; BGH NJW 1987, 2816 f.

27 So war es im vorklassischen römischen Recht: statt der Leihe existierte die sog. *fiducia cum amico* – eine fiduziarische Übereignung, die die Funktionen des späteren *commodatus* erfüllte.

28 Jacob, Franz Haymann und Die Schenkung unter Auflage, 1995, S. 107; RGRK/Mezger § 516 Anm. 5; Sokołowski, Ausgewählte Probleme der AufLAGENSCHENKUNG nach polnischem und deutschem Recht [in:] v. Bar/Wudarski (Hrsg.), Deutschland und Polen in der europäischen Rechtsgemeinschaft, 2012, S. 204 f.

29 In Deutschland: Pruskowski, Das Merkmal der Zuwendung im Tatbestand der Schenkung, 1987, S. 180.

In Österreich: NZ 1932, 172; Schwimann/Binder, § 938 Rn 34; Rummel/Schubert, § 938 Rn 8. Ähnlich auch Klang/Swoboda, § 941 Anm. III C, S. 623.

In Polen: Resich/Ignatowicz/J. Pietrzykowski/Bielski/Rejman, Kodeks cywilny. Komentarz., T. 3. 1972, S. 1738; SA Kattowitz OSAp 3/1997, poz. 20.

30 Sokołowski, Ausgewählte Probleme der AufLAGENSCHENKUNG nach polnischem und deutschem Recht [in:] v. Bar/Wudarski (Hrsg.), Deutschland und Polen in der europäischen Rechtsgemeinschaft, 2012, S. 206.

31 In Polen: Oleszko, Pal. 10/1976, 26; Radwański/Stecki, System prawa prywatnego. T. 7. Prawo zobowiązań – część szczegółowa, 2. wyd., Warszawa 2004, S. 284 Nb. 18; Stecki, Darowizna, 1998, S. 64.

In Deutschland: Haymann, Schenkung unter einer Auflage, 1905, S. 31 ff.; Koeppen, Das *negotium mixtum cum donatione* nach Pandektenrecht und Reichsgesetzen, 1901, S. 40; RGZ 60, 238.

32 In Deutschland: Jacob, Franz Haymann und Die Schenkung unter Auflage, 1995, S. 61; Siegert, Die Auflage bei Schenkungen nach römischem und gemeinem Recht, 1906, S. 61.

In Polen: Czachórski/Grzybowski, System prawa cywilnego. T. 3/II. Prawo zobowiązań – część szczegółowa, 1976, S. 241.

33 Sokołowski, JOR 2010, 298; ders., Rej. 2011, 64.

sein sollte.<sup>34</sup> Das würde bedeuten, dass dem Beschenkten nach der Aufgabendurchführung noch eine Bereicherung verbliebe. Somit würde die Auflage tatsächlich bloß eine „Einschränkung der Gabe, die die Bereicherung nicht ausschließt“ darstellen. Es ist aber nicht zu vergessen, dass die inäquivalente Gegenleistung bei der gemischten Schenkung auch hinter dem Werte der die Schenkung beinhaltenden Zuwendung steht. Wäre es anders, so läge keine gemischte Schenkung sondern ein vollentgeltlicher Kontrakt vor. Das am Anfang dargestellte Argument ist also kein taugliches Kriterium zur Unterscheidung zwischen der Schenkung unter Auflage und der gemischten Schenkung.<sup>35</sup>

#### e) Andere Interessenlage

Einige Autoren argumentieren, dass die Interessenlage bei der gemischten Schenkung und bei der Schenkung unter Auflage anders sei. S. Wimmer-Leonhardt gibt als allgemeines Kriterium zur Abgrenzung der modalen Schenkung von anderen Geschäften, darunter auch von der gemischten Schenkung, andere Interessenlage und Motiv für die Anordnung an.<sup>36</sup> K. Cosack vertritt die Meinung, das Interesse des Schenkers an Aufgabendurchführung sei nur ideell und deswegen in der Regel ungeeignet, ein Äquivalent der eigenen realen Leistung zu sein. Er hob zudem hervor, das Entgelt könne in der Regel nur das sein, was der Zuwendende selber, nicht aber ein Dritter bekomme.<sup>37</sup> Das erscheint aber nicht richtig. Das Entgelt kann auch zugunsten eines Dritten erbracht werden. Man denke an die Anweisung (§ 783 ff. BGB), die *ex definitione* eine Leistung an den Dritten beinhaltet. Die Probleme ihrer Verbindung mit der gemischten Schenkung stellt das folgende Beispiel dar:

A veräußert dem B sein 1 Mio. € wertiges Haus. Die Parteien vereinbaren, dass dafür B die Schulden des A beim C i.H.v. 200 000 € bezahlen solle.

A hat ein großes Interesse daran, dass B die Leistung an C entrichtet, da er dadurch von seinen Schulden befreit wird. Diese Leistung entspricht der oben angeführten Definition des Entgelts (ein Vorteil, den der Zuwendende (Schenker) für seine Zuwendung empfängt, der für die Zuwendung adäquat kausal ist und dessen Herbeiführung vom Parteiwillen umfasst ist). Das spricht gegen die Meinung Cosacks.<sup>38</sup>

34 Bamberger/Roth/Gehrlein, § 525 Rn 3; Erman/Herrmann, § 525 Rn 6; Esser/Weyers, Schuldrecht. Bd. 2. Besonderer Teil, 7. Aufl., 1991, S. 125; Jauch/Mansel, § 525 – 527 Rn 2 f.; MüKo/Kollhosser, § 525 Rn 2; Planck/Knoke, § 525 Anm. 1c; RGRK/Mezger § 525 Anm. 1; Soergel/Mühl/Teichmann, § 525 Rn 1; Staudinger/Wimmer-Leonhardt, § 525 Rn 8; v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Rechts. Bd. 2/II, 1918, S. 168; BGH 107, 156, 160; BGH NJW 1982, 818 f.; BGH FamRZ 1967, 214; BGH FamRZ 1970, 185; BFH DB 1974, 1606; OLG Bamberg NJW 1949, 788 f. In Österreich: NZ 1932, 172; Schwimann/Binder, § 938 Rn 34; Rummel/Schubert, § 938 Rn 8.

35 Sokołowski, Ausgewählte Probleme der Aufgabendurchführung nach polnischem und deutschem Recht [in:] v. Bar/Wudarski (Hrsg.), Deutschland und Polen in der europäischen Rechtsgemeinschaft, 2012, S. 206 f.

36 Staudinger/Wimmer-Leonhardt, § 525 Rn 15.

37 Cosack, Das Anfechtungsrecht der Gläubiger eines zahlungsunfähigen Schuldners innerhalb und außerhalb des Konkurses nach deutschem Rechtsrecht, 1884, S. 138.

38 Sokołowski, Rej. 2011, 66.

Ein Teil des Schrifttums, besonders in der Schweiz, ist der Ansicht, dass im Falle der Gegenleistung der Leistende hauptsächlich eigene Interessen verfolge, während das bei der Aufgabendurchführung nicht der Fall sei.<sup>39</sup> Das folgende Beispiel spricht jedoch gegen dieses Argument: A schenkt ihrer Schwester ihr nach ihren Vorstellungen 52 000 € wertiges und mit 49 000 € Schulden belastetes Haus mit der Auflage der Übernahme der o.g. Schulden.<sup>40</sup> Ihr Zweck ist in erster Linie sicherlich die Entledigung der Schulden, nicht die Bereicherung der Schwester. Es zeigt, dass der Schenkende durch die Auflage in erster Linie auch durchaus eigene Interessen verfolgen kann.<sup>41</sup>

#### f) Erbringung aus der Substanz der Gabe

Ein beträchtlicher Teil der Rechtslehre hebt hervor, die Auflage könne nicht als ein Entgelt angesehen werden, weil sie nur aus der Zuwendung selber, nicht aus dem sonstigen Vermögen des Beschenkten erfüllt werden könne. Es ist also zu klären, ob die Auflage immer aus der Substanz der Gabe selber zu erbringen sei. Ein Teil der Rechtslehre<sup>42</sup> bejaht das, diese Ansicht wird jedoch von anderen Verfassern kritisiert.<sup>43</sup> Sie beruht nämlich auf einer willkürlichen, nicht dem Gesetz entnommenen Definition der Schenkung unter Auflage und ist inkonsequent. Nach heutiger h.M. ist die Erfüllung der Auflage aus dem Schenkungsgegenstand selber nicht erforderlich, sie hat nur aus dem Werte und auf der Grundlage der Gabe zu erfolgen.<sup>44</sup> Genauso ist aber auch die inäquivalente Gegenleistung bei der gemischten Schenkung zu erbringen. Deswegen ist das kein überzeugendes Argument gegen die Qualifikation der Auflage als Entgelt.<sup>45</sup>

39 Cavin [in:] Vischer, Schweizerisches Privatrecht. Bd. 7/II. Obligationenrecht – Besondere Schuldverhältnisse, 1977, S. 190; v. Büren, Schweizerisches Obligationenrecht. Besonderer Teil, 1972, S. 279; Winistörfer, Die unentgeltliche Zuwendung im Privatrecht, insbesondere im Erbrecht, 2000, S. 89.

40 Nach RGZ 60, 238.

41 Sokołowski, Ausgewählte Probleme der Aufgabendurchführung nach polnischem und deutschem Recht [in:] v. Bar/Wudarski (Hrsg.), Deutschland und Polen in der europäischen Rechtsgemeinschaft, 2012, S. 207 f.

42 Coing, NJW 1949, 260; Esser/Weyers, Schuldrecht. Bd. 2. Besonderer Teil, 7. Aufl., 1991, S. 125; Looschelders, Schuldrecht. Besonderer Teil, 2007, S. 129 Rn 330; Oertmann, Entgeltliche Geschäfte, 1912, S. 52 ff.; Steger, Die gemischte Schenkung (negotium mixtum cum donatione), 1935, S. 19 – 20; für den typischen Fall auch D. Medicus (Medicus, Schuldrecht II. Besonderer Teil, 13. Aufl., 2006, S. 70 Rn 180) und S. Wimmer-Leonhardt (Staudinger/Wimmer-Leonhardt, § 525 Rn 23).

43 Beck, Der Begriff der Unentgeltlichkeit im bürgerlichen Recht, 1973, S. 86; Erman/Herrmann, § 525 Rn 3; Gursky, Schuldrecht. Besonderer Teil, 5. Aufl., 2005, S. 69; Huber, Examens-Repetitorium Besonderes Schuldrecht/1. Vertragliche Schuldverhältnisse, 2006, S. 152 Rn 446; Jauch/Mansel, § 525 – 527 Rn 2; Liebisch, Das Wesen unentgeltlicher Zuwendungen unter Lebenden, 1927, S. 30; Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, 3. Aufl., 2007, S. 298 Rn 53; Soergel/Mühl/Teichmann, § 525 Rn 1; v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Rechts. Bd. 2/II, 1918, S. 166 f.; BGH NJW 1982, 818 ff.

44 Bamberger/Roth/Gehrlein, § 525 Rn 3; MüKo/Kollhosser, § 525 Rn 2; Soergel/Mühl/Teichmann, § 525 Rn 1; Staudinger/Wimmer-Leonhardt, § 525 Rn 8; OGHBrZ 1, 258, 261.

45 Sokołowski, Ausgewählte Probleme der Aufgabendurchführung nach polnischem und deutschem Recht [in:] v. Bar/Wudarski (Hrsg.), Deutschland und Polen in der europäischen Rechtsgemeinschaft, 2012, S. 209; ders., Rej. 2011, 68.

### g) Kein Synallagma

Ein großer Teil der Rechtslehre und Judikatur argumentiert, dass die Auflage einseitig von der Zuwendung abhängig sei, während die Leistungen bei der gemischten Schenkung in einem synallagmatischen Verhältnis stünden.<sup>46</sup> Im Verhältnis zur Schenkung sei die Auflage akzessorisch. Es liege kein Austausch vor, deswegen könne die AufLAGENSCHENKUNG nicht als eine Unterart des *negotium mixtum cum donatione* eingestuft werden. Die Entgeltlichkeit wird der Gegenseitigkeit gleichgestellt.<sup>47</sup> Es wird hervorgehoben, dass die AufLAGENSCHENKUNG keine gemischte sei, weil sie nicht auf Gütertausch gerichtet sei und die Parteien die Leistungen nicht für gleichwichtig betrachten würden.<sup>48</sup> Die Anhänger dieser Auffassung scheinen aber zu vergessen, dass dies nicht die einzige Art der formellen Verknüpfung zwischen der Zuwendung und dem Entgelt ist. Wie es schon oben gesagt wurde, setzt nicht nur eine synallagmatische Verknüpfung die formelle Entgeltlichkeit voraus; vielmehr können die Zuwendung und das Entgelt auch in einem konditionalen oder kausalen Verhältnis zueinander stehen. In den letzten zwei Fällen ist das Entgelt einseitig von der Zuwendung abhängig, genau wie die Auflage von der Gabe. Manchmal verwirklicht sogar eine *donatio sub modo* wirtschaftlich die Ziele des Kaufes. Es liegt kein teleologischer Grund vor, um sie als eine voll unentgeltliche Schenkung einzustufen. Die einseitige Abhängigkeit der Auflage von der Zuwendung kann also nicht gegen die Qualifizierung der AufLAGENSCHENKUNG als ein teilentgeltlicher Vertrag sprechen. Die Auflage befindet sich in einer modalen Verknüpfung mit der Zuwendung, die, obwohl sie sehr nah zu der konditionalen Verbindung steht,<sup>49</sup> ist ihrer Natur nach eine Unterart der kausalen Verknüpfung, da die Nichterfüllung der Auflage nicht die Nichtigkeit oder sogar nicht den Widerruf der Schenkung zur Folge haben kann. Die Anerkennung der modalen Verknüpfung als eine Abart der kausalen bekräftigt die Ansicht der h.L., dass die Auflage auf der Grundlage der Gabe zu erfolgen hat (siehe oben). Die Besonderheit dieser Verknüpfungsart liegt darin, dass der Schenker einen echten Anspruch auf Erfüllung der Auflage hat, die rechtlich begründet und nicht nur vom tatsächlichen Willen der Parteien (wie bei der Zweckschenkung) erfasst wird. Jedoch wird die Erfüllung der Auflage nicht zur finalen Wirksamkeitsbedingung für die Schenkung (es kann aber umgekehrt sein), deswegen ist eine konditionale Verknüpfung ausgeschlossen. Die spezifische modale Verbindung

46 In Deutschland: Braun, Die gemischte Schenkung, 1950, S. 16; Koeppen, Das negotium mixtum cum donatione nach Pandektenrecht und Reichsgesetzen, 1901, S. 40; Planck/Knoke, § 525 Anm. 1c; Pruskowski, Das Merkmal der Zuwendung im Tatbestand der Schenkung, 1987, S. 176 f.; Richrath, Wesen und Inhalt des Schenkungsbegriffes nach deutschem bürgerlichem Recht, 1913, S. 138; v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2/II, 1918, S. 166 f.; RGZ 60, 238, 241.

In Polen: Longchamps de Bérier, *Zobowiązania*, 2. wyd., 1939, S. 473; Oleszko, Pal. 10/1976, 26; SN P1P 7/1946, 117.

In der Schweiz: Guhl/Koller, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., 2000, S. 370; BGE 80 II 260.

47 Jacob, Franz Haymann und Die Schenkung unter Auflage, 1995, S. 98.

48 Jauernig/Mansel, § 525 – 527 Rn 2; Gschnitzer/Faistenberger/Barta/Echer, Österreichisches Schuldrecht. Besonderer Teil und Schadensersatz, 2. Aufl., 1988, S. 97; v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2/II, 1918, S. 168.

49 Beck, Der Begriff der Unentgeltlichkeit im bürgerlichen Recht, 1973, S. 88 f.

ist also viel stärker als die klassische kausale Verknüpfung, wo das Entgelt nicht einklagbar ist. Daraus ergibt sich, dass wenn für letztere die formelle Entgeltlichkeit ausreicht, auch bei Ersterer das Entgeltlichkeitsmoment nicht verneint werden kann.<sup>50</sup> Eine andere Lösung würde zur Inkohärenz des ganzen Rechtssystems führen.<sup>51</sup>

### h) Wertverhältnis

Ein Teil der Rechtslehre und der Judikatur versucht die AufLAGENSCHENKUNG von der gemischten nach den Wertverhältnissen beider Leistungen abzugrenzen, die für die Feststellung des Parteiwillens maßgeblich sein sollten. Bei einer weiten Diskrepanz dazwischen liege eine modale Schenkung vor, bei einer Annäherung der Werte – ein (teil)entgeltliches Geschäft.<sup>52</sup> Dieser Meinung, die schon A. v. Tuhr kritisierte,<sup>53</sup> kann nur dahingehend zugestimmt werden, dass die Wertverhältnisse den Parteiwillen indizieren, ein konkretes Geschäft abzuschließen. Auf keinen Fall können sie aber allein ausschlaggebend sein. Vielmehr gilt das Prinzip der subjektiven Äquivalenz.<sup>54</sup> Die Parteien sind frei, das Wertverhältnis der Leistungen bei der AufLAGENSCHENKUNG auf 99 % und bei der gemischten auf 1 % zu setzen. Das Paradebeispiel ist RGZ 60, 238, wo die Auflage mehr als 94 % des Schenkungswertes deckte. In den von der deutschen, polnischen, schweizerischen und österreichischen Judikatur als gemischte Schenkungen qualifizierten Sachverhalten beträgt hingegen das Wertverhältnis der Leistungen üblicherweise ca. 1 : 0.1 – 1 : 0.75.<sup>55</sup> Die Einstufung des Geschäfts allein nach dem Wertverhältnis widerspricht also dem Parteiwillen und dem Prinzip der subjektiven Äquivalenz. Sie würde auch zur Rechtsunsicherheit führen, weil bei teilentgeltlichen Verträgen die Werte der Leistungen *ex definitione* nicht ähnlich sein können. Die Wahrung der Rechtssicherheit ist aber immer bei der Auslegung zu beachten.<sup>56</sup> Jedoch auch bei einem vollentgeltlichen Rechtsgeschäft können die objektiven Werte beider Leistungen divergieren (Räumungsverkauf, Notverkauf, Rabattverkauf), was das Entgeltsmerkmal des Geschäfts nicht verneint. Das objektive oder subjektive Wertverhältnis ist also

50 Sokołowski, JOR 2010, 298 f.

51 Sokołowski, Ausgewählte Probleme der AufLAGENSCHENKUNG nach polnischem und deutschem Recht [in:] v. Bar/Wudarski (Hrsg.), Deutschland und Polen in der europäischen Rechtsgemeinschaft, 2012, S. 211; ders., *Rej.* 2011, 70.

52 Enneccerus/Lehmann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2. Recht der Schuldverhältnisse, 14. Aufl., 1954, S. 485; Hülsheger, Zuwendungen zwischen Ehegatten zum gemeinsamen Hausbau, 1982, S. 37; Kraher, Gegenseitige Verträge, 1904, S. 71; Lilienthal, JW 1926, 191; MüKo/Kollhossler, § 516 Rn 11; RGRK/Mezger § 516 Anm. 11, § 525 Anm. 6; RGZ 60, 238, 242; RGZ 68, 326, 328; RG JW 1915, 513; RG JW 1916, 1117 f.; RGZ 112, 210, 212; OGHBrZ NJW 1949, 260 f.; OGHBrZ NJW 1949, 581 f.; BGHZ 3, 206, 212.

53 V. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2/II, 1918, S. 168.

54 Sokołowski, PPUW 3/2005, 77; ders., PS 7 – 8/2009, 80; ders., PS 7 – 8/2010, 137 f.; ders. 5/2010, 47.

55 In Deutschland: OLG Köln NJW-RR 2002, 1595; BayObLGZ 1995, 186; BGHZ 59, 132; BGHZ 82, 274, 281; RGZ 163, 257; RGZ 148, 237; RGZ 101, 99; RGZ 29, 265.

In Österreich: SZ 5/42.

In der Schweiz: BGE 82 II 430.

In Polen: OSNC 6/2002, poz. 80; SN OSPiK 1960, poz. 152; SN NP 9/1957, 118; OSN 3/1955, poz. 57; Zb.Orz.SNIC 1924, poz. 164.

56 Sokołowski, WRP 2008, 898, 901.

kein brauchbares Kriterium zur Abgrenzung der Auflagenschenkung von der gemischten Schenkung.<sup>57</sup>

### i) Auflage bei jedem Geschäft

W. Koeppen argumentierte ferner, die Auflage könne keine Entgeltart sein, weil wenn sie es wäre, so müsste sie bei jedem Rechtsgeschäft zulässig sein, während sie nur der Schenkung und dem Testament beigefügt werden könne.<sup>58</sup> Dieses Argument ist aus zwei Gründen nicht überzeugend:

Zuerst ist es festzustellen, dass die Tatsache, dass der Gesetzgeber die Auflage nur bei zwei Geschäften normiert hat, bedeutet nicht, dass sie nicht kraft Vertragsfreiheit auch bei anderen Kontrakten – mindestens theoretisch – zulässig wäre. Gegen die Zulässigkeit liegen keine wertungsbezogenen Gründe vor. Durch die besondere Regelung der Auflage bei der Schenkung und beim Testament scheint der Gesetzgeber nicht eine Begrenzung der Zulässigkeit des Modus gewollt zu haben sondern wohl eine Klarstellung – dass eine Art Leistung der Gegenseite mit dem Schenkungsvertrag lose verbunden werden kann. Eine intuitive Vorstellung von der Schenkung als einem unentgeltlichen Geschäft verböte nämlich die Beifügung jeglicher Gegenleistungen, Auflagen oder Anordnungen. Beim Testament hingegen war es wichtig zu regulieren, dass auch andere Anordnungen über eine Zuwendung (Legat) hinaus, die jedes Tun oder Unterlassen zum Gegenstand haben, auferlegt werden können. Es herrscht schließlich *numerus clausus* erbrechtlicher Geschäfte. Wenn die Parteien im Allgemeinen eine kausale oder konditionale Verknüpfung vereinbaren können, so wäre es inkonsequent, ihnen die Vereinbarung einer modalen zu verwehren.

Davon abgesehen würde es für die Parteien normalerweise keinen Sinn machen, bei anderen Geschäften eine Auflage zu vereinbaren, wenn sie einem Kontrahenten eine Zusatzpflicht auferlegen möchten. Sollten sie z.B. eine Lieferung beim Kaufvertrag vereinbaren, würden sie das eher als einen synallagmatischen gemischten Kontrakt vereinbaren, da dies besser die Interessen des Käufers schützt und dem gesamten Austauschcharakter des Kaufvertrages viel besser entspricht als die Vereinbarung einer „Lieferungsaufgabe“. Wahrscheinlich mangels Zweckmäßigkeit und weil solche Kontrakte („Auflagenkauf“) in der Praxis kaum vorkommen, dürfte der Gesetzgeber es für überflüssig erachtet haben, eine allgemeine Regulierung der Auflage im Gesetz zu schaffen.<sup>59</sup>

Aber auch wenn es anzunehmen wäre, dass nach dem Willen des Gesetzgebers die Möglichkeit der Beifügung des Modus auf diese zwei Zuwendungsgeschäfte (Testament und Schenkung) begrenzt sein sollte, die von der Natur aus als solche unentgeltlich sind, so wäre das kein überzeugendes

Argument gegen die Qualifikation der Schenkung unter Auflage als eine gemischte: Aus den Prämissen, dass das Entgelt bei entgeltlichen Geschäften vorliege und die Auflage eine Art Entgelt sei, ergäbe sich nicht, dass sie jedem Geschäft beigefügt werden könne, da nicht bei jedem Geschäft jede Entgeltsart gebraucht werden kann. Das liefe der ersten Prämisse nicht zuwider, weil sie nicht besagt, dass jede Entgeltsart bei jedem entgeltlichen Rechtsgeschäft gebraucht werden könne, sondern dass nur einige bei einigen. Die Folgerung Koeppens ist also nicht überzeugend.<sup>60</sup>

### j) Bekundung des Willens, ein unentgeltliches Geschäft zu tätigen

W. Koeppen vertrat die Meinung, dass wenn der Zuwendende für seine Zuwendung die Form der Auflagenschenkung wähle, so wolle er den Willen manifestieren, ein völlig unentgeltliches Geschäft abzuschließen, weil er andernfalls das überhaupt nicht zum Gegenstand der Schenkung machen würde, was in sein Vermögen durch die Aufлагenerfüllung zurücküberführt werden solle.<sup>61</sup> Das könnte aber nur in ganz seltenen Fällen richtig sein – in denen der Schenker selber bedacht ist und der Modusvollzug die Substanz der Gabe beeinträchtigt (z.B. eine Schenkung der Summe von 100 € mit der Auflage, dem Schenker 60 € zu zahlen). Aber solche Verträge sind als mit einer Schenkung verbundene fiduziarische Geschäfte zu qualifizieren; mithin scheiden sie aus dem Bereich der Auflagenschenkung aus (im obigen Beispiel – Beschenkter hinsichtlich der 40 €, Fiduziar hinsichtlich der 60 €). Eine Belastung des Beschenkten mit der Auflage hat in der Regel zum Zwecke, ihn zur Schaffung eines Sachverhalts zu bewegen, den der Schenker selber nicht schaffen kann.<sup>62</sup> Sie ähnelt also einem üblichen ökonomischen Austausch. Die Parteien bedienen sich der Form der Auflagenschenkung aus fiskalischen Gründen oder um hervorzuheben, dass es sich um einen Vertrag mit nahen Angehörigen handelt, mit denen es unangebracht ist, Handel zu treiben. Es kann also nicht gesagt werden, dass wenn die Parteien für das Geschäft die Form einer Schenkung (unter Auflage) wählen würden, wollten sie in jedem Fall ein voll unentgeltliches Geschäft tätigen.<sup>63</sup>

### k) Einheit der Mittel der Schenkung und der Auflage

H. Lammfromm argumentierte, dass eine Auflagenschenkung nicht eine Unterart des *negotium mixtum cum donati-one* sein könne, weil bei Ersterer die Einheit der Mittel der Schenkung und der Auflage vorliege, während bei Letzterem, bei welchem das onerose Element unzweifelhaft den Charakter eines Entgelts hat, die Schenkung und die Leistung

57 Sokołowski, *Ausgewählte Probleme der Auflagenschenkung nach polnischem und deutschem Recht* [in:] v. Bar/Wudarski (Hrsg.), *Deutschland und Polen in der europäischen Rechtsgemeinschaft*, 2012, S. 212; ders., *Rej.* 2011, 68.

58 Koeppen, *Das negotium mixtum cum donatione nach Pandektenrecht und Reichsgesetzen*, 1901, S. 91.

59 Sokołowski, *Rej.* 2011, 72.

60 Sokołowski, *Ausgewählte Probleme der Auflagenschenkung nach polnischem und deutschem Recht* [in:] v. Bar/Wudarski (Hrsg.), *Deutschland und Polen in der europäischen Rechtsgemeinschaft*, 2012, S. 216; ders., *Rej.* 2011, 72.

61 Koeppen, *Das negotium mixtum cum donatione nach Pandektenrecht und Reichsgesetzen*, 1901, S. 41.

62 A.A. Koeppen, *Das negotium mixtum cum donatione nach Pandektenrecht und Reichsgesetzen*, 1901, S. 38.

63 Sokołowski, *Ausgewählte Probleme der Auflagenschenkung nach polnischem und deutschem Recht* [in:] v. Bar/Wudarski (Hrsg.), *Deutschland und Polen in der europäischen Rechtsgemeinschaft*, 2012, S. 217; ders., *Rej.* 2011, 65.

aus dem entgeltlichen Verträge sich anderer Mittel bedienen würden – etwas anderes sei der Schenkungsgegenstand, etwas anderes der Gegenstand der Leistung aus dem entgeltlichen Verträge. Diesem kann aber entgegengehalten werden, dass viele prominente Gelehrte sogar die Einheit der Mittel der Schenkung und des entgeltlichen Vertrages anerkennen, aus denen sich die gemischte Schenkung zusammensetzt (die Anhänger der Einheitstheorie<sup>64</sup>). Es gibt also keine Gründe, weswegen dieses Argument den Entgeltscharakter der Auflage verneinen sollte, insb. weil Lammfromm nicht erklärt, warum bei der Schenkung unter Auflage die Einheit und beim *negotium mixtum cum donatione* eine Unterschiedlichkeit der Mittel der Schenkung und der Leistung aus dem onerosen Verträge vorliegen sollte. Es kann schließlich nicht akzeptiert werden, dass der Unterschied darauf beruhe, dass die gemischte Schenkung teilentgeltlich während die modale völlig unentgeltlich sei. Das stellte einen Zirkelschluss dar. Dasselbe betrifft das schon oben besprochene Argument der h.L., die gemischte Schenkung setze sich aus einem entgeltlichen und einem unentgeltlichen Teil zusammen, während bei der modalen Schenkung die ganze Gabe geschenkt werde.<sup>65</sup>

## 6. Konklusion

Nach h.M. sei die Abgrenzung zwischen einer Auflagenschenkungen und einer gemischten Schenkung sehr schwierig oder sogar gar nicht möglich.<sup>66</sup> Ähnliche Sachverhalte werden von der Judikatur verschieden qualifiziert – als Schenkungen unter Auflage<sup>67</sup> oder als teilentgeltliche Geschäfte<sup>68</sup> (besonders Übergabeverträge), was für die Rechtssicherheit schädlich ist, welche bei der Interpretation immer zu berücksichtigen ist.<sup>69</sup> H. Oetker, F. Maultzsch und A. v. Tuhr vertreten die Meinung, dass die Auflage sehr nah zum Entgelte stehe.<sup>70</sup> Ihre Erfüllung qualifiziert Letzterer als ein entgeltliches Geschäft im Rahmen der KO.<sup>71</sup> Jedoch sucht die Literatur unermüdlich zahlreiche Argumente gegen die Einordnung der Auflage als ein Entgelt. Keine davon sind überzeugend.

64 Goldschmidt, Die gemischte Schenkung nach Reichsrecht, 1907, S. 46; Regelsberger, JherJhb. Bd. 48 (1905), 462; Skalka, *Negotium mixtum cum donatione* nach Gemeinem Recht und B.G.B., 1907, S. 41 – 45; Ternka, Die gemischte Schenkung, 1933, S. 43 – 47; v. Gierke, Deutsches Privatrecht. Bd. 3. Schuldrecht, 1917, S. 434. In Polen: Hubert, PN 1948, 451.

65 Sokolowski, Ausgewählte Probleme der Auflagenschenkungen nach polnischem und deutschem Recht [in:] v. Bar/Wudarski (Hrsg.), Deutschland und Polen in der europäischen Rechtsgemeinschaft, 2012, S. 218.

66 Coing, NJW 1949, 260; Erman/Herrmann, § 525 Rn 6; Lorenz, FS Rhein-stein, S. 561; MüKo/Kollhosser, § 516 Rn 73; Pruskowski, Das Merkmal der Zuwendung im Tatbestand der Schenkung, 1987, S. 175; RGRK/Mezger § 525 Anm. 4; Staudinger/Wimmer-Leonhardt, § 525 Rn 15; v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Rechts. Bd. 2/II, 1918, S. 169. In der Schweiz: Cavin [in:] Vischer, Schweizerisches Privatrecht. Bd. 7/I. Obligationenrecht – Besondere Schuldverhältnisse, 1977, S. 190; Winis-törfer, Die unentgeltliche Zuwendung im Privatrecht, insbesondere im Erb-recht, 2000, S. 89.

67 BGH FamRZ 1970, 185 f.; BGH JR 1990, 192 f.; BGH NJW 1989, 2122 f.; BGHZ 3, 206, 211; BFH BStBl. 1963 III, 178 f.; BFH DB 1974, 1606 f.; BFH NJW 1986, 1009; BayObLG OLGE 93, 20.

68 BGH WM 1964, 614, 616; BGH FamRZ 1967, 214 f.; BGH FamRZ 1981, 765 f.; OLG Köln OLG-Report 1993, 43 f.; RFH RStBl. 1934, 295 f.; BFH GrS NJW 1993, 977.

69 Sokolowski, PPUW 3/2006, 110; ders., WRP 2008, 898, 901; ders., JR 2009, 311.

70 Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, 3. Aufl., 2007, S. 298 Rn 56; v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Rechts. Bd. 2/II, 1918, S. 167.

71 V. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Rechts. Bd. 2/II, 1918, S. 168.

Es kann kein taugliches, wertungsmäßig begründetes Kriterium zur Differenzierung zwischen der Schenkung unter Auflage und der gemischten gefunden werden. Es bleibt also nichts anderes übrig als anzunehmen, dass der Modus ein Entgelt und somit die *donatio sub modo* eine Unterart der gemischten Schenkung ist.<sup>72</sup> Die Auflage ist ein Vorteil, den der Zuwendende (Schenker) für seine Zuwendung empfängt, der für die Zuwendung adäquat kausal ist und dessen Herbeiführung vom Parteiwillen umfasst ist; sie entspricht also der oben angeführten Definition des Entgelts. Die modale Schenkung ist ein kausales Zuwendungsgeschäft, das völlig formell (modale Verknüpfung) und nur teilweise materiell entgeltlich ist (keine volle Äquivalenz der Leistungen), bei dem beide Parteien darüber einig sind, dass der Zweck der nur teilweisen Äquivalenz eine teilweise unentgeltliche Zuwendung ist, und bei dem ein oneroser Kontrakt mit einem Schenkungsvertrag verbunden ist; sie entspricht also der oben angeführten Definition der gemischten Schenkung. So eine Qualifikation dient der Vereinfachung der Behandlung beider Rechtsinstitute und führt zur Vermeidung der Haarspalterei. Beide Rechtsgeschäfte dienen häufig ähnlichen Zwecken,<sup>73</sup> die Wertungsjurisprudenz verlangt also deren Gleichbehandlung. Was ist wirtschaftlich der Unterschied zwischen einem Schenkungsvertrag unter der Auflage, 99 % des Wertes der Gabe an den Schenker in Geld zu zahlen, und einem Kaufvertrag? Oder einem Schenkungsvertrag unter der Auflage, 50 % des Wertes der Gabe an den Schenker zu zahlen, und einem „Kaufvertrag“ zum Freundespreis, um 50 % reduziert?<sup>74</sup>

Nicht jede gemischte Schenkung kann eine *donatio sub modo* sein – es gibt teilentgeltliche Geschäfte, bei denen die Leistungen der Vertragspartner synallagmatisch verbunden sind. Daraus ergibt sich, dass jede Schenkung unter Auflage ein teilentgeltliches Geschäft darstellt, aber nicht jede gemischte Schenkung ist eine *donatio sub modo*. Die Menge der Designate des Begriffes „*negotium mixtum cum donatione*“ umfasst also die Menge der Designate des Begriffes „Schenkungen unter Auflage“.<sup>75</sup>

Die Vereinheitlichung der *donatio sub modo* und der gemischten Schenkung, indem Erstere als eine Abart Letzterer angesehen ist, entspricht auch den modernsten Auffassungen im europäischen Privatrecht (DCFR) und führt zur Vereinfachung des Rechtssystems.<sup>76</sup> Das ermöglicht viele Auslegungslücken zu schließen, wie das oben zu sehen ist

72 Sokolowski, JOR 2010, 299; ders., Ausgewählte Probleme der Auflagenschenkungen nach polnischem und deutschem Recht [in:] v. Bar/Wudarski (Hrsg.), Deutschland und Polen in der europäischen Rechtsgemeinschaft, 2012, S. 219; ders., Rej. 2011, 73.

73 Braun, Die gemischte Schenkung, 1950, S. 17 f.; Müller, JherJhb. Bd. 48 (1905), 239.

74 Sokolowski, JOR 2010, 299; ders., Ausgewählte Probleme der Auflagenschenkungen nach polnischem und deutschem Recht [in:] v. Bar/Wudarski (Hrsg.), Deutschland und Polen in der europäischen Rechtsgemeinschaft, 2012, S. 220.

75 Sokolowski, Ausgewählte Probleme der Auflagenschenkungen nach polnischem und deutschem Recht [in:] v. Bar/Wudarski (Hrsg.), Deutschland und Polen in der europäischen Rechtsgemeinschaft, 2012, S. 221; ders., Rej. 2011, 74.

76 Sokolowski, Ausgewählte Probleme der Auflagenschenkungen nach polnischem und deutschem Recht [in:] v. Bar/Wudarski (Hrsg.), Deutschland und Polen in der europäischen Rechtsgemeinschaft, 2012, S. 221; ders., Rej. 2011, 74.

(Anwendung einiger Regel über die gemischte Schenkung auf die Auflagenschenkungen).

### III Zusammenfassung

Zusammenfassend ist es zu bemerken, dass die Auflagenschenkungen konträr mit der heute herrschenden Meinung und im Einklang mit der Ansicht der Pandektistik sowie mit den neusten Auffassungen im europäischen Privatrecht eine Unterart der gemischten Schenkung ist, weil die Auflage der allgemeinen Definition des Entgelts entspricht und kein taugliches Kriterium zur Differenzierung beider Geschäftsarten gefunden werden kann. Außerdem sprechen auch teleologische Gründe für diese Gleichstellung, sie steht daher im Einklang mit der heutigen Wertungsjurisprudenz.

Interessant ist auch, dass die Ansichten, die vor 170 Jahren blühten, aber im 20. Jh. von der h.M. aufgegeben wurden, doch vor kurzem auf dem europäischen Niveau Anerkennung gefunden haben und sogar zu einer der Grundlagen der Har-

monisierung des europäischen Privatrechts geworden sind. Das zeigt, dass ältere Literaturmeinungen, sogar solche aus dem 19. Jh., nicht allgemein zu verwerfen sind, da sie immer noch heutzutage Anwendung finden können, auch auf der gesamteuropäischen Ebene (Draft Common Frame of Reference). Das bezeugt, dass die Rechtsgeschichte nicht mehr nur eine historische Wissenschaft sei, sondern sie bildet die Grundlage der heute geltenden nationalen Rechtsordnungen und somit den gemeinsamen Nenner für die Vereinheitlichung des europäischen Privatrechts.

Die Folgerungen aus den obigen Überlegungen sind sowohl für Notare als auch für Fachanwälte für Familien- und Erbrecht wichtig. Die Notare müssen nämlich die Vertragsparteien über die Folgen einer entsprechenden Vertragsgestaltung belehren, ggf. die Vorschläge der Parteien ablehnen, und die Fachanwälte für Familien- und Erbrecht sie bei den Streitigkeiten um solche Kontrakte vertreten. Die hier besprochene Problematik kann also für beide Berufsgruppen interessant sein.

# Die Trans- oder Postmortale Vollmacht im Fall der Alleinerbenstellung des Bevollmächtigten. Zugleich Besprechung des Beschlusses des OLG Hamm vom 10.01.2013.

Notarvertreter Timo Lutz, Filderstadt

## I. Sachverhalt

Das OLG Hamm hat mit Beschluss vom 10.01.2013 – 15 W 79/12 entschieden, dass eine von einem Erblasser erteilte Vollmacht, die nach dessen Tod weiter gelten soll, erlischt, wenn der Bevollmächtigte den Erblasser allein beerbt.

Der Ehemann der Erblasserin übertrug auf einen Cousin der Erblasserin unentgeltlich einen im Nachlass befindlichen Grundbesitz. Hierbei handelt er aufgrund einer von der Erblasserin über den Tod hinaus erteilten Vollmacht. In der notariellen Urkunde wurde aufgenommen, dass der Ehemann die Erblasserin alleine beerbt hatte.

Das zuständige Grundbuchamt hat in Folge dessen eine Zwischenverfügung erlassen und den beurkundenden Notar aufgefordert einen Erbnachweis vorzulegen. Dies konnte der beurkundende Notar jedoch nicht vorlegen, da die Erblasserin lediglich ein privatschriftliches Testament errichtet hatte, welches im Original bei einem Gericht in Lichtenstein eingereicht worden ist und sich im Besitz des Ehemanns nur noch eine Kopie des selbigen befunden hat.

Im Rahmen der durch den beurkundenden Notar im Namen der Beteiligten eingelegten Beschwerde nach §§ 71,73 GBO hat das Beschwerdegericht entschieden, dass der Ehemann aufgrund seiner Erklärung in der notariellen Urkunde, dass er Alleinerbe der Erblasserin geworden ist die Legitimationswirkung der Vollmacht aufgehoben habe. Das Gericht stellte fest, dass hierdurch die vom Ehemann abgegebene Erklärung darauf hinausläuft, dass er eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung als Vertreter abgegeben hat, obwohl deren Wirkungen nur ihn selbst als den vertretenen Alleinerben betreffen können. Eine solche Form der rechtsgeschäftlichen Stellvertretung ist nach Auffassung des Gerichts durch § 164 BGB ausgeschlossen, der eine Personenverschiedenheit zwischen dem Vertreter und dem rechtsgeschäftlich Vertretenen voraussetzt. In Folge dessen muss die Vollmacht durch Konfusion erlöschen, wenn der Bevollmächtigte den Vollmachtgeber allein beerbt. Eine gesetzlich geregelte Ausnahme in diesem Fall besteht nach den Ausführungen des Gerichts nicht.

Das Gericht erläutert, dass die Annahme des Fortbestehens der Vollmacht für den Alleinerben auf eine Fiktion hinausläufe, die im Gesetz keine Grundlage hat.

## II. Trans- und Postmortale Vollmacht

Eine Vollmacht kann sowohl als transmortale als auch postmortale Vollmacht erteilt werden. Von den Wirkungen unter-

scheiden sich die beiden Arten der Vollmacht nicht, lediglich vom Zeitpunkt der Entfaltung der aus den Vollmachten resultierenden rechtlichen Befugnissen. Bei einer transmortalen Vollmacht bleibt die Vollmacht auch über den Tod hinaus bestehen<sup>1</sup>. Die postmortale Vollmacht entfaltet ihre Wirksamkeit erst nach dem Tod<sup>2</sup>.

## III. Vertretener, Vollmachtsumfang, Form und Widerruf

Aufgrund einer trans- oder postmortalen Vollmacht werden die Erben des Vollmachtgebers vertreten. Die Person des Geschäftsherrn bezüglich des der Vollmacht zugrundeliegenden Auftragsverhältnisses ändert sich somit natürlich auch in der Weise, dass dies zukünftig die Erben sind<sup>3</sup>. Die Vertretungsmacht des Bevollmächtigten bezieht sich jedoch nur auf den Nachlass<sup>4</sup>, so dass die Erben nicht aufgrund einer Rechtshandlung des Bevollmächtigten mit ihrem Eigenvermögen verpflichtet werden können. Die Legitimation hierzu erhält der Bevollmächtigte aufgrund der Vollmachtserteilung durch den Erblasser. Von diesem leitet der Bevollmächtigte auch seine Rechtsstellung ab, so dass die Erben grundsätzlich den vom Bevollmächtigten vorgenommenen Rechtshandlungen nicht zustimmen müssen.

Im Fall der Überschreitung der Vertretungsmacht gelten die §§ 177 ff. BGB.

Zu Recht wird in der Literatur darauf abgestellt, dass der „glatte Vollmachtsmissbrauch gegenüber dem Erben die Grenze für das Handeln des Bevollmächtigten“ darstellt<sup>5</sup>. Es ist eine Frage der Ausgestaltung des Grundverhältnisses, in welcher Art und Weise der Bevollmächtigte die Interessen der Erben zu berücksichtigen hat. Sofern im Auftrag oder Geschäftsbesorgungsvertrag keine Änderungsbefugnis des Erben enthalten ist und vielmehr der Erblasser konkrete vertragliche Weisungen dem Bevollmächtigten gegeben hat, hat dieser die Interessen des Erblassers und dessen nach seinem Tod fortgeltenden Willen vorrangig zu beachten. Sofern jedoch eine Änderungsbefugnis aufgrund des Grundverhältnisses durch die Erben besteht, hat der Bevollmächtigte verstärkt deren Interessen bei der Vollmachtsausübung zu berücksichtigen<sup>6</sup>. In Folge dessen bedürfen durch den Be-

1 §§ 168 S.1 BGB, 672 S.1,675 BGB.

2 *Schramm* in Münchener Kommentar zum BGB, 6. Auflage 2012 zu § 168 BGB, Rn. 30.

3 *Schilken* in Staudinger Kommentar zum BGB, Auflage 2009, Rn. 31.

4 *Schramm* in Münchener Kommentar zum BGB zu § 168 BGB, 6. Auflage 2012, Rn. 30.

5 *Schilken* in Staudinger Kommentar zum BGB zu § 168 BGB, Auflage 2009, Rn. 32.

6 *Schilken* in Staudinger Kommentar zum BGB zu § 168 BGB, Auflage 2009, Rn. 32.

vollmächtigten vorgenommene Rechtsgeschäfte auch keiner gerichtlichen Genehmigung im Fall des Vorhandenseins von minderjährigen oder unter Betreuung stehender Erben, da er seine Rechtsstellung vom Erblasser ableitet<sup>7</sup>.

Eine Ansicht in der Literatur verlangt, dass bei einer postmortalen Vollmacht das Formerfordernis des § 2301 Abs.1 BGB zu beachten ist, da diese in ihren Wirkungen einer Schenkung von Todes wegen gleich zu setzen sind<sup>8</sup>. Dem ist jedoch mit der herrschenden Ansicht in der Literatur nicht zuzustimmen, da es sich auch bei einer postmortalen Vollmacht um ein Rechtsgeschäft unter Lebenden handelt<sup>9</sup>.

Die Vollmacht kann von jedem einzelnen Erben für sich widerrufen werden, da das Widerrufsrecht als Gestaltungsrecht jedem Erben alleine zusteht<sup>10</sup>. In Folge dessen kann der Bevollmächtigte dann auch nur noch als Vertreter der übrigen Erben zusammen mit diesem Erben handeln<sup>11</sup>.

#### IV. Legitimationswirkung der Vollmacht

Die Legitimationswirkung des § 672 Abs.1 BGB hat weitreichende Auswirkungen auf das Handeln im Rechtsverkehr. Insbesondere im Rahmen einer Vollmachtserteilung, in welcher zugleich der Auftrag erteilt worden ist, gilt damit die Vermutung des Fortbestehens der Vollmacht über den Tod hinaus aufgrund § 672 Abs.1 BGB in Verbindung mit § 168 S.1 BGB<sup>12</sup>. Das OLG Hamm hat in der vorstehenden Entscheidung festgestellt, dass der Ehemann als Bevollmächtigter durch die Angabe in der notariellen Urkunde, dass er Alleinerbe der Vollmachtgeberin sei, die Legitimationswirkung aufgehoben hat. Das OLG Hamm geht daher davon aus, dass die Legitimationswirkung der Vollmacht aufgrund einer einseitigen Erklärung des Bevollmächtigten zerstört werden kann. Zu fragen gilt es jedoch, wer die Legitimationswirkung gesetzt hat. Dies war eindeutig der Erblasser, welcher die Vollmacht erteilt hat. Wie bereits oben unter III näher dargestellt, leitet der Bevollmächtigte seine Rechtsmacht vom Erblasser ab und nicht von den Erben. Der Aussage des OLG Hamm ist hier nicht zuzustimmen. Vielmehr muss hier auch das Gericht von dem Grundsatz des Fortbestands der Vollmacht über den Tod hinaus aufgrund §§ 672 Abs.1, 168 S. 1 bzw. aufgrund ausdrücklicher Anordnung in der Vollmachtsurkunde und der Rechtsscheinsvermutung des § 172 BGB ausgehen.

Auch im Rahmen des Grundbuchverfahrens müssen in diesem Fall dem Grundbuchamt konkrete Tatsachen bekannt

sein, die die Legitimationswirkung der Vollmacht entfallen lassen. Alleine die Aufnahme eines entsprechenden Hinweises in der notariellen Urkunde, dass der Bevollmächtigte Alleinerbe des Vollmachtgebers ist, reicht nicht aus. Wäre die Formulierung in der Weise getroffen, dass der Bevollmächtigte davon ausgeht Alleinerbe des Vollmachtgebers zu sein, hätte das Grundbuchamt anders entscheiden müssen? Hätte es die Eintragung vorgenommen, wenn es keine Kenntnis von der Alleinerbenstellung des Bevollmächtigten gehabt hätte?

Ich denke, dass es hierbei nicht auf die Zufälligkeiten einer sprachlichen Fassung oder auf in der Urkunde enthaltene Angaben ankommen kann, ob die Vollmacht fortbesteht oder auch nicht. Die Feststellung des OLG Hamm, dass der Bevollmächtigte die Legitimationswirkung aufgehoben hat, ist zumindest unglücklich formuliert. Die Legitimationswirkung entfällt, sofern man der Ansicht des OLG Hamm folgt, dass das Grundverhältnis und damit auch die Vollmacht aufgrund Konfusion erloschen ist. Wie nachstehend aufgezeigt, ist dies jedoch nicht der Fall.

#### V. Konfusion

Das OLG Hamm hat das Erlöschen des Grundverhältnisses und der Vollmacht aufgrund Konfusion im Fall der Alleinerbenstellung des Bevollmächtigten festgestellt.

Dem OLG Hamm ist zunächst im Grundsatz zuzustimmen, dass ein Rechtsverhältnis bei Vereinigung von Forderung und Verbindlichkeit in einer Person erlischt.

Überwiegend wird das Erlöschen durch Konfusion damit begründet, dass ein Schuldverhältnis auf der einen Seite einen Gläubiger und auf der anderen Seite einen Schuldner voraussetzt<sup>13</sup>. Niemand soll sein eigener Gläubiger und Schuldner sein können<sup>14</sup>.

Vielmehr ist der Kritik an dieser Sichtweise Recht zu geben, so dass ein Erlöschen immer dann in Betracht kommt, wenn kein rechtliches Bedürfnis für den Fortbestand der Forderung mehr besteht. Diese Betrachtung der Konfusion trägt auch den Umständen Rechnung, in welchen wie bei einer über den Tod hinaus wirkenden Vollmacht ein rechtliches Bedürfnis für den Fortbestand besteht.

Das OLG Hamm verkennt ferner mit seiner Aussage, dass die Annahme des Fortbestehens der Vollmacht für den Alleinerben auf eine Fiktion hinauslaufe, die im Gesetz keine Grundlage hat. Allein im Gesetz geregelt sind folgende ausdrücklich fortbestehende Rechtsverhältnisse in den nachfolgenden Fällen:

- nach § 1976 BGB wird fingiert, dass die infolge des Erbfalls durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit oder von Recht und Belastungen erloschenen Rechtsverhältnisse als nicht erloschen gelten bei Anordnung der Nachlassverwaltung oder Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens;

13 *Olzen* in Staudinger Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2011, Einleitung zu § 362 Rn. 28.

14 Zur Kritik hieran siehe *Olzen* in Staudinger Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2011, Einleitung zu § 362 Rn. 28.

7 *Schilken* in Staudinger Kommentar zum BGB zu § 168 BGB, Auflage 2009, Rn. 33.

8 *Hoffmann* JuS 1970, 454, *Finger* NJW 1969, 1624, *Schramm* in Münchener Kommentar zum BGB zu § 168 BGB, 6. Auflage 2012, Rn. 32.

9 Hierzu ausführlich *Schilken* in Staudinger Kommentar zum BGB zu § 168 BGB, Auflage 2009, Rn. 30.

10 *Schramm* in Münchener Kommentar zum BGB zu § 168 BGB, 6. Auflage 2012, Rn. 37. Ein Widerrufsrecht steht auch dem Testamentsvollstrecker, Nachlasspfleger und Nachlassverwalter zu.

11 Im Fall einer unwiderruflichen Vollmacht ist stets ein Widerruf aus wichtigem Grund möglich; *Schilken* in Staudinger Kommentar zum BGB zu § 168 BGB, Auflage 2009, Rn. 35.

12 *Martinek* in Staudinger Kommentar zum BGB zu § 672 BGB, Neuberbeitung 2006 Rn. 17.

- dieselbe Wirkung hat gemäß §§ 1990, 1991 Abs. 2 BGB die Geltendmachung der Dürftigkeitseinrede;
- bei Eintritt einer Nacherbfolge gilt, soweit in der Person des Vorerben Recht und Verbindlichkeit bzw. Belastung zusammengetroffen waren, das Rechtsverhältnis als nicht erloschen, § 2143 BGB;
- weitere Ausnahmen von der Vereinigungswirkung enthalten § 2175 BGB, wenn eine Forderung des Erblassers gegen den Erben oder ein Recht, mit dem eine Sache oder ein Recht des Erben belastet ist, den Gegenstand eines Vermächtnisses bildet, und § 2377 BGB beim Erbschaftskauf.

Das OLG Hamm beachtet jedoch nicht, dass auch in anderen Fällen ein Rechtsverhältnis im Fall des Vorliegens der Voraussetzungen einer Konfusion fortbesteht. Der BGH hat entschieden, dass ein Erlöschen der Forderung nicht zu Ungunsten dinglicher Rechte Dritter eintritt<sup>15</sup> und wenn einem Dritten an der Forderung ein Recht zusteht.<sup>16</sup>

Ebenso hat das OLG Schleswig entschieden, dass die Konfusion nicht eintreten soll, wenn der Erblasser dem Erben ein durch Vormerkung gesichertes Vorkaufsrecht bestellt hat und die Sicherungswirkungen der Vormerkung dadurch obsolet werden würden<sup>17</sup>.

Vielmehr ist der Ansicht in der Literatur und Rechtsprechung zuzustimmen, welche ein Fortbestehen des Rechtsverhältnisses für gegeben ansieht, wenn bei einer Rechtsfolgenbetrachtung die Konfusion zu systemwidrigen Ergebnissen führen würde. Im Rahmen der über den Tod hinaus geltenden Vollmacht an den Alleinerben besteht ein Bedürfnis für die Fortgeltung, da es systemwidrig wäre das Erlöschen der Vollmacht in diesem Fall durch Konfusion anzunehmen, da es im Interesse des Vollmachtgebers und zugleich auch regelmäßig des Bevollmächtigten liegt, dass aufgrund der Vollmacht notwendige Rechtshandlungen auch nach dem Tod des Vollmachtgebers noch durch den Bevollmächtigten vorgenommen werden können.

Ferner wäre es systemwidrig bei einem Alleinerben das Erlöschen der Vollmacht durch Konfusion als Folge anzusehen, jedoch bei mehreren Miterben diese Rechtsfolge nicht als gegeben anzusehen. Konsequenterweise müsste man dann auch in dem Fall, dass ein Miterbe Bevollmächtigter des Erblassers ist das Erlöschen der Vollmacht in Bezug auf diesen durch Konfusion annehmen. Diese Rechtsfolge dürfte dann auf einen „Widerruf mit kalter Hand per Konfusion“ hinauslaufen.

Die hierdurch eintretenden Rechtsfolgen würden die über den Tod hinaus erteilten Vollmachten in vielen Fällen nutzlos werden lassen. Dies erscheint mir aufgrund der ausdrücklichen Bestimmung der §§ 672 Abs.1, 168 S.1 BGB als sys-

temwidrig, da der Gesetzgeber ausdrücklich von der Möglichkeit des Fortbestands der Vollmacht über den Tod hinaus ausgegangen ist. Eine Einschränkung ist dem Gesetz in der Form nicht zu entnehmen, dass die Vollmacht im Fall der Alleinerbschaft erlöschen sollte. Dies hat der Gesetzgeber in keiner Weise in die gesetzliche Vorschrift des § 168 S.1 BGB aufgenommen. Daher muss entgegen der Ansicht des OLG Hamm davon ausgegangen werden, dass eine Konfusion in diesem Fall nicht gegeben ist. Ferner wird nachstehend aufgezeigt zu welchen unverständlichen Ergebnissen die Ansicht des OLG Hamm führen würde.

## VI. Ausschlagung durch Alleinerben

Das OLG Hamm hat in seiner Entscheidung nicht bedacht, welche Rechtsfolgen damit verbunden wären, wenn der Alleinerbe als Bevollmächtigter die Erbschaft ausschlagen würde. Ist dann nach Ansicht des OLG die Vollmacht doch nicht durch Konfusion erloschen oder lebt sie gar wieder auf. Die Ausschlagung wirkt ex tunc, wodurch der Erbschaftsanfall nachträglich beseitigt würde. Damit müsste auch von Anfang an das Rechtsverhältnis nicht erloschen sein, somit eine reine Anscheinskonfusion gegeben sein<sup>18</sup>. Nach der Rechtsprechung des BGH wäre dann auch kein Raum für die Konfusion, vielmehr müsste man in diesen Fällen der Anscheinskonfusion das Rechtsverhältnis als Fortbestehend ansehen. Die Erblasserin war am 25.04.2011 verstorben. Der Bevollmächtigte übertrug dem Beteiligten zu 2), einem Cousin der Verstorbenen, mit notariellem Vertrag vom 23.11.2011 (UR-Nr. ... Notar Q) unter Bezugnahme auf die Vollmacht vom 14.04.2011 das in den Nachlass gefallene Grundstück unentgeltlich und ließ es auf.

Daher stand zu diesem Zeitpunkt noch nicht fest, ob der Bevollmächtigte tatsächlich Alleinerbe seiner Ehefrau geworden ist. Auch zu diesem Zeitpunkt, sollte die Ausschlagungsfrist abgelaufen sein, kann eine Anfechtung nach §§ 1954 ff. BGB möglich sein. Das Gericht kann hier aufgrund der Angaben in dem notariellen Vertrag in keiner Weise mit Sicherheit beurteilen, ob die Vollmacht durch Konfusion erloschen ist oder nicht.

## VII. Vor- und Nacherbfolge

Interessant ist auch die Frage, welche Folgen es hätte, wenn der Bevollmächtigte alleiniger Vorerbe des Erblassers sein würde. Nach der Rechtsprechung des OLG Hamm müsste auch hier die Vollmacht durch Konfusion für die Dauer der Vorerbschaft erlöschen. Dem kann jedoch auch nicht gefolgt werden. Vielmehr ist hier eindeutig, dass das Erlöschen systemwidrig sein würde und sowohl der Vollmachtgeber als auch der Bevollmächtigte ein Interesse am Fortbestand der Vollmacht haben. Aufgrund der Vollmacht unterliegt der Vorerbe nicht den Beschränkungen des § 2113 BGB und er kann auch unentgeltlich verfügen.

<sup>15</sup> BGH NJW-RR 2009,1059,1060.

<sup>16</sup> BGH NJW 1995,2287.

<sup>17</sup> Olzen in Staudinger Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2011, Einleitung zu § 362 Rn. 21.

<sup>18</sup> Siehe hierzu ausführlich Dr. Jan Michael Bosak in JA 2009, 596.

Noch deutlicher wird die Unrichtigkeit der Entscheidung des OLG Hamm im Fall einer konstruktiven Vor- und Nacherbfolge<sup>19</sup>. Hier kann eine auflösend bedingte Vollerbenstellung und eine aufschiebend bedingte Vorerbenstellung vorliegen. Es würde hier vom Zufall abhängen, ob eine Vor- und Nacherbfolge mit den Rechtsfolgen des § 2143 BGB vorliegt oder eine Vollerbenstellung mit der Folge des Erlöschens der Vollmacht aufgrund Konfusion.

## VIII. Prüfungsrecht des Grundbuchamts

Das Grundbuchamt hat eigenständig die Vertretungsmacht des Bevollmächtigten zu prüfen. An Feststellungen des beurkundenden Notars ist es nicht gebunden<sup>20</sup>.

Das Grundbuchamt hat jedoch nur bei evident vorliegenden Unwirksamkeitsgründen von einem Erlöschen der Vollmacht auszugehen. Im Fall der Alleinerbenstellung des Bevollmächtigten auf den Tod des Vollmachtgebers kann dies das Grundbuchamt nur, wenn ein Erbnachweis in der Form des § 35 GBO vorliegt, jedoch nicht im Fall der gesetzlichen Erbfolge oder allein bei Vorliegen eines privatschriftlichen Testaments. In diesen Fällen hat das Grundbuchamt vom Fortbestand der Vollmacht gemäß §§ 672 Abs.1 BGB<sup>21</sup> in Verbindung mit § 168 S.1 BGB auszugehen.

## IX. Gestaltungen im notariellen Bereich

Bei der Beurkundung von General- und Vorsorgevollmachten bleibt anzuraten aufgrund der Entscheidung des OLG Hamm einen Hinweis in die Vollmachtsurkunde wie folgt aufzunehmen:

„Der Beurkundende hat darauf hingewiesen, dass die Vollmacht für den Fall, dass der Bevollmächtigte den Vollmachtgeber allein beerbt durch Konfusion erlöschen kann.“

Im Rahmen der Beurkundung von Verträgen ist es zwingend, dass nach § 10 BeurkG auch die Angabe aufgenommen wird, in wessen Namen der Bevollmächtigte handelt. Die Person des materiellen Beteiligten ist zwar nicht direkt von § 10 BeurkG erfasst, jedoch ergibt sich aus § 17 Abs.1 BeurkG die

Verpflichtung die Erklärungen der Beteiligten nach § 9 Abs.1 Satz 1 Nr.2 richtig und vollständig widerzugeben. Hierzu gehört auch die Angabe, dass im Namen eines Dritten gehandelt wird und die Angabe welche Person vertreten wird<sup>22</sup>.

Als Formulierung für diesen Fall könnte in die Urkunde aufgenommen werden:

„Der Bevollmächtigte handelt für die Erben in der Nachlasssache des Max Müller, verstorben am 12.12.2012 mit letztem Wohnsitz in Stuttgart, Müllerstraße 12.“

Hierdurch ist die Person des Vertretenen angegeben. Ob auch die Eigenschaft als Alleinerbe anzugeben wäre, erscheint mir zweifelhaft, da diese nur im Fall des Vorliegens eines Erbnachweises in der Form des § 35 GBO als wahrscheinlich gegeben anzusehen wäre. In allen übrigen Fällen, kann der Bevollmächtigte unter Umständen die erbrechtliche Situation gar nicht beurteilen.

## IX. Fazit

Der Entscheidung des OLG Hamm ist nicht zuzustimmen. Das OLG Hamm hat im Rahmen seiner Entscheidung die Interessenlage des Vollmachtgebers und des Bevollmächtigten am Fortbestand der Vollmacht nicht berücksichtigt. Ferner hat es sich geradezu formalistisch auf die genannten Ausnahmetatbestände im Gesetz im Fall einer Konfusion bezogen. Die überwiegende Ansicht in der Literatur, dass wenn bei einer Rechtsfolgenbetrachtung die Konfusion zu systemwidrigen Ergebnissen führen würde, eine Konfusion nicht eintritt beachtet das OLG Hamm in keiner Weise. Auch die merkwürdigen Rechtsfolgen im Fall der Ausschlagung bei einer Anscheinskonfusion oder bei einer Vor- und Nacherbfolge berücksichtigt das OLG bei seiner Urteilsbegründung in keiner Weise. Es bleibt nur zu hoffen, dass die Sichtweise des OLG einmalig bleiben wird. Für die notarielle Praxis bleibt nur zu empfehlen in den Vollmachtsurkunden zukünftig einen Hinweis aufzunehmen. Wie die Grundbuchpraxis der Entscheidung des OLG Rechnung tragen wird bleibt abzuwarten; Es wäre zu hoffen, dass auch aus grundbuchverfahrensrechtlicher Sicht dem OLG nicht gefolgt wird.

19 *Nieder/Kössinger*, Handbuch der Testamentsgestaltung 4. Auflage 2011, § 15 Rn. 177.

20 Hierzu umfassend Reetz in Hügels, Beckscher Onlinekommentar, Stand 01.02.2013, Vertretungsmacht Rn. 1-283.

21 Für den Geschäftsbesorgungsvertrag siehe § 675 BGB.

22 *Heinemann* in Griwotz, Heinemann, Kommentar zu BeurkG, § 10 Rn.3.

## Zum (mittelbaren) Nachweis des Vertretenseins einer Gewerkschaft i.S.d. BetrVG durch notarielle Urkunden

von Dr. Peter Becker,ertif. Mediator (CVM), Tauberbischofsheim<sup>1</sup>

### A) Einleitung

Gegenwärtig kommt es in der notariellen Praxis wieder verstärkt zu Anfragen von Gewerkschaftssekretären, die durch notarielle Urkunden ohne Namensnennung des oder der Arbeitnehmer(s) eines Betriebes, die Gewerkschaftsmitglieder sind, das Vertretensein der Gewerkschaft im Betrieb – etwa gemäß § 17 Absatz 3 BetrVG – gegenüber dem Arbeitgeber nachzuweisen versuchen. Die Bearbeitung solcher Mandate setzt auf Seiten des beurkundenden Notars und dessen MitarbeiterInnen die Kenntnis der betriebsverfassungsrechtlichen Hintergründe und der einschlägigen arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung des BAG bzw. des LAG Baden-Württemberg voraus. Zudem sind bei der Formulierung der notariellen Urkunde(n) die Besonderheiten der §§ 36 ff. BeurkG (Sonstige Beurkundungen) zu beachten. Der nachstehende Beitrag versucht aus diesen rechtlichen Vorgaben einen praxistauglichen Formulierungsvorschlag für eine solche Tatsachenbeurkundung zu entwickeln.

### B) Hintergründe

#### I) Betriebsverfassungsrechtliche Grundlagen

Das BetrVG räumt im Betrieb des betroffenen Arbeitgebers vertretenen Gewerkschaften bestimmte rechtliche Befugnisse ein, wie z.B. Zugangs-, Initiativ-, Teilnahme-, Beratungs- und Kontrollrechte<sup>2</sup>. Die Wahrnehmung dieser Befugnisse setzt aber nach dem Gesetz stets voraus, dass die Gewerkschaft auch gerade im fraglichen Betrieb vertreten ist. Dies ist nach nunmehr<sup>3</sup> nahezu einhelliger Meinung nicht bereits dann der Fall, wenn die Gewerkschaft für den Betrieb nur fachlich zuständig ist, sondern erst, wenn – ungeachtet der Tarifzuständigkeit<sup>4</sup> der Gewerkschaft – im Betrieb des betroffenen Arbeitgebers mindestens ein Arbeitnehmer/eine Arbeitnehmerin in ungekündigter Stellung beschäftigt ist, der/die nicht zu den leitenden Angestellten des Betriebes zählt und der/die zugleich Mitglied der Gewerkschaft ist.<sup>5</sup> Auf leitende

Angestellte findet das BetrVG gemäß § 5 Absatz 3 BetrVG nämlich grds.<sup>6</sup> keine Anwendung. Leitende Angestellte werden deshalb auch nicht durch den Betriebsrat, sondern ggfs. durch den Sprecherausschuss gemäß SprAuG repräsentiert (§§ 1, 25 SprAuG).

Die materielle Beweislast – im Falle eines „non liquet“ – für das Vertretensein im Betrieb obliegt dabei der Gewerkschaft.<sup>7</sup> Will bzw. kann diese den Beweis nicht (unmittelbar) durch Nennung des Namens des beschäftigten Gewerkschaftsmitglieds führen, insbesondere wegen der Gefahr von Sanktionen durch den Arbeitgeber (z.B. (unberechtigte) Er- bzw. Abmahnungen und Kündigungen) und sonstiger befürchteter beruflicher Nachteile, wird diese zum Schutz des Arbeitnehmers bestrebt sein, den Beweis mittelbar und ohne Namensnennung zu führen. Notarielle Tatsachenbeurkundungen, aber auch eidesstattliche Versicherungen, sind hierfür ein geeigneter Weg. Bei der Niederschrift solcher Tatsachenbeurkundungen sind die nachstehend dargestellten Rechtsprechungsgrundsätze zu beachten. Streitigkeiten über die Rechte einer Gewerkschaft, z.B. gemäß § 17 Absatz 3 BetrVG, werden dabei gemäß §§ 2a Absatz 1 Nr. 1, Absatz 2 i.V.m. 80 ff. ArbGG im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren entschieden, weshalb es sich bei den nachstehend erwähnten arbeitsgerichtlichen Entscheidungen ausschließlich um Beschlüsse handelt.

#### II) Rechtsprechung der Arbeitsgerichte und des BVerfG

Die maßgebliche Rechtsprechung des BAG und des BVerfG stammt aus den Jahren 1992 und 1994. Das LAG Baden-Württemberg hatte zuletzt im Jahre 2009 Gelegenheit zu den hier interessierenden Rechtsfragen Stellung zu nehmen.

##### 1) BAG-Beschluss v. 25.03.1992

Am 25.03.1992 hatte das BAG<sup>8</sup> Gelegenheit die bis dahin in der Literatur und Rechtsprechung der Instanzgerichte<sup>9</sup> offene Frage zu den Anforderungen an den Nachweis des Vertretenseins einer Gewerkschaft im Betrieb zu entscheiden. In dem der Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt hatte die antragsstellende Gewerkschaft den Nachweis des Vertretenseins im Betrieb (gemäß §§ 2 Absatz 2, 17 BetrVG) u.a. durch die Vorlage einer notariellen Urkunde zu führen versucht. In dieser bescheinigte<sup>10</sup> der Notar, dass vor ihm eine

1 Der Autor ist derzeit Notarvertreter in Tauberbischofsheim. Bis September 2010 war der Autor für die amerikanische Rechtsanwaltskanzlei White & Case LLP in München als Associate in Teilzeit im Fachgebiet Arbeitsrecht tätig. Dort bearbeitete er zahlreiche kollektivarbeitsrechtliche Fragestellungen.  
2 Eine Übersicht der einschlägigen Vorschriften des BetrVG bietet z.B. Koch in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, § 2 BetrVG, Rn. 4, 13. Auflage, 2013. Von besonderem Interesse ist für die nachstehenden Ausführungen v.a. § 17 Absatz 3 BetrVG.  
3 Nachweise zur (früher) vertretenen Gegenansicht finden sich z.B. bei BAG NJW 1993, S. 612 ff. (613).  
4 Diese ist also für ein „Vertretensein im Betrieb“ i.S.d. BetrVG weder erforderlich, noch ausreichend.  
5 Diese Theorie der „personellen Präsenz“ wird vertreten v.a. von: BAG NJW 1993, S. 612 ff. (613); Koch in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, § 2 BetrVG, Rn. 3 a.E. und § 17 BetrVG, Rn. 2, 13. Auflage, 2013; Richardi in: Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 2 BetrVG, Rn. 68 ff., 13. Auflage, 2012 m.w.N.

6 Zu Ausnahmen siehe v.a. §§ 105, 107 Absatz 1 Satz 2, 108 Absatz 2 Satz 2 BetrVG.  
7 Richardi in: Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, § 2 BetrVG, Rn. 71, 13. Auflage, 2012 m.w.N.  
8 BAG NJW 1993, S. 612 ff. = BAG MittBayNot 1993, S. 240 ff. = BAG NZA 1993, S. 134 ff.  
9 z.B. ArbG Nürnberg, NZA 1990, S. 288 ff.  
10 Die Sachverhaltschilderung beruht auf den Angaben in BAG NJW 1993, S. 612 ff.

Person mit einem Gewerkschaftssekretär erschienen sei und die eidesstattliche Versicherung abgegeben habe, dass sie derzeit im Betrieb des fraglichen Arbeitgebers in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis beschäftigt sei. Diese Person hatte einen gültigen Reisepass sowie einen bankverbuchten Überweisungsträger vorgelegt, bei dem es sich nach Form und Gestalt um eine Lohnabrechnung handelte. Als Auftraggeber der Banküberweisung war der Arbeitgeber und als Empfänger der erschienenen Arbeitnehmer benannt. Der Name des Arbeitnehmers wurde nicht genannt.

Das BAG stellte hierzu zunächst fest, dass der Name des Gewerkschaftsmitglieds keine rechtliche Bedeutung habe und der Nachweis des Vertretenseins der Gewerkschaft daher auch mittelbar und ohne Namensnennung erfolgen könne, insbesondere weil im zugrundeliegenden Sachverhalt die ernsthafte Gefahr bestand, dass durch die Offenbarung des Namens des Arbeitnehmers das bestehende Arbeitsverhältnis belastet würde, der Arbeitnehmer berufliche Nachteile zu erwarten hätte und auch die Koalitionsfreiheit gefährdet würde (arg. § 75 Absatz 1 a.E. BetrVG, Art. 9 III GG).<sup>11</sup> Auch eine mittelbare Beweisführung sei prozessual allgemein – sogar im Strafverfahren – zulässig.<sup>12</sup> Es läge insoweit ein Indizienbeweis vor.<sup>13</sup> Gleichzeitig betonte das BAG, dass die vorgelegten Beweise der freien richterlichen Beweiswürdigung unterlägen.<sup>14</sup> Bei dieser sei dem geringeren Beweiswert mittelbarer Beweise durch eine besonders sorgfältige Beweiswürdigung und Begründung der richterlichen Entscheidung Rechnung zu tragen.<sup>15</sup> Dabei könne die aus den vorgelegten Beweismitteln ersichtlichen Lohnhöhe als Indiz für (bei entsprechender Höhe) bzw. gegen (bei geringerer Höhe) die Eigenschaft als leitender Angestellter sprechen.<sup>16</sup>

Die Entscheidung macht deutlich, dass wegen der erhöhten Anforderungen an die Beweiswürdigung und Begründung auf Seiten des Arbeitsrichters, auf besondere Sorgfalt bei der Abfassung diesbezüglicher Tatsachenbeurkundungen zu achten ist. Die niedergeschriebenen Wahrnehmungen über die vorgelegten Schriftstücke (z.B. Kontoauszüge, Lohn-/Gehaltsabrechnungen, Gewerkschaftsmitgliedsbescheinigungen, Überweisungsträger etc.) müssen einerseits (positiv) den widerspruchsfreien Schluss auf die Arbeitnehmereigenschaft des Gewerkschaftsmitglieds im fraglichen Betrieb zulassen und andererseits (negativ) dazu geeignet sein, die Eigenschaft als leitender Angestellter des Betriebes auszuschließen.

## 2) BVerfG-Beschluss v. 21.03.1994

Das BVerfG<sup>17</sup> hat diese Rspr des BAG in verfassungsrechtlicher Hinsicht im Jahre 1994 bestätigt. Es hat insbesondere in dem Beschluss des BAG keinen Verstoß gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör gemäß Art. 103 Absatz 1 GG,

den Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes (Artt. 19 Absatz 4, 20 Absatz 3 GG) und den Grundsatz auf ein faires Verfahren (Artt. 2 Absatz 1, 20 Absatz 3 GG) erkannt und deshalb die gegen den genannten Beschluss eingelegte Verfassungsbeschwerde bereits nicht zur Entscheidung angenommen gemäß den §§ 93a ff. BVerfGG.

## 3) Beschluss des LAG Baden-Württemberg v. 18.02.2009

17 Jahre nach dem BAG konnte das LAG Baden-Württemberg im Jahre 2009 – erneut<sup>18</sup> – zur Thematik Stellung beziehen.<sup>19</sup> Dabei lag auch der Entscheidung des LAG eine Streitigkeit zwischen einem Arbeitgeber und einer Gewerkschaft über deren Rechte gemäß §§ 16 Absatz 2, 17 Absatz 3 BetrVG zugrunde. Im streitigen Beschlussverfahren suchte die Gewerkschaft die Beweisführung v.a. durch eine eidesstattliche Versicherung eines Gewerkschaftssekretärs und durch eine notarielle Tatsachenbeurkundung zu führen. Eine namentliche Nennung der im Betrieb beschäftigten Gewerkschaftsmitglieder erfolgte auch in diesem Verfahren nicht.

Das LAG Baden-Württemberg berief sich in seiner Entscheidung zunächst auf die Rspr des BAG<sup>20</sup> zur Zulässigkeit der mittelbaren Beweisführung ohne Namensnennung des Arbeitnehmers und zu den erhöhten Anforderungen an die Beweiswürdigung und Entscheidungsbegründung in einem solchen Fall.<sup>21</sup> Sodann würdigte das LAG den Inhalt der notariellen Urkunde(n) und gab dabei wichtige Hinweise für den erforderlichen Inhalt einer notariellen Tatsachenbeurkundung in diesem Bereich und zu den vorzulegenden Unterlagen. Dabei sah das Gericht die Vorlage von Lohnabrechnungen, Kontoauszügen und gewerkschaftlicher Mitgliedschaftsbescheinigungen als ausreichende Grundlage der notariellen Tatsachenbeurkundung an.<sup>22</sup> Aus den niedergeschriebenen Wahrnehmungen des Notars über den Inhalt der Kontoauszüge ergab sich dabei, dass sowohl die abgebuchten Gewerkschaftsbeiträge, als auch die ausgeführten Lohn-/Gehaltsüberweisungen das gleiche Konto betrafen. Die gewerkschaftliche Mitgliedschaftsbescheinigung lautete nach den niedergeschriebenen Wahrnehmungen auf den Namen des Kontoinhabers. Als beweisrechtliche „Ergänzung“ würdigte das Gericht die eidesstattliche Versicherung des Gewerkschaftssekretärs, der in dieser an Eides statt versichert hatte, dass die in der notariellen Tatsachenurkunde festgestellten Tatsachen auch zuträfen und die mit ihm beim Notar erschienene Person Gewerkschaftsmitglied sei. Ohne konkrete Anhaltspunkte würden diese Beweise auch nicht durch die rein theoretische Möglichkeit einer zwischenzeitlichen (außerordentlichen) Kündigung oder durch den allgemeinen Einwand der Fälschung oder der Leiharbeitnehmereigenschaft i.S.d. § 1 Absatz 1 Satz 1 AÜG geschwächt. Denn eine „absolute“ Gewissheit sei als Ergebnis der richterlicher Be-

11 BAG NJW 1993, S. 612 ff. (613 f.).

12 BAG NJW 1993, S. 612 ff. (613).

13 BAG NJW 1993, S. 612 ff. (613).

14 BAG NJW 1993, S. 612 ff. (615).

15 BAG NJW 1993, S. 612 ff. (615). Aus verfassungsrechtlicher Sicht: BVerfG NJW 1994, S. 2347 ff. (2347) m.w.N.

16 BAG NJW 1993, S. 612 ff. (614).

17 BVerfG NJW 1994, S. 2347 ff. = BVerfG NZA 1994, S. 891 ff.

18 Vgl. LAG Baden-Württemberg, ARSt 1974, S. 88 zitiert nach Richardi in: Richard, BetrVG, § 2 BetrVG, Rn. 71, 13. Auflage, 2012.

19 Zu finden unter [www.beck-online.de](http://www.beck-online.de) (letzter Zugriff: 12.09.2013) unter BeckRS 2010, 66271.

20 BAG NJW 1993, S. 612 ff. (613 ff.).

21 Zu finden unter [www.beck-online.de](http://www.beck-online.de) (letzter Zugriff: 12.09.2013) unter BeckRS 2010, 66271.

22 Zu finden unter [www.beck-online.de](http://www.beck-online.de) (letzter Zugriff: 12.09.2013) unter BeckRS 2010, 66271.

weiswürdigung nicht erforderlich. Es sei ausreichend, dass keine vernünftigen Zweifel mehr am Vertretensein der Gewerkschaft im fraglichen Betrieb bestünden.<sup>23</sup>

Die Entscheidungsbegründung des LAG Baden-Württemberg gibt – jedenfalls für Baden-Württemberg – klare Vorgaben für den Inhalt einer notariellen Tatsachenbeurkundung zum Nachweis des Vertretenseins einer Gewerkschaft i.S.d. BetrVG und der ihre Grundlage bildenden, durch den Arbeitnehmer bzw. die Gewerkschaft vorzulegenden Unterlagen. Dabei ist ergänzend darauf hinzuweisen, dass bei der Niederschrift der gemachten Wahrnehmungen darauf zu achten ist, dass nicht über die Angabe von Kontonummern oder der genauen Gehaltshöhe die angestrebte Wahrung der Anonymität des Arbeitnehmers verfehlt wird. Denn in der Lohnbuchhaltung des Arbeitgebers ist es möglich über diese Angaben Rückschlüsse auf die mögliche Identität des Arbeitnehmers zu ziehen bzw. zumindest den in Betracht kommenden Arbeitnehmerkreis stark einzugrenzen.<sup>24</sup>

### III) Beurkundungsrechtliche Vorgaben für eine Tatsachenbeurkundung (§§ 36 ff. BeurkG)

Beurkundungsrechtliche Vorgaben für Tatsachenbeurkundungen finden sich in den §§ 36 ff. BeurkG (i.V.m. § 20 Absatz 1 Satz 2 a.E. BNotO<sup>25</sup>). Dabei geht das Gesetz in § 36 BeurkG zunächst davon aus, dass für die Beurkundung grds. die Form der Niederschrift zu wählen ist, sofern nicht ausnahmsweise ein einfaches Zeugnis gemäß § 39 BeurkG ausreichend ist. Die Frage Niederschrift oder Vermerk, sollte hierbei am Umfang der wahrgenommenen Tatsachen ausgerichtet werden.<sup>26</sup> Im Zweifel sollte – wegen der Gefahr der Unwirksamkeit der Beurkundung, wenn die Voraussetzungen des § 39 BeurkG nicht vorliegen – die Form der Niederschrift gewählt werden.<sup>27</sup> Diese liegt auch dem nachstehenden Formulierungsvorschlag zugrunde.

Zum Inhalt der Niederschrift macht § 37 BeurkG Vorgaben. Dabei muss die Niederschrift die Bezeichnung des Notars, den Bericht über seine Wahrnehmungen und seine Unterschrift enthalten (§ 37 Absatz 1, Absatz 3 i.V.m. § 13 Absatz 3 BeurkG).<sup>28</sup> Nicht erforderlich ist dagegen die namentliche Nennung des Beteiligten. Ort und Tag der Wahrnehmung und Ort und Tag der Errichtung sollen – im Hinblick auf den Beweiswert der Urkunde (§§ 415 ff. (418) ZPO)<sup>29</sup> – angegeben werden (§ 37 Absatz 2 BeurkG). Ein Verstoß hiergegen macht die Beurkundung jedoch nicht unwirksam.<sup>30</sup> Da nur gemachte eigene Wahrnehmungen wiedergegeben werden, sollte der Notar tunlichst Schlussfolgerungen<sup>31</sup> und Wertungen jegli-

cher Art – auch aus Haftungsgründen – unterlassen.<sup>32</sup> Dies umfasst im vorliegenden Zusammenhang insbesondere die Aussage darüber, ob Originale von Lohn-/Gehaltsabrechnungen, Kontoauszügen oder Gewerkschaftsmitgliedschaftsbescheinigungen vorgelegt wurden oder nicht.

## C) Formulierungsvorschlag: Tatsachenbeurkundung zum (mittelbaren) Nachweis des „Vertretenseins einer Gewerkschaft“ i.S.d. BetrVG

Abschließend soll ein Formulierungsvorschlag für eine solche Tatsachenbeurkundung gegeben werden. Dieser versucht die dargestellten gerichtlichen und gesetzlichen Vorgaben umzusetzen. Kritik und Anregungen sind stets gewünscht.

### Tatsachenbeurkundung

#### I.

Am <? Errichtungsdatum ?> wurde ich, der Unterzeichnende in meinen Amtsräumen von einer männlichen/weiblichen Person mit der Bitte aufgesucht, die folgende Niederschrift über amtlich wahrgenommene Tatsachen zu erstellen. Die erschienene männliche/weibliche Person wies sich durch einen amtlichen Lichtbildausweis aus, von dem eine Kopie mit Einverständnis zu den Akten genommen wurde, und legte die dieser Niederschrift als **Anlagen** beigefügten folgenden Schriftstücke vor:

**Anlage 1:** ein als „Bestätigung Mitgliedschaft“ überschriebenes Schriftstück der IG Metall Musterstadt,

**Anlage 2:** ein als Umsätze für das Konto „Privat“-Auswertung überschriebenes Schriftstück,

**Anlagen 3 – 8:** sechs mit „Umsatzdetails“ eines Kontos überschriebene Schriftstücke sowie als

**Anlagen 9 - 11:** drei mit „Abrechnung der Brutto-/Netto-Bezüge“ überschriebene und an die erschienene Person adressierte Schriftstücke der Monate Mai, Juni und Juli 2013.

#### II.

Hierzu hat der Notar am angegebenen Tag und Ort folgende eigene Wahrnehmungen gemacht. Eine Echtheitsprüfung der vorgelegten Unterlagen bzw. eine sonstige inhaltliche Überprüfung der Unterlagen ist durch den Notar **nicht** erfolgt.

Die **Anlage 1** ist mit „Bestätigung Mitgliedschaft ...“ (es folgt der Name der erschienenen Person) überschrieben. Hierin wird durch die IG Metall Musterstadt die Mitgliedschaft der erschienenen Person bestätigt. Das Schreiben trägt das Datum des ...

23 Zu finden unter [www.beck-online.de](http://www.beck-online.de) (letzter Zugriff: 12.09.2013) unter BeckRS 2010, 66271.

24 Andererseits ist es natürlich ohne die Angabe einer Gehaltshöhe schwerer die Stellung als leitender Angestellter (§ 5 Absatz 3 BetrVG) auszuschließen.

25 Als allgemeine Zuständigkeitsnorm.

26 Winkler, BeurkG, § 36 BeurkG, Rn. 3, 17. Auflage, 2013 m.w.N.

27 Winkler, BeurkG, § 36 BeurkG, Rn. 4, 17. Auflage, 2013 m.w.N.

28 Auch beurkundungsrechtlich nicht erforderlich ist hier die namentliche Nennung des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin.

29 Winkler, BeurkG, § 37 BeurkG, Rn. 7, 17. Auflage, 2013.

30 Winkler, BeurkG, § 37 BeurkG, § Rn. 37, 17. Auflage, 2013.

31 Für diese ist eine notarielle Bescheinigung gemäß §§ 21, 24 BNotO zu erstellen, z.B. Register- oder Umwandlungsbescheinigung. Der Begriff „Tatsachenbescheinigung“ sollte daher m.E. - soweit wie möglich - vermieden werden, da er jedenfalls mißverständlich ist.

32 Vgl. etwa Terner in Kersten/Bühling, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, § 15, S. 157 ff. (157, Rn. 2), 23. Auflage, 2010.

33 Hierbei handelt es sich um keine auszugsweise Ausfertigung gemäß §§ 49

Die **Anlage 2** ist mit „Umsätze für das Konto „Privat“-Auswertung“ überschrieben. Es sind drei Kontovorgänge ersichtlich. Als Verwendungszweck wird jeweils „Lastschrift, BEITRAG“ angegeben, dann folgt bis 05/13, bis 06/13 und bis 07/13. Als ZPZE wird jeweils die IG Metall Musterstadt genannt.

Die **Anlagen 3-8** sind jeweils mit „Umsatzdetails“ überschrieben. Als Kontoname wird jeweils „Privat“ angegeben. Die Kontonummer/IBAN, die Bankleitzahl/BIC sowie der Name der kontoführenden Bank stimmen jeweils mit den Angaben in der **Anlage 2** überein.

Als Empfänger/Zahlungspflichtiger wird auf den **Anlagen 3-5** jeweils die IG Metall Musterstadt genannt. Als Auftragsart wird „Lastschrift (Einzugsermächtigungsverfahren)“ angegeben. Als Buch- und Wertstellungsdaten sind in chronologischer Reihenfolge genannt: der 31.05.2013, der 01.07.2013 und der 30.07.2013. Als Verwendungszweck wird jeweils „BEITRAG bis 05/13 bzw. bis 06/13 bzw. bis 07/13“ angegeben.

Die **Anlagen 6-8** weisen dagegen als Empfänger/Zahlungspflichtiger jeweils die ... (Arbeitgeber) aus. Als Auftragsart wird jeweils „Lohn-, Gehalts-, Rentengutschrift“ angegeben. Der Buchungstext lautet jeweils: „Lohn-/Gehalt-/Rente“. Als Verwendungszweck wird jeweils „Lohn/Gehalt“ und sodann 05/13, 06/13, und 07/13 angegeben. Der angegebene Buchungsbetrag für den Verwendungszweck „Lohn/Gehalt 05/13“, für den Verwendungszweck „Lohn/Gehalt 06/13“ und für den Verwendungszweck „Lohn/Gehalt 07/13“ stimmt mit den in den Anlagen 9-11 angegebenen Auszahlungsbeträgen überein.

Die **Anlagen 9-11** sind alle mit „Abrechnung der Brutto-/Netto-Bezüge“ überschrieben. Sie tragen als Adressaten den Erschienenen. Als Absender wird die ... (Arbeitgeber) genannt. Die Schriftstücke enthalten Angaben die mit Brutto-Bezüge, Steuer/Sozialversicherung, Verdienstbescheinigung und Netto-Bezüge/Netto-Abzüge überschrieben sind. Das Schriftstück mit der Überschrift „Abrechnung der Brutto-/Netto-Bezüge“ für Mai 2013, weist einen mit der Anlage 8

(Umsatzdetails, Lohn/Gehalt 05/13) übereinstimmenden Auszahlungsbetrag aus, das Schriftstück mit der Überschrift „Abrechnung der Brutto-/Netto-Bezüge“ für Juni 2013, weist einen mit der Anlage 7 (Umsatzdetails, Lohn/Gehalt 06/13) übereinstimmenden Auszahlungsbetrag aus, das Schriftstück mit der Überschrift „Abrechnung der Brutto-/Netto-Bezüge“ für Juli 2013, weist einen mit der Anlage 6 (Umsatzdetails, Lohn/Gehalt 07/13) übereinstimmenden Auszahlungsbetrag aus.

Die Kontonummer/IBAN, die Bankleitzahl/BIC sowie der Name der kontoführenden Bank stimmen jeweils mit den Angaben in der **Anlage 2**, sowie in den **Anlagen 3-8** überein.

### III.

Die Kosten dieser Niederschrift trägt ... . Von dieser Niederschrift sind zu erteilen:

- je eine **Ausfertigung** für die/den Erschienenen und die IG Metall Musterstadt, Musterstraße ..., ... Musterstadt, an diese **ohne** Anlagenteil.<sup>33</sup>

Hierüber Niederschrift am <? Errichtungsdatum ?> in den Amtsräumen des Notars

Unterschrift Notar

Siegel

Absatz 5, 42 Absatz 3 BeurkG. Bei den beigefügten „Anlagen“ handelt es sich auch nicht um „echte“ Anlagen zur Urkunde. Eine Ausfertigung ohne Anlagen ist daher zulässig.

## Rechtsprechung

**EGBGB Art. 25**  
**BGB §§ 1960, 1961**  
**FamFG §§ 58, 97, 105, 343**

**Hinsichtlich des in der Türkei belegenen unbeweglichen Nachlasses kann das deutsche Nachlassgericht mangels internationaler Zuständigkeit keine Maßnahmen (wie etwa eine Pflegschaft) anordnen.**

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 17.6.2013 – 14 Wx 84/11, rechtskräftig

### Gründe:

#### I.

Der beschwerdeführende Landkreis erstrebt die Bestellung eines Pflegers für den Nachlaß des am 24.5.2011 in B. verstorbenen türkischen Staatsangehörigen D.Ö.. Hinterbliebene des Verstorbenen sind dessen Ehefrau und Tochter sowie drei weitere Kinder aus erster Ehe, allesamt in Deutschland lebend. Eine letztwillige Verfügung des Erblassers ist nicht bekannt. Hintergrund des Anliegens des Landkreises ist eine Forderung auf Rückzahlung gewährter Sozialleistungen, die der Landkreis bereits zu Lebzeiten des Erblassers durch Zugriff auf Immobilienvermögen in der Türkei zu realisieren versuchte. Angesichts der tatsächlichen und rechtlichen Schwierigkeiten dieses Vorhabens hält er die Bestellung eines Nachlaßpflegers für geboten.

Unter dem 6.10.2011 hat das Nachlaßgericht den Landkreis darauf hingewiesen, daß die Erben bekannt seien und nach deutschem Recht deshalb die Voraussetzungen für eine Nachlaßpflegschaft nicht vorlägen. Allerdings sei hier das türkische Recht maßgeblich, das aber eine Nachlaßpflegschaft im Sinne der §§ 1961, 1960 BGB nicht kenne. Der Antragsteller möge seinen „Antrag dahingehend ändern bzw präzisieren, dass Sie eine nach dem anzuwendenden türkischen Recht mögliche Entscheidung beantragen“ oder den Antrag zurücknehmen, der andernfalls zurückgewiesen werden müsse. Daraufhin beantragte der Landkreis „eine Entscheidung nach dem türkischen Recht (wie von Ihnen mit o.g. Schreiben vorgeschlagen“.

Mit Beschluß vom 22.11.2011 hat das Nachlaßgericht den Antrag zurückgewiesen. Soweit eine „Entscheidung nach türkischem Recht“ beantragt werde, sei der Antrag unbestimmt. Falls er dahin zu verstehen sei, daß in Anwendung türkischen Rechts eine Nachlaßpflegschaft beantragt werde, sei er zurückzuweisen, weil es nach türkischem Recht eine vom deutschen Nachlassgericht anzuordnende Nachlasspflegschaft zur Geltendmachung der vom Antragsteller erhobenen Ansprüche nicht gebe.

Gegen den am 30.11.2011 zugegangenen Beschluß hat der Landkreis am 8.12.2011 Beschwerde eingelegt, der das

Nachlaßgericht mit Vermerk vom 12.12.2011 nicht abgeholfen hat.

#### II.

Das Rechtsmittel ist statthaft (§ 58 FamFG) und auch im übrigen zulässig, in der Sache aber unbegründet. Das Nachlaßgericht hat den Antrag des Landkreises zu Recht zurückgewiesen.

Der Antrag ist auf die Bestellung eines Prozeßpflegers im Sinne des § 1961 BGB gerichtet, weil sich der Landkreis davon offenbar eine organisatorische Erleichterung beim Zugriff auf das in der Türkei belegene Immobilienvermögen des Erblassers verspricht. Allerdings lägen die Voraussetzungen für eine Bestellung nach deutschem Recht schon deshalb nicht vor, weil die Erben -auch dem Beschwerdeführer- bekannt sind, worauf das Nachlaßgericht zu Recht hingewiesen hat. Darauf kommt es aber nicht an und auch nicht darauf, ob das dem Schweizer Zivilgesetzbuch nachgebildete türkische Recht eine für das Anliegen des Beschwerdeführers in Betracht kommende Sicherungsmaßnahme kennt. Denn das deutsche Nachlaßgericht ist nicht befugt, eine derartige Maßnahme im Hinblick auf das in der Türkei belegene unbewegliche Vermögen anzuordnen, auch nicht in Anwendung sachlichen türkischen Rechts.

Das maßgebliche Erbstatut richtet sich nach dem Konsularvertrag zwischen der Türkischen Republik und dem Deutschen Reich vom 28.5.1929 (RGBl 1930 II 747; RGBl 1931 II 538; BGBl 1952 II 608). Dieses zwischenstaatliche Abkommen geht der innerstaatlichen Regelung des Art. 25 EGBGB vor (BGH NJW-RR 2013, 201). Nach Nr. 14 Abs. 2 der Anlage zu Art. 20 des Konsularvertrags bestimmen sich die erbrechtlichen Verhältnisse in Ansehung des unbeweglichen Nachlasses nach den Gesetzen des Landes, in dem dieser Nachlaß liegt, und zwar in der gleichen Weise, wie wenn der Erblasser zur Zeit seines Todes Angehöriger dieses Landes gewesen wäre. Nach Nr. 12 Abs. 1 sind in Ansehung des unbeweglichen Nachlasses ausschließlich die zuständigen Behörden des Staates, in dessen Gebiet sich dieser Nachlaß befindet, berechtigt und verpflichtet, alle Verrichtungen nach Maßgabe der Landesgesetze und in derselben Weise vorzunehmen wie bei Nachlässen von Angehörigen ihres eigenen Staates (zitiert nach der Wiedergabe des Textes in der dem Handbuch von Süß, Erbrecht in Europa, 2. Aufl., 2008 beigelegten CD-ROM, dort Türkei). Insoweit wird für alle Maßnahmen in Ansehung des in der Türkei belegenen unbeweglichen Nachlasses eine ausschließliche Zuständigkeit der türkischen Behörden und Gerichte begründet und fehlt es an der internationalen Zuständigkeit deutscher Prozeß- und Nachlaßgerichte (Kilic, in: Süß a.a.O. Länderberichte Erbrecht in der Türkei Rn 70; auch Rumpf, Gutachten AG Stolzenau v. 13.7.2005 S. 8, zu finden unter: [www.uni-bamberg.de/turkologie/forschung/honorarprofessur-fur-tuerkisches-recht](http://www.uni-bamberg.de/turkologie/forschung/honorarprofessur-fur-tuerkisches-recht)).

Die gegen die Ablehnung des Antrags durch das Nachlassgericht gerichtete Beschwerde des Landkreises muß deshalb erfolglos bleiben. Die förmliche Beteiligung der gesetzlichen Erben im Beschwerdeverfahren konnte im Hinblick auf die klare Aussichtslosigkeit des Rechtsmittels und die fehlende Gefahr einer die Erben beschwerenden Entscheidung ausnahmsweise unterbleiben.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 84 FamFG, die Wertfestsetzung für das Beschwerdeverfahren auf §§ 131 Abs. 4, 30 Abs. 1, 106 Abs. 1 S. 3 KostO. Maßgeblich ist der Wert des in der Türkei belegenen und aus zwei Wohnungen bestehenden unbeweglichen Nachlassvermögens, auf den der Pflegschaftsantrag bezogen war (Rohs/Wedewer/Wagner, KostO, 3. Aufl., 2012, § 106 Rn 6). Der Wert für eine der beiden Wohnungen wird mit ca € 30.000 angegeben. Mangels anderer Anhaltspunkte ist für beide Wohnungen zusammen deshalb von einem Wert von € 60.000 auszugehen. Die Zulassung der Rechtsbeschwerde war nicht veranlaßt, da die Voraussetzungen hierfür nicht vorliegen (§ 70 Abs. 2 FamFG).

Mitgeteilt von Richter am OLG Karlsruhe aD Dr. Ernst-Friedrich Krauß

#### **BGB §§ 1960, 1961 ZPO § 779 Abs. 1**

**Die Bestellung eines Nachlasspflegers für die unbekannt-  
ten Erben zum Zweck der Fortsetzung der zu Lebzeiten  
des Erblassers begonnenen Zwangsvollstreckung in das  
Nachlassvermögen kann auch dann nicht beantragt wer-  
den, wenn dem Gläubiger Nachlassgegenstände, in die  
er vollstrecken könnte, nicht bekannt sind.**

OLG München, Beschluss vom 20.11.2013 – 31 Wx 413/13,  
rechtskräftig

#### **Gründe:**

##### **I.**

Der Erblasser ist am 9.10.2012 im Alter von 43 Jahren verstorben. Er war nicht verheiratet und hatte keine Kinder. Eine letztwillige Verfügung wurde von ihm nicht errichtet. Die bisher von dem Nachlassgericht ermittelten gesetzlichen Erben haben alle die Erbschaft ausgeschlagen. Mit Schreiben seines Verfahrensbevollmächtigten vom 22.3.2013 beantragte der Beschwerdeführer unter Bezugnahme auf die bereits vorgelegte Ausfertigung eines Versäumnisurteils des Landgericht K. vom 29.9.2011 (Verurteilung des Erblassers u.a. zur Zahlung eines Schmerzensgeldes in Höhe von 6.000 € und außergerichtlicher Rechtsanwaltsgebühren in Höhe von 867, 84 € sowie weiterer Kosten in Höhe von 67,03 €) sowie eines Kostenfestsetzungsbeschlusses vom 13.12.2011 (Festsetzung der vom Erblasser zu erstattenden Kosten in

Höhe von 1.317,34 €) die Bestellung eines Nachlasspflegers zum Zwecke der Durchführung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen in den Nachlass.

Nach seinem Vortrag wurden solche bereits im November 2011 eingeleitet: Nachdem zunächst ein vorläufiges Zahlungsverbot erwirkt worden sei, habe das Amtsgericht S. einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluss erlassen, der dem Arbeitgeber des Erblassers zugestellt worden sei. Anschließend sei eine Ratenzahlungsvereinbarung getroffen worden, woraufhin die Pfändungen ruhend gestellt worden seien. Bis zu seinem Tod habe der Erblasser jedoch lediglich einen Teilbetrag in Höhe von 1.200 € bezahlt. Eine Fortsetzung der Zwangsvollstreckung sei nach dem Tod des Erblassers nicht mehr möglich, da keine Nachlassgegenstände bekannt seien. Insofern bestünde ein Rechtsschutzbedürfnis zur Bestellung eines Nachlasspflegers im Sinne des § 1961 BGB.

Mit Beschluss vom 20.8.2013 wies das Nachlassgericht den Antrag mit der Begründung zurück, dass ein Rechtsschutzinteresse für die Bestellung eines Nachlasspflegers nicht vorliege, da der gegen den Nachlass gerichtete Anspruch bereits gerichtlich geltend gemacht worden sei und dem Gläubiger selbst nicht bekannt sei, in welche Nachlassgegenstände vollstreckt werden soll. Aufgabe eines Pflegers im Sinne des § 1961 BGB sei es nicht, ein Nachlassverzeichnis zu erstellen. Hiergegen richtet sich die Beschwerde.

##### **II.**

Die zulässige Beschwerde hat im Ergebnis keinen Erfolg. Zu Recht ist das Nachlassgericht zu dem Schluss gelangt, dass die Voraussetzungen für die von dem Beschwerdeführer erstrebte Bestellung eines Nachlasspflegers im Sinne des § 1961 BGB nicht vorliegen.

1. Das Nachlassgericht hat gemäß § 1961 BGB in den Fällen des § 1960 Abs.1 BGB einen Nachlasspfleger zu bestellen, wenn die Bestellung zum Zwecke der gerichtlichen Geltendmachung eines Anspruchs, der sich gegen den Nachlass richtet, von dem Berechtigten beantragt wird.

Dies setzt zum einen voraus, dass der Erbe die Erbschaft noch nicht angenommen hat oder die Annahme ungewiss oder der Erbe unbekannt ist (§ 1960 Abs. 1 BGB). Statt eines Fürsorgebedürfnisses im Sinne des § 1960 Abs. 1 BGB erfordert die Bestellung eines Nachlasspflegers im Sinne des § 1961 BGB zudem ein Rechtsschutzbedürfnis des Gläubigers, das sich grundsätzlich bereits aus der Tatsache ergibt, dass er einen Anspruch gegen den Nachlass geltend machen will (Palandt/Weidlich BGB 72. Auflage <2013> § 1961 Rn. 2; Soergel/Stein BGB 13. Auflage § 1961 Rn. 2 bis 4; MüKoBGB/Leipold BGB 6. Auflage <2013> § 1961 Rn. 4 und 8; Staudinger/Marotzke BGB <2007> § 1961 BGB Rn. 3, 4, 8). Antragsberechtigt ist damit, wer die Absicht vorträgt, einen Anspruch gegen den Nachlass notfalls gerichtlich geltend machen zu wollen (Palandt/Weidlich a.a.O. Rn. 2; MüKoBGB/Leipold a.a.O. Rn. 5). Auch das Betreiben der Zwangsvollstreckung stellt insofern eine gerichtliche Geltendmachung in diesem

Sinne dar, doch ist für eine Pflegerbestellung danach zu unterscheiden, ob die Zwangsvollstreckung schon begonnen hat oder erst eingeleitet werden soll. Stirbt der Erblasser vor Beginn der Zwangsvollstreckung, scheidet die notwendige Klauselerteilung gegen den Erben an § 1958 BGB, wenn dieser die Erbschaft noch nicht angenommen hat. Insofern ermöglicht die Pflegerbestellung nach § 1961 BGB dem Gläubiger die Zwangsvollstreckung. Zur Fortsetzung einer schon gegen den Erblasser begonnenen Zwangsvollstreckung bedarf es hingegen keiner Klausel gegen den Erben (§ 779 Abs. 1 ZPO). Soweit die Zuziehung des Schuldners bei Vollstreckungshandlungen notwendig ist, sieht § 779 Abs. 2 ZPO die Bestellung eines besonderen Vertreters vor.

2. Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze teilt der Senat die Auffassung des Nachlassgerichts, dass der Vortrag des Beschwerdeführers das für die Bestellung eines Nachlasspflegers im Sinne des § 1961 BGB erforderliche Rechtsschutzinteresse nicht belegt. Der Beschwerdeführer ist durch den Tod des Erblassers nicht gehindert, die Zwangsvollstreckung in dessen Nachlass zu betreiben, da der Anwendungsbereich des § 779 Abs. 1 ZPO eröffnet ist.

a) Hierfür ist erforderlich, aber auch ausreichend, dass vor Eintritt des Erbfalls eine konkrete Vollstreckungsmaßnahme von dem Gläubiger gegen den Erblasser eingeleitet worden ist (vgl. HK-ZPO/Kindl, 5. Auflage <2013> § 779 Rn. 2; Zöller/Stöber ZPO 30. Auflage <2013> § 779 Rn. 4). Dies ist hier der Fall, da der Beschwerdeführer nach eigenem Sachvortrag u.a. bereits einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluss gegen den Erblasser erwirkt hatte, der dem Arbeitgeber des Erblassers zugestellt worden ist.

b) Die von dem Beschwerdeführer beabsichtigte Durchführung weiterer Zwangsvollstreckungsmaßnahmen in den Nachlass gebietet nicht die Bestellung eines Nachlasspflegers im Sinne der §§ 1961, 1960 BGB.

aa) Da der Anwendungsbereich des § 779 Abs. 1 ZPO eröffnet ist, kann der Beschwerdeführer die Vollstreckung ohne Umschreibung der gegen den verstorbenen Schuldner (= Erblasser) lautenden Ausfertigung weiter in den Nachlass (vgl. § 778 Abs. 1 ZPO) betreiben. Es bedarf insofern keiner Bestellung eines Nachlasspflegers in der Funktion eines „passivlegitimierten Platzhalters“ (vgl. Trimborn von Landenberg in: Burandt/Rojahn Erbrecht <2011> § 1960 Rn. 1).

bb) Dass ihm keine Nachlassgegenstände bekannt sind und er sich insoweit nicht in der Lage sieht, weitere Vollstreckungsmaßnahmen durchführen zu können, begründet entgegen der Meinung des Beschwerdeführers nicht das im Sinne der §§ 1961, 1961 erforderliche Rechtsschutzbedürfnis für die von ihm beantragte Bestellung eines Nachlasspflegers.

Die insofern von Behr (Rpfleger 2002, 2/4) vertretene Meinung wird – soweit ersichtlich und erörtert – von der Literatur zu § 1961 BGB im Ergebnis zu Recht abgelehnt (vgl. Staudinger/Marotzke a.a.O. § 1961 Rn. 15; MüKoBGB/Leipold a.a.O. Rn. 7; vgl. aber auch Zöller/Stöber a.a.O. § 779 Rn. 6 und Nk-Erbrecht/Krug 3. Auflage <2010> § 1962 Rn. 9 sowie

Trimborn von Landenberg a.a.O. § 1961 Rn. 6: Wahlrecht des Gläubigers in den Fällen des § 779 Abs. 2 ZPO zwischen Bestellung eines Nachlasspflegers i. S. d. § 1961 BGB und eines Vertreters i. S. d. § 779 Abs. 2 ZPO).

Die Vorschrift des § 1961 BGB korrespondiert mit § 1958 BGB, wonach der Nachlassgläubiger den Erben nicht vor Annahme der Erbschaft verklagen kann und eine Klage gegen den Erben als unzulässig abzuweisen wäre (Trimborn von Landenberg in: Burandt/Rojahn a.a.O. § 1961 Rn. 1; Nk-Erbrecht/Krug a.a.O. § 1961 Rn. 3). Die Funktion des § 1961 BGB liegt somit darin, dem Nachlassgläubiger einen passivlegitimierten „Platzhalter“ als Anspruchsgegner zu geben (s.o.), um so zu verhindern, dass der Nachlassgläubiger durch die ungeklärte Rechtsnachfolge nach dem Tod seines Schuldners Rechtsnachteile erleidet. Der Vorschrift kommt damit allein verfahrensrechtliche Bedeutung zu. Für die Bestellung eines Nachlasspflegers ist aber dann kein Raum, wenn der Gläubiger den von ihm geltend gemachten Anspruch verfahrensrechtlich geltend machen kann und er aufgrund eines bereits gegen den Erblasser erwirkten Titels die Zwangsvollstreckung in das Schuldnervermögen (= Nachlass des Erblassers; vgl. § 778 Abs. 1 ZPO) betreiben kann. Denn insofern ist er an der „gerichtlichen Geltendmachung“ seines Anspruchs nicht deswegen gehindert, weil derzeit der Erbe des Erblassers nicht feststeht.

Dies hier der Fall, da nach § 779 Abs. 1 ZPO die Zwangsvollstreckung in den Nachlass ohne Umschreibung der vollstreckbaren Ausfertigung fortgesetzt werden kann (s.o). Insofern kann aus dem Titel weiter in den Nachlass vollstreckt werden, wobei die fortgesetzte Vollstreckung auch Gegenstände erfassen kann, die bisher nicht erfasst waren (Karsten Schmidt/Brinkmann in: MüKoZPO 4. Auflage <2012> § 779 Rn. 6; HK-ZPO/Kindl, a.a.O., § 779 Rn. 3). Ob dem Vollstreckungsgläubiger solche Gegenstände bekannt sind, ist insofern unmaßgeblich. § 779 Abs. 1 ZPO ordnet generell, unabhängig von einer subjektiven Kenntnis des Gläubigers von weiteren der Vollstreckung unterliegenden Gegenstände die Fortsetzung der Zwangsvollstreckung an.

Das Vollstreckungsinteresse des Gläubigers gebietet nicht, den grundsätzlichen Vorrang des § 779 Abs. 1 ZPO vor § 1961 BGB für den Fall einzuschränken, dass dem Gläubiger Nachlassgegenstände nicht bekannt sind, in die er vollstrecken könnte. Denn der Gläubiger hat es bereits zu Lebzeiten des Erblassers selbst in der Hand, sich Kenntnis über dessen verwertbares Vermögen zu verschaffen. Führt(e) die von ihm durchgeführte Vollstreckungsmaßnahme nicht zu einer vollständigen Befriedigung, besteht für ihn nach § 807 Abs. 1 i.V.m. § 900 ZPO a.F. bzw. §§ 802c, 807 Abs. 1 i.V.m. § 802f ZPO n.F. die Möglichkeit, die Erstellung eines Vermögensverzeichnisses (§ 807 ZPO a.F.) bzw. die Abnahme einer Vermögensauskunft durch den Erblasser (§ 807 i.V.m. §§ 807 Abs. 1, 802f, 802c ZPO n.F.) zu erwirken.

### III.

Der Beschwerdeführer hat kraft Gesetzes die Gerichtskosten seiner erfolglosen Beschwerde zu tragen (§ 22 Abs. 1

GNotKG). Für die Festsetzung des Geschäftswerts ist das wirtschaftliche Interesse des Beschwerdeführers am Erfolg seines Rechtsmittels maßgebend. Dieser entspricht dem Betrag, den der Beschwerdeführer im Wege der Zwangsvollstreckung beizutreiben erstrebt.

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde liegen nicht vor.

Mitgeteilt durch Richterin am OLG München Margaretha Förth

**BGB §§ 1925, 2358, 2361**  
**FamFG §§ 58, 433, 487**  
**BWLFGG § 41**

**1. Fordert das Nachlassgericht einen namentlich bezeichneten Erbberechtigten im Wege der öffentlichen Aufforderung zur Anmeldung seiner Erbrechte auf, so müssen die dabei mitgeteilten persönlichen Angaben – soweit bekannt – zutreffend wiedergegeben werden. Anderenfalls kann der Erbschein nicht ohne Berücksichtigung des Aufgeforderten erteilt werden.**

**2. Zum Umfang der Amtsermittlungspflicht bei Vorlage bedeutsamer amtlicher Urkunden in französischer Sprache durch einen berufsmäßigen Erbenermittler.**

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 16.05.2013 - 14 Wx 57/11, rechtskräftig

#### Gründe:

##### I.

Mit der Beschwerde wendet sich der Beteiligte Ziff. 1 gegen die Zurückweisung seines Antrags auf Erbscheinseinziehung.

Der am 24.5.2009 unverheiratet und kinderlos verstorbene C. A. A. (Erblasser) war der Sohn des Abd. A. (später auch unter dem Namen Ar. aufgetreten) und der am 5.5.2004 vorverstorbenen R. T. U., geb. K.. Der Beteiligte Ziff. 1 ist der am 6.9.2006 geborene Sohn des Abd. A. und der S. B.. Die Beteiligte Ziff. 2 ist die am 26.2.1972 geborene Tochter der R. T. U.. Ein weiterer Sohn der R. T. U., P. U., hat die Erbschaft ausgeschlagen. Eine letztwillige Verfügung des Erblassers ist nicht bekannt.

Unter dem 4.2.2010 (AS 103) veranlaßte das Nachlassgericht eine öffentliche Aufforderung an den Vater des Erblassers, dessen Aufenthalt unbekannt ist, sich beim Nachlassgericht zu melden, anderenfalls er bei der Erteilung eines Erbscheins nicht berücksichtigt werde. Dabei wurde der Vater als „Ahm. A., weitere Personendaten nicht bekannt und derzeit unbekanntem Aufenthalts“ bezeichnet. Auf die öffentliche Aufforde-

rung meldete sich der berufsmäßige Erbenermittler M. und legte mit Schreiben vom 26.8.2010 beglaubigte Abschriften zweier Heiratsurkunden des Vaters des Erblassers und einer Geburtsurkunde des Beteiligten Ziff. 1, alle in französischer Sprache, vor. Der Nachlassrichter forderte den Erbenermittler auf, die Urkunden in deutscher Übersetzung vorzulegen.

Bereits am 25.8.2010 war ein Erbscheinsantrag des Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten Ziff. 2 eingegangen, wonach diese als alleinige Erbin mit Erbteil 1/1 auszuweisen sei. Mit Beschluß vom 14.10.2010 hat das Nachlassgericht die zur Erteilung des Erbscheins erforderlichen Tatsachen wie beantragt festgestellt und die Erteilung einer Ausfertigung des Erbscheins an die Beteiligte Ziff. 2 veranlaßt.

Mit Schreiben vom 1.4.2011 hat der Erbenermittler unter Vorlage einer Vollmacht der Mutter die Vertretung des minderjährigen Beteiligten Ziff. 1 angezeigt und mit weiterem Schreiben vom 3.5.2011 die Einziehung des Erbscheins vom 14.10.2010 beantragt. Nach weiterem Schriftwechsel hat das Nachlassgericht den Antrag mit Beschluß vom 21.7.2011 zurückgewiesen und der dagegen am 5.8.2011 eingelegten Beschwerde des Verfahrensbevollmächtigten des Beteiligten Ziff. 1 mit weiterem Beschluß vom 8.8.2011 nicht abgeholfen.

##### II.

Das Rechtsmittel des Beteiligten Ziff. 1 ist statthaft (§ 58 FamFG) und auch im übrigen zulässig. Insbesondere ist der Beteiligte Ziff. 1 als möglicher (Mit-)Erbe beschwerdebefugt.

Die Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg. Nach § 2361 Abs. 1 BGB hat das Nachlassgericht einen erteilten Erbschein einzuziehen, wenn sich ergibt, daß dieser unrichtig ist. Das ist hier der Fall, weil die Beteiligte Ziff. 2 nicht (Allein-)Erbin mit Erbteil 1/1 geworden ist und der Erbschein nicht hätte erteilt werden dürfen.

1. Zu Recht ist das Nachlassgericht in Ermangelung einer letztwilligen Verfügung des Erblassers von der gesetzlichen Erbfolge und davon ausgegangen, daß wegen fehlender Abkömmlinge des unverheirateten Erblassers zunächst dessen Eltern zu gleichen Teilen zur Erbfolge berufen sind (§ 1925 Abs. 1 und 2 BGB). Da die Mutter R. T. U. vorverstorben ist, treten ihre weiteren Kinder, die Beteiligte Ziff. 2 und deren Halbbruder P. U., an ihre Stelle (§ 1925 Abs. 3 BGB). Nach der Ausschlagung des kinderlosen P. U. fällt der auf die Mutter entfallende hälftige Erbteil gänzlich an die Beteiligte Ziff. 2.

2. Die Beteiligte Ziff. 2 ist aber nicht Erbin des auf den Vater Abd. A. des Erblassers entfallenden hälftigen Erbteils geworden.

a) Das Nachlassgericht durfte Abd. A. bei der Erteilung des Erbscheins nicht unberücksichtigt lassen. Die Beteiligte Ziff. 2 hat dessen Wegfall, etwa wegen Vorversterbens, nicht nachgewiesen. Davon ist auch das Nachlassgericht ausgegangen, hat ihn aber gemäß § 2358 Abs. 2 BGB wegen Nichtanmeldung seiner Erbrechte nach öffentlicher Aufforderung nicht

berücksichtigt. Die Voraussetzungen der Nichtberücksichtigung lagen aber nicht vor, weil die öffentliche Aufforderung fehlerhaft durchgeführt worden war. Dabei kann dahinstehen, ob die ausdrückliche Benennung des Aufgeforderten in dem nach §§ 433 ff FamFG durchzuführenden Aufgebotsverfahren überhaupt erforderlich war. Wenn aber -wie sinnvoll und hier geschehen- der Aufgeforderte namentlich benannt wird, müssen die zu seiner Person mitgeteilten Informationen, soweit bekannt, zutreffend wiedergegeben werden, was hier nicht der Fall war. Denn zum Zeitpunkt der Anordnung der öffentlichen Aufforderung lag die französische Geburtsurkunde des Erblassers (AS 83) mit den dortigen Angaben über seinen Vater „Abd. A., geboren in F., Departement T. (Algerien) am 30. August 1948“ vor. Die öffentliche Aufforderung an den Vater „Ah. A., weitere Personendaten nicht bekannt und derzeit unbekanntes Aufenthalts“, sich beim Nachlaßgericht zu melden, war deshalb nicht geeignet, die Voraussetzungen für dessen Nichtberücksichtigung gemäß § 2358 Abs. 2 BGB zu schaffen.

b) Selbst wenn man aber mit dem Nachlaßgericht die Nichtberücksichtigung als zulässig ansehen wollte, wäre der an die Beteiligte Ziff. 2 erteilte Erbschein unrichtig. Denn dann würde der am 6.9.2006 geborene weitere Sohn R. M. Ar. (Beteiligter Ziff. 1) des Abd. A. an dessen Stelle treten.

aa) Die öffentliche Aufforderung nach § 2358 Abs. 2 BGB ist auch dann zulässig, wenn das Vorhandensein besser berechtigter Erben wahrscheinlich ist, ihre Ermittlung aber, z.B. bei Auslandsabwesenheit, praktisch dauernd unmöglich bzw wirtschaftlich nicht vertretbar erscheint. Die erfolglos durchgeführte öffentliche Aufforderung bewirkt nach allgemeiner Auffassung nicht den Ausschluß, sondern die vorläufige Nichtberücksichtigung der nicht angemeldeten Rechte (Staudinger/Herzog, BGB, 2010, § 2358 Rn 37, 39). Bleibt vorliegend der Vater des Erblassers unberücksichtigt, so ist an seiner Stelle nach § 1925 Abs. 3 BGB der Beteiligte Ziff. 1 als Miterbe zu 1/2 berufen.

bb) Daß der Beteiligte Ziff. 1 leiblicher Sohn des Vaters des Erblassers ist, steht zur Überzeugung des Senats mit hinreichender Sicherheit fest. Aus der Geburtsurkunde des Erblassers ergibt sich, daß Abd. A., geboren am 30. August 1948 in F., Departement T. (Algerien), der Vater des Erblassers ist. Dies wird bestätigt durch die Heiratsurkunde zu der Heirat des Abd. A. mit der Mutter des Erblassers, die hinsichtlich Name, Geburtsdatum und -ort die identischen Angaben aufweist. Aufgrund der mit Schreiben des Erbenermittlers M. vom 26.8.2010 vorgelegten weiteren Urkunden ist der Senat weiter davon überzeugt, daß R. M. Ar. der leibliche Sohn des Abd. A. ist. Einer Übersetzung der französischsprachigen Urkunden bedarf es nicht; der Senat vermag die wesentlichen Inhalte der amtlichen Urkunden aufgrund eigener Sprachkenntnisse zu ermitteln. Der Auszug aus der Geburtsurkunde des R. M. Ar. weist als dessen Mutter S. B. und als Vater Abd. Ar. aus. Daß es sich bei dem Letztgenannten um den Vater Abd. A. des Erblassers handelt, ergibt sich aus der Heiratsurkunde des Abd. Ar. mit S. B. Dort finden sich nicht nur die identischen Angaben zu Geburtstag und -ort von Abd. Arab alias Ar., sondern auch die Angaben zu dessen Eltern Ahm.

A. und Z. M. B. B. wie in der Heiratsurkunde des Abd. A. mit der Mutter des Erblassers. Ob es sich bei dem in der -vom französischen Außenministerium übermittelten- Urkunde beschriebenen Abd. A. angesichts abweichenden Geburtsdatums und -orts um eine namensgleiche andere Person handelt oder ob der Vater des Erblassers dort unter anderen Personenangaben aufgetreten ist, kann dahinstehen. Maßgeblich ist im vorliegenden Zusammenhang allein, daß jedenfalls feststeht, daß der Vater des Erblassers auch der Vater des Beteiligten Ziff. 1 ist und damit bei Nichtberücksichtigung des Vaters ein weiterer Miterbe neben der Beteiligten Ziff. 2 erbberechtigt ist.

c) Das Nachlaßgericht durfte diese erbrechtliche Situation bei der Erteilung des Erbscheins nicht deshalb außer Betracht lassen, weil die diesbezüglichen Urkunden vom Erbenermittler M. mit Schreiben vom 26.8.2010 nur in französischer Sprache vorgelegt worden waren. Denn das Nachlaßgericht mußte im Rahmen des Verfahrens über die von der Beteiligten Ziff. 2 beantragte Erteilung eines Erbscheins mit Erbteil 1/1 die dem Antrag zugrunde liegende Behauptung der Alleinerbenstellung prüfen und durfte den Erbschein nur erteilen, wenn es das Nichtvorhandensein besser oder gleich berechtigter Erben feststellte (Staudinger/Herzog a.a.O. § 2358 Rn 1, § 2359 Rn 19). Hierzu hatte es -unabhängig von der in Baden-Württemberg nach § 41 LFGG i.V.m. § 487 Abs. 1 Nr. 1 FamFG sogar gesteigerten Amtsermittlungspflicht- die maßgeblichen Tatsachen von Amts wegen zu ermitteln und zu berücksichtigen (Staudinger/Herzog a.a.O. § 2358 Rn 1, 5).

Aus dem Schreiben des Erbenermittlers M. vom 26.8.2010 und den beigegeführten Urkunden ergaben sich jedenfalls so erhebliche Zweifel an der Alleinerbenstellung der Beteiligten Ziff. 2, daß das Nachlaßgericht den beantragten Erbschein nicht erteilen durfte, ohne diese Urkunden zu überprüfen. Hierzu hätte es -wenn der Nachlaßrichter nicht selbst über die zur Erfassung des wesentlichen Inhalts erforderlichen Sprachkenntnisse verfügte- im vorliegenden Fall nicht einmal der sofortigen amtlichen Übersetzung bedurft, sondern hätte zunächst die Stellungnahme der durch einen sprachkundigen Rechtsanwalt vertretenen Beteiligten Ziff. 2 eingeholt werden können, der es als Antragstellerin im Erbscheinsverfahren oblag, Zweifel an der von ihr geltend gemachten Alleinerbenstellung auszuräumen (vgl Staudinger/Herzog a.a.O. § 2358 Rn 9, § 2359 Rn 18). Der Umstand, daß der Erbenermittler M. zum damaligen Zeitpunkt noch nicht Verfahrensbevollmächtigter des Beteiligten Ziff. 1 war, ändert nichts, weil das Nachlaßgericht die durch sein Schreiben vom 26.8.2010 und die vorgelegten Urkunden begründeten Zweifel von Amts wegen berücksichtigen mußte.

Der unrichtige Erbschein ist damit gemäß § 2361 BGB einzuziehen. Da das Beschwerdegericht selbst zur Einziehung nicht befugt ist, war dem Nachlaßgericht entsprechende Weisung zu erteilen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 81 FamFG. Die Wertfestsetzung für das Beschwerdeverfahren bestimmt sich nach §§ 131 Abs. 4, 30 Abs. 1 KostO; maßgebend ist das

vom Beschwerdeführer verfolgte wirtschaftliche Interesse in Höhe des von ihm letztlich erstrebten hälftigen Erbteil. Diesen schätzt das Gericht auf ca. € 24.000 (Auszahlung SUVA CHF 64.080, AS 61, bei Kurs CHF 1,30 im Mai 2011 somit € 49.292,30, abzüglich Bestattungskosten € 2.035,80, AS 79 und davon die Hälfte). Die Zulassung der Rechtsbeschwerde war nicht veranlaßt, da die Voraussetzungen hierfür nicht vorliegen (§ 70 Abs. 2 FamFG).

Mitgeteilt von Richter am OLG Karlsruhe aD Dr. Ernst-Friedrich Krauß

### BGB §§ 2265, 2269, 2270

**Die Kombination einer „Schlusserbeneinsetzung“ mit Einräumung einer Abänderungsbefugnis zugunsten des überlebenden Ehegatten bei ausdrücklicher Anordnung der Wechselbezüglichkeit der Verfügungen können Anhaltspunkte dafür sein, dass die Ehegatten die Formulierung „für den Fall gleichzeitigen Versterbens“ nicht im Wortsinn verwendet haben, sondern den Fall des zeitlich nacheinander Versterbens geregelt haben (im Anschluss an OLG München NJW-RR 2011, 44).**

OLG München, Beschluss vom 24.10.2013 – 31 Wx 139/13, rechtskräftig

#### Gründe:

##### I.

Die am 23.12.2012 im Alter von 87 Jahren verstorbene Erblasserin war verheiratet mit F. K., der am 11.1.2009 verstorben ist. Aus der Ehe gingen keine gemeinsamen Kinder hervor. Der Beteiligte zu 1 ist der Sohn des Ehemanns der Erblasserin.

Es liegt ein von der Erblasserin geschriebenes und von ihrem Ehemann unterschriebenes gemeinschaftliches Testament vom 1.2.1990 vor, das folgenden Inhalt hat:

„Gemeinschaftliches Testament.

Ich H. K. geborene S. bin am 13. November 1925 in G. geboren.

Ich F. K., bin am 21. Februar 1930 in Z./O. geboren.

Wir sind miteinander verheiratet und wohnen in (Adresse).

Aus unserer Ehe sind keine gemeinschaftlichen Kinder hervorgegangen.

Wir leben im gesetzlichen Güterstand der Zugewinngemeinschaft.

In der freien Verfügung über unser Vermögen sind wir beide in keiner Weise beschränkt weder durch einen Erbvertrag noch durch ein gemeinschaftliches Testament. Vorsorglich widerrufen wir alle etwa vorhandenen früheren Verfügungen von Todes wegen. Wir setzen uns hiermit gegenseitig

zum alleinigen und ausschließlichen Erben ein. Der überlebende Teil wird in keiner Weise beschränkt oder beschwert. Er kann über das beiderseitige Vermögen in jeder Weise frei verfügen.

Für den Fall des gleichzeitigen Versterbens bestimmen wir hiermit als unseren Schlusserben:

J.K. (= Beteiligter zu 1) geb. am (...) in (...), wohnhaft in (...).

Sämtliche in diesem Testament niedergelegten Verfügungen sind wechselbezüglich. Sie können daher nur gemeinschaftlich geändert oder durch Widerruf beseitigt werden.

Nach dem Tode eines Teils von uns soll aber der überlebende Teil berechtigt sein, einseitig dieses Testament zu ändern.

(Ort und Datum)

(Unterschrift der Erblasserin)

Das vorstehende Testament soll auch als mein Testament gelten (Ort und Datum)

(Unterschrift des Ehemanns der Erblasserin).“

Mit Beschluss vom 16.1.2013 bestellte das Nachlassgericht Rechtsanwalt F. zum Nachlasspfleger mit dem Wirkungskreis Sicherung und Verwaltung des Nachlasses sowie die Ermittlung der Erben. Unter der Darlegung mit Beweisantritt, es sei Wille der Ehegatten gewesen, dass er sie letztendlich beerbe, beantragte der Beteiligte zu 1 am 21.2.2013 einen Erbschein, der bezeuge, dass er Alleinerbe der Erblasserin sei. Das Nachlassgericht erteilte am 8.3.2013 den beantragten Erbschein und hob mit Beschluss vom 28.3.2013 die Nachlasspflegschaft auf.

Unter Bezugnahme auf Äußerungen der Betreuerin der Erblasserin meldete der Nachlasspfleger Zweifel an der Erbberechtigung des Beschwerdeführers an. Demnach habe sich der Beschwerdeführer, als sich der Ehemann im Krankenhaus befunden habe, „sehr schlecht“ gegenüber der Erblasserin benommen. Diese habe immer gesagt, der „S. bekommt gar nichts, lieber schenke ich alles der Gemeinde“. Nach Angaben der Betreuerin hätten die Ehegatten ihr gemeinsames Testament ändern wollen; der Ehemann der Erblasserin hätte den Beschwerdeführer aus dem Testament streichen wollen, was mehrere namentlich benannte Zeugen bestätigten könnten.

Daraufhin ordnete das Nachlassgericht mit Beschluss vom 5.4.2013 die Einziehung des Erbscheins mit der Begründung an, dass die nachträglich durch den Nachlasspfleger mitgeteilten Tatsachen der vom Gericht vorgenommenen Auslegung des Testaments die Grundlage entzögen. Es stehe damit fest, dass die Angaben des Antragstellers über den Erblasserwillen im wesentlichen unrichtig gewesen seien. Zugleich ordnete das Nachlassgericht erneut Nachlasspflegschaft an und bestellte Rechtsanwalt F. wieder als Nachlasspfleger.

##### II.

Die zulässige Beschwerde hat in der Sache Erfolg. Zu Unrecht ist das Nachlassgericht zu dem Ergebnis gelangt, dass

die Voraussetzungen für die Einziehung des am 8.3.2013 erteilten Alleinerbscheins zugunsten des Beteiligten zu 1 vorliegen.

1. Die Erbfolge nach der Erblasserin bestimmt sich entgegen der Meinung des Nachlassgerichts (weiterhin) nach dem gemeinschaftlichen Testament vom 1.2.1990.

a) Das gemeinschaftliche Testament ist insofern auslegungsbedürftig, da die Eheleute keine ausdrückliche Regelung für den Fall getroffen haben, dass die Ehegatten im zeitlichen Abstand versterben. Der Beschwerdeführer sollte nach dem Wortlaut des Testaments im Fall des gleichzeitigen Versterbens „Schlusserbe“ sein. Eine solche Erbenstellung ist aber nur dann gegeben, wenn der vorversterbende Ehegatte zunächst durch den anderen beerbt wird und bei dessen Ableben der von den beiden Ehegatten gemeinsam bestimmte Erbe die Rechtsnachfolge des überlebenden Ehegatten antreten soll. Bei der Einsetzung eines Schlusserben soll nach dem gemeinsamen Willen der Ehegatten das beidseitige Vermögen nach dem Ableben des überlebenden Ehegatten als eine Einheit an einen Dritten fallen (vgl. dazu näher NK-Erbrecht/Gierl 3. Auflage <2010> § 2269 Rn. 11 ff). Insofern ist nicht eindeutig, ob die Ehegatten allein eine Erbeinsetzung bei ihrem zeitgleichen Ableben treffen wollten oder sie damit – auch – den Fall geregelt haben, dass sie nacheinander in erheblichem zeitlichen Abstand versterben.

b) Es ist daher im Wege der (erläuternden) Testamentsauslegung der wirkliche Wille der Ehegatten zu erforschen. Diese soll klären, was ein Erblasser mit seinen Worten sagen wollte und nicht etwa einen von der Erklärung losgelösten Willen ermitteln. Grundsätzlich ist bei nicht eindeutigem und daher auslegungsbedürftigem Testamentswortlaut gemäß §§ 133, 2084 BGB nicht am buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften. Vielmehr ist der Wortsinn der vom Erblasser benutzten Ausdrücke zu hinterfragen, um festzustellen, was er mit seinen Worten sagen wollte und ob er mit ihnen genau das unmissverständlich wiedergab, was er zum Ausdruck bringen wollte (BGHZ 86, 45; NJW 1993, 256). Ein Abweichen vom Wortsinn setzt allerdings voraus, dass Umstände vorliegen, aus denen geschlossen werden kann, dass der Erklärende mit seinem Worten einen anderen Sinn verbunden hat, als es dem allgemeinen Sprachgebrauch entspricht (BGHZ 80, 246; BayObLG FamRZ 1986, 835). Bei gemeinsamen Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament ist für jede zu prüfen, ob ein nach dem Verhalten des einen Testierenden mögliches Auslegungsergebnis auch dem Willen des anderen entsprochen hat, wobei der übereinstimmende Wille zur Zeit der Testamentserrichtung maßgebend ist (BGHZ 112, 229/233).

c) Die Formulierungen „bei gleichzeitigem Ableben“ oder „bei gleichzeitigem Versterbens“ werden in der neueren Rechtsprechung über den strengen Wortsinn hinaus – nach dem nur der Fall geregelt wäre, in dem die untereinander erbberechtigten Personen im gleichen Bruchteil einer Sekunde den Tod finden (vgl. BayObLGZ 1996, 243/247) – so ausgelegt, dass sie auch noch Fallgestaltungen betreffen, in denen von einem „gleichzeitigen Tod“ nur im weiteren Sinne die Rede

sein kann, in denen aber im Hinblick auf den Sinn einer derartigen Regelung praktisch kein Unterschied zum gleichzeitigen Tod der Ehegatten im engeren Sinne besteht.

Ehegatten, die sich gegenseitig zu Erben einsetzen, ohne diese Regelung mit einer Erbeinsetzung für den Tod des Längerlebenden von ihnen (Schlusserbeinsetzung) zu verbinden, bezwecken damit, dass dem Überlebenden der Nachlass des Erstversterbenden zufällt und dass er über das Gesamtvermögen – auch von Todes wegen – frei verfügen kann. Ein zusätzlicher Regelungsbedarf besteht dann für den Fall des „gleichzeitigen Todes“, in dem es nicht zu einer Beerbung des einen Ehegatten durch den anderen – und zu einer weiteren Verfügung von Todes wegen des überlebenden Ehegatten – kommt. Dieser Regelungsbedarf besteht nicht nur für den Fall des in engerem Sinn gleichzeitigen Todes, sondern auch in Fällen, in denen die Ehegatten innerhalb eines kürzeren Zeitraums nacheinander sterben, sei es aufgrund ein und derselben Ursache, z.B. eines Unfalls, sei es aufgrund verschiedener Ursachen, wenn der Überlebende nach dem Tod des Erstversterbenden praktisch keine Möglichkeit mehr hat, ein Testament zu errichten. In diesem Fall des Versterbens kurz nacheinander würde zwar die gegenseitige Erbeinsetzung greifen, doch hinge es vom Zufall der Reihenfolge des Versterbens ab, ob – wenn keine entsprechende letztwillige Verfügung getroffen wurde – den gesetzlichen Erben des Ehemannes oder den gesetzlichen Erben der Ehefrau das gesamte Vermögen beider Eheleute zufließt. Es ist daher sinnvoll und naheliegend, wenn die Ehegatten die gegenseitige Beerbung anordnen und im Übrigen dem Überlebenden freie Hand lassen wollen, eine zusätzliche Regelung jedenfalls für den Fall zu treffen, dass keiner den anderen überlebt oder der Überlebende wegen zeitnahen Nachversterbens zu einer letztwilligen Verfügung nicht mehr in der Lage ist. Auf diese Fallgestaltung wollen Ehegatten mit der Verwendung von Formulierungen wie „bei gleichzeitigem Ableben“ die Erbeinsetzung des Drittbedachten regelmäßig beschränken und so dem Überlebenden von ihnen die Bestimmung überlassen, wer ihn beerben soll (vgl. BayObLG FGPrax 2004, 80/81 m.w.N.; Reimann/Bengel/ J.Mayer § 2269 Rn. 20; Palandt/Weidlich BGB 72. Auflage <2013> § 2269 Rn. 9).

Eine für den Fall des „gleichzeitigen Versterbens“ getroffene Erbeinsetzung gilt deshalb grundsätzlich nicht für den Fall, dass die Ehegatten nacheinander – in erheblichem zeitlichen Abstand – versterben. Eine Ausnahme hiervon kann nur angenommen werden, wenn aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalls festgestellt werden kann, dass die Testierenden den Begriff des „gleichzeitigen Versterbens“ bzw. „gleichzeitigen Ablebens“ entgegen dem Wortsinn dahin verstanden haben, dass er auch das Versterben in erheblichem zeitlichem Abstand umfassen sollte, und wenn sich darüber hinaus eine Grundlage in der vorliegenden Verfügung von Todes wegen findet (vgl. dazu OLG München FamRZ 2008, 921; NJW-RR 2011, 444).

d) Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe ist der Senat der Auffassung, dass dem gemeinschaftlichen Testament Umstände entnommen werden können, die darauf hindeuten,

dass die Ehegatten durch die Formulierung „für den Fall des gleichzeitigen Versterbens“ den Fall, dass sie nacheinander – in erheblichen zeitlichen Abstand – versterben, geregelt haben:

Die Ehegatten haben ausdrücklich unmittelbar nach Einsetzen des Beschwerdeführers als „Schlusserbe“ die Wechselbezüglichkeit ihrer Verfügungen angeordnet, jedoch bei Überleben eines der Ehegatten eine Abänderungsbefugnis zu dessen Gunsten bestimmt. Ein solche Befugnis gibt nur dann Sinn, wenn ein Ehegatte – entgegen dem eigentlichen Sinn der „Gleichzeitigkeitsklausel“ (s.o.) – den anderen überlebt und dieser nach der Vorstellung der Ehegatten noch die Möglichkeit hat, in Bezug auf die wechselbezügliche und damit bindende Verfügung zugunsten des „Schlusserben“ anders zu verfügen. Bei einer Verwendung der Formulierung „gleichzeitig“ im Wortsinn wäre aber für die Anordnung einer Abänderungsbefugnis keine Notwendigkeit gegeben. Zudem haben die Ehegatten in Bezug auf den Bedachten die Formulierung „Schlusserbe“ verwendet, die nach ihrem Wortsinn ebenfalls voraussetzt, dass vor Anfall des Nachlasses zugunsten des Bedachten bereits ein Erbgang zugunsten des überlebenden Ehegatten erfolgt ist. Dies wäre bei einem „gleichzeitigen Versterbens“ gerade nicht der Fall (s.o.). In der Gesamtschau der von den Ehegatten getroffenen Verfügungen und Formulierung, liegt es daher näher, dass die Ehegatten den Fall eines nacheinander Versterbens in (erheblichem) zeitlichen Abstand geregelt haben.

2. Zu Unrecht ist das Nachlassgericht zu dem Ergebnis gelangt, dass der Wille der Ehegatten nicht darauf gerichtet war, den Beschwerdeführer als ihren Schlusserben einzusetzen. Soweit es sich insoweit auf den Vortrag des Nachlasspflegers stützt, dass dessen Erbeinsetzung nicht dem gemeinsamen Willen der Ehegatten zu ihren Lebzeiten bzw.

dem der Erblasserin entsprach, verkennt es bereits, dass es für die Auslegung grundsätzlich auf den Zeitpunkt der Errichtung der letztwilligen Verfügung ankommt. Die Schilderungen des Nachlasspflegers betreffen aber Äußerungen der Ehegatten (insbesondere der Erblasserin), die zeitlich nach der Testamentserrichtung erfolgt sind. Insofern kommen spätere Willensänderungen der Ehegatten zum Ausdruck. Solche können aber, wenn sie ihnen nicht durch Abänderung ihres Testaments Rechnung getragen haben, im Wege der Auslegung nicht berücksichtigt werden (vgl. Czubayko in: Burandt/Ro- jahn Erbrecht <2011> § 2084 Rn. 5 mwN).

Vorliegend haben die Ehegatten weder zu ihren gemeinsamen Lebzeiten die von ihnen getroffene Verfügung zugunsten des Beschwerdeführers widerrufen (§ 2271 BGB) bzw. aufgehoben (§ 2292 BGB), noch hat die Erblasserin von der ihr im gemeinschaftlichen Testament eingeräumten Abänderungsbefugnis Gebrauch gemacht und die Einsetzung des Beschwerdeführers als Schlusserbe im Wege einer neuen Testierung abgeändert. Demgemäß ergibt sich die Alleinerbenstellung des Beteiligten zu 1 aus dem gemeinschaftlichen Testament vom 1.2.1990.

4. Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst. Gerichtskosten für die erfolgreiche Beschwerde fallen nicht an. Die außergerichtlichen Kosten trägt jeder Beteiligte selbst; zu einer abweichenden Kostenauflegung (§ 81 FamFG) sieht der Senat keinen Anlass. Einer Geschäftswertfestsetzung für gerichtliche Zwecke bedarf es nicht.

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde liegen nicht vor.

Mitgeteilt durch Richterin am OLG München Margaretha Förth

## Buchbesprechungen

### Bauträgerrecht

Von Wolfgang Schulz, Notar in Heilbronn.  
Deutscher Notarverlag GmbH & Co. KG, Bonn, 1. Auflage,  
2013, ca. 380 Seiten, € 89,00.

Zu den bereits zahlreich bestehenden Fachbüchern zum Thema „Bauträgerrecht“ ist dieses Werk neu hinzugekommen und im Dezember erschienen.

Der Buchautor will mit seinem Buch die bereits vorhandenen Fachbücher zum Thema Bauträgerrecht nicht ersetzen, sondern ergänzend eine Hilfestellung bei der Vertragsformulierung der häufigsten Fallgestaltungen im Bauträgerrecht bieten.

Das Buch richtet sich damit in erster Linie an Notarinnen und Notare, denen das Werk ausführlich praktische Hilfen anbietet, es richtet sich jedoch auch an Bauträger und Banken.

Das Buch ist in Paragrafen gegliedert, beginnend mit der allgemeinen Darstellung der Rechtsnatur des Bauträgervertrags, über Ausführungen zum Vormerkungsmodell, der Darstellung anderer Baumodelle (Sanierungsmodell bei Altbauprojekten, Generalübernehmermodell), der Erläuterung zur Anwendbarkeit des AGB-Rechts, der Hausbauverordnung und der MaBV bis hin zu den Pflichten des Notars im Beurkundungsverfahren. Dies alles ist kompakt, jedoch inhaltlich ausreichend dargestellt.

Danach folgt über nahezu 150 Seiten ein sehr umfangreicher Abschnitt, in dem der Autor über 76 spezielle Vertragsformulierungen (Textbausteine) zur Erstellung eines Bauträgervertrags über ein noch zu erstellendes Wohnungs- und Teileigentum vorstellt und diese jeweils mit zum Teil umfangreichen Erläuterungen ergänzt.

Schließlich folgen weitere Gesamtmuster verschiedener Bauträgerverträge (u.a. ein Altbau-Sanierungsfall), ein Generalunternehmervertrag und ein Kaufvertrag über eine vollständig fertig gestellte Eigentumswohnung mit Kfz-Stellplätzen (vom Autor als „Nachzüglerfall“ bezeichnet) sowie die Formulierung einer Lastenfreistellungserklärung und einer Bürgschaft des Globalgläubigers gem. § 7 MaBV sowie 2 Textbeispiele zum Energie-Contracting. Selbst das (in der notariellen Praxis) selteneres Stundungsmodell (Tausch mit dem Bauträger) ist im Buch ausführlich dargestellt.

Der Autor stellt ein ins Detail gehendes Inhaltsverzeichnis an den Anfang seines Buches, das durch seine übersichtliche Gliederung das Auffinden von Einzelthemen erleichtert. Dazu gehört auch das umfangreiche Stichwortverzeichnis, das keine Wünsche offen lässt.

In zahlreichen Fußnoten verweist der Autor auf die bis zur Fertigstellung des Buchmanuskripts bekannte Rechtsprechung und weitere Quellen. Mit Hilfe dieser Verweise kann

der Anwender vertieft Fragen nachgehen; er wird jedoch in der Regel bereits in diesem Buch eine Antwort finden.

Das Werk befindet sich auf dem Stand September 2013. Der Autor berücksichtigt in seiner Darstellung jedoch auch die ab 01.10.2013 geänderten Pflichten des Notars nach § 17 Abs. 2 a BeurkG.

Für die Praxis ist das Buch vor allem deshalb wertvoll, weil es auf die gesamte Rechtsprechung zum Bauträgerrecht, jeweils bezogen auf einzelne Vertragsregelungen, eingeht und erläutert.

Aus der Vielzahl der abgehandelten Fragenkomplexe hervorzuheben sind die umfangreichen Abschnitte zur Herstellungspflicht und Baubeschreibung, zur Notarbestätigung (§ 3 MaBV) und zum Lastenfreistellungskonzept.

Besonders zu erwähnen ist auch die ausführliche Darstellung der Rechtsprechung zur Dauer der Bindungsfrist/Annahmefrist im Fall der Beurkundung eines Vertragsangebots.

Der Autor befasst sich zudem mit der Frage der Zulässigkeit des Vorbehalts eines Rücktrittsrechts des Bauträgers, falls er nicht bis zu einem bestimmten Zeitpunkt eine bestimmte Zahl von zu erstellenden Wohnungen verkauft hat, und setzt sich zu dieser Frage mit Vorschlägen der Autoren Blank, Pause, Wochner, Herrler und Brambring auseinander.

Dies sind nur einige wenige Beispiele, die auf die Vielfalt des Werkes hinweisen sollen.

Zusammenfassend ist festzustellen:

Der Autor versteht es, das Bauträgerrecht in all seinen Facetten hervorragend praxisorientiert darzustellen. Der Anwender erhält wertvolle Informationen und Gestaltungsvorschläge, wodurch ihm die Erstellung eines Bauträgervertrags leicht gemacht wird.

Das Buch sollte in keinem Notariat fehlen; seine Anschaffung kann uneingeschränkt empfohlen werden.

Notar Walter Strobel, Maulbronn

### Die Vergütung des Testamentsvollstreckers

Schiffer/Rott/Pruns  
Zerb Verlag, 1. Auflage 2014; ISBN3-941586-79-6

Die Vergütung des Testamentsvollstreckers ist trotz einer Vielzahl von gerichtlichen Entscheidungen und einer Fülle

an Literatur immer noch eine Fragestellung mit vielen Unbekannten. Das vorliegende Werk, als Praxishandbuch konzipiert, gibt auf diese Frage umfangreiche und profunde Antworten. Erstmals hält der Leser ein Buch in der Hand, das konkrete Antworten gibt, sowohl auf die Frage, wie in der Gestaltungspraxis die geeigneten Formulierungen in letztwilligen Verfügungen getroffen werden können, als auch hinsichtlich der Frage, wie die angeordnete Testamentsvollstreckung vergütet werden soll. Ebenso findet man auch viele hilfreiche Hinweise, wie nach Eintritt des Todesfalls die Testamentsvollstreckung zu vergüten ist, gerade, wenn keine oder keine ausreichenden Regelungen des Erblassers zum Thema Vergütung getroffen wurden.

In § 1 des Werks werden die verschiedenen Tätigkeitsfelder für einen Testamentsvollstrecker kurz und übersichtlich dargestellt. Gerade für die rasche Übersichtsgewinnung ist dieses Kapitel sehr hilfreich. Die Grundlagen und aktuellen Erscheinungsformen der Testamentsvollstrecker Vergütung werden in § 2 gut gegliedert dargestellt. Dabei wird insbesondere die Angemessenheitsbestimmung für die Vergütung, wie auch der Vergütungsanspruch des vermeintlichen Testamentsvollstreckers erörtert. Die Hinweise dazu sind für die Praxis sehr hilfreich. An dieser und an vielen anderen Stellen im Buch merkt man, dass es von Praktikern für Praktiker geschrieben wurde. § 3 behandelt die einzelnen Vergütungstabellen, wie sie in der Praxis verwandt werden. Sehr hilfreich sind dabei die Berechnungsmodelle und Vergleichsberechnungen anhand der einzelnen Tabellen. Auch die Hinweise, wie Berufsdienste, beispielsweise von Rechtsanwälten, Steuerberatern oder Maklern zusätzlich zu vergüten sind, sind für die Praxis der Testamentsvollstreckung sehr wichtig. Die in § 5 aufgeführten Musterformulierungen, wie eine Vergütungsanordnung durch den Erblasser erfolgen sollte, sind für die Praxis beachtenswert. Denn in der Tat wird der Vergütungsregelung bei der Formulierung einer letztwilligen Verfügung von Todes wegen meist zu wenig Beachtung geschenkt. Zum einen ist vielen Erblassern gar nicht klar, wel-

chen Umfang eine solche Tätigkeit einnehmen kann und zum anderen unterschätzen gerade Personen, die zum ersten Mal eine Testamentsvollstreckung vornehmen sollen, wie viel Engagement und welche Verantwortung damit einher gehen können. Deshalb sind diese Musterformulierungen eine verständlich formulierte Arbeitshilfe für die Praxis. Als tatsächlich neuen Gedankenansatz, der so in der Literatur in dieser Ausführlichkeit noch nicht dargelegt wurde, ist die Erörterung der Frage zu sehen, ob die Vereinbarung einer Zeitvergütung nicht empfehlenswert ist. Zu Recht verweisen die Autoren auf die Entscheidung des LG Köln vom 14.05.2009, wonach nur in Fällen des krassen Missverhältnisses von Aufwand und Vergütungshöhe, eine Vergütungsregelung sittenwidrig sein kann. Generell obliegt es dem Erblasser, eine Vergütungsregelung zu. Es wird dabei immer zu beachten sein, dass der Berater, der später auch Testamentsvollstrecker wird, sich kritischeren Fragen hinsichtlich des Honorars wird stellen müssen, als jemand, der an der Abfassung der letztwilligen Verfügung nicht beteiligt war.

Die Besteuerung der Testamentsvollstrecker Vergütung ist für den Testamentsvollstrecker eine wichtige Fragestellung. Gerade auch die Frage, ob bei einer überhöhten Vergütung, die also einen angemessenen Betrag im Sinne von § 2221 BGB übersteigt, zum Anfall von Erbschaftsteuer führen kann, ist eine in § 8 dieses Buches aufgeworfene Fragestellung. Interessant wäre es noch für die sicherlich bald folgende Neuauflage, wie die Ermittlung des Gegenstandswertes zu erfolgen hat, wenn ausländisches Vermögen den Nachlass prägt. Könnte man dann den Ort der Leistungserbringung, wenn z.B. der Testamentsvollstrecker überwiegend im Ausland gelegenes Vermögen abwickelt, nicht auch im Ausland annehmen? Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass dieses sehr übersichtlich gestaltete Buch seinen festen Platz in der erbrechtlichen Literatur finden wird und eine Lücke schließt, insbesondere weil es viele praktische Hinweise zur Vergütung einer Testamentsvollstreckung liefert.

Konstanz, E. Uricher, Rechtsanwalt

## 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 BWNNotZ 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).

**DR. ANDREAS FREY**  
**RECHTSANWALT UND NOTAR**

Zur Verstärkung meines Teams suche ich baldmöglichst eine/n

**Notarfachangestellte/n**

mit mehrjähriger spezifischer Berufserfahrung.  
Ich freue mich über Ihre Bewerbung, gerne auch per Email.

Werastraße 22 (Am Schloßgarten), III OG  
D-88045 Friedrichshafen  
Telefon 07541 388 77 – 70 / Telefax 07541 388 77 - 80  
E-Mail: dr.frey@notarfrey.de

**Psychologische Gutachtenstelle Münsingen**

Ansprechpartner für  
psychologische Sachverständigengutachten u.a. zu Fragestellungen  
der gesetzlichen Betreuung gem. §1896 BGB  
der Auslandsadoption  
freiheitsentziehender Maßnahmen gem. §1906 BGB

**Fon 07381-4370**

mail: praxis-holzapfel@gmx.de

## **H S G B**

### **RECHTSANWÄLTE & NOTAR**

Wir sind eine mittelständische, wirtschaftrechtlich ausgerichtete Kanzlei in Stuttgart mit derzeit neun Berufsträgern. Für unser langjährig am Markt etabliertes Büro suchen wir zur Verstärkung in unserem stetig wachsenden Notarbereich eine(n)

#### **Notarassessor(in).**

Vorgesehen ist zunächst eine Halbtagesstelle, die sich für Kolleg(inn)en eignen dürfte, welche nach der Erziehungsphase oder im Anschluss an die hauptberufliche Tätigkeit eine Beschäftigung suchen. Der Ausbau zu einer Vollzeitstelle ist geplant. Wir erwarten fundierte juristische Kenntnisse, Engagement, zielstrebiges und selbständiges Arbeiten und Teamgeist. Wir bieten faire, leistungsgerechte Konditionen.

Ihre aussagekräftige Bewerbung richten Sie bitte an HSGB Rechtsanwälte & Notar, z. Hd. Rechtsanwalt & Notar, Dr. Jörg Schaible, 70469 Stuttgart, Stuttgarter Str. 46, e-mail: [j.schaible@hsgb-anwaelte.de](mailto:j.schaible@hsgb-anwaelte.de), [www.hsgb-anwaelte.de](http://www.hsgb-anwaelte.de)

Wir suchen eine(n)

#### **Württ. Notariatsassessor(in)**

Wir sind eine moderne Notarkanzlei im Zentrum Leipzigs und bedienen alle klassischen Bereiche des Notariats. Schwerpunkte liegen in den Bereichen Gesellschaftsrecht und Grundstücksrecht. In einer persönlichen teamorientierten Atmosphäre bieten wir Ihnen in einem sehr angenehmen und gut ausgestatteten Arbeitsumfeld eine interessante und verlässliche berufliche Perspektive. Wenn Sie über eine gute Qualifikation verfügen, Freude an abwechslungsreichen und verantwortungsvollen Aufgaben haben, selbständig und doch gerne in einem Team arbeiten, freundlich, kollegial und einsatzbereit sind, entsprechen Sie genau unseren Vorstellungen.

Für weitere Informationen und Fragen stehe ich Ihnen gerne zur Verfügung.

Ihre Bewerbungsunterlagen senden Sie bitte an:

Persönlich/Vertraulich  
Notar Christoph Wich  
Katharinenstraße 6  
04109 Leipzig  
Tel.: 0341/2117731  
E-Mail: [c.wich@notar-wich.de](mailto:c.wich@notar-wich.de)