

# BWNotZ

## Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg

### Herausgeber

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

Kronenstraße 34  
70174 Stuttgart

### Schriftleitung

Notarvertreter im Landesdienst  
Stefan Mattes, Vaihingen/Enz

Notar Dr. Oliver Fröhler,  
Notariatsdirektor, Lörrach

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

## 4/2012

August

Seiten 85-116

## Inhalt

### Abhandlungen

#### *Leitzen*

Änderungsverträge aus notarieller Perspektive

.....86

#### *Heinzmann*

Auflagenvollziehungsanspruch als Grundlage der  
unselbstständigen Stiftung von Todes wegen

.....97

**Rechtsprechung.....103**

**Buchbesprechungen.....114**

**Notar a.D,**

65 Jahre, Volljurist, langjährige Berufserfahrung, übernimmt  
Urlaubsvertretung oder auch freiberufliche Mitarbeit in Teilzeit  
im Raum BL, RW, RT, Tü und S.

Angebote werden erbeten per E-Mail: karl.mag@gmx.de.

Wir sind eine auf allen Gebieten des Wirtschaftsrechts für  
in- und ausländische Unternehmen tätige gut eingeführte  
Notariatskanzlei mit drei Anwaltsnotaren. Wir suchen zum  
baldmöglichst Eintritt eine/einen qualifizierten

**Notarassessorin/ Notarassessor.**

Wir wünschen uns eine/n überdurchschnittlich qualifizierte/n  
Bewerber/in, die/der Freude an den Tätigkeitsbereichen  
Handelsrecht, Gesellschaftsrecht und Immobilienrecht hat.  
Eigeninitiative, Teamgeist und sicheren Umgang mit dem  
PC setzen wir voraus.

Wir sind ein Team in überschaubarer Größe. Ein gutes  
Arbeitsklima ist uns wichtig. Wir bieten eine interessante  
und vielseitige Tätigkeit, ein schönes Büro in einer Villa auf  
der Gänsheide mit allen Kommunikationsmitteln und eine  
den hohen Anforderungen entsprechende Vergütung.

Ihre aussagekräftige Bewerbung richten Sie bitte an  
Dr. F. Oppenländer, Dr. J. Hägele, Rechtsanwälte und Notare,  
Gänsheidestraße 1, 70184 Stuttgart, z. Hd. Dr. U. Hasper.  
Bei Rückfragen wenden Sie sich bitte an Dr. Hasper unter  
der Telefonnummer 07 11/248383-410

# Inhaltsverzeichnis

## Abhandlungen

<b>Dr. Mario Leitzen, Notarassessor, Düsseldorf</b>	<b>86</b>
Änderungsverträge aus notarieller Perspektive	
<b>Dr. Friedrich Heinzmann, Tübingen</b>	<b>97</b>
Der Auflagenvollziehungsanspruch als Grundlage der unselbstständigen Stiftung von Todes wegen	

## Rechtsprechung

### 1. Grundbuchrecht

<b>OLG Köln, 27.06.2011, 2 Wx 119/11</b>	<b>103</b>
Zu Bekanntmachungen gem. § 55 GBO bei ausschließlichem Antrag des Notars gem. § 15 GBO	

### 2. Familienrecht

<b>BGH, 07.09.2011 – XII ZB 12/11</b>	<b>105</b>
Bestellung eines Verfahrenspflegers anstelle eines Ergänzungspflegers	
<b>LG Offenburg, 06.07.2012, 4 T 113/12</b>	<b>109</b>
Höhe der Betreuervergütung; Abhängigkeit von der Nutzbarkeit der Berufsqualifikation im Aufgabenkreis	

### 3. Erbrecht

<b>OLG Nürnberg, 08.05.2012, 12 U 2016/11</b>	<b>111</b>
Zur den Voraussetzungen der Verzeihung bei einer Pflichtteilentziehung	

## Buchbesprechungen

Prof. Dr. Gummert/ Prof. Dr. Lutz, Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechts Bd 1+2 (Böhringer)	<b>114</b>
Müller/Renner, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügung, 3. Auflage (Brenner)	<b>114</b>

## Änderungsverträge aus notarieller Perspektive

Notarassessor Dr. Mario Leitzen, M. Jur. (Oxon), Düsseldorf

Die verfassungsrechtlich verbürgte Vertragsfreiheit beinhaltet auch die Freiheit, abgeschlossene Verträge zu ändern.<sup>1</sup> Anders als Aufhebungsverträge waren Änderungsverträge auch schon vor der Schuldrechtsreform im BGB erwähnt (§ 305 BGB a.F.), nunmehr in § 311 Abs. 1 BGB. Ihre Beliebtheit bei Notaren hält sich aber in Grenzen, dienen sie doch nicht selten der Ausräumung unvorhergesehener Vollzugshindernisse und sind kostenrechtlich häufig unattraktiv. Das bedeutet aber nicht, dass Änderungsverträge in rechtlicher Hinsicht nicht ganz spezielle Fragen und Probleme aufwerfen, die in der Literatur bislang kaum zusammenfassend aufgearbeitet worden sind. Der Schließung dieser Lücke soll der vorliegende Beitrag dienen. Soweit tunlich, sollen dabei die alle Änderungsverträge betreffenden Probleme rechtsgebietsübergreifend dargestellt werden, daneben werden aber auch spezifische Fragen zu einzelnen Rechtsgebieten angesprochen. Dabei beschränkt sich der vorliegende Beitrag auf Änderungen schuld-, sachen- und familienrechtlicher Verträge (einschließlich Unternehmensverträgen und Anteilsübertragungsverträgen) und verzichtet auf die Erörterung der Änderungen von korporationsrechtlichen Verträge – insbesondere Satzungen von Vereinen und Kapitalgesellschaften – sowie von Teilungserklärungen und Erbverträgen, da diese jeweils grundsätzlich anderen Regeln folgen.

### I. Grundlagen des Änderungsvertrages

#### 1. Vertragsprinzip und Verfügungswirkung

Ergibt sich nicht aus Vertrag oder Gesetz etwas anderes, bedarf jede Änderung eines Vertrages ihrerseits einer vertraglichen Vereinbarung (Vertragsprinzip). Änderungsverträge wirken dabei unmittelbar auf den Inhalt eines bestehenden Schuldverhältnisses ein und haben deshalb Verfügungscharakter.<sup>2</sup> Der Änderungsvertrag ist aber auch gleichzeitig Verpflichtungsgeschäft, wenn und soweit der Umfang der Verpflichtungen mindestens einer Partei verändert wird.

Soweit ein Änderungsvertrag seine aufhebende Wirkung wirksam entfaltet hat, kann diese (Verfügungs-)Wirkung durch eine spätere Aufhebung der Änderung nicht mehr aus der Welt geschafft werden können. Wollen die Parteien die ursprüngliche Rechtslage wieder herstellen, müssen sie die ursprüngliche Regelung neu begründen.<sup>3</sup>

1 BAG AP Nr. 37 zu § 123 BGB.

2 RGZ 136, 395, 399 f.; Gernhuber, Das Schuldverhältnis, 1989, § 27 I 4, S. 621.

3 Staudinger/Löwisch, BGB (2005), § 311 Rdn. 81.

#### 2. Abgrenzung zur Schuldumschaffung

Prägendes Merkmal jedes Änderungsvertrages ist, dass die Identität des Schuldverhältnisses und der hieraus erwachsenden Ansprüche von der Änderung unberührt bleibt. Dies kann sich insbesondere auf Sicherungsrechte auswirken<sup>4</sup>. Die Identität des Schuldverhältnisses unterscheidet die Änderung von der Begründung eines neuen Schuldverhältnisses, das neben das bisherige oder an seine Stelle tritt (Schuldersetzung, Novation).<sup>5</sup> Ob ein Fall der Kontinuität oder ein Fall der Diskontinuität des Schuldverhältnisses vorliegt, d.h. ob lediglich ein Änderungsvertrag oder ein Aufhebungsvertrag in Verbindung mit dem Abschluss eines neuen Vertrages vorliegt, entscheiden grundsätzlich allein die Parteien<sup>6</sup>, ist also eine Frage der Auslegung unter Berücksichtigung u.a. von Treu und Glauben sowie Verkehrsanschauung und nicht zuletzt des Zwecks des Vertrages und der wirtschaftlichen Bedeutung der Änderung.<sup>7</sup> Ein Regelausnahme-Verhältnis lässt sich insoweit nicht aufstellen, so dass die Aufgabe des Notars darin besteht, die Beteiligten auf das Problem hinzuweisen und für eindeutige Erklärungen zu sorgen. Nach der Rechtsprechung erfordert die Novation aufgrund ihrer einschneidenden Rechtsfolge der vollständigen Aufhebung des früheren Schuldverhältnisses deutliche Hinweise auf einen Ersetzungswillen der Parteien; im Zweifel wollen sie nur eine Vertragsänderung oder eine zusätzliche Verpflichtung, welche die alte nicht ersetzen, sondern verstärken soll.<sup>8</sup>

#### 3. Gegenstand der Änderung

Die Änderung kann sich sowohl auf Hauptleistungen<sup>9</sup> wie auf Nebenpunkte (Nebenleistungen, Modalitäten der Leistung etc.) beziehen und sich in ihren Wirkungen auf die Zukunft beschränken oder den Vertrag – zumindest schuldrechtlich – so ändern, als habe er von Anfang an den geänderten Inhalt gehabt.<sup>10</sup> Mit den Worten Gernhubers: „Die formale Kategorie der Änderung vereinigt eine Unzahl disparater Tatbestände, deren Bedeutung für das Schuldverhältnis von höchster, aber auch ganz peripherer Bedeutung sein kann.“<sup>11</sup> So kann z.B. auch dann eine Vertragsänderung (im zivilrechtlichen

4 Gernhuber, aaO (Fußn. 2), § 27 I 7, S. 624, weist aber zutreffend darauf hin, dass Sicherheiten immer auf bestimmte Ansprüche bezogen sind, nicht auf Schuldverhältnisse im Ganzen.

5 Gernhuber, aaO (Fußn. 2), § 27 I 1, 2, S. 616 ff.

6 BGH, NJW 1992, 2283; BGH, NJW 1999, 575; Gernhuber, aaO (Fußn. 2), § 27 I 2, S. 617.

7 BGHZ 119, 116; Staudinger/Löwisch, aaO (Fußn. 3), § 311 Rdn. 71.

8 BGH, NJW 1999, 576; BGH, NJW 1999, 1308.

9 BGH, NJW 1992, 2283, 2285; BeckOK-BGB/Gehrlein/Sutschet, (Stand: 01.11.2011), § 311 Rdn. 32.

10 Staudinger/Löwisch, aaO (Fußn. 3), § 311 Rdn. 65.

11 Gernhuber, aaO (Fußn. 2), § 26 I 3, S. 611.

Sinne, nicht notwendigerweise auch im Grunderwerbsteuerlichen Sinne) vorliegen, wenn in einem Grundstückskaufvertrag anstelle des Grundstücks 1 nunmehr das Grundstück 2 verkauft werden soll oder in einem Anteilskaufvertrag anstelle des Geschäftsanteils Nr. 1 der Geschäftsanteil Nr. 2 oder ein Geschäftsanteil an einer anderen Gesellschaft. In Literatur und Rechtsprechung wird es z.B. auch für möglich gehalten, dass durch Änderungsvertrag der Rechtsgrund geändert und z.B. aus einem Kauf- ein Schenkungsvertrag gemacht wird.<sup>12</sup> Es finden sich jedoch auch restriktive Stimmen, die eine Schuldabänderung nicht mehr zulassen, wenn die neue Verpflichtung von der alten wesentlich abweicht.<sup>13</sup> Larenz hält insofern für erforderlich, dass entweder die geschuldete Leistung wenigstens eines Vertragsteils unverändert bleibt oder der wirtschaftliche Zweck des Vertrages der gleiche geblieben ist.<sup>14</sup> Dementsprechend dürfte von der Bezeichnung als „Vertragsänderung“ eher abzuraten sein, wenn sowohl der Leistungsgegenstand als auch Art oder Umfang der Gegenleistung geändert werden. Ein Dauerschuldverhältnis kann bis zu seiner Beendigung aufgrund Kündigung oder Befristung verlängert werden.<sup>15</sup>

Gegenstand einer Änderungsvereinbarung kann auch ein schwebend unwirksamer Vertrag sein. Dies versteht sich von selbst, wenn der Vertrag einer behördlichen oder gerichtlichen Genehmigung bedarf, gilt aber auch dann, wenn ein Vertragsteil vollmachtlos vertreten wurde. In dem zuletzt genannten Fall ist auch vor Wirksamwerden der Zustimmung des Vertretenen eine Änderung des schwebend unwirksamen Vertrages ohne dessen Mitwirkung insoweit nicht möglich, als diese Änderung Auswirkungen auf den Gegenstand der Zustimmung haben soll.<sup>16</sup> Darauf, ob das zu genehmigende Rechtsgeschäft dem Vertretenen bereits zugegangen ist oder nicht, kommt es nicht an. Unberührt hiervon bleibt die Möglichkeit der ihrerseits unter dem Vorbehalt der Zustimmung stehenden Vertragsänderung durch den falsus procurator.

#### 4. Abgrenzung zu anderen Fällen der Änderung des Schuldverhältnisses

Eine Vertragsänderung lediglich i.w.S. ist der Wechsel von Gläubiger oder Schuldner durch Abtretung, Schuldübernahme oder Vertragsübernahme. Insoweit gelten Sonderregeln, jedoch stellen sich z.T. auch hier dieselben Fragen wie bei der Vertragsänderung i.e.S. Von „unechten“ (und damit nicht beurkundungspflichtigen) Vertragsänderungen wird gesprochen, wenn die Parteien mit einer Regelung nur die gesetzlichen Regelungen ausgestalten bzw. wiederholen möchten, ohne dass vom Gesetz unabhängige Rechtsfolgen begründet werden sollen.<sup>17</sup> Hierunter fallen auch Vereinbarungen über die Tragung der Erschließungskosten oder der Vertrags- und Grundbuchkosten, soweit die Regelung lediglich die dispositiven Gesetzesregeln wiederholt.<sup>18</sup> Nach

diesen Grundsätzen bedarf z.B. die Herabsetzung des Kaufpreises aufgrund eines berechtigten Minderungsverlangens mangels einer echten Vertragsänderung nicht der notariellen Beurkundung.<sup>19</sup>

#### 5. Vertragsänderung aufgrund einseitigen Vorbehalts

Eine Vertragsänderung kann nicht nur durch Vertrag erfolgen, sondern auch durch einseitige Erklärung aufgrund entsprechender vertraglicher Ermächtigung. Hierzu zählen nicht nur individualvertragliche Ersetzungsbefugnisse und Leistungsvorbehalte sowie Gestaltungsrechte, sondern vor allem auch Änderungsvorbehalte in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, unter Umständen in Verbindung mit entsprechenden Vollmachten. Die hiermit verbundenen Fragen können an dieser Stelle nicht vertieft werden, zumindest soll aber ein Hinweis auf die Vorschriften der §§ 308 Nr. 4, 309 Nr. 10 und 307 BGB und die Entscheidung des Oberlandesgerichts München vom 17.02.2009<sup>20</sup> zu Änderungsvorbehalten in Bauträgerverträgen gegeben werden. In Anbetracht der praktischen Auswirkungen nicht unerwähnt bleiben soll aber, dass in Bauträgerverträgen eine mittelbare Vertragsänderung dadurch stattfinden kann, dass der Bauträger die Teilungserklärung einseitig ändert und auf diese Weise auch der Vertragsgegenstand, nämlich das verkaufte Wohnungseigentum, geändert wird. Je nach den Umständen kann eine solche Änderung des Vertragsgegenstandes dazu führen, dass eine bereits eingetretene Fälligkeit nachträglich wegfallen kann, insbesondere aufgrund des u.U. fehlenden Vormerkungsschutzes für das Wohnungseigentum in seinem neuen Bestand und einer u.U. fehlenden Baugenehmigung für die geänderten Pläne.<sup>21</sup>

## II. Beteiligte der Änderungsvereinbarung

### 1. Allgemeines

Für den Praktiker stellt sich nicht selten die Frage, ob an einer Änderungsurkunde sämtliche (materiell) Beteiligte des Ausgangsvertrags mitwirken müssen oder nicht. Abgesehen von § 2290 Abs. 1 BGB<sup>22</sup> für den Fall des Aufhebungsvertrages und – andeutungsweise – § 423 BGB enthält das BGB keine Regelungen dazu, wer an einem Änderungs- oder Aufhebungsvertrag mitzuwirken hat. Als Faustregel kann aus dem Vertragsprinzip des § 311 Abs. 1 BGB der Grundsatz abgeleitet werden, dass ein Änderungsvertrag nur dann wirksam ist, wenn ihm sämtliche Beteiligte des Ausgangsvertrages oder deren Gesamtrechtsnachfolger zustimmen. Denn Herren des Vertrages sind sämtliche Vertragschließende.<sup>23</sup> Schon dieser Grundsatz, geschweige denn etwaige Ausnahmen hiervon sind kaum einmal Gegenstand nennenswerter Erörterung in der Literatur. § 425 BGB kann für die durch Vertrag begründete Gesamtschuld aber entnommen werden, dass Änderungsverträge mit nur einem Gesamtschuldner möglich sein müssen<sup>24</sup>, da ansonsten die Anordnung der

12 BGH, ZEV 2007, 326 zur nachträglichen Vereinbarung der Entgeltlichkeit; BeckOK-BGB/Gehrlein/Sutschet, aaO (Fußn. 9), § 311 Rdn. 32; Gernhuber, aaO (Fußn. 2), § 27 I 1, S. 616.

13 So Staudinger/Löwisch, aaO (Fußn. 3), § 311 Rdn. 73.

14 Larenz, Schuldrecht I, 14. Aufl., 1987, § 7 II, S. 90 f.

15 BeckOK-BGB/Gehrlein/Sutschet, aaO (Fußn. 9), § 311 Rdn. 32.

16 Gutachten DNotI-Report 2011, 41.

17 JurisPK-BGB/Ludwig, 5. Aufl. (2010), § 311b Rdn. 258.

18 JurisPK-BGB/Ludwig, aaO (Fußn. 17), § 311b Rdn. 258.

19 Boruttau/Loose, GrEStG, 17. Aufl., 2011, § 16 Rdn. 235.

20 RNotZ 2009, 329 = MittBayNot 2010, 129.

21 Näher DNotI-Gutachten 97439 v. Januar 2010.

22 Zur Änderung von Erbverträgen Keller, ZEV 2004, 93.

23 Vgl. zum Änderungsvertrag Larenz, aaO (Fußn. 14), § 7 II, S. 89.

24 Gernhuber, aaO (Fußn. 2), § 27 I 6, S. 623; Erman/Böttcher, BGB, 13. Aufl., 2011, § 425 Rdn. 16.

Rechtsfolge der Einzelwirkung keinen Sinn ergeben würde. Der Fall der Gesamtschuld deutet darauf hin, dass insoweit eine Differenzierung zwischen dem Vertragsverhältnis als solchem und einzelnen hieraus folgenden Ansprüchen den Weg zur Lösung zeigen kann: Denn (zur Disposition berechnete) Beteiligte eines Anspruchsverhältnisses sind stets nur Schuldner und Gläubiger, während am „Organismus“ des dem Anspruch zugrundeliegenden Schuldverhältnisses weitere Personen beteiligt sein können.

In jedem Fall wird der Praktiker Vertragsänderungen nur sehr zurückhaltend beurkunden, wenn an ihr nicht sämtliche Beteiligte des Ausgangsvertrages teilnehmen. Der bloße Umstand, dass die konkreten Rechte und Pflichten eines Beteiligten durch eine Änderung nicht beeinträchtigt werden, dürfte für die Annahme der Entbehrlichkeit seiner Mitwirkung – anders als etwa im Rahmen von § 328 Abs. 2 BGB – nicht genügen: Denn in einem mehrseitigen Vertrag werden, soweit sich nicht aus dem Wortlaut und/oder Sinn und Zweck des Vertrages anderes ergibt, sämtliche Erklärungen aller Beteiligten gegenüber allen übrigen Beteiligten abgegeben, so dass auch die Bindung an die abgegebenen Erklärungen allen übrigen Beteiligten gegenüber eintritt, unabhängig davon, wer aus den Erklärungen einen konkreten Anspruch ableiten kann. Entscheidend ist aber auch hier die nach §§ 133, 157, 242 BGB vorzunehmende erläuternde oder ergänzende Auslegung der Erklärungen der Beteiligten: Lässt sich die Möglichkeit der Änderung auch ohne Mitwirkung aller Beteiligter dem Ursprungsvertrag mit hinreichender Deutlichkeit entnehmen, steht § 311 Abs. 1 BGB dem nicht entgegen. Je nach den Umständen mag das Beharren auf der Notwendigkeit der Mitwirkung auch gegen § 242 BGB verstoßen, insbesondere – aber nicht nur – dann, wenn der Betroffene nach § 242 BGB ohnehin zur Zustimmung zu der Änderung verpflichtet ist.

## 2. Abgrenzung und Beispiele

Die dem hier angesprochenen Problem vorgelagerte Frage ist die, ob ein (sog. „zusammengesetzter“<sup>25</sup> oder „verbundener“) Vertrag oder mehrere Verträge geschlossen werden sollen bzw. geschlossen worden sind. Maßgeblich ist insoweit der Einheitlichkeitswille der Beteiligten, der vom Notar auch ermittelt und, falls vorhanden, unzweideutig zu Papier gebracht werden sollte. Die Verbindung in einer Urkunde genügt für die Annahme eines Einheitlichkeitswillens nicht, wird aber häufig eine tatsächliche Vermutung hierfür begründen<sup>26</sup>, wenn die Beteiligten nicht ausdrücklich mehrere Verträge geschlossen haben (etwa in „Teil A“, „Teil B“ der Urkunde o.ä.). Für die Annahme eines Vertrages mit mehreren Beteiligten auf Veräußererseite spricht insbesondere auch die Vereinbarung einer einheitlichen Gegenleistung: So liegt etwa im klassischen Fall der Veräußerung von mehreren, insgesamt 1/1 bildenden Miteigentumsanteilen an einem Grundstück durch mehrere Veräußerer (z.B. Ehegatten) in aller Regel nur ein Kaufvertrag vor, wenn (wie in den allermeisten Fällen) nur ein Kaufpreis für das ganze Grundstück vereinbart wird.

Unproblematisch sind – abgesehen von den Fällen des zwischenzeitlichen Verlusts der Verfügungsbefugnis durch einen oder mehrere Beteiligte – Änderungsverträge, an denen sämtliche Beteiligte der Vorurkunde mitwirken. Ist dies nicht möglich oder nicht gewollt, scheidet eine Änderung durch einzelne Beteiligte der Vorurkunde nicht von vornherein aus: Dabei kann zwischen verschiedenen Fallgruppen unterschieden werden:

(1) Ist der nicht Beteiligte an der Vorurkunde nicht Vertragsbeteiligter i.e.S., sondern gibt lediglich eine separate Erklärung, etwa eine Zustimmungserklärung, im Bezug auf den Inhalt des Vertrags ab, kann die Mitwirkung entbehrlich sein, weil die Änderungsvereinbarung keine weitere Erklärung dieses Beteiligten erfordert.<sup>27</sup>

Beispiel: Beteiligte eines Geschäftsanteilskauf- und -abtretungsvertrages ist die durch den Geschäftsführer vertretene GmbH, da für die Abtretung deren Zustimmung erforderlich ist (vgl. § 15 Abs. 5 GmbHG). Nach Vollzug der Abtretung ändern Käufer und Verkäufer den Kaufpreis. Dies bedarf nicht der Zustimmung der Gesellschaft, da die statutarische Vinkulierung nur die dingliche Seite betreffen kann, die von der Änderung des Kaufpreises nicht berührt wird.

(2) Ist einer der Vertragsbeteiligten i.e.S. verstorben, tritt der Erbe in aller Regel auch die Rechtsnachfolge in die Befugnis zur Änderung von Verträgen an, die der Erblasser geschlossen hat. Zweifelsfälle sind aber durchaus vorstellbar, insbesondere im Bereich der vorweggenommenen Erbfolge.

Beispiel: Erblasser E hat – unter Zustimmung seiner Ehefrau F, die auch seine Alleinerbin sein wird – mit seinem Sohn S einen Übertragungsvertrag geschlossen, in dem S gegenüber der F ein nach dem Tod des E fällig werdendes Leibrentenversprechen zu deren Gunsten abgegeben hat. Nach dem Tod einigen sich F und S darauf, dass die Leibrente entfallen soll. Die weiteren Kinder von E und F, die potentiellen Schuldner von Elternunterhalt, meinen (wohl zu Unrecht), die Vereinbarung sei unwirksam, da Versprechensempfänger für die von S zu erbringende Gegenleistung für die Schenkung nur der E höchstpersönlich habe sein können. Sie hätten nur deshalb von der Mitwirkung an dem Vertrag abgesehen, weil das Versprechen des S der Altersversorgung der F gedient habe und sie auf das Versprechen ihres Vaters vertraut hatten, dass hieran ohne seine Zustimmung nichts geändert werde.

(3) In anderen Fällen kommt es auf die Abgrenzung zwischen einem mehrseitigen, zusammengesetzten Vertrag und der Zusammenfassung mehrerer separater Verträge in einer Urkunde an:

(a) Beispiel für die Möglichkeit der Änderung ohne Mitwirkung aller Urkundsbeteiligter:

Die Brüder V1, V2 und V3 sind jeweils Alleingesellschafter verschiedener GmbHs, die aus der Erbmasse des väterlichen Unternehmers gebildet worden waren. K erwirbt in einer notariellen Urkunde sämtliche Geschäftsanteile, wobei die Urkunde drei verschiedene Kaufverträge (Urkundsteile A,

<sup>25</sup> Zu zusammengesetzten Verträgen zwischen unterschiedlichen Parteien s. auch Staudinger/Löwisch, aaO (Fußn. 3), § 311 Rdn. 52 und BGH, DNotZ 2011, 196.

<sup>26</sup> BGH, NJW 1970, 1414, 1415; Staudinger/Löwisch, aaO (Fußn. 3), § 311 Rdn. 49.

<sup>27</sup> S.a. zu § 1365 BGB Schmidt-Troschke, NotBZ 2002, 157 ff.

B und C) enthält. Nachdem es zwischen V1 und K zu Streitigkeiten über Bilanzgarantien von V1 kam, einigen sich die beiden (zulässigerweise) auf eine Änderung des Kaufpreises.

(b) Gegenbeispiel:

V1 und V2 verkaufen ihre Geschäftsanteile an der X-GmbH an den K. Nach Abschluss des Vertrages überlegt V2 es sich anders und einigt sich mit K darauf, dass er nur die Hälfte seiner Anteile an den K verkauft. V1 meint (zu Recht), dies sei nicht ohne sein Einverständnis möglich, da in der Urkunde nur von einem Kaufvertrag die Rede sei und der Verkauf an K seinen Grund darin habe, dass V1 und V2 sich über die Führung der X-GmbH nicht mehr einig waren und sich darauf geeinigt hätten, dass deshalb beide aus der Gesellschaft vollständig ausscheiden.

#### 4. Wegfall oder Einschränkung der Verfügungsbefugnis

Hat einer der Vertragschließenden nach Abschluss des Vertrags die Verfügungsbefugnis über die Ansprüche aus dem Vertrag ganz oder teilweise verloren, ist er insoweit auch nicht mehr zum Abschluss von Änderungsverträgen berechtigt.<sup>28</sup> Wenn etwa der Kaufpreisanspruch des Verkäufers gepfändet worden ist, kann er eine Reduzierung des Kaufpreises durch Vertragsänderung ohne Zustimmung des Pfandgläubigers nicht mehr herbeiführen (vgl. § 1276 BGB). Entsprechendes gilt auch dann, wenn der Änderungsvertrag schwebend unwirksam ist, weil einer der Beteiligten vollmachtlos vertreten wurde und dieser Beteiligte dann seine Rechtsstellung auf einen Dritten übertragen hat, bevor die Änderung genehmigt wurde.<sup>29</sup>

### IV. Form der Änderungsvereinbarung

#### 1. Allgemeines

Formvorschriften, die für das ursprüngliche Schuldverhältnis gelten, sind im Grundsatz auch für den Änderungsvertrag zu beachten.<sup>30</sup> Soweit eine Änderungsvereinbarung (teil-)aufhebende Wirkung haben soll, folgt hieraus nach inzwischen h.M. nicht, dass insgesamt oder auch nur insoweit die für Vollaufhebungen geltenden Regeln Anwendung finden.<sup>31</sup> Bedurfte das ursprüngliche Schuldverhältnis keiner Form, kann sich der Formzwang aus dem Gegenstand der Änderungsvereinbarung ergeben. Ist eine Änderung formfrei möglich, kommt auch eine Änderungsvereinbarung durch schlüssiges Verhalten in Betracht, wobei die längerfristige Handhabung eines Vertrages zu abweichenden Bedingungen eine tatsächliche Vermutung für eine Änderungsabrede begründet.<sup>32</sup>

## 2. Die wichtigsten Anwendungsfälle

### a) Grundstücksveräußerungsverträge

Als unproblematisch abzuschichten sind zunächst die Fälle der Einbeziehung bislang nicht betroffenen Grundbesitzes in die Erwerbs- bzw. Veräußerungsverpflichtung: Ist die Übernahme bestimmter Verpflichtungen nur in bestimmter Form möglich, gilt das Formgebot auch für Änderungsverträge mit entsprechendem neuen Schuldinhalt.<sup>33</sup> Wenn durch den Änderungsvertrag beispielsweise die Wohnung 1 durch die Wohnung 2 ersetzt wird oder die verkaufte Teilfläche um eine Teilfläche ergänzt wird, gilt das Formgebot ohne weiteres für die Begründung der neuen Verpflichtung. Hiermit einher geht die Formbedürftigkeit des gesamten Inhalts des Änderungsvertrages.<sup>34</sup>

Grundsätzlich uneingeschränkt anwendbar ist § 311b Abs. 1 BGB auch auf Änderungen formgebundener Angebote: Hier sind die für den schuldbegründenden Vertrag geltenden Regeln ausnahmslos auch auf Änderungen anzuwenden, unabhängig von der Wesentlichkeit der Änderung.<sup>35</sup> Dagegen gilt § 311b Abs. 1 BGB nicht für einseitige Erklärungen unter Inanspruchnahme eines Leistungsbestimmungsrechts.

Jenseits dieser Fallgruppen findet der Rechtsanwender auf der Grundlage der Rechtsprechung keine Regeln mehr vor, die ihm eine eindeutige Lösung jedes Einzelfalles ermöglichen würden: Denn nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes bedarf – anders als das Reichsgericht dies zunächst annahm<sup>36</sup> und Teile der Lehre noch heute vertreten<sup>37</sup> – nicht jede Änderung eines nach § 311b Abs. 1 BGB (= § 313 Abs. 1 BGB a.F.) formbedürftigen Vertrages ihrerseits der notariellen Beurkundung, sondern ist die Formvorschrift nur auf solche Änderungen anzuwenden, durch die „eine bereits begründete Verpflichtung in rechtlich erheblicher Weise verändert wird“<sup>38</sup>, was insbesondere dann der Fall sein soll, wenn die Änderung vom Standpunkt zumindest einer Partei aus „wesentliche Bedeutung“ hat<sup>39</sup>. Nichts anderes ist gemeint, wenn Formfreiheit angenommen wird für den Fall, dass durch die Änderung der „Inhalt der gegenseitigen Leistungspflichten als solcher nicht berührt“ wird.<sup>40</sup> Ob Formfreiheit tatsächlich bereits dann angenommen werden kann, wenn die Erwerbs- bzw. Veräußerungspflicht weder unmittelbar noch mittelbar verschärft oder erweitert wird<sup>41</sup>, ist dagegen zweifelhaft, da diese Sichtweise den Blick nur auf die ursprüngliche Formbedürftigkeit auslösende Verpflichtung richtet, nicht dagegen auf die Verpflichtungen des anderen Teils, obwohl auch dieser durch die Form geschützt werden soll<sup>42</sup>. Insgesamt verengt die Rechtsprechung die

28 Gernhuber, aaO (Fußn. 2), § 27 I 4, S. 621; vgl. auch zum Fehlen der Abänderungsbefugnis des vorläufigen Insolvenzverwalters DNotI-Gutachten Dok.-Nr. 11429 v. Dez. 2005.

29 So BGH, NJW 1981, 1213 zur Genehmigungszuständigkeit nach Abtretung eines GbR-Anteils.

30 BGH, NJW-RR 1992, 654, 655; Erman/Arnold, aaO (Fußn. 24), § 125 Rdn. 19.

31 Staudinger/Schumacher, BGB (2012), § 311b Rdn. 200; jurisPK-BGB/Ludwig, aaO (Fußn. 17), § 311b Rdn. 252, s.a. BGH, DNotZ 1980, 222; anders noch BGHZ 66, 270 = NJW 1976, 1842; ausf. zur Lehre von der Teilaufhebung Roemer, Die Formbedürftigkeit der Aufhebung und Änderung von Verträgen im Sinne des § 311b Abs. 1 BGB (§ 313 BGB a.F.), 2004, S. 133 ff.

32 BeckOK-BGB/Gehrlein/Sutschet, aaO (Fußn. 9), § 311 Rdn. 34.

33 BGHZ 104, 276; Gernhuber, aaO (Fußn. 2), § 27 III 5, S. 632 f.

34 Gernhuber, aaO (Fußn. 2), § 27 III 5, S. 633.

35 BGH, DNotZ 1966, 665; BGH, MDR 1972, 130; BGH, NJW 1982, 881, 882; BGH, NJW 1996, 452 zur Änderung eines Wiederkaufsrechts; Keim, RNotZ 2005, 102, 106; Gernhuber, aaO (Fußn. 2), § 27 I 6 Fn. 44; vgl. auch OLG Hamm, DNotZ 2000, 772.

36 RGZ 51, 179, 181, anders dann RGZ 76, 33 und die folgende Rechtsprechung des Reichsgerichts.

37 Staudinger/Schumacher, aaO (Fußn. 31), § 311b Rdn. 199 m.w.N.

38 BGH, NJW 1996, 452.

39 BGH, DNotZ 1980, 222.

40 BGH, WM 1957, 1458, 1459; OLG Braunschweig, BauR 2007, 2067.

41 BGHZ 66, 270, 271.

42 Vgl. auch Erman/Arnold, aaO (Fußn. 24), § 125 Rdn. 19; Staudinger/Schumacher, aaO (Fußn. 31), § 311b Rdn. 198 a.E.

Formfrage bei Änderungen auf den Normzweck des Überleitungsschutzes und lässt die Funktionen der Beweissicherung und der fachkundigen Beratung in den Hintergrund treten.<sup>43</sup>

Nützlicher als die Subsumtion unter diese Formeln ist aus der Sicht der Praxis häufig ein Vergleich mit den in Rechtsprechung und Literatur bereits entschiedenen bzw. erörterten Fällen: Eine rechtlich erhebliche Veränderung einer Erwerbs- bzw. Veräußerungsverpflichtung wird z.B. angenommen für eine Kaufpreiserhöhung oder -herabsetzung, eine langfristige Stundung<sup>44</sup>, eine Fristverlängerung oder -verkürzung für eine Hauptpflicht<sup>45</sup> sowie eine Verrechnungsvereinbarung.<sup>46</sup> Der Erlass des Kaufpreises wird in ständiger Rechtsprechung dem Beurkundungszwang unterworfen, und zwar auch dann, wenn er der Behebung von Abwicklungsschwierigkeiten dient.<sup>47</sup> Auch Sonderwuschvereinbarungen im Bauträgervertrag sind nach diesen Maßstäben grundsätzlich formbedürftig<sup>48</sup>; hiervon abzugrenzen ist die (formfreie) Geltendmachung einer vertraglich eingeräumten Grundsatzvereinbarung zu Sonderwünschen.<sup>49</sup>

Keine „Wesentlichkeit“ ist nach der Rechtsprechung gegeben, wenn die Änderung nur der Beseitigung einer bei der Abwicklung unvorhergesehen aufgetretenen Schwierigkeit dient, vorausgesetzt, die beiderseitigen Leistungspflichten werden nicht berührt oder wesentlich verändert.<sup>50</sup> Dieser Fallgruppe hat die Rechtsprechung u.a. die Fristverlängerung für ein vertragliches Rücktrittsrecht<sup>51</sup>, eine Vereinbarung zu Sach- und Rechtsmängeln<sup>52</sup> und eine Vereinbarung über eine kurzfristige Stundung<sup>53</sup> zugeordnet. Der Vorbehalt der Nicht-Wesentlichkeit im Hinblick auf die beiderseitigen Leistungspflichten schränkt den Anwendungsbereich dieser Fallgruppe beträchtlich ein, so dass alleine die Behebung von Abwicklungsschwierigkeiten für die Formfreiheit nicht genügt.

Unter dem Strich ermöglicht die höchstrichterliche Rechtsprechung dem Praktiker keine hinreichend rechtssichere Abgrenzung:<sup>54</sup> Ob ein Gericht eine Änderung in Anbetracht ihrer Art und Bedeutung für „wesentlich“ erachten würde oder nicht, kann häufig nicht seriös prognostiziert werden. Der Rechtsprechung ist es bislang auch nicht gelungen, die Fallgruppe der „unvorhergesehenen Abwicklungsschwierigkeiten“ in überzeugender Art und Weise von den anderen Anlässen einer Vertragsänderung zu trennen. Die Empfehlung, im Zweifel jede Änderung zu beurkunden, folgt dementsprechend weniger aus notarieller Geschäftstüchtigkeit als aus berechtigter Sorge um die Verhinderung nichtiger Änderungsvereinbarungen. Wer der Frage gleichwohl näher

auf den Grund gehen und die Lösung durch ein mit der Frage befasstes Gericht prognostizieren möchte, sollte dies nicht ohne Blick auf die Kasuistik der Rechtsprechung tun, wie sie in der Literatur etwa von Schumacher<sup>55</sup> oder Ludwig<sup>56</sup> aufbereitet worden ist. Im übrigen sollte die Beurkundungsform jedenfalls immer dann gewählt werden, wenn die Beteiligten aus der Änderungsvereinbarung eine Reduzierung der Grunderwerbsteuer herleiten möchten. Denn im Rahmen des GrEStG werden Änderungsvereinbarungen grundsätzlich nur im Falle ihrer Beurkundung anerkannt.<sup>57</sup>

Weitgehend unberührt von diesen Abgrenzungsschwierigkeiten steht indes die zahlenmäßig große und von der Rechtsprechung vielfach gestützte Fallgruppe der Änderungen nach Beurkundung der Auflassung: Wird – so die Rechtsprechung – die Veräußerungs- bzw. Erwerbspflicht mit Erklärung der Auflassung erfüllt<sup>58</sup>, werde der Schutzzweck des § 311b Abs. 1 BGB durch spätere Änderungen nicht mehr berührt, so dass auf die Beurkundung verzichtet werden könne. Freilich gibt es auch hier Ausnahmen: Wird etwa die Abrede geändert, die den Vollzug der Eintragung in das Belieben des Verkäufers stellt<sup>59</sup>, soll dies beurkundungsbedürftig sein, ebenso wie Änderungen, die ihrerseits unmittelbar eine Veräußerungs- oder Erwerbspflicht (auch im Hinblick auf ein entstandenes Anwartschaftsrecht) neu begründen (wie zB die Vereinbarung eines Wiederkaufrechts, eines Rückkaufanspruchs und dergl.).

Unstreitig nicht mehr formbedürftig sind Änderungsvereinbarungen nach Vollzug der Auflassung durch Eintragung (es sei denn, die Vereinbarung würde eine Rückübertragungspflicht begründen).<sup>60</sup>

Ein Verstoß gegen die Formvorschrift hat nur die Nichtigkeit der Änderung, nicht auch die des Ursprungsvertrages zur Folge.<sup>61</sup> Mit Vollzug der Auflassung im Grundbuch wird ein Formmangel entsprechend § 311b Abs. 1 Satz 2 BGB auch hinsichtlich der Änderungsvereinbarung geheilt.<sup>62</sup>

Nach Eigentumsumschreibung sind Änderungen formlos möglich, sofern nicht der Vertrag eine bestimmte Form vorschreibt oder die Änderung ihrerseits unter § 311b Abs. 1 BGB fällt, weil sie eine neue (Rück-)Übertragungspflicht begründet, eine bestehende (Rück-)Übertragungspflicht verschärft oder ausweitet oder ein Anwartschaftsrecht aufhebt. Enthält der Vertrag eine (bedingte) Rückübertragungspflicht, kann diese – ebenso wie etwa eine Vereinbarung über die Einräumung eines Nießbrauchs – formlos aufgehoben werden, solange der Veräußerer = Rückerwerber noch nicht über ein Anwartschaftsrecht verfügt. Da ein solches Anwartschaftsrecht die Erklärung der Auflassung voraussetzt, genügt die Eintragung einer Rückkaufanspruchsform für sich genommen nicht.<sup>63</sup>

43 Gernhuber, aaO (Fußn. 2), § 27 III 7, S. 638.

44 BGH, DNotZ 1982, 310; Palandt/Grüneberg, BGB, 71. Aufl., 2012, § 311b BGB Rdn. 43

45 RGZ 76, 33, 34.

46 BGH, DNotZ 2000, 931.

47 BGH, NJW 1982, 434; anders wiederum ist der Minderungsvertrag zu beurteilen, der nach der Rechtsprechung formfrei ist: RGZ 137, 294, 296. Weigl, MittBayNot 1996, 10, 12.

48 Staudinger/Schumacher, aaO (Fußn. 31), § 311b Rdn. 204.

49 BGH, NJW 1973, 37; BGH, MDR 2001, 800 = DNotl-Report 2001, 92; BGH, DNotZ 1984, 283; BGH, DNotZ 1988, 548; BGH, NJW 1996, 452.

51 BGHZ 66, 270.

52 BGH, WPM 1972, 357.

53 RG Warn 27 Nr. 89.

54 Kritisch z.B. auch Gernhuber, aaO (Fußn. 2), § 27 III 7, S. 636; Staudinger/Schumacher, aaO (Fußn. 31), § 311b Abs. 1 Rdn. 199.

55 Staudinger/Schumacher, aaO (Fußn. 31), § 311b Abs. 1 Rdn. 202 f.

56 jurisPK-BGB/Ludwig, aaO (Fußn. 17), § 311b Rdn. 253 ff.

57 Vgl. Borutta/Loose, aaO (Fußn. 19), § 16 Rdn. 235.

58 BGH, DNotZ 1985, 284 m. abl. Anm. Kanzleiter; krit. etwa Staudinger/Schumacher, aaO (Fußn. 31), § 311b Rdn. 206 ff.

59 OLG Düsseldorf, DNotZ 1998, 949.

60 Staudinger/Schumacher, aaO (Fußn. 31), § 311b Rdn. 211; Müller, MttRhNotK 1988, 243, 248; Weser, MittBayNot 1993, 253, 260.

61 RGZ 65, 390, 392; für den Zusatz zu einem Ehevertrag soll anderes gelten: OLG Bremen, MittBayNot 2010, 480.

62 Gernhuber, aaO (Fußn. 2), § 27 III 7, S. 641.

63 Palandt/Grüneberg, aaO (Fußn. 44), § 311b Rdn. 40.



Da der Verzicht auf ein vorbehaltenes Nutzungsrecht zivilrechtlich (wie steuerrechtlich) eine Schenkung darstellen kann<sup>64</sup>, kommt zwar eine Beurkundungspflicht nach § 518 Abs. 1 BGB in Betracht, deren Verletzung wegen der Heilung nach Absatz 2 aber regelmäßig nicht zur Unwirksamkeit der formlosen Änderung des Übertragungsvertrages führen.

### b) Geschäftsanteilsveräußerungsverträge

Zur Anwendung der Formvorschrift des § 15 Abs. 4 GmbHG auf Vertragsänderungen hat sich die Rechtsprechung bislang nur selten geäußert, so dass auch hier von Rechtssicherheit noch keine Rede sein kann. Auch die Stellungnahmen in der Literatur sind für den Praktiker nur von eingeschränktem Nutzen: So hält eine verbreitet in der Literatur vertretene Auffassung – zu Recht – jede Vereinbarung, die eine bestehende Verpflichtung im Sinne von § 15 Abs. 4 GmbHG abändert, für ihrerseits formbedürftig<sup>65</sup>, während z.B. Winter und Seibt dies nur für solche Änderungen befürworten, die „wesentliche Bestandteile des Vertrags betreffen.“<sup>66</sup> und vereinzelt sogar die Formfreiheit sämtlicher Änderungsvereinbarungen angenommen wird<sup>67</sup>. Andere nehmen (nur) „rein redaktionelle Änderungen“ von der Beurkundungsbedürftigkeit aus<sup>68</sup>. Gelegentlichen Äußerungen in der Literatur, dass die Beschränkung der Beurkundungspflicht auf „wesentliche“ Änderungen in Rechtsprechung und Literatur herrschend sei<sup>69</sup>, kann nicht zugestimmt werden. In jedem Fall bemerkenswert ist hierbei, dass sämtliche Kommentatoren sich auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 23. November 1988 berufen und weitere höchstrichterliche Stellungnahmen zu der Frage fehlen. In der vorgenannten Entscheidung hat der Bundesgerichtshof für den Fall der Verschärfung der Bindung des Veräußerers eine Formbedürftigkeit der Änderung bejaht und insoweit auf seine Rechtsprechung zu § 313 BGB a.F. Bezug genommen.<sup>70</sup> Ob hieraus zu entnehmen ist, dass die im Grundstücksrecht von der Rechtsprechung entwickelten Ausnahmen zur Beurkundungsbedürftigkeit von Änderungsverträgen im GmbH-Recht entsprechend gelten, ist aber noch nicht abschließend geklärt, so dass in diesem Punkt noch mehr Vorsicht geboten ist als im Grundstücksrecht und die Beurkundung jeder Änderung mit ihrem gesamten Inhalt zu empfehlen ist: Abgesehen davon, dass auch OLG-Rechtsprechung zu der Frage Mangelware ist, wird die Beantwortung der Frage in Theorie und Praxis auch dadurch erschwert, dass der Zweck des Beurkundungserfordernisses nach § 15 Abs. 4 GmbHG nach wie vor hoch umstritten ist und jede teleologische Auslegung auf dementsprechend unsicherer Grundlage stattfindet.

Wie im Grundstücksrecht umfasst der Formzwang auch bei Änderungen im Anwendungsbereich von § 15 Abs. 4 GmbHG sämtliche Vereinbarungen der Beteiligten.<sup>71</sup> Nicht

mehr formbedürftig sind Änderungen jedenfalls nach wirksamem Übergang des betreffenden Geschäftsanteils, wobei der Formzwang erst mit dem Übergang des Geschäftsanteils entfällt und nicht schon mit dem Abschluss eines formgültigen, aber noch keine Wirksamkeit entfaltenden Abtretungsvertrages, was insbesondere für die Fälle der aufschiebenden Bedingung von Bedeutung ist.<sup>72</sup>

Die Formbedürftigkeit von Änderungen endet in zeitlicher Hinsicht (jedenfalls, s.o.) mit wirksamem Übergang des fraglichen Geschäftsanteils. Vorher, insbesondere auch während der Schwebezeit einer aufschiebenden Bedingung für den dinglichen Übergang, bedürfen Änderungen aber der Beurkundung.

Auch Änderungen der Abtretungsvereinbarung – die ohnehin nur bis zum wirksamen Übergang des Geschäftsanteils zulässig sind – sind beurkundungspflichtig, § 15 Abs. 3 GmbHG.<sup>73</sup> In Betracht kommt hier insbesondere die Änderung und Aufhebung etwaiger Bedingungen und Befristungen. Da dem Formzwang des § 15 Abs. 3 GmbHG von vornherein nur der abstrakte Abtretungsvertrag mit den Essentialia des dinglichen Übertragungsaktes unterliegt<sup>74</sup>, kann der Umfang der Beurkundungspflicht von Änderungen im Bereich von § 15 Abs. 3 GmbHG nicht anders zu beurteilen sein. Zu beachten ist aber, dass die isolierte Änderung des abstrakten Abtretungsvertrages viel seltener vorkommen dürfte als der Fall, in dem auch die schuldrechtlichen Vereinbarungen der Beteiligten geändert werden und eine Beschränkung der Beurkundung der Änderungen auf die dinglichen Erklärungen nicht mit dem Gesetz vereinbar wäre.

### c) Eheverträge

Im Anwendungsbereich von § 1410 BGB bedürfen Änderungsvereinbarungen grundsätzlich der notariellen Beurkundung, und zwar auch dann, wenn der Änderungsgegenstand selbst nicht der Beurkundungspflicht unterliegt.<sup>75</sup> Dies gilt etwa für die Änderung einer Unterhaltsvereinbarung.<sup>76</sup> Wurde durch Ehevertrag der gesetzliche Güterstand aufgehoben, bedürfen spätere Vereinbarungen über den Zugewinnausgleich nach der Rechtsprechung allerdings nicht der notariellen Beurkundung.<sup>77</sup>

### d) Umwandlungsverträge

Änderungsverträge zu Umwandlungsverträgen bedürfen ausnahmslos der Form des § 6 UmwG<sup>78</sup>.

### e) § 311b Abs. 3 BGB

Nicht übersehen werden sollte, dass nach neuerer Rechtsprechung die Pflicht zur Beurkundung von „Asset deals“ auch aus § 311b Abs. 3 BGB folgen kann.<sup>79</sup> Auch in diesen Fällen sind die Grundsätze über die Beurkundungsbedürftigkeit von Änderungsverträgen anzuwenden.

64 BFHE 204, 311.

65 Böttcher, NotBZ 2011, 118; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 17. Aufl., 2009, § 15 Rdn. 46; in diesem Sinne wohl auch Altmeyen, in: Roth/Altmeyen, GmbHG, 7. Aufl., 2012, § 15 Rdn. 73; Hueck/Fastrich, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl., 2010, § 15 Rdn. 30 und Winter, in: Gehrein/Ekkenga/Simon, GmbHG, 2012, § 15 Rdn. 44.

66 Scholz/Winter/Seibt, GmbHG, 10. Aufl., 2006, § 15 Rdn. 66 c.

67 Liese, GmbHHR 2010, 1256 ff.

68 So Henssler/Strohn/Verse, Gesellschaftsrecht, 2011, § 15 GmbHG Rdn. 69.

69 So Liese, GmbHHR 2010, 1256, 1257.

70 BGH, NJW-RR 1991, 291, 293.

71 Böttcher, NotBZ 2011, 118.

72 Hermanns, in: Kölner Handbuch des Gesellschaftsrechts, 2011, Kap. 2, Rdn. 873 f.; unklar insoweit z.T. die Literatur, etwa Henssler/Strohn/Verse, aaO (Fußn. 68), § 15 Rdn. 69: „mit Erfüllung der Abtretungsverpflichtung“.

73 Michalski/Ebbing, GmbHG, 2. Aufl., 2011, § 15 Rdn. 125.

74 OLG Frankfurt a.M., BeckRS 2012, 07009; Wiesner, NJW 1984, 95, 97.

75 BeckOK-BGB/J. Mayer, § 1410 Rn. 2; OLG Bremen, MittBayNot 2010, 480; OLG Düsseldorf, OLGR 1993, 9; ausf. DNotl-Fax-Gutachten 92420.

76 OLG Frankfurt a.M., DNotZ 2004, 939.

77 OLG Düsseldorf, aaO (Fußn. 75).

78 S. Henssler/Strohn/Heidinger, aaO (Fußn. 68), § 7 UmwG Rdn. 10, 12.

79 OLG Hamm, NZG 2010, 1189.

### 3. Erfüllung der Beurkundungsform

Für die Beurkundung von Änderungsverträgen gelten die allgemeinen Regeln des BeurkG. Einer förmlichen Verweisung auf den Ursprungsvertrag nach § 13a BeurkG bedarf es für den wirksamen Abschluss eines Änderungsvertrages nach allgemeiner Auffassung nicht.<sup>80</sup> Etwas anderes gilt aber insbesondere dann, wenn die Änderungsurkunde nicht nur zum Zwecke der Individualisierung auf den Vertrag als solchen Bezug genommen wird, sondern auf feststehende Begriffe, die in dem Ursprungsvertrag definiert worden sind und auch in der Änderungsurkunde wieder verwendet werden. Auch sonst wird in der Praxis häufig von der Möglichkeit der Verweisung nach § 13a BeurkG Gebrauch gemacht, um Zweifel an der Formwirksamkeit gar nicht erst aufkommen zu lassen, wenn in der Änderungsurkunde beispielsweise vorsorglich sämtliche nicht geänderten Erklärungen der Vorurkunde wiederholt und bestätigt werden.

### 4. Vertragliche Formklauseln

Besonderer Prüfung bedarf die Formfrage, wenn der Änderungsvertrag nicht in der Form geschlossen wurde, die ein Änderungsvertrag ausweislich des geänderten Vertrages haben muss. Angesprochen ist damit die Frage der Abweichung von vertraglichen Formklauseln. Insoweit gilt, dass einfache Schriftformklauseln („Änderungen oder Ergänzungen dieses Vertrages bedürfen der Schriftform“) auch dann stillschweigend durch eine spätere mündliche Änderung oder Ergänzung abbedungen werden können, wenn die Parteien bei ihrer Abrede nicht an die Schriftform gedacht haben.<sup>81</sup> Demgegenüber bedarf eine Vertragsänderung entgegen einer qualifizierten Formklausel nur dann nicht der entsprechenden Form, wenn die Parteien mit einem zumindest konkludentem Aufhebungswillen handeln. Eine Ausnahme hiervon gilt für qualifizierte Formklauseln in AGBs: Hier hat die Individualvereinbarung stets Vorrang.<sup>82</sup>

### 5. Änderung eines mitbeurkundeten Vertrages

Von den Fällen der Änderung des beurkundungspflichtigen Vertrages zu unterscheiden sind die Fälle, in denen sich die Änderung nicht auf das schon kraft Gesetzes beurkundungsbedürftige Rechtsgeschäft bezieht (Grundstückskaufvertrag, Geschäftsanteilskaufvertrag etc.), sondern auf einen anderen Vertrag, der zwar für sich genommen nicht formbedürftig gewesen wäre, aufgrund eines Einheitlichkeitszusammenhangs mit dem beurkundungsbedürftigen Geschäft aber mitbeurkundet werden musste. Praxisrelevant ist die Frage z.B. bei der Änderung von Bau- oder Mietverträgen vor dem dinglichen Vollzug des Grundstücksgeschäfts (im Falle von § 311b Abs. 1 BGB) oder der Änderung von Nebenvereinbarungen im Unternehmenskaufvertrag (im Falle von § 15 Abs. 4 GmbHG).

Die in der Literatur anzutreffende Aussage, die Formbedürftigkeit bestehe nicht, wenn eine Änderung entsprechend

§ 139 BGB von dem geschlossenen Vertrag abtrennbar ist<sup>83</sup>, hilft bei der Problemlösung wohl nur in seltenen Fällen. Für die Lösung der übrigen Fälle kann sich der Praktiker nur auf ganz vereinzelte Stellungnahmen in der Literatur stützen: Soweit diese Fallgruppe überhaupt angesprochen wird, wird im Anwendungsbereich von § 311b Abs. 1 BGB insoweit für Änderungen vor Erklärung der Auflassung eine Beurkundungspflicht angenommen, wenn die Änderung einen Vertrag betrifft, mit denen der Grundstücksvertrag „stehen und fallen soll“.<sup>84</sup> Es entspricht in der Tat dem Schutzzweck der Beurkundungserfordernisse, die Beurkundungsbedürftigkeit von Änderungsvereinbarungen auch auf solche Änderungen zu erstrecken, die nicht den eigentlichen Grundstücks- oder Geschäftsanteilsvertrag betreffen, sondern einen Vertrag, von dem das originär beurkundungsbedürftige Geschäft abhängen soll. Die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze der wechselseitigen und einseitigen Abhängigkeit können hier entsprechend herangezogen werden. Änderungen und Ergänzungen eines formbedürftigen Rechtsgeschäftes bedürfen also derselben Form, der sie bedurft hätten, wären sie zeitgleich mit dem ursprünglichen Rechtsgeschäft vereinbart worden.<sup>85</sup> Dem Praktiker kann danach von der formlosen Änderung von Verträgen, die aufgrund einseitiger Abhängigkeit beurkundungsbedürftig sind, nur abgeraten werden.<sup>86</sup>

## V. Zeitlicher Anwendungsbereich

Änderungsverträge können geschlossen werden, solange noch ein änderungsfähiger Gegenstand vorhanden ist.<sup>87</sup> Ist das Schuldverhältnis bereits vollständig erloschen, kommt ein Änderungsvertrag nicht mehr in Betracht.<sup>88</sup>

Eine Änderung scheidet auch insoweit aus, wie eine Erklärung mit Verfügungscharakter bereits dingliche Wirkungen entfaltet hat; insoweit bedarf es der Aufhebung dieser Wirkungen und der vollständigen Neuvernahme der an ihre Stelle tretenden Erklärungen.

## VI. Wiederholung von Zustimmungen, Zustimmungsbeschlüssen, behördlichen und gerichtlichen Genehmigungen, Registereintragung

### 1. Allgemeines

#### a) Materielles und formelles Recht

Einen allgemeinen Rechtssatz, wonach Änderungen eines genehmigungsbedürftigen Rechtsgeschäfts ihrerseits stets der Genehmigung bedürfen, gibt es nicht. Vielmehr ist im jeweiligen Einzelfall der Genehmigungstatbestand darauf

80 Winkler, BeurkG, 16. Aufl., 2010, § 13a Rdn. 21; Stauf, RNotZ 2001, 129, 132.

81 BGH, NJOZ 2002, 833, s. zur wirksamen Änderung eines OHG-Vertrages trotz fehlender Schriftform BGH, NJW 1968, 1378.

82 BGH, NJW 2006, 138; OLG Koblenz, GWR 2011, 162.

83 Staudinger/Schumacher, aaO (Fußn. 31), § 311b Rdn. 199.

84 JurisPK-BGB/Ludwig, aaO (Fußn. 17), § 311b Rn. 253; wohl a.A. Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 6. Aufl., 2012, Rdn. 84; die für die Beurkundungspflicht gelegentlich zitierte Entscheidung OLG Braunschweig, BauR 2007, 2067 = OLG Braunschweig 2007, 848 betrifft die hier zu entscheidende Frage nicht, da es dort um die Änderung eines einheitlichen Kauf- und Bauvertrages ging.

85 Staudinger/Hertel, BGB (2004), § 125 Rdn. 73.

86 So auch zwei unveröffentlichte DNotI-Gutachten vom September 2002 und Mai 2008.

87 Gernhuber, aaO (Fußn. 2), § 26 II 2, S. 614.

88 Gernhuber, aaO (Fußn. 2), § 27 I 3, S. 620; BGH, DNotZ 1965, 286.

hin zu überprüfen, ob er seinem Sinn und Zweck nach auch Änderungsvereinbarungen erfasst oder nicht. Genau genommen ist die Frage nach der Genehmigungsbefähigung von Änderungsvereinbarungen ungenau gestellt: Bei Licht betrachtet muss die Frage vielmehr lauten, ob nach einer Vertragsänderung der Vertrag mit seinem hierdurch geschaffenen Inhalt der Genehmigung bedarf oder ob eine Genehmigung des Vertrages auf der Grundlage des ursprünglichen Vertragsinhalts ausreichend ist. Dabei geht es im Kern um die Kongruenz zwischen dem Rechtsgeschäft mit dem von den Parteien gewollten Inhalt einerseits und der gerichtlichen bzw. behördlichen Genehmigung andererseits. Das materielle Recht gibt dabei vor, in welchem Umfang Rechtsgeschäft und Genehmigung übereinstimmen müssen, damit die Genehmigung Wirksamkeit entfalten kann und nicht ins Leere geht. Verfahrensrechtlich wird der Gegenstand einer nur auf Antrag ergehenden gerichtlichen oder behördlichen Genehmigung demgegenüber durch den Verfahrensantrag (§ 23 FamFG) bestimmt, und nur auf der Grundlage dieses Verfahrensantrags – der, jedenfalls bis zum Ergehen einer erstinstanzlichen Entscheidung<sup>89</sup>, seinerseits ebenfalls der Änderung zugänglich ist – kann die Genehmigung ausgesprochen werden.

### b) Änderungen vor und nach Wirksamwerden einer Genehmigung

Bei der praktischen Rechtsanwendung ist es zweckmäßig, die Fälle der Änderung nach Wirksamwerden der Genehmigung von denjenigen zu trennen, bei denen im Zeitpunkt der Änderung noch keine Genehmigung vorliegt. Ist die Genehmigung bei Abschluss der Änderungsvereinbarung bereits erteilt, hindert dies die Parteien grundsätzlich nicht am Abschluss eines Änderungsvertrages. In diesem Fall bedarf aber der Vertrag in seiner geänderten Gestalt der Genehmigung, wenn durch die Änderung diejenigen Bestandteile des Vertrages betroffen sind, deretwegen das Genehmigungserfordernis aufgestellt ist.<sup>90</sup> Dies wird teilweise auch so formuliert, dass die Vertragsänderung der Genehmigung bedürfe, wenn nicht zweifelsfrei feststehe, dass das öffentliche Interesse, das durch das Genehmigungserfordernis gewahrt werden soll, durch die Änderung überhaupt nicht berührt wird<sup>91</sup>. Bedarf es einer erneuten Genehmigung, hat sich die erteilte Genehmigung erledigt, da die Parteien die beabsichtigte Rechtsfolge nicht mehr wollen. Materiell-rechtlich ist es aber auch durchaus möglich, dass eine bereits erteilte Genehmigung auch einen Vertrag mit teilweise anderem Inhalt abdeckt. Entscheidend sind hier die Umstände des Einzelfalles. Insoweit gilt dasselbe wie im Fall der im Voraus erteilten Genehmigung und der Abweichung der Beurkundungsfassung von der dem Genehmigungsantrag zugrunde liegenden Entwurfsfassung.<sup>92</sup>

Besonderheiten gelten in denjenigen Fällen, in denen das Genehmigungserfordernis im Interesse eines vertretenen Vertragsbeteiligten besteht, was insbesondere für die Fälle der familiengerichtlichen und betreuungsgerichtlichen Ge-

nehmigungen gilt: Hat die erteilte Genehmigung (durch ihre Bekanntgabe seitens des Vertreters an den anderen Vertragsteil) ihre Wirkungen entfaltet, greift eine spätere Vertragsänderung in eine wirksam begründete Rechtsposition des Vertretenen ein, so dass eine Vertragsänderung grundsätzlich nicht mehr ohne erneute Genehmigung möglich ist.<sup>93</sup>

Ist der Vertrag noch schwebend unwirksam, sind die Parteien bzw. deren Vertreter an der Vereinbarung von Änderungen nicht gehindert<sup>94</sup>: Hat beispielsweise im Falle der familiengerichtlichen Genehmigungsbefähigung das zuständige Gericht angedeutet, einen Vertrag mit dem beurkundeten Inhalt nicht zu genehmigen und ändern die Parteien daraufhin den Vertrag, bezieht sich diese Änderung auf einen schwebend unwirksamen Vertrag und wirkt auf diesen unmittelbar ein. Der ursprüngliche Genehmigungsantrag bezieht sich dann seinem Antragsgegenstand nach auf einen Vertragsinhalt, der so nicht (mehr) gewollt ist. Abgesehen von den Fällen, in denen die Änderungsvereinbarung schon für sich genommen unter einen Genehmigungstatbestand fällt, bedarf die Änderung als solche keiner Genehmigung, sondern nur der Vertrag mit seinem neuen Inhalt.

### c) Gegenstand der Genehmigung

Von wesentlicher Bedeutung für die Beurteilung der materiell-rechtlichen Reichweite einer Genehmigung und der Relevanz von Vertragsänderungen ist die Feststellung des durch die Genehmigung betroffenen Rechtsgeschäfts: Bezieht sich das Genehmigungserfordernis nur auf das dingliche Geschäft, ist der Bestand des schuldrechtlichen Teils der Abreden von vornherein nicht betroffen von dem Genehmigungserfordernis. Dies betrifft insbesondere eine Vinkulierung nach § 15 Abs. 5 GmbHG: Diese kann beim Kauf- und Abtretungsvertrag über einen GmbH-Geschäftsanteil von vornherein nur die dingliche Ebene betreffen, so dass eine Abhängigkeit des schuldrechtlichen Teils von der Genehmigung nur dann in Betracht kommt, wenn die Parteien die Erteilung der Genehmigung zur Bedingung der schuldrechtlichen Abreden gemacht haben. In keinem Fall kommt eine Genehmigungsbefähigung des schuldrechtlichen Teils nach § 15 Abs. 5 GmbHG in Betracht, woraus zwingend folgt, dass Änderungen des schuldrechtlichen Teils der Vereinbarung ohne Zustimmung der Gesellschaft (bzw. der Mitgesellschafter oder der Gesellschafterversammlung) möglich sind. Entsprechendes gilt beispielsweise für öffentlich-rechtliche Teilungsgenehmigungen nach Landesbaurecht.

## 2. Einzelne Problemfälle

### a) Zustimmung nach § 12 WEG

Insoweit ist zunächst zu konstatieren, dass, soweit ersichtlich, in Rechtsprechung und Literatur keine Stellungnahmen zur Frage der Auswirkung von Vertragsänderungen auf die Verwalterzustimmung vorliegen. Daraus, dass nach § 12 Abs. 3 S. 1 WEG bis zum Vorliegen der Genehmigung auch das schuldrechtliche Geschäft schwebend unwirksam ist, dürfte nicht zu folgern sein, dass dieses selbst der Genehmigung bedarf; das Genehmigungserfordernis bezieht sich vielmehr nur auf den dinglichen Erwerb und die Zustimmung

89 S. zur Antragsänderung im Beschwerdeverfahren aufgrund einer Vertragsänderung OLG Stuttgart, OLGZ 1979, 328.

90 BeckOK-BGB/Gehrlein/Sutschet, aaO (Fußn. 9), § 311 Rdn. 34; Staudinger/Löwisch, aaO (Fußn. 3), § 311 Rdn. 64 jeweils unter Hinweis auf BGH, NJW 1974, 1081 (Entscheidung zu Genehmigung einer Wertsicherungsklausel).

91 So Erman/Kindl, aaO (Fußn. 24), § 311 Rdn. 6.

92 DNotI-Gutachten 36993 v. November 2002.

93 DNotI-Gutachten 36993 v. November 2002.

94 S. DNotI-Gutachten 36294 v. Oktober 2002.

nur auf die Person des Erwerbers und nicht auf das gesamte Rechtsgeschäft<sup>95</sup>, was ohne weiteres einleuchtet, führt man sich vor Augen, dass der Verwalter die Zustimmung nur aus Gründen in der Person des Erwerbers verweigern darf und die Person des Erwerbers unabhängig vom Vertragsinhalt ist, mag der Vertragsinhalt auch u.U. Aufschluss über die Verhältnisse des Erwerbers geben können. Hat der Verwalter also dem Erwerb durch einen bestimmten Käufer zugestimmt und wird der Kaufvertrag vor oder nach Zustimmungserteilung geändert, hat dies auf die Wirksamkeit der Zustimmung keinen Einfluss und rechtfertigt auch keinen Widerruf der Zustimmung. Dass der Verwalter ohne Offenlegung des gesamten Vertragsinhalts nicht zur Erteilung der Zustimmung verpflichtet sein mag<sup>96</sup>, betrifft eine andere als die hier zu entscheidende Frage und steht dem hier gefundenen Ergebnis nicht entgegen. Ob man die Zustimmung nach § 12 WEG als rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkung oder nur als „Fungibilitätseinschränkung“ interpretiert<sup>97</sup>, ist für die hier zu entscheidende Frage unerheblich.

### b) Zustimmung nach § 5 ErbbauRG

Dasselbe wie für das Zustimmungserfordernis nach § 12 WEG gilt im Grundsatz auch für das Zustimmungserfordernis nach § 5 ErbbauRG: Zwar erstreckt das Gesetz die Rechtsfolgen einer fehlenden Zustimmung auch auf das schuldrechtliche Geschäft (§ 6 Abs. 1 ErbbauRG), Gegenstand des Zustimmungserfordernisses ist auch hier aber nur das Verfügungsgeschäft. Wurde zu dem dinglichen Rechtsgeschäft die Zustimmung erteilt, erstrecken sich deren Wirkungen automatisch auch auf das schuldrechtliche Geschäft, unabhängig von dessen Inhalt<sup>98</sup>. Auch wenn das Gesetz in den Gründen für die Ablehnung der Zustimmung über solche in der Person des Erwerbers hinausgeht und den Zweck des Erbbaurechts einbezieht (§ 7 Abs. 1 S. 1 ErbbauRG), sind die schuldrechtlichen Beziehungen zwischen Veräußerer und Erwerber für sich genommen nicht geeignet, einen solchen Ablehnungsgrund darzustellen. Jedoch kann der Inhalt des schuldrechtlichen Vertrages z.B. Aufschluss über die Nutzungsabsichten des Erwerbers geben, die wiederum einen Ablehnungsgrund darstellen können.<sup>99</sup> Die richtige Lösung dürfte darin bestehen, dem Eigentümer im Hinblick auf eine Zustimmung, die aufgrund einer Vertragsänderung nicht mehr erteilt werden müsste, das Recht zur Anfechtung entsprechend § 119 Abs. 2 BGB einzuräumen. In allen anderen Fällen bleibt es aber dabei, dass eine Vertragsänderung eine einmal erteilte Zustimmung nicht gegenstandslos werden lässt.

Die hier zu § 12 WEG und § 5 ErbbauRG vertretene Auffassung hindert die Beteiligten nicht daran, die Zustimmung des Verwalters bzw. des Eigentümers auch zu der Vertragsänderung ausdrücklich zur Fälligkeitvoraussetzung zu machen. Bis zu einer Klärung der Frage durch Rechtsprechung und Literatur dürfte eine solche Urkundsgestaltung sogar vorzugswürdig sein, da die Parteien nur so Gewissheit über die Rechtswirk-

samkeit des Vertrages erlangen, abgesehen davon, dass das zuständige Grundbuchamt (zu Unrecht) u.U. auf die Vorlage einer weiteren Zustimmung bestehen wird.

### d) GVO

Für die Genehmigung nach der GVO ist weitgehend anerkannt, dass Änderungen, die nach dem Zweck der GVO irrelevant sind, keine neue Genehmigung notwendig machen.<sup>100</sup>

### e) GrdstVG

Das Genehmigungserfordernis nach dem GrdstVG bezieht sich auf dingliches und schuldrechtliches Geschäft, § 2 Abs. 1 GrdstVG. Änderungen eines unter das GrdstVG fallenden und bereits genehmigten Vertrages bedürfen dann der Genehmigung, wenn sie für die Frage der Genehmigungspflicht von Bedeutung sind, etwa Änderungen des Kaufpreises oder der Grundstücksgröße.<sup>101</sup>

### f) Zustimmungsbeschlüsse zu gesellschaftsrechtlichen Verträgen

Bedarf ein Vertrag nach dem UmwG oder den §§ 291 ff. AktG eines Zustimmungsbeschlusses der betroffenen Gesellschafter, ist wiederum zwischen Änderungen vor und nach Wirksamwerden des Ursprungsvertrages zu unterscheiden:

#### aa) UmwG

Nach Registervollzug kommen Änderungen eines Umwandlungsvertrages nicht mehr in Betracht. Vorher können Änderungen vereinbart werden, wobei solche Änderungen nur insoweit Wirksamkeit entfalten können, wie sich auch die Registereintragung auf den geänderten Inhalt bezieht. Ist vor der Änderung ein Zustimmungsbeschluss gefasst worden, kann dieser Beschluss nach den Umständen des Einzelfalles auch den Vertrag in seinem geänderten Inhalt umfassen; insoweit gilt dasselbe wie für Änderungen im Entwurfsstadium nach Zustimmung zu einem Urkundsentwurf. Im Zweifel wird ein erneuter Beschluss notwendig sein, wenn die Änderungen nicht zweifelsfrei nur rein redaktioneller Natur sind.

#### bb) Unternehmensverträge

Für Änderungen von Unternehmensverträgen vor Wirksamwerden des Vertrages gilt das zuvor zu Umwandlungsverträgen gesagte entsprechend. Die Änderung von Unternehmensverträgen nach deren Wirksamwerden ist in § 295 AktG ausdrücklich geregelt. Es bedarf insoweit nicht nur der erneuten Beschlussfassung (§ 295 Abs. 1 i.V.m. § 293 AktG), sondern auch der konstitutiven Eintragung der Änderung im Handelsregister (§ 295 Abs. 1 i.V.m. § 294 AktG).

## VII. Auswirkung einer Vertragsänderung auf Vorkaufsrechte

Die Beteiligten eines Kaufvertrages sind auch bei Bestehen eines gesetzlichen oder vertraglichen Vorkaufsrechts nicht gehindert, Änderungen des Kaufvertrages zu vereinbaren. Unstreitig ist insoweit, dass der Vorkaufsberechtigte jeden-

95 MünchKommBGB/Commichau, 5. Aufl., 2009, § 12 WEG Rdn. 40; BeckOK-WEG/Timme, Stand: 01.09.2011, § 12 Rdn. 32.

96 OLG Celle, ZMR 2009, 545 = BeckRS 2009, 19275; vgl. auch BeckOK-WEG/Timme, aaO (Fußn. 95), § 12 Rdn. 38.

97 Näher z.B. Kreuzer, DNotZ 2012, 11.

98 Näher MünchKommBGB/v. Oefele, 5. Aufl., 2009, § 5 ErbbauRG Rdn. 6, 9, § 6 ErbbauRG Rdn. 3, § 7 ErbbauRG Rdn. 4.

99 Zu Beispielen s. MünchKommBGB/v. Oefele, aaO (Fußn. 98), § 7 ErbbauRG Rdn. 6.

100 Gutachten DNotI-Report 1997, 45, 46; DNotI-Gutachten 1646 v. April 2007; Bleisteiner, NotBZ 2002, 35; Krauß, in: Beck'sches Notarhandbuch, 5. Aufl., 2009, Teil A.IX Rdn. 44.

101 BGH, MittBayNot 1979, 185, 186; Schöner/Stöber, Grundstücksrecht, 14. Aufl., 2008, Rdn. 3956; Gutachten DNotI-Report 1997, 45.

falls das Recht hat, das Vorkaufsrecht zu den geänderten Bedingungen auszuüben, und zwar auch dann, wenn er sein Vorkaufsrecht im Hinblick auf die Ursprungsfassung bereits ausgeübt hatte. Hierüber hinaus hat der Vorkaufsberechtigte nach einer in der Literatur vordringenden und im Ergebnis vorzugswürdigen Ansicht, innerhalb der Ausübungsfrist des § 469 BGB, aber (auch<sup>102</sup>) das Recht, das Vorkaufsrecht zu den ursprünglichen Bedingungen auszuüben.<sup>103</sup> Nach dieser Auffassung vermag die Vertragsänderung den Bestand des Vorkaufsrechts zu den Konditionen des Ursprungsvertrages nicht mehr zu beeinflussen. Nach der herkömmlichen, insbesondere von der (älteren) Rechtsprechung geteilten Ansicht kann der Vertrag mit dem Vorkaufsberechtigten nur zu den Bestimmungen zustande kommen, die zur Zeit der Ausübung des Vorkaufsrechts gelten<sup>104</sup>, unbeschadet der etwaigen Unwirksamkeit einer Zusatzvereinbarung aufgrund ihrer Qualifikation als unzulässiges Verhinderungsgeschäft.<sup>105</sup> In Anbetracht der Tatsache, dass neuere Rechtsprechung zu der Frage nicht vorliegt und der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 1.10.2010<sup>106</sup> jedenfalls die Aufhebung des Kaufvertrages für unbeachtlich erklärt hat, dürfte der Praktiker gut beraten sein, der Vertragsgestaltung und -abwicklung auch bei Vertragsänderungen die aus Sicht des Berechtigten günstigere Lösung zugrunde zu legen und auf die unsichere Rechtslage hinzuweisen.

Dass die Änderungen dem Vorkaufsberechtigten nach § 469 BGB mitzuteilen sind, versteht sich von selbst. Nach herrschender Auffassung wird durch die neue Mitteilung eine neue Ausübungsfrist in Gang gesetzt<sup>107</sup>, und zwar auch dann, wenn im Vertragsänderung erst zu einem Zeitpunkt vorgenommen wurde, zu welchem die Ausübungsfrist bereits verstrichen war.<sup>108</sup> Eine etwaige Vorkaufsrechtsverzichtserklärung bezieht sich immer nur auf den Vertrag, der dem Berechtigten bekannt gemacht worden ist.<sup>109</sup>

### VIII. Auswirkung einer Vertragsänderung auf eine bereits eingetragene Vormerkung

Auf der Grundlage der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur „Wiederaufladung“ der Vormerkung ist nach Änderung des dem vormerkungsgeschützten Anspruchs zugrunde liegenden Vertrages zur Herbeiführung bzw. Erhaltung des rangwahrenden Schutzes der Vormerkung nur dann eine Grundbucheintragung der Änderung nur dann erforderlich, wenn der Anspruch seiner dinglichen Zielrichtung nach geändert oder erweitert wird. Verändern sich hingegen lediglich andere Vertragsmodalitäten oder werden die Entstehungsvoraussetzungen für den Anspruch verän-

dert (auch: erweitert), ist eine Eintragung der Änderung nicht erforderlich (wohl aber zulässig).<sup>110</sup> Keine Grundbucheintragung ist auch erforderlich im Fall der Verlängerung der Annahmefrist für ein Angebot<sup>111</sup> sowie der Verwandlung eines bedingten Anspruchs in einen unbedingten.<sup>112</sup>

## IX. Notarielle Anzeigepflichten und Steuerfragen

### 1. Grunderwerbsteuer

Gemäß § 18 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 GrEStG anzeigepflichtig sind „nachträgliche Änderungen oder Berichtigungen der unter den Nummern 1 bis 3 aufgeführten Verträge.“ Soweit möglich, ist auch die Veräußerungsanzeige nach § 18 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 GrEStG auf dem amtlichen Vordruck abzugeben. Grund für die Anzeigepflicht sämtlicher Änderungen ist, dass diese Einfluss auf Grund oder Höhe der Besteuerung nach dem GrEStG haben können.<sup>113</sup> Da eine Unterscheidung zwischen unwesentlichen und wesentlichen Änderungen insoweit nicht vorzunehmen ist, bezieht sich die Anzeigepflicht auf Änderungen aller Art. Soweit eine Änderung (auch) eine Teilaufhebung beinhaltet, verdrängt die genannte Regelung die Vorschrift des § 16 Abs. 1 GrEStG, wonach Aufhebungen für sich genommen nicht anzeigepflichtig sind (arg. e. § 16 Abs. 1 GrEStG). Die Herabsetzung der Gegenleistung aufgrund einer Vertragsänderung wird unbeschadet der Anzeigepflicht bei der Steuerfestsetzung nicht von Amts wegen berücksichtigt, sondern, wie sich aus § 16 Abs. 3 GrEStG ergibt, nur auf entsprechenden Antrag, und führt nur dann zu einer Steuerermäßigung, wenn sie innerhalb von zwei Jahren erfolgt oder auf einem berechtigten Minderungsverlangen beruht; insoweit wird die Herabsetzung nicht anders behandelt als die Aufhebung.<sup>114</sup>

Materiell-rechtlich unterscheidet die Rechtsprechung der Finanzgerichte im Rahmen des § 16 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG – abweichend von der zivilrechtlichen Terminologie – zwischen der (unbeachtlichen) Vertragsänderung und der (beachtlichen) Vertragsaufhebung:<sup>115</sup> Heben die Vertragspartner eines Grundstückskaufvertrages diesen zwar auf, schließen jedoch dieselben Personen oder mit diesen nahe stehende Personen im unmittelbaren Anschluss an die Aufhebung einen neuen Vertrag über dasselbe Grundstück, ist damit, unabhängig von der zivilrechtlichen Qualifikation, der ursprüngliche Vertrag regelmäßig nicht „rückgängig gemacht“. Vielmehr ist der Vorgang Grunderwerbsteuerlich als Vertragsänderung zu werten. Entscheidend für die Abgrenzung ist die Absicht der Beteiligten, sich entweder tatsächlich aus den bestehenden vertraglichen Bindungen zu entlassen oder diese nur zu modifizieren.

Besonderer Erwähnung bedarf in diesem Zusammenhang die Änderung von Verträgen, die mit dem Grundstücksvertrag in rechtlichem oder sachlichem Zusammenhang stehen: Liegen zwar separate Verträge vor, bilden diese jedoch ein

102 Für Wahlrecht ausdrücklich MünchKommBGB/H.P. Westermann, 6. Aufl., 2012, § 469 Rdn. 29.

103 Erman/Grunewald, aaO (Fußn. 24), § 469 Rdn. 4; Soergel/Wertenbruch, BGB, 13. Aufl., 2009, § 469 Rdn. 79; Hertel, in: Würzburger Notarhandbuch, 2. Aufl., 2011, Teil 2 Kap. 9 Rdn. 138; Vogt, FS Hagen, 1999, S. 219 ff.

104 RGZ 118, 5, 7; BGH, NJW 1969, 1959; s. auch zum gemeindlichen Vorkaufsrecht nach § 24 BauGB DNotI-Gutachten 111599 v. November 2011.

105 Winkler, DNotZ 1970, 98.

106 BGH, NJW 2010, 3774 = MittBayNot 2011, 216.

107 BGH, DNotZ 1994, 459; BGH, NJW 1973, 1365.

108 Vgl. den Sachverhalt der Entscheidung OLG Karlsruhe, NJW-RR 1996, 916.

109 Zu § 24 BauGB DNotI-Gutachten 111599 v. November 2011.

110 BGH, DNotZ 2008, 518 m. Anm. Amann.

111 Schöner/Stöber, aaO (Fußn. 101), Rdn. 1518, anders noch OLG Köln, DNotZ 1976, 357; OLG Frankfurt a.M., NJW-RR 1993, 1489; OLG Karlsruhe, Rpfleger 1994, 291

112 BayObLG, DNotZ 1995, 311.

113 Boruttau/Viskorf, aaO (Fußn. 19), § 18 Rdn. 20.

114 Hierzu auch Schrimpf, BWNNotZ 1997, 30.

115 FG Schleswig-Holstein, DStRE 2009, 1136.

„Vertragsgeflecht“ im grunderwerbsteuerlichen Sinne, sind aufgrund von § 9 Abs. 2 GrEStG die mit dem Grundstücksvertrag verflochtenen Verträge bei der Steuerfestsetzung zu berücksichtigen<sup>116</sup>, was dafür sprechen dürfte, dass § 18 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 GrEStG auch auf Änderungen eines Vertrages im Vertragsgeflecht anwendbar ist.

## 2. Schenkungsteuer

Weder ErbStG noch ErbStDV enthalten eine dem § 18 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 GrEStG entsprechende Vorschrift. Aus § 34 ErbStG lässt sich aber ohne weiteres auch die Verpflichtung herleiten, dem zuständigen Finanzamt jedenfalls dann auch die Änderungsurkunde unverzüglich mitzuteilen, wenn diese für die Besteuerung in irgendeiner Weise erheblich sein kann. Abgesehen davon, dass die Beurteilung dieser Frage nicht selten Schwierigkeiten bereiten wird und dem Notar schon deshalb eine Anzeige zu empfehlen ist, spricht der Gesichtspunkt, dass das zuständige Finanzamt jederzeit über den gesamten Inhalt der Vereinbarungen der Beteiligten informiert sein soll, für eine Anzeigepflicht unabhängig von der Relevanz der Änderungsvereinbarung für die Steuerpflicht. In materiell-rechtlicher Hinsicht folgt aus den §§ 9, 29 ErbStG und § 38 AO, dass nach Ausführung der Zuwendung und Entstehung der Steuerpflicht eine Änderung der Vereinbarungen grundsätzlich, d.h. abgesehen von den gesetzlich normierten Fällen, nicht mehr zu einer Minderung der Steuerlast führen kann.<sup>117</sup> So kann etwa ein unentgeltlicher und ausgeführter Vertrag durch spätere Vereinbarungen der Parteien nicht in schenkungssteuerlich beachtlicher Weise in einen entgeltlichen Vertrag abgeändert werden.<sup>118</sup> Eine neue Anzeigepflicht entsteht unzweifelhaft dann, wenn der Inhalt der Änderungsvereinbarung für sich genommen einen nach dem ErbStG steuerbaren Tatbestand beinhaltet, etwa die Aufhebung eines Nießbrauchs.

Soweit ersichtlich nicht erörtert wird die Frage, ob die durch Änderungsvertrag vereinbarte Verringerung oder Erhöhung der Leistung oder Gegenleistung in einem normalen Austauschvertrag unter fremden Dritten als solche eine freigiebige Zuwendung im Sinne von § 7 ErbStG sein kann, wenn und soweit hiermit eine Verringerung des Vermögensbestandes des einen Vertragsteils und eine Mehrung des Vermögensbestandes des anderen Vertragsteils gegenüber dem status quo ante verbunden ist. Da mit jeder einvernehmlichen Herabsetzung des Kaufpreises ein Teilerlass verbunden ist und der Erlass einer Forderung unter § 7 ErbStG fallen kann<sup>119</sup>, kann die Annahme eines steuerbaren Tatbestandes je nach den Umständen durchaus in Betracht kommen.

## 3. § 54 EStDV

Auch § 54 EStDV enthält keine dem § 18 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 GrEStG entsprechende Regelung. Ähnlich wie bei § 34 ErbStG dürfte aber auch hier eine Anzeigepflicht jedenfalls dann bestehen, wenn die Änderung für die Besteuerung in irgendeiner Weise erheblich sein kann.

<sup>116</sup> Boruttau/Loose, aaO (Fußn. 19), § 9 Rdn. 150; BFH, DStRE 2006, 865.

<sup>117</sup> Vgl. Spiegelberger, in: Beck'sches Notarhandbuch, aaO (Fußn. 100), Teil E Rdn. 268 ff.

<sup>118</sup> BFH, BStBl II 2008, 260; Meincke, ErbStG, 15. Aufl., 2009, § 29 Rdn. 1.

<sup>119</sup> Gebel, in: Troll/Gebel/Jülicher, ErbStG, 42. Aufl. (Juli 2011), § 7 Rdn. 22.

## 4. Kaufpreissammlung

Ob Änderungen eines nach § 195 BauGB mitteilungspflichtigen Grundstücksveräußerungsvertrages ihrerseits wiederum mitzuteilen sind, kann dem Wortlaut des Gesetzes nicht entnommen werden. Auch Rechtsprechung und Literatur äußern sich zur der Frage, soweit ersichtlich, nicht. Im Hinblick auf Sinn und Zweck des Gesetzes ohne weiteres mitteilungspflichtig dürften Änderungen von Leistung und/oder Gegenleistung sein, während dies für andere Änderungen nicht gilt. Auch im Hinblick auf § 18 BNotO ist insoweit eine restriktive Auslegung des Gesetzes vorzugswürdig, die nur solche Änderungen unter die Mitteilungspflicht fallen lässt, an deren Kenntnis der zuständige Gutachterausschuss ein berechtigtes Interesse hat.

## X. Verwahrung der Änderungsurkunde und Vermerke in der Urkundenrolle

Bei der urkundstechnischen Behandlung von Änderungsverträgen sind die §§ 8 Abs. 6, 18 Abs. 2 S. 1 DONot zu beachten: Während § 8 Abs. 6 DONot die Verpflichtung regelt, einen entsprechenden Vermerk in Spalte 5 der Urkundenrolle (bei beiden Urkunden) aufzunehmen, eröffnet § 18 Abs. 2 S. 1 DONot die Möglichkeit der Verwahrung der Änderungsurkunde bei der Haupturkunde. Wegen Einzelheiten kann auf die Literatur zur DONot verwiesen werden.

## XI. Empfehlungen für die Urkundsgestaltung

Änderungsverträge sind kein in erster Linie kautelarjuristisches Problem. Gleichwohl können für die Urkundsgestaltung von Ursprungs- und Änderungsvertrag können nach einige allgemeine Empfehlungen gegeben werden, die teilweise mit den vorstehend diskutierten Rechtsfragen zusammenhängen, teilweise aber auch rein handwerklicher Art sind:

### 1. Ursprungsvertrag

a) Je nach den Umständen des Falles kann im Ursprungsvertrag eine Klarstellung zur (Un-)Möglichkeit der Vertragsänderung ohne Mitwirkung aller Parteien empfehlenswert sein, etwa dergestalt, dass eine Änderung ohne Mitwirkung aller Parteien zulässig ist, wenn und soweit die Rechte der nicht an der Änderung mitwirkenden Partei hierdurch nicht berührt werden.

b) Eher eine „Mentalitätsfrage“ ist, ob den Beteiligten eine Regelung vorgeschlagen werden sollte, wonach sämtliche Änderungen der notariellen Beurkundung bedürfen. Die Rechtsprechung zu einfachen Schriftformklauseln legt insoweit jedenfalls die Empfehlung nahe, das Beurkundungserfordernis auch auf die Änderung der Formvereinbarung selbst zu erstrecken.

### 2. Änderungsvertrag

a) Bei den Rechtswirkungen der Vertragsänderungen sollte der Gestalter nicht nur den unmittelbaren Änderungsgegenstand im Auge haben, sondern auch u.U. zwischen Beurkundung des Ursprungsvertrags und Beurkundung des Änderungsvertrags entstandene Rechte der Beteiligten, etwa Ansprüche auf

Schadens- oder Nutzungersatz, und diese in die Regelung einbeziehen (etwa bei Änderungen des Kaufpreises nach Eintritt der Fälligkeit) sowie Erklärungen Dritter im Hinblick auf den Vertragsvollzug (etwa Treuhandaufgaben abzulösender Gläubiger). Ferner sollte hinsichtlich der Wirkung der Vertragsänderung zumindest in zweifelhaften Fällen geregelt werden, ob die Änderung (schuldrechtlich) zurückwirken soll oder nicht.

b) In handwerklicher Hinsicht sollte der Vertragsgestalter neben der materiell-rechtlichen Änderung auch stets die Auswirkungen der Änderung auf das gesamte Abwicklungsprogramm berücksichtigen und ggf. ebenfalls neu regeln: Hierzu gehören nicht nur eine ggf. ganz oder teilweise aufzuhebende bzw. abzuändernde Zwangsvollstreckungsunterwerfung im Ursprungsvertrag, sondern insbesondere auch Vollzugs- und Treuhandaufweisungen der Beteiligten an den Notar: Da solche Anweisungen grundsätzlich streng nach ihrem Wortlaut zu erfüllen sind, empfiehlt sich insoweit stets eine zumindest klarstellende Regelung in der Änderungs-

vereinbarung. Dies gilt insbesondere bei Fälligkeitsvoraussetzungen und Umschreibungsaufgaben: Ist Voraussetzung der Fälligkeit beispielsweise die Genehmigung des Vertrages nach § 12 WEG oder § 1821 BGB, sollte in der Änderungsvereinbarung auch geregelt werden, ob Voraussetzung der Fälligkeit des Kaufpreises die Genehmigung des Vertrages mit seinem neuen Inhalt ist. Denn materiell-rechtlich ist dies, wie gesehen, keineswegs selbstverständlich.

Daneben sollte der Gestalter stets prüfen, ob die Vertragsänderung eine Ergänzung von Vollzugaufträgen und –vollmachten und dem Vollzug dienenden Erklärungen der Beteiligten (Bewilligungen, Auflassung etc.) notwendig macht. Im Zweifel wird es empfehlenswert sein, Vollzugaufträge und –vollmachten im Hinblick auf den Vertrag mit seinem neuen Inhalt ausdrücklich neu zu erteilen (ohne dass hierdurch die bereits erteilten Vollzugsvollmachten zwingend zu widerrufen wären). Empfehlenswert ist schließlich eine ausdrückliche Regelung zu den Notar- und Gerichtskosten der Änderungsurkunde.

## Der Auflagenvollziehungsanspruch nach § 2194 BGB als Grundlage der unselbständigen Stiftung von Todes wegen

Von Dr. Friedrich Heinzmann, Tübingen<sup>1</sup>

### I. Einführung

#### 1. Wachsende Bereitschaft zu Stiftungen

Eine wachsende Zahl von Mitbürgern ist bereit, Vermögen durch die Errichtung einer Stiftung in den Dienst der Allgemeinheit zu stellen. So können sie der Gesellschaft, in der sie groß geworden sind, wieder etwas zurück geben und über das eigene Leben hinaus etwas bewirken. Die möglichen Stiftungszwecke sind vielfältig. Die Zielsetzungen reichen von Kunst und Kultur, Bildungseinrichtungen, der Unterstützung des Umwelt- und Landschaftsschutzes, der Heimatpflege, der Erforschung von Krankheiten, der Unterstützung von sozial Benachteiligten bis zur Förderung von Projekten der Wissenschaft und Forschung.<sup>2</sup>

#### 2. Vermögensausstattung bei der rechtsfähigen und bei der unselbständigen Stiftung

Die meisten Stifter wünschen sich eine rechtsfähige Stiftung, die mit eigenen Organen ausgestattet ist und unter der Aufsicht der Stiftungsbehörde steht. Allerdings ist diese Form der Stiftung, in der ein Vorstand als Geschäftsführungs- und Vertretungsorgan sowie ein Stiftungsrat<sup>3</sup> als Aufsichts- und Beratungsgremium zu installieren sind, für manches Vermögen, das ein Stifter einbringen kann oder (nur) einbringen will, zum einen nicht angemessen. Zum anderen kann bei kleineren Vermögensausstattungen im Rahmen rechtsfähiger Stiftungen oft nicht die dauernde und nachhaltige Erfül-

lung des Stiftungszwecks als gesichert angesehen werden, so dass die Stiftungsbehörde nach § 80 Abs. 2 BGB die Anerkennung zu versagen hat.<sup>4</sup>

Selbst wenn die Stiftung mit einem Vermögen von 250.000€ ausgestattet wird, kann ein dauerhafter Kapitalertrag bei risikoarmer Vermögensanlage, die sowohl vom Stiftungsrecht gefordert<sup>5</sup> wie auch regelmäßig im Sinne des Stifters ist, von kaum mehr als 10.000€ jährlich erwartet werden. Wird dann wie üblich ein Teil des Ertrags zum Vermögensstamm geschlagen um die laufende und schleichende Geldentwertung auszugleichen, so bleibt, nachdem die Kosten für die Vorstandstätigkeit und die Auslagen des Stiftungsrats beglichen sind, nur noch ein bescheidener Betrag für die Förderung der vom Stifter bestimmten Zwecke. In einer solchen Situation kann die Aufsichtsbehörde die Zusammenlegung mit einer anderen Stiftung vorschlagen, wenn nicht sogar anordnen müssen, um die Förderung der vom Stifter festgelegten Zwecke weiterhin erreichen zu können, wenn auch nicht mehr mit der vom Stifter gewollten Organisation. Ferner läuft eine Stiftung, wenn sie nicht mehr hinreichend Mittel für die Erfüllung ihrer steuerbegünstigten Zwecke aufbringen kann, Gefahr, dass sie die Eigenschaft der Gemeinnützigkeit verliert.

#### 3. Unselbständige Stiftung als Alternative zur rechtsfähigen Stiftung

Stifter, die ihre Stiftung nicht mit einem größeren Vermögen ausstatten können oder wollen, sollten deshalb die unselb-

<sup>1</sup> Der Autor ist Justiziar der Universitätsstadt Tübingen.

<sup>2</sup> Vgl. Internet-Einstellung des Regierungspräsidiums Tübingen, Referat Stiftungen, <http://www.rp.baden-wuerttemberg.de/servlet/PB/menu/1029180/index.html>.

<sup>3</sup> Oftmals auch Kuratorium, gelegentlich auch Aufsichtsrat genannt.

<sup>4</sup> Vgl. Ellenberger in Palandt, BGB, 71. Aufl., 2012, § 80 Rn. 5.

<sup>5</sup> § 7 Stiftungsgesetz Baden-Württemberg.

ständige, nichtrechtsfähige Stiftung in Betracht nehmen. Eine unselbstständige Stiftung von Todes wegen erfolgt in der Weise, dass der Stifter als Erblasser im Wege der Erbeinsetzung oder des Vermächtnisses eine Vermögenszuwendung zugunsten einer anderen, regelmäßig einer juristischen Person anordnet; er verbindet dies mit der Auflage, das zugewandte Vermögen dauerhaft in den Dienst der von ihm formulierten Stiftungszwecke zu stellen. Bei einer solchen Gestaltung fallen zwar regelmäßig auch Kosten für die Verwaltung der Stiftung an, z.B. für die Anlage des Stiftungsvermögens, die Führung der Bücher der Stiftung, die Fertigung der wiederkehrenden Steuererklärungen, die Verwendung der Reinerträge für die vom Stifter bestimmten Zwecke. Denn nur in Ausnahmefällen wird der Träger des Stiftungsvermögens bereit sein, diese Aufgaben ohne Kostenersatz zu erfüllen. Die zumeist aber weit höhere Vergütung für einen Vorstand und der Auslagenersatz für den Stiftungsrat fallen jedoch nicht an, so dass entsprechend höhere Beträge für die vom Erblasser vorgegebenen Förderungsziele verbleiben.

Nahe liegt, dass der Stifter und Erblasser zum Rechtsträger seines gestifteten Vermögens eine bürgerliche oder eine Kirchengemeinde beruft. Denn bürgerliche Gemeinden und Kirchengemeinden dürfte es immer geben, selbst wenn sich die gesellschaftlichen und politischen Verhältnisse grundlegend ändern sollten. Aber auch andere juristische Personen sind als Träger des Stiftungsvermögens und Auflagenbeschwerter bei entsprechender Willensrichtung des Stifter-Erblassers denkbar, z.B. ein Sportverband auf Landesebene, eine als rechtsfähige juristische Person eingerichtete Hochschule, das Land selbst, eine Diözese oder eine evangelische Landeskirche, aber auch z.B. eine einer politischen Partei nahe stehende rechtsfähige Stiftung<sup>6</sup> oder eine sonstige rechtsfähige Stiftung<sup>7</sup>.

Hat die als Trägerin des Stiftungsvermögens bedachte juristische Person bereits eine entsprechende Organisationsstruktur und verfolgt sie schon bisher dieselben oder ähnliche Zwecke, so kann sie das ihr von dem Erblasser zugewendete Stiftungsvermögen zumeist kostengünstig verwalten und auch die zur Erfüllung der Auflage erforderlichen Tätigkeiten regelmäßig mit relativ wenig Aufwand ausführen. Verfolgt der Erblasser mit seiner Stiftung z.B. die Förderung der Kultur auf kommunaler Ebene und macht er die Kommune zum Rechtsträger seiner Stiftung, so kann die Anlage des Stiftungsvermögens z.B. von der städtischen Kämmerei und die Auswahl der zu fördernden Projekte vom Kulturausschuss des Gemeinderats vorgenommen werden. Will der Stifter-Erblasser mit seiner (unselbstständigen) Stiftung die Erforschung von seltenen Krankheiten fördern und verfolgt die von ihm als Vermögensträger eingesetzte rechtsfähige Stiftung ebenfalls die Erforschung von Krankheiten, so kön-

nen sich aus dem bisherigen Tätigkeitsfeld der rechtsfähigen Stiftung und dem dazukommenden Fördergebiet der nichtrechtsfähigen Stiftung für beide Fördergebiete sogar Synergieeffekte ergeben.

Zunächst bietet sich die unselbstständige Stiftung für kleinere Stiftungsvermögen an. Aber auch größere und große Stiftungsvermögen können sehr effektiv und nachhaltig die Förderung der vom Stifter-Erblasser festgelegten Zweck bewirken. Besonders bekannt in unserem Bundesland ist dafür die von der Stadt Friedrichshafen verwaltete *Zeppelinstiftung*.<sup>8</sup>

#### **4. Grundanliegen des Stifter-Erblassers: Verwirklichung der mit der Zuwendung verbundenen Auflage auf sehr lange Zeit**

Wenn der potentielle Stifter-Erblasser einer unselbstständigen Stiftung von Todes wegen näher tritt, so kommen ihm folgende Rechtsfragen ins Blickfeld:<sup>9</sup>

Erstens: *Über welchen Zeitraum hinweg kann die Erfüllung der Auflage durchgesetzt werden?*

Zweitens: *Wer kann die Erfüllung der Auflage durchsetzen?*

Drittens: *Wer ist verpflichtet, die Auflage durchzusetzen?*

Könnte die Auflage nur über eine begrenzte Zeit hinweg durchgesetzt werden, so würde die Zuwendung unter Auflage dem Stifterwillen nicht gerecht. Eine Stiftung ist nach der Intention des Stifters auf unendliche Zeit hin angelegt.<sup>10</sup> Die Auflage muss deshalb, soll die Zuwendung unter Auflage eine brauchbare Alternative zur rechtsfähigen Stiftung sein, auf sehr lange, theoretisch auf unendliche Zeit gehen.

Gäbe es niemand, der die Auflage durchzusetzen vermag, so wäre die Auflage letztlich nicht mehr als ein unverbindlicher Wunsch des Stifter-Erblassers. Der Vollzug der Auflage und die Förderung der von ihm vorgegebenen Zwecke wären in das Belieben des Zuwendungsempfängers gestellt. Der Stifter-Erblasser will aber letztlich nicht den Zuwendungsempfänger begünstigen, sondern vielmehr die von ihm festgelegten Zwecke verwirklichen. Er hat deshalb nicht nur ein Interesse daran, dass die Auflage irgendjemand durchsetzen kann, sondern dass die Auflage sogar irgendjemand durchsetzen muss.

## **II. Zur zeitlichen Dauer der Durchsetzbarkeit der erbrechtlichen Auflage**

### **1. Zeitliche Schranken des Gesetzes für schwebende erbrechtliche Rechtsverhältnisse**

6 Die parteinahen Stiftungen werden z.T. in der Rechtsform des rechtsfähigen Vereins geführt. Rechtsfähige Vereine sind unproblematisch als Träger des Stiftungsvermögens und Auflagenbeschwerter möglich.

7 Diese ist zum Beispiel auch in der Rechtsform der GmbH möglich, wie die Robert Bosch Stiftung GmbH. Die Robert Bosch Stiftung GmbH verwaltet, neben ihrem eigenen Vermögen, eine Reihe von unselbstständigen Stiftungen, Stiftungen in der Stiftung. Die (rechtsfähige) Heilbronner Bürgerstiftung sieht in § 4 Abs. 7 ihrer Satzung ausdrücklich vor, dass sie die Trägerschaft für nicht rechtsfähige Stiftungen übernehmen kann, soweit diese der Bürgerstiftung vergleichbare Zwecke verfolgen.

8 Aber auch eine Stiftung von mittlerem Vermögen wird von der Stadt Friedrichshafen als unselbstständige Stiftung geführt: die Barbara-Mügel-Stiftung.

9 Auf diese Fragen erwartet er auch Antwort von seinem juristischen Berater, zumeist einem Notar, der ihm bei der Abfassung des Testaments Hilfe leistet.

10 Der 1516 verstorbene Ulmer Münsterpfarrer Ulrich Krafft bestimmte in seinem Testament, dass sein Buchbesitz (ca. 400 Titel, von denen heute noch ca. 200 erhalten sind) den Grundstock einer vom Rat der Stadt zu gründenden Bibliothek bilden solle. Weiterhin stiftete er ein Kapital von 100 Gulden, aus dessen Erträgen die Bibliothek zu mehren sei. – Der Ursprung der heutigen Ulmer Stadtbibliothek.



Die Frage nach der Dauer der Durchsetzbarkeit erbrechtlicher Auflagen stellt sich, weil ein unter aufschiebender Bedingung oder unter Bestimmung eines Anfangstermins angeordnetes Vermächtnis unwirksam wird, wenn die Bedingung oder der Termin binnen einer bestimmten Frist, regelmäßig innerhalb von 30 Jahren seit dem Erbfall (§ 2162 Abs. 1 BGB<sup>11</sup>), nicht eintritt, und weil das Gesetz ferner zur Nacherbfolge in § 2109, zur Testamentsvollstreckung in § 2210 und zum Ausschluss der Nachlasserteilung in § 2044 Abs. 2 vergleichbare Unwirksamkeitsanordnungen, ebenfalls mit grundsätzlicher Befristung auf 30 Jahre, enthält. Auch entfällt spätestens nach 30 Jahren das Recht zur Anfechtung der Erbschaftsannahme und zur Anfechtung der Erbschaftsausschlagung (§ 1954 Abs. 4),<sup>12</sup> Schließlich entfallen spätestens nach 30 Jahren das Recht zur Anfechtung letztwilliger Verfügungen (§§ 2078 ff. (§ 2082 Abs. 3)) und zur Geltendmachung der Erbnunwürdigkeit mittels Anfechtungsklage (§ 2340 Abs. 4 i.V.m. § 2082 Abs. 3).

Aus diesen vom Gesetz angeordneten zeitlichen Schranken erscheint der Schluss möglich, dass infolge eines Erbfalls eingetretene, unsichere Rechtsverhältnisse sich nach einer bestimmten Zeit nicht mehr in der Schwebe befinden und sich in endgültige und sichere Rechtsverhältnisse umgewandelt haben sollen. Das Gesetz strebt nach Rechtssicherheit.

## 2. Erbrechtliche Auflage und zeitliche Schranken

Zweifelhaft erscheint, ob das Gesetz auch hinsichtlich der Auflage einen Schwebezustand zeitlich beschränken will.

Die §§ 2192 ff. enthalten selbst keine Regelung. § 2192, der zahlreiche Normen des Vermächtnisrechts auf die Auflage für anwendbar erklärt, verweist nicht auf die §§ 2162 und 2163. Diese Nichterwähnung der §§ 2192 und 2163 besagt, im Umkehrschluss, noch nicht zwingend, dass diese zeitlichen Grenzen für die Auflage ausgeschlossen seien. Denn z.B. gilt für die Auflage § 2170 (Verschaffungsvermächtnis).<sup>13</sup> Generell ist festzustellen, dass das Vermächtnisrecht in der Regel auch auf die Auflage Anwendung findet, soweit sich dies nicht durch die fehlende Gläubigerstellung des Auflegebegünstigten von selbst verbietet.<sup>14</sup>

Die §§ 2162 und 2163 gelten jedoch nach dem Willen des Gesetzgebers für die Auflage nicht.<sup>15</sup> Mit der Auflage wollte der Gesetzgeber auch die Verfolgung stiftungsähnlicher Zwecke ermöglichen.<sup>16</sup> Mit dem Gedanken der Stiftung sind zeitliche Beschränkungen nicht vereinbar.<sup>17</sup> Der Wille des Gesetzgebers hat deshalb nur dahin gehen können, dass die §§ 2162 und 2163 auf die Auflage nicht anwendbar seien.

Dieser Plan des historischen Gesetzgebers ist auch in die Systematik des Gesetzes eingegangen. Hätte der Gesetzgeber ganz allgemein die zeitliche Beschränktheit testamen-

tarischer Verfügungen gewollt, so hätte er in den §§ 2065 ff. eine entsprechende generelle Regelung getroffen. Anstatt einer allgemeinen Regelung bestehen aber zahlreiche Einzelregelungen. Auffallend ist auch, dass bei der Testamentsvollstreckung die Befristung nicht grundsätzlich angeordnet ist, sondern nach dem eindeutigen Wortlaut des § 2210 nur für die Verwaltungsvollstreckung nach § 2209 greift.<sup>18</sup> Für die Abwicklungsvollstreckung gibt es demgegenüber keine gesetzlich vorgeschriebene Zeitgrenze; bei ihr wird angenommen, dass bei ordnungsgemäßer Amtsführung die Ausführung der letztwilligen Verfügungen und die Erbteilung binnen angemessener Frist erledigt werden und dadurch die Testamentsvollstreckung mit ihren den Erben beschränkenden Wirkungen automatisch endet.<sup>19</sup>

Eine analoge Anwendung der §§ 2162 und 2163 auf die Auflage kommt damit nicht in Betracht. Die §§ 2162 und 2163 erklären nicht eine allgemeine Regel für das Vermächtnis anwendbar. Auf eine allgemeine Regel, die hinter den §§ 2162 und 2163 stehen würde, kann nicht geschlossen werden. Demzufolge kann auch nicht eine allgemeine Regel, die hinter den §§ 2162 und 2163 stehen würde, auf die Auflage angewendet werden. Zeitlich unbeschränkt gilt deshalb auch eine Testamentsvollstreckung, die den Zweck hat, gegenüber dem Auflegebeschwerten den Vollzug der Auflage durchzusetzen.

Innerhalb dieser Einzelregelungen von der zeitlichen Befristung gilt freilich die grundsätzliche 30jährige Frist. Diese generelle Zeitspanne von 30 Jahren gilt, wenn die Befristung so zu sagen *dem Grunde nach* durch eine andere Norm angeordnet ist. Sie hat nur im Rahmen einer bereits anderweit angeordneten zeitlichen Beschränkung Bedeutung. Sie benennt nur die Zeitspanne. Sie ordnet aber keine Zeitspanne an.

Nach dieser historischen und in der Systematik des Gesetzes niedergelegten Konzeption kann in der erbrechtlichen Auflage, wie sie bei einer unselbständigen Stiftung angeordnet wird, keine Regelung mit zeitlich begrenzter Wirkungsdauer zur Erreichung geordneter Rechtsverhältnisse gesehen werden. Vielmehr soll die Auflage auf *unendliche* Zeit wirken, sie soll das gestiftete Vermögen gleichsam *auf immer* begleiten. Ein für einen zeitlichen Übergang gegebener Zustand kann sich aus einer Auflage nur dann ergeben, wenn der Erblasser selbst die Auflage unter eine Befristung gestellt hat, die sowohl ausdrücklich wie im Wege der ergänzenden Auslegung zu ermitteln sein kann.

Eine solche zeitliche Beschränkung ist z.B. gegeben, wenn der Erblasser anordnet, seine Begräbnisstätte auf *ortsübliche Ruhezeit* zu pflegen. Eine zeitliche Beschränkung ist dagegen nicht gegeben, wenn er seine über viele Jahrzehnte hinweg zusammengetragene Fossilienammlung und einen größeren Geldbetrag seiner auf der Schwäbischen Alb gelegenen Heimatgemeinde zuwendet, verbunden mit der Auflage die Sammlung in das örtliche Heimatmuseum einzugliedern und aus dem Ertrag des zugewendeten Geldes die Sammlung fortlaufend zu unterhalten und um weitere heimische Fundstücke zu ergänzen.

11 §§ ohne Gesetzesangabe sind Bestimmungen des BGB.

12 30 Jahre seit der Annahme bzw. Ausschlagung der Erbschaft.

13 Weidlich in Palandt, § 2192 Rn. 1.

14 Schlichting in Münchener Kommentar, BGB, 5. Aufl., 2010, § 2192 Rn. 3.

15 Schlichting, a.a.O., Rn. 4.

16 Schlichting, a.a.O.

17 Siehe bereits oben Ziff. I 4.

18 Zimmermann in Münchener Kommentar, BGB, 5. Aufl., 2010, § 2210 Rn. 1.

19 Zimmermann, a.a.O.

Ergebnishaft ist hier festzuhalten, dass die erbrechtliche Auflage nach dem Gesetz keiner zeitlichen Beschränkung unterliegt. Unter dem Aspekt der *Zeit* kommt die erbrechtliche Auflage zur Gestaltung einer unselbstständigen Stiftung uneingeschränkt in Betracht.

### III. Vollziehungsberechtigte

Da bei der erbrechtlichen Auflage der Begünstigte, falls es überhaupt einen solchen gibt,<sup>20</sup> kein Recht auf die Leistung hat (§ 1940), der Beschwerter aber gleichwohl zur Leistung verpflichtet ist, muss das Gesetz verhindern, dass die Vollziehung der Auflage vom Belieben des Beschwererten abhängt. Das Gesetz räumt daher in § 2194 bestimmten Personen und auch der zuständigen öffentlichen Behörde das Recht ein, die Erfüllung, erforderlichenfalls auch im Klagewege, zu verlangen. Des Weiteren kann der Erblasser im Rahmen seiner erbrechtlichen Gestaltungsfreiheit weitere Vollziehungsberechtigte berufen.

#### 1. Die Regelung des § 2194

Vollziehungsberechtigt sind nach § 2194 der Erbe (Satz 1, 1. Variante), der Miterbe (Satz 1, 2. Variante) und derjenige, welchem der Wegfall des mit der Auflage zunächst Beschwererten unmittelbar zustatten kommen würde (Satz 1, 3. Variante). Vollziehungsberechtigt ist auch die zuständige Behörde, wenn die Vollziehung im öffentlichen Interesse liegt (Satz 2).

##### a) Vollziehungsberechtigung des Erben

Die Vollziehungsberechtigung des Erben hat Bedeutung, wenn ein Vermächtnisnehmer mit der Auflage beschwert ist. Der Nacherbe hat das Recht vom Eintritt des Nacherbfalles an, denn er ist erst dann Erbe;<sup>21</sup> der Ersatzerbe bei Wegfall des zunächst berufenen Erben.<sup>22</sup> Der Ersatzerbe kann aber auch nach § 2194, Satz 1, 3. Variante als Wegfallbegünstigter vollziehungsberechtigt sein.<sup>23</sup>

##### b) Vollziehungsberechtigung des Miterben

Ein Miterbe kann ebenfalls die Vollziehung fordern, und zwar sowohl von einem beschwerten anderen Miterben als auch von einem Vermächtnisnehmer.<sup>24</sup> Er hat das Vollzugsrecht auch dann, wenn er selbst durch die Auflage mitbeschwert ist.<sup>25</sup> Jeder Miterbe kann das Recht selbständig und nicht nur im Zusammenwirken mit den übrigen Miterben geltend machen.<sup>26</sup>

20 Ein Begünstigter ist für eine Auflage nicht begriffsnotwendig (Schlichting in Münchener Kommentar, BGB, 5. Aufl., 2010, § 2192 Rn. 10). Gerade wenn die Auflage eine unselbstständige Stiftung zum Ziel hat, gibt es regelmäßig keinen Auflagebegünstigten. Denn nicht die Begünstigung einer Person, sondern vielmehr die Förderung vom Erblasser bestimmter Zwecke stehen bei der (unselbstständigen) Stiftung im Vordergrund.

21 Otte in Staudinger, BGB, 2002, § 2194 Rn. 2.

22 Otte, a.a.O.

23 Siehe unten lit. d).

24 Otte, a.a.O., Rn. 3.

25 Otte, a.a.O.

26 Otte, a.a.O.

##### c) Vollziehungsberechtigte Erbeserben

Das Vollziehungsrecht des Erben und des Miterben gehen bei deren Tod auf ihre Erben über.<sup>27</sup> Wie unter Ziff. II 2 bereits nachgewiesen, kennt das geltende Erbrecht nur für einzelne Rechtsverhältnisse, nicht aber generell zeitliche Schranken. Demzufolge geht das Vollziehungsrecht bei jedem Erbgang auf den Erben des verstorbenen Trägers des Vollziehungsrechts – dem erbrechtlichen Eigentumsübergang vergleichbar – über.

Diese Vererblichkeit der Vollziehungsberechtigung des Erben und Miterben kann den Vollzug der Auflage und damit das Wirken der nichtrechtsfähigen Stiftung auf sehr lange Sicht sicherstellen. Kommt der Erbe oder Miterbe aus der engeren oder weiteren Familie des Stifter-Erblassers, besteht innerhalb dieser Familie ein ausgeprägter Familiensinn und wird in der Familie eine fortdauernde geistige Auseinandersetzung mit den Ideen, den Wertvorstellungen und dem Wirken der Vorfahren gepflegt, so betrachten die Erbeserben, obwohl sie nicht Träger des der Auflage unterliegenden Vermögens sind, die damit verbundene unselbstständige Stiftung oft als ideell zu ihnen gehörend und fordern deshalb in mannigfacher und subtiler Weise nachhaltig den Vollzug der Auflage ein.<sup>28</sup>

##### d) Wegfallbegünstigte

Auch der, dem der Wegfall des mit der Auflage zunächst Beschwererten unmittelbar zustatten kommen würde, kann die Vollziehung verlangen. Wem der Wegfall unmittelbar zustatten kommen würde, ist nach rein rechtlichen Gesichtspunkten zu beurteilen.<sup>29</sup> Nicht entscheidend ist, dass der Wegfall des Beschwererten für den Betroffenen einen Vermögensvorteil bewirkt; ausreichend ist vielmehr, dass der die Auflage Einfordernde zum Eintritt in die Stellung des Wegfallenden berufen wäre.<sup>30</sup> Dies sind bei der Beschwerung eines eingesetzten Erben die Ersatzerben, mangels solcher die anwachsberechtigten Miterben, mangels solcher die gesetzlichen Erben; bei der Beschwerung eines Vermächtnisnehmers die Ersatzvermächtnisnehmer, mangels solcher die anwachsberechtigten Mitvermächtnisnehmer, mangels solcher der mit dem Vermächtnis Beschwerter.<sup>31</sup> Käme der Wegfall des mit der Auflage Beschwererten unmittelbar mehreren Personen zustatten, so kann jede von ihnen das Recht, die Vollziehung zu verlangen, allein ausüben.<sup>32</sup>

Die Vollziehungsberechtigung dessen, dem der Wegfall des zunächst Beschwererten zustatten kommen würde, ist nicht vererblich.<sup>33</sup> Beim Tod des entsprechenden Vollziehungsberechtigten stellt sich vielmehr die Frage neu, wem der Weg-

27 Otte, a.a.O., Rn. 5; Schlichting in Münchener Kommentar, BGB, 5. Aufl., 2010, § 2194 Rn. 6; Johannsen in RGRK, BGB, 12. Aufl., 1975, § 2194 Rn. 8 mit Nachweisen zur älteren Literatur.

28 Historiker und Psychologen halten diese auf psychologischer Ebene wirkenden Kräfte für besonders effektiv. Sie können die Einräumung von Rechtspositionen, die vor den Gerichten durchgesetzt werden können, zwar nicht ersetzen. Aber selbst bestehende Rechtspositionen werden auf lange Sicht oft nicht durchgesetzt, wenn nicht solche inneren Motivationen wirken.

29 Otte, a.a.O., Rn. 4.

30 Otte, a.a.O.

31 Otte, a.a.O.

32 Otte, a.a.O.

33 Otte, a.a.O., Rn. 7.

fall des zunächst Beschwerten nunmehr zustatten käme.<sup>34</sup> Im Einzelfall kann dies der Erbe des verstorbenen Vollziehungsberechtigten sein.

### e) Behörde

Zuständige Behörde ist in Baden-Württemberg nach § 4 AGBGB der Landesbetrieb Vermögen und Bau. Dieser Landesbetrieb ist ein rechtlich unselbständiger, organisatorisch aber abgetrennter Teil der unmittelbaren Landesverwaltung, der zum Geschäftsbereich des Ministeriums für Finanzen und Wirtschaft gehört.<sup>35</sup>

## 2. Testamentarische Anordnungen zur Vollziehungsberechtigung

Mittels Erbeinsetzung, Miterbenberufung, Ersatzerbenberufung, Berufung zum Vermächtnisnehmer, Mitvermächtnisnehmer und Ersatzvermächtnisnehmer kann der Stifter-Erblasser reflexartig Personen zu Auflagevollziehungsberechtigten machen. Darüber hinaus kann der Stifter-Erblasser weitere Vollziehungsberechtigungen anordnen, die ausschließlich oder aber in erster Linie auf die Vollziehung gerichtet sind.

### a) Anordnung von Testamentsvollstreckung

Die Vollziehungsberechtigung des Testamentsvollstreckers ergibt sich bereits aus den §§ 2203, 2208 Abs. 2 und 2223.<sup>36</sup> Nach § 2203 ist der Testamentsvollstrecker grundsätzlich selbst verpflichtet, die Auflage zur Ausführung zu bringen. Das Recht, von dem Auflagebeschwerten die Vollziehung zu verlangen, kann er deshalb nur haben, wenn die Auflage nicht mit Mitteln zu erbringen ist, die seiner Verwaltung unterliegen,<sup>37</sup> sei es, dass diese Mittel nie seiner Verwaltung unterlegen haben, sei es, dass er diese Mittel an den aufgabebeschwerten Erben oder Vermächtnisnehmer freigegeben oder übertragen hat. Das Recht des Testamentsvollstreckers, die Vollziehung zu verlangen, schließt den Anspruch des Erben oder Miterben auf Vollziehung nicht aus.<sup>38</sup>

Da für eine solche Testamentsvollstreckung die zeitliche Schranke des § 2210 nicht gilt,<sup>39</sup> erscheint sie als Durchsetzungsinstrument zunächst sehr brauchbar. Allerdings besteht ein Testamentsvollstrecker in der Regel auf die ihm nach § 2221 zustehende Vergütung, und dafür sind längere Zeit nach dem Erbfall zumeist keine Nachlassmittel mehr vorhanden. Die Testamentsvollstreckung als Instrument zur Durchsetzung einer Auflage, die eine unselbständige Stiftung bewirken soll, erscheint deshalb nur dann angebracht, wenn der Testamentsvollstrecker aus eigenem Interesse heraus und unabhängig von einer Vergütung die Vollziehung der Auflage einfordern wird.

<sup>34</sup> Otte, a.a.O.

<sup>35</sup> Aufsichtsbehörde für die rechtsfähige Stiftung ist in Baden-Württemberg dagegen das Regierungspräsidium, § 3 Stiftungsgesetz BW.

<sup>36</sup> Otte in Staudinger, § 2194 Rn. 5.

<sup>37</sup> Otte in Staudinger, § 2194 Rn. 5.

<sup>38</sup> Otte in Staudinger, § 2194 Rn. 5; Schlichting in Münchener Kommentar, BGB, 5. Aufl., 2010, § 2194 Rn.4; a.A. LG Braunschweig, MDR 1955, 169, das § 2212 entsprechend anwendet.

<sup>39</sup> Vgl. oben Ziff. II 2.

### b) Testamentarisches Vollziehungsrecht nach § 2194

Der Erblasser kann den Kreis der Vollziehungsberechtigten nach § 2194 durch Verfügung von Todes wegen erweitern oder einschränken.<sup>40</sup> Die Verleihung einer solchen Vollziehungsberechtigung durch den Erblasser bietet sich z.B. an, wenn er mit seiner unselbständigen Stiftung Zwecke fördern will, die auch ein bestimmter Verein oder eine (andere) rechtsfähige Stiftung verfolgen. Der Erblasser will z.B. die Pflege der klassischen Musik in seiner Stadt fördern, in der in erster Linie ein rechtsfähiger Kulturverein oder eine rechtsfähige Stiftung als Konzertveranstalter auftritt.

In der Literatur wird in der Gewährung eines testamentarischen Vollziehungsrechts z.T. die Anordnung einer Testamentsvollstreckung mit begrenztem Wirkungskreis gesehen.<sup>41</sup> Ob die testamentarisch verliehene Vollziehungsermächtigung auf eine in § 2194 speziell zugelassene Gestaltungsmöglichkeit oder auf das Institut der Testamentsvollstreckung zurückgeht, hat Bedeutung für die Frage, ob der Vollziehungsberechtigte auch vom Nachlassgericht ernannt und bei wichtigem Grund auf Antrag eines Beteiligten auch entlassen werden kann.

Wenn der Stifter-Erblasser für die Ernennung und die Entlassung des Vollziehungsberechtigten das Nachlassgericht ins Spiel bringen will, so sollte er ausdrücklich eine Testamentsvollstreckung anordnen. Allerdings stellt sich bei der Testamentsvollstreckung, wie unter lit. a) bereits ausgeführt, in der Regel das praktische Problem der Vergütung. Wie ebenfalls bereits ausgeführt, empfehlen sich deshalb zumeist nur solche – natürliche oder juristische – Personen als Vollziehungsberechtigte, die in ihrem eigenen Interesse den Vollzug der Stiftung einfordern werden. Allerdings darf dieses Vollziehungsrecht nicht dahin gehen, dass der Auflagenbegünstigte die Vollziehung fordern kann;<sup>42</sup> denn dann wäre in Wirklichkeit nicht eine Auflage, sondern vielmehr ein Vermächtnis zu Gunsten des Vollziehungsberechtigten gegeben, für das z.B. die zeitliche Beschränkung der §§ 2162 und 2163 gilt.

## IV. Vollziehungsverpflichtete

### 1. Grundsätzlich keine Forderungspflicht der Vollziehungsberechtigten

Der Erbe, der Miterbe, der Erbeserbe und der Wegfallbegünstigte können die Vollziehung fordern. Ob sie von ihrem Forderungsrecht Gebrauch machen, steht jedoch in ihrem freien Belieben. Gleiches gilt für Personen, denen der Erblasser Vollziehungsmacht nach § 2194 verliehen hat.<sup>43</sup>

<sup>40</sup> Schlichting in Münchener Kommentar, BGB, 5. Aufl., 2010, § 2194 Rn.5.

<sup>41</sup> Dieckmann in Soergel, BGB, 13. Aufl., 2003, § 2194 Rn. 6; Lange/Kuchinke, Erbrecht, 5. Aufl., 2001, § 30 III 3 Fn. 69.

<sup>42</sup> Weidlich in Palandt, § 2194 Rn. 2. Anders OLG Karlsruhe, Urteil v. 07.05.2004, 14 U 103/02, NJW-RR 04, 1307.

<sup>43</sup> Sofern man in diesen Personen nicht Testamentsvollstrecker mit begrenztem Wirkungskreis sieht.

## 2. Pflicht der Amtsträger, die Vollziehung einzufordern

### a) Testamentsvollstrecker

Der Testamentsvollstrecker hat kraft seines Amtes nach § 2203 die letztwilligen Verfügungen des Erblassers zur Ausführung zu bringen und demzufolge auch die Ausführung der Auflage einzufordern. Ernennet der Erblasser einen Vollziehungsberechtigten, der nicht zu den in § 2194 genannten Personen gehört, und verpflichtet er diesen, die Vollziehung zu verlangen, so ordnet er in Wirklichkeit eine Testamentsvollstreckung mit begrenzten Aufgaben an.<sup>44</sup> Gleiches gilt aber auch, wenn er eine der in § 2194 genannten Personen verpflichtet, und zwar unabhängig davon, ob man in einer Anordnung nach § 2194 immer eine gegenständlich beschränkte Testamentsvollstreckung sieht oder ob man in § 2194 ein Gestaltungsrecht besonderer Art des Erblassers annimmt. Denn der Wortlaut des § 2194 spricht nur von einem Können, einer Rechtsmacht dieser Personen; § 2194 verpflichtet nicht, den Aufgabenvollzug einzufordern. Gestaltet der Erblasser sein Testament so, dass er in § 2194 genannte oder sonstige Personen verpflichtet, den Vollzug der Auflage einzufordern, so ordnet er in Wirklichkeit eine Testamentsvollstreckung an.

### b) Vollziehungsberechtigte Behörde

Auch die nach § 2194 Satz 2 vollziehungsberechtigte Behörde darf nicht nach freiem Belieben entscheiden, ob sie die Vollziehung einfordert. Sie hat zunächst – von Amts wegen, und insbesondere, wenn von irgendwo her eine Anregung dazu bei ihr eingeht – zu prüfen, ob ein öffentliches Interesse an der Vollziehung der Auflage besteht. Ein öffentliches Interesse an der Vollziehung besteht, wenn die Auflage einem Zweck dient, den zu fördern Aufgabe des Staates oder einer sonstigen Person des öffentlichen Rechts ist.<sup>45</sup> Da die Daseinsvorsorge des Staates und der anderen öffentlich-rechtlichen Körperschaften recht umfassend ist, ist ein öffentliches Vollziehungsinteresse häufig gegeben. Ist ein solches öffentliches Vollziehungsinteresse anzunehmen, so liegt die Durchsetzung der Auflage im pflichtgemäßen Ermessen der Behörde. Im Rahmen dieser Ermessensbetätigung hat die Behörde alle einschlägigen öffentlichen und privaten Belange gegeneinander und untereinander abzuwägen. Besonderes Gewicht kommt dabei dem Willen des Erblassers zu, der das vermachte und mit der Auflage verbundene Vermögen einem bestimmten Zweck gewidmet hat, diesen Zweck gefördert sehen will und letztlich keine Bereicherung des Auflageverpflichteten aus der Erbschaft oder dem Vermächtnis angestrebt hat. Ferner muss die Behörde bei ihrer Ermessensbetätigung immer berücksichtigen, dass die Nichteinforderung der Auflage eine negative Vorbildwirkung auf andere Auflageverpflichtete hat. Die Behörde hat das Rechtsbewusstsein zu stärken und zu fördern. Sie hat zum Ausdruck zu bringen, dass mit einer Zuwendung verbundene Auflagen verpflichtend wirken und nicht zur Disposition des Verpflichteten ste-

hen. In der Regel hat die Behörde deshalb zur Einforderung der Auflage zu schreiten, wenn der Auflageverpflichtete dem Aufgabenvollzug nicht von sich aus nachkommt.

Damit sind die Befugnisse und Pflichten der nach § 2194 vollziehungsberechtigten Behörde denen der Aufsichtsbehörde bei der rechtsfähigen Stiftung in ihrer Substanz vergleichbar. Ein grundlegender Unterschied besteht zum einen nur darin, dass die rechtsfähige Stiftung der Aufsichtsbehörde jährlich – im Ermessen der Aufsichtsbehörde aber auch in längeren Zeitabständen – einen Bericht vorzulegen hat und zum anderen bei der Rechtsdurchsetzung durch die Behörde im förmlichen Verfahren.

Dem bei der rechtsfähigen Stiftung an die Aufsichtsbehörde zu erstattende Bericht entspricht bei der unselbständigen Stiftung zumeist ein Aufsichts- und Berichtsverfahren, das bei dem Träger des Stiftungsvermögens bereits unabhängig von der Stiftung installiert ist. Zum Beispiel: Rechnungsprüfung durch besondere Organe und Wirtschaftsprüfer, Feststellung des Jahresabschlusses durch eine Mitgliederversammlung oder einen Beirat; bei Kommunen auch Prüfung durch das kommunale Rechnungsprüfungsamt und die Gemeindeprüfungsanstalt und ferner Kommunalaufsicht durch die staatliche Aufsichtsbehörde.<sup>46</sup>

Zur Rechtsdurchsetzung muss die nach § 2194 vollziehungsberechtigte Behörde vor den ordentlichen Gerichten gegen den Auflageverpflichteten Klage erheben. Die Aufsichtsbehörde der rechtsfähigen Stiftung dagegen kann mittels Verwaltungsakt Anordnungen erlassen, die für die Stiftung – die rechtsfähige Person – vor den Verwaltungsgerichten anfechtbar sind.

Welches Aufsichtssystem – das bei der rechtsfähigen Stiftung wirkende, bestehend aus dem Stiftungsrat und der Aufsichtsbehörde, oder das bei der unselbständigen Stiftung jeweils weitgehend speziell ausgestaltete – das effektivere ist, lässt sich nicht generell beantworten.

## V. Zusammenfassung der Ergebnisse

1. Nach dem Gesetz unterliegt die erbrechtliche Auflage keiner zeitlichen Beschränkung. Mit der Auflage wollte der Gesetzgeber die Verfolgung *stiftungsähnlicher* Zwecke, die auf *unendliche* Zeit gehen, ermöglichen. Die Erfüllung der testamentarischen Auflage, die vom Erblasser nicht mittels Nebenbestimmung zeitlich beschränkt wurde,<sup>47</sup> kann demzufolge auf *unendliche Zeit* hinaus durchgesetzt werden.

2. Der Erblasser kann den Kreis der nach § 2194 Vollziehungsberechtigten (Erbe, Miterbe, der Wegfallbegünstigte, die Behörde) erweitern oder einschränken. Vollziehungsberechtigt nach gesetzlicher Regel ist auch der Testamentsvollstrecker, sofern er nicht selbst die Auflage zu vollziehen hat. In der

44 Otte in Staudinger, § 2194 Rn. 4. Denn nur einem Testamentsvollstrecker kommt, abgesehen von der vollziehungsberechtigten Behörde, eine solche Pflicht zu.

45 Otte in Staudinger, § 2194 Rn. 10.

46 Bei kleineren Gemeinden das Landratsamt; bei Großen Kreisstädten und Stadtkreisen das Regierungspräsidium.

47 Eine solche zeitliche Beschränkung durch den Erblasser ist z.B. gegeben bei Anordnung von *Grabpflege auf ortsübliche Ruhezeit*.

Literatur wird erwogen, die Gewährung eines Vollziehungsrechts über den Kreis des § 2194 hinaus stets als Anordnung einer Testamentsvollreckung (mit begrenztem) Wirkungskreis zu betrachten. Dieses Rechtsproblem hat praktische Relevanz für die Frage, ob der Vollziehungsberechtigte, der nicht aus dem Kreis des § 2194 kommt, auch vom Nachlassgericht ernannt oder bei wichtigem Grund auf Antrag eines Beteiligten vom Nachlassgericht entlassen werden kann. Will der Stifter-Erblasser das Nachlassgericht ins Spiel bringen, so sollte er ausdrücklich eine Testamentsvollstreckung anordnen. Bei Anordnung einer Testamentsvollstreckung stellt sich in der Praxis die Schwierigkeit, dass dem Testamentsvollstrecker eine Vergütung zusteht und dass – vor allem auf lange Sicht – nur unter besonders günstigen Umständen jemand bereit sein wird, das Testamentsvollstrecker-Amt ohne Entgelt zu führen.

3. Verpflichtet, die Vollziehung einzufordern, ist der Testamentsvollstrecker. Ob die in § 2194 genannten Personen die Vollziehung verlangen, steht in deren freiem Belieben. Gehören die in § 2194 genannten Personen zur engeren oder weiteren Familie des Erblassers und ist in der Familie verwurzelt, dass sich die Nachkommen mit den Ideen, den Wertvorstellungen und dem Wirken der Vorfahren beschäftigen, so liegt es nahe, dass diese Personen die Vollziehung einfordern.

4. Die Behörde hat in der Regel die Vollziehung zu verlangen. Denn zum einen ist die Daseinsvorsorge des Staates und der sonstigen öffentlich-rechtlichen Körperschaften sehr umfassend. Zum anderen hat die Behörde bei ihrer Ermessensbetätigung immer die Zielrichtung des Erblassers – Förderung der von ihm genannten Zwecke und letztlich nicht Bereicherung des Trägers des (unselbständig) gestifteten Vermögens – wie auch die ganz allgemeinen Gefahren aus negativer Vorbildwirkung zu berücksichtigen, wenn dem Auflageverpflichteten nachgelassen wird, seiner Pflicht nachzukommen.

5. Die unselbständige Stiftung ist eine brauchbare Alternative zur rechtsfähigen Stiftung. Insbesondere wenn der Träger des gestifteten Vermögens – der Erbe oder Vermächtnisnehmer – bereits bisher die gleichen oder ähnliche Zwecke wie der Stifter-Erblasser verfolgt und wenn er schon bislang eine für die Verwaltung der Stiftung erforderliche Struktur aufweist, ist es von Vorteil, dass für die unselbständige Stiftung kein Vorstand und auch kein Stiftungsrat installiert werden müssen. Bei der rechtsfähigen Stiftung besteht zwar eine Berichtspflicht gegenüber der Stiftungsbehörde; bei der nichtrechtsfähigen Stiftung ist dieser Unterschied aber weitgehend ausgeglichen, wenn bei dem Träger des Stiftungsvermögens bereits anderweit entsprechende Kontroll- und Aufsichtsmechanismen eingerichtet sind.

## Rechtsprechung

**OLG Köln, Beschl. v. 27. Juni 2011, 2 Wx 119/11, rechtskräftig**

**GBO §§ 15, 55**

**Die Bekanntmachung einer Eintragung gem. § 55 GBO hat gegenüber dem Notar zu erfolgen, wenn dieser den Eintragungsantrag gem. § 15 GBO gestellt hat (Abweichung von OLG Saarbrücken, Beschl. v. 26. 10. 2010 – 5 W 214/10-82).**

1. Die Beteiligte zu 1) ist die im Grundbuch eingetragene Eigentümerin. Mit schriftlicher Erklärung vom 21. Januar 2011 bestellte diese zugunsten des Beteiligten zu 2) an dem Miteigentum eine persönlich beschränkte Dienstbarkeit (Nießbrauchrecht). Durch Urkunde des Notars ... in Frankfurt/Main vom 21. Januar 2011 (Urkundenrolle-Nr. 31/2011) beglaubigte der Notar die Unterschrift der Beteiligten zu 1). Unter dem 26. März 2011 beantragte der jetzige Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten zu 1) „als amtlich bestellter Verwahrer des aus Altersgründen ausgeschiedenen Notars ...“ gemäß § 15 GBO im Namen der Eigentümerin die Eintragung des Nießbrauchsrechts im Grundbuch. Nach antragsgemäßer Eintragung übersandte das Grundbuchamt die Eintragsbekanntmachungen an den Verfahrensbevollmächtigten. Mit Schriftsatz vom 24. Mai 2011 hat der Notar die Unterlagen an das Grundbuchamt zurückgesandt und u.a. im Namen der Eigentümerin den Antrag gestellt, diese gem. § 55 GBO direkt über die Eintragung zu unterrichten.

Mit Beschluss vom 27. Mai 2011 hat die Rechtspflegerin des Grundbuchamtes den Antrag auf Übersendung der Eintra-

gungsbekanntmachung an die Beteiligte zu 1) zurückgewiesen. Hiergegen wendet sich die Beteiligte zu 1) mit der durch ihren Verfahrensbevollmächtigten mit Schriftsatz vom 6. Juni 2011 eingelegten Beschwerde, der das Grundbuchamt mit Beschluss vom 8. Juni 2011 nicht abgeholfen und die es dem Senat zur Entscheidung vorgelegt hat.

2. Die an keine Frist gebundene Beschwerde (§§ 72 ff. GBO) der Grundstückseigentümerin gegen den Beschluss der Rechtspflegerin vom 27. Mai 2011 hat in der Sache keinen Erfolg.

a) Bedenken bestehen bereits, ob die Beschwerdeführerin überhaupt berechtigt ist, gegen die Weigerung des Grundbuchamtes, die Eintragungsnachricht unmittelbar an die Grundstückseigentümerin zu übersenden, ein Rechtsmittel einzulegen. Die Beschwerdeberechtigung ist eine Voraussetzung für die Zulässigkeit des Rechtsmittels (vgl. OLG Hamm, FGPrax 1995, 181; Demharter, GBO, 27. Auflage 2010, § 71 Rn. 57 ff.; Keidel/Sternal, FamFG, 16. Auflage 2009, § 68 Rn. 70). Regelmäßig ist jeder beschwerdeberechtigt, dessen Rechtsstellung durch die Entscheidung des Grundbuchamts unmittelbar oder mittelbar beeinträchtigt wäre, falls diese in dem vom Beschwerdeführer behaupteten Sinne unrichtig wäre (Senat, FGPrax 2002, 52; OLG Hamm FGPrax 1995, 181; Demharter, aaO, § 71 Rn 58). Die Entscheidung des Grundbuchamts muss eine Beeinträchtigung des rechtlich geschützten – nicht lediglich wirtschaftlichen – Interesses des Beschwerdeführers bewirken, die nur durch eine Aufhebung der Entscheidung beseitigt werden kann (Senat, FGPrax 2002, 52; BGHZ 80, 126; BGH, Rpfleger 1998, 420; OLG

Hamm, FGPrax 1995, 181; FGPrax 1996, 210; OLG Schleswig FGPrax 2006, 149). Unter Beachtung dieser Grundsätze bestehen bereits Zweifel, ob eine entsprechende Rechtsbeeinträchtigung von der Beschwerdeführerin in der von dem Notar verfassten Beschwerdeschrift vom 24. Mai 2011 aufgezeigt wird. Vielmehr stellt sich – wie nachstehend erörtert wird – die Übersendung der Eintragungsnachricht durch den Notar für die Beschwerdeführerin eher vorteilhaft dar.

b) Teilt man die von der Rechtsprechung sowie der Literatur vertretene Auffassung, dass den Beteiligten, obwohl das Interesse des Notars im Vordergrund stehen dürfte, grundsätzlich gegen die Weigerung des Grundbuchamtes die Eintragungsmittelungen unmittelbar an die Beteiligten zu übersenden, die Beschwerde offen steht (siehe dazu z.B. BayObLGZ 1988, 307; OLG Brandenburg, RNotZ 2008, 224; OLG Frankfurt, OLGR 2005, 563; OLG Naumburg, FGPrax 2003, 109; Demharter, GBO, aaO, § 55 Rn. 30; Bauer/von Oefele/Wilke, GBO, 2. Aufl. 2006, § 15 Rn. 28; Bauer/von Oefele/Meincke, aaO, § 55 Rn. 31), so ist das Rechtsmittel auf jeden Fall unbegründet. Das Grundbuchamt hat sich zu Recht geweigert, die Eintragungsmittelung direkt an die Beteiligten zu 1) zu übersenden.

Reicht – wie hier – der Notar als bevollmächtigter Vertreter der oder eines Beteiligten bei dem Grundbuchamt einen Antrag ein, so ist die hierauf ergehende Entscheidung des Grundbuchamtes allein dem Notar bekannt zu machen. Der Beteiligte hat keinen Anspruch auf direkte Übersendung der Eintragungsnachricht. Insoweit hat der Senat bereits in seinem Beschluss vom 20. November 2000, 2 Wx 59/00 (veröffentlicht Rpfleger 2001, 123) ausgeführt:

*„Das Landgericht hat rechtsfehlerfrei einen Anspruch der Beteiligten auf unmittelbare Übersendung einer Eintragungsmittelung § 55 GBO verneint. Nach Maßgabe dieser Vorschrift sind Grundbucheintragungen zwar dem den Antrag einreichenden Notar, dem Antragsteller, dem eingetragenen Eigentümer sowie gegebenenfalls weiter genannten Personen bekanntzumachen. Erfolgt jedoch eine Eintragung aufgrund eines Antrages des beurkundenden Notars, erhält dieser nach absolut herrschender Meinung in Rechtsprechung und Literatur (BayObLG, Rpfleger 1989, 147; OLG Düsseldorf, Rpfleger 1984, 311; OLG Düsseldorf, Rpfleger 1997, 474; LG Koblenz, Rpfleger 1996, 449; Wilke in: Bauer/von Oefele, GBO, 1999, § 15 Rdnr. 40; Meincke in: Bauer/von Oefele, a.a.O., § 55 Rdnr. 6; Demharter, GBO, 23. Auflage 2000, § 15 Rdnr. 19, § 55 Rdnr. 10; Böttcher in: Meikel, GBO, 8. Auflage 1997, § 15 Rdnr. 33; Morvillius in: Meikel, a.a.O., § 55 Rdnr. 26 ff.; Kuntze/Herrmann/Eickmann/Erber-Faller/Munzig, Grundbuchrecht, 5. Auflage 1999, § 15 Rdnr. 38; § 55 Rdnr. 2), der sich der Senat anschließt, ausschließlich die Eintragungsnachricht, gegebenenfalls unter Beifügung einer entsprechenden Anzahl von Abschriften zur Weiterleitung.*

Mit der Bekanntmachung an den Notar ist § 55 GBO genüge getan. Eine gesonderte Übersendung einer Eintragung an die Antragsteller ist nicht notwendig. Eine Bekanntmachung an die Antragsteller unmittelbar ist zudem, entgegen dem sonst im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit geltenden Grundsatz, unwirksam (OLG Düsseldorf, Rpfleger 1984, 311; Demharter, GBO, 23. Auflage 2000, § 15 Rdnr. 19 m.w.N. aus der Rechtsprechung). Es obliegt dem Notar, die Antragsteller von der Eintragung zu unterrichten. Dies ist Folge davon,

*daß dieser, sei es aufgrund der gesetzlichen Vermutung des § 15 GBO oder aufgrund einer ausdrücklichen Ermächtigung, den Antrag bei dem Grundbuchamt stellt. Die ausschließliche Übersendung der Eintragungsnachricht an den Notar mit der Verpflichtung zur Weiterleitung entspricht, wie das Landgericht mit rechtlich nicht zu beanstandenden Erwägungen ausführt, der Bedeutung dieser Mitteilung. Grundsätzlich ist jeder an einem Grundbuchverfahren Beteiligte verpflichtet, sofern er nach seiner Stellung oder seinem Bildungsgrad hierzu in der Lage ist, eine unmittelbar vom Grundbuchamt erhaltene Eintragungsnachricht sorgfältig auf die Richtigkeit der Eintragung zu überprüfen. Erforderlichenfalls muß er sich unverzüglich beim Grundbuchamt erkundigen und Gegenvorstellungen erheben (BGH, NJW 1984, 1748; BayObLG, Rpfleger 1989, 147; Demharter, GBO, 23. Auflage 2000, § 55 Rdnr. 32). Das Unterlassen der Nachprüfung ist als Nichtgebrauch eines Rechtsmittels im Sinne des § 839 Abs. 3 BGB anzusehen und kann unter Umständen den Verlust von Schadensersatzansprüchen zur Folge haben (vgl. BGH, NJW 1958, 1532; Demharter, a.a.O., § 55 Rdnr. 32). Zu einer entsprechenden Prüfung der Mitteilung ist der Notar aufgrund seiner Sachkunde in der Regel weit eher geeignet als ein Antragsteller (BayObLG, Rpfleger 1989, 147; LG Koblenz, Rpfleger 1996, 449). Bei einer Weiterleitung der Eintragungsunterlagen durch den Notar können die Beteiligten in der Regel darauf vertrauen, daß – falls durch den Notar keine gegenteilige Mitteilung erfolgt – diese bereits auf ihre Richtigkeit überprüft worden sind. Wenn ein Beteiligter einen rechtskundigen Notar mit der grundbuchrechtlichen Abwicklung eines Rechtsgeschäfts betraut, darf er sich darauf verlassen, daß der Notar alles Erforderliche veranlassen werde (BGH, NJW 1984, 1748; OLG Düsseldorf, Rpfleger 1997, 474).*

Die von den Beteiligten in der notariellen Urkunde aufgenommene Erklärung, die Eintragungsnachrichten des Grundbuchamtes seien ihnen unmittelbar vom Grundbuchamt zu übersenden, führt zu keiner anderen Beurteilung. Hierdurch wird nicht etwa die gemäß § 15 GBO gesetzlich vermutete bzw. die in der Urkunde ausdrücklich erteilte Vollmacht des Notars hinsichtlich der Berechtigung zur Entgegennahme der Unterlagen eingeschränkt. Unabhängig davon, ob eine solche Beschränkung der Vollmacht überhaupt wirksam wäre (verneinend wohl: BayObLG, Rpfleger 1989, 147; OLG Düsseldorf, Rpfleger 1984, 311; OLG Düsseldorf, Rpfleger 1997, 474; LG Koblenz, Rpfleger 1996, 449), ist vorliegend der antragstellende Notar nach dem eindeutigen Wortlaut der notariellen Urkunde vom 13. Juni 2000 uneingeschränkt bevollmächtigt worden, alle Erklärungen in Namen der Beteiligten abzugeben, die sinnvoll, geboten und zweckmäßig sind, um diese Urkunde zu vollziehen und insbesondere auch entsprechende Anträge zu stellen. Hierzu gehört auch das Ermächtigung, die für die Beteiligten bestimmten Unterlagen in Empfang zu nehmen.

Schließlich läßt sich aus einer möglicherweise abweichenden früheren Praxis verschiedener Grundbuchämter kein Anspruch der Beteiligten auf unmittelbare Übersendung von Eintragungsnachrichten begründen. Bedenken bestehen bereits, ob der Rechtspfleger des Grundbuchamtes nunmehr überhaupt noch berechtigt ist, einem von der Allgemeinen Verfügung des Justizministers vom 8. Mai 2000 (1433 - I.D.19, JMBl. NRW S. 157) abweichenden Begehren des Notars bei der Antragstellung zu entsprechen. Auf jeden Fall begründet

*eine frühere abweichende Übung noch kein Gewohnheitsrecht. Dazu wäre erforderlich, daß die Übung auf der Überzeugung der beteiligten Verkehrskreise beruht, durch deren Einhaltung bestehendes Recht zu befolgen. Dies läßt sich nicht feststellen, zumal es sich nur um ein Verfahren zur Erleichterung der bürokratischen Abwicklung von Eintragungsanträgen handelt (OLG Düsseldorf, Rpfleger 1984, 311; OLG Düsseldorf, Rpfleger 1997, 474)“*

An diesen Ausführungen, die auch von weiteren Gerichten in neueren Entscheidungen (z.B. OLG Brandenburg, RNotZ 2008, 224; OLG Düsseldorf, Rpfleger 2001, 124; OLG Frankfurt, OLGR 2005, 563 = NotBZ 2005, 366; OLG Jena, FG-Prax 2002, 150) und von der Literatur (Demharter, aaO, § 55 Rn. 10; Bauer/v. Oefele/Meincke, aaO, § 55 Rn. 6, 9; Hügel/Wilsch, GBO, 2. Auflage 2010, § 55 Rn. 4; Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann, Grundbuchrecht, 6. Auflage, 2006, § 15 Rn. 38; Meikel/Morvillius, GBO, 10. Auflage 2009, § 55 Rn. 7; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Auflage 2008, Rn. 186) geteilt wird, hält der Senat fest.

Die Ausführungen des OLG Saarbrücken in dem Beschluss vom 26. Oktober 2010, 5 W 214/10-82-, rechtfertigen keine andere Beurteilung. Diese Entscheidung beruht letztlich auf der unzutreffenden Annahme, die Interessen eines Berechtigten könnten dadurch beeinträchtigt werden, dass dieser Kenntnis von einer Grundbucheintragung erst über den Notar erhält. Dies ist indes nicht der Fall. Da die in der Grundbuchordnung vorgesehenen Mitteilungspflichten für den Grundstücksverkehr und auch für die hiervon Betroffenen von wesentlicher Bedeutung sind (vgl. BT-Drucks. 12/5553, S. 68), liegt – wie der Senat bereits in seiner früheren Entscheidung aufgezeigt hat – die Bekanntmachung über den Notar gerade im wohlverstandenen Informationsinteresse der Beteiligten.

§ 55 GBO regelt zwar, wer von einer erfolgten Eintragung zu benachrichtigen ist. Nach dieser Vorschrift soll jede Eintragung dem den Antrag einreichenden Notar, dem Antragsteller und dem eingetragenen Eigentümer sowie allen aus dem Grundbuch ersichtlichen Personen bekannt gemacht werden, zu deren Gunsten die Eintragung erfolgt ist oder deren Recht durch sie betroffen wird, die Eintragung eines Eigentümers auch denen, für die eine Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld, Reallast oder ein Recht an einem solchen Recht im Grundbuch eingetragen ist. Dem Wortlaut dieser Vorschrift kann indes keine zwingende Verpflichtung des Grundbuchamtes entnommen werden, alle Beteiligten, deren Rechte von der Eintragung betroffen werden oder zu deren Gunst diese erfolgt, stets unmittelbar über die Eintragung zu informieren. Vielmehr wird in den Fällen, in denen der Eintragungsantrag gemäß § 15 GBO von einem Notar gestellt worden ist, die Regelung in § 55 GBO in der Form modifiziert, dass die Bekanntmachung über den die Beteiligten vertretenen Notar zu erfolgen hat. Der Notar fungiert insoweit als umfassender Repräsentant der Beteiligten, für die er den Antrag gestellt hat. Insoweit dient die ausschließliche Empfangszuständigkeit des bevollmächtigten Notars nicht nur den Belangen des Grundbuchverkehrs, sondern liegt auch im Interesse der Praktikabilität der Rechtspflege sowie des effektiven Rechtsschutzes (vgl. auch Hügel/Wilsch, aaO, § 55 Rn. 5). Kann die Eintragungsmitteilung an die dem Grundbuchamt bekannte (oder aus den Grundakten ersichtliche) Anschrift eines Beteiligten nicht zugestellt werden, so ist das Grundbuchamt

nicht gehalten, weitere Ermittlungen hinsichtlich der aktuellen Anschrift des Beteiligten anzustellen (OLG Brandenburg, RNotZ 2008, 224; Bauer/von Oefele/Meincke, aaO, § 55 Rn. 25; Demharter, aaO., § 55 Rn. 25; Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann, aaO, § 55 Rn. 5). Müsste die Bekanntmachung der Entscheidung des Grundbuchamtes daher – auch bei (im Übrigen bestehender) Vertretung des Beteiligten durch den Urkundsnotar – stets an den Beteiligten direkt erfolgen, so würde in solchen Fällen die Unterrichtung des betroffenen Beteiligten ganz unterbleiben. Demgegenüber ist der Notar, der die Eintragungsnachrichten für die (von ihm vertretenen) Beteiligten erhält, aus dem bestehenden Auftragsverhältnis zur Unterrichtung des Beteiligten verpflichtet und in diesem Zusammenhang erforderlichenfalls auch zur Erforschung der aktuellen Anschrift des Beteiligten, zu der dem Notar regelmäßig auch bessere Erkenntnisse vorliegen dürften als dem Grundbuchamt (OLG Brandenburg, RNotZ 2008, 224).

Verknüpft mit der Übersendung der Nachricht zur alsbaldigen Weiterleitung an die Beteiligten ist die Verpflichtung des Notars, die Eintragungsmitteilung genau zu überprüfen und ggf. beim Grundbuchamt vorstellig zu werden (BGH, NJW 1994, 1748; OLG Brandenburg, RNotZ 2008, 224; Bauer/v. Oefele/Meincke, aaO, § 55 Rn. 33; Hügel/Wilsch, aaO, § 55 Rn. 3). Erhält der Beteiligte die Eintragungsnachricht über den Notar ohne weitere Hinweise, kann er davon ausgehen, dass eine Prüfung durch den Notar stattgefunden und zu keiner Beanstandung geführt hat. Würde hingegen die Bekanntmachung der Eintragung unmittelbar an den Beteiligten erfolgen, müsste dieser die Eintragungsnachricht selbst auf ihre Richtigkeit überprüfen oder beim Notar nachfragen, ob und mit welchem Ergebnis die Prüfung durch den Notar stattgefunden hat. Ferner führt in Fällen einer Mehrheit von Beteiligten die ausschließliche Empfangszuständigkeit des bevollmächtigten Notars dazu, dass die Entscheidung des Grundbuchamtes für alle betroffenen Beteiligten insgesamt und umfassend durch den Notar überprüft und gegebenenfalls im Rechtsmittelwege einer Korrektur zugeführt wird, ohne dass eine sonst erforderliche wechselseitige Unterrichtung und Abstimmung der Beteiligten erfolgen müsste.

Ob in besonderen Fällen (z.B. bei einer besonderen Eilbedürftigkeit oder wenn der Antragsteller eine Unzuverlässigkeit des von ihm bevollmächtigten Notars sowie die damit verbundene Befürchtung geltend macht, die Eintragungsmitteilung nicht zu erhalten) ausnahmsweise eine andere Beurteilung gerechtfertigt sein kann, bedarf hier keiner Erörterung durch den Senat. Solche Gesichtspunkte werden von der Beschwerdeführerin nicht aufgezeigt. [...]

**BGH: Beschluss vom 07.09.2011 – XII ZB 12/11**

**BGB §§ 1629, 1796, 1909; FamFG §§ 7, 9, 158**

**1. Das minderjährige Kind ist im Verfahren zur Übertragung der elterlichen Sorge vom Familiengericht hinzuzuziehen und somit formeller Verfahrensbeteiligter („Muss-Beteiligter“). Ist das Kind nicht selbst verfahrensfähig und bedarf es im Verfahren daher der gesetzlichen Vertretung, so ist diese grundsätzlich von den Sorgeberechtig-**

**tigten Eltern ungeachtet ihrer eigenen Verfahrensbeteiligung wahrzunehmen.**

**2. Auch im Fall eines erheblichen Interessengegensatzes zwischen Eltern und Kind darf den Eltern die Vertretungsbefugnis im Zusammenhang mit einem Kindschaftsverfahren dann nicht entzogen werden, wenn bereits durch die Bestellung eines Verfahrensbeistands für eine wirksame Interessenvertretung des Kindes Sorge getragen werden kann. Dass der Verfahrensbeistand nicht gesetzlicher Vertreter des Kindes ist, steht dem nicht entgegen.**

a) Das minderjährige Kind ist im Verfahren zur Übertragung der elterlichen Sorge vom Familiengericht hinzuzuziehen und somit formeller Verfahrensbeteiligter („Muss-Beteiligter“). Ist das Kind nicht selbst verfahrensfähig und bedarf es im Verfahren daher der gesetzlichen Vertretung, so ist diese grundsätzlich von den sorgeberechtigten Eltern ungeachtet ihrer eigenen Verfahrensbeteiligung wahrzunehmen.

b) Auch im Fall eines erheblichen Interessengegensatzes zwischen Eltern und Kind darf den Eltern die Vertretungsbefugnis im Zusammenhang mit einem Kindschaftsverfahren dann nicht entzogen werden, wenn bereits durch die Bestellung eines Verfahrensbeistands für eine wirksame Interessenvertretung des Kindes Sorge getragen werden kann. Dass der Verfahrensbeistand nicht gesetzlicher Vertreter des Kindes ist, steht dem nicht entgegen.

#### Gründe:

##### I.

Das Verfahren betrifft die Bestellung eines Ergänzungspflegers für das im Mai 2006 geborene Kind M.C. der Beteiligten zu 1 (Mutter) und 2 (Vater). Die nicht miteinander verheirateten Eltern sind aufgrund von Sorgeerklärungen gemeinsam Inhaber der elterlichen Sorge. Die Eltern trennten sich Anfang 2007. Im Mai 2008 wechselte das Kind mit Zustimmung der Mutter in den Haushalt des Vaters. Die Mutter erstrebt in einem weiteren Verfahren (im Folgenden: Kindschaftsverfahren) den Wechsel des Kindes in ihre Obhut und beantragt die Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts auf sich. Auf eine entsprechende Bitte der im Kindschaftsverfahren zuständigen Richterin hat die Rechtspflegerin des Familiengerichts eine Ergänzungspflegschaft für das Kindschaftsverfahren angeordnet und das Kreisjugendamt zum Ergänzungspfleger bestellt.

Die dagegen gerichtete Beschwerde der Mutter hat das Oberlandesgericht zurückgewiesen. Mit ihrer – vom Oberlandesgericht zugelassenen – Rechtsbeschwerde verfolgt die Mutter die Aufhebung der Ergänzungspflegschaft weiter.

##### II.

Die Rechtsbeschwerde hat Erfolg.

1. Die Rechtsbeschwerde ist nach § 70 Abs. 1 FamFG statthaft und auch sonst zulässig. Die Mutter ist nach § 59

FamFG beschwerdebefugt, weil die Anordnung der Ergänzungspflegschaft einen Eingriff in das ihr zustehende Sorgerecht darstellt (vgl. Staudinger/Peschel-Gutzeit BGB [2007] § 1629 Rn. 304 mwN).

2. Nach der Auffassung des Oberlandesgerichts, dessen Entscheidung unter anderem in FPR 2011, 342 veröffentlicht ist, muss das minderjährige Kind aufgrund seiner sich aus § 7 Abs. 2 Nr. 1 FamFG ergebenden formellen Beteiligtenstellung nach § 9 Abs. 2 FamFG im Verfahren gesetzlich vertreten werden. Dass das Kind zu beteiligen sei, ergebe sich aus seiner Rechtsbetroffenheit und der daraus folgenden festen Rechtsposition als Verfahrenssubjekt. Damit seien zunächst die Eltern bzw. ein allein sorgeberechtigter Elternteil zur gesetzlichen Vertretung berufen. Bestehe allerdings zwischen den Eltern oder im Eltern-Kind-Verhältnis ein erheblicher Interessengegensatz, könne die Vertretungsbefugnis nach §§ 1629 Abs. 2 Satz 3, 1796 BGB zu entziehen sein. Von einem derartigen Interessengegensatz sei bereits dann auszugehen, wenn die konkrete Gefahr bestehe, der gesetzliche Vertreter werde im Konfliktfall das Kindeswohl nicht mit der gebotenen Zielstrebigkeit verfolgen. Das Familiengericht habe festzustellen, welche Maßnahmen der Vertretungsbefugte in der betreffenden Angelegenheit plane. Stritten Eltern im Kindschaftsverfahren um das Sorgerecht, offenbare dieser Streit nicht immer und ausnahmslos einen erheblichen Interessengegensatz. Wenn aber um den Aufenthalt des Kindes gestritten werde und die Wohnorte der Eltern weit voneinander entfernt seien, könnten sich die für das Wohl des Kindes bedeutsamen Umstände vom Interesse eines Elternteils, zukünftig gemeinsam mit dem Kind in einem völlig neuen Umfeld einen eigenständigen Lebensmittelpunkt zu begründen, erheblich unterscheiden. Soweit die Eltern das Kind im Kindschaftsverfahren gleichwohl gesetzlich vertreten würden, bestehe die konkrete Gefahr eines erheblichen Interessengegensatzes. Dieser könne nur durch die Entziehung der gesetzlichen Vertretungsbefugnis und die Bestellung eines Ergänzungspflegers vermieden werden.

Soweit die Auffassung vertreten werde, dass in Kindschaftsverfahren zur Wahrnehmung der Kindesinteressen generell die Bestellung eines Verfahrensbeistands ausreiche, bleibe unberücksichtigt, dass dieser als gesetzlicher Vertreter des Kindes ausgeschlossen sei. Wenn auch der Gesetzgeber nach dem Grundsatz des geringstmöglichen Eingriffs die Bestellung eines Verfahrensbeistands für den Regelfall als ausreichend gesehen habe, vermöge dieses Konstrukt die Notwendigkeit der gesetzlichen Vertretung des mit Inkrafttreten des FamFG formell am Verfahren beteiligten Kindes nicht zu ersetzen. Der vorübergehende und nur auf die Dauer des Kindschaftsverfahrens beschränkte Eingriff in die grundgesetzlich geschützte elterliche Sorge sei hinzunehmen, weil nur dadurch einem anderen verfassungsrechtlich geschützten Rechtsgut, nämlich der Gewährung von formellen Beteiligungsrechten des Kindes in der Ausformung des rechtlichen Gehörs, effektiv Geltung verschafft werden könne. Dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sei durch eine pflichtgemäße Prüfung des erheblichen Interessengegensatzes zwischen Eltern und Kind Rechnung zu tragen.

3. Dies hält einer rechtlichen Überprüfung nicht stand. Zutreffend ist der rechtliche Ausgangspunkt des Oberlandesgerichts, dass das betroffene Kind im Unterschied zu der



bis August 2009 bestehenden Rechtslage am Kindschaftsverfahren immer formell beteiligt ist (missverständlich Bassenge/Roth/Wagner FamFG 12. Aufl. § 158 Rn. 19) und es, weil es nicht verfahrensfähig ist, zur Wahrung seiner (Verfahrens-)Rechte eines gesetzlichen Vertreters bedarf. Nach § 7 Abs. 2 Nr. 1 FamFG sind vom Familiengericht diejenigen als Beteiligte hinzuzuziehen, deren Recht durch das Verfahren unmittelbar betroffen wird. Das ist bei dem vom Sorgeverfahren betroffenen Kind der Fall, weil das Verfahren zu einer Änderung des zwischen Eltern und Kind bestehenden Sorgeverhältnisses führen kann (aA bezüglich der Beschwerdebefugnis OLG Düsseldorf FamRZ 2011, 1081). Gemäß § 9 Abs. 1 FamFG sind die nach bürgerlichem Recht beschränkt Geschäftsfähigen nur ausnahmsweise verfahrensfähig, wenn sie als geschäftsfähig anerkannt sind (Nr. 2) oder soweit sie das 14. Lebensjahr vollendet haben und sie in einem Verfahren, das ihre Person betrifft, ein ihnen nach bürgerlichem Recht zustehendes Recht geltend machen (Nr. 3). Ist das Kind in diesem Sinne nicht verfahrensfähig, so handeln für dieses gemäß § 9 Abs. 2 FamFG die nach bürgerlichem Recht dazu befugten Personen, mithin im Regelfall seine sorgeberechtigten Eltern in gemeinschaftlicher Vertretung (§ 1629 Abs. 1 Satz 1, 2 BGB).

Gemäß § 1629 Abs. 2 Satz 3 1. Halbs. BGB kann das Familiengericht dem Vater und der Mutter nach § 1796 BGB – wie einem Vormund – die Vertretung entziehen. Nach § 1796 Abs. 1 BGB kann das Familiengericht dem Vormund die Vertretung für einzelne Angelegenheiten oder für einen bestimmten Kreis von Angelegenheiten entziehen. Die Entziehung soll nach § 1796 Abs. 2 BGB nur erfolgen, wenn das Interesse des Mündels zu dem Interesse des Vormunds in erheblichem Gegensatz steht.

a) Nach der Auffassung des Oberlandesgerichts ist ein solcher Interessengegensatz gegeben, weil um den Aufenthalt des Kindes gestritten werde, die Wohnorte der Eltern weit voneinander entfernt seien und sich die für das Wohl des Kindes bedeutsamen Umstände vom Interesse eines Elternteils, zukünftig gemeinsam mit dem Kind in einem völlig neuen Umfeld einen eigenständigen Lebensmittelpunkt zu begründen, erheblich unterscheiden könnten.

Das ist als tatrichterliche Feststellung nicht zu beanstanden. Die Beurteilung entspricht insbesondere dem Grundgedanken der verfassungsrechtlich begründeten Notwendigkeit einer eigenständigen Interessenvertretung für das Kind, wenn die Eltern über einen Aufenthaltswechsel des Kindes streiten (BVerfG FamRZ 1999, 85, 87). Dementsprechend sieht das Gesetz in § 158 Abs. 2 Nr. 3 FamFG in der Regel die Notwendigkeit einer gesonderten Interessenvertretung für das Kind vor, wenn im betreffenden Verfahren eine Änderung des bestehenden Obhutsverhältnisses in Rede steht. Eine solche Lage ist im vorliegenden Fall gegeben, denn die Mutter erstrebt mit ihrem Antrag einen Wechsel des Kindes in ihre Obhut. Demnach lagen im vorliegenden Fall nicht nur die Voraussetzungen für die Bestellung eines Verfahrensbeistands für das Kind vor, sondern im Ausgangspunkt auch die – übereinstimmenden – Voraussetzungen für eine Entziehung der elterlichen Vertretungsbefugnis nach §§ 1629 Abs. 2 Satz 3 1. Halbs., 1796 BGB.

b) Das Oberlandesgericht hat bei der Anordnung der Ergänzungspflegschaft die Interessenvertretung durch einen

Verfahrensbeistand nicht als gleichwertige Maßnahme angesehen, weil das „Konstrukt“ der Bestellung eines Verfahrensbeistands die Notwendigkeit der gesetzlichen Vertretung des mit Inkrafttreten des FamFG formell am Verfahren beteiligten Kindes nicht zu ersetzen vermöge. Dem kann nicht beigetreten werden.

aa) Das Verhältnis von Verfahrensbeistandschaft und Ergänzungspflegschaft nach Entziehung der elterlichen Vertretungsbefugnis ist allerdings umstritten.

Die Auffassung des Oberlandesgerichts, die dieses bereits in einer früheren Entscheidung vertreten hat (FamRZ 2010, 660), teilen eine weitere Entscheidung des OLG Oldenburg (11. Zivilsenat, Beschluss vom 8. Februar 2011 – 11 UF 195/10) sowie Stimmen in der Literatur (Schürmann FamFR 2009, 153; Götz NJW 2010, 897, 898; Hoffmann DIJuF-Rechtsgutachten vom 28. Oktober 2009 – www.dijuf.de – S. 3 ff.; Bork/Jacoby/Schwab/Zorn FamFG § 158 Rn. 21; Thomas/Putzo/Hüßtege ZPO 32. Aufl. § 158 FamFG Rn. 6; offenbar auch Bassenge/Roth/Wagner FamFG 12. Aufl. § 158 Rn. 19). Die vom Oberlandesgericht als seiner Auffassung zustimmend aufgeführte Rechtsprechung ist allerdings für Verfahren nach § 1671 BGB bereits nicht einschlägig. Denn die genannten Entscheidungen betrafen durchweg andere Fallkonstellationen (so zutreffend Salgo FPR 2011, 314, 315 mwN). Die Entscheidung des Kammergerichts Berlin (KG FamRZ 2010, 1171; ebenso OLG Celle Rpfleger 2011, 436) hatte mit der Erbausschlagung und der Zustellung der gerichtlichen Genehmigung ausschließlich eine Vermögensangelegenheit zum Gegenstand (zutreffend KG FamRZ 2010, 1171, 1172), ebenso eine Entscheidung des OLG Köln (FamRZ 2011, 231 [LS]). Diese Entscheidungen betrafen zudem – wie auch die weiter angeführte Entscheidung des OLG Dresden (FamRZ 2010, 1995 – Geltendmachung von Kindesunterhalt gegen den sorgeberechtigten Vater) – Fallgestaltungen, in denen die dem Verfahrensbeistand verschlossene gesetzliche Vertretung als konkrete Form der Interessenwahrung für das Kind erforderlich war.

Überwiegend ist die Ansicht des Oberlandesgerichts auf Ablehnung gestoßen. Die Bestellung eines Verfahrensbeistands sei als milderes Mittel zu betrachten, das eine Entziehung der elterlichen Vertretungsbefugnis und die Anordnung einer Ergänzungspflegschaft entbehrlich mache (OLG Stuttgart FamRZ 2010, 1166; OLG Koblenz NJW 2011, 236; OLG Naumburg Beschluss vom 16. November 2010 – 3 UF 178/10; Schael FamRZ 2009, 265, 269; Keuter NJW 2010, 1851, 1852 f.; Schmid FPR 2011, 5, 7; Empfehlungen des Arbeitskreises 11 des 18. Deutschen Familiengerichtstages Nr. 4 Brühler Schriften zum Familienrecht Bd. 16 S. 118 f.; ausführlich Salgo FPR 2011, 314 mwN).

bb) Der überwiegenden Auffassung ist der Vorzug zu geben. Das Vorliegen eines erheblichen Interessengegensatzes zwischen Kind und Eltern führt nicht notwendigerweise zur Entziehung der elterlichen Vertretungsbefugnis. Da es sich bei der Entziehung der Vertretungsbefugnis um einen Eingriff in das Elternrecht handelt, ist vielmehr der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten (vgl. MünchKommBGB/Huber 5. Aufl. § 1629 Rn. 63 mN). Daher hat das Gericht vor Entziehung der Vertretungsbefugnis in jedem Fall zu prüfen, ob dem Interessengegensatz nicht auf andere Weise Rechnung

getragen werden kann. Wenn mildere Maßnahmen möglich sind, um dem Interessenkonflikt wirksam zu begegnen, ist die Entziehung der Vertretungsbefugnis übermäßig und daher rechtswidrig.

Davon ist im Ansatz auch das Oberlandesgericht ausgegangen. Es hat allerdings die Bestellung des Verfahrensbeistands nicht als gleich wirksame Maßnahme angesehen. Damit hat es die vom Gesetzgeber im Zuge der FGG-Reform getroffenen Wertungen und die darauf beruhende Gesetzesystematik nicht hinreichend beachtet.

cc) Die Wahrnehmung der Kindesinteressen in einem auf die Person bezogenen Kindschaftsverfahren ist originäre Aufgabe des Verfahrensbeistands. Aufgrund der vorausgegangen Fachdiskussion um die Subjektstellung des Kindes in Kindschaftsverfahren und die Gewährleistung einer verlässlichen Vertretung seiner – auch subjektiven – Interessen (vgl. BVerfG FamRZ 1999, 85, 87; BT-Drucks. 13/4899 S. 48; Salgo Der Anwalt des Kindes 1993 S. 236 ff. sowie Limbach Der Anwalt des Kindes aus juristischer Sicht Protokollendienst der Evangelischen Akademie Bad Boll 14/1983 S. 12 ff.) ist im Zuge der Kindschaftsrechtsreform von 1997 (KindRG vom 16. Dezember 1997 BGBl. I S. 2942) speziell für bestehende Interessenkollisionen zwischen Eltern und Kind das Institut des Verfahrenspflegers in Kindschaftsverfahren („Anwalt des Kindes“) eingeführt worden (näher Salgo FPR 2011, 314, 315). Den verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine wirksame Vertretung der Kindesinteressen in Kindschaftsverfahren hat der Gesetzgeber durch dieses Institut (nunmehr Verfahrensbeistand) Genüge getan (BVerfG FamRZ 2004, 86).

dd) Auch wenn ursprünglich – unter anderem – die fehlende formelle Beteiligung des Kindes ein Beweggrund für die Einführung des Verfahrenspflegers war (BT-Drucks. 13/4899 S. 129), führt die Einbeziehung minderjähriger Kinder in den Kreis der notwendigerweise am Kindschaftsverfahren zu Beteiligten („Muss-Beteiligte“) nicht dazu, dass nunmehr das Institut des Verfahrensbeistands als Interessenvertreter („Anwalt“) des Kindes etwa durch den Ergänzungspfleger abgelöst werden sollte. Dass dies nicht in der Absicht des Gesetzgebers im Rahmen der FGG-Reform lag, wird dadurch verdeutlicht, dass er dem Verfahrensbeistand besondere Aufmerksamkeit gewidmet und dessen Stellung aufgrund der seit seiner Einführung im Jahr 1998 gewonnenen Praxiserfahrungen näher ausgeformt hat. Hierbei hat der Gesetzgeber unter anderem unterstrichen, dass die Bestellung des Verfahrensbeistands nicht im Ermessen des Familiengerichts steht, sondern zwingend zu erfolgen hat (§ 158 Abs. 1 FamFG). Ferner sind die Aufgaben des Verfahrensbeistands, insbesondere Aufklärungspflicht und Interessenvertretung einschließlich der adäquaten Information des Kindes, näher konkretisiert worden. Und schließlich stellt das Gesetz nunmehr klar, dass der Verfahrensbeistand nicht gesetzlicher Vertreter des Kindes ist (§ 158 Abs. 4 Satz 6 FamFG) und dass seine Bestellung nicht selbständig anfechtbar ist (§ 158 Abs. 3 Satz 4 FamFG).

Dass der Verfahrensbeistand nicht gesetzlicher Vertreter des Kindes ist und sein Handlungsspielraum insoweit gegenüber dem des Ergänzungspflegers begrenzt ist, begründet entgegen der Auffassung des Oberlandesgerichts nicht die

Notwendigkeit, die elterliche Vertretungsbefugnis zu entziehen. Gerade die der Regelung in § 158 Abs. 4 Satz 6 FamFG zugrunde liegenden Erwägungen zeigen vielmehr, dass es nach den Vorstellungen des Gesetzgebers mit der Bestellung des Verfahrensbeistands als Interessenvertreter des Kindes selbst bei Interessenkonflikten regelmäßig auch beenden soll.

Dass dem Verfahrensbeistand nicht die Befugnis zur gesetzlichen Vertretung zudedacht ist, beruht auf der gesetzgeberischen Zielsetzung, den Eingriff in das Elternrecht möglichst gering zu halten (BT-Drucks. 16/6308 S. 240). Die gesetzliche Regelung beruht daher auf der Annahme, dass die dem Verfahrensbeistand verliehenen Befugnisse zur effizienten Wahrung der Kindesinteressen ausreichend sind und gleichzeitig in die Befugnisse der Eltern nicht weiter eingegriffen werden soll, als es zur Erreichung dieses Ziels notwendig ist.

Dem würde es widersprechen, wenn durch die tatbestandlich unter denselben Voraussetzungen stehende und demselben Zweck dienende Entziehung der Vertretungsbefugnis gleichwohl noch weitergehend in das Elternrecht eingegriffen würde.

Auch mit dem Ausschluss der selbständigen Anfechtbarkeit (§ 158 Abs. 3 Satz 4 FamFG) hat der Gesetzgeber konkrete sachliche Wertungen verbunden. Dieser dient dem ausdrücklich genannten Zweck, Verfahrensverzögerungen zu verhindern (BT-Drucks. 16/6308 S. 239). Auch diesem Ziel würde es aber zuwiderlaufen, wenn entweder neben oder anstatt der Bestellung eines Verfahrensbeistands die elterliche Vertretungsbefugnis zu entziehen wäre. Dann wäre ein gesondertes Verfahren erforderlich, welches rechtsmittelbeehrt wäre und die gesetzliche Vertretung im Kindschaftsverfahren in der Schwebe ließe. Der Gesetzgeber hat indes im Gegenteil der Verfahrensbeschleunigung (vgl. § 155 FamFG) den Vorzug gegeben, was entwertet würde, wenn zugleich regelmäßig die elterliche Vertretungsbefugnis zu entziehen wäre (zutreffend Schmid FPR 2011, 5, 7).

Dass in Fällen des wesentlichen Interessengegensatzes von Eltern und Kind stets eine Entziehung der Vertretungsbefugnis angezeigt wäre, kann demnach nicht als Wille des Gesetzgebers unterstellt werden, schon weil er sich damit zu seiner abgewogenen eigenen Entscheidung zur Reichweite der Interessenvertretung des Kindes im Verhältnis zum Elternrecht und zur Vermeidung von Verfahrensverzögerungen in Widerspruch gesetzt hätte. Die Auffassung, dass sowohl die Verzögerung (so OLG Oldenburg Beschluss vom 8. Februar 2011 – 11 UF 195/10) als auch der stärkere Eingriff in das Elternrecht hinnehmbar seien, steht demnach zu der Absicht des Gesetzgebers im direkten Gegensatz.

Die vom Oberlandesgericht herangezogene Gesetzesbegründung zur Bestimmung des Beteiligtenbegriffs (BT-Drucks. 16/6308 S. 165) widerspricht dem nicht. Sie bringt den Grundgedanken zum Ausdruck, dass durch die formelle Beteiligung der Grundsatz des rechtlichen Gehörs effektiv gewahrt werden soll. Die zitierte Gesetzesbegründung verhält sich aber schon nicht zu der Frage, wer zur gesetzlichen Vertretung des Kindes berufen ist, und kann daher nicht dafür angeführt werden, dass das Kind in Konfliktfällen stets durch einen Ergänzungspfleger vertreten werden müsse. Dass an

anderer Stelle der Gesetzesbegründung im Fall eines bereits zuvor bestellten Ergänzungspflegers erwähnt ist, dass dieser die Bestellung eines Verfahrensbeistands entbehrlich mache (BT-Drucks. 16/6308 S. 238 r. Sp.), steht dem ebenfalls nicht entgegen. Wenn etwa die gesetzliche Vertretung als Handlungsform zwingend erforderlich ist, stünde dies mit der grundsätzlich vorrangigen Bestellung des Verfahrensbeistands durchaus im Einklang, weil dem Verfahrensbeistand die gesetzliche Vertretung verschlossen ist. Überdies geht es aber in der vorliegenden Fallkonstellation gerade um die vorgelagerte Frage, ob überhaupt ein Ergänzungspfleger zu bestellen ist, was die vorherige Entziehung der elterlichen Vertretungsbefugnis voraussetzt und damit eine Entscheidung der Konkurrenz beider Rechtsinstitute unausweichlich macht.

Schließlich ist der Ergänzungspfleger (entgegen OLG Oldenburg FamRZ 2010, 660, 662) nicht mit der in § 158 Abs. 5 FamFG ausdrücklich genannten Vertretung durch einen Rechtsanwalt oder anderen geeigneten Verfahrensbevollmächtigten vergleichbar. Denn hierbei handelt es sich nicht um gesetzliche Vertreter, sondern um (rechtsgeschäftlich) Bevollmächtigte. Diese § 50 Abs. 3 FGG entsprechende Regelung geht überdies davon aus, dass Vollmachtgeber gerade das – ausnahmsweise verfahrensfähige – Kind oder seine Eltern sind (vgl. die Gesetzesbegründung zum KindRG BT-Drucks. 13/4899 S. 132).

Selbst wenn man aber davon abweichend noch von einer Widersprüchlichkeit der Gesetzesmaterialien ausgehen wollte (so offenbar Zorn in Bork/ Jacoby/Schwab FamFG § 158 Rn. 21 und Jacoby aaO § 9 Rn. 2 sowie FamRZ 2007, 1703, 1709), so käme von mehreren sich – vordergründig – widersprechenden Aussagen derjenigen das ausschlaggebende Gewicht zu, welche mit bewussten gesetzgeberischen Wertungen verbunden ist. Die in diesem Sinne spezielleren Wertungen sind hier aber zweifellos zur Regelung des Verfahrensbeistands getroffen worden. Sowohl die bewusste Begrenzung des Eingriffs in das Elternrecht als auch das mit dem Ausschluss der Anfechtbarkeit verfolgte Ziel einer raschen und damit schonenden Konfliktlösung in Kindschaftssachen sprechen für den Verfahrensbeistand als vorrangigen Interessenvertreter des Kindes. Dass die Konsequenz der fortbestehenden Vertretungsbefugnis der Eltern vom Gesetzgeber gesehen und auch gewollt war, belegt abermals die Gesetzesbegründung, indem sie ausdrücklich herausgestellt hat, dass die Eltern auch nach der Bestellung des Verfahrensbeistands in vollem Umfang zur Vertretung des Kindes berechtigt sind (BT-Drucks. 16/6308 S. 239). Für diese Feststellung hätte keine Veranlassung bestanden, wenn unter denselben Voraussetzungen wie für die Bestellung des Verfahrensbeistands den Eltern außerdem noch ihre gesetzliche Vertretungsbefugnis entzogen werden müsste.

ee) § 1796 BGB ist demnach im Zusammenhang mit Kindschaftsverfahren dahin zu verstehen, dass eine Entziehung der elterlichen Vertretungsbefugnis dann nicht angeordnet werden darf, wenn durch die Bestellung eines Verfahrensbeistands bereits auf andere Weise für eine wirksame Interessenvertretung des Kindes Sorge getragen werden kann. Das ist in Verfahren, welche die Person des Kindes betreffen, der Fall. Die Bestellung eines Verfahrensbeistands ist dabei nicht

auf Verfahren, die die Personensorge betreffen, beschränkt, sondern erfasst alle Verfahren, die sich nicht ausschließlich auf Vermögensangelegenheiten beziehen (Keidel/Engelhardt FamFG 16. Aufl. § 158 Rn. 4; BT-Drucks. 13/4899 S. 130 f.).

4. Der angefochtene Beschluss ist abzuändern. Da im vorliegenden Fall die Bestellung eines Verfahrensbeistands zulässig und ausreichend ist, war die Bestellung eines Ergänzungspflegers durch das Amtsgericht und die damit verbundene Entziehung der Vertretungsbefugnis nicht geboten und demzufolge unzulässig. Der Senat kann in der Sache abschließend entscheiden, weil es weiterer Feststellungen nicht bedarf. Demnach ist der Beschluss des Amtsgerichts – ersatzlos – aufzuheben.

## LG Offenburg, Beschluß vom 6.7.2012, 4 T 113/12

### § 4 VBG

**1. Eine Erhöhung des dem Berufsbetreuer zu vergütenden Stundensatzes nach § 4 Abs. 1 Satz 2 VBG setzt voraus, dass ein erheblicher Teil der durch das Studium erworbenen Kenntnisse für die übertragenen Aufgabenkreise allgemein nutzbar ist.**

**2. Für die Aufgabenkreise der Aufenthaltsbestimmung und der Gesundheitsorge sind diese Voraussetzungen im Falle eines abgeschlossenen BWL-Studiums nicht erfüllt.**

#### Gründe

##### I.

Am 31.10.2011 stellte die Klinik L.113/ einen Antrag auf Eilentscheidung zur vorläufigen Unterbringung des Betroffenen und Einrichtung einer Betreuung. Mit Beschluss vom 31.10.2011 bestellte das Amtsgericht nach Anhörung des Betroffenen den Beteiligten Ziff. 1 im Wege einstweiliger Anordnung zum vorläufigen Betreuer für die Aufgabenkreise der Aufenthaltsbestimmung einschließlich Entscheidung über die Unterbringung sowie die Gesundheitsfürsorge. Zugleich wurde die Unterbringung des Betroffenen bis längstens zum 11.12.2011 genehmigt. Die Unterbringung wurde mit Beschluss vom 07.12.2011 aufgehoben. Nachdem der vorläufige Betreuer am 19.01.2012 mitgeteilt hat, dass der Betroffene von seinen Kindern abgeholt worden sei, und sich Hinweise darauf ergaben, dass er in sein Heimatland zurückgekehrt war, wurde das Verfahren wegen Anordnung einer Betreuung durch Beschluss vom 02.02.2012 eingestellt.

Nach Stellungnahme durch die Bezirksrevisorin hat das Amtsgericht die Vergütung des Beteiligten Ziff. 1 durch Beschluss vom 29.03.2012 (AS 133) auf 924 € festgesetzt und ausgeführt, der vorläufige Betreuer verfüge über besondere Kenntnisse, die für die Führung der Betreuung nutzbar seien (§ 4 Abs. 1 VBG). Zugleich hat es die Beschwerde für den Fall zugelassen, dass der Beschwerdegegenstand 600,00 € nicht übersteigt. Dagegen richtet sich die Beschwerde der Staatskasse, die die Bezirksrevisorin mit Schriftsatz vom 02.05.2012 eingelegt hat. Sie wird damit begründet, dass

hier nicht der Höchststundensatz von 44,00 €, sondern lediglich der Basisstundensatz von 27,00 € zu Grunde zu legen sei, was zu einer festsetzbaren Vergütung von insgesamt 567,00 € führe. Es sei nicht ersichtlich, welche besonderen Kenntnisse der vorläufige Betreuer durch sein abgeschlossenes Betriebswirtschaftsstudium erworben habe, die für die Betreuung mit dem angeordneten Aufgabenkreis nutzbar seien.

Das Amtsgericht hat der Beschwerde mit Beschluss vom 07.05.2012 nicht abgeholfen und die Sache der Kammer zur Entscheidung vorgelegt.

## II.

1. Die nach § 58 Abs. 1 FamFG statthafte Beschwerde ist infolge der Zulassung durch das Amtsgericht zulässig. Auch wenn nach dem FamFG die Zulassung der Beschwerde im Grundsatz unbedingt ausgesprochen werden muss, ist von einer wirksamen Zulassung der Beschwerde auszugehen. Denn die Zulassung der Beschwerde ist hier von einer sogenannten innerprozessualen Bedingung abhängig gemacht worden, was auch für Prozesshandlungen der Beteiligten als zulässig angesehen wird (Keidel/u.a./Sternal, FamFG, 17. Aufl., § 23 Rn. 35 m.w.N.). Da der Betroffene mittellos ist, ist die Staatskasse beschwerdebefugt (Keidel/u.a./Engelhardt, a.a.O., § 168 Rn. 36 m.w.N.).

2. In der Sache hat die Beschwerde in vollem Umfang Erfolg. Die dem vorläufigen Betreuer gem. §§ 1836 Abs. 1 BGB, 4, 5 VBVG zu bewilligende Vergütung war nach § 168 Abs. 1 Nr. 2 FamFG entsprechend der in der Beschwerdeschrift enthaltenen Berechnung auf 567,00 € festzusetzen.

a) Ob ein Berufsbetreuer im Einzelfall die Voraussetzungen für eine erhöhte Vergütung gemäß § 4 Abs. 1 Satz 2 VBVG erfüllt, unterliegt einer wertenden Betrachtungsweise des Tatrichters (BGH, B. v. 08.02.2012 – XII ZB 230/11 – FamRZ 2012, 631 Tn. 8). Zu der systematisch gleich aufgebauten Vorgängervorschrift des § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1, 2 BVormVG hat der Bundesgerichtshof (B. v. 23.07.2003 – XII ZB 87/03 – FamRZ 2003, 1653, Juris-Rn. 13 ff.) ausgeführt, dass die Vorschrift die Vergütungssteigerung an besondere, durch Ausbildung erworbene Kenntnisse knüpft, die für die konkrete Betreuung „nutzbar“ sind. Diese Kenntnisse müssen also nicht – im Sinne einer *conditio sine qua non* – für eine ordnungsgemäße Amtsführung des Betreuers erforderlich sein. Das Gesetz begnügt sich vielmehr mit der potentiellen Nützlichkeit dieser Fachkenntnisse; eine konkrete Nutzung des vom Betreuer vorgehaltenen Wissens wird nicht verlangt.

§ 1 Abs. 2 Satz 1 BVormVG und die Nachfolgevorschrift des § 4 Abs. 1 S. 1 VBVG normieren damit eine – widerlegbare – Vermutung, nach der besondere Kenntnisse des Betreuers, die für Betreuungen allgemein nutzbar sind, auch für die konkrete Betreuungen nutzbar sind. Diese Regelung wird man sinngemäß auch dann anwenden können, wenn ein Betreuer über Fachkenntnisse verfügt, die zwar nicht für alle Arten von Betreuung, wohl aber für bestimmte Aufgabenkreise allgemein nutzbar sind und deren Nutzbarkeit deshalb für die konkrete Betreuung vermutet wird, wenn die konkrete

Betreuung diesen Aufgabenkreis umfasst. Die Anwendung dieser Vorschriften setzt allerdings stets die vorrangige Feststellung der allgemeinen Nutzbarkeit dieser Fachkenntnisse voraus – sei es, dass dieses Erfordernis auf jedwede Art von Betreuungen, sei es, dass es nur auf Betreuungen mit bestimmten Aufgabenkreisen bezogen wird. Bei dieser in erster Linie dem Tatrichter obliegenden Beurteilung dürften strenge Maßstäbe anzulegen sein. So wird man dem Fachwissen eines Betriebswirtes keine allgemeine Betreuungsrelevanz beimessen können; auch dürfte es eher fernliegen, diesem Fachwissen eine allgemeine Nützlichkeit für den Aufgabenkreis der Aufenthaltsbestimmung zu attestieren (BGH, FamRZ 2003, 1653, Juris Rn. 14).

b) Nach diesen Grundsätzen steht dem Beteiligten Ziff. 1 hier lediglich die Basisvergütung von 27 € pro Stunde zu. In der letztgenannten Entscheidung hat der Bundesgerichtshof bereits ausgeführt, dass man dem Fachwissen eines Betriebswirtes für den Aufgabenkreis der Aufenthaltsbestimmung keine allgemeine Betreuungsrelevanz beimessen kann. Denn besondere Kenntnisse im Sinne von § 4 Abs. 1 Satz 2 VBVG sind Kenntnisse, die – bezogen auf ein bestimmtes Sachgebiet – über ein Grundwissen deutlich hinausgehen. Für die Führung einer Betreuung nutzbar sind Fachkenntnisse, die ihrer Art nach betreuungsrelevant sind und den Betreuer befähigen, seine Aufgaben zum Wohl des Betreuten besser und effektiver zu erfüllen und somit eine erhöhte Leistung zu erbringen. Nach Sinn und Zweck des § 4 Abs. 1 Satz 2 VBVG ist deshalb ein erhöhter Stundensatz nicht bereits gerechtfertigt, wenn die Ausbildung wegen ihrer Komplexität gleichsam am Rande auch die Vermittlung betreuungsrelevanter Kenntnisse zum Inhalt hat. Erforderlich ist vielmehr, dass die Ausbildung in ihrem Kernbereich hierauf ausgerichtet ist. Davon ist auszugehen, wenn ein erheblicher Teil der Ausbildung auf die Vermittlung solchen Wissens gerichtet und nach Inhalt und Umfang der Ausbildung sichergestellt ist, dass dieses über bloßes Grundwissen deutlich hinausgeht (BGH, B. v. 08.02.2012 – XII ZB 230/11 – FamRZ 2012, 631 Tn. 10). Bei einem BWL-Studium ist das für den Aufgabenbereich der Aufenthaltsbestimmung nicht der Fall.

Desgleichen liegt es fern, dem Kern des im BWL-Studium erworbenen Fachwissens eine allgemeine Nützlichkeit für den Aufgabenkreis der Gesundheitsfürsorge zu attestieren (Deinert/Lütgers, Die Vergütung des Betreuers, 6. Aufl., Rn. 569). Zu sehen ist dabei, dass der Beteiligte Ziff. 1 gerade nicht als Betreuer auch für die finanziellen Fragen bestellt wurde, die mit der Gesundheitsvorsorge und der Aufenthaltsbestimmung verbunden sein können, wie etwa den Abschluss von Heimverträgen, einer Krankenversicherung oder der Abrechnung ärztlicher Leistungen. Dass der Beteiligte Ziff. 1 abgesehen von seinem BWL-Studium über weitere Qualifikationen verfügte, die den Ansatz einer höheren Stundenvergütung rechtfertigen würden, wurde auch von diesem nicht vorgetragen. Nachdem die vorläufige Betreuung nicht auf den Aufgabenbereich der Vermögenssorge ausgedehnt wurde, kann eine höhere Vergütung entgegen der Ansicht des Beteiligten Ziff. 1 auch nicht damit begründet werden, dass bei einer Fortsetzung der Betreuung finanzielle Probleme zu lösen gewesen wären. Eine höhere Vergütung hätte gemäß § 4 Abs. 1 S. 2 VBVG erst nach einer Erweiterung der Betreuung auf den Aufgabenkreis der Vermögenssorge gewährt

werden können, da die zentralen, durch das BWL-Studium des Beteiligten Ziff. 1 erworbenen Kenntnisse lediglich für diesen Aufgabenkreis allgemein nutzbar sind.

3. Einer Kostenentscheidung bedurfte es nicht, da das vorliegende Beschwerdeverfahren nach § 131 Abs. 3 KostO gerichtsgebührenfrei ist und – mangels Gegner – die Erstattung außergerichtlicher Kosten nicht in Betracht kommt. Die Rechtsbeschwerde war nicht zuzulassen, § 70 Abs. 1, Abs. 2 FamFG, nachdem sich die zu klärenden Fragen im Wesentlichen im trichterlichen Bereich bewegen (BGH FamRZ 2003, 1653).

## **OLG Nürnberg, 08.05.2012, 12 U 2016/11**

### **BGB §§ 2333, 2337**

#### **1. Zur Entziehung des Pflichtteils wegen begangener schwerer Straftaten und verbüßten langjährigen Haftstrafen.**

**2. Verzeihung im Sinne von § 2337 BGB liegt vor, wenn der Erblasser durch sein Verhalten zum Ausdruck gebracht hat, dass er die durch den Pflichtteilsentziehungsgrund hervorgerufene Kränkung nicht mehr als solche empfindet und hieraus nichts mehr herleiten will. Hierzu reicht in der Regel aus, wenn in dem Verhältnis des Erblassers zu dem Abkömmling ein Wandel zur Normalität im Sinne eines Wiederauflebens der familiären Beziehungen stattgefunden hat. Verzeihung setzt dagegen weder eine Veröhnung noch ein inniges Verhältnis zwischen Erblasser und Abkömmling voraus.**

1. Der Kläger macht als einziger noch lebender Sohn (und somit gesetzlicher Alleinerbe) des am 18.06.2010 verstorbenen Erblassers Pflichtteilsansprüche geltend. Die Beklagte ist aufgrund notariellen Testaments vom 15.04.2010 Alleinerbin; in diesem Testament hat der Erblasser im Hinblick auf vom Kläger begangene Straftaten diesem den Pflichtteil entzogen. Zwischen den Parteien ist – neben Umfang und Wert des Nachlasses – streitig, ob Pflichtteilsentziehungsgründe vorlagen sowie ob das Recht zur Entziehung des Pflichtteils infolge Verzeihung des Erblassers erloschen ist. Der Kläger begehrt im Wege der Stufenklage Auskunft über den Umfang des Nachlasses sowie Zahlung des sich hieraus ergebenden Pflichtteils (in Höhe des hälftigen Nachlasswertes); zugleich hat er im Wege der bezifferten Teilklage – ausgehend von einem Mindestwert des Nachlasses von 200.000,00 € – die Zahlung eines Mindestpflichtteils von 100.000,00 € beantragt. Das Landgericht hat nach Beweisaufnahme mit Teilurteil vom 05.09.2011 die Beklagte zur Zahlung von 99.750,00 € nebst Zinsen sowie – in erster Stufe der erhobenen Stufenklage – zur Erteilung von Auskunft über den Umfang und Wert des Nachlasses verurteilt.

Hiergegen wendet sich die Berufung der Beklagten, die ihr erstinstanzliches Klageabweisungsbegehren weiterverfolgt.

2. Die Berufung der Beklagten hat keine konkreten Umstände aufgezeigt, welche Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der entscheidungserheblichen landgerichtlichen

Tatsachenfeststellungen begründen könnten (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO). Es ist deshalb von dem im angefochtenen Urteil dargelegten Sachverhalt auszugehen.

3. Die Berufung der Beklagten trägt auch sonst keine Umstände dafür vor, dass die erstinstanzliche Entscheidung auf einer Rechtsverletzung beruht, diese also eine Abänderung des Ersturteils rechtfertigen würde (§§ 513 Abs. 1, 546 ZPO).

4. Soweit die Berufung rügt, das Landgericht hätte nicht im Rahmen einer Teilklage entscheiden dürfen, ist dies aus prozessualen Gründen nicht zu beanstanden (zur materiellen Berechtigung der insoweit ausgesprochenen Zahlungsverpflichtung der Beklagten siehe unten 7). Insbesondere liegt kein unzulässiges Teilurteil i.S.d. §§ 307, 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 ZPO vor. Vielmehr handelt es sich um die zulässige Verbindung einer bezifferten Teilklage (Zahlungsantrag) mit einer unbezifferten Stufenklage. Macht der Kläger im Rahmen einer Stufenklage einen Mindestbetrag geltend, weil er die Klageforderung insofern beziffern und begründen zu können meint, ohne auf eine Auskunft des Beklagten angewiesen zu sein, liegt (nur) wegen des darüber hinausgehenden Klagebegehrens eine Stufenklage, im übrigen eine zulässige bezifferte Teilklage vor (vgl. BGH, Urteil vom 25.09.2002 – XII ZR 55/00, NJW-RR 2003, 68).

5. Die Berufung wendet sich nicht gegen die Bewertung des Landgerichts, der Kläger sei als durch Verfügung von Todes wegen von der Erbfolge ausgeschlossener Abkömmling des Erblassers grundsätzlich pflichtteilsberechtigt. Dies entspricht auch der Regelung des § 2303 Abs. 1 Satz 1 BGB. Da der Kläger als einzig noch lebendes Kind des Erblassers im Falle gesetzlicher Erbfolge dessen Alleinerbe wäre (§§ 1923 Abs. 1, 1924 Abs. 1 BGB), steht dem Kläger grundsätzlich ein Pflichtteil in Höhe der Hälfte des Nachlasswertes zu, § 2303 Abs. 1 Satz 2 BGB.

6. Das Landgericht hat offen gelassen, ob auf Seiten des Erblassers ein Recht zur Entziehung des Pflichtteils (§ 2333 BGB) bestand; jedenfalls sei ein Recht zur Entziehung des Pflichtteils wegen einer Verzeihung durch den Erblasser gemäß § 2337 BGB erloschen. Dies rügt die Berufung als rechtsfehlerhaft; insbesondere habe das Landgericht den Begriff der Verzeihung verkannt.

a) Die gesetzlichen Regelungen der Pflichtteilsentziehung wurden durch Gesetz vom 24.09.2009 (BGBl. 2009 Teil I Seite 3142) mit Wirkung zum 01.01.2010 geändert.

aa) Die bis zum 31.12.2009 geltenden Vorschriften (BGB a.F.) lauteten:

#### **§ 2333 Entziehung des Pflichtteils eines Abkömmlings**

Der Erblasser kann einem Abkömmling den Pflichtteil entziehen:

1. wenn der Abkömmling dem Erblasser, dem Ehegatten oder einem anderen Abkömmling des Erblassers nach dem Leben trachtet,
2. wenn der Abkömmling sich einer vorsätzlichen körperlichen Misshandlung des Erblassers oder des Ehegatten des Erblassers schuldig macht, im Falle der Misshandlung des Ehegatten jedoch nur, wenn der Abkömmling von diesem abstammt,
3. wenn der Abkömmling sich eines Verbrechens oder eines schweren vorsätzlichen Vergehens gegen den Erblasser oder dessen Ehegatten schuldig macht,

4. wenn der Abkömmling die ihm dem Erblasser gegenüber gesetzlich obliegende Unterhaltspflicht böswillig verletzt,
5. wenn der Abkömmling einen ehrlosen oder unsittlichen Lebenswandel wider den Willen des Erblassers führt.

#### § 2336 Form, Beweislast, Unwirksamwerden

- (1) Die Entziehung des Pflichtteils erfolgt durch letztwillige Verfügung.
- (2) Der Grund der Entziehung muss zur Zeit der Errichtung bestehen und in der Verfügung angegeben werden.
- (3) Der Beweis des Grundes liegt demjenigen ob, welcher die Entziehung geltend macht.
- (4) Im Falle des § 2333 Nr. 5 ist die Entziehung unwirksam, wenn sich der Abkömmling zur Zeit des Erbfalls von dem ehrlosen oder unsittlichen Lebenswandel dauernd abgewendet hat.

#### § 2337 Verzeihung

Das Recht zur Entziehung des Pflichtteils erlischt durch Verzeihung. Eine Verfügung, durch die der Erblasser die Entziehung angeordnet hat, wird durch die Verzeihung unwirksam.

bb) Das nunmehr geltende Recht (BGB n.F.) lautet:

#### § 2333 Entziehung des Pflichtteils eines Abkömmlings

- (1) Der Erblasser kann einem Abkömmling den Pflichtteil entziehen, wenn der Abkömmling
  1. dem Erblasser, dem Ehegatten des Erblassers, einem anderen Abkömmling oder einer dem Erblasser ähnlich nahe stehenden Person nach dem Leben trachtet,
  2. sich eines Verbrechens oder eines schweren vorsätzlichen Vergehens gegen eine der in Nummer 1 bezeichneten Personen schuldig macht,
  3. die ihm dem Erblasser gegenüber gesetzlich obliegende Unterhaltspflicht böswillig verletzt oder
  4. wegen einer vorsätzlichen Straftat zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr ohne Bewährung rechtskräftig verurteilt wird und die Teilhabe des Abkömmlings am Nachlass deshalb für den Erblasser unzumutbar ist. Gleiches gilt, wenn die Unterbringung des Abkömmlings in einem psychiatrischen Krankenhaus oder in einer Entziehungsanstalt wegen einer ähnlich schwerwiegenden vorsätzlichen Tat rechtskräftig angeordnet wird.
- (2) Absatz 1 gilt entsprechend für die Entziehung des Eltern- oder Ehegattenpflichtteils.

#### § 2336 Form, Beweislast, Unwirksamwerden

- (1) Die Entziehung des Pflichtteils erfolgt durch letztwillige Verfügung.
- (2) Der Grund der Entziehung muss zur Zeit der Errichtung bestehen und in der Verfügung angegeben werden. Für eine Entziehung nach § 2333 Absatz 1 Nummer 4 muss zur Zeit der Errichtung die Tat begangen sein und der Grund für die Unzumutbarkeit vorliegen; beides muss in der Verfügung angegeben werden.
- (3) Der Beweis des Grundes liegt demjenigen ob, welcher die Entziehung geltend macht.

#### § 2337 Verzeihung

Das Recht zur Entziehung des Pflichtteils erlischt durch Verzeihung. Eine Verfügung, durch die der Erblasser die Entziehung angeordnet hat, wird durch die Verzeihung unwirksam.

b) Es erscheint zwar naheliegend, die vom Kläger begangenen Straftaten und verbüßten Haftstrafen als Entziehungsgrund i.S.d. § 2333 Nr. 5 BGB a.F. („ehrloser und unsittlicher Lebenswandel“) bzw. als Entziehungsgrund i.S.d. § 2333 Abs. 1 Nr. 4 Satz 1 BGB n.F. („Unzumutbarkeit der Teilha-

be des Abkömmlings am Nachlass wegen rechtskräftiger Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr ohne Bewährung wegen einer vorsätzlichen Straftat“) zu qualifizieren (wobei der Senat offen lässt, ob diese Umstände entsprechend § 2336 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 2 BGB n.F. hinreichend konkret in der letztwilligen Verfügung des Erblassers angegeben waren; vgl. insoweit OLG Dresden ZEV 1999, 274; OLG Hamm NJW-RR 2007, 1235; Lange in: MünchKomm-BGB, 5. Aufl. § 2336 Rn. 8ff.). Allerdings würde eine wirksame Pflichtteilsentziehung weiter voraussetzen, dass der Entziehungsgrund zur Zeit der Entziehung (hier: der Testamentserrichtung vom 15.04.2010) noch besteht, § 2336 Abs. 1 und 2 BGB. Insbesondere müsste noch zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung von einer Fortdauer des ehrlosen oder unsittlichen Lebenswandels auszugehen sein, was bei einem dauernden Abwenden des Abkömmlings hiervon nicht mehr der Fall wäre (§ 2336 Abs. 4 BGB a.F.), alternativ müsste noch bei Testamentserrichtung der Grund für die Unzumutbarkeit der Teilhabe des Abkömmlings am Nachlass zu bejahen sein und dies weiter – hinreichend konkret – in der letztwilligen Verfügung angegeben sein (§ 2336 Abs. 2 Satz 2 BGB n.F.). Ob diese Voraussetzungen im Streitfall zutreffen, scheint dem Senat fraglich, kann indes dahinstehen.

c) Jedenfalls hat das Landgericht zutreffend angenommen, dass ein etwaiges Pflichtteilsentziehungsrecht des Erblassers durch Verzeihung gemäß § 2337 Satz 1 BGB erloschen wäre.

aa) Eine Verzeihung liegt vor, wenn der Erblasser durch sein Verhalten zum Ausdruck bringt, dass er die durch den jeweiligen Pflichtteilsentziehungsgrund hervorgerufene Kränkung nicht mehr als solche empfindet. Die Verzeihung ist somit der nach außen kundgemachte Entschluss des Erblassers, aus den erfahrenen Kränkungen bzw. dem schweren Fehlverhalten nichts mehr herleiten und darüber hinweggehen zu wollen. Die Verzeihung ist keine rechtsgeschäftliche Erklärung, die gegenüber demjenigen, dem verziehen wird, abgegeben werden müsste, sondern ein unwiderrufliches tatsächliches Verhalten; sie kann insbesondere auch durch schlüssige Handlungen gezeigt werden. Es ist auch nicht erforderlich, dass der Erblasser sich der mit der Verzeihung eintretenden Unwirksamkeit der Pflichtteilsentziehung bewusst ist; ausreichend ist, dass er den moralischen Gehalt seines Verhaltens begreift (BGH, Urteil vom 07.06.1961 – V ZR 18/60, MDR 1961, 840; Urteil vom 18.12.1964 – V ZR 207/62, MDR 1965, 287; Urteil vom 01.03.1974 – IV ZR 58/72, MDR 1974, 742; Urteil vom 23.05.1984 – IVa ZR 229/82, BGHZ 91, 273; OLG Frankfurt, Urteil vom 22.09.1993 – 17 U 43/92, juris; OLG Köln MDR 1997, 66; OLG Köln ZEV 1998, 144; OLG Hamm NJW-RR 2007, 1235; Palandt/Weidlich, BGB 71. Aufl. § 2337 Rn. 1; Lange in: MünchKomm-BGB, 5. Aufl. § 2337 Rn. 1ff., 7; Olschhausen in: Staudinger, BGB Neubearbeitung 2006 § 2137 Rn. 1ff.). Zur Verzeihung im Rechtssinne ist nur der Wegfall der Kränkungsempfindung des Erblassers, nicht auch eine darüber hinausgehende Versöhnung oder gar Innigkeit im Verhältnis zwischen Kränker und Gekränktem erforderlich. Allerdings kann für eine Verzeihung der Wegfall des Kränkungsempfindens dann möglicherweise nicht ausreichen, wenn sich der Gekränkte vom Kränkenden – etwa sogar infolge einer durch die Kränkung in Gang gesetzten Entfrem-

dung – innerlich völlig gelöst hat, wenn also Gleichgültigkeit eingetreten ist; umgekehrt schließt sogar ein in gewissem Umfang noch bestehendes Bewusstsein der früheren Kränkung – „vergeben, aber nicht vergessen“ – eine Verzeihung nicht notwendig aus (BGH, Urteil vom 07.06.1961 a.a.O.; Urteil vom 23.05.1984 a.a.O.; OLG Frankfurt, Urteil vom 22.09.1993 a.a.O.; OLG Köln ZEV 1998, 144; Palandt/Weidlich a.a.O. § 2337 Rn. 1; Lange in: MünchKomm-BGB, 5. Aufl. § 2337 Rn. 1; vgl. Olshausen in: Staudinger a.a.O. § 2337 Rn. 19ff.). Für eine Verzeihung ist es in der Regel ausreichend, wenn in dem Verhältnis des späteren Erblassers zu dem Abkömmling ein Wandel zur Normalität im Sinne eines Wiederauflebens der familiären Beziehungen stattgefunden hat (OLG Frankfurt, Urteil vom 22.09.1993 a.a.O.). Hierbei wird die Verzeihung oft erst den Abschluss eines länger dauernden Entwicklungsprozesses bilden, bei dem der Erblasser zunehmende Versöhnungsbereitschaft erkennen lässt (Lange in: MünchKomm-BGB, 5. Aufl. § 2337 Rn. 3).

bb) Die Frage, ob der Erblasser durch sein nach außen hin kundgemachtes Verhalten die Kränkung seitens des Klägers überwunden und sich entschlossen hat, aus dem schweren Fehlverhalten des Klägers nichts mehr herleiten und darüber hinweggehen zu wollen, ist unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalles zu klären.

cc) Die Berufung rügt zwar im Ansatz zutreffend, dass das Landgericht im Rahmen seiner entsprechenden Abwägung den Umstand nicht ausreichend berücksichtigt hat, dass der Erblasser noch mit notariellem Testament vom 15.04.2010 im Hinblick auf die vom Kläger begangenen Straftaten und verbüßten Haftstrafen eine Unzumutbarkeit von dessen Nachlassteilhabe gesehen hat. Dies stellt ein gravierendes Indiz dafür dar, dass der Erblasser die ihm vom Kläger zugefügten Kränkungen noch nicht überwunden hatte. Allerdings scheidet eine Verzeihung nicht bereits aus diesem Grund aus. Nach der zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung geltenden (und deshalb insoweit maßgeblichen) Regelung des § 2336 Abs. 2 BGB n.F. muss – als Wirksamkeitsvoraussetzung einer Pflichtteilsentziehung – zum Zeitpunkt der diese beinhaltenden Testamentserrichtung sowohl der Pflichtteilsentziehungsgrund (§ 2333 Abs. 1 Nr. 4 Satz 1 BGB n.F.) noch bestehen (§ 2336 Abs. 2 Satz 1 BGB n.F.) als auch der Grund für die Unzumutbarkeit der Nachlassteilhabe noch vorliegen (§ 2336 Abs. 2 Satz 2 BGB n.F.). Dies setzt voraus, dass nicht bereits zuvor das entsprechende Pflichtteilsentziehungsrecht durch Verzeihung erloschen war (§ 2337 Satz 1 BGB). Hat der Erblasser dem Pflichtteilsberechtigten eine Tat verziehen, so erlischt sein Recht der Pflichtteilsentziehung und kann später nicht wieder aufleben (Lange in: MünchKomm-BGB, 5. Aufl. § 2337 Rn. 8). Die Verzeihung schließt es damit aus, dass der Erblasser später auf den verziehenen Grund eine Pflichtteilsentziehung stützen kann, das Entziehungsrecht ist durch die Verzeihung erloschen. Die Verzeihung setzt also zwar die Verfehlung, nicht aber eine bereits erfolgte Entziehungsverfügung voraus (Olshausen in: Staudinger a.a.O. § 2337 Rn. 16).

dd) Das Landgericht hat zur Ermittlung weiterer für eine mögliche Verzeihung maßgeblicher Umstände eine Beweisaufnahme durchgeführt. Hierbei hat es eine Reihe von indiziell für eine Verzeihung sprechenden Gesichtspunkten

festgestellt, die als solche von der Berufung nicht bestritten werden. Hierzu gehören insbesondere der vom Erblasser mit dem Kläger während dessen Inhaftierung geführte Briefverkehr mit den vom Erblasser hierbei getätigten Äußerungen, der Kontakt des Erblassers mit dem Kläger während dessen Aufenthalt in Hirschau unmittelbar nach dessen Haftentlassung 1995 sowie erneut – nach Diagnose der schweren Erkrankung des Klägers 2002 und den sich anschließenden Klinik- und Rehaaufenthalt – in den Jahren bis 2005 sowie die durch wechselseitige Krankenbesuche gezeigte gegenseitige Sorge während der jeweiligen Krankheiten. Das Landgericht ging weiter zutreffend davon aus, dass die von der Zeugin bekundete Äußerung des Erblassers, den Kläger testamentarisch bedenken zu wollen (durch Vorzeigen eines Testaments, in welchem dem Kläger Zahlungsansprüche eingeräumt wurden, falls der dort eingesetzte Alleinerbe etwas aus dem Nachlass verkaufen sollte) indiziell für eine Verzeihung spricht (vgl. OLG Hamm MDR 1997, 844; OLG Köln ZEV 1998, 144). Auch der in der Beweisaufnahme durch entsprechende Äußerungen der Zeugen [...] bestätigte Plan des Erblassers, in H... ein (zuvor von der im Januar 2008 verstorbenen M... bewohntes) Anwesen für den Kläger zu erwerben, um diesen hiermit zum Umzug nach H... zu veranlassen, spricht indiziell für eine Verzeihung; dieser Plan zeigt die Bereitschaft des Erblassers, dem Kläger – seinem Sohn – nicht unerhebliche und dauerhafte Vermögenswerte zukommen zu lassen.

ee) Die Bewertung des Landgerichts, aus einer Zusammenschau der vorbezeichneten Umstände sei der Nachweis einer Verzeihung auf Seiten des Erblassers geführt, wird vom Senat geteilt. Die hiergegen erhobenen Einwendungen der Berufung führen zu keiner anderen Beurteilung. Zwar kann nicht allein aus den vom Erblasser im Briefverkehr mit dem Kläger verwendeten Grußformeln auf eine Verzeihung geschlossen werden; auch der gegenseitige Besuch bzw. Kontakt bei lebensgefährlichen Erkrankungen (Herzinfarkt des Erblassers 1996; Krebserkrankung des Klägers 2002) für sich kann allein dem Anstand geschuldet sein und noch keine Verzeihung begründen. In ihrer Gesamtschau begründen die oben genannten Umstände indes durchaus ein nach außen hin kundgemachtes Verhalten des Erblassers, aus dem schweren Fehlverhalten des Klägers nichts mehr herleiten und darüber hinweggehen zu wollen. Insbesondere liegt nicht nur eine von der Berufung lediglich gesehene Verzeihungsbereitschaft (Seite 4 der Berufungsbegründung) oder Versöhnung ohne Verzeihung vor. Der Erblasser hat nämlich eine Verzeihung nicht lediglich in Aussicht gestellt, sondern durch oben genannte Umstände bereits kundgetan. Die Gesamtschau unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalles zeigt, dass im Verhältnis des Erblassers zum Kläger ein Wandel zur „Normalität“ im Sinne eines Wiederauflebens der familiären Beziehungen stattgefunden hat (wie etwa auch durch die vorgelegten Fotografien von Weihnachten 1994 und von 1995 belegt wird), was regelmäßig für eine Verzeihung ausreichend ist (siehe oben 5 c aa). Der Erblasser hat hierbei nicht zum Ausdruck gebracht, dass die von ihm gewünschte und getätigte Annäherung an seinen Sohn, die Wiederherstellung familiärer Beziehungen, die angebotene finanzielle Unterstützung (durch Erwerb eines Hauses) sowie der moralische Beistand im Krankheitsfall, dass alle diese guten Taten nicht als Verzeihung gewertet werden sollen, sondern

lediglich als von Versöhnung getragene Bereitschaft hierzu (vgl. zur Abgrenzung: Olshausen in: Staudinger a.a.O. § 2337 Rn. 19ff., 21, 22). Vielmehr stellen die vorgenannten Handlungen auch nach Bewertung des Senats eine durch schlüssige Handlungen gezeigte Verzeihung dar.

d) Da mithin ein etwaiges Pflichtteilsentziehungsrecht des Erblassers infolge Verzeihung erloschen war und

nicht mehr bestand, steht dem Kläger der geltend gemachte Pflichtteilsanspruch dem Grunde nach zu. Der Umstand, dass beim Erblasser anscheinend im Zuge der Testamenterrichtung 2010 eine Meinungsänderung eingetreten ist, konnte ein erneutes Pflichtteilsentziehungsrecht nicht begründen, da dieses infolge Verzeihung bereits erloschen war, § 2337 Satz 1 BGB (siehe oben 6 c cc). [...]

## Buchbesprechungen

**Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts. Band 1, BGB-Gesellschaft, Offene Handelsgesellschaft, Partnerschaftsgesellschaft, Partenreederei, EWIV, 2233 Seiten, 145 €. Band 2, Kommanditgesellschaft, GmbH & Co. KG, Publikums-KG, Stille Gesellschaft, 2188 Seiten. Beide Bände herausgegeben von Prof. Dr. Hans Gummert und Prof. Dr. Lutz Weipert, Verlag C.H. Beck, München, 2009, jeweils 3., neubearbeitete Aufl. 2009, je 145 €.**

Das Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts ist ein umfassendes Standardwerk, das in sechs Bänden zuverlässig über alle Stadien im Leben der einzelnen Gesellschaftsformen informiert – von der Gründung bis zur Beendigung. Die vorliegenden Bände 1 und 2 bieten eine fundierte und übersichtliche, an den Fragen und Informationsansprüchen der gehobenen Praxis orientierte Darstellung des gesamten Rechts der Personengesellschaften. Die Neuauflagen erfolgen aufgrund der schon fast hektisch anmutenden gesetzgeberischen Tätigkeit in den vergangenen Jahren. Gegliedert sind die beiden Bände im Wesentlichen in die Kapitel Entwicklung, Bedeutung und Erscheinungsform der Gesellschaft, rechtliche Grundlagen, Geschäftsführung und Vertretung, Eintritt und Ausscheiden sowie Tod eines Gesellschafters, Vermögen der Gesellschaft, Rechtsbeziehungen der Gesellschaft zu Dritten, Auflösung, Liquidation und Insolvenz der Gesellschaft und schließlich das Kapitel Fehlerhafte Gesellschaft. Die einzelnen Beiträge enthalten eine große Dichte an präziser Information; für Weiterführendes wird auf umfangreiche Literatur verwiesen. Die durch die Gesetzesänderungen eingetretenen Veränderungen sind gebührend berücksichtigt, ebenso die Rechnungslegung, das Konzern- und Steuerrecht. Die umfassenden Sachregister ermöglichen einen schnellen Einstieg in die gesuchte Problematik.

Zu Recht haben die Autoren prinzipielle gesellschaftsrechtliche Bedenken gegen die Anerkennung eines besonderen Gesellschaftstyps „GbR mbH“ (Bd. 1 § 18 Rn. 99). Mit der h. M. wird davon ausgegangen, dass ein Gesellschaftsvertrag, dessen Zweck der Erwerb von Grundbesitz generell ist, nicht aus diesem Grunde beurkundet werden muss (Bd. 1 § 10 Rn. 10). Bedeutung erlangt haben die Ausführungen (Bd. 1 § 11 Rn. 49) zur Grundbuchberichtigung bei Änderungen im Gesellschafterbestand einer GbR, nachdem der Gesetzgeber in § 47 Abs. 2 die Rechtslage neu geregelt hat. Bei der GbR und der offenen Handelsgesellschaft erhält der Rechtsanwender ausführliche Erläuterungen, welche Form- und Genehmigungserfordernisse für den Abschluss des Gesell-

schaftsvertrags und deren Änderung zu beachten sind (Bd. 1 § 5 Rn. 51 ff.; § 47 Rn. 75 ff.). Ein umfangreiches Kapitel widmet sich den fehlerhaften Gesellschaften anlässlich von Gründung und Änderungen (Bd. 1 6. Teil). Praxisnah sind auch Ausführungen zur Belastung von Gesellschaftsanteilen mit Nießbrauch und Pfandrecht bei einer OHG (Bd. 1 § 66). Für Notare besonders interessant ist die Darstellung der gesellschaftsvertraglichen Gestaltungen im Hinblick auf den Tod des Gesellschafters (Bd. 1 § 79). Auch zu der supranationalen Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung erhält der Leser erschöpfende Auskünfte (Bd. 1 §§ 94 – 99). Im Band 2 wird die gesetzestypische Kommanditgesellschaft nach dem auch in Band 1 bewährten Schema dargestellt, danach auf ungefähr 400 Seiten die GmbH & Co. KG behandelt. Auch die Publikums-KG mit ihrem Sonderrecht und der Initiatoren-, Gründer- und Vermittlerverantwortlichkeit ist ausführlich behandelt. Umfangreich (ca. 300 Seiten) sind Erläuterungen zur Stillen Gesellschaft.

Die beiden Bände sind sichere und zuverlässige Ratgeber bei der Bearbeitung von Rechtsangelegenheiten der Personengesellschaften. Man spürt, dass die Mitwirkung von Wissenschaft und Praxis dem Nutzer einen durchgängigen Praxisbezug und eine ausgezeichnete Orientierung bietet.

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

**Müller/Renner: Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügung, 3. Auflage, ZAP Verlag, ZNotP Schriften für die Notarpraxis, ca. 445 Seiten, kartoniert, mit CD-Rom, 58 €:**

Rund drei Jahre nach der überaus erfolgreichen 2. Auflage ist die Folgeauflage mit nennenswert gewachsenem Umfang anzuzeigen.

Das Buch gliedert sich bewährt in vier Teile:

Teil 1 ist dem Betreuungsrecht gewidmet, Teil 2 den Vorsorgeverfügungen, Teil 3 den Sonderfragen (insbesondere Internationales Privatrecht und Betreuung und Vorsorgevollmacht; Vorsorgevollmacht des Unternehmers), Teil 4 enthält Formulierungsmuster. Abgerundet wird das Werk unter anderem mit einem Anhang zum Vorsorgeregister (einschl. der Gebührensatzung).



Von großer praktischer Relevanz sind die Ausführungen im ersten Teil zu den gerichtlichen Genehmigungserfordernissen. Die durch das FamFG nötig gewordenen Änderungen sind zuverlässig eingearbeitet. In Rn. 149 weist die Autorin darauf hin, dass nach wie vor umstritten ist, ob der geschäftsfähige Betreute den Betreuer im Rahmen des ihm übertragenen Aufgabenkreises dahingehend bevollmächtigen kann, dass dieser Rechtsgeschäfte, die unter die §§ 1821, 1822 BGB fallen, ohne Genehmigung des Betreuungsgerichts vornehmen kann. Dafür spreche vor allem der Schutz des Rechtsverkehrs, der regelmäßig nicht wissen könne, ob der Bevollmächtigte zugleich Betreuer des Betroffenen sei. Unabhängig davon, wie man die Rechtsfrage entscheide, könne ein vom Betreuer als gesetzlicher Vertreter abgeschlossener Vertrag aber in jedem Fall nicht vom geschäftsfähigen Betreuten mit der Folge genehmigt werden, dass die betreuungsgerichtliche Genehmigungsbedürftigkeit des Rechtsgeschäfts entfalle.

Teil 2 des Buches, überschrieben mit Vorsorgeverfügungen, beschäftigt sich etwa mit der Frage, welche Vollmachten die Bank anerkennen muss. In Rn. 345 differenziert der Autor dahingehend, dass rein privatschriftliche Vollmachten von der Bank grundsätzlich nicht anerkannt werden müssten. Die Risiken seien hier einfach zu groß. Dies schließe nicht aus, dass die Bank im Einzelfall gleichwohl eine privatschriftliche Vollmacht anerkenne.

Anders sei die Situation bei notariell beglaubigten Vollmachten. Hier sei die Identität des Vollmachtgebers von einer neutralen Person geprüft worden. Aus Sicht des Autors müsse die Bank daher grundsätzlich eine unterschriftsbeglaubigte Vollmacht anerkennen. Allerdings sei hierbei zu berücksichtigen, dass den Notar bei Unterschriftsbeglaubigungen nach ganz herrschender Meinung keine Pflicht zur Prüfung der Geschäftsfähigkeit treffe.

Die zuletzt geschilderte Problematik stelle sich bei notariell beurkundeten Vollmachten nicht, da § 11 BeurkG den Notar verpflichte, die Geschäftsfähigkeit zu prüfen. Die Bank müsse deshalb eine notariell beurkundete Vollmacht regelmäßig anerkennen.

Diese Ausführungen überzeugen. Sie sind rechtlich an jeder Stelle haltbar und mit der Lebenswirklichkeit in Übereinstimmung.

Ganz vorzüglich und ausnahmslos aktuell sind die Ausführungen zur Patientenverfügung. Nach der Einleitung und der Geschichte zur gesetzlichen Neuregelung werden die Grundgedanken der nunmehrigen gesetzlichen Regelung dargelegt. Mit kritischen Überlegungen zur gesetzlichen Regelung, etwa, welche Rechtsqualität eine Patientenverfü-

gung hat, widmet sich der Autor aktuellen Problemen. Die Einordnung des Rechts der Patientenverfügung in das Betreuungsrecht bezeichnet der Autor als „Geburtsfehler“ des Gesetzes. Im Zusammenhang mit der Beantwortung der Frage der Rechtsqualität einer Patientenverfügung treten Probleme vor allem dann auf, wenn es keinen Betreuer bzw. Bevollmächtigten gibt. Der grundlegende Fehler des Gesetzes, der nicht nur zu Fragen, sondern auch zu Rechtsunsicherheiten führen würde, ist nach Auffassung des Autors die bereits erwähnte Ansiedlung im Betreuungsrecht. Wie selbstverständlich gehe das Gesetz mithin davon aus, dass der Betroffene einen Betreuer bzw. Bevollmächtigten habe. Was aber sei, wenn es keinen Betreuer und keinen Bevollmächtigten, jedoch eine klare, eindeutige, situationsbezogene und somit qualifizierte Patientenverfügung gäbe.

Anhand eines Beispielsfalls wird vom Autor auch die vorstehend aufgeworfene Frage einer abschließenden Beantwortung zugeführt. Abweichende Rechtsauffassungen, ebenfalls ausnahmslos aktuell, sind umfangreich aufgeführt.

Aber selbst vermeintlich exotische Zusammenhänge, wie etwa die Frage, wann den Notar die Pflichten nach dem Geldwäschegesetz im Zusammenhang mit der Errichtung einer Vollmacht treffen, werden einer Beantwortung zugeführt.

Die Liste der Beispiele, die dem Leser fundierte Antworten auf die einschlägigen Fragen geben, ließe sich hinsichtlich im Grunde aller aktuellen Fragen und Problempunkte erweitern.

Die Qualität des Buches speist sich ganz wesentlich aus dem Umstand, dass sich mit dem Autorenteam, Rechtsanwältin Dr. Gabriele Müller, Referatsleiterin für Erb- und Familienrecht am Deutschen Notarinstitut, Würzburg, und Dr. Thomas Renner, Notar in Erfurt, zwei ausgewiesene Praktiker den zu beantwortenden Fragen und Probleme annehmen, ohne die hinlänglich bekannten wissenschaftlichen Fähigkeiten zurücktreten zu lassen.

Fazit: ein Muss. Exakt nach Maßgabe des Buchtitels, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis, beantwortet dieses Buch alle damit zusammenhängenden Fragen unter Berücksichtigung des derzeitigen Meinungsstandes. Untermuert wird das jeweilige Ergebnis mit einschlägigen wissenschaftlichen Nachweisen, ohne die Balance im Verhältnis Theorie und Praxis aus den Augen zu verlieren. Das gefällt. Die Formulierungsbeispiele und Formulierungsmuster, allesamt auf dem beigelegten Datenträger, ermöglichen mühelos die Einbindung der gewonnenen Erkenntnisse in den eigenen Datenbestand.

Achim Brenner, Notar,  
Schwäbisch Gmünd

---

**Impressum**

Herausgeber: Württembergischer Notarverein e. V., Stuttgart in Verbindung mit dem Badischen Notarverein e. V., Karlsruhe. Schriftleiter: Notarvertreter Stefan Mattes, Franckstraße 20, 71665 Vaihingen/Enz (Tel. 07042/9742122), verantwortlich für den Gesamtbereich ohne Sparte Rechtsprechung und Notar Dr. Oliver Fröhler, Tumringer Str. 186, 79539 Lörrach (Tel. 07621/9867711), verantwortlich für Sparte Rechtsprechung. Die 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: Gaiser Print Media GmbH, Im Spagen 5, 73527 Schwäbisch Gmünd (Tel. 07171/9702-0, Fax 07171/9702-30).



