

BWNotZ

Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg

Herausgeber

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

Kronenstraße 34
70174 Stuttgart

Schriftleitung

Notarvertreter im Landesdienst
Stefan Mattes, Filderstadt

Notar Dr. Oliver Fröhler,
Notariatsdirektor, Lörrach

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

2/2013

April

Seiten 33-64

Inhalt

Abhandlungen

Dieckmann

*Zur Neuregelung des § 1906 BGB und
den Auswirkungen auf die notarielle Praxis*

..... 34

Böhringer

*Neues von der Wiederverwendung/
Erweiterung einer Vormerkung*

..... 47

Rechtsprechung 51

Aktuelles aus dem Steuerrecht

(Mensch) 59



**Auch Sie können
den Kindern helfen!**

Ein Vermächtnis für das Leben

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

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

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

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

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

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

Hilfe gibt Hoffnung – Hoffnung ist Hilfe!

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

Inhaltsverzeichnis

Abhandlungen

- 1. Dr. Johann Andreas Dieckmann, Notar, Freiburg im Breisgau** **34**
 Zur Neuregelung des § 1906 BGB und den Auswirkungen auf die notarielle Praxis
- 2. Prof. Walter Böhringer, Notar a.D., Heidenheim/Brenz** **47**
 Neues von der Wiederverwendung/Erweiterung einer Vormerkung

Rechtsprechung

- 1. Erbrecht**
- OLG Stuttgart, 10.01.2013, 8 W 13/13)** **51**
 Zur Höhe der Vergütung des Nachlasspflegers **mit Anmerkung Thomas Lauk, Heilbronn**
- 2. Grundstücksrecht**
- BGH, 22.06.2012, V ZR 190/11** **58**
 Bestellung einer UG (haftungsbeschränkt) zur Verwalterin einer Wohnungseigentümergeinschaft **mit Anmerkung Timo Lutz, Leonberg**
- Aktuelles aus dem Steuerrecht (Mensch)** **59**

Impressum

Herausgeber: Württembergischer Notarverein e. V., Stuttgart in Verbindung mit dem Badischen Notarverein e. V., Karlsruhe. Schriftleiter: Notarvertreter Stefan Mattes, Georgstraße 5, 70794 Filderstadt-Bonlanden (Tel. 0711/778960), verantwortlich für den Gesamtbereich ohne Sparte Rechtsprechung und Notar Dr. Oliver Fröhler, Tumringer Str. 186, 79539 Lörrach (Tel. 07621/9867711), verantwortlich für Sparte Rechtsprechung. Die BWNtZ erscheint jährlich sechsmal. Bestellungen und Anzeigenwünsche sind an die Geschäftsstelle des Württ. Notarvereins e.V. in 70174 Stuttgart, Kronenstraße 34 (Tel. 0711/2237951, Fax 0711/2237956, E-Mail: wuertt.NotV@t-online.de) zu richten.

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

Abbestellungen müssen 6 Wochen vor Ende eines Kalenderjahres erfolgen.

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

Zur Neuregelung von § 1906 BGB durch das Gesetz vom 18.02.2013 und zu den Auswirkungen auf die notarielle Praxis

Dr. Johann Andreas Dieckmann, MSt. (Oxford); Notar in Freiburg im Breisgau.

I. Einleitung	35	1) Materiellrechtliche Neuerungen im Bürgerlichen Gesetzbuch	41
§ 1 Einleitung	35	2) Verfahrensrechtliche Neuerungen durch Änderungen im FamFG	42
II. Das Gesetz in Wortlaut und Entstehung	35	3) Kurze Würdigung	42
§ 2 Der Wortlaut der alten und neuen gesetzlichen Regelungen	35	a) Rechtsklarheit und Rechtssicherheit (trotz sprachlicher und redaktioneller Mängel)	42
§ 3 [Richter-] Recht im Wandel, oder: Zur Entstehungsgeschichte des Gesetzes	37	b) Zweifel an der Notwendigkeit der Kontrolle durch fünf Personen	43
1) Richterrecht: § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB a.F. deckt Einwilligung in und Durchsetzung von Zwangsmaßnahmen durch den Betreuer (bei Unterbringung)	37	c) Kehrseite der verfahrensrechtlichen Anforderungen: Eingriffsverstärkung durch weiteres Eindringen des Staates in den gesundheitlichen Privatbereich	43
a) Berechtigung des Betreuers zu Einwilligung und zu ihrer zwangsweisen Durchsetzung sowie Genehmigungsbedürftigkeit	37	IV. Die Regelungen in § 1906 BGB n.F. für den Bevollmächtigten	43
b) Literatur und Rechtsprechung	37	§ 5 Zur Systematik der Erweiterung der Regeln für einen Bevollmächtigten	43
2) Abkehr von der ständigen Rechtsprechung	38	1) Ähnlichkeit des Lebenssachverhaltes für den Betroffenen	43
a) Der Beschluss des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 23.03.2011 (2 BvR 882/09)	38	2) Verortung der Regelung zur Vollmacht im Vierten Buch des BGB statt im Allgemeinen Teil unter „Vertretung und Vollmacht“	44
b) Aufnahme der Argumentationslinie in der Rechtsprechung einiger Betreuungsgerichte	38	§ 6 Zur Dogmatik des § 1906 Abs. 5 BGB n.F.	44
aa) Beibehaltung der Auslegung des § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB als verfassungskonformer Eingriffsgrundlage	39	1) Schriftform und Ausdrücklichkeit	44
bb) Abkehr von der Auslegung des § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB als verfassungskonformer Eingriffsgrundlage	39	2) Zeitlicher Anwendungsbereich, oder: Gelten alte Vollmachten fort?	44
cc) Beispiel für Fehlen einer strengen Bindung an Präjudizien im Sinne eines Grundsatzes von stare decisis	39	3) Notwendigkeit der Bestellung eines Verfahrenspflegers, § 321 S. 3 FamFG n. F.	45
c) Aufgabe der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes durch den Beschluss vom 20.06.2012	39	§ 7 Die Vorschrift von § 1906 Abs. 5 BGB und die notarielle Praxis der Vorsorgevollmacht	45
d) Überzeugungskraft der neuen Gesetzesauslegung?	40	1) Ausdrücklichkeit	45
3) Zum Gesetzgebungsverfahren	41	a) Bevollmächtigung zur Einwilligung in und Durchsetzung von Zwangsmaßnahmen	45
III. Die Regelungen in § 1906 BGB n.F. und FamFG für den rechtlichen Betreuer	41	b) Ausschluss der Einwilligung in ärztliche Zwangsmaßnahmen und Unterbringung im Rahmen der Vollmacht	46
§ 4 Materiellrechtliche und verfahrensrechtliche Neuerungen	41	2) Schriftform	46
		V. Schluss	46
		§ 8 Zusammenfassung	46

I. Einleitung

§ 1 Einleitung

Es ist vermutlich das erste Mal, dass eine verfassungsgerichtliche Entscheidung¹ zum Maßregelvollzug im Landesrecht von Rheinland-Pfalz als Fernwirkung auch die notarielle Praxis berührt. Aber mit der Änderung der Vorschrift des § 1906 Abs. 5 BGB mit Wirkung vom 26.2.2013 liegt ein solcher Fall der Fernwirkung vor. Mit der Neuregelung durch das Gesetz zur Regelung der *betreuungsrechtlichen Einwilligung* in eine *ärztliche Zwangsmaßnahme* vom 18. Februar 2013² wird die Berechtigung eines rechtlichen Betreuers zur Einwilligung in „ärztliche Zwangsmaßnahmen“ und zu deren Durchsetzung im Rahmen einer Unterbringung gesetzlich festgelegt und statuiert. Eine solche Einwilligung wird aber unter den Genehmigungsvorbehalt des Betreuungsgerichts gestellt.

All dies müsste den rechtsgestaltenden Notar noch nicht betreffen. Aber das Gesetz hat Auswirkungen auf die notarielle Praxis – und das in doppelter Weise. Denn nach Abs. 5 der neugefassten Vorschrift gilt das gleiche Genehmigungserfordernis durch das Betreuungsgericht, auch wenn die Einwilligung von einem Bevollmächtigten erteilt worden ist. Darüber hinaus wird festgelegt, dass eine Vollmacht die Berechtigung zu einer solchen Einwilligung nur abdeckt, wenn sie schriftlich erteilt ist und die Maßnahme ausdrücklich benennt.

Was hat das alles mit dem Maßregelvollzug in Rheinland-Pfalz zu tun? Unmittelbar nichts, mittelbar einiges. Denn zur Regelung des § 1906 BGB in neuester Fassung kam es erst infolge einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Zulässigkeit von Behandlungen gegen den natürlichen Willen eines Untergebrachten. Der Betroffene war in Rheinland-Pfalz in Übereinstimmung mit den dort geltenden Regeln untergebracht und wurde dort zwangsweise medizinisch behandelt. Das Gericht entschied, dass die gesetzliche Grundlage den grundgesetzlichen Anforderungen an einen solch gravierenden Eingriff nicht genügte und wegen Verletzung von Art. 19 Abs. 4, 2 Abs. 2 GG nichtig sei. In der Folge revidierte der Bundesgerichtshof seine bisherige Auslegung von § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB³. Er hatte zuvor die Meinung vertreten, der rechtliche Betreuer sei bei einer Unterbringung befugt, Zwangsmaßnahmen zum Zwecke der ärztlichen Behandlung auch gegen den natürlichen Willen des von ihm Betreuten durchzusetzen. Dies war vor allem relevant, wenn der Betreute infolge (meist) schwerer psychiatrischer Erkrankungen nicht in der Lage war, die mit einer Behandlungsverweigerung verbundene massive Gefährdung der eigenen Gesundheit einzusehen. Die Berechtigung zu ambulanten Zwangsbehandlungen lehnte die Rechtsprechung dagegen ab. Nach dieser Abkehr von der vorherigen Rechtsprechung durch den XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs gab es eine empfindliche Regelungslücke, deren Fortbestand im sozialen Rechtsstaat der Bundesrepublik kaum erträglich war.

Der Gesetzgeber hat schnell reagiert und in einem zügigen Gesetzgebungsverfahren die Lücke geschlossen. Mit der Neuregelung insbesondere von § 1906 BGB und begleitenden verfahrensrechtlichen Regelungen im FamFG hat er für Abhilfe gesorgt.

Der Regelungsgehalt der neuen Vorschriften soll hier dargestellt werden. Gleichmaßen sollen die Folgerungen für die Formulierung und Verwendung von Vorsorgevollmachten aufgezeigt werden. Im folgenden werden der alte und neue Gesetzestext synoptisch wiedergegeben (II § 2). Skizziert wird die alte Rechtslage zur Frage der Einwilligungsbefugnis eines Betreuers und der Weg zur Begründung des Erfordernisses der Gesetzgebung durch die Aufgabe der BGH-Rechtsprechung (II § 3). Es folgt eine Darstellung der Neuregelungen für den Betreuer (III § 4). Sodann werden die Neuregelungen dargestellt, wie sie den Bevollmächtigten betreffen (IV § 5 zur Systematik, IV § 6 zur Dogmatik und IV § 7 zur notariellen Praxis insbesondere von § 1906 BGB n.F.). Dabei werden einige wenige Vorschläge zur Formulierung versuchen, den Beitrag abzurufen (IV § 7). Am Schluss folgt eine kurze Zusammenfassung (V § 8).

II. Das Gesetz in Wortlaut und Entstehung

§ 2 Der Wortlaut der alten und neuen gesetzlichen Regelungen

Eine ausdrückliche und spezielle gesetzliche Regelung über die Ermächtigung des Betreuers zur Einwilligung in und Durchsetzung von ärztlichen Maßnahmen, wenn der natürliche Wille des Betreuten der Behandlung entgegenstand, der Betreute aber selbst nicht einwilligungsfähig war, gab es nicht. Verschiedene Gesetzesgrundlagen wurden herangezogen. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs differenzierte zwischen ambulanten Behandlungen und solchen im Rahmen der Unterbringung. Für ambulante Maßnahmen verneinte der Bundesgerichtshof das Vorliegen einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage und hielt sie für unzulässig. Anders bei Unterbringungen: Hier stützte er sich auf § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB a.F.

Die Neuregelung sieht jetzt eine ausdrückliche und klare Eingriffsgrundlage vor. Die Unterschiede im Wortlaut der beiden Fassungen der Norm von § 1906 BGB zeigt die Synopse:

§ 1906 BGB a.F. gültig bis 25.02.2013	§ 1906 BGB in der Fassung des Gesetzes vom 18. Februar 2013; gültig ab 26.02.2013
§ 1906 BGB	§ 1906
1) Eine Unterbringung des Betreuten durch den Betreuer, die mit Freiheitsentziehung verbunden ist, ist nur zulässig, solange sie zum Wohl des Betreuten erforderlich ist, weil	(1) Eine Unterbringung des Betreuten durch den Betreuer, die mit Freiheitsentziehung verbunden ist, ist nur zulässig, solange sie zum Wohl des Betreuten erforderlich ist, weil

1 BVerfGE 128, 282 (Beschluss vom 23.03.2011; 2 BvR 882/09).

2 Bundesgesetzblatt 2013 I, Seite 266; ausgegeben am 25. Februar 2013. Gemäß Art. 6 S. 1 trat das Gesetz am Tag nach seiner Verkündung in Kraft.

3 BGH, Beschluss vom 20. Juni 2012 (XII ZB 99/12), BGHZ 193, 337 = FamRZ 2012, 1366 = NJW 2012, 2967 = BtPrax 2012, 156 = JZ 2012, 1182.

1. auf Grund einer psychischen Krankheit oder geistigen oder seelischen Behinderung des Betreuten die Gefahr besteht, dass er sich selbst tötet oder erheblichen gesundheitlichen Schaden zufügt, oder 2. eine Untersuchung des Gesundheitszustands, eine Heilbehandlung oder ein ärztlicher Eingriff notwendig ist, ohne die Unterbringung des Betreuten nicht durchgeführt werden kann und der Betreute auf Grund einer psychischen Krankheit oder geistigen oder seelischen Behinderung die Notwendigkeit der Unterbringung nicht erkennen oder nicht nach dieser Einsicht handeln kann.	1. auf Grund einer psychischen Krankheit oder geistigen oder seelischen Behinderung des Betreuten die Gefahr besteht, dass er sich selbst tötet oder erheblichen gesundheitlichen Schaden zufügt, oder 2. zur Abwendung eines drohenden erheblichen gesundheitlichen Schadens eine Untersuchung des Gesundheitszustands, eine Heilbehandlung oder ein ärztlicher Eingriff notwendig ist, ohne die Unterbringung des Betreuten nicht durchgeführt werden kann und der Betreute auf Grund einer psychischen Krankheit oder geistigen oder seelischen Behinderung die Notwendigkeit der Unterbringung nicht erkennen oder nicht nach dieser Einsicht handeln kann.
(2) Die Unterbringung ist nur mit Genehmigung des Betreuungsgerichts zulässig. Ohne die Genehmigung ist die Unterbringung nur zulässig, wenn mit dem Aufschub Gefahr verbunden ist; die Genehmigung ist unverzüglich nachzuholen. (3) Der Betreuer hat die Unterbringung zu beenden, wenn ihre Voraussetzungen wegfallen. Er hat die Beendigung der Unterbringung dem Betreuungsgericht anzuzeigen.	(2) Die Unterbringung ist nur mit Genehmigung des Betreuungsgerichts zulässig. Ohne die Genehmigung ist die Unterbringung nur zulässig, wenn mit dem Aufschub Gefahr verbunden ist; die Genehmigung ist unverzüglich nachzuholen. Der Betreuer hat die Unterbringung zu beenden, wenn ihre Voraussetzungen wegfallen. Er hat die Beendigung der Unterbringung dem Betreuungsgericht anzuzeigen.
	(3) Widerspricht eine ärztliche Maßnahme nach Absatz 1 Nummer 2 dem natürlichen Willen des Betreuten (ärztliche Zwangsmaßnahme), so kann der Betreuer in sie nur einwilligen, wenn 1. der Betreute auf Grund einer psychischen Krankheit oder einer geistigen oder seelischen Behinderung die Notwendigkeit der ärztlichen Maßnahme nicht erkennen oder nicht nach dieser Einsicht handeln kann,

	2. zuvor versucht wurde, den Betreuten von der Notwendigkeit der ärztlichen Maßnahme zu überzeugen, 3. die ärztliche Zwangsmaßnahme im Rahmen der Unterbringung nach Absatz 1 zum Wohl des Betreuten erforderlich ist, um einen drohenden erheblichen gesundheitlichen Schaden abzuwenden, 4. der erhebliche gesundheitliche Schaden durch keine andere dem Betreuten zumutbare Maßnahme abgewendet werden kann und 5. der zu erwartende Nutzen der ärztlichen Zwangsmaßnahme die zu erwartenden Beeinträchtigungen deutlich überwiegt. § 1846 ist nur anwendbar, wenn der Betreuer an der Erfüllung seiner Pflichten verhindert ist (3a) Die Einwilligung in die ärztliche Zwangsmaßnahme bedarf der Genehmigung des Betreuungsgerichts. Der Betreuer hat die Einwilligung in die ärztliche Zwangsmaßnahme zu widerrufen, wenn ihre Voraussetzungen wegfallen. Er hat den Widerruf dem Betreuungsgericht anzuzeigen..
(4) Die Absätze 1 bis 3 gelten entsprechend, wenn dem Betreuten, der sich in einer Anstalt, einem Heim oder einer sonstigen Einrichtung aufhält, ohne untergebracht zu sein, durch mechanische Vorrichtungen, Medikamente oder auf andere Weise über einen längeren Zeitraum oder regelmäßig die Freiheit entzogen werden soll.	(4) Die Absätze 1 und 2 gelten entsprechend, wenn dem Betreuten, der sich in einer Anstalt, einem Heim oder einer sonstigen Einrichtung aufhält, ohne untergebracht zu sein, durch mechanische Vorrichtungen, Medikamente oder auf andere Weise über einen längeren Zeitraum oder regelmäßig die Freiheit entzogen werden soll.
(5) Die Unterbringung durch einen Bevollmächtigten und die Einwilligung eines Bevollmächtigten in Maßnahmen nach Absatz 4 setzt voraus, dass die Vollmacht schriftlich erteilt ist und die in den Absätzen 1 und 4 genannten Maßnahmen ausdrücklich umfasst. Im Übrigen gelten die Absätze 1 bis 4 entsprechend.	(5) Die Unterbringung durch einen Bevollmächtigten und die Einwilligung eines Bevollmächtigten in Maßnahmen nach den Absätzen 3 und 4 setzen voraus, dass die Vollmacht schriftlich erteilt ist und die in den Absätzen 1, 3 und 4 genannten Maßnahmen ausdrücklich umfasst. Im Übrigen gelten die Absätze 1 bis 4 entsprechend.

§ 3 [Richter-] Recht im Wandel, oder: Zur Entstehungsgeschichte des Gesetzes

- 1) *Richterrecht: § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB a.F. deckt Einwilligung in und Durchsetzung von Zwangsmaßnahmen durch den Betreuer (bei Unterbringung)*

a) Berechtigung des Betreuers zu Einwilligung und zu ihrer zwangsweisen Durchsetzung sowie Genehmigungsbedürftigkeit

Wie das *lebende Recht* der Einwilligung und Durchsetzung von ärztlich für erforderlich gehaltenen Maßnahmen gegen den natürlichen Willen eines der Einsicht nicht fähigen Erwachsenen bisher aussah, ist kaum mit Verlässlichkeit festzustellen. Als Material stehen verlässlich nur die vor Gericht gekommenen Fälle zur Verfügung; und dies auch nur, soweit sie veröffentlicht sind. Und das veröffentlichte Fallmaterial stellt nur einen kleinen Teil der Sachverhalte dar. Aus den veröffentlichten Entscheidungen lässt sich aber immerhin die normative Substanz ermitteln, mit der der Rechtsstab die Sachen und Rechtsfragen behandelte.

Dabei sind drei Punkte zu unterscheiden: Erstens die Frage, ob ein rechtlicher Betreuer überhaupt Einwilligungen erteilen kann. Zweitens ob er für berechtigt gehalten wurde, solche medizinischen Maßnahmen ggf. mit Zwang durchzusetzen. Und drittens die Frage, ob er hierfür eine Genehmigung des Betreuungsgerichts bedurfte.

Anlass der Gesetzesänderung war die Abwendung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs von seiner früheren Linie, die die Berechtigung des Betreuers zur zwangsweisen Durchsetzung in der Unterbringungssituation bejahte, infolge der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Recht des Maßregelvollzugs. Diese wurde in der Weise ausgelegt, dass sie auch „Geltung“, jedenfalls Wirkung für die § 1906 BGB-Problematik haben würde.

b) Literatur und Rechtsprechung

Eine ebenso ausdrückliche Gesetzesregelung zur Einwilligung des Betreuers in ärztliche Zwangsmaßnahmen und zwangsweise Durchsetzung, wie sie nunmehr § 1906 BGB in der Fassung der hier erörterten Neuregelung vorsieht, kannte das alte *Gesetzesrecht* nicht. Hauptsächlich wurden drei Meinungen vertreten⁴. Manche sahen eine Behandlung gegen den Willen als zulässig an, wenn die Gefahr bestand, dass der Betreute andernfalls starb oder einen erheblichen Gesundheitsschaden erlitt⁵. Andere wollten § 1906 Abs. 1 oder 4 BGB entsprechend anwenden und so z.B. auch ambulante Behandlungen (allerdings mit gerichtlicher Genehmigung) gestatten⁶.

Der Bundesgerichtshof differenzierte in seiner Rechtsprechung. Zwar erkannte er an, dass dem Betreuer das Recht eingeräumt war, Einwilligungen zu erteilen. Mangels gesetzlicher Grundlage hielt er aber die ambulante Zwangsbehandlung nicht für zulässig. Demgegenüber sah er in Unterbringungssituationen eine Ermächtigungsgrundlage zu Zwangsbehandlungen gegen den natürlichen Willen des Betroffenen im Gesetz niedergelegt. Diese Zwangsbehandlung also wurde akzeptiert. (Wohl) erstmals wurde diese Auffassung in der Entscheidung BGHZ 145, 297⁷ niedergelegt – allerdings streng genommen in einem obiter dictum⁸. Diese Rechtsansicht wiederum wurde im Fall BGHZ 166, 149⁹ bestätigt und ihrerseits zur Rechtfertigung und Begründung herangezogen¹⁰. Deutlich wird die Rechtsansicht des XII. Zivilsenats insbesondere in seiner Entscheidung vom 23.01.2008¹¹:

„Wie der Senat dargelegt hat (Senatsbeschlüsse BGHZ 145, 297, 300 ff. = FamRZ 2001, 149 ff. und BGHZ 166, 141, 148 ff. = FamRZ 2006, 615, 616 ff.), darf der Betreuer als gesetzlicher Vertreter des Betroffenen (§ 1902 BGB) zwar für diesen in medizinische Behandlungen einwilligen, wenn der Betroffene selbst zu einer solchen Einwilligung nicht in der Lage, insbesondere nicht einsichts- oder steuerungsfähig ist. Davon zu unterscheiden ist jedoch die Frage, ob der Betreuer auch befugt ist, den einer solchen medizinischen Maßnahme entgegenstehenden Willen des Betroffenen durch Zwang zu überwinden. Allein aus den Vertretungsvorschriften der §§ 1901, 1902 BGB kann der Betreuer eine solche Zwangsbefugnis nicht herleiten, weil diese Vorschriften für sich genommen keine hinreichende Bestimmung von Inhalt, Gegenstand, Zweck und Ausmaß der vom Betreuten unter Zwang zu duldenen Behandlung ermöglichen. Dies wäre jedoch notwendig, da der Betreuer gegenüber dem Betroffenen ein öffentliches Amt wahrnimmt und Zwangsmaßnahmen des Betreuers, mit denen der Widerstand des Betroffenen gegen Eingriffe in seine körperliche Unversehrtheit und Freiheit überwunden werden soll, einer Rechtsgrundlage durch ein formelles Gesetz bedürfen (Art. 2 Abs. 2, Art. 104 Abs. 2 GG).

Eine solche Rechtsgrundlage bietet allerdings § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB, der eine mit Freiheitsentziehung verbundene Unterbringung des Betroffenen – mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts – zulässt, solange sie zum Wohl des Betroffenen erforderlich ist, weil eine Untersuchung des Gesundheitszustandes, eine Heilbehandlung oder ein ärztlicher Eingriff notwendig ist, diese Maßnahme ohne die freiheitsentziehende Unterbringung nicht durchgeführt werden kann und der Betroffene aufgrund einer psychischen Krankheit oder geistigen oder seelischen Behinderung die Notwendigkeit der Unterbringung – d.h. recht verstanden:

4 Vgl. die Übersicht bei Münchener-Kommentar-Schwab, 5. Auflage 2008, § 1904 Rn 18 mit Stellungnahme Rn 19.

5 OLG Hamm, Beschluss vom 03.02.2002; 15 W 457/02, NJW 2003, 2392 (juris Rn 18).

6 Schweitzer, FamRZ 1996, 1317, 1323 ff (ambulante Zwangsbehandlung möglich, aber nur unter sehr engen Voraussetzungen und also selten); Soergel-Zimmermann, 13. Auflage 2010, § 1906 Rn 52.

7 BGH, Beschluss vom 11.10.2000; XII ZB 69/00.

8 Vgl. Lipp, JZ 2006, 661, 662; Lipp JZ 2001, 825, 826 und 829. Entschieden wurde nur, dass die zwangsweise Zuführung nicht nach § 1906 BGB genehmigungsfähig war.

9 BGH, Beschluss vom 01.02.2006; XII ZB 236/05.

10 Wie Lipp, JZ 2006, 661 zutreffend ausführt, ebenfalls in einem obiter dictum.

11 BGH, Beschluss vom 23.1.2008; XII ZB 185/07, FamRZ 2008, 866 (- juris -) Rn 21 f.

der Untersuchung, der Heilbehandlung oder des ärztlichen Eingriffs – nicht zu erkennen oder nach dieser Erkenntnis zu handeln vermag. Da eine medizinische Maßnahme nur dann als im Sinne des § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB notwendig angesehen werden kann, wenn sie rechtlich zulässig ist, kann der Betroffene auf dieser Rechtsgrundlage nur dann freiheitsentziehend untergebracht werden, wenn er während der Unterbringung auch behandelt werden darf. Sähe man die zwangsweise Überwindung eines der Behandlung entgegenstehenden Willens des Betroffenen auch im Rahmen einer freiheitsentziehenden Unterbringungsmaßnahme als unzulässig an, würde der Anwendungsbereich des § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB von vornherein auf die – seltenen – Fälle beschränkt, in denen der Betroffene zwar die Notwendigkeit der medizinischen Maßnahme bejaht oder jedenfalls trotz fehlender Behandlungseinsicht keinen dieser Maßnahme entgegenstehenden natürlichen Willen manifestiert, in denen er aber nicht die Notwendigkeit der Unterbringung einsieht. § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB kann deshalb sinnvoll nur dahin ausgelegt werden, dass der Betroffene die notwendigen medizinischen Maßnahmen, in die der Betreuer zu seinem Wohl eingewilligt hat und deretwegen der Betroffene – mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts – vom Betreuer freiheitsentziehend untergebracht werden darf, unabhängig von seinem möglicherweise entgegenstehenden natürlichen Willen während der Unterbringung zu dulden hat (Senatsbeschluss BGHZ 166, 141, 151 ff. = FamRZ 2006, 615, 617 f.).“

Diese Rechtsansicht, dass der Betreuer zur Einwilligung in ärztliche Maßnahmen auch gegen den natürlichen Willen eines im Rechtssinne einwilligungsunfähigen Betroffenen berechtigt sei, wenn die Voraussetzungen der Unterbringung nach § 1906 BGB vorlagen, war nicht völlig unumstritten¹². Aber sie wurde auch in der Literatur überwiegend für richtig gehalten¹³.

2) Abkehr von der ständigen Rechtsprechung

Die eben skizzierte ständige Rechtsprechung wurde im Jahr 2012 vom XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs aufgegeben. Vorangegangen war ein neues Erkenntnis des höchsten deutschen Gerichtes, dass in der Rechtsprechung der Instanzgerichte überwiegend auf den Fall der Betreuer Einwilligung „übertragen“ wurde.

a) Der Beschluss des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 23.03.2011 (2 BvR 882/09)

Auf die Verfassungsbeschwerde eines im Maßregelvollzug Untergebrachten hat das Bundesverfassungsgericht im Beschluss vom 23.03.2011 die Vorschrift von § 6 Absatz 1 Satz 2 des rheinland-pfälzischen Landesgesetzes über den

Vollzug freiheitsentziehender Maßregeln (Maßregelvollzugsgesetz) für mit Artikel 2 Absatz 2 Satz 1 in Verbindung mit Artikel 19 Absatz 4 des Grundgesetzes unvereinbar und nichtig erklärt¹⁴.

Das Gericht wertet eine medizinische Zwangsbehandlung als einen schwerwiegenden Eingriff in das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG. Ein solcher Eingriff könne auch zur Erreichung des Vollzugszieles im Einzelfall gerechtfertigt sein. Es ergäben sich jedoch strenge Anforderungen an die Zulässigkeit eines solchen Eingriffs. Dies betreffe sowohl die materiellen Eingriffsvoraussetzungen als auch deren Sicherung durch verfahrensrechtliche Vorkehrungen. Die Voraussetzungen des Eingriffs müssten in hinreichend klarer und bestimmter Weise gesetzlich geregelt sein. Den verfassungsrechtlichen Anforderungen genüge die Eingriffsermächtigung von § 6 Abs. 1 S. 2 Halbsatz 1 des Maßregelvollzugsgesetz des Landes Rheinland-Pfalz nicht¹⁵. Das Gericht hebt hervor, Maßnahmen der Zwangsbehandlung dürften nur letztes Mittel sein und nur eingesetzt werden, wenn sie Erfolg versprechend und für den Betroffenen nicht mit Belastungen verbunden sind, die außer Verhältnis zu dem erwartbaren Nutzen stünden¹⁶. Aus dem Grundsatz der Effektivität des Rechtsschutzes ergebe sich die Notwendigkeit, gegen den Willen des untergebrachten ergriffene Behandlungsmaßnahmen sowie die weiteren Umstände zu dokumentieren¹⁷.

Zu den Anforderungen an eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage führt das Gericht unter anderem folgendes aus. Die Voraussetzungen für die Zulässigkeit des Eingriffs müssten hinreichend klar und bestimmt geregelt sein. Der Gesetzgeber sei gehalten, die Vorschriften so bestimmt zu fassen, wie dies nach der Eigenart der zu ordnenden Lebenssachverhalte mit Rücksicht auf den Normzweck möglich sei. Die Betroffenen müssten die Rechtslage erkennen und ihr Verhalten danach einrichten können. Die Anforderungen an den Grad von Klarheit und Bestimmtheit seien umso strenger, je intensiver der Grundrechtseingriff sei¹⁸. Diesen Anforderungen genüge das betreffende Gesetz nicht.

Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 23.03.2011 ist kein Einzelfall geblieben. In einer Reihe von weiteren Entscheidungen wurden die tragenden Ausführungen auch auf andere, ähnlich gelagerte Fälle ausgedehnt¹⁹.

b) Aufnahme der Argumentationslinie in der Rechtsprechung einiger Betreuungsgerichte

In der Folge der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts kam es zu einer Reihe von Entscheidungen in Betreuungssachen, in der die in der Verfassungsgerichtsrechtsprechung skizzierte Argumentationslinie erörtert wurde. Manche Gerichte sahen keinen hinreichenden Grund, von der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs abzuweichen.

12 Hiergegen etwa Palandt-Götz, 73. Auflage 2013, § 1906 Rn 20; Marschner BtPrax 2006, 125, 129 f.

13 Vgl. nur Münchener-Kommentar-Schwab, 6. Auflage 2012, § 1906 Rn 24 Text zu Fn 89; anders aber für die Verneinung der Berechtigung zum Zwang auch bei ambulanten Maßnahmen, aaO, Rn 24 [mit Aktualisierung vom 17.12.2012]; Palandt-Diederichsen, 71. Auflage 2011, § 1906 BGB Rn 19 ff; Erman-Roth, 13. Auflage, 2011, § 1906 Rn 23; Tietze BtPrax 2006, 131, 134 und 135.

14 BVerfGE 128, 282 (Beschluss vom 23.03.2011; 2 BvR 882/09; im folgenden zitiert nach juris).

15 BVerfG (Fn 14) Rn 38.

16 BVerfG (Fn 14) Rn 57 ff (sowie Leitsatz 2 und Orientierungssatz 2 c und 2 d).

17 BVerfG (Fn 14) Rn 67 (sowie Orientierungssatz 3 b und 3 c).

18 BVerfG (Fn 14) Rn 73.

19 Vgl. etwa BVerfG, 12.10.2011 (2 BvR 633/11) sowie BVerfG, Beschluss vom 20.02.2013 (2 BvR 228/12) zum sächsischen Gesetz über die Hilfen und die Unterbringung bei psychischen Krankheiten (SächsPsychKG).

Andere Gerichte stellten sich auf den Standpunkt, die Regeln der §§ 1904 ff, insbesondere 1906 BGB genügten den vom Gesetzesvorbehalt des Grundgesetzes aufgestellten Anforderungen nicht (oder nicht mehr). Es wurde gefolgert, dass bei Übertragung der Entscheidungsgrundsätze auf den Fall der Entscheidungsunfähigkeit des Betroffenen die Einwilligung des Betreuers nicht gegen den Willen des Betroffenen mit Zwang durchsetzbar sei.

aa) Beibehaltung der Auslegung des § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB als verfassungskonformer Eingriffsgrundlage

Einige Gerichte sahen auch nach Veröffentlichung der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung im geltenden Gesetzesrecht eine hinreichende Grundlage für eine Unterbringung zum Zweck der Heilbehandlung auch gegen den Willen des Betroffenen. Diese Rechtsansicht findet sich z.B. in der Entscheidung des Landgerichts Berlin vom 21. Mai 2012²⁰. Die gleiche Ansicht vertritt das Landgericht Freiburg im Beschluss vom 16. Mai 2012²¹. Dies sieht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts keinen Anlass, am Vorliegen einer verfassungskonformen Ermächtigungsgrundlage zu zweifeln²². Die materiellrechtliche Ausgestaltung sei verfassungskonform²³. Gleiches gelte für die verfahrensrechtlichen Anforderungen. Denn hier treffe ein unabhängiger Dritter, nämlich der Betreuer, aufgrund gesetzlicher Vertretungsbefugnis eine Entscheidung. Darüber hinaus liege eine vorgeschaltete gerichtliche Überprüfung vor, die dem Richtervorbehalt genüge²⁴. Das Gericht weist auch auf den Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 14.12.2011 (XII ZB 171/11) hin, der nach Veröffentlichung der Verfassungsgerichtsentscheidungen ergangen sei und der eine etwa fehlende Ermächtigungsgrundlage für eine Unterbringung zur Heilbehandlung offensichtlich nicht erwogen habe²⁵.

Mit anderer Schlussfolgerung legt das Landgericht Bremen § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB zwar ebenfalls weiterhin so aus, dass er nach seinem Zweck solche Maßnahmen abdecke. Insoweit hält das Gericht die Norm aber für einen Verstoß gegen das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit gemäß Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG in Verbindung mit dem Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 19 Abs. 4 GG²⁶. Dies wird als Anlass genommen, einen Vorlagebeschluss an das Bundesverfassungsgericht nach Art. 100 GG zu treffen.

bb) Abkehr von der Auslegung des § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB als verfassungskonformer Eingriffsgrundlage

Andere Gerichte sahen das anders. So lehnt es das Landgericht Stuttgart im Beschluss vom 16.2.2012 ab²⁷, eine Unterbringung zur Heilbehandlung zu genehmigen, die allein zum Zweck der zwangsweisen Durchsetzung einer Behandlung angeordnet werden solle.

In seiner ausführlichen und differenzierten Begründung setzt sich das Landgericht Stuttgart mit der Frage der Übertragbarkeit der Verfassungsgerichtsrechtsprechung auf den Fall auseinander. Nach den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts sei die Vorschrift von § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB verfassungskonform auszulegen²⁸. Nach seinem Wortlaut ermächtige die Norm nur, die *Unterbringung* zu genehmigen. Einen Hinweis auf eine Zwangsbehandlung enthalte sie nicht. Für den Kreis der Normbetroffenen, bei denen es sich in aller Regel um schwer psychisch erkrankte und deshalb beeinträchtigte Menschen handele, ergäbe sich keineswegs schon aus dem Wortlaut der Vorschrift, dass die Heilbehandlung auch gegen den Willen des Betroffenen durchgeführt werden könne, dass die Norm also etwa zur Zwangsmedikation berechtigen solle²⁹.

Zudem habe nämlich der Gesetzgeber ausdrücklich von einer Ermächtigung zur Zwangsbehandlung abgesehen. Ein formelles Gesetz im Sinn von Art. 2 Abs. 2 GG habe er also nicht geschaffen. Dass die Vorschrift nach diesem Verständnis nur einen beschränkten Anwendungsbereich habe, müsse angesichts der unmissverständlichen Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts hingenommen werden³⁰.

Diese Entscheidung wird kurz darauf vom Bundesgerichtshof bestätigt.

cc) Beispiel für Fehlen einer strengen Bindung an Präjudizien im Sinne eines Grundsatzes von stare decisis

Das Phänomen der Abkehr untergerichtlicher Rechtsprechung von der Rechtsprechungslinie eines Obergerichts, hier des Bundesgerichtshofs, ist im Hinblick auf die Behandlung und den Wandel von Richterrecht in einem dem kontinentaleuropäischen civil-law zuzuordnenden Rechtssystem (wie dem deutschen) in gewisser Weise typisch. Dem deutschen Recht ist ein allgemeiner Grundsatz der strengen Präjudizienbindung im Sinne des *stare decisis*, das in common-law-Rechtsordnungen verbreitet ist, unbekannt. Untergerichte sind nicht an einschlägige obergerichtliche Rechtsprechung gebunden. Hält der Richter die Entscheidung für unrichtig und bildet er sich eine andere Rechtsmeinung, ist er nicht gehindert, diese andere Rechtsmeinung seiner Entscheidung zu Grunde zu legen und anders zu entscheiden. Er läuft natürlich Gefahr, dass sein Urteil/Beschluss in der höheren Instanz aufgehoben wird. Mehr aber auch nicht.

Auch wenn die vorzitierte Rechtsansicht des Landgerichts Freiburg im Ergebnis den Wechsel von der hergebrachten Rechtsprechungslinie verneint, fügt sie sich doch auch insoweit in dies System ein. Denn in der Begründung wird *nicht* darauf verwiesen, man sei durch die obergerichtliche Rechtsprechung gebunden. Dies sozusagen formale Argument fehlt. Es werden ausschließlich Sachargumente angeführt.

c) Aufgabe der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes durch den Beschluss vom 20.06.2012

Auch der Bundesgerichtshof hält die Argumentation des Bundesverfassungsgerichts für überzeugend, die Entschei-

20 LG Berlin, 83 T 163/12 (juris).

21 LG Freiburg, 4 T 93/12 (juris).

22 LG Freiburg (Fn 21) Rn 18.

23 LG Freiburg (Fn 21) Rn 24.

24 LG Freiburg (Fn 21) Rn 25 ff.

25 LG Freiburg (Fn 21) Rn 28.

26 LG Bremen, Beschluss vom 10.5.2012; 5 T 101/12, BtPrax 2012, 171 Rn 8 und 9.

27 LG Stuttgart, Beschluss vom 16.2.2012; 2 T 35/12, FamRZ 2012, 1086 (zitiert nach juris).

28 LG Stuttgart, (Fn 27) Rn 22.

29 LG Stuttgart, (Fn 27) Rn 23.

30 LG Stuttgart, (Fn 27) Rn 25 f.

dungsgründe auch auf den Sachverhalt der Einwilligung durch Betreuer auszudehnen. In zwei überwiegend gleich lautenden Beschlüssen vom 20.6.2012³¹ erklärt er die Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung³². Auf die Rechtsbeschwerde der Betreuerin einer Betroffenen gegen den Beschluss des Landgerichts Stuttgart, der oben wiedergegeben wurde, stellt er dies klar. Die Kernbegründung dieser Abkehr findet sich in den Rn. 24-26 des Falls XII ZB 99/12:

„c) Nach überwiegender Auffassung in der - nach Erlass der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 23. März 2011 (FamRZ 2011, 1128) veröffentlichten - Rechtsprechung und Literatur fehlt es an einer den vorgenannten verfassungsrechtlichen Anforderungen entsprechenden Ermächtigungsgrundlage für eine betreuungsrechtliche Genehmigung der Zwangsbehandlung [...]“.

d) Der Senat teilt im Ergebnis diese Auffassung und gibt damit seine Rechtsprechung auf, wonach Zwangsbehandlungen im Rahmen des § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB grundsätzlich genehmigungsfähig sind [...].

Nach Auffassung des Senats sind die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts zur Zwangsbehandlung im Maßregelvollzug im Wesentlichen auf die Zwangsbehandlung im Rahmen einer betreuungsrechtlichen Unterbringung zu übertragen. Die materiellen Vorschriften des Betreuungsrechts und die Verfahrensvorschriften des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2586 - FamFG) werden den Anforderungen, die das Bundesverfassungsgericht für die Zulässigkeit einer Zwangsbehandlung aufgestellt hat, nicht gerecht.³³

In ausführlicher Begründung gibt der Senat die Sachargumente wieder. Er schließt sich nach Auseinandersetzung mit der verfassungsgerichtlichen Entscheidung der Auffassung an, dass für eine Zwangsmaßnahme eine den rechtsstaatlichen Anforderungen genügende gesetzliche Ermächtigungsgrundlage im geltenden Recht fehle. Insbesondere fehle eine so bestimmend gefasste Vorschrift, wie dies nach der Eigenart der zu ordnenden Lebenssachverhalte notwendig sei³⁴. Dem Betroffenen und den die Rechtsregel anwenden den Entscheidungsträgern (Betreuer, Unterbringungseinrichtung und Ärzte) müssten die wesentlichen Voraussetzungen der Zwangsbehandlung aus dem Gesetz erkennbar sein. Die Zwangsbehandlung sei dagegen weder in § 1906 BGB noch in den sonstigen materiellen und verfahrensrechtlichen Vorschriften des Betreuungsrechts geregelt. Auch seien die in verfahrensrechtlicher Hinsicht für die Verwirklichung der Grundrechte wesentlichen Fragen zur Zwangsbehandlung

gesetzlich nicht geregelt³⁵. Dies gelte insbesondere für die Vorschriften des FamFG.

Der Bundesgerichtshof hat seine Abkehr von der ständigen Rechtsprechung durch Pressemitteilung der Öffentlichkeit zugänglich gemacht³⁶. Unter der Überschrift „keine hinreichende gesetzliche Grundlage für eine betreuungsrechtliche Zwangsbehandlung“ wird mitgeteilt, dass in zwei Verfahren entschieden worden sei, dass es gegenwärtig an einer den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügenden gesetzlichen Grundlage fehle.

d) Überzeugungskraft der neuen Gesetzesauslegung?

Mit der gesetzlichen Neuregelung ist jedenfalls für die Zukunft der Streit ohne Belang, ob das frühere Betreuungsrecht eine genügende gesetzliche Grundlage für Zwangsbehandlungen gegen den natürlichen Willen des Betroffenen vorsah oder nicht. Dennoch soll kurz darauf eingegangen werden. Sicher ist richtig, dass der alte Gesetzestext eine Zwangsbehandlung nicht ausdrücklich vorsah. Aus systematischen Gründen erscheint aber doch die weitere Auslegung viel für sich zu haben, die § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB a.F. nicht auf die seltenen Fälle reduzierte, wo - wortlautgetreu - beim Betroffenen zwar die Einsicht in die Notwendigkeit der Behandlung, nicht aber die Einsicht in die Notwendigkeit der Unterbringung vorlag³⁷.

Dass der Betreuer das Wohl des Betreuten zum Ziel seiner Entscheidungen im Auge haben muss, ist Grundsatz des Betreuungsrechts. Er hat die Angelegenheiten des Betreuten so zu besorgen, wie es dessen Wohl entspricht, § 1901 Abs. 2 S. 1 BGB. Wünschen des Betreuten hat der Betreuer zu entsprechen, soweit dies dessen Wohl nicht zuwiderläuft und dem Betreuer zumutbar ist, § 1901 Abs. 3 S. 1 BGB. Insbesondere hat er dazu beizutragen, Krankheit oder Behinderung des Betreuten zu beseitigen, zu bessern, ihre Verschlimmerung zu verhüten oder ihre Folgen zu mildern, § 1901 Abs. 4 S. 1 BGB.

Dass der Gesetzgeber des Betreuungsrechts den wegen krankheitsbedingter Einsichtsunfähigkeit *besonders Schutzwürdigen* und *besonders Schutzbedürftigen* ohne Schutz davor lassen wollte, infolge der Einsichtsunfähigkeit gravierende gesundheitliche Schäden zu erleiden, ist nicht dargetan. In Anlehnung an *Schwab* muss man bezweifeln, ob man dem Betreuer zumuten kann, seinem Schutzbefohlenen die Hand zur Selbstschädigung zu erreichen³⁸.

Auch die Gleichbehandlung der Situationen im Maßregelvollzug und in der Unterbringung nach den öffentlich-rechtlichen Unterbringungsgesetzen der Länder mit den hier interessierenden Handlungen eines rechtlichen Betreuers ist jedenfalls nicht zwingend. Die Lebenssituation des Betroffenen, die die Eingriffstiefe in die grundrechtlich geschützte Rechtspositionen bestimmt, ist eine gänzlich andere. § 1906 BGB dient allein dem Schutz des nicht selbst entscheidungsfähigen Erwachsenen vor gesundheitlichen Schäden, die er selbst

31 BGH, Beschlüsse vom 20. Juni 2012 (XII ZB 99/12 sowie XII ZB 130/12). Der erstgenannte Beschluss ist in der amtlichen Sammlung veröffentlicht: BGHZ 193, 337 = FamRZ 2012, 1366 = NJW 2012, 2967 = BtPrax 2012, 156 = JZ 2012, 1182. Im folgenden wird nach dem juris-Dokument zitiert.

32 Auf die vom Landgericht Freiburg in Bezug genommene Entscheidung des XII. Zivilsenats vom 14.12.2011 (XII ZB 171/11) geht der Senat allerdings (leider) nicht ein.

33 BGH 20. Juni 2012 (XII ZB 99/12) Rn 24 ff; die vom Senat gegebenen Nachweise sind nicht wiedergegeben.

34 BGH (Fn 31) Rn 31 ff.

35 Vgl. insbesondere BGH (Fn 31) Rn 40 ff.

36 Pressemitteilung des Bundesgerichtshofs Nr. 115/2012 vom 17. Juli 2012.

37 Vgl. insbesondere BGHZ 166, 141 (Rn 24).

38 Münchener Kommentar-Schwab, 6. Auflage 2012, § 1901 Rn 16.

nicht verhindern kann. Die staatliche Schutzpflicht ihm gegenüber wird hierdurch erfüllt, die staatliche Fürsorge ihm gegenüber gewährleistet. Der *Maßregelvollzug* ist hingegen Teil des strafrechtlichen Sanktionensystems (im weiteren Sinne), in dem der Staat dem Einzelnen als repressive Gewalt gegenübertritt. Hier handelt der selbe Staat, der dem Betroffenen zuvor in Form der Strafverfolgungsbehörden und Strafgerichte gegenübergetreten ist. Das es hier besonderer Schutzmechanismen und besonderer Kontrolle bedarf, sollte nicht zweifelhaft sein.

Natürlich ist auch der rechtliche Betreuer vom Staat eingesetzt und erscheint damit in gewisser Weise als Teil der grundrechtsgebundenen öffentlichen Gewalt. Diese unterschiedlichen Konstellationen, in denen der Staat dem Betroffenen begegnet, zwingend als mit identischer Eingriffstiefe verbunden anzusehen und gleich zu behandeln, erscheint aber nicht als sachgerecht. Im übrigen gibt es gewichtige Gründe, bei der rechtlichen Betreuung eher von einem privatrechtlichen und weniger von einem hoheitlichen Verhältnis auszugehen³⁹.

In der – kurz nach Verabschiedung des Gesetzes ergangenen – Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 20.02.2013 wurden interessanter Weise zur Frage der Vereinbarkeit von § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB a.F. mit den grundgesetzlichen Vorgaben keine Ausführungen gemacht⁴⁰. Das Gericht hat nicht einmal angedeutet, dass die alte Rechtsprechung des BGH wirklich von Verfassungs wegen problematisch gewesen sei.

3) Zum Gesetzgebungsverfahren

Wer nun (rechtsrealistisch) die richterrechtliche Konkretisierung insbesondere in den Entscheidungen BGHZ 145, 297 sowie BGHZ 166, 141 als wirklich geltendes Recht ansah, für den *entstand* mit der Aufgabe dieser Rechtsprechung durch BGHZ 193, 337 die (Rechts-) Lücke *neu*. Wer eher gesetzestheoretisch argumentierte, würde eher davon ausgehen, dass die Lücke jetzt erst *ersichtlich* wurde, obwohl sie von jeher bestand. Denn am Gesetzesrecht hatte sich nichts verändert, sondern nur an der Auslegung von Verfassung und BGB.

Auf die Änderung der Rechtsprechung hat der Gesetzgeber schnell reagiert. Unter dem 19.11.2012 wird von den Fraktionen der CDU/CSU und FDP ein Gesetzentwurf vorgelegt, der auf die neue Situation reagiert. Der *Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der betreuungsgerichtlichen Einwilligung in eine ärztliche Zwangsmaßnahme* wird in den Bundestagsdrucksachen 17/11513 wiedergegeben. Im Problemaufriss wird die Änderung der Rechtsprechung als Anlass hervorgehoben, eine neue gesetzliche Regelung für die erheblichen Grundrechtseingriffe zu verabschieden. Der Gesetzentwurf hat Aufmerksamkeit in der Öffentlichkeit und insbesondere den Medien erhalten. Im Rahmen der Beratungen wurde im Rechtsausschuss die weitere Voraussetzung formuliert, dass ein ernsthafter Versuch unternommen sein müsse, den

Betreuten von der Notwendigkeit der Maßnahme zu überzeugen⁴¹. Dies wurde in § 1906 Abs. 3 Nr. 2 BGB n.F. Gesetz. Die verfahrensrechtlichen Änderungen waren gravierender. Das Erfordernis der Bestellung eines Verfahrenspflegers wurde ebenso aufgenommen wie die Bestellung eines unabhängigen Sachverständigen und die Qualifikation des das ärztliche Zeugnis ausstellenden Arztes⁴². Mit diesen Änderungen wurde das Gesetzgebungsverfahren abgeschlossen und das Gesetz verabschiedet.

Es erscheint als eine gewisse Ironie der Gesetzgebungsentwicklung, dass die Kerninhalte des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichtes, der die *Nichtigkeit* eines Gesetzes feststellt (und dies mit Gesetzeskraft, § 31 BVerfGG), sodann vom Gesetzgeber⁴³ als Vorbild für neues Gesetzesrecht herangezogen werden.

III. Die Regelungen in § 1906 BGB n.F. und FamFG für den rechtlichen Betreuer

§ 4 Materiellrechtliche und verfahrensrechtliche Neuerungen

1) Materiellrechtliche Neuerungen im Bürgerlichen Gesetzbuch

Die neuen Regelungen im materiellen Recht des BGB sehen vor allem die Berechtigung des Betreuers zur Einwilligung in eine ärztliche Zwangsmaßnahme vor (arg. e. § 1906 Abs. 3 BGB n.F. pr.). Diese Berechtigung wird aber natürlich sachgerechter Weise eingeschränkt. Eine solche Einwilligung ist nur zulässig, wenn die weiteren Voraussetzungen vorliegen, die in § 1906 Ziffern 1-5 BGB aufgeführt sind. Insbesondere muss der Betroffene aufgrund Krankheit oder Behinderung die Notwendigkeit der ärztlichen Maßnahme nicht erkennen oder nicht nach dieser Einsicht handeln können. Es muss ein vergeblicher Überzeugungsversuch stattgefunden haben. Die Maßnahme muss zur Abwendung eines drohenden erheblichen gesundheitlichen Schadens erforderlich sein. Der Schaden darf nicht durch eine andere zumutbare Maßnahme abwendbar sein. Und schließlich muss der zu erwartende Nutzen der Maßnahme die zu erwartenden Beeinträchtigungen deutlich überwiegen⁴⁴.

Darüber hinaus wird in dem neu eingefügten § 1906 Abs. 3a BGB die Genehmigung durch das Betreuungsgericht für nötig erklärt. Klargestellt ist durch die Neufassung der Regelungen ebenfalls, dass die ärztlichen Maßnahmen im Rahmen einer Unterbringung durchgeführt werden müssen. Nur bei stationärer Aufnahme sind die Maßnahmen möglich.

Insbesondere wird damit eine rein ambulante Zwangsbehandlung vom Gesetz nicht gedeckt⁴⁵. Vermutlich wird damit

39 Vgl. nur Lipp, JZ 2006, 661.

40 BVerfG, Beschluss vom 20.2.2013; 2 BvR 228/12 (juris), insb. Rn 63 und 47, zu § 1906 BGB. Siehe aber auch die Stellungnahmen des BGH und BMJ, welche in Rn 38 und 44 wiedergegeben sind.

41 Bundestagsdrucksachen 17/12086, S. 1, Text des Gesetzentwurfes auf Seite 4.

42 Bundestagsdrucksachen 17/12086, S. 2, Text des Gesetzentwurfes auf Seiten 5 und 6.

43 Wenn auch zugegebenermaßen von einem anderen Gesetzgeber (nämlich der Bundesgesetzgeber, der für das bürgerliche Recht Gesetzgebungskompetenz hat).

44 Vgl. Götz, in: Palandt, Nachtrag, 2013, § 1906 Rn 1.

45 Vgl. Götz, in: Palandt, Nachtrag, 2013, § 1906 Rn 4.

auch die Diskussion um die Zulässigkeit einer solchen als gesetzgeberisch entschieden (und zwar verneinend) angesehen werden. Ob dies im Hinblick auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit richtig ist und ob es legislativpolitisch sinnvoll ist, kann man mit Fug bezweifeln. Denn die Zwangsbehandlung in Verbindung mit einer Unterbringung ist eingriffsintensiver als die reine Zwangsbehandlung ohne Unterbringung. Denn sie greift darüber hinaus auch in die Freiheit zur Selbstbestimmung über den Aufenthalt ein.

Ganz unabhängig davon ist natürlich fraglich, ob wirklich die gerichtlichen Genehmigungserfordernisse in den §§ 1904, 1906 BGB wünschenswert sind⁴⁶.

2) Verfahrensrechtliche Neuerungen durch Änderungen im FamFG

Die materiellrechtlichen Regelungen werden durch verfahrensrechtliche Regelungen im FamFG flankiert. Insbesondere ist (selbstverständlich) nach wie vor erforderlich, dass ein Gutachten die Notwendigkeit der Maßnahme bestätigt, § 321 FamFG n.F. Eine für die Praxis wichtige Neuregelung enthält der neu eingefügte S. 5 von Abs. 1 des § 321 FamFG, der besagt, dass der Sachverständige nicht der „zwangsbehandelnde Arzt“ sein soll. Dies bedeutet, dass die Erforderlichkeit und Geeignetheit der Behandlung letztlich im Regelfall durch zwei Ärzte geprüft wird. Weiterhin ist eine vorläufige Unterbringungsmaßnahme durch einstweilige Anordnung möglich, § 331 FamFG. In dessen neu gefasster Nr. 2 wird niedergelegt, dass der Arzt, der das ärztliche Zeugnis erstellt, Erfahrung auf dem Gebiet der Psychiatrie haben muss und Arzt für Psychiatrie sein soll. Auch in Bezug auf die Dauer einer einstweiligen Anordnung erfolgt eine Konkretisierung in § 332 Abs. 2 FamFG n.F. Sie darf zwei Wochen nicht überschreiten. Bei mehrfacher Verlängerung darf die Gesamtdauer sechs Wochen nicht überschreiten.

Durch die Einfügung von S. 3 in § 312 FamFG ist nunmehr festgelegt, dass zwingend ein Verfahrenspfleger zu bestellen ist⁴⁷. Dieser Teil der Regelung scheint auch im Hinblick auf die Betonung der auch verfahrensrechtlichen Aspekte des Grundsatzes eines effektiven Rechtsschutzes durch das Bundesverfassungsgericht aufgenommen zu sein. Wenn man den Wortlaut und Regelungsgehalt der neuen Vorschriften in BGB und FamFG vor dem Hintergrund der vorerwähnten Verfassungsgerichtsentscheidung vom 23.03.2011 sieht, wird deutlich, wie genau sich der Gesetzgeber an dem Beschluss orientiert hat.

3) Kurze Würdigung

a) Rechtsklarheit und Rechtssicherheit (trotz sprachlicher und redaktioneller Mängel)

Ohne Zweifel ist die Neufassung mit der ausdrücklichen gesetzlichen Erwähnung der Berechtigung des Betreuers zu Zwangsmaßnahmen wegen ihrer größeren Klarheit gegenüber der alten Gesetzesfassung rechtsstaatlich vorzugswürdig. Dies muss man auch konzedieren, wenn man im alten Gesetzesrecht die angebliche Lücke als nicht vorhanden an-

sah⁴⁸. Besonders gelungen ist die Neufassung des § 1906 BGB aber dennoch nicht.

Schon die wörtlich beibehaltene Überschrift der Norm („Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bei der Unterbringung“) ist genau genommen *ungenau*. Und dies in mehrerlei Hinsicht. Gegenstand der Vorschrift ist natürlich nicht nur die Genehmigung des Betreuungsgerichts bei der Unterbringung. Vielmehr legt die Vorschrift fest, unter welchen Voraussetzungen ein Betreuer eine Unterbringung veranlassen darf. Die Genehmigungsbedürftigkeit der Unterbringung selbst wird statuiert. Sodann finden sich eben die Voraussetzungen für die rechtmäßige Einwilligung des Betreuers bei so genannten ärztlichen Zwangsmaßnahmen. Auch für diese Einwilligung wird die Genehmigungsbedürftigkeit statuiert.

Schließlich wird eine Formvorschrift für eine Vollmacht, die zur Unterbringung und Einwilligung in diesem Sinn ermächtigen soll aufgestellt (Schriftlichkeit). Außerdem wird geregelt, dass die Unterbringung und Einwilligung durch einen Bevollmächtigten „vorausgesetzt“, dass die Maßnahmen ausdrücklich umfasst sind.

All dies ist natürlich aus der Überschrift von § 1906 BGB, die Teil des Gesetzestextes ist, nicht zu erraten. Deckt eine Überschrift auch nicht annähernd den Sinngehalt des unterschriebenen Textes, lässt man sie aber besser weg.

Auch ansonsten finden sich sprachliche Ungenauigkeiten und Wiederholungen im Gesetz. So ist die rechtsstaatliche Selbstverständlichkeit, dass die Maßnahme (Unterbringung und Heilbehandlung wider Willen) erforderlich und also verhältnismäßig sein muss, gleich mehrmals hervorgehoben⁴⁹.

Auch ist der in § 1906 Abs. 3 BGB n.F. legaldefinierte und auch in § 312 FamFG verwandte Begriff der „ärztlichen Zwangsmaßnahme“ ungenau und irreführend. Richtigerweise geht es um eine *medizinische* Maßnahme. Und richtigerweise wird der *Zwang* natürlich *nicht vom Arzt ausgeübt*. Dieser macht nur ein Behandlungsangebot aufgrund der von ihm erstellten Diagnose. Der Zwang geht *vom Betreuer* aus. Die Kritik an dieser Formulierung gilt natürlich umso mehr für den „zwangsbehandelnden Arzt“, der nunmehr in § 321 Abs. 1 FamFG auftaucht. Dies ist ein selbst für juristische Fachsprache besonders missglückter Ausdruck.

Diese erheblichen sprachlichen Ungenauigkeiten sind störend. Dies gilt insbesondere, nachdem vom Bundesverfassungsgericht und dem Bundesgerichtshof gerade auf die deutliche und exakte Formulierung des Gesetzes als rechtsstaatlich wünschenswert hingewiesen worden war.

48 Das Bild ist (möglicherweise) schief. Eine bessere Formulierung fiel dem Verfasser nicht ein.

49 § 1906 Abs. 1 pr.: „erforderlich“, dort Z. 2 „notwendig“ und „ohne die Unterbringung ... nicht durchgeführt werden kann“. All das stellt eigentlich nur eine umständliche Formulierung für die Notwendigkeit dar. Gleichermaßen wird zum einen in Abs. 3 Z. 3 die Erforderlichkeit der Maßnahme zur Abwendung des Schadens hervorgehoben und zum anderen in Z. 4 geregelt, dass Voraussetzung ist, der Schaden könne durch keine andere zumutbare Maßnahme abgewendet werden. Das erscheint redundant. Nur wenn der Schaden nicht anders abwendbar ist, ist die Maßnahme erforderlich.

46 Zweifel daran äußert dezidiert Schwab, in: Festschrift für Dieter Henrich, 2000, S. 511, 518 ff.

47 Vgl. Götz, in: Palandt, Nachtrag, 2013, § 1906 Rn 8.

In der Sache positiv sind die zeitlichen Beschränkungen einer einstweiligen Anordnung (zwei Wochen und sechs Wochen) zu werten. Gleiches gilt für die Anforderungen an die Spezialisierung der gutachtenden Ärzte. Wie die veröffentlichten Fälle zeigen, handelt es sich überwiegend, wenn nicht ausschließlich um Fälle schwerwiegender psychiatrischer Erkrankungen. Dann ist es auch angezeigt, nur in diesem Bereich ausgewiesene Ärzte zur Beurteilung der medizinischen Seite heranzuziehen.

b) Zweifel an der Notwendigkeit der Kontrolle durch fünf Personen

Nicht uneingeschränkt positiv wird man allerdings die im Verfahrensrecht angesiedelte Mehrfachprüfung werten müssen. Der erste Arzt diagnostiziert und schlägt eine Behandlung vor, der Betreuer entscheidet hierüber; der zweite Arzt gibt ein Gutachten ab; der Verfahrenspfleger nimmt die Rechte des Betroffenen wahr - und der Betreuungsrichter genehmigt schließlich.

Auch wenn die Beiziehung eines zweiten medizinischen Sachverständigen auf den ersten Blick zur besseren Absicherung der Beweislage sinnvoll scheint, sind doch Zweifel an der Sinnhaftigkeit angebracht. Zum einen fragt sich praktisch, ob man in allen Fällen immer genügend zur Erstellung eines Gutachtens bereite Ärzte zur Verfügung hat. Und: Jede weitere Begutachtung führt zu einer zeitlichen Verzögerung der medizinischen Maßnahmen. In den meisten Fällen wird aber die Durchführung der Behandlung mehr oder weniger eilig sein. Im übrigen wird man im Regelfall davon ausgehen dürfen, dass schon der erste Arzt sich seine Entscheidung, eine medizinische Behandlung gegen den natürlichen Willen des Betroffenen zu empfehlen, nicht leicht machen wird. Gleiches gilt für den Betreuer, der das ärztliche Behandlungsangebot prüfen und annehmen muss. Und gleiches gilt natürlich auch für den zur Prüfung der Genehmigungsfähigkeit zuständigen Richter. Im Regelfall wird man diese Prüfung durch drei Fachleute für ausreichend halten können. Zwingend einen zweiten Arzt und einen Verfahrenspfleger beiziehen zu müssen, erscheint im Rahmen der betreuungsrechtlichen Fallkonstellationen als übertrieben.

Die Berechtigung der generellen Bedenken gegen das Genehmigungserfordernis, die etwa von *Schwab* angeführt werden⁵⁰, wird hier wieder deutlich.

Anderes mag im Bereich der öffentlich-rechtlichen Unterbringung gelten, und anderes mag im Maßregelvollzug gelten.

c) **Kehrseite der verfahrensrechtlichen Anforderungen: Eingriffsverstärkung durch weiteres Eindringen des Staates in den gesundheitlichen Privatbereich**

Auch aus Sicht des Betroffenen erscheint es nicht zwangsläufig vorzugswürdig zu sein, in der akuten Krankheitssituation gleich fünf verschiedenen und bis auf den Betreuer

üblicherweise unbekannten Personen ausgesetzt (um nicht zu sagen: ausgeliefert) zu sein. In der Diskussion wird der folgende Aspekt nicht wirklich erwähnt. Es wird immer wieder betont, der Grundrechtsschutz habe auch durch verfahrensrechtliche Vorschriften und Maßnahmen zu erfolgen. Insbesondere das Bundesverfassungsgericht stellt diesen Aspekt mit in den Vordergrund.

Man darf aber nicht übersehen, dass natürlich der Betroffene auch eine Kehrseite des gerichtlichen Genehmigungsverfahrens sieht⁵¹. Die Verfahrensanforderungen haben zwei Seiten. Einmal Schutz des Grundrechtsträgers durch institutionalisierte Kontrolle. Zum anderen aber auch: Das Verfahren selber stellt sich als mehr oder weniger gravierender Eingriff in die Grundrechtsposition dar. Es bedeutet zwingend ein erweitertes Eingreifen des Staates in den höchstpersönlichen Bereich der Gesundheitsfürsorge. Dies gilt insbesondere dann, wenn der betroffene Patient in guten Tagen in Kenntnis seiner gesundheitlichen Prädispositionen durch eine konkrete Patientenverfügung Weisungen für eine Behandlung aufgestellt hat. Nach dem Geltungsumfang der Neuregelungen wird auch eine diese Patientenverfügung umsetzende Betreuer Einwilligung dem Genehmigungsregime unterliegen. Ob dies sehr wünschenswert ist, darf bezweifelt werden.

IV. DIE REGELUNGEN IN § 1906 BGB N.F. FÜR DEN BEVOLLMÄCHTIGTEN

§ 5 Zur Systematik der Erweiterung der Regeln für einen Bevollmächtigten

1) Ähnlichkeit des Lebenssachverhaltes für den Betroffenen

Die kritische Lebenssituation, für die das Gesetz eine Regelung findet, ist für den Betroffenen unabhängig davon, ob ein gerichtlicher Betreuer für ihn entscheidet oder ein von ihm Bevollmächtigter, identisch. Insofern erscheint es nahe liegend, dass der Gesetzgeber bei Gelegenheit der Anpassung des Rechts der Betreuung auch den verwandten Bereich der Vorsorgevollmacht mit ordnet. Der Gesetzgeber hat dies getan. In Abs. 5 von § 1906 BGB n.F. trifft er auch Regeln, die die Einwilligung in und Durchsetzung von sogenannten ärztlichen Zwangsmaßnahmen durch einen Bevollmächtigten betreffen. Form, Ausdrücklichkeit der Maßnahmen im Wortlaut und Reichweite des Textes der Vollmacht werden in § 1906 Abs. 5 S. 1 BGB geregelt. Das Genehmigungserfordernis wird in § 1906 Abs. 5 S. 2 in Verbindung mit Abs. 2 BGB statuiert.

Auch die wichtige verfahrensrechtliche Regel von § 312 FamFG n.F. ist zu erwähnen. Danach gilt in diesem Unterbringungsverfahren, dass bei der Genehmigung einer Einwilligung in eine ärztliche Zwangsmaßnahme die Bestellung eines Verfahrenspflegers stets erforderlich ist. Über § 321 FamFG gilt für die praktische Seite, dass eine zweite ärztliche Untersuchung und Stellungnahme notwendig ist.

50 Schwab, in: Festschrift für Dieter Henrich, 2000, S. 511, 518 ff.

51 Ähnlich Schwab, in: Festschrift für Dieter Henrich, 2000, S. 511, 519 zum alten Recht.

2) *Verortung der Regelung zur Vollmacht im Vierten Buch des BGB statt im Allgemeinen Teil unter „Vertretung und Vollmacht“*

Im Hinblick auf die Identität des Lebenssachverhaltes für den Betroffenen ist die Aufnahme der Neuregelungen auch für die Vollmacht in dem Teil des BGB, der sich mit rechtlicher Betreuung und betreuungsgerichtlichen Genehmigungserfordernissen befasst, konsequent. Als Alternative hätte zur Verfügung gestanden, die Vorschriften über die Vollmacht im Allgemeinen Teil des BGB zu erweitern. Gesetzessystematisch wäre dies wahrscheinlich auch sachgerecht gewesen. Nachdem aber bereits die Regelung der Patientenverfügung in § 1901a BGB und Detailvorschriften der Vorsorgevollmacht - eigentlich systemwidrig - in § 1904 und 1906 BGB a.F. niedergelegt waren, bot sich an, auch diese Neuregelung im Vierten Buch des BGB aufzunehmen.

§ 6 Zur Dogmatik des § 1906 Abs. 5 BGB n.F.

1) *Schriftform und Ausdrücklichkeit*

Im deutschen Recht ist der allgemeine Grundsatz, dass eine Vollmacht formlos erteilt werden kann. Sogar eine für die Vornahme eines selbst formpflichtigen Rechtsgeschäftes gedachte Vollmacht ist im Regelfall formlos gültig, § 167 Abs. 2 BGB. Von dieser Grundregel weicht die Neufassung von § 1906 BGB ab. Sie stellt das Erfordernis der Schriftform auf. Eine nur mündlich erteilte Vollmacht kann die Einwilligung in ärztliche Zwangsmaßnahmen nicht abdecken. Bereits nach § 1906 BGB a.F. galt dies für Unterbringungsmaßnahmen und nach § 1904 Abs. 5 BGB, der die gleichen Anforderungen für eine Vollmacht aufstellt, die bestimmte besonders gefährliche Behandlungsmaßnahmen medizinischer Arzt umfassen soll. Schriftform heißt Beachtung von § 126 BGB, also eigenhändige Namensunterschrift des Ausstellers.

Darüber hinaus setzt die Vollmacht voraus, dass die Maßnahmen ausdrücklich aufgenommen sind. Auch dies stellt eine Ausnahme zum allgemeinen Recht der Vollmacht dar, in dem Ausdrücklichkeit nicht verlangt wird. Und auch dies stellt einen Parallelismus zu § 1904 Absatz 4 BGB und § 1906 Abs. 5 BGB a.F. dar.

Ausdrücklichkeit heißt nun natürlich nicht, dass die konkrete Maßnahme wörtlich wiedergegeben sein muss⁵². Eine Vollmacht muss also nicht ausführen, dass „eine Gabe von antipsychotischen Depotmedikationen (wie z.B. Olanzapin-Depot oder Risperidon-Depot) bei Diagnose einer chronifiziert paranoiden Schizophrenie“⁵³ zulässig sein soll. Vielmehr muss eine allgemeine sozusagen der Gattung nach bestimmte Formulierung ausreichen. Sicher folgt dies nicht zwingend aus dem Wortlaut der Vorschrift. Zu verlangen, dass detailliert alle möglichen Krankheitsbilder und Behandlungsmaßnahmen aufgenommen sein müssen, würde aber zu keinem praktikablen Ergebnis führen. Natürlich hat der medizinische Laie keine auch nur annähernde Vorstellung davon, welche Krankheitsbilder sich entwickeln können.

Und deswegen können sie auch nicht in den Vollmachtstext aufgenommen werden. Noch viel weniger kann man verlangen, dass die zu verabreichten Medikamente benannt werden. Dies ergibt sich schon daraus, dass andernfalls die Vollmacht in medizinischen Angelegenheiten nach einiger Zeit infolge des pharmakologischen Fortschritts veralten würde.

Jedenfalls aber sollte der Vollmachtstext den Gegenstand der medizinischen Maßnahmen der Art nach umschreiben und sich möglichst am Wortlaut der Norm orientieren, auch wenn letztlich die Auslegung des Willens des Beteiligten ausschlaggebend sein muss.

2) *Zeitlicher Anwendungsbereich, oder: Gelten alte Vollmachten fort?*

Zum zeitlichen Anwendungsbereich der Regeln über die Vorsorgevollmacht gilt das gleiche wie bei der Betreuung. Das Gesetz trat mit Wirkung vom 26. Februar 2013 in Kraft. Eine nach diesem Zeitpunkt erstellte Vollmacht muss den gesetzlichen Anforderungen genügen. Fraglich ist der intertemporale Anwendungsbereich. Gilt eine allgemeine Vorsorgevollmacht aus dem Jahre 2005 auch für die Erteilung einer Einwilligung in die Zwangsbehandlung? Eine ausdrückliche Regelung der Art, dass alte Vollmachten weitergelten, hat das Gesetz nicht aufgenommen. Richtigerweise wird man davon auszugehen haben, dass eine *alte Vollmacht fortwirkt*. Dies gilt aus folgenden Erwägungen: Eine umfassende Vollmacht wird dem vom Betroffenen persönlich ausgesuchten Bevollmächtigten erteilt, weil in diese Person besonderes Vertrauen gesetzt wird. War er ursprünglich bevollmächtigt, auch einwilligen zu können in das, was nach neuer Rechtslage als „ärztliche Zwangsmaßnahme“ angesehen wird, wäre es nicht sachgerecht, mit der Gesetzesänderung diesem Teil der Vollmacht die Wirksamkeit zu nehmen. Prononciert formuliert: Wenn die Einwilligung in eine Maßnahme am 20. Februar 2013 mit der Vollmacht wirksam erteilt werden konnte, wäre kaum nachvollziehbar, dass im Rahmen des nächsten psychotischen Schubes des Vollmachtgebers am 15. März 2013 die Vollmacht nicht mehr genügen sollte⁵⁴.

Dies gilt auch insbesondere wegen der vom Vollmachtgeber in aller Regel jedenfalls als Nebenziel der Vollmacht mitbeabsichtigten *Vermeidung einer rechtlichen Betreuung*. Viele Menschen wünschen privatautonom im guten Tagen für schlechte Tage zu sorgen, indem sie eine Vertrauensperson mit der Wahrnehmung ihrer Angelegenheiten betrauen. Die Vorstellung, einem von Gericht ausgewählten und bestellten Betreuer ausgeliefert zu sein, ist für viele Menschen keine positive. Mit der Anerkennung des Instituts der Vorsorgevollmacht hat die Rechtsordnung und später auch der Gesetzgeber ausdrücklich (§ 1901a S. 2 und 3, 1904 Abs. 2, 1906 Abs. 5 BGB a.F.) dies umgesetzt. Würde nun eine spätere Gesetzgebung den Verwendungsbereich einer Vollmacht einschränken, ohne dies ausdrücklich vorzusehen, würde gegebenenfalls doch die Anordnung einer Betreuung erforderlich. Für Fortgeltung spricht auch, dass mancher Vollmachtgeber in der Zwischenzeit infolge Krankheit keine Vollmacht mehr wirksam wird erteilen können. Ein

⁵² Vgl. Schwab, in: Festschrift für Dieter Henrich, 2000, S. 511, 526 f.

⁵³ Fall von BVerfG (Beschluss vom 20.2.2013; 2 BvR 228/12), zitiert nach juris, vgl. Rn 24 und 31.

⁵⁴ Zum Parallelfall vgl. Schwab, in: Festschrift für Dieter Henrich, 2000, S. 511, 526 f.

Gesetz, das den Schutz eines Vollmachtgebers beabsichtigt, würde für Altfälle dessen Wünsche negieren.

Es erscheint auch als nicht sachgerecht, einer Auslegung zu folgen, die es nötig macht, eine einmal erteilte Vollmacht ständig überprüfen zu müssen, ob es etwa neue Formvorschriften gibt. Indiz für die Richtigkeit dieser Auffassung ist, dass etwa das auf der homepage des *Bundesjustizministeriums* vorgestellte Musterformular einer Vorsorgevollmacht auch im April 2013 die gesetzgeberische Neuregelung noch nicht aufgenommen hatte⁵⁵. Bei Verwendung dieses Formulars ist weder die *Schriftlichkeit* noch die *Ausdrücklichkeit*, die § 1906 Abs. 5 BGB n.F. verlangt, gewahrt.

Es ist also zumindest missverständlich wenn eine Anpassung bisheriger Vollmachten verlangt wird⁵⁶. Wer auf Nummer sicher gehen will, der sollte seine Vollmacht aber ergänzen. D.h. er sollte auf die Gegenstände seiner Gesundheitsfürsorge beschränkte Vollmacht neu erteilen.

3) *Notwendigkeit der Bestellung eines Verfahrenspflegers, § 321 S. 3 FamFG n. F.*

Auch bei Einwilligung in eine ärztliche Zwangsmaßnahme durch einen Bevollmächtigten ist im Rahmen des Genehmigungsverfahrens gemäß § 321 FamFG n.F. ein Verfahrenspfleger erforderlich. Die oben⁵⁷ skizzierte (und kritisierte) zwingende Befassung von fünf Personen mit Prüfungs- und Kontrollfunktion, die bei von einem rechtlichen Betreuer erteilter Einwilligung in eine medizinische Zwangsmaßnahme vom Gesetz vorgesehen ist, findet sich auch bei Einwilligung eines Bevollmächtigten. So gut das auch gemeint sein mag: Wenn es schon beim Betreuer nicht überzeugt, ist es erst recht bei dem vom Betroffenen eigenverantwortlich ausgesuchten Bevollmächtigten keine gelungene Regelung.

§ 7 Die Vorschrift von § 1906 Abs. 5 BGB und die notarielle Praxis der Vorsorgevollmacht

1) *Ausdrücklichkeit*

a) **Bevollmächtigung zur Einwilligung in und Durchsetzung von Zwangsmaßnahmen**

Wird eine Notarin mit der Aufgabe betraut, eine formgültige Vollmacht zu erstellen, hat sie natürlich gesetzliche Formerfordernisse zu beachten. Nicht nur hat sie den Willen der Beteiligten zu erforschen und zweifelsfrei und klar formuliert in der Urkunde wiederzugeben. Sondern sie hat auch durch sachgerechte Formulierung sicherzustellen, dass der mit der Vollmacht letztlich bezweckte Erfolg erreicht werden kann. Auf der sicheren Seite wird sie bei der Formulierung sein, wenn sie in den Text der Vollmacht den betreffenden Text

des Gesetzes wörtlich wiedergibt. Die Formulierung könnte also z.B.⁵⁸ lauten:

Der Bevollmächtigte ist auch berechtigt, die Einwilligung in eine Unterbringung sowie in eine ärztliche Zwangsmaßnahme nach § 1906 BGB zu erteilen, wenn sie meinem natürlichen Willen widerspricht, wenn ich aufgrund einer psychischen Krankheit oder einer geistigen oder seelischen Behinderung die Notwendigkeit der ärztlichen Maßnahme und der Unterbringung nicht erkennen oder nicht nach dieser Einsicht handeln kann, die ärztliche Zwangsmaßnahme aber zu meinem Wohl erforderlich ist, um einen drohenden erheblichen gesundheitlichen Schaden abzuwenden. Der Bevollmächtigte ist berechtigt, die Maßnahmen durchzusetzen.

Richtig dürfte aber sein, dass eine *wörtliche* Wiedergabe des Gesetzestextes nicht erforderlich ist. Es muss genügen, auf die Vorschrift zu verweisen und die Einwilligung in ärztliche Zwangsmaßnahmen bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen von § 1906 BGB zu erwähnen. Die Formulierung könnte lauten:

Der Bevollmächtigte ist auch berechtigt, eine Einwilligung in eine ärztliche Zwangsmaßnahme zu erteilen, wenn die Voraussetzungen von § 1906 BGB im übrigen vorliegen. Der Bevollmächtigte ist berechtigt, die Maßnahmen durchzusetzen.

Oder:

Der Bevollmächtigte ist auch berechtigt, eine Einwilligung in eine ärztliche Zwangsmaßnahme im Sinn von § 1906 BGB zu erteilen und die Maßnahmen durchzusetzen.

Dieser Textteil könnte sich im Rahmen der Vollmacht anschließen an die Ausführungen zu den Berechtigungen des Bevollmächtigten für den gesundheitlichen Bereich⁵⁹.

Als weiterer Punkt sollte auf die Genehmigungsbedürftigkeit einer solchen Einwilligung durch das Betreuungsgericht hingewiesen werden. Dies sollte in der Urkunde vermerkt werden. Jedenfalls dem Regelungsziel des § 18 BeurkG wird dies entsprechen. Die Vorschrift gibt zwar nur vor, dass über das Erfordernis von Genehmigungen für Rechtsgeschäfte zu belehren ist. Das von dem Notar beurkundete Rechtsgeschäft, nämlich die Vollmachtserteilung, ist aber gerade nicht genehmigungsbedürftig. Dennoch ist es veranlasst, darauf hinzuweisen. Zum einen dient es der Klarstellung der Belehrung für den Vollmachtgeber. Es gehört mittelbar zur rechtlichen Tragweite der Vollmachtserteilung im weiteren Sinne. Die Erfahrung der notariellen Beurkundungsverhandlung zeigt, dass Vollmachtgeber oftmals irritiert sind, wenn sie darüber aufgeklärt werden, dass etwa eine Unterbringung die Einschaltung des Amtsgerichts zwingend erforderlich macht.

55 http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/broschueren_fuer_warenkorb/Anlagen/Vorsorgevollmacht_Formular.pdf?__blob=publicationFile [besucht am 02.04.2013]

56 So etwa Jaschinski, in: jurisPK-BGB, 6. Auflage 2012, Stand 25.02.2013, § 1906 Rn 75.24.

57 Unter III § 4 unter 3 b).

58 Ein Formulierungsvorschlag findet sich auch in Heft 3/2013 der Zeitschrift Notar auf Seite 105 f.

59 Siehe das Muster etwa bei Rawert, in: Hoffmann-Becking/Rawert, Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, 11. Auflage, 2013, S. 95 unter I. 39.

Hier herrscht eine große tatsächliche Rechtsunkenntnis in der Bevölkerung. Damit der Vollmachtgeber weiß, welche Rechtsmacht er überträgt und welchen Beschränkungen der Bevollmächtigte ausgesetzt ist, sollte dies in der Verhandlung angesprochen und in der Urkunde vermerkt werden. Außerdem ist der Vermerk sozusagen als Merkposten für den Bevollmächtigten wichtig. Dieser ist beurkundungsverfahrensmäßig an der Urkunde nicht beteiligt, oftmals bei der Beurkundung auch nicht anwesend und daher nicht Adressat der notariellen Belehrung. Insbesondere wenn er rechtlicher Laie ist, ist es von besonderer Wichtigkeit, dass er aus dem Vollmachtstext entnehmen kann, wofür er eine Genehmigung des Betreuungsgerichtes braucht. Gerade da die medizinischen Maßnahmen häufig Eilfälle betreffen, gehört es in die Urkunde.

b) Ausschluss der Einwilligung in ärztliche Zwangsmaßnahmen und Unterbringung im Rahmen der Vollmacht

Nicht nur die ausdrückliche Ermächtigung zur Einwilligung in ärztliche Zwangsmaßnahmen kann gewünscht sein. Vielmehr sind Fälle denkbar, in denen der Vollmachtgeber gerade nicht möchte, dass der Bevollmächtigte eine solche Entscheidung trifft. Dann sollte man klarstellend diese Einschränkung der Vollmacht aufnehmen. Das kann formuliert werden:

Die Vollmacht umfasst nicht die Einwilligung in ärztliche Zwangsmaßnahmen nach § 1906 Abs. 3 BGB und nicht die Einwilligung in Unterbringung.

2) Schriftform

Schriftform bedeutet Einhaltung der Anforderungen des § 126 BGB, also insbesondere eigenhändige Namensunterschrift⁶⁰. Gemäß § 126 Abs. 3 BGB i.V.m. § 126a BGB ist auch die elektronische Form möglich. Im täglichen notariellen Geschäft kommt die Vorsorgevollmacht vor allem als beurkundete rechtsgeschäftliche Erklärung vor. Umfasst der Vollmachtstext die Maßnahmen nach § 1906 BGB n.F., ist die Schriftform nach § 126 Abs. 4 BGB natürlich erfüllt. Der Bevollmächtigte weist seine Berechtigung durch Vorlage einer ihm erteilten Ausfertigung nach.

Wünschen die Beteiligten, dass der Notar nur die Unterschrift unter dem Vollmachtstext öffentlich beglaubigt, sollte man auf jeden Fall den Text daraufhin anschauen, ob die Ausdrücklichkeit der Formulierung eingehalten ist. Gerade in der sozusagen Übergangszeit kurz nach dem Inkrafttreten des Gesetzes kursieren natürlich noch immer unzählige alte Formulare, die den neuen gesetzlichen Anforderungen nicht entsprechen – nicht zuletzt das auf der Homepage des Bundesjustizministeriums⁶¹.

V. Schluss

§ 8 Zusammenfassung

Die Neufassung von § 1906 BGB und die sie begleitenden Änderungen in anderen Gesetzen (vor allem im FamFG) durch das Gesetz zur Regelung der betreuungsgerichtlichen Einwilligung in eine ärztliche Zwangsmaßnahme vom 18. Februar 2013 führt zu einer klareren und rechtssichereren Gesetzeslage als zuvor. Die gesetzgeberischen Maßnahmen waren erforderlich geworden infolge einer interessanten Reihung von Gerichtsentscheidungen, die für Rechtsfortbildung gesorgt haben. Wer sich für die Bedeutung von richterlichen Erkenntnissen für die Anwendung und Geltung von Recht interessiert, für den ist dies ein spannendes Phänomen. Im Bereich des Maßregelvollzugs werden gesetzliche Grundlagen des rheinland-pfälzischen Landesrechts, die medizinische Zwangsmaßnahmen im Rahmen der Unterbringung gestatten, durch das Bundesverfassungsgericht für nichtig erklärt. Als Eingriffsgrundlagen seien sie nicht grundgesetzkonform. In der Folge kündigen einige ordentliche Gerichte der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu einer Parallelvorschrift im Betreuungsrecht des BGB (§ 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB) die Gefolgschaft auf. Sie machen sich die Sachargumente der verfassungsgerichtlichen Entscheidung zu eigen und übertragen sie auf den Vergleichsfall im Betreuungsrecht. Statt bei seiner Gesetzesauslegung zu bleiben, wie dies jedenfalls gut vertretbar gewesen wäre, gibt der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes seine richterrechtlich konkretisierte Rechtsprechung auf und erklärt, dass für medizinisch notwendige Maßnahmen dann keine Rechtsgrundlage vorliegt, wenn der natürliche Wille des eigentlich einwilligungsunfähigen Betroffenen die Maßnahme ablehnt. Die so entstandene bzw. die nun erstmals erkannte Lücke wird durch ein im Schnelldurchlauf verabschiedetes Gesetz geschlossen. Dessen Initiator (die CDU/CSU-Fraktion und die FDP-Fraktion des Bundestages) führt unter anderem an, man wolle die „alte Rechtslage“ wiederherstellen, die vor dem Rechtsprechungswandel des Bundesgerichtshofs vorhanden war. Der Gesetzgeber lehnt sich bei der Neuregelung eng an die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts zu den Anforderungen an ein grundgesetzkonformes Gesetz an.

Auch wenn nicht jedes Detail der neuen Regelungen jeden überzeugen wird, ist die Regelung insgesamt zu begrüßen. In diesem heiklen Lebensbereich ist es rechtsstaatlich wünschenswert, so genau wie möglich im Gesetzestext festzulegen, wer medizinische Zwangsmaßnahmen für einen Betroffenen, der nicht für sich selbst sorgen kann, verlässlich treffen darf. Und es ist wichtig, dass die Verfahrensregeln genau niedergelegt sind.

⁶⁰ Seltener vorkommend genügt aber ein notariell beglaubigtes Handzeichen.

⁶¹ S. oben Fn. 55.

Neues von der Wiederverwendung/Erweiterung einer Vormerkung

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

Die Rechtsprechung des BGH lässt die Wiederverwendung oder Erweiterung einer im Grundbuch eingetragenen Vormerkung für einen neuen oder jedenfalls veränderten Anspruch zu. Der BGH hat im Jahre 2012 mit drei Entscheidungen klar gestellt, dass die Vormerkung nicht zu einem abstrakten Sicherungsmittel der Art erwächst, dass der gesicherte Anspruch gegen einen beliebig anderen Anspruch ausgetauscht werden könnte. Mit einer der – unerfreulichen – (Fern-)Nebenwirkungen seiner Rechtsprechung, nämlich der Löscharbeit einer Vormerkung mit Sterbeurkunde, hatte sich der BGH zu befassen und für den betroffenen Teilbereich wieder Rechtsklarheit geschaffen.

I. Die Entscheidungen des BGH

1. Wiederverwendung einer Vormerkung

Am 26.11.1999 entschied der BGH¹, dass eine erloschene Eigentumsvormerkung durch erneute Bewilligung ohne Grundbuchberichtigung und ohne inhaltsgleiche Neueintragung wieder zur Sicherung eines neuen deckungsgleichen Anspruchs verwendet werden könne. Eintragung und (nachträgliche) Bewilligung der Vormerkung müssen den gleichen sicherungsfähigen, auf dingliche Rechtsänderung gerichteten Anspruch betreffen. Die Vormerkungswirkungen entstehen ab der Wirksamkeit der neuen Bewilligung. Es wurde kritisiert, dass es mit dieser Entscheidung zu einer Entwertung² des Grundbuchs komme, weil dessen Aufgabe, eindeutige, klare und vollständige Aussagen über vergangene und gegenwärtige Rechtsverhältnisse zu machen, erschwert werde.

2. Erweiterung einer Vormerkung

In einer zweiten Entscheidung hat es der BGH³ für zulässig erachtet, dass eine zur Sicherung eines durch Rücktritt bedingten Rückkaufanspruchs eingetragene Vormerkung durch Bewilligung auf weitere Rücktrittsgründe erstreckt werden kann, ohne dass es einer erneuten Eintragung

einer Vormerkung bedürfte. In dem entschiedenen Fall hatten die Eltern im Wege der vorweggenommenen Erbfolge ein Hausgrundstück ihrem Kind übertragen, das das Grundstück zu Lebzeiten ihrer Eltern nicht veräußern und nicht belasten durfte. Für den Fall des Verstoßes sollten die Eltern die durch Vormerkung abgesicherte Rückübertragung des Grundstücks verlangen können. Nach einem später notariell beurkundeten Vertrag wurden weitere Rückübertragungsansprüche vereinbart (z.B. Rückübertragung für den Fall der Ehescheidung des Übernehmers, Eintritt der Insolvenz oder bei Zwangsvollstreckungsmaßnahmen in das Grundstück), auf die sich die Vormerkung ohne erneute Eintragung erstrecken sollte. Der BGH hat dies zugelassen und zwar im Hinblick darauf, dass zwischen der erweiternden Bewilligung und der (schon) eingetragenen Vormerkung die notwendige inhaltliche Entsprechung bestand. Die Ergänzungen hätten den Schuldgrund, nicht den Inhalt des gesicherten Anspruchs betroffen, Eintragung und erweiternde Bewilligung seien kongruent.

3. Löschung der Vormerkung – Klarstellungen im Jahre 2012

In seinen Entscheidungen vom 3.5.2012 und 10.5.2012 widmet sich der BGH dem Wiederaufladen einer Vormerkung und befasste sich mit der Frage, ob die unrichtig gewordene Eintragung einer Vormerkung durch nachträgliche Bewilligung für einen neuen Anspruch verwendet werden kann, wenn Anspruch, Eintragung und Bewilligung kongruent sind. Danach fehlt es an dieser Übereinstimmung, wenn die Vormerkung für einen höchstpersönlichen, nicht vererblichen und nicht übertragbaren Rückübertragungsanspruch des Berechtigten eingetragen ist, die Vormerkung nach der nachfolgenden Bewilligung aber einen anderweitigen, vererblichen Anspruch sichern soll. Die Vormerkung sei nämlich kein abstraktes Sicherungsmittel der Art, dass der gesicherte Anspruch ohne weiteres gegen einen anderen Anspruch ausgetauscht werden könnte.⁴ Im entschiedenen Fall⁵ sicherte die Vormerkung ein nicht übertragbares und nicht vererbliches Rückforderungsrecht, das mit dem Tod des Rückforderungsberechtigten erlöschen soll, auch wenn der Rückforderungsanspruch bereits entstanden sein sollte, aber noch nicht erfüllt wurde. Bei einer solchen Konstellation könne die Vormerkung mit Sterbenachweis gelöscht werden, weil wegen Fehlens einer Kongruenz von ursprünglicher Grundbucheintragung und neuer (nachfolgender) Bewilligung eine Wiederverwendung der Vormerkung nicht möglich sei.

1 BGH, Urt. v. 26.11.1999 – V ZR 432/98, BGHZ 143, 175 = LM § 883 BGB Nr. 27 m. Anm. Stürner/Heggen = BWNtZ 2000, 64 = DNotZ 2000, 639 m. Anm. Wacke = EWIR 2000, 285 m. Anm. Grunsky = EWIR 2000, 583 m. Anm. Kessler = JR 2000, 58 m. Anm. Schubert = LM BGB § 883 Nr. 27 (7/2000) m. Anm. Stürner = MittBayNot 2000, 104 m. Anm. Demharter und MittBayNot 2000, 197 m. Anm. Amann = NJW 2000, 805 = Rpfleger 2000, 153 m. Anm. Streuer = Rpfleger 2006, 256 m. Anm. Demharter = ZfIR 2000, 121 und 207 m. Anm. Volmer; Entscheidungsbesprechung v. Schöpflin, JA 2000, 535.

2 Dazu ausführlich Böhlinger, NotBZ 2010, 84; Böttcher, NotBZ 2008, 401.

3 BGH, Urt. v. 7.12.2007 – V ZR 21/07, DNotZ 2008, 514 m. Anm. Amann = DNotI-Report 2008, 21 = EWIR 2008, 583 (bearb. v. Kessler) = JuS 2008, 467 (bearb. v. K. Schmidt) = MittBayNot 2008, 212 m. Anm. Demharter = NJW 2008, 578 = NZI 2008, 325 m. Anm. Kessler = Rpfleger 2008, 187 = ZfIR 2008, 113 m. Bespr. Zimmer S. 91 = ZIP 2008, 893 m. Anm. Mit-lehner; dazu Heggen, RNotZ 2008, 213; ders. RNotZ 2011, 329; kritisch Böttcher, NotBZ 2008, 401; ders., NJW 2010, 1647; Krause, NotBZ 2008, 407; Kohler, DNotZ 2011, 808; Amann, NotBZ 2012, 201.

4 Ebenso Krüger in Festschrift Krämer, 2009, S. 475, 478.

5 BGH, Beschl. v. 3.5.2012 – V ZB 258/11, DNotI-Report 2012, 98 = DNotZ 2012, 609 = EWIR 2012, 449 (bearb. v. Reymann) = FGPrax 2012, 142 m. Anm. Wiggers = JuS 2012, 943 m. Anm. K. Schmidt = NJW 2012, 2032 = Rpfleger 2012, 507 = ZfIR 2011, 598. Dazu Abicht, notar 2012, 225; Everts, ZfIR 2012, 589; Kessler, NJW 2012, 2765; Ising, NotBZ 2012, 290.

In einer weiteren Entscheidung vom 3.5.2012 bekräftigte BGH⁶ seine neue Sichtweise nochmals. Er wies erneut auf die Grenzen hin, die einer Wiederverwendung der Eintragung einer Vormerkung durch eine nachfolgende (materiellrechtlichen) Bewilligung gezogen sind. Im entschiedenen Fall waren die ihren Grundbesitz übergebenden Eltern als Gesamtberechtigte einer Vormerkung zur Sicherung eines nicht vererblichen Rückforderungsanspruchs eingetragen und einer der beiden Elternteile danach verstorben. Die Vormerkung beider Elternteile sollte gelöscht werden; der Grundstückseigentümer legte eine Sterbeurkunde des Verstorbenen und die Löschungsbewilligung des anderen Gesamtberechtigten vor. Da es eine Rechtsnachfolge an dem Anspruch des verstorbenen Elternteils nicht geben könne, dürfe die Löschung der Vormerkung auch nicht von der Vorlage der Bewilligung eines nicht existenten Rechtsnachfolgers abhängig gemacht werden; das Grundbuchamt könne nach Meinung des BGH die Vormerkung insgesamt mit Sterbeurkunde des verstorbenen Gesamtberechtigten und der Löschungsbewilligung des anderen Gesamtberechtigten löschen.

In einer weiteren Entscheidung vom 10.5.2012 hatte der BGH⁷ darüber zu befinden, wie eine Vormerkung für ein befristetes Rückkaufsrecht in der Zwangsversteigerung zu behandeln ist. Das Erlöschen des Anspruchs aus der Rückkaufvereinbarung ergab sich aus dem Rückabwicklungsvertrag, in welchem der damalige Kaufvertrag insgesamt und damit auch das Rückkaufsrecht aufgehoben werden. Der BGH ließ offen, ob die Beteiligten die Eintragung der Vormerkung durch eine nachfolgende Bewilligung und einen neuen Anspruch, nämlich einen Rücküberweisungsanspruch des ursprünglichen Verkäufers aus der Rückabwicklungsvereinbarung wieder werthaltig machen können. Jedenfalls ist der ursprüngliche Verkäufer auf Grund der Rückabwicklungsvereinbarung wieder als Eigentümer eingetragen worden, damit sei der der Vormerkung etwa unterlegte Anspruch aus der Rückabwicklungsvereinbarung nach § 362 BGB durch Erfüllung vollständig erloschen, ebenso auch die Vormerkung. Aus den zu den Grundakten gereichten öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunden könne festgestellt werden, dass ein im Grundbuch eingetragenes Recht nicht mehr bestehe. Ein zweiter Kaufvertrag enthalte schon deswegen keinen inhaltlich kongruenten Rücküberweisungsanspruch des Verkäufers, weil es um eine ganz andere neue Rechtsänderung gehe und mit solchen (neuen) Übertragungsansprüchen die Vormerkung nicht verknüpft werden könne. Der BGH resümiert: Eine Vormerkung zur Sicherung des Rücküberweisungsanspruchs aus einem Rückkaufsrecht des Verkäufers eines Grundstücks kann nach Erlöschen dieses Anspruchs mangels Anspruchskongruenz nicht mit einem Rücküberweisungsanspruch des Verkäufers aus einem weiteren Kaufvertrag mit einem Dritten „aufgeladen“ werden.

4. Nachfolgende Judikate

In dem vom OLG Nürnberg⁸ entschiedenen Fall ging es ebenfalls um die Wiederverwendung einer Eigentumsvormerkung. Die Eintragung der Vormerkung erfolgte zur Sicherung der Übertragungsansprüche „gemäß Bewilligung vom ...“, die damit nach § 885 Abs. 2 BGB genauso zum Inhalt des Grundbuchs geworden ist wie die in ihm vollzogene Eintragung selbst. In der das Rückforderungsrecht begründenden Urkunde wurde bestimmt, dass das erworbene Grundstück im Fall des Ablebens von X vor dem 1.1.2012 an Y zu übertragen ist; die Übertragbarkeit und Vererblichkeit wurde ausgeschlossen, es sei denn die Voraussetzung für die Erfüllung des Übertragungsanspruches ist bereits eingetreten. Nach OLG Nürnberg hätte auch im Falle einer Wiederaufladung der Vormerkung mit einem anderen Anspruch dieser neue zu sichernde Anspruch in Übereinstimmung mit dem Eintrag im Grundbuch nur unter der gleichen Bedingung bewilligt werden können wie der ursprüngliche gesicherte Anspruch. Daraus folge, dass, da der Eintritt der Bedingung (Ableben des X bis zum 31.12.2011) ausgeblieben ist, in einer im Hinblick auf die gebotene Rechtssicherheit jeden Zweifel ausschließenden Weise jede Möglichkeit ausgeschlossen ist, dass ein Übertragungsanspruch bis zum 31.12.2011 bereits entstanden ist oder später noch entstehen kann. In Fortführung der Rechtsprechung des BGH vom 3.5.2012⁹ könne die Löschung der Vormerkung allein aufgrund Unrichtigkeitsnachweises erfolgen.

In dem vom OLG Celle¹⁰ entschiedenen Fall war die Übernehmerin des Grundstücks zwar verpflichtet, über das Grundstück nicht ohne Zustimmung der Übergeber zu deren Lebzeiten zu verfügen. Der Rücküberweisungsanspruch sollte aber „nicht übertragbar und vererblich“ sein. Nach Auffassung des Gerichts ist diese Formulierung nicht eindeutig und auch nicht hinreichend sicher auslegbar. Denn sie lasse Raum für folgende Auslegungen: der Anspruch ist nicht übertragbar und nicht vererblich bzw. weder übertragbar noch vererblich oder nicht übertragbar, aber vererblich. Dass die letzte Alternative nicht völlig ausgeschlossen sei, zeige die Überlegung, dass damit das Verbleiben des Anspruchs in der Familie gesichert bliebe. Das Erlöschen des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs sei nicht nachgewiesen, weil der durch sie ursprünglich gesicherte Anspruch möglicherweise vererblich ist; die Vorlage einer Sterbeurkunde zur Löschung der Vormerkung genüge nicht.

II. Konsequenzen für die Notar- und Grundbuchpraxis

1. Konkretisierung des Anspruchs, eindeutige Wortwahl

Nach § 885 Abs. 2 BGB wird die nähere Bezeichnung des Anspruchs in der Eintragungsbewilligung ermöglicht; diese Merkmale des zu sichernden Anspruchs werden bei Eintragung der Vormerkung Grundbuchinhalt. Auch der Schuldgrund (z. B. Erbauseinandersetzungsvertrag oder Gutsüber-

6 BGH, Beschl. v. 3.5.2012 – V ZB 112/11, FamRZ 2012, 1213 = NotBZ 2012, 298 = ZfIR 2012, 608. Dazu Ising, NotBZ 2012, 290.

7 BGH, Beschl. v. 10.5.2012, V ZB 156/11, DNotI-Report 2012, 116 = DNotZ 2012, 763 = NJW 2012, 2654 = Rpfleger 2012, 558 = ZfIR 2012, 651 m. Anm. Böttcher.

8 OLG Nürnberg, Beschl. v. 28.8.2012 – 15 W 1364/12, DNotZ 2013, 26 = NotBZ 2012, 437.

9 BGH, Beschl. v. 3.5.2012 – V ZB 258/11, aaO (Fn. 5).

10 OLG Celle, Beschl. v. 30.8.2012 – 4 W 156/12, DNotZ 2013, 126 = ZfIR 2013, 216. Zu Auslegungsgrundsätzen zu der Vererblichkeit von Rückübertragungsansprüchen Lülendorf, MittRhNotK 1994 129, 135.

lassungsvertrag vom ..., UR ... des Notars ...) kann in der Eintragungsbewilligung angegeben und damit zum Inhalt des Grundbuchs gemacht werden.¹¹ Bei Rückforderungsrechten ist genau auf den Wortlaut der Vereinbarungen zu achten. Soll die Vormerkung mit einer Sterbeurkunde des Vormerkungsberechtigten gelöscht werden können, ist unzweideutig festzulegen, dass der Anspruch weder vererblich noch vererblich ist.¹² Empfehlenswert ist die Formulierung „Das Rückforderungsrecht des Übergebers ist nicht übertragbar und nicht vererblich, und zwar auch dann nicht, wenn der Rückforderungsanspruch infolge Bedingungseintritts bereits entstanden, aber noch nicht erfüllt ist.“¹³ Es ist also darauf zu achten, dass auch der zu Lebzeiten schon entstandene, aber noch nicht erfüllte Rückforderungsanspruch im Falle des Versterbens des Berechtigten untergeht.¹⁴ Letztere Vereinbarung dürfte aber nur dann sachgerecht sein, wenn es wirklich der Wille der Beteiligten ist, dass der zugrunde liegende Anspruch mit dem Tod erlöschen soll;¹⁵ meistens besteht jedoch ein Interessenwiderstreit zwischen Erwerber, Übergeber und dessen künftigen Erben. Die Belehrung des Notars könnte lauten:¹⁶ „Der Notar hat den Übertragenden darüber belehrt, dass eine Löschung der Eigentumsvormerkung nach seinem Tod durch Todesnachweis ohne Bewilligung seiner Erben herbeigeführt werden kann, auch wenn der Rückübertragungsanspruch bereits zu seinen Lebzeiten ausgeübt und hierdurch entstanden ist.“

Wird dagegen festgelegt, dass ein Erlöschen ausscheidet, wenn der Rückforderungsanspruch zu Lebzeiten des Berechtigten bereits entstanden, aber noch nicht erfüllt ist, kann mit der Sterbeurkunde die Vormerkung nicht mehr gelöscht werden.¹⁷ Notwendig wäre dann eine Löschungsbewilligung der Erben des Rückforderungsberechtigten unter Nachweis ihrer Stellung als Bewilligungsberechtigte mit den Urkunden nach § 35 Abs. 1 GBO, was zeit- und kostenintensiv sein kann. Jedenfalls sollte die Vereinbarung über das Rückforderungsrecht auf die Gestaltungsalternativen eingehen. Die verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten haben auch kostenrechtliche Auswirkungen.¹⁸

2. Auflösende Befristung des Anspruchs/der Vormerkung

Grundsätzlich können Rechtspositionen bedingt und befristet gestaltet werden. Auflösende Befristungen und Bedingungen kommen in Frage, um die Lösbarkeit von im Grundbuch eingetragenen Rechtspositionen zu gewährleisten. Im Fall einer Bedingung besteht stets das Problem, diese nicht nur so eindeutig zu formulieren, dass der Bedingungseintritt eindeutig feststellbar ist, sondern auch noch darauf zu achten, dass der Bedingungseintritt in grundbuchmäßiger Form nachgewiesen werden kann.¹⁹ Bei einer Vormerkung ist z. B. zu unterscheiden:

- Zeitlich unbeschränkter/beschränkter Anspruch und zeitlich beschränkte Vormerkung: Löschung der auf Lebenszeit des Berechtigten befristeten Vormerkung erfolgt nach § 22 GBO mit Todesnachweis des Berechtigten;
- Zeitlich beschränkter Anspruch und unbeschränkte Vormerkung: Löschung der Vormerkung für einen vererblichen Rückübertragungsanspruch ist nur mit Löschungsbewilligung der nach § 35 Abs. 1 GBO legitimierten Erben des Vormerkungsberechtigten möglich.

Ist der Anspruch unbedingt/unbefristet, die Vormerkung dagegen bedingt/befristet, so muss dies im Eintragungstext selbst ausgedrückt werden, während bezüglich der näheren Modalitäten auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden kann.²⁰ Eine solche Befristung oder Bedingung einer Vormerkung ist Voraussetzung für den Bestand der Vormerkung, nicht etwa Inhalt des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs. Mit Eintritt des Ereignisses erlöschen die Vormerkung und damit zugleich die Vormerkungswirkungen aus §§ 883, 884, 888 BGB.²¹ Der bisher gesicherte Anspruch ist fortan allenfalls ungesichert. Allerdings sollte der Notar bei einer solchen Gestaltung der Vormerkung die Beteiligten belehren.²² Formulierungsvorschlag²³: „Der Notar hat den Übertragenden darüber belehrt, dass aufgrund der zeitlichen Beschränkung des Anspruchs eine grundbuchliche Sicherung seiner Erben in dem Fall des von ihm zu Lebzeiten ausgeübten, aber noch nicht erfüllten Rückübertragungsanspruchs nicht gewährleistet ist“. Zur Löschung der Vormerkung im Wege der Grundbuchberichtigung genügt der Nachweis des Todes des Berechtigten oder des Eintritts des sonstigen Ereignisses, ohne dass eine Wiederverwendung der Vormerkung in Betracht kommt.²⁴ So können die Probleme rund um die Wiederverwendung einer Vormerkung vermieden werden. Ist dagegen der zu sichernde Anspruch bedingt/befristet und die Vormerkung unbedingt und unbefristet bewilligt, so muss die auflösende Bedingung/Befristung des Anspruchs nicht in den Eintragungsvermerk direkt aufgenommen werden; es genügt die nach § 885 Abs. 2 BGB zulässige Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung.²⁵

11 Vgl. BGH, Beschl. v. 3.5.2012 – V ZB 258/11, aaO (Fn. 5). Ausführlich Amann, NotBZ 2012, 201, 208.

12 Vgl. die Auslegungsschwierigkeiten in dem vom OLG Celle (Beschl. v. 30.8.2012 – 4 W 156/12, aus Fn. 10) entschiedenen Fall. Zu Auslegungsgrundsätzen zu der Vererblichkeit von Rückübertragungsansprüchen Lülsdorf, MittRhNotK 1994 129, 135.

13 So der Ausgangsfall des BGH, Beschl. v. 3.5.2012 – V ZB 258/11, aaO (Fn. 5). Dazu auch Meikel/Böttcher, GBO, §§ 23, 24 Rn. 15; Lülsdorf, MittRhNotK 1994, 129, 137.

14 Dazu OLG Köln, Beschl. v. 20.1.1985 – 2 Wx 41/84, Rpfleger 1985, 290; Demharter, GBO § 23 Rn. 12; LG Bochum, Beschl. v. 21.12.1970 – 7 T 388/70, Rpfleger 1971, 314 = MittBayNot 1971, 360. Dazu Ertl, MittBayNot 1990, 39; Haegeler, Rpfleger 1971, 315.

15 Ebenso Ertl, MittBayNot 1990, 39; Haegeler, Rpfleger 1971, 315.

16 Angelehnt an Lülsdorf, MittRhNotK 1994, 129, 139.

17 Ebenso Everts, ZfIR 2012, 589. Reyman, EWIR 2012, 449; Ertl, MittBayNot 1990, 39.

18 Dazu Wudy, notar 2009, 336; Tiedtke, ZNotP 2009, 118 zu OLG Hamm, Beschl. v. 11.3.2008 – 15 W 60/07, FGPrax 2008, 176 = MittBayNot 2008, 497 = notar 2008, 184 m. Anm. Wudy = RNotZ 2008, 434 = ZNotP 2009, 118.

19 Dazu Spemath, MittBayNot 2012, 449.

20 Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 1512.

21 BGH, Urt. v. 22.1.2009 – IX ZR 66/07, DNotZ 2009, 434 = EWIR 2009, 417 (bearb. v. Dahl) = EWIR 2010, 309 (bearb. v. Kessler) = NJW 2009, 1414 = ZfIR 2009, 289 m. Anm. Zimmer.

22 So Everts, ZfIR 2012, 589, 592.

23 Nach Lülsdorf, MittRhNotK 1994, 129, 137.

24 Einzelheiten bei Heggen, RNotZ 2011, 331.

25 H.M., BGH, Beschl. v. 3.5.2012 – V ZB 258/11, aaO (Fn. 5).

3. Kein Löschungserleichterungsvermerk nach § 23 Abs. 2 GBO

Bei der Vormerkung ist die Eintragung eines Löschungserleichterungsvermerks nach § 23 GBO nicht zulässig; dies gilt nach BGH²⁶ unabhängig davon, ob der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch mit dem Tod²⁷ des Vormerkungsberechtigten erlischt oder auf dessen Erben übergehen kann.²⁸ Es handelt sich um den Anspruch selbst, nicht nur um rückständige Leistungen des Rechts bzw. Sicherungsmittels. Ein zu Lebzeiten des Berechtigten entstandener und geltend gemachter, aber nicht mehr erfüllter Eigentumsverschaffungsanspruch wird demnach nicht als Rückstand der Vormerkung angesehen.²⁹

III. Fernwirkungen, Sonstiges

1. Gutgläubenserwerb und Grundbuch-Publikation

Noch nicht geklärt ist vom BGH die Frage, ob die Wiederverwendung/Erweiterung einer Vormerkung für einen neuen oder erweiterten Anspruch ohne Eintragung im Grundbuch eine Änderung der Rechtslage außerhalb des Grundbuchs insoweit bewirkt, als der neue oder erweiterte Anspruch von den nach § 885 Abs. 2 BGB verlautbarten Merkmalen des ursprünglich gesicherten Anspruchs abweicht, ob die Wirkungen der Wiederverwendung/Erweiterung einer Vormerkung überwunden werden können durch gutgläubigen Erwerb eines Dritten.³⁰ Everts³¹ und Amann³² empfehlen zu Recht, die Wiederverwendung/Erweiterung der Vormerkung im Grundbuch zu publizieren. Das Datum der neuen materiellrechtlichen Bewilligung könne im Interesse der Rechtsklarheit berichtend im Grundbuch eingetragen werden. Nach der aufgezeigten BGH-Rechtsprechung hängt jedoch die wirksame Sicherung des neuen Anspruchs davon nicht ab, weshalb auch die Grundbuchämter solche Anträge zuzulassen haben, jedenfalls fehlt das Rechtsschutzbedürfnis keinesfalls. Der BGH gestattet diese Eintragung „gegebenenfalls im Interesse der Grundbuchklarheit durch einen entsprechenden Rangvermerk im Grundbuch zum Ausdruck zu bringen“.³³

2. Vormerkung für beschränkte dingliche Rechte

a. Dienstbarkeit

Sichert eine Vormerkung die Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit, so kann dieser Anspruch nicht ausgetauscht werden in einen Anspruch auf Bestellung einer Grunddienstbarkeit. Nach der hier besprochenen BGH-Rechtsprechung kann eine Vormerkung zwar wieder zur Sicherung eines neuen deckungsgleichen Anspruchs verwendet werden, wenn Gläubiger, Schuldner und Anspruchsziel unverändert bleiben. Der BGH³⁴ führt auch aus, dass die weiterhin eingetragene Vormerkung zur Sicherung eines neu begründeten Anspruchs nutzbar gemacht werden kann, sofern dieser Anspruch auf dieselbe Leistung wie der zunächst gesicherte Anspruch gerichtet ist. Dies ist bei einer Umwandlung des zu bestellenden Rechts nicht gegeben, denn der Anspruch auf Bestellung einer Grunddienstbarkeit ist ein anderer als der auf Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit und geht weiter als bei einer solchen, der Anspruch würde auf ein „längerlebigeres“ Recht gehen; das Anspruchsziel wäre ein anderes Sachenrecht. Wenn der Vormerkungsberechtigte mit dem Grundstückseigentümer den durch Vormerkung gesicherten Anspruch aufgehoben und durch einen Anspruch auf Bestellung einer Grunddienstbarkeit ersetzt hätte, fehlte es an der notwendigen Übereinstimmung zwischen dem durch die Grundbucheintragung vorgemerkten Anspruch und der neuen Bewilligung mit Bezeichnung des Anspruchs, dessen Sicherung die Vormerkung nunmehr dienen sollte.

b. Dingliches Vorkaufsrecht

Das dingliche Vorkaufsrecht hat gemäß § 1098 Abs. 2 BGB Dritten gegenüber die Wirkung einer Vormerkung; die Vorschriften der §§ 463 – 473 BGB sind anzuwenden. Nach § 473 BGB ist das Vorkaufsrecht selbst nicht übertragbar und nicht vererblich, sofern nichts anderes vereinbart ist. Die Verweisung in § 1098 Abs. 2 BGB bezieht sich aber nur auf die Rechtsfolgen einer Vormerkung, das Vorkaufsrecht ist aber nicht wie die Eintragung einer Vormerkung zu behandeln. Es ist deshalb nicht möglich, die Eintragung eines dinglichen Vorkaufsrechts mit anderen Ansprüchen auf Übereignung des Grundbesitzes zu unterlegen; eine Wiederverwendung/Erweiterung des dinglichen Vorkaufsrechts scheidet aus.

c. Hypothek

Die Forderungsauswechslung i.S. von § 1180 BGB ist ein gesetzlich geregelter Spezialfall einer Inhaltsänderung des dinglichen Rechts nach § 877 BGB. Insoweit ist der zwingende Zusammenhang von Hypothek und Forderung aufgehoben. § 1180 BGB gilt aber nicht für die Auswechslung einer Forderung, bei der die künftige Hypothek bisher nur durch eine Vormerkung gesichert ist.³⁵

26 BGH, Beschl. v. 3.5.2012 – V ZB 258/11, aaO (Fn. 5).

27 BGH, Beschl. v. 28.3.1992 – V ZB 16/91, BGHZ 117, 390 = DNotZ 1992, 569 = MittBayNot 1992, 193 m. Anm. Ertl = MittRhNotK 1992, 187 = NJW 1992, 1683 = Rpfleger 1992, 287. Dazu Demharter, ZEV 1996, 33; Wufka, MittBayNot 1996, 156; Lüttsdorf, MittRhNotK 1994, 129; Tiedtke, DNotZ 1992, 539.

28 BGH, Beschl. v. 21.9.1995 – V ZB 34/94, BGHZ 130, 385 = BWNotZ 1996, 122 = DNotZ 1996, 453 m. Anm. Lüttsdorf = NJW 1996, 59 = Rpfleger 1996, 100 = ZEV 1996, 31 m. Anm. Demharter. Dazu auch Wufka, MittBayNot 1996, 156; Gutachten DNotI-Report 2000, 29.

29 Ausführlich Schöner/Stöber, aaO, Rn. 1544b; Hügel/Wilsch, GBO, § 23 Rn. 32.

30 Dazu eingehend Amann, NotBZ 2012, 201.

31 Everts, ZfIR 2012, 589, 592. Zur grundbuchlichen Sicherung auch Zimmer, NJW 2000, 2978.

32 Amann, MittBayNot 2010, 451, 454.

33 Ebenso Amann, MittBayNot 2000, 197, 201; ders., MittBayNot 2010, 451, 454.

34 BGH, Urt. v. 7.12.2007 – V ZR 21/07, aaO (Fn. 3).

35 KG OLGE 20, 419; NK-BGB-Krause, § 1180 Rn. 33; Bamberger/Roth, BeckOK, BGB, § 1180 Rn. 1; Palandt/Bassenge, BGB, § 1180 Rn. 1.

Nach § 88 InsO wird eine durch Zwangsvollstreckung erlangte Sicherung einer Insolvenzforderung mit Insolvenzeröffnung unwirksam, wenn sie innerhalb des letzten Monats (im Verbraucherinsolvenzverfahren 3 Monate, § 312 InsO) vor dem Insolvenzantrag erfolgt ist. Der BGH³⁶ sieht die Zwangshypothek als absolut unwirksam an, zeitlich und sachlich auf das Insolvenzverfahren beschränkt; mit Insolvenzeröffnung erlischt die Hypothek, dem Insolvenzverwalter steht ein Berichtigungsanspruch nach § 894 BGB mit dem Ziel der Löschung im Grundbuch zu. Da nach BGH keine Eigentümergrundschild entsteht, besteht zumindest während der Dauer des Insolvenzverfahrens eine „leere“ Buchposition.³⁷ In diesem Stadium dürfte eine Wiederverwendung der Hypothek i.S. der hier besprochenen Wiederaufladungs-Rechtsprechung des BGH nicht möglich sein;³⁸ eine Reaktivierung der Buchposition und damit Wiederaufleben der Hypothek (ggf. mit neuem Rang) sieht der BGH allerdings nach Freigabe des Grundstücks aus der Insolvenzmasse und nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens vor; ist die Hypothek noch im Grundbuch eingetragen, so bedarf es keiner erneuten Eintragung (ebenso wie bei einer zunächst unwirksamen Vormerkung).³⁹

36 BGH, Ur. v. 19.1.2006 – IX ZR 232/04, BGHZ 166, 74 = DNotZ 2006, 514 = EWIR 2006, 317 (bearb. v. Gundlach/Frenzel) = NJW 2006, 1286 = Rpfleger 2006, 253 m. krit. Anm. Demharter = Rpfleger 2006, 388 m. krit. Anm. Bestelmeyer = ZfIR 2006, 437 m. Anm. Volmer = ZinsO 2006, 26 = ZIP 2006, 479. Dazu auch Keller, ZfIR 2006, 499; Böttcher, NotBZ 2007, 86; Wilsch, JurBüro 2006, 396. Keller, ZIP 2006, 1174 weist auf die zahlreichen praktischen Schwierigkeiten bei der Umsetzung der BGH-Entscheidung hin.

37 Gutgläubiger Rechtserwerb wäre möglich, vgl. Staudinger/Wolfsteiner, BGB, 2009, Vorbem. zu §§ 1113 ff. Rn. 50..

38 Dazu Staudinger/Wolfsteiner, BGB, 2009, Vorbem. zu §§ 1113 ff. Rn. 50.

39 BGH, Ur. v. 26.11.1999 – V ZR 432/98, aaO (Fn. 1).

IV. Fazit

Der BGH hat mit seinen Entscheidungen vom 3.5.2012 erfreulich – praxisfreundlich – klargestellt, dass die Wiederverwendbarkeit einer Vormerkung durch den gesamten Eintragungsinhalt des Grundbuchs limitiert ist und nicht nur durch das dingliche Anspruchsziel. Das Überschreiten der ursprünglichen Merkmale des Anspruchs macht ein „Wiederaufladen“ der Vormerkung unzulässig. Der einer Vormerkung zugrunde liegende Anspruch kann nicht ohne weiteres ausgetauscht, erweitert oder in sonstiger Weise verändert werden. Fehlt es an der Kongruenz von Anspruch, Eintragung und neuer Bewilligung, ist eine „Aufladung“ der Vormerkung nicht möglich.

Daraus folgt, dass eine eingetragene Vormerkung dann unter Vorlage der Sterbeurkunde gelöscht werden kann, wenn es sich bei dem durch sie gesicherten Anspruch um einen höchstpersönlichen, nicht vererblichen und nicht übertragbaren Rückübertragungsanspruch des nunmehr verstorbenen Berechtigten handelt. Ob das der Fall ist, ergibt sich aus einer Auslegung des Eintragungsvermerks und der in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung. Die Vormerkung kann nicht abstrakt in Wartestellung eingetragen bleiben, bis man ihr eine geeignete Forderung unterlegt.

Bei allem wäre zu wünschen, dass der Gesetzgeber korrigierend eingreifen und festlegen sollte, dass Änderungen des Anspruchs bei der Vormerkung vermerkt werden müssen; nur so kann der Entwertung des Grundbuchs Einhalt geboten werden.

Rechtsprechung

OLG Stuttgart, Beschluss vom 10.01.2013 (8 W 13/13)

§ 3 VBVG

1. Der Regelsatz des § 3 I Nr. 2 VBVG ist bei entsprechender Qualifikation des berufsmäßig bestellten Nachlasspflegers (hier Dipl.-Rechtspfleger FH) deutlich zu erhöhen.

2. Im Hinblick auf die aktuelle Rechtsprechung ist ein durchschnittlicher Netto-Stundensatz von € 100 insoweit -bei üblichem Schwierigkeitsgrad- nicht zu beanstanden.

I.

Das Nachlassgericht hat mit Beschluss vom 4. Februar 2010 Nachlasspflegschaft angeordnet und zum Nachlasspfleger mit dem Wirkungskreis der Sicherung und Verwaltung des Nachlasses sowie der Ermittlung der Erben den Beteiligten Z. 28 bestellt, wobei dieser die Pflegschaft berufsmäßig führt.

Die Beteiligte Z. 27 wurde mit Beschluss vom 29. Mai 2012 zum Nachlasspfleger bestellt mit dem Wirkungskreis der

Wahrung der Rechte der unbekannten Erben im Zusammenhang mit dem Verkauf des Flurstücks 533 der Gemarkung Röt, wobei diese die Pflegschaft ebenfalls berufsmäßig führt.

Entsprechend den Anträgen der Beteiligten Z. 27 und 28 vom 20. September 2012 (Z. 28), abgeändert am 22. Oktober 2012, und vom 7. November 2012 (Z.27) hat das Notariat mit Beschluss vom 9. November 2012 die Vergütung und Aufwandsentschädigung für den Beteiligten Z. 28 auf 4.971,70 € und für die Beteiligte Z. 27 auf 153,54 € festgesetzt.

Der Beteiligte Z. 3 hat hiergegen durch seinen Verfahrensbevollmächtigten am 7. Dezember 2012 Beschwerde eingelegt. Er bestreitet pauschal den Zeitaufwand, insbesondere die angesetzten 9 h für Waldbegehungen einschließlich Fahrtzeiten. Außerdem hält er den abgerechneten Stundensatz von 100 € für überhöht.

Das Nachlassgericht hat mit formlosem Schreiben vom 7. Januar 2013 nicht abgeholfen und die Akten dem Oberlandesgericht zur Entscheidung vorgelegt.

II.

Die gemäß §§ 58 ff. FamFG statthafte und auch im Übrigen zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg. Die angegriffene Vergütungsfestsetzung ist nicht zu beanstanden.

Die Festsetzung der Vergütung des Nachlasspflegers erfolgt auf der Grundlage des § 168 FamFG. Dessen Absätze 1 bis 4 sind gemäß § 168 Abs. 5 FamFG auf die Pflegschaft entsprechend anwendbar. Der Anspruch der Beteiligten Z. 27 und 28 auf Vergütung ihrer Tätigkeit nebst Aufwendersatz beruht auf §§ 1915 Abs. 1, 1836, 1835 BGB. Vergütungsfähig ist die aufgewandte Zeit, begrenzt durch die erforderliche Zeit (Zimmermann, Die Nachlasspflegschaft, 2. Auflage 2009, Rn. 789, m.w.N.).

Da es sich nicht um einen mittellosen Nachlass handelt, erhält der Nachlasspfleger seine Vergütung aus dem Nachlass. Bestehende Nachlassverbindlichkeiten bleiben außer Betracht, da ansonsten eine Privilegierung der Nachlassgläubiger gegenüber der Staatskasse gegeben wäre, obwohl aus § 324 Abs. 1 Nr. 4 InsO zu entnehmen ist, dass die Nachlasspflegervergütung den Ansprüchen anderer Nachlassgläubiger vorgeht (Leipold in Münchner Kommentar zum BGB, 5. Auflage 2010, § 1960 BGB, Rn. 71 ff, m.w.N.).

Im Festsetzungsverfahren ist die vom Nachlasspfleger vorzulegende Aufstellung über seinen konkreten Zeitaufwand auf ihre Plausibilität zu überprüfen (Leipold, a.a.O., § 1960 BGB, Rn. 74).

Insoweit ist der Zeitaufwand plausibel und nachvollziehbar dargelegt. Dies gilt insbesondere auch für die beiden Waldbegehungen vom 20. April 2010 und 13. November 2011 mit je 275 min, wobei allein die Fahrstrecke jeweils 280 km betrug. Bei dem Waldgrundstück handelt es sich um das vorhandene Nachlassvermögen. Es wurde mit notariellem Vertrag vom 10. Mai 2012 zu einem Kaufpreis von 26.360,20 € verkauft.

Der beanspruchte Stundensatz von 100 € ist angemessen und bewegt sich hinsichtlich seiner vom Nachlasspfleger im einzelnen in dem Schreiben vom 21. Dezember 2012 dargelegten Qualifikation sowie dem Schwierigkeitsgrad der Nachlasspflegschaft in dem von der Rechtsprechung anerkannten Bereich.

Der Regelsatz des VBVG mit 33,50 € je Stunde (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 VBVG) führt zu einer unangemessen niedrigen Vergütung. Er ist daher bei Rechtsanwälten und auch sonst bei entsprechender Qualifikation des Pflegers und Schwierigkeit der erbrachten Tätigkeit – wie vorliegend – deutlich zu überschreiten. In Literatur und Rechtsprechung werden unterschiedliche Stundensätze für angemessen erachtet. Sie bewegen sich zwischen dem doppelten Satz des VBVG, also 67 €, einer Orientierung an der Entschädigung für Sachverständige nach dem JVEG, also zwischen 50 und 95 €, und 150 € (Palandt/Weidlich, BGB, 72. Auflage (2003) § 1960 Rn. 23; MünchKommBGB/Schwab (2012) § 1915 Rn. 20; MünchKommBGB/Leipold (2010) § 1960 Rn. 73, 74; Staudinger/Bienwald (2006) § 1915 Rn. 16; Zimmermann, Die Nachlasspflegschaft, Rn. 786, 787, je m.w.N.). In Fällen mit mittlerem Schwierigkeitsgrad blieb ein Stundensatz von

110 € unbeanstandet (OLG Hamm NJW-RR 2011, 1091; OLG Zweibrücken NJW-RR 2008, 369). In einem schwierigen Fall hat das Brandenburgische Oberlandesgericht einen Nettostundensatz von 130 € akzeptiert, eine noch höhere Vergütung jedoch für nicht angemessen erachtet (FamRZ 2011, 926, m.w.N.).

Der hier vom Nachlasspfleger geltend gemachte Netto-Stundensatz von 100 € kann im Hinblick auf das dem Nachlassgericht bei der Festsetzung eingeräumte Ermessen unter Berücksichtigung der obigen Rechtsprechung sowie im Hinblick auf die fachliche Qualifikation des Nachlasspflegers und den Schwierigkeitsgrad der Pflegschaft als angemessen erachtet werden.

Ergänzend ist noch auf Folgendes hinzuweisen:

Nach § 2 VBVG (entspricht der Regelung des § 1835 Abs. 1 S. 3 BGB für den Aufwendersatz) erlischt der Vergütungsanspruch, wenn er nicht binnen 15 Monaten nach seiner Entstehung beim Nachlassgericht in nachprüfbarer Form geltend gemacht worden ist. Es handelt sich dabei um eine Ausschlussfrist. Aufgrund der Pauschalierung der Vergütung beginnt die Ausschlussfrist nicht vor Ablauf des einzelnen Monats (Palandt/Weidlich, a.a.O. § 1960 Rn. 22; Palandt/Diederichsen, a.a.O. Anh. zu § 1836 § 2 VBVG Rn. 6).

Eine Verlängerung der Frist ist möglich, sofern der Antrag des Nachlasspflegers vor Fristablauf eingeht. Die Fristverlängerung muss jedoch ausdrücklich erfolgen (Jurgeleit/Maier, Betreuungsrecht 2. Auflage, § 2 VBVG Rn. 7; Palandt/Diederichsen, a.a.O., § 2 VBVG Rn. 5, m.w.N.).

Insoweit war dem Nachlasspfleger zunächst mit Verfügung vom 19. Juli 2011 eine Fristverlängerung bis zum 30. Juni 2012 gewährt worden. Am 4. Juni 2012 hat er eine nochmalige Fristverlängerung bis zum 31. Dezember 2012 beantragt. Hierauf erfolgte zwar keine schriftliche Bescheidung durch das Nachlassgericht, jedoch die mündliche Gewährung ihm gegenüber, wie im Schreiben vom 21. Dezember 2012 unwidersprochen vorgetragen. Danach wurde die Vergütungsfestsetzung rechtzeitig gegenüber dem Nachlassgericht geltend gemacht, wovon dieses ebenfalls ausgegangen ist.

Bedenken gegen die Festsetzung der Vergütung und des Auslagenersatzes für die Beteiligte Z. 27 für den Zeitraum vom 30. Mai 2012 bis 7. November 2012 (vergleiche Antrag vom 7. November 2012) bestehen nicht und wurden mit der Beschwerdebegründung auch nicht geltend gemacht.

Die Rechtsmittel des Beteiligten Z. 3 war demgemäß mit der Kostenfolge von §§ 84 FamFG, 131 Abs. 1 Nr. 1 KostO als unbegründet zurückgewiesen.

Die Festsetzung des Geschäftswerts beruht auf §§ 131 Abs. 4, 30 Abs. 1 KostO. Dabei wurde berücksichtigt, dass der Beteiligte Z. 3 unbeschränkt gegen den Beschluss vom 9. November 2012 Beschwerde eingelegt hat. Gründe für die Zulassung einer Rechtsbeschwerde gemäß § 70 FamFG liegen nicht vor.

Anmerkung:**Die Vergütung des berufsmäßig bestellten und qualifizierten Nachlasspflegers bei vermögendem Nachlass¹**

Anmerkung zur Entscheidung des OLG-Stuttgart vom 10.01.2013 und zugleich Aufsatz zur Nachlasspflegervergütung von Dipl.-Rechtspfleger (FH) Thomas Lauk, Pleidelsheim.²

Die vorstehende Entscheidung des OLG Stuttgart vom 10.01.2013 reiht sich ein in die diversen obergerichtlichen Entscheidungen der vergangenen Jahre (vgl. nachstehend), die sich nach der Einführung des Betreuungsrechts-Änderungsgesetzes als notwendig ergaben, weil die in den Zeiten davor üblichen prozentualen Vergütungsmodalitäten, aufgrund der Umstellung auf eine Stundenvergütung des Nachlasspflegers (vgl. § 3 VBVG), nicht mehr als praktikabel anzusehen waren und die Höhe des Stundensatzes nicht eindeutig gesetzlich geregelt ist.

Die Entscheidung ist insoweit erfreulich, weil es wohl recht wenige obergerichtliche Entscheidungen in Baden-Württemberg zum Themenkreis „Nachlasspflegervergütung“ gibt und darüber hinaus das OLG Stuttgart in seiner Entscheidung auch „Nicht-Anwälten“ eine hohe fachliche Qualifikation bei der Bearbeitung von Nachlasspflegschaften zugestanden hat, die sich dementsprechend auch auf die Höhe der Nachlasspflegervergütung auswirkt.

So war das Hauptargument des betroffenen Nachlasspflegers für seine überdurchschnittliche Qualifikation als Nachlasspfleger, dass er nicht nur langjährig als Nachlasspfleger tätig ist sondern als Dipl.-Rechtspfleger (FH) die Befähigung hat, die dem Rechtspfleger nach dem Rechtspflegergesetz übertragenen richterlichen Aufgaben auszuüben. Da darunter auch die Bearbeitung von Nachlassverfahren erster Instanz und die Aufsicht über Nachlasspfleger in Nachlasspflegschaftssachen fällt, kann und muss folglich nicht nur ein Rechtsanwalt sondern auch ein Rechtspfleger und damit ferner ein Württ. Notariatsassessor als Nachlasspfleger mit „hoher Qualifikation“ bewertet werden. Insoweit ist ein so qualifizierter Pfleger in Bezug auf die (berufsmäßige) Bearbeitung einer Nachlasspflegschaft einem anwaltlichen Nachlasspfleger weitestgehend bei der Festsetzung der Vergütung gleichzustellen. Richtig auch die indirekte obergerichtliche Feststellung, dass die vom Gesetz genannten Fachkenntnisse, die für die Führung der Pflegschaft nutzbar sind, nicht nur durch ein Studium sondern auch durch andere belegbare Qualifikationen nachgewiesen werden können (z.B. durch langjährige Führung von Nachlasspflegschaften).

Das Vergütungsrecht des Nachlasspflegers hat sich in den vergangenen Jahren mehrfach geändert. Dargestellt wird hier nachfolgend nun lediglich der aktuelle Rechtsstand, der seit dem 1.7.2005³ gilt:

Für die Bestimmung der Höhe der Pflegschaftsvergütung kommt es auf mehrere Differenzierungen an: wurde der Pfleger ehrenamtlich oder berufsmäßig tätig? Ist der Nachlass mittellos oder vermögend? Im Übrigen ist zwischen Vergütung und Auslagenersatz zu unterscheiden. Hier wird nachfolgend aus Platzgründen lediglich die Vergütung des berufsmäßig bestellten Nachlasspflegers bei vermögendem Nachlass genauer dargestellt.

Übersicht:

mittelloser Nachlass, Berufsmäßigkeit nicht festgestellt	mittelloser Nachlass, Berufsmäßigkeit festgestellt	vermögender Nachlass, Berufsmäßigkeit nicht festgestellt	vermögender Nachlass, Berufsmäßigkeit festgestellt
Kein Anspruch auf Vergütung	Anspruch auf Vergütung gem. § 1915 Abs. 1 S. 1, § 1836 Abs. 1 S. 3 BGB i.V.m. § 1 Abs. 2, § 3 Abs. 1 VBVG	Bewilligung einer angemessenen Vergütung gem. § 1836 Abs. 2 BGB möglich	Anspruch auf Vergütung gem. §§ 1836 Abs. 1, 1915 Abs. 1 S. 2 BGB
Ersatz der konkreten Aufwendungen (§ 1835 BGB) oder Aufwandspauschale (§ 1835a BGB)	Ersatz der konkreten Aufwendungen	Ersatz der konkreten Aufwendungen	Ersatz der konkreten Aufwendungen

A. Berufsmäßigkeit der Nachlasspflegschaft

Einen Anspruch auf Vergütung hat der Nachlasspfleger, der die Pflegschaft berufsmäßig führt (§§ 1915 Abs. 1 S. 1, 1836 Abs. 1 BGB, § 1 Abs. 2 VBVG). Gemäß § 1836 Abs. 1 BGB, § 1 VBVG ist die Feststellung der Berufsmäßigkeit zur Führung der Nachlasspflegschaft bei der Bestellung des Pflegers zu treffen. Die Nachlassgerichte treffen diese Feststellung grundsätzlich bei Anordnung der Nachlasspflegschaft durch Aufnahme in den Bestellungsbeschluss: „Der Nachlasspfleger führt die Pflegschaft berufsmäßig“. Unterbleibt diese Feststellung versehentlich oder zu Unrecht, kann diese im Wege der Berichtigung nachgeholt werden, § 42 FamFG.⁴ Eine Nachholung ist auch noch im Vergütungsfestsetzungsverfahren möglich.⁵

Nach § 1 Abs. 1 S. 2 VBVG liegt Berufsmäßigkeit im Regelfall vor, wenn der Vormund mehr als zehn Vormundschaften führt oder die für die Führung der Vormundschaft erforderliche Zeit von voraussichtlich 20 Wochenstunden nicht unterschreitet. Diese Voraussetzungen können auf die Nachlasspflegschaft übertragen werden.⁶

¹ Teilweiser Auszug aus Schulz/Gleumes „Handbuch Nachlasspflegschaft“ mit freundlicher Zustimmung des Autors und des zerb-Verlages

² Der Autor ist Vizepräsident des Bund deutscher Nachlasspfleger (www.b-d-n.de) und langjährig als berufsmäßiger Nachlasspfleger tätig (www.thomaslauk.de). Er ist Mit-Autor des im ZErB-Verlag im November 2012 erschienenen „Handbuch Nachlasspflegschaft“ und war als Nachlasspfleger in o.g. Verfahren direkt beteiligt.

³ 2. BtÄndG vom 21.4.2005, BGBl I, 2586: Ersatz des BVormVG durch das VBVG.

⁴ Jochum/Pohl, Nachlasspflegschaft, Rn 829.

⁵ Palandt/Diederichsen, Anhang zu § 1836, VBVG 1 Rn 8.

⁶ Jochum/Pohl, Nachlasspflegschaft, Rn 829; ausführlich dazu Zimmermann, Nachlasspflegschaft, Rn 748 ff.

Sofern die Berufsmäßigkeit durch das Nachlassgericht festgestellt worden ist, kommt es für die Bemessung der Vergütungshöhe darauf an, ob der Nachlass mittellos oder vermögend ist.⁷

Auch nach dem Inkrafttreten des FamFG kann ein Nachlasspfleger nur unter Beachtung des Erfordernisses seiner persönlichen Anwesenheit i. S. des § 1789 BGB („Handschlag“) verpflichtet werden.⁸ Die wirksame Verpflichtung des Nachlasspflegers ist erforderlich, um überhaupt einen Vergütungsanspruch zu generieren.

B. Berufsnachlasspfleger bei vermögendem Nachlass

Bei einem vermögenden Nachlass bemisst sich die Vergütung gemäß §§ 1960, 1915 Abs. 1 S. 2, 1836 Abs. 1 BGB abweichend von § 3 VBVG nach den für die Führung der Pflegschaftsgeschäfte nutzbaren Fachkenntnissen des Pflegers sowie nach dem Umfang und der Schwierigkeit der Pflegschaftsgeschäfte.⁹ Verfügt der Nachlass zumindest über solche Mittel, die eine vollständige Vergütung des Nachlasspflegers zulassen, ist der Nachlass nicht mittellos, selbst wenn Nachlassverbindlichkeiten vorliegen.¹⁰

I. Vergütung

Es besteht Anlass, darauf hinzuweisen, dass das Gesetz nirgends, auch nicht in § 1915 die Berechnung der Vergütung des Nachlasspflegers nach Stundenlöhnen fordert. Dies ist nur eine der möglichen Berechnungsarten, die das Nachlassgericht nach seinem Ermessen durchführen kann (Stundenzahl nach Umfang und Stundensatz nach Schwierigkeit). Bei der Nachlasspflegschaft wird tatsächlich ausschließlich eine Vermögensverwaltung durchgeführt, auch wenn sie für die unbekannten Erben erfolgt. Insofern unterscheidet sie sich nicht von der sonstigen treuhänderischen Vermögensverwaltung wie sie etwa ein Testamentsvollstrecker vornimmt. Es kann deshalb auch nach Prozenten des Vermögens abgerechnet werden.¹¹

Dennoch scheint sich in der Rechtsprechung die Berechnung nach Stundensätzen verfestigt und als herrschende Meinung herausgebildet zu haben. Demnach ist die Vergütung des berufsmäßigen Nachlasspflegers nach Zeitaufwand für die erbrachten Tätigkeiten und angemessenem Stundensatz abzurechnen.¹²

1. Zeitaufwand

Maßgebend für die Bestimmung des Zeitaufwandes dürfte der Umfang der Pflegschaftsgeschäfte sein. Dieser bestimmt sich im Wesentlichen nach der aufgewendeten Arbeitszeit.¹³ Durch die Verweisung von § 1915 BGB auf den Umfang der Tätigkeiten hat der Gesetzgeber einen Wechsel zum Stundensatzsystem vollzogen.¹⁴ Andere Abrechnungssysteme sind nicht mehr anwendbar.¹⁵ Eine Zeiterfassung durch den Nachlasspfleger ist daher geboten. Da jedoch bei der Vergütungsfestsetzung keine starre Bindung an die geleistete Zeit mehr besteht, kann der Zeitaufwand für die Dokumentation der einzelnen Arbeitsschritte des Nachlasspflegers auf ein Mindestmaß begrenzt werden. An die Dokumentation des Zeitaufwandes dürfen nicht zu hohe Anforderungen gestellt werden.

Eine minutengenaue Zeiterfassung ist nach heutiger Rechtslage jedenfalls nicht mehr erforderlich, zumal sie letztlich für das Gericht nicht umfassend nachprüfbar ist. Es ist ausreichend, wenn der Nachlasspfleger seinen Zeitaufwand so nachvollziehbar darlegt, dass dem Nachlassgericht eine Überprüfung auf Plausibilität möglich ist.¹⁶ Eine Aufstellung über den Zeitaufwand kann sich daher auf Oberbegriffe wie „Aktenanlage“, „Wohnungsbesichtigung“, „Korrespondenz“, „Telefonat“, „Besprechung“, „Erbenermittlung“, „Postbearbeitung“, „Nachlassverzeichnis“, „Berichterstattung“, „Verwaltungsabrechnung“ etc. beschränken. Die einzelne Tätigkeit kann im Einzelfall ggf. durch Beiziehung der Handakte nachgeprüft werden.

Gemäß §§ 1837 Abs. 2, 1962 BGB gilt, dass der Nachlasspfleger nur einer Kontrolle im Hinblick auf die Rechtmäßigkeit seines Handelns unterliegt. In einfachen Zweckmäßigsfragen kann das Nachlassgericht kein bestimmtes Handeln vorschreiben oder untersagen. Im Rahmen des ihm zugewiesenen Wirkungskreises handelt der Nachlasspfleger eigenverantwortlich und führt sein Amt selbstständig. Eine vom Nachlasspfleger geltend gemachte Vergütung kann das Nachlassgericht nicht deshalb kürzen, weil es die erbrachte Tätigkeit für unangebracht und ein anderes Vorgehen für zweckmäßiger gehalten hätte.¹⁷

2. Stundensatz

Der Stundensatz bemisst sich nach den für die Führung der Pflegschaftsgeschäfte nutzbaren Fachkenntnissen des Pflegers und der Schwierigkeit der Pflegschaftsgeschäfte.¹⁸ Die Höhe des Stundensatzes richtet sich demnach unter

7 Vgl. OLG Schleswig v. 7.5.2012 – 3 Wx 113/11, ZErB 2012, 187.

8 OLG Stuttgart FamRZ 2011, 846 = FGPrax 2011, 88 = NJW-RR 2011, 737. Zum Erfordernis der förmlichen Pflegerverpflichtung und zur Unzulässigkeit einer „Vorratsverpflichtung“ für künftige Verfahren vgl. ausführlich Bestelmeyer FamRZ 2011, 950 m. w. N. (gegen Keuter FamRZ 2010, 1955 und FamRZ 2011, 954).

9 OLG Schleswig v. 7.5.2012 – 3 Wx 113/11, ZErB 2012, 187; OLG Celle v. 2.11.2011 – 7 W 53/11, Rpfleger 2012, 257; OLG Hamm v. 13.1.2011 – I-15 W 632/10, 15 W 632/10, ZErB 2011, 164; OLG Zweibrücken v. 21.11.2007 – 3 W 201/07, NJW-RR 2008, 369 = Rpfleger 2008, 137.

10 OLG Düsseldorf Beschluss vom 25. 9. 2012 – I-3 Wx 308/11, NJW-Spezial 2012, 411

11 Firsching/Graf, Nachlassrecht 9. Auflage 2008, Rn 4669 m.w.N.

12 Vgl. Palandt/Weidlich, § 1960 Rn 23 m.w.N.

13 OLG Schleswig v. 14.1.201 – 3 Wx 63/09, FGPrax 2010, 140; Eulberg, in: Tanck/Urlicher, Erbrecht, § 9 Rn 227.

14 OLG Brandenburg v. 27.9.2010 – 6 Wx 2/10, ZEV 2010, 637.

15 So ausdrücklich für am Nachlasswert ausgerichtete Vergütungstabellen: OLG Schleswig, Beschl. v. 14.1.2010 – 3 Wx 63/09, FGPrax 2010, 140 m.w.N. Ausführliche Darstellung der verschiedenen Abrechnungssysteme bei Jochum/Pohl, Nachlasspflegschaft, Rn 843 ff. und 861 ff. und bei Zimmermann, Nachlasspflegschaft, Rn 771 ff.

16 Vgl. OLG Schleswig v. 14.1.2010 – 3 Wx 63/09, FGPrax 2010, 140; Jochum/Pohl, Nachlasspflegschaft, Rn 853.

17 OLG Hamm v. 13.1.2011 – I-15 W 632/10, 15 W 632/10, ZErB 2011, 164 m.w.N.; OLG Zweibrücken v. 21.11.2007 – 3 W 201/07, NJW-RR 2008, 369 = Rpfleger 2008, 137.

18 OLG Schleswig v. 14.1.2010 – 3 Wx 63/09, FGPrax 2010, 140.

Würdigung der genannten Umstände am Einzelfall.¹⁹ Dem entsprechend hat das Nachlassgericht – im Beschwerdeverfahren das an seine Stelle tretende Beschwerdegericht – nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden, welche Stundensätze anzusetzen sind. Dem Tatsachengericht steht dabei ein weiter Ermessensspielraum zu.²⁰ Wegen dieser Einzelfallbetrachtung kommt die Rechtsprechung zu unterschiedlich hohen Stundensätzen,²¹ wobei sich regionale Unterschiede feststellen lassen.²²

Sowohl von der Rechtsprechung als auch in der Literatur werden die unbestimmten Rechtsbegriffe „Fachkenntnisse und Schwierigkeit“ ausgelegt. Dabei wird versucht, Stundensatzrahmen festzulegen, die sich an den Fachkenntnissen des Nachlasspflegers orientieren. In einem zweiten Schritt wird dann innerhalb der Vergütungsspanne der Stundensatz nach der Schwierigkeit der Pflugschaftsgeschäfte ermittelt.

Fachkenntnisse des Nachlasspflegers können durch Berufsausbildung (z.B. Rechtsanwalt, Dipl.-Rechtspfleger, Württ. Notariatsassessor, Steuerberater etc.) oder durch langjährige nachlasspflegerische Praxis bzw. sonstig erworben werden.²³ Anhaltspunkte für die Fachkenntnisse können auch die Anzahl der bisher bearbeiteten Pflugschaften, eine erfolgte Prüfung der Fähigkeiten, Teilnahme an Weiterbildungen oder der Organisationsgrad des Büros sein. Berufsnachlasspfleger können bezüglich der vorhandenen Fachkenntnisse in drei Gruppen unterteilt werden:²⁴

- als Berufsnachlasspfleger tätige Rechtsanwälte²⁵ und vergleichbare Berufsgruppen entsprechender Qualifikation (z.B. Württ. Notariatsassessor, Dipl.-Rechtspfleger etc.),
- andere Berufsnachlasspfleger mit niedrigerer Qualifikation als vorstehend,
- Berufsnachlasspfleger mit geringerer Qualifikation.

Aus den nutzbaren Fachkenntnissen ergibt sich die Höhe des Stundensatzes. Für einen Berufsnachlasspfleger, der seinen wesentlichen Lebensunterhalt mit der Bearbeitung von Pflugschaften bestreitet, sollte ein Mindeststundensatz von 50 EUR zzgl. Umsatzsteuer grundsätzlich nicht unterschritten werden, egal welcher Gruppe er zugeordnet wird. Je nach individueller Qualifikation des Nachlasspflegers sind höhere Sätze anzuwenden.

Der Regelsatz des § 3 I Nr. 2 VBVG führt (bei Berufsnachlasspflegern) zu unangemessen niederen Vergütungen. Er ist daher bei Rechtsanwälten und auch bei sonst entsprechender

Qualifikation des Pflgers und Schwierigkeit der erbrachten Tätigkeit deutlich zu überschreiten.²⁶

Das Nachlassvermögen und ein unter Umständen damit einhergehendes erhöhtes Haftungsrisiko wirken sich auf die Höhe der Vergütung aus, soweit sich sein Umfang und seine Struktur auf Umfang und Schwierigkeit der Nachlasspflegschaft auswirken.²⁷ Die unterschiedlich schwierigen Tätigkeiten innerhalb einer Nachlasspflegschaft sollten einheitlich beurteilt werden. Tätigkeiten mit dem höchsten Schwierigkeitsgrad sind maßgeblich für die Bestimmung der Höhe der Zuordnung des gesamten Stundenaufwands. Sind Elemente unterschiedlicher Schwierigkeitsstufen in der Fallbearbeitung enthalten, sollte der höchste Schwierigkeitsgrad durchgehend als Bemessungsgrundlage für die gesamte Fallbearbeitung ausschlaggebend sein.²⁸

Zur Höhe der gerechtfertigten Stundensätze eines Berufsnachlasspflegers liegt mittlerweile vielfältige Rechtsprechung vor:²⁹

- LG München I Rpfleger 2003, 249: Bruttostundensatz zwischen 102 € und 153 € (für anwaltlichen Nachlasspfleger zur Rechtslage nach dem 1. BtÄndG). Nach der im Jahr 2007 erfolgten Erhöhung der Umsatzsteuer um 3 Prozentpunkte entspricht dies einem Bruttostundensatz zwischen 105 € und 157 € bzw. einem Nettostundensatz zwischen 88 € bis 132 €.
- LG Konstanz JurBüro 2004, 606 (Bruttostundensatz von 150 € für anwaltlichen Nachlasspfleger zur Rechtslage nach dem 1. BtÄndG; nach erfolgter Umsatzsteuererhöhung: brutto 154 €/Std).
- LG Wuppertal FamRZ 2005, 932: Nettostundensatz von 102 € (für anwaltlichen Nachlasspfleger zur Rechtslage nach dem 1. BtÄndG).
- LG Wuppertal, Beschl. v. 11.07.2006, Az. 6 T 272/06: Nettostundensatz von 95 € („unterer Bereich“ für einen anwaltlichen Nachlasspfleger).
- OLG Zweibrücken Rpfleger 2008, 137 m. zustimmender Anmerkung Melchers = FamRZ 2008, 818: Nettostundensatz von 110 € (für anwaltlichen Nachlasspfleger).
- LG Schweinfurt ZErB 2009, 308 m. Anm. Wolfrum: Nettostundensatz von 100 € (Fachanwalt für Steuerrecht).
- OLG Hamm Rpfleger 2011, 377 = NJW-RR 2011, 1091 = ZEV 2011, 646: Nettostundensatz von 110 € für Rechtsanwalt bei durchschnittlichem Schwierigkeitsgrad.

19 OLG Brandenburg v. 27.9.2010 – 6 Wx 2/10, ZEV 2010, 637; LG Schweinfurt v. 9.7.2009 – 41 T 64/09, ZErB 2009, 308. Falsch deshalb OLG Dresden v. 20.6.2007 – 3 W 427/07, Rpfleger 2007, 547 mit fester Vergütungstabellen.

20 OLG Schleswig v. 7.5.2012 – 3 Wx 113/11, ZErB 2012, 187 m.w.N.; OLG Hamm v. 13.11.2011 – I-15 W 632/10, 15 W 632/10, ZErB 2011, 164; OLG Schleswig v. 14.1.2010, 3 Wx 63/09, FGPrax 2010, 140; OLG Zweibrücken v. 21.11.2007 – 3 W 201/07, Rpfleger 2008, 137.

21 Palandt/Weidlich, § 1960 Rn 23.

22 Vgl. OLG Schleswig v. 7.5.2012 – 3 Wx 113/11, ZErB 2012, 187.

23 Vgl. OLG Stuttgart, Beschl. v. 10.01.2013 – 8 W 13/13.

24 Arbeitsgemeinschaft Nachlasspflegschaft in der DVEV: Standpunkte zur Höhe der Festsetzung der Vergütung von Berufsnachlasspflegern, veröffentlicht in Jochum/Pohl, Nachlasspflegschaft, Anhang III.

25 Vgl. dazu OLG Zweibrücken v. 21.11.2007 – 3 W 201/07, NJW-RR 2008, 369 = Rpfleger 2008, 137.

26 Vgl. OLG Stuttgart, Beschluss v. 10.01.2013 – 8 W 13/13.

27 Vgl. dazu OLG Hamm v. 13.1.2011 – I-15 W 632/10, 15 W 632/10, ZErB 2011, 164; Zimmermann, Nachlasspflegschaft, Rn 784.

28 Schulz/Gleumes, Handbuch Nachlasspflegschaft § 6 Rn 45

29 Zusammenfassung v. Bestelmeyer in Skript zum 6. dt. Nachlasspflegschaftstag, S 19-20

- OLG Celle Rpfleger 2012, 257: Nettostundensatz von 120 € für Rechtsanwalt bei erhöhtem Schwierigkeitsgrad.
- OLG Brandenburg Rpfleger 2011, 328 (LS) = FamRZ 2011, 926 = ZEV 2010, 637: Nettostundensatz von 130 € für Rechtsanwalt bei besonderer Schwierigkeit der Pflugschaftsgeschäfte.
- KG FamRZ 2012, 818: Nettostundensatz von 110 € bei durchschnittlichem Schwierigkeitsgrad bei einem Nettostundensatzrahmen zwischen 100 € und 150 €.
- OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25.09.2012, Az. I-3 Wx 308/11, openJur 2012, 131517: Nettostundensatz von 110 € für Rechtsanwalt bei mittlerem Schwierigkeitsgrad.

Insgesamt lässt sich feststellen, dass es bei den Stundensätzen für qualifizierte Berufspfleger zwar nach wie vor regionale Unterschiede gibt, dass die neuere Rechtsprechung aber ganz überwiegend von nach dem Schwierigkeitsgrad der Pflugschaftsgeschäfte gestaffelten Nettostundensätzen zwischen 100 € und 130 € ausgeht.

Abweichend von dieser Linie befinden sich derzeit das OLG Schleswig sowie das OLG Dresden³⁰ deren Rechtsauffassung sich jedoch ganz offensichtlich nicht mit dem geltenden Recht vereinbaren lassen, weil sie im krassen Widerspruch zum Wortlaut des § 1915 Abs. 1 S. 2 BGB steht, wonach sich die Pflugschaftvergütung in diesen Fällen „abweichend von § 3 Abs. 1 bis 3 VBVG“ nach den für die Führung der Pflugschaftsgeschäfte nutzbaren Fachkenntnissen des Pflugschafters sowie nach dem Umfang und der Schwierigkeit der Pflugschaftsgeschäfte bestimmt.³¹ Von daher wurden derart von den Betrachtungsweisen der übrigen Oberlandesgerichte „nach unten“ abweichende Entscheidungen in der Literatur als „offensichtlich falsch“ bewertet.³²

Ist der Nachlasspfleger umeatzsteuerpflichtig, so ist die Umsatzsteuer zusätzlich zu berücksichtigen.³³

3. Aufspaltung der Stundensätze bei nicht ausreichendem Aktivnachlass³⁴

Die Vergütung des Nachlasspflugschafters genießt aufgrund des in § 324 Abs. 1 Nr. 4 InsO enthaltenen Rechtsgedankens Vorrang vor allen anderen –gleich welchen– Nachlassverbindlichkeiten, so dass ohne Berücksichtigung eines Schonvermögens i. S. des § 1836 c BGB der gesamte vorhandene Aktivnachlass für die Befriedigung der Vergütungsansprüche des Pflugschafters zur Verfügung steht.³⁵ Gleichwohl kann der Fall eintreten, dass die Vergütung des Nachlasspflugschafters

nicht vollständig aus dem Nachlass bestritten werden kann, weil die Höhe der Vergütung den Wert des Aktivnachlasses übersteigt. Da die Vorschriften der §§ 1836 d, e BGB auf den Bereich der Nachlasspflugschaft nicht anzuwenden sind,³⁶ ist der Pflugschaft in diesem Fall zunächst aus dem vollständig aufzubrauchenden Aktivnachlass zu vergüten und seine dann noch verbleibende Restvergütung zu Lasten der Staatskasse festzusetzen. Dies bedeutet zugleich, dass für den Teil der Vergütung, den der Pflugschaft aus dem Nachlass erhält, nicht die Stundensätze des § 3 Abs. 1 VBVG, sondern die höheren Stundensätze maßgeblich sind, die der Pflugschaft üblicherweise bei vorhandenem Aktivnachlass erhält. Denn der Nachlass ist aufgrund der fehlenden Anwendbarkeit des § 1836 d Nr. 1 BGB nur insoweit mittellos, als der vorhandene Aktivnachlass nicht für die Begleichung der Pflugschaftvergütung ausreicht.

Trotz vorhandenen Aktivnachlasses kommt ausnahmsweise auch eine Festsetzung der Vergütung gegen die Staatskasse in Betracht, wenn der Verwertung des Nachlasses ein tatsächliches oder rechtliches Hindernis entgegensteht oder die Verwertung nicht in absehbarer Zeit erwartet werden kann.³⁷ Die Festsetzung gegen die Staatskasse erfolgt dann mit den (erhöhten) Stundensätzen, weil zwar Aktivnachlass vorhanden ist, jedoch lediglich dessen Bezahlung aktuell nicht realisierbar ist. Die Staatskasse hat dann einen Anspruch in Höhe der an den gerichtlich bestellten Nachlasspfleger ausbezahlten Summe gegenüber dem Erben.

II. Aufwendungsersatz

Neben der Vergütung steht dem Nachlasspfleger Aufwendungsersatz zuzüglich Umsatzsteuer³⁸ zu (§§ 1915, 1835 BGB). Zu erstatten sind dem Pflugschaft in tatsächlicher Höhe zum Beispiel: Kosten für Porto und Telefon sowie für die Beschaffung von Personenstandsurkunden, Bankgebühren sowie Gerichtsgebühren. An Fahrtkosten können bei Verwendung des eigenen Pkw gemäß § 1835 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. § 5 JVEG 0,30 EUR je km angesetzt werden. Für die Anfertigung von Fotokopien können nach herrschender Meinung 0,15 EUR je Kopie abgerechnet werden.³⁹

Wird die Nachlasspflugschaft durch einen Rechtsanwalt oder Steuerberater geführt, können nach Wahl⁴⁰ des Nachlasspflugschafters berufsspezifische Tätigkeiten gemäß § 1835 Abs. 3 BGB nach dem RVG oder der StbGebVO abgerechnet werden. Eine Doppelvergütung ist nicht zulässig, so dass die nach RVG bzw. StbGebVO abgerechnete Tätigkeit aus dem Vergütungsstundenaufwand herauszurechnen ist.⁴¹ Eine Abrechnung nach § 1835 Abs. 3 BGB kommt beispielsweise in Betracht für: Prozessführung (z.B. Herausgabe- und Zahlungsansprüche gegen Erbschaftsbesitzer, Räumungs-

30 Rpfleger 2007, 547 = FamRZ 2007, 1833 = ZEV 2007, 526 (in Fortführung von OLG Dresden FamRZ 2002, 1364 = NJW 2002, 3480 = ZEV 2002, 465)

31 Kritik an den genannten Entscheidungen vgl. Bestelmeyer in Skript zum 6. dt. Nachlasspflugschaftstag S. 20 m.w.N.

32 Vgl. Bestelmeyer, Rpfleger 2007, 547 m.w.N.

33 Zimmermann, Nachlasspflugschaft, Rn 788.

34 Bestelmeyer in Skript zum 6. dt. Nachlasspflugschaftstag S. 22

35 Statt vieler vgl. BayObLG Rpfleger 2000, 331 = FamRZ 2000, 1447; BayObLG NJW-RR 2005, 1315.

36 Rpfleger 2000, 331 = FamRZ 2000, 1447

37 OLG Naumburg FamRZ 2011, 1252 = NJW-RR 2011, 737 (zerstrittene Erbengemeinschaft).

38 Palandt/Weidlich, § 1960 Rn 23 m.w.N.

39 OLG Brandenburg v. 14.8.2001 – 9 WF 118/01, FamRZ 2002, 626; BayObLG v. 11.7.2001 – 3Z BR 177/01, NJWE-FER 2001, 292 = FamRZ 2002, 495; OLG Zweibrücken v. 23.2.2001 – 3 W 274/00, FamRZ 2001, 864 = FGPrax 2001, 115 (je Kopie 0,30 DM).

40 Vgl. BayObLG v. 21.2.1996 – 1Z BR 29/96, FamRZ 1997, 185 m.w.N.

41 BayObLG v. 21.2.1996 – 1Z BR 29/96, FamRZ 1997, 185; Palandt/Weidlich, § 1960 Rn 23 m.w.N.

klage⁴²), Erstellung von Steuererklärungen – Abrechnung über (§ 35 RVG i.V.m.) StbGebVO, Auseinandersetzung einer Erbengemeinschaft: beispielsweise war der Verstorbene Mitglied einer Erbengemeinschaft oder bei Teilnachlasspflegschaft, Erbscheinverfahren: Der Erblasser hat vor seinem Tode selbst geerbt, Gläubigeraufgebotsverfahren, § 1970 BGB, Nachlassinsolvenzverfahren.

Geht es dagegen um einfachere Rechtsprobleme (z.B. Mietaufhebungsvertrag, Vereinbarung über die Renovierung der Wohnung des Verstorbenen, (Grundstücks-)Kaufvertrag,⁴³ Erbenermittlung),⁴⁴ fließt die Anwaltsqualifikation über die Höhe des Stundensatzes ein. Eine Abrechnung über § 1835 Abs. 3 BGB kommt dann nicht in Betracht.

Die Aufwendungen kann der Nachlasspfleger dem von ihm verwalteten (leistungsfähigen) Nachlassvermögen unmittelbar entnehmen;⁴⁵ eine Genehmigungspflicht kann nur nach §§ 1812 ff. in Betracht kommen.

C. Entstehen und Erlöschen von Vergütungsanspruch und Aufwendersatz

Der Vergütungsanspruch des Nachlasspflegers entsteht dem Grunde nach kraft Gesetzes unmittelbar mit der Ausübung jeder einzelnen vergütungspflichtigen Tätigkeit, die im Vertrauen auf die erfolgte Bestellung entfaltet wurde (§§ 1915 Abs. 1 S. 1, 1836 Abs. 1 S. 2 BGB, VBVG 3 Abs. 1), also quasi tageweise.⁴⁶ Vor der förmlichen Amtsverpflichtung ausgeführte Tätigkeiten des Nachlasspflegers sind dagegen nicht vergütungsfähig. Nach §§ 1960, 1915, 1789 BGB wird die Bestellung erst mit der Verpflichtung wirksam.⁴⁷

Für Vergütungs- sowie Aufwendersatzansprüche des Betreuers gibt es die gesetzliche Ausschlussfrist des § 1835 Abs. 1 S. 3 BGB bzw. § 1836 Abs. 1 S. 3 BGB i.V.m. § 2 VBVG. Die Ansprüche des Betreuers erlöschen, wenn sie nicht binnen 15 Monate nach ihrer Entstehung gegenüber dem Betreuungsgericht in prüfungsfähiger Form⁴⁸ geltend gemacht werden. Belege können nachgereicht werden.⁴⁹ Dass diese Frist auch auf die Vergütung des Nachlasspflegers anzuwenden ist, wird jedoch von der zurzeit herrschenden Meinung bejaht.⁵⁰

Bei der 15-Monatsfrist handelt es sich um eine Ausschlussfrist; eine Wiedereinsetzung ist also nicht möglich.⁵¹ Der Aus-

schluss ist vom Gericht von Amts wegen zu berücksichtigen. Das Nachlassgericht kann auf Antrag des Nachlasspflegers die 15-Monatsfrist verlängern (§ 2 S. 2 VBVG, § 1835 Abs. 1a BGB).⁵² Die Fristverlängerung ist gerade bei umfangreichen Pflegschaften aus verfahrensökonomischen Gründen sinnvoll. Der Fristverlängerungsantrag muss vor Fristablauf beim Nachlassgericht eingehen. An einen solchen Antrag sind keine übertriebenen Anforderungen zu stellen; Formvorschriften sind nicht zu beachten;⁵³ es empfiehlt sich jedoch Schriftlichkeit. Offen ist, ob das Nachlassgericht die Fristverlängerung auch ohne Antrag gewähren kann. Wenngleich es offenbar möglich ist, einen pauschalen Antrag auf alle (auch zukünftig) bei einem Gericht bearbeiteten Nachlasspflegschaften im Voraus zu stellen.⁵⁴

D. Vergütungsvereinbarung

Außergerichtliche Vereinbarungen über die Höhe der Vergütung und des Auslagensatzes zwischen dem Nachlasspfleger und den Erben sind möglich und wirksam.⁵⁵ Bei Abschluss einer solchen Vergütungsvereinbarung entfällt dann die Möglichkeit der Vergütungsfestsetzung durch das Nachlassgericht.⁵⁶ Das OLG Celle hat mit Beschluß vom 30.5.2011⁵⁷ festgestellt, dass Nachlasspfleger und Erbe die (Anmerkung: „vom Gericht festzusetzende“) Pflegervergütung nicht wirksam vereinbaren könnten; eine solche Vereinbarung sei entsprechend § 134 BGB nichtig. Der kurze Leitsatz dieser Entscheidung ist leider missverständlich formuliert. In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall ging es nicht um die Frage der Wirksamkeit einer Vergütungsvereinbarung im Allgemeinen sondern um eine Konstellation, in welcher der Nachlasspfleger die außergerichtlich vereinbarte Vergütung durch das Nachlassgericht gerichtlich festgesetzt wissen wollte, um sich so auf vereinfachte Weise einen Titel zu beschaffen. Zwischenzeitlich war Streit über den Inhalt der Einigung zwischen Nachlasspfleger und Erbe aufgekommen. Richtigerweise hat das OLG die nachlassgerichtliche Festsetzung der Vergütungsvereinbarung abgelehnt, da die gesetzlich normierte gerichtliche Vergütungsfestsetzung nicht einer außergerichtlichen privaten Autonomie unterliegen kann. Das Nachlassgericht ist in seiner Entscheidung über die Höhe der dort festgesetzten Vergütung nicht an Parteivereinbarungen gebunden. Diese sind insoweit als nichtig ggü. dem Gericht anzusehen. Daher wäre also für den Streit über den Bestand bzw. den Inhalt einer Vergütungsvereinbarung das Prozessgericht und nicht das Nachlassgericht zuständig.

Damit gibt die besagte Entscheidung des OLG Celle aufgrund ihres missverständlich formulierten Leitsatzes bei

42 BayObLG v. 21.2.1996 – 1Z BR 29/96, FamRZ 1997, 185.

43 OLG München v. 22.4.2009 – 33 Wx 85/09, NJW-RR 2009, 1516 = Rpfleger 2009, 455 zum Betreuungsrecht.

44 Zimmermann, Nachlasspflegschaft, Rn 802.

45 BayObLG v. 21.2.1996 – 1Z BR 29/96, FamRZ 1997, 185; Palandt/Weidlich, § 1960 Rn 28; Zimmermann, Nachlasspflegschaft, Rn 820 m.w.N.

46 Palandt/Weidlich, § 1960 Rn 22 m.w.N.; Zimmermann, Nachlasspflegschaft, Rn 756: „stundenweise“.

47 Schulz/Gleumes, Handbuch Nachlasspflegschaft § 6 Rn 16 ff.

48 Palandt/Diederichsen, Anhang zu § 1836, VBVG 2 Rn 3; Zimmermann, Nachlasspflegschaft, Rn 756 m.w.N.

49 Zimmermann, Nachlasspflegschaft, Rn 756 m.w.N.

50 Dafür: OLG Bremen v. 15.3.2012 – 5 W 19/11, BtPrax 2012, 122 = NJW-Spezial 2012, 328; OLG Zweibrücken v. 30.4.2007 – 3 W 49/07, FGPrax 2007, 233 = Rpfleger 2007, 471; Palandt/Weidlich, § 1960 Rn 22 m.w.N.; Eulberg in: Tanck/Urlicher, Erbrecht, § 9 Rn 225; Zimmermann, Nachlasspflegschaft, Rn 757; a.A. Rudolf/Eckhard, ZErB 2006, 112 ff. Für die Anwendung bei Verfahrenspflegschaft: LG Münster v. 14.4.2008 – 5 T 153/08, FamRZ 2008, 1659.

51 Palandt/Diederichsen, Anhang zu § 1836, VBVG 2 Rn 4.

52 Palandt/Weidlich, § 1960 Rn 22 m.w.N.; Zimmermann, Nachlasspflegschaft, Rn 758.

53 OLG Bremen v. 15.3.2012 – 5 W 19/11, BtPrax 2012, 122, wonach auch eine mündliche Abrede zwischen Nachlassgericht und Pfleger dahingehend möglich ist, dass Fristverlängerung im Voraus für sämtliche übernommenen Angelegenheiten beantragt wird.

54 OLG Bremen, Beschl. v. 15.3.2012 – 5 W 19/11, ZEV 2013, 85

55 Zimmermann, Nachlasspflegschaft, Rn 805 m.w.N.; Progl, ZErB 2011, 230; Rudolf, ZEV 2011, 647.

56 Schulz/Gleumes, Handbuch Nachlasspflegschaft; § 6 Rn 68

57 OLG Celle v. 30.5.2011 – 6 W 120/11, ZEV 2011, 647 m. abl. Anm. Rudolf. Ablehnend auch Progl, ZErB 2011, 230.

etlichen Nachlasspflegern und Nachlassgerichten aber völlig zu Unrecht Anlass zu der Befürchtung, die Zulässigkeit von im zutreffenden rechtlichen Kontext verstandenen Vergütungsvereinbarungen zwischen Nachlasspfleger und Erbprätendenten sei für die Zukunft in irgendeiner Weise in Frage gestellt.⁵⁸ Diese für die Beteiligten schnelle und un-

komplizierte Lösung der außergerichtlichen Einigung wird gerade von erfahrenen Pflegern angestrebt und dabei in der Regel auch eine Vereinbarung über die der Pflegtätigkeit hinausgehenden Tätigkeiten, die der Nachlasspfleger dann als Bevollmächtigter der Erben erbringt (z.B. Abwicklung und Auseinandersetzung des Nachlasses), getroffen.

58 Bestelmeyer, Skript zum 6. dt. Nachlasspflegschaftstag, S 23

Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichtshofs vom 22.06.2012 – V ZR 190/11

1. **Bei der Bestellung des Verwalters haben die Wohnungseigentümer wie bei der Abberufung einen Beurteilungsspielraum. (amtlicher Leitsatz)**
2. **Eine haftungsbeschränkte Unternehmergeellschaft kann Verwalterin einer WEG sein. (amtlicher Leitsatz)**
3. **Zum Verwalter einer WEG darf - unabhängig von der Rechtsform - nur bestellt werden, wer über ausreichende finanzielle Mittel verfügt und ausreichende Sicherheit im Haftungsfall bietet. (amtlicher Leitsatz)**
4. **Besteht bei objektiver Betrachtung Anlass, die Bonität des in Aussicht genommenen Verwalters zu prüfen, müssen die Wohnungseigentümer die Bestellung zurückstellen, bis sie Unterlagen oder andere Erkenntnisse haben, die eine entsprechende Entscheidung erlauben.**

Dem Urteil des Bundesgerichtshofs ging das beim LG Karlsruhe anhängige Vorverfahren, Urteil vom 28.06.2011 – 11 S 7/10 voraus¹.

Zunächst ist festzustellen, dass dem Urteil des Bundesgerichtshofs in vollem Umfang zuzustimmen ist.

Der Bundsgerichtshof hat darauf abgestellt, dass der Beschluss der Wohnungseigentümer über die Bestellung des Verwalters an den Maßstäben einer ordnungsgemäßen Verwaltung zu messen ist. Hierbei muss der Verwalter selbst diesen Grundsätzen entsprechen und nicht nur die Tätigkeit der Verwaltung. Maßstab wann ein solcher wichtiger Grund vorliegt ist § 26 Abs.1 WEG. Es gelten somit in entsprechender Weise die gleichen Grundsätze wie bei der Abberufung eines Verwalters.

Insbesondere ist als wichtiger Grund im Rahmen des § 26 Abs.1 WEG anerkannt, dass die künftige Zusammenarbeit den Wohnungseigentümern unter Berücksichtigung aller Umstände nicht mehr zumutbar ist oder das Vertrauensverhältnis zerstört ist oder von vornherein nicht zu erwarten ist².

Im Rahmen der Bestellung stellt der BGH fest, dass den Wohnungseigentümern in gleichem Maße wie bei der Abberufung eines Verwalters ein Beurteilungsspielraum zusteht. Hierbei sind jedoch objektive Maßstäbe anzulegen.

Der BGH erläutert hierzu, dass die Bestellung des Verwalters dann den Grundsätzen ordnungsgemäßer Verwaltung widerspricht, wenn die Wohnungseigentümer ihren Beurteilungsspielraum überschreiten, das heißt, wenn es objektiv nicht mehr vertretbar erscheint, dass sie den Verwalter ungeachtet oder gegen ihn sprechenden Umständen bestellen.

Aus der Entscheidung des BGH geht damit eindeutig hervor, dass entgegen der Entscheidung des Langerichts Karlsruhe dessen Feststellung, dass bei einer erst kürzlich gegründeten Unternehmergeellschaft (haftungsbeschränkt) – anders als bei natürlichen Personen oder GmbHs – regelmäßig der Verdacht einer mangelnden wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit besteht, da sie über ein Stammkapital von nicht einmal 25.000,00 EUR verfügt, nicht Maßstab der Prüfung einer ordnungsgemäßen Verwaltung ist.

Vielemehr kann nicht generell, unabhängig wie lange eine Unternehmergeellschaft bereits besteht, die Möglichkeit der Bestellung dieser als Verwalter verneint werden. Als Folge hiervon kann daher bei einer Unternehmergeellschaft nicht grundsätzlich eine ausreichende Finanzausstattung verneint werden, die für einen geordneten Geschäftsbetrieb erforderlich ist.

Allein bei der Beurteilung der Verwalterfähigkeit auf das nominale Stammkapital abzustellen ist zu kurz gegriffen. Der BGH bestätigt dies, indem er zurecht darauf hinweist, dass die Kapitalausstattung der Unternehmergeellschaft durchaus ausreichend vorhanden sein kann.

Aufgrund der Bestimmung des § 5 a Abs.3 GmbHG ist es sogar durchaus möglich, dass die gesetzlich zwingend zu bildende Rücklage einen Betrag von Euro 25.000,00 übersteigt. Das bedeutet, dass auch im Fall einer Rücklage die zusammen mit dem Stammkapital einen Betrag von mehr als EUR 25.000 ergibt, weiterhin die Verpflichtung zur Bildung der gesetzlichen Rücklage besteht. Eine Obergrenze wie in § 150 Abs.2 AktG gibt es nicht.

Im Rahmen ihres Beurteilungsspielraums können die Wohnungseigentümer die Bilanz der Unternehmergeellschaft einsehen, aus welcher die Rücklage ersichtlich sein muss³.

1 Wegen des dem Urteil zugrundeliegenden Sachverhalts wird auf Lutz, BWNotZ 2012, 38 verwiesen.

2 Bärmann/Pick in Bärmann/Pick, 19. Auflage 2010, Kommentar zum Wohnungseigentumsgesetz, § 26 Rn 34-39.

3 § 272 Abs.3 HGB.

Richtigerweise wurde aufgezeigt, dass das Stammkapital bei der „normalen GmbH“ auch nicht zum Zeitpunkt der Bestellung zwingend in vollem Umfang mehr vorhanden sein muss.⁴

Hinsichtlich der Person des Verwalters gibt es keine gesetzlichen Normierungen⁵.

Der BGH hat auch nochmals klargestellt, dass es verfehlt ist alleine auf die Rechtsform abzustellen.

⁴ So auch Lutz, BWNtZ, 2012,38.

⁵ Der Gesetzgeber hat hinsichtlich der Person des Verwalters keine gesetzlichen Normierungen getroffen. Insbesondere sind Voraussetzung der Bestellung keine besondere Qualifikation oder Befähigungsnachweise; siehe hierzu Hülge in BeckOK, § 26 Rn.2 ff..

Zusammenfassend ist die klare Entscheidung des Bundesgerichtshofs zu begrüßen.

Maßstab der ordnungsgemäßen Verwaltung muss eine objektive Prüfung der Bonität des Verwalters sein. Auf die Rechtsform als solche kommt es dabei nicht an.

Die Entscheidung der Wohnungseigentümer muss dabei auf einer Tatsachengrundlage beruhen, die eine nachhaltige ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung erwarten lässt.

Timo Lutz, Notarvertreter Leonberg

Aktuelles aus dem Steuerrecht

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

I. Aktuelles aus der Verwaltung

1. Bewertung nicht notierter Anteile an Kapitalgesellschaften und des Betriebsvermögens

Die Anteile nicht notierter Kapitalgesellschaften werden gemäß § 199 ff. BewG nach dem sog. vereinfachten Ertragswertverfahren bewertet. Der Basiszins zur Ermittlung des Ertragswertes nach § 203 Abs. 2 BewG wurde mit BMF-Schreiben vom 02. Januar 2013¹ auf 2,04 % festgelegt. Der Basiszinssatz hat mit dieser Notierung einen erneuten Tiefstand erreicht².

Das vereinfachte Ertragswertverfahren kann Eingang in die notarielle Urkunde finden, sofern es sich um gesellschaftsrechtliche Gestaltungen handelt. Dies gilt insbesondere im Zusammenhang mit der Erarbeitung von angemessenen Abfindungsklauseln. Dabei ist zu beachten, dass das vereinfachte Ertragswertverfahren eine vergangenheitsorientierte Bewertungsmethode darstellt. Zukünftige den Wert beeinflussende Faktoren müssen individuell berücksichtigt werden. Dies kann im Rahmen einer Abfindungsklausel auch das Ausscheiden eines im Unternehmen tätigen Gesellschafters selbst sein. Bei unter dem Verkehrswert liegenden Abfindungsklauseln, die eine Anwachsung bei der Gesellschaft oder den verbleibenden Gesellschaftern beinhalten, liegt möglicherweise ein schenkungsteuerlicher Vorgang vor³.

2. Bewertung einer lebenslänglichen Nutzung oder Leistung

Mit Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen vom 26. Oktober 2012⁴ wurde eine neue Vervielfältigertabelle mit Wirkung ab dem 01. Januar 2013 veröffentlicht.

Diese dient, auf der Grundlage der Sterbetafel 2009/2011, der Kapitalisierung einer lebenslänglichen Nutzung und Leistung nach § 14 Abs. 1 BewG. Die bisher gültige Anlage 9 zu § 14 BewG wird mit Wirkung zum 01.01.2013 aufgehoben.

3. Vorläufige Festsetzung der Erbschaftsteuer (Schenkungssteuer)

Der Bundesfinanzhof hat das Erbschafts- und Schenkungssteuergesetz in seiner bisherigen Fassung⁵ dem Bundesverfassungsgericht zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit vorgelegt.⁶ Durch gleich lautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder⁷ erfolgt die Festsetzung der Erbschafts- und Schenkungssteuer vorläufig⁸.

Sämtliche nach dem 31. Dezember 2008 entstandene Erbschafts- und Schenkungssteuerfestsetzungen sind von der Vorläufigkeit erfasst. Gegen eine vorläufige Festsetzung be-

¹ BMF-Schreiben v. 02.01.2013; Dokumentennummer: 2013/0002641; Geschäftszeichen: IV D 4 - S 3102/07/10001; DStR 2013, 93, ZEV 2013, 104

² Vfg. des Bayerischen Landesamtes für Steuern v. 09.02.2010 mit einer Übersicht der Zinswerte seit dem Jahr 2007; Geschäftszeichen: 3102.1.1. - 4 St 34; Mensch BWNtZ 2011, 88, ders. BWNtZ 2012, 55

³ So auch Neumayer/Imschweiler DStR 2010, 201.

⁴ BMF-Schreiben v. 26.10.2012, Geschäftszeichen IV D 4 - S 3104/09/10001, Dokumentennummer 2012/0980556; DStR 2012, 2338, ZEV 2012, 692

⁵ Im Wesentlichen neugefasst durch das Erbschaftsteuerreformgesetz (ErbStRG) v. 24.08.2008 BGBl. I 2008, S. 3018 und das Wachstumsbeschleunigungsgesetz BGBl. I 2009, S. 3950.

⁶ BFH Beschl. v. 27.09.2012 - II R 9/11 DStR 2012, 2063, ZEV 2012, 599, siehe auch Mensch BWNtZ 2012, 175

⁷ Gleich lautende Erlasse v. 14.11.2012, Dokumentennummer 2012/0987650, DStR 2012, 2339, ZEV 2012, 692

⁸ § 165 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 AO

darf es zur Rechtswahrung keines Einspruchs. Bereits eingegangene Rechtsbehelfe bleiben ruhend gestellt.⁹

4. Vorläufige Festsetzung des Gewerbesteuermessbetrages

Die Festsetzung des Gewerbesteuermessbetrages für die Erhebungszeiträume ab 2008 erfolgt hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit von Hinzurechnungen nach § 8 Abs. 1 Buchst. a, d oder e vorläufig.¹⁰ Der Bundesfinanzhof hielt die Hinzurechnungen zum Gewerbeertrag in Höhe von einem Viertel der Schuldzinsen, sowie der Miet-, Pacht- und Leasingaufwendungen für die Nutzung bewegliche oder unbeweglicher Wirtschaftsgüter für verfassungsmäßig.¹¹ Bereits erklärte Einsprüche gegen die Gewerbesteuermessbetragsfestsetzung bleiben bis zu einer abschließenden Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ruhend gestellt.¹²

5. Geschäftsveräußerung bei Vermietung wesentlicher Grundlagen

Fraglich ist, ob eine Geschäftsveräußerung im Ganzen auch gegeben ist, wenn einzelne wesentliche Betriebsgrundlagen nicht mit übergehen. Eine Geschäftsveräußerung im Ganzen ist umsatzsteuerlich nicht steuerbar.¹³ Nach der jüngeren Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs ist eine Geschäftsveräußerung im Ganzen dann gegeben, wenn die nicht mit übereigneten Betriebsgrundlagen dem Übernehmer dauerhaft vermietet werden.¹⁴ Unter dauerhafter Vermietung verstand der BFH zuletzt einen Zeitraum von wenigstens 8 Jahren.¹⁵

Der Auffassung des Bundesfinanzhofs hatte sich die Finanzverwaltung angeglichen.¹⁶

Nach Ansicht des Europäischen Gerichtshofs kommt eine Geschäftsveräußerung im Ganzen auch ohne langfristige Mietbindung in Betracht.¹⁷ Es müsse eine Gesamtwürdigung erfolgen. In dem entschiedenen Fall ging es um ein Geschäftslokal eines Einzelhandelsunternehmers.

Im Rahmen der Gesamtwürdigung ist zunächst zu klären, ob für die geschäftliche Tätigkeit ein gesondertes Geschäftslokal erforderlich ist. Ist dies nicht der Fall, kann eine Geschäftsveräußerung im Ganzen auch ohne Übereignung der Immobilie vorliegen. Sollte der Erwerber eigenständig über eine geeignete Immobilie verfügen und die Tätigkeit räumlich unabhängig von dem Ursprungslokal fortgeführt werden können, ergibt sich unter Umständen ebenfalls eine Ge-

schäftsveräußerung im Ganzen. In den Fällen in denen eine Geschäftsveräußerung im Ganzen auch ohne Übereignung der Immobilie angenommen werden kann, ist die Übereignung der Immobilie an einen Dritten denkbar.

Sind für die Fortführung der Unternehmung bewegliche und unbewegliche Gegenstände des Veräußerers erforderlich muss die Immobilie dem Erwerber zum Besitz zur Verfügung gestellt werden. Hierbei kommt es nicht entscheidend auf die vereinbarte Mietdauer, sondern auf die Absicht zur Geschäftsfortführung an. Auch eine jederzeitige Kündbarkeit des Mietverhältnisses schließt eine Geschäftsveräußerung im Ganzen nicht aus.

Der Bundesfinanzhof hat sich der Rechtsprechung des EuGH angeglichen und eine kurzfristige Vermietung des Geschäftslokals an den Erwerber mit jederzeitiger Kündigungsmöglichkeit für hinreichend i.S.v. § 1 Abs. 1a UStG erklärt.¹⁸ Mit Schreiben vom 24. Oktober 2012 hat die Finanzverwaltung eine Änderung des Umsatzsteueranwendungserlasses, hinsichtlich der Voraussetzungen einer Geschäftsveräußerung im Ganzen, verfügt.¹⁹

Die Grundsätze des neuen BMF-Schreibens sind auf alle noch offenen Fälle anzuwenden. Beabsichtigten die Beteiligten durch den Abschluss eines auf unbestimmte Zeit geschlossenen Mietvertrages gerade keine Anwendung von § 1 Abs. 1a UStG, so wird dies für vor dem 01.01.2013 ausgeführte Umsätze von der Finanzverwaltung nicht beanstandet.

II. Gesetzliche Neuregelungen

1. Erbschaftsteuerbegünstigung durch eine sog. Cash-GmbH²⁰

Entgegen der Vorlage des Jahressteuergesetzes durch den Bundestag²¹ kam es hinsichtlich der Erbschaftsteuerbegünstigung durch Einbringung von Bankforderungen in eine GmbH nicht zu einer Gesetzesanpassung. Ungeachtet der hier vorherrschenden Bedenken hinsichtlich eines eventuell bestehenden Missbrauchs von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten²², ist damit die erbschaftsteuerbegünstigte Einbringung von Bankforderungen in eine GmbH weiterhin möglich.²³

9 Gemäß § 363 Abs. 2 AO i.S.d. BMF-Schreibens v. 16.05.2011 Geschäftszeichen IV A 3 - S 0338/07/10010, DStR 2011, 975

10 Gleich lautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder v. 30.11.2012, Dokumentennummer 2012/0984312, DStR 2012, 2540

11 BFH Beschl. v. 16.10.2012 - I B 128/12 DStR 2012, 2377

12 BMF-Schreiben v. 16.05.2011 Geschäftszeichen IV A 3 - S 0338/07/10010, DStR 2011, 975

13 § 1 Abs. 1a UStG

14 Statt aller BFH Urt. v. 28.11.2002 - V R 3/01 ZEV 2003, 125

15 BFH Urt. v. 23.08.2007 - V R 14/05, MittBayNot 2008, 414

16 Umsatzsteueranwendungserlass UStAE v. 01.10.2010, BStBl. I 2010, S. 846

17 EuGH Urt. v. 10.11.2011 - C-444/10, DStR 2011, 2196

18 BFH Urt. v. 18.01.2012 - XI R 27/08, DStR 2012, 516

19 BMF-Schreiben v. 24.10.2012, Geschäftszeichen IV D 2 - S 7100-b/11/10002, Dokumentennummer 2012/0954863, DStR 2012, 2234

20 Im Nachgang zu Aktuelles aus dem Steuerrecht Mensch BWNotZ 2012, 175.

21 Der Entwurf ist unter der Rubrik Gesetzesentwürfe auf der Homepage des BMF www.bundesfinanzministerium.de einsehbar.

22 § 42 AO

23 So auch BFH Beschl. v. 27.09.2012 - II R 9/11, Rdnr.: 116, DStR 2012, 2063, ZEV 2012, 599 (Vorlagebeschluss an BVerfG betr. Erbschaftsteuer)

2. Grunderwerbsteuererhöhungen im Saarland und in Hessen

Mit Wirkung je zum 01.01.2013 wurde die Grunderwerbsteuer in den Bundesländern Saarland auf 5,5 %²⁴ und Hessen auf 5,0 %²⁵ erhöht. Nachdem auch Hessen die Grunderwerbsteuer erhöht hat, sind nun mehr Sachsen und Bayern die letzten Bundesländer mit dem vormals einheitlichen Grunderwerbsteuersatz von 3,5 %. Der Satz von 5,5 % im Saarland ist die bisher höchste Grunderwerbsbesteuerung in Deutschland. In Schleswig-Holstein ist zum 01.01.2014 eine Erhöhung auf 6,5 % angekündigt.²⁶

Im Nachgang zu einer früheren Ausgabe von „Aktuelles aus dem Steuerrecht“²⁷ werden die Erhöhungen im Saarland und in Hessen zum Anlass genommen eine erneute Übersicht über die gültigen Grunderwerbsteuersätze zu führen:

Bundesland	Neuer Grunderwerbsteuersatz	Inkrafttreten
Baden-Württemberg	5,0 %	05.11.2011
Bayern	-	-
Berlin	5,0 %	01.04.2012
Brandenburg	5,0 %	01.01.2011
Bremen	4,5 %	01.01.2011
Hamburg	4,5 %	01.01.2009
Hessen	5,0 %	01.01.2013
Mecklenburg-Vorpommern	5,0 %	01.07.2012
Niedersachsen	4,5 %	01.01.2011
Nordrhein-Westfalen	5,0 %	01.10.2011
Rheinland-Pfalz	5,0 %	01.03.2012
Saarland	5,5 %	01.01.2013
Sachsen	-	-
Sachsen-Anhalt	5,0 %	01.03.2012
Schleswig-Holstein	5,0 %	01.01.2012
Thüringen	5,0 %	07.04.2011

III. Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs

Einkommensteuer

Erleichterte steuerneutrale Generationennachfolge bei Personengesellschaften

Die Buchwertfortführung und damit die Vermeidung der Aufdeckung der stillen Reserven im übertragenen Vermögen ist nach Auffassung der Finanzverwaltung nicht möglich, sofern funktional wesentliche Wirtschaftsgüter in zeitlichen und

sachlichem Zusammenhang mit der Unternehmensnachfolge ausgegliedert und somit nicht auf den unentgeltlichen Erwerber übertragen werden.²⁸ Dem widersprach der Bundesfinanzhof.

Im zu entscheidenden Sachverhalt war der Vater Kommanditist einer GmbH & Co. KG und gleichzeitig Gesellschafter der Komplementär GmbH. Des Weiteren vermietete der Gesellschafter -im weiteren Kläger genannt- ein Grundstück nebst Verwaltungsgebäude und Tankstelle an die GmbH & Co. KG. Der Gesellschaftsanteil an der Komplementär GmbH entspricht Sonderbetriebsvermögen II, während das vermietete Grundstück Sonderbetriebsvermögen I darstellt.²⁹

Der Kläger übertrug seinen Kommanditanteil und seine Beteiligung an der Komplementär GmbH unentgeltlich auf seine Tochter. Vereinbart war, dass diese 20 % der jeweiligen Beteiligung ausschließlich treuhänderisch für den Kläger hält. Das Sonderbetriebsvermögen I wurde nicht mit übertragen.

Nach Ablauf von zwei Monaten wurde das Treuhandverhältnis beendet und der Kläger überführte das Grundstück in eine neu gegründete KG, deren alleiniger Kommanditist der Kläger war.

Im Rahmen einer Außenprüfung gelangte das Finanzamt zu der Erkenntnis, dass die vorgenommene Buchwertfortführung zugunsten der Tochter des Klägers nicht möglich war. Zur Begründung führte es aus, dass mit der Übertragung des Mitunternehmeranteils von zunächst 80 % und anschließend 20 % keine Übertragung des Sonderbetriebsvermögens I erfolgte. Das Sonderbetriebsvermögen I wurde ebenfalls unter Fortführung der Buchwerte in eine weitere Personengesellschaft eingebracht.

Die Klage vor dem Finanzgericht gegen die Festsetzung des Finanzamts blieb erfolglos.³⁰

Der Bundesfinanzhof gab der hiergegen gerichteten Klage teilweise statt.³¹ Der BFH hat in seiner Begründung zunächst zwischen der Übertragung von 80 % und der späteren, durch die Auflösung der Treuhandvereinbarung entstandenen, Übertragung von 20 % des Mitunternehmeranteils differenziert. Hinsichtlich der zunächst unentgeltlich übertragenen 80 % der Kommanditeinlage und 80 % des Sonderbetriebsvermögens II geht der BFH von Buchwertfortführung im Sinne von § 6 Abs. 3 Satz 1 HS 2 Alt. 2 EStG aus. Demnach kann auch ein Teil eines Mitunternehmeranteils unter Fortführung der Buchwerte unentgeltlich übertragen werden. Im Zeitpunkt der Übertragung verblieb beim Kläger ein Mitunternehmeranteil, so dass eine steuerschädliche Entnahme des Sonderbetriebsvermögens I nicht erfolgte.

Voraussetzung für die Annahme der Übertragung eines Mitunternehmeranteils ist, dass sich in der Person des Über-

²⁴ HBegG 2013 v. 12.12.2012 Amtsblatt des Saarlandes I 2012, S. 520

²⁵ Gesetz über die Festsetzung des Steuersatzes für die Grunderwerbsteuer v. 05.12.2012, Hessisches Gesetzes- und Verordnungsblatt 2012, S. 457

²⁶ Erklärung des Finanzministeriums des Landes Schleswig-Holstein v. 12.03.2013

²⁷ Mensch BWNtZ 2011, 171

²⁸ BMF-Schreiben v. 03.03.2005, Geschäftszeichen IV R 2 - S 2241 - 14/05, ZEV 2005, 200, DStR 2005, 475

²⁹ Mensch BWNtZ 2007, 140

³⁰ FG Rheinland-Pfalz Ur. v. 23.09.2009 - 2 K 2493/08, EFG 2011, 2142

³¹ BFH Ur. v. 02.08.2012 - IV R 41/11, ZEV 2012, 685, DStR 2012, 2118, BFH/NV 2012, 2053

nehmers weiterhin die Qualifikation eines Mitunternehmers erfüllt. Dies sind in erster Linie Mitunternehmerinitiative und -risiko.

Fraglich war, ob mit der Übertragung von 80 % Mitunternehmeranteil und der gleichzeitigen Übertragung von 80 % des Sonderbetriebsvermögens II eine überquotale Übertragung gegeben ist.

Es ist umstritten, ob für eine überquotale Übertragung § 6 Abs. 3 EStG Anwendung findet. Denkbar ist eine Aufspaltung mit der Beurteilung des quotalen Anteils nach § 6 Abs. 3 EStG und der überquotalen Anteils nach § 6 Abs. 5 EStG.³² Der BFH lehnt eine Trennung in quotalen und überquotalen Anteil der Übertragung ab. Auch das Sonderbetriebsvermögen II ist Bestandteil des übertragenen Mitunternehmeranteils und vollständig der Bewertung nach § 6 Abs. 3 EStG unterworfen. In der Folge gelangt die Sperrfrist von 5 Jahren nach § 6 Abs. 5 Satz 4 EStG für das überführte Sonderbetriebsvermögen II nicht zur Anwendung.

Im Hinblick auf die Buchwertfortführung bei der Übertragung der verbliebenen 20 % Mitunternehmeranteil stellt der BFH klar, dass die Voraussetzungen nach § 6 Abs. 3 Satz 1 EStG grundsätzlich nicht vorliegen, wenn zeitgleich mit der Übertragung der Gesellschaftsanteile Sonderbetriebsvermögen an Dritte übertragen wird. Hiervon ist dann eine Ausnahme zu machen, wenn auch die Überführung an einen Dritten steuerneutral zum Buchwert vorgenommen werden kann.

Gemäß § 6 Abs. 5 EStG ist eine Buchwertfortführung möglich wenn, wie hier, Sonderbetriebsvermögen in anderes Betriebsvermögen desselben Steuerpflichtigen überführt wird. In diesem Fall findet für die Übertragung des Grundstücks in das Vermögen der neu gegründeten Kommanditgesellschaft § 6 Abs. 5 EStG Anwendung. Die Vorschriften zur Buchwertfortführung nach § 6 Abs. 3 und Abs. 5 EStG stehen nach Ansicht des BFH nebeneinander und schließen die Berücksichtigung der jeweils anderen Vorschrift nicht aus.

Die Gleichberechtigung von § 6 Abs. 3 und Abs. 5 EStG erfolgt entgegen der Auffassung der Finanzverwaltung. Nach Ansicht der Finanzverwaltung ist § 6 Abs. 5 EStG der Vorrang einzuräumen. Dies würde auf den Sachverhalt angewendet dazu führen, dass die Auflösung der Treuhandvereinbarung zur Aufdeckung der stillen Reserven³³ führen würde, da mit der Auflösung nicht gleichzeitig das funktional wesentliche Sonderbetriebsvermögen I mit übertragen wird.

Nach Ansicht des Bundesfinanzhofs kommt es durch die gleichzeitige Anwendung von § 6 Abs. 3 und Abs. 5 EStG auf die Übertragung von 20 % Mitunternehmeranteil an die Tochter und die Überführung des Sonderbetriebsvermögens I in das Betriebsvermögen der KG nicht zu einer Kumulation von Steuerbegünstigungsvorschriften. Die stillen Reserven im Zusammenhang mit Sonderbetriebsvermögen und Mitunternehmeranteil bleiben weiterhin steuerverhaftet. Dies entspricht auch der Zweckausrichtung beider Vorschriften,

die eine Umstrukturierung, insbesondere bei Personengesellschaften, nicht durch die steuerliche Belastung der stillen Reserven erschweren wollen. Etwas anderes gilt dann, wenn die Voraussetzungen von § 6 Abs. 3 und Abs. 5 EStG nicht vorliegen. In diesen Fällen fehlt es an einer wirksamen Umstrukturierungsabsicht, die eine Versteuerung der stillen Reserven rechtfertigt.

Ebenfalls steuerschädlich ist die Zerschlagung des Unternehmens durch Abspaltung wesentlicher Betriebsteile, die den verbleibenden Teil nicht wirtschaftlich lebensfähig sein lassen.

In dem hier entschiedenen Sachverhalt war die GmbH & Co. KG auch ohne das Sonderbetriebsvermögen I wirtschaftlich selbstständig überlebensfähig.

Fraglich war weiterhin, ob durch die unabhängige Berücksichtigung von § 6 Abs. 3 und Abs. 5 EStG keine Divergenz zu der Rechtsprechung in Hinblick auf Tarifbegünstigungen nach § 16 Abs. 4³⁴ und § 34 Abs. 1 und 3 EStG gegeben ist. Nach § 16 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 i.V.m. § 34 Abs. 1 und 3 EStG wird dem Steuerpflichtigen eine Tarifiermäßigung bei Veräußerung eines Mitunternehmeranteils gewährt. Voraussetzung für die Tarifiermäßigung ist die Übertragung des gesamten Mitunternehmeranteils und des dazugehörigen Sonderbetriebsvermögens.

Der Bundesfinanzhof hat offen gelassen, wie zu verfahren ist, falls funktional wesentliches Sonderbetriebsvermögen zeitnah zur Übertragung des Mitunternehmeranteils in das Privatvermögen überführt wird. Unzweifelhaft führt dies hinsichtlich des Sonderbetriebsvermögens zur Aufdeckung der stillen Reserven. Fraglich ist, ob der Mitunternehmeranteil dennoch steuerbegünstigt durch Buchwertfortführung nach § 6 Abs. 3 EStG übertragen werden kann. Dem Urteil des BFH könnte entnommen werden, dass eine Buchwertfortführung dann möglich ist, wenn der Mitunternehmeranteil ohne das Sonderbetriebsvermögen selbstständig wirtschaftlich lebensfähig ist.

In der notariellen Praxis ist aus mehreren Gründen zur Vorsicht zu raten. Zum einen lautet die Entscheidung eindeutig entgegen der noch gültigen Auffassung der Finanzverwaltung. Zum anderen lässt sich dem Wortlaut von § 6 Abs. 3 EStG die Rechtsfolge einer Buchwertfortführung bei gleichzeitiger Ausgliederung von wesentlichem Sonderbetriebsvermögen nicht entnehmen. Insbesondere hinsichtlich der gleichzeitigen Überführung von Sonderbetriebsvermögen in das Privatvermögen muss von einer weiterhin unsicheren Rechtslage ausgegangen werden.

Im Ergebnis bringt das Urteil für die notarielle Gestaltung von vorweggenommenen Erbfolgen weitere Gestaltungsmöglichkeiten, die der bisherigen Praxis der Finanzverwaltung nicht entnommen werden konnten. Unter Berücksichtigung dieser Entscheidung ist es nun mehr möglich im Rahmen der Generationennachfolge Sonderbetriebsvermögen steuerneutral von dem Anteil an der Personengesellschaft zu trennen.

32 BMF-Schreiben v. 03.03.2005, Geschäftszeichen IV R 2 - S 2241 - 14/05, ZEV 2005, 200, DStR 2005, 475

33 Zum Begriff der stillen Reserven auch Mensch BWNNotZ 2007, 140.

34 Mensch NotBZ 2009, 119

Erbschaftsteuer

Geltendmachung des Pflichtteils nach dem Tod des Verpflichteten durch dessen Alleinerben

In der erbrechtlichen Gestaltung wünschen die Beteiligten regelmäßig eine Alleinerbeinsetzung der Ehegatten gegenseitig mit anschließender Schlusserbeinsetzung von Abkömmlingen. Übersteigt das kumulierte Vermögen der Ehegatten den Freibetrag eines Abkömmlings³⁵, ist unter erbschaftsteuerlichen Gesichtspunkten möglicherweise eine Beteiligung des Abkömmlings auf den Tod des erststerbenden Elternteils geboten.

Etwas Flexibilität in der Gestaltung gewährt die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs³⁶.

Der Entscheidung lag der Sachverhalt zugrunde, dass sich Ehegatten gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt haben. Die einzige Tochter wurde zur Schlusserbin. Der überlebende Ehegatte verstarb innerhalb von 3 Jahren nach. Zu Lebzeiten des überlebenden Ehegatten hatte die Tochter -im folgenden Klägerin genannt- formal keinen Pflichtteil nach dem Tod des erststerbenden Elternteils geltend gemacht und eine entsprechende Geltendmachung auch nicht angekündigt. Gegenüber dem Finanzamt erklärte die Klägerin unter Hinweis auf die noch nicht verstrichene Verjährung die Geltendmachung des Pflichtteils.

Das Finanzamt und im weiteren Verfahren das Finanzgericht³⁷ verweigerten die Anerkennung des Pflichtteils als Nachlassverbindlichkeit.

Der Bundesfinanzhof gab der Klägerin recht. Ein Pflichtteil stellt, wenn er geltend gemacht ist, eine Nachlassverbindlichkeit gemäß § 10 Abs. 1 Satz 2 ErbStG dar. Korrespondierend empfängt der Pflichtteilsberechtigte nach Geltendmachung einen Erwerb von Todes wegen gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG. Die Pflichtteilsgeltendmachung erfolgt durch ernstliches Verlangen auf Erfüllung gegenüber dem Erben.

Fraglich ist, ob dieses Verlangen noch gestellt werden kann, wenn der verpflichtete Erbe seinerseits verstorben ist. Der Pflichtteil kann auch gegenüber den Erben des Verpflichteten bzw. durch die Erben des Berechtigten geltend gemacht werden. Das Finanzamt und das Finanzgericht nahmen in diesem Fall an, dass dies nicht gelte sofern Pflichtteilsberechtigter und Pflichtteilsverpflichteter personenidentisch sind. Ist der Pflichtteilsberechtigte der Alleinerbe des Verpflichteten erlöschen sowohl der Pflichtteilsanspruch als auch die entsprechende Verbindlichkeit des ursprünglichen Erben durch Vereinigung von Forderung und Schuld.

Der Bundesfinanzhof hat eine Übertragung der zivilrechtlichen Konfusion auf das Erbschaftsteuerrecht mit Hinweis auf § 10 Abs. 3 ErbStG verneint. Gemäß § 10 Abs. 3 ErbStG

gelten die infolge des Anfalls durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit oder von Recht und Belastung erloschenen Rechtsverhältnisse erbschaftsteuerlich als nicht erloschen.

Folgerichtig gewährte der BFH die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs aus der Enterbung des Erstverstorbenen. Den Pflichtteilsanspruch musste die Klägerin als Erwerb nach dem Tod des Erstverstorbenen versteuern. Insoweit war der Freibetrag nach § 16 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG nicht ausgeschöpft. Hinsichtlich der Versteuerung nach dem Zweitverstorbenen wurde der Pflichtteil als Nachlassverbindlichkeit anerkannt.

Die Geltendmachung gegenüber dem Finanzamt wurde für ausreichend erachtet.

Der BFH hat offen gelassen, ob das gefundene Ergebnis unabhängig vom Ablauf der Verjährung gilt. Viel mehr hat er auf eine nicht veröffentlichte Entscheidung des BFH verwiesen.³⁸ Dieser Entscheidung lag ein ähnlich gelagerter Sachverhalt zugrunde. Diesmal wurde der Pflichtteil gegenüber dem überlebenden Elternteil grundsätzlich geltend gemacht, allerdings die Beitreibung nicht ernstlich verfolgt. Es bestand für den Zweitverstorbenen zu keinem Zeitpunkt eine wirtschaftliche Belastung und es war nicht erkennbar, dass der Pflichtteil ernstlich gefordert wird.

In diesem Fall hatte das Finanzgericht die Anerkennung des Pflichtteils als Nachlassverbindlichkeit durch Geltendmachung der Alleinerbin nach Ablauf der Verjährung verweigert und eine Revision nicht zugelassen. Im Rahmen der als unbegründet abgewiesenen Nichtzulassungsbeschwerde hat der BFH festgestellt, dass eine wirtschaftliche Belastung im Todeszeitpunkt gegeben sein muss. An dieser fehlt es, wenn der überlebende Ehegatte davon ausgehen durfte nicht selbst belastet zu werden. Eine ungewollte Belastung durch Pflichtteilsansprüche scheidet nach Ablauf der Verjährung aus.

Nach Wertung der beiden Entscheidungen des BFH wird hier die Ansicht vertreten, dass der Verzicht auf die Einrede der Verjährung durch den Alleinerben des ursprünglichen Pflichtteilsschuldners nicht wirksam zur Geltendmachung eines Pflichtteilsanspruchs und Anerkennung als Nachlassverbindlichkeit führt. Der überlebende Ehegatte muss durch den Pflichtteil wirtschaftlich belastet sein. Mit dem zusätzlichen Erfordernis einer wirtschaftlichen Belastung weicht das Erbschaftsteuerrecht vom Zivilrecht ab.

Eine wirtschaftliche Belastung ist nach der jüngeren Rechtsprechung des BFH bereits gegeben, wenn der überlebende Ehegatte keinen Einwand der Verjährung erheben konnte und daher jederzeit mit einer wirksamen Geltendmachung des Pflichtteils rechnen musste. Es kommt hingegen nicht auf die tatsächliche ernstliche Geltendmachung zu Lebzeiten an.

35 § 16 Abs. 1 Nr. 2 und 3 ErbStG

36 BFH Urt. v. 19.02.2013 - II R 47/11, DStR 2013, 523

37 FG Berlin-Brandenburg Urt. v. 22.09.2010 - 14 K 14203/07

38 BFH Beschl. v. 15.05.2009 - II B 155/08, FamRZ 2009, 1579, BFH/NV 2009, 1441

Gewerbesteuer

Wegfall des gewerbesteuerlichen Verlustabzugs bei kurzfristig unterbrochener Unternehmeridentität

Im Leitsatz führt der BFH aus, dass die Inanspruchnahme des gewerbesteuerlichen Verlustabzugs eine ununterbrochene Unternehmeridentität voraussetzt.³⁹ Selbst die Unterbrechung für eine logische Sekunde führt zum Verlust der Abzugsmöglichkeit.

Dem liegt der nachfolgende Sachverhalt zugrunde:

Eine GmbH & Co. KG besteht aus der Komplementär GmbH und einem Kommanditisten. Der Kommanditist, zugleich als Vertreter der Komplementär GmbH und als alleiniger Kommanditist einer weiteren KG schließen einen so bezeichneten „Einbringungs- und Ausscheidungsvertrag“. Darin tritt der Kommanditist seinen Kommanditanteil gegen Gewährung weiterer Gesellschaftsrechte und unter Fortführung der Buchwerte an die andere KG ab.

Dies erfolgt mit Wirkung zum Ablauf des 31.12.. In demselben Vertrag erklärt die Komplementär GmbH ihr Ausscheiden aus der GmbH & Co. KG ebenfalls mit Wirkung zum Ablauf des 31.12.. Die GmbH war an der GmbH & Co. KG vermögensmäßig nicht beteiligt. Ein Anwachsen scheidet aus. Mit dem Ausscheiden aus der GmbH & Co. KG erlischt diese.

Beide Vorgänge werden gemeinsam dem Handelsregister zur Eintragung vorgelegt und eingetragen.

Die verbleibende KG begehrt nun mehr Berücksichtigung der bei der GmbH & Co. KG bestehenden Gewerbeverluste. Das Finanzamt, das Finanzgericht⁴⁰ und auch der Bundesfinanzhof lehnen dies ab.

Gemäß § 10a Satz 1 GewStG wird der Gewerbeertrag um Fehlbeträge vorangegangener Veranlagungszeiträume gekürzt, sofern diese Fehlbeträge bisher noch keine Berücksichtigung gefunden haben. Voraussetzung ist Unternehmeridentität und Unternehmeridentität. Unternehmeridentität bedeutet, dass der Steuerpflichtige, der den Fehlbetrag berücksichtigt wissen will, diesen auch in den vorangegangenen Jahren erlitten haben muss.

Bei einer Personengesellschaft sind die Mitunternehmer, gleichsam wie Einzelunternehmer, gewerbesteuerrechtlich Träger des Verlustabzugs. Dies gilt auch dann, wenn Mitunternehmer einer gewerblichen Personengesellschaft eine weitere Personengesellschaft ist. In diesem Fall ist Mitunternehmer und Träger der Gewerbeverluste für die Unterpersonengesellschaft die Oberpersonengesellschaft. Auf einen Gesellschafterwechsel bei der Oberpersonengesellschaft kommt es indes nicht an.

Im vorliegenden Fall war Träger des Gewerbeverlustvortrags der Kommanditist der GmbH & Co. KG. Dieser hat seine

Stellung durch Abtretungsvertrag an die weitere KG verloren. Die GmbH & Co. KG ist mit Wirkung zum gleichen Tag aufgelöst, zu dem der Kommanditist seinen Anteil abgetreten hat. Im Ergebnis ist daher die weitere KG für eine logische Sekunde Kommanditist der GmbH & Co. KG geworden bevor diese durch Ausscheiden der GmbH aufgelöst wurde. Zwischen der weiteren KG und dem vormaligen Kommanditisten besteht keine Unternehmeridentität. Dies gilt unabhängig davon, dass der Kommanditist der GmbH & Co. KG auch alleiniger Kommanditist der weiteren KG ist. Insofern ist die weitere KG für eine logische Sekunde Obergesellschaft im Rahmen einer doppelstöckigen Personengesellschaft, so dass es auf den Gesellschafter der Obergesellschaft für die Trägerschaft der Gewerbeverlustvorträge nicht ankommt.

Die weitere KG trat durch die Abfolge von Übertragung des Kommanditanteils und Auflösung der GmbH & Co. KG auch nicht die Gesamtrechtsnachfolge der GmbH & Co. KG an. Da der Kommanditist durch die Übertragung seines Kommanditanteils aus der Kommanditgesellschaft ausschied, ging der bei dieser Gesellschaft entstandene und dem Kommanditisten zu 100 % zuzurechnende Verlustabzug mit dem Ausscheiden unter. Es bestand für eine logische Sekunde nicht Unternehmeridentität.

Der BFH wies der sog. logischen Sekunde in diesem Fall keine reine rechtstechnische Bedeutung zu, da der dem Sachverhalt zugrunde liegende Ablauf aus haftungsrechtlichen Gründen gewollt war.

IV. Bundesfinanzhof Kompakt

1. Zahlungen aufgrund eines vor Eintritt des Erbfalls erklärten Erb- und/oder Pflichtteilsverzichts unterliegen nicht der Einkommensteuer.⁴¹
2. Eine Vorbehaltsklausel zur Mietzinserhöhung auf Verlangen des Finanzamts bei einem Mietvertrag zwischen Angehörigen hält einem Fremdvergleich nicht stand.⁴²
3. Die Komplementär GmbH einer Steuerberatungs- und Wirtschaftsprüfungs-KG erzielt stets gewerbliche Einkünfte.⁴³
4. Einnahmen eines ehrenamtlichen Betreuers sind nach § 3 Nr. 26b EStG bis zur Höhe von 2.400 Euro steuerfrei. Vor Einführung von § 3 Nr. 26b EStG im Jahr 2007 waren die Einnahmen unbegrenzt nach § 3 Nr. 12 EStG steuerfrei.⁴⁴
5. Der Zurückbehalt von Forderungen im Rahmen einer Praxiseinbringung nach § 24 UmwStG ist möglich und führt bei vorheriger Ermittlung der Einkünfte nach § 4 Abs. 3 EStG zu nachträglichen Einnahmen aus freiberuflicher Tätigkeit im Zuflusszeitpunkt der zurückbehaltenen Forderungen.

39 BFH Urt. v. 11.10.2012 - IV R 3/09, DStR 2013, 27, BFH/NV 2013, 322
40 FG München Urt. v. 23.04.2008 - 10 K 1965/06

41 BFH Urt. v. 20.11.2012 - VIII R 57/10, DStR 2013, 393
42 BFH Urt. v. 01.08.2012 - IX R 18/11
43 BFH Urt. v. 10.10.2012 - VIII R 42/10, DStR 2012, 2532
44 BFH Urt. v. 17.10.2012 - VIII R 57/09, DStR 2013, 84

Notarrecht PLUS



Notarrecht PLUS

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

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

4 Wochen kostenlos testen
Infos: www.beck-shop.de/29409

Notar Werner Dieterle in Ludwigsburg

Wir suchen eine(n)

Württ. Notariatsassessorin bzw. Württ. Notariatsassessor.

Wir bieten ein modern ausgestattetes Büro, flexible Arbeitszeiten, eine abwechslungsreiche und verantwortungsvolle Tätigkeit, die den gesamten Bereich der Tätigkeit eines Notars umfasst.

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

Für Fragen vorab steht Ihnen gerne Notar Dieterle zur Verfügung.

Ihre schriftlichen Bewerbungsunterlagen senden Sie bitte an:

Persönlich/Vertraulich
Notar Werner Dieterle
Mathildenstraße 12, 71638 Ludwigsburg
Tel. 07141/9370-11
E-Mail: notar.dieterle@web.de

DR. ANDREAS FREY RECHTSANWALT UND NOTAR

Notariatsassessor/in, Notar a.D.

zur Urlaubsvertretung ggf. auch in Voll- oder Teilzeit in meiner Notarkanzlei in Friedrichshafen gesucht.

Notarfachangestellte/r

mit mehrjähriger spezifischer Berufserfahrung gesucht.

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